



Verfügung

vom 16. Juli 2012

in Sachen

Untersuchung **32-0234** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Vertrieb von Musik

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG
und wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

gegen

1. **IFPI Schweiz**, Kraftstrasse 30, 8044 Zürich

vertreten durch Dr. Franz Hoffet und/oder Andrea Sigl, Homburger
AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich

2. **Mitglieder von IFPI Schweiz**, Liste der Mitglieder im Anhang

alle vertreten durch IFPI Schweiz, Kraftstrasse 30, 8044 Zürich

3. **Phononet AG**, Baslerstrasse 30, 8048 Zürich

vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Astrid Waser, Lenz &
Stahelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich

4. **Media Control AG**, Baslerstrasse 30, 8048 Zürich

vertreten durch Klaus Neff, Vischer AG, Schützengasse 1, Postfach
1230, 8021 Zürich

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident);
Stefan Bühler, Andreas Heinemann (Vizepräsidenten);
Evelyne Clerc, Andreas Kellerhals, Jürg Niklaus, Armin Schmutzler,
Henrique Schneider, Johann Zürcher

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	3
A.1	Gegenstand der Untersuchung	3
A.2	Parteien und Marktstruktur	4
A.3	Wertschöpfungskette	6
A.4	Verfahren	7
B	Erwägungen	8
B.1	Geltungsbereich	8
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	8
B.3	Unzulässige Wettbewerbsabrede	9
B.3.1	Wettbewerbsabrede	9
B.3.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	9
B.3.1.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	11
B.3.1.3	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Stufen	12
B.3.1.4	Verhalten von Phononet	13
B.3.1.5	Zwischenergebnis	13
B.3.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	13
B.3.2.1	Vorliegen einer horizontalen Gebietsabrede	13
B.3.2.2	Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG	14
B.3.2.2.1	Relevanter Markt	14
B.3.2.2.2	Aussenwettbewerb	16
B.3.2.2.3	Zwischenergebnis zur Umstossung der Vermutung	17
B.3.2.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	17
B.3.2.3.1	Qualitatives Element	17
B.3.2.3.2	Quantitatives Element	17
B.3.2.3.3	Zwischenergebnis zur Beurteilung der Erheblichkeit	18
B.3.2.4	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	18
B.3.2.4.1	Rechtfertigungsgründe	19
B.3.2.4.2	Zwischenergebnis zur Beurteilung von Effizienzgründen	19
B.3.3	Ergebnis	20
B.4	Angeblich unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	20
B.4.1	Relevante Märkte und Marktbeherrschende Stellung	20
B.4.2	Angeblich unzulässige Verhaltensweisen	21
B.4.2.1	Offizielle Schweizer Hitparade	21
B.4.2.1.1	Einleitung	21
B.4.2.1.2	Erstellung des Chartsreglements und der „offiziellen Schweizer Hitparade“	22
B.4.2.1.3	Angebliche Nichtaufnahme in die „offizielle Schweizer Hitparade“	23
B.4.2.1.4	Angeblicher Informationsvorteil von Mitgliedern des IFPI Marketingausschusses	25
B.4.2.1.5	Zwischenergebnis	26
B.4.2.2	Aufnahme in den Verein IFPI Schweiz	27
B.4.2.3	Music Promotion Network	28

B.4.3	Ergebnis.....	29
B.5	Einvernehmliche Regelung	29
B.6	Sanktionierung.....	32
B.6.1	Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG.....	32
B.6.1.1	Unternehmen	32
B.6.1.2	Unzulässige Verhaltensweise.....	32
B.6.1.3	Vorwerfbarkeit.....	33
B.6.2	Bemessung	35
B.6.2.1	Einleitung	35
B.6.2.2	Konkrete Sanktionsberechnung.....	36
C	Kosten	37
D	Ergebnis	38
E	Dispositiv	39

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Am 10. Februar 2011 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige ein.¹ In der Anzeige wird geltend gemacht, dass der Verein International Federation of the Phonographic Industry Schweiz (nachfolgend: IFPI Schweiz) den Schweizer Markt abschotte, um Parallelimporte von Ton- und Tonbildträgern wie CDs zu verhindern. Des Weiteren habe IFPI Schweiz der Anzeigerin die Aufnahme in den Verein verweigert.

2. Überdies macht die Anzeigerin geltend, IFPI Schweiz manipulierte die „offizielle Schweizer Hitparade“ (nachfolgend: Hitparade).² IFPI Schweiz verhindere den Einzug von Musiktiteln in die Hitparade, die durch digitale Distributoren vertrieben werden. Dadurch widerspiegeln die Hitparade nicht die effektiven Verkaufszahlen. Welcher Distributor die Voraussetzungen für die Hitparade erfülle, sei im sogenannten Chartsreglement (vgl. Rz 19) festgehalten, dieses sei jedoch geheim.

3. Zusätzlich machte die Anzeigerin sinngemäss geltend, die Phononet AG (nachfolgend: Phononet) würde ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen. Mit dem Phononetsystem (vgl. Rz 12), welches den Datenaustausch zwischen dem Handel und den Ton- und Tonbildträgerherstellern (Labels) ermöglicht, und dem Music Promotion Network (nachfolgend: MPN, Rz 20), welches Medienschaffenden ein Musikbewerbungs- und Musikbelieferungsportal für Neuheiten in der Musikbranche zur Verfügung stellt, erzwingen sie zu hohe Preise.

4. Zudem gäbe es personelle Verstrickungen zwischen den vier grössten Labels in der Schweiz (EMI Music Switzerland AG, Sony Music Entertainment Switzerland GmbH, Universal Music GmbH und Warner Music Switzerland AG; sogenannte Majors) und Phononet. Über MPN würden die in den Medien vorgestellten und gespielten Neuerscheinungen kontrolliert und deren Marktanteil dadurch erhöht. So würden über 80 % der Musikstücke auf

¹ Akte Nr. 1.

² Der Vorwurf bezieht sich sowohl auf die Single- als auch auf die Albumhitparade; vgl. <http://www.drs3.ch/www/de/drs3/sendungen/top/hitparade.html>; besucht am 7. März 2012.

MPN aufgrund der personellen Verstrickungen von Künstlern stammen, die durch die Majors produziert würden. Dies sei jedoch nicht im Interesse der UNIKOM Radios (nicht-kommerzorientierte Lokalradios), da diese insbesondere an Musikstücken von Künstlern interessiert seien, die nicht durch die Majors produziert würden.³ Für die wenigen Stücke von „Majorkünstlern“ würde sich ein MPN Abonnement einfach nicht lohnen.

5. Des Weiteren sei von den Majors durchgesetzt worden, dass Journalisten ohne Abonnement nicht mehr mit Musiktiteln bemustert würden. Dadurch seien Journalisten gezwungen, MPN zu abonnieren. Zusätzlich seien die Künstler von ihren Labels aufgefordert worden, Journalisten ohne MPN Abonnement Interviews zu verweigern.

6. Die Problematik werde zusätzlich dadurch verschärft, dass Mediamarkt und Ex Libris, die beiden grössten Händler in der Schweiz, froh seien, ihre Bestellungen nur über ein System abwickeln zu müssen. Ex Libris akzeptiere praktisch keine Musiktitel, die nicht im Phononetsystem eingespeist seien.

A.2 Parteien und Marktstruktur

7. **IFPI Schweiz** ist ein Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB⁴ mit Sitz in Zürich. Es handelt sich um den Dachverband der Ton- und Tonbildträgerhersteller in der Schweiz. Als nicht gewinnorientierter Verein vertritt er die Interessen seiner Mitglieder in allen Belangen des Urheberrechts, der Leistungsschutzrechte und der Bekämpfung von Missbräuchen.

8. IFPI Schweiz hat 31 Mitglieder.⁵ Dabei wird zwischen A- und B-Mitgliedern unterschieden. Zu den A-Mitgliedern gehören die EMI Music Switzerland AG (nachfolgend: EMI), die Musikvertrieb AG (nachfolgend: Musikvertrieb), die Phonag Records AG (nachfolgend: Phonag), die Sony Music Entertainment Switzerland GmbH (nachfolgend: Sony), die Universal Music GmbH (nachfolgend: Universal) und die Warner Music Switzerland AG (nachfolgend: Warner). Bei der Vereinsversammlung [...] [Geschäftsgeheimnis: Struktur von IFPI-Schweiz und Stimmrechte].⁶

9. Die A-Mitglieder sind im sogenannten *Marketingausschuss* vertreten. Dieses Gremium war bis anhin insbesondere für die Erstellung und die Änderung des Chartsreglementes für die Hitparade (vgl. Rz 19) zuständig.

10. Der *Vorstand* führt die Belange von IFPI Schweiz. Im Vorstand sind dieselben Mitglieder vertreten wie im Marketingausschuss mit der Ausnahme, dass an Stelle der Phonag die TBA AG⁷ (nachfolgend TBA) vertreten ist und zusätzlich die K-Tel International Switzerland AG dem Vorstand angehört.

11. **Phononet** mit Sitz in Zürich wurde von der schweizerischen Musikindustrie gegründet.⁸ Phononet stellt insbesondere zwei Tools zur Verfügung, das Phononetsystem und MPN.

12. Das *Phononetsystem* verbindet den Handel mit der Industrie mittels Electronic Data Interface (EDI) Verbindungen, um den elektronischen Datenaustausch zwischen dem Handel und der Industrie zu standardisieren und zu vereinfachen. Phononet stellt dem Handel einen

³ <http://www.unikomradios.ch/>; besucht am 28. Februar 2012.

⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

⁵ <http://www.ifpi.ch/index.php/ifpi-mitgliederliste.html>; besucht am 13. Februar 2012.

⁶ Akte Nr. 119.

⁷ Phonag ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft von TBA.

⁸ <http://www.phononet.ch/>; besucht am 7. März 2012.

Medienkatalog elektronisch zur Verfügung. Dieses System entbündelt Sammelbestellungen an die Industrie, übermittelt Lieferscheine, verschickt elektronische Rechnungen und übermittelt Katalogdaten. Phononet fungiert dabei als offene Schnittstelle. Händler, die über keine EDI Verbindung verfügen, bezahlen [...] für den Zugang zum Medienkatalog. Für die anderen Händler ist das Phononetsystem kostenlos. Die Labels bezahlen jährlich [...] ihres Jahresnettoumsatzes für physische Produkte, wobei ein Minimalansatz von [...] / Monat gilt.⁹

13. Für Medienschaffende stellt Phononet *MPN* zur Verfügung. Es handelt sich um ein Musikbewerbungs- und Musikbelieferungsportal für Neuheiten in der Musikbranche, die sich an Radios, Online- und Printmedien wendet. Musikstücke werden für 90 Tage auf MPN bereitgestellt. Danach gelten sie nicht mehr als Neuheit und werden wieder von MPN gelöscht.

14. Die im MPN vorhandenen Produkte können von den Radiosendern in CD-Qualität auf den Server und in das Musikarchiv heruntergeladen werden. Neben der Musik sind im MPN auch die Metadaten der Produkte verfügbar, die für die Meldung an die SUISA (die Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik)¹⁰ wichtig sind. Zusätzlich stellt MPN auch die Contentdaten (Covers und Produktinformationen) zum Download für die Internetseiten der Radiosender zur Verfügung.

15. Für die vier Major Labels belaufen sich die Kosten für die Benutzung von MPN jährlich insgesamt auf [...]. Diese Kosten werden monatlich nach dem Reichweitenanteil der jeweiligen Firma an den im Radio gespielten Titeln aufgeteilt. Phonag bzw. TBA und Musikvertrieb bezahlen eine Pauschale von [...] / Monat. Alle anderen Labels bezahlen für jede Einstellung ins MPN [...], unabhängig davon, ob es sich um ein Album, eine Single oder um ein Interview handelt.¹¹

16. Die Radiosender bezahlen eine Jahresgebühr für die technische Dienstleistung von Phononet zur Bereitstellung der Musiktitel auf MPN. Radios mit einer grossen Reichweite bezahlen [...] / Jahr für die Nutzung von MPN. Radios mit einer kleinen Reichweite bezahlen dafür [...] / Jahr, die UNIKOM Radios bezahlen [...] / Jahr. Die SRF Gruppe regelt die Kosten für MPN im Gesamtvertrag mit IFPI Schweiz. Phononet stellt IFPI Schweiz für die MPN Dienstleistungen für die SRF Gruppe [...] / Jahr in Rechnung.¹²

17. Andere Medienschaffende und die Radios, die über keinen MPN Downloadvertrag verfügen, haben die Möglichkeit, die Musikstücke kostenlos anzuhören. Zusätzlich können die Contentdaten heruntergeladen werden.¹³

18. Die **Media Control AG** (nachfolgend: Media Control) ist ein in der Entertainmentbranche tätiges Marktforschungsunternehmen. Media Control erhebt kontinuierlich Verkaufszahlen im Musik-, Games-, Video- und Buch-Bereich und wertet diese aus. Der breiten Öffentlichkeit ist das Unternehmen durch die Ermittlung der Hitparade bekannt.

19. Im Auftrag von IFPI Schweiz erstellt Media Control aufgrund der Verkaufszahlen von CDs und Singles seit 1983 die Hitparade, die jeweils sonntags auf DRS 3 ausgestrahlt und am darauffolgenden Mittwoch jeweils im 20Minuten publiziert wird. Die Charts werden auf Basis des aktuellen Chartsreglementes erstellt, welches die Rahmenbedingungen für deren Erstellung festsetzt.¹⁴ Das Reglement wurde vom Marketingausschuss von IFPI Schweiz ausgearbeitet und ist seit 1995 in Kraft. Seither wurde es auch auf Initiative von Media Con-

⁹ Akte Nr. 190.

¹⁰ <http://www.suisa.ch/>; besucht am 7. März 2012.

¹¹ Akte Nr. 190.

¹² Akte Nr. 190.

¹³ Akte Nr. 190.

¹⁴ Akte Nr. 119, Beilage 9.

trol etliche Male geändert. Im Gegensatz zu vielen europäischen Ländern ist das schweizerische Reglement nicht öffentlich zugänglich und lediglich dem Marketingausschuss, dem Vorstand von IFPI Schweiz sowie Media Control bekannt.¹⁵ Allerdings ist IFPI Schweiz in der Zwischenzeit dabei, das Chartsreglement zu überarbeiten und verschiedene Neuerungen auszuarbeiten und umzusetzen: So soll das Chartsreglement künftig veröffentlicht werden und es sollen verschiedene Interessengruppen an dessen Umsetzung beteiligt werden.

20. Die für die Chartserhebung von Media Control gezählten Händler sind nur ihr bekannt. Diese Händler müssen gewisse Kriterien erfüllen, um für die Chartserhebung berücksichtigt zu werden. So müssen die Händler unter anderem 3 IFPI-A-Mitgliedern bekannt sein, regelmäßig Tonträger beziehen und über einen festen Verkaufsstandort verfügen. Wenn es sich um einen Downloadhändler handelt, muss er unter anderem gewährleisten, dass es sich um Verkäufe an Endverbraucher handelt, damit Doppelzählungen vermieden werden können. Zusätzlich müssen die Verkaufsmeldungen kontrollierbar sein. Des Weiteren muss das Repertoire repräsentativ sein und der Downloadhändler muss eine „.ch-Domain“ haben.¹⁶

A.3 Wertschöpfungskette

21. Nachfolgend wird die von IFPI Schweiz erstellte, typische Wertschöpfungskette eines Musikstückes vom Komponisten bis zum Konsumenten aufgezeigt.



Quelle: IFPI Schweiz

22. Am Anfang der Wertschöpfungskette stehen die Komponisten und Musiker. Damit ihr Stück auf den Markt gelangen kann, benötigen die Musiker einen Produzenten, der in der Regel für die Finanzierung aufkommt.

23. Um die Musikstücke auf den Markt zu bringen, wählen die Künstler normalerweise ein Label, welches sich um die Herstellung und Vervielfältigung der Tonträger kümmert. Nimmt das Label die Künstler unter Vertrag, kommen dem Label als Ton- und Tonbildträgerhersteller Exklusivrechte zu, wie z.B. Herstellungs-, Vervielfältigungs- und Veräusserungsrechte. Sodann übertragen die Künstler und Produzenten dem Label in der Regel gewisse ihrer eigenen Rechte zur exklusiven Nutzung. Für diese Rechte bezahlen die Labels Lizenzgebühren, welche teilweise von Verwertungsgesellschaften (wie z.B. SUIZA) zugunsten der Rechteinhaber (Komponisten, Interpreten) erhoben werden.

24. Nach der Herstellung und Vermarktung gelangen die Ton- und Tonbildträger über den Vertrieb in den Verkaufskanal. Die Vertriebs- und Verkaufskanäle sind demnach den Labels in der Wertschöpfungskette nachgelagert.

25. Man unterscheidet zwischen physischem und digitalem Vertrieb. Der physische Vertrieb umfasst die Vermarktung und den Absatz des physischen Produktes, also der Single oder CD. Der digitale Vertrieb nutzt in erster Linie das Internet als Vertriebskanal (Downloads). Die meisten IFPI-Mitglieder sind nicht nur Labels. Sie übernehmen gleichzeitig auch den digitalen und den physischen Vertrieb und beliefern daher sowohl den physischen Handel wie Ex Libris und Media Markt als auch die digitalen Händler wie z.B. iTunes. Dem Ver-

¹⁵ Öffentlich zugänglich ist das Chartsreglement in Deutschland, Österreich, Holland, Belgien und UK. Geheim ist das Chartsreglement in der Schweiz, Italien, Spanien und Irland.

¹⁶ Akte Nr. 119, Beilage 10.

trieb können Zwischenhändler vorgelagert sein, die als Dienstleister agieren und den Labels den Zugang zum Vertrieb vermitteln. Im Gegensatz zum Vertrieb haben Zwischenhändler keine direkten Händlerbeziehungen (vgl. Skizze in Rz 21).

26. Die Händler verkaufen den Endkonsumenten schliesslich die Ton- und Tonbildträger.

A.4 Verfahren

27. Mit Schreiben vom 10. Februar 2011 ging beim Sekretariat eine Anzeige ein.¹⁷

28. Am 24. März 2011 hat das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG¹⁸ eröffnet. Gleichentags wurden Media Control, Phononet, IFPI International, Musikvertrieb, die Phonag AG, die TBA AG, Warner, Universal, Sony und EMI mit Fragebogen befragt. Am 4. April 2011 wurde auch die IFPI Schweiz mittels Fragebogen befragt.

29. Mit Schreiben vom 15. Mai 2011 wurden die Ex Libris AG, die Media Markt AG, die CD Shop AG, die Direktmedia AG sowie diverse Radiosender mit Fragebogen befragt. Sämtliche Fragebogen wurden beantwortet.

30. Am 25. Mai 2011 haben die Vorstandsmitglieder von IFPI Schweiz beschlossen, die Praxis der Parallelimportverzichtserklärungen künftig einzustellen.¹⁹

31. Mit Schreiben vom 30. Mai, 31. Mai und 6. Juni 2011 haben diverse Mitglieder [Geschäftsgeheimnis] der IFPI dem Sekretariat die volle Kooperation zugesichert.

32. Am 1. Juni 2011 hat IFPI Schweiz die Antworten auf den Fragebogen und die Erklärungen zur Praxis der Parallelimportverzichtserklärung eingereicht.

33. Mit Schreiben vom 6. Juni 2011 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen IFPI Schweiz, gegen die Mitglieder von IFPI Schweiz, gegen Media Control und Phononet eröffnet.

34. Mit Schreiben vom 7. Juni 2011 wurde der Anzeigerin mitgeteilt, dass gegen die in Rz 33 genannten Unternehmen ein Untersuchungsverfahren eröffnet worden ist.

35. Am 8. Juni 2011 wurde ein Parteiverhör mit dem damaligen Geschäftsführer von IFPI Schweiz durchgeführt. Am 28. Juni 2011 fand ein Parteiverhör mit Phononet statt. Mit Media Control wurde am 6. Juli 2011 ein Parteiverhör durchgeführt.

36. Mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG gab das Sekretariat am 28. Juni 2011 die Eröffnung der Untersuchung im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekannt.

37. Am 6. Juli 2011 hat Herr Niessner beantragt, als Vertreter der UNIKOM Radios am Verfahren beteiligt zu werden. Am 12. März 2012 wurde der Antrag mit der Begründung abgelehnt, der UNIKOM-Verband sei bereits als offizieller Vertreter der UNIKOM-Radios gemäss Art. 43 Abs. 1 KG am Verfahren beteiligt.

¹⁷ Akte Nr. 1.

¹⁸ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁹ Akte Nr. 119, Beilage 2.

38. Am 14. Juli 2011 hat Smart Music Distribution mitgeteilt, dass sie sich am Verfahren beteiligen möchte. Mit E-Mail vom 12. März 2012 wurde das Unternehmen als Dritte ohne Parteistellung im Verfahren anerkannt.

39. Am 31. Juli 2011 teilte der Verband der schweizerischen UNIKOM-Radios mit, dass sie sich am Verfahren beteiligen möchten. Mit Schreiben vom 7. März 2012 wurde der Verband als Dritter ohne Parteistellung am Verfahren beteiligt.

40. Im Rahmen der Ermittlungen zeichnete sich bei IFPI Schweiz, seinen Mitgliedern und Phononet die Bereitschaft zum Abschluss von einvernehmlichen Regelungen im Sinne von Art. 29 KG ab. Diese wurden am 21. Mai 2012 unterzeichnet.

41. Den Parteien wurde der Antrag des Sekretariates am 6. Juni 2012 zur Stellungnahme unterbreitet (vgl. Art. 30 Abs. 2 KG).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

42. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

43. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

44. Die IFPI-Mitglieder, Media Control und Phononet stellen ohne weiteres Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes dar. Es stellt sich hingegen die Frage, ob der Verein IFPI Schweiz ebenfalls unter den Unternehmensbegriff des Kartellgesetzes fällt.

45. IFPI Schweiz ist als Verein eine juristische Person. Der Verein hat einen Geschäftsführer, erbringt autonom Dienstleistungen für seine Mitglieder und ist wirtschaftlich selbständig. Insbesondere berät er seine Mitglieder in rechtlichen Fragen, führt Tarifverhandlungen mit der SUIISA, lässt die Hitparade durch Media Control erheben und verteilt die Swissperform-Einnahmen.²⁰ IFPI Schweiz ist daher Anbieter von Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess und stellt damit ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes dar.²¹

46. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die in das vorliegende Verfahren involvierten Unternehmen unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG fallen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

47. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich

²⁰ <http://www.ifpi.ch/index.php/home-ifpi2010/articles/home-31.html>; besucht am 21. Februar 2012.

²¹ RPW 2000/2, 167 ff., *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation* (AFEC).

auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

48. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

49. 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

50. 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).

51. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: (i) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, (ii) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung und (iii) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf der gleichen oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.

52. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die genannten Tatbestandselemente von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt sind.

B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

53. Für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist erforderlich, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.²² Der Beweis eines „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“ mag am einfachsten gelingen, wenn die Wettbewerbsabrede in Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.²³

54. Bei nicht erzwingbaren Vereinbarungen liegen oftmals keine direkten Beweise wie eine schriftliche Übereinkunft oder ein protokollierter Beschluss vor, sondern die Beteiligten haben sich mündlich oder sogar nur konkludent über den Inhalt verständigt. Die Beweisführung muss deshalb indirekt über Indizien (Marktstrukturen, Verhalten der Unternehmen, etc.) erfolgen.²⁴

55. Die Mitglieder von IFPI Schweiz haben spätestens seit 1999 stillschweigend vereinbart, keine Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern anderer IFPI-Mitglieder in die Schweiz zu tätigen (vgl. Rz 58). Um diese ursprüngliche Vereinbarung künftig auch bei Neumitgliedern durchzusetzen, wurde von 1999 bis 2011 von sechs Neumitgliedern als Bei-

²² THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 81.

²³ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 22), Art. 4 Abs. 1 N 82.

²⁴ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 22), Art. 4 Abs. 1 N 97.

trittsvoraussetzung verlangt, dass sie sich schriftlich dazu verpflichten, keine Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern eines anderen IFPI-Mitgliedes in die Schweiz zu tätigen.

56. Zu diesem Zweck wurde den Neumitgliedern seit 1999 durch die damaligen Geschäftsführer (vgl. Rz 68) von IFPI Schweiz folgende Parallelimportverzichtserklärung (nachfolgend: Unterlassungserklärung) zur Unterschrift vorgelegt:

„Der neu in den Verein IFPI Schweiz aufzunehmende Tonträgerhersteller, (...) , erklärt unwiderruflich, keine Ton- und/oder Tonbildträger, die dem Repertoire eines anderen IFPI-Mitgliedes zugeordnet werden können, ohne Zustimmung des Rechteinhabers parallel zu importieren, zu verkaufen oder sonst wie in Verkehr zu bringen.

*Er ist darüber informiert, dass die Zuwiderhandlung die Verpflichtung zur Zahlung einer **Vertragsstrafe von CHF 20'000.–** auslöst. Als Zuwiderhandlung gilt auch der Import, bzw. Verkauf (in Verkehr bringen) eines einzelnen Ton- und/oder Tonbildträgers.“²⁵*

57. 2006 wurde die Unterlassungserklärung verschärft, indem die Busse von CHF 20'000.– auf CHF 50'000.– erhöht wurde.²⁶ Überdies wurde eine Passage eingefügt, wonach konzernzugehörige andere Firmen ebenfalls unter das Parallelimportverbot fallen. Die Unterlassungserklärung lautete fortan wie folgt:

*„Die neu in den Verein IFPI Schweiz aufzunehmende Tonträgerfirma, (...) , erklärt unwiderruflich, **weder selbst noch durch konzernzugehörige andere Firmen Ton- und/oder Tonbildträger**, die dem Repertoire eines anderen IFPI-Mitgliedes zugeordnet werden können, ohne Zustimmung des Rechteinhabers parallel in die Schweiz zu importieren, zu verkaufen oder sonst wie in Verkehr zu bringen.*

*Sie ist darüber informiert, dass die Zuwiderhandlung die Verpflichtung zur Zahlung einer **Vertragsstrafe von CHF 50'000.–** auslöst. Als Zuwiderhandlung gilt auch der Import, bzw. Verkauf (in Verkehr bringen) eines einzelnen Ton - und/oder Tonbildträgers (davon ausgenommen sind Tonträger aus Vinyl).“²⁷*

58. Gemäss Statuten von IFPI Schweiz entscheidet die Generalversammlung über die Aufnahme von neuen Mitgliedern.²⁸ Über Beitrittsgesuche von Neumitgliedern haben die Mitglieder von IFPI Schweiz ab 1999 in der Generalversammlung jeweils unter der Voraussetzung abgestimmt, dass die Unterlassungserklärung unterzeichnet wurde.²⁹ Dies zeigt deutlich, dass sämtliche IFPI-Mitglieder über die Unterlassungserklärung nicht nur informiert waren, sondern dass sie diese darüber hinaus unterstützt und mitgetragen haben.³⁰ In casu wird das Verhalten der IFPI-Mitglieder in der Generalversammlung als Indiz dafür gewertet, dass zwischen ihnen eine Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten getroffen wurde.

59. Jene IFPI-Mitglieder, die dem Verband vor 1999 beigetreten waren, haben nie eine schriftliche Erklärung unterzeichnet (vgl. Rz 55), haben aber dennoch auf Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern von anderen IFPI-Mitgliedern verzichtet. Es wäre nicht nachvollziehbar, dass die ursprünglichen IFPI-Mitglieder, welche an den Generalversammlungen von IFPI Schweiz teilgenommen und dort über Neubeitritte abgestimmt haben, dieses Ver-

²⁵ Akte Nr. 182.

²⁶ Akte Nr. 182.

²⁷ Akte Nr. 182.

²⁸ Akte Nr. 119, Beilage 6, Art. 4 der Statuten des Vereins; vgl. Art. 65 Abs. 1 ZGB.

²⁹ Seit deren Einführung im Jahr 1999 haben sechs Neumitglieder ([...] [Geschäftsgeheimnis]) eine solche Unterlassungserklärung bei der Vereinsaufnahme unterzeichnet, Vgl. Akte Nr. 119.

³⁰ Vgl. Akte Nr. 192, S. 47.

halten nur von Neumitgliedern verlangt, selber aber nicht praktizierten (vgl. Rz 55), was ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer Abrede zwischen allen IFPI-Mitgliedern ist.

60. Zusätzlich hat Phononet in sogenannten Teilnehmerverträgen, die die Rahmenbedingungen für die Nutzung des Phononetsystems für die Labels regeln (vgl. Rz 12), eine Passage eingebaut, welche den Labels den Parallelimport untersagt. In § 4.1. des Teilnehmervertrages steht:

„Der Teilnehmer erklärt, dass er keine Parallelimporte tätigt (...).“³¹

61. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die IFPI-Mitglieder an der Abrede zur Verhinderung von Parallelimporten beteiligt waren. Die in Fn 29 genannten Unternehmen haben sogar eine Unterlassungserklärung unterzeichnet.³² Die Abrede wurde von den Mitgliedern im Rahmen des Verbandes IFPI Schweiz getroffen, wobei der damalige Geschäftsführer die Unterlassungserklärung entworfen und dem damaligen Vorstandsvorsitzenden vorgelegt hat. So hat der Geschäftsführer den Neumitgliedern die Unterlassungserklärung zur Unterzeichnung unterbreitet. Deshalb hat IFPI Schweiz als Verband auch zu der Abrede beigetragen. Phononet hat die IFPI-Mitglieder bei der Umsetzung der Abrede unterstützt und die Wirkung der Abrede mit der genannten Vertragsklausel verschärft.

62. Das Tatbestandselement „bewusstes und gewolltes Zusammenwirken“ zwischen den IFPI-Mitgliedern ist somit gegeben.

B.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

63. Gemäss Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG genügt es, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Das Gesetz verlangt nicht, dass beide Tatbestandselemente kumulativ vorliegen müssen. Es ist jedoch erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede kausal für die Wettbewerbsbeschränkung ist.³³

64. Die subjektive Absicht der Abredeteiligen ist für das „Bezwecken“ einer Wettbewerbsbeschränkung nicht relevant. Für die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 4 Abs. 1 KG genügt es, wenn der Inhalt der Abrede objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung oder Beseitigung eines Wettbewerbsparameters herbeizuführen. Der Nachweis eines Unrechtsbewusstseins oder sogar eines Willens der Beteiligten, eine kartellrechtswidrige Abrede einzugehen, ist nicht erforderlich (objektiver Zweckbegriff).³⁴

65. IFPI Schweiz hat geltend gemacht, dass die Unterlassungserklärung lediglich der Pirateriebekämpfung gedient habe und zu keinem Zeitpunkt eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden sei. In den sechs unterzeichneten Unterlassungserklärungen wurde jedoch Pirateriebekämpfung mit keinem Wort erwähnt. Überdies konnte mit einem Parallelimportverbot, an welches sich sämtliche IFPI-Mitglieder hielten, zu keinem Zeitpunkt der Handel mit Piraterieprodukten verhindert oder unterbunden werden. Dazu hätten geeignetere Mittel und Wege bestanden. Dies hat der damalige Geschäftsführer von IFPI Schweiz im Parteiverhör vom 8. Juni 2011 denn auch eingestanden.³⁵ Das Vorliegen der Unterlassungserklärung spricht dafür, dass ohne diese Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern durch die IFPI-Mitglieder vorgenommen worden wären. Letzteres ergibt sich auch aus der Tatsache

³¹ Vgl. Akte Nr. 250.

³² Akte Nr. 182.

³³ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 22), Art. 4 Abs. 1 N 68 m.w.N.

³⁴ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 22), Art. 4 Abs. 1 N 71; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 3. Auflage 2011, Art. 4 Abs. 1 N 4.

³⁵ Vgl. Akte Nr. 246, S. 14.

dass es die IFPI-Mitglieder für notwendig hielten, die Busse für den Fall des Nichteinhaltens der Unterlassungserklärung von CHF 20'000.– auf CHF 50'000.– zu erhöhen.

66. Dass es sich bei der Wettbewerbsabrede um ein kartellrechtlich problematisches Verhalten handelte, muss IFPI Schweiz und seinen Mitgliedern spätestens durch die KG-Revision im Jahre 2003 bewusst geworden sein, da die Einführung der direkten Sanktionen gemäss Art. 49a KG sowie die Aufnahme von Art. 5 Abs. 4 KG und die damit bezweckte Bekämpfung von Gebietsabschottungen und Ermöglichung von Parallelimporten in der Presse ausführlich diskutiert worden sind. Sowohl der von 1994 bis Oktober 2009 amtierende Geschäftsführer von IFPI Schweiz wie auch der ab November 2009 bis 2011 sind Rechtsanwälte und mussten daher die kartellrechtliche Problematik einer Parallelimportverzichtserklärung wie der vorliegenden erkannt haben. Darüber hinaus wurde ebendieser Geschäftsführer 2010 durch die CVW Disques Office S.A. (nachfolgend: Disques Office) im Rahmen ihres Beitrittsgesuchs ausdrücklich darüber orientiert, dass die Unterlassungserklärung gegen das Kartellgesetz verstosse und IFPI Schweiz dies daher nicht als Voraussetzung für den Vereinsbeitritt verlangen könne.³⁶

67. IFPI Schweiz hat des Weiteren vorgebracht, dass diese Vereinbarung von IFPI Schweiz oder seinen Mitgliedern niemals kontrolliert worden sei. Man habe die Labels auch nie dazu angehalten, diese Vereinbarung einzuhalten. Ob dies zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Aufgrund der angedrohten Konventionalstrafe, welche im Jahr 2006 von CHF 20'000.– auf CHF 50'000.– angehoben wurde und der zusätzlich eingefügten Passage , wonach konzernzugehörige andere Firmen ebenfalls unter das Parallelimportverbot fallen,³⁷ gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass man den Parallelimport von Ton- und/oder Tonbildträgern in die Schweiz effektiv verhindern und dies durch die Erhöhung der Geldstrafe und das Ausdehnen auf konzernzugehörige Unternehmen durchsetzen wollte. Damit kann die Frage, ob mit der Unterlassungserklärung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden ist, bejaht werden.

68. IFPI Schweiz macht weiter geltend, lediglich sechs Mitglieder hätten die Unterlassungserklärung unterzeichnet und diese hätten gemeinsam einen Marktanteil von weniger als 5 %. Zwar trifft es zu, dass seit deren Einführung im Jahr 1999 lediglich sechs IFPI-Mitglieder die Unterlassungserklärung unterschrieben haben, an der Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten waren jedoch sämtliche IFPI-Mitglieder beteiligt.³⁸ Dass der Zweck der Unterlassungserklärung umfassend erreicht wurde zeigt sich daran, dass kein Mitglied von IFPI Schweiz Parallelimporte getätigt hat.

69. Die Unterlassungserklärung hat daher eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt und bewirkt.

B.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Stufen

70. Gemäss der Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG muss die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckende oder bewirkende Abrede von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen getroffen werden.

71. Die Mitglieder von IFPI Schweiz, welche auf der gleichen Marktstufe tätig sind, haben im Rahmen des Verbands untereinander vereinbart, keine Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern anderer IFPI-Mitglieder in die Schweiz vorzunehmen.

³⁶ Vgl. Akte Nr. 192, Beilage 3, S. 21 und 22.; Akte Nr. 239, Beilage 10. [...] [Geschäftsgeheimnis].

³⁷ Akte Nr. 182.

³⁸ Vgl. Fn 29 sowie Rz 59.

B.3.1.4 Verhalten von Phononet

72. Ebenfalls zum Gelingen der Abrede hat Phononet mit den Teilnehmerverträgen für das Phononetsystem beigetragen.³⁹ Phononet ist nicht auf demselben Markt tätig wie die Labels. Diese Verträge haben jedoch dazu geführt, dass die Abrede unter den Labels zusätzlich gefestigt und befolgt wurde. Phononet wird daher ebenfalls zur Verantwortung gezogen.⁴⁰

B.3.1.5 Zwischenergebnis

73. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zwischen den Mitgliedern von IFPI Schweiz – im Rahmen des Verbandes – vereinbart wurde, keine Parallelimporte von Tonbild- und/oder Tonbildträgern anderer IFPI-Mitglieder zu tätigen. Diese stellt eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

74. Phononet hat ebenfalls einen Beitrag zur Abrede geleistet.

75. Nachfolgend ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

76. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern wird vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 lit. c KG). Gemäss Botschaft⁴¹ entsprechen die in den Vermutungstatbeständen von Art. 5 Abs. 3 KG erwähnten Formen horizontaler Abreden (Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen) den sogenannten „harten Kartellen“.⁴²

77. Die Aufteilung von Märkten oder Geschäftspartnern schränkt das Angebot ein und führt zu einer verminderten Produktion und damit letztlich zu höheren Preisen.⁴³

B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Gebietsabrede

78. Wie in Rz 71 festgestellt wurde, bestand eine horizontale Abrede, welche darauf abzielte, Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern in die Schweiz zu verhindern. Phononet hat (wie in Rz 72 dargelegt) durch die Teilnehmerverträge für das Phononetsystem, welche für sich alleine betrachtet als vertikale Abreden zu qualifizieren wären, die Wirkung dieser horizontalen Abrede verstärkt. Die Wirkungen ergaben sich jedoch hauptsächlich aus der Abrede zwischen den IFPI-Mitgliedern, weshalb insgesamt eine horizontale Abrede vorliegt.

79. Durch die Wettbewerbsabrede wurde der Schweizer Markt teilweise abgeschottet, indem die Bezugsmöglichkeiten des Handels für Ton- und/oder Tonbildträger eingeschränkt wurden. So hatte der Handel keine Möglichkeit über die Labels parallelimportierte Ton-

³⁹ Vgl. Rz 11 f. sowie Rz 60.

⁴⁰ Vgl. RPW 2011/4, 644, Rz 829, ASCOPA; Urteil des EuG vom 8. Juli 2008 T-99/04 *AC-Treuhand*, Slg. 2008 II-01501, Rz 112 ff.

⁴¹ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 517.

⁴² FRANZ HOFFET in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 N 71.

⁴³ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 373.

und/oder Tonbildträger aus dem Ausland zu beziehen. Dies hat dazu geführt, dass das Bezugsangebot von Ton- und Tonbildträgern für Händler vermindert wurde.

80. Die Parallelimportverzichtserklärung zielte darauf ab, den Schweizer Markt abzuschotten. Daraus folgt, dass in casu eine Gebietsabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. c KG gegeben ist und damit die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs greift.

B.3.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

81. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer aktueller und potentieller Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen (Aussenwettbewerb) oder Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen (Innenwettbewerb) besteht. Um die Intensität des Aussen- sowie des Innenwettbewerbs zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.2.2.1 Relevanter Markt

Sachlich relevanter Markt

82. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.⁴⁴

83. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind neben ihrer Haupttätigkeit als Ton- und Tonbildträgerhersteller mehrheitlich auch im Vertrieb dieser Produkte (Musik-CDs, Musik-DVDs etc.) in der Schweiz tätig. Daher sind zu ihrer Marktgegenseite u.a. Schweizer Händler von physischen Ton- und Tonbildträgern (z.B. Ex Libris, Media Markt, Manor etc.) sowie Anbieter von digitalen Download-Produkten (z.B. iTunes, Nokia, Vodafone etc.) zu zählen (vgl. Rz 21 ff.).

84. Als erstes stellt sich die Frage, ob für die Marktgegenseite eine Austauschbarkeit zwischen einem physischen Produkt und seinem digitalen Pendant besteht. Während eine solche Art der Substitution für einen Konsumenten – zumindest bis zu einem gewissen Grad – durchaus denkbar ist, scheint eine analoge Möglichkeit zur Austauschbarkeit für den Handel eher schwierig: Ein Händler von physischen Ton- und Tonbildträgern stellt gemäss seinem Geschäftsmodell Verkaufsräumlichkeiten und Ladenfläche für den Verkauf von Ton- und Tonbildträgern zur Verfügung, pflegt den direkten Kundenkontakt und spezialisiert sich u.U. auf Beratungsdienstleistungen. Eine Umstellung auf digitale Produkte würde daher bedeuten, dass er Verkaufsräumlichkeiten aufgeben sowie den direkten Kundenkontakt und allfällige Beratungsleistungen einstellen oder neu organisieren müsste. Mit anderen Worten würde dies einen grundlegenden Wechsel des Geschäftsmodells bedeuten, welcher wohl nicht ohne weiteres zu vollziehen wäre. Analoges gilt für einen Händler von digitalen Download-Produkten. Es scheint daher plausibel, dass auf der Stufe Handel ein physisches Produkt nicht so einfach durch sein digitales Pendant substituiert werden kann (allenfalls könnten sich diese beiden Produktkategorien ergänzen – Komplemente statt Substitute bilden).

85. In einem ersten Schritt kann aus den genannten Gründen festgehalten werden, dass der sachlich relevante Markt physische Ton- und Tonbildträger und keine digitalen Produkte umfasst. In einem nächsten Schritt gilt es abzuklären, inwiefern eine Austauschbarkeit zwi-

⁴⁴ Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

schen unterschiedlichen physischen Ton- und Tonbildträgern (also zwischen Ton- und Tonbildträgern von verschiedenen Künstlern, Musikrichtungen etc.) besteht.⁴⁵

86. Betrachtet man die Austauschbarkeit auf der Stufe Endkonsument, so wäre grundsätzlich eine Segmentierung des sachlich relevanten Marktes nach einzelnen Künstlern (u.a. sogar nach einzelnen Alben/Singles) denkbar, wobei aufgrund der einvernehmlichen Regelung diesbezüglich keine detaillierten Abklärungen vorgenommen wurden. Diese Ansicht kann dadurch unterstützt werden, dass es gerade im Bereich „Musik“ vorstellbar scheint, dass Konsumenten bei (signifikanten) Preiserhöhungen wohl nicht auf Produkte anderer Künstler ausweichen. Eine solche „Markentreue“ würde implizieren, dass es für einen Tonträgerhersteller durchaus profitabel sein könnte, für den Ton- oder Tonbildträger eines bestimmten Künstlers von einem *hypothetischen tiefen* Preis abzuweichen (sprich den Preis zu erhöhen), da mit keinem massiven Nachfragerückgang zu rechnen wäre. Diese Tatsache würde für eine detaillierte Abgrenzung nach einzelnen Künstlern sprechen.⁴⁶

87. Allerdings gilt es zu bemerken, dass bei der Betrachtung der Stufe Handel nicht so sehr die Austauschbarkeit aus Sicht eines einzelnen Endkonsumenten ausschlaggebend ist, sondern vielmehr das resultierende Aggregat. Ein Händler möchte v.a. diejenigen Produkte in sein Sortiment aufnehmen und anbieten, welche von einem Grossteil seiner Zielgruppe nachgefragt werden. Da im Bereich Musik verschiedene Präferenzen vorherrschen und meist mehrere Künstler in der Gunst der Konsumenten stehen, kann für den Handel ein gewisser Spielraum bezüglich der Austauschbarkeit unterschiedlicher Ton- und Tonbildträger bestehen (zu dieser Frage wurden im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, welche mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden konnte, keine detaillierten Abklärungen getroffen).

88. Wie weit die Austauschbarkeit zwischen verschiedenen physischen Ton- und Tonbildträgern beim Handel geht, sprich ob schliesslich ein separater sachlicher Markt für einzelne Künstler, für verschiedene Musikrichtungen oder Gruppen von Künstlern oder ein umfassender Markt für Ton- und Tonbildträger der Realität am besten entspricht, spielt für die Analyse und die Ergebnisse schliesslich keine Rolle. Die Abrede hat sämtliche physischen Ton- und Tonbildträger gleichermaßen umfasst und daher wären sämtliche potentiell denkbaren Märkte in gleichem Ausmass betroffen.⁴⁷ Bei engeren Marktabgrenzungen wäre für jeden einzelnen sachlich relevanten Markt eine vollständige Analyse bezüglich „Umstossung der Vermutung“, „Erheblichkeit“ und „Rechtfertigungsgründe“ durchzuführen. Diese würde jedoch für sämtliche Märkte zum gleichen Ergebnis führen und insbesondere zum gleichen wie bei einer umfassenden Gesamtbetrachtung, da – wie bereits erwähnt – die Abrede sämtliche physischen Ton- und Tonbildträger in gleichem Masse betroffen hat.

89. Aufgrund der angeführten Argumente und in Anbetracht des Untersuchungsabschlusses durch eine einvernehmliche Regelung wird davon ausgegangen, dass der sachlich relevante Markt sämtliche physischen Ton- und Tonbildträger umfasst. Auf eine definitive Marktabgrenzung wird jedoch verzichtet.

Räumlich relevanter Markt

⁴⁵ Ohne vertiefere Abklärungen in diesem Zusammenhang gemacht zu haben, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass Ton- und Tonbildträger, welche keine musikalischen Werke enthalten (z.B. Hörspiele etc.) weder für Endkonsumenten noch für Händler als Substitute für Ton- und Tonbildträger, welche musikalische Werke enthalten angesehen werden können.

⁴⁶ Vgl. MASSIMO MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge 2009, S. 102 ff.

⁴⁷ Vgl. RPW 1999/3, 474, Rz 64, *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

90. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die vom sachlichen Markt umfassten Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

91. Händler beziehen physische Ton- und Tonbildträger in erster Linie in der Schweiz von Schweizer Vertrieben (so z.B. von den an der Abrede beteiligten Unternehmen), weichen bei Bedarf oder günstigen Gelegenheiten jedoch auch auf Bezugsquellen und Lieferanten im Ausland aus. Solche Lieferanten befinden sich mehrheitlich im Raum Europa. In räumlicher Hinsicht ist demnach zumindest von einem schweizerischen Markt auszugehen.

92. Wie nachfolgend gezeigt wird, spielt die exakte Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes keine Rolle, da unabhängig von dieser von einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Wettbewerbsabrede ausgegangen werden kann.

B.3.2.2.2 Aussenwettbewerb

93. Nachfolgend wird geprüft, inwiefern die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potentiellen Aussenwettbewerb diszipliniert wurden.

94. Bei horizontalen Abreden werden in der Analyse der aktuellen und potentiellen Konkurrenz diejenigen Unternehmen betrachtet, welche im gleichen sachlichen und räumlichen Markt auf der gleichen Marktstufe wie die an der Abrede beteiligten Unternehmen agieren oder eintreten könnten. Im vorliegenden Fall ist es so, dass die Abrede den Import von Ton- und Tonbildträgern betroffen hat. Daher sind aktuelle und potentielle Wettbewerber auf der Stufe Import von physischen Ton- und Tonbildträgern zu identifizieren.

95. Die Abrede wurde innerhalb des Vereins IFPI getroffen, welchem Hersteller von Ton- und/oder Tonbildträgern angehören. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen charakterisieren sich daher in erster Linie durch ihre Tätigkeit als Hersteller von Ton- und/oder Tonbildträgern (vgl. Rz 49 ff.). Da die Abrede jedoch nicht auf die Tätigkeit der Herstellung, sondern auf jene des Parallelimports und damit auf die Belieferung der Marktgegenseite mit den vom sachlichen Markt umfassten Produkten abgezielt hat, sind nicht nur Hersteller von Ton- und/oder Tonbildträgern, sondern noch weitere Unternehmen zur aktuellen und potentiellen Konkurrenz hinzuzuzählen.

96. Zur aktuellen Konkurrenz sind all jene Unternehmen zu zählen, welche die vom sachlichen Markt umfassten Produkte an die Marktgegenseite (Schweizer Händler) liefern (selbst wenn sie nicht als Hersteller von Ton- und/oder Tonbildträgern agieren). Zur potentiellen Konkurrenz (potentielle Wettbewerber) sind entsprechend all jene Unternehmen zu zählen, welche mit relativ geringem Aufwand und innerhalb kurzer Zeit in der Lage wären, die vom sachlichen Markt umfassten Produkte an die Marktgegenseite (Schweizer Händler) zu liefern. Aufgrund der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes können aktuelle und potentielle Wettbewerber sowohl in der Schweiz als auch im Ausland ansässig sein.

97. Aus den obigen Ausführungen ist ersichtlich, dass eine relativ grosse Anzahl von Unternehmen als aktuelle oder mindestens potentielle Konkurrenten der an der Abrede beteiligten Unternehmen angesehen werden können. Konkret hat die Auswertung der Fragebogen, welche im Verlaufe der Vorabklärung an verschiedene Händler in der Schweiz (Cede-Shop AG, Ex Libris AG, Media Saturn Management AG, Musik Hug, Directmedia AG) versandt wurden, ergeben, dass diese mit diversen Bezugsquellen und Lieferanten aus Europa oder den USA zusammenarbeiten. Ausserdem dürfte der Aufwand für eine Belieferung von Schweizer Händlern gerade für (ausländische) Unternehmen, welche im Bereich Musik tätig sind, nicht sehr gross sein.

B.3.2.2.3 Zwischenergebnis zur Umstossung der Vermutung

98. Aufgrund der Tatsachen, dass (i) mehrere Schweizer Händler selber Parallelimporte tätigen und dabei mit verschiedenen Lieferanten oder Bezugsquellen zusammenarbeiten und (ii) eine grössere Anzahl von Unternehmen mit relativ geringem Aufwand in der Lage wären, physische Ton- und Tonbildträger in die Schweiz zu liefern, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass genügend aktuelle und potentielle Konkurrenz besteht, um die in Art. 5 Abs. 3 KG verankerte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs umzustossen.

99. In den folgenden Ausführungen wird nun gezeigt, wieso die Abrede dennoch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt hat.

B.3.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

100. 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.⁴⁸

B.3.2.3.1 Qualitatives Element

101. In ihrer jüngsten Praxis hat die WEKO darauf hingewiesen, dass beim Vorliegen von sogenannten *Hardcore-Kartellen* das qualitative Element der Wettbewerbsbeeinträchtigung grundsätzlich als gravierend zu bewerten ist, auch wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs umgestossen werden kann.⁴⁹ Als *Hardcore-Kartelle* gelten solche, welche die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllen.

102. Begründet wird diese Praxis damit, dass die in Art. 5 Abs. 3 KG explizit genannten Absprachen unbestritten ein hohes Schädigungspotential für den Wettbewerb aufweisen. In casu liegen die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 lit. c KG vor, weshalb in Anlehnung an die jüngste Praxis von einer aus kartellrechtlicher Sicht qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist.

B.3.2.3.2 Quantitatives Element

103. An das quantitative Element sind beim Vorliegen von *Hardcore-Kartellen* gemäss jüngster Praxis der WEKO keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, da diese in qualitativer Hinsicht grundsätzlich als gravierend bewertet werden. Das Vorliegen des quantitativen Elements kann aus folgenden Gründen bejaht werden:

104. Wie bereits in Rz 49 ff. ausgeführt, bestand zwischen den Mitgliedern von IFPI Schweiz eine Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten. Gleichzeitig konnte gezeigt werden, dass seit 1999 keines der an der Abrede beteiligten Unternehmen Parallelimporte getätigt hat. Die WEKO leitet aufgrund der Protokolle von IFPI Schweiz ab, dass die Mitglieder von IFPI Schweiz über die Beitrittsgesuche von sechs Neumitgliedern jeweils unter der Voraussetzung abgestimmt haben, dass die Unterlassungserklärung unterzeichnet wurde (vgl. Rz 59). Es ist unwahrscheinlich, dass ein entsprechendes Verhalten nur von

⁴⁸ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung; VertBek), Ziffer 12.1. Auch wenn die Vertikalbekanntmachung vorliegend – mangels Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede gemäss Ziffer 1 VertBek – nicht direkt anwendbar ist, so kann sie bei horizontalen Wettbewerbsabreden immerhin als Orientierungshilfe dienen (vgl. dazu auch RPW 2012/1, 74, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*).

⁴⁹ RPW 2012/1, 74, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; RPW 2010/4, 751 Rz 315 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

Neumitgliedern verlangt wurde, ohne dass eine stillschweigende Vereinbarung zwischen den bestehenden Mitgliedern bestand, wonach die gleiche Pflicht auch für sie selber gilt. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Abrede von sämtlichen an der Abrede beteiligten Unternehmen vollumfänglich umgesetzt wurde.

105. In diesem Zusammenhang ist weiter anzumerken, dass die Abrede zwischen den beteiligten Unternehmen auch insofern umfassend war, als dass sie den gesamten sachlichen Markt betroffen hat. Die Marktgegenseite konnte über ein an der Abrede beteiligtes Unternehmen keine parallel importierten Produkte beziehen. Es ist also nicht so, dass wenigstens ein Teil des Sortiments über Parallelimporte der an der Abrede beteiligten Unternehmen hätte bezogen werden können.

106. Erschwerend kommt hinzu, dass für die Marktgegenseite nicht irgendein Bezugskanal, sondern der eigentliche Hauptbezugskanal eingeschränkt wurde. Abklärungen in diesem Zusammenhang haben ergeben, dass der Bezug von physischen Ton- und Tonbildträgern über Schweizer Vertriebskanäle für die Händler mit verschiedenen Vorteilen verbunden ist. So sind Schweizer Vertriebskanäle an das erwähnte Logistik- und Bestellsystem von Phononet angeschlossen, welches für den Handel verschiedene Vorteile bietet. Weiter sind auch die „Erfahrungswerte“ mit Schweizer Vertrieben am grössten.

107. Schliesslich kann angemerkt werden, dass die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten spätestens seit 1999 bis ins Jahr 2011 wirksam war, also insgesamt mehr als zehn Jahre. Es scheint daher durchaus wahrscheinlich, dass aufgrund des langen Bestehens der Abrede Verhaltensweisen von beteiligten Unternehmen indirekt beeinflusst und zementiert wurden. Allfällige Überlegungen und Gedanken der beteiligten Unternehmen zu Parallelimporten könnten aufgrund der Abrede bereits im Keim erstickt worden sein.

108. Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten das Verhalten der Marktteilnehmer beeinflusst und damit wettbewerbschädliche Auswirkungen im relevanten Markt gezeitigt hat. Damit ist die Abrede als quantitativ nicht geringfügig anzusehen.

B.3.2.3.3 Zwischenergebnis zur Beurteilung der Erheblichkeit

109. Im Rahmen der Gesamtwürdigung wird die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten – da sie qualitativ eine schwerwiegende und quantitativ eine nicht geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt hat – als eine den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigende Abrede qualifiziert. Es bleibt schliesslich zu prüfen, ob die besagte Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

B.3.2.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

110. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (i) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (ii) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.⁵⁰

111. Anzufügen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen effizient

⁵⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 2 KG.

ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.⁵¹

B.3.2.4.1 Rechtfertigungsgründe

112. Die Parteien haben keine konkreten Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG vorgebracht, welche dort abschliessend aufgezählt sind. Die Parteien haben lediglich geltend gemacht, dass mit der Unterlassungserklärung und dem damit verbundenen Parallelimportverbot die Bekämpfung und Eindämmung der Piraterieproblematik und keine Behinderung von Parallelimporten im Allgemeinen bezweckt wurde. Ob die Parallelimportverzichtserklärung jedoch überhaupt ein geeignetes Mittel zu Pirateriebekämpfung war, kann offen gelassen werden. Zur Bekämpfung der Piraterie hätten mildere Mittel bestanden, weshalb die Unterlassungserklärung jedenfalls unverhältnismässig war.

113. Für die Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen von Rechtfertigungsgründen sind ausschliesslich ökonomische Aspekte zu berücksichtigen⁵², welche Hinweise darauf liefern können, dass die Abrede gesamtwirtschaftlich effizient war.

114. In casu ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten in irgendeiner Form mit einem der genannten Rechtfertigungsgründe im Zusammenhang stehen könnte und damit gesamtwirtschaftlich effizient sein sollte. Vor diesem Hintergrund ist das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG zu verneinen.

115. Selbst wenn man die Bekämpfung und Eindämmung der Piraterieproblematik als Rechtfertigungsgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG akzeptieren würde, müsste man letztendlich zum Schluss kommen, dass das Parallelimportverbot für die von den Parteien geltend gemachte Zweckerreichung nicht verhältnismässig war.

116. So kann einerseits die Eignung der ergriffenen Massnahme zur Erreichung des verfolgten Zwecks – nämlich die Eindämmung der Piraterieproblematik – in Frage gestellt werden, da sich die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten auf physische Ton- und Tonbildträger beschränkt hat, die Piraterieproblematik jedoch hauptsächlich im digitalen Download-Bereich vorherrschend ist bzw. war.⁵³ Ausserdem ist es fraglich, ob die durch die Abrede disziplinierten Unternehmen als Quelle der Piraterieproblematik gesehen werden können.

117. Andererseits erscheint das Parallelimportverbot auch nicht erforderlich, da es bereits ausgereicht hätte, den urheberrechtsverletzenden – anstatt den allgemeinen – Parallelimport zu verbieten und damit ein milderes Mittel denkbar gewesen wäre.⁵⁴ Ein solches Verbot wäre wiederum überflüssig, weil der Verkauf und Handel mit physischen Piraterieprodukten in der Schweiz sowieso verboten ist. Entsprechend hätten die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zur Bekämpfung und Eindämmung der Piraterieproblematik genügt. Man hätte ein fehlbares Verhalten nur bei den zuständigen Stellen anzeigen müssen.

B.3.2.4.2 Zwischenergebnis zur Beurteilung von Effizienzgründen

118. Die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten zwischen den beteiligten Unternehmen kann nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

⁵¹ RPW 2010/4, 752 Rz 333, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

⁵² RPW 2010/4, 680 Rz 240, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

⁵³ Akte Nr. 246, S. 14 ff. sowie MARTIN DRUSC/MARCO MEIER, Musik- und Filmpiraterie im Internet, in: *Produktpiraterie*, Peter Münch/Simon Brun (Hrsg.), 2009, S. 166.

⁵⁴ RPW 2010/1, 107 Rz 323, *Gaba*.

B.3.3 Ergebnis

119. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es sich beim Sachverhalt betreffend die Unterlassungserklärung und dem damit verbundenen Parallelimportverbot um eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. c KG handelt. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann zwar umgestossen werden, jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG).

B.4 Angeblich unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

B.4.1 Relevante Märkte und Marktbeherrschende Stellung

120. Die Anzeigerin wirft IFPI Schweiz und Phononet verschiedene Verhaltensweisen vor, die das Sekretariat im Rahmen der Untersuchung wegen unzulässigen Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG überprüft hat. Es handelt sich hierbei um die Vorwürfe gegen IFPI Schweiz bezüglich der „offiziellen Schweizer Hitparade“ und der Aufnahme in den Verband einerseits, sowie andererseits um die Vorwürfe gegen Phononet bezüglich des Music Promotion Networks.

121. Bei der Untersuchung dieser Verhaltensweisen prüfen die Wettbewerbsbehörden üblicherweise zunächst das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, d.h., es wird geprüft, ob ein Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager auf einem Markt in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) im wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Ein Unternehmen wird sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller und/oder potentieller Konkurrenz gegenübersteht. Um dies zu prüfen, ist in der Regel vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Entsprechend den unter Rz 120 aufgeführten Vorwürfen wird nachfolgend auf drei Märkte eingegangen:

122. Bezüglich der Erstellung der „offiziellen Schweizer Hitparade“ stehen verschiedene Marktteilnehmer mit IFPI in Verbindung. So u.a. auch die Künstler (sowie deren Labels und Vertriebe), welche in die „offizielle Schweizer Hitparade“ aufgenommen werden möchten. Es kann angemerkt werden, dass die Verbindung zwischen IFPI Schweiz und Künstlern (sowie deren Labels und Vertrieben) nicht einem klassischen „Angebots-Nachfrage Verhältnis“ entspricht, da eine Aufnahme in die Hitparade nicht „erkauft“ werden kann (man kann sich auch nicht aktiv dafür entscheiden, in die „offizielle Schweizer Hitparade“ aufgenommen zu werden). Trotzdem wäre es denkbar, Künstler (sowie deren Labels und Vertriebe) als Marktgegenseite von IFPI anzusehen und Substitutionsmöglichkeiten daher auf dieser Stufe zu prüfen.

123. Abklärungen haben ergeben, dass neben der „offiziellen Schweizer Hitparade“ verschiedene andere „Hitparaden“ oder „Ranglisten“ im Bereich Musik existieren (so erstellen die meisten Händler anhand ihrer Verkaufszahlen eigene „Verkaufshitparaden“⁵⁵). Die Frage, ob die Aufnahme in solche „Erhebungen“ für Künstler (sowie deren Labels und Vertriebe) allenfalls als Substitut für eine Aufnahme in die „offizielle Schweizer Hitparade“ angesehen werden könnte und ob der sachlich relevante Markt damit über die „offizielle Schweizer Hitparade“ hinaus abzugrenzen wäre, kann vorliegend offengelassen werden, da unabhängig von der Abgrenzung des relevanten Marktes und vom Vorliegen einer marktbeherrschenden

⁵⁵ Akte Nr. 238, S. 14 f.

Stellung die untersuchten Verhaltensweisen nicht als unzulässig im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind.

124. Bezüglich der Verbandsaufnahme kann zunächst angemerkt werden, dass IFPI Schweiz als Dachverband der Ton- und Tonbildträgerhersteller in der Schweiz v.a. die Interessen seiner Mitglieder vertritt (vgl. Rz 7). Als Marktgegenseite von IFPI Schweiz könnten daher Unternehmen betrachtet werden, welche ihre Interessen durch IFPI Schweiz vertreten lassen möchten. Dabei handelt es sich hauptsächlich um Labels (Ton- und Tonbildträgerhersteller). Substitutionsmöglichkeiten wären daher auf der Stufe Labels zu prüfen.

125. Gemäss aktuellem Kenntnisstand der Wettbewerbsbehörden existiert neben IFPI Schweiz kein weiterer Verband, welcher die Interessen von Ton- und Tonbildträgerherstellern vertritt. Eine marktbeherrschende Stellung könnte trotzdem nicht so einfach bejaht werden, da sich insbesondere die Frage stellt, ob es sich bei einer Mitgliedschaft in IFPI Schweiz um eine sogenannte „Essential Facility“⁵⁶ handelt, d.h. ob eine Mitgliedschaft unabdingbar für das erfolgreiche Bestehen als Label ist. Schliesslich können auch an dieser Stelle die Fragen der Abgrenzung des relevanten Marktes sowie der Marktbeherrschung offengelassen werden, da unabhängig davon die untersuchten Verhaltensweisen nicht als unzulässig im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind.

126. Bezüglich des Music Promotion Networks agiert Phononet als Plattform, welche die beiden Marktgegenseiten „Industrie“ (Labels und Vertriebe) und „Medien“ (u.a. Radio und Printmedien) verbindet, um die Bemusterung von Medienschaffenden mit Neuheiten aus der Musikindustrie zu gewährleisten (vgl. Rz 13 ff.). Relevant für die untersuchten Verhaltensweisen ist ausschliesslich die Marktgegenseite „Medien“, für welche entsprechend die Substitutionsmöglichkeiten zu prüfen wären.

127. Abklärungen haben ergeben, dass für die Medien verschiedene alternative Bemusterungstools existieren (häufig genannt werden u.a. Open Broadcast, iTunes, Haulix, Fat Drop etc.) oder oft auch die Möglichkeit der direkten Bemusterung durch die Künstler selber besteht.⁵⁷ Die Frage, ob solche alternativen Bemusterungsmöglichkeiten als Substitute für das Music Promotion Network angesehen werden könnten und wie der sachlich relevante Markt schliesslich abzugrenzen wäre, kann vorliegend offengelassen werden, da unabhängig von der Abgrenzung des relevanten Marktes und vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung die untersuchten Verhaltensweisen nicht als unzulässig im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind.

B.4.2 Angeblich unzulässige Verhaltensweisen

B.4.2.1 Offizielle Schweizer Hitparade

B.4.2.1.1 Einleitung

128. Die „offizielle Schweizer Hitparade“ (nachfolgend Hitparade) ist eine wöchentliche Zusammenstellung der meistverkauften Singles (Single-Hitparade), Musikalben (Album-Hitparade), Compilations (Compilation-Hitparade) und DVDs (DVD-Hitparade).⁵⁸

129. Das Chartsreglement der Hitparade (nachfolgend Chartsreglement) ist ein Dokument, welches die Rahmenbedingungen für die Erstellung der Hitparade festlegt. Damit sollen die

⁵⁶ MOTTA (Fn 46), S. 66 ff.

⁵⁷ Akte Nr. 99, S. 2; Akte Nr. 181, S. 4; Akte Nr. 183, S. 1 f.

⁵⁸ Vgl. Akte Nr. 119, Beilage10.

Voraussetzungen für eine möglichst repräsentative Ermittlung der Verkaufszahlen und die Erstellung einer möglichst repräsentativen Hitparade garantiert werden.

130. Ausgearbeitet wurde das Chartsreglement im Jahr 1995 vom IFPI Marketingausschuss. Dieser zeigt sich auch verantwortlich für die diversen Revisionen, welche seit der Inkraftsetzung vorgenommen wurden und die gemäss IFPI Schweiz den stetig ändernden Marktbedingungen Rechnung tragen sollten (so verändert sich der Markt z.B. im digitalen Bereich sehr schnell⁵⁹). Das Dokument ist – im Gegensatz zu vergleichbaren Reglementen in anderen Ländern – nicht öffentlich zugänglich und nur den Mitgliedern des Marketingausschusses, dem Vorstand von IFPI Schweiz sowie dem Unternehmen Media Control bekannt (vgl. auch Rz 19).

131. Das Chartsreglement richtet sich in erster Linie an Media Control, welche von IFPI beauftragt ist, die Daten für die Hitparaden-Erstellung zu erheben und aufzuarbeiten. Media Control steht damit in einem Vertragsverhältnis mit IFPI Schweiz, ist ansonsten jedoch unabhängig vom Verein und dessen Mitgliedern. Aufgrund der Auslagerung an Media Control hat IFPI Schweiz keinen direkten Einfluss auf die Datenerhebung und die Erstellung der Hitparade, sondern nur einen „indirekten“ über das Chartsreglement.

132. Zur Erstellung der Hitparade erfasst Media Control die Verkaufszahlen für die unter Rz 128 aufgeführten Produkte von verschiedenen Händlern, Fachhändlern, Shops etc. in der Schweiz (nachfolgend unter dem Begriff Händler zusammengefasst). In dieser Erfassung der Verkaufszahlen werden sowohl Händler von physischen als auch von digitalen (Download) Produkten berücksichtigt. Gemäss eigenen Angaben erreicht Media Control bei den physischen Produkten eine 75 %-ige und bei digitalen eine 98 %-ige Marktabdeckung. Nachfolgend werden jene Händler, welche von Media Control über die Verkaufszahlen befragt werden und diese entsprechend übermitteln auch als „meldeberechtigte Händler“ bezeichnet.

133. Die vorliegenden Vorwürfe werden im Zusammenhang mit Art. 7 KG geprüft. Auf eine detaillierte Abklärung der Frage der Marktbeherrschung kann verzichtet, da – wie bereits in Rz 120 ff. erwähnt – selbst bei deren Vorliegen kein missbräuchliches Verhalten i.S.v. Art. 7 KG festgestellt werden kann.

B.4.2.1.2 Erstellung des Chartsreglements und der „offiziellen Schweizer Hitparade“

134. Die Anzeigerin hat zunächst ganz allgemein geltend gemacht, die Hitparade würde durch das Chartsreglement verfälscht und manipuliert. Die Wettbewerbsbehörden erachten es jedoch grundsätzlich als legitim, dass Rahmenbedingungen für die Hitparaden-Erstellung ausgearbeitet werden und dazu ein Reglement erlassen wird. Schliesslich dürfte es gerade im Interesse einer glaubhaften und objektiven Hitparade sein, wenn Anforderungen, Abläufe und Begriffe klar definiert und geregelt sind und nicht arbiträr bestimmt werden können. Der Bedarf an einem Reglement zeigt sich ausserdem dadurch, dass es gemäss Angaben von Media Control immer wieder zu Manipulationsversuchen kommt.⁶⁰ Ein Reglement kann dazu beitragen, solche Manipulationen oder Manipulationsversuche zu erkennen und damit zu verhindern oder zumindest zu erschweren.

135. Zudem spricht nichts dagegen, dass ein solches Reglement von jenen Kreisen erlassen wird, welche (i) die Hitparade initiieren und vermarkten, (ii) für diese finanziell aufkommen und (iii) dafür die Verantwortung übernehmen. In diesem Sinne stellt die blosser Erstel-

⁵⁹ Akte Nr. 246, S. 30; Akte Nr. 263, S.11.

⁶⁰ Solche Manipulationsversuche gehen allerdings nicht von IFPI-Mitgliedern, sondern hauptsächlich von Künstlern aus (vgl. Akte Nr. 239, Beilage 13).

lung eines Chartsreglements durch den IFPI-Marketingausschuss keinen Verstoss gegen Art. 7 KG dar, selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung vorliegen sollte.

B.4.2.1.3 Angebliche Nichtaufnahme in die „offizielle Schweizer Hitparade“

136. Im Zusammenhang mit der Hitparade hat die Anzeigerin vorgebracht, digital vertriebene Titel würden von IFPI Schweiz ausgeschlossen und fänden daher keinen Eingang in die Hitparade. Als Beleg für ihre Aussage nennt sie den Titel „Slow down. Take it easy“, welcher angeblich nicht in die (Single-)Hitparade aufgenommen wurde, obwohl die Verkaufszahlen eine Aufnahme gerechtfertigt hätten.⁶¹

137. Die Wettbewerbsbehörden entnehmen diesem Vorwurf mehrere Elemente. Einerseits den allgemeineren Vorwurf, dass digital distribuierte Titel generell nicht in die Hitparade aufgenommen werden. Weiter den Vorwurf, dass Titel, welche über die Anzeigerin vertrieben werden, nicht in die Hitparade aufgenommen werden, und schliesslich konkret den Vorwurf, dass der Titel „Slow Down. Take it easy“ nicht in die Hitparade gekommen sei. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden handelt es sich dabei um unterschiedliche Vorwürfe, welche nachfolgend einzeln geprüft werden.

138. Der allgemeine Vorwurf, dass digital distribuierte Titel nicht in die Hitparade aufgenommen werden, konnte im Rahmen der Untersuchung widerlegt werden. Aus dem Chartsreglement geht klar hervor, dass sowohl physische als auch nicht physische (digitale) Formate für die Hitparade gewertet werden.⁶² Allerdings verlangt das Chartsreglement einschränkend, dass ein Titel, um für die Hitparade gewertet zu werden, durch einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ vertrieben werden muss.⁶³ Dieses Erfordernis betrifft aber sowohl physische wie auch digital vertriebene Titel.

139. Bezüglich des Vorwurfs, dass Titel, welche über die Anzeigerin vertrieben werden, nicht in die Hitparade aufgenommen werden, verweist diese hauptsächlich auf die Umstände im Zusammenhang mit dem Titel „Slow down. Take it easy“: Die Anzeigerin behauptet, für den Titel „Slow down. Take it easy“ den Vertrieb übernommen zu haben. IFPI Schweiz hingegen hat nicht die Anzeigerin, sondern „Godbrain Distribution“ als Vertrieb für den besagten Titel anerkannt.⁶⁴ Im Gegenzug bezeichnet IFPI Schweiz die Anzeigerin als sogenannten *Aggregator*⁶⁵, d.h. als einen Vermittler, der keine direkten Geschäftsbeziehungen zu den wesentlichen Händlergruppen unterhält.⁶⁶ Gemäss Chartsreglement gilt ein Aggregator nicht als „offizieller Schweizer Vertrieb“, weil er die Grundvoraussetzung für einen Vertrieb – nämlich die relevanten Händlerbeziehungen – nicht erfüllt.⁶⁷ Aus diesem Grund wäre der präzise Vorwurf, den die Anzeigerin im Zusammenhang mit der Problematik der „Nichtaufnahme von digital distribuierten Titeln“ machen könnte, der, dass sie von IFPI Schweiz nicht als „offizieller Schweizer Vertrieb“ anerkannt wurde.

140. Ob eine Einstufung der Anzeigerin als *Aggregator* gerechtfertigt ist oder nicht, ist eine technische Frage, welche nicht von den Wettbewerbsbehörden beantwortet werden kann.

⁶¹ Akte Nr. 1, exemplarisch Rz 77 und 80.

⁶² Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b sowie Ziffer 3.e.

⁶³ Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b.

⁶⁴ <http://www.hitparade.ch/>, besucht am 11. April 2012 sowie, Akte Nr. 119, Beilage 12, Ziffer 2.c.2.

⁶⁵ Vgl. dazu Akte Nr. 1, Beilage 26, sowie Akte Nr. 119, Beilagen 11 und 12.

⁶⁶ Gemäss IFPI Schweiz ist ein *Aggregator* ein Zwischenhändler vor der Vertriebsstufe, welcher selber keine Händler, sondern Vertriebe beliefert. Erst ein Vertrieb beliefert dann den Handel mit den Ton- und/oder Tonbildträgern (vgl. Rz 21). Entsprechend seiner Tätigkeit hat ein *Aggregator* keine direkten Beziehungen zu den Händlern.

⁶⁷ Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b.

Kartellrechtlich problematisch könnte jedoch sein, dass die Anforderungen an einen „offizieller Schweizer Vertrieb“ durch das Chartsreglement beschrieben werden: „Als offizielle Schweizer Vertriebe gelten solche, welche bei der Phononet AG angeschlossen sind und/oder direkte Geschäftsbeziehungen zu den wesentlichen Händlergruppen in der Schweiz unterhalten und diese beliefern“.⁶⁸

141. Da das Chartsreglement „geheim“ ist und damit die darin enthaltenen Anforderungen an einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ nicht öffentlich bekannt sind, könnte die Situation entstehen, in welcher einem Unternehmen ungerechtfertigterweise die Anerkennung als „offizieller Schweizer Vertrieb“ verwehrt wird. Ein solches Unternehmen könnte sich folglich nicht gegen einen solchen Entscheid wehren, da ihm – wie bereits erwähnt – die entsprechenden Anforderungen nicht bekannt sind. Der Schaden, welcher dem „falsch eingestuften“ Unternehmen entstehen würde, wäre der, dass die über dieses Unternehmen vertriebenen Titel keinen Eingang in die Hitparade finden könnten (vgl. Rz 137 ff.). Eine solche Situation wird von der Anzeigerin geltend gemacht. Die Erhebungen des Sekretariats haben jedoch ergeben, dass der Titel „Slow down. Take it easy“ gewertet wurde, wenn auch mit einer Verzögerung von einer Woche infolge unvollständiger Meldung (vgl. Rz 145 f.).

142. Da das Chartsreglement künftig jedoch veröffentlicht werden soll (vgl. Rz 154) und damit auch die Anforderungen an einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ bekannt gemacht werden, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass sich solche Fragen in Zukunft nicht mehr stellen werden.

143. Ausserdem gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass es im Zusammenhang mit der „Anerkennung von offiziellen Schweizer Vertrieben“ auch in der Vergangenheit zu keinen grösseren Schwierigkeiten gekommen ist. Die Anzeigerin hat einen Fall identifiziert, die Wettbewerbsbehörden haben jedoch keine Kenntnis von weiteren Fällen. Dass jedoch selbst die Anzeigerin keine Benachteiligungen aus der Nicht-Anerkennung als „offizieller Schweizer Vertrieb“ hinnehmen musste, zeigt sich dadurch, dass sie als konkrete Auswirkung einzig die Nichtaufnahme des Titels „Slow down. Take it easy“ in die Hitparade vorbringen kann. Dieser Vorwurf erweist sich indes als falsch. Sowohl gemäss Aussagen von Media Control und IFPI Schweiz als auch gemäss den Angaben auf der Internetseite www.hitparade.ch⁶⁹ ist dieser Titel spätestens am 20. Dezember 2009 in der Hitparade auf Platz 5 eingestiegen und hat sich dort während zwölf Wochen gehalten.

144. Media Control und IFPI Schweiz räumen ein, dass es bei besagtem Titel zu einer einwöchigen Verzögerung bei der Aufnahme in die Hitparade gekommen ist.⁷⁰ Diese Verzögerung sei aber durch eine unvollständige Meldung des entsprechenden Titels entstanden. Media Control hat daraufhin den Fall entsprechend dem üblichem Vorgehen in solchen Fällen an den IFPI Schweiz Marketingausschuss zur Abklärung und Freigabe weitergeleitet.

145. Gerade die Freigabe von „Slow down. Take it easy“ zeigt, dass der Marketingausschuss von IFPI Schweiz bereit war, das Chartsreglement zugunsten kleinerer Labels auszulegen, und nicht auf den darin enthaltenen Anforderungen zu beharren. Konkret hat man die Voraussetzung bezüglich Bekanntheit bei 3 IFPI-A-Mitgliedern im vorliegenden Fall nicht angewendet. So ist aus dem Protokoll der Marketingausschuss Sitzung vom 11. Dezember 2009 i.S. „Slow down. Take it easy“ zu lesen: „Für die nächste Chartwertung wird die Single nun berücksichtigt, da im Grundsatz alle Parameter dem Chartsreglement entsprechen (inkl. Labelbindung Phononet). Zudem mausert sich der Song zu einem Hit, dieser soll nicht ver-

⁶⁸ Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b.

⁶⁹ <http://www.hitparade.ch/weekchart.asp?cat=s&date=20091220&year=2009>; besucht am 11. April 2012.

⁷⁰ Akte Nr. 246, S. 34; Akte Nr. 263, S. 15.

hindert werden. Trotzdem gibt es im Chartsreglement einen Punkt dem der Wertung nicht ganz gerecht wird: §3.e.4 (...die nicht von einem offiziellen Schweizer Vertrieb, welcher bei mindestens 3 IFPI-A-Mitgliedern bekannt ist...). Kein Mitglied des MA [Marketingausschusses] kannte den Vertrieb „Godbrain“ bevor dieser Fall eintrat.“⁷¹

146. Bei der verzögerten Nennung des Titels „Slow down. Take it easy“ in der „offiziellen Schweizer Hitparade“ handelt es sich im Übrigen nicht um einen Manipulationsfall oder eine Massnahme zum Ausschluss bestimmter Künstler. Die einwöchige Verzögerung der Platzierung in der Hitparade war offenbar auf mangelhafte Vertriebsangaben zurückzuführen, was seitens Media Control ergänzende Abklärungen erforderlich machte. Im Rahmen dieser Abklärungen konnte Media Control die unvollständige Meldung mit dem Vertrieb Godbrain Distribution als „offizieller Schweizer Vertrieb“ des fraglichen Titels ergänzen und somit vervollständigen. Für diese Abklärungen reichte jedoch das kurze Zeitfenster zwischen Erhebung und Erstellung der „offiziellen Schweizer Hitparade“ nicht aus, weshalb es zu einer einwöchigen Verzögerung kam.

B.4.2.1.4 Angeblicher Informationsvorteil von Mitgliedern des IFPI Marketingausschusses

147. Die Anzeigerin hat weiter darauf hingewiesen, dass aufgrund der „Geheimhaltung“ des Chartsreglements (vgl. Rz 130) den Mitgliedern des IFPI Marketingausschusses ein Informationsvorteil entstehen würde. Konkret bestehe dieser Vorteil darin, dass die Mitglieder des Marketingausschusses genau wüssten, welche (physischen oder digitalen) Händler ihre Verkaufszahlen an Media Control übermitteln (vgl. Rz 132). Ein solcher Informationsvorteil könne nun dahingehend ausgenutzt werden, dass die Mitglieder des Marketingausschusses ihre Produkte „strategisch“ bei den meldeberechtigten Händlern platzieren könnten, wohingegen andere, v.a. kleinere Labels oder Vertriebe dieses Wissen nicht hätten und daher ihre Produkte nicht im gleichen Sinne strategisch bei den „richtigen“ Händlern positionieren könnten. Auch diese Tatsache würde schliesslich zu einer Verfälschung der Hitparade und einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.⁷²

148. Dem kann entgegnet werden, dass die Mitglieder des Marketingausschusses die Liste der meldeberechtigten Händler (ob physisch oder digital) nicht kennen. Media Control stellt das Händlerpanel (so wird die Liste der meldeberechtigten Händler genannt; nachfolgend auch Panel) ohne Einflussnahme von IFPI Schweiz und unter strengster Geheimhaltung selbstständig zusammen. Gemäss Media Control ist dieses Panel strikt „geheim“ und Dritten nicht zugänglich. Die Geheimhaltung habe aber nichts mit IFPI Schweiz zu tun, sondern erfolge zur Verhinderung von Manipulationen. Auch im Ausland werde das Händlerpanel nie veröffentlicht.⁷³

149. Jedoch hat das Chartsreglement (welches nur den Mitgliedern des Marketingausschusses bekannt ist) einen „indirekten“ Einfluss auf das Händlerpanel von Media Control, da es die grundsätzlichen Voraussetzungen für die Meldeberechtigung eines Händlers festlegt (u.a. muss ein Händler mindestens 3 IFPI-A-Mitgliedern bekannt sein, damit er meldeberechtigt ist⁷⁴) und nimmt damit eine „Vorselektion“ der grundsätzlich meldeberechtigten Händler vor. Damit erfahren die Mitglieder des Marketingausschusses zwar nicht, welche Händler am Schluss ins Panel aufgenommen werden, aber sie kennen immerhin einen Teil jener Händler, welche nicht meldeberechtigt sind.

⁷¹ Akte Nr. 119, Beilage 12.

⁷² Akte Nr. 1, Rz 70.

⁷³ Akte Nr. 263, S. 9 und 10.

⁷⁴ Akte Nr. 119, Beilage10, Ziffer 1.b.

150. Dass dieses zusätzliche Wissen jedoch kaum ausreicht, um die Hitparade zu manipulieren, zeigen folgende Überlegungen: Media Control erreicht bei der Händlerbefragung eine sehr breite Marktabdeckung (75 % für physische Produkte, 98 % für digitale; vgl. Rz 132), womit die Repräsentativität der Erhebung gewährleistet sein sollte. Gerade im Bereich der digitalen Produkte (Download-Verkäufe), welcher von der Anzeigerin als besonders kritisch hervorgehoben wird⁷⁵, kann von einer Vollerhebung gesprochen werden. Es scheint daher höchst unwahrscheinlich, dass mittels einer „strategischen Platzierung“ von Produkten eine bessere Hitparadenplatzierung und damit eine Verfälschung erreicht werden kann.

151. Media Control hat ausserdem erwähnt, dass man mit einer Abdeckung von 75 % bei den physischen Produkten an die Grenze des Machbaren gelangt sei. Dies liege nicht daran, dass IFPI Schweiz weitere Händlerbefragungen erschwere oder gar verhindere, sondern vielmehr daran, dass nicht jeder Händler, welcher zwar gemäss Chartsreglement meldeberechtigt wäre, auch die technischen Voraussetzungen erfüllen kann, um seine Verkaufszahlen zu melden.⁷⁶

152. Ebenfalls angemerkt werden kann, dass sämtliche Anbieter von Ton- und Tonbildträgern (sowohl die Mitglieder des Marketingausschusses als auch alle anderen Labels) in erster Linie ein Interesse daran haben dürften, ihre Produkte möglichst breit, d.h. bei möglichst vielen Händlern abzusetzen, und daher kaum daran interessiert sind, ihre Verkaufskanäle eigenmächtig durch „strategische“ Platzierungen einzuschränken.

B.4.2.1.5 Zwischenergebnis

153. Anhaltspunkt für die Eröffnung der Untersuchung war, dass die Geheimhaltung des Chartsreglements sowie gewisse Anforderungen darin durchaus das Potential für Diskriminierungen beinhalten und daher kartellrechtlich nicht ohne weiteres unbedenklich erscheinen. Jedoch ergab die Untersuchung keine Hinweise auf missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG im Zusammenhang mit der „offiziellen Schweizer Hitparade“. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bezüglich der „offiziellen Schweizer Hitparade“ kein Kartellrechtsverstoss vorliegt.

154. Weiter haben sich IFPI Schweiz und seine Vorstandsmitglieder dazu bereit erklärt, dass im Rahmen dieser Verfügung die Formulierungen des Chartsreglements offen gelegt werden und damit eine gewisse Transparenz geschaffen wird. Schliesslich wurde auch den Anmerkungen, dass ein öffentlich zugängliches Chartsreglement die Transparenz erhöhen und eine Einbindung verschiedener Interessengruppen bei der Erstellung und Anpassung des Chartsreglements die Gefahr der einseitigen Ausgestaltung verringern würde, Rechnung getragen. IFPI Schweiz ist nun dabei, diese sowie verschiedene weitere Neuerungen auszuarbeiten und umzusetzen.

⁷⁵ Akte Nr. 1, Rz 70, wörtlich: „Das Hitparaden-Reglement ist geheim und kann nicht eingesehen werden. Namentlich gilt das mit Bezug darauf, die Download-Verkäufe welcher Shops für die Hitparade mitgezählt werden. Die Labels, die Marketingausschuss der IFPI angehören, wissen im Gegensatz zu allen anderen Labels, wem sie ihre Titel zum Download zur Verfügung stellen müssen, damit die Verkäufe im Rahmen der Hitparade mitgezählt werden. Anderen, wie z.B. der Anzeigerin sind diese Taschen nicht bekannt“.

⁷⁶ Dazu Frau Altig von Media Control: „Nicht jeder Händler kann die Voraussetzungen ad hoc schaffen EAN online genau zu melden. Das muss immer gewährleistet sein. Da gibt es immer wieder Händler, die sich melden. Und es wird geprüft, ob sie korrekt melden, ob sie jeden Tag melden können. Das sind alles notwendige Kriterien. Sind die Kriterien gegeben, dann wird der Händler aufgenommen. Aber im Moment ist es so, dass 75 % machbar ist. Mehr Händler, die die Kriterien erfüllen, gibt es im Moment nicht“ (Akte Nr. 263, S. 22).

B.4.2.2 Aufnahme in den Verein IFPI Schweiz

155. Die Anzeigerin hat den Vorwurf erhoben, dass „digitale Distributoren“ (digitale Vertriebe) nicht in den Verein IFPI Schweiz aufgenommen werden. Als Beleg dafür nennt sie ihre eigene angebliche Nichtaufnahme in IFPI. Die vorliegenden Vorwürfe werden im Zusammenhang mit Art. 7 KG geprüft. Analog zur vorhergehenden Analyse kann auf eine detaillierte Abklärung der Frage der Marktbeherrschung verzichtet werden, da selbst bei deren Vorliegen kein missbräuchliches Verhalten i.S.v. Art. 7 KG festgestellt werden kann (vgl. auch Rz 120 ff.).

156. Grundsätzlich werden in IFPI Schweiz nur „Ton- und/oder Tonbildträgerhersteller, welche mindestens ein eigenes Label führen/oder vertreten“ aufgenommen.⁷⁷ Diese Voraussetzung ergibt sich direkt aus dem Vereinszweck von IFPI Schweiz (Wahrung der Interessen der Ton- und Tonbildträgerhersteller, insbesondere Wahrung und Förderung von urheber- und leistungsschutzrechtlichen Belangen). Vertriebe, welche kein Label führen oder vertreten, seien es physische oder digitale, werden also nicht in den Verein aufgenommen, weil solche Unternehmen nicht für eine Aufnahme gemäss Vereinszweck vorgesehen sind (genauso wenig nimmt IFPI Schweiz Unternehmen aus anderen Branchen oder Bereichen auf).

157. Es kann jedoch vorkommen, dass gewisse Mitglieder von IFPI Schweiz neben ihrer Tätigkeit als Hersteller auch als „Vertrieb“ tätig sind. Somit sind auch „(digitale) Distributoren“ Mitglied von IFPI Schweiz, nicht jedoch aufgrund ihrer Tätigkeit als solche, sondern aufgrund ihrer zusätzlichen Tätigkeit als Ton- und/oder Tonbildträgerhersteller.

158. Nur am Rande sei hier erwähnt, dass gemäss IFPI Schweiz die Formulierung „Ton- und/oder Tonbildträgerhersteller“ nicht dahingehend zu interpretieren sei, dass zwischen Produzenten physischer und digitaler Tonträger unterschieden werde. Beide Arten von Herstellern werden grundsätzlich in den Verein aufgenommen, es existiert somit keine Diskriminierung zwischen physischen und digitalen Ton- und Tonbildträgerproduzenten.

159. Wie bereits dargelegt, bestehen für die Aufnahme in den Verein genau definierte Anforderungen, welche sich aus dem Vereinszweck ergeben. Die Anzeigerin ist überzeugt, dass sie diese Anforderungen erfüllt und daher eine IFPI-Mitgliedschaft gerechtfertigt wäre.⁷⁸ Ob dies tatsächlich der Fall ist, wurde aus zwei Gründen nicht näher geprüft:

160. Erstens: Die Voraussetzungen für eine Aufnahme in IFPI Schweiz stellen grundsätzlich keinen Verstoss gegen das Kartellgesetz (insbesondere gegen Art. 7 KG) dar, selbst wenn eine marktbeherrschende Position vorliegen würde. Schliesslich macht es Sinn, dass im Verein der Ton- und Tonbildträgerhersteller ausschliesslich Ton- und Tonbildträgerhersteller vertreten sind. Es konnte weiter nicht festgestellt werden, dass es je zu Problemen im Zusammenhang mit der Vereinsaufnahme gekommen wäre (dies gilt auch für die Anzeigerin, vgl. nachfolgend Rz 161) und somit ein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung vorliegen würde.

161. Zweitens: Die Anzeigerin hat nie offiziell um Aufnahme in IFPI Schweiz ersucht. Aus der den Wettbewerbsbehörden vorgelegten E-Mail Korrespondenz zwischen IFPI Schweiz und der Anzeigerin geht lediglich hervor, dass die Anzeigerin nachgefragt hat, ob sie grundsätzlich zur Aufnahme in IFPI Schweiz berechtigt wäre („Is [die Anzeigerin] eligible to become an IFPI member“⁷⁹) und daraufhin auch eine allgemeine Antwort bekommen hat („To apply for membership you should send us a written application letter, together with a com-

⁷⁷ <http://www.ifpi.ch/>, besucht am 11. April 2012.

⁷⁸ „Die Geschäftstätigkeit der Anzeigerin unterscheidet sich in gar nichts von denjenigen der anderen Musiklabels.“ Akte Nr. 1, Rz 55.

⁷⁹ Akte Nr. 1, Beilage 22.

mercial register extract giving evidence that you are present as a producer in the Swiss market for at least 2 years. During the annual general assembly IFPI members will decide on admission⁸⁰). Jedoch scheint die Anzeigerin nie ein offizielles Aufnahmegesuch eingereicht zu haben. Auch aus den eingesehenen Protokollen geht nicht hervor, dass der Vorstand von IFPI Schweiz oder die Generalversammlung je über ein Aufnahmegesuch der Anzeigerin befunden hätten. Schliesslich bestätigte der damalige Geschäftsführer von IFPI Schweiz im Rahmen des Parteiverhörs: „Der Vorstand wie auch die Generalversammlung hat nie darüber befunden, ob [die Anzeigerin] in den Verein aufgenommen wird oder nicht“.⁸¹

162. Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass auch bezüglich der „Vereinsaufnahme“ keine Hinweise für eine missbräuchliche Verhaltensweise und damit einen Kartellrechtsverstoss vorliegen.

B.4.2.3 Music Promotion Network

163. Einige Radiostationen gaben an, MPN sei zu wenig auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten und zu teuer. Ausserdem hätten die Majors bei einer Ablehnung von MPN durch die Radiostationen auf diese Druck ausgeübt, um sie zu Vertragsabschlüssen zu drängen. Als Druckmittel seien etwa ein „Lieferstopp“ oder das Vorenthalten von Interviews mit Künstlern eingesetzt worden. Bezüglich des „Lieferstopps“ hätten die Majors gedroht, die Medienschaffenden nicht mehr physisch zu bemustern, sondern nur noch über MPN zu beliefern, und angegeben, dieser Punkt sei nicht verhandelbar.⁸² Die vorliegenden Vorwürfe werden im Zusammenhang mit Art. 7 KG geprüft. Auf eine detaillierte Abklärung der Frage der Marktbeherrschung kann wiederum verzichtet werden, da selbst bei deren Vorliegen kein missbräuchliches Verhalten i.S.v. Art. 7 KG festgestellt werden kann.

164. Der Vorwurf, dass MPN schlecht auf ihre Bedürfnisse abgestimmt sei, scheint nur die Einschätzung gewisser Marktteilnehmer zu sein. Andere Marktteilnehmer sind hingegen mit der Ausgestaltung von MPN zufrieden. Von den Kritikern wird vor allem die Tatsache als störend empfunden, dass für das Funktionieren von MPN eine fixe IP-Adresse nötig ist, was zusätzliche Kosten verursacht. Da Phononet aus Sicherheitsgründen eine fixe IP-Adresse verlangt⁸³, kann ihr nicht vorgeworfen werden, dass ihr System nicht auf die Bedürfnisse sämtlicher Marktteilnehmer zugeschnitten ist.

165. Den Vorwurf der überhöhten Preise konnten die Wettbewerbsbehörden ebenfalls nicht bestätigen: So kostet MPN für die UNIKOM Radios [...] pro Jahr plus die Kosten für eine fixe IP-Adressen. Zu erwähnen ist weiter, dass ein ursprünglich als zu hoch empfundener Preis nachverhandelt und infolgedessen auf die zuvor erwähnten [...] pro Jahr reduziert wurde. Da die Kosten für die fixen IP-Adressen nicht an Phononet erstatten werden müssen, sondern dem jeweiligen Provider (z.B. Cablecom), betragen die tatsächlich von Phononet für MPN in Rechnung gestellt Kosten [...] pro Jahr ([...] pro Monat). Diese Kosten scheinen in Anbetracht der Tatsachen, dass MPN den Abonnenten Zugriff auf sämtliche seiner Musikdaten und Informationen erlaubt und die Erstellung und der Betrieb des Systems mit beträchtlichen Kosten verbunden ist, nicht als überhöht. Ausserdem scheinen sich verschiedene Marktteilnehmer hauptsächlich an den zusätzlichen Kosten für die fixe IP-Adresse zu stören und nicht an den [...] für MPN an sich.

⁸⁰ Akte Nr. 1, Beilage 22.

⁸¹ Akte Nr. 246, S. 29 f.

⁸² Akte Nr. 99, S. 2; Akte Nr. 181, S. 4.

⁸³ Eine fixe IP-Adresse garantiert, dass der Zugriff auf die Musikdateien von Phononet besser überwacht werden kann. Bei urheberrechtsverletzenden Handlungen von Marktteilnehmern kann entsprechend effizienter reagiert werden.

166. Schliesslich konnte auch nicht bestätigt werden, dass gewisse Marktteilnehmer mit Druck zur Teilnahme an MPN gezwungen wurden. Insbesondere konnte nicht gezeigt werden, dass Interviews mit Künstlern aufgrund der Nichtteilnahme an MPN verweigert wurden.

167. Nach dem Gesagten kann MPN als eine auf dem Markt entwickelte und effiziente Lösung um Musik zu bemustern betrachtet werden. MPN hat sowohl für die Musikindustrie als auch für seine Nutzer Vorteile. Unternehmen, die kein Interesse an diesem Tool hatten oder die es als zu teuer erachteten, konnten sich den Zugriff auf neue Titel oder Künstler auf andere Weise verschaffen (vgl. Rz 127).

168. Gestützt auf die erwähnten Gründe kann in dieser Angelegenheit kein Verstoss gegen das Kartellgesetz festgestellt werden.

B.4.3 Ergebnis

169. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen kann zusammenfassend festgestellt werden, dass keine Hinweise auf einen Verstoss gegen Art. 7 KG vorliegen. Das Verfahren wird daher in diesem Punkt ohne Folge eingestellt.

B.5 Einvernehmliche Regelung

170. Im Verlauf des Verfahrens zeichnete sich bei IFPI Schweiz, seinen Mitgliedern und Phononet die Bereitschaft zur Unterzeichnung einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Art. 29 KG ab. Diese wurden am 16. Mai 2012 beziehungsweise am 18. Mai 2012 unterzeichnet. IFPI Schweiz, dessen Mitglieder sowie Phononet verpflichten sich dadurch, inskünftig Parallelimporte von physischen Ton- und/oder Tonbildträgern nicht in kartellrechtswidriger Weise zu erschweren oder zu unterbinden. Die geforderte Kartellrechtskonformität ist insbesondere so zu verstehen, dass IFPI Schweiz auf die Unterzeichnung der Unterlassungserklärung durch Neumitglieder verzichtet und Phononet die Passage, welche Parallelimporte untersagt, aus den Teilnehmerverträgen für das Phononetsystem entfernt. Die einvernehmlichen Regelungen lassen jedoch explizit die Möglichkeit, insbesondere die Piraterieproblematik mit gesetzlichen Mitteln gemäss dem Schutz des geistigen Eigentums zu bekämpfen. Wie bereits in Rz 112 ff. dargelegt, stellt ein Parallelimportverbot jedoch kein geeignetes Mittel zur Bekämpfung der Piraterieproblematik dar.

171. Die einvernehmlichen Regelungen lauten wie folgt:

Für IFPI Schweiz und dessen Mitglieder:

A. Vorbemerkungen:

- a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Kartellgesetz (KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 32-0234 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung soll das Verdachtselement betreffend die „Verhinderung von Parallelimporten im Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern“ gegen IFPI Schweiz und dessen Mitglieder, welches sich aus dem Eröffnungsschreiben des Sekretariats der WEKO betreffend Untersuchungseröffnung vom 6. Juni 2011 ergeben hat, geregelt werden. Bezüglich der weiteren Verdachtselemente gegen IFPI Schweiz, dessen Mitglieder sowie gegen die Media Control AG, welche sich aus dem zuvor erwähnten Eröffnungsschreiben vom 6. Juni 2011 ergeben haben („Manipulation der offiziellen Schweizer Hitparade“, „Verweigerung der Aufnahme in den Verband IFPI“), wird das Sekretariat bei der WEKO beantragen, das Verfahren 32-0234 gegen die erwähnten Unternehmen einzustellen.

- c) Dem Willen und der Bereitschaft von IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder zum Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung getragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 3'000'000.– bis CHF 3'500'000.– gegen IFPI Schweiz zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO. Sie erfolgt endgültig mit deren verfahrensabschliessenden Verfügung.
- d) Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und – bei Vorliegen eines Verstosses – eine Sanktion gestützt auf das KG und die Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) durch die WEKO festgelegt.
- e) IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder verzichten im Falle der Genehmigung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung durch die WEKO entsprechend den in den Vorbemerkungen gemäss dieser lit. A dargestellten Punkten (insbesondere durch Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. c) auf die Ergreifung von Rechtsmitteln.
- f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 32-0234 gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten von IFPI Schweiz – stellvertretend für seine Mitglieder.

B. Vereinbarungen:

Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder verpflichten sich,

- 1) von Neumitgliedern von IFPI Schweiz künftig keine Unterzeichnung einer Parallelimportverzichtserklärung zu verlangen;
- 2) gegenüber sämtlichen Marktteilnehmern, welche im Bereich Vertrieb, Vermarktung, Herstellung, Promotion und/oder Verkauf von Ton- und/oder Tonbildträgern tätig sind (so z.B. Labels, Vertriebe, Aggregatoren, Händler etc.), nicht in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte von physischen Ton- und/oder Tonbildträgern zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten).

Für PhonoNet:

A. Vorbemerkungen:

- a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Kartellgesetz (KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 32-0234 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung soll das Verdachtselement betreffend die „Beihilfe zur Verhinderung von Parallelimporten im Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern“ gegen PhonoNet, welche PhonoNet im Verlaufe des Verfahrens 32-0234 dem Sekretariat freiwillig zur Kenntnis gebracht hat, geregelt werden. Bezüglich der weiteren Verdachtselemente gegen PhonoNet, welche sich aus dem Eröffnungsschreiben des Sekretariats der WEKO betreffend Untersuchungseröffnung vom 6. Juni 2011 ergeben haben („Missbräuche im Zusammenhang mit dem Musikbelieferungs- und Musikbewerbungstool MPN“), wird das Sekretariat bei der WEKO beantragen, das Verfahren 32-0234 einzustellen.
- c) Dem Willen und der Bereitschaft von PhonoNet zum Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung und dem Umstand, dass PhonoNet „Beihilfe zur Verhinderung von Parallelimporten“ dem Sekretariat freiwillig zur Kenntnis und mittels Mittei-

lung an ihre Teilnehmer bereits im Juni 2011 freiwillig formell aufgehoben hatte, wird vom Sekretariat im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung getragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 10'000.– bis CHF 20'000.– gegen PhonoNet zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO. Sie erfolgt endgültig mit deren verfahrensabschliessenden Verfügung.

- d) Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und – bei Vorliegen eines Verstosses – eine Sanktion gestützt auf das KG und die Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) durch die WEKO festgelegt.
- e) PhonoNet verzichtet im Falle der Genehmigung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung durch die WEKO entsprechend den in den Vorbemerkungen gemäss dieser lit. A dargestellten Punkten (insbesondere durch Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. c) auf die Ergreifung von Rechtsmitteln.
- f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 32-0234 gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten von PhonoNet.

B. Vereinbarungen:

- 1) Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. PhonoNet verpflichtet sich, künftig weder Verpflichtungen zur Unterlassung von Parallelimporten gegenüber Industrieteilnehmern oder Handelsteilnehmern am PhonoNet-System oder ähnliche Ausführungen in ihre Verträge aufzunehmen noch in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten).

B.6 Sanktionierung

172. Die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen bezwecken die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und sollen präventiv Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen können nur mittels einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt.⁸⁴

173. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 49a Abs. 1 KG voraus.

B.6.1 Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG

B.6.1.1 Unternehmen

174. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG ausgehen.⁸⁵

175. IFPI Schweiz, seine Mitglieder sowie die Phononet AG sind Anbieter von Waren und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess und werden daher vom Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG (vgl. Rz 45) erfasst.

B.6.1.2 Unzulässige Verhaltensweise

176. Art. 49a Abs. 1 KG sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und die aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren.⁸⁶ Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Im Zusammenhang mit dem ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestand – der Beteiligung an Abreden – sind für die Sanktionierung zwei Voraussetzungen erforderlich:⁸⁷ (i) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und (ii) die Unzulässigkeit dieser Abrede.

177. Wie vorangehend dargelegt, wurde im Rahmen des Vereins IFPI Schweiz entschieden, von allen Neumitgliedern die Unterzeichnung der Unterlassungserklärung zu erzwingen. Diesem Antrag stimmten alle Mitglieder zu.⁸⁸ Daraus wird ersichtlich, dass eine unzulässige Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG vereinbart wurde. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Wie oben ausgeführt (vgl. Rz 72), hat die Phononet

⁸⁴ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002, 2022 und 2033 ff.

⁸⁵ Vgl. anstelle vieler JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 49a N 6.

⁸⁶ Vgl. dazu BBI 2002 2036 f.

⁸⁷ Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 34.

⁸⁸ Vgl. Akte Nr. 192, S. 47, 98 und 106 sowie Rz 53 ff.

AG ebenfalls zu der Abrede beigetragen, da deren Teilnehmervertrag als Instrument zur Verstärkung der Behinderung von Parallelimporten betrachtet werden kann.

178. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass unzulässige Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG auch sanktioniert werden können, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass mit dem Erlass von Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen, wettbewerbsbeschränkenden Abreden geschaffen wurde.⁸⁹ Es kommt folglich nicht darauf an, ob der wirksame Wettbewerb durch eine Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG vollständig beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Eine entsprechende Präzisierung ist jedenfalls auch in Art. 49a Abs. 1 KG nicht enthalten.⁹⁰ Zudem ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Gesetzesvermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht für eine Sanktionsbefreiung genügt.⁹¹ Dafür muss eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.⁹²

179. Da die Gesetzesvermutung vorliegend zwar umgestossen werden kann, die in Frage stehende Gebietsschutzabrede den Wettbewerb indes erheblich beschränkt und sich darüber hinaus nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, ist die in Frage stehende Gebietsschutzabrede als unzulässig – und somit sanktionierbar – zu qualifizieren.

B.6.1.3 Vorwerfbarkeit

180. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten.⁹³ Ungefähr zur gleichen Zeit, namentlich in ihrem Entscheid vom 7. März 2002, tendierte die REKO/WEF allerdings in eine andere Richtung. Sie hielt bezüglich Art. 51 KG fest, die Idee, dass eine (Verwaltungs-) Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, werde aufgrund ihrer vorangegangenen Ausführungen bekräftigt.⁹⁴ Welche Rolle dem Element „faute“ (Verschulden) hinsichtlich der Sanktionierung zukomme, bräuchte allerdings nur beantwortet zu werden, wenn kein oder nur ein vermindertes Verschulden vorliegen würde, was hier aber nicht der Fall sei.⁹⁵ In diesem Zusammenhang zitierte die REKO/WEF eine Lehrmeinung, wonach Verschulden vorliege, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person in einer entsprechenden Situation hätte vornehmen können oder müssen.⁹⁶

⁸⁹ BGE 135 II 60, S. 63, E. 2.1.

⁹⁰ Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*.

⁹¹ BBI 2002 2037.

⁹² Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.) 2007, Art. 49a N 8.

⁹³ Vgl. BBI 2002, 2034.

⁹⁴ Im Original: „Cela [das Vorangehende] conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs.“ (Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*).

⁹⁵ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*.

⁹⁶ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*.

181. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit. Dabei hielt die WEKO fest, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.⁹⁷ Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.⁹⁸

182. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.⁹⁹ Diese Praxis der WEKO wurde durch das Bundesverwaltungsgericht im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die WEKO stellte in der diesbezüglichen Verfügung fest, es liege seitens der Untersuchungsadressatinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor, nämlich zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Organisationsverschulden, weshalb das subjektive Element der Vorwerfbarkeit gegeben sei.¹⁰⁰ Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden. Es kam zum Schluss, dass, da die dortige Beschwerdeführerin 1 nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten innerhalb der Übergangsfrist gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 beendeten, sie einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe.¹⁰¹

183. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung des Unternehmens gegeben. Nur in seltenen Fällen wird die Vorwerfbarkeit zu verneinen sein; so möglicherweise wenn die durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.¹⁰²

184. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen¹⁰³, vorsätzlich oder fahrlässig begingen oder für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen ein Organisationsverschulden trifft, welches darin besteht, dass es nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern.

⁹⁷ RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁹⁸ Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

⁹⁹ Vgl. die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁰⁰ RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insbesondere Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁰¹ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁰² RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁰³ In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 ZGB die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 lit. c des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.

185. Die Initiative zum Abschluss der Unterlassungserklärungen durch die Neumitglieder haben die damaligen Geschäftsführer von IFPI Schweiz ergriffen. So hat der damalige Geschäftsführer die Unterlassungserklärung ausgearbeitet und dem damaligen Vorstandsvorsitzenden vorgelegt. Die Thematik wurde zudem mehrmals während der Generalversammlungen erwähnt und das Vorgehen durch die Mitglieder genehmigt. Auch war IFPI Schweiz die kartellrechtliche Problematik der gewählten Vorgehensweise bewusst.¹⁰⁴ Aus diesen Gründen haben die Mitglieder sowie der Verein IFPI Schweiz ihre objektiven Sorgfaltspflichten verletzt. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses gegen Art. 49a Abs. 1 KG ist somit zu bejahen.

186. Bei der Phononet AG handelt es sich um ein unabhängiges Unternehmen, welches mit seinen Kunden einen Teilnehmervertrag abgeschlossen hat. Die Klausel betreffend das Verbot von Parallelimporten hat die Abreden zwischen IFPI Schweiz und seinen Mitgliedern verschärft, was Phononet bekannt gewesen sein musste. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses kann somit auch gegen Phononet AG bejaht werden.

B.6.2 Bemessung

B.6.2.1 Einleitung

187. Den folgenden Ausführungen ist vorzuschicken, dass sich IFPI Schweiz im Rahmen der einvernehmlichen Regelung bereit erklärt hat, die Sanktion stellvertretend für seine Mitglieder zu übernehmen. Da der Verein IFPI Schweiz eine aktive Rolle bezüglich der vorliegenden Abrede eingenommen hat, haben sich die Wettbewerbsbehörden mit diesem Vorschlag einverstanden erklärt. Die Sanktionen werden daher vorliegend IFPI Schweiz – stellvertretend für seine Mitglieder – sowie Phononet auferlegt.

188. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG¹⁰⁵). Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verstosses, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

189. Zur Bemessung des Sanktionsbetrags wird in der Botschaft konkretisierend ausgeführt, dass der Sanktionsrahmen von 0 – 10 % in schwerwiegenden Fällen eine abschreckende Wirkung gewährleistet, den Behörden jedoch auch ermöglicht, in geringfügigen Fällen Sanktionsbeträge von lediglich symbolischem Charakter auszusprechen. Aus diesem Grund verzichtete der Gesetzgeber auch auf die Formulierung eines Ausnahmetatbestandes für leichte Fälle: Die Höhe der Sanktion könne in solchen Fällen entsprechend herabgesetzt werden.¹⁰⁶ Damit steht der WEKO von Gesetz wegen ein gewisser Sanktionsrahmen zur Verfügung, den sie nach pflichtgemäsem Ermessen auszuschöpfen hat. Dabei hat sie die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung zu beachten.¹⁰⁷

190. Die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG werden in der SVKG näher geregelt (vgl. Art. 1 lit. a SVKG). Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt

¹⁰⁴ Vgl. Rz 58 und 66 sowie Akte Nr. 246, S. 17.

¹⁰⁵ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

¹⁰⁶ Vgl. BBI 2002 2037 f.

¹⁰⁷ Vgl. RPW 2007/2, S. 299, Rz 400, *Terminierung Mobilfunk*.

aufgrund der Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann¹⁰⁸.

191. Trotz der in der SVKG festgelegten Vorgehensweise handelt es sich bei der Sanktionsbemessung nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.¹⁰⁹ Dabei wiederholt Art. 2 Abs. 2 SVKG ausdrücklich, dass das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten ist. Dies hat die WEKO bereits mehrfach anerkannt.¹¹⁰

B.6.2.2 Konkrete Sanktionsberechnung

192. Ausgangspunkt für die konkrete Sanktionsbemessung bildet gemäss der SVKG der Basisbetrag. Dieser beträgt je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dieser Betrag ist dann gemäss Art. 4 SVKG je nach Dauer des Verstosses zu erhöhen. Die Erhöhung beträgt bis zu 50 % bei einer Dauer des Wettbewerbsverstosses von 1–5 Jahren, danach erfolgt ein Zuschlag von 10 % für jedes weitere Jahr. Schliesslich sind erschwerende (Art. 5 SVKG) und mildernde (Art. 6 SVKG) Umstände zu berücksichtigen, wobei die SVKG darauf verzichtet festzulegen, in welchem Ausmass diese zu einer Erhöhung bzw. Minderung der Sanktion führen können.¹¹¹

193. Aus der dargestellten Berechnungsweise wird deutlich, dass einerseits bei der Festsetzung des Basisbetrags und andererseits bei der Berücksichtigung von erschwerenden bzw. mildernden Umständen ein Ermessen der WEKO besteht (Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG). Zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung muss dargelegt werden, aufgrund welcher Elemente die konkrete Sanktion bemessen wird (Schwere des Verstosses nach Art. 49a Abs. 1 KG und 2 Abs. 1 SVKG und Umstände gemäss Art. 5 und 6 SVKG).¹¹²

194. Für die Bemessung des zu berücksichtigenden Sanktionsbetrages ist vorliegend von Bedeutung, dass die Abrede in casu über lange Zeit bestand (vgl. Rz 55), wobei für die Festlegung der Sanktion die Dauer ab dem 1. April 2004 relevant ist. Weiter liegen jedoch keine erschwerenden Umstände vor. Es bestehen insbesondere keine Indizien dafür, dass durch den Verstoß ein besonders hoher Gewinn erzielt wurde (Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG).

195. Bezüglich der mildernden Umstände gemäss Art. 6 SVKG ist schliesslich folgendes zu berücksichtigen:

¹⁰⁸ Vgl. zum Ganzen die „Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG)“ des Sekretariats der WEKO (im Folgenden: Erläuterungen SVKG), publ. auf der Website der WEKO (<http://www.weko.admin.ch/imperia/md/images/weko/33.pdf>; besucht am 17. April 2008).

¹⁰⁹ Vgl. RPW 2006/4, S. 662, Rz 242, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking* (mit Nw. zur vergleichbaren europäischen Praxis in Fn 267); RPW 2007/2, S. 235, Rz 320 *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; RPW 2007/2, S. 299, Rz 401, *Terminierung Mobilfunk*. Dies stimmt auch mit der bisherigen Praxis des BVGer überein (vgl. BVGer, RPW 2007/4, S. 673 f., E. 4.3.3–E. 5, *Flughafen Zürich AG (Unique), Wettbewerbskommission (WEKO)*).

¹¹⁰ Vgl. RPW 2008/3, S. 408 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2009/2 156 ff., *Séca-teurs et cisailles*.

¹¹¹ Vgl. RPW 2007/2 235 ff. *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; RPW 2007/2 300 ff., *Terminierung Mobilfunk*, und die Erläuterungen SVKG (Fn. 108), S. 3.

¹¹² Vgl. RPW 2008/3 409, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

- Der Vorstand von IFPI Schweiz hat am 25. Mai 2011 beschlossen, die Praxis der Unterlassungserklärungen per sofort einzustellen. Gleichzeitig wurden die bis dahin unterzeichneten Unterlassungserklärungen für gegenstandslos erklärt.¹¹³ Dieser Beschluss wurde danach allen Mitgliedern mitgeteilt zusammen mit der Empfehlung, die Teilnahme am Wettbewerbsverstoss einzustellen.
- IFPI Schweiz hat sich während dem gesamten Verfahren sehr kooperativ gezeigt und hat sich bereit erklärt, Lösungen für mehr Markttransparenz zu suchen.
- Verschiedene Mitglieder von IFPI Schweiz haben sich am 31. Mai 2011 spontan zu einer umfassenden Kooperation bereit erklärt.¹¹⁴
- Die Phononet AG hat die Wettbewerbsbehörde spontan auf die kartellrechtliche Problematik der Teilnehmerverträge hingewiesen und das entsprechende Informationsmaterial von sich aus zur Verfügung gestellt.
- Der Wille und die Bereitschaft der IFPI Schweiz und der Phononet AG zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung ist als kooperatives Verhalten zu würdigen.¹¹⁵

196. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie der vorstehenden Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sieht die einvernehmliche Regelung eine Verwaltungssanktion zu Lasten von IFPI Schweiz in der Höhe von CHF 3 Mio. bis CHF 3,5 Mio. vor. Die Möglichkeit, Parallelimporte tätigen zu können, wird gemäss Kartellgesetz¹¹⁶ als besonders schutzwürdig angesehen. Weiter liegt in casu eine harte horizontale Abrede vor, welche praktisch eine gesamte Branche umfasst. Die WEKO schöpft daher den vorgesehenen Sanktionsrahmen voll aus und legt die Sanktion für IFPI Schweiz, stellvertretend für seine Mitglieder, auf CHF 3,5 Mio. fest.

197. Für die Phononet AG sieht die einvernehmliche Regelung eine Sanktion in der Höhe von CHF 10'000.– bis CHF 20'000.– vor. Aus den vorgenannten Gründen schöpft die WEKO den Sanktionsrahmen auch hier voll aus, die Sanktion für die Phononet AG wird auf CHF 20'000.– festgelegt.

198. Mit den vorliegend festgelegten Sanktionen ist der gesetzlich vorgegebene Sanktionsrahmen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG gewahrt.

C Kosten

199. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG¹¹⁷ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

200. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt

¹¹³ Vgl. Akte Nr. 119, Beilage 2.

¹¹⁴ Vgl. Akte Nr. 107-111 sowie 113-118.

¹¹⁵ Vgl. RPW 2006/4 666, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*, Rz 271; RPW 2007/2 238, Rz 342, *TDC Switzerland AG (Sunrise)/Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG*.

¹¹⁶ Vgl. RPW 2010/1, 112 Rz 359, *Gaba*; Verfügung Nikon AG vom 28. November 2011, Rz 562 sowie Verfügung BMW vom 7. Mai 2012, Rz 364 (beide einsehbar unter <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>).

¹¹⁷ Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

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 wurde.¹¹⁸ Vorliegend ist daher die Gebührenpflicht von IFPI Schweiz sowie Phononet zu bejahen.

201. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.¹¹⁹ Gegen die Media Control wird das Verfahren ohne Folgen eingestellt, weshalb auch keine Kosten auferlegt werden.

202. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis CHF 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

203. IFPI Schweiz hat den Antrag gestellt, die Verfahrenskosten je danach aufzuschlüsseln, ob sie für die Untersuchung hinsichtlich Art. 5 Abs. 3 KG oder jener hinsichtlich Art. 7 KG entstanden sind. Eine solche Unterteilung ist in der Praxis nicht möglich, weshalb die WEKO diesen Antrag abweist. Des Weiteren sind die den Parteien auferlegten Kosten in Anbetracht des Verfahrens und des Entscheides der WEKO angemessen.

204. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz CHF 130.– bis CHF 290.–. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 91'753.–. Die Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in der Gebühr nach Aufwand eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

205. Von den Verfahrenskosten von insgesamt CHF 91'753.– werden CHF 89'753.– IFPI Schweiz - stellvertretend für seine Mitglieder – und CHF 2'000.– der Phononet AG auferlegt.

D Ergebnis

206. Die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten von Ton und/oder Tonbildträgern zwischen den Mitgliedern von IFPI Schweiz im Rahmen des Verbandes und unter Beihilfe der Phononet AG stellt einen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 KG dar. Bezüglich der weiteren Verdachtselemente (angebliche Manipulation der „offiziellen Schweizer Hitparade“, Aufnahme in den Verein IFPI Schweiz und Missbräuche im Zusammenhang mit dem Musikbelieferungs- und Musikbewertungstool MPN) wird die Untersuchung gegen IFPI Schweiz, dessen Mitglieder, die Media Control AG und die Phononet AG eingestellt.

¹¹⁸ Vgl. BGE 128 II 247, 257, E.6.1, (= RPW 2002/3 546 f. Rz 6.1.), *BKW FMB Energie AG* sowie Art. 3 Abs. 2 lit. b und c GebV-KG e contrario.

¹¹⁹ Vgl. BGE 128 II 247, 257, E.6.1, (= RPW 2002/3 546 f. Rz 6.1.), *BKW FMB Energie AG* e contrario sowie Art. 3 Abs. 2 lit. b und c GebV-KG.

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission gemäss Art. 30 Abs. 1 KG:

1. Die nachfolgende einvernehmliche Regelung mit IFPI Schweiz betreffend den physischen Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 171) wird genehmigt:

„Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder verpflichten sich,

- 1) *von Neumitgliedern von IFPI Schweiz künftig keine Unterzeichnung einer Parallelimportverzichtserklärung zu verlangen;*
- 2) *gegenüber sämtlichen Marktteilnehmern, welche im Bereich Vertrieb, Vermarktung, Herstellung, Promotion und/oder Verkauf von Ton- und/oder Tonbildträgern tätig sind (so z.B. Labels, Vertriebe, Aggregatoren, Händler etc.), nicht in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte von physischen Ton- und/oder Tonbildträgern zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten).“*

2. IFPI Schweiz – stellvertretend für seine Mitglieder – wird gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. c i.V.m. Abs. 1 sowie Art. 49a KG mit einem Betrag von CHF 3'500'000.– belastet.

3. Die nachfolgende einvernehmliche Regelung mit der Phononet AG betreffend den physischen Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 171) wird genehmigt:

„Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. PhonoNet verpflichtet sich, künftig weder Verpflichtungen zur Unterlassung von Parallelimporten gegenüber Industrieteilnehmern oder Handelsteilnehmern am PhonoNet-System oder ähnliche Ausführungen in ihre Verträge aufzunehmen noch in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten).“

4. Die Phononet AG wird gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. c i.V.m. Abs. 1 sowie Art. 49a KG mit einem Betrag von CHF 20'000.– belastet.

5. Im Übrigen wird das Verfahren gegen IFPI-Schweiz, dessen Mitglieder, die Phononet AG und die Media Control AG eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Von den Verfahrenskosten von insgesamt CHF 91'753.–, werden

- CHF 89'753.– IFPI Schweiz - stellvertretend für seine Mitglieder - auferlegt;
- CHF 2'000.– der Phononet AG auferlegt.

8. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- IFPI Schweiz, vertreten durch Dr. Franz Hoffet und/oder Andrea Sigl, Homburger AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich
- Mitglieder von IFPI Schweiz, alle vertreten durch IFPI Schweiz, Kraftstrasse 30, 8044 Zürich (Liste der Mitglieder im Anhang)

- Media Control AG, vertreten durch Klaus Neff, Vischer AG, Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich
- Phononet AG, vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Astrid Waser, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbehörden und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

Anhang

Mitglieder von IFPI Schweiz

BRAMBUS RECORDS + VERLAG AG, Oberdorfstrasse 1, 8874 Mühlehorn

CLAVES RECORDS SA, 85, av. Général-Guisan, 1009 Pully

DISQUES VDE-GALLO, La cure, 1410 Denezy

DIVOX AG, Hinter den Gärten 7A, 4452 Itingen

EMI Music Switzerland AG, Buckhauserstrasse 24, 8048 Zürich

Gadget Records AG, Heinrichstrasse 269, 8005 Zürich

GOLD RECORDS, Seestrasse 129, 8810 Horgen

G. records c/o Gotthard Music GmbH, Postfach 66, 6024 Hildisrieden

GRÜEZI MUSIC AG, Zürcherstrasse 102, 8852 Altendorf

HAT HUT RECORDS LTD., Postfach 521, 4020 Basel

HIPPO RECORDS (Frank Valdor), Postfach 151, 6318 Walchwil

K-TEL International (Switzerland) AG, Blegistrasse 1, 6343 Rotkreuz

harmonia mundi MUSICORA AG, Blegistrasse 11 B, 6340 Baar

MUSIKVERTRIEB AG, Badenerstrasse 555, 8048 Zürich

NATION MUSIC GmbH, General Guisan Strasse 1, 5000 Aarau

PDU, Edizioni Discografiche e Musicali SA, Viale Cattaneo 1, 6900 Lugano

PHONAG RECORDS AG, Rohrstrasse 44, Postfach, 8152 Glattbrugg

PICK-RECORDS / Edition Melodie GmbH, Brunnwiesenstrasse 26, 8049 Zürich

READER'S DIGEST AG, Räfelstrasse 11, 8045 Zürich

SONY MUSIC ENTERTAINMENT (SWITZERLAND) GmbH, Letzigraben 89, Postfach, 8047 Zürich

SOUND SERVICE WIGRA AG, Eigerweg 16, Postfach 10, 3073 Gümligen

STAR PRODUCTIONS GmbH, Harschwendi West 1013, 9104 Waldstatt

TBA AG, Rohrstrasse 44, 8152 Glattbrugg

TCB MUSIC SA, Cité-Centre, Grand' Rue 92/5e, 1820 Montreux

TONSTUDIO AMOS AG, In der Rösi 5, 4207 Bretzwil

TUDOR RECORDING AG, Flurstrasse 93, 8047 Zürich

TURICAPHON AG, Turicaphonstrasse 31, 8616 Riedikon

UNIVERSAL MUSIC GmbH, Hardturmstrasse 130, Postfach, 8021 Zürich

VITEKA MUSIC / EXIT RECORDS, Sonnhalde 5, Postfach 80, 8602 Wangen

WARNER MUSIC SWITZERLAND AG, Kreuzstrasse 26, 8008 Zürich

ZYX MUSIC AG, Blegistrasse 1, 6343 Rotkreuz