



Hinweis:

Diese Verfügung ist nicht rechtskräftig (Stand Juli 2016).
Die vorliegende Version kann von der endgültigen, im RPW publizierten Version abweichen.

Verfügung

vom 9. Mai 2016

in Sachen

Untersuchung **32-0243** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Sport im Pay-TV

wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

gegen

1. **Swisscom (Schweiz) AG**, Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern
2. **CT Cinetrade AG**, Nüscherstrasse 44, 8021 Zürich
3. **Teleclub AG**, Nüscherstrasse 44, 8021 Zürich

alle vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Felix Prümmer,
Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz),
Andreas Heinemann, Armin Schmutzler (Vizepräsidenten),
Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Andreas Kellerhals,
Pranvera Këllezi, Daniel Lampart, Rudolf Minsch, Martin Rufer,
Danièle Wüthrich-Meyer

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	4
A.1	Gegenstand der Untersuchung	4
A.1.1	Untersuchungsadressatinnen	4
A.2	Verfahren	5
A.3	Anträge der Parteien	9
A.4	Sachverhaltsermittlung	11
A.4.1	Begriffsdefinitionen	11
A.4.2	Vorbemerkungen zum Beweis im Allgemeinen	15
A.4.3	Feststellung des relevanten Sachverhalts	17
A.4.3.1	Vertriebsmodelle von Teleclub	17
A.4.3.2	Das Programmangebot von Teleclub	24
A.4.3.3	Das PPV-Angebot von Teleclub	28
A.4.3.4	Das Sportangebot von Teleclub	29
A.4.3.5	Sachverhaltsangaben der Marktteilnehmer	32
A.4.4	Stellungnahmen der Parteien zum Sachverhalt	43
A.4.4.1	Stellungnahme von Swisscom	43
A.4.5	Befragung im Rahmen der Anhörungen	52
A.4.5.1	Anhörung von Swisscom	52
A.4.5.2	Anhörung von Cablecom, Finecom und Sasag	53
A.4.5.3	Anhörung von Sunrise	53
A.4.6	Stellungnahmen der Parteien zu den Anhörungen	54
A.4.6.1	Stellungnahme von Swisscom	54
A.4.6.2	Stellungnahme von Cablecom, Finecom und Sasag	54
B	Erwägungen	54
B.1	Geltungsbereich	54
B.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	54
B.1.2	Sachlicher Geltungsbereich	56
B.2	Verfügungsadressaten/Parteien	57
B.3	Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften	58
B.3.1	Stellungnahmen der Parteien zum Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften	62
B.3.1.1	Stellungnahme von Swisscom	62
B.4	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	66
B.4.1	Der relevante Markt	66
B.4.1.1	Vorbemerkungen zu Fernsehmärkten	66
B.4.1.2	Sachlich relevante Märkte	74
B.4.1.3	Räumlich relevanter Markt	95
B.4.1.4	Übersicht über die abgegrenzten Märkte	96
B.4.1.5	Stellungnahmen zum relevanten Markt	96
B.4.2	Beurteilung der Marktstellung	106
B.4.2.1	Frühere Beurteilungen der Marktstellung von Teleclub	106
B.4.2.2	Allgemeines zur aktuellen Beurteilung	107

B.4.2.3	Zeitliche Dimension	109
B.4.2.4	Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.....	110
B.4.2.5	Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.....	114
B.4.2.6	Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV	114
B.4.2.7	Nationaler Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV.....	114
B.4.2.8	Stellungnahmen zur Beurteilung der Marktstellung.....	115
B.4.2.9	Zwischenergebnis.....	117
B.4.3	Unzulässige Verhaltensweisen	117
B.4.3.1	Stellungnahmen zu den unzulässigen Verhaltensweisen	119
B.4.3.2	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)	119
B.4.3.3	Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).....	140
B.4.3.4	Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).....	150
B.4.4	Ergebnis.....	155
C	Massnahmen.....	155
C.1	Anordnung von Massnahmen / Einvernehmliche Regelung.....	156
C.1.1	Massnahmen betreffend die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen.....	156
C.1.2	Massnahmen betreffend die Diskriminierung von Handelspartnern	157
C.1.3	Massnahmen betreffend die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen.....	158
C.1.4	Stellungnahmen zu den Massnahmen.....	158
C.1.4.1	Stellungnahme von Cablecom, Finecom und Sasag.....	158
C.1.4.2	Stellungnahme von Sunrise.....	158
C.1.5	Ergebnis.....	159
C.2	Sanktionierung.....	159
C.2.1	Allgemeines	159
C.2.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	159
C.2.2.1	Unternehmen.....	159
C.2.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG.....	159
C.2.3	Vorwerfbarkeit.....	160
C.2.3.1	Stellungnahmen der Parteien zur Vorwerfbarkeit.....	160
C.2.4	Bemessung.....	163
C.2.4.1	Maximalsanktion.....	163
C.2.4.2	Konkrete Sanktionsberechnung	164
C.2.4.3	Stellungnahmen der Parteien zur konkreten Sanktionsberechnung	169
C.2.5	Ergebnis.....	174
C.2.6	Verhältnismässigkeitsprüfung	174
D	Kosten	174
E	Aufschiebende Wirkung	175

F	Ergebnis	176
G	Dispositiv	177

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung bildet die Frage, ob die Swisscom-Gruppe (nachfolgend: Swisscom) und die heute zu Swisscom gehörende Cinetrade-Gruppe (wozu auch die Pay-TV¹-Anbieterin Teleclub AG – nachfolgend: Teleclub – gehört) im Bereich der Übertragung von Sportinhalten im Pay-TV marktbeherrschend sind und ob sie diese durch ihre Verhaltensweisen missbraucht haben. Im Zusammenhang mit Sportinhalten im Pay-TV stehen insbesondere die folgenden Verhaltensweisen im Vordergrund:

- Verweigerung von Geschäftsbeziehungen: Im Vordergrund steht dabei, ob Teleclub, als Teil der Swisscom-Gruppe, anderen TV-Plattformanbietern als Swisscom Vorleistungsangebote verweigert hat und diese allfällige Verweigerung nicht zu rechtfertigen ist. Zum einen geht es um eine allfällige Verweigerung der Teleclub Sport-Kanäle für andere IPTV-Anbieter. Zum andern geht es um die Frage, ob eine Verweigerung bezüglich des Pay-per-View-Angebots (Live-Sport-Events) vorliegt.
- Diskriminierung von Handelspartnern: Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkt für eine Ungleichbehandlung verschiedener Plattformanbieter und der Endkunden durch Teleclub.
- Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen: Hierbei gilt es zu prüfen, ob Teleclub gegenüber potenziellen Konkurrenten ein Konkurrenzverbot auf einem vorgelagerten Markt erzwungen hat.
- Koppelungs-/Bündelungsverträge: Gemäss Ergebnis der Vorabklärung können Endkunden die Sportkanäle von Teleclub nur gemeinsam mit dem Basispaket beziehen. Es stellt sich die Frage, ob damit eine nach Kartellgesetz unzulässige Koppelung vorliegt.

2. Die vorliegende Untersuchung betrifft den Zeitraum 2006 bis 2013.

A.1.1 Untersuchungsadressatinnen

3. Die Untersuchung richtet sich gegen folgende Adressaten:

4. Die *Swisscom AG* ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft und Muttergesellschaft der Swisscom-Gruppe, die insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, Internet und IT-Lösungen tätig ist. Die Swisscom-Gruppe betreibt als Telekommunikationsanbieterin in der ganzen Schweiz ein Mobilfunknetz und als Grundversorgungskonzessionärin ein im Anschlussnetz auf dem Kupferkabel basierendes Festnetz. Im TV-Bereich verfügt die Swisscom-Gruppe über drei eng miteinander verbundene Plattformen (Stand Dezember 2013):

- Swisscom TV start, basic oder plus bietet digitales Fernsehen über leitungsgebundene Netze. Bei Swisscom TV handelt es sich um eine geschlossene IPTV-Plattform, die nur mit der entsprechenden Entschlüsselungs-Hardware empfangen werden kann.

¹ Vgl. zu den Begriffen nachfolgend Abschnitt A.4.1.

- Das Einsteigerangebot Swisscom TV light bietet digitales Fernsehen ohne monatliche Grundgebühr, jedoch ohne die Möglichkeit sog. «Live Sport Events» oder Filme auf Abruf zu beziehen. Swisscom TV light ersetzte Swisscom TV select, welches bis Dezember 2012 die Möglichkeit bot, «Live Sport Events» oder Filme auf Abruf zu beziehen, ohne eine monatliche Grundgebühr für Swisscom TV bezahlen zu müssen.
- Swisscom TV air (bzw. Swisscom TV air easy) ist ein IPTV-Angebot, das mit einem internetfähigen Gerät (Computer, Mobiltelefon etc.) innerhalb eines Webbrowsers empfangen werden kann. Es handelt sich dabei um eine offene IPTV-Plattform.

5. Die *CT Cinetrade AG* (nachfolgend: Cinetrade) ist Muttergesellschaft der Cinetrade-Gruppe. Diese erwirbt und verwaltet Beteiligungen an Unternehmen und Rechte an Filmen und Veranstaltungen. Sie ist als Medienunternehmen in den Bereichen Pay-TV (Teleclub), Kino (KITAG AG) und in der Verwertung von Filmrechten (PlazaVista Entertainment AG) über Video und DVD aktiv. Die Cinetrade-Gruppe wird seit Mai 2013 alleine durch Swisscom kontrolliert und gehört damit heute zur Swisscom-Gruppe. Bis zum 30. April 2013 stand Cinetrade unter der gemeinsamen Kontrolle des Verwaltungsratspräsidenten und CEO A. _____ ([Geschäftsgeheimnis]) und Swisscom ([Geschäftsgeheimnis]). Für den vorliegenden Fall ist insbesondere von Bedeutung, dass Cinetrade bis Ende September 2012 [Geschäftsgeheimnis] des Pay-TV-Anbieters Teleclub AG hielt. Das [Geschäftsgeheimnis] gehörte der Ringier AG. Aufgrund der Portfolio-Bereinigung der Ringier AG ist Cinetrade seit Anfang Oktober 2012 Alleinaktionärin der Teleclub AG. Soweit ersichtlich waren mit der Beteiligung der Ringier AG an Teleclub [Geschäftsgeheimnis] verbunden.

6. Die *Teleclub AG* war bei Untersuchungseröffnung ein Programmveranstalter gemäss Art. 2 Bst. d RTVG². Teleclub stellte eigene Programme in den Bereichen Film, Sport und Unterhaltung zusammen. Im Zuge des Erwerbs der Aktienmehrheit an Cinetrade durch die Swisscom-Gruppe wurde die Programmveranstaltung in die Teleclub Programm AG ausgelagert, an deren Aktienkapital Cinetrade zu [Geschäftsgeheimnis] beteiligt ist. Gegenüber dem Endkunden trat und tritt Teleclub aber auch als Plattformanbieter auf, indem Teleclub die von ihr bzw. der Teleclub Programm AG zusammengestellten Programme gemeinsam mit Kanälen von Dritten in vier Programmpaketen den Endkunden als Pay-TV anbietet. Die Programme von Teleclub werden über die CATV-Netze der Kabelnetzunternehmen, das nationale Kupferanschlussnetz der Swisscom-Gruppe sowie die regionalen Glasfaseranschlussnetze der Swisscom-Gruppe bzw. regionaler Energieversorgungsunternehmen übertragen.³

A.2 Verfahren

7. Gestützt auf verschiedene Hinweise von Fernmeldediensteanbietern und Privatpersonen sowie eigene Abklärungen eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 30. Mai 2012 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG⁴ gegen Cinetrade wegen einer möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG.

8. Im Rahmen der Vorabklärung wurden verschiedene, im relevanten Bereich tätige Unternehmen befragt; zudem wurden Swisscom und Cinetrade befragt. In der Folge kam das Sekretariat zum Schluss, dass Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestanden.

² Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2004 (RTVG; SR 784.40).

³ Seit dem 2. Juni 2012 können die Programme von Teleclub über das Kupferanschlussnetz sowie über regionale Glasfaseranschlussnetze der Swisscom auch via Sunrise TV, der IPTV-Plattform von Sunrise, empfangen werden.

⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

9. Am 3. April 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG gegen die Swisscom (Schweiz) AG, Cinetrade, Teleclub und A._____.

10. Am 8. April 2013 stellte die Swisscom ein Gesuch auf Einsicht der Akten, ebenso stellten am 10. April 2013 Cinetrade und A._____ ein Gesuch auf Einsicht der Akten. Nachdem die entsprechenden Akten bezüglich Geschäftsgeheimnisse bereinigt waren, wurden sie den Parteien am 3. Mai 2013 zur Einsicht zugesandt.

11. Im Rahmen der Untersuchung wurden erneut verschiedene, im relevanten Bereich tätige Unternehmen sowie die Parteien befragt. Dabei wurden auch umfangreiche Daten bezüglich der Kunden der Unternehmen und der Parteien verlangt, die von den entsprechenden Unternehmen an das Sekretariat geliefert wurden. Auf diesen Daten basiert insbesondere der empirische Bericht.

12. Mit Schreiben vom 26. April 2013 nahm A._____ zur der gegen ihn eröffneten Untersuchung Stellung und stellte den Antrag, die Untersuchung gegen ihn sei einzustellen und die Einstellung sei im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu publizieren.

13. Am 7. Mai 2013 stellten die upc cablecom GmbH (nachfolgend: Cablecom), die Finecom Telecommunications AG⁵ (nachfolgend: Finecom) und die sasag Kabelkommunikation AG (nachfolgend: Sasag) ein Gesuch um Zulassung als Partei und ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen.

14. Mit Schreiben vom 14. Mai 2013 wurde das Begehren betreffend vorsorgliche Massnahmen Cinetrade und Teleclub zur Stellungnahme sowie Swisscom zur Kenntnis zugestellt.

15. Am 14. Mai 2013 stellte Swisscable Verband für Kabelkommunikation (nachfolgend: Swisscable; heute: SUISSEDIGITAL – Verband für Kommunikationsnetze⁶) ein Gesuch um Zulassung als Partei.

16. Am 17. Juni 2013 nahmen Cinetrade, Teleclub und Swisscom zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen Stellung. Mit Schreiben vom gleichen Tag nahm A._____ zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen Stellung und stellte erneut den Antrag, die Untersuchung gegen ihn sei per Verfügung einzustellen. Anderenfalls sei eine anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen.

17. Aufgrund eines neuen Bundesgerichtsentscheides in Sachen Hallenstadion⁷ wurden Swisscable sowie Cablecom, Finecom und Sasag mit Schreiben vom 9. Juli 2013 dazu aufgefordert, ihre Gesuche um Parteistellung im Verfahren zu ergänzen.

18. Mit Schreiben vom 10. Juli 2013 lehnte das Sekretariat die Entlassung von A._____ aus dem Verfahren ab. Auch lehnte das Sekretariat den Erlass einer entsprechenden anfechtbaren Zwischenverfügung ab, da dies der Anfechtbarkeit der Untersuchungsöffnung gleich gekommen wäre.

19. Mit Verfügung vom 8. Juli 2013 lehnte die WEKO das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen von Cablecom, Finecom und Sasag ab. Dagegen erhoben Cablecom, Finecom

⁵ Mit Statutenänderung vom 10.06.2014 erfolgte eine Umfirmierung der Finecom Telecommunications AG in Quickline AG; nachdem sich vorliegend die allermeisten Dokumente noch auf die alte Firma beziehen, wird der besseren Verständlichkeit halber die Quickline AG nachfolgend weiter auch als Finecom bezeichnet.

⁶ Der besseren Verständlichkeit halber wird nachfolgend die Bezeichnung Swisscable beibehalten.

⁷ Urteil des BGer 2C_1054/2012 vom 5.6.2013, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

und Sasag Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, welches die Beschwerde mit Entscheidung vom 9. Juli 2014 abwies.⁸

20. Mit Schreiben vom 26. Juli 2013 meldete die Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) ihre Beteiligung als Dritte im Sinne von Art. 43 KG an. Mit Schreiben des Sekretariats vom 30. Juli 2013 wurde Sunrise als Dritte an der vorliegenden Untersuchung beteiligt. Die Beteiligung wurde dabei vorläufig in Anwendung von Art. 43 Abs. 2 KG auf die Anhörung beschränkt.

21. Mit Schreiben vom 8. August 2013 an das Präsidium der WEKO stellte A. _____ erneut den Antrag, er sei per Zwischenverfügung als Partei aus dem Untersuchungsverfahren zu entlassen und das Verfahren gegen ihn sei einzustellen. Eventualiter sei eine anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen, sofern die WEKO A. _____ weiterhin als Untersuchungsadressat im Verfahren Sport im Pay-TV ansehe.

22. Mit Schreiben vom 16. August 2013 reichte Swisscable die Ergänzung seines Gesuches um Parteistellung ein. Mit Schreiben des Sekretariats vom 21. August 2013 wurde das Gesuch inklusive Ergänzung den Untersuchungsadressatinnen zur Stellungnahme zugestellt.

23. Mit Schreiben vom 16. September 2013 reichten Cablecom, Finecom und Sasag die Ergänzung ihres Gesuches um Parteistellung ein. Mit Schreiben des Sekretariats vom 17. September 2013 wurde das Gesuch inklusive Ergänzung den Untersuchungsadressatinnen zur Stellungnahme zugestellt.

24. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2013 nahm Swisscom zum Gesuch von Swisscable Stellung. Ebenfalls mit Schreiben vom 23. Oktober 2013 nahmen auch Cinetrade und Teleclub Stellung.

25. Mit Schreiben vom 15. November 2013 stellte Swisscom ihre Rechtsbegehren zum Gesuch von Cablecom, Finecom und Sasag, wobei zur Begründung auf die Eingabe von Cinetrade und Teleclub verwiesen wurde. Mit Schreiben vom 18. November 2013 nahmen Cinetrade und Teleclub Stellung.

26. Der Einstellungsantrag von A. _____ wurde zuständigkeithalber der WEKO unterbreitet. Diese stellte das Verfahren gegenüber A. _____ mit Verfügung vom 18. November 2013 ohne Folgen ein.

27. Mit Zwischenverfügung vom 24. Februar 2014 wurden Cablecom, Finecom und Sasag als Dritte mit Parteistellung in der Untersuchung beteiligt. Dagegen erhoben Swisscom, Cinetrade und Teleclub Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, welches mit Entscheidung vom 2. Oktober 2014 auf die Beschwerde nicht eintrat.⁹ Das von Swisscom, Cinetrade und Teleclub daraufhin angerufene Bundesgericht trat mit Urteil vom 6. Juli 2015 auf die Beschwerde nicht ein.¹⁰

28. Mit Schreiben vom 26. März 2014 zog Swisscable das Gesuch um Zulassung als Partei zurück und meldete stattdessen die Beteiligung von Swisscable als Dritter im Sinne von Art. 43 KG an. Mit Schreiben des Sekretariats vom 27. März 2014 wurde Swisscable als Dritter an der vorliegenden Untersuchung beteiligt. Die Beteiligung wurde dabei vorläufig in Anwendung von Art. 43 Abs. 2 KG auf die Anhörung beschränkt.

29. Mit Schreiben vom 2. April 2014 beantragten Cinetrade und Teleclub den Beizug der Akten zur Anzeige von Teleclub vom 2. September 2013 gegen Cablecom und Finecom. Dem

⁸ Urteil des BVGer B-4637/2013 vom 9.7.2014.

⁹ Urteil des BVGer B-1635/2014 vom 2.10.2014.

¹⁰ Urteil des BGer 2C_1009/2014 vom 6.7.2015.

Antrag gab das Sekretariat mit Schreiben vom 14. April 2014 statt. Die Akten zur Anzeige von Teleclub vom 2. September 2013 wurden in das Aktenverzeichnis der vorliegenden Untersuchung aufgenommen.

30. Mit Schreiben vom 26. Mai 2014 (Cinetrade und Teleclub) und 6. November 2014 (Teleclub) machten die Parteien ergänzende Angaben zum Sachverhalt, insbesondere hinsichtlich der jüngsten Entwicklungen und Verhaltensweisen der Konkurrenz.

31. Mit Schreiben des Sekretariats vom 25. Juni 2014 wurde den Untersuchungsadressatinnen ein aktualisiertes Aktenverzeichnis inklusive entsprechender Aktenstücke in elektronischer Form zugestellt.

32. Je mit Schreiben vom 19. November 2014 informierte das Sekretariat den Schweizerischen Fussball Verband (nachfolgend: SFV) und die Swiss Ice Hockey Federation (nachfolgend: SIHF) über die Verwendung ihrer Eingaben aus der Marktbeobachtung 21-0428: Zentralvermarktung Spitzensport. Die Eingaben aus der Marktbeobachtung 21-0428: Zentralvermarktung Spitzensport wurden in das vorliegenden Verfahren aufgenommen.

33. Mit Schreiben des Sekretariats vom 20. November 2014 wurde Swisscom zur Angabe verschiedener Umsätze aufgefordert. Mit Schreiben vom 19. Januar 2015 gab Swisscom dem Sekretariat die einverlangten Umsätze bekannt.

34. Die Zusendung des Antrags des Sekretariats an die Parteien und verfahrensbeteiligten Dritten zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG erfolgte mit Schreiben vom 21. Juli 2015. Zugleich wurde den Untersuchungsadressatinnen und den Dritten mit Parteistellung ein aktualisiertes Aktenverzeichnis inklusive entsprechender Aktenstücke in elektronischer Form zugestellt.

35. Mit Schreiben vom 21. Juli 2015 stellten die Untersuchungsadressatinnen den Antrag, auf die Zusendung des Antrags des Sekretariats an Sunrise zu verzichten. Das Sekretariat hielt an der Zusendung des Antrags an Sunrise fest.

36. Swisscom beantragte die zusätzliche Zusendung der Empirischen Analyse und der zugehörigen «do-files» in elektronischer Form sowie die Zusendung der Datensätze «ppv_monthly.dta» und panel_master.dta. Die darin enthaltenen Variablen und die Datensätze seien mit der von Swisscom verwendeten Software nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Das Sekretariat liess Swisscom alle Datensätze der Empirischen Analyse in geschäftsgeheimnisbereinigter Form zukommen. Daraufhin ersuchte Swisscom mit Schreiben vom 2. September 2015 um vollständige Einsicht in den Datensatz panel_master.dta. In der Folge fragte das Sekretariat die entsprechenden Geheimnisträgerinnen an, ob sie mit einer Offenlegung der Daten gegenüber Swisscom einverstanden seien. Die Geheimnisträgerinnen stimmten einer Offenlegung gegenüber Swisscom im Sinne einer beförderlichen Verfahrensführung zu. Mit Schreiben vom 16. September 2015 legte das Sekretariat Swisscom den Datensatz panel_master.dta vollständig offen.

37. Die Untersuchungsadressatinnen Swisscom, Cinetrade und Teleclub beantragten mit Schreiben vom 7. September 2015 den Beizug von Akten aus den Marktbeobachtungen «Zentralvermarktung Spitzensport» und «Lieferverträge Teleclub» sowie der Untersuchung «Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable». Dazu nahm das Sekretariat mit Schreiben vom 11. September 2015 ablehnend Stellung. Nachdem die Untersuchungsadressatinnen an ihren Anträgen festhielten, wies das Sekretariat (zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums) die Verfahrensanträge mit Zwischenverfügung vom 5. Oktober 2015 ab. Die dagegen eingereichte Beschwerde wurde von den Beschwerdeführerinnen wieder zurückgezogen, weshalb das Bundesverwaltungsgericht das entsprechende Beschwerdeverfahren abschrieb.

38. Mit Schreiben vom 15. September 2015 nahmen Cablecom, Finecom und Sasag Stellung zum Antrag des Sekretariats vom 21. Juli 2015.

39. Mit Schreiben vom 22. September 2015 nahm Sunrise innerhalb erstreckter Frist Stellung zum Antrag des Sekretariats vom 21. Juli 2015.
40. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2015 nahm Swisscom Stellung zum Antrag des Sekretariats vom 21. Juli 2015.
41. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2015 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu. Zudem kündigte das Sekretariat den Verfahrensparteien sowie Sunrise die Anhörung vor der WEKO am 22. Februar 2016 an.
42. Auf Antrag von Swisscom vom 23. Dezember 2015 wurde die Anhörung vor der WEKO auf den 7. März 2016 verschoben.
43. Mit Schreiben vom 18. Januar 2016 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen den Bericht zur Neuberechnung der Exklusivitäten zu.
44. Je mit Schreiben vom 22. Februar 2016 wurden die Untersuchungsadressatinnen und Sunrise sowie mit Schreiben vom 26. Februar 2016 Cablecom, Finecom und Sasag zur Anhörung vor der WEKO vom 7. März 2016 vorgeladen.
45. Am 7. März 2016 fanden die Anhörungen vor der WEKO statt.
46. Mit Schreiben vom 17. März 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien wiederum ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu.
47. Mit Schreiben vom 22. März 2016 nahm Swisscom Stellung zu den Anhörungen vom 7. März 2016.
48. Mit Schreiben vom 30. März 2016 nahmen Cablecom, Finecom und Sasag Stellung zu den Anhörungen vom 7. März 2016 sowie zum Schreiben von Swisscom vom 22. März 2016.
49. Mit Schreiben vom 6. April 2016 nahm Swisscom Stellung zum Schreiben der Drittparteien vom 30. März 2016.

A.3 Anträge der Parteien

50. Swisscom stellt folgende Anträge:

- Die vorliegende Untersuchung sei ohne weitere Konsequenzen und Kostenfolgen einzustellen.

Eventualiter

- Das Sekretariat sei anzuweisen, die konkrete Wettbewerbssituation auf dem Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Fernsehsignalen unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung des Analog-TV und der damit verfügbaren Übertragungskapazitäten im untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis 2013 zu untersuchen.
- Das Sekretariat sei anzuweisen, die konkrete Wettbewerbssituation auf dem Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Fernsehsignalen unter besonderer Berücksichtigung der Gebietsmonopole der Kabelnetzunternehmen im untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis 2013 zu untersuchen.
- Das Sekretariat sei anzuweisen, die konkrete Wettbewerbssituation auf dem Plattformmarkt aus Endkundensicht unter besonderer Berücksichtigung von Bündelangeboten (Triple-Play) im untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis 2013 zu untersuchen.

- Das Sekretariat sei anzuweisen, die technischen Möglichkeiten der Kabelnetzbetreiber zur Übertragung des erweiterten Teleclub-Sportangebots unter besonderer Berücksichtigung der Rückkanalfähigkeit und des Übertragungsstandards DOCSIS 3.0 im untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis 2013 zu untersuchen.
- Das Sekretariat sei anzuweisen, für den gesamten untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis 2013 die im Rahmen des Teleclub-Sportangebots angebotenen Programminhalte in Bezug auf die Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie ausländische Fussballübertragungen unter besonderer Berücksichtigung der Übertragungsrechte zu untersuchen.
- Das Sekretariat sei anzuweisen, für den gesamten untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis 2013 die Bedeutung der Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen für den Plattformwettbewerb unter besonderer Berücksichtigung der Präferenzen der TV-Zuschauer und der Übertragungen im Free-TV zu untersuchen.
- Das Sekretariat sei anzuweisen, für den gesamten untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis 2013 den Vertrauensschutz und den Grundsatz *ne bis in idem* insbesondere mit Blick auf das Content-Akquisitionsverbots und den [Geschäftsgeheimnis] Rechteerwerb zu untersuchen.
- Das Sekretariat sei anzuweisen, im untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis 2013 den technischen und kommerziellen Entwicklungsverlauf der IPTV-Übertragung, die Voraussetzung für die Homologierung von IPTV-Plattformen unter besonderer Berücksichtigung der jeweiligen technischen Anforderungen und des sich für Teleclub ergebenden finanziellen und personellen Aufwands zu untersuchen.
- Das Sekretariat sei anzuweisen, die empirische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der in der Stellungnahme aufgezeigten fundamentalen Fehler von Grund auf neu durchzuführen.
- Den Untersuchungsadressatinnen sei nach Vornahme der zusätzlichen Untersuchungshandlungen die Möglichkeit zur erneuten Stellungnahme zu gewähren.
- Mit Schreiben vom 22. März 2016 beantragt Swisscom zudem: «Es seien die in den Beweisanträgen Nr. 1 bis 9 gemäss Stellungnahme vom 29. Oktober 2015 beantragten Untersuchungen durch einen unabhängigen Sachverständigen vorzunehmen und die Ergebnisse in einem Sachverständigengutachten festzustellen.»
- Mit Schreiben vom 6. April 2016 beantragt Swisscom für den Fall, dass die Untersuchung nicht eingestellt bzw. den Beweisanträgen nicht stattgegeben werde:
 - «1. Die Anträge von Cablecom, Quickline und sasag gemäss Stellungnahme vom 15. September 2015 und von Sunrise gemäss Stellungnahme vom 22. September 2015 seien vollumfänglich abzuweisen.
 - 2. Eventualiter: Es sei den Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 4 des Verfügungsantrags vom 21. Juli 2015 die aufschiebende Wirkung nur zu entziehen, nachdem Cablecom, Quickline und sasag sowie Sunrise Sicherheit hinterlegt haben. Zur Bezifferung der Höhe der Sicherheit sei den Untersuchungsadressaten vorab eine angemessene Nachfrist anzusetzen.»

51. Cablecom, Finecom und Sasag stellen folgende Anträge:

- Es sei einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffer 1 und 2 und 4 des Verfügungsdispositivs die aufschiebende Wirkung zu entziehen.
- Ziffer 2 des Verfügungsdispositivs sei dahingehend zu präzisieren, dass der Swisscom-Konzern, vorliegend handelnd durch die Swisscom (Schweiz) AG, in Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG verpflichtet wird, allen TV-Plattformen in der Schweiz - soweit technisch möglich - ein gleichwertiges Teleclub-Sportangebot sowohl im PPV als auch im PPC zu nicht diskriminierenden Bedingungen hinsichtlich Umfang, Preis und Bundling anzubieten.
- Alles unter Kostenfolgen und zulasten der Swisscom (Schweiz) AG, der CT Cinetrade AG und der Teleclub AG.

52. Sunrise stellt folgende Anträge:

- Die in Ziffer 1 des Dispositivs in Bst. a-c definierten Märkte seien je in die Untermärkte Pay-per-Channel (PPC) und Pay-per-View (PPV) zu unterteilen und es sei für sämtliche dieser Märkte/Untermärkte eine marktbeherrschende Stellung des Swisscom-Konzerns festzustellen.
- Die Marktdefinition in Ziffer 1 Bst. c des Dispositivs sei entsprechend den Ausführungen im Antrag zu präzisieren (Erläuterung des Begriffes «ausländische Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs» und Klarstellung, dass auch internationale Fussball- und Eishockeywettbewerbe ohne Schweizer Beteiligung je separate Märkte darstellen, auf denen der Swisscom-Konzern eine marktbeherrschende Stellung hat).
- Ziffer 1 des Dispositivs sei zudem um die weiteren Märkte zu ergänzen (jeweils wiederum mit den Untermärkten PPC und PPV), auf denen der Swisscom-Konzern gemäss Antrag eine marktbeherrschende Stellung hat.
- Die in Ziffer 2 des Dispositivs enthaltene Massnahme sei wie folgt zu ergänzen: «[...] zu nicht-diskriminierenden und angemessenen Bedingungen anzubieten.»
- Einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung sei mit Bezug auf die Ziffern 1, 2 und 4 des Dispositivs die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

A.4 Sachverhaltsermittlung

A.4.1 Begriffsdefinitionen

53. **CATV:** «Community antenna television» (CATV) bezeichnet ein Koaxialkabelsystem zur Übertragung von Fernseh- und anderen Signalen. Die Struktur eines CATV-Netzes ist hierarchisch und setzt an einer Kopfstelle für eine Region an. CATV-Netze sind für die Übertragung von TV-Signalen in Frequenzbändern ausgerichtet, dank Rückkanaltechnologie können sie heute aber auch für die Datenübertragung eingesetzt werden. Über die neueste Version der Übertragungstechnologie, DOCSIS 3.0, lassen sich derzeit pro Kanal bis zu 200 Mbit/s durchleiten, wobei es bereits Laborversuche gibt, in welchen eine Durchleitungsrate von über 1000 Mbit/s realisiert wurden. Historisch gab es in der Schweiz regional ein Kabelnetzunternehmen (nachfolgend: KNU), das als Gebietsmonopolist seine Einnahmen insbesondere durch die Kabelanschlussgebühren generierte.

54. **DSL:** «Digital Subscriber Line» (DSL) ist ein Übertragungsstandard, der die Übertragung von Breitbandinternet in Kupferkabelnetzen erlaubt. Über das Netz der Swisscom können mittels ADSL («asymmetric digital subscriber line») in der ganzen Schweiz die für den massen-

tauglichen Internetdienst notwendigen Datenraten realisiert werden. Die derzeit leistungsstärkste DSL-Variante ist «Very High Speed DSL» (VDSL). Sie verlangt, dass die Distanz zwischen Anschlusszentrale und VDSL-Anlage mit Glasfaser zurückgelegt wird. Auf den im Swisscom-Netz üblichen Leitungen erreicht VDSL eine reelle maximale Downstream-Datenrate von 30 Mbit/s. Die tatsächliche Geschwindigkeit hängt von der Distanz zwischen VDSL-Anlage und Hausanschluss ab.¹¹

55. **DVB-C:** «Digital Video Broadcasting - Cable» (DVB-C) ist ein europäischer Standard für die Übertragung von digitalen Fernsehsignalen über CATV-Netze. Je nach Modulation (64 QAM¹² oder 256 QAM) können unterschiedliche Bandbreiten übertragen werden.

56. **Free-TV:** Free-TV bezeichnet Fernsehprogramme, die von den Fernsehzuschauern (auch) unverschlüsselt und ohne Bezahlung an den Programmveranstalter (vgl. Rz 65) empfangen werden können. Die Finanzierung des Programmveranstalters erfolgt über Werbeeinnahmen und/oder über Empfangsgebühren. Nach der vorliegend verwendeten Definition von Free-TV spielt die (allenfalls mit Abonnementkosten verbundene) Empfangsinfrastruktur keine Rolle.¹³

57. **FTTH:** «Fiber to the Home» (FTTH) bezeichnet ein Übertragungsnetz, in dem von der Schaltzentrale für jeden Haushalt ein oder mehrere Glasfaserleiter verlegt werden. Mit der Glasfaserkabeltechnologie lassen sich Bandbreiten erreichen, welche die Bandbreiten der anderen Technologien um ein Vielfaches übersteigen. In der Schweiz werden FTTH-Netze vielerorts gemeinsam von Swisscom und regionalen Energieversorgungsunternehmen (nachfolgend: EVU) erbaut. Dabei werden meist vier Glasfaserleitungen in einer FTTH-Netzarchitektur verlegt. Die Verbreitung von TV-Signalen erfolgt in FTTH-Netzen entweder über RF-TV (vgl. Rz 66) oder IPTV (vgl. Rz 59). Während IPTV die Integration des Signals in die Plattform des TV-Plattformbetreibers verlangt, kann bei RF-TV das Signal wie in den CATV-Netzen in einem Frequenzkanal übertragen werden. Für Letzteres benötigt der Anbieter Zugriff auf den physischen FTTH-Hausanschluss (Layer 1; vgl. Rz 60).

58. **HD-TV:** «High Definition Television» (HD-TV) ist der Sammelbegriff für hochauflösendes Fernsehen. HD-TV ist gegenüber SD-TV (vgl. Rz 67) abzugrenzen.

59. **IPTV:** «Internet Protocol Television» (IPTV) wird als Sammelbegriff für die Übertragung von Multimediadiensten über IP-basierende Netze verwendet. Im Fall von *offenem IPTV*, das häufig als «Internetfernsehen» bezeichnet wird, erfolgt die Übertragung des IPTV-Signals über das «World Wide Web», wobei für die Betrachtung ein Webbrowser (z. B. Firefox) verwendet werden muss. Bei *geschlossenem IPTV* wird eine direkte Verbindung vom Server des IPTV-Betreibers zum Endkunden aufgebaut, der das IPTV-Signal mit einer entsprechenden Hardware (z. B. einer Set-Top-Box) empfangen kann.

60. **Layer im ISO/OSI-Referenzmodell:** Das ISO/OSI-Referenzmodell ist ein internationaler Standard, der die elektronische Kommunikation zwischen einem Sendegerät und einem Empfängergerät definiert. Auf physikalischer Ebene wird festgelegt, wie Nachrichten übertragen werden. Auf logischer Ebene wird festgelegt, wie die übertragenen Nachrichten aufgebaut sind. Das ISO/OSI-Referenzmodell ist ein siebenschichtiges Modell. Die Daten werden von oben nach unten heruntergereicht, wobei jede Schicht die eigentlichen Nutzdaten um – für die Kommunikation notwendige – Steuerungsdaten (Header) ergänzt. Während die oberen

¹¹ Evaluation des schweizerischen Fernmeldemarkts (Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009 [09.3002]; nachfolgend Fernmeldebericht 2010), 94.

¹² Quadrature Amplitude Modulation.

¹³ Vgl. zur Abgrenzung von Pay-TV nachfolgend Rz 61.

Schichten (Layer 5-7) anwendungsorientierte Schichten sind, stellen die unteren Schichten (Layer 1-4) transportorientierte Schichten dar.

Schicht / Layer	Funktionsbeschreibung
Layer 1 Physikalische Schicht	Übertragung von Bitfolgen in Form elektromagnetischer Signale über Kupferkabel, Koaxialkabel, optische Lichtwellenleiter (Glasfaser), Funk etc.
Layer 2 Netzzugangsschicht	Transport und Zugang zwischen direkt verbundenen Geräten (Modem-Modem, Router-Router, Computer zum Netz etc.) .
Layer 3 Internetschicht	Vermittlung und Leitweglenkung (Routing) von Datenpaketen im gesamten Netzwerk zwischen Endgeräten (Internetprotokoll; IP).
Layer 4 Transportschicht	Gesicherter Transport von Datenströmen zwischen Anwendungen (End-zu-End-Kommunikationsprotokolle): Isoliert die Anwendung von den Eigenschaften der Netze.
Layer 5-7 Anwendungen	Sprach-, Video- oder Datenübertragung zwischen Telefon-, Fernseh- und anderen Anwendungen auf Endgeräten und Computern.

Tabelle 1: ISO/OSI-Referenzmodell.

61. **Over the Top (OTT):** OTT bezeichnet als Überbegriff Internet-Dienstleistungen, die unabhängig vom Internet-Provider bezogen werden können. Charakteristisch für OTT TV ist, dass über das Internet auf TV-Inhalte zugegriffen werden kann, unabhängig von welchem Gerät aus der Internetzugang erfolgt. Beispiele hierfür sind Anbieter wie Netflix, Zattoo, HollyStar oder Lovefilm von Amazon.¹⁴

62. **Pay-TV:** Der Begriff Pay-TV wird unterschiedlich definiert bzw. verwendet. Für die vorliegende Untersuchung bezeichnet Pay-TV Bezahlfernsehen, bei dem ein Vertrag für den kostenpflichtigen Bezug eines exklusiven Programminhalts (Premium Content) abgeschlossen wird.¹⁵ Die Vertragsbeziehung für den Empfang des Programminhalts besteht entweder direkt zwischen dem Programmveranstalter und den Endkunden oder zwischen den TV-Plattformanbietern und den Endkunden. Entsprechend können die Plattformanbieter den exklusiven Programminhalt selbst als vertikal integrierte Programmveranstalter produzieren oder als Vorleistung einkaufen. Ein Pay-TV-Programmveranstalter finanziert sich in erster Linie mit den Einnahmen aus Abonnenten, dem Einzelbezug von Sendungen oder dem Verkauf von Vorleistungen. Im Gegensatz dazu bezeichnet Free-TV ein über Werbeeinnahmen und/oder Empfangsgebühren finanziertes Fernsehprogramm. Pay-TV ist insbesondere auch von solchen kostenpflichtigen Angeboten abzugrenzen, für die Plattformanbieter grundsätzlich frei erhältliche TV-Programme zu einem kostenpflichtigen Programmpaket zusammenstellen.

63. **PPC:** Pay-per-Channel (PPC) bezeichnet ein Bezahlmodell für Pay-TV, bei dem die Endkunden ein Abonnement für den Bezug eines Pay-TV-Programmes oder eines Pay-TV-Programmpakets abschliessen.

64. **PPV:** Pay-per-View (PPV) bezeichnet ein Bezahlmodell für Pay-TV, bei dem für den Bezug jeder einzelnen Sendung bezahlt wird. Dabei findet die Übertragung im Rahmen einer bestehenden Programmstruktur statt, welche Beginn und Ende der Sendung vorgibt. Dies in Abgrenzung zu Video on Demand (vgl. Rz 72).

¹⁴ Vgl. OECD Roundtable Competition Issues in Television and Broadcasting 2013, DAF/COMP/GF(2013)13, Background Note by the Secretary, 15.

¹⁵ Vgl. EU-Kommission, COMP/C.2-38.287 vom 29.12.2003, *Telenor/Canal+/Canal Digital*, Rz 26.

65. **Programmveranstalter:** Ein Programmveranstalter ist gemäss Art. 2 Bst. d RTVG eine natürliche oder juristische Person, welche die Verantwortung für das Schaffen von Sendungen oder für deren Zusammenstellung zu einem Programm trägt.

66. **RF-TV:** Beim «Radio Frequency-Television» (RF-TV) wird ein TV-Signal innerhalb eines Frequenzbandes übertragen. RF-TV kann sowohl in den CATV-Netzen als auch in den FTTH-Netzen verwendet werden.

67. **SD-TV:** «Standard Definition Television» (SD-TV) wird als Sammelbegriff für Fernsehen mit einer geringen Bildauflösung verwendet. Bis vor kurzem war SD die übliche Bildqualität. SD-TV ist gegenüber HD-TV (vgl. Rz 58) abzugrenzen.

68. **Set-Top-Box:** Eine Set-Top-Box (STB) bezeichnet ganz allgemein ein Beistellgerät, das verschiedene Zusatzfunktionen insbesondere für den Fernsehempfang ermöglicht. Typische Funktionen sind unter anderem das Abspielen von physischen Datenträgern (DVD, Blu-Ray Disc etc.), Aufnahmefunktionen, die Interaktion von Fernsehanbieter und Endkunde sowie die Entschlüsselung von TV-Signalen. Für den Empfang von Pay-TV-Programmen enthält eine STB einen Schacht für eine Smartcard, die den Empfang verschlüsselter Fernsehsignale erlaubt. Insbesondere neuere Fernsehgeräte haben einen integrierten Kartenschacht. In diesem Fall kann für den Empfang von Digital-TV auf eine separate STB verzichtet werden. Für das vorliegende Verfahren wird STB als Überbegriff für Entschlüsselungs-Hardware verwendet.

69. **Simulcrypt:** Simulcrypt bezeichnet ein Verschlüsselungsverfahren eines digitalen Datenstroms, das die Entschlüsselung über mehrere (meistens zwei) unterschiedliche Decoder erlaubt.

70. **TV-Plattformanbieter:** Ein TV-Plattformanbieter verbreitet die Programme der Programmveranstalter über eine Netzwerkinfrastruktur. Darüber hinaus kann ein TV-Plattformanbieter die Programme und allenfalls einzelne Sendungen zusätzlich aufbereiten. Die Aufbereitung umfasst gemäss Art. 2 Bst. j RTVG das Betreiben von Diensten oder technischer Verfahren zur Übertragung, Bündelung, Verschlüsselung oder Vermarktung. Der Plattformbegriff erfasst daher sowohl die Verbreitung eines Programmes über eine Netzwerkinfrastruktur als auch eine zusätzliche Aufbereitung dieser Programme für die Verbreitung.

71. **Verwertungskaskaden:** Die kommerzielle Verwertung von Spielfilmen erfolgt in sogenannten Verwertungskaskaden. Dabei folgt auf die Kinoverwertung üblicherweise der Verkauf von physischen Datenträgern für den Heimgebrauch (DVD und Blu-Ray). [Geschäftsgeheimnis] Daran schliesst die Erstaussstrahlung im Pay-TV an, bevor ein Film zuletzt im Free-TV gezeigt werden kann.

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 1: Verwertungsfester für Spielfilme und Fernsehen in Monaten.¹⁶

72. **VoD:** Video on Demand (VoD) ermöglicht den Bezug eines bestimmten Videoinhalts zu einem beliebigen Zeitpunkt. VoD unterscheidet sich von PPV dadurch, dass einzelne Sendungen unabhängig von einer Programmstruktur bezogen werden können. Demgegenüber handelt es sich bei linearem Fernsehen um eine Folge von Sendungen, die im Rahmen einer festen Programmstruktur angeboten werden und zeitlich angesetzt sind.

¹⁶ WOLFGANG POPP/LENNART PARKE/RALF KAUMANN, Rechtemanagement in der digitalen Medienwelt, in: Media Perspektiven, 9/2008, 459.

A.4.2 Vorbemerkungen zum Beweis im Allgemeinen

73. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes¹⁷ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Art. 12 VwVG sieht vor, dass der Sachverhalt von der Behörde von Amtes wegen festgestellt wird und sich nötigenfalls folgender Beweismittel bedient: a. Urkunden; b. Auskünfte der Parteien; c. Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen; d. Augenschein; e. Gutachten von Sachverständigen. Die Wettbewerbsbehörden würdigen dabei die Beweise nach freier Überzeugung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP¹⁸). Sie sind an keine Regeln über den Wert bestimmter Beweismittel gebunden und es gibt keine hierarchische Abstufung der zugelassenen Beweismittel nach ihrem Beweiswert.¹⁹

74. Nach der Praxis der WEKO und der Lehre ist auch die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien gegeben.²⁰ Dabei kann auf die im Strafrecht entwickelte Rechtsprechung verwiesen werden, wonach auch indirekte, mittelbare Beweise, sogenannte Anzeichen oder Indizien, einen für die Beweisführung bedeutsamen Schluss erlauben. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig. Da ein Indiz jedoch immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit den Schluss auf eine andere Tatsache zulässt, lässt es, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offen, enthält daher auch den Zweifel. Es ist jedoch zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis zu schliessen.²¹

75. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, gilt zusammenfassend Folgendes: Grundsätzlich ist in ordentlichen Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist, wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist.²²

76. Soweit eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Frage kommt, haben die Wettbewerbsbehörden aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters dieser Massnahme grundsätzlich die

¹⁷ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁸ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

¹⁹ Vgl. CHRISTOPH AUER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008 (nachfolgend: VwVG-Kommentar), Art. 12 VwVG N 17; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK KG), Art. 30 KG N 99; STEFAN BILGER, BSK KG, Art. 39 KG N 62.

²⁰ Vgl. RPW 2012/2, 385 Rz 927, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

²¹ Vgl. Urteil des BGer 6B_332/2009 vom 4.8.2009, E. 2.3.

²² Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 20), 118 m.w.Hinw.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.Hinw.

Verfahrensgarantien von Art. 6 und 7 EMRK²³ sowie Art. 30 bzw. 32 BV²⁴ zu beachten.²⁵ Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten.²⁶ Die Unschuldsvermutung bzw. der Grundsatz «in dubio pro reo» besagt, dass sich der Sachrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, dass sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel handeln, d. h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.²⁷ Die Unschuldsvermutung bzw. der Grundsatz «in dubio pro reo» verlangt als Beweismass somit stets den Vollbeweis.

77. Hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass jedoch herabgesetzt und es muss nur, aber immerhin, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit gegeben sein: Das Bundesgericht führt in seinem Entscheid vom 29. Juni 2012²⁸ aus, es sei nicht zu übersehen, dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig sei. So sei etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit sei kaum je exakt möglich, sondern beruhe zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürften mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, nicht übertrieben werden. In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen. Der kartellrechtliche Sanktionstatbestand unterscheide sich insoweit nicht von komplexen Wirtschaftsdelikten des ordentlichen Strafrechts.

78. Vom Beweismass zu unterscheiden ist die Frage der Beweislast sowie der Beweisführungslast (auch als objektive und subjektive Beweislast bezeichnet). Bei der Beweislast geht es darum, für welche Partei der Beweis zu führen ist bzw. wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Die Beweisführungslast trifft demgegenüber denjenigen, der den Beweis effektiv beizubringen hat. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren (Art. 12 VwVG) trägt im Kartellverfahren stets die Behörde die Beweisführungslast. Dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden steht jedoch eine Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber.²⁹ Aufgrund der bei Sanktionsverfahren geltenden Unschuldsvermutung wird die Mitwirkungspflicht der Parteien zwar relativiert, zumal nach dem in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Grundsatz

²³ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

²⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

²⁵ BGE 139 I 72, E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁶ BGE 139 I 72, E. 8.3.1 (= RPW 2013/1, 126 E. 8.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁷ Vgl. bspw. BGE 124 IV 86, E. 2a.

²⁸ BGE 139 I 72, E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁹ Vgl. BGE 129 II 18, 33 E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.1), *Buchpreisbindung*; Urteil des BGER 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 E. 10.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF*.

«nemo tenetur se ipsum accusare» im Strafverfahren niemand gehalten ist, zu seiner Belastung beizutragen.³⁰ Allerdings kann von den Parteien verlangt werden, dass sie beispielsweise Rechtfertigungsründe geltend machen, ansonsten die Behörde unter Umständen von deren Nichtvorhandensein ausgehen kann.³¹ So haben die Strafbehörden im ordentlichen Strafverfahren entlastende Umstände wie Rechtfertigungsgründe auch nur dann abzuklären, wenn sich dies aufgrund der konkreten Sachlage aufdrängt oder wenn die beschuldigte Person dies glaubhaft behauptet.³²

79. Soweit es um Sachverhalte im Sinne von Art. 7 KG geht, tragen die Wettbewerbsbehörden nebst der Beweisführungslast auch die Beweislast bezüglich aller Tatbestandselemente.

A.4.3 Feststellung des relevanten Sachverhalts

80. Im folgenden Abschnitt soll der in Anwendung der vorgenannten Grundsätze ermittelte Sachverhalt dargestellt werden. Soweit einzelne Sachverhaltselemente untrennbar mit rechtlichen oder ökonomischen Erörterungen zusammenhängen, werden diese im Rahmen der Erwägungen (Abschnitt A.4.4) dargestellt.

A.4.3.1 Vertriebsmodelle von Teleclub

81. Im Bereich des Pay-TV bestehen verschiedene Vertriebsmodelle für den Empfang von Teleclub beim Endkunden. Aufgrund des vorliegenden Untersuchungsgegenstandes wird nachfolgend ausschliesslich auf die Vertriebsmodelle von Teleclub eingegangen.

A.4.3.1.1 Signalanlieferung für Kabelnetzunternehmen

82. Eine Vielzahl der KNU in der Deutschschweiz hat mit Teleclub einen *Signalanlieferungsvertrag für das Abonnementsfernsehprogramm Teleclub Digital* (nachfolgend: Signalanlieferungsvertrag KNU) abgeschlossen. [Geschäftsgeheimnis] Der Signalanlieferungsvertrag ist gemäss [Geschäftsgeheimnis] für das [Geschäftsgeheimnis] gültig und hat eine Laufzeit von [Geschäftsgeheimnis].

83. Das jeweilige KNU ist gemäss Signalanlieferungsvertrag KNU verpflichtet, [Geschäftsgeheimnis]

84. [Geschäftsgeheimnis] Seit die KNU ihr Grundangebot ebenfalls digital anbieten, müssen die Endkunden in diesem Vertriebsmodell [Geschäftsgeheimnis] sofern die KNU die Verschlüsselung ihres Grundangebots nicht aufgehoben haben.³³

³⁰ Vgl. bspw. BGE 138 IV 47, E. 2.6.1.

³¹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 663 Rz 570, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.Hinw.

³² Vgl. ESTHER TOPHINKE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), 2011, Art. 10 StPO N 21.

³³ Vgl. <<http://www.teleclub.ch/cms/service/help/empfangsarten>> (8.10.2013); vgl. bspw. Medienmitteilung von Quickline vom 17.08.2010: <<https://qlgroup.quickline.ch/news-detail/news/quickline-digital-tv-grundverschlueselung-aufgehoben/>> (09.12.2015); Medienmitteilung von Cablecom vom 14.11.2012: <http://www.upc-cablecom.ch/de/about/ueberuns/mediencenter/medienmitteilungen/media-detail/?newsid=2012.351_1523_a2d21> (09.12.2015).

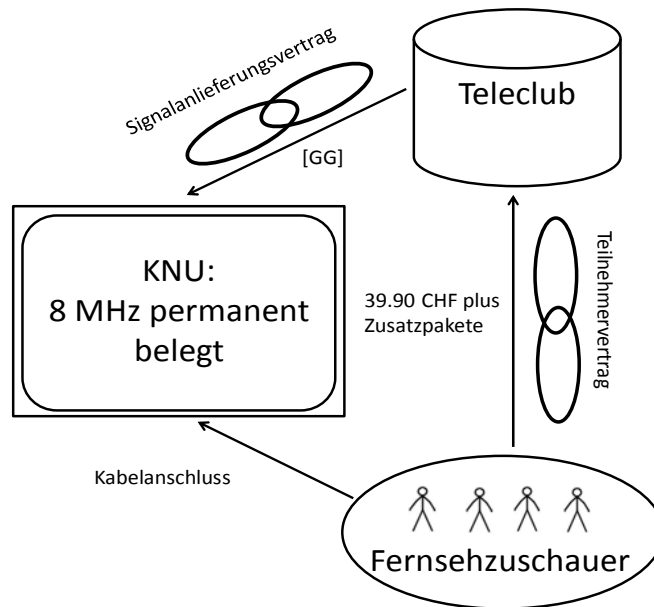


Abbildung 2: Vertragsbeziehungen und Zahlungsströme bei der Signalanlieferung für KNU.

85. Als Entschädigung für die Netznutzung zahlt Teleclub [Geschäftsgeheimnis] monatlich pro Kunde [Geschäftsgeheimnis] pro MHz bis 8 MHz Bandbreite [Geschäftsgeheimnis]. Der Kabelnetzbetreiber erhält folglich in der Regel pro Teleclubkunde [Geschäftsgeheimnis] pro Monat.

	Basic	Sport	Movie	Family	Super
Verkaufspreis	39.90	9.90	9.90	9.90	69.60
Mehrwertsteuer	2.95	0.73	0.73	0.73	5.15
Nettopreis	36.95	9.17	9.17	9.17	64.45
Entschädigung pro Abonnent und Monat	[Geschäftsgeheimnis]				

Tabelle 2: Endkundenpreise und Vergütung auf CATV-Netzen (Stand Juli 2013).

86. [Geschäftsgeheimnis] Der Signalanlieferungsvertrag erlaubt YplaY die Teleclub-Signaleinspeisung ins Glasfasernetz als RF-TV.

87. Im Mai 2012 unterbreitete Teleclub ihren Vertriebspartnern [Geschäftsgeheimnis], die die Verbreitung des Teleclub-Programmangebots im HD-Format beinhaltet. [Geschäftsgeheimnis]

	Basic HD	Sport HD	Movie HD	Family
Verkaufspreis	3.90	5.90	3.90	3.90
Mehrwertsteuer	0.28	0.43	0.28	0.28
Nettopreis	3.62	5.47	3.62	3.62
Entschädigung KNU in %	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Entschädigung KNU	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 3: Endkundenpreise und Vergütung für die HD-Option (zusätzlich zum Betrag in Tabelle 2) auf CATV-Netzen (Stand Juli 2013).

A.4.3.1.2 Parallelvermarktung mit der Digital Cable Group

88. Die Digital Cable Group (nachfolgend: DCG) wurde bei ihrer Gründung 2002 als einfache Gesellschaft (nachfolgend: DCG eG) konstituiert, die für die beteiligten KNU verschiedene Dienstleitungen bereitstellt. Die Gründungsmitglieder der DCG eG waren GGA Maur, Sasag Kabelkommunikation AG Schaffhausen, Wasserwerke Zug AG und Stadtantennen AG Baar (nachfolgend: Partner der DCG). Später stiessen die TBS Telekom AG und die Besonet AG zur DCG eG. Die Besonet AG ist die Muttergesellschaft der Finecom AG, die für die Besonet-Gruppe das operative Geschäft betreibt. Diese sechs KNU gründeten 2008 die DCG AG, welcher von den Betrieb der Kopfstation und die Content Beschaffung übernahm. Die DCG eG betreibt im Auftrag der Mitglieder weiterhin den Backbone.

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 3: Gebiete, in denen die Partner der DCG Teleclub direkt vermarkten können (Stand Juli 2013).

89. [Geschäftsgeheimnis]

90. [Geschäftsgeheimnis] Die später zur DCG gestossenen KNU – TBS Telekom AG und Besonet AG (Finecom bzw. Plattform «Quickline») – konnten diesem Vertragswerk nicht beitreten. Sie haben mit Teleclub lediglich einen Signalanlieferungsvertrag abgeschlossen.

91. [Geschäftsgeheimnis]

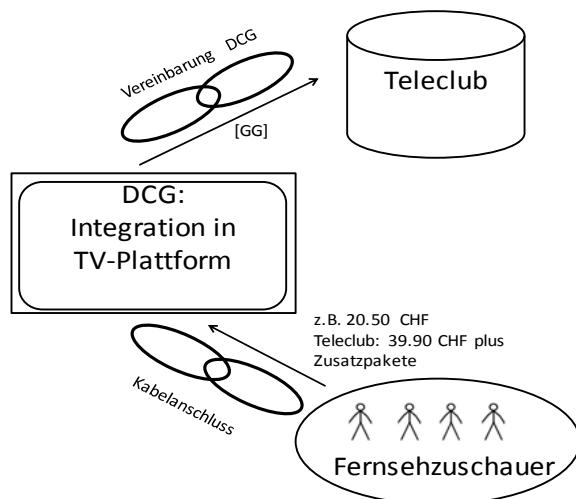


Abbildung 4: Vertragsbeziehungen und Zahlungsströme bei der Signalanlieferung für KNU.

92. [Geschäftsgeheimnis]

	Basic³⁴	Sport	Movie	Family	Super
Empfohlener Verkaufspreis	39.90	9.90	9.90	9.90	69.60
Mehrwertsteuer gemäss Vertrag	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Nettopreis gemäss Vertrag	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Nettobezugspreis gegenüber Teleclub	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Provision in %	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]

³⁴ Die Paketbezeichnungen «Basic», «Movie» und «Super» («Super» umfasst alle Zusatzpakete) basieren auf der in der [Geschäftsgeheimnis] verwendeten Terminologie.

Provision	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Programmheft	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 4: Endkundenpreise und Bezugspreise der DCG gemäss Vereinbarung DCG.

93. [Geschäftsgeheimnis] Für den Bezug und Versand des Programmheftes bezahlt die DCG pro Teleclubkunde monatlich [Geschäftsgeheimnis].

94. [Geschäftsgeheimnis] Aufgrund dieser Parallelvermarktung wurde somit das Teleclubsignal bisher auf dem Netz der DCG-Partner zweimal in unterschiedlichen Frequenzkanälen verbreitet: Zum einen über die TV-Plattform des jeweiligen Partners der DCG, wobei Teleclub gegenüber den Endkunden und Plattformbetreibern als Programmveranstalter auftritt. Zum andern über die TV-Plattform von Teleclub, womit Teleclub gegenüber den Endkunden sowohl als Programmveranstalter als auch als Plattformanbieter auftritt.

95. [Geschäftsgeheimnis]

96. [Geschäftsgeheimnis]

97. [Geschäftsgeheimnis]

98. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.1.3 Parallelvermarktung mit Cablecom

99. Cablecom ist mit über 2 Millionen erschlossenen Haushalten und mit einem Jahresumsatz von mehr als 1,18 Milliarden Franken das grösste KNU der Schweiz.³⁵ Cablecom verbreitet ihre TV-Plattform sowohl über die eigenen CATV-Netze als auch über Partnernetze. Sie ist in allen Sprachregionen der Schweiz vertreten. Abbildung 5 zeigt das Verbreitungsgebiet von Cablecom in der Schweiz. Das Teleclub-Programmangebot kann allerdings aufgrund der fehlenden Lizenzen (vgl. Rz 128) grundsätzlich nur in der Deutschschweiz angeboten werden. Deshalb ist das Gebiet der französischsprachigen Schweiz grau abgedeckt. Gemäss Angaben von Cablecom können Kunden im Tessin allerdings ebenfalls Teleclub in deutscher Sprache beziehen.

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 5: Gebiete, in denen Cablecom Teleclub direkt vermarkten kann (Stand Juli 2013).

100. Seit 1999 besteht zwischen Cablecom und Teleclub ein Konflikt über die Modalitäten der Verbreitung des Teleclub-Programmangebots: Während Teleclub ihr Signal bzw. ihre Pay-TV-Plattform unverändert in die CATV-Netze einspeisen und über eine STB von Teleclub entschlüsseln will, sucht Cablecom eine Einbindung des Teleclub-Programmangebots in die eigene TV-Plattform. Cablecom verweigerte deshalb wiederholt die Verbreitung der Teleclub-Pay-TV-Plattform im Cablecom-Netz; Teleclub verweigerte im Gegenzug Cablecom das Teleclub-Programmangebot als Vorleistung für deren TV-Plattform. Diese Auseinandersetzung resultierte in verschiedenen Verfahren vor der WEKO und deren Rekurs- resp. Beschwerdeinstanzen.³⁶

³⁵ Vgl. <<http://www.upc-cablecom.ch/de/about/ueber-uns/unternehmen/>> (22.8.2013).

³⁶ Vgl. u.a. RPW 2002/4, 567 ff. *Vorsorgliche Massnahmen Teleclub vs. Cablecom* und RPW 2006/1, 58 ff., *Teleclub AG*.

101. [Geschäftsgeheimnis]

102. [Geschäftsgeheimnis]

103. Wie auch im Fall der DCG haben Teleclub und Cablecom eine parallele Vermarktungsstruktur vereinbart, bei der die Endkunden die Möglichkeit haben, das Teleclub-Programmangebot entweder bei Cablecom oder direkt bei Teleclub zu beziehen. Aufgrund dieser Parallelvermarktung wird das Teleclubsignal auf dem Netz von Cablecom ebenfalls zweimal in unterschiedlichen Frequenzkanälen verbreitet. [Geschäftsgeheimnis]

104. [Geschäftsgeheimnis]

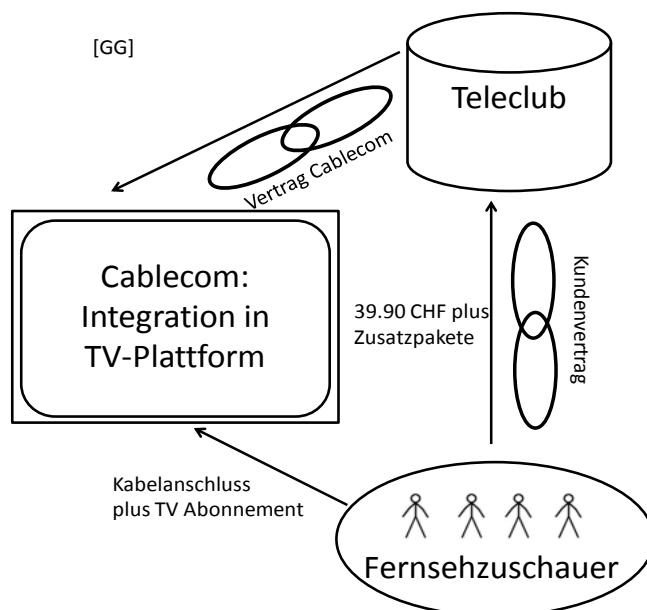


Abbildung 6: Vertragsbeziehungen und Zahlungsströme bei der Signalanlieferung für Cablecom.

105. [Geschäftsgeheimnis]

	Basic ³⁷	Sport	Movie	Family	Super
Verkaufspreis	39.90	9.90	9.90	9.90	69.60
Mehrwertsteuer	2.95	0.73	0.73	0.73	5.15
Nettopreis	36.95	9.17	9.17	9.17	64.45
Programm Magazin	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Provision in %	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Provision in Franken	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 5: Endkundenpreise und Provision auf dem Netz von Cablecom.

106. [Geschäftsgeheimnis]

107. [Geschäftsgeheimnis]

108. [Geschäftsgeheimnis]

³⁷ Die Paketbezeichnungen «Basic» und «Movie» sowie das Paket «Super», welches alle Zusatzpakete umfasst, basieren auf der im Vertrag über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots verwendeten Terminologie.

A.4.3.1.4 Verbreitung von Teleclub über Swisscom TV

109. Swisscom ist nach eigenen Angaben der führende Telekommunikationsanbieter in der Schweiz. Gemäss Unternehmensprofil verfügt Swisscom (Stand September 2013) über 6.3 Millionen Mobilfunkkunden, 1.7 Millionen Breitbandinternetanschlüsse und 902 000 TV-Kunden.³⁸ Swisscom ist Inhaberin des Kupferanschlussnetzes der ehemaligen Telecom PTT. In den vergangenen Jahren hat Swisscom ihr Netz in den meisten Gebieten auf den VDSL-Standard umgebaut und die Distanz zwischen Endkunden und VDSL-Anschlusszentrale durch die Verlegung zusätzlicher Glasfaserleitungen verkürzt. Dies erlaubt es Swisscom, die für die Übertragung von IPTV notwendige Bandbreite (ca. 20 Mbit/s) zu erreichen. Seit einigen Jahren baut Swisscom in verschiedenen Gemeinden meist gemeinsam mit einem regionalen EVU FTTH-Netze auf.

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 7: Gebiete, in denen Swisscom Swisscom TV anbieten kann (VDSL-Abdeckung > [Geschäftsgeheimnis]) (Stand Juli 2013).

110. [Geschäftsgeheimnis]³⁹ Der Start von Bluewin TV erfolgte im November 2006. [Geschäftsgeheimnis]

111. Bei den von Swisscom für die Übertragung des TV-Signals verwendeten XDSL-Netzen ist aus technischen Gründen [Geschäftsgeheimnis]. [Geschäftsgeheimnis] Der Endkundenvertrag kommt allerdings zwischen Endkunde und Teleclub zustande. [Geschäftsgeheimnis]

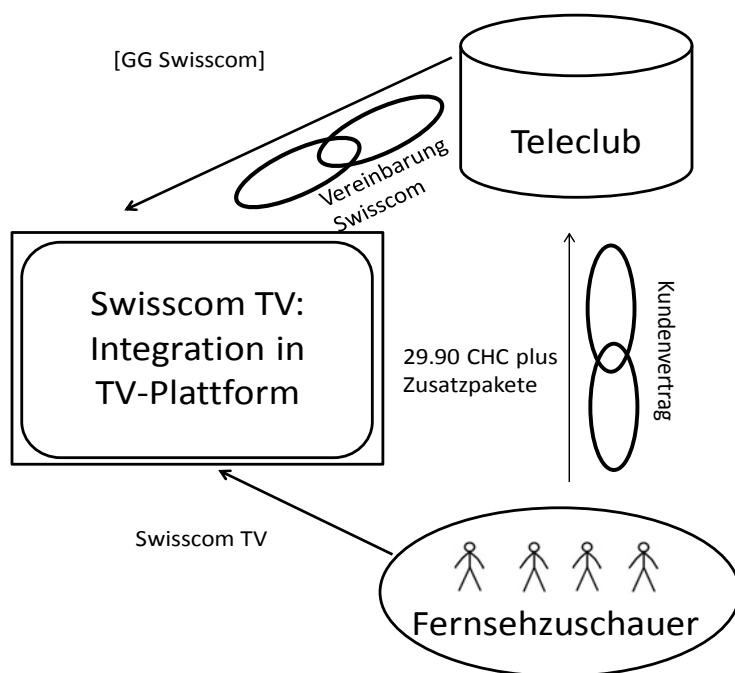


Abbildung 8: Vertragsbeziehungen und Zahlungsströme bei der Signalanlieferung für Swisscom.

³⁸ Vgl. <<http://www.swisscom.ch/de/ghq/portraet/unternehmen/unternehmensprofil.html>> (5.9.2013).

³⁹ Swisscom Fixnet AG wird nachfolgend der Einfachheit halber ebenfalls als Swisscom bezeichnet.

112. Das Vertriebsmodell von Swisscom unterscheidet sich von dem mit den KNU vereinbarten Modellen in erster Linie hinsichtlich der Möglichkeit von Swisscom, das Basispaket in Abweichung der von Teleclub empfohlenen 39.90 Franken für 29.90 Franken zu vermarkten. Das Sportpaket darf Swisscom zu einem Preis von 12.90 Franken (anstelle von Fr. 9.90 für das weniger umfangreiche Sportpaket der KNU) vermarkten. [Geschäftsgeheimnis]

	Basic ⁴⁰	Sport	Movie	Family	Super
Endkundenpreis	29.90	12.90	9.90	9.90	59.60
Mehrwertsteuer	2.21	0.95	0.73	0.73	4.41
Nettopreis	27.69	11.95	9.17	9.17	55.19
Provision in %	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Provision	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 6: Endkundenpreise und Provision von Swisscom.

113. [Geschäftsgeheimnis]

114. [Geschäftsgeheimnis]

115. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.1.5 Verbreitung von Teleclub über Sunrise

116. Sunrise ist die grösste private Telekommunikationsanbieterin der Schweiz. Sunrise betreibt Telekommunikationsnetzwerke (Festnetz- und Mobilfunknetzwerke) und erbringt Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation an Privat- und Geschäftskunden. Sunrise verbreitet ihr Fernsehangebot grösstenteils über das Kupferanschlussnetz der Swisscom. Sunrise TV hat folglich die gleiche Reichweite wie Swisscom TV (vgl. Abbildung 7). In einzelnen Städten bezieht Sunrise auch FTTH-Vorleistungsprodukte der EVU.

117. [Geschäftsgeheimnis]

118. [Geschäftsgeheimnis]

	Basic ⁴¹	Sport	Movie	Family	Super
Verkaufspreis	39.90	9.90	9.90	9.90	69.60
Mehrwertsteuer	2.95	0.73	0.73	0.73	5.15
Nettopreis	36.95	9.17	9.17	9.17	64.45
Provision in %	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Provision	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 7: Endkundenpreise und Provision von Sunrise.

119. [Geschäftsgeheimnis]

120. Die Vereinbarung Sunrise betrifft nur das deutschsprachige Teleclub-Angebot. Teleclub en français kann Sunrise trotz Anfrage nach wie vor nicht übertragen.

⁴⁰ Die Paketbezeichnungen «Basic» und «Movie» sowie das Paket «Super», welches alle Zusatzpakete umfasst, basieren auf der in der Vereinbarung zwischen Teleclub und Swisscom verwendeten Terminologie.

⁴¹ Die Paketbezeichnungen «Basic» und «Movie» sowie das Paket «Super», welches alle Zusatzpakete umfasst, basieren auf der in der Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise Communications AG verwendeten Terminologie.

A.4.3.2 Das Programmangebot von Teleclub

A.4.3.2.1 Das deutschsprachige Programmangebot vor September 2012

121. Bis September 2012 hat Teleclub Endkunden in der deutschsprachigen Schweiz vier Programmpakete angeboten:⁴²

- Das Paket «Basic» umfasste die Teleclub-Kanäle «Cinema» und «Star» sowie den «Disney Channel». Für die Kanäle «Cinema» und «Star» ist Teleclub Programmveranstalter. Das Paket «Basic» war für den Bezug aller anderen Programmpakete (Movie, Family und Sport) zwingend erforderlich.
- Das Paket «Movie» umfasste verschiedene Filmkanäle grosser Hollywood-Studios sowie Spartenkanäle im Bereich Krimi, Serien und Science Fiction.
- Das Paket «Family» bestand aus mehreren Kanälen von Disney und weiteren Spartenkanälen, u. a. im Bereich Natur, Motorsport und Geschichte.
- Das Paket «Sport» umfasste, sofern es über ein Kabelnetz oder über Sunrise TV bezogen wurde, die Kanäle «Sport 1–3», auf denen täglich die wichtigsten Sportereignisse des Tages übertragen wurden. Auf Swisscom TV erhielten die Endkunden zusätzlich die Kanäle «Sport 4 – 24», auf denen insbesondere sämtliche Spiele der Swiss Super League (Fussball) sowie der National League A (Eishockey; nachfolgend NLA bzw. NLB) gezeigt wurden. Das Paket «Sport» enthielt auf Swisscom TV zudem noch den US-Amerikanischen Sportsender «ESPN-America», der bei vielen KNU meist unabhängig von Teleclub bezogen werden konnte.
- Das Paket «Basic» konnte zusammen mit den drei Zusatzpaketen «Movie», «Family» und «Sport» im sog. «Superpaket» bezogen werden.

122. Während die Programmpakete «Movie» und «Family» auf allen TV-Plattformen 9.90 Franken kosteten, unterschieden sich die Preise der Pakete «Basic» und «Sport» je nach Plattform: Das Paket «Basic» kostete bei Swisscom TV 10 Franken weniger als bei den Kabelnetzbetreibern bzw. bei Sunrise TV, nämlich 29.90 Franken anstatt 39.90 Franken. Das deutlich umfangreichere Sportprogramm von Teleclub auf Swisscom TV kostete 12.90 Franken anstatt 9.90 Franken bei den Kabelnetzbetreibern und Sunrise TV. Insgesamt kostete das Sportpaket, da dieses allgemein nur zusammen mit dem Basispaket bezogen werden konnte, bei Swisscom TV mit 42.80 Franken 16 % weniger als bei den Kabelnetzbetreibern bzw. Sunrise TV mit 49.80 Franken.

Pakete:	Basic	Sport	Movie	Family
Kabelnetze & Sunrise TV				
Preis:	39.90	9.90	9.90	9.90
Sender:	Cinema Star Disney Channel	Sport 1 Sport 2 Sport 3	MGM 13th Street Universal Fox Sky Krimi Sat.1 Emotions	Discovery Channel Animal Planet Spiegel Geschichte Romance TV Disney XD Disney Cinemagic
Swisscom TV				
Preis:	29.90	12.90	9.90	9.90
Sender:	Cinema Star Disney Channel	Sport 1 Sport 2 Sport 3	MGM 13th Street Universal Syfy	Discovery Channel Animal Planet Spiegel Geschichte

⁴² Vgl. <<http://www.teleclub.ch/>> (6.8.2012).

		Sport 4–24 ESPN America	Fox Sky Krimi Sat.1 Emotions	Motorvision TV Romance TV Disney XD Disney Cinemagic Disney Junior
--	--	----------------------------	------------------------------------	--

Tabelle 8: Das Angebot von Teleclub (Stand August 2012; Preise in Fr. pro Monat). Der Bezug des Pakets «Basic» ist bei allen Anbietern für den Bezug weiterer Pakete zwingend erforderlich.

123. Bezüglich der Sportkanäle von Teleclub ist zu beachten, dass die Kanäle «Sport 1–3» nicht mit den weiteren Sportkanälen vergleichbar sind: während auf «Sport 1–3» linear ein umfassendes TV-Programm mit entsprechendem Programmablauf und Zwischenmoderation gezeigt wird, können die Kanäle «Sport 4–24» für einzelne parallel stattfindende Sportereignisse aufgeschaltet werden.

A.4.3.2.2 Das deutschsprachige Programmangebot ab September 2012

124. Im September 2012 führte Teleclub zusätzlich HD-Optionen ein, die anfänglich nur über Swisscom TV und Sunrise TV erhältlich waren. Inzwischen kann das HD-Angebot von Teleclub auch bei einzelnen KNU bezogen werden (GIB-Solutions AG sowie [Geschäftsgeheimnis]. Auf regionalen Glasfasernetzen wird Teleclub zudem von YplaY [Geschäftsgeheimnis] angeboten.

125. Gleichzeitig mit der Lancierung des HD-Angebots passte Teleclub das Angebot sowie die Bezeichnung der Pakete an. Die inhaltliche Veränderung betraf insbesondere die Pakete «Basic» und «Movie», welche neu «Cinema» und «Entertainment» heissen.⁴³ Das Paket «Cinema» ist weiterhin für den Bezug der anderen Programmpakete zwingend erforderlich und bei Swisscom 10 Franken günstiger als bei den KNU und Sunrise. Das «Superpaket» umfasst neu auch die HD-Optionen.

126. Die Zusammenstellung der Zusatzpakete erfuhr nur wenige Änderungen. So sind auf Swisscom TV fünf Sportkanäle hinzugekommen (neu insgesamt 29). Ebenfalls neu ist, dass das Programmangebot auf Sunrise TV nicht mehr exakt dem Programmangebot auf den Kabelnetzen entspricht.

127. Per 1. August 2013 hat der amerikanische Sportsender ESPN America sein Engagement in Europa beendet. Davon betroffen sind die Pay-TV-Programme ESPN America HD (Pay-TV Teleclub) sowie ESPN Classic.⁴⁴

Pakete:	Cinema	Sport	Entertainment	Family
Kabelnetze & Sunrise TV				
Preis SD:	39.90	9.90	9.90	9.90
Sender:	Cinema Star Disney Channel	Sport 1 Sport 2 Sport 3	MGM 13th Street Universal Fox Sky Krimi Sat.1 Emotions	Discovery Channel Animal Planet Spiegel Geschichte Romance TV Disney XD Disney Cinemagic
Preis HD:	3.90	5.90	3.90	3.90
Sender:	Cinema HD	Sport 1 HD	TNT Film HD	Nat.Geo Channel HD

⁴³ Der Einfachheit halber wird nachfolgend weiterhin vom «Basispaket» gesprochen.

⁴⁴ Vgl. <<http://www.teleclub.ch/>> (27.9.2012).

	Star HD Disney Channel HD	Sport 2 HD Sport 3 HD ESPN America HD	TNT Serien HD Glitz HD Fox HD Sky Atlantic HD	NAT GEO WILD HD Cartoon Network HD History HD Disney Cinemagic HD Discovery Channel Hd
Swisscom TV				
Preis SD:	29.90	12.90	9.90	9.90
Sender:	Cinema Star Disney Channel	Sport 1 Sport 2 Sport 3 Sport 4–29 ESPN America	MGM 13th Street Universal Syfy Fox Sky Krimi Sat.1 Emotions TNT Film TNT Serien Glitz	Discovery Channel Animal Planet Spiegel Geschichte Romance TV Disney XD Disney Cinemagic Disney Junior Junior Boomerang Nat. Geo. Channel NAT GEO WILD Cartoon Network
Preis HD:	3.90	5.90	3.90	3.90
Sender:	Cinema HD Star HD Disney Channel HD	Sport 1 HD Sport 2 HD Sport 3 HD Sport 4–29 HD ESPN America HD	TNT Film HD TNT Serien HD Glitz HD Fox HD AXN HD Sky Atlantic HD SYFY HD 13th Street Universal HD	Disney Cinemagic HD Nat.Geo Channel HD NAT GEO WILD HD Cartoon Network HD Spiegel Wissen HD History HD Discovery Channel HD

Tabelle 9: Das Angebot von Teleclub (Stand September 2012; Preise in Fr. pro Monat). Der Bezug des Pakets «Cinema» ist bei allen Anbietern für den Bezug weiterer Pakete zwingend erforderlich.

A.4.3.2.3 Das französischsprachige Programmangebot von Teleclub

128. Die Rechteinhaber vergeben ihre Lizenzen für die Verbreitung von Spielfilmen, Fernsehserien, Fernsehprogrammen und Sportereignissen üblicherweise für einzelne Territorien und Sprachen. Als deutschsprachiger Pay-TV-Anbieter erwarb Teleclub (bzw. Cinetrade) die Lizenzen für Spielfilme und Fernsehserien [Geschäftsgeheimnis]. Das lineare Programmangebot von Teleclub konnte daher grundsätzlich nur in der Deutschschweiz bezogen werden. [Geschäftsgeheimnis] Da allerdings das lineare Sportprogramm von Teleclub nur gemeinsam mit dem (deutschsprachigen) Basispaket bezogen werden konnte, konnte das Sportangebot trotzdem nur in der Deutschschweiz bezogen werden. Bis September 2012 konnte daher in der französischsprachigen Schweiz kein lineares Sportangebot von Teleclub (PPC) bezogen werden.

129. Im September 2012 lancierte Teleclub ein auf die französischsprachige Schweiz zugeschnittenes Programmangebot exklusiv auf Swisscom TV (nachfolgend: Teleclub en français). Dabei können Endkunden aus den Programmpaketen «Teleclub Sports», «Teleclub Premium» und «LES+» auswählen.⁴⁵

⁴⁵ Vgl. Pressemitteilung Teleclub vom 24. August 2012, <http://www.teleclub.ch/cms/service/news/teleclub-expandiert-mit-eigenem-studio-in-die-westschweiz->

130. Das Sportpaket entspricht weitgehend dem deutschsprachigen Sportangebot, das von Teleclub über Swisscom TV verbreitet wird. Im Unterschied zur deutschsprachigen Schweiz kann das Sportpaket in der französischsprachigen Schweiz ohne ein Basispaket («stand-alone») bezogen werden. Das Programmpaket «Teleclub Premium» besteht aus verschiedenen Unterhaltungsprogrammen, von denen die Mehrzahl auch im deutschsprachigen «Family»-Paket enthalten sind. Viele dieser Programme werden in der französischsprachigen Schweiz von KNU auch unabhängig von Teleclub angeboten. Das Programmpaket «LES+» wird von Canal+ zusammengestellt und vermarktet. Auch dieses kann bei vielen KNU in der französischsprachigen Schweiz unabhängig von Teleclub bezogen werden.

131. Sämtliche Pakete von Teleclub en français sind einzeln erhältlich und kosten je 19.90 Franken; wobei die HD-Optionen – soweit diese für die einzelnen Programme angeboten werden – jeweils im Preis inbegriffen sind. Sofern das Sportpaket gemeinsam mit einem anderen Paket bezogen wird, kostet das Sportpaket 12.90 Franken.⁴⁶

Pakete:	Teleclub Sports	Teleclub Premium	LES+
Swisscom TV			
Preis:	19.90	19.90	19.90
Sender SD	Teleclub Sports Teleclub Sports 18–29 Ma Chaîne Sport Golf Channel Motors TV Extreme Sports Channel Nautical Channel ESPN America Chasse & Pêche	Disney Cinemagic Disney Channel Disney XD Disney Junior Boing Kids Co Mangas National Geographic Channel NAT GEO WILD Voyage U SHUAÏA TV Histoire Montagne TV Stylea Vivolta	Ciné+ premier Ciné+ frisson Ciné+ emotion Ciné+ famiz Ciné+ star Ciné+ club Ciné+ classic Comédie+ Cuisine+ Info sport+ Maison+ PIWI+ Planète+ Planète+ justice Planète+ no limit Planète+ thalassa Seasons
Sender HD:	Teleclub Sports HD Teleclub Sports 18–29 HD Ma Chaîne Sport HD ESPN America HD	13th Street Universal HD SYFY HD TCM HD Disney Cinemagic HD Disney Channel HD Disney Channel HD Disney XD HD Disney Junior HD Nat. Geo. Channel HD NAT GEO WILD HD U SHUAÏA TV HD	Ciné+ Premier HD

Tabelle 10: Teleclub-Angebot in der französischsprachigen Schweiz (Stand September 2012; Preise in Fr. pro Monat).

und lanciert ein neues umfangreiches Senderangebot in französischer Sprache exklusiv bei Swisscom TV (26.01.2015).

⁴⁶ Vgl. <<http://www.teleclub.ch/>> (27.9.2012).

A.4.3.3 Das PPV-Angebot von Teleclub

132. Über Swisscom TV bietet Teleclub zudem exklusiv in der gesamten Schweiz sogenannte Live-Sport-Events im Einzelabruf (PPV) an. Das Angebot umfasst insbesondere die Fussballspiele der Super League, die wichtigsten Begegnungen des europäischen Spitzenfussballs und alle Eishockeyspiele der NLA. Weiter werden exklusiv Golf- und Tennisturniere angeboten. Bis Juni 2012 kostete der Bezug eines Live-Sport-Events 2.50 Franken für Kunden, die bereits «Swisscom TV basic» (19 Franken pro Monat) oder «Swisscom TV plus» (29 Franken pro Monat) bezogen. Abonnenten, die «Swisscom TV start» (14 Franken pro Monat) bezahlten 5 Franken pro Spiel. Seit 14. Juli 2012 gilt ein neuer Preisplan, bei dem ein Fussball- oder Eishockeyspiel neu 3.50 («Swisscom TV plus», «Swisscom TV basic») resp. 5.50 («Swisscom TV start») Franken kostet. Zudem besteht die Möglichkeit, den Live-Sport-Event für einen Franken mehr in HD-Qualität zu erhalten. Besondere – wesentlich höhere – Preise müssen für Golfturniere bezahlt werden, nämlich 6.50 Franken resp. 8.50 Franken (für HD) pro Event. Gleichzeitig sind auch die Abonnementsgebühren für «Swisscom TV basic» und «Swisscom TV plus» neu auf 21 Franken resp. 31 Franken gestiegen. Der Preis für «Swisscom TV start» blieb bei 14 Franken pro Monat. Für den Bezug dieser Swisscom TV Produkte ist im Übrigen immer auch der Bezug eines Breitbandinternetanschlusses von Swisscom erforderlich.⁴⁷

133. Bis Dezember 2012 bestand auch die Möglichkeit, Live-Sport-Events mit «Swisscom TV select» ohne Abonnement von Swisscom TV zu erwerben, sofern ein Kunde bereits ein Internetabonnement (Swisscom DSL) sowie den Festnetzanschluss bei Swisscom bezog. Dabei galten dieselben Tarife wie für «Swisscom TV start». Ab Dezember 2012 wurde «Swisscom TV select» durch «Swisscom TV light» ersetzt. Dieses bietet Zugriff auf über 60 Sender und ist ohne Zusatzkosten im Monatsabonnement des Internetanschlusses enthalten. Anfangs bot «Swisscom TV light» die Möglichkeit Live-Sport-Events zu beziehen nicht mehr an.⁴⁸ Inzwischen können über «Swisscom TV light» Live-Sport-Events zu denselben Bedingungen wie für die übrigen Swisscom TV Abonnemente bezogen werden.⁴⁹

134. Live-Sport-Events können auch über den Internetstreaming Service «Swisscom TV air» und «Swisscom TV air easy» auf allen Desktop-Computern und mobilen Empfangsgeräten (Mobile, Tablet etc.) bezogen werden. «Swisscom TV air» kostet 9 Franken pro Monat. Für «Swisscom TV air easy» fallen keine Abonnementskosten an. «Swisscom TV air» und «Swisscom TV air easy» setzen kein anderes Swisscom-Abonnement voraus. Bei «Swisscom TV air easy» stehen die Live-Sport-Events allerdings nur Kunden mit einem Internet- oder Mobilfunkabonnement von Swisscom zur Verfügung. Für «Swisscom TV air» und «Swisscom TV air easy» gelten wiederum die höheren Tarife wie für «Swisscom TV start», wobei die Option für HD-Qualität hier nicht besteht.⁵⁰

		Swisscom TV plus/basic	Swisscom TV start/select	Swisscom TV air
Preise bis 13.7.2012	Standard	2.50	5.00	5.00
Preise ab 14.7.2012	Standard	3.50	5.50	5.50
	HD	4.50	6.50	-

⁴⁷ Vgl. <<http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/swisscom-tv/angebote.html>> (26.7.2013).

⁴⁸ Vgl. <<http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/swisscom-tv/angebote.html>> (26.7.2013).

⁴⁹ Vgl. <<http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/swisscom-tv/angebote/swisscom-tv-light.html>> (6.6.2014).

⁵⁰ Vgl. <www.swisscom.ch/de/privatkunden/swisscom-tv/angebote.html> (26.7.2013).

Tabelle 11: Kostenübersicht für Teleclub Live-Sport-Events.

A.4.3.4 Das Sportangebot von Teleclub

A.4.3.4.1 Die Content-Strategie von Swisscom und Cinetrade

135. Seit dem Zusammenschluss von Cinetrade und Swisscom hat Teleclub sein Sportangebot sukzessive ausgebaut. Heute zeigt Teleclub gemäss Homepage «auf bis zu 29 Kanälen über 4000 Liveübertragungen pro Jahr, davon über 2500 live und exklusiv nur bei Teleclub».⁵¹

136. [Geschäftsgeheimnis]

137. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.4.2 Übersicht über das Sportangebot von Teleclub

138. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung Sportübertragungsrechte im November 2006 hatte Teleclub die folgenden Sportübertragungen im Angebot: die Schweizer Eishockeymeisterschaft, die Schweizer Fussballmeisterschaft, die Deutsche Bundesliga sowie alle Spiele der UEFA Champions League.⁵²

139. Im Herbst 2013 umfasste das Sportrechte-Portfolio von Cinetrade bzw. Teleclub die folgenden Live-Übertragungsrechte für Pay-TV.

[Geschäftsgeheimnis]

Tabelle 12: Übersicht über das Sportrechte-Portfolio von Cinetrade bzw. Teleclub.

140. In der Schweiz bietet der französische Pay-TV-Anbieter Canal+ ebenfalls ein umfangreiches Sportangebot an. Canal+ zeigt verschiedene Sportveranstaltungen in französischer Sprache, darunter beispielsweise die englische Premier League, die französische Ligue 1 sowie den Vereinswettbewerben der UEFA.⁵³ [Geschäftsgeheimnis]

141. Im Einzelnen haben Cinetrade und Teleclub nachfolgend dargestellte Verträge für Sportübertragungen abgeschlossen:

A.4.3.4.3 Schweizer Fussballmeisterschaft

142. Seit 2006 hält Cinetrade die Übertragungsrechte für die höchste Schweizer Fussballliga im Pay-TV. Die SRG⁵⁴ erhielt parallel dazu die Übertragungsrechte für 10 Live-Spiele im Free-TV.⁵⁵

⁵¹ <www.teleclub.ch/cms/service/help/abo-advisor> (10.9.2013).

⁵² Vgl. <www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases/2006/10/20061031_01_Bluewin_TV.html> (26.7.2013).

⁵³ Vgl. <<http://www.canalplus.ch/programs/football/>> (26.01.2015).

⁵⁴ Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft.

⁵⁵ Vgl. Jahresbericht 2006/2007 Swiss Football League, <http://www.sfl.ch/uploads/media/Jahresbericht_SFL_2006-07.pdf> (26.7.2013).

143. Die Pay-TV-Rechte wurden im Frühjahr 2006 für drei Saisons (2006/7, 2007/8, 2008/9) an Cinetrade vergeben. Die Swiss Football League (nachfolgend: SFL) und Cinetrade vereinbarten zudem [Geschäftsgeheimnis]

144. Bei der folgenden Rechtevergabe im Jahr 2011 wurden erstmals alle [Geschäftsgeheimnis]. [Geschäftsgeheimnis] Schliesslich formierten sich zwei Bietergemeinschaften: Einerseits ein Konsortium bestehend aus der SRG, Swisscable, der Agentur Sportmind sowie dem Titelsponsor AXPO (nachfolgend Konsortium Swisscable); andererseits Cinetrade mit der Swisscom, Ringier, dem Joint Venture Infront Ringier Sports & Entertainment AG sowie dem Titelsponsor Raiffeisen Schweiz als Partner.

145. Am Ende des Bieterverfahrens erhielt Cinetrade den Zuschlag; das Konsortium Swisscable ging dagegen leer aus. Im Juni 2012 unterzeichneten Cinetrade und die SFL einen Vertrag über die Übertragung der [Geschäftsgeheimnis]

146. [Geschäftsgeheimnis] Cinetrade und SRG einigten sich schliesslich darauf, dass beiden Partnern in je 18, der insgesamt 36 Meisterschaftsrunden (eine Runde umfasst fünf Meisterschaftsspiele) ein Erstwahlrecht zukommt. Gleichzeitig vereinbarten Cinetrade und SRG auch, das Fernsehsignal gegenseitig auszutauschen. Die SRG lässt ihre Live-Spiele weiterhin von der hauseigenen TPC produzieren, während Cinetrade die [Geschäftsgeheimnis] mit der Signalproduktion beauftragt hat.⁵⁶

A.4.3.4.4 Schweizer Eishockeymeisterschaft

147. [Geschäftsgeheimnis]

148. [Geschäftsgeheimnis]

149. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.4.5 Weitere Übertragungsrechte

150. [Geschäftsgeheimnis]

151. [Geschäftsgeheimnis]

152. [Geschäftsgeheimnis]

153. [Geschäftsgeheimnis]

154. [Geschäftsgeheimnis]

155. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.4.6 Exklusives Sportangebot auf Swisscom TV

156. [Geschäftsgeheimnis]

157. Teile des Sportangebots von Teleclub sind heute exklusiv auf Swisscom TV erhältlich. Diese Exklusivität wird von Teleclub im Marketing auch explizit kommuniziert. Im «Abonnements-Berater» auf der Homepage von Teleclub heisst es diesbezüglich:

⁵⁶ Vgl. <<http://www.srgssr.ch/nc/de/medien/archiv/single/date/2011/die-srg-ssr-sichert-sich-fuer-die-naechsten-jahre-das-umfassendste-sportrechte-portefeuille-ihrer-ge/>> (8.10.2013).

«Liebhaber von Live-Sport – ob Fussball, Hockey, Golf oder Formel 1 – erhalten das umfassendste Angebot der Schweiz dank dem Zusatzpaket «Teleclub Sport». Sämtliche Übertragungen können umfassend auf Swisscom TV auf bis zu 30 Kanälen empfangen werden – alle Inhalte auch in HD-Qualität. Im Kabelnetz und auf Sunrise TV zeigt Teleclub auf 3 Kanälen eine «Best-of-Auswahl» der grössten Spiele und Turniere. Somit sollten Sportfreunde sich erst überlegen, ob sie das gesamte Sportangebot von Teleclub empfangen möchten und falls ja, wäre damit der Entscheid für Swisscom TV zwingend».⁵⁷

158. Bei den «Frequently Asked Questions» erhalten potentielle Kunden zudem folgende Information:

«Was zeigt Teleclub auf Swisscom TV (IPTV)?

Auf Swisscom TV (IPTV Internet Protocol Television) werden ab Herbst 2012 sämtliche vorhanden Sport-Events auf bis zu 30 SD und HD-Kanälen übertragen. Zudem Konferenzen aus der Bundesliga, der UEFA Champions League und dem Schweizer Eishockey.

Was zeigt Teleclub im Kabelnetz?

Im Gegensatz zu IPTV (Swisscom TV) wird im Kabelnetz auf drei Kanälen eine «Best-of-Auswahl» an Live-Sport gezeigt. Aus der Raiffeisen Super League und in der Eishockey National League sind in der Regel jeweils zwei Partien live und / oder als Live-Einstieg zu sehen. Mindestens ein Schweizer Top-Spiel pro Spieltag wird zudem mit einem Sport-Studio begleitet.»⁵⁸

159. Der Umfang dieser Exklusivität ergibt sich aus der Differenz zwischen den Spielen, die auf den TV-Plattformen der KNU und Sunrise TV erhältlich sind und den Spielen, die auf Swisscom TV erhältlich sind. Die Kunden der KNU und Sunrise TV können alle Spiele empfangen, die von Teleclub auf den Kanälen Teleclub «Sport 1–3» sowie im Free-TV übertragen werden.

160. Gemäss einem in der «Berner Zeitung» veröffentlichten Interview führte der CEO von Swisscom aus: «Den Geschäftsbereich Liveübertragung von Sportereignissen haben wir also völlig neu aufgebaut. Deshalb finde ich es befremdlich, wenn die Konkurrenz nun von uns verlangt, ihr quasi die Früchte unserer Arbeit zu überlassen. [...] Wir nutzen teilweise Exklusivrechte für die Liveübertragung von Fussball und Eishockey, um uns weiterhin von der Konkurrenz unterscheiden zu können. Wir legen ein faires Wettbewerbsverhalten an den Tag, zumal ja der Grossteil unserer Sportinhalte auch über die Kabelnetze verfügbar ist.»⁵⁹

161. In diesem Zusammenhang macht Swisscom geltend, das Sekretariat habe die [Geschäftsgeheimnis] falsch berechnet (vgl. Rz 252). Eine Überprüfung der Berechnungen im Antrag des Sekretariats hat ergeben, dass der berechnete Umfang der [Geschäftsgeheimnis] tatsächlich fehlerbehaftet war. Dies betrifft allerdings in erster Linie die Übertragungen von Schweizer Fussball. Die Nachberechnung anhand des Teleclub «Programm Guides» ergab folgende Werte in Tabelle 13.

[Geschäftsgeheimnis]

⁵⁷ <<http://www.teleclub.ch/cms/service/help/abo-advisor>> (10.9.2013).

⁵⁸ <<http://www.teleclub.ch/cms/service/faq>> (10.9.2013).

⁵⁹ Vgl. Berner Zeitung, Ausgabe Stadt+Region Bern, vom 8.6.2015, S. 12.

Tabelle 13: [Geschäftsgeheimnis]grad für verschiedene Programmtypen.

A.4.3.5 Sachverhaltsangaben der Marktteilnehmer

A.4.3.5.1 Auswertung der Fragebögen

162. Im Rahmen der Vorabklärung hat das Sekretariat 55 Fragebögen an die Marktteilnehmer auf verschiedenen Marktstufen versendet. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Fernmeldediensteanbieter mit eigener TV-Plattform und Anbieter von Vorleistungen. Im Rahmen dieser Befragung gaben 33 der angeschriebenen Unternehmen an, selbst eine TV-Plattform zu betreiben. Nach Untersuchungseröffnung hat das Sekretariat weitere TV-Plattformanbieter bzw. bereits befragte TV-Plattformanbieter um zusätzliche Auskünfte gebeten (vgl. Rz 8 und 11).

163. Die Marktbefragung ergab Folgendes:

- Abgesehen von Swisscom kann kein TV-Plattformanbieter das vollständige lineare Sportangebot von Teleclub übertragen. Dieser Sachverhalt ist unbestritten.
- Abgesehen von Swisscom kann kein TV-Plattformanbieter einzelne Live-Spiele von Teleclub PPV übertragen. Dieser Sachverhalt ist unbestritten.
- Abgesehen von Swisscom kann kein TV-Plattformanbieter das Angebot von Teleclub en français übertragen. Dieser Sachverhalt ist unbestritten.⁶⁰
- Bis zum 2. Juni 2012 konnte abgesehen von Swisscom kein IPTV-Anbieter ein lineares Angebot von Teleclub verbreiten. Sunrise TV kann seit dem 2. Juni 2012 als einziger alternativer IPTV-Plattformbetreiber ein Teleclub-Angebot im gleichen Umfang wie die KNU übertragen. Dieser Sachverhalt ist unbestritten. [Geschäftsgeheimnis].
- Neben Swisscom können Sunrise, Cablecom sowie die Partner der DCG ein lineares Teleclubangebot über ihre TV-Plattform verbreiten. In den Verbreitungsgebieten der übrigen KNU können die Endkunden das Teleclubangebot über die Teleclub-Plattform empfangen. Dieser Sachverhalt ist unbestritten.
- Teleclub bietet das lineare Sportangebot in der Deutschschweiz auf allen Plattformen nur gemeinsam mit dem Basisangebot im sog. «buy-through»-Modell an. Dieser Sachverhalt ist unbestritten.

A.4.3.5.2 Swisscable

164. Swisscable ist der Branchenverband der KNU in der Schweiz. Swisscable hat rund 240 Mitglieder, deren Interessen der Verband insbesondere gegenüber Bund, Kantonen und Gemeinden sowie gegenüber öffentlich rechtlichen und privaten Programmveranstaltern vertritt.⁶¹

165. Bezüglich des vorliegenden Sachverhalts ist von Bedeutung, dass Swisscable in verschiedenen Bereichen Musterverträge für die Mitglieder aushandelt. Gemäss Swisscable profitieren von diesem Vorgehen alle Beteiligten, da beispielsweise ein Programmveranstalter nicht mit 240 Unternehmen einzeln verhandeln muss. Im Dezember 2004 hatte sich

⁶⁰ Vgl. bspw. Medienmitteilung von Teleclub vom 24.8.2012
<<https://www.teleclub.ch/romandie/cms/service/nouvelles/romandie>> (17.9.2013).

⁶¹ Vgl. <<http://www.swisscable.ch/article/article.php3?art=302>> (8.10.2013).

Swisscable bezüglich der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Musterverträgen mit einer Beratungsanfrage an das Sekretariat gewandt. Mit Schreiben vom 3. Februar 2005 stellte sich das Sekretariat auf den Standpunkt, dass eine Beurteilung nicht losgelöst vom konkreten Sachverhalt erfolgen könne. Bei dem zu beurteilenden Mustervertrag für die Vermarktung von Werbefenstern müsse der Sachverhalt nach Art. 7 KG beurteilt werden, da die einzelnen Kabelnetzbetreiber nicht miteinander im Wettbewerb stünden und auf dem Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen *de facto* über ein Gebietsmonopol verfügten. Sofern die Vertragspartner der KNU ebenfalls (in einem anderen Markt) marktbeherrschend seien und Cablecom unabhängig von Swisscable Verträge abschliesse, könnte das Aushandeln von Musterverträgen unter dem Aspekt der Gegenmachtbildung grundsätzlich zulässig sein. Die Gegenmachtbildung könne eine Erscheinung wirksamen Wettbewerbs sein. Die Grenze liege jedoch dort, wo die Gegenmachtbildung zur Verhinderung oder Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führe. Das Sekretariat kam deshalb zum Schluss, dass der konkret vorgelegte Mustervertrag betreffend die Vermarktung von Werbefenstern grundsätzlich keine Klausel enthalte, die per se gegen das Kartellgesetz verstossen würde. Allerdings könne sich das Sekretariat nicht darüber äussern, ob die getroffenen Vereinbarungen im Einzelnen zulässig seien.

a. Sportangebot und HD-Kanäle

166. In den vergangenen Jahren hat Swisscable wiederholt, insbesondere für kleinere KNU, die Verhandlungen mit Teleclub geführt. Ein eigentliches Verhandlungsmandat erhielt Swisscable im Zusammenhang mit der Aufschaltung des HD-Angebots von Teleclub. Am 2. Mai 2012 informierte Teleclub die Kunden im Newsletter über die bevorstehende Lancierung des HD-Angebots. [Geschäftsgeheimnis] Mit Schreiben vom 18. Mai 2012 teilte Teleclub schliesslich den KNU Zeitpunkt und Konditionen für das HD-Angebot mit: Ab Mitte September 2012 stehe die gesamte Teleclub Digitalplattform im HD-Format zur Verfügung, [Geschäftsgeheimnis] der HD-Option (vorliegend bei Bezug von Basis- und Sportpaket [Geschäftsgeheimnis]); und das HD-Signal könne entweder [Geschäftsgeheimnis] bezogen werden (vgl. Rz 87). Am 21. Mai 2012 informierte Swisscable seine Mitglieder, dass der Vorstand sich dafür ausgesprochen habe, dass Swisscable im Namen der Mitglieder mit Teleclub in Verhandlung treten solle. Im Fokus dieser Verhandlungen würden die angekündigten HD-Programme sowie die generellen Verbreitungsbedingungen von Teleclub stehen. Letztere beträfen insbesondere das fehlende Sportangebot sowie die höheren Preise bei schlechterer Bildqualität.

167. Mit Schreiben vom 10. Mai 2012 wandte sich Swisscable mit der Bitte um eine Offerte für die Signalanlieferung des kompletten Sportpakets sowie eine Sublicenz für die PPV-Live-Spiele an Teleclub. Gemäss Swisscable [Geschäftsgeheimnis]

[Geschäftsgeheimnis]

168. Swisscable machte darauf mit Schreiben vom 30. Juli 2012 geltend, das Sekretariat habe im Rahmen einer Beratung, die Vereinbarung von Musterverträgen durch den Branchenverband als grundsätzlich zulässig eingeschätzt. Swisscable schlug deshalb ein weiteres Treffen vor. Ein solches wurde von Teleclub mit Schreiben vom 14. August 2012 wiederum mit dem Verweis auf kartellrechtliche Vorbehalte und die unterschiedlichen Bedürfnisse der Kabelnetzbetreiber abgelehnt.

169. Swisscable brachte mit Schreiben vom 16. August 2012 sein Erstaunen über die Position von Teleclub bezüglich der kartellrechtlichen Bedenken zum Ausdruck:

[Geschäftsgeheimnis]

170. Seither erfolgten gemäss Swisscable keine weiteren Kontakte mit Teleclub bezüglich des Sportangebots und der Verbreitung der HD-Kanäle.

b. Teleclub en français

171. Bezüglich der exklusiven Verbreitung von Teleclub en français über Swisscom TV gibt Swisscable an, dass es vorgängig keinerlei Kontakte mit der Kabelnetzbranche gegeben habe. Mit der Medienmitteilung habe Teleclub unmissverständlich mitgeteilt, dass das Angebot exklusiv auf Swisscom TV zur Verfügung stehen würde und daher keine Verhandlungen mit KNU erwünscht seien. «Hätte Teleclub sich nicht wiederholt geweigert, Verhandlungen aufzunehmen, wäre die Verbreitung des französischen Teleclubs traktandiert worden.»

A.4.3.5.3 Cablecom

a. Sportangebot

172. Im Oktober 2006 hatten Cablecom und Teleclub eine parallele Vermarktungsstrategie für das Teleclub-Programmangebot beschlossen; [Geschäftsgeheimnis]

173. [Geschäftsgeheimnis]

174. [Geschäftsgeheimnis]

175. [Geschäftsgeheimnis]

176. [Geschäftsgeheimnis]

177. [Geschäftsgeheimnis]

178. [Geschäftsgeheimnis]

179. [Geschäftsgeheimnis]

b. HD-Angebot

180. [Geschäftsgeheimnis]

c. Content-Akquisition

181. [Geschäftsgeheimnis]

182. [Geschäftsgeheimnis]

183. [Geschäftsgeheimnis]

184. [Geschäftsgeheimnis]

185. [Geschäftsgeheimnis]

186. [Geschäftsgeheimnis]

187. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.5.4 Digital Cable Group (DCG)

a. Sportangebot

188. Die DCG gab im Rahmen der Marktbefragung an, dass sie [Geschäftsgeheimnis] mit Teleclub die Frage nach einem Ausbau des Sportprogrammes sowie einer Verbreitung von PPV-Spielen über die TV-Plattformen der DCG Partner aufgeworfen habe. [Geschäftsgeheimnis] waren diese Themen gemäss DCG allerdings nicht verhandelbar, da gemäss Teleclub die [Geschäftsgeheimnis]

189. In den Jahren zuvor hatten gemäss DCG auch einzelne Partner der DCG selbst Vorstösse für eine Ausweitung des Sportangebots unternommen, die aber nicht dokumentiert

seien. Im Jahr 2011 sei etwa der Stadtantennen AG Baar auf telefonische Anfrage hin mitgeteilt worden, [Geschäftsgeheimnis]

b. Direktvermarktung

190. [Geschäftsgeheimnis]

c. Gebietserweiterung (IPTV-Verbreitung)

191. Ein weiteres Anliegen der Partner der DCG betraf in den vergangenen Jahren die Erweiterung des Verbreitungsgebiets auf die regionalen FTTH-Netze. Die GGA Maur bietet seit 2009 Dienstleistungen in den regionalen FTTH-Netzen der EVU in der Region Zürich an. Heute ist die GGA Maur auf den Glasfasernetzen von Zürich, Winterthur, Meilen und Herrliberg aktiv. Dafür bezieht sie ein Layer 2-Vorleistungsangebot vom regionalen EVU.

192. In diesen Gebieten konnte die GGA Maur Teleclub aus folgenden Gründen nicht anbieten: Zum einen regeln der Signalanlieferungsvertrag DCG und die Vereinbarung DCG aus dem Jahr 2005 [Geschäftsgeheimnis]; zum anderen kann die GGA Maur in diesen Netzen auf der Basis eines Layer 2-Vorleistungsangebots nur IPTV anbieten, [Geschäftsgeheimnis].

193. Mit E-Mail vom 15. Oktober 2010 fragte GGA Maur bei Teleclub an, ob eine Gebietserweiterung auf die regionalen Glasfasernetze möglich sei. Nach einem Gespräch im Frühjahr 2011, erhielt die GGA Maur am 4. April 2011 folgende Antwort von Teleclub:

[Geschäftsgeheimnis]

194. [Geschäftsgeheimnis] Gemäss DCG fanden deshalb wiederholt Treffen mit Teleclub statt, bei denen auch der Wunsch nach einer Gebietserweiterung vorgebracht worden sei. Ein weiterer Vorstoss der DCG für eine Gebietserweiterung erfolgte gemäss Angaben der *Stadtantennen AG Baar* am 6. Juni 2012.

195. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.5.5 Finecom

196. Die Finecom Telecommunications AG ist eine 100 % Tochtergesellschaft der Besonet AG, deren operatives Geschäft sie führt. Für die Partner im Quickline-Verbund (nachfolgend: QL) betreibt Finecom zwei unterschiedliche TV-Plattformen: Einerseits eine digitale TV-Plattform («QL-DTV»), die über die CATV-Netze der Partner verbreitet wird; andererseits QL-Verte, einer interaktiven digitalen Plattform (IP-basiert), die sowohl in den dem QL-Verbund angeschlossenen Kabelnetzen als auch auf dem FTTH-Netz von Energie Wasser Bern erhältlich ist. Der QL-Verbund erreicht ca. 335 000 Haushalte in über 300 Gemeinden. Finecom betreibt daher in der Schweiz die zweitgrösste TV-Plattform für KNU (nach Cablecom).⁶²

⁶² Vgl. <<http://www.quickline.com/privatkunden/ueber-quickline/netzbetreiber.html>> (8.10.2013).

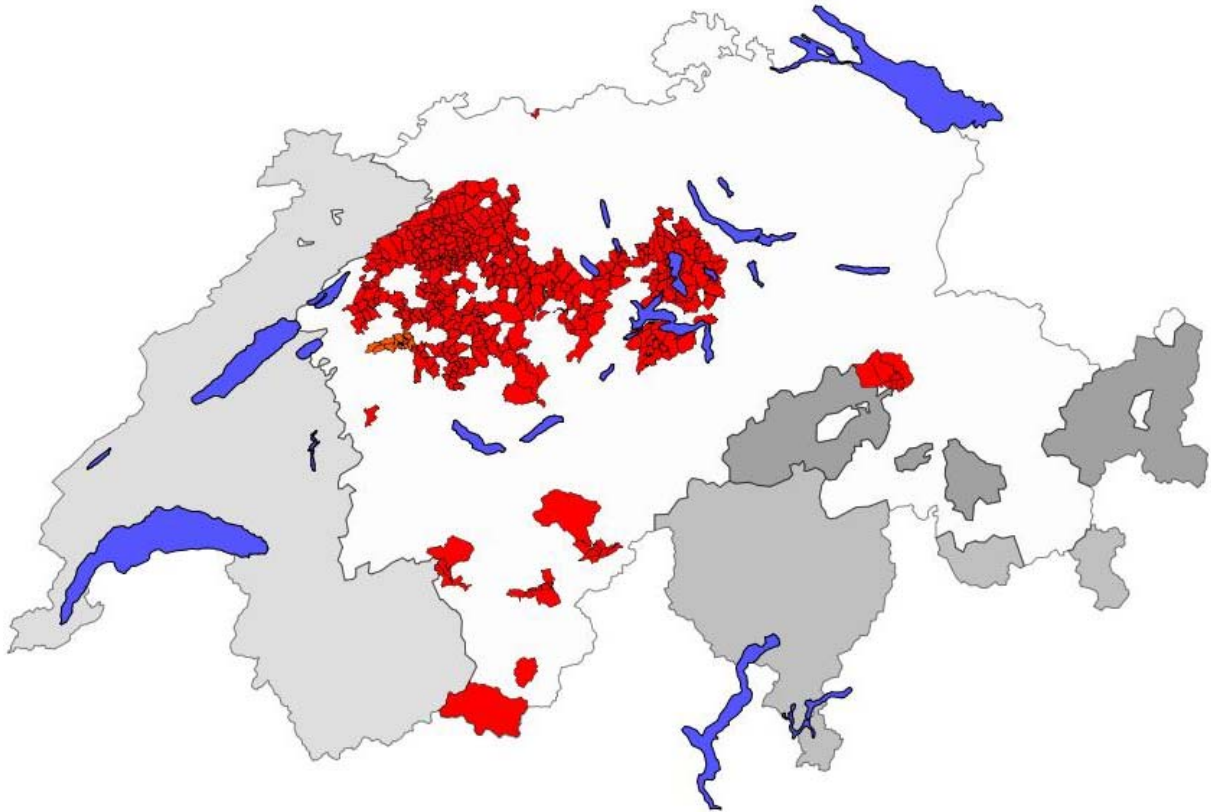


Abbildung 9: Verbreitungsgebiet von Quickline (Rot = CATV-Netz; Orange = FTTH-Netz).

a. Sportangebot

197. Gemäss eigenen Angaben hat Finecom wiederholt versucht, eine Erweiterung des Sportangebots zu erreichen. Konkret habe man versucht, [Geschäftsgeheimnis] und PPV-Live-Spiele von Teleclub zu erhalten. Insbesondere Letztere stellen gemäss Finecom den entscheidenden Faktor im Wettbewerb mit Swisscom dar. [Geschäftsgeheimnis]

198. [Geschäftsgeheimnis]

b. Direktvermarktung

199. Für die Verbreitung des Teleclub-Programmangebots haben die QL-Partner mit Teleclub einen Signalanlieferungsvertrag für die Kabelnetze abgeschlossen. Um Teleclub in die eigenen TV-Plattformen (QL-Verte und QL-DTV) einbinden zu können, würden die QL-Partner aber einen Direktvermarktungsvertrag analog der «Vereinbarung DCG» benötigen. [Geschäftsgeheimnis]

200. Im Herbst 2010 unternahm Finecom einen erneuten Anlauf, um die Integration des Teleclub-Programmangebots in die QL-Plattform zu erreichen. Nach einem Treffen mit Teleclub vom 7. Oktober 2010 und ausführlichen Verhandlungen im Dezember 2010, bestätigte Finecom mit E-Mail vom 28. Januar 2011, dass die QL-Partner einer Integration von Teleclub in die QL-Plattformen zustimmen. Der Leiter des Kundendienstes von Teleclub antwortete darum mit E-Mail vom 31. Januar 2011: [Geschäftsgeheimnis]

201. [Geschäftsgeheimnis] Teleclub stellte deshalb einen Grundsatzentscheid der Geschäftsleitung bezüglich einer Zusammenarbeit mit dem QL-Verbund in Aussicht.

202. Am 4. April 2011 erhielt Finecom darauf folgende Antwort von Teleclub:

[Geschäftsgeheimnis]

203. Teleclub verlangte deshalb eine [Geschäftsgeheimnis] im QL-Gebiet. Finecom reagierte auf die negative Antwort und insbesondere auf deren Begründung mit Unverständnis: [Geschäftsgeheimnis]. Finecom wolle die Integration allerdings weiterhin umsetzen und forderte deshalb Teleclub auf, Angaben bezüglich [Geschäftsgeheimnis]

c. HD-Angebot

204. [Geschäftsgeheimnis]

d. Gebietserweiterung (IPTV-Verbreitung)

205. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.5.6 Netplus SA und Partner

206. Netplus.ch SA (nachfolgend: Netplus) ist eine Aktiengesellschaft, die seit dem Jahr 2000 in der französischsprachigen Schweiz Telekommunikationsdienstleistungen anbietet. Die 11 Aktionäre bieten ihren Kunden über die Plattform von Netplus Fernsehen-, Breitbandinternet- und Telefondienstleistungen an. Anfänglich waren alle Mitglieder von Netplus KNU, die das Angebot von Netplus über die eigenen CATV-Netze verbreiteten. Im Jahr 2011 traten die EVU Groupe E, Gruyère Energie und die Industrielle Betriebe Murten (zusammen: Netplus Freiburg) der Aktiengesellschaft bei, um Netplus im Kanton Freiburg über die regionalen FTTH-Netze anbieten zu können. Mit etwa 145 000 Fernsehkunden ist Netplus heute nach Cablecom der zweitgrösste TV-Plattformanbieter in der Romandie.

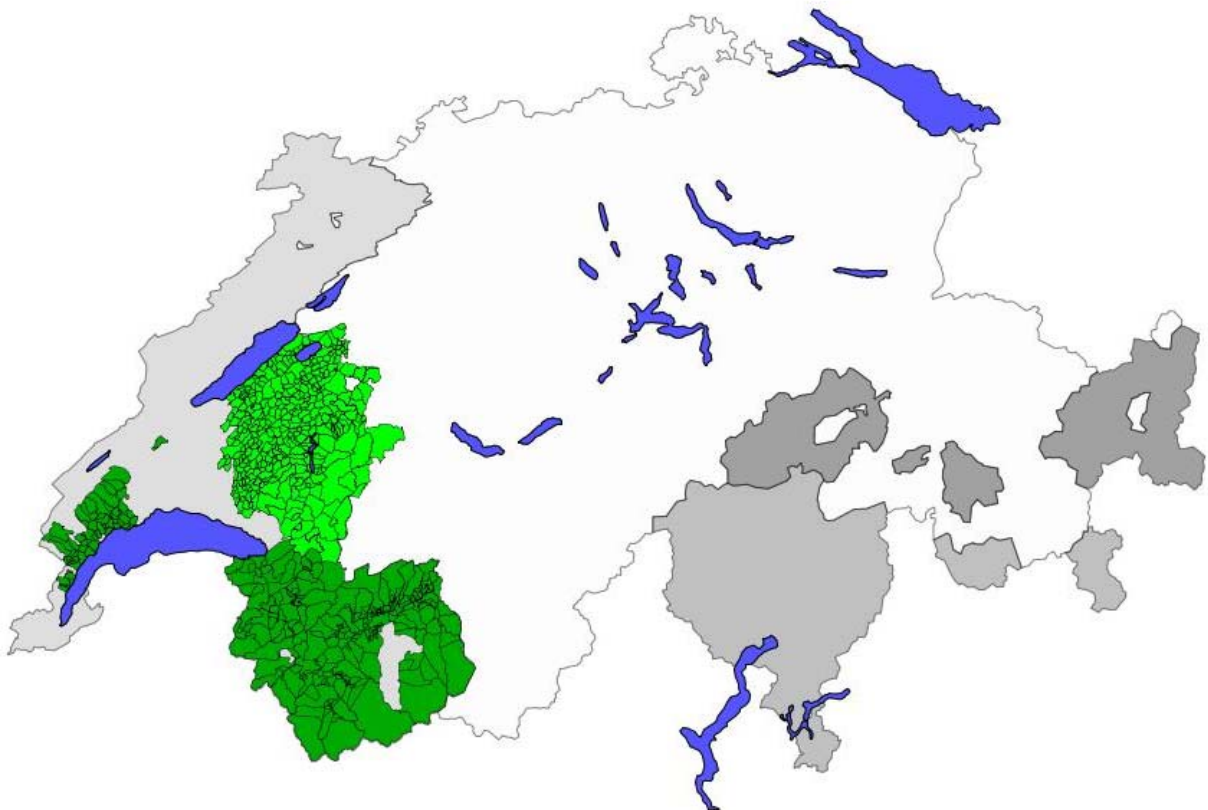


Abbildung 10: Verbreitung von Netplus (Stand Juli 2013).

207. Die erste Anfrage für das Teleclub-Programmangebot durch einen Partner von Netplus erfolgte bereits 2006 durch die *Sierre-Energie SA* (nachfolgend: Sierre-Energie). Sierre-Energie ist KNU in der Region Siders, die ihre TV-Produkte über die *Télévision Sierre SA* und Netplus vermarktet. Neben dem bestehenden CATV-Netz baut Sierre-Energie seit 2006 ein Glasfasernetz auf. Heute sind etwa die Hälfte der Haushalte im Verbreitungsgebiet an das Glasfasernetz angeschlossen.

208. Aufgrund der nach Sprachraum vergebenen Lizenzen für Spielfilme, Fernsehserien und Sportereignisse konnte das lineare Teleclubangebot in der französischsprachigen Schweiz nicht bezogen werden (vgl. Rz 128). Erst mit dem Angebot der PPV-Live-Spiele waren über Swisscom TV Teleclub-Inhalte auch in der Romandie erhältlich. Kurz nach der Lancierung von Swisscom TV bzw. der Übertragung der ersten PPV-Live-Spiele mit französischem Kommentar versuchte deshalb Sierre-Energie insbesondere das Sportangebot von Teleclub zu erhalten. Ferner war Sierre-Energie am linearen Teleclubprogramm für seine deutschsprachigen Kunden interessiert. Mit Schreiben vom 10. November 2006 fragte Sierre-Energie Teleclub an, ob es möglich sei, das Teleclub-Programmangebot für die neue, für das Glasfasernetz geschaffene IPTV-Plattform «VarioTV», zu erhalten. Sierre-Energie erhielt darauf eine abschlägige Antwort.

209. Vier Jahre später, mit Schreiben vom 26. August 2010, erkundigte sich Swisscom nach der [Geschäftsgeheimnis]. Sierre-Energie nahm diese Anfrage zum Anlass, das Thema Teleclub erneut anzusprechen: [Geschäftsgeheimnis]. Swisscom nahm in der Antwort vom 18. November 2010 keinen Bezug auf das Thema Teleclub, sondern wiederholte ihre [Geschäftsgeheimnis]. Wiederum ein Jahr später, am 12. Dezember 2011, informierte Swisscom Sierre-Energie [Geschäftsgeheimnis]. Sierre-Energie zeigte sich erstaunt über die Aussage, [Geschäftsgeheimnis]

210. Damit schien das Thema Teleclub für Netplus und seine Partner vorerst abgeschlossen. Erst mit der Lancierung von Teleclub en français nahm Netplus einen neuen Anlauf, insbesondere das Sportangebot von Teleclub über ihre Plattform verbreiten zu können. Kurz nach der Lancierung im September 2012 erfolgte im Oktober 2012 eine erste Anfrage von Netplus bezüglich der Verfügbarkeit von Teleclub en français für die Partner von Netplus. Mit Schreiben vom 19. November 2012 wandte sich Netplus an Teleclub, um die Verbreitung von Teleclub en français über die TV-Plattform von Netplus zu erreichen: [Geschäftsgeheimnis]

211. Im Dezember 2012 erfolgten gemäss Netplus verschiedene telefonische Kontakte mit der Marketingabteilung von Teleclub, welche Schwierigkeiten aufgrund [Geschäftsgeheimnis] Netplus sei mitgeteilt worden, dass man sie über die Entwicklungen im Dossier auf dem Laufenden halte.

212. Nachdem Netplus keine Antwort erhalten habe, wandte sich Netplus mit Schreiben vom 6. Februar 2013 erneut an Teleclub. Darin schlug Netplus erneut ein Treffen vor, um die geforderte Zertifizierung der Plattform von Netplus für die Verbreitung von Teleclub en français zu erhalten. Mit Schreiben vom 1. März 2013 gab Teleclub Netplus eine negativen Bescheid bezüglich der Verbreitung von Teleclub en français:

[Geschäftsgeheimnis]

213. Netplus zeigte sich im Antwortschreiben vom 13. Mai 2013 bezüglich der vorgebrachten Begründung überrascht. Bei [Geschäftsgeheimnis] handle es sich um ein Standardproblem, das bei jeder Integration gelöst werden müsse. Die von Teleclub aufgeworfenen Probleme könnten mit einem gewissen Aufwand überwunden werden, zumal Netplus mit einer Veri-matrix-Verschlüsselung arbeite, die bei den Rechteinhabern weltweit bekannt sei. Sobald die Probleme bei der [Geschäftsgeheimnis] geklärt seien, würde sich der Transport – analog zum Transport anderer Pay-TV-Signale wie Canal+ und National Geographic – gemäss Netplus einfach gestalten. Bezüglich der gewählten Angebots- und Paketstruktur sei man bei Netplus

offen. Netplus schlug deshalb erneut ein Treffen vor. Inzwischen hatte sich auch Netplus Fribourg und die sateldranse SA mit einem separatem Schreiben an Teleclub gewandt. Mit Schreiben vom 21. Juni 2013 lud Teleclub schliesslich Vertreter von Netplus zu einem gemeinsamen Treffen ein, das am 9. Juli 2013 in Zürich stattfand.

214. Gemäss Netplus bestätigte Teleclub anlässlich dieses Treffens, [Geschäftsgeheimnis] Bezüglich Letzterem habe Netplus verwundert festgestellt, dass zu keinem Zeitpunkt ein finanzielles Angebot unterbreitet worden sei, um allenfalls anfallende Kosten zu decken. Nach dem Treffen vom 9. Juli 2013 sei es zu keinem weiteren Austausch zwischen Netplus und Teleclub bezüglich der Verbreitung von Teleclub en français gekommen.

A.4.3.5.7 YplaY

215. Die Firma YplaY AG ist Mitglied der CATV-Group, deren Kernkompetenz gemäss Leitbild die Aufbereitung und Verbreitung von TV-Signalen sowie der Bau von FTTH-Infrastrukturen für Privat- und Geschäftskunden darstellt.⁶³ Der Serviceprovider YplaY bietet seinen Kunden Telefon, Internet und Fernsehlösungen über eigene und die von Swisscom und EVU in Kooperation gebauten FTTH-Netze an. Insbesondere in Gebieten, in denen die CATV-Group selbst für den Aufbau des FTTH-Netzes verantwortlich war, bietet YplaY ihre TV-Plattform via RF-TV an (vgl. Rz 66). Mit RF-TV ist es YplaY grundsätzlich möglich, den Endkunden in den FTTH-Netzen Teleclub im gleichen Vertriebsmodell wie über die Kabelnetze anzubieten, indem YplaY für das Teleclubsignal eine gewisse Bandbreite (ebenfalls 8 MHz) reserviert. Dies ist allerdings nur möglich, sofern YplaY die Kontrolle über die jeweilige Glasfaser erhält. Daher benötigt YplaY, um in den regionalen Netzen der FTTH-Kooperationen von Swisscom und EVU RF-TV anbieten zu können, ein Layer 1-Vorleistungsangebot des Glasfasernetzbetreibers. Zudem ist für den Empfang von RF-TV beim Endkunden spezielle Hardware erforderlich.

216. Am 1. März 2012 hat YplaY die Kunden der Firma Mygate AG (nachfolgend: Mygate) übernommen, dem zu diesem Zeitpunkt grössten Anbieter von Services über FTTH-Netze. Mygate hat bis März 2012 ihren Privat- und Geschäftskunden IP-basierte Triple-Play-Services (Internet, Telefon und IPTV) angeboten.⁶⁴

⁶³ Vgl. <<http://www.yplay.ch/de/mehr/wissenswertes/ueber-uns.html>> (6.9.2012).

⁶⁴ Vgl. <<http://www.yplay.ch/yplay-open/privatkunden/fislisbach/pressemitteilung.pdf>> (9.10.2013).

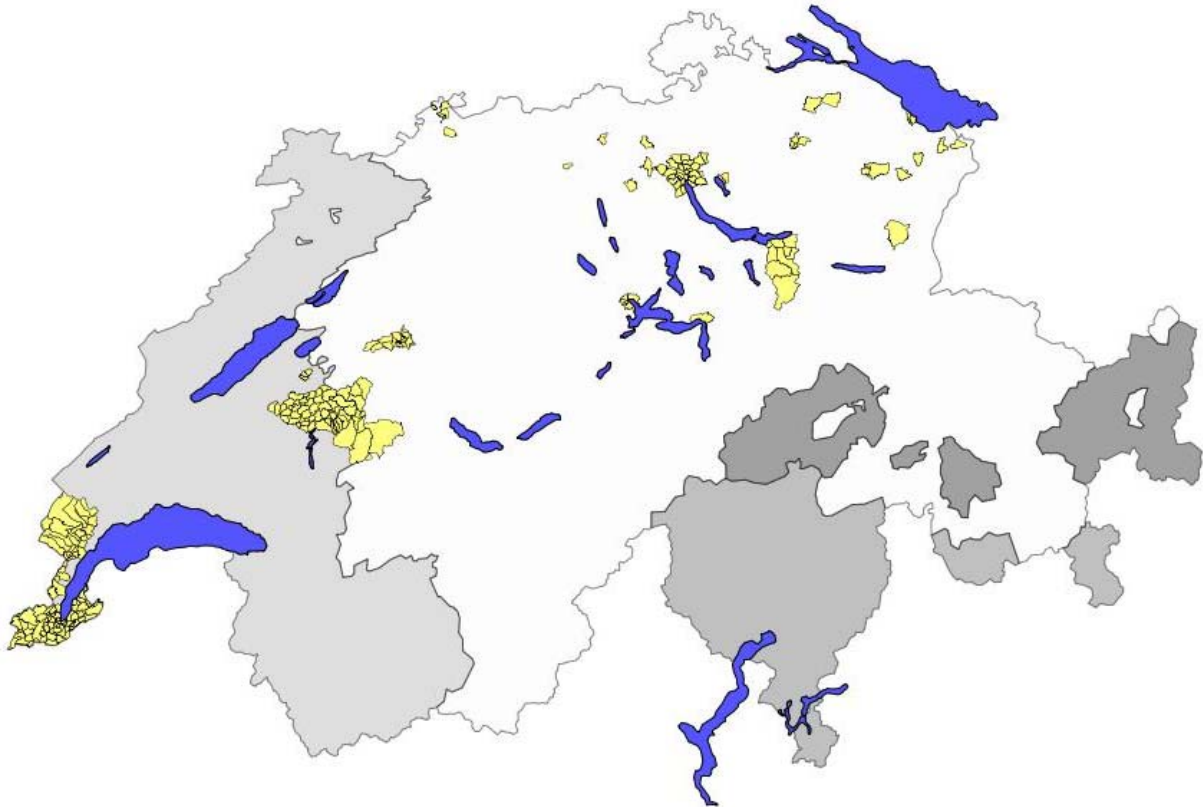


Abbildung 11: Verbreitung von YplaY (Stand Juli 2012).

a. Verbreitung über RF-TV (Signalanlieferungsvertrag)

217. Im Rahmen der Marktbefragung gab YplaY an, man habe Teleclub schon lange sowohl über RF-TV als auch über die eigene IPTV-Plattform verbreiten wollen. Grund dafür war gemäss YplaY in erster Linie das Sportangebot von Teleclub, dass für die Kundenbindung und Kundengewinnung enorm wichtig sei. [Geschäftsgeheimnis]

218. [Geschäftsgeheimnis] Am 2. Juni 2012 wurde schliesslich das Teleclubsignal auf dem RF-TV-Netz von YplaY aufgeschaltet.

b. IPTV-Verbreitung

219. [Geschäftsgeheimnis] Mygate hatte bis zur Übernahme der Kunden durch YplaY keine Möglichkeit gehabt, Teleclub in den regionalen Glasfasernetzen alternativ zu Swisscom anbieten zu können.

220. Nach der Unterzeichnung des Signalanlieferungsvertrages für die Verbreitung von Teleclub via RF-TV, hat YplaY gemäss eigenen Angaben unverzüglich Gespräche mit Teleclub bezüglich der IPTV-Verbreitung aufgenommen. Dabei habe sich ergeben, dass [Geschäftsgeheimnis]. Aus diesen Gründen seien die Verhandlungen ohne Resultat abgebrochen worden.

221. Dementsprechend können die ehemaligen Mygate-Kunden, die über ein Layer 2-Angebot erschlossen sind und kein RF-TV empfangen können, das Programmangebot von Teleclub nicht erhalten.

A.4.3.5.8 Antworten weiterer TV-Plattformanbieter

a. Sportangebot

222. Für einige KNU, insbesondere kleinere, hat der Branchenverband Swisscable wiederholt die Verhandlungen mit Teleclub geführt: Im Rahmen der Marktbefragung gaben die satel-dranse SA, die Wasser und Elektrizitätswerk der Gemeinde Buchs SG (vgl. Rz 235), die Gru-yère Energie SA sowie die Télédistribution Intercommunale SA an, dass Swisscable die Ver-handlung bezüglich einer Erweiterung des Sportangebots geführt habe.

223. Verschiedene kleinere KNU gaben im Rahmen der Marktbefragung an, selbst bei Tele-club nach Erweiterung des Sportangebots nachgefragt zu haben:

224. Die GA Ossingen gab an, dass eine telefonische Anfrage für eine Erweiterung des Sport-programmes [Geschäftsgeheimnis]. Die EVARD Antennenbau AG, die im Raum Biel tätig ist, berichtete ebenfalls von einer telefonischen Anfrage. Diese sei dagegen [Geschäftsgeheimnis] worden. Keine Begründung für die ablehnende Antwort habe die Tele Alpin AG erhalten.

225. Die InterGGA versorgt 15 Gemeinden in der Region Basel mit Telekomdienstleistungen über das CATV-Netz. Aufgrund von Kundenanfragen versuchte die InterGGA eine Erweiterung des Sportangebots zu erreichen. Gemäss InterGGA stellte sich Teleclub an einem Treffen vom 23. September 2009 auf den Standpunkt, [Geschäftsgeheimnis]

226. Die GIB Solution AG erklärte, dass sie im Rahmen der (erfolgreichen) Verhandlungen über die Verbreitung des HD-Signals von Teleclub (vgl. Rz 124) auch nach einer Ausweitung des Sportangebots gefragt habe. [Geschäftsgeheimnis]

227. [Geschäftsgeheimnis] Teleclub hat gemäss Angaben von Sunrise beim Thema Sport schon sehr früh signalisiert, [Geschäftsgeheimnis]. Anfang 2013 habe Sunrise noch eine An-frage nach dem Sportangebot im Rahmen von Teleclub en français gemacht. Erneut habe Sunrise eine Absage erhalten, [Geschäftsgeheimnis].

b. IPTV-Verbreitung

228. Die Stafag Communications AG (nachfolgend: Stafag) ist ein Telekommunikationsun-ternehmen, das sein Angebot sowohl über die eigenen CATV-Netze als auch über die FTTH-Netze regionaler EVU vertreibt. Gemäss Zeitungsberichten baut Swisscom in Frauenfeld ge-meinsam mit Stafag ein FTTH-Netz auf.⁶⁵

229. Die Stafag hat gemäss ihrer Stellungnahme im Rahmen der Marktbefragung zuletzt Ende 2011 telefonisch für ein Angebot zur Aufschaltung des Teleclub-Programmangebots über ihre IPTV-Plattform nachgefragt. Diese Plattform sei insbesondere für die Verbreitung des TV-Signals in den FTTH-Netzen entwickelt worden. Schliesslich habe Stafag eine Absage von Teleclub mit der Begründung erhalten, [Geschäftsgeheimnis]. Diese Aussage konnte in der Folge jedoch nicht bestätigt werden.

230. Die Firma Ticinocom SA bietet auf der Basis kommerzieller und regulierter Vorlei-stungsangebote von Swisscom Telekommunikationslösungen in der ganzen Schweiz an. Ti-cinocom bezog seine IPTV-Plattform lange von Netstream⁶⁶. Heute erhält Ticinocom die IPTV-Plattform von der Firma TV-Factory bzw. Swisscom Broadcast. Das TV-Angebot von Ti-cinocom wird hauptsächlich gemeinsam mit Breitbandinternet und Festnetztelefonie vermark-tet. Am 5. Oktober 2010 sandte Ticinocom ein E-Mail an Teleclub mit der Anfrage, ob es mög-lich sei, das Teleclub-Programmangebot über die TV-Plattform von Ticinocom auszustrahlen. Nachdem Ticinocom am 26. November 2010 nochmals nachgefragt hatte, antwortete Teleclub

⁶⁵ Vgl. <<http://www.thurgauerzeitung.ch/ostschweiz/thurgau/frauenfeld/tz-fs/Frauenfeld-bald-total-verkabelt;art347111,3526907>> (6.9.2013).

⁶⁶ Netstream ist ein Telekommunikationsunternehmen, das insbesondere in den Bereichen Wholesale Business-to-Business und Business-to-Consumer tätig ist.

schliesslich am 3. Dezember 2010 mit einer kurzen E-Mail mit folgendem Inhalt: [Geschäftsgeheimnis] Ticinocom habe deshalb Swisscom angeboten, Swisscom TV über die eigene Plattform zu verkaufen, um zumindest die Einnahmen aus Internetverbindung und Festnetztelefonie zu behalten. Die mündliche Aussage, so Ticinocom, sei immer gewesen, [Geschäftsgeheimnis]. Im Juli 2012, nachdem Teleclub auf der Plattform von Sunrise aufgeschaltet wurde, wandte sich Ticinocom erneut an Teleclub. Diesmal habe Ticinocom keine Antwort erhalten. Gemäss Stellungnahme vom 19. Februar 2014 kann Ticinocom inskünftig Teleclub über eine STB von Teleclub anbieten. Diesbezügliche Verträge liegen aber nicht vor.

231. Die *Deep AG* ist ein Telekommunikationsunternehmen, welches auf der Basis von Vorleistungsangeboten von Swisscom Telekommunikationslösungen anbietet. Für das Fernsehangebot bezieht Deep das IPTV-Signal als Vorleistung von Netstream. Im Rahmen der Marktbefragung führte Deep aus, dass gemäss Angaben von Netstream [Geschäftsgeheimnis]

232. *TV Factory* betreibt ähnlich wie Netstream eine IPTV-Plattform, die sie Telekomunternehmen als Vorleistungsangebot verkauft. TV-Factory gab im Rahmen der Marktbefragung an, Teleclub im letzten Quartal 2010 und im ersten Quartal 2011 telefonisch kontaktiert zu haben, um sich über die Bedingungen für die Verbreitung von Teleclub zu informieren. TV-Factory habe die Auskunft erhalten, [Geschäftsgeheimnis]. Daraufhin hat TV Factory gemäss eigenen Angaben nicht mehr insistiert, da andere Anbieter auf ähnliche Probleme gestossen seien.

233. Gemäss Angaben von Ticinocom unternahm TV-Factory im Januar 2013 einen erneuten Anlauf, um das Teleclub-Angebot in seine IPTV-Plattform einzubinden. Wiederum erhielten TV-Factory und indirekt Ticinocom eine Absage von Teleclub:

[Geschäftsgeheimnis]

c. Direktvermarktung

234. Bezüglich der Direktvermarktung von Teleclub haben neben den Mitgliedern der DCG einige KNU ebenfalls bei Teleclub nachgefragt, ob eine Direktvermarktung (ähnlich dem Modell der DCG) möglich wäre:

235. Das *Wasser- und Elektrizitätswerk der Gemeinde Buchs* (nachfolgend: EWB) betreibt ein CATV-Netz in Buchs und ist für die Signalaufbereitung für verschiedene kleinere KNU in der Region, die dem Verbund Rii Seez angehören, verantwortlich. EWB gab im Rahmen der Marktbefragung an, dass es mehrmals versucht habe, Teleclub für die Direktvermarktung zu erhalten, die Anfragen seien allerdings nicht dokumentiert. Beim letzten Treffen mit Teleclub vom 20. Juni 2012 im Zusammenhang mit der Aufschaltung des HD-Angebots wurde gemäss EWB ein Angebot [Geschäftsgeheimnis]

236. Die *Stafag* gab an, bereits 2006 bei der Umstellung vom analogen auf das digitale Teleclubsignal versucht zu haben, das Teleclub-Programmangebot über die eigene TV-Plattform anbieten zu können. Dies sei von Teleclub abgelehnt worden, weshalb Stafag kurz vor Ende der Analogverbreitung von Teleclub auf das neue System umgestiegen sei. Im Rahmen der Verhandlungen um die IPTV-Verbreitung (vgl. Rz 228) sei das Thema erneut angesprochen worden. Teleclub habe anlässlich eines Treffens allerdings mitgeteilt, [Geschäftsgeheimnis]

237. Die *Technischen Betriebe Wil* (nachfolgend: TB Wil) betreiben in der Gemeinde ein eigenes CATV-Netz und übernehmen für den Verbund Thurcom die Signallieferung. Im Zusammenhang mit der Verbreitung des HD-Angebots stellten auch die TB Wil ein Gesuch, Teleclub selbst über die eigene Digital-Plattform vermarkten zu können. Als kein Angebot von Teleclub bezüglich Direktvermarktung erfolgte bzw. auch ein Angebot zur Übernahme der anfallenden Kosten abgelehnt wurde, gab TB Wil bekannt, dass sie vorerst auf die Aufschaltung des HD-Angebots von Teleclub verzichten würden. Teleclub rechtfertigte darauf die Ablehnung der Direktvermarktung nochmals folgendermassen:

A.4.4 Stellungnahmen der Parteien zum Sachverhalt

A.4.4.1 Stellungnahme von Swisscom

238. Gemäss Swisscom verkenne das Sekretariat die Bedeutung von Analog-TV und die Kapazitätsbeschränkungen der Kabelnetze im untersuchungsrelevanten Zeitraum. Das Sekretariat gehe ohne weitere zeitliche Differenzierung für den gesamten untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis 2013 von einem Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV aus. Diese Annahme sei falsch. Richtigerweise sei der Plattformmarkt im untersuchungsrelevanten Zeitraum grösstenteils durch die leitungsgebundene Übertragung von Analog-TV geprägt gewesen. Die Nichtberücksichtigung von Analog-TV habe zur Folge, dass das Sekretariat die daraus resultierenden Kapazitätsbeschränkungen der Kabelnetzbetreiber gänzlich unberücksichtigt gelassen habe. Da die Kabelnetzbetreiber gar keine hinreichenden Kapazitäten für das erweiterte Teleclub-Sportangebot besessen hätten, würden sämtliche diesbezüglichen Missbrauchsvorwürfe von vornherein ausscheiden.

239. Beim vorliegenden Fall geht es um Verhaltensweisen von Swisscom gegenüber verschiedenen Plattformanbietern. Bei den KNU, die sowohl analoge als auch digitale Plattformen betreiben, beschränkt sich die Untersuchung auf die Nachfrage der KNU für ihre digitalen Plattformen. Allfällige Verhaltensweisen in Bezug auf Analog-TV sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Insofern musste das Sekretariat keine Sachverhaltsermittlung in Bezug auf Analog-TV machen. Hierbei gilt es auch klarzustellen, dass es, wie nachfolgend aufgezeigt, nicht um die Marktbeherrschung auf einem Plattformmarkt geht. Die Abgrenzung eines Plattformmarkts erfolgt in erster Linie zur Beschreibung der Wettbewerbswirkung des vorgeworfenen Verhaltens (vgl. Rz 402). Entsprechend sind auch die Ausführungen von Swisscom betreffend Frequenzknappheit auf den Analog-Netzen nicht von Relevanz.

240. Das Argument der fehlenden Kapazitäten (das von Swisscom vorgetragen und von Cablecom bestritten wird) entspricht nicht der Feststellung des Sachverhalts (vgl. insb. Sachverhaltsangaben der Marktteilnehmer im Abschnitt A.4.3.5, vgl. auch Abschnitt B.4.1.1.2). Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb die KNU ein Angebot nachfragen sollten, welches sie aus Kapazitätsgründen nicht übertragen können.

241. Weiter macht Swisscom geltend, das Sekretariat verkenne die Bedeutung der Bündelangebote für den Plattformmarkt im untersuchungsrelevanten Zeitraum. So untersuche das Sekretariat nicht die Nachfrage der Fernsehzuschauer nach Bündelangeboten auf dem Plattformmarkt. Zudem überbewerte das Sekretariat infolge Nichtberücksichtigung der Bündelangebote die Bedeutung des Teleclub-Sportangebots als Wettbewerbsfaktor. Exklusiver Sportinhalt werde bei Swisscom [Geschäftsgeheimnis]

242. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung das Sportangebot von Teleclub bildet (vgl. Abschnitt A.4.3.5 und Rz 387). Die Plattformanbieter fragen dieses Sportangebot als Inhalt nach, den sie über ihre Plattformen bereitstellen. Demgegenüber geht es nicht primär um die Nachfrage der Fernsehzuschauer. Da die Plattformanbieter den Inhalt nicht selber konsumieren, sondern den Fernsehzuschauern ein möglichst attraktives Fernsehangebot bieten wollen, leiten sie ihre Nachfrage nach Inhalt aus den Präferenzen bzw. der Nachfrage der Fernsehzuschauer ab (vgl. bspw. Rz 384). Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Plattformen die Präferenzen in ihrer Gesamtheit, insbesondere in Bezug auf Bündelangebote, übernehmen würden. Die Plattformen fragen auf den vorgelagerten Bereitstellungsmärkten keine Bündelangebote nach. Es trifft zu, dass für den Entscheid für eine bestimmte Plattform verschiedene Kriterien bestehen, wie bspw. auch Bündelangebote (vgl. Rz 643 ff.). Allerdings entsteht einem Plattformanbieter ohne das Sportangebot von Tel-

eclub ein Wettbewerbsnachteil gegenüber Swisscom, unabhängig von einem etwaigen Bündelangebot: Zwar ist nur ein Teil der Endkunden bereit, für Sportangebote zu bezahlen. Für diesen Teil ist das Sportangebot von Teleclub alternativlos. Ohne das Teleclub-Sportangebot kann ein TV-Plattformanbieter von Anfang an nicht 100 % der Kunden erreichen. Dies bestätigen die Anhörungen von Cablecom und Sunrise (vgl. Rz 299 und 301).

243. Swisscom bringt auch vor, das Sekretariat erkenne die technischen Voraussetzungen für die Übertragung des erweiterten Teleclub-Sportangebots im untersuchungsrelevanten Zeitraum. Das Sekretariat untersuche wiederum nur aktuelle Marktverhältnisse. Dass die KNU allenfalls «heute» technisch in der Lage seien, das erweiterte Teleclub-Sportangebot zu übertragen, sei irrelevant. Alleine massgeblich sei, ob die KNU auch im untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis 2013 technisch in der Lage gewesen seien, das erweiterte Teleclub-Sportangebot auf ihren Kabelnetzen abzubilden. Und just das hätten sie in der untersuchungsrelevanten Periode nicht gekonnt.

244. Dazu gilt es zunächst festzuhalten, dass mit «heute» nicht der Zeitpunkt des Versands des Antrages des Sekretariats gemeint sein kann. Das Sekretariat hat die Marktverhältnisse bzw. die technischen Gegebenheit im Jahr 2015 nicht untersucht. Die Untersuchung ermittelt und prüft die Verhältnisse für den Zeitraum 2006 bis 2013. Entsprechend beziehen sich die «aktuellen Verhältnisse» bzw. «heute» auf diesen Zeitraum. Dies geht eindeutig aus der Sachverhaltsermittlung hervor (vgl. Abschnitt A.4.3). Entgegen der Ansicht von Swisscom waren die KNU im untersuchungsrelevanten Zeitraum sehr wohl in der Lage, das erweiterte Sportangebot auf ihren Netzen bereit zu stellen. Auch dies geht eindeutig aus der Sachverhaltsermittlung hervor. Abgesehen davon geht es vorliegend nicht nur um die KNU, sondern auch um IPTV-Anbieter (vgl. Rz 162 f.). Überdies liegt es an den KNU zu beurteilen, ob sie das nachgefragte Sportangebot verwenden können.

245. Zudem ist festzustellen, [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Rz 156). Vor diesem Hintergrund erscheint die Berufung von Swisscom auf technische Möglichkeiten und Kapazitäten der KNU als vorgeschoben.

246. Zudem bringt Swisscom vor, dass der für IPTV erforderliche Übertragungsstandard von den Kabelnetzbetreibern erst nach dem untersuchungsrelevanten Zeitraum implementiert worden sei.

247. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass für die Übertragung des vollen Sportangebots von Teleclub ein Wechsel zu IPTV nicht nötig ist. Zudem waren die Kabelnetze der KNU über den gesamten Untersuchungszeitraum internetfähig.⁶⁷ Im Übrigen trifft die Behauptung von Swisscom nicht zu, dass der Übertragungsstandard DOCSIS 3.0 erst im Januar 2014 von Cablecom implementiert worden sei. Gemäss Medienmitteilungen von Cablecom wurde DOCSIS 3.0 im ersten Halbjahr 2009 eingeführt.⁶⁸ Finecom testete DOCSIS 3.0 sogar bereits im Jahr 2006.⁶⁹ Schliesslich gilt es anzumerken, dass gemäss Cablecom bereits der DVB-C-

⁶⁷ Vgl. bspw. Medienmitteilung von Cablecom vom 29.11.2004, <http://www.upc-cablecom.ch/content/dam/www-upc-cablecom-ch/About/de/doc/medienmitteilungen/2004/cablecom_medienmitteilung_2004_11_29.pdf> (03.11.2015).

⁶⁸ Vgl. Medienmitteilung von Cablecom vom 26.08.2008, <http://www.upc-cablecom.ch/content/dam/www-upc-cablecom-ch/About/de/doc/medienmitteilungen/2008/cablecom_medienmitteilung_2008_08_26.pdf> (03.11.2015); Medienmitteilung von Cablecom vom 18.06.2009 <http://www.upc-cablecom.ch/content/dam/www-upc-cablecom-ch/About/de/doc/medienmitteilungen/2009/cablecom_medienmitteilung_2009_06_18.pdf> (03.11.2015).

⁶⁹ Vgl. Medienmitteilung von cisco vom 15.05.2006, <http://www.cisco.com/web/CH/de/press/releases/20060515_finecom.html> (03.11.2015).

Standard die Übertragung des vollständigen Teleclub-Sportangebots zugelassen hat. Der DVB-C-Standard sei bereits vor dem Jahr 2006 marktüblich gewesen.

248. Swisscom bringt sodann vor, das Sekretariat verkenne den Umfang des Teleclub-Sportangebots und der Sport-Übertragungsrechte. Das von Cinetrade gehaltene Rechte-Portfolio und das Teleclub-Sportangebot hätten sich im untersuchungsrelevanten Zeitraum stark verändert. Mit dem Start von Bluewin TV bzw. Swisscom TV im November 2006 habe das Teleclub-Sportangebot als Grundangebot die linearen Kanäle Teleclub Sport 1-3 und als erweitertes Angebot die Streams Teleclub Sport 4-14 (= insgesamt 11 zusätzliche Streams) umfasst. Das erweiterte Teleclub-Sportangebot sei per August 2009 auf Teleclub Sport 4-24 (= insgesamt 21 zusätzliche Streams) und per September 2010 auf Teleclub Sport 4-29 (= insgesamt 26 zusätzliche Streams) ausgebaut worden. Bis August 2009 seien somit im Rahmen des erweiterten Teleclub-Sportangebots mit Teleclub Sport 4-14 lediglich 11 zusätzliche Streams bzw. Feeds zur Verfügung gestanden. Darüber gehe der Antrag des Sekretariats vollständig hinweg. Des Weiteren hätten sich auch die im Teleclub-Sportangebot enthaltenen Programminhalte im untersuchungsrelevanten Zeitraum geändert. Entgegen der Annahme des Sekretariats seien im erweiterten Teleclub-Sportangebot gerade nicht im gesamten Zeitraum «sämtliche Spiele der Swiss Super League» übertragen worden. Im ersten Jahr nach dem Start von Swisscom TV [Geschäftsgeheimnis] Auch in den nachfolgenden Saisons seien nicht sämtliche Spiele übertragen worden.

249. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das Sekretariat sehr wohl erkannt hat, dass Swisscom das Sportangebot von Teleclub über die Zeit sukzessive ausgebaut hat (vgl. Rz 135). Entscheidend dabei ist vor allem, dass Swisscom TV seit jeher ein umfangreicheres Sportangebot als die Konkurrenz verbreitet hat. Die anderen TV-Plattformen hatten von Anfang nur Zugang zu den Kanälen «Sport 1-3» (vgl. Rz 156ff.). Mit anderen Worten hat Swisscom den Wettbewerbsvorteil aufgrund ihres umfangreicheren Sportangebots gegenüber den anderen TV-Plattformen vergrössert. Selbst wenn Teleclub zu Beginn von Swisscom TV nicht alle Spiele einer Runde oder eines Spieltags übertragen hat, [Geschäftsgeheimnis]. Die anderen TV-Plattformen hatten keinen Zugang zu den von Teleclub nicht ausgestrahlten Spielen (mit Ausnahme der im Free-TV übertragenen Spiele).

250. Swisscom bringt ferner vor, dass für die untersuchten Fussball- und Eishockeyligen im untersuchungsrelevanten Zeitraum teilweise gar keine Übertragungsrechte bestanden hätten. Cinetrade halte die Übertragungsrechte für die Challenge League [Geschäftsgeheimnis] Im November 2006 hätten entgegen der Behauptung des Sekretariats [Geschäftsgeheimnis]

251. Dazu ist festzuhalten, dass in den Randziffern 124 und [Geschäftsgeheimnis] des Antrags des Sekretariats tatsächlich fälschlicherweise festgehalten wird, dass Cinetrade 2006 auch die Übertragungsrechte [Geschäftsgeheimnis] gehabt hätte. Allerdings enthielt bereits der Antrag des Sekretariats die Übersicht über das Sportangebot von Teleclub in Tabelle 12. Aus der Übersicht in Tabelle 12 geht hinlänglich hervor, über welche Rechte Cinetrade zu welchem Zeitpunkt verfügt hat.

252. Swisscom macht geltend, das Sekretariat berechne die [Geschäftsgeheimnis] betreffend die im erweiterten Teleclub-Sportangebot [Geschäftsgeheimnis] empfangbaren Sportübertragungen falsch. Teleclub habe [Geschäftsgeheimnis] Challenge League Spiele übertragen ([Geschäftsgeheimnis]). Zudem seien in der [Geschäftsgeheimnis]rechnung auch die im Free-TV über sämtliche Kabel-Plattformen frei verfügbaren Spiele nicht berücksichtigt. Bei einem Vergleich der Übertragungen auf Kabel und Swisscom TV [Geschäftsgeheimnis]

253. Hierzu kann auf die Überprüfung in Rz 161 verwiesen werden.

254. Sodann macht Swisscom geltend, das Sekretariat verkenne allfällige Wettbewerbsbehinderungen durch das erweiterte Teleclub-Sportangebot.

255. Hierzu kann ebenfalls auf die Überprüfung in Rz 161 verwiesen werden.

256. Swisscom bringt weiter vor, das Sekretariat verkenne die Voraussetzungen für das Vorliegen einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung. So hätte Teleclub bzw. Swisscom für bestimmte relevante Ligen nicht im ganzen vorgeworfenen Zeitraum über Übertragungsrechte verfügt.

257. Es trifft zu, dass Swisscom nicht über den gesamten Untersuchungszeitraum über exklusive Rechte für alle relevanten Ligen verfügt hat. Dies geht indessen bereits aus dem Antrag des Sekretariats hervor. Dieser enthält die Übersicht über das Sportangebot von Teleclub in Tabelle 12. Aus der Übersicht in Tabelle 12 geht hinlänglich hervor, über welche Rechte Cine-trade zu welchem Zeitpunkt verfügt hat.

258. Dann bringt Swisscom vor, das Sekretariat verkenne die Bedeutung der relevanten Sportübertragungen im untersuchungsrelevanten Zeitraum. So untersuche das Sekretariat die Bedeutung der Schweizer Fussball- und Eishockeyligen nicht.

259. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat die Bedeutung der relevanten Sportübertragungen sowohl im Rahmen der Sachverhaltsabklärung (vgl. Abschnitt A.4.3.5), im Rahmen der Marktabgrenzung (vgl. Abschnitt B.4.1) als auch im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung (vgl. Abschnitt B.4.2) eingehend geprüft.

260. Swisscom führt aus, das Sekretariat untersuche zu Unrecht die aktuellen Marktverhältnisse und nicht jene im untersuchungsrelevanten Zeitraum.

261. Hierzu kann auf Rz 244 verwiesen werden.

262. Swisscom bringt vor, dass sie die Übertragungsrechte für die Super League und die NLA im Pay-TV [Geschäftsgeheimnis]. Ebenfalls im Jahr 2011 sei Swisscom für die beiden höchsten Schweizer Eishockeyligen [Geschäftsgeheimnis] zum Zug gekommen. Schliesslich habe Swisscom auch für die ausländischen Fussballligen die Übertragungsrechte [Geschäftsgeheimnis] der in der Schweiz aktiven Plattformanbieter erworben. Die Sportübertragungen hätten schlicht keine Bedeutung für die Vermarktung der Plattformen als Ganzes. Die Plattformanbieter hätten sich im untersuchungsrelevanten Zeitraum nicht für das Teleclub-Sportangebot interessiert. Die Bedeutung der Schweizer Fussball und Eishockey Ligen sei erst allmählich gewachsen, wohlgermerkt als Folge der Innovationen und der Aufbauleistung von Teleclub und Swisscom. Erst dann hätten sich die anderen Plattformanbieter für das entsprechende Produkt interessiert.

263. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die missbräuchlichen Verhaltensweisen die Nachfrage nach Inhalten betreffen. Dass keine anderen TV-Plattformen Konkurrenzofferten für die Übertragungsrechte abgegeben haben, ist nur bedingt relevant. Insbesondere gilt es zu beachten, dass viele konkurrierende TV-Plattformen gar nicht in der Lage gewesen sind, eine Konkurrenzofferte abzugeben. Aus dem Nichtvorhandensein von Konkurrenzofferten kann daher nicht der zwingende Schluss gezogen werden, die konkurrierenden TV-Plattformen hätten dem relevanten Sport-Content keine Bedeutung zugemessen. Dass Live-Sportübertragungen bereits im Jahr 2006 von Bedeutung waren, zeigt gerade das von Swisscom geltend gemachte eigene Engagement. Wenn Sportübertragungen bedeutungslos gewesen wären für die Vermarktung der Plattformen, hätte [Geschäftsgeheimnis]

264. Swisscom bringt auch vor, das Sekretariat habe die Bedeutung von Sportübertragungen nicht spezifisch für die Schweiz untersucht. In der Schweiz hätten Sportübertragungen im internationalen Vergleich eine geringere Bedeutung. Zudem sei die Bedeutung von Grossereignissen wie Welt- oder Europameisterschaften viel grösser als jene der Schweizer Fussball- und Eishockeyligen. Und dann differenziere das Sekretariat nicht zwischen der Bedeutung der oberen und unteren Ligen.

265. Selbst wenn die Bedeutung von Sportübertragungen im internationalen Vergleich geringer ausfällt, kann daraus nicht geschlossen werden, dass Sportübertragungen bedeutungslos sind. Wie bereits erwähnt, zeigt gerade das Engagement von Swisscom deren Bedeutung (vgl. Rz 263). Das gilt gleichermassen für Grossereignisse wie Welt- oder Europameisterschaften. Zudem finden Grossereignisse im Gegensatz zu Spielen im Rahmen von Ligabetrieben nicht regelmässig im Jahresablauf statt. Schliesslich ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Differenzierung nach Bedeutung oberer und unterer Ligen vorliegend von Relevanz sein soll. Unbestrittenemassen sind die obersten Ligen regelmässig von grösserer Bedeutung als die unteren. Nichtsdestotrotz hat Swisscom auch die zweithöchsten Ligen sowie ausländische Ligen mit unterschiedlicher Bedeutung im Vergleich zu Super League und NLA übertragen (vgl. Tabelle 12).

266. Swisscom rügt weiter, das Sekretariat untersuche nicht die Bedeutung der relevanten Sportübertragungen für TV-Zuschauer. Anstatt sich allein auf eine Befragung der Plattformanbieter zu beschränken, hätte das Sekretariat eine Marktbefragung der Fernsehzuschauer durchführen müssen. Es sei klar, dass Cablecom oder Swisscable das Teleclub-Sportangebot nun als für den Fortbestand der Kabelbranche wesentlichen Content darstellen würden. Weil die KNU in der Befragung überrepräsentiert gewesen seien, seien die Ergebnisse der Befragung verfälscht. Schliesslich sei die Einschätzung des Sekretariats, dass es sich bei Spitzensport um den wichtigsten Premium Content handle, auch im Widerspruch zur hohen Erfolgsrate von Netflix, Apple TV und anderen VoD-Angeboten wie etwa von Swisscom TV, welche wenig oder gar keinen Sport und jedenfalls keine untersuchungsrelevanten Fussball- und Eishockeyübertragungen zeigen würden.

267. Zwar trifft es zu, dass sich die Nachfrage der TV-Plattformen nach Inhalten aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer ableitet. Dies zumal die TV-Plattformen die Inhalte nicht selber konsumieren, sondern ihren Kunden eine möglichst attraktive Plattform bieten wollen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Nachfrage der TV-Plattformen nach Inhalten mit der Nachfrage der Fernsehzuschauer gleichzusetzen wäre. Relevant bleibt vorliegend die Nachfrage der TV-Plattformen, da nur diese die vorliegend relevante Marktgegenseite von Swisscom auf den relevanten Bereitstellungsmärkten sind. Entscheidend ist daher, welche TV-Inhalte nach Ansicht der TV-Plattformen für ihre Fernsehzuschauer wichtig sind. In Bezug auf Netflix, Apple TV und andere VoD-Angebote ist darauf hinzuweisen, dass sich diese massgeblich von den vorliegenden Sportangeboten unterscheiden. Netflix und Apple-TV sind nicht an eine bestimmte Plattform gebunden. VoD-Angebote von Spielfilmen und Serien unterscheiden sich wesentlich von den vorliegend relevanten Sportangeboten (vgl. Rz 406 ff.).

268. Swisscom bringt vor, das Sekretariat überbewerte die Bedeutung der relevanten Sportübertragungen als notwendigen Input für Plattformanbieter im untersuchungsrelevanten Zeitraum. Dass die IPTV-Anbieter keinen Zugang zu Teleclub Sport 1-3 besitzen würden, sage nichts über dessen Qualifikation als notwendigen Input aus. Das Sekretariat setze diese einfach voraus. Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen seien im untersuchungsrelevanten Zeitraum erst allmählich eine wirtschaftliche Bedeutung zugekommen. Es sei daher schlicht abwegig, diese für den gesamten untersuchungsrelevanten Zeitraum als notwendigen Input zu behandeln. Schliesslich übersehe das Sekretariat vollkommen die Bedeutung der im Free-TV empfangbaren Sportübertragungen als Alternativquelle.

269. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat die objektive Notwendigkeit der relevanten Sportübertragungen als Input eingehend geprüft (vgl. Rz 627 ff.). Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass Swisscom selber Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen eine wirtschaftliche Bedeutung beimisst. Überdies übersieht das Sekretariat die Bedeutung von Free-TV keineswegs: Das Sekretariat hat sich mit dieser Frage einlässlich befasst (vgl. Rz 439 ff.).

270. Swisscom macht geltend, das Sekretariat verkenne die Bedeutung der eingestellten Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable. Die WEKO habe die Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable vollumfänglich eingestellt, verbunden mit der Mitteilung des Sekretariats, dass der Cablecom-Vertrag mit dem Content-Akquisitionsverbot kartellrechtlich unproblematisch gewesen wäre. Zu diesem Sachverhalt äussere sich das Sekretariat in seinem Antrag nicht. Teleclub bzw. Swisscom dürfe sich auf die seinerzeitige Beurteilung der Wettbewerbsbehörden aus dem Jahr 2007 verlassen. Des Weiteren habe das Sekretariat die Marktbeobachtung Lieferverträge im Juni 2007 ohne Folgen eingestellt. Bei dieser Marktbeobachtung habe das Sekretariat das Akquisitionsverbot ebenfalls eingehend geprüft. Das Sekretariat habe den Rechteerwerb ebenfalls nicht beanstandet. Auch diese Marktbeobachtung bliebe im Antrag des Sekretariats unberücksichtigt.

271. Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Dieser Anspruch umfasst das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens auf Seiten der Behörden sowie den Vertrauensschutz auf Seiten der Rechtsunterworfenen, wobei eine genaue Grenzziehung nicht vorgenommen werden kann, weil sich beide Aspekte überschneiden. Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Vertrauensanspruchs sind das Bestehen einer ausreichenden Vertrauensgrundlage, d. h. eine Zusicherung oder ein sonstiges Verhalten einer Behörde, welches bestimmte Erwartungen hervorrufen kann; die Begründetheit des Vertrauens; die Vornahme von Dispositionen durch den Vertrauenden, die sich nicht einfach rückgängig machen lassen; ein Kausalzusammenhang zwischen dem begründeten Vertrauensverhältnis und der Vornahme der Dispositionen; das Fehlen eines eigenen unredlichen oder widersprüchlichen Verhaltens des Vertrauenden; sowie der Vorrang des Vertrauensschutzes vor einer notwendigen Durchsetzung des objektiven Rechts. Für die Beurteilung ist dabei jeweils eine Abwägung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls massgebend.⁷⁰

272. Zur Untersuchung 32-0153: Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable ist festzuhalten, dass es sich dabei um ein gegen Cablecom und den Verband Swisscable geführtes Verfahren handelt. Teleclub bzw. Swisscom war nicht Untersuchungsadressatin. Zu beurteilen war das Verhalten von Cablecom bzw. des Verbandes Swisscable und nicht das in der Untersuchung 32-0243: Sport im Pay-TV zu beurteilende Verhalten Teleclub bzw. Swisscom. So hat die WEKO in ihrer Verfügung vom 4. Juni 2007 nur Verhaltensweisen von Cablecom und des Verbandes Swisscable geprüft.⁷¹ Entsprechend kann Swisscom nichts zu ihren Gunsten aus dem Verfahren 32-0153: Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable ableiten. Insbesondere wurde mit dem Verfahren kein Vertrauen bei Swisscom begründet, wonach ihr Verhalten rechtmässig wäre, zumal das Verhalten von Swisscom wie erwähnt nicht Gegenstand des Verfahrens war.

273. Es trifft zwar zu, dass Teleclub vom Sekretariat aufgefordert wurde, den Vertrag zwischen Teleclub und Cablecom, welcher zum Rückzug der Anzeige von Teleclub geführt hat, zu erläutern. In der Folge hat denn auch Teleclub mit Schreiben vom 2. April 2007 insbesondere Ausführungen zur unter anderen relevanten Ziffer 4.2. des genannten Vertrages gemacht. Zu diesen Ausführungen hat jedoch weder das Sekretariat in seinem damaligen Antrag noch die WEKO in ihrer Verfügung Stellung bezogen. Es bestand dazu auch kein Anlass, zumal wie erwähnt nicht die Verhaltensweisen von Teleclub zu beurteilen waren. Entsprechend steht die Untersuchung 32-0153: Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable dem vorliegenden Verfahren nicht entgegen.

⁷⁰ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 611 Rz 216 f., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.Hinw.

⁷¹ Vgl. RPW 2007/3, 408 Rz 93, *Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable*.

274. Gleichermassen verhält es sich bei der Marktbeobachtung Lieferverträge, wobei hier zudem zu erwähnen ist, dass die WEKO ohnehin nicht an Äusserungen ihres Sekretariats gebunden wäre. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich die Wettbewerbsbehörden nur zu der Gegenstand des jeweiligen Verfahrens bildenden Materie äussern. Wenn im Rahmen eines Verfahrens Parteien Dokumente einreichen und sich die Wettbewerbsbehörden dazu nicht äussern, kann daraus kein Vertrauen abgeleitet werden, das Dokument sei in jeglicher Hinsicht wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

275. Folglich sind weder der von Swisscom geltend gemachte Vertrauensschutz noch der Grundsatz «ne bis in idem» in Bezug auf das Content-Akquisitionsverbots und die Beurteilung des [Geschäftsgeheimnis] Rechteerwerbs verletzt.

276. Ebenfalls rügt Swisscom, das Sekretariat verkenne die Anforderungen an die Homologierung von IPTV-Plattformen. Das Sekretariat befasse sich nicht mit dem Entwicklungsverlauf der IPTV-Übertragung. Auch untersuche das Sekretariat nicht, inwieweit die Plattformanbieter die technischen Anforderungen an die Homologierung erfüllen würden. Zudem unterlasse das Sekretariat eigene Sachverhaltsabklärungen in Bezug auf das Vorliegen der technischen Voraussetzungen für die Homologierung. Das Sekretariat untersuche die mit der Homologierung von IPTV-Plattformen verbundenen Kosten und Aufwände nicht.

277. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat die Frage der Homologierung geprüft (vgl. Rz 212 f. und 688 ff.). Dass sich das Sekretariat dabei auch auf die Angaben konkurrierender TV-Plattformen gestützt hat, ändert daran nichts. Das Sekretariat hat deren Angaben durchaus einer Beweiswürdigung unterzogen. Es ist in der Tat nicht nachvollziehbar, weshalb Schwierigkeiten bei der Homologierung des Teleclub-Angebots bestehen sollen, wenn die konkurrierenden Plattformen keinerlei Probleme mit anderen Anbietern im Premium Pay Bereich wie beispielsweise Sony, Warner oder Canal+ haben (vgl. Rz 688). Und die Frage der Finanzierung ist nach wie vor den Plattformanbietern zu überlassen (vgl. Rz 688). Im Rahmen der Anhörung erklärte Swisscom nicht, weshalb sie als [Geschäftsgeheimnis] Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen den Homologierungsprozess hierfür nicht selber bestimmen konnte.

278. Swisscom bringt sodann vor, das Sekretariat verkenne die Bedeutung des Free-TV im Bereich der relevanten Sportübertragungen im untersuchungsrelevanten Zeitraum. Die WEKO selber habe im Zusammenschlussvorhaben von Swisscom und Cinetrade⁷² den disziplinierenden Einfluss von Free-TV auf Pay-TV betont.

279. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat die Bedeutung von Free-TV eingehend geprüft (vgl. insb. Rz 377 ff., 402, 403 ff., 422, 439 ff., 449 f., 467, 483 ff., 567 und 585).

280. Swisscom rügt auch, das Sekretariat untersuche nicht die Benachteiligung von Teleclub durch die KNU bei der Aufschaltung des HD-Signals.

281. Dem ist entgegenzuhalten, dass die von Swisscom angezeigten Verhaltensweisen nicht Gegenstand dieses Verfahrens bilden. Selbst wenn sich die KNU diesbezüglich kartellrechtswidrig verhalten hätten, rechtfertigt dies ein kartellrechtswidriges Verhalten von Swisscom nicht. Das Kartellrecht kennt kein Retorsionsrecht. Zwar schliesst die von Swisscom zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht aus, dass eine marktbeherrschende Unternehmung ihre beanstandete Verhaltensweise damit rechtfertigt, dass sie eine in einem anderen Bereich, hier dem Pay-TV-Markt, marktbeherrschende Anbieterin daran hindern will, ihrerseits Marktzutrittsschranken zu errichten und wirksamen Wettbewerb dort zu verunmöglichen. Diese Argumentation scheidet aber vorliegend bereits daran, dass die Verhaltensweise von Swisscom

⁷² Vgl. RPW 2005/2, 363 ff. Rz. 43, *Swisscom - Cinetrade*.

in der zeitlichen Abfolge keine Reaktion auf eine allfällige Verweigerung der KNU darstellt. Zudem ist es mit dem Markteintritt von Swisscom im TV-Plattformmarkt fraglich, ob die KNU in diesem Bereich überhaupt noch als marktbeherrschend bezeichnet werden können. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass entsprechend der vorliegenden Marktabgrenzung das HD-Signal keinen eigenständigen Markt bildet (vgl. Rz 401).

282. Swisscom führt sodann aus, das Sekretariat verkenne die kaum überschaubare Plattformvielfalt. Es bestünden über 200 KNU mit unterschiedlichen Übertragungstechnologien und Standards. Es sei Teleclub aus ökonomischen Gründen nicht möglich, für jeden der ungefähr 200 KNU ein individuelles Teleclub-Sportangebot zu konfigurieren. Für Teleclub bestehe daher die Notwendigkeit, den KNU ein Teleclub-Sportangebot zur Verfügung zu stellen, das ihrem «kleinsten gemeinsamen Nenner» entspreche. Das Sekretariat habe nicht untersucht, inwieweit sich für Teleclub hieraus Einschränkungen hinsichtlich der Vermarktung des Teleclub Sport-Angebots ergäben.

283. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat die Frage der technischen Möglichkeiten sowohl im Rahmen der Sachverhaltsermittlung als auch im Rahmen der Beurteilung der Rechtfertigungsgründe eingehend geprüft (vgl. Abschnitt A.4.3.5 sowie Rz 683 ff. und 752 ff.). Die Sachverhaltsermittlung zeigt, dass trotz der hohen Anzahl KNU eine Bereitstellung des vollständigen Teleclub-Sport-Angebots nicht mit unverhältnismässigen Kosten verbunden ist. Im Gegenteil weisen die befragten Marktteilnehmer darauf hin, dass bei der Signalübertragung keine technischen Schwierigkeiten zu erwarten seien. Swisscom bringt in diesem Zusammenhang nichts vor, was die Angaben der Marktteilnehmer als unrichtig erscheinen liesse. Zudem ist festzustellen, dass die Verweigerung des vollständigen Teleclub-Sportangebots [Geschäftsgeheimnis] Die GA Ossingen gab an, dass eine telefonische Anfrage für eine Erweiterung des Sportprogrammes [Geschäftsgeheimnis]. Auch Sunrise gab an, Teleclub habe als Begründung vorgebracht, [Geschäftsgeheimnis]

284. Dazu ist weiter festzustellen, dass gemäss [Geschäftsgeheimnis]. [Geschäftsgeheimnis]. In diesem Zusammenhang ist auch auf die [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Rz 156). [Geschäftsgeheimnis] Überdies ist nicht einzusehen, weshalb Swisscom den Bezug des vollständigen Teleclub-Sportangebots nicht von der Einhaltung eines für alle KNU gültigen, von Swisscom definierten Standards abhängig gemacht hat. Gemäss Cablecom wäre auch eine Koordination über den Verband Swisscable möglich gewesen.

285. Als nächstes führt Swisscom aus, dass der Antrag des Sekretariats die technischen Unterschiede der Plattformen im untersuchungsrelevanten Zeitraum verkenne. Die IPTV-Plattform von Swisscom habe in der ersten Phase nach ihrer Markteinführung [Geschäftsgeheimnis] Umgekehrt habe Swisscom, um das Gebietsmonopol der Kabelnetzbetreiber zu brechen, im untersuchungsrelevanten Zeitraum als erstes viele technische Innovationen auf dem Markt eingeführt. Unter anderem habe sich Swisscom seinen ausgezeichneten Kundendienst und seine grosse technische Zuverlässigkeit zu Nutze gemacht. Dies habe das Sekretariat nicht abgeklärt. Deshalb könne gar nicht beurteilt werden, welche Gründe für die festgestellte Kundenabwanderung von den KNU ursächlich gewesen seien.

286. Im untersuchungsrelevanten Zeitraum haben sich die technischen Möglichkeiten der verschiedenen Plattformen verändert. Swisscom konnte gemäss eigenen Angaben seine technischen Möglichkeiten erweitern und ausbauen. Das Sekretariat hat sich mit dieser Frage entgegen der Ansicht von Swisscom eingehend auseinandergesetzt (vgl. Rz 381 f., 639 f. und 644 ff.). Auch wenn für den Entscheid der Endkunden für eine bestimmte TV-Plattform verschiedene Kriterien bestehen (wie etwa das Programmangebot, Plattformfunktionen, Servicequalität sowie etwaige Bündelangebote wie bspw. Triple-Play), gab Swisscom selber an, [Geschäftsgeheimnis] würden. TV-Plattformanbieter können einen Anteil an Kunden in dieser Höhe nicht vernachlässigen. Für TV-Plattformanbieter stellen Schweizer Fussballübertragungen im Pay-TV und Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV eines der wesentlichen

Kriterien für die Wahl der Plattform dar. Überdies macht Swisscom selber geltend, die Plattformanbieter hätten das Interesse, möglichst viele Angebote auf der Plattform anzubieten um die verfügbaren Kapazitäten voll auszulasten. Kein Zuschauer konsumiere alle und sämtliche Sendungen, die angeboten würden. Auch dies zeigt, dass die TV-Plattformen möglichst viele wenn nicht alle Zuschauer ansprechen wollen, weshalb sie auf einen Kundenanteil von [Geschäftsgeheimnis] nicht von vornherein verzichten können.

287. Swisscom macht geltend, das Sekretariat untersuche nicht den wirtschaftlichen Hintergrund der Auseinandersetzungen zwischen Teleclub und Cablecom.

288. Den Wettbewerbsbehörden sind die langjährigen (kartellrechtlichen) Auseinandersetzungen zwischen Teleclub und Cablecom sehr wohl bekannt. Die vorliegende Untersuchung ist indes kein Fall «Teleclub/Cablecom». So geht es mitnichten einzig um das von Swisscom bzw. Teleclub gegenüber Cablecom getätigte Verhalten.

289. Swisscom führt weiter aus, das Sekretariat untersuche weder die [Geschäftsgeheimnis] noch die Bedeutung des Teleclub-Sportangebots für neue IPTV- bzw. Glasfaser-Anbieter.

290. Zunächst ist festzuhalten, dass das Sekretariat den Vertrieb von Teleclub über die verschiedenen Plattformen eingehend geprüft hat (vgl. Abschnitt A.4.3.1). Auch die von Swisscom vorgebrachten [Geschäftsgeheimnis] erklären nicht, weshalb über Sunrise TV als IPTV-Plattform ebenfalls der KNU-Preis verlangt wird (vgl. Tabelle 7) und weshalb in der ursprünglichen Vereinbarung [Geschäftsgeheimnis] bezahlen musste (vgl. Rz 92). Zudem ist aus der von Swisscom geltend gemachten Auflistung ersichtlich, [Geschäftsgeheimnis] Zur vorgebrachten überschätzten Bedeutung des Teleclub-Sportangebots ist darauf hinzuweisen, dass wie erwähnt die Endkunden ihren Entscheid für eine TV-Plattform anhand unterschiedlicher Kriterien treffen. Eine TV-Plattform kann ohne das Teleclub-Sportangebot überleben. Allerdings kann eine TV-Plattform nicht von vornherein auf dieses Angebot verzichten, um alle Kunden anzusprechen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den internetbasierten Übertragungsplattformen wie bspw. Zattoo oder Teleboy um keine Anbieter von Netzinfrastruktur handelt, sondern um OTT-Anbieter. Die Interessen von OTT-Anbietern unterscheiden sich von den Interessen von IPTV-Plattformen. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat die Bedeutung des Teleclub-Sportangebots für neue IPTV- bzw. Glasfaser-Anbieter eingehend untersucht (vgl. Rz 628 ff.): Im Gegensatz zu den OTT-Anbietern geben die IPTV-Plattformen an, dass dem Teleclub-Sportangebot grosse Bedeutung zukommt.

291. Swisscom macht ferner geltend, entgegen den Feststellungen im Antrag des Sekretariats seien mehrere Set-Top-Boxen nach Aufhebung der Grundverschlüsselung nicht mehr erforderlich.

292. Dem ist zunächst entgegen zu halten, dass – insbesondere nachdem Swisscom selber stets die Relevanz des Untersuchungszeitraums und nicht der Zeit danach hervorhebt – die Aufhebung der Grundverschlüsselung bei den KNU erst in den letzten Jahren erfolgt ist. So hob etwa der Kabelnetzverbund Quickline die Grundverschlüsselung per 1. September 2010 auf; Cablecom gar erst am 14. November 2012.⁷³ Im Übrigen betrifft dies nur das Grundangebot der KNU. Im Vertriebsmodell der Signalanlieferung ist daher grundsätzlich auch nach der Aufhebung der Grundverschlüsselung durch die KNU noch eine zweite STB erforderlich, wenn ein Endkunde nebst dem Teleclub- und dem Grundangebot der KNU noch weitere Angebote

⁷³ Vgl. Medienmitteilung von Quickline vom 17.08.2010: <<https://qlgroup.quickline.ch/news-detail/news/quickline-digital-tv-grundverschlueselung-aufgehoben/>> (09.12.2015); Medienmitteilung von Cablecom vom 14.11.2012: <http://www.upc-cablecom.ch/de/about/ueberuns/mediencenter/medienmitteilungen/media-detail/?newsid=2012.351_1523_a2d21> (09.12.2015).

der KNU in Anspruch nehmen will. Mit anderen Worten ist beim Vertriebsmodell der Signallieferung für den Empfang des Teleclub-Sportangebots eine STB von Teleclub in jedem Fall zwingend.

293. Damit erweisen sich die von Swisscom beantragten zusätzlichen Ermittlungsmassnahmen als nicht erforderlich.

A.4.5 Befragung im Rahmen der Anhörungen

A.4.5.1 Anhörung von Swisscom

294. Swisscom macht geltend, man habe die technischen Möglichkeiten der KNU abgeklärt und sei mit diesen in stetem Austausch gewesen. Es habe bei den KNU stets ein Kapazitätsproblem gegeben. Aber auch die Technologie sei ein Problem. Swisscom sei auf eine einheitliche Verbreitungstechnologie angewiesen. Es gehe nicht, dass sie 25 bis 30 verschiedene Arten von Signalen zur Einspeisung produzieren würde, um für jedes Kabelnetz die gewünschte Darstellung beim Endkunden zu gewährleisten. Man habe bei den KNU auch mehrfach um mehr Kapazität nachgefragt, habe diese aber nie erhalten. Die KNU würden sich auch selber widersprechen, wenn diese einerseits die Aufschaltung des Teleclub-Programms in HD unter Hinweis auf beschränkte Kapazitäten ablehnen würden und andererseits behaupteten, sie hätten genügend Kapazitäten für das vollständige Teleclub-Sportangebot. Teleclub habe seit 10 bis 15 Jahren keine weiteren Kapazitäten erhalten. Vereinzelt Netzbetreiber hätten eventuell mehr gegeben, aber dann hätte Teleclub für wenige Abonnenten die Signale dem Netz separat zuführen müssen. Das sei wirtschaftlich nicht sinnvoll. Eine Freigabe des vollständigen Sportprogramms an andere Plattformen würde [Geschäftsgeheimnis] bedeuten. Und im Jahr 2006 habe niemand in die Rechte, Produktion und Verbreitung investieren wollen. Zudem sei Swisscom auf dem Pay-TV-Markt von 0 % Marktanteil zu einem nennenswerten Wettbewerber aufgestiegen. Ebenfalls könne Swisscom die marktbeherrschende Stellung auf den Bereitstellungsmärkten nicht bestätigen: Swisscom habe beim Einstieg 0 % Marktanteil gehabt, sie habe das aufgebaut. Wenn von der Liga Rechte erworben werden könnten, dann herrsche Wettbewerb. Im Bereich Bereitstellung werde man dann Anbieter. Das sei ein künstlicher Markt, den man gar nicht brauche. Marktbeherrschend sei auf dem Bereitstellungsmarkt die Plattform. Vor 2006 sei man als TV-Anbieter abhängig von der Plattform, also von der Verbreitung, gewesen. In diesem Zusammenhang stehe das Verfahren der Wettbewerbskommission von 2002 bis 2014. Selbst wenn ein solcher Markt abgegrenzt werde, müsse man die Marktgegenseite betrachten. Im Jahr 2006 seien die KNU klar dominant gewesen.

295. In den TV-Plattformmarkt sei Swisscom hauptsächlich [Geschäftsgeheimnis]. Die KNU hätten ein schnelles Netz und die Möglichkeit von Triple-Play-Angeboten gehabt. Wenn Swisscom nicht auch ein Bundling hätte machen können, hätte sie einen Wettbewerbsnachteil gehabt. Es gebe kaum noch Kunden, die einen blossen Internetanschluss kaufen würden. Die meisten kauften ein Bündel. Der Wettbewerb habe sich zu Triple-Play entwickelt, daher habe Swisscom reagieren müssen. Es gebe eine Vielzahl von Faktoren für den Erfolg einer Plattform, nicht nur Sport-Rechte.

296. Dass PPV auf den Netzen der KNU nicht erhältlich sei, begründe sich einerseits damit, dass PPV auf den Kabelnetzen technisch nicht möglich sei. Andererseits habe Swisscom die Rechte [Geschäftsgeheimnis] erworben und dafür einen entsprechenden Zuschlag bezahlt. Dies wolle Swisscom auch ausschöpfen, wenn auch nur in einem kleinen Mass. [Geschäftsgeheimnis].

297. In der Romandie sei das französischsprachige Teleclub-Sportangebot nur über Swisscom TV erhältlich, weil die Landschaft der KNU heterogen sei. Es sei ein lokaler Wettbewerb. In einigen Städten seien starke Anbieter tätig, in anderen nicht. Bereits aufgrund der Spill-Overs aus dem Ausland sei es unterschiedlich. Deshalb müsste man auf der Ebene der

Gemeinde schauen. Zudem würde Swisscom keine regionalen Angebote machen, sondern gesamtschweizerische. In der Romandie habe sich Swisscom im Gegensatz zur Deutschschweiz zu einem stand-alone-Sportangebot entschlossen, weil erstens dort nur Swisscom mit ihrer TV-Plattform in der Lage sei, dies abzubilden. Zweitens gehe es um das Ausnutzen des [Geschäftsgeheimnis], den man bezahlt habe, der die Gesamtfinanzierung ermöglicht habe und zu Recht habe umsetzen wollen.

A.4.5.2 Anhörung von Cablecom, Finecom und Sasag

298. Cablecom gibt an, dass mit Swisscom nie eine wirkliche Diskussion über die technischen Voraussetzungen für die Verbreitung des vollständigen Teleclub-Sportangebots geführt worden sei. Das vollständige Angebot sei kategorisch abgelehnt worden. Die technischen Voraussetzungen seien bei allen KNU gegeben gewesen, welche den DVB-Standard übernommen hätten, was bei fast allen KNU in der Schweiz der Fall sei. Auch wäre es sicher möglich gewesen, einen Übertragungsstandard über den Verband Swisscable auszuarbeiten. Mit dem Netzupgrade ab 2007 wäre es Cablecom und wohl auch den meisten anderen KNU auch hinsichtlich Kapazität möglich gewesen, das vollständige Teleclub-Sportangebot zu übertragen.

299. Zur Bedeutung des Sportangebots führt Cablecom aus, dass wenn man nur schon 30'000 Kunden zugrunde lege, die eventuell nur auf Grund der Exklusivität des Sportangebots zu Swisscom gewechselt hätten und das mit einem durchschnittlichen Abopreis von 59 Franken pro Monat multipliziere, ergebe dies pro Jahr Umsatzverluste von rund 20 Millionen Franken. Darin liege die tatsächliche Bedeutung des Sports.

300. Für den Kunden sei es auch ein gewaltiger Unterschied, ob er für Sportinhalte erst ein Basispaket abonnieren müsse oder diese Inhalte im Einzelabruf beziehen könne. Cablecom sei PPV wichtiger als PPC, weil das den individuellen Kundenbedürfnissen besser entspreche. Zudem fänden auch häufig, insbesondere an den Wochenenden, bis zu neun Spiele gleichzeitig statt. Das Teleclub-Angebot bei den KNU sei dabei auf drei Kanäle limitiert, weshalb ihnen im Vergleich zu Swisscom TV zwei Drittel der Live-Inhalte verloren gehen würden.

A.4.5.3 Anhörung von Sunrise

301. Zur Bedeutung der Sportübertragungen für die Vermarktung der Plattform führt Sunrise aus, dass im Rahmen von Kundenbefragungen 32 % der Befragten angeben würden, dass Sportangebote wichtig bis sehr wichtig seien. Bei Männern zwischen 20 und 39 seien es sogar 41 %. Die Bedeutung der Sportübertragungen sei ihrer Ansicht nach während dem gesamten Untersuchungszeitraum konstant gewesen. Auch seien die Kanäle 4 bis 29 besonders relevant wegen Parallelspielen, insbesondere am Wochenende. Mit den Kanälen 1 bis 3 könne man nicht alle Parallelspiele abdecken. Daher fehlten Spiele, die der Kunde anschauen möchte. In welcher Grössenordnung die Bedeutung der Kanäle 4 bis 29 liege, könne man allerdings nicht genau sagen.

302. Die Bedeutung von PPV und PPC erachtet Sunrise als gleich gross. Diese würden aber unterschiedliche Kundenbedürfnisse befriedigen.

303. Ein Kapazitätsproblem für die Übertragung des vollständigen Teleclub-Sportangebots habe es bei Sunrise zu keinem Zeitpunkt gegeben. Es sei auch kein grosser Aufwand nötig, um das Signal weiterzugeben.

304. Sunrise habe bei Swisscom auch das Angebot «Teleclub en français» nachgefragt. Es sei Sunrise aber letztlich von Swisscom beschieden worden, [Geschäftsgeheimnis]

A.4.6 Stellungnahmen der Parteien zu den Anhörungen

A.4.6.1 Stellungnahme von Swisscom

305. Swisscom bringt vor, dass im Untersuchungszeitraum neben den anderen Drittplattformen auch Cablecom vor der Einführung der Horizon-Plattform nicht in der Lage gewesen sei, das erweiterte Sportangebot von Teleclub einschliesslich PPV zu übertragen. Ob die erst gegen Ende des Untersuchungszeitraumes eingeführte Horizon-Plattform tatsächlich dazu in der Lage gewesen sei, sei zu klären. Die Untersuchungsadressaten würden nicht davon ausgehen. Dann hält Swisscom in ihrer Stellungnahme auf die Stellungnahme von Cablecom, Finecom und Sasag fest, deren Ausführungen über die fehlende technische Realisierbarkeit des erweiterten Teleclub-Sportangebots und die Kapazitätsengpässe auf Kabel seien unvollständig und unzutreffend und würden integral bestritten.

306. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 238 ff. verwiesen werden.

A.4.6.2 Stellungnahme von Cablecom, Finecom und Sasag

307. Cablecom, Finecom und Sasag bringen vor, dass die KNU im relevanten Zeitraum über die technischen Möglichkeiten und Kapazitäten für die Verbreitung des erweiterten Sportangebots von Teleclub verfügt hätten und dass deren Nichtvorhandensein nie ein Thema gewesen sei.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

308. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten dabei sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

309. Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht autonom als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind. Ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess kann sich dann nicht autonom verhalten, wenn er durch einen Dritten kontrolliert wird und daher keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen kann, sondern vielmehr nach einer Geschäftsstrategie handelt, die ihm vom kontrollierenden Dritten (explizit oder implizit) vorgegeben wird. Damit wäre dieses Gebilde ein Teil eines grösseren Ganzen, welches als Konzern bezeichnet werden kann.

310. Das Kartellrecht enthält keine eigene Definition des Konzernbegriffs.⁷⁴ Es ist daher auf den Konzernbegriff des Obligationenrechts⁷⁵ abzustellen. Gemäss aArt. 663e Abs. 1 OR lag ein zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung (Konzernrechnung) verpflichteter Konzern vor, wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasste. Dabei führte nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts selbst eine hundertprozentige Beteiligung nicht zu einem Konzern, wenn keine einheitliche Leitung beabsichtigt war.⁷⁶ Nach den seit 1. Januar 2013 geltenden Rechnungslegungsvorschriften muss eine rechnungslegungspflichtige juristische Person, welche ein oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen kontrolliert, im Geschäftsbericht für die Gesamtheit der kontrollierten Unternehmen eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) erstellen (Art. 963 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie: 1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt; 2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzurufen; oder 3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Ob im Bereich des Kartellrechts den neuen Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts Rechnung zu tragen ist und entsprechend die Kontrollmöglichkeit für das Vorliegen einer Konzernstruktur genügt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben.

311. Aufgrund der obligationenrechtlichen Konzerndefinition kann ein Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich nicht Teil eines Konzerns sein, da dieses nicht unter einheitlicher Leitung, sondern unter der Leitung von mehreren Muttergesellschaften steht. Es sei denn, diese Muttergesellschaften stünden ihrerseits direkt oder indirekt unter der Kontrolle einer einzigen Konzernmutter, womit letztlich auch das Gemeinschaftsunternehmen von dieser Konzernmutter alleine kontrolliert würde. Ein Gemeinschaftsunternehmen kommt indes durchaus selber als Konzernmuttergesellschaft in Frage, wenn dieses andere Gesellschaften alleine kontrolliert.⁷⁷ Ebenso spricht nichts dagegen, ein Gemeinschaftsunternehmen aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der «Unternehmenssphäre» seiner Muttergesellschaften zuzurechnen. Soweit ersichtlich hat sich die schweizerische Rechtsprechung mit der Frage noch nie befassen müssen. Der Europäische Gerichtshof (nachfolgend: EuGH), der hinsichtlich Unternehmensbegriff eine ähnliche Praxis⁷⁸ hat wie die schweizerische Rechtsprechung, hat hingegen entschieden, dass für die Zwecke der Zurechenbarkeit wettbewerbswidrigen Verhaltens die Muttergesellschaften eines Gemeinschaftsunternehmens zusammen mit Letzterem eine wirtschaftliche Einheit bilden und daher als ein einziges Unternehmen anzusehen sind, falls die Muttergesellschaften tatsächlich Kontrolle bzw. bestimmenden Einfluss («exercise decisive influence») betreffend das Gemeinschaftsunternehmen ausüben.⁷⁹ Da nach schweizerischem Kartellgesetz der Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 KG generell und nicht bloss im

⁷⁴ Vgl. ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, achter Band, sechster Teilband, von Büren/Girsberger/Kramer/Sutter-Somm/Tercier/Wiegand (Hrsg.), 2. Auflage, 2005, 8 und 469 ff.

⁷⁵ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

⁷⁶ Vgl. Urteil des BVerfG, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 ff., *Publigroupe SA et al./WEKO*, bestätigt durch BGE 139 I 72, nicht publ. E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f. E. 3), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁷ Vgl. RPW 2012/3, 696 Rz 29, *GIM/Fluxys/Swissgas/FluxSwiss/Transitgas*.

⁷⁸ Als Unternehmen gilt im Wettbewerbsrecht der EU grundsätzlich «jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung»; vgl. VOLKER EMMERICH, in: Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Auflage, 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV N 6 ff.

⁷⁹ Urteil des EuGH vom 26.9.2013 C-179/12 P, *The Dow Chemical Company/European Commission*, Rz 58.

Hinblick auf die individuelle Zurechenbarkeit von einzelnen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen definiert werden muss, ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Muttergesellschaften ihrerseits untereinander keine wirtschaftliche Einheit bilden. Insofern kann nach schweizerischer Terminologie nicht von einem einzigen Unternehmen gesprochen werden. Das Gemeinschaftsunternehmen ist stattdessen gleichzeitig den jeweiligen «Unternehmenssphären» seiner Muttergesellschaften zuzurechnen.

312. Da es gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG auf die Rechts- oder Organisationsform nicht ankommt, muss auch bei analogen Strukturen das wirtschaftliche Ganze als einziges Unternehmen erfasst werden, selbst wenn die einzelnen Einheiten keine Gesellschaften im Sinne von Art. 963 OR (bzw. aArt. 663e Abs. 1 OR) sind.

313. Die Swisscom-Gruppe kann ohne Weiteres als wirtschaftliche Einheit und damit als ein einziges Unternehmen qualifiziert werden (nachfolgend als Swisscom bezeichnet).

314. Die Cinetrade-Gruppe wurde bis zum 30. April 2013 von Swisscom und A. _____ gemeinsam kontrolliert. Allerdings nahm A. _____ als natürliche Person selber nicht am Wirtschaftsprozess teil, weshalb er gemäss Entscheid der WEKO vom 18. November 2013 den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG nicht erfüllt. Die (Mit-)Kontrolle von A. _____ bis zum 30. April 2013 muss daher bei der Prüfung des Unternehmensbegriffes ausser Acht gelassen werden. Mit Schreiben vom 31. Mai 2013 teilte Swisscom dem Sekretariat mit, dass der Erwerb der Aktienmehrheit [Geschäftsgeheimnis] an Cinetrade durch Swisscom, d. h. der zweite Transaktionsschritt gemäss Zusammenschlussvorhaben 41-0392: Swisscom/Cinetrade, per 30. April 2013 vollzogen worden sei.⁸⁰

315. Zusammenfassend kann für die Zeit vor dem 30. April 2013 trotz gemeinsamer Kontrolle nur Swisscom zusammen mit der Cinetrade-Gruppe als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG bezeichnet werden. Seit dem 30. April 2013 liegt auch «kontrollrechtlich» nur noch das Unternehmen Swisscom (inkl. Cinetrade-Gruppe) vor. Der Verständlichkeit halber wird nachfolgend gleichwohl von Cinetrade und Teleclub die Rede sein, auch wenn diese für sich betrachtet entsprechend dem Ausgeführten den Unternehmensbegriff nicht erfüllen und Teil des Unternehmens Swisscom sind.⁸¹

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

316. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- oder anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

317. Die marktbeherrschende Stellung als Tatbestandselement von Art. 7 KG stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.⁸² Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der

⁸⁰ Vgl. Medienmitteilung der Swisscom vom 2. Mai 2013, <http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases/2013/05/20130502_MM_Cinetrade.html> (19.6.2013).

⁸¹ Vgl. zum Ganzen auch Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 579 f. Rz 26 ff., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁸² Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz. 79, *Watt/Migros - EEF*; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 (nachfolgend: BOTSCHAFT 95), 547 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2005, Art. 2 KG Rz. 14.

Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

B.2 Verfügungsadressaten/Parteien

318. Im Kartellgesetz besteht wie erwähnt die Spezialität, dass dieses nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG auf Unternehmen anwendbar ist, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz statuiert hingegen keine eigene Definition der Partei- und Prozessfähigkeit und weicht mithin nicht von der übrigen Rechtsordnung, insbesondere dem Verwaltungsverfahrensgesetz, ab.

319. Gemäss Art. 6 VwVG (i. V. m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

320. Voraussetzungen der Parteistellung sind zunächst die Partei- und die Prozessfähigkeit.⁸³ Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt die Partei- und Prozessfähigkeit nicht. Diese richten sich vielmehr nach dem Zivilrecht. Die Parteifähigkeit stellt die Fähigkeit dar, im Verfahren unter eigenem Namen als Partei aufzutreten; parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Rechtsfähig sind die natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts. Die Prozessfähigkeit ist die rechtliche Befugnis, in eigenem Namen oder als Vertreter im Verfahren rechtswirksam zu handeln. Sie ist dann gegeben, wenn die parteifähige Person auch handlungsfähig ist.⁸⁴ Die Handlungsfähigkeit beurteilt sich nach Art. 17 f. ZGB⁸⁵.

321. Parteistellung kommt in erster Linie derjenigen Person zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Diese wird auch als materielle Verfügungsadressatin bezeichnet.⁸⁶

322. Auch wenn das Kartellgesetz nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform seinem Geltungsbereich unterwirft, ändert dies nichts daran, dass nur ein Subjekt mit Rechtspersönlichkeit Träger von Rechten und Pflichten und damit Verfügungsadressat sein kann. Dies hat zur Folge, dass in einem Kartellverfahren das Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes und der Adressat einer Verfügung auseinanderfallen können.⁸⁷

323. Soweit vorliegend ein Konzern bzw. eine konzernähnliche «wirtschaftliche Gesamtheit» verfahrensbeteiligt ist, ist zu berücksichtigen, dass diesen weder Rechts- noch Handlungsfähigkeit zukommt. Da diese Unternehmen somit mangels Partei- und Prozessfähigkeit nicht Verfügungsadressaten sein können, ist im Einzelfall zu prüfen, an welche Rechtsträger beziehungsweise an welche juristisch selbständigen Konzerngesellschaften eine Verfügung eröffnet werden muss.⁸⁸ Wird etwa eine kartellrechtsrelevante Verhaltensweise durch eine abhängige Konzerngesellschaft (Tochtergesellschaft) ausgeübt, werden die der Verhaltensweise zugrunde liegenden strategischen Entscheide aber auf der Ebene der herrschenden Konzerngesellschaft (Muttergesellschaft), das heisst von der Konzernleitung gefällt, sind nach der Praxis der Wettbewerbskommission beide Gesellschaften als Verfügungsadressatinnen zu betrachten.⁸⁹ Die Praxis der WEKO behandelt dabei die Muttergesellschaft als materielle

⁸³ Vgl. Urteil des BVGer E-7337/2006 vom 11.2.2008, E. 3.2.

⁸⁴ Vgl. Urteil des BGer 2C_303/2010 vom 24.10.2011, E. 2.3.

⁸⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

⁸⁶ Vgl. Urteil des BGer 9C_918/2009 vom 24.12.2009, E. 4.3.1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, 1983, 148.

⁸⁷ Vgl. JENS LEHNE, BSK KG, Art. 2 KG N 21.

⁸⁸ Vgl. VON BÜREN, Der Konzern (Fn 74), 485.

⁸⁹ Vgl. RPW 2004/2, 421 Rz 67, *Swisscom ADSL*.

Verfügungsadressatin und die Tochtergesellschaft als formelle Verfügungsadressatin.⁹⁰ Entsprechendes muss auch bei den anderen, als ein einziges Unternehmen erfassten wirtschaftlichen Gesamtheiten gelten.

324. Für die Swisscom-Gruppe wird praxisgemäss die Swisscom (Schweiz) AG als Verfügungsadressatin herangezogen.⁹¹ Vorliegend sind damit die Swisscom (Schweiz) AG, die CT Cinetrade AG sowie die Teleclub AG als Verfügungsadressaten zu bezeichnen.⁹²

B.3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

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

326. In den hier zu beurteilenden Märkten (vgl. nachfolgend Abschnitt B.4.1) gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

327. Demgegenüber machen die Parteien den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG geltend. So führt Swisscom aus, dass gestützt auf Art. 2 Abs. 2 Bst. g URG⁹³ ein urheberrechtlicher Werksschutz für die Live-Sportübertragungen bzw. Sportaufzeichnungen entstünde. Aufgrund dieser Urheberrechte würden im vorliegenden Fall vorbehaltene Vorschriften bestehen. Vorliegend gehe es nicht um die exklusive Ausgestaltung der Verwertungskanäle von Sportrechten – diesbezüglich wären die Sportrechteinhaber, d. h. die Ligen selber die richtigen Adressaten –, sondern um eine [Geschäftsgeheimnis] Nutzung urheberrechtlich geschützter Sportübertragungen. Bei einer solchen Nutzung liege eine Wettbewerbswirkung vor, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergebe.

328. Auch Cinetrade macht geltend, dass die von Teleclub als Pay-TV-Veranstalter hergestellten Sportsendungen als urheberrechtlich geschützte Werke gemäss Art. 3 Abs. 2 KG von der Anwendung des Kartellgesetzes ausgenommen seien. Ebenso wenig wie ein Sportveranstalter gezwungen werden könne, überhaupt eine Übertragung zu dem von ihm organisierten Sportereignis zuzulassen, sei der Urheber eines Werkes gezwungen, Dritten Verwertungsrechte an diesem einzuräumen. Das Kartellrecht könne grundsätzlich nur dann zur Anwendung gelangen, wenn sich der Veranstalter/Urheber überhaupt zu einer Lizenzierung der Sportveranstaltung/des Werks entschlossen habe und insoweit eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirke.

⁹⁰ Vgl. RPW 2007/2, 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; bestätigt im Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigroupe SA et al./WEKO* bzw. in BGE 139 I 72, nicht publ. E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f. E. 3), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁹¹ Vgl. bspw. BGE 137 II 199 (= RPW 2011/3, 440), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

⁹² Vgl. zum Ganzen auch Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 585 ff. Rz 67 ff., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁹³ Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1).

329. Gemäss Praxis der WEKO und herrschender Lehre ist Art. 3 Abs. 2 KG restriktiv auszu-legen. Danach werden unter den «sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geis-tige Eigentum» ergebenden Wettbewerbswirkungen nur solche verstanden, welche auf Hand-lungen des Schutzrechtsinhabers beruhen, die sich aus dem jeweiligen Immaterialgüterrechtserlass selber ergeben.⁹⁴ In der Lehre wird Art. 3 Abs. 2 KG gar als über-holt angesehen, zumal gar kein Zielkonflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht bestehe, sondern vielmehr von einer Zielparallelität auszugehen sei. Das Verhältnis wird als «komplementär» oder «symbiotisch» bezeichnet. Es sei nicht das Ziel des Immaterialgüter-rechts, funktionierenden Wettbewerb einzuschränken, sondern im Gegenteil: Die immaterial-güterrechtlichen Schutzrechte sollen besondere Leistungen belohnen und so den Innovations-wettbewerb fördern.⁹⁵ Gemäss HILTY besteht schon aus verfassungsrechtlichen Gründen kein Vorrang des Immaterialgüterrechts. Das verfassungsmässig geschützte Eigentum (Art. 26 BV) gehe der ebenfalls von der Verfassung garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), und der sich daraus ableitenden Vorgaben der Wettbewerbspolitik gemäss Art. 96 BV, nicht vor. Dies wiederum bedeute, dass sich Wettbewerbsbeschränkungen, die sich aus immaterialgüter-rechtlichen Schutzkonstellationen ergeben, nicht nach formaljuristischen Gesichtspunkten be-urteilen liessen; erforderlich sei vielmehr stets der Blick auf die Funktionsfähigkeit des Wett-bewerbs auf den relevanten Märkten.⁹⁶ Eine ähnliche Diskussion findet auch in ausländischen Jurisdiktionen, insbesondere der Europäischen Union statt.⁹⁷

330. Ungeachtet der Frage, ob Art. 3 Abs. 2 KG als Anwendungsvorbehalt zu betrachten ist oder ob die immaterialgüterrechtlichen Aspekte im Rahmen der materiellen Prüfung angemessen zu berücksichtigen sind,⁹⁸ stehen die vorliegend geltend gemachten Urheberrechte einer kartellrechtlichen Überprüfung des Sachverhalts nicht entgegen: Zunächst gilt es festzuhalten, dass nach herrschender Lehre und Rechtsprechung den übertragenen Sportereignissen sel-ber keine Werkeigenschaft im Sinne von Art. 2 URG und damit kein urheberrechtlicher Schutz zukommt.⁹⁹ Allenfalls können die aufgrund von Regieanweisungen geschnittenen und mit Kommentaren versehenen Live-Sportübertragungen bzw. Sportaufzeichnungen möglicher-weise Werkeigenschaft aufweisen, sofern ihnen ein individueller Charakter zukommt.¹⁰⁰ Die Frage, ob Sendungen über Sportveranstaltungen als geschützte Werke anzusehen sind, ist allerdings umstritten und wurde von der Rechtsprechung bisher nicht beantwortet.¹⁰¹ Nach

⁹⁴ Vgl. RPW 2006/3, 435 Rz 29, *Medikamentenpreis Thalidomid*; RETO M. HILTY, BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 26 ff.

⁹⁵ Vgl. RPW 2011/1, 112 f. Rz 109 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m.w.Hinw.; vgl. zu den verschiedenen Theorien auch BSK KG-HILTY (Fn 94), Art. 3 Abs. 2 KG N 13 ff.; FRANZ X. STIRNIMANN, *Urheberkartellrecht - Kartellrechtliche Verhaltenskontrolle von urheberrechtlichen Märkten in der Schweiz*, 2004, 5 ff. und 41 ff.

⁹⁶ Vgl. BSK KG-HILTY (Fn 94), Art. 3 Abs. 2 KG N 15; STIRNIMANN (Fn 95), 15 ff.

⁹⁷ Vgl. BSK KG-HILTY (Fn 94), Art. 3 Abs. 2 KG N 9 ff.; ANDREAS HEINEMANN, *Gefährdung von Rechten des geistigen Eigentums durch Kartellrecht? Der Fall "Microsoft" und die Rechtsprechung des EuGH*, GRUR 2006, 705 – 713.

⁹⁸ Vgl. RPW 2011/1, 113 Rz 112, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁹⁹ Vgl. IVAN CHERPILLOD, in: *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*, Müller/Oertli (Hrsg.), 2. Auflage, 2012, (nachfolgend: URG-Kommentar) Art. 2 URG N 12; CATHERINE METTRAUX KAUTHEN, in: *Commentaire romand – Propriété intellectuelle*, de Werra/Gilliéron (Hrsg.), 2013, Art. 33 LDA N 5; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, 2. Auflage, 2000, Art. 2 URG N 22; KAMEN TROLLER, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, 2. Auflage, 1996, S. 252; ROLAND VON BÜREN, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, von Büren/David (Hrsg.), 1995, S. 114 f. Ziff. 2.9.; Urteil des BVGer A-7970/2007 vom 28. August 2008, E. 8.4, m.w.Hinw.

¹⁰⁰ Vgl. URG-Kommentar-CHERPILLOD (Fn 99), Art. 2 URG N 59.

¹⁰¹ Vgl. BGE 107 II 82, E. 4.a.

Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts kann einzig die Wiedergabe des Spiels als öffentliches Ereignis ein Werk im Sinne des URG darstellen.¹⁰² Wie es sich damit verhält, kann aber aus nachfolgenden Gründen offengelassen werden. Abgesehen vom Schutz von Werken im Sinne von Art. 2 URG könnten gegebenenfalls die verwandten Schutzrechte für Sendeunternehmen (Art. 37 URG) zur Anwendung gelangen.¹⁰³

331. Ungeachtet der Frage, ob überhaupt entsprechende Schutzrechte vorliegen, greift Art. 3 Abs. 2 KG nur, wenn sich der Schutzrechtsinhaber auf jene Befugnisse stützt, die ihm das jeweilige Schutzrecht einräumt.¹⁰⁴ Die sich allenfalls aus dem Urheberrechtsgesetz ergebenden Schutzrechte (insb. Art. 10 und 37 URG) werden vorliegend nicht infrage gestellt. Diese Schutzrechte beinhalten jedoch von vornherein nicht die Möglichkeit der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen oder des Abschlusses von Koppelungs-/Bündelungsverträgen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen.¹⁰⁵

332. In Bezug auf die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie die Diskriminierung von Handelspartnern ist zunächst festzustellen, dass die Schutzrechte des Urheberrechts grundsätzlich die negative Vertragsfreiheit des Urhebers schützen.¹⁰⁶ So hat der Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). Der Urheber hat insbesondere das Recht, Werkexemplare wie Druckerzeugnisse, Ton-, Tonbild- oder Datenträger herzustellen; Werkexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten; das Werk direkt oder mit irgendwelchen Mitteln vorzutragen, aufzuführen, vorzuführen, anderswo wahrnehmbar oder so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben; das Werk durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen, auch über Leitungen, zu senden; gesendete Werke mit Hilfe von technischen Einrichtungen, deren Träger nicht das ursprüngliche Sendeunternehmen ist, insbesondere auch über Leitungen, weiterzusenden; zugänglich gemachte, gesendete und weitergesendete Werke wahrnehmbar zu machen (Art. 10 Abs. 2 URG). Auch hat das Sendeunternehmen das ausschliessliche Recht, seine Sendung weiterzusenden und seine Sendung wahrnehmbar bzw. zugänglich zu machen (Art. 37 Bst. a, b und e URG). Ob Letzteres als verwandtes Schutzrecht gemäss 3. Titel des Urheberrechtsgesetzes überhaupt ein geistiges Eigentum i.S.v. Art. 3 Abs. 2 KG darstellt, erscheint fraglich, kann hier aber offengelassen werden.¹⁰⁷

333. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die [Geschäftsgeheimnis] Übertragungsrechte, aus welchen sich vorliegend die Marktbeherrschung ergibt (vgl. nachfolgend Abschnitt B.4.1.5, insb. Rz 551 und 566 ff.), ausschliesslich den urheberrechtlichen Abwehrrechten entspringen. Beziehungsweise ob die vorliegenden Wettbewerbswirkungen bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie der Diskriminierung von Handelspartnern (vgl. hinten Rz 651 ff. und 737 ff.) ausschliesslich auf die Ausübung der Urheber- bzw. verwandten Schutzrechte zurückzuführen sind.

¹⁰² Vgl. Urteil des BVGer A-7970/2007 vom 28. August 2008, E. 8.4.

¹⁰³ Vgl. ROLF AUF DER MAUR, URG-Kommentar, Art. 37 URG N 5a.

¹⁰⁴ RPW 2008/3, 393 Rz 78, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2011/1, 113 ff. Rz 113 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 761 E. 3.4, *Gaba International AG gegen WEKO*; vgl. auch CHRISTOPH GASSER/REINHARD OERTLI, URG-Kommentar, Vorbem. zu Art. 19 – 28 URG N 19, m.w.Hinw.

¹⁰⁵ Vgl. RPW 2008/3, 393 Rz 78, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; BSK KG-HILTY (Fn 94), Art. 3 Abs. 2 KG N 32; vgl. auch BGE 126 III 129, 153 f. E. 9, *Kodak SA/Jumbo-Markt AG*.

¹⁰⁶ Vgl. BSK KG-HILTY (Fn 94), Art. 3 Abs. 2 KG N 33.

¹⁰⁷ Eher kritisch: BSK KG-HILTY (Fn 94), Art. 3 Abs. 2 KG N 42.

334. Wie erwähnt, ist der Begriff «ausschliesslich» in Art. 3 Abs. 2 KG restriktiv auszulegen. So wurde etwa auch im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes im Jahr 2008 darauf hingewiesen, dass «kaum Konstellationen denkbar [sind], in welchen sich Wettbewerbswirkungen ausschliesslich aus dem Immaterialgüterrecht ergeben.»¹⁰⁸ Es sei daher mit der herrschenden Lehre zu fordern, «dass [Art. 3 Abs. 2 KG] restriktiv auszulegen ist, was dazu führt, dass ein Sachverhalt mit immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Komponente praktisch immer anhand des materiellen Kartellrechts (Art. 5 oder 7 KG) geprüft werden kann.»¹⁰⁹

335. Mit dem Urheberrecht kann der Urheber insbesondere die Nachahmung seines Werkes verhindern (vgl. Rz 332). Dabei ist Nachahmung allerdings nicht mit Substitution gleichzusetzen. Das Urheberrecht verbietet nur die Herstellung und Verwertung gleicher, nicht jedoch gleichartiger Produkte (welche gegebenenfalls ihrerseits wieder urheberrechtlich geschützt sind); auch wenn die Unterscheidung im Einzelfall schwierig sein kann.¹¹⁰ Entsprechend ist der Urheber nicht automatisch marktbeherrschend, da gegebenenfalls Substitutionsprodukte zu seinem urheberrechtlich geschützten Werk bestehen. Eine Monopolstellung des Rechteinhabers liegt erst dann vor, wenn um den Schutzgegenstand nicht mehr «herum geschaffen» werden kann.¹¹¹ E contrario bedeutet dies, dass eine im konkreten Fall festgestellte Marktbeherrschung nicht zwingend (nur) auf ein gegebenenfalls vorhandenes Urheberrecht zurückzuführen ist.

336. Vorliegend weisen die Live-Sportübertragungen bzw. Sportaufzeichnungen möglicherweise Werkeigenschaft im Sinne von Art. 2 URG auf (vgl. Rz 330), weshalb Teleclub als Urheberin und Sendeunternehmen (bzw. dem Unternehmen Swisscom) eine exklusive Verwertung des entsprechenden geistigen Eigentums zuzubilligen wäre. Wie jedoch nachfolgend aufgezeigt wird (Abschnitt B.4.1.5), beruht die Marktbeherrschung von Swisscom nicht einzig auf dem Umstand, dass Swisscom das von Teleclub geschaffene Werk exklusiv verwerten kann. Vielmehr beruht diese in erster Linie auf den [Geschäftsgeheimnis] Übertragungsrechten, welche sich Swisscom vertraglich sichern konnte (vgl. insb. nachfolgend Rz 569 ff.). Swisscom kann daher die fraglichen Werke aufgrund von [Geschäftsgeheimnis] erstellen. Mit anderen Worten ist es den Konkurrenten von Swisscom [Geschäftsgeheimnis] verwehrt, ein Substitut [Geschäftsgeheimnis] herzustellen. Diese [Geschäftsgeheimnis] Möglichkeit, [Geschäftsgeheimnis], ergibt sich [Geschäftsgeheimnis] nicht dem geistigen Eigentum.

337. Nicht entscheidend ist dabei, dass die Swisscom die [Geschäftsgeheimnis] Möglichkeit zur Erstellung der fraglichen Werke im Rahmen von zweiseitigen Verträgen erworben hat. Kausal für [Geschäftsgeheimnis] ist zwar auch das Verhalten des rechthevergebenden Verbandes, [Geschäftsgeheimnis]. Es kann aber nicht angehen, dass ein Unternehmen, das seine marktbeherrschende Stellung durch [Geschäftsgeheimnis] erreicht, im Rahmen der Missbrauchskontrolle gemäss Art. 7 KG anders behandelt wird, als ein Unternehmen, welches [Geschäftsgeheimnis]. Anders zu argumentieren hiesse, die Missbrauchskontrolle ins Leere laufen zu lassen: Denn die zu beurteilende Verhaltensweise übt in der vorliegenden Konstellation nicht der Veräusserer der Übertragungsrechte aus, sondern deren Erwerber. Würde nur das Unternehmen unter Art. 7 KG fallen, welches die Marktbeherrschung «zu verantworten» hat, würden vorliegend Marktbeherrschung und Verhaltensweise künstlich auseinanderdividiert, was nicht der wirtschaftlichen Realität entspricht. Der Erwerber der Rechte kann sich auf dem

¹⁰⁸ Vgl. EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Evaluation gemäss Art. 59a KG, Studien zu Einzelbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen), Projektbericht P2, 2008, (nachfolgend: Projektbericht P2), Rz 10; vgl. auch . BSK KG-HILTY (Fn 94), Art. 3 Abs. 2 KG N 3.

¹⁰⁹ Vgl. Projektbericht P2 (Fn 108), Rz 39.

¹¹⁰ Vgl. zur Abgrenzung zwischen Werken und Werken zweiter Hand einerseits sowie der sog. freien Benutzung andererseits: HERBERT PFORTMÜLLER, URG-Kommentar, Art. 11 URG N 6, m.w.Hinw.

¹¹¹ STIRNIMANN (Fn 95), 9.

Markt [Geschäftsgeheimnis] unabhängig von der Konkurrenz verhalten, selbst wenn er für die Erlangung dieser Position auf den Veräusserer angewiesen ist.

338. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass Swisscom einen massgebenden Einfluss auf [Geschäftsgeheimnis] der Vergabe im Jahr 2006 genommen haben dürfte. So macht Swisscom geltend, dass erst das [Geschäftsgeheimnis] «Entsprechend ist auch im vorliegenden Fall der Schutz [Geschäftsgeheimnis] zu gewährleisten. Nur so bestehen auch in Zukunft Anreize, die nötigen Investitionen für die Beschaffung, die Aufbereitung bzw. Produktion und die Verbreitung dieser Inhalte zu tätigen.» So führt auch Cinetrade aus, dass der Erwerb und die Vergabe von [Geschäftsgeheimnis] eine wesentliche Basis des Fernsehgeschäftes sei. Ein Pay-TV-Veranstalter brauche buchstäblich valablen oder eben [Geschäftsgeheimnis] Inhalt, um als Geschäftsmodell den Konsumenten davon zu überzeugen, für den Empfang dieses Inhalts noch ein über Grundgebühren hinaus zu leistendes weiteres Entgelt zu bezahlen.

339. Genauso wenig wie die Marktstellung ergeben sich auch die Wettbewerbswirkungen bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und der Diskriminierung von Handelspartnern (vgl. hinten Rz 452 ff. und 514 ff.) ausschliesslich aus dem Urheberrecht. Wie sich aufgrund der nachfolgenden Erwägungen zeigt, sind Sportsendungen, die dasselbe Sportereignis zum Inhalt haben, grundsätzlich austauschbar. So ist beispielsweise kein Unterschied zwischen den von Teleclub und den von der SRG produzierten Sportsendungen ersichtlich (vgl. nachfolgend Rz 439 ff.; vgl. auch Rz 401 zum Verhältnis SD / HD). Es kann daher davon ausgegangen werden, dass sich der Endkunde – und damit auch ein Plattformanbieter (vgl. nachfolgend Rz 397) – in erster Linie für das übertragene Spiel interessiert. Weniger entscheidend ist, wer das Spiel überträgt. Hauptbestandteil des nachgefragten Gutes «Sportsendung» ist mit anderen Worten das übertragene Sportereignis, welches keinen Urheberrechtsschutz genießt, und nicht das urheberrechtlich geschützte «Sendegefäss». Das wettbewerbliche Problem besteht somit auch hier nicht einzig in der durch das Urheberrecht geschützten Verwertung des Werkes «Sportsendung», sondern in der Tatsache, dass kein alternatives Werk erstellt werden kann.

340. Anzumerken ist, dass ein allfälliges geistiges Eigentum von Teleclub an seinen Sportsendungen nicht infrage gestellt wird. Die Sendungen – soweit ihnen urheberrechtlicher Werkcharakter zukommt – bleiben in jedem Falle vor unerlaubter (Weiter-) Verwertung bzw. Veränderung geschützt. Die Sendungen bleiben in jedem Falle geistiges Eigentum ihres Urhebers. Das heisst, es wird nicht in den Verwertungsschutz des Urhebers¹¹² eingegriffen.

341. Damit steht das Urheberrecht, insbesondere Art. 10 und Art. 37 URG, vorliegend der Anwendung des Kartellgesetzes nicht entgegen.

B.3.1 Stellungnahmen der Parteien zum Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

B.3.1.1 Stellungnahme von Swisscom

342. Swisscom macht geltend, das Sekretariat verkenne Art. 3 Abs. 2 KG. Rechtlich beantrage das Sekretariat eine Zwangslizenzierung des Teleclub-Sportprogrammangebots und der Sendungen von Teleclub. Das durch Teleclub geschaffene Sportprogrammangebot und die einzelnen Sendungen seien indes urheberrechtlich geschützt. Die vom Sekretariat beantragte Zwangslizenz betreffe keine immaterialgüterrechtsfremde Wettbewerbswirkungen, sondern greife in den eigentlichen Bestand der Urheberrechte ein, indem sie in Missachtung der urheberrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechte und verwandten Schutzrechte die von Teleclub geschaffenen Werke per se allen TV-Plattformen in der Schweiz freigebe. Ein solches Vorgehen

¹¹² Vgl. STIRNIMANN (Fn 95), 50 ff.

verstoße gegen Art. 10 und Art. 37 URG und missachte die von Art. 3 Abs. 2 KG gesetzten Grenzen für wettbewerbsrechtliche Interventionen.

343. Entgegen der Ansicht von Swisscom greifen die beantragten Massnahmen nicht in den Bestand von allfälligen Urheberrechten von Swisscom ein. Die Marktbeherrschung von Swisscom beruht in erster Linie darauf, dass nur Swisscom die Möglichkeit hat, ein allfällig urheberrechtlich geschütztes Werk zu erstellen. Dabei kann es keine Rolle spielen, auf welche Weise Swisscom eine marktbeherrschende Stellung erlangt (vgl. Rz 336 ff.).

344. Dann rügt Swisscom, das Sekretariat setze bei der Prüfung von Art. 3 Abs. 2 KG die Übertragungsrechte zu Unrecht mit den beanstandeten Wettbewerbswirkungen gleich. Folglich komme das Sekretariat, wenig überraschend, zum Schluss, dass sich die massgeblichen Wettbewerbsbeschränkungen nicht ausschliesslich aus dem Urheberrecht ergeben würden. Tatsächlich hätten indes die beanstandeten Wettbewerbswirkungen mit dem Urheberrecht nichts zu tun, zumal das geschützte Werk und das Sendegut überhaupt erst auf tieferer Ebene geschaffen würden. Vielmehr würden sich die beanstandeten Wettbewerbswirkungen aus der [Geschäftsgeheimnis] Vergabe der Rechte an der Übertragung von Sportveranstaltungen auf der Ebene der Ligen ergeben, welche für die [Geschäftsgeheimnis] Rechte des Swisscom-Konzerns auf tieferer Ebene, nämlich des Urheberrechtes an den selbst geschaffenen Werken, ursächlich sei. Es müsse daher «näher an der Quelle» eingegriffen werden. Swisscom bemängelt, das Sekretariat wolle nicht auf der Ebene der Sportligen eingreifen, welche für die Übertragung ihrer Spiele [Geschäftsgeheimnis] Rechte vergeben würden.

345. Entgegen der Ansicht von Swisscom setzt das Sekretariat die Übertragungsrechte nicht mit den beanstandeten Wettbewerbswirkungen gleich. Vielmehr legt es dar, dass sich die beanstandeten Wettbewerbswirkungen nicht einzig aus allenfalls urheberrechtlich geschützten Verhaltensweisen ergeben (vgl. Rz 333 ff.). Daraus, dass das Sekretariat vorliegend die Wettbewerbssituation auf den Bereitstellungsmärkten bzw. dem Plattformmarkt untersucht hat und nicht auf der Stufe der Zentralvermarktung, vermag Swisscom nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass den Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Untersuchungseröffnung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zusteht.¹¹³ Des Weiteren ist festzuhalten, dass selbst wenn (auch) auf der Ebene der Zentralvermarktung ein kartellrechtliches Problem bestehen sollte, dies die Wettbewerbsbehörden nicht daran hindert, die vorliegend festgestellten Verhaltensweisen von Swisscom zu untersuchen. Dies hat auch dann zu gelten, wenn ein allfälliges Einschreiten auf der Ebene der Zentralvermarktung die Swisscom hier vorgehaltenen Verhaltensweisen gar nicht mehr möglich machen würde. Swisscom kann sich der Verantwortung für kartellrechtskonformes Verhalten als Marktbeherrscherin nicht dadurch entziehen, dass sie die Marktbeherrschung durch Erwerb von Rechten Dritter erlangt hat.

346. Weiter bemängelt Swisscom, dass die vom Sekretariat beantragte Zwangslizenz in Widerspruch zur einschlägigen Rechtsprechung des EuGH stehe. Auch die EU-Kommission habe Fussballübertragungen bisher immer auf Ebene der Rechtevergabe kartellrechtlich überprüft. Selbst die Schweizer Wettbewerbsbehörden hätten mittlerweile ebenfalls die Ebene der Rechtevergabe in den Blick genommen.

347. Der vorliegende Fall kann nicht mit den vom EuGH beurteilten Fällen gleichgesetzt werden. Im von Swisscom zitierten Fall *Magill* ging es darum, dass sich die Rechtsmittelführerinnen auf das Urheberrecht berufen haben, «um die Firma Magill — oder jedes andere Unternehmen, das das gleiche Projekt verfolgt — daran zu hindern, wöchentlich Informationen (über

¹¹³ Vgl. Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 3.6.2.1, *Bayerische Motoren Werke AG/WEKO*.

Fernsehsender, Tag, Uhrzeit und Titel der Sendungen) zusammen mit Kommentaren und Bildern zu veröffentlichen, die sie ohne Zutun der Rechtmittelnehmerinnen erhalten haben».¹¹⁴ Im Fall *IMS Health* ging es um die Frage, «ob die Weigerung eines Unternehmens, das eine beherrschende Stellung innehat und Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums an einer Bausteinstruktur ist, auf deren Grundlage Daten über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in einem Mitgliedstaat präsentiert werden, einem anderen Unternehmen, das ebenfalls derartige Daten im selben Mitgliedstaat anbieten will, aufgrund der Ablehnung durch die potenziellen Nutzer hierfür aber keine alternative Bausteinstruktur entwickeln kann, eine Lizenz zur Verwendung dieser Struktur zu erteilen, einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG darstellt».¹¹⁵

348. Es geht vorliegend jedoch nicht um eine Zwangslizenzierung sondern allenfalls um eine Zwangsverbreitung. Die Sportsendungen von Teleclub sollen nicht etwa einem anderen Programmveranstalter zur Verwertung überlassen werden. Vorliegend werden die gegebenenfalls urheberrechtlich geschützten Sportsendungen von Teleclub zunächst zu einem Programm zusammengefasst. Die allfällige Nachfrage von Programmveranstaltern nach Sportsendungen wird von der vorliegenden Untersuchung aber nicht tangiert. Es geht vielmehr um die Nachfrage der TV-Plattformanbieter nach dem Teleclub Sport-Programm. Dabei ist zu erwähnen, dass das Programm selber als Sammlung von Sendungen in der Regel keinen Urheberrechtsschutz genießt.¹¹⁶ Es geht vorliegend nicht primär um die Kommerzialisierung¹¹⁷ der allenfalls urheberrechtlich geschützten Sportsendungen. Deren Kommerzialisierung bleibt Teleclub vorbehalten. Soweit sich Swisscom auf verwandte Schutzrechte gemäss Art. 37 Bst. a, b und e URG beruft ist schliesslich zu wiederholen (vgl. Rz 332), dass diese ohnehin kaum in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 KG fallen dürften.

349. Zum Vorgehen der EU-Kommission bzw. der Schweizer Wettbewerbsbehörden sei zunächst auf die Ausführungen in Rz 345 verwiesen. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass sich die einschlägige Kasuistik der EU-Kommission im Wesentlichen auf Freistellungsverfahren¹¹⁸ beschränkt, welche in dieser Form dem schweizerischen Kartellrecht fremd sind. Auch ist festzustellen, dass sich – soweit ersichtlich – in der EU-Praxis das Problem der Beeinträchtigung des Plattformwettbewerbs nicht gestellt hat. In der Schweiz hat mit Teleclub bzw. Cinetrade als Tochtergesellschaft der Swisscom ein in ein Infrastrukturunternehmen vertikal integrierter Programmveranstalter die Übertragungsrechte erworben. Damit unterscheidet sich die Situation wesentlich von den von der EU-Kommission beurteilten Fällen.

350. Swisscom führt weiter aus, der vom Sekretariat im Antrag verwendete Ansatz erweise sich auch mit Blick auf Art. 72 und 73 RTVG als systemwidrig.

351. Die Bezugnahme auf Art. 72 und 73 RTVG geht an der Sache vorbei. Die vom Sekretariat beantragten Massnahmen stellen nicht in Frage, dass die fraglichen Sportübertragungen exklusiv im Pay-TV-Angebot von Teleclub übertragen werden. Weder sollen die Sendungen oder deren Bestandteile anderen Programmveranstaltern zugänglich gemacht werden, noch

¹¹⁴ Urteil des EuGH vom 06.04.1995 in den verbundenen Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann, Independent Television Publications Ltd / Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rz 51.

¹¹⁵ Urteil des EuGH vom 29.04.2004 C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG / NDC Health GmbH & Co. KG*, Rz 21.

¹¹⁶ Vgl. URG-Kommentar-AUF DER MAUR (Fn 103), Art. 37 URG N 6.

¹¹⁷ Vgl. STIRNIMANN (Fn 95), 5 f.

¹¹⁸ Vgl. bspw. Entscheide der EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003, *UEFA Champions League*; COMP/C-2/37.214 vom 19. Januar 2005, *Gemeinsame Vermarktung der Medienrechte an der deutschen Bundesliga*; Vgl. auch für eine Zusammenfassung der europäischen Fallpraxis: OECD Roundtable on Competition and Sports, Note by the European Union, DAF/COMP/WD(2010)56.

sollen Fernsehzuschauer freien Zugang erhalten. Die Übertragung bleibt auch mit den beanstandeten Massnahmen an den Abschluss eines zahlungspflichtigen Teleclub-Abonnements gebunden. Es soll bloss sichergestellt werden, dass das Teleclub-Sport-Programmangebot diskriminierungsfrei auf grundsätzlich allen TV-Plattformen erhältlich ist. Am Ergebnis, dass die Free-TV-Berichterstattung kein Substitut für die Liga-Berichterstattung von Swisscom im Pay-TV ist (vgl. dazu Rz 439 ff.), ändern auch die Bestimmungen in Art. 72 und 73 RTVG nichts.

352. Swisscom rügt sodann, dass die vom Sekretariat beantragten Massnahmen einen nicht rechtfertigbaren Grundrechtseingriff bewirken würden. Die Urheberrechte von Teleclub seien wie das physische Eigentum durch die Eigentumsgarantie von Art. 26 BV geschützt. Vorliegend fehle es bereits an einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage im Sinne von Art. 36 BV für den Eingriff in die Urheberrechte von Teleclub.

353. Es ist unbestritten, dass Immaterialgüterrechte – so sie vorliegend bestehen – Eigentum im Sinne von Art. 26 Abs. 1 BV und als solches Schutzobjekt der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie bilden. Der Einwand von Swisscom, dass Art. 3 Abs. 2 KG als gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Eigentumsrechte von Teleclub zu unbestimmt sei, geht indes an der Sache vorbei. Gesetzliche Grundlage für die vorliegend zu verfügenden Massnahmen ist Art. 30 KG in Verbindung mit Art. 7 KG. Inwiefern diese Bestimmungen keine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV darstellen sollen, ist unerfindlich.

354. Ein allfälliger Eingriff in die Immaterialgüter- bzw. Eigentumsrechte, welcher den Zweck verfolgt, Wettbewerb wiederherzustellen, ist ohne Weiteres auch im öffentlichen Interesse. So geniesst auch die Wirtschaftsfreiheit Grundrechtscharakter (Art. 27 BV). Zu deren Bewahrung werden der Bund und die Kantone von der Bundesverfassung auch direkt berufen (Art. 94 BV). Insbesondere soll auch das Wettbewerbsprinzip geschützt werden (Art. 94 Abs. 4 BV). Letztlich dienen sowohl das Urheberrecht wie auch das Kartellrecht demselben Wohlfahrtsziel. Das Urheberrecht will durch die Beschränkung des Nachahmungswettbewerbs zu innovativ-schöpferischem Handeln anspornen und damit den Substitutionswettbewerb fördern. Das Kartellrecht soll in diesem Zusammenhang dafür sorgen, dass sowohl der Urheberrechtsinhaber als auch seine Wettbewerber trotz oder gerade wegen des urheberrechtlichen Verbots von Nachahmungen weiterhin Substitute schaffen und verwerten können. Der Substitutionswettbewerb ist zu fördern, weil er regelmässig bessere und technologisch fortschrittlichere Konkurrenzprodukte hervorbringt. Dies zeigt einerseits auf, dass sich die kartellrechtliche Verhaltenskontrolle zurückhalten muss, wenn es um urheberrechtsbedingte schwache oder kurzfristige Wettbewerbsbeeinträchtigungen geht, die in einem dynamischen Markt gerechtfertigt sind. Einzuschreiten gilt es aber bei Wettbewerbsbeschränkungen, die den Substitutionswettbewerb behindern und weit über das hinausgehen, was angesichts der relevanten Markt- und Wettbewerbsverhältnisse notwendig ist.¹¹⁹ Vorliegend ist der Substitutionswettbewerb ausgeschlossen, da von den TV-Plattformanbietern realistischere keine Substitute zu den relevanten Sportangeboten bezogen oder selber produziert werden können (vgl. Abschnitte B.4.2.4 ff.). Damit kann das Urheberrecht hier sein Ziel, Substitutionswettbewerb zu fördern, von vornherein nicht erreichen. Es stellt sich damit die Frage, ob sich die Anrufung des Urheberrechts im vorliegenden Zusammenhang ihrerseits auf ein öffentliches Interesse im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV stützen lässt, das durch die Wirtschaftsfreiheit geschützte Prinzip des freien Wettbewerbs einzuschränken. Jedenfalls besteht entgegen der Ansicht von Swisscom sowohl ein öffentliches Interesse als auch ein Schutzbedürfnis Dritter, d. h. der Wettbewerber, hinsichtlich des Schutzes ihres Grundrechts auf Wirtschaftsfreiheit, im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV.

¹¹⁹ Vgl. zum Ganzen STIRNIMANN (Fn 95), 11 ff.

355. Ein allfälliger, durch einen Verbreitungszwang begründeter Eingriff in die Eigentumsrechte von Swisscom erweist sich auch ohne Weiteres als verhältnismässig (vgl. Rz 824 und 830). Sodann bleibt auch der Kerngehalt des allfälligen geistigen Eigentums unangetastet (vgl. Rz 340).

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

357. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

358. Bevor sich die Marktstellung eines Unternehmens beurteilen lässt, ist der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog Art. 11 Abs. 3 VKU¹²⁰ nach einer sachlichen und räumlichen Komponente. Hinzu kommt die zeitliche Dimension.¹²¹

B.4.1 Der relevante Markt

B.4.1.1 Vorbemerkungen zu Fernsehmärkten

B.4.1.1.1 Netzwerktechnologien zur (Fernseh-) Signalübertragung

359. Heute stehen den Endkunden in erster Linie zwei unterschiedliche Technologien für den Empfang von digitalem Fernsehen zur Verfügung: zum einen die IPTV-Technologie, die in erster Linie bei der Übertragung über das Telefonnetz von Swisscom und den neuen Glasfasernetzen zur Anwendung kommt; zum anderen die digitale Signaleinspeisung in die CATV-Netze der KNU. Alternativ können TV-Programme auch über eine Satellitenplattform empfangen werden.

360. In den *CATV-Netzen* erfolgt die Übertragung von Fernsehsignalen üblicherweise mit dem DVB-C Standard. Dabei wird das Signal permanent in ein bestimmtes Frequenzband eingebettet. Aufgrund der Ringstruktur von CATV-Netzen kann das Signal von allen Endkunden einer Zelle empfangen werden (sog. multicast). Die Ringstruktur bedeutet aber auch, dass die für die Internetnutzung maximal verfügbare Bandbreite unter den Endkunden einer Zelle aufgeteilt werden muss. Bei analogem Fernsehen kann pro Kanal nur ein Programm übertragen werden; bei digitalem Fernsehen sind es dagegen – je nach Komprimierung – 5 bis 20 Programme. Entsprechend vergrösserte sich die Übertragungskapazität mit der Einführung des digitalen Fernsehens. In der Schweiz sind 5 bis 8 Digitalprogramme pro Kanal üblich; [Geschäftsgeheimnis]

361. Beim *IPTV* besteht eine direkte Verbindung zwischen dem Endkunden und einem Server, von dem das gewünschte Programm als «Stream» auf das Endkundengerät übertragen wird (sog. unicast). Die erforderliche Bandbreite für das Fernsehsignal muss daher nur für die Durchleitung der tatsächlich vom Endkunden gleichzeitig konsumierten Fernsehprogramme

¹²⁰ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹²¹ Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

(aktuell bei Swisscom höchstens zwei) sowie für die Internetnutzung genügen. Dies bedeutet aber auch, dass bei gleichzeitiger Fernseh- und Internetnutzung die verfügbare Bandbreite zwischen den Anwendungen aufgeteilt werden muss. Die meisten IPTV-Betreiber verbreiten ihr Fernsehangebot über das Kupferanschlussnetz der Swisscom oder die regionalen Glasfasernetze. Die Funktionalitäten einer IPTV-Plattform können allerdings auch in einem rückkanalfähigen CATV-Netz verwendet werden. Diese Form der Übertragung wird beispielsweise von den TV-Plattformen «Verte» von Quickline oder «Netbox» von Netplus verwendet.

B.4.1.1.2 Technologischer Wandel

362. Fernsehmärkte waren historisch von knappen Distributionskanälen (Frequenzen, analoge Kanäle etc.) geprägt, die aus Sicht der Programmveranstalter eine nichtreproduzierbare «essential facility» darstellten. Die Endkunden hatten bis vor kurzem nur die Wahl, entweder wenige Kanäle «free to the air» (FTA), d. h. terrestrisch bzw. über «Antennenempfang», oder etwa 40 Programme über das regionale CATV-Netz zu beziehen. Ursprünglich gab es in der Schweiz regional ein KNU, das als Gebietsmonopolist seine Einnahmen durch die Kabelanschlussgebühr der Endkunden generierte. Diese starke Marktstellung führte dazu, dass beispielsweise die Preise beim grössten Kabelnetzbetreiber Cablecom vom Preisüberwacher gegenüber den Endkunden administriert sind.

363. In Zeiten analoger Signalübertragung waren die KNU einzig an der Durchleitung möglichst attraktiver TV-Kanäle interessiert. Angesichts knapper Frequenzen stand Teleclub dabei in Konkurrenz mit diversen Free-TV-Programmen. Um Endkunden zur Umstellung von terrestrischem Fernsehen auf Kabelempfang zu bewegen, war eine attraktive Kombination von Free-TV-Programmen ein entscheidender Wettbewerbsvorteil. Aus Sicht der KNU waren daher hochstehende ausländische Free-TV-Programme (ORF 1, ZDF etc.) oftmals attraktiver als ein Pay-TV-Programm, das zwar für die Endkunden einen gewissen Optionswert darstellte, schliesslich aber nur von einer kleinen Minderheit tatsächlich konsumiert wurde. [Geschäftsgeheimnis] Der oben beschriebene Signalanlieferungsvertrag (vgl. Rz 82) widerspiegelt diese Marktstruktur. Aus Sicht von Teleclub machte das Vertriebsmodell ebenfalls Sinn, da Teleclub einerseits als erster Pay-TV-Anbieter eine digitale TV-Plattform anbieten konnte und andererseits das Vertriebsmodell es erlaubte, das Programmangebot über alle Netze in gleicher Zusammenstellung und Aufbereitung zu verbreiten. Das Vertriebsmodell ermöglichte es Teleclub daher, eine eigene Pay-TV-Plattform inklusive Programmführung und Zusatzinformationen unabhängig vom Plattformanbieter zu vermarkten und dadurch die vollständige Kontrolle über das eigene Signal zu behalten.

364. Die Digitalisierung des Fernsehsignals führte in den letzten Jahren dazu, dass einerseits herkömmliche CATV-Netze mit digitalen Plattformen nicht mehr im selben Ausmass unter Frequenzknappheit leiden; andererseits konnten die Telekommunikationsnetze (Kupfer-, Glasfaser- oder Mobilfunknetze) für Fernsehangebote erschlossen werden. Heute kann Fernsehen über die CATV-Netze der KNU, über das VDSL-Netz von Swisscom sowie in einigen Städten über das Glasfasernetz verbreitet werden. Zudem besteht die Möglichkeit des terrestrischen sowie des Satellitenempfangs. Über diese Infrastruktur stehen den Endkunden mehrere, vergleichbare Distributionsplattformen für die Übertragung von digitalen TV-Inhalten zur Verfügung, welche die analogen Plattformen bezüglich Kapazität und Qualität deutlich übertreffen. Den meisten Endkunden stehen daher im Wesentlichen zwei leitungsgebundene Empfangsinfrastrukturen sowie mehrere TV-Plattformen zur Verfügung. Dadurch verringerte sich einerseits die Verhandlungsmacht der ehemaligen Gebietsmonopolisten und andererseits wurde es für die TV-Plattformanbieter im Wettbewerb zunehmend wichtig, attraktive Inhalte bereitzustellen und diese den Endkunden mit einer Vielzahl von Zusatzfunktionen anbieten zu können. Die Einbindung des Teleclub-Programmangebots in die eigene TV-Plattform stellte nun für die TV-Plattformanbieter eine wichtige Vorleistung für den Verkauf der Plattform dar.

Die TV-Plattformanbieter waren deshalb interessiert, das Teleclub-Programmangebot als integrierten Bestandteil der eigenen TV-Plattform vermarkten zu können. Verschiedene KNU, allen voran Cablecom, haben daher vehement versucht, Teleclub als Vorleistung für die eigene TV-Plattform zu erhalten. [Geschäftsgeheimnis].

365. Die Bedeutung von Teleclub für die Plattformanbieter in Abhängigkeit vom Vertriebsmodell zeigt sich auch in der Art und Weise, wie die Plattformanbieter das Teleclub-Programmangebot bewerben. Während die Plattformanbieter, die nur einen Signalanlieferungsvertrag abgeschlossen haben, Teleclub auf ihrer Homepage oft kaum erwähnen, binden Plattformanbieter, die Teleclub als Teil der eigenen Plattform anbieten können, Teleclub oftmals aktiv in die eigene Werbung ein. Sunrise führt beispielsweise von August bis Dezember 2012 eine Kampagne durch, in der das Teleclub-Programmangebot den Endkunden bei gewissen Abonnementen gratis zur Verfügung gestellt wird. Swisscom hat Swisscom TV wiederholt mit dem Sportprogramm von Teleclub beworben.¹²² Auch auf der Homepage von GGA Maur, die als Partnerin der DCG Teleclub ebenfalls selbst vermarkten kann, werden die Teleclub-Angebote aktiv beworben.¹²³ Der Schaffhauser Kabelnetzanbieter Sasag, ebenfalls Partner der DCG, gab im Rahmen der Marktbefragung zudem an, dass die Sasag mit Teleclub keinen Gewinn mache. Teleclub ermögliche aber Kunden zu binden, indem diese alles aus einer Hand und über die gleiche STB beziehen können.

366. Die technologische Entwicklung der vergangenen Jahre beeinflusste daher weniger die Art und Weise, wie einzelne Sendungen bzw. Programme produziert und konsumiert werden, als vielmehr deren Anzahl und wie diese von den Plattformanbietern aufbereitet, zusammengestellt und vermittelt werden. Heute sind über 160 Programme und verschiedene interaktive Dienstleistungen notwendig, um eine konkurrenzfähige Fernsehplattform anbieten zu können.¹²⁴ Zudem gewann die Übertragungsqualität als wettbewerbliches Unterscheidungsmerkmal zwischen den verschiedenen Übertragungsplattformen an Bedeutung. In Zukunft werden vermehrt Programme im HD-Format ausgestrahlt werden. Die technologische Entwicklung der letzten Jahre ermöglicht den Plattformanbietern zudem eine verstärkte Interaktion mit den Endkunden. In diesem Zusammenhang ist eine zunehmende Konvergenz von Internet- und Fernsehplattform zu verzeichnen. Heute sind interaktive Programmfunktionen, die allenfalls auch mit dem Mobiltelefon abgerufen und bedient werden können, ebenso erhältlich, wie Aufnahme- und zeitversetztes Fernsehen. Zudem führen die meisten Plattformen ein umfassendes VoD- bzw. PPV-Angebot.

367. Trotz digitaler Verbreitung herrscht heute eine gewisse Frequenzknappheit in den CATV-Netzen, insbesondere auch aufgrund der gesetzlich vorgeschriebenen analogen Verbreitung gewisser Fernsehprogramme. Vor diesem Hintergrund bedeutet der Bandbreitenbedarf für die 17 Teleclubprogramme für die Kabelnetze insofern eine Belastung, als dass [Geschäftsgeheimnis] permanent besetzt ist, obwohl nur einzelne Kunden Teleclub tatsächlich abonniert haben. Diese Belastung wird sich nochmals akzentuieren, sobald Teleclub seine Programme auch im HD-Format anbietet. Dafür müssen die KNU zukünftig anstatt [Geschäftsgeheimnis] Bandbreite für die Signaleinspeisung von Teleclub reservieren.

¹²² Z. B. Swisscom Kampagne «Fussball gemeinsam erleben».

¹²³ Vgl. <<http://www.gga-maur.ch/>> (5.9.2012).

¹²⁴ Übersicht über die Digital-TV-Pakete, zusammengestellt vom SF DRS Kassensturz, Sendung vom 20. März 2012, abrufbar unter: <http://www.kassensturz.sf.tv/content/download/3089678/117118062/version/1/file/VergleichDigiTVgross_3.pdf> (20.11.2012).

B.4.1.1.3 Die Bedeutung von Sport als Premium Content

368. Vor dem Hintergrund dieser technologischen Entwicklung verschob sich der Fokus des Wettbewerbs im Bereich Fernsehen von knappen Distributionskanälen zu exklusiven (und somit ebenfalls knappen) Programminhalten, dem sogenannten Premium Content.

369. Als Premium Content gelten attraktive Sport- und Kulturereignisse sowie Blockbuster-Filme, die einen «Superstar-Effekt»¹²⁵ aufweisen: Bei einer geringen Produktdifferenzierung und gleichen Preisen wird vom «Superstar-Gut» eine viel grössere Menge nachgefragt. Der populärste Film vermag andere Filme mit gleichen Attributen (Länge, Stilrichtung, Geschichte etc.) beim Einspielergebnis tausendfach zu übertreffen; die populärste Teamsportart (in Europa meist Fussball) vermag deutlich mehr Zuschauer zu mobilisieren als vergleichbare Teamsportarten (beispielsweise Handball). Diese Mengeneffekte sind einerseits in den Skaleneffekten der Produktion (die Versorgung eines zusätzlichen Kunden generiert kaum zusätzliche Kosten) und einer Nichtrivalität im Konsum begründet; andererseits bestehen Netzwerkexternalitäten bei den Zuschauerpräferenzen, indem Zuschauer eine höhere Präferenz für Inhalte haben, die in ihren sozialen Netzwerken populär sind. Insgesamt führt dies dazu, dass die knappe Ressource «Aufmerksamkeit» auf wenige Ereignisse bzw. Inhalte konzentriert werden kann. Dass gerade Spitzensport heute als wichtigster Premium Content gilt, hängt mit den besonderen Eigenschaften von Sportübertragungen für die Kundengewinnung und Kundenbindung für TV-Anbieter zusammen.

370. Die Nachfrage nach medialer Sportberichterstattung und insbesondere Live-Sportübertragungen im Fernsehen weist verschiedene, für den vorliegenden Fall relevante Besonderheiten auf:

- i. Die Basis des nachgefragten Produkts ist der einzelne Wettkampf. In den meisten Teamsportarten werden die einzelnen Wettkämpfe dann zu einem Ligaprodukt zusammengefasst, wobei das Ligaprodukt neben der Summe der Wettkämpfe noch zusätzliche nachfragerrelevante Eigenschaften aufweist.¹²⁶ Eine Liga hat insbesondere für Teamsportarten verschiedene Vorteile: Die starke (oft regionale) Identifikation mit einem Team führt dazu, dass auch schlechtere Teams oft eine breite Anhängerschaft haben, denen die Liga eine fixe Anzahl von Spielen garantiert. Gleichzeitig versichert sie die qualitativ besseren Teams gegen einzelne Niederlagen, womit der Ligabetrieb sportlich und wirtschaftlich berechenbarer wird. Die Nachfrage für ein Ligaprodukt ist deshalb wesentlich konstanter als die Nachfrage für einzelne Wettkämpfe.¹²⁷ Dem Fernsehanbieter erlaubt das Ligaprodukt Kunden unabhängig von einzelnen Spitzensportwettkämpfen langfristig zu binden. Die Nachfrage nach Sportberichterstattung bezieht sich im modernen Teamsport folglich meist auf die Liga als Ganzes.
- ii. Eine wichtige Frage betrifft die Bedeutung von Spannung für die Nachfrage nach Sportübertragung, also die Frage, inwiefern die Unsicherheit des Ausgangs die Nachfrage beeinflusst. Die empirische Forschung fand keine Hinweise, dass die Unsicherheit über den Ausgang einzelner Wettkämpfe zu einer grösseren Nachfrage führt. Dagegen gibt es klare Hinweise, dass die Unsicherheit über den Ausgang einer Liga während einer

¹²⁵ ROSEN SHERWIN, The Economics of Superstars, *American Economic Review*, 1981, 71, 845-858; vgl. auch SEABRIGHT PAUL/WEEDS HELEN, Competition and market Power in Broadcasting: Where are the Rents? in: Seabright/von Hagen (Hrsg.), *The Economic Regulation of Broadcasting markets*, 2007.

¹²⁶ BORLAND JEFFERY/MACDONALD ROBERT, Demand for Sport, *Oxford Review of Economic Policy*, 2003, 19/4, S 479.

¹²⁷ SZYMANSKI STEFAN, Playbooks and Checkbooks. An Introduction to the Economics of Modern Sports, 2009, 40 f.

Saison oder über mehrere Saisons hinweg, die Nachfrage vergrössert.¹²⁸ Auch diese Ergebnisse weisen darauf hin, dass die meisten Fernsehzuschauer eine Nachfrage für die Spiele einer Liga haben.

- iii. Wie bei kaum einen anderen Gut, beschränkt sich die Nachfrage nach Sportberichterstattung auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Ereignisses. Sobald ein Spiel fertig ist bzw. das Resultat bekannt ist, bricht die Nachfrage und somit der Wert eines Spiels augenblicklich zusammen.¹²⁹ Sport kann folglich wie kein anderes Gut die Aufmerksamkeit der Fernsehzuschauer auf einen oder beim Ligaprodukt auf mehrere Zeitpunkte konzentrieren. Daher spielen zeitversetztes Fernsehen, das Überspringen von Werbung oder das Aufnehmen und Weiterverbreiten beim Sport kaum eine Rolle. Fernsehzuschauer können deshalb bei Live-Sport wie bei keinem anderen Inhalt zum Kauf eines Abonnements bzw. zum Konsum von Werbung veranlasst werden.

371. Die Fernsehübertragungen haben den modernen Spitzensport stark verändert. Am Anfang der «Symbiose» von Sport und Fernsehen stand die Einsicht, dass sich mit einer relativ geringen Bezahlung von Millionen Fernsehzuschauern (für ein Abonnement bzw. Aufmerksamkeit für Werbung) viel mehr verdienen lässt als mit einigen tausend Stadioneintritten.¹³⁰ Die Fernsehübertragungsrechte sowie Sponsoring sind heute die Haupteinnahmequellen im Spitzensport. Im Gegenzug wurde der Spitzensport für die TV-Anbieter zu einem zentralen Mittel der Kundengewinnung.¹³¹ Allerdings ist die Symbiose nicht ohne Spannungen: Pay-Anbieter haben meistens die höchste Zahlungsbereitschaft, sofern sie die Übertragungsrechte exklusiv erhalten und Nicht-Abonnenten ausschliessen können; die Vereine sind dagegen meist auch an einer breiten Free-TV Berichterstattung interessiert, um den Ansprüchen von Sponsoren und Fan-Basis gerecht zu werden.

372. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Sportübertragungsrechte und insbesondere Rechte für Fussballübertragungen in den vergangenen Jahrzehnten aufgrund ihrer besonderen Eigenschaften den Status eines Premium Contents erhielten. Im Gegensatz zu Blockbuster-Filmen leiden die Sportübertragungen auch kaum unter der Zunahme der Verbreitungswege und Konsummöglichkeiten von audiovisuellem Content. Exklusive Sportinhalte erlauben es den TV-Anbietern eine bestimmte Zuschauergruppe für einen bestimmten Zeitraum exklusiv zu binden. Es ist daher kaum verwunderlich, dass sich die Preise für die Übertragungsrechte der meisten internationalen und nationalen Wettbewerbe seit Anfang der 1990er vervielfacht haben.¹³²

B.4.1.1.4 TV-Plattformen als zweiseitige Märkte

373. Die ökonomische Literatur beschreibt TV-Plattformen als zweiseitige Märkte. TV-Plattformen «vermitteln» zwischen unabhängigen Kundengruppen, nämlich zwischen den Programmveranstaltern und den Fernsehzuschauern. Deshalb müssen TV-Plattformen als zweiseitige Märkte analysiert werden. Im Unterschied zu einer traditionellen vertikalen Marktstruktur, bei der ein Händler eine Ware oder Dienstleistung kauft und weiterverkauft, weisen

¹²⁸ BORLAND JEFFERY/MACDONALD ROBERT, Demand for Sport, Oxford Review of Economic Policy, 2003, 19/4, S 487.

¹²⁹ SZYMANSKI STEFAN, Playbooks and Checkbooks. An Introduction to the Economics of Modern Sports, 2009, 47 f.

¹³⁰ SZYMANSKI STEFAN, Playbooks and Checkbooks. An Introduction to the Economics of Modern Sports, 2009, XVI.

¹³¹ Bolotny Frédéric/Bourg Jean-François, The demand for media coverage, Szymanski Stefan, Handbook of the Economics of Sport, 2006, S 117.

¹³² THOMAS HOEHN and ZAFEIRA KASTRINAKI, Broadcasting and Sport: Value Drivers of TV Right Deals in European Football, mimeo 2012, Figure 1.

zweiseitige Märkte eine Plattformstruktur aus, wobei die Plattform ihr(e) Produkt(e) zwei unterschiedlichen Kundengruppen anbietet und damit eine Transaktion zwischen diesen Kundengruppen vermittelt. Die beiden Kundengruppen würden gerne die Produkte handeln, eine Transaktion kann aber nur über die Plattform zu Stande kommen. Entscheidend für das Bestehen zweiseitiger Märkte sind sog. indirekte Netzwerkeffekte. Diese liegen vor, wenn der Nutzen bzw. die Nachfrage einer Gruppe der Kunden auf der einen Seite der Plattform vom Nutzen bzw. Nachfrage der Kunden auf der anderen Seite der Plattform abhängig ist und *vice versa*. Die Zahlungsbereitschaft eines Kunden hängt demnach indirekt von der Anzahl von Kunden ab, die ein anderes Produkt erwerben.¹³³

374. *TV-Plattformen* vermitteln Angebot und Nachfrage zwischen Programmveranstaltern bzw. VoD-Anbietern (nachfolgend auch: Content Anbieter) und Fernsehzuschauern. Eine solche Vermittlerfunktion kommt grundsätzlich auch der reinen Übertragungsinfrastruktur zu, weshalb es naheliegt, dass zumindest in der Schweiz die meisten Infrastrukturanbieter auch als TV-Plattformanbieter fungieren bzw. die meisten TV-Plattformen einen direkten oder indirekten Zugang (über eine Vorleistung) zu einer Übertragungsinfrastruktur haben. Ursprünglich boten die Infrastrukturanbieter den Programmveranstaltern reine Übertragungskapazitäten (beispielsweise ein Frequenzband für die terrestrische Verbreitung oder ein Analogkanal im CATV-Netz) an. Ökonomisch kann auch die reine Übertragungsinfrastruktur als Plattformmarkt betrachtet werden, bei der die Anzahl der an einer Infrastruktur angeschlossenen Fernsehzuschauer deren Attraktivität für die Programmveranstalter bestimmt und *vice versa*. Heute umfasst das Angebot der TV-Plattformen eine Vielzahl von Zusatzfunktionen, welche die Weiterverbreitung und schliesslich den Fernsehkonsum stark beeinflussen.

375. Die TV-Plattformanbieter müssen bei ihrer Gewinnoptimierung Angebot und Nachfrage der beiden Kundengruppen berücksichtigen. So steigt der Wert einer TV-Plattform aus Sicht der Content Anbieter in der Regel mit der Anzahl der Endkunden; gleichzeitig wollen die Endkunden eine Plattform mit möglichst vielen attraktiven Fernsehprogrammen. Ein TV-Plattformanbieter hat daher grundsätzlich mehrere Möglichkeiten, Einnahmen zu generieren, wobei *prima vista* nicht eindeutig ist, in welche Richtung die Zahlungsströme erfolgen. Auf der Marktseite der Programmveranstalter können beispielsweise die Plattformanbieter den Programmveranstaltern für die Aufschaltung etwas bezahlen oder umgekehrt. Ebenso kann ein Plattformanbieter seine Plattform den Endkunden gratis anbieten, um möglichst viele Endkunden zu gewinnen oder umgekehrt, von den Endkunden einen hohen Preis verlangen, um auf der anderen Marktseite ein breites Programmangebot finanzieren zu können. Welche Marktstruktur sich schliesslich herausbildet, hängt (bei gegebenen Präferenzen) von den Wettbewerbsverhältnissen auf beiden Marktseiten sowie dem Wettbewerb zwischen den TV-Plattformen ab.

376. Abbildung 12 stellt TV-Plattformen als zweiseitige Märkte grafisch dar. Dabei ist zu beachten, dass die Fernsehzuschauer in der Regel nur eine TV-Plattform benutzen (sog. *single-homing*). Demgegenüber suchen die Anbieter von Fernsehinhalten (Content Anbieter) in der Regel Zugang zu mehreren TV-Plattformen gleichzeitig (sog. *multi-homing*), weil sie daran interessiert sind, möglichst viele Fernsehzuschauer zu erreichen.

¹³³ Vgl. ROCHET JEAN-CHARLES/TIROLE JEAN, *Two-sided platforms: An Overview*, mimeo 2004, IDEI University of Toulouse; ARMSTRONG MARK, *Competition in two-sided markets*, *RAND Journal of Economics* 37 (3), 2006, 668-691.

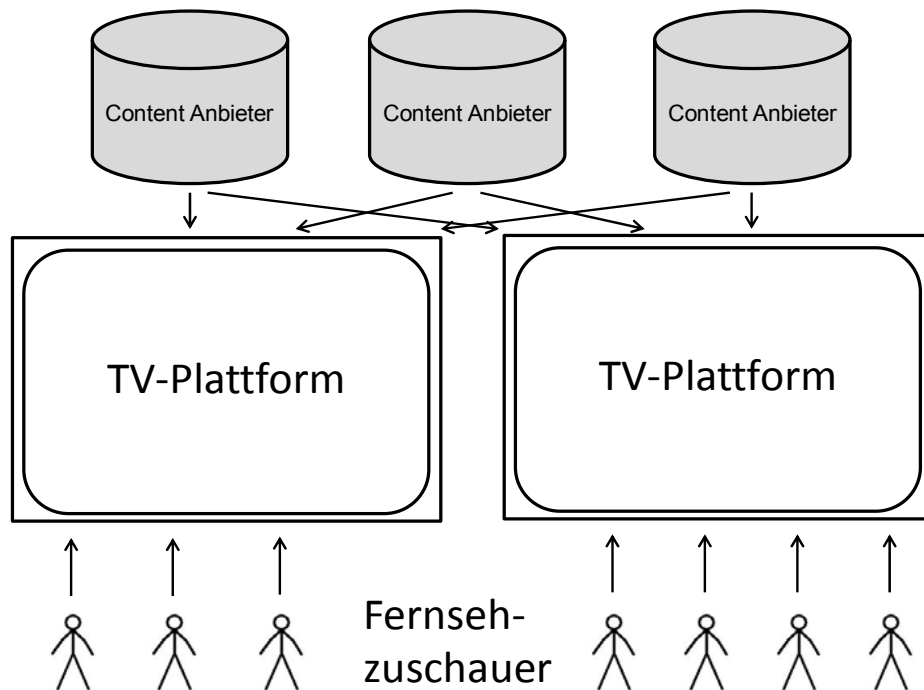


Abbildung 12: TV-Plattformmärkte als zweiseitige Märkte.

377. In der Schweiz war es im Bereich Free-TV grundsätzlich üblich, dass weder die TV-Plattformanbieter den Programmveranstaltern für die Aufschaltung der Programme noch die Programmveranstalter den TV-Plattformanbietern für die Übertragung der Programme etwas bezahlen.¹³⁴ Für die Übertragung der Fernsehprogramme fällt aus Sicht der TV-Plattformanbieter nur die Urheberrechtsabgabe an.¹³⁵ [Geschäftsgeheimnis]

378. Aus Sicht der Content Anbieter stellt sich der Markt wie folgt dar: die Content Anbieter fragen die Übertragungsdienste von TV-Plattformen nach, um möglichst viele Endkunden zu erreichen. Die Haupteinnahmen entstehen durch Interaktion mit den Fernsehzuschauern. Diese bezahlen den TV-Anbietern entweder direkt (Pay-TV) für einzelne TV-Inhalte (PPV oder VoD) bzw. ein Abonnement (PPC) oder indirekt, über ihre Aufmerksamkeit für Fernsehwerbung (Free-TV).

379. Die Content Anbieter können zusätzliche Einnahmen bei den TV-Plattformanbietern erhalten. Insbesondere für die exklusive Übertragung eines Premium Contents sind TV-Plattformanbieter unter Umständen bereit einen hohen Betrag zu bezahlen. Dies ist im Übrigen auch der Grund, weshalb die Unterscheidung zwischen Pay-TV und Free-TV neuerdings so schwierig ist: Die Programmveranstalter (auch Free-TV-Anbieter) haben festgestellt, dass die TV-Plattformanbieter bereit sind, für zusätzliche und möglichst exklusive Inhalte zu bezahlen. Diese verkaufen die TV-Plattformanbieter dann den Endkunden in kostenpflichtigen Premium-Paketen. Umgekehrt ist ein Programmveranstalter bisweilen bereit, selbst für die Übertragung eines Content zu bezahlen, sofern die Gewinnmöglichkeiten aufgrund der über die TV-Plattform zusätzlich erreichten Endkunden die Kosten übersteigen.

380. Aus Sicht der *Fernsehzuschauer* (Endkunden) ergibt sich eine Abfolge von Konsumentenentscheidungen, die sich gegenseitig bedingen. Die Fernsehzuschauer haben Präferenzen

¹³⁴ Für gewisse Programme ist gar von Gesetzes wegen die Pflicht zur unentgeltlichen Verbreitung vorgesehen (Art. 59 RTVG).

¹³⁵ Beispielsweise der «Gemeinsame Tarif 1» (GT1) für Entschädigung für die Verbreitung geschützter Werke und Leistungen in Kabelnetzen.

für Fernsehinhalte (einzelne Spielfilme, Serien, News-Sendungen, Sport etc.), die von Programmveranstaltern zu Programmen zusammengefasst werden, die wiederum von Übertragungsplattformen zu Programmpaketen zusammengefasst werden. Die Endkunden müssen daher zuerst eine TV-Plattform wählen, auf der die von ihnen nachgefragten Programme bzw. Programminhalte verfügbar sind. Hier stehen insbesondere die Plattformen der KNU und die Plattformen der IPTV-Anbieter zur Verfügung. Zusätzlich stehen den Endkunden für den Empfang von Fernsehprogrammen noch terrestrisches Fernsehen, Internetportale (Zattoo, Teleboy, Wilmaa etc.) sowie Satellitenübertragung zur Verfügung.

381. Die einzelnen Plattformen unterscheiden sich in der Übertragungsqualität, der benötigten Hardware, der Programmauswahl, den Zusatzfunktionen (Aufnahmemöglichkeit, Programmfunktion etc.) sowie den Möglichkeiten, die Fernsehplattform mit anderen Produkten (Internet, Mobilfunk etc.) gemeinsam zu beziehen. Bei IPTV-Plattformen muss zwangsläufig ein Internetdienst bezogen werden. Der Plattformpreis variiert stark: es besteht die Auswahl zwischen kostenlosen (bspw. terrestrisch), werbefinanzierten¹³⁶ (bspw. Zattoo), ausschliesslich anschlussgebührenfinanzierten (bspw. Cablecom analog) oder abonnierten Plattformen (bspw. Swisscom TV, Cablecom Digital TV, Sunrise TV etc.).

382. Auf den TV-Plattformen muss der Endkunde sodann ein Programmpaket wählen, das seinen Präferenzen entspricht. Auf den meisten Plattformen stehen ein Basis-, ein Standard- und ein Premium-Paket zur Auswahl, die sich insbesondere in der Anzahl (Free-TV-) Programme und Zusatzfunktionen unterscheiden. Zudem können eigentliche Pay-TV-Programme einzeln oder wiederum im Paket abonniert werden. Die meisten TV-Plattformen bieten zusätzlich Spielfilme als VoD an. Über Swisscom TV können zudem Live-Sport-Events als PPV bezogen werden.

383. Aufgrund der gewählten Plattform und des gewählten Programmpakets steht den Endkunden eine Programmauswahl zur Verfügung. Daraus können die Endkunden zwischen den zur Verfügung stehenden Programmen (z. B. SRF, ARD, Sat1, Teleclub Cinema etc.) auswählen. Für diese Programme bezahlen die Endkunden mit ihrer Aufmerksamkeit für Werbeinhalte, für einzelne Fernsehinhalte im Einzelabruf (PPV oder VoD) oder im Voraus mit einem Abonnement (PPC).

384. Zusammengefasst weisen die TV-Plattformmärkte folgende, für die nachfolgende Analyse relevante Charakteristika auf:

- i. Wie in Abbildung 13 dargestellt, vermittelt eine TV-Plattform zwischen Content Anbietern und Fernsehzuschauern. TV-Plattformen fragen bei Content Anbietern Inhalte wie beispielsweise ein vollständiges Fernsehprogramm oder einzelne Spielfilme nach. Gleichzeitig fragen TV-Plattformen Aufmerksamkeit bei den Fernsehzuschauern nach bzw. wollen mit ihnen Abonnemente abschliessen. Zwischen Fernsehzuschauer und Programmveranstalter besteht eine direkte Transaktion, in der Form des Abonnementpreises (PPC) bzw. des Preises für den Bezug eines einzelnen Spieles (PPV). Daher leitet sich die Nachfrage der TV-Plattformen nach Inhalten aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer ab.

¹³⁶ Ggf. zuzüglich eines kostenpflichtigen Internetdienstes.

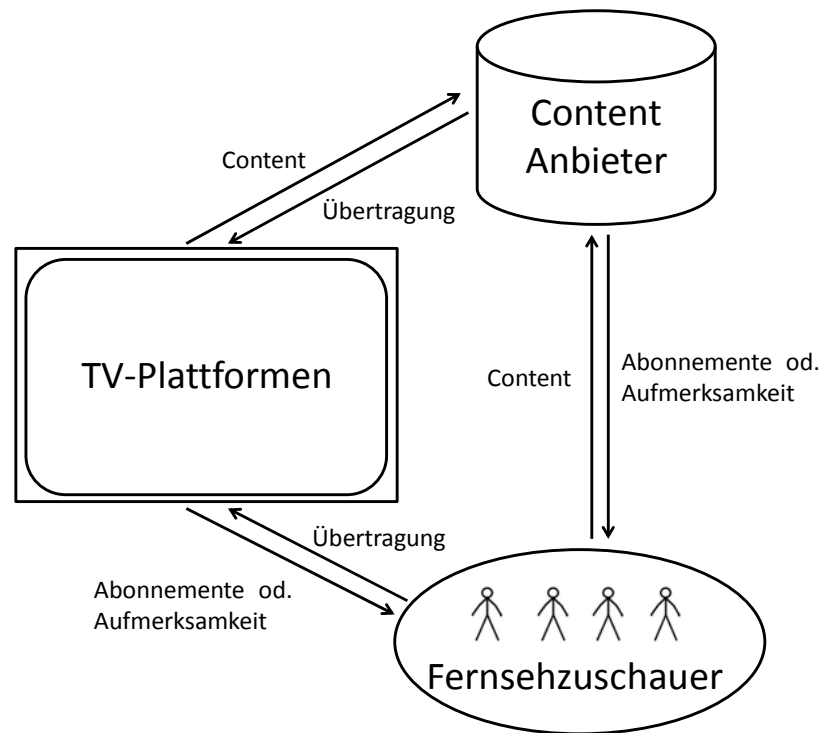


Abbildung 13: Nachfragen (Pfeilrichtung) im TV-Plattformmarkt.

- ii. Es bestehen starke indirekte Netzwerkeffekte, da eine TV-Plattform aus Sicht der Programmveranstalter umso attraktiver ist, je mehr Fernsehzuschauer sie aufweist; gleichermassen ist eine TV-Plattform aus der Sicht der Fernsehzuschauer umso attraktiver je mehr Programme sie überträgt.
- iii. Die verschiedenen TV-Plattformen stehen spätestens seit dem Markteintritt von Swisscom TV miteinander im Wettbewerb um Fernsehzuschauer und Inhalt.
- iv. Die Programmveranstalter haben starke Anreize, auf allen TV-Plattformen präsent zu sein (multi-homing), da sie auf diese Weise die Anzahl der Fernsehzuschauer maximieren können. Die Fernsehzuschauer beziehen dagegen üblicherweise nur eine TV-Plattform (single-homing), da die zusätzlichen Kosten für den Bezug einer zweiten Plattform (die meist auch mit dem Bezug einer zweiten Infrastruktur einhergeht) in den meisten Fällen den zusätzlichen Nutzen übertreffen.

B.4.1.2 Sachlich relevante Märkte

385. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Die Definition des sachlich relevanten Markts erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite, d. h. der Abnehmer eines durch das marktbeherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob die Waren oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite. Massgebend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist letztlich, welche Produkte aus der Sicht eines objektiven Nachfragers von bestimmten Leistungen diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht erforderlich, dass die Leistung in identischer

Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend. Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen, wie etwa der sog. SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price-Test), zur Abgrenzung herangezogen werden. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts wird auch durch die Art und den Inhalt des jeweiligen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens mit bestimmt. Dabei ist stets vom Untersuchungsgegenstand auszugehen.¹³⁷

386. Im Zentrum der vorliegenden Marktabgrenzung steht die Frage, welche Substitute aus Sicht der Marktgegenseite für das von Teleclub angebotene Sportprogramm bestehen (Nachfragesubstituierbarkeit). Vorliegend bilden die TV-Plattformen die relevante Marktgegenseite der Content Anbieter (vgl. Abbildung 13 und Rz 402). Die Möglichkeit, dass diese Marktgegenseite selbst Content beschaffen und auf dem Content-Markt tätig werden (Angebotssubstituierbarkeit), sollte gemäss Lehre bei der Marktabgrenzung nur Berücksichtigung finden, sofern bei einer Preiserhöhung des Ausgangsprodukts eine kurzfristige Umstellung des Angebots ohne spürbare Kosten oder Risiken möglich ist.¹³⁸ Eine kurzfristige Umstellung des Angebots ohne spürbare Kosten oder Risiken erscheint aufgrund der langfristigen Verträge für Fernsehübertragungsrechte sowie der Notwendigkeit, eine Programmstruktur aufzubauen, ausgeschlossen. Die Möglichkeit der Angebotssubstituierbarkeit wird allerdings bei der Beurteilung der Marktstellung bzw. dem potentiellen Wettbewerb berücksichtigt werden.

B.4.1.2.1 Das Sportangebot von Teleclub als Ausgangsprodukt

387. Ausgangspunkt für die hier vorzunehmende Marktabgrenzung ist das Sportangebot von Teleclub. Die Marktbefragung (vgl. Abschnitt A.4.3.5) hat ergeben, dass eine grosse Mehrheit der befragten Plattformanbieter den Zugang zum Sportangebot von Teleclub als entscheidend für die Kundengewinnung und Kundenbindung ihrer Plattform betrachtet. Das Spielfilmangebot von Teleclub wird dagegen diesbezüglich für nicht besonders wichtig befunden. Von vielen der befragten Plattformanbieter wurde zudem die Verweigerung des Sportangebots von Teleclub explizit als Wettbewerbsbehinderung identifiziert. Die Plattformanbieter unternahmen grosse Anstrengungen, um das Sportangebot im von ihnen gewünschten Umfang zu erhalten (vgl. Abschnitt A.4.3.5.1).

388. Abbildung 14 illustriert die Bedeutung des Sportangebots von Teleclub innerhalb des Teleclub-Programmangebots anhand der Anzahl verkaufter Abonnemente. In der Abbildung stellen die Linien die Anzahl Abonnemente in absoluten Werten dar (linke Ordinate). Das Balkendiagramm zeigt den Anteil von Sport-Abonnements im Verhältnis zum Total an Abonnements in Prozent (rechte Ordinate). Dabei entspricht das Total an Abonnements der Anzahl Basis-Abonnemente. Insgesamt erfasst Abbildung 14 mit dem unterschiedlich schraffierten Hintergrund die Spielsaisons 2008 bis 2013.

389. Aus Abbildung 14 ist ersichtlich, dass in den letzten drei Jahren (Mai 2010 bis Mai 2013) [Geschäftsgeheimnis]. In diesem Zeitraum hatten immer mindestens [Geschäftsgeheimnis] der Teleclub-Abonnenten, neben dem obligatorischen Basispaket, das Sportpaket gelöst. Aktuell beträgt dieser Anteil [Geschäftsgeheimnis] der Teleclub-Abonnenten.

¹³⁷ Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 617 ff. Rz 256 ff., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.Hinw.

¹³⁸ MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, BSK KG, Art. 4 Abs. 2 KG N 150 ff.

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 14: Anzahl Abonnemente von Teleclub in Absolutwerten (Linien) und prozentualer Anteil der Kunden (Balkendiagramm «% Sport»), die Sport beziehen (ohne Kunden der DCG).

390. Teleclub bietet den Endkunden auf den Kanälen «Sport 1–3» (KNU und Sunrise) bzw. 1 bis 29 (Swisscom) Übertragungen verschiedener Sportarten an, wobei Fussball und Eishockey bei weitem am meisten Sendezeit erhalten. Das Signal wird verschlüsselt zum Endkunden übertragen, der für die Entschlüsselung eine STB bzw. eine Smartcard benötigt. Gleichzeitig bietet Teleclub über die Plattform von Swisscom Sportereignisse als Live-Sport-Events im Einzelabruf ohne Teleclub-Abonnement an (PPV). Für die Übertragung zum Endkunden benötigt Teleclub eine Netzwerkinfrastruktur bzw. eine TV-Plattform, die von einem Unternehmen mit Zugang zu einer Netzwerkinfrastruktur, betrieben wird. Es besteht daher eine Netzwerkplattform für die Verbreitung der TV-Signale und eine Plattform für die Aufbereitung der TV-Signale, die allerdings häufig zusammen von einem einzigen TV-Plattformanbieter als einheitliche Plattform betrieben werden. Für die ökonomische Analyse kann die Netzwerkinfrastruktur ebenso als Plattform betrachtet werden wie die eigentlichen TV-Plattformen.

391. Die Vertragsverhältnisse bzw. die Vertriebsmodelle der verschiedenen TV-Plattformen unterscheiden sich stark (vgl. Abschnitt A.4.3.1). Für die KNU, die einen Signalanlieferungsvertrag abgeschlossen haben, bereitet Teleclub ihr Pay-TV-Angebot selber auf. Für die Übertragung ist Teleclub aber immer auf eine Netzwerkinfrastruktur angewiesen. Übertragung und Aufbereitung der Programme finden daher auf zwei unterschiedlichen Plattformen statt: Die Netzwerkinfrastruktur der KNU für die Verbreitung und die Pay-TV-Plattform von Teleclub für die Aufbereitung (vgl. Rz 390). Der Vertrag regelt die Einspeisung des aufbereiteten Teleclub-Signals in die Netzwerkinfrastruktur des KNU.

392. Die Direktvermarktungsmodelle von Swisscom, Cablecom und Sunrise sehen die Aufbereitung und Übertragung des Teleclub-Programmangebots auf der Plattform der Infrastrukturanbieter im Namen und auf Rechnung von Teleclub vor. Es ist wohl davon auszugehen, dass die Infrastruktur- bzw. Plattformanbieter zivilrechtlich gegenüber den Endkunden als Stellvertreter im Sinne von Art. 32 OR für Teleclub handeln.

393. Einen Spezialfall stellte [Geschäftsgeheimnis] das Vertragsverhältnis der DCG dar, deren Partner [Geschäftsgeheimnis] das Teleclub-Programmangebot direkt den Endkunden anbieten konnten. Dafür bezogen sie von Teleclub das Signal als Vorleistung, [Geschäftsgeheimnis]

394. Teleclub steht daher – um ihr Programm einem Endkunden anbieten zu können – im Vertragsverhältnis mit zwei unterschiedlichen Parteien: Einerseits mit dem Anbieter einer *TV-Plattform* bzw. einer *Netzwerkinfrastruktur* und andererseits mit den *Fernsehzuschauern* selbst. Die Vertragsgegenseite von Teleclub bilden folglich einerseits die Fernsehzuschauer, die das Sportangebot von Teleclub als Endkunden beziehen wollen; andererseits die TV-Plattformanbieter, die Sport-Inhalte für den Verkauf der eigenen TV-Plattform an die Endkunden nachfragen. [Geschäftsgeheimnis]

395. Das Vertragsverhältnis zwischen Teleclub und den TV-Plattformanbietern regelt zwei unterschiedliche Transaktionen: zum einen die Nutzung der Übertragungsinfrastruktur, auf welche Teleclub für die Erfüllung eines Endkundenvertrages angewiesen ist; zum anderen die Lieferung von Pay-TV-Inhalten an die TV-Plattformanbieter. Die Plattformanbieter wollen in erster Linie eine aus Sicht der Endkunden attraktive TV-Plattform anbieten. Dies ist ihre wichtigste Einnahmequelle. Deshalb fragen sie bei Teleclub in erster Linie Pay-TV-Inhalte für die Übertragung auf ihrer TV-Plattform nach. Dabei ist zu beachten, dass die Nachfrage der TV-

Plattformanbieter nach TV-Inhalten für ihre Plattform weit über die Nachfrage für den möglichen Wiederverkauf (und die damit verbundenen Gewinnmöglichkeiten) hinausgeht. Diese Nachfrage leitet sich aus den indirekten Netzwerkeffekten im zweiseitigen Plattformmarkt ab: Je attraktivere TV-Inhalte eine TV-Plattform anbieten kann, umso attraktiver ist die Plattform für die Endkunden. Die TV-Plattformanbieter fragen deshalb die Bereitstellung von TV-Inhalten nach. Deshalb fragen die TV-Plattformanbieter Inhalte von Teleclub nicht in erster Linie für den Wiederverkauf (und die damit verbundene Gewinnmöglichkeiten) nach. [Geschäftsgeheimnis].

396. Aus der Sicht der TV-Plattformanbieter lässt sich daher ein in seinem Umfang noch näher zu bestimmender Markt für die Bereitstellung von TV-Inhalten abgrenzen. Ebenso kann aus der Sicht der Fernsehzuschauer grundsätzlich ein Endkundenmarkt für den Bezug von TV-Inhalten abgegrenzt werden.

397. Dabei ist zu beachten, dass der Bezug von Pay-TV-Inhalten deren Bereitstellung voraussetzt. Eine Transaktion zwischen Teleclub und Fernsehzuschauer kann nur zustande kommen, wenn Teleclub und Fernsehzuschauer Kunden der gleichen Übertragungsplattform sind. Somit handelt es sich bei Pay-TV-Programmen und TV-Plattformen einseitig um perfekte Komplemente: Alle Fernsehzuschauer, die ein Pay-TV-Programm beziehen wollen, müssen eine Plattform wählen, die dieses Programm auch anbietet. Daher ist die Nachfrage der TV-Plattformanbieter für die Bereitstellung direkt an die Nachfrage der Fernsehzuschauer für den Bezug von TV-Inhalten geknüpft. Da die TV-Plattformanbieter eine für die Fernsehzuschauer möglichst attraktive Plattform bereitstellen wollen, haben sie starke Anreize, das über ihre Plattform angebotene TV-Angebot der Endkundennachfrage anzugleichen. In inhaltlicher Hinsicht kann die Nachfrage der TV-Plattformanbieter deshalb weitgehend aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer abgeleitet werden. Als zusätzlicher Faktor kommen für den TV-Plattformanbieter allerdings unterschiedliche Möglichkeiten der Integration von Pay-TV-Inhalten in seine Plattform hinzu.

398. Für die Beurteilung des Verhaltens von Teleclub als Tochtergesellschaft von Swisscom auf diesen Märkten muss die Struktur des Falles berücksichtigt werden: Es geht um die Frage ob Teleclub eine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten zukommt und diese missbraucht, um Konkurrenten von Swisscom im Wettbewerb auf TV-Plattformstufe zu benachteiligen. Aufgrund der Marktstruktur überträgt sich ein allfälliger Missbrauch auf dem Bereitstellungsmarkt immer eins zu eins auf den Endkundenmarkt bzw. auf die Fernsehzuschauer der betroffenen Plattform. Eine Diskriminierung einer TV-Plattform bei Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen auf dem Bereitstellungsmarkt ist beispielsweise gleichbedeutend mit der Diskriminierung der Endkunden dieser Plattform: Sie werden beim Abschluss eines Teilnahmevertrages gegenüber anderen Endkunden diskriminiert.¹³⁹

399. Der für die Beurteilung der Marktstellung und der Verhaltensweise von Teleclub relevante Markt ist daher der Markt für die Bereitstellung von TV-Inhalten, auf dem sich insbesondere Teleclub und die TV-Plattformanbieter gegenüber stehen. Dem Markt für den Bezug von TV-Inhalten kommt aufgrund vorangehender Überlegungen keine eigenständige Bedeutung zu. Deshalb ist für das vorliegende Verfahren kein eigenständiger Endkundenmarkt für den Bezug von TV-Inhalten abzugrenzen.

400. Aus der Struktur des Falles ergibt sich zudem, dass eine allfällige Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht auf dem Bereitstellungsmarkt zu erwarten ist: Vielmehr ist eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs unter den Plattformanbietern zu erwarten. Für die Beschreibung der Wettbewerbswirkung eines allfälligen Missbrauches ist es daher unerlässlich, zusätzlich einen Markt für die Übertragung des TV-Signals abzugrenzen. Teleclub und Endkunden fragen bei den TV-Plattformanbietern die Übertragung des Signals nach. Teleclub und Endkunden sind

¹³⁹ Bezüglich der Möglichkeit der Diskriminierung von Endkunden vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK KG, Art. 7 KG N 215.

bereit für diese Dienstleistung zu bezahlen. Im einfachsten Fall bietet die Plattform nur die Übertragung von TV-Inhalten an. Der Endkunde zahlt in diesem Fall dem Plattformanbieter ein Empfangsentgelt und Teleclub dem Plattformanbieter ein Entgelt für die Zurverfügungstellung von Übertragungskapazität. Alternativ kann der Plattformanbieter das Teleclub-Angebot in die eigene TV-Plattform einbinden. Dann bezahlt [Geschäftsgeheimnis].

401. Im Rahmen der Marktbefragung wurde auch die Frage der Qualität der Bereitstellung, HD oder SD, angesprochen. Es bestehen allerdings keine Hinweise darauf, dass dieses Kriterium so wesentlich wäre, dass sich die Frage der Substituierbarkeit von HD und SD aufdrängen würde. Es besteht daher kein Anlass, an der Substituierbarkeit von HD und SD zu zweifeln. Entsprechend kann keine Marktabgrenzung anhand der Signal-Qualität vorgenommen werden.

402. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen werden für den vorliegenden Fall nachfolgende relevante Märkte bestimmt:

- i. *Märkte für die Bereitstellung von TV-Inhalten:* Auf diesen Märkten stehen sich TV-Programmveranstalter und TV-Plattformanbieter gegenüber. Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung ist das Sportangebot von Teleclub. Dieses definiert die TV-Plattformanbieter als Marktgegenseite. Es stellt sich nun die Frage, ob der Markt aus Sicht der TV-Plattformanbieter weiter unterteilt oder breiter gefasst werden muss. Dazu werden nachfolgend mögliche Substitutionsbeziehungen mit verschiedenen anderen TV-Inhalten (Spielfilme, Fernsehserien, verschiedene Sportarten und Sportanlässe etc.) sowie mögliche Substitutionsbeziehungen zwischen unterschiedlichen Formen der Verbreitung (PPV und PPC sowie Free-TV und Pay-TV) geprüft.
- ii. *Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV¹⁴⁰:* Dieser Markt wird in erster Linie zur Beschreibung der Wettbewerbswirkung des vorgeworfenen Verhaltens abgegrenzt. Da auf diesem Markt weder eine marktbeherrschende Stellung noch ein missbräuchliches Verhalten erkennbar sind, muss der Markt nicht abschliessend bestimmt werden.

B.4.1.2.2 Märkte für die Bereitstellung von nationalen und ausländischen Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV

a. Bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden

403. Bei der Prüfung des Zusammenschlusses Swisscom/Cinetrade hat die WEKO einen «Markt für Pay TV» abgegrenzt.¹⁴¹ Demzufolge wurde bisher weder zwischen Bezug und Bereitstellung von Pay-TV-Inhalten noch zwischen unterschiedlichen Pay-TV-Inhalten oder unterschiedlichen Bezahl- bzw. Bezugsformen (PPC, PPV oder VoD) unterschieden.

b. Die Auffassung der Parteien und der Marktteilnehmer zur Abgrenzung des Pay-TV Markts

404. Gemäss Cinetrade ist Teleclub auf einen Gesamtmarkt für TV tätig, der die Bereiche Pay-TV und Free-TV umfasst. Cinetrade beruft sich dabei auf die Bemerkung der WEKO im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlusses Swisscom/Cinetrade, dass aufgrund der technologischen Entwicklung eine Konvergenz von Free-TV und Pay-TV zu erwarten sei. Zudem ordnet Cinetrade die unterschiedlichen kostenpflichtigen Pakete der TV-Plattformanbieter ebenfalls dem Pay-TV zu. Heute würden beispielsweise auch eigentliche Pay-TV-Programme

¹⁴⁰ Dabei handelt es sich um einen zweiseitigen Markt für die Übertragung von TV-Inhalten vom Programmveranstalter zum Endkunden.

¹⁴¹ Vgl. RPW 2005/2, 365 Rz 36 ff., *Swisscom/Cinetrade*.

zusammen mit Free-TV-Programmen im gleichen Paket angeboten. Der von Cinetrade geltend gemachte Gesamtmarkt für TV umfasst zudem sämtliche Verbreitungsarten (PPC, PPV, VoD etc.) und sämtliche Übertragungswege (IPTV, CATV etc.).

405. Cablecom, Finecom und Sasag gehen im Rahmen ihres Gesuches um Erlass vorsorglicher Massnahmen davon aus, dass auch wenn im Pay-TV-Bereich ein Markt für Sportübertragungen abgegrenzt werde, diese Marktabgrenzung zu weit sei. Vielmehr müsse der Markt weiter für einzelne Sportereignisse unterteilt werden. Zudem müssten unterschiedliche Märkte für PPV- und PPC-Angebote betrachtet werden.

c. Abgrenzung zwischen Sport und anderen Pay-TV-Inhalten

406. Ausgangspunkt für die hier vorzunehmende Marktabgrenzung ist das Sportangebot von Teleclub. Das Sportangebot von Teleclub wird prima vista auf einem einzigen «Pay-TV-Markt für die Bereitstellung von Sportübertragungen» den TV-Plattformanbietern angeboten. Es kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass nur Spitzensport – im Gegensatz zu Breitensport – als Inhalt für die Übertragung im Pay-TV in Frage kommt. Spitzensport zielt auf die Erbringung einer herausragenden Leistung im Rahmen eines Wettkampfes ab. Eine solche Leistung kann nur durch regelmässiges (oft tägliches) Training erreicht werden, wobei die meisten Akteure ihren Sport als Beruf betreiben. Daher bedingt Spitzensport immer auch ein substantielles Zuschauerinteresse, da nur so der beträchtliche Aufwand finanziert werden kann.

407. Es stellt sich nun die Frage, ob ein provisorisch abgegrenzter *Markt für die Bereitstellung von Spitzensport im Pay-TV* aus Sicht der relevanten Marktgegenseite, d. h. der TV-Plattformanbieter weiter unterteilt oder breiter gefasst werden muss. Dazu werden nachfolgend zuerst mögliche Substitutionsbeziehungen mit verschiedenen anderen TV-Inhalten (Spielfilme, Fernsehserien) und Substitutionsbeziehungen zwischen unterschiedlichen Sportarten und Ligen (Super League, NLA, 1. Bundesliga etc.) geprüft.

408. Da sich die TV-Plattformanbieter bei ihrer Nachfrage nach Content nach den Präferenzen der Fernsehzuschauer richten (vgl. Rz 397), bestimmt sich die Substituierbarkeit mittelbar auch aus der Sicht der Fernsehzuschauer. Die Zuschauer-Nachfrage nach Sportkanälen (PPC) und Einzelspielen (PPV) im Pay-TV unterscheidet sich in vielerlei Hinsicht grundlegend von der Nachfrage nach Spielfilmen und Serien:

- i. Wie oben ausgeführt, werden die meisten Sportereignisse als Teil einer umfassenden Ligaberichterstattung nachgefragt. Die meisten Zuschauer von Sportübertragungen beziehen daher regelmässig wiederkehrende Ereignisse wie beispielsweise die Spiele einer bestimmten Mannschaft oder einer Liga, die zum Zeitpunkt der Live-Ausstrahlung kaum durch ein anderes Produkt substituiert werden können. Aufgrund des Liga-, Meisterschafts- oder Tourneebetriebes erzielen Sportübertragungen zudem eine sehr starke Kundenbindung, die einen Wechsel zu anderen Inhalten unwahrscheinlich machen. Ebenso wenig werden Fernsehzuschauer, die regelmässig eine Fernsehserie verfolgen, sich einfach alternativ eine Sportübertragung anschauen.¹⁴²
- ii. Die Produkte unterscheiden sich auch in der zeitlichen Dimension des Angebots: Spielfilme und Fernsehserien werden den Konsumenten in Verwertungskaskaden zugänglich gemacht (vgl. Rz 71), wobei sie den Zuschauern von der Erstaussstrahlung im Kino (Spielfilm) oder Pay-TV (Fernsehserien) bis zur Free-TV-Ausstrahlung zu immer tieferen Preisen angeboten werden. Die sogenannte «First Pay Window»-Ausstrahlung, die möglicherweise ein Substitut für die exklusive Ausstrahlung von Live-Sport-Ereignissen darstellt, erfolgt bei Spielfilmen jeweils [Geschäftsgeheimnis]. Zum Zeitpunkt der Pay-

¹⁴² Vgl. Abschnitt B.4.1.1.3.

TV-Verbreitung hatten die Endkunden im Falle von Filmen und Fernsehserien meist schon zwei Möglichkeiten – im Gegensatz zu Live-Sport-Übertragungen – einen Spielfilm resp. eine Fernsehserie zu konsumieren.

- iii. Sportereignisse können nur innerhalb eines sehr kleinen Zeitfensters ohne Wertverlust konsumiert werden («live» sind sie gar nur in einem einzigen Moment), während der Konsum eines Spielfilmes oder einer Serie ohne Weiteres (mit der Hilfe von Aufnahmen oder einer Replay-Funktion) um ein paar Stunden oder Tage verschoben werden kann, ohne dass der Wert des Contents für den Zuschauer wesentlich abnehmen würde (vgl. Rz 370).

409. Aufgrund dieser Eigenschaften ist nicht zu erwarten, dass Anbieter von Pay-TV-Sportkanälen oder PPV-Live-Sportübertragungen dem Wettbewerbsdruck von Anbietern von Spielfilmen und Fernsehserien ausgesetzt sind. Es ist in der Folge zu überprüfen, ob die Auswertung des vorhandenen Datenmaterials diese Hypothese deckt.

410. Für eine empirische Analyse der Austauschbarkeit von Sportereignissen und anderem Premium (Pay-TV-) Content ergibt sich das Problem, dass bei Teleclub die Sportkanäle nicht einzeln, sondern nur zusammen mit dem Basisangebot bezogen werden können. Aus diesem Grund können allfällige Substitutionsbeziehungen zwischen dem Sportangebot von Teleclub und den anderen Programmpaketen von Teleclub nicht direkt beobachtet werden. Es ist allerdings möglich zu untersuchen, welchen Einfluss eine Preiserhöhung bei den PPV-Spielen auf die VoD-Nachfrage der Fernsehzuschauer bei Swisscom TV hatte. Swisscom erhöhte die Preise für PPV-Spiele im Juli 2009 und Juli 2012 um 1 Franken.

411. Abbildung 15 illustriert diese Preiserhöhungen. In der Abbildung stellt die gestrichelte Linie den Preis für PPV-Spiele dar (rechte Ordinate). Die durchgehenden Linien sind die Anzahl PPV-Spiele und VoD-Bezüge pro Monat (linke Ordinate) mit den zugehörigen Mittelwerten.

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 15: Monatliche PPV- und VoD-Nachfrage auf Swisscom TV.

412. [Geschäftsgeheimnis].

413. [Geschäftsgeheimnis].

414. [Geschäftsgeheimnis].

415. Sowohl die qualitative als auch die quantitative Analyse ergeben, dass Sport und andere Pay-TV-Inhalte nicht zum gleichen Markt gehören. Die Auswertung des vorhandenen Datenmaterials bestätigt daher die Annahme, dass Live-Sport-TV-Inhalte aus Sicht der Zuschauer – und damit auch der TV-Plattformanbieter (vgl. Rz 397 ff.) – nicht durch andere TV-Inhalte wie Spielfilme oder Serien substituierbar sind.

416. Auch die EU-Kommission stellte fest, dass sich Märkte für Sportübertragungsrechte von anderen Content-Märkten deutlich unterscheiden.¹⁴³ Die WEKO befasste sich zuletzt im Rahmen der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Infront/Ringier mit den

¹⁴³ EU-Kommission, COMP/M.2483 vom 13.11.2001, *Group Canal+/RTL/GJCD/JV*; vgl. zum Ganzen auch ANDREAS HEINEMANN, Sportübertragungsrechte im europäischen Kartellrecht am Beispiel der Olympischen Spiele, ZEuP 2006, 337 – 370.

Märkten für die Vermarktung von Sportübertragungsrechten und folgte dabei der Argumentation der EU-Kommission.¹⁴⁴

d. Abgrenzung zwischen Einzelspielen und Ligaprodukt sowie zwischen Liga und Grossereignissen.

417. Im Weiteren ist nun zu prüfen, ob das nachgefragte Gut «Live-Sport-TV-Inhalte» allenfalls auf enger abzugrenzende Märkte aufgeteilt werden muss.

418. Es bestünde etwa die Möglichkeit, dass aus Sicht der Fernsehzuschauer jedes einzelne Spiel einen eigenen Markt darstellt, da zum Zeitpunkt eines bestimmten Spiels die Anhänger einer bestimmten Mannschaft (bzw. eines bestimmten Sportlers), das Spiel einer anderen Mannschaft kaum als Substitut wahrnehmen. Wie vorangehend dargelegt (vgl. Rz 370), bilden die Spiele der gleichen Liga für viele Zuschauer in dem Sinne eine Einheit, als dass für sie zwar das Spiel einer bestimmten Mannschaft von besonderem Interesse ist, die anderen Spiele bzw. deren Highlights aber gleichermassen als Teil des Gesamtproduktes «Ligaberichterstattung» nachgefragt werden. Dafür spricht beispielsweise auch die [Geschäftsgeheimnis]. Gleichermassen spricht für diese Marktabgrenzung, dass Teleclub, um eine Ligaberichterstattung anbieten zu können, auch diejenigen Spiele anbietet, die gleichzeitig im Free-TV empfangen werden können. Aus der Sicht der Fernsehzuschauer erfolgt die Wahl eines Pay-TV Anbieters und abgeleitet davon die Wahl einer TV-Plattform nicht in erster Linie, um ein einzelnes Spiel zu sehen. Vielmehr will der Fernsehzuschauer die Möglichkeit haben, einer gesamten Liga oder mehreren Ligen zu folgen.

419. Aus Sicht der Fernsehzuschauer ist daher nicht entscheidend, ob sie ein einzelnes Spiel anschauen können, sondern ob sie alle oder zumindest einen grossen Teil der Spiele einer Liga anschauen können. Die daraus abgeleitete Nachfrage der TV-Plattformanbieter (vgl. Rz 397 ff.) umfasst daher ebenfalls in erster Linie ein Ligaprodukt. Die Nachfrage der TV-Plattformanbieter dürfte sogar noch stärker auf das Ligaprodukt ausgerichtet sein. Die TV-Plattformanbieter fragen Sportinhalte nicht in erster Linie für den Wiederverkauf nach, sondern um die eigene TV-Plattform attraktiv zu machen und die Fernsehzuschauer über ein Abonnement langfristig zu binden. Sie sind daher an einer langfristigen und kontinuierlichen Content-Bereitstellung über ihre Plattform interessiert.

420. Herausragende Grossereignisse wie eine Fussball-Welt- oder -Europameisterschaft, die alle vier Jahre stattfinden, oder im Eishockey die jährlich ausgetragenen Weltmeisterschaften oder der Spengler Cup, generieren kurzfristig ein sehr grosses Zuschauerinteresse. Zweifelsohne werden auch an einem Tag, an dem ein Weltmeisterschaftsfinale stattfindet, weniger Kunden ein Spiel der Schweizer Liga nachfragen (soweit ein solches aufgrund der abgestimmten Spielpläne überhaupt stattfindet). Die entscheidende Frage ist allerdings, ob die Zuschauer einer Preiserhöhung eines Pay-TV-Anbieters ausweichen können, in dem sie von einem Ligaprodukt (z. B. Schweizer Super League) auf ein anderes (Fussball-Weltmeisterschaften) ausweichen können. Dies ist nur der Fall, wenn Letzteres aus Sicht der Zuschauer eine tatsächliche Alternative für das Ligaprodukt darstellt. Verschiedene Beobachtungen sprechen aber gegen einen gemeinsamen Markt für nationale Ligen und herausragende Grossereignisse.

421. Herausragende Grossereignisse finden in der Ligapause einer Sportart statt, weshalb die Liga und das internationale Grossereignis aus Sicht der Zuschauer gar nicht in direkter Konkurrenz zueinander angeboten werden. Gleichzeitig müssen die Spiele von Schweizer Mannschaften sowie die wichtigsten Finalspiele bestimmter internationaler Wettbewerbe gemäss der Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen im Free-TV angeboten werden.¹⁴⁵

¹⁴⁴ RPW 2011/2, 294 Rz 27 ff., *Infront/Ringier*.

¹⁴⁵ Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen vom 5. Oktober 2007 (SR 784.401.11) Anhang 2.

Die Grossereignisse sprechen denn auch eine viel grössere Zahl von Fernsehzuschauern an. So verzeichnete das Schweizer Fernsehen SF2 für die drei Spiele der Schweizer Fussballnationalmannschaft an der Fussballweltmeisterschaft 2010 immer [Geschäftsgeheimnis] pro Spiel, während in der folgenden Saison 2010/2011 der Super League die durchschnittliche Zuschauerzahl bei [Geschäftsgeheimnis] pro Partie lag.

422. Die TV-Plattformanbieter haben – wie zuvor ausgeführt (vgl. Rz 419) – ein Interesse an einer langfristigen und kontinuierlichen Content-Bereitstellung. Zudem werden Grossereignisse weitgehend im Free-TV übertragen. Damit können sich TV-Plattformanbieter mit Grossereignissen weder von den Konkurrenten differenzieren noch Kunden langfristig binden. Es kann daher festgehalten werden, dass es sich beim Angebot eines Ligaprodukts und eines herausragenden Grossereignisses um zwei unterschiedliche Produkte handelt, die in der derzeitigen Ausgestaltung keine disziplinierende Wirkung aufeinander ausüben.

423. Auch die EU-Kommission kommt bei der Betrachtung des Markts für den Erwerb von Übertragungsrechten zum Schluss, dass Fussballübertragungsrechte für die Vermarkter und Programmveranstalter meist nicht durch die Übertragungsrechte anderer Sportarten substituierbar sind.¹⁴⁶ Aus Sicht des Programmveranstalters dient Fussball gemäss EU-Kommission unter anderem der Positionierung eines Programms bezüglich Image und Zuschauergruppen. Die Imagewirkung von Fussballübertragungen auf die übrigen Programminhalte veranlasst die Programmveranstalter sehr hohe Preise zu bezahlen. Dafür spielt die Regelmässigkeit und Kontinuität eines Angebots eine wichtige Rolle. Herausragende Grossereignisse wie eine Fussball-Welt- oder -Europameisterschaft, die alle vier Jahre stattfinden, generieren kurzfristig ein sehr grosses Zuschauerinteresse. Sie sind aber für die langfristige Kundenbindung (Zuschauer und Werbekunden) voraussichtlich von geringerer Bedeutung. Aufgrund dieser Überlegungen stellen sie nach Ansicht der EU-Kommission kein Substitut zu den regelmässig über das Jahr ausgetragenen nationalen und internationalen Wettbewerben (UEFA Champions League und Europa League) dar. Die EU-Kommission unterscheidet daher bei den Fussballübertragungsrechten zwischen Anlässen, welche ganzjährig stattfinden (z. B. nationale Meisterschaften), und solchen, die weniger häufig in periodischen Abständen stattfinden (z. B. FIFA WM).¹⁴⁷

e. Abgrenzung zwischen Schweizer Fussball und Schweizer Eishockey

424. Fussball nimmt in der Schweiz bezüglich Zuschauerinteresse, Medienberichterstattung und bezüglich der generierten Umsätze eine herausragende Stellung ein. Daher stellen wohl aus Sicht der Zuschauer die meisten anderen Sportarten kein Substitut für Fussball dar (vgl. Rz 423). In der Schweiz kommt allerdings – im Gegensatz zu den meisten europäischen Ländern – dem Eishockey bezüglich der oben genannten Kriterien (Zuschauer- und Medieninteresse sowie wirtschaftliche Bedeutung) eine ähnlich gewichtige Stellung zu. Es besteht daher die Möglichkeit, dass aus Sicht der Endkunden die Übertragung von Eishockeyspielen der NLA ein hinreichendes Substitut für die Übertragung der Super League darstellen. Dies wäre der Fall, wenn genügend Zuschauer sowohl der Fussballliga als auch der Eishockeyliga folgten und bei einer allfälligen Preiserhöhung für die eine Sportart auf Spiele der anderen Sportart ausweichen würden.

425. Wiederum lässt sich eine allfällige Substitutionsbeziehung zwischen Fussball und Eishockey nicht direkt beobachten, da Eishockey und Fussball von Teleclub PPC als Teil des gleichen Sport-Pakets und PPV zum gleichen Preis angeboten werden. Ein Anhaltspunkt für

¹⁴⁶ EU-Kommission, COMP/M.2483 vom 13.11.2001, *Group Canal+/RTL/GJCD/JV*, Rz 19; EU-Kommission, COMP/M.45193 vom 18.1.2007, *Lagardere/Sportfive*, Rz 9; EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*, Rz 77.

¹⁴⁷ EU-Kommission, COMP/M.2483 vom 13.11.2001, *Group Canal+/RTL/GJCD/JV*, Rz 21; EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*, Rz 79.

die Substituierbarkeit von Fussball und Eishockey aus der Sicht der Fernsehzuschauer kann allerdings deren Nachfragereaktion auf die Angebotsschwankungen der verschiedenen Ligen im Saisonverlauf geben: Sofern tatsächlich viele Zuschauer Eishockey und Fussball als Substitut betrachten, wäre zu erwarten, dass diese Zuschauer anfangs Saison der Super League mangels Alternativen ausschliesslich Fussball schauen, ihre Nachfrage nach Fussball aber mit Beginn der Eishockeysaison deutlich abnehmen würde. Gleichermassen würde man erwarten, dass die Nachfrage nach NLA-Spielen in der Winterpause der Super League deutlich zunimmt.

426. Abbildung 16 bildet die PPV-Nachfrage nach Super League-Spielen (Anzahl PPV-Spiele pro Monat; durchgehende Linie; linke Ordinate) sowie das Angebot an NLA- und Super League-Spielen (Anzahl übertragene Spiele; gestrichelte Linien; rechte Ordinate) über fast vier Saisons ab. Abbildung 17 zeigt analogerweise die PPV-Nachfrage nach NLA-Spielen und das Angebot an NLA- und Super League-Spielen.

427. [Geschäftsgeheimnis].

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 16: Nachfrage nach PPV-Super League-Spielen und Angebot an NLA- und Super League-Spielen.

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 17: Nachfrage nach PPV-NLA-Spielen und Angebot an NLA- und Super League-Spielen.

428. [Geschäftsgeheimnis].

429. Sowohl die qualitative als auch die quantitative Analyse hat ergeben, dass Übertragungen von Super League-Spielen und Übertragungen von NLA-Spielen aus der Sicht der Fernsehzuschauer keine Substitute darstellen. Da die TV-Plattformanbieter die Nachfrage nach Live-Sport der Endkunden abbilden wollen, stellt auch für sie die NLA und die Super League kein Substitut dar: Es ist nicht zu erwarten, dass ein TV-Plattformanbieter aufgrund einer Preiserhöhung für die Verbreitung der NLA-Spiele zu einer Verbreitung der Super League-Spiele wechseln würde.

f. Abgrenzung zwischen Schweizer und ausländischen Ligen

430. Es stellt sich nun die Frage, ob allenfalls die Übertragungen der ausländischen Fussballligen zum gleichen Markt gehören wie die Übertragung der Schweizer Fussballliga. Gleichermassen stellt sich die Frage, ob allenfalls die Übertragung der nordamerikanischen National Hockey League (nachfolgend: NHL) zum gleichen Markt gehört wie die Übertragung der Schweizer NLA. Entsprechend der Abgrenzung von Schweizer Fussball und Schweizer Eishockey (vgl. Rz 424 ff.) kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die europäischen Fussballligen und die nationale Eishockeyliga bzw. die nationale Fussballliga und die NHL nicht zum gleichen Markt gehören.

431. Die nationalen Ligen erzeugen für einen grossen Teil der Zuschauer eine starke emotionale Bindung. Gemessen an der Nachfrage (vgl. Tabelle 14) ist davon auszugehen, dass

die emotionale Bindung bei ausländischen Ligen eine vergleichsweise kleinere Bevölkerungsgruppe betrifft. [Geschäftsgeheimnis] Gleichzeitig werden die nationalen Ligen von einer starken Medienberichterstattung und öffentlichen Diskussion begleitet. Die Medienberichterstattung über die ausländischen Ligen fokussiert sich – neben offensichtlichen Spitzenspielen – auf Spiele und Mannschaften mit Schweizer Akteuren. Ein weiteres Indiz für eine Unterscheidung zwischen nationalen und ausländischen Ligen sind die Preise für die Übertragungsrechte: [Geschäftsgeheimnis], obwohl die sportliche Qualität der Spiele in diesen Ligen grossteils wohl höher zu bewerten ist.

[Geschäftsgeheimnis]

Tabelle 14: Nachfrage gemessen an Anzahl bezogener Spiele nach PPV-Spielen pro Saison und Liga (Saison 2012/13: nur bis März 2013).

432. Es ist insgesamt nicht zu erwarten, dass ein signifikanter Anteil der Fernsehzuschauer bei einer Preiserhöhung für die nationalen Live-Sport-Events stattdessen Spiele der ausländischen Ligen beziehen würde. Gleichermassen ist nicht zu erwarten, dass bei einer Preiserhöhung eines PPC-Angebots für Schweizer Ligen die Zuschauer auf die Übertragung ausländischer Ligen ausweichen. Vor diesem Hintergrund bilden die ausländischen Ligen kein hinreichendes Substitut zu Schweizer Ligen. Die ausländischen Ligen (vgl. Tabelle 14) sind daher einem eigenen Markt zuzurechnen, der vom hier sachlich relevanten Markt abzugrenzen ist.

433. Analog zur Marktabgrenzung von Super League- und NLA-Spielen ist dabei für jede ausländische Liga ein eigener Markt abzugrenzen. [Geschäftsgeheimnis]. Aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen werden in der Folge die verschiedenen Märkte für ausländische Fussballligen jeweils zusammengefasst behandelt.

434. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus Sicht der Fernsehzuschauer Schweizer Fussball, Schweizer Eishockey, ausländischer Fussball und ausländisches Eishockey keine Substitute darstellen. Die aus der Zuschauernachfrage abgeleitete Sicht der TV-Plattformanbieter (vgl. Rz 397 ff.) führt damit zur Abgrenzung eines Markts für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs, eines Markts für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs, von Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs sowie eines Markts für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL.

g. Abgrenzung zwischen verschiedenen Kommentarsprachen

435. Für das Sportangebot von Teleclub sind häufig verschiedene Kommentarsprachen erhältlich. Die nationalen Fussball- und Eishockeyligen werden mit deutschem und französischem Kommentar bzw. wenn eine Mannschaft aus dem Tessin spielt, Deutsch und Italienisch angeboten. Die Spiele der Deutschen Bundesligen sowie des DFB-Pokals werden mit deutschem Kommentar von Sky Deutschland übertragen. Die Spiele der Serie A können mit italienischem Originalkommentar verfolgt werden – einzelne Top-Spiele werden ausserdem noch von Teleclub selbst auf Deutsch oder Französisch kommentiert. Die Spiele der englischen Premier League sowie der übrigen europäischen Wettbewerbe sind meist nur auf Deutsch erhältlich.

Die Ligue 1 aus Frankreich kann nur mit englischem oder deutschem (und nicht mit französischem) Kommentar bezogen werden.¹⁴⁸

436. Zumindest über Swisscom TV wird das zweisprachige Signal der nationalen Ligen als PPV-Angebot in gleicher Form in der ganzen Schweiz übertragen. Das lineare PPC-Angebot von Teleclub wurde bisher nur in der Deutschschweiz ausgestrahlt. Der Grund dafür war allerdings nicht die sprachlich unterschiedliche Nachfrage der Fernsehzuschauer nach Spielen der nationalen Eishockey- und Fussballigen, sondern die [Geschäftsgeheimnis].

437. Auch die ausländischen Ligen werden in der Schweiz in allen Sprachregionen mit denselben Kommentarsprachen angeboten.

438. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die verschiedenen Kommentarsprachen kein Abgrenzungskriterium darstellen.

h. Abgrenzung zwischen Pay-TV und Free-TV

439. Nachdem die Märkte contentseitig abgegrenzt sind, ist zu prüfen, ob die Bereitstellungsmärkte auch hinsichtlich der Verbreitungs- bzw. Vermarktungsart abzugrenzen sind. In der bisherigen Praxis der WEKO wurde Pay-TV und Free-TV aus Sicht der Fernsehzuschauer nicht dem gleichen sachlich relevanten Markt zugeordnet.¹⁴⁹ Die WEKO folgte damit weitgehend der Praxis der EU-Kommission.¹⁵⁰ Es stellt sich die Frage, ob angesichts der technischen Entwicklung an dieser Praxis festgehalten werden kann. Auch hier basiert die Nachfrage der TV-Plattformanbieter wiederum auf den Präferenzen der Fernsehzuschauer.

440. Der Markt für Free-TV umfasst gemäss Praxis der WEKO alle Programmveranstalter, die ihr Programm ohne Vertragsverhältnis mit den Endkunden finanzieren.¹⁵¹ Die Finanzierung geschieht einerseits über Werbeeinnahmen, andererseits über Gebühren der öffentlichen Hand. Die Endkunden bezahlen das Free-TV folglich mit der Zeit, in der sie Werbung konsumieren. Die dafür entscheidenden Opportunitätskosten der Zeit unterscheiden sich stark von einer monetären Bezahlung eines Abonnements oder einzelner Spiele, wie sie im Pay-TV erfolgt. Es ist daher prima vista nicht davon auszugehen, dass aus Sicht der Zuschauer Pay-TV und Free-TV insgesamt hinreichende Substitute darstellen und zum gleichen Markt gehören.

441. In der Schweiz ist das Free-TV aufgrund der staatlichen Finanzierung der SRG und starker Free-TV Anbieter in den Nachbarländern von hoher Qualität, weshalb Premium Content für einen Pay-TV-Anbieter unabdingbar ist. Die Wahl des Zuschauers für einen Pay-TV-Anbieter geht meist mit der Wahl für einen Premium Content wie Fussballübertragungen oder Hollywood-Spielfilme einher. Premium Content wird von den Rechteinhabern normalerweise separat fürs Pay-TV verkauft, um die gesamte Exklusivitätsrente durch Preisdifferenzierung abschöpfen zu können. Das Produkt wird daher beim Verkauf der Übertragungsrechte so strukturiert, dass gewisse Veranstaltungen exklusiv dem Pay-TV vorbehalten sind, während andere Produkte parallel oder später im Free-TV verbreitet werden können. Für die Marktabgrenzung stellt sich daher nicht die Frage, ob beispielsweise bei einem einzelnen Fussballspiel, das sowohl im Free-TV als auch im Pay-TV live übertragen wird, diese Übertragungswege hinreichende Substitute darstellen (höchstwahrscheinlich würden praktisch alle Zuschauer das Spiel im Free-TV schauen, wenn die Free-TV-Übertragung qualitativ der Pay-

¹⁴⁸ Teleclub FAQ Sport; abrufbar unter <<http://www.teleclub.ch/cms/service/faq/sport>> (23.10.2012).

¹⁴⁹ RPW 2005/2, 365 f. Rz 36 ff., *Swisscom/Cinetrade*.

¹⁵⁰ Als Leitentscheid gilt hier: COMP/M.2876 vom 2.3.2003, *Newscorp/Telepiù*. Zur Kontroverse über die Abgrenzung von separaten Märkten für Pay-TV und Free-TV vgl. MICHAEL SALLER, Europäische und deutsche Fusionskontrolle beim Pay-TV unter besonderer Berücksichtigung von Zusage, Münchner Schriften zum europäischen und internationalen Kartellrecht, Band 4, 2004, 62 ff.

¹⁵¹ RPW 2005/2, 366 Rz 39 ff., *Swisscom/Cinetrade*.

TV-Übertragung entspricht), sondern, ob von den dem Free-TV überlassenen Inhalten eine disziplinierender Effekt auf die Nachfrage nach Pay-TV-Inhalten ausgeht.

442. In der Super League wird jede Runde eines von fünf Spielen live im Free-TV ausgestrahlt. Im Eishockey verzichtet die SRG – abgesehen von den Tessiner Derbys (HC Ambrì-Piotta gegen HC Lugano) – während der Qualifikation auf Liveübertragungen. Während den Eishockey-Play-offs wird jeweils ein Spiel im Free-TV übertragen. Die Liveübertragungen der ausländischen Fussballligen sind in der Schweiz fast¹⁵² vollständig dem Pay-TV überlassen. Deshalb besteht für die meisten ausländischen Fussballligen kein Angebot im Free-TV. Free-TV kann daher kein Substitut darstellen. Gleichermassen werden Endkunden, die ein umfassendes Sportpaket via Pay-TV beziehen, nicht aufgrund eines geringen langfristigen Preisanstieges nur noch Sport im Free-TV konsumieren. Auch dies legt nahe, dass Live-Sportübertragungen im Pay-TV und Free-TV keine hinreichenden Substitute darstellen und daher nicht dem gleichen Markt zugeordnet werden können.

443. Die Fragestellung ob Free-TV und Pay-TV im Sportbereich demselben Markt zuzuordnen sind, kann anhand einer Ausdehnung des Free-TV-Angebots der SRG in der Saison 2012/13 untersucht werden. Die SRG baute für diese Saison die Super League-Liveberichterstattung von maximal 10 (in der Saison 2011/12 waren es bspw. nur 9 Spiele) auf 36 Spiele pro Saison aus. Neu konnte im Free-TV in jeder Runde ein Spiel empfangen werden. Gleichzeitig wurde auch die Highlight- und Rahmenberichterstattung ausgebaut.¹⁵³

444. Wie erwähnt ist aus Sicht der Fernsehzuschauer nicht entscheidend, ob sie ein einzelnes Spiel anschauen können, sondern ob sie alle oder zumindest einen grossen Teil der Spiele einer Liga anschauen können (vgl. Rz 417 ff.). Dass die Zuschauer bei paralleler Übertragung eines einzelnen Spiels im Free-TV und Pay-TV in der Regel das unentgeltliche Free-TV-Angebot nutzen werden, ist unbestritten. Entscheidend ist jedoch, ob die Zuschauer (und damit die TV-Plattformanbieter) die Übertragung von 36 Spielen im Free-TV (vgl. Rz 443) als Substitut für die Übertragung der ganzen Liga im Pay-TV ansehen.

445. Weil die SRG für die Saison 2012/13 die Super League-Liveberichterstattung von maximal 10 auf 36 Spiele pro Saison ausbaute, ist für diese Spiele eine Abwanderung vom Pay-TV zum Free-TV zu erwarten. Falls nun die Übertragung der SRG von 36 Spielen im Free-TV ein Substitut für die Übertragung der ganzen Liga im Pay-TV darstellen sollte, dann würden die Fernsehzuschauer bei mehr als den 36 Spielen vom Pay-TV abwandern. Mit anderen Worten: Es wäre zu erwarten, dass die Angebotserweiterung nebst der Abwanderung für die im Free-TV angebotenen Spiele einen zusätzlichen Effekt auf die Nachfrage nach Pay-TV hätte. Wären die 36 Spiele im Free-TV ein Substitut für die Liga-Übertragung im Pay-TV, dann müsste eine Mehrheit der Fernsehzuschauer zu Free-TV wechseln. Somit müsste ein massiver Rückgang bei PPC-Abonnements und PPV-Bezüge zu beobachten sein. Wenn die Zuschauer nur für die Spiele wechseln, die nun im Free-TV erhältlich sind, ansonsten aber weiterhin Pay-TV beziehen, stellt das Free-TV-Angebot offensichtlich kein hinreichendes Substitut für das Liga-Produkt im Pay-TV dar. Diesfalls wäre zu erwarten, dass die durchschnittlichen Zuschauerzahlen pro Spiel (das nur im Pay-TV angeboten wurde) in der Saison 2012/13 nicht über den Preiseffekt (vgl. Rz 414) hinaus markant abnehmen.

¹⁵² So werden bspw. gewisse Spiele der Deutschen Bundesliga im Free-TV (ARD und ZDF) übertragen.

¹⁵³ Vgl. Medienmitteilung der SRG vom 28. Juni 2012 <http://www.srgd.ch/fileadmin/user_upload/srgd/Medienportal/Newsletter_Inside_SRG_SSR/2012/2012_27_NL/PDF/MM_Super_League.pdf> (11.11.2013).

446. Daher ist für die Frage der Substituierbarkeit von Pay-TV durch Free-TV zu prüfen, ob die Anzahl PPC-Abonnemente im Zeitraum der Angebotserweiterung im Free-TV markant zurück ging. Für die Anzahl PPC-Abonnemente weist Abbildung 14 [Geschäftsgeheimnis] für die Saison 2012/13 auf.

447. [Geschäftsgeheimnis].

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 18: PPV-Bezüge pro Spiel NLA und Super League.

448. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus Sicht der Fernsehzuschauer Pay-TV und Free-TV keine Substitute darstellen. Die aus der Zuschauernachfrage abgeleitete Sicht der TV-Plattformanbieter (vgl. Rz 397 ff.) führt damit zur Abgrenzung separater Pay-TV-Märkte.

i. Abgrenzung zwischen verschiedenen Sportereignissen

449. Bisher wurde offengelassen welchen Märkten die internationalen Sportereignisse mit Schweizer Beteiligung (insbesondere die UEFA Champions League und die UEFA Europa League) zuzuordnen sind. Dabei gilt zu beachten, dass sämtliche Spiele der internationalen Fussball- und Eishockey-Wettbewerbe mit Schweizer Beteiligung im Free-TV übertragen werden. Daher sind diese Spiele nicht den Bereitstellungsmärkten für Pay-TV-Übertragungen zuzuordnen. Die [Geschäftsgeheimnis] im Pay-TV übertragenen Spiele dieser Wettbewerbe ohne Schweizer Beteiligung bilden einen eigenen Markt für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen (vgl. Rz 433 f.), welcher gemeinsam mit den übrigen Bereitstellungsmärkten der ausländischen Ligen (vgl. Tabelle 14) beurteilt wird.

450. Weitere Sportereignisse, die bei der Marktabgrenzung eine Rolle spielen könnten, sind die «ATP World Tour» im Tennis, die European- und US-Golf-Tour sowie die Rennen der Formel 1 Weltmeisterschaft. Diese Sportereignisse unterscheiden sich allerdings von den nationalen Eishockey- und Fussballligen durch ihre weitgehend internationale Ausrichtung. Zudem rührt das Zuschauerinteresse beim Tennis und bei der Formel 1 insbesondere von der Teilnahme einzelner Schweizer Athleten (z. B. Roger Federer oder Sébastien Buemi) oder Teams (Sauber) her. Beim Golf beschränkt sich die Aufmerksamkeit auf einzelne Grossereignisse wie die Majors und den Ryder Cup. Aus diesem Grund ist die Pay-TV-Übertragung der obengenannten Wettbewerbe im Tennis, Golf und in der Formel 1 wohl nicht dem gleichen Markt zuzuordnen wie die nationalen Eishockey- und Fussballligen. Zudem werden auch hier die meisten Spiele mit Schweizer Beteiligung im Free-TV übertragen (insb. Tennis und Formel 1).

451. Es kann daher festgehalten werden, dass die verschiedenen Sportarten verschiedenen Märkten zuzuordnen sind.

j. Abgrenzung zwischen PPV und PPC

452. Da entsprechend dem zuvor Ausgeführten Pay-TV von Free-TV abzugrenzen ist, stellt sich die Frage, ob innerhalb der Pay-TV-Märkte eine weitere Unterteilung vorzunehmen ist. Eine mögliche Unterteilung könnte zwischen dem PPV-Angebot und den PPC-Angeboten erfolgen. Fernsehzuschauer wollen unter Umständen nicht regelmässig (beispielsweise wöchentlich) Fussball oder Eishockey schauen, sondern nur gelegentlich ein einzelnes Spiel ihrer Lieblingsmannschaft. Oder sie wollen zwar regelmässig eine Sportart verfolgen, haben aber keinerlei Interesse an den übrigen Inhalten eines Pay-TV-Sport-Kanals. Aus der Perspektive

der Zuschauer lässt sich daher die zu überprüfende Hypothese aufstellen, dass die PPC-Angebote, die Teleclub über verschiedene Plattformen anbietet, kein hinreichendes Substitut zum PPV-Angebot auf Swisscom TV darstellen. Wäre dies der Fall, so müssten PPV- und PPC-Angebote separaten Märkten zugeordnet werden.

453. Da das PPC-Sportangebot von Teleclub nur gemeinsam mit dem Basisangebot bezogen werden kann, bezahlen Endkunden 42.80 Franken bei Swisscom TV bzw. 49.90 Franken bei allen anderen TV-Plattformanbietern. Bei diesen Preisen hätte die Gruppe der Wenignutzer (Endkunden, die maximal ein Spiel pro Woche anschauen) je nach Wertschätzung des Basisangebots auch bei einer substantiellen Preiserhöhung der PPV-Angebote von 2.50 Franken auf 3.50 Franken, wie sie im Juli 2012 erfolgte, kaum Anreize vom PPV- auf ein PPC-Angebot zu wechseln. Konkret hätten insbesondere Endkunden, die pro Monat mehr als 12 (verglichen mit dem PPC-Preis bei Swisscom TV) bzw. 14 (verglichen mit dem PPC-Preis bei allen anderen Anbietern) Live-Sport-Events PPV beziehen einen Anreiz, auf ein PPC-Angebot zu wechseln. Daraus folgt, dass nur Fernsehzuschauer, die regelmässig mehr als 3 Live-Sport-Events pro Woche (bzw. 12 pro Monat) schauen möchten, von PPV auf PPC wechseln würden.

454. [Geschäftsgeheimnis].

455. [Geschäftsgeheimnis].

456. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Verknüpfung des Sportpakets mit dem Basispaket über die zuvor festgestellte inhaltliche Marktgrenze (vgl. Rz 410 ff.) hinweg erfolgt und folglich keinen Einfluss auf die Marktabgrenzung haben kann. Die [Geschäftsgeheimnis] der PPV-Angebote besteht darin, dass die Endkunden, die in erster Linie die Sportinhalte nachfragen, nicht noch das Basisangebot von Teleclub beziehen müssen. Folglich stellt das Bündel aus Basis- und Sportpaket kein Substitut für die PPV-Angebote dar.

457. Allerdings könnte unter Umständen ein stand-alone PPC-Sportangebot, das zum bisherigen Preis (9.90 bzw. 12.90 Franken), inklusive einem Zuschlag für Kundenverwaltung und STB, angeboten würde, ein Substitut zum PPV-Sportangebot darstellen. In diesem Fall könnten die Endkunden mit einem starken Bedürfnis nach Sportinhalten auf ein reines Sportpaket ohne Basispaket wechseln. Bei diesem Wechsel zu einem reinen Sportpaket würden zudem tiefere Transaktionskosten (Pauschaltarif anstatt einzelspielweise Abrechnung) anfallen, als für den Bezug der PPV-Angebote.

458. So bietet Teleclub seit September 2012 ein französischsprachiges stand-alone PPC-Sportangebot für 19.90 Franken an. Daher ist anzunehmen, dass ein deutschsprachiges stand-alone PPC-Sportangebot etwa in der gleichen Preisregion liegen würde. Im Vergleich mit dem Bezug der Spiele über PPV, war es den deutschsprachigen Endkunden bis 13. Juli 2012 möglich, für 20 Franken acht Live-Sport-Events als PPV zu beziehen. Nach der Preiserhöhung im Juli 2012 von 2.50 Franken auf 3.50 Franken pro Spiel lohnt sich der Bezug eines stand-alone PPC-Sportangebots für 20 Franken schon ab 6 Spielen pro Monat.

459. [Geschäftsgeheimnis]

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 19: Reaktion verschiedener Gruppen von PPV-Bezügern auf die Preiserhöhung für PPV-Spiele vom Juli 2012 (Anzahl PPV-Spiele pro Monat und Nachfragegruppe).

460. [Geschäftsgeheimnis]

461. [Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 20: Total Anzahl Teleclub-Kunden (PPC).

462. [Geschäftsgeheimnis]

463. [Geschäftsgeheimnis] Die alternativen Erklärungen können nur die einzelnen Beobachtungen erklären, nicht jedoch das Gesamtbild. Insgesamt kann daher mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass PPV und PPC aus Sicht der Fernsehzuschauer demselben Markt zuzuordnen sind. Jedenfalls kann im Zweifel zu Gunsten der Untersuchungsadressatinnen nicht von getrennten Märkten ausgegangen werden. Entsprechendes gilt somit auch für die TV-Plattformanbieter (vgl. Rz 397 ff.).

464. Damit kann die Auffassung der EU-Kommission im vorliegenden Fall nicht geteilt werden: Die EU-Kommission hat sich auch mit der Frage beschäftigt, ob PPV Spielfilme zum gleichen Markt wie PPC-Spielfilmkanäle gehören. Dabei argumentierte die EU-Kommission im Verfahren Telenor/Canal+/Canal Digital zugunsten getrennter Märkte, liess die abschliessende Marktabgrenzung allerdings offen, da sich am Ergebnis nichts ändern würde.¹⁵⁴ Ein wichtiges Argument für getrennte Märkte waren in dieser Entscheidung die unterschiedlichen Zeitspannen für den PPV- bzw. den PPC-Konsum von Spielfilmen. Dieses Argument kann allerdings für Live-Sportübertragungen nicht gelten, da die Spiele auf beiden Diensten gleichzeitig – nämlich live – übertragen werden.

465. Das zweite Argument der EU-Kommission für getrennte Märkte betrifft die unterschiedlichen Preisbildungsmodalitäten von PPV- und PPC-Diensten. Im Zusammenschlussentscheid Newscorp/Telepiù grenzte die EU-Kommission einen integrierten Markt für Pay-TV ab, wobei sie PPV, «Near Video on Demand» (NVoD)¹⁵⁵ und VoD als Segmente des gleichen Markts bezeichnete.¹⁵⁶ Unterschiedliche Preisbildungsmodalitäten spielen auch bei Live-Sportübertragungen eine Rolle, es ist aber nicht nachvollziehbar, weshalb die Preisbildungsmodalitäten (Abonnementpreis versus Stückpreis) den Wechsel von Endkunden von einem Dienst zum anderen verhindern sollen. Gleichermassen hat die WEKO auch beim Mobilfunk keine unterschiedlichen Märkte für Prepaid- und Abonnementen-Dienstleistungen abgegrenzt.¹⁵⁷

k. Abgrenzung zwischen den Vertriebsmodellen von Teleclub

466. Wie festgestellt verbreitet Teleclub sein Programmangebot in unterschiedlichen Vertriebsmodellen (vgl. Abschnitt A.4.3.1). Diese stellen unter Umständen aus der hier relevanten Sicht der TV-Plattformanbieter keine Substitute dar. Während es für die Fernsehzuschauer bei gleicher Übertragungsqualität meist nicht entscheidend sein wird, über welches Vertriebsmodell sie Teleclub beziehen¹⁵⁸, ergab die Marktbefragung, dass das Vertriebsmodell für die Plattformanbieter einen Unterschied insbesondere bei der Kundenakquirierung und bezüglich Bandbreitenbelegung ausmacht (vgl. bspw. Rz 199 ff. und Rz 234 ff.). Die Nachfrage der TV-

¹⁵⁴ EU-Kommission, COMP/C.2-38.287 vom 29.12.2003, *Telenor/Canal+/Canal Digital*, Rz 55 f.

¹⁵⁵ Als «Near Video on Demand» wird die Ausstrahlung einer Sendung auf Abruf bezeichnet, wobei der Startzeitpunkt der Ausstrahlung vom Zuschauer nicht frei gewählt werden kann sondern in einem bestimmten Intervall erfolgt, bspw. zu jeder vollen Stunde.

¹⁵⁶ EU-Kommission, COMP/M.2876 vom 2.3.2003, *Newscorp/Telepiù*, Rz 43.

¹⁵⁷ RPW 2010/3, 499 Rz 106, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

¹⁵⁸ Für einzelne Endkunden ist es allenfalls umständlich, zwei unterschiedliche STB anzuschliessen oder einzelne Endkunde bevorzugen die Nutzerfreundlichkeit oder Zusatzfunktionen einer bestimmten Plattform.

Plattformanbieter kann daher diesbezüglich nicht aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer abgeleitet werden.

467. Die Plattformanbieter beziehen die einzelnen Fernsehprogramme von den Programmveranstaltern und fassen diese zu einem umfassenden TV-Angebot mit verschiedenen Zusatzfunktionen (Programmübersicht, Zusatzinformationen zu einzelnen Sendungen, Aufnahmefunktionen etc.) zusammen. Bei Free-TV-Programmen deckt sich die Nachfrage der Programmveranstalter nach Verbreitungsleistung mit der Nachfrage der Plattformanbieter nach TV-Programmen. Für beide Marktteilnehmer ist das jeweilige Produkt der Marktgegenseite praktisch unabdingbar. Bei solch gleichgerichteten Interessen ist eine Verhandlungslösung ohne substantielle Kompensationszahlungen zwischen Programmveranstaltern und Plattformanbietern wahrscheinlich. Die Free-TV-Anbieter bezahlen daher traditionell keinen Beitrag für die Aufschaltung auf eine TV-Plattform. Für die Einspeisung der Programme fallen den Free-TV-Anbietern bis heute einzig Urheberrechtsgebühren in der Höhe von 2.18 Franken pro Monat und Endkunde an (vgl. Rz 377).¹⁵⁹

468. Pay-TV-Inhalten kommt dagegen für die TV-Plattformanbieter wie bereits erwähnt (vgl. Rz 374 ff.) eine besondere Bedeutung zu, da diese aufgrund von Premium Content in der Lage sind, die Wahl einer TV-Plattform durch den Endkunden entscheidend zu beeinflussen. Daher können die Pay-TV-Programmveranstalter teilweise von den Plattformanbietern für die Vorleistung einen Preis verlangen. Gleichzeitig fragen aber die Pay-TV-Programmveranstalter die Verbreitung ihrer Programme bei den TV-Plattformanbietern nach, für welche wiederum die Plattformanbieter einen Preis verlangen können. In welche Richtung die Nettozahlungen schliesslich erfolgen, hängt insbesondere von der Verhandlungsmacht der Marktteilnehmer ab.

469. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die TV-Plattform grundsätzlich aus zwei Elementen besteht: Die physische Netzwerkinfrastruktur und die Aufbereitung (vgl. Rz 70). Teleclub hat keine eigene Netzwerkinfrastruktur, steht aber bei der Aufbereitung als vertikal integrierter Plattformanbieter mit den KNU im Wettbewerb. So gesehen fragen die KNU in ihrer Rolle als Aufbereiter die Signalanlieferung nicht nach. Die Vertriebsmodelle von Teleclub taugen daher nicht als Marktabgrenzungskriterium; das nachgefragte Gut ist immer der Content, welches jedoch auf unterschiedlichem Weg verbreitet wird.

470. Gleichwohl gilt es zu berücksichtigen, dass der Content der Signalanlieferung von Teleclub auch auf dem Netz der KNU übertragen wird. Die Wahl des Netzes ist dabei ein entscheidender Faktor des Plattformwettbewerbs. In dieser Hinsicht hat die Bereitstellung des Contents über die Signalanlieferung einen positiven Netzwerkeffekt auf die Plattformnachfrage der Endkunden, der bei der Beurteilung mit einzubeziehen ist (vgl. Rz 373 ff.).

I. Anwendung des hypothetischen Monopolistentests auf die Preiserhöhung von Teleclub für Live-Sport-Spiele

471. Das Konzept des hypothetischen Monopolistentests definiert den relevanten Markt gemäss der Frage, ob ein Monopolist eine geringe, aber erhebliche, nicht vorübergehende Heraufsetzung des Preises (SSNIP) profitabel durchführen kann. Diese SSNIP-Preiserhöhung bezieht sich auf einen Markt, in dem das fragliche Unternehmen hypothetischerweise eine Monopolstellung einnimmt. Gemäss den US Merger Guidelines geht der Test darauf ein, ob ein hypothetisches und profitmaximierendes Unternehmen, welches keiner Preisregulierung

¹⁵⁹ «Gemeinsamer Tarif 1» für Kabelnetzbetreiber für die Verbreitung eines Radio- oder Fernsehprogramms gemäss Urheberrechtsgesetz.

unterliegt, wahrscheinlich eine SSNIP-Preiserhöhung von mindestens einem seiner Produkte im hypothetischen Markt durchführen würde.¹⁶⁰

472. Gelingt nun einem hypothetischen Monopolisten eine SSNIP-Preiserhöhung nicht, unterliegt er einer genügenden Disziplinierung durch andere Unternehmen ausserhalb des hypothetischen Markts. Dies impliziert, dass der hypothetisch angenommene Markt kein separater Markt darstellt. Es existieren andere Unternehmen und Produkte, welche dem relevanten Markt zuzuordnen sind. Wenn demgegenüber die SSNIP-Preiserhöhung für den hypothetischen Monopolisten profitabel ist, dann steht der hypothetische Monopolist keiner signifikanten kompetitiven Einschränkung gegenüber. Das heisst, es bestehen keine anderen Unternehmen und Produkte, welche den hypothetischen Monopolisten bei seiner SSNIP-Preiserhöhung disziplinieren. Der hypothetische Monopolist und sein Produkt stellen einen eigenen relevanten Markt dar.¹⁶¹

473. [Geschäftsgeheimnis]

m. Fazit

474. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus Sicht der Fernsehzuschauer und damit auch aus Sicht der TV-Plattformanbieter folgende relevante Märkte abgegrenzt werden können:

- Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV;
- Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV;
- Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV;
- Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV.

B.4.1.2.3 Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV

a. Bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden

475. Im Bereich der Übertragungsinfrastrukturen für Fernsehsignale hat die WEKO regelmässig einen «Markt für die Verbreitung von Fernsehprogrammen über Kabelnetze» abgegrenzt.¹⁶² Auch im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Swisscom/Cinetrade wurde der Infrastrukturbereich in einem «Markt für die Weiterverbreitung von Pay-TV-Programmen» zusammengefasst, dem zum damaligen Zeitpunkt (März 2005) nur Kabelanschlussnetze zugerechnet wurden.¹⁶³

b. Die Auffassung der Parteien und der Marktteilnehmer zur Abgrenzung des Plattformmarkts

476. Die Parteien und Marktteilnehmer haben sich in ihren Stellungnahmen noch nicht zu zur Abgrenzung eines Markts für TV-Plattformen geäussert.

¹⁶⁰ Vgl. OECD Policy Roundtables – Market Definition, 2012, 30 ff.

¹⁶¹ Vgl. OECD Policy Roundtables – Market Definition, 2012, 30 ff.; MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge 2004, 102 f.

¹⁶² RPW 2004/4, 1280 Rz 14, *Gutachten Cablecom*.

¹⁶³ RPW 2005/2, 369 Rz 68 ff., *Swisscom/Cinetrade*.

c. Berücksichtigung der technologischen Entwicklung

477. Die in der bisherigen Praxis vorgenommene Marktabgrenzung im Bereich Pay-TV muss vor dem Hintergrund der technologischen Entwicklung der letzten Jahre teilweise angepasst werden.

478. Das Programmangebot von Teleclub wird heute ausschliesslich digital übertragen.¹⁶⁴ Für die Abgrenzung des Plattformmarkts stellen daher digitale TV-Plattformen den Ausgangspunkt dar. Die digitale Verbreitung von TV-Programmen unterscheidet sich von der analogen Verbreitung hinsichtlich der möglichen Anzahl von Programmen sowie der Zusatzfunktionen beträchtlich. Schon nur deshalb ist nicht zu erwarten, dass für Plattformnachfrager, die Digital-TV beziehen, eine analoge Plattform eine hinreichende Alternative darstellt. Hinzu kommt, dass die TV-Plattformanbieter zurzeit darum bemüht sind, die verbleibenden Analogkunden auf ihre digitale TV-Plattformen zu migrieren. Im Frühjahr 2013 hat der Bundesrat beschlossen, dass die Must-Carry-Pflicht der KNU für Analogprogramme bis 2015 schrittweise aufgehoben wird. Die KNU haben zudem schon heute die Möglichkeit, auf die Verbreitung des Analogangebots zu verzichten, sofern sie ein digitales Grundangebot ohne Mehrkosten anbieten sowie eine kostenlose Smartcard zur Verfügung stellen.¹⁶⁵ Die analoge Verbreitung von Fernsehprogrammen wird zukünftig nur noch eine marginale Rolle spielen. Es ist folglich auch nicht zu erwarten, dass von der analogen Übertragung von Fernsehprogrammen Wettbewerbsdruck auf den Markt für die digitalen TV-Plattformen ausgehen kann. Der relevante Plattformmarkt ist folglich auf die Übertragung von Digital-TV zu begrenzen.

479. Bisher wurde die kupferkabelbasierte DSL-Infrastruktur (für IPTV) von Swisscom vom sachlich relevanten «Markt für die Weiterverbreitung von Pay-TV-Programmen» ausgenommen, da im Zeitpunkt der entsprechenden Entscheide die Entwicklung des DSL-basierten TV-Angebots noch nicht absehbar war.¹⁶⁶ Aufgrund der technischen Entwicklung erscheint diese Abgrenzung aus heutiger Sicht nicht mehr sachgerecht. Auch ohne vertiefte Analyse lässt sich feststellen, dass aus Sicht der Fernsehzuschauer einerseits und der Programmveranstalter andererseits die TV-Plattformen von Swisscom und der KNU sowie von verschiedenen Unternehmen, die ihre Dienste über die Glasfasernetze anbieten, in qualitativer und quantitativer Hinsicht nahezu identisch sein dürften. Dafür spricht auch die Konkurrenzbeziehung zwischen den KNU und Swisscom in diesem Bereich.¹⁶⁷ Ein weiteres Indiz für einen gemeinsamen Markt brachte die Markteinführung von Sunrise TV, welches in der Presseberichterstattung regelmässig als Alternative zu Swisscom TV, Quickline Digital TV und UPC Cablecom Digital TV besprochen wurde.¹⁶⁸ Es ist daher von einem einzigen *Plattformmarkt für die leitungsgebundene Verbreitung von Digital-TV* auszugehen, der sämtliche Arten der leitungsgebundenen Verbreitung von digitalen TV-Signalen umfasst.

¹⁶⁴ Teleclub startete zu Beginn «des neuen Jahrtausends» mit der digitalen Verbreitung seiner Programme <<http://www.teleclub.ch/cms/service/news/30-jahre-teleclub-vom-pionier-zum-marktf%C3%BChrer>> (03.12.2014).

¹⁶⁵ Vgl. <http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/01214/03883/03884/index.html> (26.9.2013).

¹⁶⁶ Vgl. RPW 2004/4, 1283 f. Rz 28 ff., *Gutachten Cablecom*.

¹⁶⁷ Praktisch alle KNU bezeichneten im Rahmen der Marktbefragung Swisscom TV als Hauptkonkurrent im TV-Bereich. Antworten zur Frage 13 des Auskunftsbegehrens für TV-Plattformanbieter vom 30. Mai 2012.

¹⁶⁸ U. a. Tagesanzeiger Online, Digital TV: Cablecom, Swisscom oder Sunrise? vom 23.01.2012, <<http://www.tagesanzeiger.ch/digital/multimedia/Digital-TV-Cablecom-Swisscom-oder-Sunrise/story/11532589>> (20.11.2012); SF DRS Kassensturz, Sendung vom 20.3.2012, abrufbar unter:

<http://www.kassensturz.sf.tv/content/download/3089678/117118062/version/1/file/VergleichDigiTVgroVe_3.pdf> (20.11.2012).

480. Aus heutiger Sicht müssen auch internetbasierte Übertragungsplattformen (vgl. Rz 59) wie Zattoo, Teleboy oder Swisscom TV Air berücksichtigt werden. Allerdings kommt deren Bildqualität teilweise aufgrund der höheren Kompression noch nicht an das herkömmliche Digital-TV heran. Auch bieten nur einzelne Fernsehgeräte (etwa von LG oder Samsung) einen direkten Zugang via App an. Kunden mit anderen Fernsehgeräten müssen eine separate STB z. B. von Videoweb oder Apple TV nutzen. Heute scheinen die Zuschauer die internetbasierten Übertragungsplattformen noch mehrheitlich in anderen Konstellationen (unterwegs, an der Arbeit etc.) zu nutzen. Die internetbasierten Übertragungsplattformen werden demzufolge eher als Komplement (und nicht als Substitut) zu den digitalen TV-Plattformen von beispielsweise Swisscom, Cablecom und Sunrise wahrgenommen. Die Marktbefragung ergab zudem, dass Anbieter von internetbasierten Übertragungsplattformen praktisch ausschliesslich Anbieter anderer internetbasierter Übertragungsplattformen als Hauptkonkurrenten sehen. Im Hinblick auf den vorliegend relevanten Sachverhalt, ergab die Marktbefragung auch, dass die Anbieter von internetbasierten Übertragungsplattformen den über Pay-TV verbreiteten Sportinhalten keine grosse Bedeutung zuschreiben. Die internetbasierten Übertragungsplattformen können folglich zum heutigen Zeitpunkt (noch) nicht demselben relevanten Markt zugeordnet werden wie die digitalen TV-Plattformen. Es ist allerdings möglich, dass in Zukunft diese Märkte konvergieren, insbesondere wenn Fernseheinhalte vermehrt als «Over-the-Top»-Content bezogen werden und flächendeckend über Apps direkt auf dem Fernseher verfügbar sind.

481. In früheren Entscheiden der WEKO wurde der Markt für die leitungsgebundene Übertragung jeweils gegenüber der terrestrischen Übertragung sowie der satellitengestützten Übertragung von TV-Programmen abgegrenzt. Diese Abgrenzung erscheint auch heute im Wesentlichen noch als begründet. Für die terrestrische Verbreitung mit dem DVB-T-Standard stehen heute national nur 7 Frequenzen zur Verfügung. Daher erscheint die terrestrische Übertragung schon nur aufgrund der extremen Unterschiede in der Programmanzahl und der Funktionalitäten nicht als hinreichende Alternative zur leitungsgebundenen Übertragung. Von der terrestrischen Verbreitung von Digital-TV kann folglich kein Wettbewerbsdruck auf die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV ausgehen.

482. Satellitenplattformen bieten zwar ebenfalls Zusatzfunktionen (ohne die Möglichkeit der Zweiwegkommunikation) und eine noch grössere Anzahl an Fernsehprogrammen. Sie können aber trotzdem nicht als Alternative zur leitungsgebundenen Verbreitung von Digital-TV angesehen werden. Das Bundesgericht hat diesbezüglich im Urteil vom 5. September 2003 in Sachen Cablecom gegen Teleclub festgehalten, dass wegen der hohen Umrüstkosten und -schwierigkeiten ein Umsteigen auf Satellitenempfang kaum zu erwarten ist.¹⁶⁹ Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich diese Situation in den letzten Jahren signifikant verändert haben sollte bzw. diese Kosten stark zurückgegangen wären. In der Schweiz wohnen heute zudem mehr als die Hälfte der Bevölkerung in einem Mietverhältnis.¹⁷⁰ Für Mieter ist ein Umsteigen auf Satellitenempfang aufgrund der notwendigen Zustimmung des Vermieters für das Anbringen des Satellitenempfängers in vielen Fällen unabhängig vom Preis und Angebot keine Option. Ein weiteres Argument für getrennte Märkte für den Empfang für Digital-TV und Satelliten-TV ist zudem das Fehlen eines konkurrenzfähigen Internetangebots über Satellit. Auch hier hat sich die Situation seit der erwähnten Einschätzung durch das Bundesgericht nicht oder gar eher gegen die Substituierbarkeit durch Satellitenempfang entwickelt: In den letzten Jahren haben die Möglichkeit der Zwei-Weg-Kommunikation und Bündelprodukte stark an Bedeutung gewonnen. Die Endkunden profitieren von erheblichen Vergünstigungen und tieferen Transaktionskosten, da sie nur mit einem einzigen Unternehmen im Kontakt stehen. Ohne satellitenbasiertes Internetangebot werden die meisten Satellitenkunden zusätzlich noch einen leitungsgebundenen Internetanschluss benötigen, der bei vielen Anbietern bereits ein digitales

¹⁶⁹ RPW 2003/4, E 4.2.2, *Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission*.

¹⁷⁰ Statistische Lexikon der Schweiz, Wohnverhältnisse nach Haushaltstyp und Bewohnertyp. Abrufbar: <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/lexikon/lex/0.topic.1.html>> (30.9.2013).

Basisfernsehangebot enthält. Auch vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass vom Satellitenfernsehen ein erheblicher Wettbewerbsdruck auf die leitungsgebundene Verbreitung von Digital-TV ausgeht.

d. Berücksichtigung der zweiseitigen Struktur des Markts

483. Die oben gemachten Überlegungen bezüglich der Abgrenzung des Plattformmarkts erfolgten in erster Linie aus der Sicht der Fernsehzuschauer, die für den Empfang von TV-Inhalten eine TV-Plattform wählen (vgl. Rz 477 ff.). Aufgrund der zweiseitigen Struktur des TV-Plattformmarkts, müssen für die hier vorzunehmende Marktangrenzung allerdings zwei unterschiedliche Nachfrager als Marktgegenseiten der TV-Plattformanbieter berücksichtigt werden:

- i. Die Fernsehzuschauer, die die Plattform nachfragen, um ein TV-Angebot (Pay-TV und Free-TV) beziehen zu können.
- ii. Die Programmveranstalter (Pay-TV und Free-TV), die die Plattform nachfragen, um ihr Programm an die Fernsehzuschauer übertragen zu können. (Davon ist die Rolle der Programmveranstalter als Anbieter auf dem Markt für TV-Content zu unterscheiden.)

484. Ein Pay-TV-Programmveranstalter wie Teleclub fragt die Übertragungsdienste einer TV-Plattform nach, um möglichst viele Fernsehzuschauer erreichen zu können. Eine Transaktion zwischen Pay-TV-Programmveranstalter und Fernsehzuschauern kann nur zustande kommen, wenn beide Marktseiten auf derselben Plattform präsent sind. Sofern die Preise für die Übertragung des Pay-TV-Signals über eine TV-Plattform ansteigen, kann der Pay-TV-Programmveranstalter nicht einfach die Plattform wechseln. Er verliert sonst die Zuschauerkunden, die über diese Plattform einen Endkundenvertrag abgeschlossen haben.

485. [Geschäftsgeheimnis] weshalb nur die relativen Preise zwischen den Plattformen ins Gewicht fallen. Die Preisunterschiede für die Nutzung einer Plattform ([Geschäftsgeheimnis]) sind üblicherweise geringer als ein möglicher Verlust, der sich aus dem Nichtzustandekommen der Transaktion zwischen Pay-TV-Programmveranstalter und Fernsehzuschauer ergibt. Gleichermassen erfolgt im Free-TV eine Transaktion zwischen Fernsehzuschauer und Programmveranstalter in der Form von Aufmerksamkeit für Werbung. Auch hier müssten allfällige Preisunterschiede für die Plattformnutzung, die Opportunitätskosten des Plattformverzichts übersteigen. Die direkte Transaktion zwischen Programmveranstalter und Plattformanbieter verhindert folglich in beiden Fällen, dass der Programmveranstalter ohne Weiteres die Plattform wechseln kann. Es lohnt sich sogar für Free-TV- und Pay-TV-Anbieter, auf allen Plattformen präsent zu sein und multi-homing zu betreiben (vgl. Rz 376).

486. Für die Pay-TV-Programmveranstalter (Content Anbieter) ist die Verbreitung ihres Angebots über möglichst viele TV-Plattformen (multi-homing) notwendig. Dies deshalb, weil die Fernsehzuschauer das Angebot der Pay-TV-Programmveranstalter über unterschiedliche Digital-TV-Plattformen beziehen. Wäre ein Pay-TV-Programmveranstalter nicht auf den verschiedenen TV-Plattformen vertreten, würde dies für ihn drei wesentliche Nachteile bedeuten. Zunächst könnte der Pay-TV-Programmveranstalter nicht alle Fernsehzuschauer erreichen, welche sein Angebot beziehen möchten. Weiter würde der Pay-TV-Programmveranstalter Fernsehzuschauer verlieren, wenn diese auf eine von ihm nicht bediente TV-Plattform wechseln. Schliesslich müsste der Pay-TV-Programmveranstalter, wenn er die TV-Plattform wechseln möchte, seine Fernsehzuschauer ebenfalls zu einem Wechsel bewegen.

487. Zudem bestehen normalerweise zwischen Pay-TV-Programmveranstaltern und Fernsehzuschauern Teilnehmerverträge (vgl. Abschnitt A.4.3.1). Dies stellt eine direkte Transaktion zwischen Pay-TV-Programmveranstalter und Fernsehzuschauern dar. Deshalb fragen Pay-TV-Programmveranstalter TV-Plattformen nach, denen die Fernsehzuschauer mit den

Teilnehmerverträgen angeschlossen sind. Eine von ihren Abonnenten losgelöste Nachfrage der Pay-TV-Programmveranstalter nach TV-Plattformen besteht nicht.¹⁷¹

488. Die Nachfrage der Fernsehzuschauer nach einer Übertragungsplattform wird allerdings vom Free-TV- und Pay-TV-Angebot gleichermaßen bestimmt. Der Pay-TV-Programmveranstalter kann daher nicht auf einem separaten Markt für die Übertragung von Pay-TV-Inhalten agieren. Die zusätzlichen Zahlungen zwischen Pay-TV-Programmveranstalter und Plattformanbieter können daher nicht die Abgrenzung von separaten Märkten für die Übertragung von Pay-TV und für die Übertragung von Free-TV rechtfertigen.

489. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist es angebracht, aus Sicht beider Marktgegenseiten (den Fernsehzuschauern und den Content-Anbietern) einen einheitlichen *Markt für Plattformen für leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV* abzugrenzen.

B.4.1.3 Räumlich relevanter Markt

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

B.4.1.3.1 Nationale Märkte für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV

491. Die vier Bereitstellungsmärkte können in räumlicher Hinsicht einheitlich abgegrenzt werden, da das Gebiet, in welchem die Pay-TV-Inhalte nachgefragt werden, für alle vier Bereitstellungsmärkte national abzugrenzen ist:

492. [Geschäftsgeheimnis]. Alle Bereitstellungsmärkte sind daher grundsätzlich national abzugrenzen. Es könnte sich die Frage stellen, ob insbesondere für die ausländischen Ligen ein international abzugrenzender Markt vorliegt. Allerdings werden die Content-Rechte in der Regel landesabhängig vergeben. Dies ist durch das Prinzip der nationalen Erschöpfung im Urheberrecht gedeckt. Mit anderen Worten kann ein IPTV-Anbieter nicht auf einen ausländischen Content-Anbieter ausweichen, wenn der Schweizer Content-Anbieter die Preise erhöht. Daher bleibt es bei der nationalen Abgrenzung der Bereitstellungsmärkte. An der nationalen Abgrenzung ändert auch die unterschiedliche Ausdehnung der KNU-Netze nichts, da das Content-Angebot nicht vom Netz-Gebiet abhängig ist.

493. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Kommentarsprache bzw. die Programmsprache eine Frage der sachlichen Marktabgrenzung darstellen.

B.4.1.3.2 Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV

494. Die Nachfrage der Fernsehzuschauer und der Programmveranstalter nach einer TV-Plattform ist räumlich begrenzt auf das Gebiet des vom jeweiligen Plattformanbieter genutzten Leitungsnetzes. Für die KNU entspricht das Gebiet damit der Ausdehnung ihres CATV-Netzes. Bei Swisscom und den anderen IPTV-Anbieter entspricht es der Ausdehnung des VDSL-Netz von Swisscom beziehungsweise der Glasfasernetze, welche den IPTV-Anbietern zur Verfügung stehen.

495. Vorliegend geht es darum eine allfällige Wirkung einer Verhaltensweise in den Bereitstellungsmärkten auf den Plattformmarkt, mithin auf den Wettbewerb zwischen Swisscom und

¹⁷¹ Vgl. auch FILISTRUCCHI LAPO/GERADIN DAMIEN/VAN DAMME ERIC/ AFFELDT PAULINE, Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice, working paper Università degli Studi di Firenze, 2013, 8 ff.

den anderen Plattformanbietern. Dieser Wettbewerb findet praktisch auf dem ganzen Netzgebiet von Swisscom statt. Der Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV ist daher national abzugrenzen. Falls sich die Wettbewerbssituation insbesondere im Hinblick auf den Glasfaserausbau in den Ballungsgebieten sehr unterschiedlich entwickeln sollte, könnte allenfalls eine regionale Marktabgrenzung angezeigt sein.

B.4.1.4 Übersicht über die abgegrenzten Märkte

496. Aus Sicht der Fernsehzuschauer resp. der TV-Plattformanbieter sind die folgenden Märkte abzugrenzen:

- i. Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV*
- ii. Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV*
- iii. Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV*
- iv. Nationaler Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV*
- v. Nationaler Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV*

B.4.1.5 Stellungnahmen zum relevanten Markt

B.4.1.5.1 Stellungnahme von Cablecom, Finecom und Sasag

497. Cablecom, Finecom und Sasag bringen vor, dass PPV- und PPC-Angebot in Übereinstimmung mit der herrschenden Praxis der EU-Kommission getrennte Märkte darstellen würden. Gemäss Cablecom, Finecom und Sasag sei nicht nur die Sichtweise einer Vielnutzung, sondern auch diejenige der Wenignutzung zu berücksichtigen. Der Anteil der Nachfrage mit Wenignutzung von Live-Sport-Events bilde einen erheblichen Teil des Markts für PPV-Angebote. Eine Studie aus den USA und Kanada zeige, dass von denjenigen Zuschauern, welche ein Live-PPV-Event über eine TV-Plattform beziehen würden (10.9 % der Befragten), knapp 70 % nur zwischen 1 bis 4 Events pro Jahr bestellen würden. Knapp 96 % der Konsumenten von PPV-Live-Events hätten 10 oder weniger solche Events pro Jahr gekauft. Einzig 4.2 % der Konsumenten von PPV-Live-Events hätten 11 oder mehr PPV-Events pro Jahr bestellt. Eine repräsentative Umfrage von Swisscom PPV-Nutzern bestätigte diese Angaben für die Schweiz. Zudem würden Wenignutzer bei einer Preiserhöhung für das PPV-Angebot kaum bereit sein, auf ein PPC-Angebot zu wechseln. Ebenfalls bestünde aus Sicht von Vielnutzern keine Substituierbarkeit des PPC-Angebots durch das PPV-Angebot. Für Vielnutzer lohne sich der Bezug des PPV-Angebots hinsichtlich des Preises und des Angebotsumfangs nicht. Ein Substitutionseffekt zwischen PPV- und PPC-Angeboten sei – wenn überhaupt – nur bei einem verschwindend kleinen Anteil von Fernsehzuschauern gegeben.

498. Zu diesen Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass die EU-Kommission bei der Markt-abgrenzung getrennt nach PPV und PPC auf unterschiedliche Merkmale hinsichtlich der angebotenen Inhalte, der Verbrauchsart und der Preise in Bezug auf Filme abstellt. Diese Merkmale würden gemäss EU-Kommission bei Filmdiensten die Substituierbarkeit zwischen PPV- und PPC-Angeboten einschränken. PPV-Programme würden aktuelle Filme unmittelbar nach Auslaufen der Videovertriebsverwertung [Geschäftsgeheimnis] anbieten. Bezahl-Premium-Programme bzw. PPC-Dienste würden diese Filme im Allgemeinen erst nach Abschluss der

PPV-Verwertungsstufe [Geschäftsgeheimnis] zeigen. Wegen dieser Zeitspanne könnten die Abonnenten nicht zwischen PPV und PPC wählen, um einen aktuellen Spielfilm zu sehen, an dem sie speziell interessiert sind. Ausserdem gewährten PPV-Dienste den Abonnenten eine vergleichsweise grosse Freiheit, aus verschiedenen Spielfilmen sowie den geeigneten Zeitpunkt für den Filmabruf zu wählen. Demgegenüber seien die Abonnenten bei PPC-Diensten grösseren Einschränkungen und dem Zeitplan der Programmgestaltung unterworfen. Zudem liessen die Preisbildungsmodalitäten für das Abonnieren von PPC-Diensten auf der Basis von monatlichen Pauschalbeträgen im Gegensatz zu denen für die Nutzung von PPV-Diensten, wo für jeden Film oder jedes Anschauen zu bezahlen ist, eher unwahrscheinlich erscheinen, dass Endkunden von einem Dienst zum anderen wechseln, sollte es zu einem geringfügigen, aber trotzdem bedeutenden und dauerhaften Anstieg der entsprechenden Preise kommen.¹⁷²

499. Im vorliegenden Fall geht es allerdings nicht um Filmdienste, welche für die EU-Kommission bei der Marktabgrenzung relevant waren, sondern um Live-Sport-Events. In Bezug auf die Verwertungskaskade unterscheiden sich Live-Sport-Events wesentlich von Spielfilmen (vgl. Rz 370 ff.). Anders als bei Spielfilmen konzentriert sich die Nachfrage nach Sportberichterstattung grossmehrheitlich auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Ereignisses. Dementsprechend sind PPV- und PPC-Bezüger gleichermaßen an den Zeitpunkt des Ereignisses gebunden. Eine Unterscheidung zwischen PPV- und PPC-Diensten in Bezug auf den Zeitpunkt fällt dahin. Ebenfalls fällt vorliegend eine Unterscheidung in Bezug auf den Inhalt dahin, weil vorliegend sowohl bei PPV- als auch bei PPC-Diensten die gleichen Live-Sport-Events zur Verfügung stehen. Schliesslich ist im vorliegenden Fall zu beobachten, dass die Preiserhöhung bei PPV-Sportübertragungen im Juli 2012 [Geschäftsgeheimnis]

500. Wie bereits in den Randziffern 459 ff. ausgeführt, kann aufgrund der erhobenen Daten eine Marktabgrenzung getrennt nach PPV- und PPC-Diensten nicht ausgeschlossen werden. Im Gegensatz zu der von Cablecom, Finecom und Sasag vorgebrachten Studie stellen die vorhandenen Daten eine Vollerhebung und keine Stichprobe dar. Jedoch führt selbst die Vollerhebung zu keinem Ergebnis, welche nach PPV und PPC getrennte Märkte gänzlich ausschliesst. Es gilt allerdings zu berücksichtigen, dass es vorliegend um sanktionsbedrohte Verhaltensweisen geht. Es kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gesagt werden, dass nach PPV und PPC getrennte Märkte abzugrenzen sind. Deshalb ist zugunsten der Untersuchungsadressatinnen von der Substituierbarkeit von PPV- und PPC-Diensten auszugehen (vgl. Rz 76).

B.4.1.5.2 Stellungnahme von Sunrise

501. Gemäss Sunrise stellen PPV und PPC getrennte Märkte dar. Zunächst würde Sport als Premium Content nicht ausschliesslich live konsumiert. So gebe es mit Sicherheit eine beträchtliche Zahl an Kunden, die beispielsweise ein Spiel ihrer Lieblingsmannschaft nicht live mitverfolgen konnten und dies später nachholen wollen. Denkbar sei auch, dass sich Kunden ein Spiel später noch einmal ganz oder zumindest einzelne Sequenzen daraus anschauen würden. Ebenso werde es Kunden geben, die sich ein Spiel live anschauen und später noch ein anderes, welches parallel live ausgestrahlt wurde. Insofern sei die Einschätzung der EU-Kommission auch im Bereich Sport relevant. Dies belege das neue Angebot Teleclub-Play von Swisscom, welches ein Sportarchiv umfasse. Aus Sicht des Kunden sei es ein grosser Unterschied, ob er sich z. B. ein einzelnes bzw. einige wenige Spiele seiner Lieblingsmannschaft pro Saison PPV anschauen könne, oder ob er dafür ein ganzes Sport-Paket abonnieren und monatlich bezahlen müsse. Schliesslich bestünde ein klarer Trend von linearem Fernsehen

¹⁷² Vgl. EU-Kommission, COMP/C.2-38.287 vom 29.12.2003, *Telenor/Canal+/Canal Digital*, Rz 26. Die EU-Kommission verwendet den Begriff Bezahlfernsehen bzw. Pay-TV synonym sowohl für Pay-TV im Sinne der vorliegenden Verfügung als auch im Sinne von PPC-Diensten.

hin zu TV on demand. Dieses Verhalten könne mit linearen PPC-Diensten nicht befriedigt werden.

502. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in den Randziffern 498 ff. verwiesen werden. Entgegen der Auffassung von Sunrise stellt die Live-Ausstrahlung des Sportereignisses ein wesentliches Merkmal dar (vgl. Rz 368 ff.). Dadurch unterscheidet sich die Übertragung von Live-Sport massgeblich von der Übertragung nicht zeitkritischer Inhalte wie beispielsweise Spielfilmen. Zwar mag es eine Nachfrage für vergangene Sportereignisse geben. Diesen Ereignissen fehlt aber das Merkmal der Aktualität. Somit stellen vergangene Sportereignisse keine Substitute für Live-Sport-Ereignisse dar.

503. Zudem bezieht sich die Nachfrage, wie die Untersuchung zeigt, auf ein Ligaprodukt (vgl. Rz 370 und 417 ff.). Beim Ligaprodukt ist der Fortgang der Meisterschaft bzw. die Leistung einer Mannschaft innerhalb der Meisterschaft relevant. Somit sind auch hier die Aktualität und die damit verbundene Spannung über den Ausgang der Meisterschaft von hoher Bedeutung. Im Gegensatz dazu interessieren bei Spielaufzeichnungen eher individuelle Merkmale einzelner Spiele. Die Nachfrage nach besonders sehenswerten Spielen oder besonderen Sport-Momenten, unterscheidet sich damit wesentlich von der Nachfrage nach zeitgleicher Verfolgung von Spielen im Rahmen einer Meisterschaft.

504. Weiter bringt Sunrise vor, dass das Sekretariat weitere sachliche Märkte für die Bereitstellung von Übertragungen betreffend Sportarten wie Tennis, Golf und Formel 1 abzugrenzen scheine. Allerdings äussere sich der Antrag nicht weiter zu diesen Märkten.

505. Dem ist entgegenzuhalten, dass im vorliegenden Fall in Bezug auf weitere Sportarten lediglich geprüft wird, ob diese bei der Marktabgrenzung eine Rolle spielen (vgl. Rz 449 ff.). Das Verfahren konzentriert sich indes auf Fussball- und Eishockeyübertragungen. Nachdem die anderen Sportarten nicht in diese Märkte fallen, musste keine Beurteilung einer etwaigen Exklusivität hinsichtlich weiterer Sportarten gemacht werden.

B.4.1.5.3 Stellungnahme von Swisscom

506. Swisscom bringt vor, das Sekretariat verkenne die Bedeutung des Free-TV für die Markt-abgrenzung. Die Schlussfolgerung des Sekretariats, wonach aus dem Umstand, [Geschäftsgeheimnis] über einen entsprechend längerfristigen Zeitraum zu beurteilen. Der vom Sekretariat untersuchte Zeitraum ende jedoch bereits im Mai 2013. Es liessen sich keine Aussagen zum Wechselverhalten der Kunden treffen. Weiter lasse die Ausdehnung des Free-TV-Angebots der SRG betreffend Fussball Super League keinerlei Schlüsse auf die entsprechenden Märkte für ausländische Fussballübertragungen und Schweizer Eishockeyübertragungen zu. Das Sekretariat setze voraus, dass die Teleclub Kunden das Teleclub-Sportangebot ausschliesslich wegen der Fussballberichterstattung abonniert hätten.

507. [Geschäftsgeheimnis]

508. Swisscom bringt zum Empirischen Bericht vor, die Beschränkung des Untersuchungszeitraumes auf 2013 im Empirischen Bericht sei willkürlich. Zwei Ereignisse mit wesentlicher Bedeutung für die materielle Beurteilung des Sachverhalts (Preiserhöhung im Juli 2012 und die Einführung des französischsprachigen Teleclub-Sportangebots im Herbst 2013) fielen auf das Ende des Untersuchungszeitraumes so dass deren Auswirkungen gar nicht mehr hätten geprüft werden konnten. Gerade insoweit hätte das Sekretariat ausnahmsweise auch aktuellere Marktentwicklungen berücksichtigen müssen, um belastbare Rückschlüsse auf die Vergangenheit zu ziehen. Just in diesem Zusammenhang habe das Sekretariat darauf verzichtet. Dies sei umso unverständlicher, als der Antrag des Sekretariats vom 21. Juli 2015 datiere.

509. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Teleclub das französischsprachige Sportangebot anders als von Swisscom geltend gemacht bereits im September 2012 eingeführt hat (vgl. Rz

129). In Ergänzung zu Randziffer 560 ist weiter festzuhalten, dass der Sachverhalt und die Datengrundlage vorliegend äusserst komplex und zeitlichen Änderungen unterworfen sind. Es ist daher hier nicht möglich, ständig weiter zu ermitteln. Eine effiziente Verfahrensführung wäre im vorliegenden Fall nicht möglich, wenn die Beurteilung kontinuierlich an neu ermittelte komplexe und umfangreiche Sachverhalte anzupassen wäre. Aufgrund des strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakters des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens kann den Untersuchungsadressatinnen nur ein effektiv ermittelter Sachverhalt vorgeworfen werden. Entsprechend muss sich selbst bei andauernden Verhaltensweisen der Vorwurf auf einen bestimmten, rechtsgenüchlich nachgewiesenen Zeitraum beschränken. Der Fokus auf die Saison 2012/13 begründet sich in der Preiserhöhung zu Beginn der Saison im Juli 2012, welche Aufschluss über das Nachfrageverhalten bzw. einen SSNIP-Test erlaubt (vgl. Rz 471 ff.). Der untersuchte Zeitraum nach der Preiserhöhung, der eine ganze Spielsaison umfasst, erweist sich für aussagekräftige Ergebnisse als ausreichend (vgl. in Analogie Rz 507).

510. Zum Empirischen Bericht bringt Swisscom weiter vor, das Sekretariat habe die Richtlinien der WEKO für ökonomische Gutachten vom 12. September 2013¹⁷³ verletzt. Es werde ein grosser Aufwand zur Klärung von Fragen betrieben, die entweder unstrittig oder von geringer Relevanz (Marktabgrenzung Fussball vs. Eishockey) seien. Zudem würden entscheidende Fragen wie der behauptete Zusammenhang zwischen dem Teleclub-Sportangebot und dem Markterfolg von Swisscom TV in der empirischen Analyse gar nicht untersucht. Daher lasse die durchgeführte empirische Analyse einen solchen Schluss auch gar nicht zu. Als Verstoss gegen mehrere Regeln der Richtlinien nennt Swisscom exemplarisch Folgendes. Gemäss Ziff. 8 der Richtlinien sei das Ziel empirischer Analysen, ökonomische Hypothesen zu prüfen oder die quantitative Bedeutung ökonomischer Zusammenhänge zu ermitteln. Vorliegend seien lediglich einige lose statistische Zusammenhänge aufgestellt worden.

511. Dem ist entgegenzuhalten, dass die vorgebrachte Ziff. 8 der Richtlinien einzig die Fragestellung betrifft. Es geht darum, dass eine Analyse mit einer klaren und präzisen Formulierung der Fragestellung beginnen sollte. Die daraus abgeleiteten und zu testenden Hypothesen (Nullhypothese und Gegen- bzw. Alternativhypothese) müssen explizit formuliert werden. Diesen Anforderungen genügt der Empirische Bericht bei Weitem. Der Empirische Bericht beschreibt darüber hinaus sogar die Hintergründe der Fragestellungen und der zu testenden Hypothesen. Die Begründung für die von Swisscom gerügte Analyse der Nachfrage nach VoD in Abhängigkeit des Preises für PPV-Spiele findet sich in Rz 410, welche der Antrag bereits enthielt.

512. Swisscom bringt unter Verweis auf Literatur¹⁷⁴ vor, wesentliche Einflussgrössen (z. B. der Einfluss von Free-TV oder der Zahl Swisscom TV Kunden im Datensatz ppv monthly.dta oder andere in Frage kommende regionale Unterschiede im Datensatz panelmaster.dta) seien nicht berücksichtigt, was die Ergebnisse zusätzlich entwerte.

513. Entgegen der Ansicht von Swisscom berücksichtigt die empirische Analyse die wesentlichen Einflussgrössen. So kontrollieren die Schätzungen von Modell 1 für einen langfristigen Wachstumstrend (vgl. Anhang Empirie, Rz 18 ff.). Weiter gehen die empirischen Berechnungen in Bezug auf die Wettbewerbswirkung gerade auf regionale Unterschiede ein. Gleichermassen gilt es festzuhalten, dass sowohl der Verfügungsantrag als auch die empirische Analyse selber die Hintergründe und Motivation der empirischen Analysen eingehend darlegen. Beispielsweise geht der Antrag auf die Abgrenzung gegenüber Free-TV ausführlich ein (vgl.

¹⁷³ Richtlinien für ökonomische Gutachten vom 12. September 2013 (nachfolgend: Richtlinien) <<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>>.

¹⁷⁴ SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application, and Measurement*, 2002, (zit. BISHOP/WALKER, *Economics of EC Competition Law*), 334.

Rz 439 ff.). Zudem ist es ist nicht notwendig, wie von Swisscom vorgebracht, sämtliche theoretisch in Frage kommende Möglichkeiten zu prüfen (vgl. auch Rz 523).

514. Zudem bringt Swisscom mit Literaturverweis¹⁷⁵ vor, ebenso wenig sei berücksichtigt worden, dass statistische Signifikanz nicht gleichbedeutend sei mit ökonomischer Relevanz. So lasse keiner der in den 20 ökonometrischen Modellen geschätzten «Parameterwerte» in quantitativer Hinsicht interpretierbare Aussagen zu.

515. Hierzu gilt es noch einmal festzuhalten, dass sowohl der Verfügungsantrag als auch die empirische Analyse die Hintergründe, ökonomischen Zusammenhänge und Motivation für die empirischen Analysen eingehend darlegen. Diese Darlegung zeigt, dass es sich anders als von Swisscom vorgebracht nicht um Schätzungen von Zusammenhängen wie der monatliche Regenfall in Abhängigkeit der Geldmenge und Inflation in Deutschland handelt. Nichts anderes geht aus der von Swisscom zitierten Literatur hervor.¹⁷⁶ Die in der empirischen Analyse behandelten Zusammenhänge sind von ökonomischer Relevanz.

516. Weiter bringt Swisscom vor, gemäss Ziff. 9 der Richtlinien sei die Qualität der herangezogenen Daten entscheidend für die Aussagekraft einer vorgelegten Studie. Die von den Untersuchungsadressatinnen zu den übertragenen Spielen eingereichten Daten seien fehlerhaft transformiert worden, was dazu geführt habe, dass unplausible und fehlerhafte Werte in die Schätzgleichungen eingeflossen seien. Dies führe dazu, dass die Modelle 2 bis 4 auf Seite 7 und die Modelle 1 bis 4 auf Seite 10 der empirischen Analyse auf einer fundamental falschen Zahlenbasis beruhen würden. Schon aufgrund der fehlerhaften Daten würden somit sieben der ersten acht Modelle jeglicher Aussagekraft entbehren.

517. Hierzu ist festzuhalten, dass aus dem Vorbringen von Swisscom nicht ersichtlich ist, worin eine fehlerhafte Transformation bestehen sollte, welche Daten fehlerhaft transformiert worden seien und welche Variablen von der fehlerhaften Transformation betroffen sein sollten. Eine fehlerhafte Transformation der Daten ist nicht ersichtlich. Insbesondere basieren die Schätzgleichungen nicht auf den Berechnungen für die Exklusivität im Antrag (vgl. Rz 161 ff. und 252). Die geschätzten Modelle behalten ihre Aussagekraft.

518. Swisscom führt aus, dass gemäss Ziff. 11 der Richtlinien der Prozess der Datenaufbereitung explizit zu dokumentieren sei. Dies sei in fehlerhafter Weise erfolgt, so dass Schätzergebnisse nur bedingt nachvollziehbar seien. Die Beschreibung im Anhang und die verwendeten Daten würden nicht übereinstimmen. Gemäss Ziff. 23 der Beschreibung erfolge die Schätzung ohne zusätzliches Angebot der Saison 12/13 (ATP, Challenge League, Liga Zon Sagres, Premier League). Anhand dieser Beschreibung wäre zu erwarten, dass alle anderen PPV-Übertragungen berücksichtigt seien. Tatsächlich enthielten die Daten `d_ppv_const` aber nur die Spiele der Super League und der NLA. Ein weiteres Beispiel betreffe Modell 2 auf Seite 7 der empirischen Analyse. Die Regression mit den angegebenen Variablen ergebe nicht die Parameterwerte und Standardabweichungen, die in der Empirischen Analyse dargestellt seien.

519. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat den Prozess der Datenaufbereitung vollumfänglich und damit entsprechend den Richtlinien für ökonomische Richtlinien dokumentiert. Swisscom hat sowohl alle Datensätze (eigene und aufbereitete) als auch die «do-files» der Datenaufbereitung erhalten. Das Sekretariat hat Swisscom sogar den ursprünglich mit Geschäftsgeheimnis behafteten Datensatz `panel_master.dta` vollständig offengelegt (vgl. Rz 36). Damit war Swisscom in der Lage die Berechnungen des Sekretariats vollständig nachzuvollziehen und eigene Berechnungen durchzuführen. In Bezug auf die Variable `d_ppv_const` mag es zutreffen, dass diese im an Swisscom versendeten Datensatz nur die

¹⁷⁵ BISHOP/WALKER (Fn 174), Economics of EC Competition Law, 337.

¹⁷⁶ BISHOP/WALKER (Fn 174), Economics of EC Competition Law, 337.

Spiele der Super League und der NLA enthält. Allerdings erfolgte die Schätzung von Modell 2 auf Seite 7 nicht nur mit den PPV-Übertragungen der Spiele der Super League und der NLA. In anderen Worten sind die Angaben über die Variablen und die Schätzung von Modell 2 auf Seite 7 im Empirischen Bericht konsistent. Dies war für Swisscom auch ohne Weiteres nachvollziehbar und erkennbar, zumal Swisscom dies selber festgestellt hat. Vor allem ist dies auch aus den an Swisscom offen gelegten do-files ersichtlich, insbesondere aus dem do-file «merge_ppv_monthly». Anhand dieses do-files (zusammen mit allen anderen gegenüber Swisscom offen gelegten do-files und Datensätzen) ist für Swisscom ersichtlich, wie und welche Variablen aus den ursprünglich von Swisscom angefragten Daten generiert wurden. Somit ändert sich an den Schätzungen und den Schlussfolgerungen des Empirischen Berichts nichts.

520. Swisscom bringt vor, das Sekretariat habe den Einfluss des PPV-Preises auf die PPV- und VoD-Nachfrage falsch beurteilt. Die isolierte Betrachtung der Nachfrage nach PPV- oder VoD-Übertragungen sei für die Frage der Marktabgrenzung im vorliegenden Fall nicht aussagekräftig. Zum vom Sekretariat abgegrenzten Markt gehöre insbesondere auch das PPC-Sportangebot von Teleclub. Deshalb würden aus den vorgenommenen Schätzungen unzulässige Rückschlüsse auf etwas gezogen, das gar nicht im Modell abgebildet werde.

521. Es wurde ausführlich dargelegt, weshalb das PPC-Sportangebot von Teleclub nicht berücksichtigt werden kann (vgl. Rz 410).

522. Weiter bringt Swisscom vor, dass relevante Handlungsalternativen ausser Acht gelassen worden seien. Hinsichtlich des Modells 1 erscheine es von vornherein unrealistisch, dass viele Kunden als Reaktion auf eine Preiserhöhung von 2.50 Franken auf 3.50 Franken statt eines Fussball- oder Eishockeyspiels einen zusätzlichen Film per VoD konsumieren würden. Ein grundlegender Mangel der vorgenommenen Analyse bestehe darin, dass nicht alle relevanten Alternativen geprüft worden seien. Die Konsumenten verfügten über unzählige Möglichkeiten, auf die Preiserhöhung zu reagieren, nämlich insbesondere mit einem Wechsel auf das Sportabonnement sowie mit Fernsehkonsum im Free-TV. In den Modellen 2 bis 4 sei ausschliesslich geprüft worden, ob innerhalb des Angebots von Swisscom eine Kannibalisierung stattfände, wobei auch diesbezüglich nur ein Teil der Ausweichmöglichkeiten betrachtet werde. Ökonometrisch überprüft werde somit nur unstrittiges und wenig relevantes Szenario. Alles andere werde ausgeblendet.

523. Entgegen der Ansicht von Swisscom prüft der Antrag in Bezug auf die Marktabgrenzung verschiedene Alternativen und Möglichkeiten eingehend (vgl. Abschnitt B.4.1.2). Insbesondere behandelt die Marktabgrenzung die Möglichkeit des Wechsels auf das PPC-Sportabonnement oder Free-TV. Abgesehen davon, dass nicht wie von Swisscom vorgebracht sämtliche theoretisch in Frage kommenden Möglichkeiten zu prüfen sind, ist festzustellen, dass Swisscom auch keine weiteren Ausweichmöglichkeiten aufführt.¹⁷⁷ Überdies zeigt im vorliegenden Fall ein SSNIP-Test, dass anderer Premium Content und andere Verbreitungs- bzw. Vermarktungsarten für Fernsehzuschauer nicht dem gleichen Markt wie die Übertragung von Live-Sport-Spielen zuzuordnen sind. Weil sich die Nachfrage der TV-Plattformen nach Inhalten aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer ableitet (vgl. dazu auch Rz 267), sind bei der Übertragung von Live-Sport-Spielen auch für die TV-Plattformen keine genügenden Substitute vorhanden (vgl. Rz 473). Zudem ist daran zu erinnern, dass bei der Substituierbarkeit insbesondere die Frage zu beantworten ist, ob bestimmte Leistungen den Bedarf der Nachfrager in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend (vgl. Rz 385). Ein Spielfilm etwa kann höchstens das Bedürfnis nach Freizeitgestaltung bzw. Unterhaltung in analoger Weise wie ein

¹⁷⁷ Vgl. auch Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 9.2.2.3.3 und 9.2.2.4.3.

Live-Sport-Event erfüllen. Das Informationsbedürfnis nach Ligaberichterstattung vermögen indes keine anderen Inhalte sondern ausschliesslich die relevanten Live-Sport-Spiele zu erfüllen.

524. [Geschäftsgeheimnis]

525. [Geschäftsgeheimnis]¹⁷⁸ hat. Zudem geht die Nachfrage nach einem normalen Gut oder einer normalen Dienstleistung bei einer Preissteigerung üblicherweise zurück. Dies ist auch für ein Monopol der Fall, das ein normales Gut anbietet. Trotz eines Nachfragerückgangs erhöht ein Monopolist seinen Preis bis zum Gewinnmaximum.¹⁷⁹

526. Swisscom moniert, dass die verwendeten Daten in den Modellen 2 bis 4 einige sehr unplausible Eigenheiten aufwiesen. So seien gemäss der vom Sekretariat aus den von Cinetrade gelieferten Rohdaten die Variable s_supl (welche nach einer weiteren Operation als s_supl_pay in die Schätzgleichung eingeflossen sei) generiert worden. Demnach sollen pro Saison zwischen 183 und 229 der Super League übertragen worden sein. Inwiefern dies erklärbar sei, lasse sich weder den Ausführungen des Sekretariats im Dokument noch den verschiedenen Anhängen entnehmen. Gleiches gelte für die NLA im Eishockey. Die empirischen Analysen des Sekretariats könnten vor diesem Hintergrund keine für die Untersuchung verwertbaren Ergebnisse liefern.

527. Entgegen der Ansicht von Swisscom ist die Generierung der Variablen s_supl aus den offen gelegten do-files nachvollziehbar. Swisscom übersieht dabei, dass die Angebotsvariable s_supl neben den einzelnen Spielen auch Konferenzschaltungen beinhaltet. Die Konferenzschaltungen stellen auch Teil des Angebots von Live-Sport-Events von Swisscom dar. Entsprechend stimmt die Anzahl von Live-Sport-Events nicht mit der Anzahl der ausgetragenen Fussball- bzw. Eishockeyspielen in den jeweiligen Ligen überein.

528. Swisscom bringt vor, dass wichtige Einflussgrössen nicht oder nur unzureichend berücksichtigt worden seien: So hätten die im Free-TV verfügbaren Spiele als eigene Variable berücksichtigt werden müssen. Stattdessen seien die entsprechenden Spiele einfach aus der Schätzgleichung entfernt und somit ein relevanter Einflussfaktor nicht berücksichtigt worden. Nicht berücksichtigt worden sei auch, ob die Spiele auf den anderen Plattformen über Teleclub Sport 1-3 verfügbar gewesen seien. Je nach Spielplan könnten sich hierbei nämlich erhebliche Unterschiede ergeben. Ausserdem erscheine es fragwürdig, die Angebotserweiterung gänzlich aus der Analyse auszuklammern. So sei denkbar, dass sich innerhalb der Nachfrage nach PPV eine Verschiebung hin zu den neuen Angeboten ergebe, mithin eine Kannibalisierung stattfinde. Der offensichtliche Treiber für das Wachstum bei PPV und VoD, die wachsende Kundenanzahl von Swisscom TV, würden in der Analyse ebenfalls nicht berücksichtigt.

529. Swisscom verkennt, dass (auch bereits im Antrag) ausführlich dargelegt wurde, weshalb Free-TV nicht zu berücksichtigen ist (vgl. Rz 418 ff.). Ebenfalls wurde ausführlich dargelegt, weshalb das PPC-Sportangebot von Teleclub nicht berücksichtigt werden kann (vgl. Rz 410). Auch wurde dargelegt, weshalb die Angebotserweiterung auszuklammern ist (vgl. Anhang Empirie, Rz 23). Zudem spräche die von Swisscom vorgebrachte Argumentation wenn schon für die vom Sekretariat vorgenommene Marktabgrenzung, [Geschäftsgeheimnis]. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Analyse die wachsende Kundenzahl von Swisscom TV berücksichtigt, indem die abhängigen Variablen auf Stationarität geprüft und allenfalls korrigiert werden (vgl. Anhang Empirie, z. B. Rz 18 oder 33).

¹⁷⁸ Vgl. <www.swisscom.ch/de/privatkunden/swisscom-tv/angebote/swisscom-tv2-basic.html> (06.01.2016).

¹⁷⁹ Vgl. bspw. TIROLE (Fn 205), 66; HELMUT BESTER, Theorie der Industrieökonomik, 2012, 29 ff.

530. Swisscom bringt vor, die Zugrundelegung von korrigierten Angebotsdaten und der Berücksichtigung der im Free-TV verfügbaren Spiele in einem verbesserten Modell 3a veränderten die Ergebnisse und deren Interpretation wesentlich. Die danach durchgeführte Schätzung ergäbe, dass die Zahl der im Free-TV verfügbaren Spiele [Geschäftsgeheimnis]. Modell 3a als mit korrigierten Daten verbesserte Version von Modell 3 deute darauf hin, dass eine wesentliche im Antrag des Sekretariats getroffene Annahme, nämlich dass das Angebot im Free-TV keinen Einfluss auf die Nachfrage im Pay-TV hat, unzutreffend sei.

531. Zuerst ist darauf hinzuweisen, dass entgegen der Ansicht von Swisscom keine falschen Angebotsdaten zugrunde gelegt werden. Es besteht mithin keine Veranlassung für ein «korrigiertes» Modell 3a. Erneut ist festzuhalten, dass die Übertragung der SRG von 36 Spielen im Free-TV kein Substitut für die Übertragung der ganzen Liga im Pay-TV darstellt (vgl. Rz 439 und insb. Rz 445). Daran ändert nichts, dass die Endkunden die im Free-TV verfügbaren Spiele nicht über PPV ansehen, was im Übrigen nicht anders zu erwarten ist (vgl. Rz 445).

532. Swisscom bringt vor, eine Quantifizierung einer Preiserhöhung sei nicht möglich. Den Ausführungen im Verfügungsentwurf (insb. Tabelle 15) würden denn auch keine in einem Modell geschätzten Elastizitäten zugrunde liegen, sondern lediglich eine Extrapolation aufgrund der Werte der Vorjahre. Eine solche Extrapolation lasse aufgrund der zahlreichen anderen Einflussfaktoren keine seriösen Rückschlüsse auf die Auswirkungen der Preiserhöhung auf die Nachfrage nach PPV zu.

533. Hierzu ist festzuhalten, dass die Ausführungen in Rz 555 (und insb. Tabelle 15) nicht die Auswirkungen der Preiserhöhung auf die Nachfrage nach PPV betreffen. Die Ausführungen behandeln vielmehr die Frage, ob die Preiserhöhung im Juli 2012 für Swisscom profitabel war. Selbst ohne Betrachtung der von Swisscom kritisierten trendextrapolierten Werte zeigen die tatsächlichen Umsätze, dass Swisscom [Geschäftsgeheimnis]. Dies wiederum erlaubt Rückschlüsse auf die Marktstellung von Swisscom.

534. Swisscom macht auch geltend, dass die Wechselwirkungen zwischen PPV Eishockey und PPV Fussball falsch beurteilt worden seien. Die Analyse dieser Wechselwirkungen basiere auf Monatsdaten. Häufig fänden Eishockey- und Fussballspiele nicht an denselben Tagen oder nicht zur selben Zeit statt. Es sage somit wenig über eine Substitutionsbeziehung aus, wenn teilweise beide Sportarten im selben Monat konsumiert würden. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern unter diesem Blickwinkel auf der Basis von Monatsdaten überhaupt seriöse Aussagen getroffen werden könnten. Viele Konsumenten mit einer Vorliebe für beide Sportarten dürften sich für das Sport-Abo entscheiden. Auch dies sei nicht berücksichtigt worden.

535. Entgegen der Ansicht von Swisscom sind Monatsdaten sehr wohl geeignet, für PPV-Bezüge die Wechselwirkungen zwischen Eishockey und Fussball zu prüfen (vgl. Anhang Empirie, Rz 27 f.). Hinsichtlich der Rüge des nicht berücksichtigten Sportpakets von Teleclub ist festzuhalten, dass sich gerade dabei eine allfällige Substitutionsbeziehung zwischen Fussball und Eishockey nicht direkt beobachten lässt. Eishockey und Fussball werden jeweils zu einem einheitlichen Preis angeboten, sowohl als Teil des gleichen Sport-Pakets PPC als auch im Rahmen von PPV-Bezügen (vgl. Rz 425).

536. Swisscom bringt vor, dass Unterschiede zwischen der Deutschschweiz und der Romandie keine Rückschlüsse auf die Bedeutung des Teleclub-Sportangebots zuliessen. Den Erfolg von Swisscom TV bemesse das Sekretariat einzig anhand der Kundenzahlen von Swisscom zwischen Januar 2010 und Mai 2013. Diese Zahlenangaben seien nicht sportspezifisch. Für seine Analyse hätte das Sekretariat deshalb alle Nicht-Sport-Einflussfaktoren ausschliessen müssen. Dieser Ausschluss sei nicht erfolgt und könne auch gar nicht gelingen, weil das Sekretariat selbst davon ausgehe, dass ein nicht bemessener Erfolgsanteil auf die anderen Vorteile von Swisscom TV zurückzuführen sei. Das Sekretariat hätte in der empirischen Analyse

also den in Frage kommenden Erklärungsansätzen für die regionalen Unterschiede nachgehen müssen. Dies sei nicht geschehen. Das Sekretariat habe hierzu – soweit ersichtlich – auch keine wesentlichen Sachverhaltsabklärungen vorgenommen.

537. Entgegen der Ansicht von Swisscom berücksichtigt die Analyse Kundenzahlen mit Bezug auf das Sportangebot von Teleclub, weil die Deutschschweiz und die Romandie sich beim Sportangebot unterscheiden. In der Romandie ist das Sportangebot von Teleclub im Gegensatz zur Deutschschweiz nur bei Swisscom erhältlich (vgl. Anhang Empirie, Rz 37 ff.). Dieser Umstand ist klar sportspezifisch. Die Analyse nutzt den Unterschied zwischen der Deutschschweiz und der Romandie beim Sportangebot, um die Wettbewerbsfähigkeit von Swisscom gegenüber den KNU zu untersuchen. Und nicht wie Swisscom ausführt, um einzig den Erfolg von Swisscom TV zu bemessen. Dabei berücksichtigt das Sekretariat wie Swisscom selber ausführt verschiedene Einflussfaktoren: insbesondere die Sprachregion, den Urbanisierungsgrad, die VDSL-Abdeckung, Cablecom als Wettbewerber und zweisprachige Kantone. Welche anderen relevanten Nicht-Sport-Einflussfaktoren zu berücksichtigen wären, zeigt Swisscom nicht ansatzweise auf.

538. Swisscom macht geltend, das Sekretariat habe vorliegend die Märkte nicht entsprechend der bisherigen Praxis abgegrenzt. Die Wettbewerbsbehörden und die Rechtsprechung hätten in der Vergangenheit im vorliegenden Zusammenhang nur zwei sachlich relevante Märkte abgegrenzt: Den Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer (über CATV-Netze) und einen Pay-TV-Markt bzw. Markt für Bezahlfernsehen. Ein Bereitstellungsmarkt für Pay-TV-Content sei dagegen weder abgegrenzt, noch überhaupt diskutiert worden. Für die Aktivitäten von Teleclub habe die WEKO bisher stets auf den Pay-TV-Endkundenmarkt abgestellt.

539. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Marktabgrenzung aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall vorzunehmen ist. Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Markts an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.¹⁸⁰ Soweit keine erhebliche Veränderung der Marktverhältnisse offensichtlich erkennbar ist, kann es sich rechtfertigen, auf frühere Beurteilungen abzustellen. Die WEKO ist aber verpflichtet den zugrundeliegenden Sachverhalt in jedem Einzelfall zu ermitteln und neue Erkenntnisse einfließen zu lassen. Insbesondere bei sehr dynamischen Märkten kann sich die Marktsituation innert weniger Jahre deutlich verändern. Es ist daher von vornherein fraglich, ob dabei auf Fälle zurückgegriffen werden sollte, die teilweise über zehn Jahre zurück liegen. Jedenfalls können die Parteien nicht darauf vertrauen, dass sich die Marktsituation heute gleich präsentiert wie vor fünf oder mehr Jahren oder die WEKO bei der Sachverhaltsabklärung in der Zwischenzeit keine neuen Erkenntnisse gewonnen hat.¹⁸¹ Im Übrigen sind die Wettbewerbsbehörden auf die frühere Praxis eingegangen und haben sich damit auseinandergesetzt (vgl. Rz 403 und 475).

540. Swisscom bringt vor, die Wettbewerbsbehörden und Gerichte hätten noch niemals einen Bereitstellungsmarkt angenommen. Die Wettbewerbsbehörden und Gerichte hätten nämlich bisher stets einen Pay-TV-Markt für den Bezug von Pay-TV-Inhalten durch die Fernsehzuschauer abgegrenzt. Es sei sehr wohl zwischen Bezug und Bereitstellung unterschieden, wovon sich der Antrag hinwegsetze. Zudem beziehe sich der Pay-TV-Markt für den Bezug von Pay-TV-Inhalten auf das Verhältnis zwischen Pay-TV-Anbieter und Fernsehzuschauer.

¹⁸⁰ Vgl. Urteil des BGer 2C_79/2014 vom 28.01.2015, RPW 2015/1, 134 f. E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente*,

¹⁸¹ Vgl. RPW 2015/3, 388 Rz 186, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

541. Hierzu ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht von Swisscom vorliegend die TV-Plattformen die relevante Marktgegenseite der Content Anbieter darstellen und nicht die Fernsehzuschauer (vgl. Rz 386). Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung ist das Sportangebot von Teleclub. Dieses definiert die TV-Plattformanbieter als Marktgegenseite. Die TV-Plattformen stehen den TV-Programmveranstaltern gegenüber (vgl. Rz 402). Die TV-Plattformen fragen bei den TV-Programmveranstaltern Inhalt nach bzw. die Bereitstellung dieses Inhalts, um diesen an die Fernsehzuschauer weiterzugeben. Überdies ist festzuhalten, dass aus dem von Swisscom zitierten Entscheid gerade hervorgeht, dass damals die zukünftige Entwicklung noch nicht restlos absehbar war. Die WEKO wies darauf hin, «dass derzeit im Bereich der Übertragungsmöglichkeiten von Pay TV keine Substitute zum Kabelnetz bestehen. Zu welchem Zeitpunkt die Übertragung von Fernsehsignalen über DSL als echtes Substitut in Frage kommen wird, ist heute noch nicht messbar.»¹⁸² Cinetrade bzw. Teleclub (bzw. heute Swisscom) stand damals nicht mit den TV-Plattformen in Konkurrenz. Teleclub war damals vielmehr zwingend auf die Übertragung über die TV-Plattformen der KNU angewiesen. Davon kann seit dem Markteintritt von Swisscom TV im November 2006 keine Rede mehr sein.

542. Swisscom führt aus, ein Bereitstellungsmarkt existiere im untersuchungsrelevanten Zeitraum mangels Nachfrage gar nicht. Auf Seiten der Kabelnetzbetreiber habe wegen des geringen Zuschauerinteresses und der Präferenz für Free-TV für wesentliche Teile des untersuchungsrelevanten Zeitraums gar kein Bedürfnis nach der Bereitstellung des Teleclub Pay-TV-Angebots bestanden. Und es habe schon gar kein Bedürfnis nach der Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Pay-TV bestanden. Swisscom begründet dies mit [Geschäftsgeheimnis].

543. Hierzu ist festzuhalten, dass zwischen der Nachfrage nach den Übertragungsrechten und der Verbreitung des Teleclub-Sportangebots zu unterscheiden ist. Dies geht mit der Unterscheidung zwischen TV-Plattformen und Programmveranstalter einher. Programmveranstalter fragen Übertragungsrechte nach, welche sie zu Sendungen und letztlich zu Programmen verarbeiten. Die TV-Plattformen fragen dann diese Programme nach. Möglicherweise treten TV-Plattformen als Programmveranstalter auf, sofern sie über ausreichend technische und finanzielle Ressourcen verfügen. Dann treten sie indes nicht als TV-Plattformen sondern eben als Programmveranstalter auf. Zudem hatte Swisscom seit November 2006 als TV-Plattform eine Nachfrage nach dem Teleclub-Sportangebot. In Bezug auf die KNU ist dabei in Erinnerung zu rufen, dass sich die Situation vor und nach Eintritt von Swisscom in den TV-Plattformmarkt im November 2006 wesentlich unterscheidet. Allerdings haben die KNU bereits vor dem Eintritt von Swisscom das Teleclub-Sportangebot übertragen, mithin eine entsprechende Nachfrage bestand. Daran ändert auch nichts, dass gewisse KNU kartellrechtlich zur Durchleitung des Teleclub-Signals verpflichtet waren.¹⁸³

544. Swisscom bringt vor, der Verfügungsantrag ignoriere die Nachfrage der Endkunden nach Bündelangeboten. Endkunden der TV-Plattformanbieter würden infolge der Konvergenz der Übertragungswege nicht mehr nur isoliert die Übertragung von Fernsehsignalen, sondern gebündelte Kommunikationsdienstleistungen nachfragen. Es sei anerkannt, dass verschiedene aus Sicht der Verbraucher nicht austauschbare Produkte einem einzigen sachlichen Markt zuzuordnen sind, wenn die etablierten Anbieter diese Produkte im Rahmen eines Produktbündels anbieten und der durchschnittliche Konsument die Produkte im Bündel nachfragt. Diese Nachfrage nach Bündelangeboten habe vorliegend bedeutsame Auswirkungen auf die zu untersuchenden Substitutionsbeziehungen. Zudem sei der Konsum eines Sportangebots Teil eines Gesamtfernsehangebots. Ein Bündelangebot mit einem qualitativ hochwertigen

¹⁸² Vgl. RPW 2005/2, 370 Rz 75, *Swisscom – Cinetrade*.

¹⁸³ Vgl. RPW 2007/3, 406 f. Rz 84 ff., *Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable*.

Free-TV-Angebot könne deshalb ohne Weiteres substituierbar mit einem Bündelangebot mit einem zusätzlichen Pay-TV-Angebot sein.

545. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 242 verwiesen werden.

546. Gleichzeitig bringt Swisscom vor, dass das Sekretariat auf die Nachfrage der Endkunden abstelle. Es sei richtigerweise auf die Marktgegenseite, d. h. die TV-Plattformanbieter abzustellen.

547. Auch hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 242 verwiesen werden. Beim Vergleich der Ausführungen in Rz 455 ff. und Rz 462 ff. der Stellungnahme von Swisscom ist zudem festzustellen, dass sich Swisscom in ihrer Argumentation zur Marktabgrenzung selber widerspricht: einerseits soll die Nachfrage der Endkunden nach Bündelangeboten berücksichtigt werden und andererseits soll nicht auf die Nachfrage der Endkunden, sondern diejenige der TV-Plattformanbieter als Marktgegenseite abgestellt werden.

B.4.2 Beurteilung der Marktstellung

548. Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben; entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens in einem bestimmten Markt. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen. Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden. Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt.¹⁸⁴

549. Die Vorabklärung zu dieser Untersuchung hat keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG im nationalen Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV ergeben. Auf diesem Markt sind allenfalls Wettbewerbswirkungen zu erwarten (vgl. Rz 400 f.). Die Marktstellung der Untersuchungsadressatinnen ist daher ausschliesslich in den Bereitstellungsmärkten zu prüfen.

B.4.2.1 Frühere Beurteilungen der Marktstellung von Teleclub

550. Das Bundesgericht kam 2003 zum Schluss, dass Teleclub auf dem Markt für Pay-TV in der Deutschschweiz wohl eine marktmächtige Anbieterin sei.¹⁸⁵ Zwei Jahre später hat die WEKO bei der Prüfung des Zusammenschlusses von Swisscom und Cinetrade in ihren Erwägungen festgehalten, dass Cinetrade mit Teleclub in der Deutschschweiz nach wie vor über eine führende Marktstellung im Bereich Pay-TV verfüge.¹⁸⁶ An dieser starken Stellung hat sich

¹⁸⁴ Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, E. 9.3.1 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 626 ff. Rz 310 ff., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.Hinw.

¹⁸⁵ Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5.9.2003, RPW 2003/4, 912, E. 5.2.2, *Cablecom GmbH/Teleclub AG/WEKO/REKO WEF*.

¹⁸⁶ RPW 2005/2, 379 Rz 169, *Swisscom/Cinetrade*.

auf dem Endkundenmarkt bis heute wohl wenig geändert. Entscheidend ist für das vorliegende Verfahren aber die Stellung von Teleclub auf den Bereitstellungsmärkten.

B.4.2.2 Allgemeines zur aktuellen Beurteilung

551. Die Marktstellung von Teleclub auf den Bereitstellungsmärkten hat ihren Ursprung in verschiedenen [Geschäftsgeheimnis] Übertragungsrechten, welche die Vermarktungsgesellschaft Cinetrade erworben hat. Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sind in erster Linie die Übertragungsrechte der nationalen Eishockey- und Fussballligen von Bedeutung, die Cinetrade [Geschäftsgeheimnis] erworben hat.

552. Im Zusammenhang mit der Vergabe von Fussballübertragungsrechten existiert eine langjährige Praxis der EU-Kommission.¹⁸⁷ Diese ist in erster Linie von drei Entscheidungen geprägt, nämlich bezüglich der Übertragungsrechte der UEFA Champions League (2003)¹⁸⁸, der deutschen Bundesliga (2005)¹⁸⁹ und der englischen Premier League (2006)¹⁹⁰. Jüngstes Beispiel und Fortführung dieser Praxis ist der Beschluss des deutschen Bundeskartellamtes vom 12. Januar 2012 über die Zentralvermarktung der Fussball-Bundesliga.¹⁹¹ Die Verfahren wurden jeweils durch eine Meldung des betroffenen Verbandes ausgelöst. Erstmals legte die UEFA 1999 ein Vermarktungskonzept für die Champions League vor und ersuchte um Freistellung. Gemäss Einschätzung der EU-Kommission stellt die gemeinsame Vermarktung allerdings eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 101 (1) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; früher Art. 81 EGV) dar. Die einzelnen Vereine übertragen Verwertungsrechte an einen zentralen Verband, der diese als Paket zu einem einheitlichen Preis verkauft. Kaufinteressenten sehen sich dadurch einem Angebotsmonopol gegenüber. Damit stelle die gemeinsame Vermarktung eine horizontale Absprache über die Preise sowie über die Einschränkung der Erzeugung und des Absatzes dar. Die exklusive Vergabepaxis der als Premium Content geltenden Fussballrechte könne deshalb, gemäss EU-Kommission, auch eine Einschränkung des Wettbewerbs in den nachgelagerten Fernsehmärkten zur Folge haben.¹⁹²

553. Inwiefern die Zentralvermarktung der Schweizer Eishockey- und Fussballübertragungsrechte eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG darstellt, ist allerdings nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Für das vorliegende Verfahren ist von Bedeutung, dass Inhaber [Geschäftsgeheimnis] Übertragungsrechte aufgrund [Geschäftsgeheimnis] immer eine gewisse Marktmacht erhalten. Insbesondere wenn die Rechte als Gesamtpaket über mehrere Jahre [Geschäftsgeheimnis] vergeben werden und folglich ein Markteintritt schwierig ist, ist eine marktbeherrschende Stellung des Rechteinhabers wahrscheinlich. Grundsätzlich gilt dabei, dass dem Inhaber dieser Rechte umso mehr Marktmacht verliehen wird, je umfassender, [Geschäftsgeheimnis] und langfristiger die Übertragungsrechte ausgestaltet sind.

554. Das Sportangebot von Teleclub umfasst [Geschäftsgeheimnis].

555. Diese Analyse wird durch die Art und Weise bestätigt, wie Teleclub im Juli 2012 die Preise für die PPV-Spiele anheben konnte. Wie im Rahmen der Marktabgrenzung erwähnt,

¹⁸⁷ Für eine Zusammenfassung der europäischen Fallpraxis: OECD Roundtable on Competition and Sports (DAF/COMP/WD(2010)56), Note by the Delegation of the European Union, 2010.

¹⁸⁸ EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*.

¹⁸⁹ EU-Kommission, COMP/C-2/37.214 vom 19.1.2005, *Medienrechte an der deutschen Bundesliga*.

¹⁹⁰ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 22. März 2006, IP/06/356.

¹⁹¹ Bundeskartellamt, Beschluss B6-114/10 vom 12. Januar 2012.

¹⁹² EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*, Rz 116.

hat Teleclub durch die Verbindung des Sportpakets mit dem Basispaket einen künstlichen Markt für PPV-Spiele geschaffen (vgl. Rz 456). [Geschäftsgeheimnis]

Saison	2008/09	2009/10	2010/11	2011/2012	2012/13	Trend ohne Preiserhöhung 2012/13
	PPV-Angebot Saison 2012/13 ausgebaut ¹⁹³					
Anzahl PPV-Bezüge	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Preis In Franken	1	2.5	2.5	2.5	3.5	2.5
Umsatz in Franken	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
	PPV-Angebot Saison 2012/13 unter konstantem Angebot ¹⁹⁴					
Anzahl PPV-Bezüge	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]
Preis in Franken	1	2.5	2.5	2.5	3.5	2.5
Umsatz in Franken	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 15: Umsätze mit PPV-Spielen total und bei konstantem Angebot

B.4.2.2.1 Stellungnahmen zu Allgemeines zur aktuellen Beurteilung

I. Stellungnahme von Swisscom

556. Swisscom bringt vor, das Sekretariat verkenne die Quasi-Monopolstellung der KNU auf dem Plattformmarkt im untersuchungsrelevanten Zeitraum. Die KNU hätten über eine Monopolstellung, zumindest aber über eine ausgesprochen starke Stellung auf dem Plattformmarkt verfügt. Wenn das Sekretariat die Stellung von Cablecom als Marktgegenseite von Teleclub ausser Acht lasse, könne es die Frage einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung oder die Fähigkeit von Teleclub, gegenüber Cablecom Geschäftsbedingungen zu erzwingen, gar nicht beurteilen.

557. Es trifft zu, dass eine starke Stellung auf einem nachgelagerten Markt Gegenmacht zu einer starken Stellung auf dem vorgelagerten Markt darstellen kann. Der festgestellte Sachverhalt zeigt, dass kein TV-Plattformanbieter ausser Swisscom das vollständige lineare Sportangebot von Teleclub, einzelne Live-Spiele PPV oder das Angebot von Teleclub en français übertragen kann. Zudem konnte bis Juni 2012 kein IPTV-Anbieter ausser Swisscom ein lineares Angebot von Teleclub verbreiten (vgl. Rz 162 ff.). Damit zeigt sich, dass die Konkurrenz von Swisscom, insbesondere auch Cablecom, offensichtlich keine Gegenmacht zur Marktstellung von Teleclub auf den Bereitstellungsmärkten (vgl. Abschnitte B.4.2.4 ff.) aufbauen konnte. Somit wäre es nicht notwendig, die Marktstellung der KNU auf dem Plattformmarkt beziehungsweise deren Entwicklung zu untersuchen. Gleichwohl hat das Sekretariat die Frage der Gegenmacht geprüft (vgl. Rz 581 f.).

¹⁹³ Zusätzlich wurden in der Saison 2012/13 die ATP Tour, die Challenge League, die Liga Zon Sagres und die Premier League übertragen.

¹⁹⁴ Angebot ohne ATP Tour, Challenge League, Liga Zon Sagres und Premier League.

558. Swisscom macht geltend, das Sekretariat verkenne die Bedeutung des Free-TV für die Beurteilung der Marktstellung der Untersuchungsadressatinnen im untersuchungsrelevanten Zeitraum.

559. Dazu ist festzuhalten, dass der Umfang der Berücksichtigung von Free-TV grundsätzlich eine Frage der Marktabgrenzung ist: Free-TV und Pay-TV sind nicht dem gleichen Markt zuzuordnen (vgl. Rz 439 ff.). Selbst wenn ohne Zugehörigkeit zum gleichen Markt von disziplinierenden Effekten gesprochen werden müsste, so wären diese umso grösser je umfangreicher das Free-TV-Angebot ist. Bei Schweizer Fussballübertragungen müssten diese Effekte daher wegen der Angebotsdehnung der SRG auf 36 Spiele in der Saison 2012/13 am deutlichsten in Erscheinung treten. Wenn diese Disziplinierung nicht einmal in der Saison 2012/13 zu beobachten ist, dann ist darauf zu schliessen, dass etwaige disziplinierende Effekte im ganzen untersuchungsrelevanten Zeitraum nicht vorhanden waren.

B.4.2.3 Zeitliche Dimension

560. In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich die Verhältnisse in der massgeblichen Zeitperiode Herbst 2006 (Start Swisscom TV) bis heute zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung nachträglicher Entwicklungen ist nur bedingt möglich, nämlich dann, wenn diese zwingende Schlüsse auf die frühere Situation zulassen. Im Übrigen ist entscheidend, dass es um die kartellrechtliche Sanktionierung eines in der Vergangenheit liegenden und abgeschlossenen Marktverhaltens geht. Gerade mit Blick auf den strafrechtlichen Charakter des Sanktionsverfahrens verbietet sich eine zeitliche Vermischung der massgeblichen Umstände mit Ereignissen aus anderen Zeitperioden.¹⁹⁵ Zu berücksichtigen gilt es insbesondere, dass die Marktstellung – wie sich nachfolgend zeigt – stark von [Geschäftsgeheimnis] abhängt. Die entsprechende Beurteilung gilt daher nur für den Zeitraum, [Geschäftsgeheimnis].

B.4.2.3.1 Stellungnahmen zur zeitlichen Dimension

I. Stellungnahme von Swisscom

561. Gemäss Swisscom verletze das Sekretariat den Untersuchungsgrundsatz: Die vorgeworfenen Verhaltensweisen würden sich auf den Zeitraum von Oktober/November 2006 bis Dezember 2013 beziehen; der Verfügungsantrag basiere dagegen zum grossen Teil auf den aktuellen Marktverhältnissen im Jahr 2015. Im über sieben Jahre umfassenden untersuchungsrelevanten Zeitraum zwischen Oktober/November 2006 und Dezember 2013 hätten bedeutsame Umwälzungen auf dem Fernsehmarkt stattgefunden. Das Sekretariat hätte daher untersuchen müssen, inwieweit sich die Marktverhältnisse im untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis Dezember 2013 verändert hätten und inwieweit sich dies auf die rechtliche Beurteilung der vorgeworfenen Verhaltensweisen auswirken würde.

562. Hierzu ist festzuhalten, dass sich die vorliegende Untersuchung explizit auf den Zeitraum von Oktober 2006 bis Dezember 2013 richtet (vgl. Rz 2). Folglich beschränken sich die Sachverhaltsermittlungen auf diesen Zeitraum (vgl. Abschnitt A.4.3). Es ist unerfindlich, wie Swisscom zum Schluss gelangt, der Verfügungsantrag basiere auf aktuellen Verhältnissen im Jahr 2015. Selbst wenn dem so wäre, ist darauf hinzuweisen, dass keine Anhaltspunkte bestehen, wonach sich die Verhältnisse (insb. bei den Sportübertragungsrechten) massgeblich geändert hätten.

563. Zu den vorgebrachten Veränderungen auf «dem Fernsehmarkt» ist darauf hinzuweisen, dass die Untersuchung verschiedene abzugrenzende Märkte feststellt. Es gibt nicht den einen

¹⁹⁵ Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.2.2 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

Fernsehmarkt. Zudem haben sich die Verhältnisse bei den Übertragungsrechten nicht verändert. Cinetrade bzw. Teleclub verfügte im relevanten Zeitraum insbesondere für die höchsten Schweizer Eishockey- und Fussballligen über 100 % der relevanten Sportübertragungsrechte.

II. Stellungnahme von Sunrise

564. Gemäss Sunrise handle es sich beim verfahrensgegenständlichen Verhalten von Teleclub bzw. Swisscom nicht um ein abgeschlossenes Marktverhalten. Dementsprechend sei auch die Feststellung irreführend, wonach die «vorliegende Verfügung Verhaltensweisen bis 2013» erfasse. So gelange der Antrag des Sekretariats selber zum Schluss, dass die Ungleichbehandlung bis heute andauere. Zudem sei der Vertrag zwischen Sunrise und Teleclub mit der problematischen Bestimmung nach wie vor in Kraft. Ebenfalls stelle das Sekretariat fest, dass das Verhalten betreffend Koppelung von Sportpaket mit Basis- bzw. Grundpaket bis heute andauere. Ob aktuell auch der Tatbestand der Geschäftsverweigerung noch erfüllt sei, sei zu wenig klar. Dass das gemäss Antrag des Sekretariats missbräuchliche Verhalten weiter andauere, ergebe sich schliesslich auch aus öffentlich zugänglichen Informationen wie der Internetseite von Teleclub (vgl. vgl. www.teleclub.ch, v. a. www.teleclub.ch/abo). Die Frage, ob das missbräuchliche Verhalten weiterhin andauere, sei insbesondere auch für die Frage der Sanktionsbemessung von Bedeutung. Es müssten in diesem Fall für die Bemessung des Basisbetrages der Sanktion die Umsätze anderer Jahre herangezogen werden. Zudem würde das zu sanktionierende Verhalten länger andauern, was einen entsprechend höheren Zuschlag zur Folge hätte.

565. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 509 verwiesen werden.

B.4.2.4 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV

B.4.2.4.1 Aktueller Wettbewerb

566. Teleclub ist der einzige Anbieter in diesem Markt. Der Marktanteil von Teleclub beträgt damit 100 %.

567. Allenfalls könnte noch von den Sportübertragungen im Schweizer Free-TV ein disziplinierender Einfluss auf den Bereitstellungsmarkt ausgehen. Dies wäre der Fall, wenn die TV-Plattformanbieter aufgrund des umfangreichen Sportangebots im Free-TV auf eine Aufschaltung des Teleclub Sportangebots verzichten könnten. Insbesondere die Angebote der SRG können bezüglich Übertragungs- und Berichterstattungsqualität sowie der Programmumgebung mit den Angeboten von Teleclub verglichen werden. Da allerdings die Anzahl der übertragenen Spiele über einen längeren Zeitraum stark begrenzt ist (vgl. Rz 439 ff.) und Teleclub als einziger Marktteilnehmer eine umfassende Liga-Berichterstattung anbieten kann, ist nicht davon auszugehen, dass Teleclub durch die Übertragungen der SRG daran gehindert wird, sich auf dem Bereitstellungsmarkt in wesentlichem Ausmass unabhängig zu verhalten.

568. Damit besteht kein aktueller Wettbewerb im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.

B.4.2.4.2 Potentieller Wettbewerb

569. Das umfangreiche Sportrechte-Portfolio von Cinetrade ist das Resultat einer [Geschäftsgeheimnis]

570. Swisscom bringt in diesem Zusammenhang vor, dass die Inhaber von Übertragungsrechten (z.B. die schweizerischen Fussball- oder Eishockeyligen) diese Rechte in der Regel nur für eine bestimmte Zeit [Geschäftsgeheimnis] an einen Verwerter vergeben würden. Der

Erwerber der Senderechte habe zwar während der vereinbarten Frist die Möglichkeit, die Inhalte exklusiv zu verwerten. Gleichzeitig müsse er aber damit rechnen, dass er die nächste Ausschreibung verliert und die von ihm getätigten Investitionen von einem Tag auf den anderen wertlos würden. In jeder Ausschreibungsrunde würden die Karten sozusagen neu gemischt; der Ausgang sei dabei völlig offen. Es handle sich also um eine typische Situation mit sehr intensivem Wettbewerb, bei der alle Marktteilnehmer grundsätzlich über gleich lange Spiesse verfügten.

«Es findet ein Wettbewerb *um* den Markt statt, indem die Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte alle fünf Jahre ausgeschrieben werden. Namentlich upc cablecom hat sich anlässlich der letzten Ausschreibungen um diese Rechte bemüht, ist aber mit ihrem Bestreben gescheitert. Es steht ihr selbstverständlich frei, bei den nächsten Ausschreibungen wieder mitzubieten. Die Kosten für die Produktion der Sportübertragungen sind für alle Unternehmen grundsätzlich dieselben. Es besteht zudem das imminente Risiko, dass die getätigten Investitionen bei der nächsten Vergabe der Sportübertragungsrechte an einen Mitbewerber nutzlos werden.»

571. In Ausschreibungsmärkten kann ein Markteintritt nur über den Zuschlag bei der nächsten Vergabe erreicht werden. Grundsätzlich sollte daher die Ausgangslage bei jeder Ausschreibung wieder offen sein, wodurch in solchen Ausschreibungsmärkten ein Markteintritt vermutlich einfacher wäre.¹⁹⁶ Für die Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt bedeutet dies, dass die Exklusivität des Premium Content dem Rechteinhaber bzw. dem Rechteverwerter eine gewisse Marktmacht auf dem relevanten Markt verleiht, welche aber unter Umständen durch regelmässigen Wettbewerb um den Markt gebrochen werden kann. Dazu ist allerdings anzumerken, dass allein die Tatsache, dass ein exklusives Übertragungsrecht in einem ordentlichen Vergabeverfahren erworben wurde, nicht verhindern kann, dass dem Rechteinhaber *ex post* unter Umständen eine marktbeherrschende Stellung zukommt.¹⁹⁷ Nur im Falle von faktisch tiefen Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken kann der potentielle Wettbewerb einen disziplinierenden Einfluss haben.

a. Markteintrittsschranken potentieller Konkurrenten

572. Cinetrade nennt die KNU und allen voran [Geschäftsgeheimnis] als Hauptkonkurrenten im Pay-TV-Bereich. Als weitere mögliche Konkurrenten kommen grosse Telekommununternehmen wie Sunrise sowie Sportrechtevermarkter wie etwa Infront/Ringier in Frage. Ebenfalls vorstellbar wäre der Markteintritt eines ausländischen Pay-TV-Anbieters, insbesondere von Canal+ und Sky Deutschland. In Bezug auf die Möglichkeit des Markteintritts im hier relevanten Markt stellt sich die Frage, inwiefern potentielle Konkurrenten tatsächlich eine Ausschreibung von Übertragungsrechten gewinnen können.

573. [Geschäftsgeheimnis]¹⁹⁸ [Geschäftsgeheimnis] Im Übrigen haben in der Vergangenheit soweit ersichtlich weder Sky Deutschland noch Canal+ versucht, die für einen Markteintritt notwendigen Übertragungsrechte selbst zu erwerben. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass Sky Deutschland oder Canal+ im Sinne einer potentiellen Konkurrenz auf dem relevanten Markt einen disziplinierenden Einfluss auf Teleclub haben.

¹⁹⁶ BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 138), Art. 4 Abs. 2 KG N 340; RPW 2007/1, 111 Rz 105 ff., *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*.

¹⁹⁷ Vgl. PAUL KLEMPERER, *Bidding Markets*, Appendix to the OECD Roundtable on Bidding Markets (DAF/COMP(2006)31), 2006, 262.

¹⁹⁸ Sky Deutschland hält auf seiner Homepage explizit fest, dass sie aus lizenzrechtlichen Gründen keine Kunden in der Schweiz beliefern und verweisen auf das Angebot von Teleclub; <<http://www.sky.de/web/cms/de/kundencenter-hilfe-faq-abonnement.jsp>> (7.11.2012).

574. Ein Markteintritt von Infront/Ringier ist ebenfalls unwahrscheinlich. Bis Herbst 2012 hielt Ringier eine Beteiligung an Teleclub (vgl. Rz 5) und profitierte daher vom Rechteerwerb von Cinetrade. [Geschäftsgeheimnis] Der Ausstieg von Ringier bei Teleclub erfolgte aufgrund der Portfolio-Bereinigung im Zuge der Reorganisation des Entertainment-Bereiches.¹⁹⁹ Es ist daher davon auszugehen, dass Infront/Ringier eine andere Strategie als den Eintritt in den vorliegend relevanten Markt verfolgt. Es kann somit nicht erwartet werden, dass Infront/Ringier bei einem zukünftigen Vergabeverfahren in Konkurrenz zu Cinetrade treten wird. Neben Infront/Ringier ist kein anderes Vermarktungsunternehmen erkennbar, das einen Markteintritt vollziehen könnte.

575. Mit den beiden – neben Swisscom – grössten und finanzstärksten Fernmeldediensteanbietern Cablecom und Sunrise [Geschäftsgeheimnis] Infolgedessen sind Cablecom und Sunrise als potentielle Konkurrenz von Teleclub stark eingeschränkt.

b. Strukturelle Markteintrittsschranken

576. Zu den vertraglichen Markteintrittsschranken kommen strukturelle Markteintrittsschranken hinzu. [Geschäftsgeheimnis] im europäischen Vergleich sehr lang; zum anderen sind die vergebenen Rechtepakete [Geschäftsgeheimnis].²⁰⁰

577. Grundsätzlich verhindert eine kurze Exklusivität, dass der Rechteinhaber seine Marktstellung so ausbauen kann, dass er bei der nächsten Vergabe einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil erhält. Eine lange Exklusivität ermöglicht dem Rechteinhaber unter Umständen, seine Marktstellung zu konsolidieren und potentielle Konkurrenten durch eine Übertragung der Marktstellung auf andere Märkte zu verdrängen. Zudem können Endkunden gewonnen und durch den Verkauf weiterer Produkte des Unternehmens langfristig gebunden werden. Die daraus resultierenden Wechselkosten der Endkunden muss ein potentieller Wettbewerber in seine Kalkulationen einbeziehen (vgl. zu den Wechselkosten auch Rz 657). Daher kann nur eine disziplinierende Wirkung erreicht werden, sofern die Übertragungsrechte regelmässig und in relativ kurzen Zeitabständen vergeben werden. Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Es ist deshalb schon nur aufgrund der Dauer der Vertragsperiode nicht damit zu rechnen, dass der potentielle Wettbewerb Teleclub zu disziplinieren vermag.

578. Die Grösse der Rechtepakete vermag insofern den potentiellen Wettbewerb einzuschränken, als aufgrund des zu erwartenden Preises nur sehr wenige finanzkräftige Unternehmen als potentielle Wettbewerber in Frage kommen. Gleichzeitig hindert ein umfassendes Rechtepaket unter Umständen kleinere innovative Anbieter daran, sich Rechte für eine geteilte Verwertung zu sichern. Bei der letzten Vergabe der Übertragungsrechte der SFL 2011 erfolgte [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Rz 145). [Geschäftsgeheimnis] In jedem Fall hatte das Rechtepaket der SFL einen Umfang, der den potentiellen Wettbewerb stark einzuschränken vermag.

579. Ein weiterer Grund dafür, dass im vorliegenden Fall der potentielle Wettbewerb wahrscheinlich sehr gering ist, sind die vergleichsweise hohen Marktaustrittsschranken.²⁰¹ Gemäss Angaben von Cinetrade bedingt der Aufbau einer eigenen Übertragungsinfrastruktur grosse Investitionen. [Geschäftsgeheimnis] grosse Investitionen geltend, die im Falle eines Verlusts der Übertragungsrechte im Rahmen der nächsten Vergabe von einem Tag auf den anderen wertlos würden. Solche «sunk costs» (Investitionen, die bei einem Marktaustritt verloren gehen) sind geeignet, den potentiellen Wettbewerb abzuschwächen, da diese Kosten bei einem

¹⁹⁹ Jahresbericht von Ringier 2012, S. 5.

²⁰⁰ Üblich sind nach dem diesbezüglichen Leitentscheid der EU-Kommission 3 Jahre sowie eine Aufteilung der Übertragungsrechte in verschiedene kleinere Pakete, (EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*).

²⁰¹ BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 138), Art. 4 Abs. 2 KG N 317.

Markteintritt von den potentiellen Wettbewerbern antizipiert werden. Mithin kann daher eine Marktaustrittsschranke als Markteintrittsschranke wirken.

c. Schlussfolgerung

580. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass der Markteintritt eines potentiellen Wettbewerbers durch verschiedene vertragliche Vereinbarungen, aber auch durch strukturelle Gegebenheiten des Markts stark eingeschränkt ist. Es besteht daher kein potentieller Wettbewerb, der in der Lage ist Teleclub in ihrem Marktverhalten zu disziplinieren.

B.4.2.4.3 Stellung der Marktgegenseite

581. Die Marktgegenseite von Teleclub auf den Bereitstellungsmärkten umfasst sämtliche TV-Plattformanbieter, die technisch grundsätzlich in der Lage wären, das Pay-TV-Angebot von Teleclub über ein leitungsgebundenes Netzwerk den Endkunden anzubieten. Früher bestand die Marktgegenseite ausschliesslich aus den KNU, deren stärkster Vertreter bis heute die Cablecom ist. Das Bundesgericht hat 2003 bezüglich des Verhältnisses zwischen Teleclub und Cablecom festgehalten, dass wahrscheinlich eine Marktsituation vorliege, in der eine marktbeherrschende Unternehmung im Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze in der Deutschschweiz einem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem Markt für Pay-TV gegenüberstehe.²⁰² Teleclub und Cablecom standen sich insbesondere auf den hier relevanten Bereitstellungsmärkten gegenüber. In einer solchen Marktsituation hängt das Marktergebnis mangels anderer Restriktionen von der Verhandlungsmacht der beiden Akteure ab (Countervailing Power).

582. Seit Swisscom in den Plattformmarkt eingetreten ist, wurde die Stellung von Cablecom bzw. der im Branchenverband Swissscable zusammengeschlossenen KNU gegenüber Teleclub deutlich geschwächt. Unabhängig von der Tatsache, dass Swisscom Cinetrade übernommen hat, bedeutet der Markteintritt eines zusätzlichen TV-Plattformanbieters, dass die Verhandlungsmacht von Cinetrade gegenüber den Plattformanbietern gestärkt wird bzw. sich die vom Bundesgericht vermutete parallele Marktmacht von Teleclub und Cablecom²⁰³ zugunsten von Teleclub verschiebt. Gleichermassen hat der Markteintritt weiterer Marktteilnehmer, die ihre Angebote über das Kupferanschlussnetz von Swisscom oder einem der Glasfasernetze verbreiten, die Marktstellung der KNU geschwächt. In den meisten Regionen der Schweiz haben die Endkunden die Auswahl zwischen mindestens drei (regionales KNU, Swisscom und Sunrise), in den Regionen mit Glasfasernetz sogar zwischen fünf und sechs TV-Plattformanbietern. Die Marktgegenseite von Teleclub auf den Bereitstellungsmärkten ist daher seit den Ausführungen des Bundesgerichtes deutlich fragmentierter und entsprechend geschwächt. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass Teleclub von der Marktgegenseite hinreichend diszipliniert werden kann.

B.4.2.4.4 Fazit

583. Es ist somit festzustellen, dass Teleclub beziehungsweise Swisscom auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im untersuchungsrelevanten Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

²⁰² Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5.9.2003, RPW 2003/4, 912, E. 5.2.2, *Cablecom GmbH/Teleclub AG/ WEKO/REKO WEF*.

²⁰³ Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5.9.2003, RPW 2003/4, 912, E. 5.2.1, *Cablecom GmbH/Teleclub AG/ WEKO/REKO WEF*.

B.4.2.5 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV

584. Die Marktstellung von Teleclub im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV unterscheidet sich nicht wesentlich von der soeben erörterten Marktstellung von Teleclub im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.

585. Auch wenn im Free-TV die Schweizer Eishockey-Meisterschaft in der Phase der Play-offs übertragen wird (vgl. Rz 148 f.), kann wie im Fussball nicht von einem aktuellen Wettbewerb die Rede sein. Hinsichtlich potentiellen Wettbewerbs und Stellung der Marktgegenseite kann auf das in den Abschnitten B.4.2.4.2 und B.4.2.4.3 Ausgeführte verwiesen werden.

586. Es ist somit festzustellen, dass Teleclub beziehungsweise Swisscom auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im untersuchungsrelevanten Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

B.4.2.6 Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV

587. In den nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV sind nebst Teleclub grundsätzlich auch die beiden ausländischen Anbieter Canal+ und Sky Deutschland tätig.

588. Das Angebot von Sky Deutschland kann in der Schweiz nur über Satellit und nur direkt bei Teleclub bezogen werden. Die TV-Plattformanbieter haben keine Möglichkeit, Sky Deutschland auf dem Bereitstellungsmarkt zu beziehen. Damit besteht auf dem hier relevanten Bereitstellungsmarkt kein Wettbewerb zwischen Sky Deutschland und Teleclub.

589. Canal+ überträgt kein mit Teleclub vergleichbares Angebot an ausländischen Fussballligen. Der Schwerpunkt liegt bei der Premier League, von welcher rund 5 Spiele pro Runde übertragen werden. Zusätzlich zeigt Canal+ 2 Spiele pro Runde der Ligue 1. In den Märkten für die Premier League und die Ligue 1 ist damit ein bestehender aktueller Wettbewerb festzustellen. In den übrigen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV besteht demgegenüber kein aktueller Wettbewerb.

590. Hinsichtlich potentiellen Wettbewerbs und Stellung der Marktgegenseite kann auf das in den Abschnitten B.4.2.4.2 und B.4.2.4.3 Ausgeführte verwiesen werden.

591. Es ist somit festzustellen, dass Teleclub beziehungsweise Swisscom auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im untersuchungsrelevanten Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

B.4.2.7 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV

592. [Geschäftsgeheimnis]. Bis Juli 2013 konnten die Spiele der NHL auf ESPN America verfolgt werden. Der Sender ESPN America war jedoch [Geschäftsgeheimnis] im Programm von Teleclub, sondern konnte von verschiedenen Plattformanbietern auch unabhängig von Teleclub bezogen werden (vgl. Rz 121 und 127).

593. Teleclub hat daher keine marktbeherrschende Stellung auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV.

B.4.2.8 Stellungnahmen zur Beurteilung der Marktstellung

B.4.2.8.1 Stellungnahme von Swisscom

594. Swisscom bemängelt die angeblich cursorische Prüfung des Sekretariats. Die Marktstellung auf den vom Sekretariat abgegrenzten Pay-TV-Bereitstellungsmärkten für Schweizer Eishockey und ausländische Fussballübertragungen würden quasi nur beiläufig geprüft. Die marktbeherrschende Stellung werde nur anhand der Kriterien aktueller und potentieller Wettbewerb sowie der Stellung der Marktgegenseite geprüft. Weitere Kriterien wie die Merkmale des untersuchten Unternehmens oder der Einfluss eines zusammenhängenden Markts würden ausgeblendet. Zudem nehme das Sekretariat auch in Bezug auf die Beurteilung der Marktstellung der Untersuchungsadressatinnen keine zeitliche Differenzierung vor.

595. Entgegen der Ansicht von Swisscom prüft das Sekretariat die Marktstellung von Swisscom bzw. Teleclub eingehend. Dass das Sekretariat dabei auf die Ausführungen zum Schweizer Fussball verweist, ist nicht zu beanstanden, soweit vergleichbare Situationen vorliegen. Inwiefern die Merkmale von Swisscom unberücksichtigt seien, ist nicht ersichtlich.

596. Swisscom bringt weiter vor, die Ausführungen des Sekretariats zur früheren Marktstellung von Teleclub im Pay-TV-Endkundenmarkt seien irrelevant, da das Sekretariat die Marktstellung der Untersuchungsadressatinnen auf den von ihm abgegrenzten Bereitstellungsmärkten prüfe. Zudem verkenne das Sekretariat, dass verschiedene Plattformbetreiber in der Zwischenzeit umfangreiche Pay-TV-Angebote aufgebaut hätten, die es zu den Zeiten der Zusammenschlussmeldung Swisscom - Cinetrade noch nicht gegeben habe.

597. In der von Swisscom bemängelten Textstelle zeigt das Sekretariat lediglich die frühere Marktstellung von Teleclub auf (vgl. Rz 550). Das Sekretariat weist zugleich darauf hin, dass für das vorliegende Verfahren aber nicht die Stellung von Teleclub auf jenen Märkten, sondern die Stellung auf den Bereitstellungsmärkten entscheidend ist.

598. Swisscom macht geltend, Teleclub sei im relevanten Zeitraum intensivem Wettbewerb ausgesetzt gewesen. Das Sekretariat verkenne den disziplinierenden Einfluss des Free-TV. Nach der eigenen Marktdefinition des Sekretariats sei für eine Ligaberichterstattung nicht vorausgesetzt, dass sämtliche Spiele übertragen werden. Für viele Fussballinteressierte stehe im Vordergrund, dass sie die Liga als Gesamtprodukt verfolgen können. Dies sei mit den im Free-TV auf SRG empfangbaren 36 Live-Spielen der Super League gewährleistet. Die Free-TV-Berichterstattung in der Schweiz gehe insoweit deutlich über diejenige anderer europäischer Länder wie beispielsweise Deutschland oder Grossbritannien hinaus. Darüber hinaus übersehe das Sekretariat aufgrund der falschen Marktabgrenzung weitere wichtige disziplinierende Faktoren im aktuellen Wettbewerb. Ein Plattformanbieter könne viele Wettbewerbsparameter nutzen, um Endkunden für seine Plattform zu gewinnen. Das Sportangebot, genauer die Fussball- und Eishockeyübertragungen, seien nur ein Wettbewerbsparameter neben vielen anderen.

599. Das Sekretariat hat sich mit der Frage, ob die Übertragung von 36 Live-Spielen der Super League eine ausreichende Ligaberichterstattung darstellt um ein Substitut zu den Fussball-Übertragungen von Teleclub zu bilden, einlässlich auseinandergesetzt (vgl. Rz 439 ff.). Würde die Berichterstattung der SRG tatsächlich ein Substitut für diejenige von Teleclub darstellen, wäre zu erwarten, dass die Nachfrage nach Teleclub-Fussballübertragungen nach der Aufstockung der SRG-Übertragung von 10 auf 36 Spiele pro Saison für die Saison 2012/13 der Super League, massiv eingebrochen wäre. Es kann davon ausgegangen werden, dass eine grosse Mehrheit der Zuschauer nicht bereit ist, für die Teleclub-Berichterstattung etwas zu bezahlen,

wenn sie eine gleichwertige Berichterstattung bei der SRG kostenlos erhalten kann. [Geschäftsgeheimnis].

600. Es ist unbestritten, dass das Sportangebot nur eine unter verschiedenen Wettbewerbsvariablen darstellt. Es handelt sich aber um eine der entscheidenden Variablen, welche die konkurrierenden TV-Plattformanbieter zudem nicht selber bereitstellen können (vgl. Rz 242 ff., 286 und 643 ff.).

601. Swisscom bringt vor, es habe im untersuchungsrelevanten Zeitraum potenzieller Wettbewerb bestanden. Das Sekretariat blende vollständig die Rolle von Cablecom aus. Der Bieterwettbewerb durch Cablecom (und Sunrise) sei vertraglich nicht «stark eingeschränkt» gewesen, weil sich Cablecom in der Vergangenheit an dieses Verbot nicht gehalten habe. Cablecom verfüge über nahezu unbeschränkte Ressourcen. Zudem sei unverständlich, warum die SRG als möglicher Rechteerwerber völlig unberücksichtigt bleibe. Es sei der SRG nicht verwehrt, Pay-TV-Rechte zu erwerben und an andere Programmanbieter Sublizenzen zu erteilen. Schliesslich seien auch die Ausführungen im Verfügungsantrag zum Umfang der vergebenen Übertragungsrechte und den «sunk costs» als Markteintrittsschranke nicht nachvollziehbar. Umfassende Rechtepakete und die erst daraus resultierende wirtschaftliche Verwertbarkeit würden überhaupt erst einen Anreiz für Programmanbieter schaffen, in den Markt einzutreten. Inwieweit «sunk costs» von Swisscom andere finanzkräftige Unternehmen wie Cablecom von einem Markteintritt abhalten können sollten, sei unerfindlich. Dass die produzierten Sportübertragungen von anderen Wettbewerbern nicht dupliziert würden, seien nicht «sunk costs», sondern eben die zeitlich befristet vergebenen Übertragungsrechte verantwortlich. Nach Ablauf dieser Frist seien die Voraussetzungen für alle Wettbewerber grundsätzlich dieselben. Entsprechend könnten «sunk costs» im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielen.

602. Hierzu ist festzuhalten, dass [Geschäftsgeheimnis]. Zudem hat das Sekretariat entgegen der Ansicht von Swisscom die SRG als mögliche Rechteerwerberin durchaus berücksichtigt (vgl. Rz 144 ff.). Es sei dazu darauf hingewiesen, dass die SRG selber aufgrund des RTVG sowie ihrer Konzession nicht als Pay-TV-Programmveranstalterin auftreten kann.²⁰⁴ Entgegen der Ansicht von Swisscom stellen die [Geschäftsgeheimnis] hohen Investitionen «sunk costs» und damit Markteintrittsbarrieren dar (vgl. Rz 579), was die ökonomische Literatur²⁰⁵ erklärt und anerkennt.

603. Swisscom bringt dann vor, dass die KNU im untersuchungsrelevanten Zeitraum dominierende Gegenmacht ausüben würden. Eine ausgeprägt starke Stellung bleibe auch noch lange nach dem Markteintritt von Swisscom fortbestehen. Teleclub sei auf eine Verbreitung durch die KNU angewiesen. Dies gelte heute noch. Unverständlicherweise finde das für Teleclub bestehende Erfordernis des multi-homing, wie es das Sekretariat selber ausführe, bei der Beurteilung der Marktstellung der Kabelnetzbetreiber überhaupt keine Berücksichtigung im Verfügungsantrag. Auch der Markteintritt von Swisscom habe infolge des multi-homing nichts an dieser Abhängigkeit geändert. Zudem habe die Bildung des Branchenverbandes Swisscable die Gegenmacht der Kabelnetzbetreiber noch erheblich verstärkt.

604. Entgegen der Ansicht von Swisscom gelten die von Swisscom zitierten Ausführungen des Sekretariats bezüglich multi-homing für nicht vertikal integrierte und unabhängige Pro-

²⁰⁴ Vgl. Konzession vom 28. November 2007 für die SRG SSR idée suisse
<http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/marktuebersicht/ssr_srg/04634/index.html>
(23.12.2015).

²⁰⁵ Vgl. bspw. JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 2002, 314 ff.; W. KIP VISCUSI/JOSEPH E. HARRINGTON/JOHN M. VERNON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 2005, 172 f.; MASSIMO MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, 2007, 74 f. und 121.

grammveranstalter (vgl. Rz 662 ff.). Der Markteintritt von Swisscom verbunden mit der vertikalen Integration von Teleclub hat sehr wohl einen Einfluss auf die behauptete Gegenmacht der KNU gegenüber Teleclub (vgl. Rz 581 f. und 664 ff.).

B.4.2.9 Zwischenergebnis

605. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass Teleclub beziehungsweise Swisscom in folgenden Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 KG verfügt:

- i. *Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.*
- ii. *Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.*
- iii. *Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV.*

B.4.3 Unzulässige Verhaltensweisen

606. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt jedoch eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten, weshalb dem marktbeherrschenden Unternehmen gewisse Verhaltensweisen untersagt sind. Zum Tatbestandselement der Marktbeherrschung in Art. 7 Abs. 1 KG muss daher als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten. Solche Verhaltensweisen setzen ihrerseits einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen konkurrierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens).²⁰⁶

607. Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Formen des Missbrauchs: Durch den Missbrauch können einerseits andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden (Behinderungsmissbrauch). Unter den Begriff der Behinderung der Ausübung des Wettbewerbs lassen sich eine Vielzahl von Formen subsumieren: disziplinierende Behinderung, die marktliche Errungenschaften von Konkurrenten zu zerstören sucht, die preisliche Behinderung und die strategische Behinderung, die andere Wettbewerbsparameter als den Preis betrifft. Bei der Behinderung sowohl in der Aufnahme als auch in der Ausübung des Wettbewerbs spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Durch den Missbrauch kann andererseits die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt werden (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) dar. Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der

²⁰⁶ BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinderungsmisbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken.²⁰⁷

608. Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch zugewiesen werden kann, welchem ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird. Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen können zudem mehrere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG betreffen.²⁰⁸ Dies ist sowohl der Fall, wenn eine Verhaltensweise zugleich mehrere Tatbestandsvarianten erfüllt, als auch, wenn verschiedene Verhaltensweisen je verschiedene Tatbestandsvarianten erfüllen.

609. Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG umfasst zunächst alle denkbaren Verhaltensweisen mit volkswirtschaftlich schädigendem Effekt und sodann solche, welche die wirtschaftliche Freiheit der betroffenen Unternehmen behindern. Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.²⁰⁹

610. Insofern indizieren die Tatbestandsvarianten von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d. h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe («legitimate business reasons») zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.

611. Daneben anerkennt die Lehre auch weitere Kriterien für die Prüfung, ob unzulässiges Verhalten vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsstruktur, den Nichtleistungswettbewerb, die normzweckorientierte Interes-

²⁰⁷ BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

²⁰⁸ BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

²⁰⁹ BGE 139 I 72, E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; vgl. auch Urteil des BGer 2A.520/2002 vom 17.6.2003, RPW 2003/4, 961 E. 6.5.1, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG*; RPW 2008/4, 579, Rz 173, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2006/4, 640, Rz 98, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; BOTSCHAFT 95 (Fn 82), 570; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 25; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2^e édition, 2013 (nachfolgend: *Commentaire romand LCart*), Art. 7 LCart N 4 ff.

senabwägung. Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder nichtzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb.²¹⁰

612. Anzumerken ist, dass der Übersichtlichkeit halber nachfolgend auf das «Sportangebot von Teleclub» Bezug genommen wird. Das ändert indes nichts daran, dass vorliegend nur diejenigen Teile des Sportangebots relevant sind, welche die in Randziffer 605 genannten Märkte betreffen.

B.4.3.1 Stellungnahmen zu den unzulässigen Verhaltensweisen

B.4.3.1.1 Stellungnahme von Swisscom

613. Swisscom rügt, das Sekretariat gehe im Rahmen der Beurteilung der vorgeworfenen Missbräuchlichkeit der Verhaltensweisen überhaupt nicht mehr auf die Bedeutung des im Free-TV empfangbaren Sport-Content ein. Das Sekretariat gehe davon aus, dass sich die Plattformanbieter nur noch über das «Sportangebot» differenzieren könnten. Dies sei abwegig. Die Endkunden seien nämlich dann bereit Abstriche beim Sportangebot zugunsten anderer Plattformvorteile hinzunehmen, wenn mindestens eine Grundversorgung mit Sportinhalten gesichert sei. Diese Grundversorgung werde entsprechend den Vorgaben der Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen gerade durch das Free-TV gewährleistet.

614. Dazu ist festzuhalten, dass bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit Free-TV aufgrund der Marktabgrenzung keine Bedeutung mehr hat (vgl. Rz 439 ff.). Dies nicht zuletzt auch, weil Free-TV keinen disziplinierenden Effekt auf die relevanten Pay-TV-Märkte hat (vgl. Rz 567). Davon, dass das Sportangebot das einzige Differenzierungsmerkmal der Plattformanbieter sei, kann keine Rede sein. In der von Swisscom zitierten Textstelle hält das Sekretariat einzig fest, dass das Sportangebot das einzige Differenzierungsmerkmal ist, das die Konkurrenten von Swisscom nicht grundsätzlich eigenständig bereitstellen können. In Bezug auf die geltend gemachte Grundversorgung ist auf Rz 351 zu verweisen. Überdies ist es nicht Zweck der Grundversorgung Wettbewerb auf dem Plattform- oder Bereitstellungsmarkt sicherzustellen. Schliesslich ist auch festzustellen, dass die Relativierung der Bedeutung des Sportangebots von Teleclub durch Swisscom in Widerspruch zu den von Swisscom anlässlich der Anhörungen gemachten Aussagen steht. Danach habe man bei der Lancierung von Swisscom TV Sport durchaus als wichtiges (wenn auch nicht einziges) Differenzierungsmerkmal gegenüber den anderen TV-Plattformen gesehen.

B.4.3.2 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

615. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit. Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt erschwert oder behindert wird. Von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes ist auszugehen, wenn folgende Merkmale vorliegen:²¹¹

- i. Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten;

²¹⁰ BGE 139 I 72, E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

²¹¹ RPW 2011/1, 144 f. Rz 306 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 121 ff.

- ii. Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können;
- iii. Die Verweigerung zeitigt wettbewerbsbehindernde Effekte;
- iv. Die Verweigerung kann nicht durch «Legitimate Business Reasons» gerechtfertigt werden.

B.4.3.2.1 Geschäftsverweigerung

616. Zunächst ist erforderlich, dass ein Geschäftspartner versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat. Die Verweigerung der Geschäftsbeziehung kann dann direkt (wenn das marktbeherrschende Unternehmen eine solche explizit ablehnt) oder indirekt (beispielsweise durch Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien oder die Auferlegung unangemessener Geschäftsbedingungen; «Constructive Refusal to Deal») erfolgen.²¹²

617. Die hier in Frage stehende Geschäftsverweigerung betrifft das Angebot von Teleclub auf den Bereitstellungsmärkten. Die Sachverhaltsermittlung ergab, dass einige Plattformanbieter von Teleclub kein Angebot bezüglich der Bereitstellung der fraglichen Sportübertragungen beziehen konnten (vgl. Abschnitt A.4.3.5).

618. Weiter hat die Sachverhaltsermittlung ergeben, dass die Plattformanbieter abgesehen von Swisscom nicht das vollständige Sportprogramm von Teleclub erhalten (d. h. diejenigen Spiele, die auf Swisscom TV auf den Sportkanälen 4 bis 29 angeboten werden). Unter Umständen könnte auch diese Tatsache unter dem Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) subsumiert werden.

619. Eine Verweigerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG ist jedenfalls gegeben, wenn ein Input, der für ein Marktangebot unabdingbar ist, vorenthalten wird. Mit anderen Worten kann eine Verweigerung im Sinne des Gesetzes nur vorliegen, sofern keines der den relevanten Markt ausmachenden Güter erhältlich ist und zudem keine Alternativquelle (auf einem anderen Markt) für ein ähnliches Produkt gegeben ist.²¹³

620. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass das für die KNU und Sunrise reduzierte Angebot auf den Sportkanälen 1 bis 3 zumindest als Alternative zum Vollangebot der Sportkanäle 1 bis 24 (bzw. 29) in Frage kommt. Damit spielt es vorliegend in Bezug auf das PPC-Angebot keine Rolle, ob das reduzierte Angebot ein Substitut zum Vollangebot darstellt. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, die Kanäle 4 bis 24 (bzw. 29) seien für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit unerlässlich. Dieser Sachverhalt wird deshalb unter dem Aspekt der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG geprüft (vgl. Abschnitt B.4.3.3) und nicht unter dem Aspekt der Verweigerung.²¹⁴

621. Anzumerken ist, dass gemäss Bundesverwaltungsgericht ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG alle denkbaren Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen umfasst, welche volkswirtschaftlich schädliche Effekte aufweisen oder die wirtschaftliche Freiheit von anderen Unternehmen behindern.²¹⁵ Jeder Missbrauch von Marktmacht gemäss

²¹² RPW 2011/1, 145 Rz 309, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m.w.Hinw.

²¹³ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 125.

²¹⁴ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 108.

²¹⁵ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 636 Rz 388, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

Art. 7 KG ist unmittelbar sanktionierbar, ungeachtet der Subsumtion unter Art. 7 Abs. 2 KG.²¹⁶ Damit ist die Subsumtion unter Art. 7 Abs. 2 KG letztlich weniger entscheidend als diejenige unter Art. 7 Abs. 1 KG. Dies gilt umso mehr, wenn wie vorliegend eine Verhaltensweise sowohl Aspekte einer Verweigerung als auch einer Diskriminierung aufweist. Da letztlich nur dann ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegt, wenn alle Tatbestandselemente von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sind, können an die Erfüllung der verschiedenen, unter Art. 7 Abs. 2 KG beispielhaft aufgezählten Verhaltensweisen nicht unterschiedlich hohe Anforderungen gestellt werden.

622. Die Sachverhaltsermittlung ergab, dass bis zum 2. Juni 2012, als Teleclub bei Sunrise TV aufgeschaltet wurde, kein Anbieter mit IP-basierter Plattform (ausser Swisscom) das Teleclub-Programm verbreiten konnte. Dabei fragten verschiedene Plattformanbieter die Bereitstellung des Teleclub-Programmangebots wiederholt nach (vgl. Abschnitte A.4.3.5.4 bis A.4.3.5.8). Die DCG, YplaY und Stafag fragten die Bereitstellung insbesondere für ihre FTTH-Netze nach. Finecom und Netplus fragten die Bereitstellung für ihre IP-basierten Plattformen (FTTH und CATV) nach. Zudem fragten auch reine IP-Provider wie Ticinocom die Bereitstellung nach. Allen diesen Anbietern wurde eine Geschäftsbeziehung in den relevanten Bereitstellungsmärkten über einen längeren Zeitraum verweigert im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG. Betreffend Sunrise TV liegt in Bezug auf die Deutschschweiz keine Verweigerung vor, [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Abschnitt A.4.3.1.5). [Geschäftsgeheimnis].

623. Weiter ergab die Sachverhaltsermittlung, dass abgesehen von Cablecom und den Partnern der DCG auch kein KNU das Teleclub-Programm für seine Plattform erhält. Verschiedene KNU haben dabei selber um die Bereitstellung nachgefragt (vgl. Abschnitt A.4.3.5.8). Insbesondere Finecom hat für den QL-Verbund, den zweitgrössten Kabelnetzverbund der Schweiz, wiederholt versucht, das Teleclub-Programmangebot für die QL-Plattformen zu erhalten (vgl. Abschnitt A.4.3.5.5). Zudem hatte auch der Branchenverband Swisscable [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Rz 166).

624. Schliesslich ist auch festzustellen, dass das französischsprachige Teleclub-Angebot ausschliesslich Swisscom erhält, obwohl auch hier Anfragen konkurrierender Plattformanbieter vorliegen (bspw. Sunrise, vgl. Rz 120 und Netplus, Rz 210).

625. Das Tatbestandselement der Geschäftsverweigerung ist damit in mehrfacher Hinsicht erfüllt.

626. [Geschäftsgeheimnis]. Allerdings ist bezüglich dieser Anfrage der Zeitpunkt der effektiven Verweigerung durch Teleclub nicht nachweisbar. Im Zweifel ist daher für den Beginn der Verweigerung auf die Antwort von Teleclub an Ticinocom vom 3. Dezember 2010 abzustellen, mit welcher Teleclub ein Angebot für IPTV explizit abgelehnt hat (vgl. Rz 230). Die Verweigerung dauerte während des gesamten Untersuchungszeitraums an.

B.4.3.2.2 Objektive Notwendigkeit des Inputs

627. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein Substitut gibt, das

²¹⁶ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 664 Rz 579 und 665 Rz 591 ff., insb. 667 Rz 602, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z. B. durch Duplizierung des Inputs).²¹⁷

a. Stellungnahmen der TV-Plattformanbieter bezüglich der objektiven Notwendigkeit

628. Die Marktbefragung ergab, dass für die betroffenen Plattformanbieter die Möglichkeit, Live-Spiele zu verbreiten, von grosser Bedeutung ist. Insbesondere gegenüber dem Angebot von Swisscom TV, das bei vergleichbarer Funktionalität und Übertragungsqualität ein umfassenderes Sportprogramm enthält, sehen sich die von der Verweigerung der Geschäftsbeziehungen betroffenen Unternehmen stark benachteiligt.

629. *Swisscable* führte aus, dass sich Sport und insbesondere die Live-Ausstrahlung der Fussball- und Eishockeyspiele in letzter Zeit als immer wichtigeres Kriterium für die Kundengewinnung entpuppen würden. Für die Plattformanbieter sei es essenziell, ein breites (live) Sportprogramm anbieten zu können. Nur so könne eine digitale Pay-TV-Plattform langfristig wirtschaftlich rentabel betrieben werden. Aufgrund der zunehmenden Exklusivvermarktung von Sportübertragungen über Pay-TV seien diese zu einem gewichtigen Kaufgrund für den Kunden geworden und würden unabhängig von sonstigem Premium Content nachgefragt. Ein Defizit im Bereich des zur Verfügung stehenden Sportangebots könne daher nicht durch ein erweitertes Angebot im restlichen Premium Content-Bereich ausgeglichen werden, da ein grosser Teil der Kunden sich ausschliesslich für denjenigen Pay-TV-Anbieter entscheiden werde, der über die gewünschten Sportsenderechte verfüge. *Swisscable* reichte auch entsprechende Studien ein.

630. *Cablecom* machte geltend, dass die strategische Relevanz des Sportangebots nicht nur aus Marketingsicht erheblich sei. Das Sportangebot von Swisscom generiere insbesondere einen erheblichen wirtschaftlichen Mehrwert, der [Geschäftsgeheimnis] höher liege als der Mehrwert, den *Cablecom* mit dem eingeschränkten Sportangebot, das sie ihren Endkunden aufgrund der Exklusivitäten von Swisscom bzw. Cinetrade und Teleclub anbieten könne, erzielen könne. Nach Umfragen des Link Instituts, die im Auftrag von *Cablecom* zuletzt im Dezember 2012 durchgeführt worden seien, hätten [Geschäftsgeheimnis] von 1033 Befragten angegeben, dass der Zugang von Sportinhalten bei Swisscom der Grund dafür sei, dass sie sich für ein Swisscom Fernsehangebot entschieden haben. *Cablecom* verweist hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung von Sportübertragungen im Pay-TV auch auf die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden. Auch das Verhalten der Endkunden verdeutliche die Bedeutung des Sportangebots im Bereich Pay-TV. Aktuell abonnierten beinahe [Geschäftsgeheimnis] der Kunden von *Cablecom* im Bereich Pay-TV zusätzlich ein Sportpaket.

631. Die *DCG* führte aus, aufgrund der Marktforschung, eines Vergleichs mit Deutschland sowie der Vermarktungspolitik von Swisscom könne belegt werden, dass Liveübertragungen von Fussball- und Eishockeyspielen (entweder als PPC oder als PPV) eine grosse Bedeutung hätten und wettbewerbsrelevant seien. *WWZ* führte aus, dass Live-Ausstrahlungen exklusiver Sportereignisse im Hinblick auf die Kundengewinnung bzw. Kundenbindung einen hohen Stellenwert hätten. Gemäss ihren Kündigungs-Auswertungen seien rund 70 % der Wechsel zu

²¹⁷ Vgl. RPW 2011/1, 149 Rz 332, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m. Hinw. auf die Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 (nachfolgend: *Mitteilung zu Art. 82 EGV*), S. 19 Rz 83. Zu streng daher BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 125, welche verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss. Dies könnte in dem Sinne verstanden werden, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Ein solches Erfordernis würde dazu führen, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht.

Swisscom mit dem Live-Sport von Swisscom TV begründet worden. WWZ gibt zudem an, dass 2011 über [Geschäftsgeheimnis] ehemalige Kunden befragt worden seien, weshalb sie den Kabelanschluss gekündigt hätten. Bei denen, die zu Swisscom gewechselt hätten, liege der Anteil [Geschäftsgeheimnis] die aufgrund des Live-Sports gewechselt hätten. Diese Feedbacks würden sie auch immer wieder von den Kundenberatern erhalten. Ähnlich äusserten sich auch die übrigen Partner der DCG. GGA Maur reichte dabei eine Statistik der Plombierungen seit 2008 ein, wonach rund 38 % der Plombierungen aufgrund des fehlenden Sportangebots erfolgt seien.

632. *Finecom* gab an, dass die exklusiven Sportrechte ein «(ODER DAS?)» entscheidendes Element im Content Angebot seien und aktuell im Wettbewerb zwischen Swisscom und den Kabelnetzbetreibern, im Zusammenhang mit der Digitalisierung im TV-Bereich, von äusserst grosser Bedeutung seien. Aufgrund von regelmässigen Kundenumfragen sei bekannt, dass bei rund [Geschäftsgeheimnis] der Kunden, welche sich für Swisscom TV und gegen das QL-DTV-Angebot entscheiden würden, der «Live Sport» (vor allem Schweizer Eishockey- und Fussballspiele) das entscheidende Kriterium sei. Es handle sich hier somit um den entscheidenden Wettbewerbsnachteil der Kabelnetzbranche. *Finecom* führte sodann aus, Eishockey und Fussball seien aufgrund ihrer Beliebtheit nicht nur Publikumsmagnete in den Stadien, sondern Live-Spiele wie Play-off-Partien im Eishockey oder Spiele aus der Finalrunde im Fussball erreichten bei Ausstrahlung im öffentlichen Fernsehen auch sehr hohe Einschaltquoten. *Finecom* wies zudem auf die lokale Verankerung der Sportklubs hin, weshalb die lokalen Kabelnetze ohne die Möglichkeit der Übertragung der Spiele dieser lokalen Sportklubs einen Wettbewerbsnachteil hätten. Beispielsweise habe Swisscom vor knapp 2 Jahren als der EHC Visp im Play-off Final der Nationalliga B war, im Wallis eine gross angelegte Plakatkampagne gemacht, mit dem sinngemässen Slogan «Jetzt den EHC Visp live sehen». Dies habe nicht zuletzt dazu geführt, dass die Valaiscom in dieser Zeit überdurchschnittlich viele Kündigungen der Grundanschlüsse habe verzeichnen müssen. Auch dieses Beispiel zeige die Relevanz des Live-Sports bei der Wahl des Digital TV-Anbieters sowie den Faktor, dass die Swisscom den Live-Sport bei der Werbung prominent in den Vordergrund stelle. Dass Live-Ausstrahlungen von Sportinhalten sehr wichtig für die Kundengewinnung und Kundenbindung seien, bewiesen auch Beispiele aus dem Ausland sowie die Tatsache, dass Swisscom und Kabelnetzanbieter bereit seien, grosse Summen hierfür zu investieren.

633. *Netplus* führte aus, dass gemäss eigenen Umfragen 51 % der antwortenden Kunden (Rücklaufquote 12 %) der Ansicht seien, dass Swisscom wegen des Sportangebots einen Wettbewerbsvorteil habe. *Sierre-Energie* und *Sinergy Infrastructure SA* wiesen wie *Finecom* auf die Bedeutung der regionalen Verankerung gewisser Sportklubs hin, wodurch in diesen Regionen ein erhöhtes Bedürfnis der Zuschauer bestehe, die Spiele ihrer regionalen Klubs verfolgen zu können. Die *sateldranse SA* erläutert darüber hinaus, dass die Bedeutung des Sportangebots aufgrund der Bündelungsangebote (TV/Telefon/Internet) in den letzten Jahren noch zugenommen habe.

634. *YplaY* gab an, dass das Sportangebot im Wettbewerb mit den anderen TV-Plattformanbietern enorm wichtig sei. Deshalb habe man in den letzten zwei Jahren so beharrlich versucht, *Teleclub* mit seinem Sportangebot auf das Netz zu bekommen.

635. *Ticinocom* führte aus, dass im Tessin Live-Sport-Events sehr wichtig seien. Für die Kundenbindung sei es ebenfalls sehr wichtig Live-Sport anbieten zu können, da die Kunden, welche möglicherweise in Zukunft Live-Sport schauen möchten, ihre Verträge vorsorglich kündigen würden. *Ticinocom* fragte ebenfalls Kunden, die ihr Abonnement kündigten, mittels Fragebogen nach den Kündigungsgründen. Dabei seien zwei Gründe für den Wechsel zu Swisscom TV ausschlaggebend: Der Wunsch alle Telekomdienste aus einer Hand zu beziehen und – ohne explizit danach gefragt worden zu sein – das fehlende Angebot von Schweizer Fussball und Eishockey.

636. Die *GIB-Solutions AG* gab an, dass wenn sie Kunden an ihren Hauptkonkurrenten Swisscom verlieren würden, dann meistens wegen den dort angebotenen Sportprogrammen mit den damit verbundenen exklusiven Ereignissen.

637. Die *Stafag* führte aus, dass ein Drittel der zu Swisscom wechselnden Kunden in der telefonischen Befragung angegeben habe, dass der Grund für den Wechsel die Möglichkeit sei, Sport auf Abruf bei der Swisscom zu bekommen.

638. *Sunrise* beschrieb die Bedeutung der Sportinhalte wie folgt: «Für einen signifikanten Teil des Endkundenmarkts sind diese exklusiven Sportereignisse der entscheidende Faktor bei der Auswahl des Anbieters. Wer diese Ereignisse nicht anbieten kann, ist nicht in der Lage, den gesamten Markt anzusprechen. Zudem verlieren Anbieter, welche die fraglichen Sportereignisse nicht im Angebot führen, auch bestehende Festnetz- oder Internetkunden an Swisscom, da Letztere ihr TV-Angebot nur im Paket mit Festnetztelefonie und Internet vermarktet.» Eine von Sunrise in Auftrag gegebene Studie ergab, dass für 32 % aller Befragten Sportpakete eine wichtige oder sehr wichtige Rolle beim Entscheid für einen Digital-TV Provider spielen würden. In der Kernzielgruppe «Männer 20 – 39 Jahre» liege die Bedeutung dieser Sportpakete für den Kaufentscheid mit 41 % noch höher. Die Verfügbarkeit der Spiele der UEFA Champions League, der Super League sowie der UEFA Europa League und der NLA seien sehr wichtig oder wichtig. Die Schweizer Ligen wiesen dabei vergleichbar hohe Werte aus wie die europäischen.

639. *Swisscom* gab an, [Geschäftsgeheimnis]. Swisscom betrachtet nach eigenen Angaben Investitionen in Sportinhalte als Differenzierungsfaktor im Wettbewerb. [Geschäftsgeheimnis]. In der Eingabe vom 31. Mai 2013 relativiert Swisscom allerdings, dass das Sportangebot nur für [Geschäftsgeheimnis] das entscheidende Auswahlkriterium sei. Es handle sich dabei um ein Differenzierungsmerkmal unter vielen. Es seien nur [Geschäftsgeheimnis] der Kunden bereit, [Geschäftsgeheimnis].

640. *Cinetrade* führte aus, [Geschäftsgeheimnis] Der wahre Grund für den Erfolg von Swisscom TV liege nicht in den Sportübertragungen (welche mit einem beträchtlichen unternehmerischen Risiko verbunden seien), sondern beruhe im Wesentlichen auf einer neuen Technologie, welche neue Möglichkeiten für den Konsumenten biete (Sprachoptionen, Programmunterbrechung, einfache Aufnahme etc.). Die Konkurrenten von Swisscom seien für die Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit im Bereich des Pay-TV nicht auf den Bezug des Teleclub-Sportangebots angewiesen. Das Teleclub-Sportangebot sei nur für einen kleinen Zuschauerkreis überhaupt ein wichtiges Programmelement.

b. Beurteilung

641. Zunächst ist festzuhalten, dass die Frage zu beurteilen ist, inwiefern das den jeweiligen Bereitstellungsmarkt ausmachende Gut als Input für den Plattformmarkt notwendig ist. Anders als dies etwa Cinetrade ausführt, geht es nicht um die wirtschaftliche Tätigkeit im Bereich des Pay-TV. Der allenfalls beeinträchtigte Wettbewerb ist derjenige auf dem Plattformmarkt. Mit anderen Worten ist zu klären, ob die relevanten Sportinhalte für den Plattformmarkt notwendig sind.

642. Im vorliegenden Fall wurde gewissen TV-Plattformanbietern ein Input verweigert, der es ihren Kunden erlauben würde, die Spiele der Schweizer Eishockey- und Fussballmeisterschaften sowie der relevanten ausländischen Ligen über ihre TV-Plattform zu beziehen. Damit haben diese Plattformanbieter kaum eine Möglichkeit, das Segment der sportbegeisterten Endkunden zu gewinnen bzw. auf ihrer Plattform zu halten.

643. Swisscom ist in ihrer Aussage zuzustimmen, dass für den Entscheid der Endkunden für eine bestimmte TV-Plattform verschiedene Kriterien bestehen, wie etwa das Programmangebot, Plattformfunktionen, Servicequalität sowie etwaige Bündelangebote (bspw. Triple-Play).

Dazu ist aber anzumerken, dass alle Kriterien ausser dem Sportangebot von den Konkurrenten im Plattformmarkt grundsätzlich eigenständig bereitgestellt werden können. Nur das Kriterium Sport ist ausschliesslich über das Pay-TV-Angebot von Teleclub verfügbar und kann von den Konkurrenten nicht reproduziert werden.

644. Grundsätzlich ist Swisscom auch darin zuzustimmen, dass nur ein Teil der Fernsehzuschauer bereit ist, [Geschäftsgeheimnis]. Dabei ist allerdings der von Swisscom genannte Prozentsatz aus verschiedenen Gründen zu tief bemessen. Zum einen zeigt die Auswertung der vorhandenen Daten, dass der Anteil der Zuschauer, die das Sportangebot beziehen, bereits in einzelnen Monaten rund 5 Prozentpunkte über dem von Swisscom genannten Wert lag. Zum anderen ist der auf ein Jahr gerechnete Anteil der Zuschauer, die das Sportangebot von Teleclub beziehen, nochmals höher. Weiter gilt zu berücksichtigen, dass auch wer nur ein einziges, exklusiv im Pay-TV ausgestrahltes Spiel anschauen will oder gar nur die Möglichkeit haben will, sich ein solches Spiel überhaupt anschauen zu können, dies nur über das Teleclub-Sportangebot tun kann (vgl. A.4.3.4.6). Für Kunden, die Sportinhalte beziehen wollen, ist somit Teleclub alternativlos. Die Wichtigkeit des Sportangebots widerspiegelt sich auch in den Bemühungen von Swisscable, den Schweizer Sport-Content selber produzieren zu können.

645. Dies bedeutet, dass ein TV-Plattformanbieter ohne das Teleclub-Sportangebot von Anfang an nicht 100 % der Kunden erreichen kann. Es stellt sich somit die Frage, ob für diese Plattformanbieter die Möglichkeit besteht, diese Folge der Verweigerung wenigstens langfristig auffangen zu können (vgl. Rz 627).

646. Dazu gilt es, zwischen den relevanten Bereitstellungsmärkten zu differenzieren. Wie die Auswertung der Marktbefragung zeigt, kommt dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV und dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV nach Einschätzung der Plattformanbieter für die Kundengewinnung und Kundenbindung eine deutlich grössere Bedeutung zu als die nationalen Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV. Dies bestätigen auch die [Geschäftsgeheimnis], die in den letzten Jahren für die Schweizer Sportübertragungen deutlich höher ausfielen. Die ausländischen Fussballübertragungen im Pay-TV stellen daher insgesamt wohl keinen objektiv notwendigen Input dar.

647. Die KNU in der Deutschschweiz haben grundsätzlich die Möglichkeit, anstelle des Bereitstellungsangebots für ihre Plattform das Teleclub-Sportprogramm ihren Kunden über die Teleclub-Plattform (Signalanlieferung) zugänglich zu machen. Damit kann das Fehlen des nationalen Sport-Contents auf den Kabelnetzen aufgefangen werden. Die fehlende Integration des Teleclub-Programmangebots in die eigene TV-Plattform mag zwar im Wettbewerb mit alternativen TV-Plattformen ein Nachteil darstellen, einen objektiv notwendigen Input im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG stellt das Sportangebot im Rahmen der Bereitstellungsmärkte für die KNU aber nicht dar.

648. Die Betreiber einer IPTV-Plattform, welche ihre Plattform über das Kupferanschlussnetz der Swisscom oder ein regionales Glasfasernetz den Endkunden anbieten, [Geschäftsgeheimnis] Für diese Marktteilnehmer stellt das Sportangebot im Rahmen der Bereitstellungsmärkte daher einen objektiv notwendigen Input dar.

649. Weiter besteht für die betroffenen Unternehmen auch keine Möglichkeit, das in Frage stehende Produkt selbst zu produzieren. Dies wurde bereits im Abschnitt zum potentiellen Wettbewerb ausführlich dargelegt (vgl. Abschnitt B.4.2.4.2): Aufgrund von vertraglichen und strukturellen Markteintrittsschranken ist es für ein Unternehmen unmöglich, die für ein solches Produkt notwendigen Sportrechte zu beziehen.

650. In Europa haben die EU-Kommission sowie nationale Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden schon länger ihr Augenmerk auf die Möglichkeit der Marktabschottung durch die

Nichtgewährung des Zugangs zu Premium Sport-Content gerichtet.²¹⁸ Die EU-Kommission legte das Gewicht auf die Entstehung des Premium Sport-Contents, namentlich die Zentralvermarktung. In diesem Zusammenhang hat die EU-Kommission festgehalten, dass exklusiv erworbene Rechte der UEFA Champions League den Wettbewerb auf den nachgelagerten Fernsehmärkten erheblich beschränken können, sofern nicht verschiedene Bedingungen u. a. bezüglich des Umfangs der Rechtepakete, des Ausschreibungszeitraums und der Verwendung ungenutzter Rechte erfüllt werden.²¹⁹ Dies impliziert, dass ein umfassendes Rechtepaket zur exklusiven Vermarktung dem Rechteinhaber einen Wettbewerbsvorteil verschafft, der den Konkurrenten auf den Fernsehmärkten eine wirtschaftliche Tätigkeit praktisch verunmöglicht. Der Zugang zu Premium Sport-Content wurde deshalb auch von verschiedenen ausländischen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden, insbesondere in Grossbritannien und den USA, untersucht bzw. reguliert sowie im Rahmen von Fusionen mit Auflagen versehen.²²⁰

651. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass für TV-Plattformanbieter, die Angebote auf der Basis der IPTV-Technologie unterbreiten wollen, Schweizer Fussballübertragungen im Pay-TV und Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV objektiv notwendige Inputs darstellen.

B.4.3.2.3 Wettbewerbsbehinderung

652. Gemäss Praxis der WEKO liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt wenn eine Behinderung bzw. wenn ein Verdrängungseffekt vorliegt, welcher den wirksamen Wettbewerb einschränkt.²²¹ In der Literatur wird zwar teilweise postuliert, die Geschäftsverweigerung müsse zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.²²² Mehrheitlich vertritt die Lehre aber den Standpunkt, dass eine unzulässige Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG auch dann vorliegt, wenn diese zu einer Wettbewerbsbehinderung führt, ohne dass sie sachlich gerechtfertigt werden kann.²²³ Die Verweigerung der Geschäftsbeziehungen muss demnach nicht den wirksamen Wettbewerb beseitigen, sondern es genügt, wenn der Wettbewerb behindert wird.

653. Wie bereits oben ausgeführt (Rz 609), hat die Prüfung der einzelnen Tatbestandsvarianten des Art. 7 Abs. 2 KG jeweils in Verbindung mit der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu erfolgen. Vor diesem Hintergrund würde es der Systematik des Art. 7 KG widersprechen, im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG eine Beseitigung des Wettbewerbs zu verlangen, während bei allen anderen Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung unbestrittenermassen genügt. Sämtliche Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG sind in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG anzuwenden, welcher die allgemeinen Kriterien in einheitlicher Weise für alle Tatbestandsvarianten festlegt. Es wäre weder sachgerecht, bei einer einzigen Tatbestandsvariante von Abs. 2 die Hürden für den Nachweis des Missbrauchs höher zu setzen als bei den anderen Varianten bzw. der Generalklausel, noch wäre es opportun, bei einer einzigen Tatbestandsvariante die Hürden tiefer zu setzen und damit ein «Einfallstor» für das

²¹⁸ MARIO MONTI, Competition and Sport the Rules of the game, Speech addressed at the conference on «Governance in Sport», 26 February 2001.

²¹⁹ EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*, Rz 132.

²²⁰ Für einen Überblick vgl. HELEN WEEDS, TV Wars: Exclusive Content and Platform Competition in Pay-TV (under revision Economic Journal), 2013, 2 f.

²²¹ RPW 2011/1, 151, Rz 345 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²²² BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 127 ff.

²²³ Vgl. BORER (Fn 82), Art. 7 KG N 10 ff., insbes. N 10 und 13; PATRICK DUCREY, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2008, Rz 1522 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz 656.

Eingreifen der Behörden und die Sanktionierung zu öffnen. Dass ein unterschiedlicher Unzulässigkeitsmassstab für die einzelnen Tatbestandsvarianten systemwidrig wäre, ist auch daraus ersichtlich, dass ein bestimmtes Verhalten – wie im vorliegenden Fall – gleichzeitig mehrere Tatbestandsvarianten erfüllen kann.²²⁴

654. Auch in der ökonomischen Literatur ist anerkannt, dass eine Marktverschliessung durch eine Geschäftsverweigerung nicht zum Marktaustritt der Konkurrenten im nachgelagerten Markt führen muss. PATRICK REY und JEAN TIROLE führen in ihrem Handbuchbeitrag zur Marktverschliessung («foreclosure») aus, dass eine solche meist nur unvollständig erfolge und oft auch dazu eingesetzt würde, eine erodierende Marktstellung zu schützen oder eine frühere marktmächtige Position wiederherzustellen.²²⁵ Folglich genügt es, wenn eine Marktverschliessung einen aktuellen oder potentiellen Konkurrenten im Wettbewerb behindert. Zudem sind in der Realität die wenigsten Inputfaktoren bzw. Vorleistungen tatsächlich absolut notwendig, in dem Sinne, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit ohne sie vollkommen unmöglich wäre: Meistens gibt es minderwertige Produkte, die eine Marktpräsenz, aber keinen wirksamen Wettbewerb erlauben.²²⁶ Vollständige Marktverschliessung erfolgt in der ökonomischen Literatur meist aufgrund von stark vereinfachenden Modellannahmen.

655. Zur Marktverschliessung ist für diese Untersuchung bereits an dieser Stelle auf die vertikale Integration von Swisscom hinzuweisen: bei Teleclub handelt es sich um eine vertikal in eine TV-Plattformbetreiberin integrierte Programmveranstalterin. Für ein vertikal integriertes Unternehmen kann eine Marktverschliessung die lohnende Strategie sein (vgl. Rz 656 ff.).

a. Anreize für exklusiven Vertrieb bei vertikaler Marktstruktur

656. [Geschäftsgeheimnis].

657. Es ist davon auszugehen, dass ein nicht vertikal integrierter Pay-TV-Anbieter die grösstmögliche Verbreitung für das Programm wählen würde. Damit kann der Pay-TV-Anbieter möglichst viele Fernsehzuschauer als Kunden erreichen. Aber auch für einen vertikal integrierten Pay-TV-Anbieter wie Teleclub könnte sich theoretisch aufgrund der (je nach Vertriebsart) höheren Vorleistungs- bzw. Abonenteneinnahmen sowie allfälliger Werbeeinnahmen eine «Nicht-Exklusivität» lohnen.²²⁷ Trotzdem ist in der Pay-TV-Branche der exklusive Vertrieb von Premium Content die Regel. Eine mögliche Erklärung dafür ist gemäss HELEN WEEDS das Vorliegen hoher Wechselkosten im TV-Plattformmarkt. Wechselkosten entstehen beispielsweise, wenn alte Verträge innerhalb gewisser Fristen gekündigt werden müssen, wenn ein Anbieterwechsel neue Hardware erfordert oder wenn sich Endkunden an ein neues Produkt gewöhnen müssen. In Gegenwart solcher Wechselkosten lohnt sich der exklusive Vertrieb von Premium Content, sofern der zukünftige Profit von Marktanteilen in der vorangegangenen Periode abhängt und Skalenerträge vorliegen (die Einnahmen steigen bei wachsendem Marktanteil überproportional²²⁸). Exklusivität lohnt sich in diesem Analyserahmen insbesondere für den besonders wertvollen Premium Content und gegenüber Konkurrenten, die sich bezüglich ihrer Plattform und deren technischen Möglichkeiten kaum unterscheiden.²²⁹

²²⁴ RPW 2011/1, 144 Rz 351, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²²⁵ PATRICK REY/JEAN TIROLE, A primer on foreclosure, in: *Handbook of Industrial Organization III*, Mark Armstrong/Rob Porter (Hrsg.), Chapter 33, 2007, 2148 und 2163.

²²⁶ Vgl. PATRICK REY/JEAN TIROLE (Fn 225), 2156.

²²⁷ Vgl. HELEN WEEDS (Fn 220), 13 ff.

²²⁸ Aufgrund hoher fixer bzw. irreversibler Kosten ist diese Annahme im TV-Plattformmarkt meistens erfüllt.

²²⁹ Vgl. HELEN WEEDS (Fn 220), 20 ff.

658. Die Analyse von HELEN WEEDS ermöglicht wichtige Einsichten für den hier relevanten Sachverhalt. Im TV-Plattformmarkt und in den benachbarten Fernmeldemärkten bestehen aufgrund von langen Kündigungsfristen, Bündelprodukten, einmaligen Set-Up-Kosten sowie Hardware- und Softwareunterschieden in der Schweiz hohe Wechselkosten.²³⁰ Für den US-Fernsehmarkt hat eine Untersuchung ergeben, dass die Wechselkosten zwischen unterschiedlichen TV-Plattformen bis zu 50 % der jährlichen Abonnementskosten ausmachen können.²³¹ Für die Schweiz existieren noch keine quantitativen Untersuchungen der Wechselkosten, doch ist nicht davon auszugehen, dass die Wechselkosten substantiell geringer sind. Ein exklusiver Vertrieb von Premium Content erscheint vor diesem Hintergrund auch in der Schweiz als lohnende Strategie.²³² Die Strategie ist gemäss HELEN WEEDS insbesondere auch dann lohnend, wenn die TV-Plattformen anderweitig sehr ähnlich sind. In Übereinstimmung mit diesem Ergebnis behindert die vorliegende Geschäftsverweigerung in erster Linie Unternehmen, die mit der gleichen Technologie wie Swisscom TV (IPTV) im Markt tätig sind, in der Ausübung des Wettbewerbs auf dem Plattformmarkt. Diese nutzen für ihr Angebot sowohl über VDSL wie auch über Glasfaser grundsätzlich die gleiche Infrastruktur wie Swisscom. Für einige stellt Swisscom Broadcast sogar die IPTV-Plattform als Vorleistung bereit. Nur Sunrise erhielt schliesslich als zweitgrösster Telekommunikationsanbieter der Schweiz die Teleclub-Vorleistung von Cinetrade; allen anderen, insbesondere kleineren und auf den Glasfasernetzen aktiven Unternehmen, wurde die Bereitstellung verweigert. Folglich betraf die vorliegende Geschäftsverweigerung in erster Linie junge Unternehmen, die mit einer neuen Technologie (IPTV) Kunden mit innovativen Angeboten langfristig an ihre Plattform binden wollen.

659. An dieser Stelle kann noch auf einen grundsätzlichen Zielkonflikt hinsichtlich des Wohlfahrtseffekts von Exklusivität hingewiesen werden, der im hier verwendeten Modellrahmen besteht. Demgemäss führt Exklusivität zwar zu einer ineffizienten Allokation da Endkunden mit einer positiven Zahlungsbereitschaft kein Angebot erhalten; gleichzeitig können Endkunden aber in der Gegenwart von Exklusivität unter gewissen Umständen von stärkerem (Preis-) Wettbewerb zwischen verschiedenen TV-Anbietern profitieren. Da allerdings Märkte aufgrund von Exklusivität langfristig monopolisiert werden können, fällt der Wohlfahrtseffekt von exklusivem Vertrieb langfristig negativ aus.²³³

b. Die Wettbewerbswirkung von exklusiven Verträgen in zweiseitigen Plattformmärkten

660. Die vorliegende Geschäftsverweigerung bzw. der exklusive Vertrieb von Premium Sport-Content zeigt in erster Linie im TV-Plattformmarkt eine Wettbewerbswirkung. Die Geschäftsverweigerung soll es ermöglichen, Marktmacht aus den Bereitstellungsmärkten in den TV-Plattformmarkt und die benachbarten Fernmeldemärkte zu übertragen. Daher ist für die Analyse der Wettbewerbswirkung zu berücksichtigen, dass es sich beim betroffenen TV-Plattformmarkt um einen zweiseitigen Markt handelt. In solchen Märkten ist ein Markteintritt auch ohne zusätzliche Behinderung schwierig, weil ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen jeweils beide Marktseiten (hier Fernsehzuschauer und Programmveranstalter) für seine Plattform gewinnen muss.²³⁴ Mit hohen Wechselkosten auf der Seite der Zuschauer (vgl. Rz 658) sowie einem Plattformanbieter Swisscom, der als historischer Monopolanbieter bezüglich Telekommunikationsinfrastruktur und bestehender Kundenbeziehungen immer noch

²³⁰ Vgl. auch RPW 2012/2, 244 Rz 375, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

²³¹ Vgl. OLEKSANDR SHCHERBAKOV, *Measuring consumer switching costs in the television industry*, mimeo 2009, 42.

²³² Eine weitere Erklärung für den exklusiven Vertrieb von Pay-TV-Content ergibt sich aus der Zweiseitigkeit des TV-Plattformmarkts (vgl. Rz 662 f).

²³³ HELEN WEEDS (Fn 220), 29.

²³⁴ DAF/COMP/WF(2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 47 ff.

dominant ist, haben Marktneulinge einen Nachteil, den sie nur schwierig wettmachen können.²³⁵ Marktneulinge können insbesondere mit innovativen Angeboten in einer frühen Marktphase versuchen, die Endkunden anzusprechen. Fehlt in diesem Moment der nationale Sport-Content, so kann ein signifikanter Teil der Fernsehzuschauer nicht angesprochen werden.

661. Die Zweiseitigkeit des Markts führt zudem dazu, dass exklusive Verträge einen zusätzlichen Wettbewerbseffekt haben können. Die Ökonomen MARK ARMSTRONG und JULIAN WRIGHT haben den Wettbewerbseffekt von exklusiven Verträgen im Plattformwettbewerb in einem ökonomischen Modell analysiert.²³⁶ Ausgangspunkt für die Überlegungen ist die Existenz von Plattformwettbewerb, wie er auch in der Schweiz vorliegt. Der Markteintritt von Swisscom TV im November 2006 hat die Marktsituation im Plattformmarkt nachhaltig verändert. Heute kann Fernsehen über die CATV-Netze der KNU, über das VDSL-Netz von Swisscom sowie über die regionalen Glasfasernetze verbreitet werden. Dadurch stehen den meisten Endkunden mehrere Empfangsinfrastrukturen und mehrere TV-Plattformen zur Verfügung. In einer solchen Situation unterscheiden sich die beiden Seiten des Plattformmarkts in der Hinsicht, dass die Fernsehzuschauer grundsätzlich nur eine Plattform wählen (single-homing) während die Programmveranstalter meist auf mehreren Plattformen präsent sind (multi-homing) (vgl. Rz 376).

662. In einer solchen Marktkonstellation kann es für einen TV-Plattformanbieter profitabel sein, einem Programmveranstalter, dessen Angebot durch kein anderes Programm substituierbar ist bzw. einen Premium Content darstellt, einen exklusiven Vertrag anzubieten, um ihn vom Zugang zu anderen Plattformen abzuhalten (single-homing). Allfällige Kompensationszahlungen für die Exklusivität rechnen sich für ein Unternehmen, sofern es mit Hilfe der Exklusivität eine grosse Anzahl Endkunden für die eigene Plattform gewinnen und allenfalls einen höheren Preis verlangen kann.²³⁷ In diesem Fall gewinnt der Premium Content eine grosse Bedeutung, indem dessen Exklusivität auf die Plattform übertragen werden kann. Die positiven Netzwerkeffekte dieser Strategie kann der Plattformanbieter anschliessend gegenüber den Fernsehzuschauern (also auf der anderen Marktseite) ausnutzen. Sofern sich die TV-Plattformen anderweitig nur unwesentlich voneinander unterscheiden, ist aufgrund der exklusiven Verträge theoretisch eine Marktentwicklung möglich, bei dem nur ein Plattformanbieter den ganzen Markt bedient.²³⁸

663. Die Wettbewerbswirkung solcher exklusiver Verträge bzw. der vorliegenden Geschäftsverweigerung ist daher eine zweifache: Zum einen ermöglicht der exklusive Content dem Plattformanbieter die Abschottung des Plattformmarkts und damit langfristig eine Preiserhöhung gegenüber den Endkunden; zum anderen wird die im Plattformwettbewerb mögliche Innovationsdynamik stark behindert. Im Übrigen haben gemäss MARK ARMSTRONG und JULIAN WRIGHT exklusive Verträge im Plattformwettbewerb einen starken Einfluss auf die Wohlfahrtsverteilung: Die Wohlfahrt der Fernsehzuschauer wird verringert auf Kosten der Gewinne der Programmveranstalter.²³⁹

²³⁵ DAVID S. EVANS, The Antitrust Economics of Two-Sided Markets, SSRN working paper series 2002, 72 f.

²³⁶ Vgl. ARMSTRONG MARK / WRIGHT JULIAN, Two-sided platforms, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts, Economic Theory 32 (2), 2007, 353.

²³⁷ Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 236), 376 ff.

²³⁸ Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 236), 377 f.

²³⁹ Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 236), 379.

c. Wirkungen im TV-Plattformmarkt

664. Die theoretische Analyse in den vorangegangenen Abschnitten hat ergeben, dass Exklusivität sowohl bei einer vertikalen Marktstruktur als auch bei einer zweiseitigen Marktstruktur eine lohnende Strategie darstellt, die dazu geeignet ist, den Wettbewerb im TV-Plattformmarkt langfristig zu behindern. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Ausmass exklusiver Sport-Content tatsächlich den Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt zu beeinflussen vermag.

665. Es ist grundsätzlich nicht erstaunlich, dass das Fernsehangebot des grössten Telekom-anbieters der Schweiz seit November 2006 steigende Kundenzahlen aufweist. Es ist ohne Weiteres anzunehmen, dass Swisscom dank seinem umfangreichen und bedienungsfreundlichen Fernsehangebot, das zudem perfekt in das Produktportfolio eingebunden ist, auch ohne exklusive Sportinhalte viele Kunden gewonnen hätte und sich im Wettbewerb mit den ursprünglich über ein Gebietsmonopol verfügenden Kabelnetzanbietern als starke Alternative Markt für Fernsehplattformen etabliert hätte. Entscheidend für die vorliegende Untersuchung ist die Frage, welchen Anteil am Erfolg von Swisscom allenfalls auf exklusive Sportinhalte zurückzuführen ist, und ob die fehlenden Sportinhalte allenfalls einen Markteintritt neuer TV-Plattformanbieter (bspw. IPTV-Anbieter in den regionalen Glasfasernetzen) verhindern und/oder etablierte Kabelnetzanbieter aus dem Markt drängen können.

666. Es ist vorliegend nicht möglich direkt nachzuweisen, welche Kundenanteile betroffene TV-Plattformanbieter aufgrund der Verweigerung verloren bzw. nicht gewonnen haben. Dazu fehlt das kontrafaktische Szenario, mit welchem der Effekt der Verweigerung isoliert werden könnte. Es ist beispielsweise nicht möglich, den Kundenverlust von Ticinocom aufgrund des fehlenden Sportangebots zu ermitteln, obwohl der Kundenverlust insgesamt erheblich ist und keine offensichtliche (anderweitige) Erklärung hierfür ersichtlich ist. Es kann allerdings im Sinne einer Marktwirkung des fehlenden Sport-Contents beobachtet werden, dass bei der Verbreitung des Teleclub-Programmangebots sprachregionale Unterschiede bestehen: KNU in der französischsprachigen Schweiz können bis heute keine Teleclub-Programme und damit auch kein Teleclub-Sportangebot verbreiten, während KNU in der Deutschschweiz ein begrenztes Sportangebot anbieten können. Teleclub hält die Spielfilmrechte, die im Teleclub-Basispaket angeboten werden, mehrheitlich nur für die Deutschschweiz. Da das Sportpaket nur mit dem Basispaket bezogen werden kann, ist es den KNU und Sunrise TV grundsätzlich auch nicht möglich, das Teleclub-Sportangebot ausserhalb der Deutschschweiz anzubieten.

667. Auch Swisscom konnte bis September 2012 das lineare Teleclub-Angebot grundsätzlich nur in der Deutschschweiz anbieten. Die Kunden von Swisscom TV hatten allerdings von Anfang an (also ab November 2006) die Möglichkeit, das Teleclub-Sportangebot im Einzelabruf PPV zu beziehen. Die Schweizer Super League und die NLA wurden auf Deutsch und Französisch kommentiert, die Spiele mit Beteiligung einer Tessiner Mannschaft wurden je nach Gegner Italienisch und Deutsch oder Italienisch und Französisch kommentiert. Im September 2012 startete Teleclub dann sein lineares Programmangebot für die französischsprachige Schweiz exklusiv auf Swisscom TV (vgl. Abschnitt A.4.3.2.3).

668. Daraus folgt, dass sich Swisscom in der Deutschschweiz in praktisch allen Regionen Wettbewerbern gegenüber sah, die das (begrenzte) Sportangebot von Teleclub anbieten konnten. In der französischsprachigen Schweiz war Swisscom der einzige Anbieter von Teleclub Sport. Dieser regionale Unterschied bezüglich der Verfügbarkeit des Sportangebots von Teleclub kann dazu genutzt werden, den Einfluss des Sportangebots von Teleclub auf die Kundengewinnung und Kundenbindung zu quantifizieren.

669. Der Effekt, der untersucht werden kann, ist der Unterschied in der Kundengewinnung von Swisscom TV zwischen Gebieten, in denen die Konkurrenten auf dem Plattformmarkt – insbesondere die KNU – das Teleclub-Sportangebot (Kanäle «Sport 1–3») anbieten und Gebieten, in denen die Konkurrenten auf dem Plattformmarkt gar kein Teleclub-Sportangebot

verbreiten können. Für die Analyse wird folgende Hypothese überprüft: Sofern das Sportangebot bei der Wahl der TV-Plattform eine Rolle spielt, müsste Swisscom TV in der Romandie im Verhältnis signifikant erfolgreicher sein als in der Deutschschweiz.

670. Zunächst kann auf den Erfolg von Teleclub en français seit der Einführung im September 2012 in der Romandie hingewiesen werden. Wie erfolgreich Teleclub en français bis im Mai 2013 war, ist aus Abbildung 20 ersichtlich. Weil Teleclub en français seit der Einführung bis im Mai 2013 exklusiv auf Swisscom TV abrufbar war, weist der Erfolg von Teleclub en français auf den Erfolg von Swisscom TV in der Romandie hin.

671. Weiter kann festgestellt werden, dass die Auswertung der Zuschauerzahlen der SRG für Live-Übertragungen von Super League und NLA keine Hinweise auf signifikante Unterschiede in der Sportnachfrage zwischen der Deutschschweiz und der Romandie ergibt.²⁴⁰ Auch die Konkurrenzsituation bezüglich des relevanten Sportangebots weist keinen relevanten Unterschied zwischen den Sprachregionen auf. In der Romandie ist zwar mit Canal+ im Gegensatz zur Deutschschweiz ein zweiter Pay-TV-Anbieter nebst Teleclub tätig, allerdings stellt Canal+ keine Schweizer Sportübertragungen bereit. Zudem ist Canal+ sowohl bei Swisscom TV als auch bei den meisten KNU und Sunrise TV erhältlich. Es ist zudem festzuhalten, dass bei den TV-Plattformen bezüglich Sendervielfalt, Funktionalität und Bedienung kein wesentlicher Unterschied festzustellen ist.

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 21: Regionale Verbreitung von Swisscom TV; je dunkler die Farbe, umso höher ist der Anteil an Swisscom TV-Abonnements (Anzahl Swisscom-Abonnements pro Gemeinde im Verhältnis zur Anzahl Wohnungen in der Gemeinde; Stand März 2013).

672. Abbildung 21 zeigt die Regionale Verbreitung von Swisscom TV. Die empirische Auswertung ergab, [Geschäftsgeheimnis]. Abgesehen vom Sportangebot ist – wie bereits erwähnt – kein anderweitig wesentlicher Unterschied im Plattformangebot ersichtlich. Die Berechnungen wurden für drei verschiedene Gebiete durchgeführt: für die ganze Schweiz, für PLZ-Gebiete, in denen Cablecom als Konkurrentin von Swisscom fungiert, sowie für die zweisprachigen Kantone Bern, Fribourg und Wallis. Das Resultat ist gegenüber allen gewählten Spezifikationen robust (vgl. Anhang Empirie, Abschnitt D).

673. Es kann daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass das Teleclub-Sportangebot einen starken Einfluss auf die Neukundengewinnung hat. Dazu ist anzumerken, dass vorliegend die Konkurrenz von Swisscom in keiner Sprachregion über das vollständige Sportangebot verfügt. Das heisst, dass nur der Unterschied zwischen gar keinem Sportangebot bei den KNU in der Romandie zu einem beschränkten Sportangebot der KNU in der Deutschschweiz beobachtet werden kann. Daraus ist zu schliessen, dass der Unterschied noch grösser ausfallen würde, wenn KNU in der Deutschschweiz dasselbe Sportangebot wie Swisscom TV anbieten könnten.

674. Die Wettbewerbswirkung des fehlenden Sportangebots wird verschärft durch den Umstand, dass der TV-Plattformmarkt hohe Wechselkosten aufweist (vgl. Rz 657 f.). Daraus folgt,

²⁴⁰ Für die Auswertung wurden die Zuschauerzahlen ins Verhältnis zur Anzahl der Haushalte in den Sprachregionen (gemäss BFS) gesetzt.

dass ein Endkunde, der aufgrund des Sportangebots zu Swisscom TV wechselt, unter Umständen nur schwer zurückgewonnen werden kann – selbst wenn alternative Plattformen später das gleiche Teleclub-Sportangebot wie Swisscom anbieten sollten.

d. Wirkungen in benachbarten Fernmeldemärkten

675. Die Wettbewerbswirkung der hier zu beurteilenden Geschäftsverweigerung ist besonders weitreichend, weil mit dem Erwerb des Teleclub-Sportangebots für den Endkunden normalerweise eine ganze Reihe von Kaufentscheiden einhergehen. Bei vielen Anbietern ist der Bezug des Fernsehangebots beispielsweise an den gleichzeitigen Bezug eines Internetanschlusses geknüpft. Zudem ist bei allen Anbietern ein gemeinsames Abonnement für Fernsehplattform, Internetanschluss und Festnetztelefon (sog. Triple-Play-Angebot) gegenüber dem Einzelbezug stark vergünstigt. Daher werden heute auch in der Schweiz Triple-Play-Angebote immer mehr zum Standard.²⁴¹ Auch die Marktbefragung ergab, dass Triple-Play-Angebote in den letzten Jahren stark an Bedeutung gewonnen haben.

676. Verliert nun ein Anbieter einer TV-Plattform aufgrund des nicht erhältlichen Teleclub-Sportangebots einen TV-Kunden, verliert er diesen wahrscheinlich auch für die benachbarten Märkte (Breitbandinternet, Festnetztelefonie, ev. auch Mobilfunk). Die vorliegende Geschäftsverweigerung führt folglich zu einer Zementierung dieser Märkte. So hat etwa Ticinocom deshalb Swisscom angeboten, Swisscom TV über die eigene Plattform zu verkaufen, um sich zumindest die Einnahmen aus Internetverbindung und Festnetztelefonie zu sichern. Die von Ticinocom ausgewiesenen Kundenverluste [Geschäftsgeheimnis] – bei grundsätzlich vergleichbarem Angebot²⁴² – weisen ebenfalls auf einen solchen Zusammenhang hin. Auch der ehemalige Swisscom CEO Carsten Schloter sah das Fernsehgeschäft insbesondere im Zusammenhang mit den Internet- und Telefonieangeboten von Swisscom. Das Fernsehgeschäft diene dabei insbesondere der Kundenbindung. Gewinne mache Swisscom in erster Linie mit dem Internetanschluss, der mit dem TV-Angebot bezogen werden muss.²⁴³

677. Im Zusammenhang mit solchen Produktpaketen ergab eine Umfrage des «Body of European Regulators of Electronic Communications» (BEREC) 2009, dass die nationalen Regulierungsbehörden die grössten Wettbewerbsprobleme im Telekommunikationsbereich in Zusammenhang mit dem Zugang zu Premium TV-Content erwarten.²⁴⁴ Exklusiver Pay-TV-Content ist demnach dazu geeignet, den Wettbewerb auf den Fernseh- und Telekommärkten zu behindern.

e. Fazit

678. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass eine Wettbewerbsbehinderung im TV-Plattformmarkt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen ist. Diese Wettbewerbswirkung wird zudem durch das Zusammenspiel mit den Fernmeldemärkten verstärkt.

B.4.3.2.4 Rechtfertigungsgründe

679. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sachliche Gründe («legitimate business reasons») rechtfertigen

²⁴¹ BAKOM, Amtliche Fernmeldestatistik 2012, 49. Im Jahr 2008 betrug die Zunahme an Triple-Play Angeboten im Festnetz gegenüber dem Vorjahr ungefähr 5 %, im Jahr 2009 ungefähr 59 %, im Jahr 2010 ungefähr 275 %, im Jahr 2011 ungefähr 35 % und im Jahr 2012 ungefähr 24 %. Abrufbar unter: <<http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/>> (28.01.2015).

²⁴² Vgl. bspw. Vergleichsseite www.bonus.ch.

²⁴³ Vgl. Tagesanzeiger vom 26. April 2012, «Das grosse Geld im Wohnzimmer».

²⁴⁴ Report on the Replicability of bundles from the perspective of the availability of wholesale inputs and access to content, 2009, ERG (09)49rev1, 20 ff.

lässt.²⁴⁵ Dabei kann zwischen objektiven Rechtfertigungsgründen und Effizienzgründen unterschieden werden.²⁴⁶ Die Praxis der WEKO nimmt diesbezüglich auch Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.²⁴⁷

680. Als objektive Rechtfertigungsgründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe («kaufmännische Grundsätze»²⁴⁸) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig ist.²⁴⁹ Zulässiges Verhalten ist etwa dann anzunehmen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde.²⁵⁰ Als Rechtfertigungsgründe kommen weiter auch Effizienzgründe in Frage.²⁵¹

681. Eine Rechtfertigung kommt nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten («Gebot der Unerlässlichkeit»²⁵²).

682. Bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder zur Gewährleistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist.²⁵³

a. Ausführungen der Untersuchungsadressatinnen

683. *Cinetrade* macht geltend, dass [Geschäftsgeheimnis]

684. *Swisscom* führt aus, dass [Geschäftsgeheimnis] die bisher vernachlässigten Sportübertragungen als attraktive Inhalte für das Pay-TV anbieten zu können, [Geschäftsgeheimnis] rechtfertigen würden. Die Sachlage präsentiere sich vorliegend ähnlich wie im Fall «31-0274 Cablecom: exklusive Verbreitung von 3+». Die in jenem Fall gemachte Feststellung, wonach Investitionen in risikobehaftete Innovationen als schützenswert anzusehen seien, müsse für die [Geschäftsgeheimnis] in den Aufbau der Sportinhalte getätigten Investitionen im gleichen Umfang gelten. Es finde zudem ein Wettbewerb um den Markt statt, indem die Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte alle fünf Jahre ausgeschrieben würden. Namentlich Cablecom habe sich anlässlich der letzten Ausschreibungen um diese Rechte bemüht, sei aber mit ihren Bestreben gescheitert. Es stehe ihr selbstverständlich frei, bei den nächsten Ausschreibungen wieder mitzubieten. Die Kosten für die Produktion der Sportübertragungen seien für alle Unternehmen grundsätzlich dieselben. Es bestehe zudem das imminente Risiko, dass die getätigten Investitionen bei der nächsten Vergabe der Sportübertragungsrechte an einen Mitbewerber nutzlos würden.

²⁴⁵ RPW 2010/1, 167 Rz 325, *Swisscom ADSL*.

²⁴⁶ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 65 ff.

²⁴⁷ Vgl. RPW 2011/1, 165 Rz 408, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²⁴⁸ Vgl. BOTSCHAFT 95 (Fn 82), 569.

²⁴⁹ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 217), Rz. 28 ff.

²⁵⁰ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5., *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahnhof AG*; vgl. auch RPW 2008/4, 579 Rz 174 f., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

²⁵¹ Vgl. RPW 2004/3, 798 ff., Rz 69 ff., *Ticketcorner*, Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 217), Rz 30. Vgl. zum Ganzen ausführlich); BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 63 ff.

²⁵² Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 69 ff. und 135; CLERC/KELLEZI (Fn 209), Art. 7 LCart N 83; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 217), Rz 28 ff.

²⁵³ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 132 ff.; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 217), Rz 89 f.; EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.3.2004, *Microsoft*, Rz 709 ff.

b. Beurteilung der objektiven Rechtfertigungsgründe

685. Bezüglich der objektiven Rechtfertigungsgründe kommen vor allem technische Faktoren in Frage.

686. Dazu ist anzumerken, dass die Marktbefragung ergab, dass sämtlichen von der Geschäftsverweigerung betroffenen Plattformanbietern keine technischen Gründe für die Verweigerung bekannt sind.

687. Im Hinblick auf die Verbreitung des Teleclubsignals über IPTV weisen zwei Unternehmen (TV Factory und Netstream), die sich auf die Bereitstellung eines Wholesale-TV-Signals für IPTV spezialisiert haben, auf keinerlei Probleme mit der Signalsicherheit bzw. dem Rechteclearing hin. Netstream hat zudem für Sunrise bereits eine Plattform erstellt, die offensichtlich sämtlichen Anforderungen von Teleclub bzw. den Rechteinhabern genügt. Die IPTV-Plattform von Netstream ist kompatibel mit der Verbreitung und Verschlüsselung von verschiedenen Pay-TV-Plattformen wie Teleclub und Canal+. Damit gibt es heute mit Netstream und Swisscom Broadcast zumindest zwei Anbieter, die das IPTV-Signal von Teleclub problemlos liefern könnten.

688. [Geschäftsgeheimnis] Auch in diesem Fall scheint die Frage der Homologisierung des Signals kein Hindernis zu sein. Finecom bringt vor, [Geschäftsgeheimnis]. Aus der Optik des QL-Verbundes gebe es jedoch keine sichtbaren technischen Probleme, da die STB und die Verschlüsselungssysteme u.a. von zwei grossen Major-Filmstudios (Warner und Sony) für VoD zertifiziert seien. Der Verbund habe im Premium Pay Bereich namhafte Verträge mit Anbietern, welche die Verschlüsselung geprüft und zertifiziert hätten. Das Argument, dass der Verbund eine Teleclub STB benötige, sei daher widerlegt. Sunrise führt aus, dass bei den Verhandlungen mit Teleclub [Geschäftsgeheimnis]. Auch YplaY führt aus, dass keine technischen Unterschiede ihrer Übertragungsmöglichkeiten zu denjenigen von Sunrise TV oder Swisscom TV beständen. Andere grosse Telekomunternehmen, insbesondere in Deutschland, würden ihr System bereits zu diesem Zweck benutzen. Schliesslich verneint auch Netplus technische Hindernisse: «à notre avis, il n'existe aucune raison technique qui pourrait justifier une impossibilité. Notre plateforme a été auditée et jugée conforme par les fournisseurs de programmes tels que Canal+, Lagardère, Fox, Disney, Turner, Dorcel, ... Notre maîtrise de la plateforme TV, des techniques de cryptage et des compétences de notre personnel permettent de garantir l'intégrité des contenus et leur confidentialité. Les techniques de DRM intégrées dans la netBox ont également été validées par les plus grands majors américains (Sony, Universal, Paramount, ...) dans le cadre de l'offre de vidéo à la demande.».

689. Technische Hindernisse können damit als Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen werden. Geradezu exemplarisch ist hier die Verweigerung Teleclub en français für Sunrise TV, nachdem offenbar für das deutschsprachige Teleclub-Angebot keine technischen Probleme bestanden. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die mit der erforderlichen Homologisierung verbundenen, notwendigen finanziellen Aufwendungen der Plattformanbieter von Teleclub nicht als Hindernisse herangezogen werden können. Ob sich ein Plattformanbieter die Homologisierung finanziell leisten kann bzw. will, muss dieser selber entscheiden.

690. Aus den von Cinetrade eingereichten Lizenzverträgen im Sportbereich ist zudem nicht ersichtlich, weshalb die Verträge bei einer branchenüblichen Verschlüsselung nicht eingehalten werden könnten. Dies gilt insbesondere für die Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte, die von Cinetrade selber mitausgehandelt worden sind. Auch ist zu bemerken, dass Canal+ über unterschiedliche TV-Plattformen in der französischsprachigen Schweiz vergleichbare Inhalte wie Teleclub verbreitet, ohne dass ähnliche technische oder lizenzrechtliche Probleme aufgetaucht wären. Sunrise bemerkte diesbezüglich, dass die Anforderungen bezüglich Verschlüsselung in Vertragsverhandlungen von Canal+ stärker betont worden seien, als dies bei Teleclub der Fall gewesen sei. Umso erstaunlicher sind die Ausführungen von Cinetrade bezüglich [Geschäftsgeheimnis].

691. Betreffend den von Swisscom herangezogenen Fall «3+ / Cablecom» ist festzuhalten, dass dabei entgegen der Ansicht von Swisscom keine mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Situation vorliegt. Beim Programmveranstalter 3+ bestehen keinerlei Hinweise auf eine Marktbeherrschung. Allfällige Rechtfertigungsgründe für Vertikalabreden können nicht unbesehen auf Fälle nach Art. 7 KG übertragen werden.

692. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die von Teleclub heute vorgebrachten Rechtfertigungsgründe in vielen Fällen als nachgeschoben erscheinen. In diesen Fällen hat Teleclub die Bereitstellung für IPTV-Anbieter schlicht kategorisch verweigert (vgl. Angaben von Ticocom, Deep bzw. Netstream oder TV Factory, Rz 230 ff.).

693. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vorderhand keine objektiven Rechtfertigungsgründe für die in Frage stehende Verweigerung der Geschäftsbeziehung ersichtlich sind. Im Übrigen könnte man in einem wettbewerblichen Marktumfeld erwarten, dass sich Teleclub angesichts einer neuen Technologie (IPTV), die zudem noch auf den Netzen der nächsten Generation (Glasfaser) dominant ist, selbst um die Bereitstellung eines Signals für diese Technologie bemüht, um so einer möglichst grossen Zahl von Endkunden sein Pay-TV-Angebot unterbreiten zu können.

c. Beurteilung der Effizienzgründe

694. Als Effizienzgründe gelten Rechtfertigungsgründe, die dazu geeignet sind, Sozialkosten der Wettbewerbsbehinderung wettzumachen oder gar zu überbieten.²⁵⁴ Zu bedenken ist, dass sich im Falle der Unzulässigkeit der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen faktisch ein Kontrahierungszwang bzw. eine Leistungspflicht für das marktbeherrschende Unternehmen ergibt. Dazu weist die EU-Kommission zu Recht darauf hin, dass die Existenz einer solchen Verpflichtung – selbst bei angemessener Vergütung – die Investitions- und Innovationsanreize für ein Unternehmen verringern und infolgedessen zum Schaden der Endkunden sein kann. Das Wissen, dass sie verpflichtet sein könnten, gegen ihren Willen zu liefern, kann Unternehmen in marktbeherrschender Marktstellung – oder Unternehmen, die erwarten, eine marktbeherrschende Stellung einzunehmen – dazu veranlassen, nicht oder weniger in die fragliche Tätigkeit zu investieren. Auch könnten Wettbewerber versucht sein, sich die Investitionen des beherrschenden Unternehmens zunutze zu machen, anstatt selbst zu investieren. Keine dieser beiden Entwicklungen wäre langfristig im Interesse der Endkunden.²⁵⁵

695. Die EU-Kommission verlangt bei Effizienzgründen, dass die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:²⁵⁶

- i. die Effizienzvorteile wurden bzw. werden wahrscheinlich als Ergebnis des fraglichen Verhaltens erzielt. Hierzu zählen unter anderem technische Verbesserungen zur Qualitätssteigerung und Kostensenkungen in Herstellung oder Vertrieb;
- ii. das Verhalten ist für das Erreichen der Effizienzvorteile unverzichtbar. Es dürfen keine weniger wettbewerbsbeschränkenden Alternativen zu dem betreffenden Verhalten bestehen, mit denen dieselben Effizienzvorteile erzielt werden können;
- iii. die durch das Verhalten herbeigeführten Effizienzvorteile wiegen etwaige negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und das Verbraucherwohl auf den betroffenen Märkten auf;

²⁵⁴ Vgl. zum Ganzen BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 133 f.

²⁵⁵ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 217), S. 18, Rz 75.

²⁵⁶ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 217), S. 12, Rz 30; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 68.

- iv. durch das Verhalten wird der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet, indem alle bzw. fast alle bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen gebracht werden.

696. Zu dem von den Untersuchungsadressatinnen geltend gemachten Investitionsschutz ist zunächst zu sagen, dass der Schutz der Investition in Bezug auf die Entgeltlichkeit des Endkundenangebots nicht in Frage gestellt wird. Keiner der befragten Plattformanbieter äussert den Wunsch, den fraglichen Sport-Content von Teleclub unentgeltlich zu erhalten.

697. Grundsätzlich kommt ein Investitionsschutz als Effizienzgrund in Frage. Vorliegend kann dieser Investitionsschutz grundsätzlich durch die Verhaltensweise (Verweigerung) erzielt werden. Die erste Voraussetzung gemäss EU-Praxis ist damit erfüllt.

698. Fraglich ist demgegenüber, ob die vorliegende Verweigerung der Geschäftsbeziehungen für das Erreichen des Investitionsschutzes unverzichtbar ist. Zum einen kann Swisscom über Teleclub ihre Investitionen auf dem Endkundenmarkt rentabilisieren (vgl. Rz 696). Zum anderen kann eine Investition nicht auf unbegrenzte Zeit geschützt werden. Zwar gilt es vorliegend zu berücksichtigen, dass die Investitionen im Hinblick auf einen Ausschreibungswettbewerb um die Übertragungsrechte erfolgen. Bei einem fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerb kann unter gewissen Umständen jede Investition im Zusammenhang mit einer neuen Ausschreibung einen Investitionsschutz und damit gegebenenfalls eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen rechtfertigen.

699. Was konkret unter einem fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerb, insbesondere im hier interessierenden Bereich der Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte, zu verstehen ist, musste die WEKO in ihrer bisherigen Praxis noch nie beurteilen. Demgegenüber besteht im Zusammenhang mit der Vergabe von Fussballübertragungsrechten eine langjährige europäische Praxis (vgl. Rz 552). Entsprechend dieser Praxis wurde wie erwähnt eine Exklusivvergabe als zulässig erachtet, wenn die Übertragungsrechte in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren für nicht länger als drei Jahre vergeben werden. Zudem wird teilweise verlangt, dass die Übertragungsrechte in einzelne Pakete unterteilt werden.

700. Diese Anforderungen erfüllten die vorliegenden Ausschreibungsverfahren nicht (vgl. Abschnitte A.4.3.4.3 und A.3.3.4.4): **[Geschäftsgeheimnis]** Nur am Rande vermerkt, könnte sich die Frage stellen, ob Cinetrade allenfalls die Ausschreibungsmodalitäten gegenüber den Ligen in kartellrechtswidriger Weise durchgesetzt haben könnte. Dies ist allerdings nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

701. Weil das Ausschreibungsverfahren nicht einem fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerb entspricht, ist das Kriterium der Unverzichtbarkeit (vgl. Rz 695) nicht gegeben. Ob die weiteren Kriterien gemäss Randziffer 695 erfüllt sind, ist zwar ebenfalls fraglich, muss aber nicht geprüft werden, da alle Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen. Damit sind die Voraussetzungen für das Vorliegen von rechtfertigenden Effizienzgründen nicht gegeben.

B.4.3.2.5 Stellungnahmen zur Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

I. Stellungnahme von Cablecom, Finecom und Sasag

702. In einem kleinen Markt wie in der Schweiz würde nach Ansicht von Cablecom, Finecom und Sasag die Vergabe der exklusiven Sportübertragungsrechte auch im Rahmen eines fairen Ausschreibungsverfahrens die Problematik der Wettbewerbsbehinderung durch Exklusivität und Geschäftsverweigerung nicht entschärfen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb eine Investition im Rahmen eines fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerbs um Sportübertragungsrechte eine Geschäftsverweigerung bezüglich der Bereitstellung von Sportübertragungen zu Ungunsten von Konkurrenten von Swisscom im TV-Plattformmarkt zu rechtfertigen vermöge.

703. Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass kein fairer und diskriminierungsfreier Ausschreibungswettbewerb vorlag (vgl. Rz 700 f.). Daher erübrigt sich die Beantwortung der hypothetischen Frage, ob bei Vorliegen eines solchen die Verhaltensweisen gerechtfertigt sein könnten.

II. Stellungnahme von Sunrise

704. Sunrise bringt vor, dass auch bei der Verweigerung der Teleclub-Sportkanäle 4 bis 29 von der Tatbestandsmässigkeit von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (Geschäftsverweigerung) auszugehen sei.

705. Hierzu kann auf die Randziffern 618 ff. verwiesen werden.

III. Stellungnahme von Swisscom

706. Swisscom bringt vor, dass die Kriterien unter den Plattformen nicht gleich seien: IPTV- und Kabel-Plattformen seien grundverschiedene Konzepte, und IPTV-Plattformen stünden auch heute noch im Aufbau in der Schweiz. Zudem habe das Segment der sportbegeisterten Kunden kein bedeutendes Gewicht. Im Verfügungsantrag fänden sich überhaupt keine Überlegungen, welche Bedeutung ein (beliebiges) TV-Segment überhaupt haben müsse, um eine objektive «Notwendigkeit» zu erlangen. Auch der Verlauf der PPV-Bezüge gebe keinen Aufschluss.

707. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass sich IPTV- und Kabel-Plattformen in Bezug auf die objektive Notwendigkeit von Sport als Input nicht unterscheiden. Zur Bedeutung von Sport kann auf Rz 269 verwiesen werden. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Segment der sportbegeisterten Kunden ein bedeutendes Gewicht. Immerhin betrug der Anteil der Abonnenten von Sportpaketen gemessen an allen Teleclub-Abonnenten im Jahr 2008 mehr als [Geschäftsgeheimnis] und erhöhte sich bis im Mai 2013 auf ungefähr [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Rz 387 ff.).

708. Swisscom bringt vor, das Sekretariat übernehme ungeprüft theoretische Modelle und Annahmen von Autoren und insbesondere die Annahme, dass der Content eine besondere Bedeutung für die Plattformen hätte. Das Sekretariat könne reale Wettbewerbswirkungen nicht beweisen, indem es sich die theoretischen Annahmen von Autoren zu Eigen mache und selektiv die ihm nützlichen Aussagen verwende. Zudem würden den verschiedenen Überlegungen zu prokompetitiven Wirkungen von Exklusivität nicht nachgegangen. Das verwendete Manuskript von Weeds sei eine frühere Fassung. Die zwischenzeitlich publizierte Fassung biete lediglich einen Erklärungsversuch für das Vorkommen exklusiver Inhalte an, der nicht auf die Schweiz übertragbar sei. Weeds stelle die These auf, dass es bei hohen Wechselkosten der Konsumenten zwischen den Plattformen einen Anreiz gebe, ein TV-Angebot exklusiv zu vermarkten. Hohe Wechselkosten gebe es aber in der Schweiz gerade nicht, wie die Angebote zahlreicher Anbieter zeigen würden. Auch seien die Annahmen des Papiers von Armstrong und Wright für die Anwendung auf die Schweiz nicht überprüft worden. Die Überlegung, dass Swisscom systematisch den IPTV-Anbietern das Teleclub-Angebot vorenthalten wolle, werde dadurch widerlegt, dass gerade der wichtigste IPTV-Wettbewerber, nämlich Sunrise, Teleclub übertrage.

709. Hierzu ist festzuhalten, dass das Sekretariat die Ergebnisse von Weeds als mögliche Erklärung für exklusiven Vertrieb von Premium Content in der Pay-TV-Branche aufführt (vgl. Rz 657). Weiter ist entgegen der Ansicht von Swisscom und den vorgebrachten Vergünstigungen der Anbieter im TV-Plattformmarkt und in den benachbarten Fernmeldemärkten aufgrund von langen Kündigungsfristen, Bündelprodukten, einmaligen Set-Up-Kosten sowie Hardware-

und Softwareunterschieden in der Schweiz von hohen Wechselkosten auszugehen.²⁵⁷ In Bezug auf das Papier von Armstrong und Wright findet keineswegs eine ungeprüfte Übertragung der Annahmen auf die Schweiz statt. Vielmehr erarbeitet der Antrag des Sekretariats die ökonomischen Grundlagen zu den vorliegend relevanten Fragestellungen. Darauf aufbauend untersucht der Antrag in einem weiteren Schritt die Wirkungen im TV-Plattformmarkt in der Schweiz eingehend (vgl. Rz 664 ff.). Überdies zeigt der Sachverhalt, dass ausser Sunrise kein IPTV-Anbieter das Sportangebot von Teleclub erhalten hat (vgl. Rz 163 ff.).

710. Swisscom führt weiter aus, es komme einzig eine Wettbewerbsbehinderung auf dem Endkundenmarkt für TV-Plattformen in Frage. Das setze aber voraus, dass das Sportangebot von Teleclub für eine TV-Plattform dermassen wesentlich wäre, dass seine Vorenthaltung den Wettbewerb langfristig behindern würde. Diese Frage habe das Sekretariat nicht beantwortet, denn es habe keine Aussage darüber treffen können, welcher Anteil am wettbewerblichen Erfolg einer TV-Plattform überhaupt auf das Sportangebot von Teleclub zurückgeführt werden könne. Das Sekretariat hätte prüfen müssen, in welchem Ausmass die Kunden von Swisscom TV sowie auf anderen Plattformen überhaupt das Sportangebot nutzen würden, und wie viele davon Teleclub. Wenn Sport der motivierende Faktor für den Wechsel auf die Swisscom TV-Plattform sei, dann müsse sich das im Kundenverhalten und in entsprechenden Kundenbefragungen niederschlagen. Entgegen der Ansicht des Sekretariats habe das Sportangebot keine wesentliche Bedeutung und verzerre den Wettbewerb nicht. Die vorliegenden Zahlen würden in aller Deutlichkeit zeigen, dass die ganz überwiegende Zahl der Kunden das Sportangebot, also auch den Schweizer Ligen-Sport als alles andere als essenziell betrachte.

711. Entgegen der Ansicht von Swisscom geht es vorliegend nicht um eine Wettbewerbsbehinderung auf dem Endkundenmarkt, sondern auf dem zweiseitigen TV-Plattformmarkt (vgl. Rz 660 ff., insb. 664 ff.). Zur Bedeutung von Sport kann auf Rz 707 und 286 verwiesen werden.

712. Swisscom macht sodann geltend, der Versuch des Sekretariats, die Marktwirkung eines fehlenden Teleclub-Sportangebots indirekt anhand eines Vergleichs der Entwicklungen von Swisscom TV in der Deutschschweiz und in der Romandie aufzuzeigen, sei schon wegen der Grundhypothese im Verfügungsantrag falsch. Selbst wenn sich ein grösserer Erfolg in der Romandie feststellen liesse, müsse dieser keineswegs zwingend auf das Sportangebot zurückzuführen sein. Die Annahme, dass zwischen der Romandie und der Deutschschweiz die Nachfrage gleich sei und kein anderweitig wesentlicher Unterschied im Plattformangebot ersichtlich sei, sei schlicht realitätsfremd. Entgegen der Annahme des Sekretariats bestünden zwischen der Deutschschweiz und der Romandie zahlreiche bedeutende Unterschiede, die überhaupt nichts mit dem Sportangebot zu tun hätten. Exemplarisch seien diesbezüglich zu nennen: Qualität und Netzausbau von Kabel hinkten in der Romandie hinterher; Swisscom liege bei vielen Nicht-Sport-Wettbewerbsfaktoren in der Romandie vor Kabel; die Kunden- und Nutzungsverläufe zeigten nicht den geringsten Zusammenhang mit Sport auf.

713. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 537 verwiesen werden. Zudem weist die Verbreitung von Breitbandanschlüssen in den Haushalten in der Deutschschweiz und der Romandie im Jahr 2010 nicht auf markante Unterschiede hin. In der Deutschschweiz verfügten 66 % der Haushalte über einen ADSL-Anschluss und 25 % über einen CATV-Anschluss. In der Romandie verfügten 78 % der Haushalte über einen ADSL-Anschluss und 20 % über einen CATV-Anschluss.²⁵⁸ Entgegen den Ausführungen von Swisscom sind keine markanten, entscheidungswesentliche Unterschiede bezüglich Qualität und Netzausbau in der Romandie im Vergleich zur Deutschschweiz ersichtlich; solche werden von Swisscom auch nicht näher substantiiert. Überdies verfängt das Argument von Swisscom für IPTV-Anbieter, die über die

²⁵⁷ Vgl. auch RPW 2012/2, 244 Rz 375, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

²⁵⁸ Vgl. Bundesamt für Statistik: Breitbandanschlüsse der Haushalte: Verbindungstyp, 2010 (Annexe, tab. A), <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/04/data.html>> (8.1.2016).

Infrastruktur von Swisscom operieren, ohnehin nicht. Schliesslich ist in Bezug auf den Zusammenhang zwischen Sport und Plattformwettbewerb auf die unterschiedliche Marktdurchdringung von Swisscom in der Deutschschweiz und der Romandie hinzuweisen. In der Romandie ist der Anteil von Swisscom TV Kunden im Vergleich zur Deutschschweiz deutlich höher (vgl. Abbildung 21). Die Situation war so, dass die Kunden in der französischsprachigen und der italienischsprachigen Schweiz grundsätzlich die deutschsprachigen Teleclub-Programme (PPC) nicht beziehen konnten. Ab September 2012 konnte Swisscom das lineare Teleclub-Sportangebot auch in der Romandie anbieten. Demgegenüber können die KNU in der französischsprachigen Schweiz das Teleclub-Programmangebot nicht in ihr Netz einspeisen (vgl. Rz 163).

714. Swisscom bringt ferner vor, die vorgeworfene Geschäftsverweigerung sei gerechtfertigt. Entgegen den theoretischen Überlegungen im Antrag gebe es keine Anreize, den IPTV-Plattformen das Geschäft zu verweigern. Teleclub habe ein offensichtliches wirtschaftliches Interesse daran, möglichst alle Plattformen resp. Plattformbetreiber zu bedienen, um möglichst viele Kunden zu erreichen. Dies gelte für Teleclub als wirtschaftlich handelndes Unternehmen, sofern die technischen Möglichkeiten dies zulassen würden und es aufgrund der anfallenden Kosten wirtschaftlich tragbar sei.

715. Die von Swisscom dargestellte Interessenlage, wonach Teleclub möglichst alle Plattformen resp. Plattformbetreiber bedienen wolle, trifft theoretisch zu (vgl. Rz 657). Sie lässt aber völlig ausser Acht, dass es sich bei Teleclub um einen vertikal in eine TV-Plattformbetreiberin integrierten Programmveranstalter handelt. Teleclub hat sich daher den übergeordneten Interessen der TV-Plattformanbieterin nach Differenzierungsfaktoren im Plattformmarkt zu unterwerfen (vgl. dazu auch Rz 156 ff. und 614). Swisscom – und damit auch Teleclub – hat sehr wohl ein Interesse daran, nicht alle Plattformen resp. Plattformbetreiber zu bedienen.

716. Swisscom macht des Weiteren geltend, die Tatsache, dass Teleclub nicht auf allen IPTV-Plattformen übertragen werde, habe vor allem technische Gründe. Der Verfügungsantrag setze sich nur unzulänglich mit der Übertragungsmethode IPTV auseinander und verkenne, dass diese [Geschäftsgeheimnis] In der Sachverhaltsermittlung finde sich nur ein einziger Satz zum geschlossenen IPTV, um welches es hier vor allem gehe. Die Probleme bei der Übertragung auf IPTV bestünden darin, dass ein Programmveranstalter wie Teleclub sich auf die Plattform technisch einrichten müsse. Auf IPTV gebe es keine einheitlichen Standards wie diese auf Kabel mit DVB-C anzutreffen seien. [Geschäftsgeheimnis] Das Sekretariat irre auch in rechtlicher Hinsicht über die Hindernisse bei der Homologierung einer IPTV-Plattform.

717. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 277 und 686 ff. verwiesen werden.

718. [Geschäftsgeheimnis], das Teleclub-Angebot sei das Resultat substantieller Investitionen [Geschäftsgeheimnis] in dessen Produktion einschliesslich des Erwerbs der Rechte von den Ligen. Das Sekretariat anerkenne, dass damit eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen geschaffen werde, denn die Konsumenten profitierten von einem neuen Produkt, das ohne das Engagement von Teleclub und Swisscom andernfalls gar nicht verfügbar wäre. Im Jahr 2006 seien erstmals die Rechte an den Schweizer Ligen von Teleclub mit dem Konzept erworben worden, zusammen mit Swisscom aus der Liga ein für das Publikum attraktives Produkt zu schaffen. Dennoch solle dieser Rechtfertigungsgrund nicht erfüllt sein, weil die Ausschreibungen der Rechte in den Jahren 2006 und 2011 nicht «fair und regelmässig» gewesen seien. Das Sekretariat wende verschiedene EU-Entscheide trotz der unterschiedlichen Sachverhalte und der unterschiedlichen rechtlichen Ausgangslage (Zulässigkeit der Zentralvermarktung) ohne Weiteres auf die besonderen schweizerischen Marktgegebenheiten an. Die genauen Kriterien an eine «faire und regelmässige» blieben weiterhin im Rahmen der Marktbeobachtung Zentralvermarktung geheim. Die Besonderheiten, dass Teleclub und Swisscom die Liga-Übertragung in der Schweiz aufgebaut hätten, seien nicht reflektiert. Swisscom habe

ein besonders schützenswertes Interesse, weil sie unter Unsicherheiten ein besonderes Risiko auf lange Zeit übernommen hätte.

719. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 694 ff. verwiesen werden.

B.4.3.2.6 Zwischenergebnis

720. Aus der vorgenommenen Analyse ergibt sich, dass Teleclub die Geschäftsbeziehung gegenüber verschiedenen TV-Plattformanbietern im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV sowie im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG in ungerechtfertigter Weise verweigert hat. Die Verweigerung erfolgte mindestens im Zeitraum von Dezember 2010 (vgl. Rz 626) bis mindestens Sommer 2013.

B.4.3.3 Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

721. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden.²⁵⁹ Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein.²⁶⁰ Dies bedeutet, dass dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert (Legitimate Business Reasons).²⁶¹

722. Aus dem Gesetz geht hervor, dass die Tatbestandsvariante des Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllt ist, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- i. es muss eine Ungleichbehandlung bei vergleichbaren Produkten vorliegen;
- ii. die Ungleichbehandlung zielt auf einen Handelspartner;
- iii. die Ungleichbehandlung zeitigt wettbewerbsbehindernde Effekte, indem sie andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Behinderungstatbestand) oder die Marktgegenseite benachteiligen (Ausbeutungstatbestand);
- iv. die Ungleichbehandlung kann nicht durch «Legitimate Business Reasons» gerechtfertigt werden.

B.4.3.3.1 Ungleichbehandlung

723. In der Literatur wird zwischen direkter und indirekter Diskriminierung unterschieden: Erstere kann dann vorliegen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ein ungleiches Verhalten auf gleichartige Situationen anwendet. Diese Situationen müssen nicht identisch

²⁵⁹ Vgl. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m.w.Hinw.; RPW 2008/3, 399 Rz 140, *Publikation von Arzneimittelverfahren*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 525 E. 5.4, *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO*.

²⁶⁰ Vgl. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m.w.Hinw.; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 525 E. 5.4, *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO*.

²⁶¹ Vgl. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m.w.Hinw.; RPW 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

sein; es genügt, wenn sie äquivalent sind. Bei der indirekten Diskriminierung wird demgegenüber eine gleichartige Verhaltensweise auf ungleiche Situationen angewendet.²⁶²

724. Eine allenfalls diskriminierende Ungleichbehandlung kann namentlich dann vorliegen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen weigert, mit gewissen Unternehmen Geschäftsbeziehungen einzugehen, obwohl es mit Unternehmen in vergleichbaren Situationen solche unterhält. Die sogenannte geschäftsverweigernde Diskriminierung kann die Wettbewerbsbedingungen zwischen dem von der Geschäftsverweigerung Betroffenen und dessen Wettbewerber verfälschen, so dass dieses Verhalten unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt.²⁶³

725. Die tatbestandsmässige Verhaltensweise, hier die Ungleichbehandlung, muss auf dem Markt erfolgen, auf welchem das handelnde Unternehmen marktbeherrschend ist. Damit ist vorliegend das Verhalten von Teleclub auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV, dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV sowie den nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV zu prüfen.

I. Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Sportangebots

726. Aufgrund der von Cinetrade erworbenen Übertragungsrechte ist Teleclub grundsätzlich in der Lage, allen Plattformanbietern das gleiche Sportangebot zu gleichen Bedingungen anzubieten. Wie sich gezeigt hat, bestehen aus technischer Sicht keine wesentlichen Unterschiede bei den Plattformanbietern als Nachfrager (vgl. Rz 685 ff.). Die Situation der Marktgegenseite von Teleclub ist daher als äquivalent zu qualifizieren. [Geschäftsgeheimnis] Zum Ausmass der Exklusivität des Teleclub-Sportangebots kann auf die Ausführungen in Abschnitt A.4.3.4.6 verwiesen werden.

727. Weiter macht Teleclub auch Unterschiede bezüglich der Vertriebsstruktur. So können Swisscom, Sunrise, Cablecom und die Partner der DCG Teleclub über die eigene STB vermarkten. Dies obwohl auch andere Plattformanbieter wie etwa Finecom bzw. der QL-Verbund in der Lage wären, das Teleclub-Sportangebot auf ihrer STB zu implementieren (vgl. Abschnitt A.4.3.1).

728. Teleclub wendet daher ein ungleiches Verhalten auf gleichartige Situationen an.

729. Hinsichtlich des Preises für das Sportangebot liegt auf den ersten Blick keine Ungleichbehandlung vor: Das umfangreichere Sportangebot auf Swisscom TV ist mit 12.90 Franken teurer als das reduzierte Sportangebot auf den anderen Plattformen, welches 9.90 Franken kostet. Somit werden grundsätzlich ungleiche Situationen ungleich behandelt. Zu berücksichtigen ist aber, dass das Teleclub-Sportangebot (PPC) nur zusammen mit dem Teleclub-Basisangebot bezogen werden kann. Swisscom kann dabei das Basispaket in Abweichung der von Teleclub empfohlenen 39.90 Franken für 29.90 Franken vermarkten (vgl. Rz 112). Im Ergebnis bezahlt ein Zuschauer für das umfangreichere Teleclub-Sportangebot (PPC) im Bündel mit dem Teleclub-Basisangebot auf Swisscom TV somit weniger als bei den anderen Plattformen, welche zudem nur das beschränkte Teleclub-Sportangebot (PPC) übertragen können. Es liegt damit eine Preisdiskriminierung vor, die aber nicht getrennt von der Koppelung beurteilt werden kann.

²⁶² RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m.w.Hinw.; RPW 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 206 und 211.

²⁶³ RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m.w.Hinw.; RPW 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 108.

730. Teleclub behandelte Swisscom TV von Beginn an anders als die übrigen TV-Plattformen. Die Ungleichbehandlung begann somit mit der Lancierung von Swisscom TV im November 2006 (vgl. Rz 110). Die Ungleichbehandlung dauert bis mindestens Sommer 2013 an.

II. Diskriminierung durch Koppelung von Basis- und Sportpaket

731. Die Sportkanäle von Teleclub können in der Deutschschweiz nur gemeinsam mit dem Basispaket bezogen werden: das Sportpaket von Teleclub ist an den Bezug des Basispakets gekoppelt. Die Plattformanbieter können die Bereitstellung des Sport-Contents nicht separat erwerben. Das heisst, die Plattformanbieter können ihren Kunden das Sportpaket nur zusammen mit dem Basispaket bereitstellen. Zwar sind die Sportkanäle von Teleclub – mit Ausnahme des Teleclub en français – auch auf der Swisscom TV-Plattform an den Bezug des Basispakets gekoppelt. Demgegenüber kann Swisscom ihren Kunden den Bezug der Sportinhalte im Rahmen von PPV anbieten. Mit anderen Worten ist Swisscom von der Koppelung nicht betroffen (vgl. Rz 452 ff.), da Swisscom ihren Kunden Sport-Content PPV ohne Bezug eines Teleclub-Basispakets anbieten kann. Damit behandelte Teleclub Swisscom TV anders als die anderen TV-Plattformen. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung gegeben.

732. Der Antrag des Sekretariats behandelt diese Ungleichbehandlung unter dem Aspekt der Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG. Dazu bringt Swisscom vor, das Sekretariat wende den Koppelungstatbestand grundsätzlich falsch an. Die Darlegung des Sekretariats zu der Koppelung gegenüber dem vorausgehenden Diskriminierungs-Vorwurf habe im Antrag keine eigenständige Bedeutung. Das zeige eine Abgrenzung des Koppelungstatbestands zum Tatbestand der Diskriminierung.

733. Swisscom ist insofern Recht zu geben, dass bei dieser Verhaltensweise eher das Element der Diskriminierung im Vordergrund steht. Allerdings geht es wie erwähnt um eine zusätzliche Diskriminierung, die zur Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Sportangebots hinzukommt. Es geht darum, dass die Kunden von Swisscom der Koppelung von Basis- und Sportpaket durch PPV-Bezüge (bzw. Teleclub en français) entgehen können. Insofern liegen zwei verschiedene diskriminierende Verhaltensweisen vor.

734. Teleclub hat sein Sportangebot seit dessen Einführung an den Bezug des Basisangebots gekoppelt und hält die Koppelung bis heute aufrecht. Andererseits konnte Swisscom ihren Kunden von Beginn an PPV anbieten. Die Ungleichbehandlung durch die Koppelung erfolgte somit in zeitlicher Hinsicht ab Lancierung von Swisscom TV im November 2006.

B.4.3.3.2 Betroffenheit von Handelspartnern

735. Die Ungleichbehandlung muss gegen Handelspartner gerichtet sein. Dabei genügt es, wenn das von der Ungleichbehandlung betroffene Unternehmen vergebens versucht hat, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen bezüglich der fraglichen Leistung zu einer Einigung zu kommen. Mit anderen Worten handelt es sich nicht erst dann um einen Handelspartner, wenn ein Vertrag besteht, sondern bereits wenn über eine Geschäftsbeziehung Verhandlungen angestrebt werden. Es können auch Endkunden von einer Ungleichbehandlung betroffen sein.²⁶⁴

736. In den relevanten Bereitstellungsmärkten werden die TV-Plattformanbieter ungleich behandelt. Sie sind aufgrund einer direkten Vertragsbeziehung Handelspartner von Teleclub. [Geschäftsgeheimnis] Dies gilt gleichermassen für die Ungleichbehandlung betreffend Umfang

²⁶⁴ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 215.

des Sportangebots und Koppelung von Basis- mit Sportpaket. Damit ist das Tatbestandselement der Betroffenheit eines Handelspartners für beide Ungleichbehandlungen erfüllt.

737. Darüber hinaus sind auch die Fernsehzuschauer betroffen, welche auch in einem direkten Vertragsverhältnis mit Teleclub stehen (vgl. Abschnitt A.4.3.1). Entscheidend ist hier aber, dass die Ungleichbehandlung gegenüber den Plattformanbietern das über deren Plattform übertragene Endkundenangebot vorgibt.

B.4.3.3.3 Wettbewerbsbehinderung

I. Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Sportangebots

738. Es kann zunächst auf die entsprechenden Ausführungen in Abschnitt B.4.3.2.3 verwiesen werden, da [Geschäftsgeheimnis] Verträge zwischen einem TV-Plattformanbieter und einem Content-Anbieter zu einer Marktverschliessung führen. Vorliegend geschieht diese, indem komplementäre Produkte (Pay-TV und TV-Plattform) den Endkunden angeboten werden, wobei das vollständigere und (unter Berücksichtigung der Koppelung mit dem Basisangebot) günstigere Angebot nur gemeinsam mit Swisscom TV verkauft wird.²⁶⁵ Sofern sich die TV-Plattformen anderweitig nur unwesentlich unterscheiden, haben sie praktisch keine Chance, im Wettbewerb mit Swisscom TV zu bestehen. Gleichzeitig ist wiederum zu erwarten, dass die vorliegende Wettbewerbsbehinderung dazu geeignet ist, die Wohlfahrt der Endkunden zugunsten der Gewinne der Programmveranstalter zu verringern (vgl. Rz 660 ff.).

739. Der Sachverhalt zeigt, dass Teleclub ihre marktbeherrschende Stellung in den Bereitstellungsmärkten nutzt, um Swisscom TV im Plattformmarkt zu bevorteilen bzw. deren Konkurrenten zu benachteiligen (vgl. Abschnitt A.4.3.4.6). Durch diese Benachteiligung der Marktgegenseite liegt auch eine Behinderung anderer Unternehmen «in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs» vor. Dies gilt umso mehr, als dass es sich beim Sportangebot von Teleclub um einen notwendigen Input handelt (vgl. Abschnitt B.4.3.2.2)

740. Die Wettbewerbswirkung der Diskriminierung kann aufgrund des Zusammenspiels mit der Koppelung (vgl. Rz 729) nicht isoliert betrachtet werden.

741. Die Sachverhaltsermittlung ergab, dass der je nach Plattform unterschiedliche Umfang des Teleclub-Sportangebots sowie das unterschiedliche Preisniveau des Gesamtpakets von der überwiegenden Mehrheit der Plattformanbieter als Wettbewerbsnachteil qualifiziert wird. Immerhin bemühten sich fast alle Plattformanbieter intensiv um Erhalt des vollständigen Sportangebots.

742. Die Untersuchungsadressatinnen führen demgegenüber aus, dass der Preisunterschied auf den unterschiedlichen Vertriebsmodellen beruhe. Zudem würden die nachgefragtesten Sportereignisse überwiegend auf den Sportkanälen 1–3 übertragen. [Geschäftsgeheimnis] nur bestimmte Spiele der schweizerischen Fussball- und Eishockeyligen. Kein Unternehmen werde dadurch in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. «Für die Kunden der Kabelnetzbetreiber und von Sunrise TV besteht insoweit schliesslich der Vorteil, dass sie bei Erwerb des Sportpakets über Teleclub Sport 1–3 keine zusätzlichen [Geschäftsgeheimnis] Gerade dem von den Kabelnetzbetreibern gebend gemachten Vorwurf, über das an den Bezug des Basispakets gebundene Sportpaket unerwünschte Leistungen beziehen zu müssen, wird durch diesen „koppelungsmildernden“ Effekt Rechnung getragen.»

743. Zunächst lässt sich objektiv ein Unterschied der beiden Teleclub-Sportprogramme (3 Kanäle versus 29 Kanäle) anhand der Anzahl der übertragenen Spiele messen (vgl. Tabelle 13). Für den Schweizer Fussball entwickelte sich die Exklusivität von [Geschäftsgeheimnis] in

²⁶⁵ Vgl. zu dieser Konstellation der Marktverschliessung: PATRICK REY/JEAN TIROLE (Fn 225), 2148.

der Saison 2006/07 auf [Geschäftsgeheimnis] in der Saison 2009/10. Bis zur Saison 2012/13 verringerte sich der Exklusivitätsgrad wieder auf [Geschäftsgeheimnis]. Beim Schweizer Eishockey schwankte die Anzahl der exklusiv auf Swisscom TV übertragenen Spiele. Der Exklusivitätsgrad sank nie unter [Geschäftsgeheimnis] (Saison 2007/08) und erreichte den Höchstwert in der Saison 2012/13 mit einem Anteil von [Geschäftsgeheimnis]. In Bezug auf die deutsche Bundesliga ging der Exklusivitätsgrad von [Geschäftsgeheimnis] auf [Geschäftsgeheimnis] zurück. In der spanischen Primera División (La Liga) bewegte sich der Exklusivitätsgrad zwischen [Geschäftsgeheimnis] und [Geschäftsgeheimnis]. Schliesslich entwickelte sich der Grad an Exklusivität in der italienischen Serie A von [Geschäftsgeheimnis] auf [Geschäftsgeheimnis].

744. Bereits dieser Unterschied zeigt, dass die Ligaberichterstattung auf den Teleclub-Sportkanälen 1–3 erheblich weniger umfangreich ist, als die auf den Teleclub-Sportkanälen 1–29. Da aufgrund der Koppelung das reduzierte Sportangebot im Endeffekt teurer ist als das vollständige liegt offenkundig ein Wettbewerbsnachteil für die betroffenen TV-Plattformanbieter vor.

745. Viele KNU gaben an, Kunden, die ihr Abonnement gekündigt hätten, nach den Kündigungsgründen befragt zu haben. Beispielsweise führte GGA Maur seit 2008 Befragungen durch. Von den Befragten hätten 60.7 % angegeben, zu Swisscom TV gewechselt zu haben, wovon 38 % ihren Wechsel zu Swisscom mit dem Sportangebot von Teleclub begründet hätten. [Geschäftsgeheimnis] Dies zeigt, dass Swisscom TV bei Endkunden, welche sich für Fussball- und Eishockeyübertragungen interessieren, einen Wettbewerbsvorteil hat; dies trotz des Teleclub-Sportangebots auf den Plattformen der KNU.

746. Bezüglich der unterschiedlichen Vertriebsstrukturen von Teleclub kann festgestellt werden, dass [Geschäftsgeheimnis] eine Zunahme oder zumindest kein Verlust zu beobachten.

747. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbehinderung hinsichtlich Umfang des Sportangebots erfüllt.

II. Diskriminierung durch Koppelung von Basis- und Sportpaket

748. Die Ungleichbehandlung führt dazu, dass Swisscom aufgrund der Verfügbarkeit von PPV von der Koppelung im Ergebnis nicht betroffen ist. Dies beeinträchtigt den Wettbewerb zwischen den Plattformanbietern. Somit ergibt sich die Wettbewerbswirkung in diesem Fall aus der Diskriminierung.

749. Weil bei der Koppelung von Basis- und Sportpaket das Element der Diskriminierung im Vordergrund steht, kann zunächst auf die Ausführungen über die Wettbewerbsbehinderung aufgrund der Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Sportangebots verwiesen werden (vgl. Rz 738 ff.). Wie bei der Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Sportangebots führt die Koppelung von Basis- und Sportpaket, welche für Swisscom wegen dem PPV-Angebot nicht gilt, zu einer Marktverschliessung. Dritte TV-Plattformen müssen Basis- und Sportpakete als Bündel anbieten, während Swisscom zusätzlich PPV anbieten kann. Somit können die Kunden bei Swisscom Teleclub-Sportinhalte über PPV beziehen, ohne zusätzliche Leistungen in Form des Basispakets in Anspruch zu nehmen. Demgegenüber können die anderen TV-Plattformen ihren Kunden den Zugang zu Teleclub-Sportinhalten nur über PPC und damit zwangsläufig gekoppelt mit dem Basisangebot anbieten.

750. Der Sachverhalt zeigt, dass Teleclub auch hier ihre marktbeherrschende Stellung in den Bereitstellungsmärkten nutzt, um Swisscom TV im Plattformmarkt zu bevorteilen bzw. deren Konkurrenten zu benachteiligen (vgl. Abschnitt A.4.3.4.6). Durch diese Benachteiligung der Marktgegenseite liegt denn auch eine Behinderung anderer Unternehmen «in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs» vor.

B.4.3.3.4 Rechtfertigungsgründe

751. Es kann zunächst auf die entsprechenden Ausführungen in Abschnitt B.4.3.2.4 verwiesen werden.

I. Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Sportangebots

a. Ausführungen der Untersuchungsadressatinnen

752. Die Unterschiede in der Ausgestaltung des Teleclub-Sportangebot zwischen Swisscom und anderen TV-Plattformanbietern seien gemäss *Cinetrade* auf die beschränkte Übertragungskapazität zurückzuführen, welche die KNU Teleclub für die Verbreitung des Programmangebots zur Verfügung stellen. Im Rahmen der Einführung von «Teleclub-Digital» sei es für Teleclub nicht möglich gewesen, für jedes KNU ein den Wünschen und der angebotenen Bandbreite entsprechendes Programmangebot zusammenzustellen. Teleclub habe deshalb im Sinne eines «kleinsten gemeinsamen Nenners» ein Programm angeboten, das über [Geschäftsgeheimnis] übertragen werden konnte. Dies habe den Abschluss eines einheitlichen Signalanlieferungsvertrag ermöglicht. Hinzu kommt gemäss *Cinetrade*, dass Teleclub sein Sportprogramm auf den Kanälen «Sport 1–3» in den letzten sechs Jahren laufend und substanzial ausgebaut habe. Der grösste Teil des Sports werde auf den ersten drei linearen Sportkanälen gezeigt.

753. Im Hinblick auf mögliche objektive Rechtfertigungsgründe für die preisliche Ungleichbehandlung macht *Cinetrade* geltend, die unterschiedlichen Preise für das Basisangebot ergäben sich aus den unterschiedlichen Verbreitungsgebühren, d. h. den unterschiedlichen Provisionen (vgl. Abschnitt A.4.3.1). [Geschäftsgeheimnis]. Zudem gelte auch für den Diskriminierungstatbestand, dass das betroffene Gut das Resultat von gewichtigen und risikanten Investitionen sei.

754. Als eigentliche Effizienzgründe bringt Swisscom auch hier vor, dass [Geschäftsgeheimnis], wobei Swisscom bei den Rechtfertigungsgründen nicht zwischen der Verweigerung und der Ungleichbehandlung unterscheidet (vgl. Rz 684).

b. Beurteilung der objektiven Rechtfertigungsgründe

755. In Bezug auf die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe für die preisliche Ungleichbehandlung ist festzuhalten, dass [Geschäftsgeheimnis] Demzufolge müssten entsprechend auch die Endkundenpreise bei allen betroffenen Plattformanbietern unterschiedlich sein. Ein Unterschied lässt sich allerdings nur in Bezug auf die Endkundenpreise des Basispakets bei Swisscom einerseits und den übrigen Plattformanbietern andererseits feststellen. Mit anderen Worten erfolgt die Festlegung des Endkundenpreises nicht in Abhängigkeit von der Provision. Zudem kann die Provision die Swisscom erhält nicht mit den Provisionen der anderen Plattformanbietern verglichen werden, [Geschäftsgeheimnis].

756. Gemäss den eingereichten Verträgen werden die Endkundenpreise [Geschäftsgeheimnis] festgesetzt. Etwas differenzierter präsentiert sich die Situation im Falle der Partner der DCG: [Geschäftsgeheimnis] Damit ist es im Ergebnis irrelevant, ob Teleclub in der Vereinbarung DCG den Partnern der DCG einen Endkundenpreis oder einen Vorleistungspreis vorgibt. Der im Vergleich zu Swisscom TV höhere Endkundenpreis der Partner der DCG ist in erster Linie auf den höheren Vorleistungspreis von Teleclub zurückzuführen. Die unterschiedlichen Verbreitungsgebühren können daher nicht als Rechtfertigung herangezogen werden.

757. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass in den Verträgen von Teleclub mit Cablecom und Sunrise eine [Geschäftsgeheimnis] Provision vereinbart wurde. Der Endkundenpreis ist [Geschäftsgeheimnis] nicht abhängig von der absoluten Höhe der Provision. Die unterschiedlichen Preise für die Endkunden können [Geschäftsgeheimnis] nicht mit den unterschiedlichen Verhandlungsergebnissen betreffend Provision begründet werden.

758. Die von Cinetrade geltend gemachte Frequenzknappheit dürfte im Zeitpunkt der ursprünglichen Signalanlieferungsverträge, als die meisten Programme noch analog übertragen wurden, eine Begrenzung des Teleclub-Programmangebots erforderlich gemacht haben. Damals gab es allerdings das umfangreichere Teleclub-Sportangebot auf Swisscom TV noch nicht, weshalb damals auch noch keine Ungleichbehandlung vorlag. Der Ausbau des Sportangebots auf Swisscom TV ging mit der Digitalisierung der CATV-Plattformen einher.

759. Im Rahmen der Marktbefragung gaben sämtliche KNU an, dass es keine technischen Gründe für die Beschränkung des Sportprogrammes gäbe. Sie konnten allerdings nicht überzeugend darlegen, wie sie die zusätzlichen Spiele als lineares Programmangebot verbreiten wollen. Zu berücksichtigen ist indes, dass die KNU bereits heute neben multicast mit VoD einen unicast-Dienst anbieten bzw. mit ihren TV-Plattformen technisch ein unicast-Modell abbilden können. Entsprechend könnten die KNU auch ein zusätzliches Sportangebot mittels unicast anbieten, wodurch das Kapazitäts-Argument entfällt. Bei einer digitalen Plattform spielt somit die Frequenzknappheit kaum mehr eine Rolle, weshalb dieses Argument eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen kann.

760. Die Verbreitung des Teleclub-Programmangebots über die IPTV-Plattform von Sunrise ist in technischer Hinsicht mit der Verbreitung über Swisscom TV vergleichbar, weshalb hier erst recht keine objektiven Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind.

c. Beurteilung der Effizienzgründe

761. Zu den vorgebrachten Effizienzgründen kann auf die Ausführungen in den Randziffern 694 ff. verwiesen werden. Dabei ist auch zu beachten, dass eine Kombination von Angebots- und Preisdifferenzierung, wie sie im Endkundenmarkt vorliegt – dass nämlich das reduzierte Angebot der KNU und von Sunrise insgesamt (wegen Koppelung von Basis- und Sportpaket durch Teleclub) teurer ist – niemals eine volkswirtschaftlich effiziente Preisdifferenzierung darstellen kann. Es liegen daher keine Effizienzgründe vor, welche eine Diskriminierung rechtfertigen könnten.

762. In zeitlicher Hinsicht kann sich grundsätzlich die Frage stellen, ob eine gewisse Exklusivität als Folge einer Ungleichbehandlung bei einem Marktneueintritt für einen gewissen Zeitraum gerechtfertigt sein kann. Diese Frage kann vorliegend allerdings offen bleiben. Zwar trat Swisscom neu in den TV-Plattformmarkt ein. Swisscom TV erforderte aber von Beginn weg zwangsläufig den Bezug eines Breitbandinternetanschlusses von Swisscom. Im Bereich Breitbandinternet war Swisscom zum Zeitpunkt der Lancierung von Swisscom TV bereits sehr stark.²⁶⁶ Einem allfälligen wettbewerbsfördernden Effekt durch den Neueintritt in den TV-Markt steht damit ein wettbewerbsverzerrender Effekt im Breitbandinternetmarkt gegenüber. Eine diesbezügliche Rechtfertigung aus Effizienzgründen ist somit von Beginn weg nicht möglich.

II. Diskriminierung durch Koppelung von Basis- und Sportpaket

763. Die aus der Koppelung resultierende Diskriminierung der anderen Plattformen gegenüber Swisscom (vgl. Rz 731 ff. und 748 ff.) lässt sich nicht rechtfertigen. Es ist nicht zu erkennen, wie die mit der diskriminierenden Koppelung erreichte Bevorteilung von Swisscom volkswirtschaftlich effizient sein könnte, zumal sie auf einem Markt wirkt, auf dem – wie weiter oben ausgeführt (vgl. Abschnitt B.4.3.3) – aufgrund hoher Wechselkosten und neuer Netzwerktechnologien eine Wettbewerbsverzerrung zu Gunsten des grössten Telekomanbieters eine grosse Wettbewerbsbeeinträchtigung entfaltet. Aus diesem Grunde bestehen hinsichtlich der diskriminierenden Koppelung keine «Legitimate Business Reasons».

²⁶⁶ Vgl. RPW 2010/1, 134 ff. Rz 124 ff., *Swisscom ADSL*.

B.4.3.3.5 Stellungnahmen zur Diskriminierung von Handelspartnern

I. Stellungnahme von Swisscom

a. Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Sportangebots

764. Swisscom macht geltend, es liege keine tatbestandsmässige Ungleichbehandlung vor. Swisscom TV übertrage das umfassende Angebot von Teleclub, [Geschäftsgeheimnis] und ausserdem eine taugliche, zuverlässige Plattform für dieses technisch anspruchsvolle Angebot bereitstelle. Nur aufgrund der gemeinsamen Vorgehensweise hätte das erweiterte Sportangebot überhaupt entstehen können. Es wäre stossend, würde Teleclub Swisscom [Geschäftsgeheimnis], und welche im relevanten Untersuchungszeitraum über keine technisch geeigneten Möglichkeiten verfügt hätten, um das umfassende Sportangebot einschliesslich des PPV zu übertragen. Auch die im Verfügungsantrag für den Preisdiskriminierungsvorwurf vorgenommene Totalbetrachtung von Basis- und Sportpaket sei nicht zutreffend. Beide Teile würden für sich die zugrundeliegenden unterschiedlichen Kostenstrukturen reflektieren, in welche zu einem massgeblichen Teil die von den TV-Plattformen geltend gemachten Verbreitungsgebühren einfliessen würden.

765. In Bezug auf den [Geschäftsgeheimnis] auch hier geltend gemachten Investitionsschutz kann festgehalten werden, dass es sich dabei wenn schon um einen Rechtfertigungsgrund handelt. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen in Rz 694 ff. verwiesen werden. Zum Vorbringen unterschiedlicher Kostenstrukturen kann auf die Ausführungen in Rz 290 verwiesen werden.

766. Swisscom macht geltend, der Verfügungsantrag verkenne, dass von der behaupteten Preisdiskriminierung keine Handelspartner betroffen seien. Teleclub führe die Kundenbeziehungen direkt mit den Abonnenten, welche die von der WEKO beanstandeten Abonnementspreise zu entrichten hätten. Insbesondere verkenne das Sekretariat, dass die jeweiligen Plattformanbieter die Teleclub-Signale lediglich übermittelten und dafür eine Provision oder Vergütung erhielten. Deren Höhe habe das Sekretariat nicht beanstandet.

767. Entgegen der Ansicht von Swisscom handelt es sich bei den anderen Plattformanbietern um direkte Handelspartner von Swisscom bzw. Teleclub (vgl. Rz 736). Diese TV-Plattformen übermitteln das Teleclub-Signal an die Endkunden gegen eine Gebühr von Teleclub. Teleclub setzt dabei den Preis für das Teleclub-Angebot, den die Endkunden für den Bezug über konkurrierende TV-Plattformen bezahlen müssen, sowie dessen Umfang. Diese Festlegung betrifft direkt die konkurrierenden TV-Plattformen sowohl als Handelspartner als auch als Konkurrenz von Swisscom.

768. Swisscom bringt vor, das Sekretariat leite seine Erwägungen zu Wettbewerbsbehinderungen mit einem pauschalen Verweis auf die entsprechende Analyse im Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung ein. Dieser Verweis sei unzulässig und falsch, weil das Sekretariat im Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung eine andere Wettbewerbswirkung analysiere. Im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsvorwurf müsste jede resultierende Wettbewerbswirkung zwangsläufig geringer sein, denn es gehe nicht um die gänzliche Verweigerung des Teleclub-Angebots, sondern um die Elemente des erweiterten Sportangebots. Es sei widersprüchlich und vom Sekretariat nicht substantiiert, warum das bloss erweiterte Sportangebot zu einer «Marktschliessung» führen solle und Plattformanbietern die Chancen genommen seien, «im Wettbewerb zu bestehen». Die Befragung genüge nicht, um zu zeigen, warum und in welchem Mass der geringe gerechtfertigte Unterschied im Preisniveau zu einem behaupteten Wettbewerbsnachteil führen solle.

769. Entgegen der Ansicht von Swisscom braucht eine Diskriminierung nicht zwingend zu einer geringeren Wettbewerbswirkung als eine Geschäftsverweigerung zu führen. Allenfalls genügt eine Diskriminierung, um das gleiche Ergebnis wie eine Geschäftsverweigerung zu

erreichen: im Extremfall beispielsweise das Ausscheiden von Wettbewerbern (vorliegend allerdings nicht der Fall). Zudem ist für die Tatbestandsmässigkeit das Ausmass der festgestellten Wettbewerbsbehinderung nicht von entscheidender Bedeutung. Zu prüfen ist lediglich, ob die Ungleichbehandlung wettbewerbsbehindernde Effekte zeitigt, indem sie andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungstatbestand) oder die Marktgegenseite benachteiligt (Ausbeutungstatbestand) (vgl. Rz 722). Nicht erforderlich ist, dass den im Wettbewerb durch das marktmächtige Unternehmen beeinträchtigten Konkurrenten die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit völlig verunmöglicht oder in schwerwiegender Weise erschwert wird. Im Übrigen ist es auch nicht erforderlich, im Einzelnen detailliert nachzuweisen, welcher Marktteilnehmer in welcher Weise von der untersuchten Verhaltensweise betroffen war. Vielmehr ist es ausreichend, wenn bei einer Gesamtwürdigung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls davon auszugehen ist, dass von der Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens eine potentiell beeinträchtigende Wirkung ausging. Da der Schutz des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG nicht nur darauf ausgerichtet ist, Endverbraucher vor einem unmittelbaren Schaden durch ein missbräuchliches Verhalten zu bewahren, sondern auch darauf, angemessene Wettbewerbsstrukturen sicherzustellen, wird der verbliebene bzw. der zumindest sich noch einstellende Wettbewerb bereits durch die nicht nur rein theoretische Möglichkeit einer Beeinträchtigung weiter gefährdet.²⁶⁷

770. [Geschäftsgeheimnis] Teleclub führe die Endkundenbeziehung und lege daher auch den Preis fest, der auf den verschiedenen Plattformen zur Vermeidung einer Diskriminierung zwischen Plattformen gleich sei. Es wäre für Teleclub gar nicht praktikabel, unterschiedliche Endkundenpreise für jede der vielen Kabelnetzbetreiber oder Plattformen festzulegen. Zudem würden technische Gründe verhindern, dass ein vollständiges Sportangebot auf Kabel übertragen werden könne.

771. In Bezug auf die von Swisscom geltend gemachten [Geschäftsgeheimnis] kann auf die Ausführungen in Rz 290 verwiesen werden. Zum Vorbringen über die technischen Gründe kann auf die Ausführungen in Rz 277 und 686 ff. verwiesen werden.

772. Swisscom bringt nebst dem Argument des Investitionsschutzes vor, dass der Verfügungsantrag in zeitlicher Hinsicht nicht berücksichtige, dass Swisscom TV in seinen Anfangszeiten ein gerichtlich festgestelltes Gebietsmonopol der Kabelnetze hätte aufbrechen müssen, um jemals zu wirtschaftlichem Erfolg zu gelangen. Die Behauptung, dass Swisscom schon bei Lancierung «sehr stark» gewesen sei, sei aus der Luft gegriffen: Swisscom sei bei null TV-Kunden gestartet und habe erst für Akzeptanz des IPTV werben müssen.

773. Entgegen der Ansicht von Swisscom behauptet das Sekretariat nicht, dass Swisscom im Bereich TV von Anfang an sehr stark gewesen sei. Vielmehr gilt die Aussage explizit für den Bereich Breitbandinternet, in welchem Swisscom zum Zeitpunkt der Lancierung von Swisscom TV bereits sehr stark war (vgl. Rz 762). Wegen dieser starken Stellung im Breitbandbereich war Swisscom im Vorteil gegenüber neu eintretenden TV-Plattformen. Immerhin streicht Swisscom selber die Bedeutung des Triple-Play-Angebots heraus (vgl. Rz 295).

b. Diskriminierung durch Koppelung von Basis- und Sportpaket

774. Swisscom bringt vor, eine Wettbewerbsbehinderung sei durch die Koppelung nicht gegeben. Die vom Sekretariat nur angedachten, aber keineswegs substantiierten Wettbewerbsbehinderungen seien allesamt zu verneinen. Die während des Untersuchungszeitraums aufgetauchten und fest etablierten Produkte wie etwa verschiedene VoD-Konzepte Dritter oder auch OTT-Angebote (bspw. Netflix) seien ein direkter Beweis dafür, dass der Vertrieb von Teleclub Basic zusammen mit Sport keinerlei Marktzutrittsschranken geschaffen hätte und die

²⁶⁷ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 662 Rz 562 f., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.Hinw.

Befürchtungen des Sekretariats deshalb unbegründet seien. Sonst hätte es etwa Cablecom nicht gelingen dürfen, schon seit ca. 2007 VoD anzubieten und kontinuierlich auszubauen.

775. Entgegen der Ansicht von Swisscom wird dargelegt, warum die diskriminierende Koppelung eine Wettbewerbsbehinderung impliziert (vgl. Rz 748 ff.). Daran ändert nichts, dass der Antrag des Sekretariats die diskriminierende Koppelung noch unter dem Aspekt von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG geprüft hat. Gleichzeitig gilt es zu berücksichtigen, dass das Ausmass der Wettbewerbsbehinderung nicht tatbestandsrelevant ist (vgl. analog Rz 769). Entsprechend liegt eine tatbestandsmässige Wettbewerbsbehinderung nicht erst dann vor, wenn die Verhaltensweise einen Markteintritt verhindert oder zu einem Marktaustritt führt.

776. Swisscom macht geltend, auch die diskriminierende Koppelung sei gerechtfertigt. Den Nutzen einer grösseren Angebotsvielfalt und Bereitstellung selten gefragter Titel wolle das Sekretariat in casu nicht anerkennen, nur weil im Fall einer diskriminierenden Koppelung andere Plattformbetreiber gegenüber Swisscom TV diskriminiert worden seien. Diese Überlegung sei grundlegend falsch. Nur aufgrund der Tatsache, dass Swisscom TV PPV habe, resultiere in keiner Weise eine Wettbewerbsbehinderung. Vielmehr sei versäumt worden zu berücksichtigen, [Geschäftsgeheimnis] Zudem taue der Verweis auf die angeblichen Wettbewerbswirkungen der Geschäftsverweigerung nicht.

777. Entgegen der Ansicht von Swisscom erfolgt gerade wegen der Diskriminierung durch PPV eine Wettbewerbsbehinderung im Plattformmarkt. Nur Kunden von Swisscom können der Koppelung von Basis- und Sportpaket PPC durch PPV-Bezüge entgehen. In Bezug auf den von Swisscom auch hier geltend gemachten Investitionsschutz kann auf die Ausführungen in Rz 694 ff. verwiesen werden. Entgegen der Ansicht von Swisscom verweisen die Ausführungen des Sekretariats zur Wettbewerbswirkung der Koppelung im Antrag nicht auf die entsprechenden Ausführungen der Geschäftsverweigerung, sondern auf diejenigen der Diskriminierung.

778. Swisscom bringt vor, der Zeitraum der behaupteten Koppelung sei zu lang bemessen. Es habe triftige technische Gründe für den Vorbehalt von PPV zugunsten von Swisscom TV gegeben und gebe diese immer noch. PPV sei das technisch anspruchsvollste der TV-Angebote, die Plattform müsse deshalb einen Rückkanal und zusätzlich [Geschäftsgeheimnis]. Ein Rückkanal auf Kabel sei jedoch bis ca. 2012 oder 2014 (Einführung Cablecom Horizon) gar nicht verfügbar gewesen. Auch die IPTV-Anbieter seien erst gegen Ende 2010 auf den Markt gekommen und bis heute könnten diese Anbieter bei den bestehenden Anlaufschwierigkeiten tatsächlich ein PPV von Teleclub nicht implementieren. Der Zeitfaktor sei auch für das französische Teleclub-Angebot zu berücksichtigen. Dieses Angebot sei erst 2012 aufgenommen worden.

779. Hierzu gilt es festzuhalten, dass Swisscom den TV-Plattformen ein Angebot für PPV-Bezüge unter Spezifikation der notwendigen technischen Voraussetzungen hätte unterbreiten können. [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Rz 156). Zudem kann bezüglich Rückkanalfähigkeit auf Rz 247 verwiesen werden.

B.4.3.3.6 Zwischenergebnis

780. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Ungleichbehandlung von Handelspartnern sowohl betreffend Umfang des Sportangebots als auch betreffend Koppelung von Basis- und Sportpaket gegeben ist. Beide Ungleichbehandlungen bewirken je eine Wettbewerbsbehinderung und lassen sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen, womit jeweils eine tatbestandsmässige Diskriminierung vorliegt. Insgesamt liegt somit je ein unzulässiger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Teleclub im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV, dem nationalen Markt

für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV sowie den nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV vor. Die Diskriminierungen erfolgten jeweils im Zeitraum von November 2006 bis mindestens Sommer 2013.

B.4.3.4 Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)

781. Im Katalog von Art. 7 Abs. 2 KG wird unter Bst. c die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen als Beispiel für einen Missbrauch gemäss Art. 7 Abs. 1 KG aufgeführt. Marktmächtige Unternehmen versuchen hierdurch in der Regel ihren Profit zu maximieren, indem sie den fehlenden Wettbewerb ausnutzen, um Kunden auszubeuten. Wie einleitend erwähnt (Rz 608) kommt aber der Unterscheidung von Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine entscheidende Bedeutung zu.

782. Für den Nachweis des Missbrauchs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG bedarf es für die tatbestandsmässige Verhaltensweise kumulativ folgender Elemente:²⁶⁸

- i. Die untersuchte Verhaltensweise muss auf Preise oder auf sonstige Geschäftsbedingungen abzielen;
- ii. die Preise oder sonstigen Geschäftsbedingungen müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen erzwungen werden;
- iii. die Preise oder die Geschäftsbedingungen müssen sich als unangemessen herausstellen;
- iv. die untersuchte Verhaltensweise zeitigt wettbewerbsbehindernde Effekte;
- v. die Verhaltensweise bzw. die Preise oder die Geschäftsbedingungen können nicht durch «Legitimate Business Reasons» gerechtfertigt werden.

B.4.3.4.1 Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen

783. Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zielt auf den Preis bzw. auf sonstige Geschäftsbedingungen ab, wobei keine Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen zu ziehen ist. Im vorliegend zu beurteilenden Fall bezieht sich die Verhaltensweise von Teleclub auf das [Geschäftsgeheimnis] Dabei handelt es sich um eine Geschäftsbedingung, die einem Konkurrenzverbot auf einem vorgelagerten Markt gleichkommt. Das Tatbestandselement des Abzielens der Verhaltensweise auf Geschäftsbedingungen ist damit gegeben.

784. Anzumerken ist dabei, dass eine solche Vertragsklausel mit einem Konkurrenzverbot grundsätzlich auch die Frage nach einer Prüfung gemäss Art. 5 KG aufwerfen könnte. Eine Prüfung sowohl nach Art. 7 als auch nach Art. 5 KG ist nicht ausgeschlossen. Es sind grundsätzlich Fälle von Idealkonkurrenz denkbar. Da vorliegend aber die fraglichen Vertragsklauseln erzwungen wurden, wird der Sachverhalt nicht unter dem Tatbestand der Abrede geprüft.

785. Die Verhaltensweise beginnt [Geschäftsgeheimnis] im Oktober 2006. [Geschäftsgeheimnis]

²⁶⁸ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 292.

B.4.3.4.2 Erzwingung

786. Dem Element des Erzwingens unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen – dem eigentlichen Verhaltenselement in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG – kommt gemäss Bundesgericht eine eigenständige Bedeutung zu.²⁶⁹ Dabei muss für das Vorliegen eines «Erzwingens» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zumindest auf die Marktgegenseite ökonomischer Druck ausgeübt werden, der sich auf die Marktbeherrschung stützt und welchem sie nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann.²⁷⁰

787. Im vorliegenden Fall konnten Sunrise und Cablecom nicht auf ein anderes Produkt ausweichen, sondern waren zwingend auf Teleclub für den Bezug der Live-Übertragungen der Schweizer Fussball- und Eishockeymeisterschaft angewiesen (vgl. Abschnitt B.4.3.3). Cablecom unterzeichnete den Vertrag mit Teleclub Ende 2006. Zu diesem Zeitpunkt war bereits bekannt, dass Cinetrade die [Geschäftsgeheimnis] Übertragungsrechte für die Schweizer Fussball- und Eishockeymeisterschaften für die nächsten Jahre erworben hatte (vgl. Abschnitte A.4.3.4.3 und A.4.3.4.4). Cablecom musste somit klar sein, dass sie auf den Vertrag mit Teleclub angewiesen war, wenn sie ihren Kunden in den nächsten Jahren den Bezug von Sport-Content über ihre Plattform ermöglichen wollte. [Geschäftsgeheimnis]

788. [Geschäftsgeheimnis]

789. Auch Sunrise war beim Start von Sunrise TV auf das Programmangebot von Teleclub angewiesen, um zumindest ein mit den KNU vergleichbares Sportprogramm anbieten zu können. Zu diesem Zeitpunkt (2012) konnte Teleclub glaubwürdig die Verhandlungsposition vertreten, wonach Sunrise das Programmangebot nur zu den Bedingungen von Teleclub oder gar nicht erhalten würde, zumal bis zu diesem Zeitpunkt bekanntermassen kein anderer IPTV-Anbieter als Swisscom das Teleclub-Programmangebot erhielt.

790. Zudem bestand vorliegend für Cablecom und Sunrise keine Möglichkeit der behördlichen Überprüfung etwa analog zu einem Interkonkurrenzverfahren im Fernmeldebereich.²⁷¹ Auch liegt das Verhalten nicht im Anwendungsbereich des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20), zumal es vorliegend nicht um einen Preis geht, den die betroffenen Unternehmen der Swisscom zu bezahlen haben, sondern vielmehr um die Bereitstellung von Inhalten bzw. um eine Klausel betreffend Inhalte.

791. Cablecom und Sunrise konnten in dieser Situation Teleclub somit nichts entgegensetzen. Sie konnten also dem ökonomischen Druck von Teleclub, der sich im vorliegenden Fall auf dem [Geschäftsgeheimnis] Zugang zu nationalen Sportinhalten begründet, nicht ausweichen und hatten dem nichts entgegenzusetzen. Daran ändert auch nichts, dass Cablecom und Sunrise die entsprechende Klausel akzeptiert hatten.²⁷² Das Tatbestandselement der Erzwingung ist daher erfüllt.

B.4.3.4.3 Unangemessenheit der Geschäftsbedingung

792. Ob eine Geschäftsbedingung angemessen ist oder nicht, lässt sich nicht in allgemeiner Weise beurteilen. Die Angemessenheit ist aufgrund der konkreten Umstände im jeweiligen Fall zu analysieren. Bezüglich der Angemessenheit von Preisen hat die WEKO im Fall *Terminierung Mobilfunk*²⁷³ ausgeführt: «Im Sinne dieses Ausbeutungstatbestandes ist ein Preis, den

²⁶⁹ BGE 137 II 199, 211 E. 4.3.4 (= RPW 2011/3, 446 E. 4.3.4), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

²⁷⁰ BGE 137 II 199, 211 f. E. 4.3.5 (= RPW 2011/3, 446 E. 4.3.5), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

²⁷¹ Vgl. BGE 137 II 199, 212 ff. E. 5 (= RPW 2011/3, 446 ff. E. 5), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

²⁷² Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 741.

²⁷³ RPW 2007/2, 272 Rz 198, *Terminierung Mobilfunk*.

ein marktbeherrschendes Unternehmen festlegt, unangemessen, wenn er nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist. Zu beachten ist jedoch, dass in der Aussicht, Gewinne über dem Wettbewerbsniveau zu erzielen, oftmals der Anreiz zu risikoreichen Investitionen und Innovationen liegt. Die Bekämpfung von Preisen über Wettbewerbsniveau darf somit nicht dazu führen, dass dieser Anreiz, den Leistungswettbewerb überhaupt erst aufzunehmen, zum Erliegen kommt. Das KG greift mit anderen Worten nur dort ein, wo die Preise nicht (mehr) das Resultat des Leistungswettbewerbs, sondern Ergebnis einer Wettbewerbsbeschränkung sind und wo demzufolge die Renditennormalisierungsfunktion, welche die Preisbildung im wirksamen Wettbewerb determiniert, ausgeschaltet ist.»²⁷⁴

793. Bei der Frage der Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen ist nicht nur der Schwere des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners Rechnung zu tragen, sondern es sind auch allfällige Behinderungswirkungen zu Lasten dritter Unternehmen zu berücksichtigen.²⁷⁵

794. Teleclub versuchte mit den in Frage stehenden Vertragsklauseln u. a. zu verhindern, dass bei zukünftigen [Geschäftsgeheimnis] die grossen Telekommunikationskonzerne Cablecom und Sunrise mitbieten können. Diese Klauseln waren auch [Geschäftsgeheimnis]. Die Klauseln verhindern den Leistungswettbewerb sowohl nachfrageseitig auf der Marktstufe der [Geschäftsgeheimnis] als auch angebotsseitig auf der Marktstufe der Pay-TV-Programmveranstalter. Die den Vertragspartnern Cablecom und Sunrise auferlegten Geschäftsbedingungen verunmöglichen diesen zukünftig insbesondere den Markteintritt als [Geschäftsgeheimnis]. Damit schottet Teleclub diese Marktstufen vor potentiellen Konkurrenten ab. Die Wettbewerbsfreiheit von Cablecom und Sunrise wurde damit massiv behindert.

795. Nach der Darstellung von Cablecom handelt es sich bei der [Geschäftsgeheimnis] zwar um das Gegenstück zu der von Cablecom verlangten Klausel, wonach sich Teleclub verpflichten sollte, eine [Geschäftsgeheimnis] zu unterlassen. Damit besteht auf den ersten Blick ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in einer Verhandlungssituation. Allerdings ist zu beachten, dass der Verzicht auf eine [Geschäftsgeheimnis] durch Teleclub, soweit es das hier relevante Sportangebot betrifft, kein freiwilliger Akt von Teleclub darstellt. Vielmehr durfte Teleclub [Geschäftsgeheimnis] aufgrund der Marktbeherrschung gar nicht in diskriminierender Weise [Geschäftsgeheimnis]. Vor diesem Hintergrund besteht kein Austausch von Leistung und angemessener Gegenleistung.

796. Anders als Cablecom verlangte Sunrise von Teleclub keine [Geschäftsgeheimnis]. Die [Geschäftsgeheimnis] war bereits im ersten Vertragsentwurf von Teleclub vorhanden. Die [Geschäftsgeheimnis] stellt daher bei Sunrise von Vornherein kein Gegenstück zu einer Forderung von Sunrise dar. Sunrise geht davon aus, dass ohne die [Geschäftsgeheimnis] gar kein Vertrag zustande gekommen wäre.

797. Das Tatbestandselement der Unangemessenheit ist damit gegeben.

B.4.3.4.4 Wettbewerbsbehinderung

798. Die vorliegenden Geschäftsbedingungen führen zu Konkurrenzverboten auf den (hier nicht näher abzugrenzenden) Märkten für die Vergaben von [Geschäftsgeheimnis] sowie für Pay-TV-Programmanbieter. Insbesondere in den Vergabemärkten für Schweizer Fussball und Eishockey vermag das Konkurrenzverbot den Wettbewerb wohl zu beseitigen.

²⁷⁴ Vgl. zum Ganzen auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 298 ff., m.w.Hinw.

²⁷⁵ Vgl. BOTSCHAFT 95 (Fn 82), 573; vgl. auch CLERC/KELLEZI, Commentaire romand LCart (Fn 209), Art. 7 II LCart Rz 176 ff.

799. Zwar zeichnen sich diese Vergabemärkte angebotsseitig regelmässig durch Exklusivitäten aus. Durch die exklusive Vergabe der Rechte können diese Exklusivitäten unter anderem auch auf den nachgelagerten Markt für Pay-TV-Programmanbieter übertragen werden. Allerdings ist dabei Wettbewerb grundsätzlich trotz einer zeitlich begrenzten Exklusivität möglich, sofern gewisse Bedingungen erfüllt sind: einerseits muss ein regelmässiger, fairer und nicht-diskriminierender Wettbewerb um den Markt möglich sein; andererseits muss der Markteintritt für Mitbewerber realistisch sein. In diesem Zusammenhang ist entscheidend, dass bei einer zukünftigen Ausschreibung der Rechte alle potentiellen Bieter diese Rechte tatsächlich erwerben können. Gleichermassen darf der bisherige Rechteinhaber bei zukünftigen Vergaben keinen systematischen Vorteil gegenüber den potentiellen Erwerbern haben, d. h. mit jeder Ausschreibung muss der Wettbewerb um den Markt von Neuem beginnen können.²⁷⁶

800. In der Schweiz gibt es nur wenige potentielle Käufer für exklusive Pay-TV-Übertragungsrechte, da nur wenige Unternehmen die damit verbundenen Investitionen tätigen können. Neben grossen Programmveranstaltern sind insbesondere die grossen TV-Plattformanbieter überhaupt in der Lage, entsprechende Investitionen tätigen zu können. In dieser Situation werden vorliegend die beiden nach Swisscom grössten Telekommunikationsunternehmen der Schweiz vertraglich daran gehindert, künftig bei der Vergabe von Übertragungsrechten für die höchsten Schweizer Eishockey- und Fussballligen mitzubieten. Damit schaltet Cinetrade zwei der gewichtigsten potentiellen Konkurrenten auf den Vergabemärkten aus. Ohne zusätzliche Bieter wird der Wettbewerb um die Übertragungsrechte verfälscht.

801. Im Übrigen werden aufgrund dieses Konkurrenzverbots die Einnahmen der ursprünglichen Rechteinhaber, der Vereine und allenfalls noch der Sportverbände, weit unter den unter Wettbewerbsverhältnissen möglichen Einnahmen ausfallen. [Geschäftsgeheimnis]

802. Teleclub bringt in diesem Zusammenhang vor, dass sich Cablecom gar nicht an die [Geschäftsgeheimnis] gehalten habe, weshalb diese auch keine Auswirkungen gehabt hätte. Dazu ist anzumerken, dass sich Teleclub nach Angaben von Cablecom [Geschäftsgeheimnis] SFL offensichtlich durch Teleclub bei der Rechtevergabe beeinflusst [Geschäftsgeheimnis]. Es kann daher keine Rede davon sein, dass die fragliche Klausel keine Auswirkungen gehabt hätte.

803. Das Element der wettbewerbsbehindernden Effekte ist damit auch gegeben.

B.4.3.4.5 Rechtfertigungsgründe²⁷⁷

804. Im vorliegenden Falle sind keine objektiven Rechtfertigungsgründe für die Cablecom und Sunrise auferlegten Geschäftsbedingungen zu erkennen. Gleichermassen ist festzustellen, dass die in Frage stehenden Vertragsklauseln den wirksamen Wettbewerb auf den vorgelegten Vergabemärkten beseitigen dürften, wofür keine Effizienzgründe ersichtlich sind.

805. Unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände gehen auch die Vorbringen von Swisscom, dass [Geschäftsgeheimnis] gerechtfertigt sein könnte, sofern ein regelmässiger intensiver Wettbewerb um den relevanten Markt stattfinden könne, an der Sache vorbei, da gerade dieser regelmässige Wettbewerb durch die erwähnten Vertragsklauseln verhindert wird.

B.4.3.4.6 Stellungnahmen zur Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen

I. Stellungnahme von Swisscom

²⁷⁶ Vgl. KLEMPERER (Fn 197), 264 f.; vgl. auch Ausführungen zum potentiellen Wettbewerb in Abschnitt B.4.2.4.2.

²⁷⁷ Vgl. Rz 679 ff.

806. Swisscom macht geltend, die Wettbewerbsbehörden hätten das Verbot der Content-Akquisition in der Vergangenheit als kartellrechtlich unproblematisch beurteilt. Diesbezüglich beruft sich Swisscom auf den Vertrauensschutz und macht einen Verstoss gegen den Grundsatz «ne bis in idem».

807. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 271 ff. verwiesen werden.

808. Swisscom bringt weiter vor, Teleclub habe weder gegenüber Cablecom noch Sunrise die betreffende Klausel [Geschäftsgeheimnis] erzwungen. Hätte das Sekretariat die Akten der Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable beigezogen, hätte es eingehende Erläuterungen darüber erhalten, wie es zu dem Abschluss der Vergleichsverträge gekommen sei, und nicht daran festgehalten, dass die Klausel erzwungen worden sei. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts sei die im Oktober 2006 zwischen Teleclub und Cablecom vereinbarte Content-Akquisitionsklausel [Geschäftsgeheimnis] nicht unter Ausübung von Marktmacht durch Teleclub vereinbart worden. Die Klausel sei vielmehr das Ergebnis ausgiebiger Verhandlungen und füge sich in ein gesamtheitliches, ausgewogenes Vertragswerk ein. Sie sei entsprechend im Gesamtkontext des Vertrags zu sehen. Im Sinne des «Gleichgewichts der Kräfte» hätten sich sowohl Teleclub als auch Cablecom Beschränkungen auferlegt. Von einem ökonomischen Druck könne angesichts dieser weitreichenden Zugeständnisse seitens Teleclubs nicht gesprochen werden. Das Sekretariat ignoriere, dass Cablecom keineswegs auf Teleclub angewiesen sei und stattdessen versuche, Teleclub mit allen Mitteln auf ihrer Plattform zu behindern. Auch in Bezug auf den Vertrag mit Sunrise fehle es an jedem Indiz für eine Erzwingung.

809. Hierzu kann zunächst festgehalten werden, dass der Markteintritt von Swisscom verbunden mit der vertikalen Integration von Teleclub einen Einfluss auf die Verteilung der Verhandlungsmacht zugunsten von Teleclub hatte (vgl. Rz 581 f. und 664 ff.). So führt Cablecom auch aus, dass mit dem Markteintritt von Swisscom Cablecom gezwungen gewesen sei, der Content-Klausel zuzustimmen, um die Wettbewerbsfähigkeit des Teleclub-Kabelangebots zu gewährleisten. [Geschäftsgeheimnis] Damit sahen sich Cablecom und Sunrise entgegen der Ansicht von Swisscom sehr wohl ökonomischem Druck ausgesetzt.

810. Swisscom bringt vor, [Geschäftsgeheimnis] Betreffend Sunrise müsse berücksichtigt werden, dass die Klausel bisher nie zur Anwendung hätte gelangen können, weil die letzte Rechtevergabe im Zeitpunkt des Markteintritts von Sunrise in den TV-Markt bereits vorüber gewesen sei.

811. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass es um die Erzwingung der fraglichen Klauseln an sich geht und nicht um deren Durchsetzung.

812. Swisscom bringt zudem vor, die Content-Akquirierungsklausel sei angemessen. Dies ergebe sich aus einer Gesamtbetrachtung der übrigen vertraglichen Bestimmungen. Wettbewerbsverbote, welche den [Geschäftsgeheimnis] absichern würden, seien gemäss gefestigter WEKO-Praxis, laut der Vertikal-Bekanntmachungen und gemäss EU-Praxis für eine Dauer von bis zu fünf Jahren zulässig.

813. Entgegen der Ansicht von Swisscom ist die Content-Akquirierungsklausel nicht angemessen (vgl. Rz 792 ff.). Zudem geht die Berufung auf die Regelung bezüglich vertikaler Vereinbarungen an der Sache vorbei. Vorliegend geht es nicht um einen [Geschäftsgeheimnis] durch Cablecom und Sunrise. Vielmehr sollten diese daran gehindert werden, bei zukünftigen [Geschäftsgeheimnis] mitzubieten.

814. Swisscom macht geltend, eine Wettbewerbsbehinderung sei in Bezug auf Sunrise sogar gänzlich ausgeschlossen: Sunrise bemühe sich nicht um Content, um eigene Pay-TV-Angebote im Sportbereich zusammenzustellen. Zudem sei Sunrise erst spät in den TV-Markt eingestiegen, die Klausel sei im Mai 2012 vereinbart worden. Diese könne sich bisher nicht

auswirken. Die Klausel habe auch nicht Liberty Global bei ihrer aggressiven Content-Strategie behindert. Eine Wettbewerbsbehinderung sei daher nicht erkennbar.

815. Entgegen der Ansicht von Swisscom ist eine Wettbewerbsbehinderung sowohl in Bezug auf Sunrise als auch auf Cablecom gegeben (vgl. Rz 798). Selbst wenn Sunrise sich nie um Content bemüht haben sollte, ist dies vor dem Hintergrund potenzieller Konkurrenz irrelevant. Aufgrund des Content-Akquirierungsverbots ist Sunrise die Möglichkeit genommen, jemals beim fraglichen Contenterwerb in Wettbewerb zu treten. Zudem stellt sich die Frage, warum Teleclub den Vertragsschluss gegenüber Sunrise offenbar nicht zuletzt vom Content-Akquisitionsverbot abhängig machte, wenn diesem keine Bedeutung zukommen sollte. In Bezug auf Cablecom ist festzuhalten, dass Teleclub das Content-Akquirierungsverbot im Wettbewerb um den Erwerb der Übertragungsrechte gegen Cablecom verwendet hat (vgl. Rz 788 und 802).

B.4.3.4.7 Zwischenergebnis

816. Daher ergibt sich, dass Teleclub gegenüber Cablecom und Sunrise unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV, dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV sowie den nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV erzwungen hat. Das tatbestandsmässige Verhalten erfolgte im Zeitraum von Oktober 2006 bis mindestens 2013.

B.4.4 Ergebnis

817. Im Ergebnis ist festzustellen, dass sich Teleclub bzw. Swisscom in mehrfacher Hinsicht unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten hat:

- Teleclub hat die Geschäftsbeziehung gegenüber verschiedenen TV-Plattformanbietern im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV sowie im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG in ungerechtfertigter Weise verweigert (Dezember 2010 bis mindestens Sommer 2013).
- Teleclub hat verschiedene TV-Plattformanbieter bei der Bereitstellung von Sport-Content im Pay-TV in zweifacher Hinsicht unzulässigerweise diskriminiert im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG (November 2006 bis mindestens Sommer 2013).
- Teleclub hat gegenüber Cablecom und Sunrise unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG erzwungen (Oktober 2006 bis mindestens 2013).

C Massnahmen

818. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 819 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 842 ff.).

C.1 Anordnung von Massnahmen / Einvernehmliche Regelung

819. Liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.²⁷⁸

820. Vorneweg ist festzuhalten, dass sich Massnahmen nur solange rechtfertigen, wie ein entsprechendes tatbestandsmässiges Verhalten droht. Bei Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG kommt dabei insbesondere der Marktbeherrschung entscheidende Bedeutung zu. Eine grundsätzlich unter Art. 7 KG fallende Verhaltensweise ist nur dann tatbestandsmässig, wenn (auch) das Tatbestandselement der Marktbeherrschung vorliegt. Entsprechend droht auch höchstens so lange eine tatbestandsmässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG durch ein Unternehmen, wie dieses marktbeherrschend ist.

821. Eine gegenüber Swisscom anzuordnende Massnahme ist daher zeitlich auf die Dauer der Marktbeherrschung von Swisscom zu beschränken. Sollte Swisscom in Zukunft, insbesondere nach einer neuen Rechtevergabe über keine marktbeherrschende Stellung mehr verfügen (vgl. Abschnitt B.4.2), ist die Massnahme nicht mehr gerechtfertigt.

822. Zudem ist es in der vorliegenden Konstellation zu berücksichtigen, dass selbst wenn Swisscom nach einer neuen Rechtevergabe wiederum über eine marktbeherrschende Stellung verfügen sollte, gewisse Verhaltensweisen gerechtfertigt sein könnten, sofern die Rechtevergabe die Voraussetzungen des fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerbs erfüllen (vgl. Abschnitte B.4.3.2.4 und B.4.3.3.4).

823. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend anzuordnenden Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.²⁷⁹

C.1.1 Massnahmen betreffend die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

824. Bezüglich der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Abschnitt B.4.3.2) kommt grundsätzlich nur ein Verbot der Verhaltensweise in Frage. Es ist keine mildere Massnahme ersichtlich, welche die festgestellte Wettbewerbsbehinderung (Abschnitte B.4.3.2.3) beseitigen könnte. Ein Verbot der Verweigerung erweist sich deshalb grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen.

825. Entsprechend der vorliegenden Feststellung erfolgt die tatbestandsmässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV und dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV (vgl. Rz 720). Die durch die Verweigerung bewirkte Wettbewerbsbeschränkung lässt sich ohne Weiteres durch Beendigung der Verweigerung beseitigen. Anders ausgedrückt, wenn Swisscom das verweigerte Gut – Schweizer Fussballübertragungen im Pay-TV und Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV – keinem TV-Plattformanbieter mehr vorenthält, entfällt die festgestellte Wettbewerbsbehinderung hinsichtlich Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG. Dabei würde es genügen (vgl. Abschnitt B.4.3.3.3), dass den TV-

²⁷⁸ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 19), Art. 30 KG N 58 f.

²⁷⁹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

Plattformanbietern eines der Substitute (PPV oder PPC) angeboten würde. Nicht erforderlich wäre hingegen das Angebot beider Substitute.

826. Für Swisscom wäre daher eine Massnahme im folgenden Sinne anzuordnen: Swisscom wird verpflichtet, allen TV-Plattformen in der Schweiz das vorliegend relevante Teleclub-Sportangebot («Schweizer Fussballübertragungen im Pay-TV», «Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV» und «ausländische Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV») zu nicht-diskriminierenden Bedingungen mittels PPV oder PPC unter Vorbehalt etwaiger «Legitimate Business Reasons» zur Verfügung zu stellen und gleichzeitig im Rahmen der festgestellten marktbeherrschenden Stellungen von jeglichem Verhalten Abstand zu nehmen, das den gleichen oder einen ähnlichen Zweck oder die gleiche oder eine ähnliche Wirkung haben könnte wie der Verstoss.

827. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die vorliegend relevanten Vergabeperioden für die im Mittelpunkt stehenden Rechte an den Schweizer Fussball- und Eishockeyligen nach Ablauf der Saison 2016/17 enden. Im Jahr 2016 erfolgen Neuausschreibungen für die Fussball- und Eishockeyligen für die Saisons ab 2017/18. Zurzeit ist unklar, wie sich die Verhältnisse nach den Neuausschreibungen präsentieren. Dies impliziert, dass nicht abgeschätzt werden kann, ob die tatbestandsmässigen Verhaltensweisen für die kommenden Saisons weiterhin drohen. Dabei ist wie erwähnt festzuhalten, dass sich Massnahmen nur solange rechtfertigen, als ein entsprechendes tatbestandsmässiges Verhalten droht.

828. Selbst wenn die vorliegende Verfügung sofort rechtskräftig würde, wäre Swisscom eine angemessene Zeit einzuräumen, um den anderen TV-Plattformen ein angemessenes Angebot zu unterbreiten. Auch wäre eine Zeitspanne für Vertragsverhandlungen zu berücksichtigen. Schliesslich ist davon auszugehen, dass die KNU das vollständige Sportangebot von Teleclub nicht umgehend auf ihren Plattformen implementieren könnten. Cablecom sprach in diesem Zusammenhang beispielsweise von einem [Geschäftsgeheimnis].

829. Nachdem der Ausgang der nächsten Vergabe ungewiss ist und nicht davon auszugehen ist, dass die anzuordnenden Massnahmen noch in der laufenden Vergabeperiode bzw. höchstens noch für eine kurze Zeitspanne effektiv umgesetzt werden könnten, erweist sich die Anordnung der an sich gerechtfertigten Massnahme insgesamt als nicht notwendig. Deshalb ist auf die Anordnung der Massnahme zu verzichten.

C.1.2 Massnahmen betreffend die Diskriminierung von Handelspartnern

830. Auch bezüglich der Diskriminierungen von Handelspartnern (Abschnitt B.4.3.3) kommt nur ein Verbot der Verhaltensweisen in Frage. Es sind keine mildereren Massnahmen ersichtlich, welche die festgestellten Wettbewerbsbehinderungen (Abschnitt B.4.3.3.3) beseitigen könnten. Ein Verbot der Diskriminierungen erweist sich deshalb grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen.

831. Die festgestellten Diskriminierungen von Handelspartnern betreffen den nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV, den nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV sowie die nationalen Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV (vgl. Abschnitt B.4.3.3.3 und Rz 780). Die Diskriminierungen können beseitigt werden, indem Swisscom gleichartige Situationen gleich behandelt (vgl. Abschnitt B.4.3.3.1).

832. Wie sich aufgrund der vorliegenden Analyse zeigt (vgl. Abschnitt B.4.3.3.1), besteht eine Diskriminierung sowohl hinsichtlich des Umfangs des Sportangebots von Teleclub als auch der Koppelung von Basis- und Sportpaket. Bezüglich beider Diskriminierungen ist festzustellen, dass für die davon betroffenen Güter «Schweizer Fussballübertragungen im Pay-TV»,

«Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV» und «ausländische Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV» grundsätzlich Substitute vorliegen: Teleclub Sport PPV und PPC. Vorausgesetzt ist indes, dass das PPC-Angebot dieselben Spiele wie das PPV-Angebot enthält und im selben Mass an ein anderes Programmpaket gekoppelt ist, wie das PPV-Angebot, welches derzeit nicht mit einem anderen TV-Angebot gekoppelt ist (Rz 452 ff.). Um die Diskriminierung zu beseitigen genügt es nun (vgl. Abschnitt B.4.3.3.3), dass den TV-Plattformanbietern eines der Substitute angeboten wird, soweit PPC und PPV bei allen Plattformen gleichermaßen gekoppelt bzw. entkoppelt sind.

833. Zur Anordnung der Massnahme ist auf die Ausführungen in den Randziffern 826 ff. zu verweisen. Auf die Anordnung der Massnahme ist daher auch hier zu verzichten.

C.1.3 Massnahmen betreffend die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen

834. Auch hinsichtlich der festgestellten Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen gegenüber Cablecom und Sunrise (vgl. Abschnitt B.4.3.4) kommt einzig ein Verbot der Verhaltensweise in Frage. Ein milderer Mittel ist nicht ersichtlich. Mit dem Verzicht auf das [Geschäftsgeheimnis] (Rz 783 ff.) entfällt die damit zusammenhängende Wettbewerbsbeschränkung (Rz 798 ff.). Eine entsprechende Massnahme erweist sich daher grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen.

835. Dementsprechend wäre [Geschäftsgeheimnis] des Vertrags Cablecom aufzuheben, wonach [Geschäftsgeheimnis] Ebenso wäre [Geschäftsgeheimnis] der Vereinbarung Sunrise aufzuheben, [Geschäftsgeheimnis]

836. Zu berücksichtigen ist indes, dass gemäss Art. 20 OR ein Vertrag (bzw. Teile davon), der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, zivilrechtlich nichtig ist. Durch die Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit der entsprechenden Vertragsklauseln ergibt sich deren Nichtigkeit von Gesetzes wegen.²⁸⁰ Eine formelle Aufhebung im Dispositiv erübrigt sich daher. Es sind somit diesbezüglich keine Massnahmen im Dispositiv anzuordnen.

C.1.4 Stellungnahmen zu den Massnahmen

C.1.4.1 Stellungnahme von Cablecom, Finecom und Sasag

837. Cablecom, Finecom und Sasag beantragen die Ergänzung des Dispositivs, wonach Swisscom zu verpflichten sei, allen TV-Plattformen in der Schweiz – soweit technisch möglich – ein gleichwertiges Teleclub-Sportangebot sowohl im PPV als auch im PPC zu nicht diskriminierenden Bedingungen hinsichtlich Umfang, Preis und Bundling anzubieten. Denn es bestehe keine Austauschbarkeit zwischen dem PPV- und PPC-Angebot.

838. Da vorliegend nicht von getrennten PPV- und PPC-Märkten auszugehen ist (vgl. Rz 500), erübrigen sich weitere Ausführungen.

C.1.4.2 Stellungnahme von Sunrise

839. Sunrise beantragt, dass das Dispositiv ausdrücklich Bezug auf den Tatbestand der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen Bezug nimmt. Die in Ziffer 2 des Dispositivs enthaltene Massnahme sei wie folgt zu ergänzen: «[...] zu nicht-diskriminierenden und

²⁸⁰ Vgl. RETO JACOBS/GION GIGER, BSK KG, Vor Art. 12–17 KG, N 29 ff.

angemessenen Bedingungen anzubieten.» Die Vereinbarung von Sunrise mit Teleclub umfasse [Geschäftsgeheimnis]. Der Antrag spreche [Geschäftsgeheimnis].

840. Hierzu kann auf Randziffer 836 verwiesen werden: Die Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vertragsklauseln ergibt sich aus dem Obligationenrecht. Für die deklaratorische Feststellung der Nichtigkeit besteht kein Rechtsschutzinteresse.

C.1.5 Ergebnis

841. In Bezug auf die kartellrechtswidrige Verweigerung und Diskriminierungen erwiesen sich Massnahmen aufgrund der Ungewissheit der nächsten Vergaben und der kurzen Restdauer der laufenden Vergabeperiode (Fussball und Eishockey) insgesamt als nicht notwendig. Deshalb ist auf die Anordnung von Massnahmen zu verzichten. Hinsichtlich der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen ergibt sich die Nichtigkeit aufgrund der Kartellrechtswidrigkeit der entsprechenden Vertragsklauseln von Gesetzes wegen. Somit sind diesbezüglich keine Massnahmen anzuordnen.

C.2 Sanktionierung

C.2.1 Allgemeines

842. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.²⁸¹ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.²⁸²

C.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

843. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

C.2.2.1 Unternehmen

844. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.²⁸³ Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 308 ff. verwiesen.

C.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

845. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer

²⁸¹ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

²⁸² BBI 2002 2022, 2034.

²⁸³ Statt vieler: JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden zweiten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält im Sinne von Art. 7 KG.

846. Zur Vermeidung von Redundanzen kann hier auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden, insb. auch das Fazit in Rz 817. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind.

C.2.3 Vorwerfbarkeit

847. Nach der Praxis der WEKO und der Gerichte muss dem Unternehmen nebst der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zumindest ein «fahrlässiges» Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt, obwohl es sich bewusst ist, dass es möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.²⁸⁴ Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens.²⁸⁵

848. Die vorliegend zur Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 7 KG führenden Sachverhaltselemente waren den Untersuchungsadressatinnen bekannt bzw. mussten ihnen bekannt sein. Es musste ihnen insbesondere bewusst sein, dass Teleclub im Bereich Pay-TV mit einiger Wahrscheinlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügen dürfte. Dies nicht zuletzt auch aufgrund der Teleclub betreffenden Praxis der WEKO sowie des Bundesgerichts, insbesondere des Zusammenschlussverfahrens Swisscom/Cinetrade. Sicheres Wissen um die Marktbeherrschung kann hier nicht verlangt werden, hängt diese doch regelmässig von der Marktabgrenzung ab. Aufgrund der bisherigen Praxis der WEKO und der entsprechenden Rechtsprechung im Bereich Pay-TV konnten die Untersuchungsadressatinnen aber keinesfalls darauf vertrauen, nicht marktbeherrschend zu sein.

849. Dass Teleclub Swisscom hinsichtlich Content und Verbreitungsart bzw. Koppelung anders behandelt hat als die anderen Plattformanbieter, war den Untersuchungsadressatinnen offenkundig nicht nur bekannt sondern war von diesen explizit beabsichtigt (vgl. Rz [Geschäftsgeheimnis] und [Geschäftsgeheimnis]). Es darf auch als den kartellrechtlich bewanderten Untersuchungsadressatinnen bekannt angesehen werden, dass Verweigerungen und Ungleichbehandlungen durch marktbeherrschende Unternehmen kartellrechtlich problematisch sind.²⁸⁶ Es kann daher ohne Weiteres gesagt werden, dass den Untersuchungsadressatinnen zumindest die Möglichkeit der Kartellrechtswidrigkeit ihres Verhaltens bewusst sein musste. Der objektive Sorgfaltsmangel im Sinne der Rechtsprechung kann jedenfalls als gegeben erachtet werden.

C.2.3.1 Stellungnahmen der Parteien zur Vorwerfbarkeit

C.2.3.1.1 Stellungnahme von Swisscom

850. Swisscom macht geltend, sie sei – soweit entgegen ihrer Ansicht überhaupt eine missbräuchliche Verhaltensweise vorliege – mangels Vorhersehbarkeit der marktbeherrschenden Stellung einem unvermeidbaren Sachverhalts- und Rechtsirrtum unterlegen. Für die Untersuchungsadressatinnen sei die vorgenommene Marktabgrenzung nicht vorhersehbar gewesen,

²⁸⁴ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigruppe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

²⁸⁵ Vgl. BGE 139 I 72, nicht publ. E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2), *Publigruppe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

²⁸⁶ Vgl. insb. RPW 2005/2, 379 Rz 168, *Swisscom/Cinetrade*.

da eine solche Marktabgrenzung bisher noch nie dergestalt vorgenommen worden sei. Daher sei für sie auch die daraus resultierende marktbeherrschende Stellung nicht vorhersehbar gewesen. Die Untersuchungsadressatinnen hätten stattdessen nach der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden davon ausgehen können, dass Bereitstellungsmärkte für Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie ausländische Fussballübertragungen nicht existieren würden. Eine fahrlässige Begehung bestehe vorliegend ebenfalls nicht, da die Untersuchungsadressatinnen keinerlei Hinweise auf diese neue Marktabgrenzung und damit auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gehabt hätten. Es habe kein Anlass bestanden, ihr Verhalten zu hinterfragen. Eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit sei deswegen zu verneinen.

851. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz eine Regelung hinsichtlich des von Swisscom geltend gemachten Sachverhaltsirrtums enthält, wie dies etwa für das Strafrecht in Art. 13 StGB²⁸⁷ der Fall ist. Auch die Rechtsprechung hat für das Kartellrecht bislang nicht geklärt, ob sich ein Unternehmen im Hinblick auf seine grundsätzlich bestehende Sorgfaltspflicht überhaupt, und allenfalls unter welchen Voraussetzungen, auf falsche Vorstellungen über den Sachverhalt berufen kann. Insbesondere ist unklar, ob und inwieweit allenfalls strafrechtliche Grundsätze für die Beurteilung herangezogen werden können.²⁸⁸ Dabei ist immerhin festzuhalten, dass sich der Gesetzgeber im Rahmen der Beratung zu Art. 49a KG einlässlich mit den Begriffen «Vorsatz» und «Fahrlässigkeit» auseinandergesetzt hat.²⁸⁹ Das Parlament stimmte schliesslich dem Entwurf des Bundesrates zu, welcher die direkten Sanktionen als verschuldensunabhängige Administrativsanktionen ausgestaltet hat. «Dies hat zur Folge, dass eine Sanktionierung auch dann erfolgen kann, wenn das Unternehmen, dem ein fehlbares Verhalten vorgeworfen wird, weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat.»²⁹⁰

852. Art. 13 Abs. 1 StGB bestimmt, dass, soweit der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt handelt, das Gericht die Tat zu Gunsten des Täters nach dem Sachverhalt beurteilt, den sich der Täter vorgestellt hat. Hätte der Täter den Irrtum aber bei pflichtgemässer Vorsicht vermeiden können, so ist er gemäss Art. 13 Abs. 2 StGB wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht ist. Art. 13 StGB hält allerdings nichts fest, was nicht ohnehin im Rahmen des subjektiven Tatbestands zu prüfen wäre. So handelt es sich beim Sachverhaltsirrtum schlicht um einen Vorsatzmangel.²⁹¹ Ungeachtet des Umstands, dass die strafrechtlichen Begriffe «Vorsatz» und «Fahrlässigkeit» (Art. 12 StGB) nicht unbesehen auf das Kartellrecht übertragbar sind, genügt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts das Vorliegen einer fahrlässigen Begehung.²⁹² In der Terminologie von Art. 13 StGB wäre mithin zu prüfen, ob ungeachtet der Frage, inwiefern bei den verantwortlichen natürlichen Personen der Swisscom-Gruppe eine Fehlvorstellung über relevante Aspekte des Sachverhalts bestanden hat, eine solche Fehlvorstellung bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermeiden werden können.

853. Entsprechend dem festgestellten Sachverhalt (vgl. Abschnitt A.4.3.5) wusste Swisscom, dass die konkurrierenden TV-Plattformanbieter ein Interesse daran hatten, ihren Kunden den Bezug des Teleclub-Sportangebots zu ermöglichen. Mit anderen Worten wusste Swisscom, dass eine Nachfrage der TV-Plattformanbieter nach dem Teleclub-Sportangebot und mithin

²⁸⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Strafgesetzbuch, StGB; SR 311.0).

²⁸⁸ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 683 Rz 700, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

²⁸⁹ Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2002 N 1450 ff.; AB 2003 S 333 ff.

²⁹⁰ Vgl. Votum Peter Spuhler, AB 2002 N 1450.

²⁹¹ Vgl. BGE 134 II 33, E. 5.3; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER., in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), 2013 (nachfolgend BSK StGB I), Art. 13 StGB N 8.

²⁹² Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 678 Rz 676, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

auch ein entsprechender Markt bestand. Dabei ist es unerheblich, dass in der bisherigen Praxis kein entsprechender Bereitstellungsmarkt abgegrenzt worden ist, zumal Swisscom wie erwähnt die der Abgrenzung zugrunde liegenden Tatsachen bekannt waren. Angesichts der evidenten und Swisscom bekannten Nachfrage der TV-Plattformanbieter konnte Swisscom nicht darauf vertrauen, die Wettbewerbsbehörden würden auch inskünftig keinen entsprechenden Markt abgrenzen – wobei anzumerken ist, dass dieser Aspekt ohnehin keine Frage eines allfälligen Sachverhaltsirrtums sondern vielmehr des Vertrauensschutzes über zukünftiges behördliches Handeln wäre.

854. Auch die zur konkreten Marktabgrenzung (vgl. Abschnitt B.4.1.2) führenden Daten waren Swisscom bekannt, handelt es sich doch fast ausschliesslich um ihre eigenen Daten. Weiter kann vorausgesetzt werden²⁹³, dass Swisscom die Beurteilung der EU-Kommission bekannt war, wonach sich Märkte für Sportübertragungsrechte von anderen Content-Märkten deutlich unterscheiden (vgl. Rz 416), zumal sie sich selber um entsprechende Rechte bemüht hat und die (kartell-)rechtlichen Aspekte einer solchen Investition zweifellos durch ihre eigene Rechtsabteilung intensiv geprüft hat. Entsprechend war ihr hinsichtlich der Übertragungsrechte auch die Sonderstellung von Fussball bekannt (vgl. Rz 423). Zwar geht es vorliegend um andere als von der EU-Kommission beurteilte Märkte. Es ist aber ohne Weiteres naheliegend, dass sich die Nachfrage nach Sportrechten nicht wesentlich von der Nachfrage nach der Bereitstellung entsprechender Inhalte unterscheiden würde. Jedenfalls mussten die Verantwortlichen von Swisscom bei pflichtgemässer Vorsicht erkennen, dass Fussball und – aufgrund der vergleichbaren Situation in der Schweiz – auch Eishockey nicht durch andere Inhalte substituiert werden können und die Märkte mithin entsprechend eng abzugrenzen sind. Swisscom war auch bekannt, dass sie als einzige Anbieterin die fraglichen Inhalte bereitgestellt hat. Ihr waren zweifellos auch die Marktzutrittsschranken und die weiteren Umstände (vgl. Abschnitt B.4.2) bekannt, welche zur Beurteilung führten, dass Swisscom im untersuchungsrelevanten Zeitraum in den fraglichen Märkten marktbeherrschend war. Soweit sich Swisscom also tatsächlich in einem Irrtum über ihre marktbeherrschende Stellung befunden haben sollte, wäre dieser Irrtum jedenfalls bei pflichtgemässer Vorsicht vermeidbar gewesen.

855. Eventualiter macht Swisscom geltend, dass selbst wenn kein Sachverhaltsirrtum vorliegen sollte, jedenfalls betreffend der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen ein Rechtsirrtum nach Art. 21 StGB vorliege. Die Wettbewerbsbehörden hätten die Vergleichsverträge zwischen Teleclub und Cablecom geprüft und für wettbewerbsrechtlich unproblematisch befunden. Damit hätten sie eine Vertrauensgrundlage und eine Fehlvorstellung bezüglich der Wettbewerbswidrigkeit betreffend das Content-Akquisitionsverbot geschaffen. Die Untersuchungsadressatinnen seien auch nicht auf den in Frage kommenden Tatbestand von Art. 7 KG oder entsprechende Fallpraxis hingewiesen worden. Sie seien daher von der Zulässigkeit der fraglichen Verträge überzeugt gewesen.

856. Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit strafrechtlicher Bestimmungen sei zunächst auf Rz 851 verwiesen. Art. 21 StGB (Irrtum über die Rechtswidrigkeit) bestimmt: «Wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, handelt nicht schuldhaft. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe.» Ein Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB liegt vor, wenn der Täter aus zureichenden Gründen annahm, er sei zur Tat berechtigt. Zureichend ist ein Grund nach der Rechtsprechung nur, wenn dem Täter aus seinem Irrtum kein Vorwurf gemacht werden kann, weil er auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen (BGE 98 IV 293, E. 4a). Vermeidbar ist ein Verbotsirrtum regelmässig, falls der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelte oder hätte Zweifel haben müssen. Wenn Anlass zu Zweifeln an der Rechtmässigkeit des Verhaltens besteht, muss sich der Täter grundsätzlich bei der zuständigen

²⁹³ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 680 Rz 686, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

Behörde zuvor näher informieren. Soweit die Entschuldbarkeit des geltend gemachten Verbotssirrtums zu verneinen ist, kann die Frage offenbleiben, ob der Täter sein Verhalten überhaupt für rechtmässig hielt (BGE 129 IV 6 E. 4.1 S. 18 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein früherer Freispruch durch den zuständigen Richter bei gleichem Sachverhalt ausreichend für die Berufung auf einen Rechtsirrtum. Dies gilt selbst, wenn der Staatsanwalt den Täter vor der zweiten Tatbegehung ausdrücklich darauf hinweist, dass er selbst und die zuständige Verwaltungsbehörde den Freispruch als Fehlentscheid betrachten (BGE 99 IV 185 E. 3a S. 186 mit Hinweis).

857. Swisscom macht in diesem Zusammenhang die gleichen Gründe geltend, die nach ihrer Ansicht bereits einen Verstoss gegen den Vertrauensgrundsatz darstellen. Wie dargelegt liegt indes kein Verstoss gegen den Vertrauensgrundsatz vor (vgl. Rz 270 ff). Gleiches gilt auch im Hinblick auf das Bestehen eines Rechtsirrtums²⁹⁴: Die WEKO hatte in der Untersuchung 32-0153: Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable das Verhalten von Swisscable bzw. Cablecom zu beurteilen. Nicht zu beurteilen waren indes allenfalls kartellrechtswidrige Verhaltensweisen von Teleclub, selbst wenn diese aus den damals eingereichten Urkunden ersichtlich gewesen wären. Entgegen der Ansicht von Swisscom lag damit keine frühere Beurteilung der Verhaltensweisen von Swisscom vor, welche sie zur Ansicht veranlasst haben könnte, ihr Verhalten sei rechtmässig. Entsprechend konnte Swisscom nicht aus zureichenden Gründen annehmen, sie sei zur Erzwingung der vorliegenden Geschäftsbedingungen berechtigt. Ein Rechts- bzw. Verbotssirrtum liegt mithin nicht vor.

C.2.4 Bemessung

858. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

859. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der KG-Sanktionsverordnung²⁹⁵ näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.²⁹⁶ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.²⁹⁷

C.2.4.1 Maximalsanktion

860. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und

²⁹⁴ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 683 Rz 702, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

²⁹⁵ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

²⁹⁶ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

²⁹⁷ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,²⁹⁸ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.²⁹⁹ Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

861. Im vorliegenden Fall sind die Geschäftsjahre 2012, 2013 und 2014 relevant. Die Swisscom-Gruppe erzielte in diesen Jahren folgende Umsätze in der Schweiz:

2012	2013	2014
[GG]	[GG]	9586

Tabelle 16: Konzernumsätze Swisscom in der Schweiz in Millionen Franken

862. Daraus ergibt sich eine Maximalsanktion von [Geschäftsgeheimnis] Franken.

C.2.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

863. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

C.2.4.2.1 Basisbetrag

864. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere 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). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.³⁰⁰ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

²⁹⁸ Vgl. BBI 2002 2022, 2037.

²⁹⁹ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (30.1.2014).

³⁰⁰ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.Hinw. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (30.1.2014).

a. Obergrenze des Basisbetrags

865. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

866. Im vorliegenden Fall ist jedoch der besonderen Marktstruktur Rechnung zu tragen (vgl. Abschnitt B.4.1.1.4). So generiert Teleclub in erster Linie mit den Teleclub-Abonnenten einen Umsatz. Gegenüber den Plattformanbietern wird demgegenüber vielfach kein Entgelt verlangt (vgl. Rz 377 ff. und 393 ff.). Auch ist zu berücksichtigen, dass aus einer Verweigerung der Geschäftsbeziehungen begriffsnotwendig kein Umsatz resultiert. Das sanktionswürdige Unrecht ist dabei aber genauso vorhanden. Weiter ist zu beachten, dass die vorliegenden unzulässigen Verhaltensweisen den TV-Plattform-Wettbewerb verzerren.

867. Der WEKO ist es gemäss Rechtsprechung nicht verwehrt, im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände auf andere als die in Art. 3 SVKG genannten Bemessungskriterien abzustellen.³⁰¹ Es rechtfertigt sich daher entsprechend dem zuvor Ausgeführten (Rz 866) für die Berechnung des Basisbetrages den Umsatz von Swisscom mit Swisscom TV und Teleclub heranzuziehen.

868. Die vorliegende Verfügung erfasst Verhaltensweisen bis 2013. Für den Basisbetrag sind daher die Geschäftsjahre 2011, 2012 und 2013 relevant.

869. Gemäss Angaben von Swisscom wird in Zusammenhang mit Bündelangeboten (vgl. Tabelle 17) der auf Swisscom TV entfallene Anteil am Umsatz nicht separat ausgewiesen.

2011	2012	2013
[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 17: Umsätze Bündelangebote Swisscom, welche Swisscom TV enthalten (ohne Teleclub) in der Schweiz in Franken

870. Der entsprechende Umsatz mit Swisscom TV ist daher vom Sekretariat zu schätzen. Gemäss Geschäftsbericht 2013 der Swisscom fielen 2011 von 608 000 Swisscom TV-Kunden 225 000 auf Einzelverträge und 383 000 auf Bündelverträge. Somit haben ungefähr 37 % der Swisscom-Kunden Swisscom TV im Einzelvertrag und 63 % im Bündelvertrag. Im Jahr 2012 verzeichnete Swisscom 270 000 Swisscom TV-Einzelverträge (34 %) und 521 000 Swisscom TV-Bündelverträge (66 %). 2013 waren es 276 000 Einzelverträge (28 %) und 724 000 Bündelverträge (72 %).³⁰²

871. Diese Angaben erlauben die Hochrechnung des Gesamtumsatzes mit Swisscom TV ausgehend vom Umsatz von Swisscom TV mit Einzelverträgen (vgl. Tabelle 18). Dementsprechend machen Swisscom TV-Abonnemente über Bündelverträge rund 63 % im Jahr 2011, 66 % im Jahr 2012 und 72 % im Jahr 2013 aus. Damit können aus den Umsätzen über Einzelverträge die Umsätze mit Swisscom TV über Bündelverträge hochgerechnet werden. Diese Umsätze sind in Tabelle 19 enthalten.

³⁰¹ Vgl. Urteil des BVGer, B-463/2010 vom 19. Dezember 2013, 88 ff. E. 13.3, *Gebro Pharma GmbH/WEKO*; RPW 2006/4, 663 Rz 247 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

³⁰² Vgl. Geschäftsbericht 2013 der Swisscom, S. 29, <<http://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/de/about/investoren/documents/2014/2013-geschaeftsbericht.pdf>> (21.01.2015).

2011	2012	2013
[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 18: Umsätze Swisscom TV («Stand alone», ohne Teleclub) in der Schweiz in Franken

2011	2012	2013
[GG] ³⁰³	[GG]	[GG]

Tabelle 19: Hochgerechnete Umsätze Swisscom TV (Bündelverträge, ohne Teleclub, ohne Einzelverträge, ohne Berücksichtigung eines etwaigen Bündelrabatts) in der Schweiz in Franken

872. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, ob die einzelnen Produkte im Bündel weniger kosten. Mit anderen Worten: Ist der Preis des Bündelvertrages kleiner als die Summe der Preise der Einzelverträge? Wenn ja, so muss dies bei der Hochrechnung berücksichtigt werden. Für eine Schätzung des Preises für Swisscom TV im Bündel kann auf die Preise von Swisscom für ihre Bündelangebote zurückgegriffen werden. Ein Vergleich zwischen Bündel³⁰⁴ und Einzelangeboten³⁰⁵ erlaubt die Schätzung, dass Swisscom TV im Bündelvertrag ungefähr 20 % weniger kostet als im Einzelvertrag. Entsprechend weisen die Umsätze gemäss Tabelle 19 die Umsätze mit Swisscom TV über Bündelverträge um 20 % zu hoch aus. Die Umsätze gemäss Tabelle 19 sind deshalb mit dem Faktor 0,8 (80 %) zu multiplizieren. Dies ergibt die Umsätze mit Swisscom TV über Bündelverträge.

2011	2012	2013
[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 20: Hochgerechnete Umsätze Swisscom TV (Bündelverträge, ohne Teleclub, ohne Einzelverträge, mit Berücksichtigung eines Bündelrabatts) in der Schweiz in Franken

873. Die zu berücksichtigenden Umsätze setzen sich aus den Umsätzen mit Swisscom TV gemäss Tabelle 18 und Tabelle 20 sowie den Umsätzen von Teleclub gemäss folgender Tabelle 21 zusammen.

2011	2012	2013
[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 21: Umsätze Teleclub in der Schweiz in Franken

874. Insgesamt ergibt dies folgende Umsätze gemäss Tabelle 22.

³⁰³ Umsatz Swisscom TV mit Einzelverträgen multipliziert mit der Anzahl Bündelverträge dividiert durch die Anzahl Einzelverträge.

³⁰⁴ Vgl. <<http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/kombi-angebote/angebote.html>> (21.01.2015).

³⁰⁵ Vgl. <<http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/swisscom-tv/angebote.html>> (21.01.2015).

2011	2012	2013
[GG]	[GG]	[GG]

Tabelle 22: Umsätze Swisscom TV (total, mit Teleclub) in der Schweiz in Franken

875. Die daraus resultierenden relevanten Swisscom TV Umsätze in Tabelle 22 erscheinen mit Blick auf die Umsätze von Swisscom mit Bündelangeboten eher niedrig. Somit sind die in Tabelle 17 ausgewiesenen Swisscom TV Umsätze zu Gunsten von Swisscom zurückhaltend geschätzt. Umso mehr ist daher die Berücksichtigung dieser Umsätze gerechtfertigt.

876. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall somit [Geschäftsgeheimnis] Franken.

b. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

877. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG³⁰⁶, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist. Dabei stehen objektive³⁰⁷ Faktoren im Vordergrund.

878. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung darf keine schematische Ansiedelung des Basisbetrags innerhalb des Sanktionsrahmens erfolgen. Eine Abstufung nach der Schwere und dem Gefährdungspotenzial der einzelnen Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Art. 7 Abs. 1 KG ist generell schwierig vorzunehmen.³⁰⁸

879. Vorliegend gilt es zu berücksichtigen, dass der hier relevante Sport-Content einen sehr wichtigen Faktor im Plattformwettbewerb darstellt. Ohne oder nur mit einem reduzierten Teleclubangebot ist ein Plattformanbieter im Wettbewerb benachteiligt. Allerdings konnte im untersuchungsrelevanten Zeitraum kein Fall beobachtet werden, in welchem ein Konkurrent aufgrund der vorliegenden Verhaltensweisen (Verweigerung, zweifache Diskriminierung, unangemessene Geschäftsbedingungen) aus dem Markt ausgeschieden wäre. Auch ist zu berücksichtigen, dass Swisscom mit dem Eintritt in den TV-Plattformmarkt überhaupt erst Wettbewerb auf diesem Markt geschaffen hat.

880. Wenn, wie vorliegend, mehrere Zuwiderhandlungen vorliegen, ist diese Handlungsmehrheit im Rahmen der erschwerenden Umstände zu würdigen (vgl. Rz 886). Die Art und Schwere bemisst sich bei einer Handlungsmehrheit aufgrund des schwerwiegendsten Kartellrechtsverstosses. Vorliegend muss dabei die Verweigerung gegenüber einigen KNU (insb. In der französischsprachigen Schweiz) und Anbietern mit IP-basierter Plattform (vgl. Rz 622) als die schwerwiegendste Verhaltensweise qualifiziert werden. Im vorliegenden Fall kann die Verweigerung im weiteren Sinne als extremste Form der Diskriminierungen und der unangemessenen Geschäftsbedingungen qualifiziert werden.

881. Insgesamt kann die vorliegende Verweigerung nicht als besonders schwerwiegend bezeichnet werden. Aufgrund des Umstandes, dass insbesondere die neuen IPTV-Technologien

³⁰⁶ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen / Erläuterungen (30.1.2014).

³⁰⁷ D. h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, siehe RPW 2010/4, 760 Rz 386 m.w.Hinw., *Baubeschläge für Fenster und Türen*; siehe auch CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 230.

³⁰⁸ Vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 365 E. 8.3.4, *Publigroupe SA/WEKO*.

bzw. die neuen Wettbewerber auf den Glasfaserinfrastrukturen betroffen sind, kann aber auch nicht von einer Bagatelle gesprochen werden. Die Verweigerung erscheint in Anbetracht aller relevanten Umstände als mittelschwerer Verstoss. Es rechtfertigt sich daher, den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von [Geschäftsgeheimnis] anzusetzen.³⁰⁹

C.2.4.2.2 Dauer des Verstosses

882. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

883. Entsprechend dem festgestellten Sachverhalt und den rechtlichen Erwägungen liegen Verstösse in der Zeit von Oktober 2006 bis mindestens Sommer 2013 (vgl. Abschnitt B.4.3) vor. Die Dauer des Verstosses beträgt damit rund 7 Jahre, woraus sich praxisgemäss ein Zuschlag von 70 % ergibt.

C.2.4.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände

884. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3 ff.).

a. Erschwerende Umstände

885. Bei erschwerenden Umständen wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 SVKG erhöht, insbesondere wenn das Unternehmen: a. wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat; b. mit einem Verstoss einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist; c. die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht hat, die Untersuchungen sonstwie zu behindern (Art. 5 Abs. 1 SVKG).

Wiederholter Verstoss

886. Ein wiederholter Verstoss im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG liegt zunächst dann vor, wenn ein Unternehmen zu beurteilen ist, für welches die Wettbewerbsbehörden bereits in einem früheren Verfahren einen Kartellrechtsverstoss rechtskräftig festgestellt haben, mithin quasi ein «Rückfall» vorliegt. Ein wiederholter Verstoss liegt aber auch dann vor, wenn in einem einzigen Verfahren zugleich mehrere Verhaltensweisen – mit anderen Worten eine Handlungsmehrheit – zu beurteilen sind.³¹⁰

887. Im vorliegenden Fall sind den Untersuchungsadressatinnen grundsätzlich vier unterschiedliche Verhaltensweisen vorzuwerfen. Es ist mit anderen Worten nicht so, dass eine Verhaltensweise mehrere Tatbestandsvarianten von Art. 7 KG erfüllt. Die Verhaltensweisen von Teleclub könnten grundsätzlich auch in vier separaten Verfahren beurteilt werden. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Umfang dies bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen ist. Anders als etwa im Bereiche des Strafrechts ist im Kartellrecht nicht definiert, in welchem Rahmen eine Handlungsmehrheit zu berücksichtigen ist. Möglich erscheinen daher sowohl die Kumulation als auch die Absorption oder als Mittelweg die Asperation. Es ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit im Einzelfall zu entscheiden, wobei das Kartellrecht der WEKO hier einen grossen Ermessensspielraum einräumt.

³⁰⁹ Vgl. auch RPW 2011/1, 195 Rz 592 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*

³¹⁰ Vgl. RPW 2010/4, 763 Rz 412, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a KG, N 67.

888. Die vier Verhaltensweisen erscheinen in Bezug auf ihre Schwere einigermassen gleichwertig. Allerdings stehen die Verweigerung und die beiden Diskriminierungshandlungen in engem Sachzusammenhang. Insofern kann von zwei «Tatkomplexen» gesprochen werden. In gebührender Berücksichtigung aller relevanter Faktoren erscheint ein Zuschlag für den wiederholten Verstoss von [Geschäftsgeheimnis] als angemessen.

Gewinn

889. Ein durch das Verhalten erzielter «Normalgewinn» ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4).

890. Vorliegend lässt sich ein über den «Normalgewinn» hinausgehender besonders hoher Gewinn nicht erkennen. Eine Sanktionserhöhung in Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG ist daher nicht gerechtfertigt.

b. Mildernde Umstände

891. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26 bis 30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG).

892. Es liegen vorliegend keine mildernden Umstände vor. Weder haben die Untersuchungsadressatinnen die Verhaltensweisen eingestellt, noch liegt eine überdurchschnittliche Kooperation vor.

C.2.4.3 Stellungnahmen der Parteien zur konkreten Sanktionsberechnung

C.2.4.3.1 Stellungnahme von Swisscom

893. Swisscom bringt vor, die Berücksichtigung des auf dem Pay-TV-Endkundenmarkt erzielten Umsatzes verstosse gegen den in Art. 7 Abs. 1 EMRK verankerten Grundsatz «nulla poena sine lege». Nach Art. 3 SVKG sei für den Basisbetrag ausschliesslich derjenige Umsatz massgebend, welchen die Untersuchungsadressatinnen «auf den relevanten Märkten in der Schweiz» erzielt hätten. Die Heranziehung des auf anderen Märkten erzielten Umsatzes in der Schweiz widerspreche Art. 3 SVKG und erfolge insoweit contra legem. Falsch sei daher auch die jüngste im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot stehende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts³¹¹, wonach auch sonstige Märkte in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen seien, sofern das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise auf diese einwirke. Das Gericht begründe diese Auffassung nämlich lediglich damit, dass Art. 49a KG keine gesonderte Regelung zur Bestimmung des relevanten Markts vorsehe. Selbst wenn aber der Einbezug sonstiger Märkte nach Art. 49a KG zulässig wäre, bleibe dessen Berücksichtigung nach Art. 3 SVKG weiterhin ausgeschlossen. Zudem übersehe das Gericht insoweit, dass Art. 49a KG lediglich die Höhe der Maximalsanktion regelt. Zur Bemessung des Basisbetrages äussere sich die Vorschrift hingegen nicht. Demzufolge könnten aus Art. 49a KG auch gar keine Ableitungen zur Frage der relevanten Märkte getroffen werden. In der Folge sei auch die Berücksichtigung des mit Swisscom TV und dem Teleclub-Sportangebot erzielten Umsatzes unzulässig.

³¹¹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 686 Rz 723, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

894. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die KG-Sanktionsverordnung auf die gesetzliche Delegation in Art. 60 KG stützt, mithin es sich um eine unselbständige Verordnung handelt. Art. 60 KG ermächtigt den Bundesrat zum Erlass von Ausführungsbestimmungen zum Kartellgesetz. Der Anwendungsbereich von Ausführungs- und Vollziehungsverordnungen ist indes darauf beschränkt, die Bestimmungen des betreffenden Bundesgesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen und mithin zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen. Bestimmungen, welche die auszuführende Gesetzesbestimmung abändern oder aufheben, sind nicht vollziehender Natur und fallen aus dem geschilderten Kompetenzrahmen. Ebenso wenig kann eine gesetzgeberisch gewollte Unbestimmtheit des Gesetzes mittels einer Vollziehungsverordnung bereinigt werden.³¹² Entscheidend ist mithin im vorliegenden Zusammenhang zunächst der Wille des Gesetzgebers in Bezug auf Art. 49a Abs. 1 KG bzw. ob der Gesetzgeber tatsächlich wie von Swisscom im Ergebnis geltend gemacht die konkrete Sanktionsbemessung vollständig dem Ordnungsgeber überlassen hat. Es ist somit Art. 49a Abs. 1 KG auszulegen.

895. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus ihrem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten entspricht.³¹³

896. Art. 49a KG sieht keine gesonderte Regelung zur Bestimmung des relevanten Markts für die Bemessung einer Sanktionierung vor.³¹⁴ In der parlamentarischen Diskussion zu Art. 49a KG ging es hinsichtlich der Bemessungsgrundlage für die Sanktion in erster Linie um die Frage, ob auf den durch kartellrechtswidriges Verhalten erzielten Gewinn oder auf den Umsatz abzustellen sei.³¹⁵ Die Parlamentsmehrheit war dabei der Ansicht, dass die Sanktionen auch präventiv wirken sollen; kartellrechtswidriges Verhalten solle sich nicht lohnen. Dies deckt sich mit den Ausführungen in der Botschaft³¹⁶: «Die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts hängt entscheidend von seiner Präventivwirkung ab. Diese präventive Wirkung wird erzielt [...] durch die Androhung von direkten Sanktionen. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen dürfen sich wirtschaftlich nicht lohnen. Deshalb muss der Sanktionsrahmen so weit gefasst sein, dass für Unternehmen die Berechnung des Netto-Nutzens aus einem Verstoss gegen das Kartellgesetz, etwa die erwartete Kartellrente abzüglich maximal drohende Sanktion, negativ ausfällt.»

897. Vor diesem Hintergrund überzeugt die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts augenscheinlich: Wenn wie vorliegend ein auf einem vorgelagerten Markt marktbeherrschendes Unternehmen diese Stellung missbraucht, um sich Wettbewerbsvorteile auf einem nachgelagerten Markt zu verschaffen, erzielt das Unternehmen den Nutzen seines Verstosses offensichtlich nicht im von ihm beherrschten Markt sondern im nachgelagerten. Wenn nun einzig

³¹² Vgl. BGE 139 II 460, E. 2.

³¹³ BGE 136 II 149, E. 3.

³¹⁴ Vgl. Urteil des BVer, RPW 2015/3, 686 Rz 723, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

³¹⁵ Vgl. AB 2002 N 1450 ff.; AB 2003 S 333 ff.

³¹⁶ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2033 ff.

der für die Marktbeherrschung relevante Markt bzw. der Markt, auf welchem das tatbestandsmässige Verhalten erfolgte, für die Sanktionsbemessung relevant wäre, könnte – abhängig von den jeweils erzielten Umsätzen – nicht sichergestellt werden, dass sich das kartellrechtswidrige Verhalten nicht lohnt. Die Vorteile, die Swisscom aus ihrer Verhaltensweise zieht, betreffen in erster Linie den TV-Plattformmarkt (vgl. Rz 660 ff. und I ff.).

898. Entgegen der Befürchtung von Swisscom besteht aufgrund der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht die Gefahr, dass der für den Basisbetrag zugrunde zu legende Umsatz willkürlich bestimmt werden könnte bzw. dass damit die Bemessung der auszufällenden Strafsanktion weitgehend im Belieben der Wettbewerbsbehörden stünde. Das Bundesverwaltungsgericht führt aus: «Wirkt das marktbeherrschende Unternehmen darüber hinaus mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise auf sonstige Märkte ein, so sind diese ebenfalls in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen.»³¹⁷ Damit bedarf es eines Kausalzusammenhangs zwischen der vorgeworfenen Verhaltensweise und der Wettbewerbswirkung. Es können mithin nur, aber immerhin, diejenigen Märkte für die Sanktionsbemessung herangezogen werden, in welchen sich die Verhaltensweise auswirkt. Das Sekretariat hat dabei ausreichend dargelegt (vgl. Rz 660 ff. und I ff.), dass sich die Verhaltensweisen von Swisscom auf den TV-Plattformmarkt auswirken. Es wäre daher gar naheliegend, entgegen dem Antrag des Sekretariats auch den von Swisscom mit Bündelangeboten erzielten Umsatz heranzuziehen. Dies umso mehr, als Swisscom im Rahmen der Anhörung die Bedeutung des [Geschäftsgeheimnis].

899. Swisscom ist weiter der Auffassung, das Sekretariat setze den Basisbetrag zu hoch an. Selbst wenn entgegen der Auffassung Kartellrechtsverstösse vorliegen sollten, seien diese höchstens als leichte Verstösse zu qualifizieren und der Basisbetrag daher mit einem Prozentsatz unterhalb von 6 des relevanten Umsatzes festzusetzen. Wie das Sekretariat selbst ausdrücklich feststelle, habe es bisher keinen Fall gegeben, in welchem ein Konkurrent aufgrund der vorgeworfenen Verhaltensweisen aus dem Markt ausgeschieden wäre. Im Gegenteil, auf dem von den Verhaltensweisen betroffenen Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV herrsche intensiver Wettbewerb. Dies habe kürzlich auch der Preisüberwacher festgestellt. Statt den Wettbewerb zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen hätten die vorgeworfenen Verhaltensweisen im Untersuchungszeitraum gerade dazu beigetragen, das vorbestehende Monopol der KNU zu brechen und insoweit den Wettbewerb überhaupt erst ermöglicht.

900. Die Wettbewerbsbehörden verkennen nicht, dass Swisscom mit dem Eintritt auf dem TV-Plattformmarkt überhaupt erst Wettbewerb auf diesem Markt geschaffen haben. Wie aufgezeigt, vermag dies indes wettbewerbswidriges Verhalten auf den Bereitstellungsmärkten nicht zu rechtfertigen. Ein Prozentsatz von 5 erscheint der Art und Schwere sowohl unter objektiven als auch subjektiven Gesichtspunkten als angemessen.

901. Swisscom rügt zudem, das Sekretariat gehe von einer unzutreffenden Dauer des Verstosses aus. Wie Swisscom gezeigt habe, habe Teleclub im November 2006 mit der blossen Lancierung von Swisscom TV noch keine marktbeherrschende Stellung erlangt. Selbst wenn eine solche marktbeherrschende Stellung mit den steigenden Kundenzahlen von Swisscom TV nach Auffassung des Sekretariats später eingetreten sein sollte – was Swisscom bestreite –, wäre diese höchstens zum Ende des relevanten Zeitraums in Betracht zu ziehen. Mangels diesbezüglicher Untersuchungshandlungen des Sekretariats liessen sich jedoch keinerlei Aussagen treffen. Nach dem Grundsatz «in dubio pro reo» dürfe das Sekretariat in seiner Beweiswürdigung daher nicht von einer marktbeherrschenden Stellung ausgehen. Eine Erhöhung der Sanktion nach Art. 4 SVKG scheidet folglich aus.

³¹⁷ Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 686 Rz 723, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

902. Die Ausführungen von Swisscom gehen an der Sache vorbei. Es geht bei der vorliegend relevanten Marktbeherrschung nicht um die Stellung von Swisscom auf dem TV-Plattformmarkt. Relevant ist die Stellung von Swisscom bzw. Teleclub auf den genannten Bereitstellungsmärkten (vgl. Abschnitte B.4.2.4 ff.). Soweit Swisscom in den fraglichen Märkten über [Geschäftsgeheimnis] verfügte, hatte sie im gesamten untersuchungsrelevanten Zeitraum einen Marktanteil von 100 %, dem kein wesentlicher disziplinierender Effekt gegenüberstand. Swisscom war daher in diesen Märkten im gesamten untersuchungsrelevanten Zeitraum marktbeherrschend.

903. Swisscom macht schliesslich geltend, es liege kein wiederholter Verstoss vor. Ein erschwerender Umstand im Sinne eines wiederholten Verstosses gegen das Kartellgesetz nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG setze voraus, dass dieser von der WEKO rechtskräftig festgestellt worden sei. Eine noch im laufenden Verfahren zu prüfende Verhaltensweise könne dagegen nicht berücksichtigt werden. Dies ergebe sich bereits aus einer grammatikalischen Auslegung. Die Bestimmung setze voraus, dass das Unternehmen wiederholt gegen das Kartellgesetz «verstossen hat». Hieraus folge, dass der Verstoss mit der Sanktionierung nicht erst festgestellt werden dürfe. Zudem seien die vorliegend behaupteten Verstösse zeitlich gleichläufig bzw. überlappend, so dass bereits begrifflich nicht von einer «Wiederholung» gesprochen werden könne. Zum gleichen Ergebnis führe eine teleologische Auslegung der Bestimmung. Die besondere Schwere folge bei einer Wiederholungstat daraus, dass sich das betroffene Unternehmen trotz einer vorangegangenen Sanktionierung nicht veranlasst gesehen habe, sein wettbewerbsbeschränkendes Marktverhalten zu ändern. Schliesslich könne auch nicht argumentiert werden, dass verschiedene im Rahmen desselben Verfahrens festgestellte Kartellverstösse einen unbenannten erschwerenden Umstand im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG erfüllen würden. Die Regelung sei in Bezug auf die Berücksichtigungsfähigkeit wiederholter Kartellverstösse abschliessend und entfalte demgemäss eine Sperrwirkung. Vor dem Hintergrund ihres strafrechtlichen Charakters sei dies auch unter Anwendung der im Strafrecht geltenden Grundsätze zwingend. Vorstrafen könnten danach unter dem Gesichtspunkt der Warnfunktion nur dann zu einer Straferhöhung führen, wenn die Tatschuld des Täters dadurch gesteigert sei, dass ihm die Geltung der betroffenen Norm durch eine frühere Verurteilung verdeutlicht worden sei.

904. Entgegen der Ansicht von Swisscom ergibt die grammatikalische Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG kein eindeutiges Ergebnis. Zwar wird das Verb «wiederholen» gemäss Duden unter anderem mit «nochmals ausführen» beschrieben. Es kann aber auch die Bedeutung von «an anderer Stelle ebenfalls erscheinen lassen» haben.³¹⁸ Das in Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG verwendete Adjektiv «wiederholt» wird schlicht mit «mehrfach, mehrmalig» beschrieben. Auch die Verwendung des Perfekts bedeutet entgegen der Ansicht von Swisscom nicht, dass der Verstoss mit der Sanktionierung nicht erst festgestellt werden darf. Im Zeitpunkt der Sanktionierung wird stets ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten beurteilt. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist es gar nicht möglich, eine exakt im Beurteilungszeitpunkt erfolgende Handlung zu sanktionieren, geschweige denn zukünftiges Handeln. Allenfalls können beispielsweise sitzungspolizeiliche Massnahmen während einer (Gerichts-) Verhandlung³¹⁹ faktisch zeitgleich mit der Handlung erfolgen. Tatsächlich erfolgt aber auch hier die Handlung vor der Beurteilung.

905. Es kann auch nicht gesagt werden, der Grund für die Sanktionserhöhung in Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG ergebe sich ausschliesslich daraus, dass sich das betroffene Unternehmen trotz einer vorangegangenen Sanktionierung nicht veranlasst gesehen habe, sein wettbewerbsbeschränkendes Marktverhalten zu ändern. Bei einem Kartellrechtsverstoss wird das betreffende Unternehmen in aller Regel im Rahmen einer Massnahme im Sinne von

³¹⁸ Vgl. <http://www.duden.de/rechtschreibung/wiederholen_bekraeftigen_proben> (30.12.2015).

³¹⁹ Vgl. bspw. Art. 63 StPO.

Art. 30 Abs. 1 KG dazu verpflichtet, die rechtswidrige Verhaltensweise einzustellen. Setzt sich das Unternehmen über eine solche Anordnung hinweg, wird es gemäss Art. 50 KG sanktioniert. Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG kann mit anderen Worten von vornherein nicht dasselbe kartellrechtswidrige Verhalten erfassen, zu dessen Einstellung das Unternehmen im Rahmen einer früheren Verfügung verpflichtet worden ist, da diese Konstellation im Gesetz selber in Art. 50 KG geregelt ist (vgl. dazu auch Rz 894).

906. Daran ändert auch der von Swisscom vorgebrachte Verweis auf den Entscheid der WEKO vom 21. September 2015 in Sachen Swisscom WAN-Anbindung nichts, zumal die WEKO dort keine Handlungsmehrheit zu beurteilen hatte. Die WEKO hat darin lediglich zutreffend festgehalten, dass eine, in einem anderen Verfahren erfolgte «Verurteilung» nicht sanktionserhöhend berücksichtigt werden kann, solange diese nicht rechtskräftig ist. Andernfalls würde die Sanktionserhöhung in einem Verfahren vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängen. Werden indes verschiedene Verhaltensweisen in ein und demselben Verfahren beurteilt, besteht diese Abhängigkeit nicht. Zudem ist bei der Sanktionserhöhung zwischen der hier vorliegenden Handlungsmehrheit und einem «Rückfall» zu unterscheiden (vgl. dazu nachfolgend Rz 908).

907. Würde eine Handlungsmehrheit, wie sie vorliegend festgestellt wurde, bei der Sanktionierung unberücksichtigt bleiben, hätte dies eine ungerechtfertigte Gleich- bzw. Ungleichbehandlung zur Folge: Ein Unternehmen, welches mehrfach gegen das Kartellgesetz verstossen hat, würde damit gleichbehandelt, wie ein Unternehmen, das sich bloss einen Verstoss hat zuschulden kommen lassen. Zudem würde ein Unternehmen benachteiligt, bei welchem ein zeitgleicher Kartellrechtsverstoss erst nach erfolgter Sanktionierung des anderen Verstosses entdeckt und separat sanktioniert würde.

908. Soweit sich Swisscom auf strafrechtliche Grundsätze, insbesondere die Strafzumessung gemäss Art. 47 StGB, beruft, ist festzuhalten, dass vorliegend kein Rückfall festgestellt wird. Es geht mithin nicht um das «Vorleben» im Sinne von Art. 47 Abs. 1 StGB. Wenn schon strafrechtliche Prinzipien anzuwenden wären, so wäre vorliegend offensichtlich Art. 49 Abs. 1 StGB einschlägig: «Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden.» Hintergrund dieser Bestimmung ist, dass die einzelnen Straftatbestände jeweils nur den Fall erfassen, dass *eine* Handlung *einen* Tatbestand *einmal* verwirklicht. Die Straftatbestände enthalten selber jedoch keine Regel darüber, wie vorzugehen ist, wenn der Täter mehrere Straftatbestände oder denselben Straftatbestand mehrfach erfüllt.³²⁰ Nicht anders verhält es sich vorliegend. Es liegen zwei «Tatkomplexe», mit der Verweigerung und den Diskriminierungen einerseits und der Erzwingung andererseits, vor (vgl. Rz 888), die untereinander keine innere Verbindung aufweisen. Jemanden bei der Belieferung von Leistungen auszuschliessen oder zu diskriminieren unterscheidet sich schon grundsätzlich von der Erzwingung [Geschäftsgeheimnis].

909. Swisscom bringt vor, nach der Praxis der WEKO setze ein erschwerender Umstand im Sinne eines wiederholten Verstosses gegen das Kartellgesetz grundsätzlich voraus, dass das entsprechende Verhalten bereits in einem früheren Verfahren rechtskräftig festgestellt und sanktioniert worden sei. Der Entscheid Baubeschlüsse für Fenster und Fenstertüren, in dem die WEKO zwei separat vorgeworfene horizontale Preisabreden als wiederholten Verstoss beurteilt habe, sei singulär und vom Bundesverwaltungsgericht mittlerweile aufgehoben worden. In keinem anderen Fall hätte die WEKO eine Handlungsmehrheit als Wiederholung im Sinne

³²⁰ Vgl. JÜRGEN-BEAT ACKERMANN, in: BSK StGB I (Fn 291), Art. 49 StGB N 6.

von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG beurteilt. Die WEKO sei an ihre in früheren Verfahren angewendete Sanktionsbemessungsmethode gebunden.

910. Entgegen der Ansicht von Swisscom verfügt die WEKO über einen erheblichen Ermessensspielraum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe.³²¹ Es bestehen wie ausgeführt zureichend Gründe, weshalb die Handlungsmehrheit als wiederholter Verstoss im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG zu qualifizieren ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass dies in der Vergangenheit auch anders beurteilt wurde. Insbesondere besteht keine entgegenstehende Rechtsprechung der Beschwerdeinstanzen. Der Entscheid Baubeschlüsse für Fenster und Fenstertüren wurde nicht aus diesem Grunde aufgehoben.

C.2.5 Ergebnis

Basisbetrag (Faktor [GG])	Dauerzuschlag	Zwischenergebnis	Erschwerende / mildernde Umstände	Sanktion
35 205 155	+ 70 %	59 848 764	[GG]	71 818 517

Tabelle 23: Übersicht Sanktionsbemessung in Franken

911. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von 71 818 517 Franken als dem Verstoss von Swisscom gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

912. Die Sanktion ist dem Unternehmen Swisscom (vgl. Rz 308 ff.), vorliegend vertreten durch die Swisscom (Schweiz) AG, aufzuerlegen.

C.2.6 Verhältnismässigkeitsprüfung

913. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.³²²

914. Vorliegend sind die festzusetzenden Sanktionsbeträge für einen finanzstarken Konzern wie Swisscom ohne Weiteres als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen. Insbesondere beträgt der errechnete Sanktionsbetrag (Rz 911) nur [Geschäftsgeheimnis] der Maximalsanktion (Rz 862).

D Kosten

915. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG³²³ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

916. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens

³²¹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 684 Rz 709, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

³²² Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.Hinw., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

³²³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.³²⁴ Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressaten zu bejahen.

917. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken. 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).

918. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 130 Franken bis 290 Franken. Die aufgewendete Zeit beträgt 1931,7 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 381 817.50 Franken.

919. Untersuchungsadressat im kartellrechtlichen Sinn ist vorliegend der Swisscom-Konzern (vgl. Rz 308 ff.). Verfügungsadressaten im verwaltungsrechtlichen Sinne sind demgegenüber die Swisscom (Schweiz) AG, die CT Cinetrade AG sowie die Teleclub AG (vgl. Rz 318 ff.). Da alle Verfügungsadressaten dem Swisscom-Konzern angehören, erübrigt sich eine Kostenaufteilung auf die einzelnen Gesellschaften unter solidarischer Haftbarkeit. Die Kosten sind dem Swisscom-Konzern, vorliegend handelnd durch die Swisscom (Schweiz) AG, aufzuerlegen.

E Aufschiebende Wirkung

920. Die verfahrensbeteiligten Drittparteien beantragen, es sei hinsichtlich der vom Sekretariat beantragten Massnahmen einer etwaigen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen (vgl. Rz 51 f.).

921. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die verfügende Behörde kann jedoch gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Grundsätzlich soll der Entzug der aufschiebenden Wirkung allerdings die Ausnahme bleiben.³²⁵

922. Die Behörde muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur dann entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann.³²⁶ Dabei müssen diese Gründe im Fall des Entzugs der aufschiebenden Wirkung von einer gewissen sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit sein.³²⁷ Weiter ist zu prüfen, ob der Entzug der aufschiebenden Wirkung auch verhältnismässig ist.³²⁸ Je schwerer der Eingriff für den Betroffenen ist, desto gewichtiger müssen die Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung wiegen.³²⁹

³²⁴ BGE 128 II 247, 257 f. E 6.1 (= RPW 2002/3, S 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

³²⁵ Vgl. REGINA KIENER, *VwVG-Kommentar* (Fn 19), Art. 55 VwVG N 14.

³²⁶ Vgl. RPW 2011/3, 408 Rz 60, *Swatch Group Lieferstopp*, m.w.Hinw.; vgl. auch BGE 129 II 286, E. 3.

³²⁷ Vgl. Urteil des BVer A-2252/2013, vom 16.09.2013, E. 5.

³²⁸ Vgl. Urteil des BVer A-2252/2013, vom 16.09.2013, E. 8.

³²⁹ Vgl. Urteil des BVer 2C_575/2014 vom 28.07.2014, E. 2.1.

923. Da vorliegend keine Anordnung von Massnahmen erfolgt, erübrigen sich Ausführungen zu den entsprechenden Anträgen der verfahrensbeteiligten Dritten.

F Ergebnis

924. Als Ergebnis ist festzustellen, dass Swisscom in folgenden Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 KG verfügt (Abschnitt B.4.1.5):

- i. *Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.*
- ii. *Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.*
- iii. *Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV.*

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Abschnitt B.4.3.2)

925. Die Analyse hat ergeben, dass Swisscom die Geschäftsbeziehung gegenüber verschiedenen TV-Plattformanbietern (insbesondere IPTV-Anbietern) im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV sowie im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV in ungerechtfertigter Weise verweigert hat. Die Verweigerung erfolgte mindestens im Zeitraum von Dezember 2010 bis 2013.

Diskriminierung von Handelspartnern (Abschnitt B.4.3.3)

926. Die Untersuchung zeigt auf, dass eine zweifache Ungleichbehandlung von Handelspartnern gegeben ist. Die KNU und Sunrise erhielten im Vergleich zu Swisscom ein weniger umfangreiches Sportangebot zu einem insgesamt höheren Preis. Zudem können die Plattformanbieter ihren Kunden das Sportpaket PPC nur zusammen mit dem Basispaket bereitstellen. Demgegenüber kann Swisscom ihren Kunden den Bezug der Sportinhalte auch im Rahmen von PPV anbieten. Damit ist Swisscom von der Kopplung nicht gleichermassen betroffen wie die Wettbewerber. Beide Verhaltensweisen bewirken eine Wettbewerbsbehinderung und lassen sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen. Es liegen somit zwei tatbestandsmässige Diskriminierungen vor. Aufgrund dieser unzulässigen Diskriminierungen besteht jeweils ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom. Die Diskriminierungen erfolgten im Zeitraum von November 2006 bis mindestens 2013.

Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Abschnitt B.4.3.4)

927. Die Analyse zeigt, dass Swisscom gegenüber Cablecom und Sunrise mit einer Klausel betreffend [Geschäftsgeheimnis] unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen hat. Das tatbestandsmässige Verhalten erfolgte im Zeitraum von Oktober 2006 bis mindestens 2013.

Massnahmen und Kosten (Abschnitte C und D)

928. In Bezug auf die kartellrechtswidrige Verweigerung und Diskriminierungen ist auf die Anordnung von Massnahmen zu verzichten. Hinsichtlich der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen erübrigen sich Massnahmen.

929. Swisscom ist demgegenüber mit einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von 71 818 517 Franken zu belasten und hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

G Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Swisscom-Konzern, vorliegend handelnd durch die Swisscom (Schweiz) AG, wird in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 KG mit einer Sanktion von 71 818 517 Franken belastet.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt 381 817.50 Franken werden dem Swisscom-Konzern, vorliegend handelnd durch die Swisscom (Schweiz) AG, auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Swisscom (Schweiz) AG, Legal Services & Regulatory Affairs, 3050 Bern, vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Felix Prümmer, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich
- CT Cinetrade AG, Nüscherstrasse 44, 8001 Zürich, vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Felix Prümmer, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich
- Teleclub AG, Löwenstrasse 11, Postfach, 8021 Zürich, vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Felix Prümmer, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich
- upc cablecom GmbH, Zollstrasse 42, 8005 Zürich, vertreten durch Dr. Jürg Borer und Amalie Wijesundera, Schellenberg Wittmer, Rechtsanwälte, Löwenstrasse 19, 8021 Zürich
- Quickline AG, Dr. Schneiderstrasse 16, 2560 Nidau, vertreten durch Dr. Jürg Borer und Amalie Wijesundera, Schellenberg Wittmer, Rechtsanwälte, Löwenstrasse 19, 8021 Zürich
- sasag Kabelkommunikation AG, vertreten durch Dr. Jürg Borer und Amalie Wijesundera, Schellenberg Wittmer, Rechtsanwälte, Löwenstrasse 19, 8021 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

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