



Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2016/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.16/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della

concorrenza

CH-3003 Berna

(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 120.- estero (porto franco)

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2016/4

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Januar/janvier/gennaio 2017

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
B 8	Bundesstrafgericht	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

Systematique	A	Rapports d'activité
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	B	Pratique administrative
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillance des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
B 8	Tribunal pénal fédéral	
C	Pratique des tribunaux civils	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
D	Développements	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
E	Divers	

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
	B 4	Tribunale federale
	B 5	Consiglio federale
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
B 8	Tribunale penale federale	
C	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2016/4

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. Contrats-cadre d'assurance perte de gain dans le canton du Valais	906
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und –verteilung der cemsuisse	914
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Sport im Pay-TV	920
	2. Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp	1035
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Indigo/Ardian/Predica	1058
	2. PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG	1062
	3. HNA Group/Gategroup	1079
	4. HNA Aviation Group Co., Ltd/SR Technics HoldCo 1 GmbH	1082
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 24. November 2016 - Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich	1085
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	1154
	Index (deutsch, français e italiano)	1156

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Contrats-cadre d'assurance perte de gain dans le canton du Valais

Rapport final du 13 septembre 2016 concernant l'enquête préalable Contrats-cadre d'assurance perte de gain dans le canton du Valais relatif à de prétendus accords illicites selon l'art. 5 LCart.

A En fait

A.1 Généralités

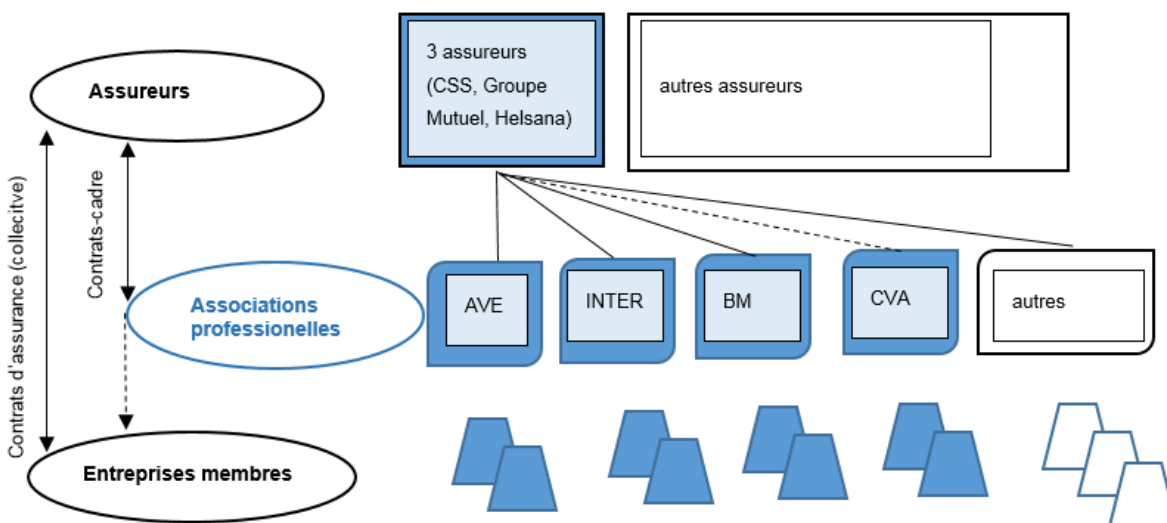
1. En mai 2015, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: « Secrétariat ») a reçu des informations portant sur l'existence de contrats-cadre conclus séparément par quatre associations profession-

nelles valaisannes (cf. ch. 4) avec trois assureurs présents dans le canton du Valais (cf. ch. 5).

2. Selon les termes de ces contrats, les assureurs s'engagent vis-à-vis des associations à offrir des prestations d'assurance-maladie (obligatoire et complémentaire) ainsi que d'assurance-accident pour les entreprises membres de ces associations et leurs employés.

3. Les relations entre les acteurs sur le marché peuvent être schématiquement représentées de la façon suivante:

Illustration 1: Relations commerciales concernant les contrats-cadres



Source: Elaboration par le Secrétariat

A.2 Procédure

4. Afin d'examiner si a) le comportement des trois assureurs qui discutent ensemble les **primes** pour les prestations **d'indemnités journalières perte de gain** offertes

aux membres de ces associations avant de les négocier avec les différentes associations et b) l'attitude des quatre associations impliquées par rapport au choix des assureurs relèvent de la Loi sur les cartels, le Secrétariat

a ouvert, le 7 septembre 2015, une enquête préalable contre les associations suivantes:

- a. L'**Association Valaisanne des Entrepreneurs (AVE)** fondée en 1919, elle est une association au sens des articles 60 et suivants du Code civil suisse. En 1950, elle décide de la création de la Caisse d'assurance-maladie collective qui encore aujourd'hui s'occupe du contrat-cadre avec les assureurs-maladie.
 - b. Le **Bureau des Métiers (BM)** a été créé dans les années 30 comme secrétariat permanent par les menuisiers-charpentiers et les plâtriers-peintres. A partir des années 50, elle a commencé à offrir des produits d'assurance à ses affiliés.
 - c. La **Chambre Valaisanne d'agriculture (CVA)** est une organisation faîtière de l'agriculture valaisanne fondée en 1986.
 - d. Le **Groupement interprofessionnel pour le paiement d'allocations familiales (CAF INTER; ci-après INTER)** a été fondé en 1951 par les représentants de l'Union professionnelle suisse de l'automobile UPSA section valaisanne, ceux de l'association valaisanne des artisans boulangers-pâtisseries-confiseurs AVABPC, de l'association valaisanne des maîtres bouchers-charcutiers, de l'ordre des avocats valaisans et de l'association des notaires valaisans. Elle est une association au sens des articles 60 et suivants du Code civil suisse.
5. Ainsi que contre les trois assureurs suivants :
- a. **CSS Assurances SA** (ci-après: CSS)
 - b. **Mutuel Assurance Maladie SA** (ci-après: GM) et
 - c. **Helsana Versicherung AG** (ci-après: Helsana).
6. Le Secrétariat a envoyé des questionnaires à toutes les parties simultanément.
7. Après analyse des réponses, le Secrétariat a rencontré séparément lesdits assureurs et associations au cours des mois de novembre 2015 et avril 2016.

A.3 Contrat-cadre

A.3.1 Historique

8. Dans les années 50, une collaboration a pris forme entre certaines associations professionnelles valaisannes et des assureurs-maladie (à l'époque des caisses-maladie). A cette époque, la loi et les conventions collectives de travail (CCT) instituaient progressivement des caisses de prestations sociales, en commençant par les caisses d'allocations familiales bientôt suivies des caisses de congés payés, les caisses maladie, les caisses pour le paiement d'indemnités en cas d'absences justifiées ou de service militaire.

9. Au début, les associations agissaient comme assureurs ; ensuite cette activité a été déléguée aux assureurs-maladie déjà actifs sur le marché valaisan.

10. Il est vraisemblable que l'initiative ait d'abord été prise par les associations, intéressées à proposer des solutions d'assurance-maladie à leurs membres. Le choix des assureurs a été dicté à l'époque par des as-

pects religieux et politique. Cette collaboration a ensuite perduré.

A.3.2 But

11. La particularité de ces quatre contrats-cadre réside dans le fait qu'ils sont conclus avec plusieurs assureurs sur la base de la Loi sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994¹ (LAMal). En effet, les Conventions collectives de travail (ci-après: CCT) conclues dans le canton du Valais imposent une affiliation en matière d'assurance perte de gain collective selon la LAMal ainsi que des conditions minimales de l'assurance collective perte de gain maladie pour chaque employé des secteurs concernés, quelle que soit la taille de l'entreprise.²

12. Pour le BM, le contrat-cadre est donc une alternative à l'affiliation individuelle dans le but de garantir une conformité aux exigences des CCT et de faciliter les démarches administratives.

13. Selon l'AVE, le contrat-cadre offre un confort notable par le fait qu'il prévoit un interlocuteur unique (l'association) pour tous les thèmes sociaux, qu'il réduit les démarches administratives pour les entrepreneurs et qu'il permet, en cas de sinistralité importante, de lier le contrat avec un grand nombre d'affiliés, ce qui évite de trop grandes fluctuations.³

14. La CVA souligne que le contrat-cadre mutualise les risques entre les exploitations affiliées (communauté de risque). À l'exploitation affiliée, il est garanti que le taux de prime ne sera pas augmenté suite à un sinistre nécessitant l'intervention de l'assurance perte de gain maladie.⁴

15. L'INTER a une position analogue. Cette association précise que le contrat-cadre permet une simplification administrative (un décompte pour deux caisses sociales), le maintien d'un taux moyen malgré la sinistralité, le libre-passage d'une caisse à l'autre pour les collaborateurs, le maintien du même assureur malgré le changement d'employeur dans la branche, la garantie des prestations proposées selon la LAMal et une capacité résiduelle.⁵

16. Pour ces quatre associations, la négociation des conditions d'affiliation leur permet de disposer d'une marge de manœuvre et d'un pouvoir de négociation plus importants que si leurs membres agissaient séparément.

17. En résumé, lesdites associations sont d'avis que le système des contrats-cadre permet à leurs membres d'avoir:

- la garantie d'une solution conforme aux CCT;
- une couverture indépendamment de la taille de l'entreprise et de la sinistralité;
- une prime meilleur marché qui reste stable dans le temps;

¹ LAMal, RS 832.10 ; le titre 2 de la LAMal contient des dispositions concernant l'assurance obligatoire des soins.

² Cf. lettre du BM du 5 novembre 2015.

³ Cf. lettre de l'AVE du 9 octobre 2015.

⁴ Cf. lettre de la CVA du 9 octobre 2015.

⁵ Cf. Lettre de l'INTER du 6 octobre 2015.

- des facilités administratives quant à la gestion des assurances sociales pour les employés.

18. Les assureurs impliqués partagent ces points de vue. A leur avis, les contrats-cadre avec ces associations faïtières leur permettent d'atteindre une importante clientèle à qui ils pourront aussi offrir d'autres prestations d'assurance.⁶

A.3.3 Contenu

A.3.3.1 Généralités

19. Les quatre associations ont signé, de façon séparée⁷, avec les trois⁸ assureurs un contrat-cadre principalement pour la perte de gain maladie et, dans la plupart des cas, également pour des prestations d'autres assurances sociales.

Tableau 1: Aperçu des prestations d'assurance selon les contrats-cadre :

Association	Assureurs	Prestations fixées par contrat
AVE	CSS, GM et Helsana	Assurance perte de gain, assurance-maladie obligatoire, assurance-maladie complémentaire (frais de guérison).
BM	CSS, GM et Helsana	Nouvelle édition 2015 : assurance perte de gain. Ancienne édition 2005 : Assurance perte de gain, assurance-maladie obligatoire, assurance-maladie complémentaire (frais de guérison).
CVA	GM et CSS	Assurance perte de gain, assurance-maladie complémentaire (frais de guérison) et assurance-accident.
INTER	CSS, GM et Helsana	Assurance perte de gain (avec assurance-accident).

Source : Réponses aux questionnaires

20. Ces contrats-cadre prévoient, en général, sous le régime de la LAMal, le libre passage lors de l'affiliation d'un assuré, la définition des prestations et des primes, les conditions pour le versement des indemnités journalières, un délai de résiliation simplifié pour l'assuré et l'entreprise ainsi qu'une durée déterminée.

21. Pour certains contrats-cadre⁹, une Commission Paritaire de Surveillance regroupant des représentants de l'association, des syndicats et de chaque caisse-maladie impliquée, est mise en place pour le contrôle.

22. Certaines de ces associations ont aussi mis en place un fond de régulation des primes servant à éviter des

augmentations trop importantes de primes en assumant une partie des coûts supplémentaires à travers ce fond.

23. Les décisions concernant l'octroi ou non des indemnités journalières de la part des assureurs-maladie signataires peuvent être attaquées devant le Tribunal cantonal des assurances.

24. Néanmoins, les contrats d'assurance sont conclus bilatéralement entre les assureurs et les entreprises membres des quatre associations ainsi que toute entreprise non membre qui souhaiterait d'adhérer à un contrat-cadre.

Tableau 2: Situation des membres et non membres assurés selon le contrat-cadre

Association	Membres	Dont assurés	Non membres
AVE	[...]	[...]	[...]
BM	[...]	[...]	[...]
INTER	[...]	[...]	[...]
CVA	[...]	[...]	[...]

Source: Réponses aux questionnaires

⁶ [...].

⁷ Il n'y a pas d'indices concernant un accord entre les associations, bien que les contrats-cadre soient très semblables.

⁸ A part la CVA qui a conclu le contrat-cadre avec GM et CSS (cf. Tableau 1).

⁹ Par ex. contrat-cadre AVE : <http://www.ave-wbv.ch/entrepreneur/contrats-infos-documents-130.html>.

25. De plus, l'AVE, le BM et l'INTER ont individuellement réglé leurs relations en tant qu'intermédiaires avec les assureurs par une convention de collaboration en matière de courtage qui prévoit entre autre la rémunération des partenaires contractuels sous forme de commissions pour les frais de courtage et d'affacturage (payés/remboursés aux associations). Cette convention prévoit aussi une clause de prééminence des assureurs¹⁰ qui engage l'association à ne pas conclure simultanément un contrat-cadre avec d'autres assureurs.

A.3.3.2 Taux de prime

26. Les quatre associations assument en principe une fonction d'intermédiaire d'assurance, voire de courtier pour leurs membres. Elles négocient les conditions d'assurance avec les assureurs, en particulier: le délai d'attente, le taux de prime et la durée des contrats-cadre.

27. Néanmoins, la façon de définir les taux de prime est différente selon les associations:

a) AVE

28. L'AVE du côté du patronat ainsi que les syndicats UNIA, SCIV et SYNA du côté des employés forment une société simple nommée Partenaires sociaux valaisans (PS). En vertu de la Convention nationale (CN), ces partenaires négocient chaque année les dispositions propres de la branche. En matière de perte de gain, ils décident du taux de prime à charge de l'employé et du catalogue des prestations. Au début, les partenaires (assureurs) ont été choisis afin de tenir compte des vœux de la partie patronale (un assureur) et des parties syndicales (deux assureurs).

29. La Commission paritaire de surveillance en matière d'assurance-maladie (une délégation des PS) est chargée de négocier le contrat-cadre avec la CSS, le GM et Helsana tandis que l'AVE assume la gestion administrative du contrat-cadre. Chaque année, le renouvellement du contrat-cadre est discuté entre les PS afin de décider s'il est opportun ou non de changer d'assureurs.

30. La sinistralité est l'élément clé pour déterminer les primes. Le système est basé sur une pratique point mort, à savoir que la prime correspond au montant des prestations de l'année précédente et des prévisions négociées entre partenaires. Les assureurs ne touchent qu'un pourcentage pour leurs frais administratifs; dès lors, ils ne retirent aucun avantage en cas de bons résultats puisque ces derniers sont attribués directement au contrat.¹¹

31. Les PS imposent donc sur la base du système décrit ci-dessus les taux de prime aux assureurs qui doivent annuellement décider s'ils continuent ou non leur collaboration avec l'association.¹²

b) BM

32. Le BM est une fédération d'associations gérant les secrétariats et les caisses sociales qu'ils ont créés. A cette fin, il met à disposition des membres des associations, mais aussi d'entreprises non membres (des affiliés), des solutions administratives les plus simples possible. Il leur suffit d'annoncer tous les salaires soumis aux différentes assurances sociales obligatoires sur un

seul décompte. Grâce à un décompte unifié, les membres et non membres peuvent s'assurer pour la perte de gain maladie collective.

33. Les contrats-cadre sont conclus pour une *durée minimale de trois ans*, ils sont reconductibles tacitement d'année en année, indépendamment de la sinistralité spécifique à chaque profession. De ce fait, les primes du contrat-cadre peuvent parfois être plus élevées que celles d'une entreprise ayant négocié un contrat individuel à taux aléatoire.

34. Le BM privilégie un contrat collectif, sans chef de file¹³, où le taux de prime est le même mais où chaque assureur assume ses risques. Cela s'explique par le fait que la répartition des assurés entre les assureurs n'est pas équivalente car c'est l'employé qui choisit son assureur perte de gain.

35. La détermination de la prime n'est donc pas l'apanage des assureurs qui s'entendraient sur un prix proposé en commun au preneur d'assurance, mais bien le résultat d'une négociation entre le preneur d'assurance et les assureurs en fonction de la sinistralité annuelle.¹⁴ Il n'y a cependant aucune obligation d'adhésion et le système d'assurance perte de gain maladie collective, avec décompte unifié, est ouvert aux membres et non membres.¹⁵

c) CVA

36. Comme les autres associations, la CVA conclut un contrat-cadre afin que les exploitations agricoles respectent les exigences légales prévues par la CCT. La CVA n'intervient pas dans les relations commerciales entre les exploitations agricoles et les assureurs, les contrats sont finalisés sans son implication. Les taux de prime pour l'année suivante sont annoncés par les deux assureurs de façon séparée à l'automne sur la base de la sinistralité de l'année précédente.¹⁶

d) INTER

37. Concernant les prestations d'assurance-maladie, INTER a créé une « Caisse-maladie des employeurs affiliés à l'INTER » s'occupant de rassembler les offres des assureurs et de les proposer à ses membres.

38. Pour les membres de l'UPSA signataires de la CCT, il y a obligation d'assurer les employés pour la perte de gain selon la LAMal. INTER a donc trouvé des assureurs disposés non seulement à offrir un produit pour la branche automobile, mais aussi à accepter que les décomptes de leurs primes se fassent sur un décompte unique de contributions aux employeurs membres. L'adhésion au contrat-cadre est volontaire et a été également ouverte aux employeurs des autres branches membres de l'INTER.

¹⁰ « Le contractant [l'association] s'engage à ne conclure aucun nouveau contrat avec un autre assureur pour les assurances définies dans la présente convention », Point F.

¹¹ Lettre de l'AVE du 15 décembre 2015.

¹² Rencontre avec les PS du 20 avril 2016.

¹³ Système de co-assureur où un assureur est responsable de signer le contrat mais les risques sont redistribués sur plusieurs assureurs (pool).

¹⁴ Lettre du BM du 30 septembre 2015.

¹⁵ Lettre du BM du 5 novembre 2015 et Tableau 2.

¹⁶ Lettre de la CVA du 9 octobre 2015.

39. Pour l'INTER, la détermination de la prime se fait par les assureurs sur le principe de la communauté de risque (solidarité de branche), en tenant compte de la sinistralité des années précédentes.¹⁷

40. En résumé et comme le démontre le tableau suivant, la façon de définir les taux de prime et leur niveau va-

rient selon lesdites associations: l'AVE impose les taux, le BM les négocie avec les assureurs tandis que la CVA et l'INTER laissent aux assureurs le soin de leur proposer des taux en fonction de la sinistralité:

Tableau 3: Taux de prime en % du salaire AVS pour une couverture à 80 % de ce salaire en cas de maladie pour les différentes associations (2015)

	DÉLAIS D'ATTENTE				
	1 jour	2 jours	7 jours	14 jours	30 jours
VALAIS					
AVE	[...]			[...]	
BM		[...]		[...]	[...]
CVA		[...]	[...]	[...]	[...]
INTER		[...]			[...]
INTER (90%)		[...]			[...]
VAUD					
Fédération vaudoise des Entrepreneurs (FVE) avec Philos (LCA)					
Gros œuvre	3.30			2.00	1.40
Second œuvre		2.90		1.90	1.00
SUISSE					
Verband Schweizerischer Hafner- und Plattengeschäfte avec Helsana (LCA)					
Employés		3.95	2.40	2.05	1.35

Source: Réponses aux questionnaires et recherches du Secrétariat

41. La comparaison avec les taux de prime de la Fédération vaudoise des Entrepreneurs (comparable à l'AVE valaisanne) qui a conclu un contrat-cadre avec un seul assureur (Philos) ne met pas en évidence de grandes différences. La même conclusion peut être tirée en ce qui concerne le contrat-cadre conclu par Helsana au niveau suisse.

42. Le système de solidarité mis en place par les contrats-cadre peut continuer de fonctionner aussi longtemps que le taux de prime (plus élevé) est contrebalancé par des facilités administratives. Le système est donc intéressant pour les entreprises qui veulent réduire leurs coûts administratifs et pour celles qui ont (ou risquent d'avoir) des sinistralités importantes. En même temps, la mise en commun de la masse salariale permet d'avoir un taux de prime général plus bas étant donné que les risques sont répartis sur un nombre élevé d'assurés. Il semble par contre contradictoire de choisir trois offreurs / assureurs étant donné que cela augmente l'incertitude sur la sinistralité et fait donc augmenter le taux de prime demandé par les assureurs. Ce choix est fait sciemment par les associations qui veulent maintenir une situation qui, selon leurs avis, a fait ses preuves.

43. Par conséquent, il est compréhensible que le taux unique à négocier et effectivement négocié soit le résul-

tat de pourparlers entre les trois assureurs qui doivent trouver un taux leur permettant de faire face à la sinistralité de leur propre portefeuille d'assurés.

A.3.3.3 Priorité des assureurs et démarchage

44. Même si trois des quatre associations ont prévu dans leur contrat de courtage une clause par laquelle elles s'engagent à ne pas conclure de nouveau contrat avec d'autres assureurs pour les assurances définies dans la convention, elles n'ont pas voulu exclure d'autres assureurs du système. En effet, deux des quatre associations ont essayé de changer d'assureur lors des 10 dernières années.¹⁸ De même, lorsque la caisse-maladie suisse pour les industries du bois et du bâtiment et branches annexes (CMBB) à Martigny – qui

¹⁷ Lettre de l'INTER du 6 octobre 2015.

¹⁸ Le BM a donné mandat à [IBC Insurance Broking & Consulting SA] de procéder en 2008 à la récolte d'offres pour la « maladie collective perte de gain » et l'« assurance des soins » auprès de 15 assureurs actifs sur le marché suisse (Lettre du BM du 5 novembre 2015). Seuls cinq assureurs-maladie (Helsana, CSS, Groupe Mutuel, Visana et Zurich) ont soumis une offre. L'examen de ces offres a décidé le BM de conserver la solution pratiquée jusqu'en 2008 avec CSS, Groupe Mutuel et Helsana. Depuis, selon les dires de l'assureur, eu égard aux résultats de cette procédure, la question n'a plus été abordée.

était le quatrième assureur-maladie à avoir signé le contrat-cadre – est sortie du marché, INTER s'est empressé, en vain, de trouver d'autres assureurs intéressés à intégrer ce groupement, avec l'accord des assureurs restants, pour offrir une pluralité dans le choix.¹⁹ Si l'AVE ne semble pas avoir remis en discussion sa collaboration avec les assureurs-maladie, ni avoir impliqué d'autres assureurs dans ce système, la CVA a décidé de compléter son offre pour ses membres en ajoutant CSS à son partenaire historique (GM).

45. Le fait que les associations donnent la priorité à ces trois assureurs conduit ces derniers à respecter leurs engagements sans essayer d'attirer individuellement vers elles les bons risques. Comme cela a déjà été souligné, le système des contrats-cadre mis en place par les associations se fonde sur le principe de la répartition des risques et des sinistralités sur un nombre plus important d'entreprises. En signant le contrat-cadre, les assureurs s'engagent à offrir un taux de prime unique pour leurs prestations perte de gain à chaque assuré (employeur / employé) indépendamment de sa sinistralité effective. Néanmoins, même en tant que signataire, un des assureurs pourrait être tenté de faire activement du « cherry picking » en offrant un taux de prime plus avantageux – c'est-à-dire capable que compenser encore plus les avantages²⁰ offerts par le contrat-cadre – à des entreprises qui ont un risque de sinistralité bas. Celles-ci pourraient donc résilier le contrat-cadre et choisir de s'assurer séparément. De telles pratiques auraient pour effet que les bons risques abandonnent le système. Il ne resterait que les mauvais risques (entreprises avec une sinistralité élevée), ce qui conduirait à une démutualisation et à une augmentation conséquente des taux de prime. Ce phénomène n'est pas spécifique aux contrats-cadre en question, toute forme de solidarité ou « démutualité » dans le domaine de l'assurance non-obligatoire contient un risque de sélection adverse.²¹ Même dans le cas d'un contrat-cadre avec un seul assureur, les entreprises « bons risques » sont attirées par les offres d'autres assureurs-maladie ou par le même assureur signataire du contrat-cadre qui ne jouerait pas *fair play* avec l'association même si celle-ci s'engagerait en lui accordant la prééminence. Sans cet engagement, le choix de conclure un contrat-cadre avec plusieurs assureurs pourrait amplifier les effets sur le système, du moment que l'asymétrie d'informations sur l'état de sinistralité des entreprises adhérant au contrat-cadre diminuerait fortement pour ces assureurs.

46. Par conséquent, le fait que les assureurs en question ne démarchent pas activement²² les entreprises qui adhèrent aux dits contrats-cadre est le revers (nécessaire) de la médaille à la priorité octroyée par les associations aux trois assureurs.

B En droit

B.1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart

47. La présente loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

B.1.1 Entreprise

48. D'un point de vue du droit sur les cartels, les assureurs-maladie et les entreprises membres des quatre associations professionnelles sont des entreprises au sens de l'art. 2 LCart.

49. Dans le cas d'espèce, les quatre associations professionnelles peuvent également être considérées comme des entreprises au sens de la LCart, dans la mesure où elles sont rémunérées pour leurs prestations d'intermédiaire.

B.1.2 Prescriptions réservées

50. Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). La LCart n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle (art. 3 al. 2 LCart).

51. Les prestations d'indemnités journalières proposées aux membres des associations, même si elles couvrent les prestations selon la LAMal prévues dans la CCT, demeurent une assurance facultative d'indemnités journalières (cf. art. 1a et art. 67 et suivants LAMal).²³ La loi ainsi que les travaux préparatoires ne font pas apparaître de dispositions, respectivement d'indications selon lesquelles le champ d'application de l'assurance (collective) d'indemnités journalières en cas de maladie serait soustrait à la LCart.

52. En l'espèce, il ne semble pas exister des prescriptions réservées dans ce cas qui limiteraient la compétence des autorités de la concurrence.

B.1.3 Accords en matière de concurrence

53. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

54. Pour qu'il y ait accord en matière de concurrence, il faut: a) une action collective consciente et voulue, b) visant ou entraînant une restriction à la concurrence.

¹⁹ Lettre d'INTER du 9 novembre 2015.

²⁰ Surtout les simplifications administratives.

²¹ GEORGE A. AKERLOF The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970), p. 488-500.

²² Quand l'initiative est prise par l'assureur et non par l'employeur adhérant au contrat-cadre.

²³ Selon les données fournies par les partenaires sociaux, les assurances collectives d'indemnités journalières en cas de maladie sont conclues selon la LCA, par opposition, les partenaires sociaux exigeraient que les assurances collectives d'indemnités journalières en cas de maladie soit conclues selon la LAMal conformément aux directives de la CCNT, discussion du 20 avril 2016.

55. En ce qui concerne l'action collective consciente et voulue, l'art. 4 al. 1 LCart prévoit deux formes d'accords en matière de concurrence: la convention (juridiquement contraignante ou non) et la pratique concertée. Dans le cas d'espèce, chaque association²⁴ a conclu un contrat-cadre avec les plusieurs assureurs contenant des dispositions sur les primes (uniques) d'assurance.²⁵ Par conséquent, les contrats-cadre sont des conventions contraignantes au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

56. Afin de déterminer si ces contrats-cadre constituent des accords en matière de concurrence, il convient tout d'abord d'examiner le comportement par le biais duquel les assureurs discutent le niveau des primes fixées.²⁶ Dans le cas d'espèce, ces contrats ont comme particularité d'une part que les demandeurs (associations professionnelles, respectivement membres d'association en tant que consommateurs finaux) choisissent, chacun et individuellement, plusieurs offreurs (assureurs) et, d'autre part, que les demandeurs exigent des offreurs qu'ils leur proposent une seule prime d'assurances d'indemnités journalières dans le domaine LAMal.²⁷

57. Pour tomber sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart, une convention doit 1) viser ou 2) entraîner une restriction de la concurrence.

58. S'agissant du premier élément, il n'existe pas d'indice montrant que les assureurs aient voulu éliminer ou entraver la concurrence entre eux, notamment sur les prix. Les associations professionnelles ont décidé de conclure un contrat avec plusieurs assureurs et ont requis un prix unique de leur part. Il est donc inhérent au système voulu par les différentes associations que les assureurs leur proposent pour chaque contrat-cadre des primes uniformes. En pareille circonstance, aucun élément de preuve n'établit que les assureurs aient visé à empêcher des offres individuelles concurrentes. Tel que dans le cas où une commune exigerait de trois entreprises actives dans la construction de s'accorder – créer un consortium – sur le prix pour la réalisation d'une œuvre publique, les associations professionnelles ont demandé à ne recevoir qu'une seule offre d'un « consortium d'assurances » à la place d'offres individuelles. En règle générale, un accord sur les prix a principalement pour but d'augmenter la marge du fabricant ou du prestataire de services. Dans le cas d'espèce, l'existence de la convention sur les primes est non seulement connue des associations professionnelles, mais elle est même exigée par celles-ci. Dans ce cas, le comportement des assureurs n'est pas de nature à supprimer ou à limiter la concurrence et – par conséquent – ne vise pas une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

59. Pour ce qui est du second élément, même si une convention ne vise pas de restriction à la concurrence, elle peut en entraîner. Pour cela, il suffit qu'un effet sur le marché puisse être démontré et être imputé à la coordination des entreprises participantes.²⁸ Dans le cas présent, il s'agit de savoir si le comportement des assureurs - c'est-à-dire si le fait d'avoir été amenés par les différentes associations à s'accorder sur une prime uniforme à offrir – a entraîné une restriction à la concurrence – c'est-à-dire si (l'intensité de) la concurrence entre les assureurs a été réduite par la conclusion des contrats-cadre. Dans le domaine de l'assurance facultative

d'indemnités journalières perte de gain en cas de maladie relevant de la LAMal, les assurances individuelles ou collectives sont à disposition des membres des associations.²⁹ Selon les informations à disposition du Secrétariat, une grande partie des assurances d'indemnités journalières est conclue dans le cadre de la LCA. L'intérêt des assureurs à conclure ce type d'assurance dans le cadre de la LAMal est faible. Par contre, les entreprises rattachées à une CCT ont intérêt de conclure une assurance selon la LAMal afin de répondre aux exigences de la CCT. La possibilité d'assurance selon ce système de contrat-cadre repose sur les prémisses qu'un ou plusieurs assureurs proposent une prime pour l'assurance (collective) d'indemnités journalières perte gain. Sans cette condition, les associations professionnelles ne seraient pas prêtes à contracter des assurances d'indemnités journalières. Seules les possibilités d'assurances bilatérales ou individuelles d'indemnités journalières existeraient alors pour les entreprises. Grâce aux contrats-cadre auxquels les entreprises sont libres d'adhérer, une nouvelle alternative est mise à disposition des PME sur le marché valaisan. En effet, ces contrats-cadre permettent aux entreprises valaisannes de disposer d'une opportunité supplémentaire de conclure librement des contrats de perte de gain journalière en respectant les dispositions légales en la matière. De plus, comme les membres des associations choisissent librement non seulement d'adhérer au contrat-cadre mais aussi auprès de quel assureur elles veulent s'assurer et que, d'autre part, les entreprises non membres d'une association professionnelle peuvent également adhérer au contrat-cadre et conclure de tels contrats d'assurance³⁰, il n'existe pas d'indice montrant que lesdites conventions entraînent une restriction à la concurrence. Au contraire, les entreprises ont le choix entre 1) un contrat avec un assureur qui n'a pas conclu le contrat-cadre, 2) un contrat avec un des assureurs qui a conclu le contrat-cadre ou 3) le contrat-cadre d'une des associations en fonction du domaine d'activité de ladite entreprise. De façon générale, l'augmentation du choix correspond à une augmentation de l'intensité de la concurrence que ce soit par un contrat-cadre conclu avec un seul assureur ou avec plusieurs assureurs, pour autant que les entreprises restent libres de choisir.

60. A cela s'ajoute le fait que les primes contenues dans les différents contrats-cadre ne peuvent pas influencer négativement le marché en devenant des primes de référence. En effet, les primes sont différentes d'un contrat-cadre à l'autre (cf. tableau 3) car la définition des

²⁴ Cf. note de bas de page 8.

²⁵ Les primes, indépendamment de leur temps de carence pour les prestations à fournir, sont identiques auprès des trois assureurs. Cependant, les associations professionnelles contractantes ont chacune fixé des primes différentes dans leur contrat-cadre (cf. tableau 3).

²⁶ Cf. N 25 concernant les conditions secondaires.

²⁷ Il faut souligner que les associations forcent parfois la collaboration avec les assureurs en leur imposant certaines conditions comme la durée du contrat-cadre.

²⁸ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, dans: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, art. 4 al. 1 N 75.

²⁹ Cf. art. 67 LAMal.

³⁰ Voir N 35 et tableau 2.

primes pour l'assurance perte de gain se fonde sur les risques spécifiques à chaque branche professionnelle, respectivement sur les risques de chaque entreprise pour les contrats d'assurance bilatéraux.

61. Par conséquent, les différents contrats-cadre, tels qu'ils sont actuellement conçus n'entraînent pas une réduction de la concurrence.

62. En conclusion, le comportement des trois assureurs mandatés ne constitue pas un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Le fait que ces trois assureurs ne démarchent pas de façon individuelle les entreprises membres de ces associations et que ces dernières ne passent pas simultanément de

contrats de même type avec d'autres assureurs sont des comportements inhérents à ce type de mutualité.

C Conclusions

63. Le Secrétariat de la Commission de la concurrence, se basant sur les éléments en sa possession et sur les développements qui précèdent:

1. décide de clore sans suite l'enquête préalable;
 2. communique aux parties la clôture de l'enquête préalable.
-

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	2. Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse

[...]

Die vorliegende Beratung hat die [...] kartellrechtliche Beurteilung der Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse zum Gegenstand. Die vorliegende Beurteilung erfolgt vereinbarungsgemäss im Rahmen einer gebührenpflichtigen Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

I. Sachverhalt

1. Der Verband

Der Verband der Schweizerischen Zementindustrie – cemsuisse – besteht aus den vier Mitgliederunternehmen Holcim (Schweiz) AG (in der Folge: Holcim), Jura-Cement-Fabriken AG bzw. Juracime SA (in der Folge: Jura-Cement), Ciments Vigier SA (in der Folge: Vigier) und Kalkfabrik Netstal AG (in der Folge: Netstal).¹ Mit Ausnahme der Kalkfabrik Netstal AG sind alle Mitgliederunternehmen Zementhersteller. Die Holcim (Schweiz) AG, die Vigier Holding AG und die JURA-Holding sind im Vorstand der cemsuisse vertreten.² Die Geschäftsstelle des Verbandes setzt sich aus sechs Personen zusammen, die im Umfang von 3.75 Vollzeitstellen für den Verband tätig sind. Der nachfolgend beschriebene Informationsaustausch findet gemäss der Meldung nur zwischen den im cemsuisse-Vorstand vertretenen Mitgliedern Holcim, Jura-Cement und Vigier statt.

Gemäss eigenen Angaben bezweckt cemsuisse die Interessenwahrung der Schweizer Zementhersteller auf der politischen Ebene und die Förderung der Reduktion von Emissionen.³ Ferner fördert cemsuisse die Forschung im Bereich der Betonanwendung⁴ und den Besuch von Fachveranstaltungen.⁵

Laut Beratungsanfrage möchte die cemsuisse die kartellrechtliche Konformität von vier Tätigkeitsbereichen beurteilen lassen. Erstens erhebt der Verband umweltrelevante Daten (Prozess-Umwelt-Technik-Statistiken, kurz PUT-Statistiken). Cemsuisse publiziert zweitens Pressemitteilungen und erstellt drittens Lieferstatistiken. Viertens finanziert sich die cemsuisse über Mitgliederbeiträge. Die vorliegende Beratung beschränkt sich auf diese vier Tätigkeitsbereiche im gemeldeten Umfang und untersteht den in Titel IV genannten Vorbehalten.

2. Die ausgetauschten Informationen

2.1. Prozess-Umwelt-Technik-Statistiken (PUT-Statistiken)

a) Gesetzlicher Rahmen

Gemäss Art. 1 i.V.m. Art. 7 USG zielt das Umweltschutzgesetz unter anderem darauf ab, Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu schützen. Luftverunreinigungen sind solche Einwirkungen, welche vom Gesetz erfasst sind. Luftverunreinigungen müssen dem Grundsatz der Emissionsbegrenzung gemäss Art. 4 Abs. 1 USG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 USG genügen. Emissionen sind vorsorglich so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Gemäss Art. 12 USG können vom Bund Emissionsgrenzwerte festgelegt werden. Die Luftreinhalteverordnung (LRV) setzt in Konkretisierung des USG solche Emissionsgrenzwerte fest.

Gemäss Art. 41a Abs. 1 USG arbeiten der Bund und die Kantone für den Vollzug des Umweltschutzgesetzes mit den Organisationen der Wirtschaft zusammen. Sie können Branchenvereinbarungen durch die Vorgabe mengenmässiger Ziele und entsprechender Fristen fördern (Abs. 2). Bevor sie Ausführungsvorschriften erlassen, prüfen sie die freiwilligen Massnahmen der Wirtschaft und übernehmen Branchenvereinbarungen ganz oder teilweise in das Ausführungsrecht (Abs. 3).

b) Branchenvereinbarung der cemsuisse

Die Zementwerke emittieren bei der Produktion von Betonprodukten Stickoxide (NO_x) in die Atmosphäre. Vor dem Hintergrund der Zielsetzungen der Umweltgesetzgebung und auf Wunsch der Kantone und des Bundesamtes für Umwelt (BAFU) haben sich die Zementwerke bereit erklärt, den NO_x-Ausstoss unter die gesetzlich vorgegebenen Emissionsgrenzwerte zu senken. Um das Ziel unter Wahrung der erwähnten Grenzen zu erreichen, haben die Zementhersteller eine Branchenvereinbarung gemäss Art. 41a USG zur Reduktion von Stickstoff abgeschlossen (NO_x-Branchenvereinbarung).

¹ <http://www.cemsuisse.ch/cemsuisse/ueberuns/mitglieder/index.html?lang=de>.

² http://www.cemsuisse.ch/cemsuisse/ueberuns/test_rubrik/index.html?lang=de.

³ <http://www.cemsuisse.ch/cemsuisse/produktion/index.html?lang=de>.

⁴ <http://www.cemsuisse.ch/cemsuisse/forschung/index.html?lang=de>.

⁵ <http://www.cemsuisse.ch/cemsuisse/bildung/index.html?lang=de>.

Die Vertragspartner der Branchenvereinbarung sind die Zementhersteller Vigier, Holcim und Jura-Cement auf der einen Seite und die Standortkantone von Zementwerken⁶ auf der anderen Seite. Sie regeln mit der Vereinbarung die Reduktion von NO_x-Frachten. Die Vertragspartner sollen im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Tragbarkeit NO_x-Konzentrationen verringern. Sie zielen zudem darauf ab, die Umwelt an den Standorten der Zementwerke zu schützen. Schliesslich beabsichtigen die Vertragspartner auf Einzelverfügungen, welche auf eine Verschärfung der Anforderungen oder eine allgemeine Grenzwertverschärfung hinzielen, zu verzichten.⁷

Die Einhaltung der Vereinbarung wird durch eine Kontrollkommission überprüft, an welcher sich zur Zeit drei Vertreter der Zementwerke, zwei Vertreter von cemsuisse, fünf Vertreter der Kantone und zwei Vertreter BAFU beteiligen.⁸ Der Kontrollkommission steht ein Sekretariat zur Seite, welches vom BAFU und den Zementwerken finanziert wird. Das Sekretariat wird derzeit von einem unabhängigen Unternehmen – [...] – geführt.

c) Informationsaustausch

Gemäss Angaben der cemsuisse sammelt der Verband jährlich Daten zu den Emissionswerten des jeweils letzten Berichtsjahres. Die Daten werden im 2. und 3. Jahresquartal des Folgejahres gesammelt. Die Daten werden gemäss cemsuisse selbständig erhoben, weil eine Erfassung der technischen und umweltrelevanten Daten durch Ämter wie das Bundesamt für Energie (BFE) und das BAFU nicht möglich sei. Die cemsuisse sei für die Verhandlungen mit den Behörden darauf angewiesen, selbst über diese Daten zu verfügen.

Das Sekretariat der NO_x-Kontrollkommission, welches durch das unabhängige Unternehmen [...] geführt wird, nimmt von den Kantonen im Frühjahr des Folgejahres die jährlichen Meldungen der NO_x-Konzentrationen, der Betriebsstunden sowie allfälliger Nichteinhaltungen der LRV entgegen und verfasst einen Bericht zuhanden der NO_x-Kontrollkommission.

Gemäss cemsuisse enthalten die PUT-Statistiken Angaben zu den jährlich verarbeiteten

- Mengen von Rohmaterialien,
- Mengen in der Klinkerproduktion,
- Mengen der Zementproduktion,
- den verschiedenen Betriebszuständen.

Zudem enthalten die PUT-Statistiken Angaben

- zum Energieeinsatz, bzw. den Mengen und dem Heizwert der eingesetzten Brennstoffe, und
- zu den Emissionen.

Cemsuisse erstellt eine Statistik mit den zusammengefassten Daten aller Zementwerke, welche an die staatlichen Stellen und an die einzelnen Mitglieder verschickt wird. Jedes einzelne Mitglied erhält ausserdem eine Statistik mit den Zahlen der eigenen Zementwerke. Die Zementwerke erhalten keine Kenntnis über die individuellen Daten der Konkurrenzunternehmen.

2.2. Pressemitteilungen

Die cemsuisse erstellt quartalsweise Pressemitteilungen über die Zementlieferungen. Die Pressemitteilungen, welche online aufgeschaltet sind, geben Auskunft über die gesamte Inlandlieferung des betreffenden Quartals in Tonnen. Zudem geben sie an, in welchem prozentualen Ausmass die Lieferungen sich im Vergleich zu Vorjahresperioden verändert haben.⁹ Gemäss cemsuisse liegen den Pressemitteilungen jeweils Quartalsstatistiken bei. Diese beinhalten das Total der Lieferungen des vergangenen Quartals, die Zementsorten, Angaben zu den Transportarten und den Verbrauchergruppen. Die Jahresberichte und zum Teil die Pressemitteilungen (vgl. z.B. die Pressemitteilung vom 5. Januar 2015¹⁰) der cemsuisse weisen zudem den prozentualen Anteil der Lieferungen an emissionsärmeren Zementen aus.

2.3. Lieferstatistiken

Gemäss cemsuisse gibt es in der Schweiz keine behördliche Verbraucherstatistik. Der schweizerische Zementverbrauch ergebe sich aus der Lieferstatistik der cemsuisse sowie den Importstatistiken der Eidgenössischen Zollverwaltung. Letztere sei öffentlich zugänglich. Die Erfassung des Zementverbrauchs sei ein wichtiger Indikator für die Konjunktorentwicklung der Bauwirtschaft.¹¹

Wie das Sekretariat durch Tests mit privaten Computern, welche nicht am Bundesserver angeschlossen waren, verifiziert hat, kann jede Privatperson auf der Website der Eidgenössischen Zollverwaltung die Basisversion („Basicversion“) der statistischen Datenbank über die Importe und Exporte verschiedener Waren gratis einsehen.¹² In dieser Version können die Zeitperiode (Monat, Monat kumuliert, Quartal, Halbjahr, Jahr), die Verkehrsrichtung (Export, Import), die Waren (z.B. Zementklinker; Portlandzement), die Tarifnummer der Waren und der Handelspartner (Wirtschaftsraum, Länder oder Ländergruppen) ausgewählt werden. Je nach Einstellung der Suchkriterien sind z.B. die monatlichen Gesamteinfuhrzahlen in kg und der Gesamtwert der Warengruppe Zementklinker in Schweizer Franken ersichtlich. Die kostenpflichtige Expertenversion enthält zudem u.a. noch Angaben zum Gesamtimport und -export von zwölf Warengruppen je nach Kanton, Verkehrszweig, Zollertrag und Indizes. Die Importe und Exporte der verschiedenen Zementsorten sind in der Warengruppe „Steine und Erden“ eingeschlossen und sind nicht produktspezifisch einsehbar.¹³

⁶ Aargau, Bern, Graubünden, Neuenburg, Waadt.

⁷ NO_x-Branchenvereinbarung mit der Zementindustrie, Seite 3, Punkt 2.

⁸ Bestätigungsgesuch vom 18. Mai 2016, Beilage 4, Seite 1.

⁹ <http://www.cemsuisse.ch/cemsuisse/ueberuns/medien/index.html?lang=de>.

¹⁰ http://www.cemsuisse.ch/cemsuisse/ueberuns/medien/schweizerische_zementlieferungen_201/index.html?lang=de.

¹¹ Eingabe cemsuisse vom 18. Mai 2016, 3 | 5, 4 | 5.

¹² <http://www.ezv.admin.ch/dienstleistungen/04053/04684/04690/05283/index.html?lang=de>.

¹³ <http://www.ezv.admin.ch/dienstleistungen/04053/04684/04690/05283/index.html?lang=de>.

Soweit ersichtlich, stellt der Verband seinen Mitgliedern monatlich sämtliche Importstatistiken der eidgenössischen Zollverwaltung zu. Ferner erhalten die Mitglieder pro Quartal die kumulierten Zementlieferungen in der Schweiz mit einem Vergleich zu den Zahlen des entsprechenden Quartals des Vorjahres. Ferner bedient cemsuisse seine Mitglieder quartalsweise mit Daten zu Zementlieferungen, welche nach Sorten und Verpackungsarten aufgeteilt sind. Die Sorten sind gemäss den SN EN-Normen aufgeschlüsselt, welche von der SIA herausgegeben werden. Auf diese Weise kann ein Mitglied in bestimmten Marktconstellationen ersehen, ob es das einzige Unternehmen ist, welches in einem Quartal gewisse Zementsorten anbietet. Aufgrund der oligopolistischen Struktur des Marktes, kann es zudem relativ genau abschätzen, über welche Marktanteile es selbst und die Konkurrenz verfügen. Die cemsuisse sendet seinen Mitgliedern zudem quartalsweise die gelieferten Daten zu Zementmengen in Sack und lose und den prozentualen Anteil der Lieferungen mit Auto und Bahn. Schliesslich erhalten die Verbandsmitglieder quartalsweise die Zementliefermengen aufgeschlüsselt in sieben Verbraucherkategorien.

2.4. Mitgliederbeiträge

Die Mitgliederbeiträge werden entsprechend den Marktanteilen der Mitglieder erhoben. Die Zahlung erfolgt in drei quartalsweisen Akontozahlungen und einer Schlussrechnung, welche im zweiten Quartal des Folgejahres fakturiert wird. Die Mitgliederunternehmen erfahren somit die Höhe ihres definitiven Mitgliederbeitrages im Verlauf des zweiten Quartals des Folgejahres. Daraus können die ihre eigenen Marktanteile ableiten.

II. Beurteilung

1. Rechtlicher Rahmen des Informationsaustausches

1.1. Schweiz

Gemäss der schweizerischen Praxis kann sich der Informationsaustausch zwischen Unternehmen pro- oder antikompitiv auswirken. Die Beurteilung, ob ein Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, hängt von vielerlei Faktoren ab. In der schweizerischen Praxis wurden bis anhin schergewichtig a) die Art und Qualität der ausgetauschten Informationen betrachtet und b) die Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes.¹⁴ Dies führt dazu, dass vor allem die nachfolgenden nicht abschliessend aufgezählten Kriterien von den Wettbewerbsbehörden zu überprüfen:

- a) Die Wettbewerbsbehörden sehen im Austausch von **vertraulichen, firmenspezifischen** Informationen ein hohes Risiko einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung. Insbesondere der Austausch von Angaben über Verkaufspreise, Mengen oder Geschäftsstrategien werden von den Wettbewerbsbehörden als problematisch eingestuft. Weiter ist das **Aggregationsniveau** für die Beurteilung der wettbewerbsschädigenden Auswirkung zu betrachten. Je detaillierter die ausgetauschten Informationen sind, desto einfacher ist es, das Verhalten der anderen Unternehmen auf dem Markt zu antizipieren und das eigene Verhal-

ten entsprechend anzupassen. Die **Aktualität** der Informationen ist insofern von Bedeutung, als dass der Austausch rein historischer Daten gemäss den Wettbewerbsbehörden kaum zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Aktuelle Daten und Prognosen bergen hingegen Kollusionspotential. Schliesslich betrachten die Wettbewerbsbehörden die **Frequenz** des Informationsaustausches. Sie gehen davon aus, dass Konkurrenten ihre Geschäftsstrategien einfacher und schneller aneinander anpassen können, je öfter der Austausch stattfindet.¹⁵

- b) Mit Bezug auf den relevanten Markt gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass in Märkten mit homogenen Produkten die Wettbewerbsparameter wie z.B. der Preis einfacher koordiniert werden können, als in Märkten mit differenzierten Produkten. Ferner ist die Gefahr einer Verhaltensabstimmung in konzentrierten Märkten höher als in fragmentierten Märkten, da eine hohe Marktkonzentration die Überwachung von expliziten oder impliziten Abreden erleichtert.¹⁶

1.2. Europäische Union

Ein Informationsaustausch kann gemäss den Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 AEUV sowohl zu Effizienzgewinnen führen also auch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben.¹⁷ Gemäss EU-Praxis kann ein Informationsaustausch nur dann nach Art. 101 AEUV geprüft werden, wenn er eine Vereinbarung, eine abgestimmte Verhaltensweise oder ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung ist.¹⁸ Ferner ist zu prüfen, ob der Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder bezweckt. Ein Informationsaustausch hat dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn es wahrscheinlich ist, dass er spürbare negative Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation haben wird. Bei der Prüfung, ob ein Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkung hat, sind einerseits a) die Marktmerkmale zu überprüfen und andererseits b) die Merkmale des Informationsaustausches:¹⁹

¹⁴ RPW 2007/1, 167 Rz 212 f., *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*; RPW 2011/4, 517 ff., *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*.

¹⁵ RPW 2007/1, 167 Rz 213 Lema 1-4, *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*; RPW 2011/4, 518 ff., *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*.

¹⁶ RPW 2007/1, 167 Rz 213 Lema 5-6, *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*; RPW 2011/4, 520, *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*.

¹⁷ Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (nachfolgend Horizontalleitlinien), ABl. 2011 C 11, 1 ff., Rz 57 f.

¹⁸ Horizontalleitlinien (Fn 17), Rz 60.

¹⁹ Horizontalleitlinien (Fn 17), Rz 75.

- a) Auf **transparenten, konzentrierten, nicht-komplexen, stabilen und symmetrischen Märkten** ist es eher wahrscheinlich, dass Unternehmen ein Kollusionsergebnis erzielen.²⁰
- b) Der Austausch **strategischer Daten**, der die Ungewissheit auf dem Markt verringert, fällt tendenziell eher unter Art. 101 AEUV. Die Weitergabe strategischer Daten kann wettbewerbseinschränkende Auswirkungen haben, indem sie die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränkt und Wettbewerbsanreize reduziert. Strategische Informationen können sich z.B. auf Preise, Produktionskosten und Mengen beziehen. Der Informationsaustausch hat zudem dann wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, wenn die am Austausch beteiligten Unternehmen einen hinreichend **grossen Anteil des relevanten Marktes** abdecken. Beim Austausch **aggregierter Daten**, die nur mit Schwierigkeit Rückschlüsse auf das einzelne Unternehmen zulassen, ist die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbsbeschränkenden Auswirkung geringer als bei **unternehmensspezifischen Daten**. Ferner spielt das **Alter der Daten** eine Rolle. Der Austausch historischer Daten wirkt in der Regel nicht wettbewerbsbeschränkend, da diese Daten voraussichtlich keinen Aufschluss über das künftige Verhalten der Wettbewerber geben und nicht zu einem gemeinsamen Verständnis des Marktes führen. Ferner kann ein **häufiger Austausch** die Gefahr eines Kollusionsergebnisses erhöhen. Schliesslich ist der Austausch **öffentlicher Informationen** voraussichtlich unproblematisch. Daten sind nur dann öffentlich, wenn es für Kunden und nicht am Austauschsystem Beteiligte nicht teurer ist, sich diese Informationen zu beschaffen als für die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen. Schliesslich ist die Möglichkeit der Wettbewerbsbeschränkung bei **öffentlichen Informationsaustauschen** weniger gross. Ein Informationsaustausch ist dann öffentlich, wenn die ausgetauschten Daten allen Wettbewerbern und Abnehmern gleichermaßen zugänglich gemacht werden mit Hinblick auf die Zugangskosten.²¹

1.3. Fazit

Ob ein Informationsaustausch eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hat, fusst primär auf ökonomischen Überlegungen. Die schweizerische und europäische Praxis stimmen mit Bezug auf diese ökonomischen Überlegungen weitgehend überein. Sowohl gemäss den schweizerischen, als auch den europäischen Wettbewerbsbehörden wird ein Informationsaustausch vor dem Hintergrund der Marktstruktur und den inhaltlichen Merkmalen der Informationen untersucht. Es besteht keine abschliessende Anzahl von Merkmalen bezüglich Marktstruktur oder Inhalt des Informationsaustausches.

Bei der rechtlichen Qualifikation eines Informationsaustausches sind die Unterschiede in den Tatbeständen von Art. 4 KG i.V.m. Art. 5 KG sowie Art. 101 AEUV gebührend zu beachten. Allerdings sind die Normen zu weiten Teilen austauschbar.²²

2. Anwendung auf den vorliegenden Fall

Entsprechend der oben genannten Praxis sind die verschiedenen Teilaspekte des gemeldeten Informationsaustausches zu überprüfen und zusätzlich im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen. In einem ersten Schritt können die Marktmerkmale betrachtet werden, da sie für sämtliche Teilaspekte des Informationsaustausches übereinstimmen.

2.1. Struktur des Marktes

Die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen Vigier, Holcim und Jura-Cement können alle Arten von Zement herstellen und liefern. Alle Werke verfügen über eigene Bahnanschlüsse. Ohne den sachlichen Markt näher zu definieren, steht fest, dass die vom Informationsaustausch betroffenen Güter homogen sind. Der Markt ist stark konzentriert, er weist eine oligopolistische Marktstruktur auf. Die Zementimporte im Umfang von rund 19 % aus dem Ausland ändern daran nichts.²³

In einem Markt mit den beschriebenen Strukturen ist die Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung durch einen Informationsaustausch reell. Allerdings lässt sich die potentiell wettbewerbsbeschränkende Wirkung eines Informationsaustausches in Übereinstimmung mit der erwähnten Behördenpraxis nicht alleine aufgrund der Marktstruktur feststellen. Vielmehr sind anschliessend zusätzlich die Merkmale der ausgetauschten Informationen zu untersuchen.

2.2. Merkmale der ausgetauschten Informationen

2.2.1. Prozess-Umwelt-Technik-Statistiken (PUT-Statistiken)

Die Reduktion der Emissionen – darunter auch der Emissionen der Zementwerke – entspricht dem gesetzgeberischen Willen. Zu diesem Zweck ist auch der Abschluss von Branchenvereinbarungen gesetzlich vorgesehen. Soweit im Rahmen einer solchen Branchenvereinbarung die Emissionswerte durch den Verband gesammelt werden und von einem Drittunternehmen die vereinbarten Emissionsziele jährlich festgehalten werden, entspricht dies der Ausführung einer gesetzlichen Aufgabe. Darin ist keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu erblicken. Insbesondere ist es unproblematisch, die Emissionswerte den Kantonen und dem BAFU mitzuteilen.

²⁰ Horizontalleitlinien (Fn 17), Rz 77.

²¹ Horizontalleitlinien (Fn 17), Rz 86 – 94.

²² Vgl. auch Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995, 495, wonach mit dem Kartellgesetz das „Postulat der Europaverträglichkeit“ weitgehend verwirklicht wurde.

²³ Gemäss cemsuisse betrug die Importe im Jahr 2015 gemäss Sondermeldung SO 119 der EZV rund 798'000 Tonnen, was einem Anteil von 19% an den gesamten Zementlieferungen in der Schweiz entspreche.

Unklar ist hingegen, weshalb die in der Kontrollkommission vertretenen Konkurrenten Vigier, Holcim und Jura-Cement die gegenseitigen Resultate auf der Basis der Werkberichte einsehen sollten. Auch cemsuisse begründet nicht, weshalb die Konkurrenten ihre Resultate gegenseitig einsehen sollten. Die Einsicht in die Angaben der Konkurrenten ist aus Sicht des Sekretariats nicht notwendig, um die branchenspezifischen Jahresmittelwerte einzuhalten. Die Einsicht kann den Anreiz der Unternehmen, ihre Emissionswerte stärker als die Konkurrenten zu senken und damit z.B. einen mittelfristigen Kostenvorsprung bzw. einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Konkurrenten zu realisieren, reduzieren. Da die umweltgerechte Produktion einen Wettbewerbsfaktor bilden kann, besteht daher die Möglichkeit, dass der Austausch der Emissionswerte zwischen den Konkurrenten sich wettbewerbsbeschränkend auswirkt. Das Sekretariat empfiehlt daher, die Möglichkeit der gegenseitigen Einsichtnahme der Vigier, Holcim und Jura-Cement in ihre jeweiligen Emissionswerte zu beseitigen. Mit Bezug auf den gleichzeitigen Austausch der Emissionswerte der einzelnen Unternehmen mit allen Kantons- und Bundesbehörden bestehen aus Sicht des Sekretariats hingegen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken, zumindest soweit Letztere die Werte nicht an die einzelnen Unternehmen weiterleiten.

2.2.2. Pressemitteilungen

Die vier Mal jährlich publizierte Pressemitteilungen sind auf der Website des Verbandes aufgeschaltet und somit für jedermann öffentlich einsehbar. Sie enthalten Angaben über die prozentuale Änderung der Inlandlieferungen im Vergleich zur entsprechenden Vorjahresperiode. Zudem führen die Pressemitteilungen die gesamten Zementlieferungen in Tonnen sowie die prozentualen Anteile der Lieferungen auf, welche mit der Bahn transportiert werden. Schliesslich geben die Pressemitteilungen teilweise auch den prozentualen Anteil der Zementlieferungen an „emissionsreduzierten“²⁴ Zementen an.

Die Daten sind aggregiert, sie lassen sich nicht ohne Schwierigkeiten einem Unternehmen zuordnen und sind zudem historisch. Die Einsicht in diese Daten zielt weder auf die Einschränkung des Wettbewerbs, noch birgt sie, isoliert betrachtet, wettbewerbsbeschränkendes Potential.

2.2.3. Lieferstatistiken

Die Veröffentlichung der gesamtschweizerischen Zementlieferungen, aufgeteilt nach Sorten, Verpackungsarten, Transportart und Verbrauchergruppe pro Quartal (Beilagen 7-10 des Schreibens vom 18. Mai 2016), ermöglicht den Mitgliedern aufgrund der oligopolistischen Marktstruktur relativ genau einzuschätzen, welche Mengen die Konkurrenten liefern. Die Unternehmen können die eigenen unternehmensspezifischen Zahlen mit den Gesamtzahlen vergleichen und daraus ableiten, ob auch die Konkurrenten gewisse Zementsorten im angegebenen Quartal produziert haben und in welchem Umfang. Hat z.B. ein Unternehmen in einem Quartal alleine gewisse Produkte hergestellt oder produzieren nur zwei Unternehmen, ist für die Marktteilnehmer ersichtlich, welches Unternehmen in welchem Umfang produziert hat.

Zumal die Daten vierteljährlich geliefert werden, sind die Informationen zwar – was jeglichen Geschäftsergebnissen inhärent ist – vergangenheitsbezogen, jedoch weisen sie eine gewisse Aktualität auf. So lassen die Liefermengen einen Rückschluss auf kurz zuvor erzielte Ergebnisse jedes einzelnen Wettbewerbers auf dem Markt zu. Zumal die Preise für die abgesetzten Mengen von den Abnehmern erfragt werden können, besteht für jeden Konkurrenten die Möglichkeit, sich ein Bild über die abgesetzten Mengen und die verlangten Preise pro Unternehmen zu verschaffen. Abweichungen in den abgesetzten Mengen und Preisen sind dadurch zeitnah ersichtlich. Der Anreiz unter diesen Umständen eine von den Konkurrenten abweichende Produktions- und Preispolitik festzulegen, könnte dadurch beeinträchtigt werden. Mit anderen Worten könnte also der Austausch von Daten der Liefermengen aufgeteilt nach Sorten, Verpackungsart, Transportart und Verbrauchergruppe den Preis- und Mengenwettbewerb beeinträchtigen. Wie cemsuisse dem Sekretariat versicherte, ist jedoch jeder Zementhersteller in der Schweiz in der Lage, auf Kundenanfrage hin sämtliche Zementsorten herzustellen und tut dies auch. Soweit diese Angaben zutreffen, ist die Gefahr einer Wettbewerbsbeeinträchtigung durch den Informationsaustausch gering. Denn diesfalls hängt der Anreiz zur Produktion einer bestimmten Zementsorte nicht davon ab, ob auch die Konkurrenten diese produzieren, sondern von der Nachfrage der Marktgegenseite. Will ein Zementwerk unter diesen Umständen einen Auftrag erhalten, hat es auch einen Anreiz einen konkurrenzfähigen Preis anzubieten, da es sonst Gefahr läuft, den Auftrag an einen preisgünstigeren Konkurrenten zu verlieren. Es bestehen daher aus Sicht des Sekretariats unter den von cemsuisse geschilderten Marktbedingungen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mit Hinblick auf den Austausch der in den Lieferstatistiken enthaltenen Informationen.

2.2.4. Mitgliederbeiträge

Die Mitglieder erhalten im zweiten Quartal des Folgejahres Kenntnis über die genaue Höhe ihres Mitgliederbeitrages. Die Mitglieder erhalten keine Kenntnis über die Höhe der Beiträge der anderen Mitglieder, sondern nur über die eigenen Marktanteile. Aufgrund der oligopolistischen Struktur des Marktes können die Wettbewerber aufgrund der Kenntnis der eigenen Marktanteile relativ präzise Vermutungen bezüglich der Marktanteile der beiden anderen Konkurrenten anstellen. Solche Vermutungen könnte ein Unternehmen aufgrund der vorgegebenen Marktstruktur aber ohnehin anstellen.

Die ausgetauschten Daten sind aggregiert und historisch und bergen, für sich getrennt betrachtet, kein grosses wettbewerbsbeschränkendes Potential.

²⁴ Vgl. z.B. die Pressemitteilung „4. Quartal 2015: Rückgang der Lieferungen um 4,2%“, welche wörtlich die „emissionsreduzierten“ Zemente erwähnt. Abrufbar unter: http://www.cemsuisse.ch/cemsuisse/ueberuns/medien/schweizerische_zementlieferungen_201/index.html?lang=de.

III. Fazit

Die Publikation der Pressemitteilungen, die Erstellung der PUT-Statistiken und die Erhebungsweise der Mitgliederbeiträge erwecken keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Sofern sämtliche Hersteller auf Bestellung hin aktuell und potenziell alle Zementsorten produzieren, bestehen auch mit Bezug auf den Austausch der in den Lieferstatistiken enthaltenen Informationen, keine Bedenken. Sofern es nicht zutreffen sollte, dass sämtliche Hersteller aktuell und potenziell auf Bestellung hin alle Zementsorten produzieren, könnte der Informationsaustausch mit Bezug auf die Lieferstatistik dazu führen, dass der Anreiz eine von den Konkurrenten abweichende Produktions- und Preispolitik festzulegen, beeinträchtigt wird.

Hingegen bergen die unter Konkurrenten ausgetauschten, werkspezifischen Emissionswerte das Potential für Wettbewerbsbeschränkungen. Das Sekretariat empfiehlt daher, dass die Möglichkeit der Vigier, Holcim und Jura-Cement, Einblick in die Emissionswerte ihrer Konkurrenten zu erlangen, beseitigt wird.

Der Antrag der cemsuisse auf Bestätigung des rechtlichen Befundes der Beratung aus dem Jahr 2004 kann somit unter Vorbehalt der genannten Einschränkungen gutgeheissen werden.

IV. Vorbehalte und Kosten

Die vorliegende Beurteilung beruht einzig auf den von Ihnen gemachten Angaben; zusätzliche oder abweichende tatsächliche Gegebenheiten können zu einer anderen Beurteilung führen. Wir weisen Sie zudem darauf hin, dass das vorliegende Schreiben die Einschätzung des Sekretariats wiedergibt und die Wettbewerbskommission dadurch nicht gebunden wird.

Wie wir Ihnen in unserer Eingangsbestätigung bereits mitgeteilt haben, sind Beratungen durch das Sekretariat kostenpflichtige Dienstleistungen (Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG und Art. 1 Abs. 1 Bst. d und Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz [Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2]). Gemäss Artikel 4 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt. Im vorliegenden Fall beträgt der Stundenansatz 290.– und 200.– Franken. Der Zeitaufwand betrug total [...]. Daraus resultiert ein Rechnungsbetrag von [...] Franken.

[...]

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	3. Sport im Pay-TV

Hinweis:

**Diese Verfügung ist noch nicht rechtskräftig
(Stand November 2016).**

Verfügung vom 9. Mai 2016 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Sport im Pay-TV wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen 1. Swisscom (Schweiz) AG, in Bern, 2. CT Cinetrade AG, in Zürich, 3. Teleclub AG, in Zürich, alle vertreten durch [...].

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	921	A.4.6	Stellungnahmen der Parteien zu den Anhörungen	955
A.1	Gegenstand der Untersuchung	921	A.4.6.1	Stellungnahme von Swisscom	955
A.1.1	Untersuchungsadressatinnen	922	A.4.6.2	Stellungnahme von Cablecom, Finecom und Sasag	955
A.2	Verfahren	922	B	Erwägungen	955
A.3	Anträge der Parteien	924	B.1	Geltungsbereich	955
A.4	Sachverhaltsermittlung	926	B.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	955
A.4.1	Begriffsdefinitionen	926	B.1.2	Sachlicher Geltungsbereich	957
A.4.2	Vorbemerkungen zum Beweis im Allgemeinen	928	B.2	Verfügungsadressaten/Parteien	957
A.4.3	Feststellung des relevanten Sachverhalts	930	B.3	Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften	958
A.4.3.1	Vertriebsmodelle von Teleclub	930	B.3.1	Stellungnahmen der Parteien zum Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften	960
A.4.3.2	Das Programmangebot von Teleclub	935	B.3.1.1	Stellungnahme von Swisscom	960
A.4.3.3	Das PPV-Angebot von Teleclub	938	B.4	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	962
A.4.3.4	Das Sportangebot von Teleclub	939	B.4.1	Der relevante Markt	963
A.4.3.5	Sachverhaltsangaben der Marktteilnehmer	941	B.4.1.1	Vorbemerkungen zu Fernsehmärkten	963
A.4.4	Stellungnahmen der Parteien zum Sachverhalt	948	B.4.1.2	Sachlich relevante Märkte	968
A.4.4.1	Stellungnahme von Swisscom	948	B.4.1.3	Räumlich relevanter Markt	982
A.4.5	Befragung im Rahmen der Anhörungen	954	B.4.1.4	Übersicht über die abgegrenzten Märkte	983
A.4.5.1	Anhörung von Swisscom	954	B.4.1.5	Stellungnahmen zum relevanten Markt	983
A.4.5.2	Anhörung von Cablecom, Finecom und Sasag	955	B.4.2	Beurteilung der Marktstellung	990
A.4.5.3	Anhörung von Sunrise	955	B.4.2.1	Frühere Beurteilungen der Marktstellung von Teleclub	990
			B.4.2.2	Allgemeines zur aktuellen Beurteilung	990
			B.4.2.3	Zeitliche Dimension	991
			B.4.2.4	Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV	992
			B.4.2.5	Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im	

	Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV	994
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	995
B.4.2.7	Nationaler Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV	995
B.4.2.8	Stellungnahmen zur Beurteilung der Marktstellung	955
B.4.2.9	Zwischenergebnis	996
B.4.3	Unzulässige Verhaltensweisen	996
B.4.3.1	Stellungnahmen zu den unzulässigen Verhaltensweisen	998
B.4.3.2	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)	998
B.4.3.3	Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)	1011
B.4.3.4	Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)	1017
B.4.4	Ergebnis	1020
C	Massnahmen	1020
C.1	Anordnung von Massnahmen / Einvernehmliche Regelung	1020
C.1.1	Massnahmen betreffend die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen	1021
C.1.2	Massnahmen betreffend die Diskriminierung von Handelspartnern	1022
C.1.3	Massnahmen betreffend die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen	1022
C.1.4	Stellungnahmen zu den Massnahmen	1022
C.1.4.1	Stellungnahme von Cablecom, Finecom und Sasag	1022
C.1.4.2	Stellungnahme von Sunrise	1022
C.1.5	Ergebnis	1022
C.2	Sanktionierung	1023
C.2.1	Allgemeines	1023
C.2.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	1023
C.2.2.1	Unternehmen	1023
C.2.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	1023
C.2.3	Vorwerfbarkeit	1023
C.2.3.1	Stellungnahmen der Parteien zur Vorwerfbarkeit	1023
C.2.4	Bemessung	1025
C.2.4.1	Maximalsanktion	1025
C.2.4.2	Konkrete Sanktionsberechnung	1026

C.2.4.3	Stellungnahmen der Parteien zur konkreten Sanktionsberechnung	1029
C.2.5	Ergebnis	1032
C.2.6	Verhältnismässigkeitsprüfung	1032
D	Kosten	1033
E	Aufschiebende Wirkung	1033
F	Ergebnis	1033
G	Dispositiv	1034

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 Anhaltspunkte 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 Kopplung vorliegt.

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

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

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.
- 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. _____ (51 %) und *Swisscom* (49 %). Für den vorliegenden Fall ist insbesondere von Bedeutung, dass *Cinetrade* bis Ende September 2012 zwei Drittel des Pay-TV-Anbieters *Teleclub AG* hielt. Das restliche Drittel 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* [...] 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 Ak-

tienkapital *Cinetrade* zu einem Drittel 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 Fernmelde-diensteanbietern 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.

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.

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).

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: SUISSDIGITAL – 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 Untersuchungseröffnung 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 und Sasag Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, welches die Beschwerde mit Entscheid 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 zuständigkeitshalber 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 Entscheid vom 2. Oktober 2014 auf die Beschwerde nicht eintrat.⁹ Das von Swisscom, Cinetrade und Teleclub daraufhin angeforderte 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 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.

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.

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.

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 Fussballverband (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 vorliegende 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 geschäftsgheimnisbereinigter 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 Untersuchungsadres-

satinnen 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 [...] 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 Sachverständigenutachten 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 Bündling 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 massentauglichen 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 Abonnementskosten 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 Multimediadiens-ten 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 sieben-schichtiges 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 Schichten (Layer 5-7) anwendungsorientierte Schichten sind, stellen die unteren Schichten (Layer 1-4) transportorientierte Schichten dar.

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.

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-Programmpaketes 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).

65. **Programmveranstalter:** Ein Programmveranstalter ist gemäss Art. 2 Bst. d RTVG eine natürliche oder juristische Person, welche die Verantwortung für das Schaf-

fen 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 Fernsehern 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.

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, *Teleor/Canal+/Canal Digital*, Rz 26.

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). Neuerdings erfolgt gleichzeitig oder leicht versetzt die Verwertung als VoD. Daran schliesst die Erstausstrahlung im Pay-TV an, bevor ein Film zuletzt im Free-TV gezeigt werden kann.

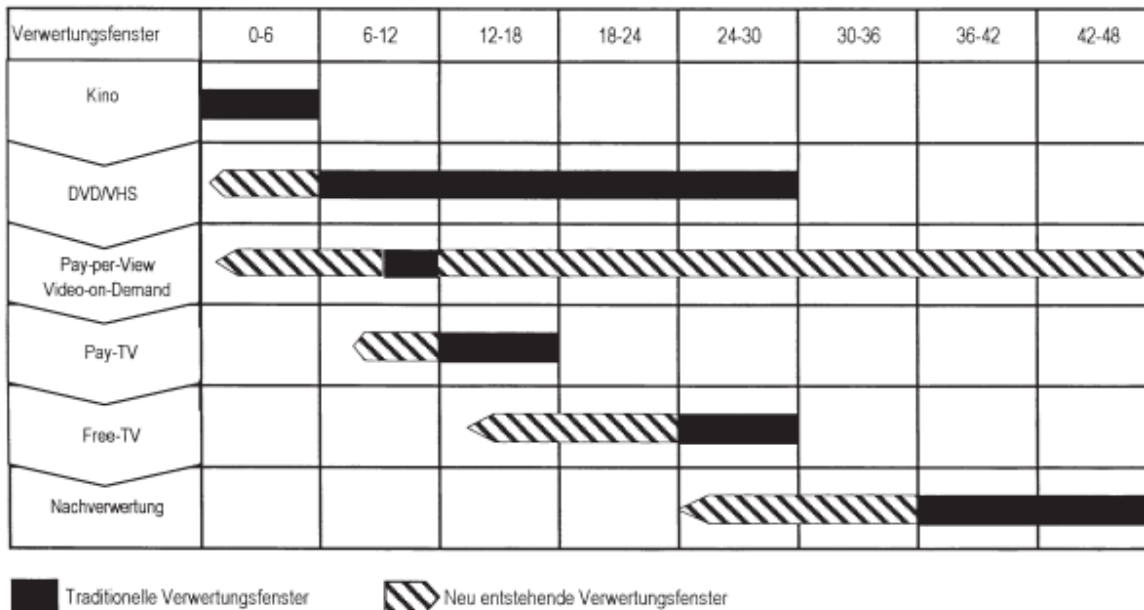


Abbildung 1: Verwertungsfenster für Spielfilme und Fernsehen in Monaten.¹⁶

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.

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

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

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, Amtstutz/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.

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 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 Markt-abgrenzung 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 „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 Rechtfertigungsgründe geltend machen, ansonsten die Behörde unter Umständen von deren Nichtvorhandensein ausgehen kann.³¹ So haben die Strafbehörden im ordentlichen Strafverfahren entlassende Umstände wie Rechtfertigungsgründe auch nur dann abzuklären, wenn sich dies aufgrund der konkreten Sachlage aufdrängt oder wenn die beschuldigte Person dies glaubhaft behauptet.³²

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 89), 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.

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*.

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

³¹ Vgl. Urteil des BVerfG, 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.

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 Untersuchungsge-

genstandes 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. [...] Der Signalanlieferungsvertrag ist gemäss [...] für das [...] gültig und hat eine Laufzeit von [...].

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

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

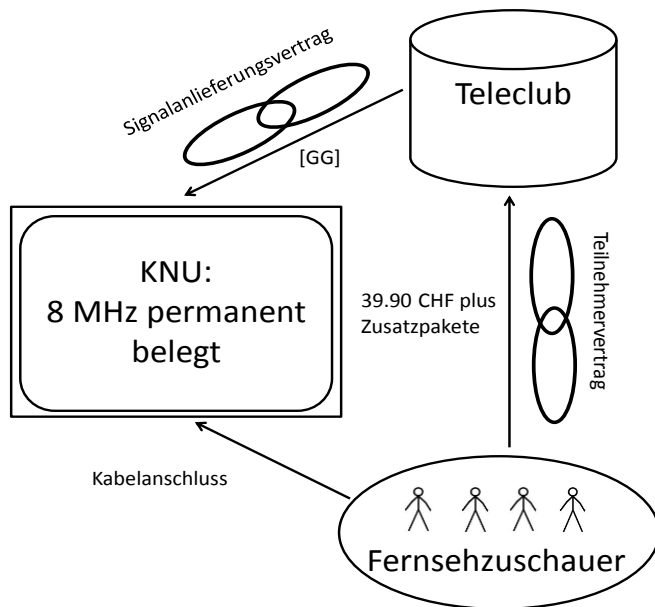


Abbildung 2: Vertragsbeziehungen und Zahlungsströme bei der Signalanlieferung für KNU.

85. Als Entschädigung für die Netznutzung zahlt Teleclub [...] monatlich pro Kunde [...] pro MHz bis 8 MHz

Bandbreite [...]. Der Kabelnetzbetreiber erhält folglich in der Regel pro Teleclubkunde [...] 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	[...]				

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

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-grund-verschlusselung-aufgehoben/>> (09.12.2015); Medienmitteilung von

Cablecom vom 14.11.2012: <http://www.upc-cablecom.ch/de/about/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/media-detail/?newsid=2012.351_1523_a2d21> (09.12.2015).

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

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

	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 %	[...]	[...]	[...]	[...]
Entschädigung KNU	[...]	[...]	[...]	[...]

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 Dienstleistungen 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 Be-

schaffung übernahm. Die DCG eG betreibt im Auftrag der Mitglieder weiterhin den Backbone.

[...]

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

89. [...].

90. [...]. 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. [...].

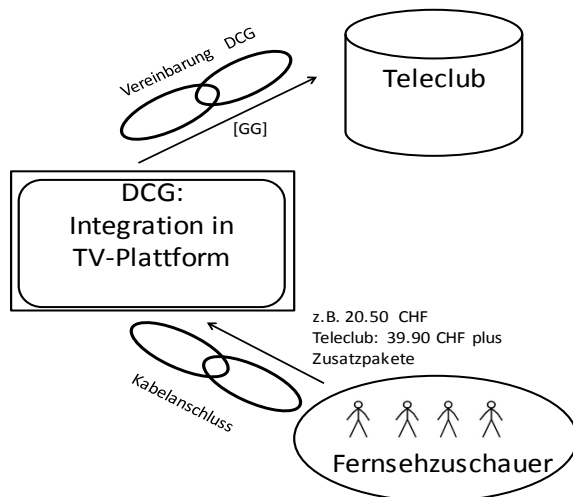


Abbildung 4: Vertragsbeziehungen und Zahlungsströme bei der Signalanlieferung für KNU.

92. [...].

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

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

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

94. [...]. 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. [...].

96. [...].

97. [...].

98. [...].

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.

[...]

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 Cable-

com-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

101. [...].

102. [...].

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. [...].

104. [...].

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

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*.

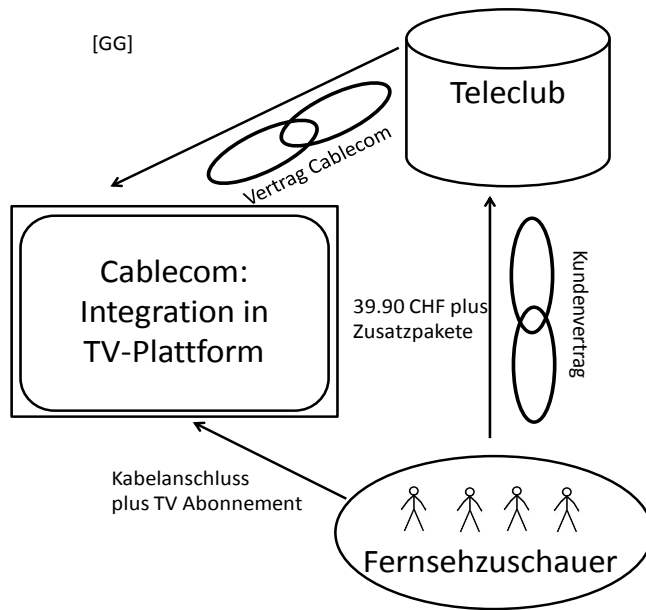


Abbildung 6: Vertragsbeziehungen und Zahlungsströme bei der Signalanlieferung für Cablecom.

105. [...].

	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
Programmmagazin	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Provision in %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Provision in Franken	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

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

106. [...].

107. [...].

108. [...].

schiedenen Gemeinden meist gemeinsam mit einem regionalen EVU FTTH-Netze auf.

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 ver-

³⁷ Die Paketbezeichnungen „Basic“ und „Movie“ sowie das Paket „Super“, welches alle Zusatzpakete umfasst, basieren auf der im [...] verwendeten Terminologie.

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

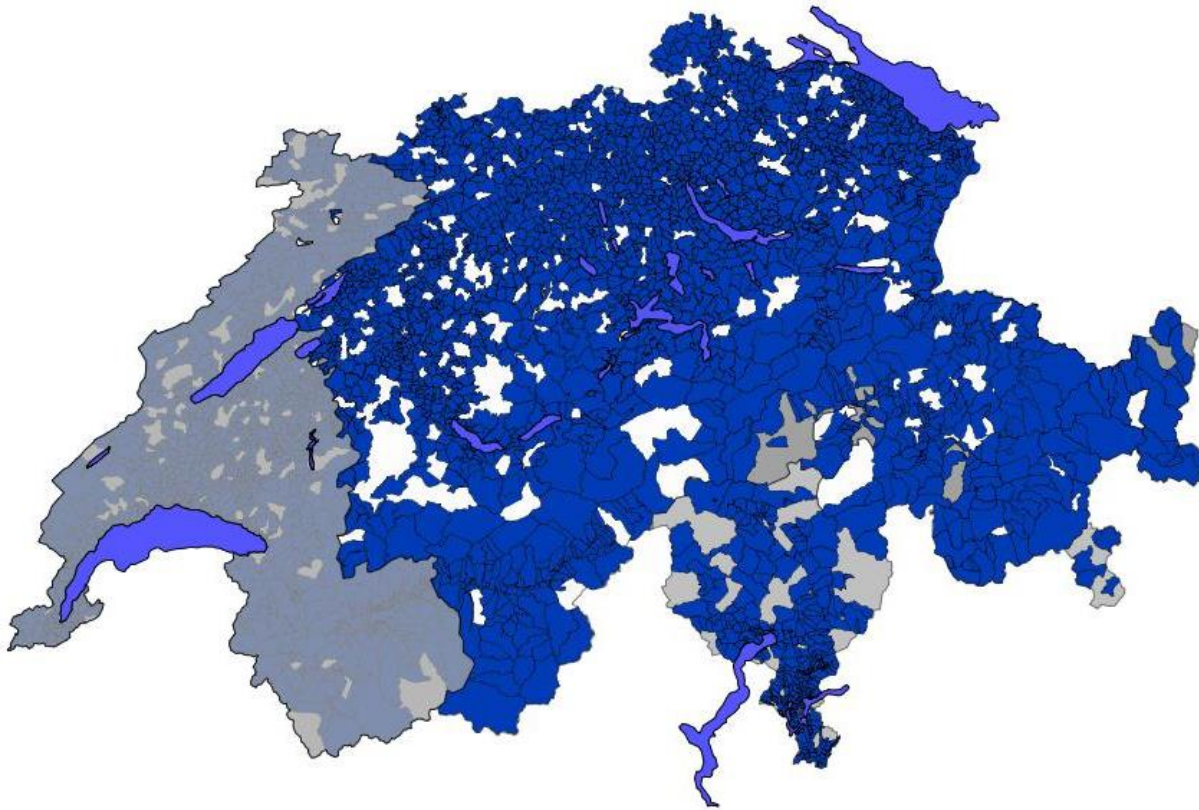


Abbildung 7: Gebiete, in denen Swisscom Swisscom TV anbieten kann (VDSL-Abdeckung > 50 %) (Stand Juli 2013).

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

Gründen [...]. Der Endkundenvertrag kommt allerdings zwischen Endkunde und Teleclub zustande. [...].

111. Bei den von Swisscom für die Übertragung des TV-Signals verwendeten XDSL-Netzen ist aus technischen

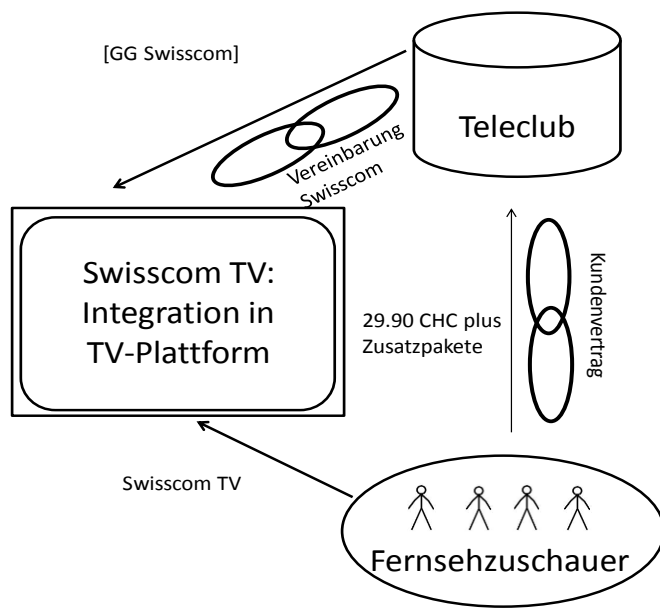


Abbildung 8: Vertragsbeziehungen und Zahlungsströme bei der Signalanlieferung für Swisscom.

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 empfoh-

lenen 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. [...].

	Basic⁴⁰	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 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Provision	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 6: Endkundenpreise und Provision von Swisscom.

113. [...].

114. [...].

115. [...].

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 Tele-

kommunikation 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. [...].

118. [...].

	Basic⁴¹	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 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Provision	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 7: Endkundenpreise und Provision von Sunrise.

119. [...].

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

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

⁴⁰ Die Paketbezeichnungen „Basic“ und „Movie“ sowie das Paket „Super“, welches alle Zusatzpakete umfasst, basieren auf der in der [...] verwendeten Terminologie.

⁴¹ Die Paketbezeichnungen „Basic“ und „Movie“ sowie das Paket „Super“, welches alle Zusatzpakete umfasst, basieren auf der in der [...] verwendeten Terminologie.

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

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 Sport 4–24 ESPN America	MGM 13th Street Universal Syfy Fox Sky Krimi Sat.1 Emotions	Discovery Channel Animal Planet Spiegel Geschichte 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 [...]). Auf regionalen Glasfasernetzen wird Teleclub zudem von YplaY [...] 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 Programmpake-

te 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

⁴³ Der Einfachheit halber wird nachfolgend weiterhin vom „Basispaket“ gesprochen.

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

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 Star HD Disney Channel HD	Sport 1 HD Sport 2 HD Sport 3 HD ESPN America HD	TNT Film HD TNT Serien HD Glitz HD Fox HD Sky Atlantic HD	Nat.Geo Channel 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 soweit ersichtlich für die deutschsprachige Schweiz. Das linea-

re Programmangebot von Teleclub konnte daher grundsätzlich nur in der Deutschschweiz bezogen werden. [...]. 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

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).

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

⁴⁵ Vgl. Pressemitteilung Teleclub vom 24. August 2012, <<http://www.teleclub.ch/cms/service/news/teleclub-expandiert-mit-eigenem-studio-in-die-westschweiz-und-lanciert-ein-neues-umfangreiches-senderangebot-in-franz%C3%B6sischer-sprache-exklusiv-bei-swisscom-tv>> (26.01.2015).

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

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 Abonnements 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	-

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. [...].

137. [...].

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.

[...].

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 [...].

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

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).

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).

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

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 [...].

144. Bei der folgenden Rechtevergabe im Jahr 2011 wurden erstmals alle [...]. 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 [...].

146. [...]. 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 schwedische Firma Mediatec mit der Signalproduktion beauftragt hat.⁵⁶

A.4.3.4.4 Schweizer Eishockeymeisterschaft

147. [...].

148. [...].

149. [...].

A.4.3.4.5 Weitere Übertragungsrechte

150. [...].

151. [...].

152. [...].

153. [...].

154. [...].

155. [...].

A.4.3.4.6 Exklusives Sportangebot auf Swisscom TV

156. [...].

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:

„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

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).

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).

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

161. In diesem Zusammenhang macht Swisscom geltend, das Sekretariat habe die [...] falsch berechnet (vgl. Rz 252). Eine Überprüfung der Berechnungen im Antrag des Sekretariats hat ergeben, dass der berechnete Umfang der [...] 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.

[...]

Tabelle 13: [...] 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. [...].
- 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 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. [...] 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, [...] der HD-Option (vorliegend bei Bezug von Basis- und Sportpaket [...]); und das HD-Signal könne entweder [...] bezogen werden (vgl. Rz 87). Am 21. Mai 2012 informierte Swisscable seine Mitglieder, dass der

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).

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 Sublizenz für die PPV-Live-Spiele an Teleclub. Gemäss Swisscable [...].

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:

[...].

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; [...].

173. [...].

174. [...].

175. [...].

176. [...].

177. [...].

178. [...].

179. [...].

b. HD-Angebot

180. [...].

c. Content-Akquisition

181. [...].

182. [...].

183. [...].

184. [...].

185. [...].

186. [...].

187. [...].

A.4.3.5.4 Digital Cable Group (DCG)

a. Sportangebot

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

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, sie könne sich die Rechte für die Sportübertragungen nicht leisten, zumal diese schon für die Cablecom zu teuer seien.

b. Direktvermarktung

190. [...].

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 nur die Verbreitung von Teleclub im ursprünglichen Verbreitungsgebiet der GGA Maur (also dem Gebiet, in dem GGA Maur Kunden über CATV-Netze bedient); zum anderen kann die GGA Maur in diesen Netzen auf der Basis eines Layer 2-Vorleistungsangebots nur IPTV anbieten, wobei die Verbreitung von Teleclub via IPTV in der Vereinbarung DCG nicht vorgesehen ist.

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; Mitteilung, dass Gebietserweiterung insbesondere wegen lizenzrechtlicher Restriktionen nicht möglich sei und mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden wäre.]“

194. [...]. 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. [...].

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

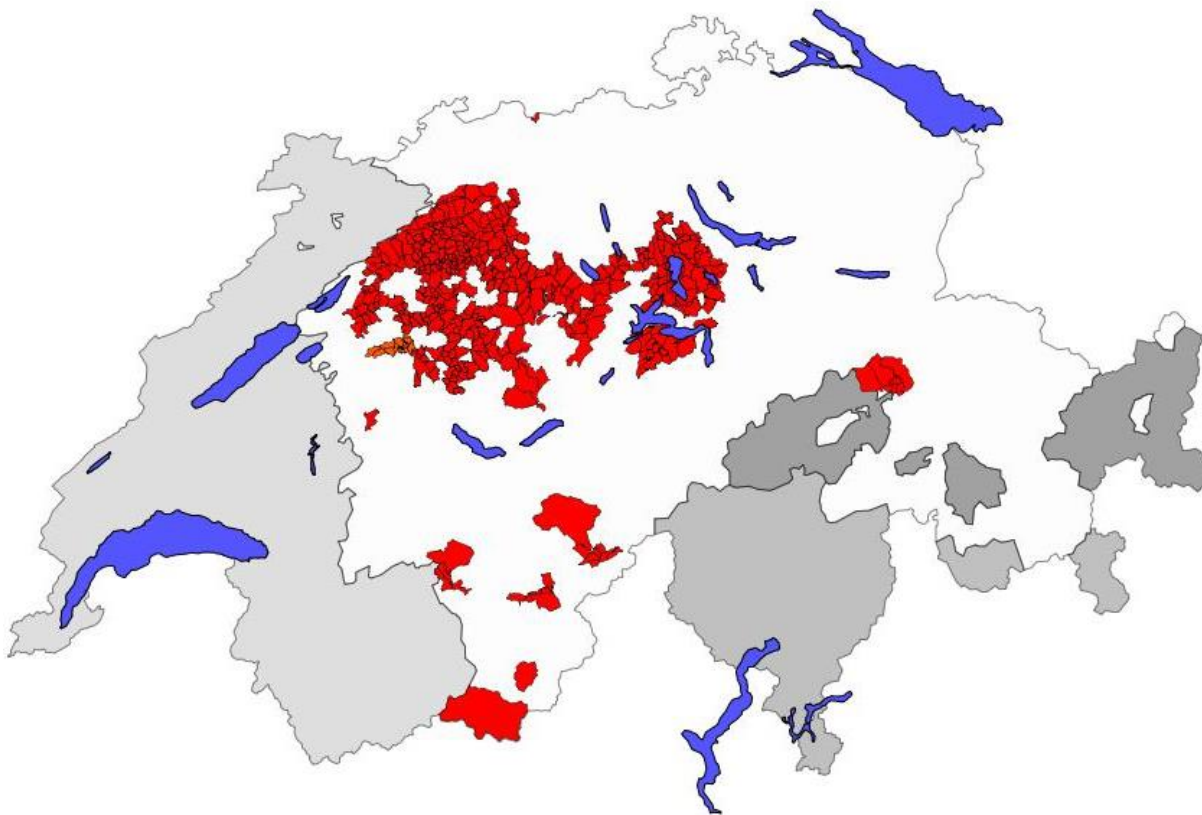


Abbildung 9: Verbreitungsgebiet von Quickline (Rot = CATV-Netz; Orange = FTTH-Netz).

a. Sportangebot

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

198. [...], dass eine Erweiterung des Sportangebots kein Thema sei. [...].

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. [...].

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: [...].

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

201. [...] 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; Mitteilung, dass Parallelvermarktung zu höherem Aufwand führe, während Abbonnentenzahl in etwa konstant bleibt.]“

203. Teleclub verlangte deshalb eine Mindestgarantie bezüglich des Kundenzuwachses im QL-Gebiet. Finecom reagierte auf die negative Antwort und insbesondere auf deren Begründung mit Unverständnis: „Ich möchte an dieser Stelle kurz festhalten, dass wir nicht nachvollziehen können, wie die Kosten von Teleclub in diesem Modell steigen können. Immerhin fallen die Kosten für die STB weg. Der Integrationsaufwand scheint gemäss Aussagen der Techniker ebenfalls gering zu sein. Ebenfalls gehen wir selbstverständlich davon aus, dass die Kundenzahlen von Teleclub steigen, wenn wir Ihr Angebot in unsere Kommunikation einbinden“. Finecom wolle die Integration allerdings weiterhin umsetzen und forderte deshalb Teleclub auf, Angaben bezüglich Mindestgarantien, Geschäftsmodells (Umsatzbeteiligung des QL-Partners wenn nur eine STB benötigt wird) sowie bezüglich

der Flexibilität bei den Endkundenpreisen zu machen. [...].

c. HD-Angebot

204. [...].

d. Gebietserweiterung (IPTV-Verbreitung)

205. [...].

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 Fribourg) 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.

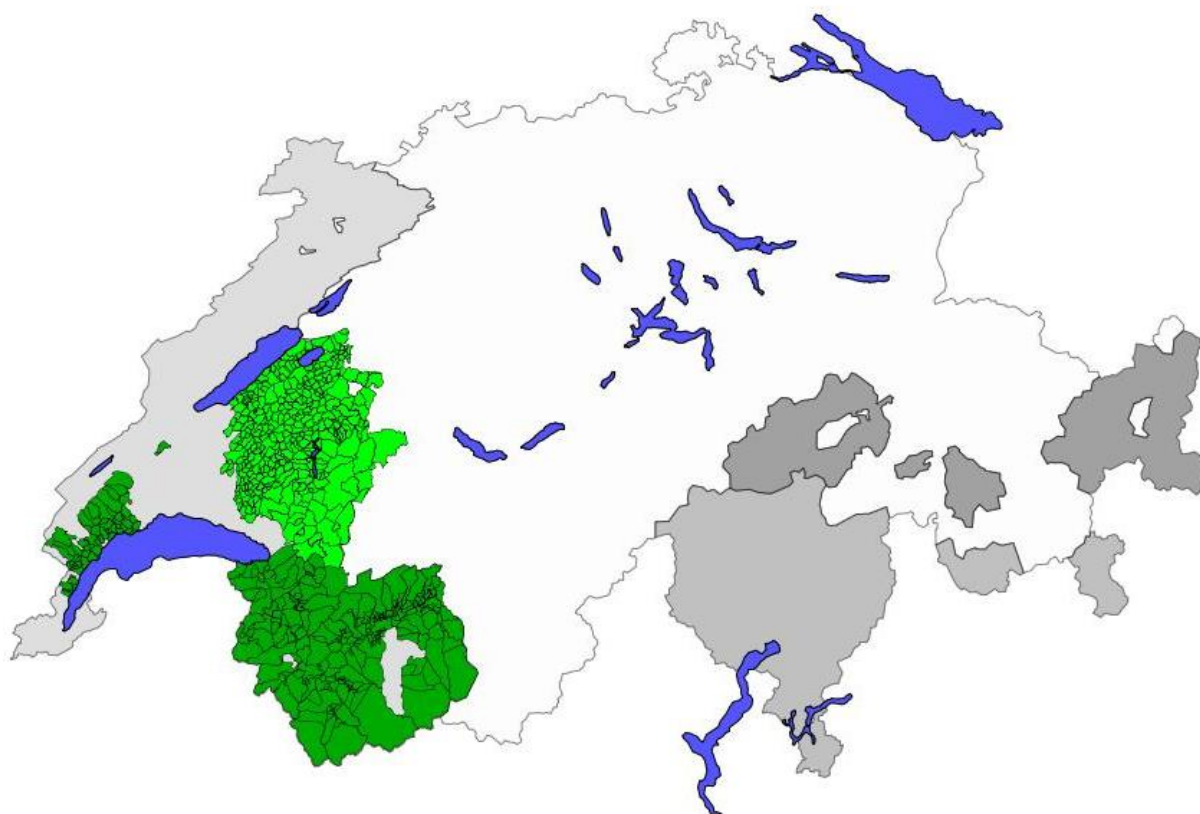


Abbildung 10: Verbreitung von Netplus (Stand Juli 2013).

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 französisch-

sprachigen 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 Möglichkeit eines Layer 1-Angebots (vgl. Rz 60) auf dem Glasfasernetz von Sierre-Energie. Sierre-Energie nahm diese Anfrage zum Anlass, das Thema Teleclub erneut anzusprechen: «Après réflexion, nous sommes ouverts à discuter d'un accès sur nos fibres nues au niveau Layer 1 à la condition que de votre côté, vous nous donniez l'accès à l'offre Teleclub Sport live ainsi qu'aux chaînes en option Teleclub basic, Teleclub movie, Teleclub Sport et Teleclub Family». Swisscom nahm in der Antwort vom 18. November 2010 keinen Bezug auf das Thema Teleclub, sondern wiederholte ihre Anfrage für ein Layer 1-Angebot. Wiederum ein Jahr später, am 12. Dezember 2011, informierte Swisscom Sierre-Energie über den Rollout eines eigenen Glasfasernetzes in der Gemeinde Siders. Dabei verwies Swisscom auf die Verweigerung der Kooperation bei der passiven Infrastruktur im oben erwähnten Briefwechsel. Sierre-Energie zeigte sich erstaunt über die Aussage, wonach Sierre-Energie Swisscom die Zusammenarbeit bei Layer 1 verweigert habe: «En effet, dans notre lettre du 13 septembre 2010, nous avons accepté de discuter d'un accès sur nos fibres nues à la condition que de votre côté vous nous donniez accès à l'offre Teleclub. Or, à ce jour, nous n'avons jamais reçu de réponse sur la possibilité pour nous de commercialiser l'offre Teleclub.» Am darauf folgenden Treffen vom 10. Februar 2012 erklärte Swisscom gemäss Sierre-Energie, dass ein Vertrieb des Teleclub-Programmangebots durch Sierre-Energie nicht vorstellbar sei.

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: «Pour accompagner une belle croissance, nous cherchons sans cesse à enrichir notre offre TV. Teleclub étant incontestablement un leader de la diffusion de contenu notamment sportif en Suisse, nous serions très intéressés à discuter d'une éventuelle collaboration.»

211. Im Dezember 2012 erfolgten gemäss Netplus verschiedene telefonische Kontakte mit der Marketingabteilung von Teleclub, welche Schwierigkeiten aufgrund von Vorbehalten der Rechteinhaber, der notwendigen technischen Anpassungen sowie die damit verbundenen hohen Kosten geltend gemacht habe. 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; Mitteilung, dass das Teleclub Programmangebot aufgrund aufwändiger Homologisierung, lizenzrechtlicher Restriktionen, Problemen bei der Signalaufbereitung und -zuführung sowie vertragsrechtlich vorgegebener Paket- und Angebotsstrukturen nicht angeboten werden könne]“

213. Netplus zeigte sich im Antwortschreiben vom 13. Mai 2013 bezüglich der vorgebrachten Begründung überrascht. Bei der Homologisierung 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 Verimatrix-Verschlüsselung arbeite, die bei den Rechteinhabern weltweit bekannt sei. Sobald die Probleme bei der Homologisierung 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 separaten 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, dass es unmöglich sei, Teleclub über die TV-Plattform von Netplus zu verbreiten. Bezüglich der PPV-Live-Spiele habe Teleclub klargestellt, dass Swisscom für die ganze Schweiz exklusive Rechte halte. Das lineare Teleclub en français könne ebenfalls nicht angeboten werden. Zum einen sei die Verbreitung des linearen Teleclub-Programmangebots strategisch nicht vorgesehen, zumal die Erfahrungen mit der Aufschaltung von Teleclub auf Sunrise TV nicht zu überzeugen vermochten. Zum anderen erlaube die Grösse des Markts in der Romandie und die Höhe der Kosten keine Ausdehnung der Verbreitung auf weitere Anbieter. 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

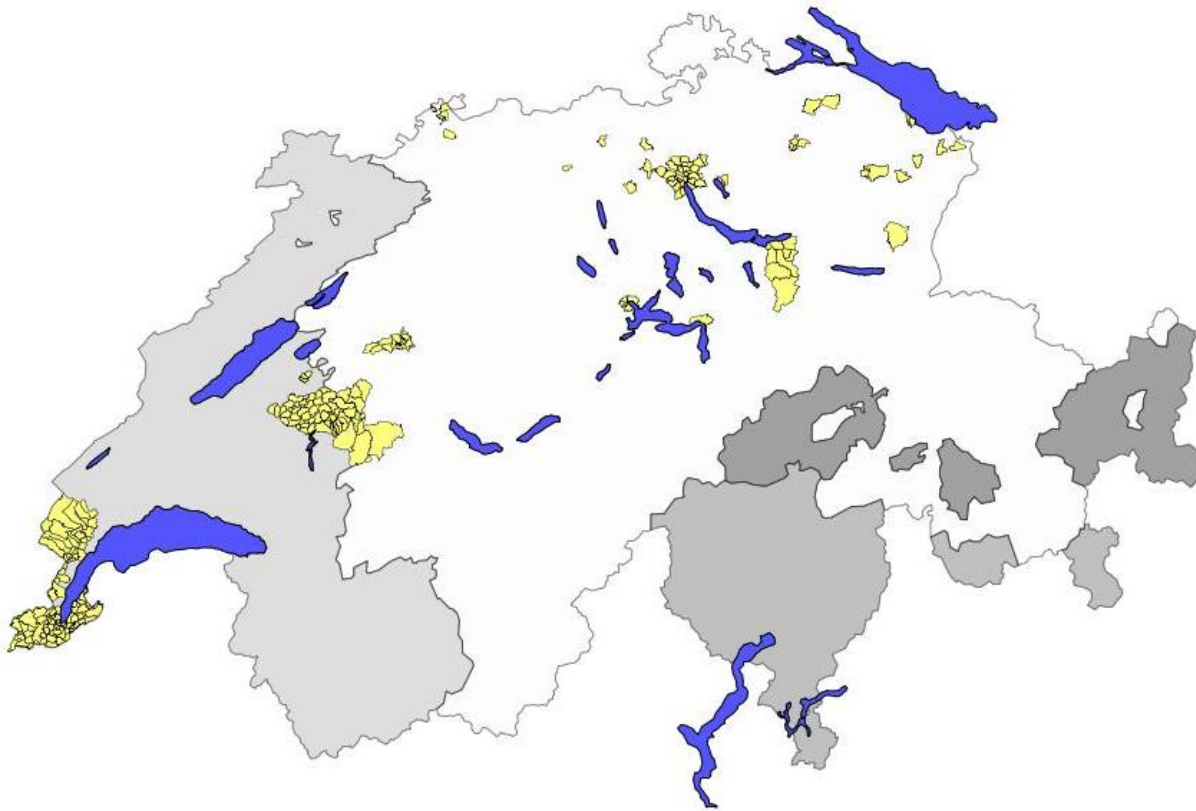


Abbildung 11: Verbreitung von YplaY (Stand Juli 2012).

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. [...].

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

b. IPTV-Verbreitung

219. [...]. 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 YplaY

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

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

die Verschlüsselung wie Swisscom und Sunrise lösen müsste. Zudem ergaben sich gemäss YplaY lizenzrechtliche Probleme bezüglich der Verbreitung des Schweizer Sports und Filmen und Serien aus den USA. Insgesamt hat sich damit gemäss YplaY kein kommerziell vernünftiges Modell ergeben. Der Vorschlag von Seiten von YplaY, Teleclub solle seine eigene IPTV-Box vertreiben, sei von Teleclub abgelehnt worden. 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 sateldranse SA, die Wasser und Elektrizitätswerk der Gemeinde Buchs SG (vgl. Rz 235), die Gruyère Energie SA sowie die Télédistribution Intercommunale SA an, dass Swisscable die Verhandlung bezüglich einer Erweiterung des Sportangebots geführt habe.

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

224. Die *GA Ossingen* gab an, dass eine telefonische Anfrage für eine Erweiterung des Sportprogrammes mit dem Verweis auf die Exklusivität von Swisscom abgelehnt wurde. Die *EVARD Antennenbau AG*, die im Raum Biel tätig ist, berichtete ebenfalls von einer telefonischen Anfrage. Diese sei dagegen mit dem Hinweis auf technische Gründe von Teleclub abgewiesen 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, dass Teleclub kein Interesse habe, einzelnen Kabelnetzbetreibern ein besseres Angebot zu machen. Nun sei der neue Partner Swisscom am Zug, mit dem eine Ausweitung des KNU-Angebots vertraglich abgeschlossen worden sei. Eine Änderung wäre nur möglich, wenn die *InterGGA* einen Kostenanteil in zweistelliger Millionenhöhe übernehme.

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. Teleclub sei allerdings nicht auf die Anfrage eingegangen, da die Plattform auf Kosten von Swisscom erstellt worden sei.

227. [...] Teleclub hat gemäss Angaben von Sunrise beim Thema Sport schon sehr früh signalisiert, dass es keinen Verhandlungsspielraum geben würde und Sunri-

se mit dem Angebot der KNU und ohne PPV leben müsste. Dies sei damit begründet worden, dass das erweiterte Teleclub Sport-Angebot den Kunden von Swisscom vorbehalten sei, da Swisscom die Sportrechte auch grösstenteils finanziere. Anfang 2013 habe Sunrise noch eine Anfrage nach dem Sportangebot im Rahmen von Teleclub en français gemacht. Erneut habe Sunrise eine Absage erhalten, da die Rechte lediglich für Swisscom vereinbart worden seien. Eine Weitergabe an weitere IPTV Provider sei nicht vorgesehen.

b. IPTV-Verbreitung

228. Die *Stafag Communications AG* (nachfolgend: *Stafag*) ist ein Telekommunikationsunternehmen, das sein Angebot sowohl über die eigenen CATV-Netze als auch über die FTTH-Netze regionaler EVU vertreibt. Gemäss Zeitungsberichten baut Swisscom in Frauenfeld gemeinsam 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, dass der Eigner von Teleclub sehr viel Geld in die Sportprogramme investiert habe. Da die Kabelnetze nicht investiert hätten, könnten sie jetzt auch nicht profitieren. Im Rahmen der Marktbefragung gab *Stafag* allerdings auch an, dass ein Angebot für die ganze „Sportpalette“ (nicht nur die Kanäle „Sport 1–3“) vorläge. Das Angebot beinhalte indes keine PPV-Live-Spiele und keine Verbreitung via IPTV, weshalb die *Stafag* das „Teilangebot“ abgelehnt habe. Diese Aussage konnte in der Folge jedoch nicht bestätigt werden.

230. Die *Firma Ticinocom SA* bietet auf der Basis kommerzieller und regulierter Vorleistungsangebote von Swisscom Telekommunikationslösungen in der ganzen Schweiz an. *Ticinocom* bezog seine IPTV-Plattform lange von *Netstream*⁶⁶. Heute erhält *Ticinocom* die IPTV-Plattform von der Firma *TV-Factory* bzw. *Swisscom Broadcast*. Das TV-Angebot von *Ticinocom* wird hauptsächlich gemeinsam mit Breitbandinternet und Festnetztelefonie vermarktet. Am 5. Oktober 2010 sandte *Ticinocom* ein E-Mail an Teleclub mit der Anfrage, ob es möglich sei, das Teleclub-Programmangebot über die TV-Plattform von *Ticinocom* auszustrahlen. Nachdem *Ticinocom* am 26. November 2010 nochmals nachgefragt hatte, antwortete Teleclub schliesslich am 3. Dezember 2010 mit einer kurzen E-Mail mit folgendem Inhalt: „Teleclub wird nicht für den Wiederverkauf auf anderen IPTV-Plattformen angeboten.“ *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

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.

immer gewesen, dass dies nicht in die Strategie von Swisscom passe. 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 der Bezug von Teleclub nicht möglich sei, da Swisscom sich die Rechte gesichert habe. [...].

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, dass IPTV für Teleclub kein Thema sei und nicht in Frage komme. 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; Mitteilung, dass das Teleclub Programmangebot aufgrund aufwändiger Homologisierung, lizenzrechtlicher Restriktionen und technischen Problemen bei der Signalaufbereitung und -zuführung nicht angeboten werden könne]“

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 mit dem Verweis auf die vertragliche Situation mit den Content-Anbietern, die eine Verbreitung ausschliesslich mit der Teleclub-Plattform erlaube, abgelehnt. Zudem habe Teleclub den höheren Aufwand für den Kundendienst als Ablehnungsgrund vorgebracht.

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, dass es einen Firmenbeschluss gäbe, keinen weiteren Netzen die Verbreitung über deren Plattform zu bewilligen.

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:

„[Geschäftsgeheimnis; Mitteilung, dass Direktvermarktung dem Interesse von Teleclub an einer zentralen Vermarktung zuwiderlaufe und trotz höheren Aufwands zu keinem wirtschaftlich besseren Resultat führe]“

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 er-

folgt 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 nur von [...] der TV-Kunden als Hauptgrund für den Bezug von Swisscom TV genannt. Nur [...] nutzten Pay-Per-View. Daher sei nicht Sport der Grund für den Erfolg von Swisscom-TV.

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

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).

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 [...] 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, [...]. 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 [...] Im November 2006 hätten entgegen der Behauptung des Sekretariats [...]

251. Dazu ist festzuhalten, dass in den Randziffern 124 und [...] des Antrags des Sekretariats tatsächlich fälschlicherweise festgehalten wird, dass Cinetrade 2006 auch die Übertragungsrechte [...] 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 [...] betreffend die im erweiterten Teleclub-Sportangebot [...] empfangbaren Sportübertragungen falsch. Teleclub habe [...] Challenge League Spiele über-

tragen ([...]). Zudem seien in der [...]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 [...].

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 Cinetrade 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 Markttabgrenzung (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 [...]. Ebenfalls im Jahr 2011 sei Swisscom für die beiden höchsten Schweizer Eishockeyligen [...] zum Zug gekommen. Schliesslich habe Swisscom auch für die ausländischen Fussballligen die Übertragungsrechte [...] 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 Swisscom kaum Aufbauarbeit und Investitionen getätigt.

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. Unbestrittenmassen 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 [...] 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 [...] 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.

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 [...] und die Beurteilung des [...] 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 exklusive Rechteinhaberin für 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.

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*.

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

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 Marktzutrittschranken zu errichten und wirksamen Wettbewerb dort zu verunmöglichen. Diese Argumentation scheidet aber vorliegend bereits daran, dass die Verhaltensweise von Swisscom 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, dass 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-Sport-Angebots nicht stets mit den technischen Möglichkeiten begründet wurde. So wurden etwa gegenüber GGA Maur „insbesondere lizenzrechtliche Gründe“ geltend gemacht (vgl. Rz 193). Die GA Ossingen gab an, dass eine telefonische Anfrage für eine Erweiterung des Sportprogrammes mit dem Verweis auf die Exklusivität von Swisscom abgelehnt wurde (vgl. Rz 224). Auch Sunrise gab an, Teleclub habe als Begründung vorgebracht, dass das erweiterte Teleclub Sport-Angebot den Kunden von Swisscom vorbehalten sei, da Swisscom die Sportrechte auch grösstenteils

finanziere (vgl. Rz 227; vgl. im Übrigen auch Rz 212, Rz 222 ff. und Rz 228 ff.).

284. Dazu ist weiter festzustellen, dass gemäss [...] [...] [...] In diesem Zusammenhang ist auch auf die [...] (vgl. Rz 156). [...] 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 Swisccable 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 [...] 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, [...] 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 [...] 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 [...] 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 [...] erklären nicht, weshalb über Sunrise TV als IPTV-Plattform ebenfalls der KNU-Preis verlangt wird (vgl. Tabelle 7) und weshalb in der ursprünglichen Vereinbarung [...] bezahlen musste (vgl. Rz 92). Zudem ist aus der von Swisscom geltend gemachten Auflistung ersichtlich, [...] 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 [...] 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 [...] erforderlich, wenn ein Endkunde nebst dem Teleclub- und dem Grundangebot der KNU noch weitere Angebote der KNU in Anspruch nehmen will. Mit anderen Worten ist beim Vertriebsmodell der Signalanlieferung 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 [...] 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 wegen dem Bundling eingestiegen. 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 exklusiv erworben und dafür einen entsprechenden Zuschlag bezahlt. Dies wolle Swisscom auch ausschöpfen, wenn auch nur in einem kleinen Mass. [...].

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

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 Exklusivitätszuschlages, 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, die Rechte seien exklusiv für Swisscom erworben worden und es sei nicht geplant, diese auf weitere Teilnehmer zu erweitern.

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 es andere Gesellschaften alleine kontrolliert.⁷⁷ Ebenso spricht nichts dagegen, ein Gemeinschaftsunternehmen aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der „Unternehmenssphäre“ seiner Muttergesellschaften zu-

zurechnen. 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 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

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 BVGer, 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/Flux Swiss/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.

Schreiben vom 31. Mai 2013 teilte Swisscom dem Sekretariat mit, dass der Erwerb der Aktienmehrheit von 75 % 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 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. ZGB.⁸⁵

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 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

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.

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 426), 485.

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

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*.

(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 Werkschutz für die Live-Sportübertragungen bzw. Sportaufzeichnungen entstände. 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 [...] 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.

329. Gemäss Praxis der WEKO und herrschender Lehre ist Art. 3 Abs. 2 KG restriktiv auszulegen. Danach werden unter den „sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum“ ergebenden Wettbewerbswirkungen nur solche verstanden, welche auf Handlungen des Schutzrechtinhabers beruhen, die sich aus dem jeweiligen Immaterialgüterrechtserlass selber ergeben.⁹⁴ In der Lehre wird Art. 3 Abs. 2 KG gar als überholt 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 Immaterialgüterrechts, funktionierenden Wettbewerb einzuschränken, sondern im Gegenteil: Die immaterialgüterrechtlichen Schutzrechte sollen besondere Leistungen belohnen und so den Innovationswettbewerb 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 immaterialgüterrechtlichen Schutzkonstellationen ergeben, nicht nach formaljuristischen Gesichtspunkten beurteilen liessen; erforderlich sei vielmehr stets der Blick auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs 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 selber 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 möglicherweise Werkeigenschaft

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).

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 448), 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 448), Art. 3 Abs. 2 KG N 15; STIRNIMANN (Fn 449), 15 ff.

⁹⁷ Vgl. BSK KG-HILTY (Fn 448), 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.

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 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 [...] 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.) aus-

schliesslich auf die Ausübung der Urheber- bzw. verwandten Schutzrechte zurückzuführen sind.

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

¹⁰⁰ Vgl. URG-Kommentar-Cherpillod (Fn 453), Art. 2 URG N 59.

¹⁰¹ Vgl. BGE 107 II 82, E. 4.a.

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 GASER/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 448), 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 448), Art. 3 Abs. 2 KG N 33.

¹⁰⁷ Eher kritisch: BSK KG-HILTY (Fn 448), Art. 3 Abs. 2 KG N 42.

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 448), Art. 3 Abs. 2 KG N 3.

¹⁰⁹ Vgl. Projektbericht P2 (Fn 462), 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 449), 9.

(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 [...] Übertragungsrechten, welche sich Swisscom vertraglich sichern konnte (vgl. insb. nachfolgend Rz 569 ff.). Swisscom kann daher die fraglichen Werke aufgrund von [...] erstellen. Mit anderen Worten ist es den Konkurrenten von Swisscom [...] verwehrt, ein Substitut [...] herzustellen. Diese [...] Möglichkeit, [...], ergibt sich [...] nicht dem geistigen Eigentum.

337. Nicht entscheidend ist dabei, dass die Swisscom die [...] Möglichkeit zur Erstellung der fraglichen Werke im Rahmen von zweiseitigen Verträgen erworben hat. Kausal für [...] ist zwar auch das Verhalten des rechtsvergebenden Verbandes, [...]. Es kann aber nicht angehen, dass ein Unternehmen, das seine marktbeherrschende Stellung durch [...] erreicht, im Rahmen der Missbrauchskontrolle gemäss Art. 7 KG anders behandelt wird, als ein Unternehmen, welches [...]. 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 Markt [...] 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 [...] der Vergabe im Jahr 2006 genommen haben dürfte. So macht Swisscom geltend, dass erst das Engagement von Swisscom die Übertragungsrechte für Pay-TV attraktiv gemacht habe: „Der Stellenwert des nationalen Fussballs und Eishockeys ist durch die attraktive Berichterstattung und den Live-Charakter, welche erst durch das grosse Engagement von Swisscom und Cinetrade ermöglicht wurden, erheblich gestiegen. Jedenfalls wäre ohne die Aktivitäten und die damit zusammenhängenden Investitionen von Cinetrade und Swisscom niemand auf die Idee gekommen, dass die Übertragungen von Spielen der nationalen Sportligen Inhalte für Pay-TV Sender darstellen könnten.“ Es ist daher davon auszugehen, dass [...] eine Vorbedingung für das Engagement von Swisscom war: „Entsprechend ist auch im vorliegenden Fall der Schutz [...] 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 exklusiven Rechten eine wesentliche Basis des Fernsehgeschäftes sei. Ein Pay-TV-Veranstalter brauche buchstäblich valablen oder eben exklusiven 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 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

¹¹² Vgl. STIRNIMANN (Fn 449), 50 ff.

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 [...] Vergabe der Rechte an der Übertragung von Sportveranstaltungen auf der Ebene der Ligen ergeben, welche für die [...] 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 exklusive 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, das 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 Fernsehkanal, Tag, Uhrzeit und Titel der Sendungen) zusammen mit Kommentaren und Bildern zu veröffentlichen, die sie ohne Zutun der Rechtsmittelführerinnen 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

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

¹¹⁴ Urteil des EuGH vom 06.04.1995 in den verbundenen Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann, 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 457), Art. 37 URG N 6.

¹¹⁷ Vgl. STIRNIMANN (Fn 449), 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.

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 sollen Fernseh Zuschauer 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.

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).

¹¹⁹ Vgl. zum Ganzen STIRNIMANN (Fn 449), 11 ff.

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; [...].

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 (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. terrest-

risch 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. [...] 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

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*.

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. [...].

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 wettbewerliches 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 Aufnahmefunktionen 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 [...] 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 [...] Bandbreite für die Signaleinspeisung von Teleclub reservieren.

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 Netzwerkeexternalitäten 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 Team-

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).

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.

sportarten 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 Spitzenwettkämpfen 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 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 Haupteinkommensquellen 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 Berichter-

stattung 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 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

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

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.

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.

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 nahe liegt, 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 Fernsehhalten (Content Anbieter) in der Regel Zugang zu mehreren TV-Plattformen gleichzeitig (sog. *multi-homing*), weil sie daran interessiert sind, möglichst viele Fernsehzuschauer zu erreichen.

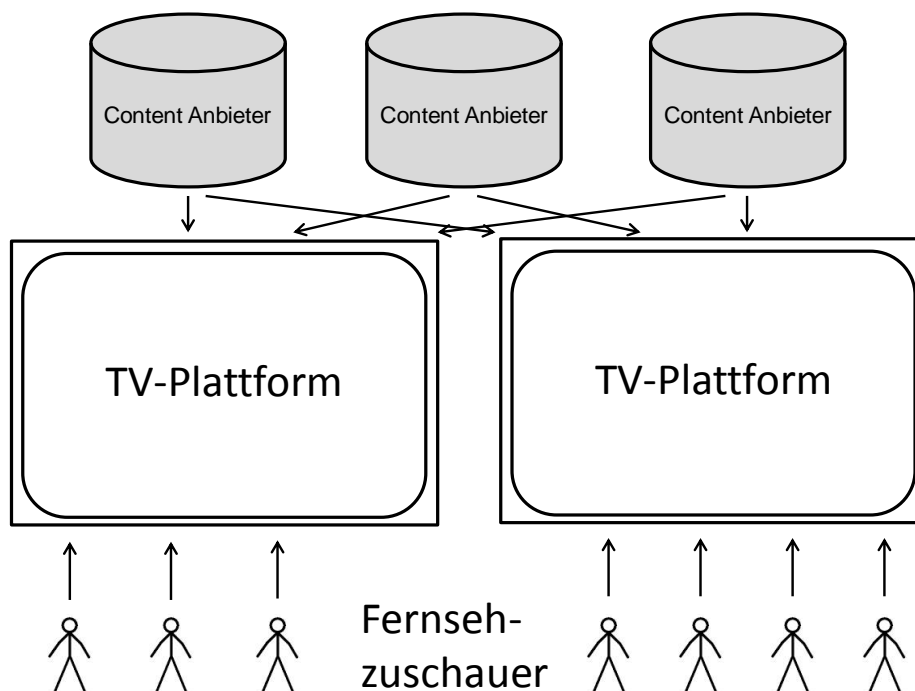


Abbildung 12: TV-Plattformmärkte als zweiseitige Märkte.

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 [...]

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.

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 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. Zu-

dem 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-Platformmärkte 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.

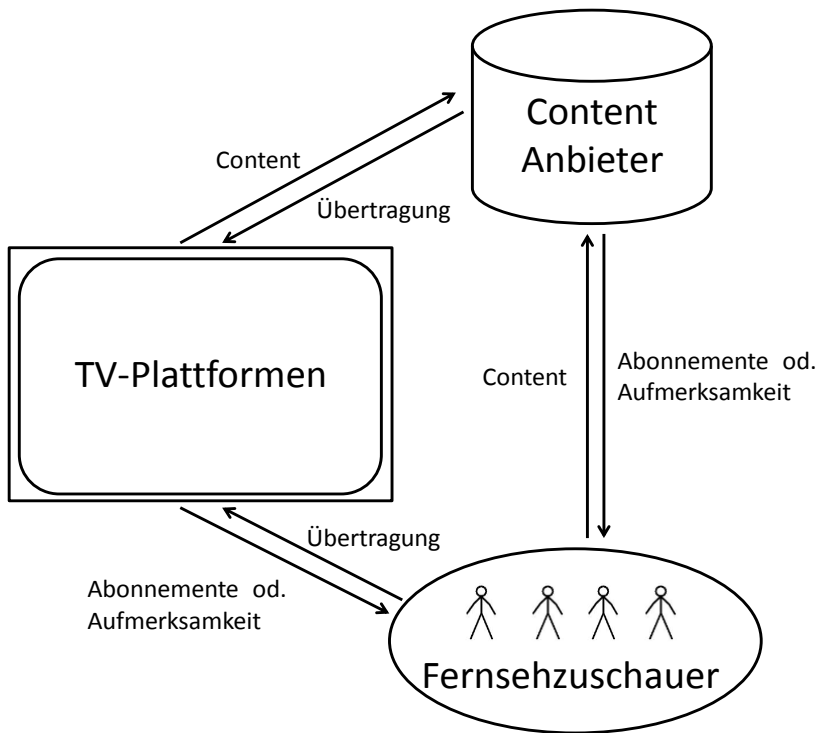


Abbildung 13: Nachfragen (Pfeilrichtung) im TV-Plattformmarkt.

- 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 vorge-

sehen 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

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.

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) [...]. In diesem Zeitraum hatten immer mindestens [...] der Teleclub-Abonnenten, neben dem obligatorischen Basispaket, das Sportpaket gelöst. Aktuell beträgt dieser Anteil [...] der Teleclub-Abonnenten.

[...]

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

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. [...].

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

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. [...].

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 Endkunden nachfrage 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 Fernsehzu-

schauer 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 Missbrauchs 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 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 [...].

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 Signalqualität vorgenommen werden.

402. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen werden für den vorliegenden Fall nachfolgend folgende 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,

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

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-TV*¹⁴⁰: 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 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 Markt-abgrenzung 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 macht. 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 Wertungskaskaden zugänglich gemacht (vgl. Rz 71), wobei sie den Zuschauern von der Erstausstrahlung 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 im Anschluss an die

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*.

¹⁴² Vgl. Abschnitt B.4.1.1.3.

Verwertung im Kino sowie auf verschiedenen physischen Datenträgern (DVD, Blu-ray etc.). Ähnlich werden die beliebtesten Fernsehserien nach der Erstausstrahlung im nationalen Pay-TV, international zuerst über physische Datenträger und Internet-Download angeboten. Zum Zeitpunkt der Pay-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.

[...]

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

412. Sofern nun eine Substitution von PPV durch VoD besteht, sollte die Preiserhöhung um 1 Franken von 2.50 auf 3.50 Franken im Juli 2012 bei den PPV-Sportübertragungen einen [...] Effekt auf die Nachfrage nach VoD-Inhalten haben. Wenn VoD ein Substitut für PPV darstellt, dann ist ein Wechsel von PPV zu VoD in einem signifikanten Ausmass zu erwarten. Allerdings zeigt Abbildung 15 keinen Bruch bei VoD-Bezügen im Zeitpunkt der PPV-Preiserhöhung. Demgegenüber weist die Datenreihe der PPV-Bezüge für die Saison 2012/2013 einen [...] Strukturbruch auf.

413. Die Preiserhöhung im Juli 2009 kann nicht für die Frage der Substitution von PPV durch VoD herangezogen werden. Im Sommer 2009 dehnte Teleclub das Sportangebot massiv aus. Dadurch ist ein Vergleich zwischen der Anzahl bezogener PPV-Spiele vor und nach der Preiserhöhung nicht möglich.

414. Auch eine Regressionsanalyse der VoD-Bezüge als abhängige Variable und der PPV-Preise als unabhängige Variable lässt den Schluss nicht zu, dass die VoD-Nachfrage auf eine Preiserhöhung von Live-Sport-Events reagiert: Die Hypothese, dass der Preis für einzelne Live-Sport-Events keinen Einfluss auf die Nachfrage nach VoD-Inhalten hat, konnte somit bestätigt werden. Alle Berechnungen weisen keinen [...] Zusammenhang zwischen der VoD-Nachfrage und dem Preis für den Bezug von PPV-Spielen auf. Dagegen reagiert die Nachfrage nach Live-Sport-Events bei gleicher Spezifikation [...] auf die Preiserhöhung bei den Live-Sport-Events: Mit der Preiserhöhung im Juli 2012 ging die Nachfrage nach Live-Sport-Events erwartungsgemäss zurück (vgl. Anhang Empirie, Abschnitt C.1.).

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 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

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.

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

[...]. 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 Finalsielespiele bestimmter internationaler Wettbewerbe gemäss der Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen im Free-TV angeboten werden.¹⁴⁵ 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 [...] pro Spiel, während in der folgenden Saison 2010/2011 der Super League die durchschnittliche Zuschauerzahl bei [...] 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 Liga-Produkts 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

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

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.

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 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. Abbildung 16 zeigt, dass Angebot und Nachfrage nach Super League-Spielen praktisch parallel verlaufen, während das Angebot an NLA-Spielen keinerlei Einfluss auf die Nachfrage nach Super League-Spielen zu haben scheint. Gleichermassen lässt Abbildung 17 nicht den Schluss zu, dass die Nachfrage nach NLA-Spielen auf das Angebot an Super League-Spielen reagieren würde.

[...]

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

[...]

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

428. Auch die Regressionsanalyse der Endkunden-Nachfrage nach NLA-Spielen auf die Verfügbarkeit von Super League-Spielen ergibt keinen signifikanten Zusammenhang: Die Hypothese, dass die Verfügbarkeit von Super League-Spielen die Nachfrage nach NLA-Spielen beeinflusst, kann somit verworfen werden. Gleichermassen kann die Hypothese verworfen werden, dass das Angebot an NLA-Spielen einen Einfluss auf die Nachfrage nach Super League-Spielen hat (vgl. Anhang Empirie, Abschnitt C.2.).

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. Die Zuschauerzahlen von Schweizer Fussball und Eishockey zusammen übersteigt die Nachfrage nach allen übrigen Ligen zusammen [...]. 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: [...], obwohl die sportliche Qualität der Spiele in diesen Ligen grossteils wohl höher zu bewerten ist.

[...]

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. [...] 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 [...].

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 unanbringbar 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-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 Ambri-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

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*.

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

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 Preisefekt (vgl. Rz 414) hinaus markant abnahmen.

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

447. Ebenfalls ist zu prüfen, ob die Abnahme der PPV-Bezüge stärker ausfiel, als der erwartete Rückgang aufgrund des Wechsels zu den 36 Spielen im Free-TV. Für

diese Frage kann die durchschnittliche Anzahl PPV-Bezüge pro Spiel herangezogen werden, welches Teleclub [...] im Pay-TV übertragen hat. Abbildung 18 zeigt dieses Verhältnis. Wie aus Abbildung 18 hervorgeht, [...] ¹⁵⁴ [...]. Für den Anstieg der PPV-Bezüge für NLA-Spiele im April 2012 sind zwei Umstände zu berücksichtigen. Zunächst hat das Free-TV von neun Halbfinalspielen nur drei übertragen. Im Final hat das Free-TV fünf von sieben Spielen übertragen. Zudem hat es sich mit den Final-Teilnehmern ZSC Lions und SC Bern um Mannschaften mit einer sehr grossen Anhängerschaft gehandelt.

[...]

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 [...] 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

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).

¹⁵⁴ Die leicht differenzierte Entwicklung der Trendlinien dürfte in erster Linie auf den „Lockout“-Effekt (die Anwesenheit von NHL-Spielern aufgrund des verschobenen Saisonstart der NHL) in der NLA-Saison 2012/13 zurückzuführen sein.

im Tennis, Golf und in der Formel 1 wohl nicht dem gleichen Markt zuzuordnen wie die nationalen Eishockey- und Fussballigen. 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. Dazu lässt sich aufgrund der vorhandenen Daten zunächst feststellen, dass eine [...] Anzahl an Endkunden bei einem Preis von 2.50 Franken pro Spiel mehr als 10 Spiele pro Monat über PPV bezogen haben. Dies ist in der linken und rechten Grafik von Abbildung 19 ersichtlich. Abbildung 19 stellt die Anzahl PPV-Bezüger für die Saisons 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012 und 2012/2013 dar. Die linke Grafik von Abbildung 19 unterteilt die Fernsehzuschauer von Swisscom nach der Anzahl über PPV bezogener Spiele pro Monat. Die Darstellung zeigt die Menge an Fernsehzuschauern, welche zwischen einem und zehn Spielen pro Monat bezogen haben. Die unterste Linie wiedergibt die Anzahl PPV-Bezüger, welche pro Monat mehr als 10 Spiele bezogen haben. Diese Menge an Fernsehzuschauern weist für die Saison 2012/13 eine Reaktion auf die Preiserhöhung

vom Juli 2012 für einen PPV-Bezug auf. Es ist ersichtlich, dass die Nachfrage der Vielbezüger nach der Preiserhöhung vom Juli 2012 deutlich stärker zurückgeht als die Nachfrage der Wenignutzer. Insbesondere zeigt sich ein [...] Rückgang bei Fernsehzuschauern, die mehr als 5 Spiele pro Monat beziehen.

455. Die gleiche Beobachtung ist aus der rechten Grafik in Abbildung 19 ersichtlich. In der rechten Grafik ist die Menge an PPV-Bezügen für jede Saison dargestellt. Es zeigt, dass die Anzahl bezogener PPV-Spiele bei den Vielbezügern in der Saison 2012/13 nach der Preiserhöhung vom Juli 2012 im Vergleich zur Vorsaison zurückgegangen ist. Demgegenüber hat die Anzahl bezogener PPV-Spiele bei den Wenignutzern nach der Preiserhöhung vom Juli 2012 immer noch zugenommen. Allerdings fiel diese Zunahme [...] geringer aus als in den vorangehenden Spielsaisons.

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 Markt-abgrenzung haben kann. Die [...] Attraktivität 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. Wie bereits in Rz 412 beschrieben, hatte die Preiserhöhung für Live-Sport-Events um 1 Franken von 2.50 auf 3.50 Franken einen [...] negativen Effekt auf die Nachfrage nach Live-Sport-Events (vgl. auch Abbildung 15). Diese Abnahme kann einerseits auf einen Preisefekt (Rückgang der Nachfrage aufgrund des höheren Preises) zurückgeführt werden; andererseits kann auch ein Substitutionseffekt vorliegen, indem Fernsehzuschauer, die regelmässig mehrere PPV-Spiele pro Monat beziehen, auf das PPC-Sportangebot von Teleclub wechseln. Dabei ist zu beachten, dass ein allfälliger Substitutionseffekt durch die Bündelung von Sportange-

bot und Basisangebot (PPC) stark abgeschwächt wird. Diesen Substitutionseffekt illustriert ebenfalls Abbildung 19.

[...]

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. Die Beobachtung des Rückgangs bei den Vielnutzern schliesst ein Substitutionseffekt zwischen PPV und PPC nicht aus. Mit anderen Worten ist denkbar, dass PPV-Vielnutzer aufgrund der Preiserhöhung vom Juli 2012 zu PPC wechseln. Aufgrund der Preiserhöhung für PPV-Spiele wird ein PPC-Abonnement vergleichsweise günstiger. Ein Wechsel zu PPC lohnt sich nach der Preiserhöhung von PPV-Spielen für eine kleinere Anzahl Spiele.

461. Ein weiteres Indiz für das Vorliegen eines Substitutionseffekts wäre eine gegenüber der Vorsaison stärkere Zunahme der Teleclub-Sportabonnemente (PPC) im Anschluss an die Preiserhöhung für die PPV-Spiele. Dabei ist für die französischsprachige Schweiz zu beachten, dass kurz nach der Preiserhöhung im Juli 2012 für die PPV-Spiele im September 2012 erstmals auch ein französischsprachiges PPC-Sportangebot (stand-alone) verfügbar war. Für die französischsprachige Schweiz wäre also schon ohne Preiserhöhung eine starke Substitution von PPV- mit PPC-Angeboten zu erwarten.

[...]

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

462. Wie oben erwähnt (Rz 453 f.), ist die tatsächliche Substituierbarkeit von PPC und PPV aufgrund der Kopplung von Basispaket und Sportpaket [...] gehemmt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass in der Romandie Abonnenten des deutschsprachigen Teleclub-Angebots vorhanden waren, welche nicht nur auf das PPV-Angebot, sondern auch auf das stand-alone-Sportangebot von Teleclub en français wechseln konnten. Dies vermag zu erklären, weshalb die Teleclub-Abonnemente in der Deutschschweiz nach der Preiserhöhung PPV im Juli 2012 nicht [...] zunahmen (vgl. Abbildung 20). Gleichwohl lässt das Verhalten der Endkunden in der französischsprachigen Schweiz im Anschluss an die Einführung von Teleclub en français den Schluss zu, dass die Endkunden ein stand-alone-Sportangebot (PPC) als Substitut für einen regelmässigen Bezug von Live-Sport-Events (PPV) betrachten. Auch in diesem Fall kann zwar der Effekt der Preiserhöhung auf das Wechselverhalten nicht isoliert analysiert werden. Jedoch legt der Anstieg der Nachfrage nach Teleclub en français die Vermutung nahe, dass eine Wechselbereitschaft von PPV zu PPC besteht.

463. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass alle drei Beobachtungen – Abnahme der PPV-Nachfrage insgesamt, verhältnismässig stärkere Abnahme der PPV-Nachfrage bei den Vielnutzern und Erfolg von Teleclub en français – auf das Vorliegen eines Substitutionseffektes hinweisen. 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.¹⁵⁵ 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)¹⁵⁶ und VoD als Segmente des gleichen Markts bezeichnete.¹⁵⁷ 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.¹⁵⁸

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 beziehen¹⁵⁹, ergab die Marktbefragung,

¹⁵⁵ EU-Kommission, COMP/C.2-38.287 vom 29.12.2003, *Telenor/Canal+/Canal Digital*, Rz 55 f.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ EU-Kommission, COMP/M.2876 vom 2.3.2003, *Newscorp/Telepiù*, Rz 43.

¹⁵⁸ RPW 2010/3, 499 Rz 106, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

¹⁵⁹ Für einzelne Endkunden ist es allenfalls umständlich, [...] oder einzelne Endkunde bevorzugen die Nutzerfreundlichkeit oder Zusatzfunktionen einer bestimmten Plattform.

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-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).¹⁶⁰

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 Nettoszahungen 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 unterliegt, wahrscheinlich eine SSNIP-Preiserhöhung von mindestens einem seiner Produkte im hypothetischen Markt durchführen würde.¹⁶¹

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.¹⁶²

473. Im Juli 2012 konnte Teleclub die Preise für die PPV-Spiele von 2.50 Franken auf 3.50 anheben (vgl. auch Rz 555). Es handelt sich um eine Preiserhöhung von 40 %. Diese Preiserhöhung ist als „nicht vorübergehend“ zu bezeichnen, weil sie länger als ein Jahr andauert.¹⁶³ Für Teleclub hat sich die Preiserhöhung gelohnt. Andernfalls hätte Teleclub die Erhöhung nicht vorgenommen oder den Preis wieder gesenkt. Denn bei Teleclub beziehungsweise Swisscom muss von einem profitmaximierenden Unternehmen ausgegangen werden. Teleclub konnte profitabel eine SSNIP-Preiserhöhung durchführen. Somit besteht bei Live-Sport-Spielen keine genügende disziplinierende Wirkung durch anderen Premium Content (vgl. Rz 406 ff.) oder durch andere Verbreitungs- bzw. Vermarktungsarten (vgl. Rz 439 ff.). Mit anderen Worten: Anderer Premium Content und andere Verbreitungs- bzw. Vermarktungsarten sind für Fernsehzuschauer nicht dem gleichen Markt wie die Übertragung von Live-Sport-Spielen zuzuordnen. Weil

¹⁶⁰ „Gemeinsamer Tarif 1“ für Kabelnetzbetreiber für die Verbreitung eines Radio- oder Fernsehprogramms gemäss Urheberrechtsgesetz.

¹⁶¹ Vgl. OECD Policy Roundtables – Market Definition, 2012, 30 ff.

¹⁶² Vgl. OECD Policy Roundtables – Market Definition, 2012, 30 ff.; MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge 2004, 102 f.

¹⁶³ Vgl. <<http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/swisscom-tv/sport.html>> (15.12.2014); OECD Policy Roundtables – Market Definition, 2012, 30.

sich die Nachfrage der TV-Plattformen nach Inhalten aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer ableitet, sind bei der Übertragung von Live-Sport-Spielen auch für die TV-Plattformen keine genügenden Substitute vorhanden.

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.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵

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.

c. Berücksichtigung der technologischen Entwicklung

477. Die in der bisherigen Praxis vorgenommene Markt-abgrenzung 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.¹⁶⁶ 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 Früh-

jahr 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.¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹ 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.¹⁷⁰ 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.

480. Aus heutiger Sicht müssen auch internetbasierte Übertragungsplattformen (vgl. Rz 59) wie Zattoo, Telety 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

¹⁶⁴ RPW 2004/4, 1280 Rz 14, *Gutachten Cablecom*.

¹⁶⁵ RPW 2005/2, 369 Rz 68 ff., *Swisscom/Cinetrade*.

¹⁶⁶ 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).

¹⁶⁷ Vgl. <http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/01214/03883/03884/index.html> (26.9.2013).

¹⁶⁸ Vgl. RPW 2004/4, 1283 f. Rz 28 ff., *Gutachten Cablecom*.

¹⁶⁹ 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.

¹⁷⁰ U. a. Tagesanzeiger Online, Digital TV: Cablecom, Swisscom oder Sunrise? vom 23.01.2012, <<http://www.tagesanzeiger.ch/digital/multi-media/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).

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.¹⁷¹ 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.¹⁷² 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 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 Markt-abgrenzung 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. [...] weshalb nur die relativen Preise zwischen den Plattformen ins Gewicht fallen. Die Preisunterschiede für die Nutzung einer Plattform ([...]) sind üblicherweise geringer als ein möglicher Verlust, der sich aus dem

¹⁷¹ RPW 2003/4, E 4.2.2, *Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission*.

¹⁷² Statistische Lexikon der Schweiz, Wohnverhältnisse nach Haushaltstyp und Bewohnertyp. Abrufbar: <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/lexikon/lex0.topic.1.html>> (30.9.2013).

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 Plattformverzichtes 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.¹⁷³

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. [...]. 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 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 Markt-abgrenzung angezeigt sein.

¹⁷³ 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.

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 Marktabgrenzung 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 Videover-

triebsverwertung (i.d.R. ein Zeitraum von bis zu sechs Monaten) anbieten. Bezahl-Premium-Programme bzw. PPC-Dienste würden diese Filme im Allgemeinen erst nach Abschluss der PPV-Verwertungsstufe (i.d.R. ein Zeitraum von 3 Monaten) 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.¹⁷⁴

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 einen [...] negativen Effekt auf die Nachfrage nach Live-Sport-Events hatte. Diese Beobachtung des Rückgangs bei den Nutzern schliesst einen Substitutionseffekt zwischen PPV und PPC nicht aus (vgl. Rz 459 ff.). Bereits für Wenignutzer zeigen die erhobenen Daten einen Rückgang der Nachfrage nach PPV-Spielen nach der Preiserhöhung.

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

¹⁷⁴ Vgl. EU-Kommission, COMP/C.2-38.287 vom 29.12.2003, *Teleor/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.

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 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 Marktabgrenzung. Die Schlussfolgerung des Sekretariats, wonach aus dem Umstand, dass die Anzahl der PPC-Abonnemente im Zeitraum der Angebotserweiterung (im Free-TV) nicht [...] zurückgegangen sei, auf eine fehlende Substituierbarkeit von Pay-TV durch Free-TV geschlossen werden könne, sei nicht nachvollziehbar. Kundenabwanderungen fänden erst mit einer gewissen Zeitverzögerung nach Produktänderungen statt. Die Kundenabwanderung sei 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. Dem ist entgegenzuhalten, dass die SRG die Ausdehnung der Anzahl übertragenen Super League-Spiele 36 Spiele für die Saison 2012/13 bereits im November 2011 angekündigt hat.¹⁷⁵ Entsprechend ist zu erwarten, dass eine etwaige Abwanderungsbewegung entgegen der Ansicht von Swisscom bereits auf den Start der Saison 2012/13 erfolgt wäre. Selbst wenn die Abwanderungsbewegung, wie von Swisscom geltend gemacht, erst nach Produkteänderung stattgefunden hätte, wäre zumindest während der laufenden Saison 2012/13 die Beobachtung einer Abwanderung zu erwarten gewesen. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern das Sekretariat voraussetzt, dass die Teleclub Kunden das Angebot von Teleclub ausschliesslich wegen der Fussballberichterstattung abonniert hätten. Wäre dies der Fall, hätten sich Untersuchungen betreffend Eishockey erübrigt.

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

¹⁷⁵ <<http://www.srgssr.ch/de/medien/archiv/single/date/2011/die-srg-ssr-sichert-sich-fuer-die-naechsten-jahre-das-umfassendste-sportrechte-portefeuille-ihrer-ge/>> (04.12.2015).

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 2013¹⁷⁶ 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 Abhängig-

keit des Preises für PPV-Spiele findet sich in Rz 410, welche der Antrag bereits enthielt.

512. Swisscom bringt unter Verweis auf Literatur¹⁷⁷ 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. Rz 439 ff.). Zudem ist es nicht notwendig, wie von Swisscom vorgebracht, sämtliche theoretisch in Frage kommende Möglichkeiten zu prüfen (vgl. auch Rz 523).

514. Zudem bringt Swisscom mit Literaturverweis¹⁷⁸ vor, ebenso wenig sei berücksichtigt worden, dass statistische Signifikanz nicht gleichbedeutend sei mit ökonomischer Relevanz. So lasse keiner der in den 20 ökonomischen 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.¹⁷⁹ 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

¹⁷⁶ Richtlinien für ökonomische Gutachten vom 12. September 2013 (nachfolgend: Richtlinien) <<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>>.

¹⁷⁷ SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application, and Measurement*, 2002, (zit. BISHOP/WALKER, *Economics of EC Competition Law*), 334.

¹⁷⁸ BISHOP/WALKER (Fn 557), *Economics of EC Competition Law*, 337.

¹⁷⁹ BISHOP/WALKER (Fn 557), *Economics of EC Competition Law*, 337.

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 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.¹⁸⁰ 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.

¹⁸⁰ Vgl. auch Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 9.2.2.3.3 und 9.2.2.4.3.

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

524. Swisscom bringt vor, dass der vom Sekretariat aufgrund einer Trendextrapolation vermutete, aber nicht schlüssig quantifizierte Nachfragerückgang bei PPV nahelege, dass die Preissetzungsspielräume in diesem Bereich begrenzt seien. Falls der vom Sekretariat attestierte Rückgang der Nachfrage nach PPV tatsächlich überwiegend auf die Preiserhöhung von 2.50 Franken auf 3.50 Franken zurückzuführen sein sollte, würde dies ein klares Indiz für das Vorhandensein disziplinierender Faktoren darstellen. [...] weise auf eine [...] der Konsumenten für PPV hin.

525. Es ist unerfindlich, worin Swisscom bei einem Nachfragerückgang durch eine Preiserhöhung einen disziplinierenden Faktor sieht. Offensichtlich bestand für Swisscom keine Disziplinierung, zumal sie den Preis erhöhen konnte, diesen Preis aufrecht erhalten und in der Folge gar noch weiter erhöht¹⁸¹ 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.¹⁸²

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 berücksich-

tigt 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, weil wegen der Kannibalisierung der beobachtete Rückgang bei der PPV-Nachfrage noch weniger auf die Preiserhöhung zurückzuführen wäre. Dementsprechend hätte die Preiserhöhung einen geringeren Einfluss auf die Nachfrage nach PPV-Live-Sport-Events. 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).

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 einen statistisch [...] negativen Einfluss auf die Nachfrage nach Spielen der Super League im PPV habe. 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).

¹⁸¹ Vgl. <www.swisscom.ch/de/privatkunden/swisscom-tv/angebote/swisscom-tv2-basic.html> (06.01.2016).

¹⁸² Vgl. bspw. Tirole (Fn 624), 66; HELMUT BESTER, Theorie der Industrieökonomik, 2012, 29 ff.

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 mit der Preiserhöhung die Umsätze erhöht hat. 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 zulassen. 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.¹⁸³ 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.¹⁸⁴

¹⁸³ Vgl. Urteil des BGer 2C_79/2014 vom 28.01.2015, RPW 2015/1, 134 f. E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁸⁴ Vgl. RPW 2015/3, 388 Rz 186, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

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, worüber 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.

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.“¹⁸⁵ 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 den brachliegenden Übertragungsrechten für die höchste Schweizer Fussball-Liga sowie des Schweizer Eishockeys, weil sich damals niemand darum beworben hätte.

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.¹⁸⁶

544. Swisscom bringt vor, der Verfügungsantrag ignore 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 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.

¹⁸⁵ Vgl. RPW 2005/2, 370 Rz 75, *Swisscom – Cinetrade*.

¹⁸⁶ Vgl. RPW 2007/3, 406 f. Rz 84 ff., *Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable*.

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.¹⁸⁷

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.¹⁸⁸ 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.¹⁸⁹ An dieser starken Stellung hat sich 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 [...] 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 direkt von den jeweiligen Sportverbänden erworben hat.

552. Im Zusammenhang mit der Vergabe von Fussballübertragungsrechten existiert eine langjährige Praxis der EU-Kommission.¹⁹⁰ Diese ist in erster Linie von drei Entscheidungen geprägt, nämlich bezüglich der Übertragungsrechte der UEFA Champions League (2003)¹⁹¹, der deutschen Bundesliga (2005)¹⁹² und der englischen Premier League (2006)¹⁹³. Jüngstes Beispiel und Fort-

führung dieser Praxis ist der Beschluss des deutschen Bundeskartellamtes vom 12. Januar 2012 über die Zentralvermarktung der Fussball-Bundesliga.¹⁹⁴ 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.¹⁹⁵

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 exklusiver Übertragungsrechte aufgrund von Exklusivität immer eine gewisse Marktmacht erhalten. Insbesondere wenn die Rechte als Gesamtpaket über mehrere Jahre exklusiv 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, exklusiver und langfristiger die Übertragungsrechte ausgestaltet sind.

554. Das Sportangebot von Teleclub umfasst [...].

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

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ 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*.

¹⁸⁹ RPW 2005/2, 379 Rz 169, *Swisscom/Cinetrade*.

¹⁹⁰ 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.

¹⁹¹ EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*.

¹⁹² EU-Kommission, COMP/C-2/37.214 vom 19.1.2005, *Medienrechte an der deutschen Bundesliga*.

¹⁹³ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 22. März 2006, IP/06/356.

¹⁹⁴ Bundeskartellamt, Beschluss B6-114/10 vom 12. Januar 2012.

¹⁹⁵ EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*, Rz 116.

Abbildung 15 sank mit steigendem Preis zwar die Nachfrage nach PPV-Spielen, doch lässt die Aufstellung in Tabelle 15 vermuten, dass sich die Preiserhöhung um 40 % für Teleclub gelohnt hat: Trotz einer [...] Trendumkehr bei der Nachfrage war der Umsatz mit Live-Sport-Events nach der Preiserhöhung höher als der hypothetische Umsatz ohne Preiserhöhung bei konstant wach-

sender Nachfrage (Trend 2012/13). Da die Grenzkosten für ein zusätzlich bezogenes Spiel praktisch Null sind, ist daher davon auszugehen, dass die Preiserhöhung für Teleclub profitabel war. Teleclub konnte folglich den Preis profitabel um 40 % erhöhen, was in der Regel nur bei einer sehr starken Marktstellung möglich ist.

Saison	2008/09	2009/10	2010/11	2011/2012	2012/13	Trend ohne Preiserhöhung 2012/13
	PPV-Angebot Saison 2012/13 ausgebaut ¹⁹⁶					
Anzahl PPV-Bezüge	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Preis In Franken	1	2.5	2.5	2.5	3.5	2.5
Umsatz in Franken	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	PPV-Angebot Saison 2012/13 unter konstantem Angebot ¹⁹⁷					
Anzahl PPV-Bezüge	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Preis in Franken	1	2.5	2.5	2.5	3.5	2.5
Umsatz in Franken	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

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.).

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

¹⁹⁶ Zusätzlich wurden in der Saison 2012/13 die ATP Tour, die Challenge League, die Liga Zon Sagres und die Premier League übertragen.

¹⁹⁷ Angebot ohne ATP Tour, Challenge League, Liga Zon Sagres und Premier League.

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.¹⁹⁸ Zu berücksichtigen gilt es insbesondere, dass die Marktstellung – wie sich nachfolgend zeigt – stark von [...] abhängt. Die entsprechende Beurteilung gilt daher nur für den Zeitraum, [...].

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 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 Koppe-

lung 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-Bericht-erstattung 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 Content-Strategie, die Cinetrade und Swisscom im Anschluss an den Zusammenschluss von 2004 vereinbart haben (vgl. Abschnitt A.4.3.4.1).

¹⁹⁸ Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.2.2 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.2), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

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 exklusiv 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.¹⁹⁹ 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.²⁰⁰ 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 [...] als Hauptkonkurrenten im Pay-TV-Bereich. Als weitere mögliche Konkurrenten kommen grosse Telekommunikationsunternehmen 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. [...] ²⁰¹ [...] 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.

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. [...] Der Ausstieg von Ringier bei Teleclub erfolgte aufgrund der Portfolio-Bereinigung im Zuge der Reorganisation des Entertainment-Bereiches.²⁰² 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 [...] Infolgedessen sind Cablecom und Sunrise als potentielle Konkurrenz von Teleclub stark eingeschränkt.

b. Strukturelle Markteintrittsschranken

576. Zu den vertraglichen Markteintrittsschranken kommen strukturelle Markteintrittsschranken hinzu. [...] im europäischen Vergleich sehr lang; zum anderen sind die vergebenen Rechtepakete [...].²⁰³

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

¹⁹⁹ BSK KG- REINERT/BLOCH (Fn 505), Art. 4 Abs. 2 KG N 340; RPW 2007/1, 111 Rz 105 ff., *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*.

²⁰⁰ Vgl. PAUL KLEMPERER, *Bidding Markets*, Appendix to the OECD Roundtable on Bidding Markets (DAF/COMP(2006)31), 2006, 262.

²⁰¹ 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).

²⁰² Jahresbericht von Ringier 2012, S. 5.

²⁰³ 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*).

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 Rechtepakete unter Umständen kleinere innovative Anbieter daran, sich Rechte für eine geteilte Verwertung zu sichern. Bei der letzten Vergabe der Übertragungsrechte der SFL 2011 erfolgte [...] (vgl. Rz 145). [...] In jedem Fall hatte das Rechtepakete 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.²⁰⁴ Gemäss Angaben von Cinetrade bedingt der Aufbau einer eigenen Übertragungsinfrastruktur grosse Investitionen. Swisscom macht ebenfalls 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 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.²⁰⁵ 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 Swisccable 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 Cablecom²⁰⁶ 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 Bundesgerichts 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.

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.

²⁰⁴ BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 505), Art. 4 Abs. 2 KG N 317.

²⁰⁵ 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*.

²⁰⁶ 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*.

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. [...] Bis Juli 2013 konnten die Spiele der NHL auf ESPN America verfolgt werden. Der Sender ESPN America war jedoch [...] 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 kursorische 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 Eis-

hockeyübertragungen, 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. Die Nachfrage nach Teleclub-Fussballübertragungen ist jedoch keineswegs [...] eingebrochen.

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 Rechtspakete 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. Dafür, 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 [...]. 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.²⁰⁷ Entgegen der Ansicht von Swisscom

stellen die von Swisscom geltend gemachten hohen Investitionen „sunk costs“ und damit Markteintrittsbarrieren dar (vgl. Rz 579), was die ökonomische Literatur²⁰⁸ 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 Programmveranstalter (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,

²⁰⁷ 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).

²⁰⁸ 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.

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).²⁰⁹

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 (Behinderungsmisbrauch). 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. Ausbeutungsmisbrauch), indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmisbrauch stellt deshalb die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) dar. Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmisbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der 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.²¹⁰

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 Wettbewerbschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird. Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen können zudem mehrere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG betreffen.²¹¹ 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.²¹²

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 Interessenabwägung. 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.²¹³

612. Anzumerken ist, dass der Übersichtlichkeit halber nachfolgend auf das „Sportangebot von Teleclub“ Bezug

²⁰⁹ BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

²¹⁰ BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

²¹¹ BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

²¹² BGE 139 I 72, E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publi-groupe 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 434), 570; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 25; EVELYNE CLERC/PRANVERA KELLEZI, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2e édition, 2013 (nachfolgend: *Commentaire romand LCart*), Art. 7 LCart N 4 ff.

²¹³ BGE 139 I 72, E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publi-groupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

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:²¹⁴

- i. Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten;
- 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.²¹⁵

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.²¹⁶

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.²¹⁷

²¹⁴ RPW 2011/1, 144 f. Rz 306 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 121 ff.

²¹⁵ RPW 2011/1, 145 Rz 309, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m.w.Hinw.

²¹⁶ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 125.

²¹⁷ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 108.

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.²¹⁸ Jeder Missbrauch von Marktmacht gemäss Art. 7 KG ist unmittelbar sanktionierbar, ungeachtet der Subsumtion unter Art. 7 Abs. 2 KG.²¹⁹ 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, [...] (vgl. Abschnitt A.4.3.1.5). [...].

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 [...] (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. [...] 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 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 die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z. B. durch Duplizierung des Inputs).²²⁰

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.

²¹⁸ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 636 Rz 388, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

²¹⁹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 664 Rz 579 und 665 Rz 591 ff., insb. 667 Rz 602, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

²²⁰ 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 Behinderungsmissbrauch 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 508), 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.

630. *Cablecom* machte geltend, dass die strategische Relevanz des Sportangebots nicht nur aus Marketing-sicht erheblich sei. Das Sportangebot von *Swisscom* generiere insbesondere einen erheblichen wirtschaftlichen Mehrwert, der [...] 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 [...] 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 [...] 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 *Swisscom* mit dem Live-Sport von *Swisscom* TV begründet worden. *WWZ* gibt zudem an, dass 2011 über [...] ehemalige Kunden befragt worden seien, weshalb sie den Kabelanschluss gekündigt hätten. Bei denen, die zu *Swisscom* gewechselt hätten, liege der Anteil [...] 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 [...] 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 *Fincom* 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 *satel-dranse 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 Endkunden-

markts 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, [...]. *Swisscom* betrachtet nach eigenen Angaben Investitionen in Sportinhalte als Differenzierungsfaktor im Wettbewerb. Dafür sei *Swisscom* auch bereit, [...] zu investieren. In der Eingabe vom 31. Mai 2013 relativiert *Swisscom* allerdings, dass das Sportangebot nur für [...] das entscheidende Auswahlkriterium sei. Es handle sich dabei um ein Differenzierungsmerkmal unter vielen. Es seien nur [...] der Kunden bereit, [...].

640. *Cinetrade* führte aus, [...] 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, [...]. 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 [...], 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, [...] 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.²²¹ 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 Rechteeinheiten, des Ausschreibungszeitraums und der Verwendung ungenutzter Rechte erfüllt werden.²²² Dies impliziert, dass ein umfassendes Rechteeinheitpaket zur exklusiven Vermarktung dem Rechteeinheitinhaber 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.²²³

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.²²⁴ In der Literatur wird zwar teilweise postuliert, die Geschäftsverweigerung müsse zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.²²⁵ 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 Wettbewerbs-

behinderung führt, ohne dass sie sachlich gerechtfertigt werden kann.²²⁶ 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 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.²²⁷

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.²²⁸ 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

²²¹ MARIO MONTI, Competition and Sport the Rules of the game, Speech addressed at the conference on „Governance in Sport“, 26 February 2001.

²²² EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*, Rz 132.

²²³ Für einen Überblick vgl. HELEN WEEDS, TV Wars: Exclusive Content and Platform Competition in Pay-TV (under revision *Economic Journal*), 2013, 2 f.

²²⁴ RPW 2011/1, 151, Rz 345 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²²⁵ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 127 ff.

²²⁶ Vgl. BORER (Fn 434), 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.

²²⁷ RPW 2011/1, 144 Rz 351, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²²⁸ 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.

wäre: Meistens gibt es minderwertige Produkte, die eine Marktpräsenz, aber keinen wirksamen Wettbewerb erlauben.²²⁹ 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. [...].

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.²³⁰ 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 überproportional²³¹). 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.²³²

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.²³³ Für den US-Fernsehmarkt hat eine Untersuchung ergeben, dass die Wechselkosten zwischen unterschiedlichen TV-Plattformen bis zu 50 % der jährlichen Abonnementkosten ausmachen können.²³⁴ 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.²³⁵ 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 Un-

ternehmen, 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.²³⁶

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.²³⁷ Mit hohen Wechselkosten auf der Seite der Zuschauer (vgl. Rz 658) sowie einem Plattformanbieter

²²⁹ Vgl. PATRICK REY/JEAN TIROLE (Fn 680), 2156.

²³⁰ Vgl. HELEN WEEDS (Fn 675), 13 ff.

²³¹ Aufgrund hoher fixer bzw. irreversibler Kosten ist diese Annahme im TV-Plattformmarkt meistens erfüllt.

²³² Vgl. HELEN WEEDS (Fn 675), 20 ff.

²³³ Vgl. auch RPW 2012/2, 244 Rz 375, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

²³⁴ Vgl. OLEKSANDR SHCHERBAKOV, *Measuring consumer switching costs in the television industry*, mimeo 2009, 42.

²³⁵ Eine weitere Erklärung für den exklusiven Vertrieb von Pay-TV-Content ergibt sich aus der Zweiseitigkeit des TV-Plattformmarkts (vgl. Rz 661 f).

²³⁶ HELEN WEEDS (Fn 675), 29.

²³⁷ DAF/COMP/WF(2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 47 ff.

Swisscom, der als historischer Monopolanbieter bezüglich Telekommunikationsinfrastruktur und bestehender Kundenbeziehungen immer noch dominant ist, haben Marktneulinge einen Nachteil, den sie nur schwierig wettmachen können.²³⁸ 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.²³⁹ 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.²⁴⁰ 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.²⁴¹

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 verrin-

gert auf Kosten der Gewinne der Programmveranstalter.²⁴²

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 Telekomanbieters 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.

²³⁸ DAVID S. EVANS, *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, SSRN working paper series 2002, 72 f.

²³⁹ Vgl. ARMSTRONG MARK/WRIGHT JULIAN, *Two-sided platforms, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts*, *Economic Theory* 32 (2), 2007, 353.

²⁴⁰ Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 691), 376 ff.

²⁴¹ Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 691), 377 f.

²⁴² Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 691), 379.

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.²⁴³ 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.

[...]

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, dass Swisscom TV in der französischsprachigen Schweiz in den letzten drei Jahren wesentlich erfolgreicher in der Neukundengewinnung war als in der Deutschschweiz. 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, 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 Kaufentscheidungen einhergeht. 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

²⁴³ Für die Auswertung wurden die Zuschauerzahlen ins Verhältnis zur Anzahl der Haushalte in den Sprachregionen (gemäss BFS) gesetzt.

heute auch in der Schweiz Triple-Play-Angebote immer mehr zum Standard.²⁴⁴ 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 [...] – bei grundsätzlich vergleichbarem Angebot²⁴⁵ – weisen ebenfalls auf einen solchen Zusammenhang hin. Auch der ehemalige Swisscom CEO Carsten Schlotter 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.²⁴⁶

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.²⁴⁷ 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 lässt.²⁴⁸ Dabei kann zwischen objektiven Rechtfertigungsgründen und Effizienzgründen unterschieden werden.²⁴⁹ Die Praxis der WEKO nimmt diesbezüglich auch Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.²⁵⁰

680. Als objektive Rechtfertigungsgründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe („kaufmännische Grundsätze“²⁵¹) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig ist.²⁵² 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.²⁵³ Als Rechtfertigungsgründe kommen weiter auch Effizienzgründe in Frage.²⁵⁴

681. Eine Rechtfertigung kommt nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehal-

ten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten („Gebot der Unerlässlichkeit“).²⁵⁵

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.²⁵⁶

a. Ausführungen der Untersuchungsadressatinnen

683. Cinetrade macht geltend, dass [...].

684. Swisscom führt aus, dass [...] die bisher vernachlässigten Sportübertragungen als attraktive Inhalte für das Pay-TV anbieten zu können, [...] 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 von Swisscom 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.

²⁴⁴ 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).

²⁴⁵ Vgl. bspw. Vergleichsseite www.bonus.ch.

²⁴⁶ Vgl. Tagesanzeiger vom 26. April 2012, „Das grosse Geld im Wohnzimmer“.

²⁴⁷ 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.

²⁴⁸ RPW 2010/1, 167 Rz 325, *Swisscom ADSL*.

²⁴⁹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 65 ff.

²⁵⁰ Vgl. RPW 2011/1, 165 Rz 408, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²⁵¹ Vgl. BOTSCHAFT 95 (Fn 434), 569.

²⁵² Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 641), Rz. 28 ff.

²⁵³ Vgl. Entscheid der REKOWEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5., *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprengrer Autobahnhof AG*; vgl. auch RPW 2008/4, 579 Rz 174 f., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

²⁵⁴ Vgl. RPW 2004/3, 798 ff., Rz 69 ff., *Ticketcorner*; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 641), Rz 30. Vgl. zum Ganzen ausführlich); BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 63 ff.

²⁵⁵ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 69 ff. und 135; CLERC/KELLEZI (Fn 629), Art. 7 LCart N 83; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 641), Rz 28 ff.

²⁵⁶ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 132 ff.; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 641), 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. [...] Auch in diesem Fall scheint die Frage der Homologisierung des Signals kein Hindernis zu sein. Fincom bringt vor, dass Teleclub ihr gegenüber technische Probleme geltend gemacht habe. 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 technische Probleme nie Thema gewesen seien. Auch YplaY führt aus, dass keine technischen Unterschiede ihrer Übertragungsmöglichkeiten zu denjenigen von Sunrise TV oder Swisscom TV bestünden. 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 [...].

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 Ticinocom, 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.²⁵⁷ 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

²⁵⁷ Vgl. zum Ganzen BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 133 f.

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.²⁵⁸

695. Die EU-Kommission verlangt bei Effizienzgründen, dass die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:²⁵⁹

- 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 Verbraucherverwohl auf den betroffenen Märkten auf;
- 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): [...] 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.

²⁵⁸ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 641), S. 18, Rz 75.

²⁵⁹ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 641), S. 12, Rz 30; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 68.

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 Bst. 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 [...] und erhöhte sich bis im Mai 2013 auf ungefähr [...] (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.²⁶⁰ 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

²⁶⁰ Vgl. auch RPW 2012/2, 244 Rz 375, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

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.²⁶¹ 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 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 [...] 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. [...] 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. Swisscom führt aus, das Teleclub-Angebot sei das Resultat substantieller Investitionen von Swisscom 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

²⁶¹ 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).

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.²⁶² Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein.²⁶³ Dies bedeutet, dass dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert (Legitimate Business Reasons).²⁶⁴

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 sein; es genügt, wenn sie äquivalent sind. Bei der indirekten Diskriminierung wird demgegenüber eine gleichartige Verhaltensweise auf ungleiche Situationen angewendet.²⁶⁵

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.²⁶⁶

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. [...] 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

²⁶² 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*.

²⁶³ 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*.

²⁶⁴ 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*.

²⁶⁵ 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 508), Art. 7 KG N 206 und 211.

²⁶⁶ 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 508), Art. 7 KG N 108.

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.

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.²⁶⁷

736. In den relevanten Bereitstellungsmärkten werden die TV-Plattformanbieter ungleich behandelt. Sie sind aufgrund einer direkten Vertragsbeziehung Handelspartner von Teleclub. [...] Dies gilt gleichermassen für die Ungleichbehandlung betreffend Umfang 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 [...] 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.²⁶⁸ 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.).

²⁶⁷ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 215.

²⁶⁸ Vgl. zu dieser Konstellation der Marktverschliessung: PATRICK REY/JEAN TIROLE (Fn 680), 2148.

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. [...] 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 [...] 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 [...] in der Saison 2006/07 auf [...] in der Saison 2009/10. Bis zur Saison 2012/13 verringerte sich der Exklusivitätsgrad wieder auf [...]. Beim Schweizer Eishockey schwankte die Anzahl der exklusiv auf Swisscom TV übertragenen Spiele. Der Exklusivitätsgrad sank nie unter [...] (Saison 2007/08) und erreichte den Höchstwert in der Saison 2012/13 mit einem Anteil von [...]. In Bezug auf die deutsche Bundesliga ging der Exklusivitätsgrad von [...] auf [...] zurück. In der spanischen Primera División (La Liga) bewegte sich der Exklusivitätsgrad zwischen [...] und [...]. Schliesslich entwickelte sich der Grad an Exklusivität in der italienischen Serie A von [...] auf [...].

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. [...] 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 [...] 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 [...] 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 substanziell 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). [...]. Zudem gelte auch für den Diskriminierungstatbestand, dass das betroffene Gut das Resultat von gewichtigen und riskanten Investitionen sei.

754. Als eigentliche Effizienzgründe bringt Swisscom auch hier vor, dass [...], 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 [...] 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, [...].

756. Gemäss den eingereichten Verträgen werden die Endkundenpreise [...] festgesetzt. Etwas differenzierter präsentiert sich die Situation im Falle der Partner der DCG: [...] 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 [...] Provision vereinbart wurde. Der Endkundenpreis ist [...] nicht abhängig von der absoluten Höhe der Provision. Die unterschiedlichen Preise für die Endkunden können [...] 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.²⁶⁹ 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“.

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, weil sich Swisscom massgeblich an der Realisierung und Produktion dessen beteiligt habe 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 ungeachtet dieser Beteiligung wie alle anderen Plattformen behandeln, welche sich immer dagegen gesträubt hätten, das unternehmerische Risiko der Produktion eines TV-Angebots einzugehen, 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 von Swisscom 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 Abonnements-Preise 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 „Marktverschliessung“ 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

²⁶⁹ Vgl. RPW 2010/1, 134 ff. Rz 124 ff., *Swisscom ADSL*.

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.²⁷⁰

770. [...] 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 [...] 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 aufgekommenen 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 Marktzutrittschranken geschaffen hätte und die 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, dass Swisscom TV am Aufbau des PPV für die Swisscom TV-Plattform mit erheblichen Investitionen beteiligt gewesen sei. 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 [...]. 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.

²⁷⁰ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 662 Rz 562 f., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.Hinw.

779. Hierzu gilt es festzuhalten, dass Swisscom den TV-Plattformen ein Angebot für PPV-Bezüge unter Spezifikation der notwendigen technischen Voraussetzungen hätte unterbreiten können. [...] (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:²⁷¹

- 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 [...] 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 [...] im Oktober 2006. [...].

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.²⁷² 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 Marktherrschaft stützt und welchem sie nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann.²⁷³

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 [...] 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. [...].

788. [...].

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

²⁷¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 292.

²⁷² BGE 137 II 199, 211 E. 4.3.4 (= RPW 2011/3, 446 E. 4.3.4), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

²⁷³ BGE 137 II 199, 211 f. E. 4.3.5 (= RPW 2011/3, 446 E. 4.3.5), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

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.²⁷⁴ 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 [...] 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.²⁷⁵ 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*²⁷⁶ ausgeführt: „Im Sinne dieses Ausbeutungstatbestandes ist ein Preis, den 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 wozufolge die Renditenormalisierungsfunktion, welche die Preisbildung im wirksamen Wettbewerb determiniert, ausgeschaltet ist.“²⁷⁷

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.²⁷⁸

794. Teleclub versuchte mit den in Frage stehenden Vertragsklauseln u. a. zu verhindern, dass bei zukünftigen [...] die grossen Telekommunikationskonzerne Cablecom und Sunrise mitbieten können. Diese Klauseln waren auch eine Bedingung für den Vertragsabschluss zwischen TV-Plattformanbietern und Teleclub.

Die Klauseln verhindern den Leistungswettbewerb sowohl nachfrageseitig auf der Marktstufe der [...] 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 Sport-Content-Anbieter. 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 [...] zwar um das Gegenstück zu der von Cablecom verlangten Klausel, wonach sich Teleclub verpflichten sollte, eine Ausdünnung des [...] 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 [...] durch Teleclub, soweit es das hier relevante Sportangebot betrifft, kein freiwilliger Akt von Teleclub darstellt. Vielmehr durfte Teleclub das Angebot aufgrund der Marktbeherrschung gar nicht in diskriminierender Weise verringern. Vor diesem Hintergrund besteht kein Austausch von Leistung und angemessener Gegenleistung.

796. Anders als Cablecom verlangte Sunrise von Teleclub keine Nichtausdünnung des [...]. Die [...] war bereits im ersten Vertragsentwurf von Teleclub vorhanden. Die [...] stellt daher bei Sunrise von vornherein kein Gegenstück zu einer Forderung von Sunrise dar. Sunrise geht davon aus, dass ohne die [...] 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 [...] sowie für Pay-TV-Programmanbieter. Insbesondere in den Vergabemärkten für Schweizer Fussball und Eishockey vermag das Konkurrenzverbot den Wettbewerb wohl zu beseitigen.

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 nichtdiskriminierender Wettbewerb um

²⁷⁴ Vgl. BGE 137 II 199, 212 ff. E. 5 (= RPW 2011/3, 446 ff. E. 5), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

²⁷⁵ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 741.

²⁷⁶ RPW 2007/2, 272 Rz 198, *Terminierung Mobilfunk*.

²⁷⁷ Vgl. zum Ganzen auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 508), Art. 7 KG N 298 ff., m.w.Hinw.

²⁷⁸ Vgl. BOTSCHAFT 95 (Fn 434), 573; vgl. auch CLERC/KÉLLEZI, *Commentaire romand LCart* (Fn 629), Art. 7 II LCart Rz 176 ff.

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.²⁷⁹

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 wichtigsten 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. [...]

802. Teleclub bringt in diesem Zusammenhang vor, dass sich Cablecom gar nicht an die [...] gehalten habe, weshalb diese auch keine Auswirkungen gehabt hätte. Dazu ist anzumerken, dass sich Teleclub nach Angaben von Cablecom [...] SFL offensichtlich durch Teleclub bei der Rechtevergabe beeinflusst [...]. 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 Rechtfertigungsgründe²⁸⁰

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 vorgelagerten Vergabemärkten beseitigen dürften, wofür keine Effizienzgründe ersichtlich sind.

805. Unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände gehen auch die Vorbringen von Swisscom, dass [...] 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

806. Swisscom macht geltend, die Wettbewerbsbehörden hätten das Verbot der [...] 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 [...] 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 [...] 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 [...] zuzustimmen, um die Wettbewerbsfähigkeit des Teleclub-Kabelangebots zu gewährleisten. Cablecom habe eine systematische Verschlechterung des [...] über Kabel durch dessen Ausdünnung befürchtet. Teleclub hätte geltend gemacht, eine Verpflichtung, eine Ausdünnung [...] zu unterlassen, sei nur unter der Voraussetzung möglich, dass sich Cablecom im Gegenzug verpflichte, selbst keine Rechte an denjenigen Inhalten zu erwerben, die Teleclub als Bestandteil [...] erhalten müsse. Auch Sunrise äusserte sich dahingehend, dass Teleclub beim Thema Sport recht früh signalisiert habe, dass es keinen Verhandlungsspielraum geben würde und Sunrise mit

²⁷⁹ Vgl. KLEMPERER (Fn 604), 264 f.; vgl. auch Ausführungen zum potentiellen Wettbewerb in Abschnitt B.4.2.4.2.

²⁸⁰ Vgl. Rz 678 ff.

dem vorliegenden Angebot leben müsse. Trotz wiederholtem und eindringlichem Nachfragen seitens Sunrise habe es kein Entgegenkommen gegeben. Sunrise geht davon aus, dass der Vertrag ohne [...] gescheitert wäre. Damit sahen sich Cablecom und Sunrise entgegen der Ansicht von Swisscom sehr wohl ökonomischem Druck ausgesetzt.

810. Swisscom bringt vor, die [...] sei nicht angewendet oder durchgesetzt worden. Eine blossе Drohung sei keine Erzwingung, sondern das gute Recht einer Vertragspartei. 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 [...] sei angemessen. Dies ergebe sich aus einer Gesamtbetrachtung der übrigen vertraglichen Bestimmungen. Wettbewerbsverbote, welche den [...] 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 [...] 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 [...] durch Cablecom und Sunrise. Vielmehr sollten diese daran gehindert werden, bei zukünftigen [...] 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 [...] ist Sunrise die Möglichkeit genommen, jemals beim fraglichen Contentwerb in Wettbewerb zu treten. Zudem stellt sich die Frage, warum Teleclub den Vertragsschluss gegenüber Sunrise offenbar nicht zuletzt vom [...] abhängig machte, wenn diesem keine Bedeutung zukommen sollte. In Bezug auf Cablecom ist festzuhalten, dass Teleclub das [...] 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.²⁸¹

²⁸¹ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 88), Art. 30 KG N 58 f.

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.²⁸²

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-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 [...].

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.

²⁸² 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*.

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 milderen 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 milderes Mittel ist nicht ersichtlich. Mit dem Verzicht auf das [...] (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 [...] des Vertrags Cablecom aufzuheben, wonach [...] Ebenso wäre [...] der Vereinbarung Sunrise aufzuheben, [...]

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.²⁸³ 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 angemessenen Bedingungen anzubieten.“ Die Vereinbarung von Sunrise mit Teleclub umfasse [...]. Der Antrag spreche [...].

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.

²⁸³ Vgl. RETO JACOBS/GION GIGER, BSK KG, Vor Art. 12–17 KG, N 29 ff.

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.²⁸⁴ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.²⁸⁵

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.²⁸⁶ 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 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.²⁸⁷ Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens.²⁸⁸

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 von diesen explizit beabsichtigt (vgl. Rz [...] und [...]). Es darf auch als den kartellrechtlich bewanderten Untersuchungsadressatinnen bekannt angesehen werden, dass Verweigerungen und Ungleichbehandlungen durch marktbeherrschende Unternehmen kartellrechtlich problematisch sind.²⁸⁹ 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, 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.

²⁸⁴ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

²⁸⁵ BBl 2002 2022, 2034.

²⁸⁶ Statt vieler: JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

²⁸⁷ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

²⁸⁸ Vgl. BGE 139 I 72, nicht publ. E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

²⁸⁹ Vgl. insb. RPW 2005/2, 379 Rz 168, *Swisscom/Cinetrade*.

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 StGB²⁹⁰ 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.²⁹¹ 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.²⁹² 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.“²⁹³

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.²⁹⁴ 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.²⁹⁵ 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 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 werden²⁹⁶, 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 [...] 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.

290 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Strafgesetzbuch, StGB; SR 311.0).

291 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 683 Rz 700, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

292 Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2002 N 1450 ff.; AB 2003 S 333 ff.

293 Vgl. Votum Peter Spuhler, AB 2002 N 1450.

294 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.

295 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 678 Rz 676, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

296 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 680 Rz 686, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

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 Behörde zuvor näher informieren. Soweit die Entschuldigbarkeit des geltend gemachten Verbotsirrtums 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 Rechtsirrtums²⁹⁷: 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. Verbotsirrtum 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-Sanktionsverordnung²⁹⁸ 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.²⁹⁹ 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.³⁰⁰

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 Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,³⁰¹ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.³⁰² 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:

²⁹⁷ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 683 Rz 702, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

²⁹⁸ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

²⁹⁹ 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*.

³⁰⁰ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

³⁰¹ Vgl. BBI 2002 2022, 2037.

³⁰² 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).

2012	2013	2014
[...]	[...]	9586

Tabelle 16: Konzernumsätze Swisscom in der Schweiz in Millionen Franken

862. Daraus ergibt sich eine Maximalsanktion von [...] 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.³⁰³ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

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.³⁰⁴ 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
[...]	[...]	[...]

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 %).³⁰⁵

³⁰³ 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).

³⁰⁴ 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*.

³⁰⁵ 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).

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.

2011	2012	2013
[...]	[...]	[...]

Tabelle 18: Umsätze Swisscom TV („Stand alone“, ohne Teleclub) in der Schweiz in Franken

2011	2012	2013
[...] ³⁰⁶	[...]	[...]

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 Bündel-³⁰⁷ und Einzelangeboten³⁰⁸ 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
[...]	[...]	[...]

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
[...]	[...]	[...]

Tabelle 21: Umsätze Teleclub in der Schweiz in Franken

874. Insgesamt ergibt dies folgende Umsätze gemäss Tabelle 22.

³⁰⁶ Umsatz Swisscom TV mit Einzelverträgen multipliziert mit der Anzahl Bündelverträge dividiert durch die Anzahl Einzelverträge.

³⁰⁷ Vgl. <<http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/kombi-angebote/angebote.html>> (21.01.2015).

³⁰⁸ Vgl. <<http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/swisscom-tv/angebote.html>> (21.01.2015).

2011	2012	2013
[...]	[...]	[...]

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 [...] Franken.

b. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

877. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG³⁰⁹, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoß zu qualifizieren ist. Dabei stehen objektive³¹⁰ 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 Ansiedlung 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.³¹¹

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 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 [...] anzusetzen.

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).

³⁰⁹ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen / Erläuterungen (30.1.2014).

³¹⁰ 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.

³¹¹ Vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 365 E. 8.3.4, *Publigruppe SA/WEKO*.

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.³¹²

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.

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 20 % 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 Bundesverwaltungsgerichts³¹³, 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.

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.³¹⁴ 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 Verordnungsgeber überlassen hat. Es ist somit Art. 49a Abs. 1 KG auszulegen.

³¹² Vgl. RPW 2010/4, 763 Rz 412, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a KG, N 67.

³¹³ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 686 Rz 723, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

³¹⁴ Vgl. BGE 139 II 460, E. 2.

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.³¹⁵

896. Art. 49a KG sieht keine gesonderte Regelung zur Bestimmung des relevanten Markts für die Bemessung einer Sanktionierung vor.³¹⁶ 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.³¹⁷ 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 Botschaft³¹⁸: „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 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.“³¹⁹ 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 Triple-Play-Angebots explizit hervorstreicht. So wollten 99 % der Kunden Bündelangebote.

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 [...] 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 [...] erscheint der Art und Schwere sowohl unter objektiven als auch subjektiven Gesichtspunkten als angemessen.

³¹⁵ BGE 136 II 149, E. 3.

³¹⁶ Vgl. Urteil des BVerG, RPW 2015/3, 686 Rz 723, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

³¹⁷ Vgl. AB 2002 N 1450 ff.; AB 2003 S 333 ff.

³¹⁸ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2033 ff.

³¹⁹ Urteil des BVerG, RPW 2015/3, 686 Rz 723, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

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.

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 Bereitstellungs Märkten (vgl. Abschnitte B.4.2.4 ff.). Soweit Swisscom in den fraglichen Märkten über Exklusivrechte 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.³²⁰ 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-) Verhandlung³²¹ 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 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).

³²⁰ Vgl. <http://www.duden.de/rechtschreibung/wiederholen_bekraeftigen_proben> (30.12.2015).

³²¹ Vgl. bspw. Art. 63 StPO.

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 Strafart 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.³²² 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 [...].

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 Baubeschläge 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 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.³²³ 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 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren wurde nicht aus diesem Grunde aufgehoben.

C.2.5 Ergebnis

Basisbetrag (Faktor [...])	Dauerzuschlag	Zwischenergebnis	Erschwerende / mildernde Umstände	Sanktion
35 205 155	+ 70 %	59 848 764	+ 20 %	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.³²⁴

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 [...] der Maximalsanktion (Rz 862).

³²² Vgl. JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in: BSK StGB I (Fn 817), Art. 49 StGB N 6.

³²³ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 684 Rz 709, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

³²⁴ Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.Hinw., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

D Kosten

915. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG³²⁵ 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 ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.³²⁶ 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 Haftung. 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.³²⁷

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.³²⁸ Dabei müssen diese Gründe im Fall des Entzugs der aufschiebenden Wirkung von einer gewissen sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit sein.³²⁹ Weiter ist zu prüfen, ob der Entzug der aufschiebenden Wirkung auch verhältnismässig ist.³³⁰ Je schwerer der Eingriff für den Betroffenen ist, desto gewichtiger müssen die Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung wiegen.³³¹

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

³²⁵ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

³²⁶ 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.

³²⁷ Vgl. REGINA KIENER, *VwVG-Kommentar* (Fn 88), Art. 55 VwVG N 14.

³²⁸ Vgl. RPW 2011/3, 408 Rz 60, *Swatch Group Lieferstopp*, m.w.Hinw.; vgl. auch BGE 129 II 286, E. 3.

³²⁹ Vgl. Urteil des BVGer A-2252/2013, vom 16.09.2013, E. 5.

³³⁰ Vgl. Urteil des BVGer A-2252/2013, vom 16.09.2013, E. 8.

³³¹ Vgl. Urteil des BGER 2C_575/2014 vom 28.07.2014, E. 2.1.

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 [...] 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, in Bern, vertreten durch [...]
- CT Cinetrade AG, in Zürich, vertreten durch [...]
- Teleclub AG, in Zürich, vertreten durch [...]
- upc cablecom GmbH, in Zürich, vertreten durch [...]
- Quickline AG, in Nidau, vertreten durch [...]
- sasag Kabelkommunikation AG, vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2	2. Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp
-------	---

Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch gemäss Art. 30 Abs. 3 KG betreffend die in der Untersuchung 32-0224 ergangene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 betreffend Swatch Group Lieferstopp gegen The Swatch Group AG, in Biel.

A Sachverhalt

A.1 Verfahren

A.1.1 Vorgeschichte

1. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 genehmigte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die zwischen der The Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group) und dem Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) abgeschlossene einvernehmliche Regelung betreffend die Einstellung der Lieferungen von mechanischen Uhrwerken¹ (nachfolgend: evR). Vorgesehen war bzw. ist die stufenweise Reduktion der Liefermengen für Kunden der ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (100%-ige Tochtergesellschaft von Swatch Group; nachfolgend: ETA) bis zum 31. Dezember 2019.

2. Mit Schreiben vom 4. März 2016 gelangte Swatch Group an das Sekretariat und stellte den folgenden Antrag:

„Der ETA ist bis zum Ablauf der EvR Ende 2019 zu erlauben, über die nicht ausgeschöpfte Jahresmenge frei verfügen zu können. Die frei verfügbare Menge könnte somit kleineren, mittelgrossen oder grossen Firmen zuteilt werden. Die Zuteilungen könnten von Jahr zu Jahr frei variiert werden.

Die frei verfügbare Menge ergibt sich aus der Differenz der in der EvR definierten Menge abzüglich der fristgerecht bestellten Mengen der Kunden für das entsprechende Kalenderjahr. Zusätzliche Zuteilungen an KMU's gemäss Ziffer 4b der EvR würden zusätzlich geliefert und gingen nicht zu Lasten der frei verfügbaren Menge.

Die neue ergänzte Regelung gilt ab dem 01.01.2017 (somit für Bestellungen, die bis zum 30.09.2016 abgegeben werden müssen; dies entspricht der bisherigen grosszügigen Handhabe der Bestellfrist).“

3. Mit Schreiben vom 7. März 2016 bestätigte das Sekretariat den Eingang des Gesuchs und teilte Swatch Group mit, dieses als Wiedererwägungsgesuch i.S.v. Art. 30 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) zu behandeln und sie zu gegebener Zeit über die weiteren Schritte zu informieren.

4. Mit Schreiben vom 23. März 2016 informierte das Sekretariat Swatch Group darüber, dass für eine Beurteilung des Gesuchs Marktabklärungen erforderlich wären, was mit einem gewissen Zeitaufwand verbunden sei. Das Sekretariat forderte Swatch Group deshalb auf

bis am 4. April 2016 mitzuteilen, ob sie an ihrem Gesuch festhalte.

5. Innert erstreckter Frist teilte Swatch Group dem Sekretariat mit Schreiben vom 11. April 2016 mit, dass sie an ihrem Antrag festhalte, jedoch die Einschätzung nicht teile, dass es sich um ein Gesuch um Abänderung der evR handle, sondern Swatch Group lediglich für die nicht beanspruchte Restmenge die Möglichkeit erhalten möchte, diese absetzen zu können. Nach Ansicht von Swatch Group handle es sich bei ihrem Antrag um eine Ergänzung/Präzisierung der evR. Nicht beabsichtigt sei eine Änderung der KMU-Klausel in Ziffer 4) b evR; KMUs könnten nach wie vor weiterhin zusätzliche Mengen beziehen.

6. Am 1. Juli 2016 teilte Swatch Group dem Sekretariat schriftlich mit, dass die Sellita Watch Co S.A. (nachfolgend: Sellita) ihre Bestellung für das Jahr 2017 von der ihr gemäss evR zustehenden Menge von [...] mechanischen Uhrwerken noch [...] Stück bestellt hat.

7. Am 22. Juli 2016 liess das Sekretariat Swatch Group seinen Antrag an die WEKO zur Stellungnahme innert Frist zukommen. Gleichzeitig stellte das Sekretariat Swatch Group das Aktenverzeichnis mit den Akten zu.

8. In der Folge nahm Swatch Group am 19. August 2016 innerhalb erstreckter Frist schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung.

A.1.2 Wiedererwägungsgesuch

9. Vorab gilt es die Frage zu klären, wie das Gesuch von Swatch Group in rechtlicher Hinsicht zu qualifizieren ist. Art. 30 Abs. 3 KG sieht explizit vor, dass die WEKO einen Entscheid widerrufen oder ändern kann, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse nach Erlass des Entscheids geändert haben.² Wenn die von einem Entscheid unmittelbar Betroffenen geltend machen, dass sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben, so haben die Betroffenen grundsätzlich einen Anspruch auf Behandlung ihres Antrages auf Änderung oder Widerruf einer Entscheidung.³ Der Behauptung von Swatch Group, dass es sich bei ihrem Gesuch nicht um ein Wiedererwägungsgesuch i.S.v. Art. 30 Abs. 3 KG handle, weil damit lediglich eine Präzisierung/Ergänzung der evR beantragt werde, kann nicht gefolgt werden. Denn eine Präzisierung käme dann in Frage, wenn sich Auslegungsfragen in Bezug auf die evR stellen, nicht aber, wenn Swatch Group beantragt, inskünftig von dieser abweichen zu dürfen. Doch gerade dies beantragt

¹ Vgl. für eine Übersicht zu den mechanischen Uhrwerken RPW 2014/1, 224 Rz 90 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

² Vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 N 122.

³ Vgl. BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 2), Art. 30 N 129.

Swatch Group mit ihrem Gesuch, sodass dieses in casu als Wiedererwägungsgesuch i.S.v. Art. 30 Abs. 3 KG zu qualifizieren ist, auf dessen Behandlung Swatch Group grundsätzlich Anspruch hat.

10. Swatch Group machte in ihrer Stellungnahme vom 19. August 2016 erneut geltend, dass sie nicht beantrage, von der evR abweichen zu dürfen, sämtliche Bestimmungen der evR auch im Falle der Genehmigung des Gesuchs eingehalten würden und sie die Frage, in welche Richtung eine ergänzende Auslegung des Textes der evR zielen würde, habe ansprechen wollen. Swatch Group spricht schliesslich von einer Lücke der evR, da diese zu den Leerkapazitäten von ETA keine entsprechende Klausel enthielte. Diese Vorbringen sind unzutreffend und deshalb zurückzuweisen, denn erstens handelt es sich bei den Mengen gemäss Ziffer 3) evR nicht um Abnahmepflichten für Kunden von ETA. Das heisst, Kunden haben Anspruch auf die festgelegten Mengen, sind aber nicht verpflichtet, diese zu bestellen. Zweitens sind Mengen, die über die in Ziffer 3) evR festgelegten Liefermengen hinausgehen, gemäss Ziffer 4) b evR nur für KMUs möglich, sodass der freie Absatz von nicht beanspruchten Mengen am Markt eine Abweichung von der evR darstellt. Und schliesslich ist korrigierend festzuhalten, dass es im Rahmen von einvernehmlichen Regelungen keine Lücken geben kann. Denn mit einer einvernehmlichen Regelung sollen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen beseitigt und keine über das Kartellgesetz hinausgehenden Verhaltensweisen in generell-abstrakter Weise geregelt werden. Schliesslich sei noch angemerkt, dass das Sekretariat Swatch Group wiederholt – auch kurz nach Eingang ihres Gesuchs – schriftlich mitteilte, dass dieses im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG behandelt werde, und sich Swatch Group grundsätzlich mit dem Vorgehen einverstanden erklärte.

A.1.3 Marktbefragung

11. Am 25. April 2016 verschickte das Sekretariat Auskunftsbefragen an verschiedene Marktakteure. Angeschrieben wurden in erster Linie aktuelle und potentielle Konkurrenten von ETA sowie Unternehmen, die im Rahmen der Untersuchung „32-0224: Swatch Group Lieferstopp“ (nachfolgend: ursprüngliche Untersuchung) angaben, mechanische Uhrwerke bereits zu produzieren oder angekündigt haben, dies in absehbarer Zukunft tun zu wollen. Die Antworten gingen zwischen dem 26. April und dem 1. Juli 2016 beim Sekretariat ein.

B Erwägungen

B.1 Rechtliches

12. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Haben sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert, so kann die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 3 KG auf Antrag des Sekretariats oder der Betroffenen den Entscheid widerrufen oder ändern.

13. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung

öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

14. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird bzw. wurde von Swatch Group auch nicht geltend gemacht.

B.2 Eintretensvoraussetzungen

15. Für das Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch gemäss Art. 30 Abs. 3 KG müssen sowohl subjektive als auch objektive Eintretensvoraussetzungen gegeben sein.

B.2.1 Subjektive Eintretensvoraussetzungen

16. Das Recht, einen Widerruf oder eine Abänderung einer Verfügung der WEKO zu beantragen, steht sowohl dem Sekretariat als auch den Betroffenen zu. Unter Betroffenen sind die vom Entscheid unmittelbar Betroffenen, das heisst die Urheber der Wettbewerbsbeschränkung bzw. die an einer einvernehmlichen Regelung unmittelbar Beteiligten zu verstehen sowie auch die Dritten i.S.v. Art. 43 KG mit Parteieigenschaft i.S.v. Art. 6 und 48 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1986 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; 172.021).⁴

17. Die Betroffenheit einer Person muss dabei nicht auf den Personenkreis, an den eine Verfügung der WEKO adressiert ist, oder auf die Beteiligten an einer einvernehmlichen Regelung beschränkt sein. Damit Betroffenheit vorliegt, muss zum Zeitpunkt des Antrages eine Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit der Betroffenen in irgendeiner Form gegeben sein. Hierbei muss die Einschränkung aktuell sein und sich auf die wirtschaftliche Freiheit der antragstellenden Person auswirken.

18. Vorliegend hat Swatch Group mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung geschlossen (vgl. oben, Rz 1 und unten, Rz 31 ff.), mittels der sie sich selbst in ihrer wirtschaftlichen Freiheit beschränkt hat. Die evR wurde von der WEKO genehmigt, hat heute noch Bestand und wirkt sich auch aktuell auf die wirtschaftliche Freiheit von ETA aus. Daher liegt eine Betroffenheit von ETA bzw. Swatch Group vor. Die subjektiven Eintretensvoraussetzungen sind gegeben.

B.2.2 Objektive Eintretensvoraussetzungen

19. Wenn die Betroffenen geltend machen, die Verhältnisse hätten sich wesentlich geändert, so haben sie grundsätzlich einen Anspruch auf Behandlung ihres Antrages auf Änderung oder Widerruf einer Entscheidung der WEKO.⁵

⁴ ROMINA CARCAGNI, in: Stämpfli's Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 30 KG N 16; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 2), Art. 30 KG N 128.

⁵ SHK-CARCAGNI (Fn 4), Art. 30 KG N 15; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 2), Art. 30 KG N 129.

20. ETA bzw. Swatch Group macht als Betroffene geltend, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert hätten. Swatch Group begründet ihren Antrag im Wesentlichen mit dem starken Wachstum des Marktes schweizerischer mechanischer Werke und einem Rückgang des Absatzes von ETA an Dritte (von [...] im Jahr 2009 auf [...] im Jahr 2015); ein Trend, welcher Swatch Group zu Folge weiter anhalten werde. Mittlerweile hätte fast jeder Anbieter, der etwas auf sich halte, ein eigenes mechanisches Uhrwerk entwickelt und in seine Kollektion aufgenommen. Es gebe heute praktisch für alle von ETA angebotenen Standard ETA-Kaliber Alternativen Dritter. Die Kapazitäten von Sellita seien stark erhöht worden und sie sei heute in der Lage, den Lieferrückgang von ETA problemlos zu kompensieren. In den letzten Monaten seien zudem immer mehr Produkte auf dem Markt aufgetaucht, die v.a. im Tessin montiert worden seien und deren Teile zu einem grossen Teil aus chinesischen Quellen stammen würden. Schliesslich schmalere die in vielen Ländern eingebrochene Konjunktur die Nachfrage nach Schweizer Uhren und damit nach Schweizer Uhrwerken. Swatch Group macht somit geltend, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich geändert hätten, sodass die objektiven Eintretensvoraussetzungen als gegeben zu betrachten sind.

B.2.3 Fazit

21. Die Eintretensvoraussetzungen sind insgesamt gegeben, sodass Swatch Group einen Anspruch hat auf Behandlung ihres Antrags auf Ergänzung der, mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 genehmigten, evR. Ob die von Swatch Group vorgebrachten (tatsächlichen) Veränderungen wesentlich sind, wird nachfolgend geprüft.

B.3 Materielles

B.3.1 Wiedererwägung

22. Voraussetzung für die Wiedererwägung eines Entscheides ist die wesentliche Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid der WEKO zugetragen hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die tatsächlichen oder die rechtlichen Verhältnisse geändert haben. Im Vordergrund mag zwar die Änderung des Sachverhalts stehen, wobei damit die Veränderung der Marktgegebenheiten (z.B. neue Wettbewerber etc.) gemeint ist, nicht jedoch die nachträgliche Anpassung des Verhaltens des Verfügungsadressaten. Daneben ist auch denkbar, dass sich die rechtliche Situation ändert: Die WEKO ändert z.B. ihre bisherige Praxis bezüglich einer Rechtsfrage oder der Gesetzgeber erlässt neue vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG; in Frage kämen allenfalls auch neue wettbewerbstheoretische Erkenntnisse.⁶

23. Wesentlich ist eine Änderung des Sachverhalts oder der Rechtslage dann, wenn sie Einfluss auf das Ergebnis der bisherigen rechtlichen und ökonomischen Würdigung des Kartellrechtsverstosses haben kann.⁷

24. Haben sich die Verhältnisse im beschriebenen Sinne wesentlich geändert, so prüft die WEKO, ob das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung zum Zeitpunkt der Beurteilung der Wiedererwägung im konkreten Fall höher zu werten ist als dasjenige am unveränderten Weiterbestehen des Entscheides, wobei die Interessen des

Antragstellers gegenüber denjenigen weiterer Betroffener abzuwägen sind. Bei dieser Abwägung der Interessen des Antragsstellers, weiterer Betroffener und Dritter verfügt die WEKO über einen gewissen Ermessensspielraum.⁸

25. Die WEKO prüft eine mögliche Wiedererwägung somit in zwei Schritten: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben. Die Änderung ist jedoch erst dann wesentlich, wenn sie sich auf die rechtliche Beurteilung des ursprünglichen Verfahrens auswirkt. Stellt die WEKO eine wesentliche Veränderung fest, prüft sie in einem zweiten Schritt, ob das Interesse an der Änderung der Verfügung im konkreten Fall höher zu werten ist als das Interesse an der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.⁹

26. Nachfolgend gilt es somit zu prüfen, ob die von Swatch Group vorgebrachten Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse als wesentlich einzustufen sind, d.h., Einfluss auf das Ergebnis der bisherigen rechtlichen und ökonomischen Würdigung des Kartellrechtsverstosses haben können.

B.3.2 Ursprüngliche Untersuchung – Beurteilung des Lieferstopps

27. Die ursprüngliche Untersuchung hatte die kartellrechtliche Beurteilung des von Swatch Group geplanten Lieferstopps von Uhrwerkskomponenten, namentlich mechanischen Uhrwerken von ETA und Assortiments von Nivarox-FAR SA (ebenfalls 100%-ige Tochtergesellschaft von Swatch Group; nachfolgend: Nivarox) zum Gegenstand. Swatch Group plante damals, die Lieferungen von ETA-Produkten bis Ende des Jahres 2012 und diejenigen für Nivarox-Produkte bis Ende des Jahres 2014 vollständig einzustellen, wobei erste Reduktionsschritte auf Ende 2011 umgesetzt werden sollten. Ziel der ursprünglichen Untersuchung war es, abzuklären, ob der von Swatch Group angekündigte Lieferstopp gegen das Kartellgesetz verstösst, wobei insbesondere die Behinderung von Mitbewerbern im Bereich mechanischer Uhrwerke und/oder mechanischer Fertiguhren im Fokus stand. In der ursprünglichen Untersuchung wurde in erster Linie geprüft, ob alternative Bezugsquellen zu ETA bzw. Nivarox bestehen und in welchem Zeitraum solche allenfalls aufgebaut werden könnten.¹⁰

⁶ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 2), Art. 30 KG N 130 ff.

⁷ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 2), Art. 30 KG N 133.

⁸ SHK-CARCAGNI (Fn 4), Art. 30 KG N 19; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 2), Art. 30 KG N 136.

⁹ SHK-CARCAGNI (Fn 4), Art. 30 KG N 18 f.; AUGUST MÄCHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.) 2008, Art. 58 N 10.

¹⁰ RPW 2014/1, 215 Rz 1 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

28. In der ursprünglichen Untersuchung wurde eine umfangreiche Marktbefragung durchgeführt. Es wurden sowohl Konkurrenten als auch Kunden von ETA und Nivarox befragt.¹¹ Die WEKO stellte dabei fest, dass sowohl ETA (auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke) als auch Nivarox (auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments) marktbeherrschend sind i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG. Die WEKO hielt aufgrund einer summarischen Betrachtung ferner fest, dass Swatch Group auf dem Markt für mechanische Swiss made Uhren über eine starke Markstellung verfügt, im unteren Segment (CHF 2'000–3'000) gar über eine äusserst starke.¹²

29. In ihrer Beurteilung kam die WEKO zum Schluss, dass die Einstellung der Lieferungen von mechanischen Uhrwerken bis 2012 bzw. von Assortiments bis 2014 als missbräuchliche Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 KG zu qualifizieren ist. Für die WEKO stand fest, dass der von Swatch Group geplante Lieferstopp den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für mechanische Uhrwerke sowie auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Fertighuhren stark behindert, da die Marktteilnehmer auf absehbare Zeit noch auf Lieferungen von ETA resp. Nivarox angewiesen sind.¹³

30. Die WEKO hielt jedoch auch fest, dass mittel- bis langfristig aufgrund potentieller Konkurrenz mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen sei, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA geschwächt werde und weitere Akteure in genügendem Ausmass im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke tätig sein würden. Langfristig sei auch auf dem Markt für Assortiments aufgrund potentieller Konkurrenz mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass die marktbeherrschende Stellung von Nivarox geschwächt werde. Bis dahin sei sicherzustellen, dass Swatch Group in gewissem Umfang weiterhin mechanische Uhrwerke und Assortiments an Drittkunden liefere. Andernfalls käme es zu einer starken Behinderung des wirksamen Wettbewerbs und höchst wahrscheinlich zu Marktaustritten.¹⁴

B.3.3 Einvernehmliche Regelungen

31. Nach Verhandlungen zwischen dem Sekretariat und Swatch Group wurde am 11. Februar 2013 eine (erste) einvernehmliche Regelung (nachfolgend: evR I) abgeschlossen.¹⁵ Diese regelte die schrittweise Lieferreduktion für mechanische Uhrwerke und Assortiments. Das Sekretariat legte die evR I der WEKO zur Genehmigung vor. Nach Beratungen zu den einzelnen Klauseln und gestützt auf die im Recht liegenden Akten kam die WEKO zur Überzeugung, dass die evR I nicht genehmigt werden kann. Die WEKO vertrat die Ansicht, dass ein Phasing-Out für Assortiments als verfrüht zu betrachten sei. Es sei zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, doch wies die WEKO darauf hin, dass die Aufnahme von Verhandlungen über ein Phasing-Out für Assortiments von der Marktentwicklung sowie vom weiteren Verlauf des hängigen Patentrechtsstreits betreffend Silizium-Spiralen abhängt.¹⁶ Die WEKO war zudem der Meinung, dass sich die Ungleichbehandlung von Sellita beim Bezug von mechanischen Uhrwerken nicht rechtfertigen lasse, wonach die zu liefernden Mindestmengen stärker gekürzt und in zeitlicher Hinsicht schneller ein-

gestellt werden sollten als bei den übrigen Kunden von ETA. Dies nicht zuletzt deshalb, weil einige Uhrenmarken mechanische Uhrwerke (auch ETA-Uhrwerke) fast ausschliesslich von Sellita beziehen. Schliesslich beurteilte die WEKO die vorgesehenen Reduktionsschritte für mechanische Uhrwerke im Vergleich zu denjenigen, welche im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen bereits umgesetzt wurden, im Lichte der sich abzeichnenden Entwicklungen im Markt für mechanische Uhrwerke als zu einschneidend.¹⁷

32. Die WEKO genehmigte die evR I nicht und wies die Sache an das Sekretariat zurück, verbunden mit der Anweisung, Neuverhandlungen mit Swatch Group über den Abschluss einer neuen einvernehmlichen Regelung aufzunehmen. Als Leitplanke gab die WEKO vor, eine einvernehmliche Regelung nur noch für mechanische Uhrwerke abzuschliessen, Sellita gleich zu behandeln wie die anderen Kunden von ETA, die Reduktionsschritte in weniger stark abfallenden prozentualen Schritten auszugestalten sowie verschiedene Bestimmungen wie bspw. die Regelung des Service Après Vente ersatzlos zu streichen.¹⁸

33. Das Sekretariat nahm daraufhin mit Swatch Group entsprechende Verhandlungen für eine neue einvernehmliche Regelung auf, welche nachfolgend auszugsweise wiedergegeben wird:¹⁹

„Vereinbarungen:

(...)

2) Grundsätzliches

- a *ETA liefert in Zukunft weiterhin mechanische Uhrwerke in untenstehendem Umfang an ihre bisherigen Kunden. Die unten genannten Mengen sind in keinem Fall als Abnahmeverpflichtung des Kunden zu verstehen.*
- b *Die Referenzmenge ist der Durchschnitt der in den Jahren 2009-2011 effektiv gelieferten Mengen an mechanischen Uhrwerken (inkl. Restliefermengen Ebauches). In Fällen, in denen die effektiv gelieferten Mengen an einen Kunden nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, ist die für den Kunden vorteilhaftere (d.h. höhere) Menge massgebend.*
- c *Als Kunde gilt jeder Abnehmer, welcher in den Jahren 2009-2011 bei ETA mechanische Uhrwerke bezog.*

¹¹ RPW 2014/1, 217 Rz 10, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹² RPW 2014/1, 252 Rz 281, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹³ RPW 2014/1, 266 Rz 401, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁴ RPW 2014/1, 265 Rz 402, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁵ RPW 2014/1, 266 Rz 402 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁶ Vgl. dazu RPW 2014/1, 244 Rz 236 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁷ RPW 2014/1, 280 Rz 476, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁸ RPW 2014/1, 280 Rz 477, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁹ RPW 2014/1, 285 Dispositiv, *Swatch Group Lieferstopp*.

- d *Unterschreitet ein Kunde in einem Jahr die ihm zustehende Bezugsmenge, so bleibt er frei, in den Folgejahren die unter Ziffer 3 festgelegten Mengen zu beziehen. Dies gilt nicht für Kunden, welche in zwei aufeinanderfolgenden Jahren weniger als je 80% der ihnen zustehenden Menge beziehen. In einem solchen Fall ist ETA berechtigt, die Bezugsmenge des Kunden nach Ziffer 3 anteilmässig zu kürzen: Bestellt ein Kunde bspw. in zwei aufeinanderfolgenden Jahren je nur 50% der ihm zustehenden Mengen, darf ETA in den Folgejahren die dem Kunden nach Ziffer 3 dieser Regelung zustehenden Mengen um 50% kürzen.*
- e *Verzichtet ein Kunde freiwillig und dauerhaft auf die ihm zustehenden Bezugsmengen und teilt dies ETA schriftlich mit, ist ETA nach vorheriger Information an die Wettbewerbsbehörden von der Lieferpflicht nach Ziffer 3 befreit.*
- f *Jeder Kunde bleibt in der Wahl der Produkte innerhalb derselben bisher gelieferten Kaliberfamilie frei. ETA ist nicht berechtigt, Kunden in der Wahl der bestellten Produkte innerhalb derselben Kaliberfamilie einzuschränken. Sollte dies aus ausserordentlichen, produktionsbedingten Gründen nicht möglich sein, bietet ETA betroffenen Kunden eine alternative Lösung an.*
- g *Bestellt ein Kunde sowohl mechanische Uhrwerke als auch Assortiments bei Nivarox, dürfen die jeweiligen Bestellungen in keinerlei Hinsicht aneinander gekoppelt, d.h. in irgendeiner Hinsicht voneinander abhängig gemacht werden.*
- 3) *Dauer und Umfang der Lieferverpflichtung*
ETA liefert folgende Mengen an mechanischen Uhrwerken an ihre bisherigen Kunden:
 2014 und 2015: 75 % der Referenzmenge
 2016 und 2017: 65 % der Referenzmenge
 2018 und 2019: 55 % der Referenzmenge
Nach dem 31.12.2019 besteht keine Lieferverpflichtung mehr.
- 4) *Abweichende Vereinbarungen*
- a *Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA und den einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nicht zu Lasten des Kunden abweichen, es sei denn, ein Kunde wünscht eine abweichende Lösung oder stimmt einer solchen ausdrücklich zu. Diese Abweichungen sind durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu genehmigen.*
- b *Abweichende Vereinbarungen zugunsten von einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nur für unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörigen KMUs erfolgen, welche sich aufgrund der Lieferkürzungen in einer wirtschaftlich schwierigen Lage befinden. Solche Vereinbarungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis vorgelegt werden.*

Unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige KMU in diesem Sinne sind Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben.

(...)

7) *Wesentliche Veränderung der Marktverhältnisse*

Sollte ETA auf dem relevanten Markt nicht mehr marktbeherrschend sein, hat Swatch Group das Recht bei der WEKO die Abänderung der Ziffer 3 dieser Regelung begründet zu beantragen. Davon ist auszugehen, wenn beispielsweise:

- a *der Marktanteil von ETA unter 35% fällt,*
- b *alternative Anbieter mechanischer Uhrwerke in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Substitute zu den Produkten von ETA zu markt- und branchenüblichen Preisen anbieten,*
- c *sich neue Technologien oder Werkstoffe zu Standardtechnologien auf dem relevanten Markt entwickeln, vorausgesetzt, es sind alternative Anbieter solcher Produkte in genügendem Ausmass auf dem Markt tätig.*

(...)

34. Mit Genehmigung der evR durch die WEKO wurde die ursprüngliche Untersuchung abgeschlossen. Die Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 ist in Rechtskraft erwachsen. Die Reduktionsschritte wurden von ETA seither ohne grössere Vorkommnisse umgesetzt. Die Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 basierte auf den damals herrschenden Markt- und Wettbewerbsverhältnissen sowie den Ergebnissen der Marktbefragung. Angesichts des Umstandes, dass Swatch Group geltend macht, dass sich die Verhältnisse derart verändert hätten, dass die evR zu ergänzen bzw. abzuändern sei, gilt es im Folgenden zu prüfen, (i) ob sich die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich verändert haben und gegebenenfalls, (ii) ob die Interessensabwägung eine Abänderung der evR nahelegt.

B.3.4 Keine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse

B.3.4.1 Entwicklung in der Schweizer Uhrenindustrie

35. Nachdem die Schweizer Uhrenindustrie im Jahr 2012 einen Exportumsatz²⁰ von 21,4 Mrd. CHF und Wachstumsraten im zweistelligen Prozentbereich in den Jahren 2011 und 2012 (+ 19,4 % bzw. + 11,0 %) erreichte, konsolidierten sich die Uhrenexporte in den Jahren 2013 und 2014 (wertmässig + 2,0 % bzw. + 1,8 %). 2015 erlitt die schweizerische Uhrenindustrie erstmals seit 2009 ein rückläufiges Ergebnis. Die Uhrenexporte erreichten wertmässig einen Umfang von 21,5 Mrd. CHF, was einem Rückgang von 3,3 % im Ver-

²⁰ Export von mechanischen und elektronischen Uhren sowie Uhrwerken.

gleich zu 2014 entspricht. Auch der Exportumsatz mit mechanischen Uhren nahm wertmässig in den Jahren 2011 bis 2014 zu und wies 2015 eine erstmalige Abnahme von 2 % auf.²¹ Dieser Trend setzte sich auch in den ersten fünf Monaten des Jahres 2016 fort: Der Exportumsatz nahm im Vergleich zum Vorjahr um 9,5 % ab, der Exportumsatz mit mechanischen Uhren um 9,3 %.²²

36. Diese Entwicklung wirkt sich auf die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken aus,²³ dies spiegelt sich auch in den Ergebnissen der durchgeführten Marktbefragung wider. So nimmt die totale Bezugsmenge (Bezug bei ETA, Sellita und alternativen Bezugsquellen) der befragten Marktteilnehmer, welche mechanische Uhrwerke bei Dritten beziehen²⁴, von 2015 auf 2016 um [10–20] % ab.²⁵ Während im Jahr 2015 [40–50] % der totalen Bezugsmenge der befragten Teilnehmer auf ETA, [50–60] % auf Sellita und [0–10] % auf alternative Bezugsquellen entfielen, werden 2016 [40–50] % der totalen Bezugsmenge auf ETA, [50–60] % auf Sellita und [0–10] % auf alternative Bezugsquellen entfallen.²⁶ Die totale Bezugsmenge der befragten Marktteilnehmer bei ETA nimmt von 2015 auf 2016 um [...] %²⁷, bei Sellita um [...] % und bei alternativen Bezugsquellen um [...] % ab.

37. Ein Unternehmen führt hierzu aus, dass [...]. Auch weitere Unternehmen weisen auf die zurzeit schwierige Lage in der Uhrenindustrie hin. Der Markt sei für alle Uhrenhersteller sehr schwierig geworden und entsprechend sei auch der Verkauf von mechanischen Uhrwerken betroffen. Die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken sei aufgrund der Wirtschaftskrise in der Uhrenindustrie (Verlangsamung in China, geopolitischen Krisen, zyklische Lagerung und schwache weltweite Konjunktur) momentan anormal tief. Ein Marktteilnehmer führt an, dass, falls ETA über freie Mengen verfüge, dies nicht aufgrund von Markteintritten neuer Konkurrenten, sondern aufgrund der aktuellen ökonomischen/politischen Krise in der Branche der Fall sei und ETA folglich zuerst auch Abnehmer für diese Mengen finden müsse. Zwei Unternehmen weisen ebenfalls auf die überfüllten Lager bzw. die Überkapazität im Markt hin.

B.3.4.2 Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse im Schweizer Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke

38. Die WEKO stellte im Jahre 2013 fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke eine marktbeherrschende Stellung innehat. Die entsprechende Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 – und damit auch die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA – ist in Rechtskraft erwachsen.²⁸ Die nachfolgenden Ausführungen geben die Ergebnisse zu den Wettbewerbsverhältnissen der ursprünglichen Untersuchung in summarischer Form wieder und vergleichen diese – basierend auf der durchgeführten Befragung von Marktteilnehmern (vgl. oben, Rz 11) – mit den Wettbewerbsverhältnissen im Jahre 2015.

Vorbemerkungen

39. 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).

40. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen (Botschaft zum KG 2003, BBl 2002 2045). Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern.²⁹ Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits „klassische Marktbeherrschung“ vorliegt.

41. Um zu prüfen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, wurden der gängigen Praxis der WEKO gemäss vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt. Dabei ging die WEKO von der Absicht von Swatch Group aus, keine mechanische Uhrwerke (und Assortiments; vgl. hierzu oben, Rz 27 ff. und 31 f.) mehr an Drittkunden zu liefern.

42. In sachlicher Hinsicht grenzte die WEKO in ihrem Entscheid i.S. Swatch Group Lieferstopp einen Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen ab. Als räumlich relevanter Markt betrachtete die WEKO die Schweiz. An dieser Stelle sei auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 verwiesen.³⁰

²¹ 2011: + 20,9 %, 2012: + 16 %, 2013: + 4,5 %, 2014: + 3,5 %. Im Jahr 2015 entfielen 80 % des Exportumsatzes auf mechanische Uhren.

²² Vgl. „Die Lage der Uhrenindustrie 2015 – in der Schweiz und weltweit“, Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie FH, 2016, abrufbar unter <http://www.fhs.ch/file/59/Uhrenindustrie_2015.pdf> (24.10.2016); „Swiss watch exports. World, January-May 2016“, Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie FH, Juni 2016, abrufbar unter <http://www.fhs.ch/scripts/getstat.php?file=a_160105_a.pdf> (24.10.2016).

²³ Die Schweizer Uhrenindustrie exportiert rund 95 % ihrer Produktion. Vgl. NZZ vom 15.5.2014, abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/wirtschaft/schweizer-uhrenfirmen-gewinnen-marktanteile-1.18303849>> (24.10.2016).

²⁴ Neben Sellita, welche auch mechanische Uhrwerke bei ETA bezieht, beziehen [...] weitere der befragten Unternehmen mechanische Uhrwerke bei Dritten (d.h. von Lieferanten ausserhalb der eigenen Unternehmensgruppe). Davon beziehen [...] Unternehmen mechanische Uhrwerke bei ETA, [...] bei Sellita und [...] bei alternativen Anbieter.

²⁵ Während bei [...] Unternehmen die Bezugsmenge von 2015 auf 2016 um [...] % abnimmt, erhöht sich diese bei [...] Unternehmen um [...] %. Zwei Unternehmen machten hierzu keine Angaben. Bei den Bezugsmengen für das Jahr 2016 handelt es sich um Schätzungen der befragten Unternehmen.

²⁶ Hierbei zu berücksichtigen ist, dass Sellita mit [...] die grösste Abnehmerin mechanischer Uhrwerke von ETA ist. Vgl. auch RPW 2014/1, 218 Rz 19, *Swatch Group Lieferstopp*.

²⁷ Zu berücksichtigen ist, dass die Liefermengen von ETA von 2015 auf 2016 gemäss Ziffer 3) evR abnehmen (2015: 75 % der Referenzmenge, 2016: 65 % der Referenzmenge; vgl. oben, Rz 33). Das Ausmass, mit welchem die Bezugsmengen der befragten Unternehmen bei ETA basierend auf der evR abnehmen, ist nicht quantifizierbar, da manche Kunden die ihnen gemäss evR zustehenden Mengen nur teilweise ausgeschöpft haben und das Sekretariat keine Kenntnis dieser nicht ausgeschöpften Mengen einzelner Kunden hat.

²⁸ RPW 2014/1, 215, *Swatch Group Lieferstopp*.

²⁹ RPW 2005/1, 161 Rz 93, *CoopForte*.

³⁰ RPW 2014/1, 215 Rz 90 ff. und 115 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

43. Nach der Abgrenzung der relevanten Märkte prüfte die WEKO, ob Swatch Group eine marktbeherrschende Stellung u.a. auf diesem Markt einnimmt. Für diese Beurteilung analysierte die WEKO die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittschranken (potentieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite.³¹ Auch hierzu sei ergänzend auf die Ausführungen in der Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 verwiesen.³²

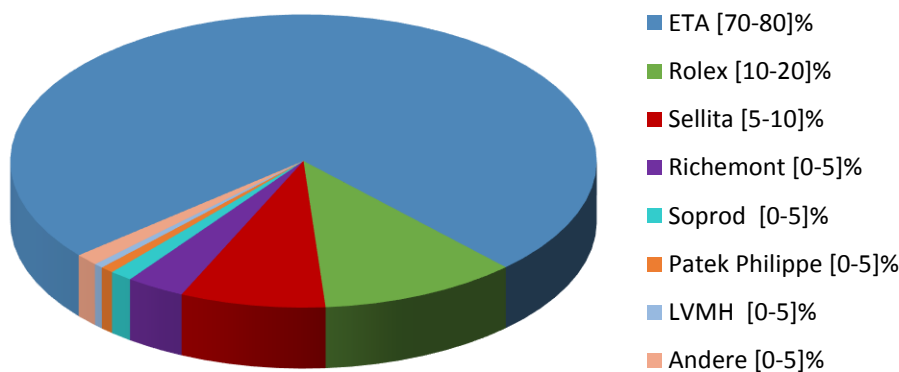
Aktueller Wettbewerb

44. Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen Herstellern mechanischer Uhrwerke, welche an Drittkunden liefern (z.B. ETA oder Sellita), und solchen, welche mechanische Uhrwerke ausschliesslich für den Eigengebrauch herstellen (z.B. die Rolex SA [nachfolgend: Rolex]). Eine Betrachtung der Gesamtheit der in der

Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke ergab für das Jahr 2010³³ die in nachfolgender Abbildung 1 dargestellten Produktionsanteile.

45. Der Abbildung 1 ist zu entnehmen, dass ETA im Jahr 2010 [70–80] % aller in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke produzierte. Neben ETA stellten im Jahr 2010 Rolex ([10–20] %) und Sellita ([5–10] %) grössere Mengen an mechanischen Uhrwerken her. Als weitere Herstellerinnen mechanischer Uhrwerke sind die Richemont-Gruppe³⁴ ([0–5] %), Soprod SA (nachfolgend: Soprod; [0–5] %)³⁵, Patek Philippe SA (nachfolgend: Patek Philippe; [0–5] %) und Louis Vuitton Moët Hennessy (nachfolgend: LVMH; [0–5] %)³⁶ zu nennen.

Abbildung 1: Anteile Gesamtproduktion mechanische Uhrwerke 2010.



Quelle: Erhebungen des Sekretariats im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung. RPW 2014/1, 215 Rz 161, *Swatch Group Lieferstopp*.

Hinweis: Die ausgewiesenen Produktionsanteile sind mengenbasierte Anteile.

46. Betrachtet man die Gesamtheit der in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke im Jahr 2015, ergeben sich die in nachfolgender Abbildung 2 dargestellten Produktionsanteile.

³¹ Vgl. RPW 2008/3, S. 395 106, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2006/4, 640 Rz 91, *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*; Urteil der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i.S. Unique (Flughafen Zürich AG), RPW 2004/3, 882 E. 4.4.

³² RPW 2014/1, 233 Rz 158 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

³³ Die ausgewiesenen Anteile basieren auf Zahlen des Jahres 2010, weil diese zum Zeitpunkt der Befragung durch das Sekretariat im Juli 2011 im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung von den Unternehmen angegeben werden konnten. RPW 2014/1, 234 Rz 164, *Swatch Group Lieferstopp*. Die Marktanteilsentwicklung in den Jahren 2011 bis 2013 – vor dem hier interessierenden Entscheid der WEKO vom 21.10.2013 i.S. *Swatch Group Lieferstopp* – wird basierend auf

der im Frühjahr 2016 durchgeführten Befragung (vgl. oben, Rz 11) in der Tabelle 1 dargestellt (vgl. unten, Rz 49 f.).

³⁴ Dazu gehören die Richemont International SA, Lange Uhren GmbH, Baume & Mercier, Manufacture Cartier Horlogerie (nachfolgend: Cartier), IWC Schaffhausen, Manufacture Jaeger-LeCoultre, Manufacture Horlogère Val Fleurier (nachfolgend: Valfleurier), Montblanc Meisterstück Meisterstück SA, Officine Panerai (nachfolgend: Panerai), Piaget, Vacheron Constantin, Manufacture Roger Dubuis.

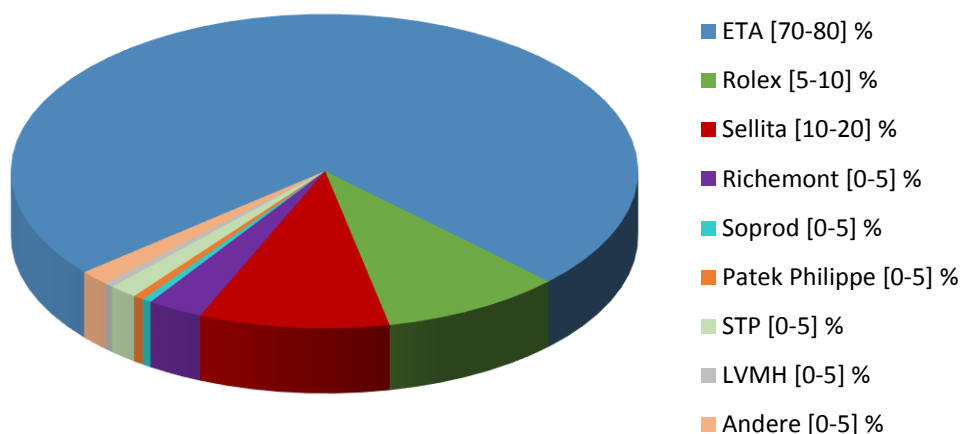
³⁵ Soprod gehört wie die Manufacture Horlogère Vallée du Joux S.A. (nachfolgend: MHVJ) zur Festina Gruppe (vgl. unten, Rz 69 f.).

³⁶ Dazu gehören u.a. TAG Heuer und Zenith. Vgl. <<https://www.lvmh.com/houses/>> (24.10.2016).

47. Der Abbildung 2 ist zu entnehmen, dass ETA im Jahr 2015 [70–80] % aller in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke produzierte. Auch im Jahr 2015 stellten Rolex ([5–10] %) und Sellita ([10–20] %) grössere Mengen an mechanischen Uhrwerken her (vgl. oben, Rz 45). Neben den bisher in der Herstellung me-

chanischer Uhrwerke tätigen Herstellerinnen wie der Richemont-Gruppe ([0–5] %), Soprod ([0–5] %), Patek Philippe ([0–5] %) und LVMH ([0–5] %) ist neu die Swiss Technology Production SA (nachfolgend: STP)³⁷ mit einem Produktionsanteil von [0–5] % zu nennen.

Abbildung 2: Anteile Gesamtproduktion mechanische Uhrwerke 2015.



Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Hinweis: Die ausgewiesenen Produktionsanteile sind mengenbasierte Anteile.

48. STP begann 2006 die Entwicklung des Basiswerkes STP1-11, welches nach Aussage von STP mit den Werken ETA 2824 und Sellita SW200³⁸ austauschbar ist. Die ersten Werke wurden 2008 ausgeliefert und die Produktion massiv gesteigert.³⁹ Basierend auf dem Basiswerk STP1-11 wurden 2015 und 2016 weitere Werkvarianten entwickelt und ausgeliefert. Weitere Werke befinden sich nach Angabe von STP in der Entwicklung und sind für 2017 geplant (vgl. hierzu auch unten, Rz 74).⁴⁰

49. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die Entwicklung der Produktionsanteile in den Jahren 2011 bis 2015. Dieser ist zu entnehmen, dass es in diesem Zeitraum bei Betrachtung der Gesamtheit der in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke nur zu leichten Anteilsveränderungen kam.

50. Vor dem Entscheid der WEKO betreffend die Lieferpolitik der Swatch Group bzw. ETA im Jahre 2013 [...] ETA 2011 ihren Produktionsanteil [...] auf [70–80] % (2010: [70–80] %, vgl. oben, Rz 45). Der Anteil von ETA [...] anschliessend 2012 bis 2013 [...] auf [70–80] %. Der Anteil von Sellita nahm bis 2013 um [...] Prozentpunkte auf [10–20] % zu (2010: [5–10] %). Während die Produktionsanteile der Richemont-Gruppe, Soprod, Patek Philippe und LVMH von 2010 bis 2013 [...] ([0–5] %, [0–5] %, [0–5] % bzw. [0–5] %), sank der Anteil von Rolex um [...] Prozentpunkte auf [5–10] % (2010: [10–20] %) und steigerte STP ihren Anteil auf [0–5] %.

³⁷ STP mit Sitz in Manno, Schweiz, ist ein Unternehmen der Fossil Group Inc., Richardson, TX, USA, und wurde 2006 gegründet. Vgl. auch <<http://www.swisstp.com/de/history>> (24.10.2016).

³⁸ Mechanische Uhrwerke, sogenannte Kaliber, unterscheiden sich nach Durchmesser sowie in technischer Hinsicht. Der Grossteil der in der Schweiz produzierten mechanischen Uhren, welche nicht mit von Uhrenherstellern selbst produzierten Uhrwerken bestückt sind, basiert auf sechs ETA-Uhrwerken (resp. vergleichbaren Substituten von Sellita oder Soprod), wovon das Kaliber ETA 2824 resp. Sellita SW200 eines ist. Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 95 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

³⁹ [...].

⁴⁰ Vgl. <<http://www.swisstp.com/de/history>> (24.10.2016).

Tabelle 1: Entwicklung Anteile Gesamtproduktion mechanische Uhrwerke 2011–2015.*

Unternehmen	2011	2012	2013	2014**	2015
ETA	[70–80] %	[70–80] %	[70–80] %	[70–80] %	[70–80] %
Rolex	[10–20] %	[10–20] %	[5–10] %	[5–10] %	[5–10] %
Sellita	[5–10] %	[5–10] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
Richemont-Gruppe	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %
Soprod	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %
Patek Philippe	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %
STP	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %
LVMH	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %
Andere	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %
	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Hinweise: * Die ausgewiesenen Produktionsanteile sind mengenbasierte Anteile. ** Ab dem Jahr 2014 wurden die Reduktionsschritte gemäss Ziffer 3) evR von ETA umgesetzt. RPW 2014/1, 285 Dispositiv, *Swatch Group Lieferstopp*.

51. Nach dem Entscheid der WEKO i.S. Swatch Group Lieferstopp im Jahre 2013 entstanden nur leichte Anteilsverschiebungen von [...] Prozentpunkten in der Gesamtproduktion mechanischer Uhrwerke. 2014 bis 2015 wies ETA [...] einen Produktionsanteil von [70–80] % auf. Der Anteil von Sellita [...] 2014 auf [10–20] % und [...] 2015 [...] auf [10–20] %. Die Anteile von Rolex, Patek Philippe und STP [...] ([5–10] %, [0–5] % bzw. [0–5] %). Soprod und die Richemont-Gruppe [...] [0–5] % bzw. [0–5] %, während LVMH [...] (von [0–5] % auf [0–5] %).

52. Diverse Uhrenhersteller produzieren nur für den Eigengebrauch, weshalb diese für die Marktgegenseite⁴¹ keine Alternativen darstellen und somit nicht in Konkurrenz zu ETA stehen. In der ursprünglichen Untersuchung wurde die Eigenproduktion für die Berechnung der Marktanteile praxisgemäss nicht berücksichtigt; die Marktanteilsberechnung wird vorliegend analog vorgenommen (vgl. unten, Rz 54 ff.). Die Produktion für den Eigengebrauch müsste nur dann bei der Marktanteilsberechnung berücksichtigt werden, wenn eine Erhöhung der Marktpreise dazu führen würde, dass die für eigene Bedürfnisse reservierten Produktionskapazitäten für die Produktion zugunsten Dritter verwendet würden oder Produktionskapazitäten für die Befriedigung des Bedarfs Dritter erhöht würden.⁴² Dies war – wie in der Verfügung vom 21. Oktober 2013 festgehalten – trotz steigender Preise von ETA nicht der Fall [...].⁴³ [...] Bei Betrachtung der Mengen, welche von Uhrwerksherstellern an Drittkunden geliefert werden, ergaben sich für das Jahr 2010⁴⁴ die in der Abbildung 3 dargestellten Marktanteile.

53. Der Abbildung 3 ist zu entnehmen, dass ETA im Jahr 2010 einen Marktanteil von [80–90] % aufwies. Sellita stellte mit einem Marktanteil von [10–20] % die einzige echte Alternative dar, welche ebenfalls Uhrwerke in industriellen Mengen produziert (vgl. auch unten, Rz 66 ff.). Soprod wies im Jahr 2010 einen [...] Marktanteil von [0–5] % auf (vgl. auch unten, Rz 69 f.). Die Kategorie „Andere“ umfasst Hersteller, welche relativ kleine

Stückzahlen (> 5'000 Stück) von haut-de-gamme Werken produzieren, welche kaum mit den industriell gefertigten Uhrwerken von ETA oder Sellita ausgetauscht werden können.⁴⁵

⁴¹ Marktgegenseite sind Abnehmer mechanischer Uhrwerke. Dazu gehören insbesondere Uhrenhersteller beziehungsweise Uhrenmarken, welche die Uhrwerke von ETA montieren und/oder modifizieren und dann in ihre Uhren einbauen sowie sog. Modifizierer, also Unternehmen, welche mechanische Uhrwerke zusätzlich veredeln und sie dann an Uhrenhersteller weiterverkaufen. RPW 2014/1, 224 Rz 92, *Swatch Group Lieferstopp*.

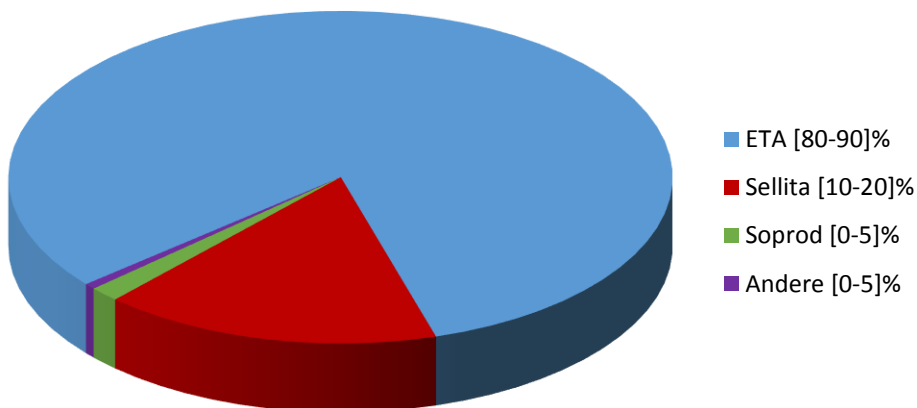
⁴² MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 296.

⁴³ RPW 2014/1, 234 Rz 163, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴⁴ Vgl. oben, Fn 33.

⁴⁵ Haut-de-gamme Werke haben in der Regel einen anderen Aufbau als industriell hergestellte Werke, sind mit besonderen Funktionen und höherwertigen Dekorationen ausgestattet und bewegen sich in einem höheren Preissegment. Im Entscheid i.S. Swatch Group Lieferstopp liess die WEKO die Frage, ob der Markt basierend auf dem Preissegment und dem Industrialisierungsgrad weiter in zwei Märkte (Herstellung von haut-de-gamme Werken und Herstellung von industriellen Basiskalibern) unterteilt werden muss, offen, da eine allfällige engere Marktabgrenzung am Ergebnis nichts zu verändern vermochte. RPW 2014/1, 226 Rz 98 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

Abbildung 3: Marktanteile im Markt für mechanische Uhrwerke 2010.



Quelle: Erhebungen des Sekretariats im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung. RPW 2014/1, 215 Rz 163, *Swatch Group Lieferstopp*.

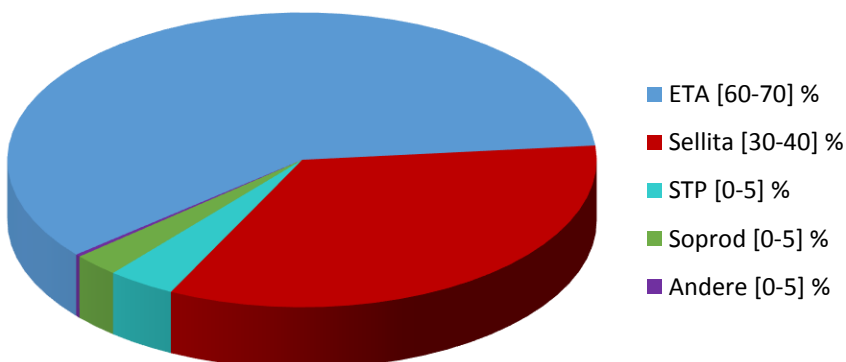
Hinweis: Die ausgewiesenen Marktanteile sind mengenbasierte Marktanteile.

54. Für das Jahr 2015 ergeben sich die in der Abbildung 4 dargestellten Marktanteile im Markt für mechanische Uhrwerke.

55. Die Abbildung 4 zeigt, dass ETA im Jahr 2015 noch [60–70] % aller an Drittkunden verkaufter mechanischer

Uhrwerke herstellte. Sellita als zweitgrösster Marktteilnehmer weist 2015 einen Marktanteil von [30–40] %. STP (vgl. hierzu oben, Rz 48) und Soprod weisen einen Marktanteil von [0–5] % bzw. [0–5] % auf.

Abbildung 4: Marktanteile im Markt für mechanische Uhrwerke 2015.



Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Hinweis: Die ausgewiesenen Marktanteile sind mengenbasierte Marktanteile.

56. Die nachfolgende Tabelle 2 zeigt die Marktanteilsentwicklung im Markt für mechanische Uhrwerke in den Jahren 2011 bis 2015.

Tabelle 2: Marktanteilsentwicklung im Markt für mechanische Uhrwerke 2011–2015.*

Unternehmen	2011	2012	2013	2014**	2015
ETA	[70–80] %	[70–80] %	[60–70] %	[50–60] %	[60–70] %
Sellita	[20–30] %	[20–30] %	[30–40] %	[30–40] %	[30–40] %
Soprod	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %
STP	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %
Andere	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %
	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Hinweise: * Die ausgewiesenen Marktanteile sind mengenbasierte Marktanteile. Die Marktanteile von ETA basieren auf den in den jeweiligen Jahren effektiv an Dritte gelieferten Mengen mechanischer Uhrwerke, d.h. diese beinhalten auch Lieferungen von Rückständen aus dem jeweiligen Vorjahr. ** Ab dem Jahr 2014 wurden die Reduktionsschritte gemäss Ziffer 3) evR von ETA umgesetzt. RPW 2014/1, 285 Dispositiv, Swatch Group Lieferstopp.

57. Bereits vor dem Entscheid der WEKO i.S. Swatch Group Lieferstopp im Jahre 2013 sank der Marktanteil von ETA über die Periode 2010 bis 2013 auf [60–70] % (2010: [80–90] %, vgl. oben, Rz 53). Sellita erhöhte in diesem Zeitraum ihren Marktanteil massiv auf [30–40] % (2010: [10–20] %). Während der Marktanteil von Soprod [...] 2013 [...] [0–5] % betrug (2010: [0–5] %), erreichte STP bis 2013 einen Marktanteil von [0–5] %.

58. Nach dem Entscheid der WEKO i.S. Swatch Group Lieferstopp sank der Marktanteil von ETA 2014 um weitere [...] Prozentpunkte auf [50–60] % und stieg im nachfolgenden Jahr wieder auf [60–70] % an. [...] Sellita ihren Marktanteil im Jahr 2014 auf [30–40] %, [...] 2015 [...] auf [30–40] %. Soprod und STP [...] in diesem Zeitraum auf [0–5] % bzw. [0–5] %.

59. Der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle auch auf die Veränderung des Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI) eingegangen werden, welcher in der Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 herangezogen wurde, um die Konzentration im Markt für mechanische Uhrwerke zu illustrieren.⁴⁶ Basierend auf den für das Jahr 2010 ausgewiesenen Marktanteilen (vgl. oben, Rz 52 f.)⁴⁷ ergab sich im Jahr 2010 ein HHI von ungefähr 5'900. Dies zeigt den damaligen äusserst hohen Konzentrationsgrad. Die Tabelle 3 gibt die Entwicklung des HHI – basierend auf den oben aufgeführten Marktanteilen (vgl. oben, Rz 54 ff.) – im Markt für mechanische Uhrwerke im Zeitraum 2011 bis 2015 wieder. Es zeigt sich, dass die Konzentration im Markt von 2010 auf 2011 steigt und von 2011 bis 2015 abnimmt, jedoch 2015 mit einem HHI von 4'700 immer noch äusserst hoch ist.

Tabelle 3: Entwicklung des HHI im Markt für mechanische Uhrwerke 2011–2015.

	2011	2012	2013	2014	2015
HHI	6300	5700	5200	4600	4700

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

60. Als erstes Fazit lässt sich somit festhalten, dass sich der aktuelle Wettbewerb von 2010 bis 2015 insofern geändert hat, als dass ETA an Marktanteilen verloren hat und Sellita als zweitgrösste Marktteilnehmerin und damals einzige echte Alternative zu ETA ihren Marktanteil merklich erhöhen konnte. Soprod konnte ihre Marktanteile seit 2010 [...] und mit STP ist einzig ein neuer Teilnehmer im Markt aktiv. Die Konzentration im Markt ist immer noch äusserst hoch.

⁴⁶ Der HHI ist ein Mass für den Konzentrationsgrad eines Marktes und berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher Unternehmen im Markt. Der HHI variiert zwischen 0 (fragmentierter Markt) und 10'000 (Monopol). Der HHI wird primär im Bereich der Zusammenschlusskontrolle verwendet. Gemäss der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) stellen sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1'000 liegt. Liegt der HHI hingegen zwischen 1'000 und 2'000 und der Delta-Wert über 250 oder ist der HHI höher als 2'000 und der Delta-Wert grösser als 150 müssen zusätzliche Kriterien (z.B. betreffend potentielle Konkurrenz und Abwesenheit von Anhaltspunkten für kollektive Marktbherrschaft) erfüllt sein, damit die EU-Kommission den Zusammenschluss grundsätzlich nicht eingehend prüft. Vgl. RPW 2014/1, 235 Rz 170 f., *Swatch Group Lieferstopp*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 C 31/5, Rz 19 f.

⁴⁷ Vgl. auch RPW 2014/1, 234 Rz 163 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

Potentieller Wettbewerb

61. Da der aktuelle Wettbewerb keine ausreichend disziplinierende Wirkung auf ETA zu entfalten vermochte, wurde in der ursprünglichen Untersuchung auch der Einfluss des potentiellen Wettbewerbs geprüft.

62. Der potentiellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.⁴⁸ Bei der Beurteilung der potentiellen Konkurrenz spielen die Marktzutrittsschranken eine entscheidende Rolle.⁴⁹ Diese sind letztlich entscheidend, ob es zu Marktzutritten kommt oder nicht.

63. Im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung wurden mögliche Marktzutrittsschranken wie Know-How, Kostenvorteile, Investitionsbedarf und Gewinnaussichten, Beschaffung von Produktionsinputs, Reputation und Switching Costs betrachtet. Hierzu sei in erster Linie auf die Ausführungen in der Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 verwiesen.⁵⁰ Zusammenfassend wurde festgehalten, dass die Markteintrittsbarrieren als hoch, mittel- bis längerfristig jedoch als nicht unüberwindbar einzustufen sind, die industrielle Produktion mechanischer Uhrwerke sehr viel Fachwissen und sehr hohe Investitionen erfordert, gleichzeitig die zukünftigen Profite eines Markteintritts mit diversen Unsicherheiten behaftet sind und höchstens langfristig anfallen.⁵¹

64. Zudem wurde eine Analyse vergangener und damals aktueller Expansionsprojekte durchgeführt, wobei einerseits die Markteintritte der letzten Jahre und andererseits Projekte von Uhrenherstellern, welche damit begonnen hatten, Uhrwerke für den Eigengebrauch herzustellen, herangezogen wurden.⁵² Die Analyse zeigte auf, dass allfällige Markteintritte einen Zeithorizont von mindestens 7–10 Jahren bräuchten, bis sie konkurrenzfähige Produkte zu ETA-Uhrwerken anbieten könnten. Kurz- bis mittelfristig werde es keine neuen Anbieter auf dem Markt geben, die in Punkto Menge, Qualität und Preis mit ETA werden konkurrieren können. Zusammenfassend wurde festgehalten, dass potentielle Konkurrenz in Form von Expansionsabsichten von bestehenden Anbietern bis zu einem gewissen Grad vorhanden ist und verschiedene Uhrenhersteller die Eigenproduktion forcieren, dies jedoch in den nächsten Jahren nicht ausreicht, um ETA disziplinieren zu können.⁵³

65. Nachfolgende Ausführungen geben einen Überblick einerseits über den Stand der damals analysierten Expansionsprojekte sowie andererseits über neue geplante Expansionsprojekte.

66. *Sellita*, welche mechanische Uhrwerke anbietet, die mit denjenigen von ETA weitgehend identisch sind (sog. Generika-Werke), beabsichtigte damals, ihre Produktionsmenge zu erhöhen und deshalb bis [...] zu investieren.⁵⁴ *Sellita* produzierte und verkaufte 2015 [...] mechanische Uhrwerke und gelang es somit seit 2010, ihre

Produktion [...]. Seit 2013 beliefert *Sellita* [...] neue Kunden. *Sellita* [...] *Sellita* gibt an [...].

67. Zu beachten ist jedoch, dass *Sellita* als einzige grössere Konkurrentin von ETA weiterhin über tiefere Produktionskapazitäten als ETA verfügt, nur einen Teil der Produktauswahl von ETA anbietet, weniger Produktionsschritte intern, d.h. unabhängig von Zulieferern, tätig und beim Assortiment, dem Kernstück eines Uhrwerkes⁵⁵, noch auf die Produkte von Swatch Group bzw. Nivarox (vgl. oben, Rz 27 ff und 31 f.), angewiesen ist, was die disziplinierende Wirkung von *Sellita* weiterhin einschränken dürfte.⁵⁶

68. *Sellita* machte in der ursprünglichen Untersuchung geltend, dass sie trotz Bemühungen erst wenige Kaliber in ungenügender Zahl herstelle und deshalb beträchtliche Mengen an Uhrwerken von ETA kaufe, um ihre Kunden zu bedienen. Nur mit ausreichendem Umsatz seien die finanziellen Mittel für den Aufbau einer alternativen Bezugsquelle zu erarbeiten.⁵⁷ *Sellita* bezieht weiterhin mechanische Uhrwerke bei ETA im Umfang von ca. [...] Stück (vgl. hierzu auch oben, Fn 26 sowie Rz 6). Dies mit der Begründung, dass sie momentan nicht genügend Assortiments produzieren könne, um die eigene Uhrwerksproduktion zu erhöhen.

69. *Soprod*, welche zur Festina-Gruppe gehört und bereits 2010 ein industriell hergestelltes mechanisches Uhrwerk (Kaliber A10)⁵⁸ anbot, plante die Produktion von Uhrwerken bis ins Jahr 2015 auf ungefähr 300'000 Stück pro Jahr auszuweiten und mehrere Variationen des Kalibers anzubieten.⁵⁹ Im April 2014 kommunizierte die Festina-Gruppe, dass sie zu einem wichtigen Akteur im Geschäft mit Uhrwerken werden möchte und die Gruppe im Jahr 2013 170'000 mechanische Werke hergestellt und ein Potential von 400'000 Uhrwerken habe. *Soprod* sei verantwortlich für die Basiswerke, MHVJ für das obere Spektrum⁶⁰, und die neu gegründete (aus

⁴⁸ Vgl. RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2010/1, 119 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2008/1, 228 Rz 57, *TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schnellen Bitstromzugang*; RPW 2007/2, 262 Rz 145, *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2007/2, 214 Rz 169, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁴⁹ RPW 2008/4, 636 ff. Rz 311 ff., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 175 ff. Rz 381 ff., *Migros/Denner*.

⁵⁰ RPW 2014/1, 236 Rz 176 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵¹ RPW 2014/1, 238 Rz 195, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵² RPW 2014/1, 238 Rz 196 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵³ RPW 2014/1, 241 Rz 209 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁴ RPW 2014/1, 238 Rz 197 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁵ Vgl. für eine Übersicht zu den Assortiments RPW 2014/1, 228 Rz 121 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁶ Vgl. hierzu RPW 2014/1, 235 Rz 166 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁷ RPW 2014/1, 239 Rz 199, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁸ Das Kaliber A10 ist ein technisch gutes Substitut für das Kaliber 2892-A2 von ETA resp. SW 300 von *Sellita* (vgl. oben, Fn 38). Dieses Alternativwerk war zum Zeitpunkt der Verfügung der WEKO vom 21.10.2013 ungefähr doppelt so teuer wie die vergleichbaren Produkte von *Sellita* oder ETA und war zu diesem Zeitpunkt noch nicht lange auf dem Markt, weshalb bei potentiellen Kunden teilweise eine gewisse Unsicherheit betreffend Zuverlässigkeit des Werks bestand. RPW 2014/1, 235 Rz 168, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁹ RPW 2014/1, 235 Rz 168, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁶⁰ Vgl. hierzu auch RPW 2014/1, 239 Rz 201, *Swatch Group Lieferstopp*.

MHVJ ausgegliederte) MSE stelle die Spiralen und Hemmungen her.⁶¹

70. Gemäss der durchgeführten Befragung produzierte Soprod 2015 [...] mechanische Uhrwerke, wovon [...] an Dritte verkauft wurden, womit die projektierte Produktionserhöhung [...]. So [...] der Marktanteil von Soprod [...] und betrug im Jahr 2015 [0–5] % (vgl. oben, Rz 57 f.). MHVJ [...]. Soprod und MHVJ haben zur Zeit keine Pläne zum Ausbau der eigenen Produktion mechanischer Uhrwerke. Die disziplinierende Kraft des Konkurrenten Soprod bzw. der Festina-Gruppe ist vor diesem Hintergrund weiterhin als stark eingeschränkt zu beurteilen.

71. Weiter verfolgte damals die *Accurat Swiss SA* (nachfolgend: *Accurat*) ein Projekt für den Aufbau einer grösseren Uhrwerksproduktion für Drittkunden. *Accurat* hat 2008 begonnen, ein eigenes Werk zu konstruieren, welches sich am Werk 2824 von ETA orientiert. Die Planung sah eine Produktion von [...] Werken im Jahr 2015 vor. Die Erfolgswahrscheinlichkeit und die konkrete Ausgestaltung des Projekts waren zum Zeitpunkt der Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 noch unsicher, da sich dieses noch in der Planungsphase befand.⁶² Gemäss Befragung wurden in den Jahren 2011 bis 2013 [...] sowie 2014 und 2015 [...] mechanische Uhrwerke hergestellt, jedoch keine an Dritte verkauft. [...] Ausbaupläne bestehen dahingehend, dass [...].⁶³

72. Auch Anbieter von haut-de-gamme Uhrwerken planten teilweise einen Ausbau ihrer Produktion und Produktpalette, so bspw. die *Vaucher Manufacture Fleurier S.A.* (nachfolgend: *Vaucher*), *MHVJ* (vgl. oben, Rz 69 f.), *Sowind SA* (nachfolgend: *Sowind*) oder [...].⁶⁴ *Vaucher* plante [...]. *Sowind* [...] [...] In der durchgeführten Befragung gaben *Vaucher*, *Sowind* und [...] an, keine weiteren Ausbaupläne zu haben. Es handelt sich hierbei um relativ bescheidene Mengen, welche die Marktverhältnisse nicht wesentlich beeinflussen.

73. Neben diesen bereits 2013 bekannten Anbietern von mechanischen Uhrwerken haben seither weitere Unternehmen eine Produktion mechanischer Uhrwerke für Drittkunden aufgebaut.

74. Zu nennen ist hierbei *STP* (vgl. oben, Rz 48). *STP* verfügt 2015 über einen Marktanteil von [0–5] % und plant die Produktion mechanischer Werke auszubauen und [...] mechanische Uhrwerke herzustellen und an Dritte zu verkaufen ([...]). *STP* merkte hierzu an, dass sie sich überlegen, ihre weiteren Investitionen aufgrund der (auch wegen der Anfrage durch das Sekretariat) entstehenden Rechtsunsicherheit zurückzustellen (vgl. unten, Rz 123).

75. Weiter zu nennen ist die *Ronda AG* (nachfolgend: *Ronda*)⁶⁵, eine Herstellerin von Quarzuhren mit Sitz in Lausen, Schweiz, welche nun nach 30 Jahren wieder in die Herstellung mechanischer Uhrwerke einsteigt. Das neue Uhrwerk *Ronda R150*, welches mit dem Kaliber *ETA 2824* bzw. *Sellita SW200* austauschbar ist, soll ab Ende 2016 auf den Markt kommen und in industriellen Mengen hergestellt werden. Das Uhrwerk soll nach Aussage von *Ronda* die gleiche Qualität erreichen wie diejenige von *ETA* oder *Sellita* und mit einem Verkaufspreis von CHF 60 nicht teurer sein als die vergleichbaren

Uhrwerke von *ETA* oder *Sellita*. *Ronda* hat für die Konstruktion und den Aufbau der industriellen Infrastruktur bisher rund [...] benötigt und rund CHF [...] investiert. *Ronda* plant [...] mechanische Uhrwerke zu produzieren und an Dritte zu verkaufen. Bis das Ziel, mehrere 100'000 Stück pro Jahr zu produzieren, erreicht sei, daure es nach Aussage von *Ronda* noch mehrere Jahre. Um mit *ETA* in Bezug auf die Produktvielfalt mitzuhalten, brauche es sicher mehr als [...]. Für den Ausbau der Kapazitäten und der Palette seien in den kommenden Jahren [...] nötig (vgl. auch unten, Rz 123).⁶⁶

76. Ebenfalls Ausbaupläne hat die *Technotime SA* (nachfolgend: *Technotime*). So wird [...].

77. Eine Reihe von Uhrenherstellern hatte bereits 2013, zum Zeitpunkt der Verfügung der WEKO, in den Aufbau eigener Uhrwerke investiert, wobei kein Verkauf an Dritte geplant war. Dazu gehörten u.a. die *Richemont-Gruppe*, *LVMH*, die *Breitling SA* (nachfolgend: *Breitling*), die *Carl F. Bucherer AG* (nachfolgend: *Bucherer*), die *Chopard & Cie S.A.* (nachfolgend: *Chopard*) und die *Eterna SA*.⁶⁷

78. Die *Richemont-Gruppe* plante mehr als 100 Mio. CHF in die zur Gruppe gehörende Uhrwerk- und Komponentenherstellerin *Valflourier* zu investieren. Zudem investierten einzelne Gruppengesellschaften wie bspw. *Vacheron Constantin*, *Cartier*, *Piaget* oder *Panerai* in den Ausbau der eigenen Kapazitäten. [...] Gemäss Befragung produzierte *Richemont* 2015 [...].

79. Auch die zu *LVMH* gehörende Marke *Zenith* [...] *Zenith* produzierte gemäss Befragung [...] mechanische Uhrwerke. Die ebenfalls zur *LVMH* gehörende *TAG Heuer* kündigte damals an, die Kapazitäten ab 2013 auf 100'000 Stück pro Jahr zu verdoppeln.⁶⁹ *TAG Heuer* produzierte gemäss Befragung [...] mechanische Uhrwerke.

80. *Breitling*, welche 2011 etwa 40'000 eigene Uhrwerke produzierte und einen Ausbau auf 50'000 Stück pro Jahr anstrebte, produzierte [...].⁷⁰

81. *Bucherer* begann bereits 2005 mit der Entwicklung eines eigenen Uhrwerks, der Produktionsaufbau war zum Zeitpunkt der Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 noch nicht abgeschlossen. *Bucherer* [...] und produzierte gemäss Befragung [...]. *Bucherer* wandte damals jedoch ein, dass die von *ETA* bezogenen Werke nicht mit eigenen Werken ersetzt werden könnten. 2015 bezog *Bucherer* [...].⁷¹

⁶¹ Vgl. NZZ vom 2.4.2014, abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/wirtschaft/bereit-fuer-die-uhrwerk-offensive-1.18275911>> (24.10.2016).

⁶² RPW 2014/1, 239 Rz 202, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁶³ Vgl. <<http://horage accuratswiss.com/>> (24.10.2016).

⁶⁴ RPW 2014/1, 239 Rz 202, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁶⁵ Vgl. <<http://www.ronda.ch/ronda/>> (24.10.2016).

⁶⁶ Vgl. NZZ vom 18.3.2016, abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/wirtschaft/unternehmen/ronda-neu-mit-mechanischen-uhrenwerken-konkurrenz-fuer-die-swatch-group-ld.8523>> (24.10.2016).

⁶⁷ RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁶⁸ RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁶⁹ RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁷⁰ RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁷¹ RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

82. *Chopard*, welche damals plante ihre Eigenproduktion von einigen tausend Stück bis 2015 auf 15'000–20'000 mechanische Uhrwerke pro Jahr zu erhöhen, [...].⁷²

83. Neben den oben aufgeführten Projekten zum Aufbau eigener Uhrwerksproduktionen, planten weitere kleinere und mittelgrosse Uhrenmarken den Auf- bzw. Ausbau einer solchen Produktion.⁷³ [...] planten eine starke Erhöhung ihrer Produktionskapazitäten. [...] Gemäss Befragung produziert [...]. [...] plante bis 2015 einige Tausend eigene Uhrwerke herzustellen. In der durchgeführten Befragung gab [...]. [...] plante bis 2018 eine eigene Uhrwerksproduktion [...]. Dieses Projekt stand damals noch in der Anfangsphase. In der nun durchgeführten Befragung gibt [...].

84. Die durchgeführte Marktbefragung zeigte verschiedene weitere Projekte zum Aufbau einer eigenen Uhrwerksproduktion. Die *Titoni AG* [...]. [...].

85. Obenstehende Ausführungen zeigen auf, dass seit dem Entscheid der WEKO im Oktober 2013 i.S. Swatch Group Lieferstopp einzig eine, damals bereits aktive Konkurrentin von ETA, nämlich Sellita, ihre Kapazitäten merklich erhöhen konnte. Einzig ein neues, damals noch nicht bekanntes Projekt, dasjenige von STP, wurde erfolgreich umgesetzt. Dieses kann jedoch in Punkto Menge, Qualität und Preis mit ETA (noch) nicht konkurrieren. Gleiches gilt für die im heutigen Zeitpunkt bekannten Aufbauprojekte wie dasjenige von Ronda. Verschiedene Abnehmer von ETA haben in den vergangenen Jahren ihren Eigenversorgungsgrad wie geplant erhöht und diesbezügliche Pläne bestehen auch momentan. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich die Kapazitäten im Markt erhöht haben und die Nachfrage, welche ETA nicht mehr bedienen will, somit teilweise aufgefangen wurde bzw. abgenommen hat. Zu ergänzen ist, dass alternative Anbieter und auch etliche Eigenversorger nach wie vor auf Assortiments (von Nivarox) angewiesen sind, da sie selber keine produzieren.

Marktbefragung

86. In der vom Sekretariat durchgeführten Marktbefragung (vgl. oben, Rz 11) wurden die Unternehmen u.a. nach (i) der Entwicklung des Angebots alternativer Bezugsquellen (neben ETA und Sellita), (ii) der Entwicklung der Wettbewerbsintensität auf dem Schweizer

Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke und (ii) ihren Erwartungen betreffend Markteintritten befragt. Nachfolgende Ausführungen geben die Ergebnisse der Marktbefragung wieder.

87. Das Sekretariat fragte die Unternehmen, welche mechanische Uhrwerke von Dritten beziehen⁷⁴, u.a., wie sich das *Angebot alternativer Quellen* (neben ETA und Sellita), die mechanische Uhrwerke in vergleichbarer Qualität und in ausreichender Menge anbieten, seit 2013 entwickelt hat.

88. Gemäss der Mehrheit der befragten Unternehmen bestehen zur Zeit neben Sellita und ETA keine weiteren Anbieter, die in Bezug auf Qualität, Preis und Sortiment vergleichbar sind. [...] Mit Ausnahme des von Ronda angekündigten Preises von CHF 60 seien die Preise alternativer Anbieter viel höher als diejenigen von Sellita und ETA und die Qualität der getesteten Kaliber niedriger. Ein Unternehmen merkt an, dass es trotz Prüfung alternativer Quellen wie bspw. Soprod oder Fossil für sie keine alternative Bezugsquelle, insbesondere für das automatische Damenkaliber, gebe. Ein weiteres Unternehmen führt an, dass für sie der Kauf von ETA-Uhrwerken über Wiederverkäufer die einzige Alternative darstelle. Zwei Marktteilnehmer halten fest, dass das Angebot konstant verblieben sei. Laut einem weiteren Unternehmen [...].

89. Gefragt, ob die *Wettbewerbsintensität auf dem Schweizer Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke* im Vergleich zu 2013 zugenommen oder abgenommen habe oder ob diese vergleichbar sei, antworteten die 44 Unternehmen, welche den Fragebogen des Sekretariats beantworteten, wie in folgender Tabelle 4 dargestellt.

90. Diejenigen Unternehmen, welche eine erhöhte Wettbewerbsintensität wahrnehmen, begründen dies mit der Zunahme an Marktakteuren bzw. der Erhöhung der Produktionskapazitäten. Ein Marktteilnehmer merkt an, dass der Konkurrenzkampf nur leicht zugenommen habe, da die einzig nennenswerte Konkurrentin von ETA immer noch Sellita sei, die Situation habe sich vor allem aufgrund der schwächeren Märkte entspannt. Ein weiterer Marktteilnehmer führt aus, dass die Wettbewerbsintensität vor allem im Bereich haut-de-gamme zugenommen habe, das Einstiegssegment werde erst ab dem Jahr 2017 davon berührt sein.

Tabelle 4: Beurteilung der heutigen Wettbewerbsintensität im Vergleich zu 2013.

Wettbewerbsintensität im Vergleich zu 2013	Anz. Unternehmen
Zugenommen	20
Vergleichbar	14 ⁷⁵
Abgenommen	3
Keine Antwort	7 ⁷⁶

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

⁷² RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁷³ RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁷⁴ Vgl. oben, Fn 24.

91. Unternehmen, welche die heutige Wettbewerbsintensität auf dem Schweizer Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke als vergleichbar mit derjenigen 2013 beurteilen, begründen ihre Einschätzung wie folgt: Ein Unternehmen führt aus, dass die Konzentration der Produktion mechanischer Uhrwerke der letzten 40 Jahre bei einem Anbieter nicht in wenigen Jahren rückgängig zu machen sei, da die Qualität von mechanischen Uhrwerken nur über viele Jahre optimiert werden könne und Anbieter von Fertiguhren im Mittelpreissegment auf preisgünstige Uhrwerke angewiesen seien. Gemäss einem Marktteilnehmer würden zwar Projekte präsentiert, die Markteinführung werde jedoch nicht lanciert, da es im aktuellen Marktumfeld unmöglich sei, Investoren zu finden. [...]. Weiter ist ein Unternehmen der Meinung, dass in den letzten Jahren kein neuer Produzent mechanischer Uhrwerke aktiv geworden sei.

92. Sieben der insgesamt 44 Unternehmen, welche den Fragebogen des Sekretariats beantwortet haben, erwarten in den nächsten Jahren keine (weiteren) *Markteintritte im Bereich der mechanischen Uhrwerke*.⁷⁷ Zwei von diesen Unternehmen begründen dies mit dem herrschenden Marktumfeld. Ein Unternehmen präzisiert, dass es insbesondere keine weiteren Markteintritte mit einem so grossen Angebot wie ETA oder Sellita bzw. mit einem solchen Qualitäts-Preis-Verhältnis erwarte. Ein Marktteilnehmer führt an, dass er keine Markteintritte im Einstiegssegment erwarte, da die Investitionen zu hoch wären, jedoch in höheren Segmenten. Ein Unternehmen erwähnt in diesem Zusammenhang China.

93. Zwei Unternehmen gehen von weiteren Markteintritten aus ohne konkrete Namen zu nennen, wovon ein Unternehmen jedoch glaubt, dass diese mittelfristig vermutlich nicht überleben werden. 23 Unternehmen nennen Ronda als Markteintreter.⁷⁸ Vier Marktteilnehmer erwarten dadurch eine Belebung des Marktes bzw. eine Verstärkung des Wettbewerbs zwischen den aktuellen Konkurrenten (ETA, Sellita und Soprod). [...]. Zwei Marktteilnehmer erwähnen den von Ronda angekündigten Preis von CHF 60, welcher identisch mit demjenigen von ETA oder Sellita sei, und erwarten dadurch einen Preisdruck für Anbieter wie Soprod bzw. sind der Mei-

nung, dass sich dadurch keine weiteren Anbieter auf dem Markt positionieren werden können. Ein Unternehmen führt aus, dass der Markt nicht in der Lage sein werde, zusätzliche Mengen zu absorbieren und ein Unternehmen erwartet durch diesen Eintritt keinen Effekt auf dem Markt. Neben Ronda werden weitere Namen von Markteintretern genannt, wie Sellita, Technotime, Horage, ISA swiss, Eterna oder Soprod.

B.3.4.3 Einschätzung der Marktteilnehmer

94. Das Sekretariat fragte die Marktteilnehmer in der durchgeführten Befragung (vgl. oben, Rz 11) auch, (i) welche Auswirkungen es auf ihr Unternehmen und (ii) welche Auswirkungen es auf die Wettbewerbsintensität auf dem Schweizer Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke hätte, wenn ETA über die von Kunden nicht beanspruchte jährliche Restmenge mechanischer Uhrwerke frei verfügen dürfte. Nachfolgende Ausführungen geben der Vollständigkeit halber auch die Antworten zu diesen Fragen zusammenfassend wieder (vgl. hierzu auch unten, Rz 122 ff.).

95. Die Antworten der 44 Unternehmen, welche den Fragebogen des Sekretariats beantworteten, auf die Frage, welche *Auswirkungen es auf ihr Unternehmen* hätte, wenn ETA über die von Kunden nicht beanspruchte jährliche Restmenge mechanischer Uhrwerke frei verfügen dürfte, sind in folgender Tabelle 5 in Übersicht dargestellt.

96. Insgesamt bewerteten 13 Unternehmen die Auswirkungen auf ihr Unternehmen als positiv. Dies mit der Begründung, dass dies eine Möglichkeit sei, (mehr) Uhrwerke von ETA zu kaufen oder die Abhängigkeit von Sellita zu reduzieren und günstiger einzukaufen (d.h. Uhrwerke von ETA direkt bei ETA zu beziehen), dass jeder seine eigenen mechanischen Uhrwerke produzieren könne und müsse und dass dies ein Vorteil für die Uhrenindustrie wäre, weil Marken zurzeit gebremst würden, da diese zu wenig Uhrwerke erhalten würden oder zu viel dafür bezahlen müssten. Fünf von diesen 13 Unternehmen stellen keine (eigenen) mechanischen Uhrwerke her, acht produzieren zwar eigene mechanische Uhrwerke, [...].

Tabelle 5: Beurteilung der Auswirkungen auf Unternehmen.

Auswirkungen auf Unternehmen	Anz. Unternehmen
Positiv	13 ⁷⁹
Neutral	19
Negativ	6
Keine Antwort	6 ⁸⁰

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

97. Als neutral bezeichneten 19 Unternehmen die Auswirkungen auf ihr Unternehmen. Diese begründeten ihre Einschätzung damit, dass sie ihre eigenständige Produktion von mechanischen Uhrwerken hätten, sie nicht bei ETA beziehen würden, sie die Lieferungen durch ETA mittels Eigenproduktion und Bezug bei Alternativen reduzieren würden oder die von ETA ausgelieferten Mengen/Quoten ausreichen würden.

⁷⁵ Fünf der Unternehmen, welche die heutige Wettbewerbsintensität als vergleichbar zu derjenigen im Jahr 2013 wahrnehmen, gehören der [gleichen] Gruppe an.

⁷⁶ Fünf der Unternehmen, welche zu dieser Frage keine Angaben gemacht haben, gehören zur [gleichen] Gruppe.

⁷⁷ Sieben Unternehmen haben diese Frage nicht beantwortet.

⁷⁸ Elf dieser Marktteilnehmer gehören der [gleichen] Gruppe an.

⁷⁹ Sechs Marktteilnehmer, welche die Auswirkungen auf ihr Unternehmen als positiv beurteilen, gehören zur [gleichen] Gruppe.

⁸⁰ Fünf Marktteilnehmer, welche zu dieser Frage keine Angaben machten, gehören zur [gleichen] Gruppe.

98. Sechs Unternehmen beurteilen die Auswirkungen auf ihr Unternehmen als negativ. Fünf dieser sechs Unternehmen sind aktuelle oder potentielle Konkurrenten von ETA, d.h. sie produzieren mechanische Uhrwerke und verkaufen diese an Dritte oder planen dies zu tun. Die Gründe für diese Einschätzung sind wie folgt zusammenzufassen. Falls ETA frei über die von Kunden nicht beanspruchte Restmenge mechanischer Uhrwerke verfügen dürfte, würde dies

- grundsätzlich den Markteintritt des Unternehmens erschweren,
- zu einer signifikanten Senkung der Verkäufe des Unternehmens, zu Entlassungen sowie zu einem Stopp von Investitionen führen,
- den Markt durcheinanderbringen und das Gefühl der Kunden stärken, dass ETA immer liefern würde und die Alternativen somit unnötig seien, und
- die noch immer kleinere Sellita u.U. schwächen, da ETA auf kurze Frist möglicherweise Volumen

absorbieren, die Sellita benötige, um eine lebensfähige Alternative aufzubauen.

Ein Unternehmen hält zudem fest, dass ETA aufgrund der evR den verbindlichen Bedarf (Bestellmenge) von Drittfirmen sehr lange im Voraus kenne und deshalb mit keinen Restmengen konfrontiert sein sollte. Sie hätten aufgrund der zu erwartenden Lieferreduktion seitens ETA entschieden, mechanische Werke zu produzieren und Zugang zu mechanischen Werken für die Gruppe zu sichern. Ein Unternehmen ist nicht in der Produktion mechanischer Uhrwerke tätig und fürchtet ein Dumping der Preise.

99. Gefragt, welche *Auswirkungen es auf die Wettbewerbsintensität* auf dem Schweizer Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke hätte, wenn ETA über die von Kunden nicht beanspruchte jährliche Restmenge mechanischer Uhrwerke frei verfügen dürfte, antworteten die 44 Unternehmen, welche den Fragebogen des Sekretariats beantworteten, wie in folgender Tabelle 6 dargestellt.

Tabelle 6: Beurteilung der Auswirkungen auf Wettbewerbsintensität.

Auswirkungen auf Wettbewerbsintensität	Anz. Unternehmen
Positiv	6
Neutral	12
Negativ	12
Keine Antwort	14 ⁸¹

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

100. Als positiv beurteilten sechs Unternehmen die Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität, wovon drei Unternehmen ihre Antwort wie folgt begründeten: Abnehmer von mechanischen Uhrwerken könnten so im freien Markt dort ihre Produkte beschaffen, wo das optimale Preis-Leistungs-Verhältnis und die optimale Kunden-Lieferanten-Beziehung bestehe, sofern ETA verpflichtet werde, die Mengen an Dritte zu verkaufen und nicht für die Konzernmarken zu verwenden. Dies stimmiere die Entwicklung alternativer Lösungen. Freier Wettbewerb könne nur positiv sein; es liege in der Verantwortung der Unternehmen, sich mehrere Beschaffungsquellen aufrechtzuerhalten, ohne eine einzige zu begünstigen, was erneut ein inakzeptables strategisches Risiko bedeuten würde.

101. Als neutral beurteilten zwölf Unternehmen die Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität. Die Unternehmen begründeten dies damit, dass bereits alle Positionen besetzt seien und sich nichts ändern würde, dass die Wettbewerbsintensität viel eher durch das rigide Quotensystem beeinflusst werde, welches den Kunden fixe Mengen zuteile ohne auf die Marktverhältnisse Rücksicht zu nehmen, dass [...] und dass alle Unternehmen ihre Quoten an mechanischen Uhrwerken bestellt hätten, auch wenn sie diese nicht benötigten. Ein Unternehmen merkt hierzu an, dass die kleinen Unternehmen grosse Schwierigkeiten bei der Beschaffung haben könnten; ein weiteres Unternehmen führt an,

dass andere Marken davon profitieren könnten, falls sie zusätzlichen Bedarf hätten.

102. Schliesslich beurteilten zwölf Unternehmen die Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität als negativ, wovon sechs Unternehmen mechanische Uhrwerke produzieren und an Dritte verkaufen. Deren Gründe für diese Einschätzung lassen sich wie folgt zusammenfassen. Falls ETA frei über die von Kunden nicht beanspruchte Restmenge mechanischer Uhrwerke verfügen dürfte, würde dies

- zu einer Destabilisierung des Marktes und einer erneuten Stärkung des Monopolisten führen,
- für Unternehmen, welche erhebliche Mittel in den Auf- und Ausbau von Produktionskapazitäten investieren, Konsequenzen haben,
- dazu führen, dass ETA so wieder Druck gegen ihre wenigen Konkurrenten aufsetzen könne und ihre Dominanz wieder verstärken würde,
- verheerend für das Unternehmen sei, da sie mehrere Millionen in die Entwicklung und Maschinen investiert hätten, um ein eigenes mechanisches Uhrwerk zu produzieren,
- Sellita u.U. schwächen und

⁸¹ Elf Marktteilnehmer, welche zu dieser Frage keine Angaben machten, gehören zur [gleichen] Gruppe.

- u.U. die Mengen der Konkurrenten senken und die Konkurrenten, welche nicht über die gleiche „Schlagkraft“ verfügen würden wie ETA, aufgrund ihrer in Bezug auf Preis und Verfügbarkeit konkurrenzfähigen Positionierung, schwächen.

103. Neben den aktuellen und potentiellen Konkurrenten, d.h. Unternehmen, die bereits heute mechanische Uhrwerke produzieren und an Dritte verkaufen oder planen, dies zukünftig zu tun, äussern sich auch weitere Unternehmen in negativer Hinsicht. Sie begründen ihre Einschätzung wie folgt: Falls ETA diese Mengen auf den Markt bringe, träte sie wieder in Konkurrenz zu den alternativen Bezugsquellen und würde diese Anbieter im aktuellen wirtschaftlichen Umfeld in grosse Schwierigkeiten bringen. Während des gesamten Verfahrens der WEKO, welches zur evR mit der Swatch Group geführt hätte, habe sich die gesamte Uhrenindustrie strukturiert, um Produktionskapazitäten zu entwickeln, mit dem Ziel den Bedarf an mechanischen Uhrwerken zu decken. Die progressive Reduktion der Lieferungen von ETA bis 2019 lasse alternativen Akteuren einen Platz, um Absatzkanäle bei Marken zu finden, um Marktanteile zu gewinnen und die hohen Investitionen, die in den letzten fünf Jahren getätigt wurden, rentabel zu machen. Diese Situation würde einen gesunden Wettbewerb herbeiführen. Würde ETA frei über die Restmengen mechanischer Uhrwerke verfügen, würde dies die Entwicklung des Wettbewerbs, was die Essenz und das Ziel der evR gewesen sei, verlangsamen. Anbieter wie Sellita oder Soprod würden leiden, falls ETA den Markt wieder überflute. Die Kunden im Allgemeinen hätten ein kurzes Gedächtnis und würden beim besten Preis beziehen.

B.3.4.4 Fazit

104. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass sich der aktuelle Wettbewerb von 2010 bis 2015 insofern geändert hat, als dass ETA an Marktanteilen verloren hat und Sellita ihren Marktanteil merklich erhöhen konnte. Soprod konnte ihre Marktanteile seit 2010 [...] und mit STP ist einzig ein neuer Teilnehmer in den Markt eingetreten. Verschiedene Abnehmer von ETA haben in den vergangenen Jahren ihren Eigenversorgungsgrad wie geplant erhöht und diesbezügliche Pläne bestehen auch weiterhin. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Kapazitäten im Markt erhöht haben und die Nachfrage, welche ETA nicht mehr bedienen will, somit teilweise aufgefangen wurde bzw. abgenommen hat.

105. Die Marktverhältnisse im Bereich mechanischer Swiss made Uhrwerke haben sich zwar seit dem Entscheid der WEKO i.S. Swatch Group Lieferstopp im Jahre 2013 im Sinne der evR bzw. des Phasing-Outs entwickelt. Dies jedoch in weit weniger grossem Umfang als dies Swatch Group darstellt. Diese Entwicklung ist somit als vorhersehbare und erwartete Entwicklung zu qualifizieren (vgl. oben, Rz 30). Seit der Genehmigung der evR durch die WEKO haben sich, wie obenstehende Ausführungen zeigen, indes keine unvorhersehbaren

oder unerwarteten Ereignisse ergeben, welche den damaligen Entscheid der WEKO wesentlich beeinflussen würden. Namentlich zeigt die Marktbefragung, dass die evR in puncto Regelungsgehalt und zeitlicher Staffelung nach wie vor geeignet ist, die erhofften Markteintritte und -entwicklungen zu begünstigen bzw. zu fördern. Damit ist vorliegend nicht von einer wesentlichen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse auszugehen. Die Grundvoraussetzung für eine Wiedererwägung des Entscheides der WEKO ist nicht gegeben und entsprechend ist das Gesuch von Swatch Group abzulehnen.

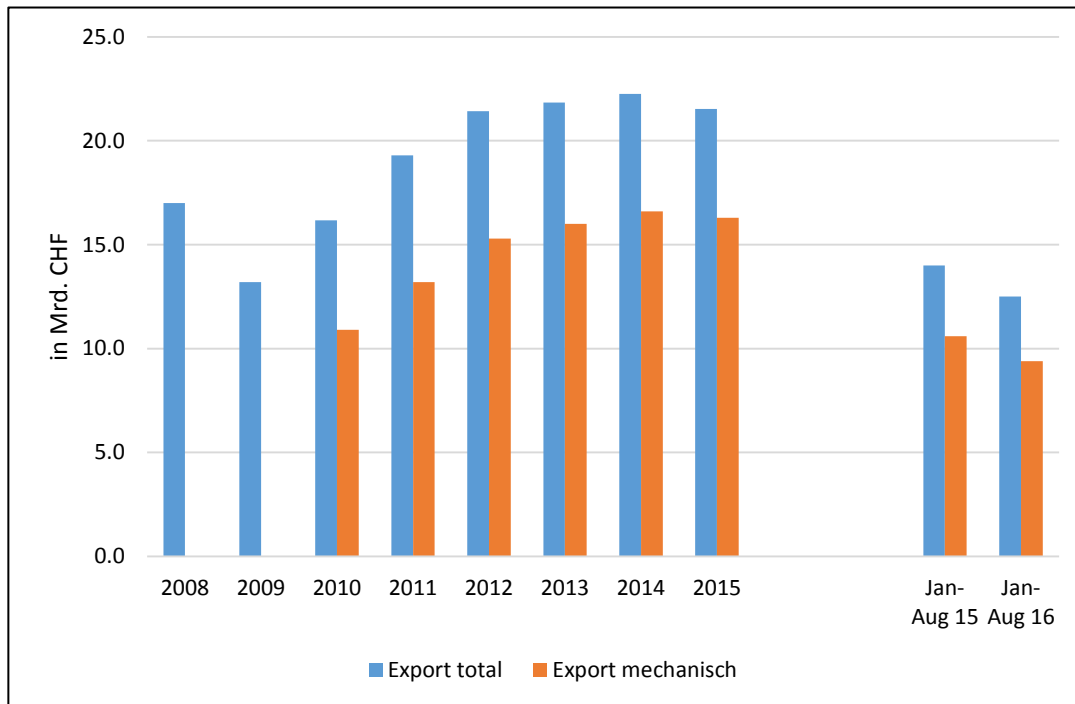
106. In ihrer Stellungnahme vom 19. August 2016 weist Swatch Group erneut auf den drastischen Rückgang der Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken hin. Sellita habe für das Jahr 2017 von der ihr gemäss evR zustehenden Menge von [...] mechanischen Uhrwerken nur noch [...] Stück bestellt (vgl. oben, Rz 6) und Tudor [...]. Hinzu komme, dass [...] für das Jahr 2017 nicht mehr bestellt hätten. Die Bestellungen seien von [...] im Jahr 2016 auf [...] zurückgegangen. Nach Ansicht von Swatch Group sei dieser gegenwärtige drastische Einbruch der Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken, welchem im Antrag des Sekretariats nicht ausreichend Rechnung getragen worden sei, durchaus eine wesentliche Änderung der Marktverhältnisse, da diese eine (marktbedingte) Anpassung des Verhaltens einer Mehrheit der Marktteilnehmer zur Folge gehabt hätten.

107. Wie bereits in Rz 35 ausgeführt, waren die Exporte der Schweizer Uhrenindustrie 2015 erstmals seit dem Jahr 2009 wieder rückläufig. Im Jahr 2009 fiel der Exportumsatz um 22,4 % auf 13,2 Mrd. CHF. Mit zweistelligen Wachstumsraten in den Jahren 2011 und 2012 von 19,4 % bzw. 11,0 % und gemässigeren Wachstumsraten in den Jahren 2013 und 2014 von 2,0 % bzw. 1,8 % erreichten die Uhrenexporte 2015 einen wertmässigen Umfang 21,5 Mrd. CHF. Damit nahmen diese zwar im Vergleich zu 2014 um 3,3 % ab, verbleiben damit aber immer noch auf dem Stand von 2012 (21,4 Mrd. CHF, vgl. auch Abbildung 5).

108. Der Exportumsatz mit mechanischen Uhren betrug 2010 wertmässig 10,9 Mrd. CHF und nahm in den Jahren 2011 bis 2014 wertmässig zu (vgl. oben, Fn 21) und betrug 2014 16,6 Mrd. CHF. Im Jahr 2015 wies der Exportumsatz mit mechanischen Uhren eine erstmalige Abnahme von 2 % auf und erreichte einen Umfang von 16,3 Mrd. CHF. In den ersten sieben Monaten des Jahres 2016 nahm der Exportumsatz im Vergleich zum Vorjahr um 10,9 % ab, der Exportumsatz mit mechanischen Uhren um 11,3 %.

109. Aufgrund des Nachfragerückgangs in den letzten 1,5 Jahren ist nicht auf eine grundlegende strukturelle Änderung zu schliessen, so dass nach Ansicht der WEKO der derzeitige Nachfragerückgang keine wesentliche Änderung der Marktverhältnisse darstellt, welche eine Wiedererwägung des damaligen Entscheides, d.h. in casu eine Änderung der evR, rechtfertigen würde.

Abbildung 5: Exporte Schweizer Uhrenindustrie.



Quelle: Vgl. „Die Lage der Uhrenindustrie 2008 – in der Schweiz und weltweit“, „Die Lage der Uhrenindustrie 2009 – in der Schweiz und weltweit“, Swiss watch exports. World, January-August 2016“, Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie FH.

110. Schliesslich ist anzufügen, dass die nachfolgende Interessenabwägung zeigt, dass das öffentliche Interesse an der Beibehaltung der bestehenden evR überwiegt. Daraus folgt, dass selbst wenn der Ansicht von Swatch Group gefolgt und der gegenwärtige Nachfragerückgang als wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse qualifiziert werden würde, dem Gesuch von Swatch Group nicht stattzugeben wäre.

B.3.5 Interessensabwägung

111. Trotz des Umstandes, dass die Grundvoraussetzung für eine Wiedererwägung des Entscheides der WEKO vorliegend nicht gegeben ist, wird an dieser Stelle (der guten Ordnung halber) auf die Interessensabwägung eingegangen. Dabei sind die individuellen Interessen von Swatch Group, die evR zu ergänzen bzw. abzuändern, den öffentlichen Interessen an der Beibehaltung der bestehenden evR gegenüberzustellen, d.h. denjenigen weiterer Betroffener (Konkurrenten und Kunden von ETA). Es sei an dieser Stelle noch einmal daran erinnert, dass Swatch Group beantragt, die evR dahingehend zu ändern, dass ETA zu erlauben sei, über die nicht ausgeschöpfte Jahresmenge mechanischer Uhrwerke frei zu verfügen, d.h. die frei verfügbare Menge kleinen, mittelgrossen oder grossen Firmen zuteilen zu können.

B.3.5.1 Interessen von Swatch Group

112. Swatch Group macht geltend, dass ETA bis 2019 alle Kunden verliere, wenn sie nicht in einem gewissen Ausmass akquisitorisch tätig sein könne, um den Kunden zu zeigen, dass sie auch nach 2019 als Anbieter im Markt verbleibe, weil diese verunsichert und destabilisiert würden. Wenn ETA die geplanten Kapazitäten nicht

für Dritte einsetzen könne, werde sie gezwungen, die Kapazitäten nach unten anzupassen bzw. abzubauen. Das werde dazu führen, dass der Captive Market nach 2019 oder schon früher von Sellita dominiert werde. Swatch Group und ETA hätten immer klar betont, dass sich ETA nicht völlig aus dem Markt von mechanischen Uhrwerken zurückziehen und sich voll auf ihre internen Abnehmer konzentrieren wolle. Es wäre stets beabsichtigt gewesen, als Anbieter im Markt zu verbleiben, den Marktanteil aber so abzusenken, dass kein Lieferzwang mehr bestehe und ETA, wie andere Anbieter, ihre Abnehmer frei wählen und ihre Preise frei bestimmen könne. ETA könne aber nur im Markt verbleiben, wenn sie die im Abbauplan vorgesehenen Mengen auch ausliefern könne und nicht Kapazitäten überschnell abbauen müsse – Kapazitäten, die für spätere Zeiten allenfalls verloren wären. Schliesslich weist Swatch darauf hin, dass die evR auch vorsehe, dass Kunden von ETA nicht mehr beliefert werden müssen, wenn sie in zwei aufeinander folgenden Jahren weniger als 80 % der ihnen zustehenden Menge abnehmen. Das heisse, dass ETA die Kapazität aufrechterhalten müsse, um 2018 allenfalls in der Lage zu sein, 100 % der Sellita zustehenden Menge liefern zu können. Und dies in einer Situation, in der ein wichtiger Kunde seine Bestellung für das Jahr 2017 [...] reduziert habe (vgl. oben, Rz 6). Dies könne ETA nicht zugemutet werden, wenn sie nicht frei über die für Dritte eingeplante Kapazität verfügen könne.

113. Vorab möchte die WEKO zu den Interessen von Swatch Group hervorheben, dass sie die evR mit dem Sekretariat freiwillig abgeschlossen und sich bzw. ETA darin zu einem Verhalten verpflichtet hat, mit welchem die vom ursprünglich vorgesehenen kurzfristigen Liefer-

stopp ausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen beseitigt werden sollten.⁸² Mit den in der evR enthaltenen Verpflichtungen schränkte Swatch Group ihre bzw. die unternehmerische Freiheit von ETA für einen befristeten Zeitraum (bis 31. Dezember 2019) aus freien Stücken ein. Es war der Wunsch von Swatch Group, aus der Belieferungspflicht für Drittkunden auszustiegen; mit der Unterzeichnung der evR erkannte Swatch Group denn auch die Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit explizit an. Damit fallen nach Ansicht der WEKO die mit den Verpflichtungen der evR einhergehenden unternehmerischen Risiken grundsätzlich Swatch zu. Da die Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit zeitlich begrenzt ist, bedürfte ein Abweichen von der evR für die WEKO überzeugender objektiver Gründe.

114. Zu den Argumenten von Swatch Group ist im Einzelnen zunächst einmal kritisch anzumerken, dass die Behauptung, dass ETA bis 2019 alle Kunden verliere, weil diese verunsichert und destabilisiert würden, wenn ETA nicht in einem gewissen Ausmass akquisitorisch tätig sein könne, als wenig überzeugend einzustufen ist. Denn die durchgeführte Marktbefragung zeigt, dass die bestehenden Kunden von ETA gerade im Falle eines Nachfragerückgangs für mechanische Uhrwerke im Zweifelsfalle eher auf ETA- als auf Sellita-Uhrwerke zurückgreifen. Zudem konnten sich zahlreiche Kunden von ETA im Rahmen der umfangreichen Marktbefragung des ursprünglichen Verfahrens zur evR äussern und taten dies auch⁸³, sodass diesen Kunden vollumfänglich klar ist, dass ETA nach 2019 als Anbieter im Markt verbleiben wird. Unklar ist, inwiefern das Argument, dass Sellita den Markt dominieren werde, in den Kontext der Interessen von Swatch Group einzuordnen ist, denn betont Swatch Group doch gerade, dass ETA mit dem Lieferstopp ihre Marktanteile soweit absenken will, dass sie nicht mehr marktbeherrschend ist und keine Lieferverpflichtung mehr besteht. Dass damit einhergehend die Markstellung von Sellita und anderen Konkurrenten zunimmt, ist bzw. war mit der evR mindestens indirekt mitbeabsichtigt.

115. Schliesslich kann auch dem Argument von Swatch Group, dass ETA nur im Markt verbleiben könne, wenn sie die im Abbauplan vorgesehenen Mengen auch ausliefern könne und nicht Kapazitäten überschnell abbauen müsse, nicht gefolgt werden. Denn einerseits war Swatch Group im Zeitpunkt des Abschlusses die Tragweite der evR bekannt, sie war sich des wirtschaftlichen Risikos bewusst und verpflichtete sich bzw. ETA aus freien Stücken. Damit liegt das wirtschaftliche Risiko von Nachfrageschwankungen grundsätzlich bei ihr. Andererseits kann ETA bereits jetzt die frei verfügbare Menge mechanischer Uhrwerke gestützt auf Ziffer 4) b evR an KMUs absetzen und dadurch die frei verfügbare Menge teilweise abbauen. Obschon Swatch Group bzw. ETA mit gewissen KMUs bereits abweichende Vereinbarungen für Mehrlieferungen mechanischer Uhrwerke abgeschlossen hat, sind nach derzeitigem Kenntnisstand nach wie vor 13 entsprechende Anfragen von KMUs bei Swatch Group bzw. ETA hängig. Dazu weist Swatch Group in ihrer Stellungnahme vom 19. August 2016 darauf hin, dass bei keinem dieser Anträge ETA für diese Verzögerung verantwortlich sei. Vielmehr läge der

Grund bei den Antrag stellenden Unternehmen, die entweder ihren KMU-Status noch nicht nachgewiesen oder noch nicht bestellt hätten. Swatch Group bringt in diesem Zusammenhang weiter vor, dass die Rolle der KMUs hierbei nicht überbewertet werden dürften. Die so absetzbaren Mengen würden sich in der Grössenordnung von [...] bewegen. Der Rückgang betrage jedoch ein Vielfaches, nämlich [...]. Dies mag so stimmen, jedoch ist hierzu anzufügen, dass ETA gerade im Hinblick auf Bestellausfälle ein Kürzungsrecht eingeräumt wurde. Beziehen Kunden in zwei aufeinanderfolgenden Jahren weniger als 80 % der ihnen zustehenden Menge, so ist ETA gemäss Ziffer 2) d evR berechtigt, die Bezugsmenge dieser Kunden nach Ziffer 3) evR für die Folgejahre anteilmässig zu kürzen.

116. Schliesslich sind auch die Vorbringen von Swatch Group im Zusammenhang mit der reduzierten Bestellung von Sellita nicht überzeugend, da die Kapazität ohnehin nicht abgebaut werden sollte, denn mit Ausnahme von Fällen gemäss Ziffer 2) d evR muss ETA die Kapazitäten auf jeden Fall in dem Ausmass aufrechterhalten, sodass die Liefermengen gemäss Ziffer 3) evR sichergestellt sind. Zudem ist gemäss Ziffer 3) evR für das Jahr 2018 ein weiterer Reduktionsschritt von 65 % auf 55 % der Referenzmenge vorgesehen, sodass Swatch bzw. ETA die Kapazitäten ohnehin nicht auf dem aktuellen Niveau halten bzw. diese wieder auf das aktuelle Niveau aufbauen müsste. In diesem Zusammenhang ergänzend anzufügen gilt es, dass die Bestellfristen (spätestens 30. Juni des Vorjahres bzw. in Ausnahmefällen 30. September im Vorjahr) gemäss Ziffer 6) d evR gerade deshalb in die evR aufgenommen wurde, um ETA genügend Vorlaufzeit für die Produktionsplanung zu geben. Bereits bei Abschluss der evR im Jahr 2013 musste es Swatch vollumfänglich klar gewesen sein, dass ETA eine Lieferverpflichtung auferlegt wird, jedoch keine Abnahmeverpflichtung für deren Kunden besteht (Ziffer 2) a evR) und ein Abbau ihrer Kapazitäten erst nach Ablauf zweier Jahre (Ziffer 2) d evR) möglich ist, falls Kunden (teilweise) auf die ihnen zustehenden Mengen an mechanischen Uhrwerken verzichten. Zum damaligen Zeitpunkt war Swatch Group bereit, diese Verpflichtungen einzugehen und das damit einhergehende Risiko zu tragen.

117. In Bezug auf die Frage einer Kürzung der Liefermengen für Sellita nach einem statt zwei Jahren (Ziffer 2) d evR) nimmt die WEKO zur Kenntnis, dass dies von Swatch Group weder beantragt ist, noch in Aussicht gestellt wurde.

118. Der Argumentation von Swatch Group, dass ein Nichtausschöpfen von Produktionskapazitäten zu einer Reduktion der Mitarbeiter führen und dieser den Verlust von Produktionskapazitäten zur Folge hätte, die kurzfristig nicht wieder aufgebaut werden könnten, kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Umstand, dass ETA nicht über die Restmengen verfügen kann, zu einem Abbau von Produktionskapazitäten führen soll, die kurzfristig nicht wieder aufgebaut werden

⁸² Vgl. RPW 2014/1, 88 Rz 402, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁸³ Vgl. RPW 2014/1, 7 Rz 17, *Swatch Group Lieferstopp*.

könnten. Denn Entsprechendes hat Swatch Group weder belegt noch quantifiziert. Swatch Group hält dem entgegen, dass ein Rückgang der Nachfrage um [...] auf lediglich [...] zu einem Umsatzverlust von [...] CHF und nach Abzug der Materialkosten zu einem um [...] CHF verringerten Deckungsbeitrag führe. Für die WEKO damit noch nicht dargelegt ist, inwieweit ein Umsatzverlust in der angegebenen Höhe zwingendermassen zu Kapazitätsreduktionen, insbesondere Personalanpassungen, führt. Swatch Group führt dies nicht weiter aus. Zudem äusserte sich der Konzernchef von Swatch Group gegenüber den Medien dahingehend, dass Swatch Group in personeller Hinsicht trotz der aktuellen Marktsituation keinen Abbau vornehmen werde.⁸⁴

119. In diesem Lichte ist davon auszugehen, dass es Swatch Group bzw. ETA nicht in erster Linie darum gehen kann, die frei verfügbaren Mengen mechanischer Uhrwerke überhaupt am Markt absetzen zu können, sondern vielmehr darum, die entsprechenden Mengen frei, d.h. in puncto Kundenauswahl und Konditionengestaltung, und in zeitlicher Hinsicht vor dem Ablauf der evR am Markt abzusetzen. Doch dazu gilt es zunächst einmal anzufügen, dass die WEKO die Ungleichbehandlung von Kunden in Bezug auf die Reduktion der Liefermengen u.a. als Grund ansah, die evR I nicht zu genehmigen (vgl. oben, Rz 31 f.). Ergänzend anzufügen ist in diesem Zusammenhang zudem, dass ETA ab dem 1. Januar 2020 frei darüber verfügen kann, an wen und zu welchen Bedingungen sie mechanische Uhrwerke an Drittkunden liefern will. Nicht überzeugend dargelegt wurde und nicht ersichtlich ist die Notwendigkeit, dass ETA dies bereits vor dem Ablauf der evR tun können sollte.

120. Betrachtet man die Interessen von Swatch Group bzw. ETA, ab dem 1. Januar 2017 frei über die von Kunden nicht beanspruchten Mengen mechanischer Uhrwerke verfügen zu können, auf globaler Ebene, so fällt auf, dass diese zwar angesichts der vorstehend dargelegten Marktentwicklungen grundsätzlich nachvollziehbar erscheinen, jedoch nicht darüber hinweggesehen werden kann, dass diese Interessen im Widerspruch zum Hintergrund des Lieferstopps stehen. Im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung führte Swatch Group nämlich u.a. ins Feld, dass sie mit Kapazitätsengpässen konfrontiert sei, welche dazu führten, dass Swatch Group die Bedürfnisse der eigenen Uhrenmarken nicht ausreichend befriedigen könne.⁸⁵ Festgestellt werden konnte zwar ein Nachfragerückgang, welcher den Widerspruch bis zu einem gewissen Grad zu erklären vermag. Als nicht stichhaltig ist angesichts der bisherigen Marktentwicklungen jedoch die Einschätzung von Swatch Group einzustufen, dass der Marktanteil von ETA Ende 2017 auf [...] [30–40] % zu liegen komme. Es lässt sich zwar eine Tendenz erkennen, dass die Marktanteile von ETA zurückgehen, d.h. so entwickeln, wie dies im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung prognostiziert wurde⁸⁶, jedoch bei Weitem nicht mit der Geschwindigkeit, wie sie Swatch Group vorgetragen hat.

121. Zusammenfassend ergibt die Betrachtung der Interessen von Swatch Group bzw. ETA, dass eine Veränderung der Marktverhältnisse erkennbar ist, d.h. ETA Marktanteile verloren hat, diese Entwicklung indes in

zeitlicher Hinsicht langsamer vorangeht, als dies Swatch Group behauptet. Der Nachfragerückgang, welcher dazu führt, dass ETA über die Restmengen mechanischer Uhrwerke frei verfügen möchte, wirkt sich jedoch auch (negativ, d.h. bremsend) auf die Marktentwicklung aus. Die Interessen von Swatch Group, die Überkapazitäten am Markt absetzen zu wollen, sind zwar nachvollziehbar, jedoch geht es Swatch Group bzw. ETA wohl in erster Linie darum, die von Kunden nicht beanspruchten Mengen bereits vor Ablauf der evR frei, d.h. in puncto Kundenauswahl und Konditionengestaltung, an Kunden absetzen zu können. Swatch Group hat aber weder in inhaltlicher noch in zeitlicher Hinsicht stichhaltige Argumente vorgetragen, welche ihr Interesse überzeugend erscheinen lassen. Dies namentlich, weil die evR am 31. Dezember 2019 abläuft, d.h. ETA nach diesem Zeitpunkt keine Lieferverpflichtung mehr trifft und sie frei bestimmen kann, mit welchen Kunden sie geschäftliche Beziehungen unterhalten möchte. Dass ETA dies in Bezug auf die frei verfügbare Menge bereits ab dem 1. Januar 2017, d.h. drei Jahre vor dem Ablauf der evR, tun können muss, ist nicht ersichtlich und wurde von Swatch Group auch nicht überzeugend dargelegt. Dass diese individuellen Interessen von Swatch Group bzw. ETA diejenigen der anderen Betroffenen überwiegen, müsste sich somit aufgrund der Aktenlage eindeutig ergeben bzw. geradezu aufdrängen. Dies wäre bspw. dann vorstellbar, wenn die befragten Marktteilnehmer, insbesondere die Konkurrenten von ETA keine grundlegenden Einwände dagegen hätten, dass ETA frei über die von Kunden nicht beanspruchten Mengen verfügen würde. Auf die entsprechenden Ergebnisse der Marktbefragung wird sogleich eingegangen.

B.3.5.2 Öffentliche Interessen

122. Den Interessen von Swatch Group ist das öffentliche Interesse an der Beibehaltung der evR gegenüberzustellen, welches in erster Linie in den Interessen von Konkurrenten und Kunden von ETA zu sehen ist. Namentlich den Interessen von Konkurrenten kommt im Zusammenhang mit den Regelungen der evR eine vorrangige Bedeutung zu, denn eines der Hauptziele von Swatch Group besteht gerade darin, die Marktanteile von ETA soweit abzusenken, dass diese nicht mehr über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, was durch die Entstehung bzw. Förderung von alternativen Bezugsquellen erreicht werden soll. In diesem Kontext erachtete die WEKO die in der evR festgelegten Reduktionsschritte der Liefermengen für Drittkunden als verhältnismässig.⁸⁷

123. Doch gerade die (aktuellen und potentiellen) Konkurrenten äusserten sich im Rahmen der Marktbefragung kritisch zur Frage, wie sie zu einer freien Verfügbarkeit über die von Kunden nicht beanspruchten Mengen mechanischer Uhrwerke von ETA stehen. Die wichtigsten Konkurrenten von ETA äusserten alle ihre Bedenken, so namentlich:

⁸⁴ Vgl. NZZ vom 15.7.2016, abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/wirtschaft/unternehmen/nick-hayek-zum-starken-gewinnrueckgang-bei-swatch-der-konzern-hat-keine-strukturellen-probleme-ld.105966>> (24.10.2016).

⁸⁵ RPW 2014/1, 216 Rz 6, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁸⁶ RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁸⁷ RPW 2014/1, 282 Rz 483, *Swatch Group Lieferstopp*.

- **Sellita**, die im Wesentlichen vorbringt, dass derzeit eine Überkapazität am Markt bestehe und dass die freie Verfügbarkeit von ETA über von Kunden nicht beanspruchte Mengen zu einer signifikanten Senkung ihrer Verkäufe führen würde. Die Folgen davon wären direkte und indirekte Entlassungen und die Einstellung weiterer Investitionen. Sellita befürchtet eine einschneidende Destabilisierung des Marktes sowie eine Verstärkung der Marktposition des derzeitigen Monopolisten.
- **Ronda**, die im Wesentlichen vorbringt, dass ihr Markteintritt grundsätzlich erschwert würde, wenn die Lieferungen freigegeben würden, nachdem ETA bzw. Swatch Group klar kommuniziert habe, dass sie nicht alle Marken beliefern wolle. Der Markt sei heute für fast alle Uhrenhersteller sehr schwierig geworden und entsprechend sei auch der Verkauf von mechanischen Uhrwerken betroffen. ETA könnte so wieder Druck aufsetzen gegen ihre wenigen Konkurrenten. Ronda zu Folge bestehe eine reale Gefahr, dass ETA ihre Dominanz wieder verstärken würde. ETA werde immer aus einer gestärkten Position handeln können, zum einen durch ihre grossen Produktionsmengen und dem entsprechenden Eigenbedarf, welcher für alle anderen Produzenten unzugänglich sei. Diese Realität kenne Ronda auch von den Quarzuhrwerken, wo sie kein einziges Stück in die Swatch Group hinein liefern könne.
- **Soprod**, die darauf hinweist, dass sie seit der Marktöffnung durch Swatch Group [...]. Wenn Swatch Group nun wieder Mengen auf dem Markt anbieten würde, die sie nicht für ihre eigenen Marken verwenden könne, hätte dies für Soprod verheerende Auswirkungen.
- **Technotime**, die ins Feld führt, dass sie Investitionen getätigt habe, um Alternativen anbieten zu können. Eine Rückkehr von ETA mit ihren übrig gebliebenen Mengen würde den Markt stören und den Eindruck bei Kunden verstärken, dass ETA immer liefern werde und dass dadurch alternative Anbieter überflüssig seien.
- **STP**, die ausführt, dass ETA aufgrund der evR den verbindlichen Bedarf (Bestellmenge) von Drittfirmen sehr lange im Voraus kenne und deshalb mit keinen Restmengen konfrontiert sein sollte. STP habe aufgrund der zu erwartenden Lieferreduktion seitens ETA beschlossen, mechanische Uhrwerke zu produzieren und den Zugang zu mechanischen Werken für die Fossilgruppe (d.h. Montres Antima Bienne) zu sichern. Fossil verfolge konsequent eine Swiss made Strategie und habe von Anfang an klar kommuniziert, auch Dritte zu beliefern. Sollte ETA nicht beanspruchte jährliche Restmengen und zusätzliche Werke, die aufgrund der wirtschaftlichen Situation auch von den Swatch Group Marken nicht absorbiert werden können, auf den Markt werfen, würde es insbesondere für STP Konsequenzen haben, voraussichtlich auch für andere Unternehmen, welche erhebliche Mittel in den Auf- und Ausbau von Produktionskapazitäten investiert hätten. Für STP

und die Fossil Group sei somit nicht akzeptabel, dass die Swatch Group die Liefermengen an bestehende und zusätzlich neue Kunden wieder erhöhe und sich bereits heute entsprechend verhalte. Getätigte Investitionen seitens STP und anderer Anbieter seien vor dem Hintergrund der seit vielen Jahren unmissverständlichen Kommunikation von Swatch Group sowie der damit zusammenhängenden Vereinbarung mit der WEKO erfolgt. Zudem würden durch diese Erhöhung alternative Anbieter von Swiss made Uhrwerken, welche im Vertrauen auf die evR mit grossem finanziellen Aufwand in die eigene Entwicklung und Herstellung solcher Uhrwerke investiert haben, in einem bereits sehr schwierigen Markt zusätzlich massiv unter Druck gesetzt, so dass deren Überleben mittelfristig fragwürdig wäre. Somit würde mit der im Raum stehenden Erhöhung einzig die Marktposition von Swatch Group wieder – mit Hilfe der WEKO – gestärkt. Dies würde sich spätestens bei wieder steigender Nachfrage von Swiss made Uhrwerken negativ auf den Markt auswirken. Damit würde also genau das Gegenteil davon erreicht, was die WEKO mit der evR beabsichtigte. STP führt schliesslich noch an, dass eine Änderung der Verfügung das Prinzip des Vertrauensschutzes und das Gebot der Rechtssicherheit verletzen würde, weshalb insgesamt eine Abänderung der Verfügung unzulässig sei.

124. Die Betrachtung der Interessen der wichtigsten Konkurrenten von ETA ergibt ein eindeutiges Bild: ETA die Möglichkeit einzuräumen, frei über die von Kunden nicht beanspruchten Mengen mechanischer Uhrwerke zu verfügen, würde einerseits bisher getätigte Investitionen in den Auf- oder Ausbau eigener Produktionskapazitäten gefährden. Andererseits würde dies zu einer Verstärkung der Marktposition von ETA führen. Kritisch anzumerken gilt es bezüglich vorstehender Voten Zweierlei: Erstens ist zu berücksichtigen, dass die Aussagen der genannten Konkurrenten von ETA durchaus strategisch gefärbt sein können. Doch obschon die Aussagen der Konkurrenten deren Eigeninteressen aufzeigen, ist festzustellen, dass sich diese in den oben genannten wesentlichen Punkten decken. Zweitens gilt es darauf hinzuweisen, dass Gegenstand des vorliegenden Wiedererwägungsgesuchs ausschliesslich die von Kunden nicht beanspruchten Menge ist (vgl. oben, Rz 2). Dass ETA nicht beanspruchte Mengen, die für den Eigengebrauch bestimmt sind, frei auf dem Markt anbieten kann, steht vorliegend überhaupt nicht zur Diskussion. Hinsichtlich der Argumente von STP, wonach eine Änderung der evR das Prinzip des Vertrauensschutzes sowie der Rechtssicherheit verletze und deshalb unzulässig sei, ist zurückzuweisen. Denn Art. 30 Abs. 3 KG (als *lex specialis*) sieht die Möglichkeit einer Wiedererwägung eines Entscheides der WEKO explizit vor.

125. Bei den Kunden von ETA sieht das Bild zur Frage, wie sie zur Möglichkeit stehen, dass ETA frei über die von Kunden nicht beanspruchten Mengen mechanischer Uhrwerke verfügen kann, wie folgt aus:

- Auf die Frage, welche Auswirkungen es auf Kunden hätte, wenn ETA über die von Kunden nicht beanspruchte jährliche Restmenge mechanischer

Uhrwerke frei verfügen darf, gaben von insgesamt 19 verwertbaren Antworten fünf Kunden an, dass die Auswirkungen als positiv beurteilt werden, zwölf beurteilten diese als neutral und zwei als negativ;

- auf die Frage, welche Auswirkungen es auf die Wettbewerbsintensität auf dem Schweizer Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke hätte, wenn ETA über die von Kunden nicht beanspruchte jährliche Restmenge mechanischer Uhrwerke frei verfügen darf, gaben von insgesamt 17 verwertbaren Antworten zwei Kunden an, dass diese als positiv eingeschätzt werden, neun gaben an, neutral dazu zu stehen und sechs, dass die Auswirkungen negativ wären;
- auf die Frage, wie die Wettbewerbsintensität auf dem Schweizer Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke im Vergleich zu 2013 beurteilt wird, gaben von insgesamt 18 verwertbaren Antworten zehn an, dass die Intensität zugenommen habe, sechs gaben an, dass diese vergleichbar sei und zwei, dass sie abgenommen habe.

126. Die Betrachtung der Angaben von ETA-Kunden zeigt, dass die Auswirkungen auf Kunden im Falle der freien Verfügbarkeit von ETA über von Kunden nicht beanspruchte Mengen mechanischer Uhrwerke von der überwiegenden Mehrheit als positiv oder neutral beurteilt werden. Dasselbe gilt für die Beurteilung der Wettbewerbsintensität seit dem Jahr 2013. Auffällig ist jedoch, dass die überwiegende Mehrheit der Kunden die Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität als negativ oder neutral einschätzen.

127. Vor diesem Hintergrund ist die Stossrichtung der Interessen der anderen Beteiligten dahingehend klar, dass der Grossteil der Kunden von ETA deren Ansinnen, frei über die von Kunden nicht beanspruchte Menge mechanischer Uhrwerke zu verfügen, eher positiv gegenübersteht, doch die Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität als eher negativ eingeschätzt werden.

B.3.5.3 Abwägung

128. Gestützt auf die Ergebnisse der Marktbefragung führt die gegenseitige Abwägung der vorstehend dargelegten Interessen dazu, dass das öffentliche Interesse an der Beibehaltung der bestehenden evR überwiegt. Dafür sprechen die nachfolgenden Punkte.

- Die vorstehend dargelegte Marktentwicklung ist auf eine Wirkung zurückzuführen, die der evR zugeordnet ist. Diese wird sich nach der derzeitigen Analyse (wenn auch weniger schnell als von Swatch Group vorgebracht) wohl weiter in der festgestellten Richtung entwickeln. Wenn Swatch Group bzw. ETA nun bereits ab dem 1. Januar 2017 über die von Kunden nicht beanspruchte Menge mechanischer Uhrwerke frei verfügen könnte, könnte dies die beschriebene (positive) Marktentwicklung gefährden; namentlich, indem dadurch erfolgte Markteintritte gebremst oder sich abzeichnende Markteintritte verhindert werden. Angesichts der hohen Menge an mechanischen Uhrwerken, welche durch die wesentlich tiefere Bestellung von Sellita für das Jahr 2017 frei ver-

fügbare würde ([...]; vgl. oben, Rz 6), wäre die Gefährdung der bisherigen Marktentwicklung als erheblich einzustufen. Swatch Group ergänzte in ihrer Stellungnahme, dass [...] auch Tudor [...] für das Jahr 2017 [...]. Die Bestellmenge [...] für das Jahr 2017 [ist um ca. 900'000 Stück kleiner als die Menge], die den Abnehmern gemäss evR zustehen würden.

- Die von Swatch Group vorgetragene Argumente sind in mehreren Punkten nicht stichhaltig. Es scheint Swatch Group bzw. ETA vielmehr darum zu gehen, frei bestimmen zu können, an wen und zu welchen Bedingungen die nicht beanspruchten Mengen geliefert werden. Doch eine Ungleichbehandlung von Kunden war für die WEKO bereits bei der Beurteilung der evR I mitunter ein Grund, diese nicht zu genehmigen, sodass diese Diskriminierungsmöglichkeit als problematisch einzustufen ist. Hinzu kommt, dass die Lieferverpflichtung von ETA am 31. Dezember 2019 (also in rund 3 Jahren) endet und Swatch Group weder dargelegt hat, noch ersichtlich ist, inwiefern in zeitlicher Hinsicht eine Dringlichkeit besteht, frei über die jährliche Restmenge verfügen zu können.
- Der mögliche finanzielle Ausfall, welcher Swatch Group durch den Umstand, dass sie die von Kunden nicht beanspruchten Mengen mechanischer Uhrwerke nicht frei am Markt absetzen kann, erfährt, ist im Vergleich zu den Investitionen der (aktuellen und potentiellen) Markteintriter, welche verloren gehen könnten, wenn deren Marktpotential entzogen würde, als erheblich weniger einschneidend zu betrachten.
- Schliesslich fällt ins Gewicht, dass die Behauptung von Swatch Group, dass ETA inskünftig nur dann als Anbieter wahrgenommen würde, wenn sie als solcher im Markt agieren könne, deshalb als nicht stichhaltig einzustufen ist, weil die Auswertung der Befragung darauf hindeutet, dass Uhrenmarken bei rückläufigem Nachfrageverhalten sich im Zweifelsfalle eher bei ETA als bei Sellita eindecken. Zudem wäre es zur Beseitigung der Befürchtungen von Swatch Group ein Leichtes, die Kunden von ETA vor Ablauf der evR entsprechend zu informieren.

129. Summa summarum ist gestützt auf die vorstehenden Ausführungen das öffentliche Interesse (der Marktteilnehmer) an der unveränderten Beibehaltung der evR gegenüber den individuellen Interessen von Swatch Group bzw. ETA stärker zu gewichten, sodass dem Gesuch selbst bei Annahme einer wesentlichen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nicht stattzugeben wäre.

B.4 Ergebnis

130. Wie oben dargelegt, sind die von Swatch Group geltend gemachten tatsächlichen Änderungen nicht wesentlich i.S.v. von Art. 30 Abs. 3 KG, weshalb das Wiedererwägungsgesuch abzuweisen ist. Festgehalten werden kann jedoch, dass sich die Marktverhältnisse im Bereich mechanischer Swiss made Uhrwerke seit dem Jahr 2013 verändert haben und die Marktanteile von

ETA merklich gesunken sind, die Abnahme derselben ist indes nicht in einem Ausmass erfolgt, welche den ursprünglichen Entscheid der WEKO i.S. Swatch Group Lieferstopp ändern würde. Hinzu kommt, dass die Abwägung der sich gegenüberstehenden individuellen Interessen von Swatch Group bzw. ETA und der öffentlichen Interessen der Marktteilnehmer zum Schluss führt, dass die letztgenannten überwiegen.

C Kosten

131. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Mit der Abweisung des vorliegend zu beurteilenden Wiedererwägungsgesuchs sind auch die dadurch verursachten Kosten der Gesuchstellerin vollumfänglich aufzuerlegen. Im vorliegenden Verfahren wurde eine umfangreiche Marktbefragung durchgeführt, um zu prüfen, ob dem Wiedererwägungsgesuch von Swatch Group stattgegeben werden kann.

132. 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 Funk-

tionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

133. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 130.- bis 200.- Franken. Die aufgewendete Zeit beträgt 431,33 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 77'327.- Franken.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Das Wiedererwägungsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt 77'327.- Franken werden der The Swatch Group AG auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - The Swatch Group AG, in Biel.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Indigo/Ardian/Predica

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Prise de position de la Commission de la concurrence du 22 août 2016

Communication selon art. 16 al. 1 OCCE du 22 août 2016

1 En procédure

1. Le 29 juillet 2016, par courrier électronique, le Secrétariat a reçu un projet de notification concernant l'acquisition par Ardian S.A.S. (ci-après: Ardian) et par Predica Prévoyance Dialogue du Crédit Agricole S.A. (ci-après: Predica) du contrôle conjoint d'Infra Foch Topco S.A.S. (ci-après: Infra Foch Topco). Infra Foch Topco contrôle indirectement – via sa filiale Infra Park S.A.S (ci-après: Infra Park) – la société Indigo Infra S.A. (ci-après: Indigo), société anonyme à directoire et conseil de surveillance dont l'objet est d'exploiter des parcs de stationnement et de fournir des places de parking et des services associés (ci-après les trois sociétés ensemble: le Groupe). Selon les parties, la prise de contrôle conjointe résultera de l'exercice conjoint d'une promesse de vente consentie par Vinci Concessions S.A.S. (ci-après: Vinci Concessions), société contrôlée par Vinci SA, portant sur (i) la totalité des actions de Vinci Infrastructure S.A.S. et (ii) la totalité des obligations convertibles émises par Infra Foch Topco détenues par Vinci Concessions.

2. Le 2 août 2016, le Secrétariat a accusé réception du projet de notification, en indiquant au surplus qu'il acceptait que l'opération de concentration soit notifiée selon le projet de notification, en référence à l'art. 12 (notification facilitée) de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

3. Par porteur du 2 août 2016, les parties ont transmis au Secrétariat plusieurs annexes au projet de notification du 29 juillet 2016.

4. Le 4 août 2016, le Secrétariat a notamment indiqué par courrier électronique aux parties qu'il considérait le projet de notification comme complet et qu'il ferait parvenir une confirmation écrite une fois la notification définitive reçue.

5. Le 5 août 2016, les parties ont déposé la notification complète de la transaction, accompagnée de ses annexes. Il a été précisé que les paragraphes nos 109 et 119 avaient encore été actualisés dans l'intervalle, respectivement légèrement complétés.

6. Le 9 août 2016, le Secrétariat a informé les parties par courrier que la notification du 5 août 2016 était complète.

2 En fait

7. L'opération notifiée consiste en l'acquisition par Ardian et Predica du contrôle conjoint d'Infra Foch Topco, qui elle-même contrôle indirectement, via sa filiale Infra Park, la société Indigo qui exploite en Suisse des parcs de stationnement et offre des services associés.

2.1 Les entreprises

2.1.1 Ardian

8. Ardian est une société d'investissement qui gère et conseille différents fonds d'investissements détenant des participations directes et indirectes dans de nombreuses sociétés. Les fonds gérés par Ardian comptent plus de 470 investisseurs, dont des fonds souverains, des fonds de pension, des assureurs, des fonds de dotation privés, des family offices et des clients privés. Le capital d'Ardian est indirectement détenu (à travers la société holding Ardian Holding S.A.S.) par de nombreux actionnaires, dont certains dirigeants et employés (totalisant [...] % du capital), divers investisseurs français (des compagnies d'assurance, des entreprises industrielles, des investisseurs financiers et des family offices, totalisant [...] % du capital) et le groupe Axa ([...] % du capital). Aucun de ces actionnaires ne détient le contrôle d'Ardian.

2.1.2 Predica

9. Predica est une filiale à 100 % de Crédit Agricole Assurances S.A. (« CAA »), elle-même filiale à 100 % du Groupe Crédit Agricole (« GCA »). Predica est active dans le secteur de l'assurance-vie, l'épargne et la retraite pour les particuliers et les entreprises. Elle offre également des solutions en matière de santé, de prévoyance et d'assurance dommages aux biens. De surcroît, elle réalise en France et à l'étranger des opérations d'investissements financiers en lien avec son objet social. A ce titre, Predica ne contrôle, au sens de l'art. 4 al. 3 let. b de la Loi fédérale du 6 octobre 1996 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) et l'OCCE, aucune entreprise en Suisse présente sur les marchés de la gestion ou l'offre de places de stationnement.

2.1.3 Indigo

10. Infra Foch Topco est une société de droit français qui détient la totalité du capital de la société de droit français Infra Park, qui détient elle-même les sociétés de droit français (i) Indigo, à hauteur de 99,7 % (le solde étant détenu par un fonds commun de placement investi par les salariés du groupe), et (ii) Infra Park Digital S.A., à hauteur de 100 %, dont l'activité consiste respectivement à (i) exploiter des parcs de stationnement et offrir des services associés sous la marque Indigo et (ii) de vendre via une plateforme électronique des produits et services de stationnement ainsi que de concevoir des solutions logicielles applicables au stationnement.

11. En Suisse, Indigo détient des participations dans les entreprises suivantes actives dans la région lausannoise:

- a. [...] % au sein de PMS Parking Management Services SA (ci-après : PMS);
- b. [...] % au sein de Parking Gare de Lausanne SA, qui détient elle-même [...] % de PMS;
- c. [...] % au sein d'Interterra Parking SA, qui détient elle-même [...] de PMS;
- d. [...] % au sein de Parking du Centre SA;
- e. [...] % au sein de Parking Port d'Ouchy SA (ex-Parking Navigation), qui détient elle-même [...] % de PMS.

2.2 La société venderesse

12. La société venderesse est Vinci Concessions.

2.3 Les objectifs poursuivis par la concentration

13. Selon les déclarations des parties, l'opération de concentration a pour but :

1. de permettre au groupe Vinci de se désengager du Groupe en cédant la totalité du capital de Vinci Infrastructure à Ardian et Predica au résultat de l'exercice de l'Option d'Achat et, corrélativement,
2. à Ardian et Predica de renforcer leurs participations respectives au sein du Groupe en acquérant le contrôle conjoint d'Infra Foch Topco, société tête du Groupe, au travers de l'acquisition de la totalité du capital de Vinci Infrastructure.

3 En droit

3.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

14. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 LCart).

3.1.1 Entrepris

15. Selon l'art. 2 LCart, la LCart s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533).

16. En l'espèce, les entreprises qui participent à la concentration tombent dans le champ d'application de la LCart.

3.1.2 Concentration d'entreprises par prise de contrôle en commun

17. Selon l'art. 2 al. 1 OCCE, l'opération par laquelle deux ou plusieurs entreprises prennent le contrôle en commun d'une entreprise qu'elles ne contrôlaient antérieurement pas en commun constitue une concentration d'entreprises au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart lorsque l'entreprise commune accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

18. Avant l'opération, Indigo n'était pas contrôlée en commun par ses actionnaires au sens de l'OCCE.

19. Après l'opération, Indigo sera conjointement contrôlée par Ardian et Predica.

3.1.3 Entreprises participantes

20. Selon l'art. 3 al. 1 let. b OCCE, sont des entreprises participant à la concentration les entreprises qui acquièrent le contrôle et celles que vise l'acquisition du contrôle.

21. En l'occurrence, Ardian et Predica acquièrent le contrôle en commun d'Indigo, et sont donc des entreprises participant à la concentration (art. 3 al. 1 let. b OCCE).

3.1.4 Prescriptions réservées

22. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'art. 3 al. 1 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

3.2 Obligation de notifier

23. Selon l'art. 9 al. 1 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration, les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs, et au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs.

24. En l'espèce, les chiffres d'affaires mondiaux et suisses réalisés par les entreprises participantes en 2015 figurent dans le tableau suivant:¹

¹ Les chiffres mentionnés sont ceux indiqués par les parties dans la notification.

Tableau 1: Chiffre d'affaires 2015 en millions de CHF²

Entreprises participantes	Chiffres d'affaires en millions de CHF	
	Suisse	Monde
Groupe Crédit Agricole	[...]	[...]
Ardian	[...]	[...]
Groupe	[...]	[...]

25. Il ressort des montants ci-dessus que le seuil du chiffre d'affaires mondial est atteint individuellement par le Groupe Crédit Agricole et Ardian. En outre, le seuil du chiffre d'affaires en Suisse est aussi atteint par le Groupe Crédit Agricole et Ardian. La concentration est donc sujette à notification en Suisse.

3.3 Appréciation de la concentration dans le cadre de l'examen préalable

26. Les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un examen par la COMCO lorsqu'un examen préalable (art. 32 al. 1 LCart) fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante (art. 10 al. 1 LCart).

27. Afin de déterminer s'il existe des indices que la concentration crée ou renforce une position dominante, il y a d'abord lieu de délimiter les marchés de produits et géographique pertinents. Dans un deuxième temps, il sera examiné si la concentration entraîne une modification de la position des entreprises participantes sur ces marchés. Les autorités de la concurrence n'ont toutefois pas à rechercher s'il y a des indices que cette position serait susceptible de supprimer la concurrence. L'examen limité est justifié par le caractère sommaire de l'examen préalable.³

3.3.1 Marché pertinent

28. La COMCO n'a jamais été amenée à se prononcer sur la délimitation des marchés pertinents en matière de gestion ou encore de location de parkings en général. Dans l'affaire *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*, la COMCO a dans un premier temps délimité un marché de produits très spécifique, à savoir la « *Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für "off Airport"-Parking für Flugpassagiere* ». ⁴ Dans la même affaire quelques années plus tard, elle a précisé le marché pertinent comme étant celui de la « *Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen zur Erbringung von "off airport"-Valet Parking-Dienstleistungen für Flugpassagiere* ». ⁵

29. Ces délimitations sont toutefois trop spécifiques au cas examiné à l'époque et ne peuvent être reprises en l'espèce.

A. Marché de produits

30. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme

substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

31. En l'espèce et selon les déclarations des parties, l'entreprise Indigo exerce une activité de gestion de parkings, offrant des places de stationnement de courte durée ainsi que des abonnements.

32. La Commission européenne a été amenée à délimiter plusieurs fois des marchés en matière de parkings, bien qu'elle ait au final toujours laissé la question ouverte.

33. Dans l'affaire *CENDANT CORPORATION/NPC*, la Commission européenne a décidé de laisser ouverte la question de savoir si la propriété/location et le management de parkings de stationnement constituaient un marché de produit relevant.⁶

34. Dans l'affaire *FORTIS AG SA/BERNHEIM-COMOFI SA* également, la Commission européenne a laissé ouverte la définition du marché de produits et du marché géographique en matière de parkings de stationnement en considérant que même avec la définition la plus restreinte, la concentration n'entraînerait pas de problèmes de concurrence.⁷

35. Dans l'affaire *Eurazeo S.A./Apcoa Parking Holdings GmbH*, la Commission européenne a délimité un marché de la fourniture de services de gestion de parking (*provision of parking management services*), tout en laissant la question ouverte. Dans un deuxième temps, elle a délimité également un marché de la location de places de parking aux sociétés de location de voitures dans les aéroports (*renting of parking places at airports to car rental companies*), tout en laissant aussi la question ouverte.⁸

² Selon les parties, les chiffres d'affaires en euro ont été convertis en francs suisses selon le cours annuel moyen en 2015 publié par l'administration fédérale des contributions, soit EUR 1 = CHF 1.0681.

³ CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart N 10 et les références citées.

⁴ DPC 2004/1 102, p. 115 N 42.

⁵ DPC 2006/4 625, p. 639, N 84.

⁶ IV/M.1155 du 24 avril 1998, N 5.

⁷ COMP/M.2825 du 9 juillet 2002, N 12.

⁸ COMP/M.4613 du 20 avril 2007, N 10 à 14.

36. Dans l'affaire examinée par l'Autorité de la concurrence française relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec, l'Autorité française de la concurrence distingue le marché du stationnement en voirie et le marché du stationnement en ouvrage, ces deux modes de stationnement n'étant pas substituables du point de vue des automobilistes, pour des raisons de sécurité et de coût, et requièrent des prestations différentes du point de vue des collectivités locales. Elle précise toutefois que la gestion des parcs relais⁹ doit être rattachée au marché du transport public urbain de voyageurs, et non au marché de la gestion de parcs de stationnement.¹⁰

37. En l'espèce, le Secrétariat estime, à l'instar de la Commission européenne, que la délimitation d'un ou de plusieurs marchés de produits en matière de parking peut rester ouverte.

B. Marché géographique

38. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits.

39. En l'espèce, le Secrétariat estime que la délimitation d'un ou de plusieurs marchés géographiques en matière de parking peut rester ouverte.

3.3.2 Position future des entreprises participantes sur le marché affecté par l'opération de concentration

40. Selon l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, seuls les marchés de produits et les marchés géographiques sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20 % ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 % ou plus, sont soumis à une analyse détaillée. Ces marchés sont décrits comme « marchés affectés par l'opération de concentration ». Si les seuils précités ne sont pas atteints, l'opération de concentration est supposée n'avoir pas d'effets pertinents dans les marchés concernés et il n'est généralement pas utile de procéder à une analyse plus approfondie.

3.3.3 Parts de marché d'Indigo sur le marché du stationnement en ouvrage

41. Indigo ne contrôle que [...] sociétés dont les parkings sont exploités par PMS. Ces trois parkings totalisent [...] places de stationnement payantes à Lausanne.

42. Il existe, selon les informations publiques disponibles¹¹, 21 autres parcs de stationnement qui ne sont pas contrôlés par Indigo à Lausanne, totalisant 6'943 places de stationnement.

43. Il en résulte que la part de marché estimée d'indigo à Lausanne dans le marché du stationnement en ouvrage, au sens de la délimitation la plus étroite du marché, est de [10-20] %.

44. En conséquence, la part de marché d'Indigo en Suisse est largement inférieure à 30 %.

4 Résultat de l'analyse

45. Pour les raisons énoncées, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

⁹ Parkings situés à la périphérie du réseau de transport urbain où les usagers laissent leur véhicule automobile pour terminer leur trajet en transports en commun.

¹⁰ Décision no 10-DCC-02 du 12 janvier 2010, N 41 à 43.

¹¹ Cf. <http://www.pms-parkings.ch/index.php?page=nos-parkings>; <http://www.lausanne.ch/fr/lausanne-officielle/administration/finances-et-mobilite/routes-mobilite/parkings-stationnement.html>; <http://www.parking-lausanne.ch>.

B 2.3

2. PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. September 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. September 2016

A Sachverhalt

1. Am 9. August 2016 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die PostFinance AG und die SIX Payment Services AG den Erwerb gemeinsamer Kontrolle über die TWINT AG sowie die Übertragung von Issuing- und Scheme-Aktivitäten des SIX-Bezahl-Schemes¹ Paymit auf die TWINT AG.

2. Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens ist die Bildung eines gemeinsamen Mobile Payment-Systems, mit welchem Bezahlungen und Zahlungsüberweisungen mit mobilen Endgeräten wie z.B. Smartphones oder Tablets getätigt werden können. Das neue Bezahl-Scheme wird (im Gegensatz zum aktuellen Bezahl-Scheme der TWINT AG, welches als Drei-Parteien-System ausgelegt ist) als offenes Vier-Parteien-System bestehend aus Issuern, Acquirern, Merchants und Consumers ausgestaltet.

3. Die Zusammenschlussparteien halten fest, dass das System allen Konsumenten und Händlern sowie Issuern und Acquirern offen stehen wird. Das durch den geplanten Zusammenschluss entstehende, im Markt unter der neu gestalteten Marke „TWINT“ auftretende, mobile Bezahl-Scheme soll kanalübergreifend an der Ladenkasse, im elektronischen bzw. Internethandel, in Apps, sowie zwischen Personen einsetzbar sein. Die Nutzer werden wählen können, wie sie ihre mobilen Zahlungen begleichen wollen: Das neue Bezahl-Scheme wird die Anbindung an ein Bank-/Postkonto wie auch an eine Kredit- oder Prepaidkarte ermöglichen. Auch das Aufladen des individuellen TWINT-Kontos per Vorauszahlung wird möglich sein. Ergänzend dazu wird das neue TWINT-Scheme zahlreiche Mehrwertdienstleistungen rund um den Einkaufs- und Bezahlungsprozess anbieten. Diese Kombination eines einheitlichen und einfachen mobilen Bezahlungssystems zusammen mit den Mehrwertdienstleistungen rund um den mobilen Einkaufs- und Bezahlungsprozess soll beim Konsumenten und beim Händler zu deutlichen Mehrwerten im Vergleich zu herkömmlichen Bezahlungsmethoden wie Karten- und Bargeldzahlungen führen.

4. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden eine beschränkte Auswahl an Marktteilnehmern zur Stellungnahme zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben

eingeladen, namentlich der Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (nachfolgend: VEZ), welcher das Ziel verfolgt, die Interessen des gesamten schweizerischen Detailhandels, des Gastgewerbes, der Hotellerie sowie der Dienstleistungssektoren hinsichtlich elektronischer Zahlungsmittel zu vertreten; Coop, Migros, Aldi und Lidl aus dem Bereich Detailhandel; und schliesslich Apple, Google, Samsung sowie SwissWallet als gegenwärtige respektive potenzielle Konkurrenten von TWINT im Bereich Mobile Payment. Sämtliche befragte Unternehmen haben die entsprechenden Fragebogen, teilweise innert erstreckter Frist, beantwortet.

5. Mit Schreiben vom 31. August 2016 haben die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen der WEKO eine schriftliche Zusage bezüglich Offenheit und Diskriminierungsfreiheit des TWINT 2.0-Zahlungssystems eingereicht.²

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde auch der EU-Kommission gemeldet, mit welcher auch entsprechende direkte Kontakte in dieser Angelegenheit erfolgten. Der Entscheid der EU-Kommission erfolgt erst nach Abschluss der vorläufigen Prüfung durch die WEKO, aufgrund mangelnder Aktivität der Zusammenschlussparteien in der EU ist allerdings von einer Genehmigung auszugehen.

A.1 Beteiligte Unternehmen**A.1.1 PostFinance AG**

7. Die PostFinance AG (nachfolgend: PostFinance) ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, deren Aktien vollumfänglich von „Die Schweizerische Post AG“ gehalten werden. PostFinance ist als Bank tätig und bietet insbesondere eine breite Palette von Dienstleistungen im Zahlungsverkehr für ihre Endkunden sowie im Interbankenverkehr an und erbringt die Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs gemäss Artikel 32 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (PG; SR 783.0). PostFinance betreibt unter anderem eigene Lösungen zur Abwicklung von Lastschriften (Debit Direct DD) sowie E-Rechnungen sowohl an E- und M-Bankingnutzer in ihren E- und M-Bankinglösungen E-Finance bzw. PostFinance Applikation als auch an Electronic-Data-Interchange (nachfolgend EDI)-Empfänger. Die Aktivitäten der Post sind den Wettbewerbsbehörden aus anderen Verfahren bekannt.³

¹ Vgl. hierzu Rz 23.

² Siehe Rz 106.

³ Vgl. etwa RPW 2012/4 864 ff., *Schweizerische Post/La Poste*; RPW 2009/4, 383 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia* und RPW 2003/2, 255 ff.; *Kooperationsvorhaben UBS AG/PostFinance – Die Schweizerische Post*.

A.1.2 SIX Payment Services AG

8. Die SIX Payment Services AG (nachfolgend: SIX) ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, die von der SIX Group AG (nachfolgend: SIX Group) kontrolliert wird. SIX Group betreibt die schweizerische Finanzplatzinfrastruktur und bietet mit den Geschäftsbereichen „SIX Swiss Exchange“, „SIX Securities Services“, „SIX Financial Information“ und „SIX Payment Services“ internationale umfassende Dienstleistungen in den Bereichen Wertschriftenhandel und -abwicklung sowie Finanzinformationen und Zahlungsverkehr an. SIX befindet sich im Eigentum ihrer Nutzer (rund 140 Banken verschiedenster Ausrichtung und Grösse) und ist mit ihren Tochtergesellschaften in 25 Ländern tätig. Im Bereich Zahlungsverkehr bietet SIX Group unter anderem Dienstleistungen entlang der gesamten Wertschöpfungskette des bargeldlosen Zahlungsverkehrs an, von der Herausgabe von Zahlungskarten über die Akzeptanz bis zur Verarbeitung von kartenbasierten Transaktionen. Zudem betreibt SIX Group Lösungen für die Abwicklung von Interbank-Zahlungen (SIC) sowie für elektronische Lastschriften und elektronische Rechnungen an E- und M-Bankingnutzer, Workflow-Nutzer und EDI-Empfänger. Die Aktivitäten der SIX Group sind den Wettbewerbsbehörden aus anderen Verfahren bekannt.⁴

9. Die SIX ist derzeit Anbieterin des mobilen Bezahl-Schemes „Paymit“. Dieses System [...] sollen im [...] in die TWINT AG eingebracht werden.

A.1.3 TWINT AG

10. Die TWINT AG (nachfolgend: TWINT) ist eine Schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern, welche im Juli 2014 mit dem Ziel gegründet wurde, ein digitales Portemonnaie für die Schweiz zu entwickeln. Sie ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von PostFinance. Die derzeitigen Aktivitäten von TWINT umfassen unter anderem die Entwicklung und den Betrieb einer sogenannten mobilen Applikation (App), mittels welcher Nutzer Einkäufe per Smartphone bezahlen können. Weiter können TWINT-Nutzer Geld an andere TWINT-Nutzer versenden oder von diesen Geld anfordern und empfangen. Schliesslich bietet die Plattform Werbedienstleistungen im Bereich der mobilen Werbung an.

A.2 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

11. Sowohl PostFinance als auch SIX betreiben derzeit die Peer to Peer- (nachfolgend: P2P)⁵ und Peer to Merchant (nachfolgend: P2M)⁶ Bezahl-Schemes TWINT (Scheme der PostFinance) und Paymit (Scheme der SIX) in der Schweiz. Diese beiden Lösungen unterscheiden sich in ihren Nutzungsmöglichkeiten und ihren technischen Hintergründen, weshalb sich die Funktionen der beiden Mobile Payment-Schemes ergänzen. Gemäss den Zusammenschlussparteien wurde vor diesem Hintergrund und aufgrund der Tatsache, dass eine Kombination der beiden Lösungen den Schweizer Konsumenten und dem Detailhandel eine innovative, integrierte und standardisierte Lösung für den digitalen Zahlungsverkehr anbieten würde, ein Entscheid zu einem Zusammenschluss von TWINT und Paymit und zur Entwicklung, Vermarktung, Betrieb, Unterhalt und Weiterentwicklung einer einheitlichen Lösung getroffen. Das Mobile Payment-System soll zudem eine schweizerische

Alternative zu Mobile Payment-Lösungen internationaler Anbieter wie Apple, Samsung und Google darstellen.

A.3 Geplante Transaktionen

12. Neben PostFinance und SIX werden weitere Unternehmen aus der Finanzbranche Minderheitsbeteiligungen an TWINT halten. Mit dem Abschluss eines Vertragswerks („Transaction Agreement“) samt Anhängen sowie eines Aktionärbindungsvertrages (Anhang 5 des Transaction Agreements) setzen sich auch die UBS Switzerland AG, (nachfolgend: UBS), die Credit Suisse AG (nachfolgend: CS), die Zürcher Kantonalbank (nachfolgend: ZKB), die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft (nachfolgend Raiffeisen) und die Banque Cantonale Vaudoise (nachfolgend: BCV) für eine einheitliche Lösung für ein schweizerisches mobiles Bezahlsystem ein.

13. TWINT wird sich als TWINT-Gruppe zusammensetzen, welche von den Zusammenschlussparteien entweder direkt oder indirekt gemäss den im Transactions Agreement festgelegten Beteiligungsquoten gehalten werden. Demnach werden die anfänglichen Beteiligungsverhältnisse der Aktionäre von TWINT respektive der TWINT-Gruppe so gestaltet, dass PostFinance und SIX jeweils 33,1/3 %, UBS [...] %, CS [...] %, ZKB [...] %, Raiffeisen [...] % und BCV [...] % der Aktien halten werden.

14. SIX wird sich im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens mittels Einbringung der Aktiven des SIX-Geschäftsbereichs Paymit [...] auf TWINT übertragen [...].

A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

15. Gemäss den Zusammenschlussparteien soll das neue Mobile Payment-Scheme (nachfolgend als TWINT 2.0 bezeichnet) zwecks Unterscheidung vom aktuell bestehenden TWINT 1.0) eine innovative Lösung bereitstellen, welche die Stärken des Paymit-Schemes und des TWINT 1.0-Schemes kombiniert und den Kunden und Händlern eine Alternative zu den mobilen Bezahlösungen internationaler Anbieter wie Apple, Samsung und Google bietet und entsprechend ein innovatives Wettbewerbsprodukt von Schweizer Anbietern zu ausländischen Marktteilnehmern bildet.

16. Das System wird allen Konsumenten und Händlern sowie anderen interessierten Kreisen offen stehen. Das durch den Zusammenschluss entstehende, im Markt unter der neu gestalteten Marke „TWINT“ auftretende, Mobile Payment-Scheme soll P2M-Zahlungen kanalübergreifend an der Ladenkasse, im elektronischen bzw. Internethandel (E-Commerce) und in Apps ermöglichen. Die Funktionalitäten von TWINT 2.0 sollen auch Überweisungen von Zahlungen unter den Nutzern, also P2P-Zahlungen, abdecken.

⁴ Vgl. etwa RPW 2007/4, 557 ff., SWX Group Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG und RPW 2011/1, 96 ff., SIX Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

⁵ Als P2P-Zahlungen werden Zahlungen zwischen Privatpersonen bezeichnet.

⁶ Als P2M-Zahlungen werden Zahlungen von Privatpersonen an Händler bezeichnet.

17. [...]

18. Ergänzend dazu wird das neue TWINT 2.0-Scheme zahlreiche Mehrwertdienstleistungen rund um den Einkaufs- und Bezahlsprozess anbieten. Diese Kombination eines einheitlichen und einfachen Mobile Payment-Systems zusammen mit den Mehrwertdienstleistungen rund um den mobilen Einkaufs- und Bezahlsprozess soll beim Konsumenten und beim Händler zu deutlichen Mehrwerten im Vergleich zu herkömmlichen Bezahlungsmethoden wie Karten- und Bargeldzahlungen führen.

A.5 Mobile Payment

A.5.1 Allgemeines

19. Unter Mobile Payment versteht man im Allgemeinen die Abwicklung von Zahlungen unter Verwendung von mobilen Geräten – typischerweise Smartphones oder Tablets, welche mit einer entsprechenden App versehen sind – ohne den Einsatz eines physischen Zahlungsmittels wie einer (physischen) Debit- respektive Kreditkarte oder von Bargeld.

A.5.2 Anwendungsbereiche

20. Wie bereits eingangs erläutert, kann Mobile Payment für verschiedene Arten von Zahlungen zur Anwendung kommen.⁷ So kann zwischen Zahlungen von Privatperson zu Privatperson, sogenannten P2P-Zahlungen („peer-to-peer“), und Zahlungen von Privatpersonen an Händler, sogenannten P2M-Zahlungen („peer-to-merchant“) unterschieden werden. Bei P2M-Zahlungen können wiederum nach Verkaufskanälen unterschieden werden, namentlich zwischen Zahlungen in physischen Verkaufsstellen und Zahlungen im elektronischen bzw. Internethandel (E-Commerce) und in Apps.

A.5.3 Wallet-Lösungen versus Payment Schemes

21. Bei sogenannten Wallet-Lösungen wird ein Zahlungsmittel in der entsprechenden Wallet-App, sozusagen einem digitalen Portemonnaie, hinterlegt. Im Falle der Hinterlegung eines kartenbasierten Zahlungsmittels, wie einer Debit- oder Kreditkarte, wird diese Möglichkeit typischerweise zwischen dem Issuer der entsprechenden Zahlkarte und dem Anbieter der Wallet-Lösung vereinbart. So besteht keine direkte vertragliche Beziehung zwischen dem Händler und dem Anbieter der Wallet-Lösung, viel mehr genügt es wenn dieser das im Wallet hinterlegte Debit- bzw. Kreditkarte als Zahlungsmittel akzeptiert und die entsprechenden technischen Voraussetzungen für die Abwicklung der entsprechenden Mobile Payment-Transaktion erfüllt.

22. Apple Pay stellt ein Beispiel für eine solche Wallet-Lösung dar. Konkret ermöglicht Apple Pay in der Schweiz derzeit ausschliesslich die Hinterlegung von MasterCard sowie Visa Cards, welche von den Issuern Cornèr Bank⁸ sowie Swiss Bankers herausgegeben werden. Händlerseitig kann Apple Pay jedoch in sämtlichen Verkaufsstellen eingesetzt werden, welche Kreditkarten von MasterCard respektive Visa als Zahlungsmittel akzeptieren und über Kreditkartenterminals verfügen, welche kontaktlose Zahlungen über einen – auch bei den meisten physischen Kreditkarten integrierten – Near Field Communication-Chip⁹ ermöglichen. Aus Sicht des Händlers unterscheidet sich eine Zahlung über eine in

Apple Pay hinterlegte Kreditkarte somit weder in technischer noch in praktischer Hinsicht, inkl. der Höhe der Gebühren, von einer kontaktlosen Zahlung über den NFC-Chip einer entsprechenden Kreditkarte.

23. Im Gegensatz zu Apple Pay ist TWINT 2.0 – wie auch TWINT 1.0 sowie Paymit – als ein sogenanntes Payment Scheme konzipiert. Dies bedeutet konkret, dass die Einbindung anderer Bezahlmittel nur für das Funding einer TWINT 2.0-Transaktion und nicht für die Zahlung selbst verwendet wird. Während für das Funding einer TWINT 2.0-Transaktion unterschiedliche Bezahlmittel Verwendung finden können, handelt es sich bei einer eigentlichen Bezahltransaktion immer um eine Transaktion des TWINT 2.0-Scheme. Daraus ergibt sich, dass (im Gegensatz zu einer Wallet-Lösung) die Akzeptanz von TWINT durch einen Händler eine explizite vertragliche Vereinbarung mit einem TWINT-Acquirer bedingt. Gegenüber Endkunden besteht umgekehrt ein Vertragsverhältnis zu einem TWINT Issuer.

24. In organisatorischer Hinsicht kann bei Mobile Payment-Schemes, analog zum Aufbau von Debit- bzw. Kreditkartensystemen, zwischen Drei-Parteien-Systemen und Vier-Parteien-Systemen unterschieden werden. Bei einem Vier-Parteien-System stehen Endkunden einem oder mehreren Issuern gegenüber (beispielsweise Kartenherausgebern im Falle von Kreditkarten) wohingegen Händler einen Vertrag mit einem Acquirer eingehen. Falls das Issuing und Acquiring gemeinsam erfolgt spricht man von einem Drei-Parteien-System. Konkret sind sowohl das geplante TWINT 2.0-Scheme als auch das Paymit-Scheme als Vier-Parteien-Systeme mit jeweils mehreren Issuern bzw. Acquirern ausgelegt. Die konkrete Ausgestaltung des TWINT 2.0-Schemes ist in Abbildung 1 ersichtlich. Hingegen ist das derzeit im Einsatz stehende TWINT 1.0-Scheme als Drei-Parteien-System, mit TWINT als einzigem Acquirer und Issuer, konzipiert.

⁷ Vgl. Rz 11.

⁸ Namentlich Kreditkarten, welche unter den Marken Cornèr Card und Bonus Card herausgegeben werden.

⁹ Vgl. Rz 25.

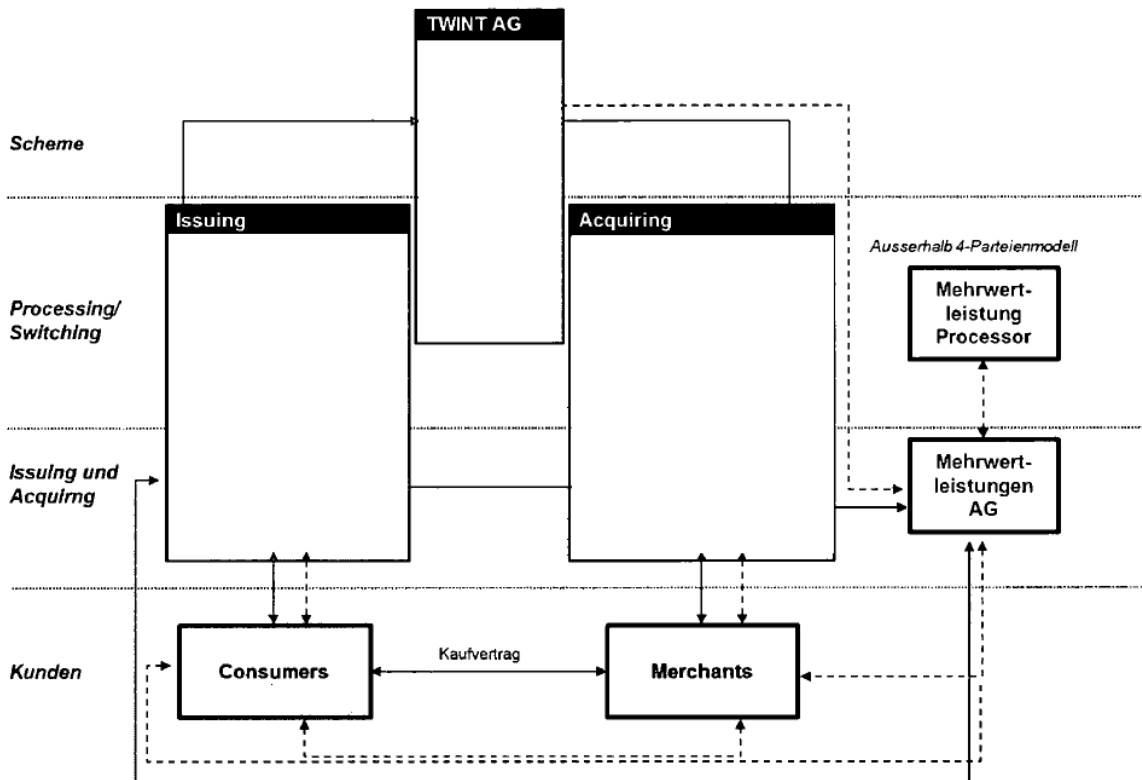


Abbildung 1: Übersicht TWINT 2.0-Payment Scheme (geschäftsgheimnisbereinigt; Quelle: Zusammenschlussparteien)

A.5.4 Schnittstellen

25. Für die Abwicklung von Mobile Payment-Zahlungen unterschiedliche auf den mobilen Geräten vorhandene technische Schnittstellen zum Einsatz. So werden P2M-Zahlungen über das TWINT 1.0-Scheme in physischen Verkaufsstellen derzeit grossmehrheitlich über Bluetooth abgewickelt. Diese Funktechnologie hat den Vorteil, dass sie praktisch auf allen Smartphones (unabhängig vom Betriebssystem) vorhanden und Entwicklern von Apps zugänglich ist. Allerdings verfügen die üblichen durch Händler eingesetzten Zahlungsterminals derzeit über keine Bluetooth-Funktionalität, so dass im Falle von TWINT zusätzliche sogenannte Beacons, welche mit dem Logo von TWINT versehen sind, zum Einsatz kommen.

26. Near Field Communication (NFC) ist neben Bluetooth ein weiteres Funkprotokoll, welches zur Abwicklung von Mobile Payment-Zahlungen in physischen Verkaufsstellen eingesetzt werden kann. Im Vergleich zur Bluetooth-Technologie verbraucht NFC weitaus weniger Energie bei der Anwendung. Zudem werden durch die von der NFC-Technologie erforderliche Nähe Signalstörungen durch andere Geräte minimiert. Auch erfolgt eine NFC-Kopplung zwischen mehreren Geräten fast sofort und bedarf keiner manuellen Verbindung wie bei der Bluetooth-Kopplung. Schliesslich verfügen viele der derzeit bei Händlern eingesetzten Zahlungsterminals über eine NFC-Schnittstelle, zumal kontaktlose Zahlungen mit

physischen Debit- und Kreditkarten ebenfalls auf NFC basieren. Bezüglich der Nutzung von NFC im Bereich Mobile Payment besteht die Einschränkung, dass derzeit lediglich neuere Smartphones über einen NFC-Chip verfügen. Auch gewährt Apple Drittanbietern von Mobile Payment-Apps keinen Zugriff auf die NFC-Schnittstelle bei iPhones. So behält Apple, zumindest derzeit, die Nutzung der NFC-Schnittstelle bei entsprechend ausgerüsteten iPhones ausschliesslich der eigenen Mobile Payment-Lösung Apple Pay vor.

27. Für die Nutzung von Mobile Payment für Zahlungen im elektronischen bzw. Internethandel (E-Commerce) und in Apps sind funkbasierte Schnittstellen nicht praktikabel. Für Online-Anwendungen kommen stattdessen zweidimensionale Codes, insbesondere sogenannte QR-Codes, in Frage, welche für die Zahlung über die Kamera des Smartphones eingelesen werden. Alternativ kann auch ein Zahlencode zum Einsatz kommen, welcher (beispielsweise auf der Website eines Online-Stores) angezeigt wird und manuell in der Mobile Payment-App eingegeben wird. Neben dem Einsatz von QR-Codes bzw. Zahlencodes für Online-Anwendungen können solche Lösungen auch im stationären Handel verwendet werden, da prinzipiell auch beispielsweise Zahlungsterminals solche Informationen auf dem Display darstellen können. TWINT 1.0 unterstützt derzeit auch Zahlungen über QR-Codes sowie Zahlencodes. Wie auch Bluetooth haben QR-Codes sowie Zahlencodes den Vorteil, dass diese bei sämtlichen modernen Smart-

phones eingesetzt werden können und die entsprechenden Schnittstellen Entwicklern bei sämtlichen mobilen Betriebssystemen offen stehen.

28. Schliesslich kommt beispielsweise bei der Wallet-Lösung von Samsung (Samsung Pay), neben NFC, teilweise auch Magnetic Secure Transmission (MST) zum Einsatz. Dabei generiert das Smartphone ein schwaches Magnetfeld, welches durch den Magnetleser eines Zahlungsterminals eingelesen werden kann. Diese Technologie kann dementsprechend bei sämtlichen Zahlungsterminals eingesetzt werden, welche auch reguläre Debit- bzw. Kreditkarten mit einem Magnetstreifen akzeptieren. MST ist jedoch nur bei den wenigsten Smartphones integriert.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

29. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

30. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

31. Es ist im vorliegenden Fall zu prüfen, ob im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU die gemeinsame Kontrolle und die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen vorliegen. Weiter ist im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU zu prüfen, ob von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen Geschäftstätigkeiten in das Gemeinschaftsunternehmen einfließen.

B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle

32. Eine gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss. Die Praxis der WEKO nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission. Eine gemeinsame Kontrolle liegt insofern dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.

33. Nach Vollzug des Zusammenschlusses würden PostFinance und SIX stimmen- und kapitalmässig je eine Beteiligung von 33,1/3 % an TWINT halten. Auf-

grund dieser Struktur würden PostFinance und SIX gleichermaßen entscheidenden Einfluss auf TWINT haben. Insbesondere erhalten PostFinance und SIX Vetorechte in Bezug auf strategische Entscheide der TWINT-Gruppe, womit sie wichtige Geschäftsbeschlüsse nur gemeinsam treffen können. Einige dieser Vetorechte, wie etwa bezüglich [...], reichen gemäss Praxis und Lehre aus, um die gemeinsame Kontrolle zu begründen.¹⁰

B.1.2.2 Vollfunktionsunternehmen

34. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 VKU liegt gemäss Praxis der WEKO unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Das Gemeinschaftsunternehmen hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es tritt als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt auf, wobei es dabei mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

35. TWINT ist ein bereits bestehendes Unternehmen innerhalb des Post-Konzerns und nimmt Aktivitäten von PostFinance im Bereich der mobilen Zahlungen per Smartphone wahr. TWINT bzw. die TWINT-Gruppe wird nach Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch PostFinance und SIX und Einbringung der Paymit-Aktivitäten nach wie vor eine selbständig am Markt agierende Gesellschaft bleiben. Somit weist TWINT respektive die TWINT-Gruppe alle Eigenschaften eines Vollfunktionsunternehmens auf.¹¹

B.1.2.3 Einzubringende Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

36. Nach der Praxis der WEKO ist dieses Tatbestandsmerkmal von Art. 2 Abs. 2 VKU üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.¹² Im Rahmen des

¹⁰ Vgl. MANI REINERT in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstz/Reinert (Hrsg.), Art. 4 Abs. 3 N 249 und 253; Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2009/C 43/09, Rz 69 ff.; RPW 2013/1 106 ff. Rz 14 ff., *BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.*

¹¹ Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 10), Art. 4 Abs. 3 N 324.

¹² Vgl. RPW 2012/1, 150 Rz 56, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*, m.w.H.

Zusammenschlussvorhabens wird sich SIX an TWINT beteiligen und die Aktiven von Paymit, ein weiterer am Markt bereits tätiger Geschäftsbereich von SIX im Bereich mobiler Zahlungen, in TWINT einbringen.

B.1.2.4 Fazit

37. Die Voraussetzungen gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU sind vorliegend erfüllt. Damit handelt es sich bei dem gemeldeten Vorhaben um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

38. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

39. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, so-

fern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

40. Bei einem Kontrollerwerb gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Vorliegend gelten somit PostFinance und SIX als beteiligte Unternehmen.

41. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt, dass der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG in casu eindeutig erfüllt ist. Zudem wird die Umsatzschwelle von CHF 100 Mio. in der Schweiz durch beide beteiligten Unternehmen erreicht. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 (Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien)

Beteiligtes Unternehmen	Umsatz in CHF weltweit	Umsatz in CHF in der Schweiz
PostFinance	[...]	[...]
SIX	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

42. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

43. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

44. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

45. Damit auf einem Markt der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, muss gemäss Bundesgericht ein marktbeherrschendes Unternehmen über die Möglichkeit verfügen, bereits bestehende Konkurrenten aus dem

Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten.¹³ Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus.

46. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1 Relevanter Markt

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

47. 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).

¹³ Urteil des BGer in Sachen Wettbewerbskommission gegen Berner Zeitung AG und Tamedia AG, 2A.327/2006, E. 6.4.

48. In der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde dargelegt, dass Kredit- und Debitkarten sowie auch andere Zahlungsmittel wie Bargeld, Checks, Giro-Verkehr, Kundenkarten etc. weder aus Sicht der Händler noch aus Sicht der Karteninhaber nahe Substitute darstellen, sondern sich als Zahlungsmittel vielmehr ergänzen.¹⁴

49. Bisher hat sich die WEKO noch nicht geäußert, wie die Dienstleistungen im Bereich Mobile Payment im Verhältnis zu anderen Zahlungsmitteln einzuordnen sind. Demgegenüber hat sich die EU-Kommission im Rahmen der Fusionskontrolle bereits wiederholt mit diesem Themenbereich auseinandergesetzt.¹⁵ Der Gegenstand dieser Verfahren erschöpfte sich jedoch hauptsächlich in der Bereitstellung einer technologischen Plattform – insbesondere durch Mobilfunkanbieter – über welche Anbieter von Wallet-Lösungen wiederum ihre Mobile Payment-Dienstleistungen gegenüber Endkunden bzw. Händlern bereitstellen können.¹⁶

50. Die EU-Kommission hat im Jahr 2012 im sogenannten M-Commerce-Entscheid¹⁷ nebst einem „Wholesale-Markt für die Bereitstellung von Mobile Wallet-Plattformen“ einen „Retail-Markt für die Distribution von Mobile Wallet-Dienstleistungen an Kunden“ betrachtet. Dieser Markt umfasst das Anbieten von Mobile Wallet-Dienstleistungen (inklusive offline und online mobile Zahlungen) an Konsumenten. Dabei geht die EU-Kommission vom Folgenden aus:¹⁸

- Der Retail-Markt für die Bereitstellung von Mobile Wallet-Dienstleistungen an Kunden (inklusive offline und online mobile Zahlungen) bildet einen separaten Markt von den bestehenden online Zahlungsdienstleistungen (durch Kredit- und Debitkarten, Paypal usw. auf dem Internet mithilfe eines PC, Tablet oder Handy). Die genaue Abgrenzung liess die EU-Kommission jedoch offen.¹⁹
- Mobile Zahlungen werden für die absehbare Zukunft mit nicht-mobilen Zahlungen wie NFC- und nicht-NFC-fähigen Kredit- und Debitkarten und traditionellen Zahlungsmethoden wie Kredit- und Debitkarten sowie Bargeld koexistieren. Die genaue Unterscheidung liess die EU-Kommission jedoch offen.²⁰
- Online mobile-Zahlungen mithilfe eines Mobiltelefons über eine Telefondatenverbindung wie 3G/WiFi und offline mobile-Zahlungen mittels NFC-basierten Smartphones am Verkaufspunkt gehören nicht zum gleichen relevanten Markt. Die genaue Unterscheidung liess die EU-Kommission jedoch offen.²¹

51. Im darauffolgenden Entscheid *Telefónica/Caixa Bank/Banco Santander/JV* ging die EU-Kommission davon aus, dass die Distribution von „Digital Wallet“-Dienstleistungen, welche es den Kunden erlaubt, Zahlungskarteninformationen auf ein „Digital Wallet“ aufzuladen und deren Mobiltelefon, Tablet, Laptop oder statischen PC zu benutzen, um auf das „Digital Wallet“ zuzugreifen und damit finanzielle Transaktionen zu tätigen, einen separaten Markt oder zumindest ein separates Segment von anderen bestehenden (online und offline) Zahlungsmöglichkeiten bildet.²²

52. Im Entscheid *BNP Paribas Fortis/Belgacom/Belgian Mobile Wallet* erwog die EU-Kommission schliesslich eine Unterscheidung zwischen offline „Mobile Wallet“-Dienstleistungen (NFC-fähige mobile Geräte am Point-of-Sale, d.h. an physischen Verkaufsstellen) und online „Mobile Wallet“-Dienstleistungen (wobei Dienstleistungen wie MasterPass und V.Me Wallets oder Google Wallet als Beispiele aufgeführt werden). Sie liess die genaue Marktabgrenzung aber schliesslich offen.²³

53. Die Haupttätigkeit von TWINT wird im Bereich P2M-Mobile Payment liegen. So soll das TWINT 2.0-Scheme Zahlungen unter Verwendung eines mobilen Gerätes zwischen Händlern und Endkunden ermöglichen. Derartige mobile P2M-Zahlungen werden derzeit einerseits von Anbietern von Mobile Payment-Schemes (wie TWINT und Paymit) sowie von Anbietern von Wallet-Lösungen (wie Apple Pay und SwissWallet) angeboten.

54. Bei Wallet-Lösungen im Bereich P2M-Mobile Payment (wie Apple Pay) ist eine Komplementarität zu den jeweils hinterlegten Kredit- respektive Debitkarten – unabhängig von der jeweiligen Marktgegenseite – naturgemäss gegeben. So stellt ein Wallet gerade kein eigenständiges Zahlungsmittel dar, sondern ist lediglich als komplementäre Dienstleistung zu verstehen, zumal die Zahlung letztlich über die hinterlegte Debit- respektive Kreditkarte erfolgt. Hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung von Wallet-Lösungen ist jedoch unklar, ob und inwiefern sich solche Wallet-Lösungen als eigenständige Dienstleistungen durchsetzen werden. So ist es beispielsweise nicht auszuschliessen, dass Wallet-Lösungen eher als blosse Zusatzleistungen im Rahmen eines Gesamtprodukts seitens Anbietern von Zahlungsmitteln, Smartphones etc. etablieren werden.

55. Auch bei P2M-Payment Schemes (wie TWINT) ist derzeit eine Komplementarität zu anderen Zahlungsmitteln insofern gegeben, als dass solche derzeit in Ergänzung zu diesen eingesetzt wird. Jedoch ist es hypothetisch denkbar, dass sich gewisse Payment Schemes

¹⁴ RPW 2012/4, 789f. Rz 220ff, *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*; RPW 2009/2, 132 f. Rz 96 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*; RPW 2006/4, 611 Rz 83 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*; RPW 2006/1, 86 ff. Rz 169 ff. und 92 ff. Rz 203 ff., *Kreditkarten - Interchange Fee*.

¹⁵ Vgl. COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*; COMP/M. 6956 – *Telefónica/CaixaBank/Banco Santander/JV*; COMP/M.6967 – *BNP Paribas Fortis/Belgacom/Belgian Mobile Wallet*.

¹⁶ Vgl. COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 91; COMP/M.6967 – *BNP Paribas Fortis/Belgacom/Belgian Mobile Wallet*, Rz 7.

¹⁷ COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*.

¹⁸ COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 118 ff.

¹⁹ COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 127.

²⁰ COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 135.

²¹ COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 139.

²² COMP/M. 6956 – *Telefónica/CaixaBank/ Banco Santander/JV*, Rz 34.

²³ COMP/M.6967 – *BNP Paribas Fortis/Belgacom/Belgian Mobile Wallet*, Rz 47ff.

längerfristig auch als Substitut für etablierte Zahlungsmittel durchsetzen könnten. So könnte zukünftig ein erfolgreiches P2M-Payment Scheme, welches direkt an das Konto von Endkunden angebunden ist, sich durchaus auch als Alternative beispielsweise zu Debitkarten erweisen.

56. Da sowohl Wallet-Lösungen als auch P2M-Payment Schemes derzeit bei den Händlern – allein schon aufgrund ihrer derzeitigen geringen Verwendung – wohl grossmehrheitlich komplementär zu anderen Zahlungsmitteln eingesetzt werden, wird nachfolgend von der Hypothese eines sachlich relevanten Marktes für *P2M-Mobile Payment* ausgegangen. Angesichts der derzeitigen frühen Marktphase sowie der insgesamt noch geringen Verbreitung von P2M-Mobile Payment im Allgemeinen wird dagegen von einer differenzierten Betrachtung zwischen Wallet-Lösungen und Payment Scheme abgesehen. Auch erscheint eine weitere Unterteilung von mobilen P2M-Zahlungen nach Verkaufskanal, namentlich nach Zahlungen im stationären Handel bzw. im Online-Handel²⁴ angesichts der Konvergenz dieser Verkaufskanäle derzeit nicht (mehr) angebracht zu sein. So kann beispielsweise TWINT sowohl im stationären Handel, als auch in Online-Stores eingesetzt werden. Ebenso kommt Apple Pay sowohl bei Zahlungen im stationären Handel wie auch für Zahlungen innerhalb von entsprechenden Apps sowie im App Store zum Einsatz.

57. Entsprechend der Praxis der WEKO bezüglich Kundenkarten, werden in der nachfolgenden Analyse eigene Mobile Payment-Lösungen einzelner Händler nicht dem möglichen sachlich relevanten Markt für P2M-Mobile Payment zugerechnet, zumal diese auf Seiten des Handels Dritten derzeit nicht offen stehen. Jedoch kann von der Existenz solcher eigener Mobile Payment-Lösungen, wie insbesondere der Migros App, der Supercard App von Coop oder der Starbucks App durchaus eine gewisse disziplinierende Wirkung ausgehen. Dies wird nachfolgend auch entsprechend gewürdigt.²⁵

58. In der nachfolgenden Analyse wird dementsprechend von einem sachlich relevanten Markt für *P2M-Mobile Payment* ausgegangen. Dieser (zweiseitige) Markt kann hierbei aus Sicht der verschiedenen Marktgegenseiten betrachtet werden, so aus Sicht von Endkunden, welche Mobile Payment-Dienstleistungen entweder direkt von einem Anbieter oder indirekt über einen Issuer nachfragen, aus Sicht von Händlern, welche insbesondere über entsprechende Acquirer Zugang zu solchen Dienstleistungen erhalten und schliesslich aus Sicht von Issuern respektive Acquirern, welche auf einer Systemebene Mobile Payment-Dienstleistungen bei Scheme-Anbietern bzw. Wallet-Anbietern zwecks Vertrieb an Endkunden bzw. Händler nachfragen.²⁶

59. Es ist jedoch klar festzuhalten, dass angesichts der frühen Marktphase und der entsprechenden Unsicherheit bezüglich der zukünftigen Entwicklung des Bereichs Mobile Payment eine abschliessende Marktabgrenzung derzeit, gerade im Rahmen einer vorläufigen Prüfung, nicht realistisch ist. So ist es derzeit – wie zuvor aufgeführt – letztlich unklar, ob sich P2M-Mobile Payment überhaupt als eigenständige Dienstleistung durchsetzen wird, ob sich einzelne Lösungen als Substitute für bestehende Zahlungsmittel etablieren oder ob Mobile

Payment lediglich den Charakter einer (nicht eigenständigen) Zusatzdienstleistung annehmen werden. So entspricht die nachfolgende Betrachtung eines möglichen Marktes für P2M-Mobile Payment einer vorsichtigen Hypothese, wobei durchaus auch weitere Marktabgrenzungen denkbar wären. Aufgrund der Tatsache, dass selbst bei der nachfolgenden Betrachtung eines eher eng definierten Marktes für P2M-Mobile Payment das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keinen unmittelbaren Bedenken führt, kann eine abschliessende Marktabgrenzung jedoch ohnehin offen gelassen werden.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

60. 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).

61. Wie bereits zuvor erläutert,²⁷ verfügt die WEKO noch über keine bestehende Praxis im Bereich P2M-Mobile Payment. Jedoch kann auch bezüglich der räumlichen Marktabgrenzung auf die bestehende Praxis bei anderen Zahlungsmitteln zurückgegriffen werden. So geht die WEKO etwa für Zahlungen mittels Kreditkarten von einem nationalen Markt jeweils für Kreditkarten-Issuing²⁸ wie auch für Kreditkarten-Acquiring²⁹ aus. Für Zahlungen mittels Debitkarten wie Maestro grenzt die WEKO jeweils einen nationalen Markt für Maestro-Issuing wie auch für Maestro-Acquiring ab.³⁰

62. Die EU-Kommission geht in ihrer Praxis bezüglich des Retail-Marktes für die Distribution von Mobile Wallet-Dienstleistungen an Kunden von einer mindestens nationalen räumlichen Marktabgrenzung aus, hat aber die Frage der genauen Marktabgrenzung bislang letztlich offen gelassen.³¹

63. Im vorliegenden Fall kann hinsichtlich von Wallet-Lösungen (wie Apple Pay und SwissWallet) festgehalten werden, dass diese für Endkunden aus der Schweiz die Hinterlegung von Debit- bzw. Kreditkarten, welche von nationalen Issuern herausgegeben wurden, voraussetzen. Auch für das TWINT 2.0-Payment Scheme sind für das Funding insbesondere die direkte Anbindung von Schweizer Bankkonten, Debit- oder Kreditkarten vorgesehen. Auch ist wohl für jede Art von Mobile Payment-Dienstleistung eine Einbindung ausländischer Zahlungsmittel für den hauptsächlichen Einsatz in der

²⁴ Vgl. hierzu die entsprechenden Überlegungen in Rz 50–52.

²⁵ Vgl. diesbezüglich Rz 91.

²⁶ Zumal die Marktsituation aus Sicht von Acquirern bzw. Issuern weitgehend vergleichbar ist mit derjenigen von Endkunden bzw. Händlern und zudem die Zusammenschlussparteien direkt oder indirekt ohnehin selbst stark in diesen Bereich involviert sind, wird nachfolgend auf nähere Ausführungen aus dieser Perspektive verzichtet.

²⁷ Vgl. Rz 49.

²⁸ RPW 2015/2, 177 Rz 99, *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*.

²⁹ RPW 2015/2, 177 Rz 100, *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*.

³⁰ RPW 2012/4, 749 ff. Rz 87, *Acquiring-Gebühren auf Maestro-Transaktionen*.

³¹ COMP/M.6314 - *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 213; COMP/M.6956 - *Telefónica/CaixaBank/Banco Santander/JV*, Rz 39 f.; COMP/M.6967 - *BNP Paribas Fortis/Belgacom/Belgian Mobile Wallet*, Rz 54 ff.

Schweiz aufgrund von unterschiedlichen Währungen wenig praktikabel. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass auch global tätige Unternehmen wie Apple und Samsung ihre Mobile Wallet-Dienstleistungen nacheinander und jeweils separat in einzelnen Ländern zugänglich machen.

64. Aufgrund der aufgeführten Überlegungen wird somit nachfolgend von einem nationalen Markt für P2M-Mobile Payment ausgegangen, wobei eine abschliessende räumliche Marktabgrenzung letztlich jedoch offen gelassen werden kann.

B.4.1.3 Weitere Tätigkeitsfelder von TWINT

65. Es ist darauf hinzuweisen, dass TWINT im Zusammenhang mit der Tätigkeit im Bereich P2M-Mobile Payment Händlern respektive Endkunden ergänzende Dienstleistungen anbieten wird, welche allenfalls als Aktivitäten in separaten relevanten Märkten in Betracht gezogen werden könnten. So sind neben dem eigentlichen Kerngeschäft von TWINT bzw. der TWINT-Gruppe im Bereich P2M-Mobile Payment insbesondere auch Aktivitäten im Bereich Mehrwertdienstleistungen sowie im Bereich P2P-Zahlungen vorgesehen.

66. Die genannten Dienstleistungen werden Händler bzw. Endkunden jedoch nicht auf separater Basis zugänglich gemacht. So ist prinzipiell auch denkbar, diese Dienstleistungen gänzlich dem vorliegend betrachteten Markt für P2M-Mobile Payment zuzuordnen. Wie aus den nachfolgenden Ausführungen hervorgeht, gehen aus diesen Bereichen derzeit keine wettbewerblichen Bedenken hervor, so dass die Frage der Marktabgrenzung diesbezüglich vorliegend offen gelassen werden kann.

B.4.1.3.1. Mehrwertdienstleistungen

67. TWINT plant über eine noch zu gründende Tochtergesellschaft gegenüber Händlern Dienstleistungen wie [...] anzubieten. Diese Mehrwertdienstleistungen würden sodann über die jeweiligen Mobile-Apps, welche an das TWINT 2.0-Scheme angeschlossen sind, gegenüber den Endkonsumenten angeboten.

68. Es ist vorgesehen, dass in diesem Bereich TWINT bzw. die TWINT-Gruppe insbesondere die folgenden Aktivitäten aufweisen wird:

- [...]
- [...]

69. Für die erbrachten Dienstleistungen plant TWINT bzw. die TWINT-Gruppe gegenüber Händlern eine Gebühr zu erheben. Jedoch dienen diese Mehrwertleistungen nicht ausschliesslich der Umsatzgenerierung, sondern sollen auch zu einer Steigerung der Attraktivität von TWINT gegenüber den Endkunden beitragen.

70. Im Bereich der Werbung im Allgemeinen grenzt die WEKO Märkte für statische und dynamische Online-Werbung ab, ohne sich, soweit ersichtlich, zur Thematik der Werbung auf Mobile-Apps zu äussern.³² So wäre es denkbar, die Tätigkeiten von TWINT im Bereich Mehrwertleistungen den genannten Bereichen zuzuordnen. Jedoch ist bezüglich der Aktivitäten der Zusammenschlussparteien im Bereich der Mehrwert- bzw. Werbedienstleistungen ist darauf hinzuweisen, dass sowohl

TWINT als auch Paymit bis zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlusses [...]. Zumal auch nach Vollzug des geplanten Zusammenschlussvorhabens anfänglich nur von marginalen Umsätzen in Bereich zu rechnen ist, kann nachfolgend von einer näheren Betrachtung des Bereiches Mehrwertdienstleistungen abgesehen werden.

B.4.1.3.2. P2P-Zahlungen

71. Ebenfalls in Ergänzung zu P2M-Zahlungen wird das TWINT 2.0-Scheme die Möglichkeit zur Ausführung von P2P-Zahlungen, d.h. von Zahlungen von einem Endkunden an einen anderen Endkunden über das Scheme, erlauben. Indem die Funktionalitäten von TWINT 2.0 auch Überweisungen von Zahlungen unter den Nutzern abdecken werden, sollen letztlich für diese zusätzliche Anreize geschaffen werden, TWINT 2.0 als präferiertes Zahlungsmittel zu verwenden. So sind P2P-Zahlungen – zumindest derzeit – kostenlos sowohl für Sender, als auch Empfänger von Zahlungen.

72. Die Zusammenschlussparteien schätzen, dass im ersten Halbjahr 2016 ein Volumen von [...] CHF an mobilen P2P-Zahlungen abgewickelt wurde. Davon seien [...] CHF, d.h. [...] %, [...] das TWINT 1.0-Scheme abgewickelt worden. Hingegen seien [...] CHF, d.h. über [...] % dieser P2P-Zahlungen über das Paymit-Scheme abgewickelt worden. Davon entfallen [...] CHF auf die SIX-eigene Paymit-App. [...].

73. Bezüglich P2P-Zahlungen ist einerseits denkbar, diesen Bereich als separaten sachlich relevanten Markt zu betrachten. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass es sich hierbei gewissermassen um Sekundärdienstleistungen in Ergänzung zu P2M-Zahlungen handelt.³³ Da jedoch die Tätigkeiten von TWINT im Bereich P2P-Zahlungen derzeit vernachlässigbar sind, entstehen durch den vorliegenden Zusammenschluss auch keine nennenswerten horizontalen Effekte. Auch handelt es sich bei P2P-Zahlungen derzeit um eine kostenlose Zusatzleistung des TWINT-Schemes. Schliesslich wurden von den im Rahmen der vorläufigen Prüfung befragten Händler sowie potenziellen und aktuellen Konkurrenten im Bereich Mobile Payment keinerlei Bedenken diesbezüglich geäussert. Somit erübrigen sich weitere Ausführungen zur Einordnung der Tätigkeiten von TWINT hinsichtlich P2P-Zahlungen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

74. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht

³² Vgl. RPW 2016/1, 261 ff. Rz 80 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1 285 ff. Rz 27 ff., *Tamedia/Adextra*.

³³ Siehe analog hierzu auch die Ausführungen zu Sekundärdienstleistungen zu Private Banking bzw. Asset Management in RPW 2008/2, 286 Rz 20, *BSI SA/Banca del Gottardo*.

werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

75. In Zusammenschlussvorhaben ist grundsätzlich die Frage der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, vorausschauend abzuklären. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen im Entstehen befindlichen oder bereits etablierten Markt handelt. Zwar ist bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben, welche die Entwicklung neuer Produkte und Dienstleistungen bezwecken, besondere Vorsicht geboten. Dennoch können solche Unternehmenszusammenschlüsse nicht a priori von einer Prüfung ausgeschlossen werden. Doch selbst wenn die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens zum Schluss kommt, dass keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamen Wettbewerb beseitigt werden kann, so bleibt die Möglichkeit eines späteren Eingriffs basierend auf Art. 7 KG und die Verfügung vorsorglicher Massnahmen nach wie vor offen.³⁴

76. Vorab ist hervorzuheben, dass sich der vorliegend betrachtete Markt für P2M-Mobile Payment erst in einer frühen Marktphase befindet. So gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass der Anteil von Zahlungen über TWINT über das ganze Jahr 2016 betrachtet lediglich ungefähr [...] % an sämtlichen in der Schweiz getätigten Zahlungen betragen wird. Aufgrund des derzeit noch äusserst geringen Marktvolumens und der teilweise erst kürzlich erfolgten Markteintritte, sind aktuelle Marktanteile mit Vorsicht zu interpretieren. So können selbst absolut gesehen geringe Änderungen bei Umsätzen zu wesentlichen Schwankungen von Marktanteilen führen. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass zwar die befragten Marktteilnehmer generell mit einer zunehmenden Bedeutung von Mobile Payment rechnen, es aber derzeit noch unklar ob und in welchem Ausmass sich dieser Bereich in den nächsten Jahren entwickeln wird.

B.4.3 Aktueller Wettbewerb

B.4.3.1 Umsätze und Anzahl Transaktionen

77. Die Zusammenschlussparteien gehen – basierend auf aktuellen Zahlen von SIX – davon aus, dass im Jahr 2016 bis am 30. Juni 2016 ein Volumen an mobilen Zahlungen am Point-of-Sale von ca. [...] CHF abgewickelt wurde. Davon seien innerhalb des genannten Zeitraums etwa [...] CHF, d.h. ca. [...] über die TWINT 1.0-App abgewickelt wurden.³⁵

78. P2M-Zahlungen über Paymit befinden sich derzeit erst in einem Pilotstadium. So betrug laut Angaben der Parteien der Umsatz von P2M-Zahlungen im Jahr 2016 bis am 30. Juni 2016 über das Paymit-Scheme etwa [...] CHF bei rund [...] Transaktionen.

79. Apple schätzt, dass innerhalb etwa eines Monats seit der Einführung von Apple Pay im Juli 2016 Endkunden aus der Schweiz einen Betrag von insgesamt ca. [...] EUR mit Hilfe dieser Dienstleistung bezahlt haben.

80. SwissWallet³⁶ plant die Einführung einer Möglichkeit zu P2M-Zahlungen [...]. Im Rahmen [...].

81. Angesichts des kurzen Beobachtungszeitraums und des absolut gesehen noch geringen Transaktionsvolumens ist es schwierig, aussagekräftige Aussagen zu entsprechenden Marktanteilen zu machen. Bei einer summarischen Betrachtung von durchschnittlichen Monatsumsätzen ergibt sich jedoch derzeit das Bild, dass der Anteil an den getätigten mobilen P2M-Zahlungen von Paymit sowie SwissWallet bei jeweils unter [...] % liegen während Apple Pay [...] und TWINT [...] ausmachen.

82. Insgesamt führt das geplante Zusammenschlussvorhaben nur zu äusserst geringen Marktanteilsadditionen. Zusätzlich erweist sich Apple Pay trotz dem erst kürzlich, am 7. Juli 2016, erfolgten Markteintritt bereits als ernstzunehmender Konkurrenz zu TWINT.

B.4.3.2 Anzahl Verkaufsstellen

83. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt sind Zahlungen über TWINT an 5354 stationären Verkaufsstellen, in 175 Online-Stores und an 9 sogenannte „Bestellen & Abholen“-Standorten möglich³⁷ wohingegen Paymit – dessen P2M-Funktionalität sich erst in einem Pilotstadium befindet – derzeit lediglich bei 270 Händlern³⁸ akzeptiert wird.

84. Gegenüber einem Payment-Scheme wie TWINT hat eine Wallet-Lösung den bedeutenden Vorteil, dass diese letztlich bei sämtlichen Akzeptanzstellen verwendet werden kann, welche ein hinterlegtes Zahlungsmittel akzeptieren und welche über ein Zahlungsterminal mit den entsprechenden Schnittstellen verfügt. So können Zahlungen unter Verwendung von Apple Pay bei sämtlichen Händler gemacht werden, welche über NFC-fähiges Kartenterminal verfügen und eine in Apple Pay hinterlegte Kreditkarte als Zahlungsmittel akzeptiert. Die Zusammenschlussparteien gehen (gestützt auf einer Schätzung von SIX) davon aus, dass von den [...] Point-of-Sales Kartenterminals, die aktuell in der Schweiz im Einsatz sind, ca. [...] %, d.h. mindestens ca. [...] Kartenterminals, NFC-fähig sind. Weiter legen die Zusammenschlussparteien dar, dass Karten-Schemes wie z.B. MasterCard vorschreiben, dass spätestens bis 2020 alle Point-of-Sales Bezahlgeräte NFC-fähig sein müssen. Schliesslich plant auch SwissWallet, dessen Mobile Payment-Lösung derzeit nur für den E-Commerce eingesetzt werden kann, in der zweiten Jahreshälfte des Jahres 2016 die Lancierung der P2M-Funktionalität über NFC-fähige Android-Smartphones bei stationären Händlern und würde dementsprechend ebenfalls von Beginn an von gleich vielen Verkaufsstellen wie Apple Pay akzeptiert werden.

³⁴ Siehe Stellungnahme der WEKO vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben 41-0772 Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft / Swisscom AG / Ringier AG, 65 Rz 292, verfügbar unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letztenentscheide.html>> (24.08.2016).

³⁵ Das verbleibende Transaktionsvolumen entfällt laut den Zusammenschlussparteien hauptsächlich auf Zahlungen über die Migros App, auf welche unter Rz 89f. näher eingegangen wird.

³⁶ An der SwissWallet AG sind die Aduno Gruppe, Netcetera sowie die Swisscard AECS GmbH beteiligt.

³⁷ Vgl. Angaben auf der Homepage von TWINT unter <<https://www.twint.ch/stores/>> (29.08.2016).

³⁸ Vgl. Angaben auf der Homepage von Paymit unter <<http://www.paymit.com/de/home/individuals/locator.html>> (29.08.2016).

85. Apple Pay hat somit bezüglich der Anzahl Verkaufsstellen, welche entsprechende mobile P2M-Zahlungen akzeptieren, einen erheblichen Vorsprung gegenüber TWINT bzw. Paymit. Auch hat das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diesbezüglich lediglich minimale horizontale Auswirkungen.

B.4.3.3 Anzahl angeschlossener Endkunden

86. Laut Angaben der Zusammenschlussparteien sind derzeit etwa [...] Endkunden bei der TWINT 1.0-App registriert, wovon jedoch lediglich [...] Endkunden als aktive Nutzer der TWINT 1.0-App betrachtet werden. Bei der SIX-eigenen Paymit-App (d.h. der App, bei der SIX als Issuer auftritt) waren per Ende April 2016 ca. [...] Endkunden registriert.

87. Innerhalb etwa eines Monats seit der Einführung von Apple Pay im Juli 2016 haben laut Angaben von Apple ungefähr [...] Endkunden in der Schweiz erfolgreich eine Kreditkarte auf Apple Pay hinterlegt. Seitens SwissWallet liegen derzeit keine Zahlen zur Anzahl angeschlossener Kunden vor, [...].

88. Bei der Betrachtung der Anzahl angeschlossener Endkunden kann festgehalten werden, dass letztlich erst ein äusserst geringer Anteil an der Gesamtbevölkerung der Schweiz derzeit Dienstleistungen im Bereich Mobile Payment tatsächlich nutzt. Derzeit ist TWINT diesbezüglich noch am weitesten verbreitet und wird wohl durch die Integration des Kundenstamms von Paymit durchaus profitieren. Allerdings ist auch hierzu wiederum darauf zu verweisen, dass Apple Pay bereits ebenfalls über eine erhebliche Anzahl registrierter Nutzer verfügt.

B.4.3.4 Stellung der Marktgegenseite

89. Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern ausgehen, sondern auch von den Abnehmern. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unabhängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen.

90. Es ist derzeit davon auszugehen, dass ein Mobile Payment-Scheme für P2M-Zahlungen, welches von Händlern Transaktionsgebühren verlangt, sich bei der Preisgestaltung an alternativen Zahlungsmitteln wie Debitkarten orientieren muss. So dürften Händler bezüglich der Preisgestaltung von TWINT und anderen Anbietern von P2M-Mobile Payment – zumindest so lange Mobile Payment nur einen geringen Anteil an Transaktionen bei Händlern ausmacht – über eine gewisse Verhandlungsmacht verfügen.

91. Auch ist auf die Möglichkeit von Händlern hinzuweisen, ihren Endkunden eigene Mobile Payment-Lösungen anzubieten. So bietet beispielsweise Migros über die eigene Migros App eine Mobile-Payment Lösung für Android sowie iPhones an, welche bei Unternehmen der Migros eingesetzt werden kann, d.h. Migros Supermärkten, Migros-Restaurants und Take Aways, bei Melectronics, Micasa, SportXX und im Migros Do it + Garden. Gemäss Schätzungen der Zusammenschlussparteien entspricht das Transaktionsvolumen, welches über die Migros App abgewickelt wird [...]. Auch weitere Händler bieten derzeit eigene Mobile Payment-Lösungen an für Zahlungen bei eigenen Verkaufsstellen an. Beispiele

hierfür sind die Supercard App von Coop, die Starbucks App und die Manor Mobile Card App. Während solche händlerspezifischen Mobile Payment-Lösungen, analog zur Behandlung von Kundenkarten gegenüber Debit- sowie Kreditkarten, wohl nicht dem vorliegend betrachteten sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind, dürfte von diesen doch eine (zumindest in dieser frühen Marktphase) eine gewisse disziplinierende Wirkung auf händlerunabhängige Anbieter Dienstleistungen im Bereich P2M-Mobile Payment ausgehen.

B.4.4 Potenzieller Wettbewerb

92. Angesichts der gegenwärtigen frühen Marktphase und der bereits in der Schweiz tätigen Wettbewerber im Bereich P2M-Mobile Payment bestehen keine hinreichenden Hinweise, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt wird. Zusätzlich existieren auf internationaler Ebene eine Reihe von gewichtigen Anbietern von P2M Mobile Payment, welche möglicherweise zukünftig solche Dienstleistungen auch in der Schweiz anbieten könnten.

93. So bietet Google mit Android Pay derzeit in den Vereinigten Staaten von Amerika eine NFC-basierte Wallet-Lösung für Android-Smartphones an, auf welcher Debit- sowie Kreditkarten hinterlegt werden können. Android Pay ermöglicht Zahlungen sowohl bei Händlern, welche die entsprechenden Debit- respektive Kreditkarten akzeptieren und über NFC-fähiges Zahlungsterminal verfügen. Zusätzlich ist es möglich Zahlungen über Android Pay innerhalb von bestimmten Smartphone-Apps zu tätigen.

94. Samsung bietet mit Samsung Pay derzeit in Brasilien, China, den Vereinigten Staaten von Amerika, Australien, Puerto Rico, Singapur, Spanien und Südkorea an. Bei Samsung Pay handelt es sich um eine Wallet-Lösung für Samsung-Smartphones, auf welcher Debit- sowie Kreditkarten hinterlegt werden können und welche Zahlungen bei Händler über NFC sowie über MSC ermöglicht.

95. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass weltweit eine Vielzahl von weiteren Unternehmen – wie insbesondere Amazon, Microsoft und PayPal – eigene Mobile Payment-Lösungen anbieten. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass derzeit noch unklar ist, ob und wann es zu einem Markteintritt der genannten Unternehmen kommt.³⁹ Jedoch ist es durchaus denkbar, dass von solchen potenziellen Konkurrenten eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die derzeit in der Schweiz tätigen Anbieter von P2M-Mobile Payment ausgeht.

B.4.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens durch den Handel

96. Im Rahmen von früheren Fällen im Bereich der Payment Schemes hat sich gezeigt, dass sich die Händler gezwungen fühlen ein Zahlungsmittel anzunehmen,

³⁹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen von Google und Samsung bezüglich des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens in Rz 103.

wenn es eine bestimmte Verbreitung gefunden hat. Ein Händler könne es sich nicht leisten, ein verbreitetes Zahlungsmittel abzulehnen, ansonsten verliere er Kunden. Aufgrund dieses Umstandes sind die Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit davon ausgegangen, dass für die Händler verbreitete Zahlungsmittel nicht Substitute, sondern Komplemente bilden.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund wurden mehrere Händler bezüglich ihrer Einschätzung des geplanten Zusammenschlussvorhabens befragt.

97. Grundsätzlich wurde das Zusammenschlussvorhaben von den befragten Händlern positiv beurteilt, wobei es im Einzelnen zu folgenden Beurteilungen gekommen ist (in alphabetischer Reihenfolge):

- *Aldi*: Aldi hält in genereller Weise fest: „Der Zusammenschluss wird von unserer Seite grundsätzlich unproblematisch betrachtet. Im fragmentierten internationalen Mobile Payment Markt gehen wir langfristig nicht davon aus, dass TWINT eine beherrschende Rolle zukommen wird“. Aldi führt weiter aus, dass Aldi bereit ist, mehrere Mobile Payment Systeme zu unterstützen und derzeit dank NFC-fähiger Terminals die Bezahlung mit Apple Pay möglich ist. Aldi geht grundsätzlich davon aus, dass Apple Pay die durchsetzungsfähigere Lösung ist als das auf Bluetooth angewiesene TWINT. Der Zusammenschluss könne aber vielleicht zu einer stärkeren Verbreitung von TWINT führen, was dann auch zu einer Einführung des Systems bei Aldi führen könnte. Als Nachteil sieht Aldi die im Vergleich mit anderen Debitkarten hohen Gebühren für die PostFinance Card. Aldi geht davon aus, dass durch eine Öffnung des Systems im Bereich des Acquiring für die PostFinance Card diese Gebühren sinken könnten.
- *Coop*: Coop hält in genereller Weise fest: „Coop steht dem Zusammenschluss positiv gegenüber, da dieser aus Sicht Coop zu einem kostengünstigeren Angebot (1) für unsere Kunden führt, Skaleneffekte entstehen, da eine grössere Zielgruppe (2) angesprochen wird, und ein Gegengewicht zu weltweiten Anbietern (3) wie ApplePay und SamsungPay geschaffen wird“. Coop hält weiter fest, dass Coop grundsätzlich bereit sei, mehrere mobile Bezahlsysteme gleichzeitig zu unterstützen. Bei Coop könne zurzeit mit TWINT, allen NFC-fähigen Mobile Payment Lösungen sowie mit Zahl- und Geschenkkarten in der Supercard-App bezahlt werden. Nicht Coop, sondern der Kunde entscheide, wie und womit er bezahlen will. Allerdings sei Coop bei der Akzeptanz nicht völlig frei, ihre Terminals unterstützten NFC, so dass darauf basierende Lösungen wie Apple Pay oder Samsung Pay akzeptiert werden müssten. Gleiches gelte aufgrund der Honor All Cards Rule (HACR) für die hinterlegten Zahlungsmittel. So könnten bei einer Abschaltung der NFC-Funktion an den Terminals auch die NFC-fähigen Kreditkarten nicht mehr verwendet werden, was gegen die HACR verstossen würde. Coop führt weiter aus, TWINT stehe im Wettbewerb mit internationalen Lösungen wie Apple Pay oder Samsung Pay. Dabei ha-
- *Migros*: Migros hält in genereller Weise fest: „Das Zusammenschlussvorhaben [...] ist aus Sicht der Migros positiv zu bewerten. Insbesondere ist eine einheitliche nationale mobile Zahlungslösung erstrebenswert, um die Kosten des Handels für die technische Anbindung der Zahlungsmittel in Grenzen zu halten. Eine starke nationale Mobile Payment Lösung erscheint uns auch besser gerüstet für den Wettbewerb mit internationalen Mobile Payment Lösungsanbietern hinsichtlich bester bzw. tiefster Konditionen für das System ‚Bezahlen in der Schweiz‘. In diesem Zusammenhang wäre beim Zusammenschlussvorhaben [...] wichtig, dass die Konditionen der Mobile Payment Lösung „TWINT“ – welche auch für die Migros interessant wäre – sich am gegebenen Markt orientieren: [...]“. Migros führt weiter aus, an den Kassen der Genossenschaften könne mit der eigenen Migros-App bezahlt werden. Zudem könne an jedem mit NFC-Leser ausgerüsteten Zahlterminal (ganzes Präsenzgeschäft) mit Apple Pay bezahlt werden. Jede weitere NFC-basierende Lösung (bspw. Android, Samsung, Swatch/Belamy) werde dank der neutralen NFC-Technologie ohne Verhinderungsmöglichkeit verarbeitet. [...] Hinsichtlich des Zusammenschlussvorhabens hebt Migros hervor, dass Online- oder Mobile-Bezahlung mit der Geldquelle Bankkonto/Debitkarte bisher nicht oder nur eingeschränkt (Migros App) möglich gewesen sei. TWINT ermögliche Online- und Mobile-Transaktionen mit dieser Geldquelle, womit neue Kundensegmente bedient werden könnten, die keine Kreditkarte hätten.

⁴⁰ Vgl. RPW 2015/2, 175 ff. Rz 91 ff.; KK-DMIF II; RPW 2012/4, 790 ff. Rz 221 ff.; *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*; RPW 2011/1, 117 Rz 141, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2009/2, 132 f. Rz 96 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*; RPW 2006/1, 86 ff. Rz 168 ff, *Kreditkarten - Interchange Fee*; Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 9. Juni 2005, RPW 2005/3, 560 ff. E. 7.4.-7.7, *Telekurs Multipay AG/Weko*.

- *Lidl*: Lidl hält in genereller Weise fest: „Lidl Schweiz begrüsst prinzipiell das Zusammenschlussvorhaben der PostFinance und SIX, um dadurch ein gemeinsames mobiles und offenes Zahlungssystem zu etablieren und die vorhanden separaten Lösungen zu konsolidieren und zu standardisieren“. Lidl Schweiz sei grundsätzlich bereit, mehrere mobile Bezahlsysteme zu akzeptieren, sofern Lidl Schweiz von der Lösung überzeugt sei und eine entsprechende Marktakzeptanz der Lösung beim Kunden vorhanden sei. Ideal wären einheitliche und einfach zu implementierende technische Standards (z.B. NFC), auf die sämtliche Anbieter zurückgreifen könnten. Derzeit akzeptiert Lidl NFC Zahlungen über das Zahlterminal. Bezüglich des Zusammenschlusses führt Lidl aus, dieser würde zur Etablierung eines einheitlichen und offenen Standard im Schweizer Markt führen, welcher von einer grossen Anzahl von Marktteilnehmern unterstützt werden würde. Mit Apple Pay und ggf. künftig weiteren Anbietern wäre aber dennoch sichergestellt, dass von TWINT keine Monopolstellung eingenommen werden könne. Nachteile des Zusammenschlusses befürchtet Lidl dann, wenn eine beherrschende Position bei der Gebührengestaltung ausgenutzt werden könnte. Lidl plädiert daher für offene Standards, die die Ausgrenzung von Anbietern verhindern. Als negatives Beispiel nennt Lidl die Weigerung von Apple, die NFC-Schnittstelle für andere Anbieter zu öffnen.
- *VEZ*: Der VEZ hält in genereller Weise fest: „Der beabsichtigte Zusammenschluss bezweckt gemäss den einschlägigen Erklärungen der Promotoren dieses Mergers eine Schweizer Lösung bzw. Alternative zu den angekündigten Initiativen ausländischer Bezahlsysteme, insbesondere Apple Pay. Unter dieser Prämisse ist das Vorhaben zu begrüessen, weil es den Wettbewerb unter den Zahlssystemen fördert und die Wahlmöglichkeiten der Endkunden sowie der Händler erhöht. Letzteres tritt vollumfänglich zu, insofern beiden Systemen Kreditkarten unterlegt werden. Technisch dürfte es möglich sein, Apple Pay mit Debitkarten zu verbinden. Dies würde den Wettbewerb noch weiter verstärken. Nach unserem Verständnis soll das künftige TWINT-Bezahlsystem offen ausgestaltet sein, insbesondere auch die Integration von Kundenkarten, Tankkarten und Loyalitätsprogrammen unterstützen. Das ist zu begrüessen. Ein spezielles Augenmerk verdient die von SIX und PostFinance beabsichtigte direkte Anbindung an das Bankkonto des Endkunden. Im Bereich des Mobile Payment gibt es für eine solche Debitfunktion (heute) noch keine vergleichbare Lösung. Das könnte zwar wettbewerbsrechtlich relevant sein – SIX und PostFinance dominieren heute die ‚Debitkartenwelt‘ – und muss im Auge behalten werden. Es sollte indes den beantragten Zusammenschluss grundsätzlich nicht hindern, weil es aus Sicht des VEZ sinnvoll ist, einen Schweizer Standard für Zahlungen zu schaffen, mit dem direkt das Konto des Endkunden belastet werden kann und der allen modernen Smartphones - unabhän-

gig von deren Betriebssystem - zugänglich ist. Die Situation ist insoweit vergleichbar zum Schweizer ep2-Standard für Kartenzahlungen. [...] Zusammenfassend begrüsst der VEZ den geplanten Zusammenschluss im Sinne der vorstehenden Ausführungen.“ Weiter geht der VEZ davon aus, dass der Wettbewerb vor allem im kreditkartenbasierten Mobile Payment verstärkt werde, indem TWINT gegen die ausländischen Anbieter (Apple Pay etc.) antrete. TWINT werden zudem die bisher eingeschränkten Funktionen der Maestro-, V Pay- und PostFinance-Karte überwinden und den Inhabern von Bankkonten das digitale Bezahlen ermöglichen – und dies auch im eCommerce. Bezüglich der Nachteile des Zusammenschlussvorhabens hält der VEZ fest, es sei nicht auszuschliessen, dass ein erneuter Kostenschub als Folge (bzw. mit dem Vorwand) des Zusammenschlusses und der daraus resultierenden neuen Bezahltechnologie erfolge. Der VEZ würde es daher als zweckmässig erachten, wenn die Wettbewerbskommission das Pricing der TWINT AG verfolgen würde, speziell im Bereich der Preise für Transaktionen basierend auf der Bankkontoanbindung. Hier sei vollkommene Transparenz und Gleichbehandlung gegenüber den verschiedenen Händler-Gruppen erforderlich. Der VEZ werde seinerseits diesem Aspekt grosse Beachtung schenken.

98. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die befragten Vertreter des Handels dem Zusammenschlussvorhaben positiv gegenüberstehen. Aus Sicht des Handels steht TWINT im Wettbewerb mit Apple Pay. Zudem werden weitere Markteintritte erwartet (Samsung Pay, Google Pay). Der Handel ist zudem bereit, mehrere Bezahllösungen anzubieten, wobei aufgrund der grossen Verbreitung von NFC-Terminals darauf basierende Lösungen ohne weiteres funktionieren. In diesem Bereich verfügen derzeit die Konkurrenten von TWINT über einen Wettbewerbsvorteil. Keiner der Händler befürchtet dass es aufgrund des Zusammenschlusses zur Bildung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von TWINT kommt, welche den Wettbewerb beseitigen könnte. Alle gehen vielmehr von einem dynamischen Markt aus, der in den nächsten Jahren stark wachsen und sich weiterentwickeln wird. Bedenken bestehen teilweise bezüglich der Höhe der Gebühren, welche insbesondere bei den Debit-Transaktionen anfallen könnten.

B.4.6 Fazit

99. Zusammenfassend ist das Zusammenschlussvorhaben nicht geeignet, auf dem möglichen Markt für P2M-Mobile Payment eine marktbeherrschende Stellung zu begründen oder eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung zu verstärken, durch die auf diesem Markt wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

B.4.7 Vertikale und konglomerale Effekte

100. Neben der Tätigkeit im Bereich Mobile Payment mit TWINT decken die Zusammenschlussparteien sowie die weiteren an TWINT beteiligten Banken einen erheblichen Teil der Wertschöpfungskette im Bereich Mobile Payment sowie anderer Zahlungsmittel ab. Es gilt daher

nicht nur die horizontalen Effekte des Zusammenschlussvorhabens zu prüfen, sondern auch die vertikalen und konglomerale Effekte.

101. Vertikale und konglomerale Zusammenschlüsse beinhalten neben Effizienzvorteilen auch ein Potenzial für Marktabschottung und Diskriminierung von Marktteilnehmern, welche wettbewerbsverzerrende Effekte bewirken können. Marktmächtige Zusammenschlussparteien können ihre Marktmacht auf dem Markt zur Einflussnahme auf den Wettbewerb in einem anderen (oft verwandten/nachgelagerten) Markt missbrauchen (Foreclosure). Es gilt daher zu analysieren, ob die Zusammenschlussparteien über Marktmacht auf einem Markt verfügen, welcher ihnen die Möglichkeit zur Marktabschottung/Diskriminierung eröffnet und ob Anreize für eine solche Vorgehensweise vorhanden sind.⁴¹

102. Im vorliegenden Fall ist es durchaus so, dass die Zusammenschlussparteien auf benachbarten/verwandten Märkten über Marktmacht verfügen:

- So hat die WEKO in ihrem Entscheid i.S. SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)⁴² festgestellt, dass die SIX Group AG im Markt für das Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard sowie im Markt für das Acquiring der Debitkarte Maestro über eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG verfügt. Des Weiteren wurde festgestellt, dass die SIX Group AG diese marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a, b und e missbrauchte, indem sie bezüglich DCC nur mit ihrer Schwestergesellschaft SIX Card Solutions AG zusammengearbeitet und sich geweigert hat, anderen Terminalherstellern die notwendigen Schnittstelleninformationen offenzulegen.⁴³ Auch auf dem Terminalmarkt wurden hohe Marktanteile von SIX festgestellt, allerdings das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung verneint.
- Auch PostFinance verfügt über wichtige Aktivitäten im Bereich des Zahlungsverkehrs. Einerseits ist sie Issuer von Visa und MasterCard-Kreditkarten, in diesem Bereich steht sie allerdings im Wettbewerb mit anderen Issuern. Andererseits ist sie die einzige Issuer und Acquirer der PostFinance-Card, d.h. der eigenen Debitkarte. Es handelt sich dabei mit einer Kartenpopulation von rund 3 Mio. um das wichtigste nationale Debitkartenprodukt, auf das rund ein Drittel aller Debittransaktionen in der Schweiz entfallen. In ihrer bisherigen Praxis haben die Wettbewerbsbehörden die PostFinance Card und die Maestro-Karte nicht demselben relevanten Markt zugewiesen. Ausgehend von den bisherigen Marktabgrenzungen erscheint es wahrscheinlich, dass die PostFinance Card ein eigener sachlich relevanter Markt darstellen könnte, so dass PostFinance über eine marktbeherrschende Stellung verfügen würde. Dies wurde allerdings bisher noch in keiner Verfügung der WEKO festgestellt.

103. Gerade auch im Hinblick auf die Prüfung der vertikalen und konglomerale Aspekte hat das Sekretariat Fragebogen an aktuelle und potenzielle Konkurrenten von TWINT gesendet und folgende Stellungnahmen zum

Zusammenschlussvorhaben erhalten (in alphabetischer Reihenfolge):

- *Apple:* [...]
- *Google:* Google führt aus, dass das Produkt Android Pay noch nicht auf dem Schweizer Markt eingeführt wurde. Es sei aber im Rahmen der Beurteilung von Zusammenschlüssen stets zu bedenken, dass es sich um neue, dynamische Märkte handle. Google opponiere nicht gegen den Zusammenschluss, hoffe jedoch, dass die Ausgestaltung von TWINT so offen erfolge, wie es versprochen werde. Der Umstand, dass am Gemeinschaftsunternehmen TWINT starke Marktteilnehmer beteiligt seien, stelle nicht per se ein Problem dar. Wichtig sei, dass der Markteintritt anderer Mobile Payment Lösungen durch die am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Partner nicht verhindert werde. Google gehe aufgrund der Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens durch die Parteien davon aus, dass es weder Issuer, Netzwerke noch Händler verboten oder erschwert werde Android Pay zu unterstützen. Google erläutert zudem, dass der Hauptgrund für die Entwicklung von Android Pay die Erhöhung der Attraktivität von Android als Betriebssystem für Smartphones sei, so dass Google keine Gebühren für die Nutzung von Android Pay verlange. Google erlaube auch konkurrierende Bezahlösungen im Google Play-Store, zudem gebe es noch weitere App Stores für Android.
- *Samsung:* Samsung hält in genereller Weise fest: „Der Grossteil des Schweizer Privatkundengeschäfts wird durch die Beteiligung der Finanzinstitute Credit Suisse, PostFinance, Raiffeisen, UBS, ZKB und dem Finanzinfrastrukturunternehmen SIX Payment Services AG vertreten sein. Seitens Detailhandel und Dienstleister sind mit Coop, Migros, und Swisscom weitere marktbedeutende Unternehmen vertreten. Durch die Konzentration mehrerer bedeutender Marktteilnehmer besteht das Risiko, dass mögliche alternative Lösungen, wie Samsung Pay, keinen oder nur eingeschränkten Zugang zum Markt bekommen um den Konsumenten vergleichbare konkurrierende Dienstleistungen in nützlicher Frist anzubieten.“ Es könnten daher u.a. folgende Nachteile entstehen: (1) Einschränkung der Wahl verfügbarer Bezahlungssysteme durch Ausschluss oder Benachteiligung alternativer Systeme und (2) Einschränkung der Händlerauswahl, die für mobiles Bezahlen verfügbar sind, durch Ausschluss bzw. Benachteiligung nicht teilnehmender Händler. Samsung Pay ist derzeit in der Schweiz noch nicht eingeführt. Samsung führt aus, es gebe noch keine konkreten

⁴¹ Vgl. ausführlich zu den Grundlagen der nicht-horizontalen Fusionsanalyse RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff. SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG.

⁴² Siehe RPW 2011/1, 96 ff., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

⁴³ Diese Verfügung ist allerdings noch nicht rechtskräftig, da die von SIX dagegen erhobene Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht hängig ist.

Einführungspläne, Samsung sei zwar bemüht, Lösungen wie Samsung Pay auch in der Schweiz anzubieten, die aktuellen Gegebenheiten seitens Grossbanken liessen aber keine umfassende Abdeckung erwarten. Wenn Samsung Pay eingeführt würde, so wäre es ein Mehrwertdienst, der neben Kreditkarten auch Debitkarten, Geschenkkarten, Kundenkarten und Gutscheine unterstützen sollte. Samsung vertritt die Auffassung, der Zusammenschluss relevanter Akteure unter dem Dach von TWINT habe eine möglichst breite Unterstützung von Kredit- und Debitprodukten in Mobilien Payment Diensten anderer Anbieter bisher verhindert.

- *SwissWallet*. [...]

104. Zusammengefasst [...] der befragten Konkurrenten geltend, es bestehe eine Gefahr der Marktverschliessung und Diskriminierung von Konkurrenten, nicht nur durch die Zusammenschlussparteien SIX und PostFinance, sondern auch durch die Banken, welche als Minderheitsaktionäre an TWINT beteiligt sind.

105. Tatsächlich scheint die Verwendung offener Standards sowie der offene und nichtdiskriminierende Zugang zu Schnittstellen von TWINT gegenüber Dritten geeignet zu sein, um die angesprochenen Probleme zu verhindern.

106. Bereits in der Meldung haben die Zusammenschlussparteien ausgeführt, dass TWINT als offenes System geplant ist. Auch in den Beilagen, wie dem Transaction Agreement mit den Minderheitsaktionären oder dem Aktionärsbindungsvertrag finden sich keine problematischen Exklusivitäten.

107. Um die Bedenken bezüglich Marktverschliessung vollständig zu zerstreuen, haben die Zusammenschlussparteien, gemeinsam mit sämtlichen weiteren TWINT-Partnern (UBS, CS, ZKB, Raiffeisen und BCV) der WEKO mit Schreiben vom 31. August 2016 die folgenden Zusagen bezüglich Offenheit und Diskriminierungsfreiheit des TWINT 2.0-Zahlungssystems abgegeben:

„1. **Offenheit des Zugangs zum Zahlungssystem Twint 2.0 auf allen Ebenen:**

Das neue Zahlungssystem Twint 2.0 ist von den vertraglichen Grundlagen her so gestaltet, dass auf allen Ebenen Offenheit des Systems gegenüber Unternehmen besteht, welche nicht Unterzeichner des Transaction Agreements vom [...] sind (vgl. [...] des Transaction Agreement und Rz. 51 ff. der Zusammenschlussmeldung vom 5. August 2016). Diese Offenheit betrifft sowohl die Issuing-, Acquiring- als auch die Scheme-Seite des Systems. Im Einzelnen lässt sich diese Offenheit der verschiedenen Ebenen gestützt auf die unterzeichneten Verträge und die Aussagen in der Meldung wie folgt zusammenfassen:

1.1. Ebene Scheme

Das TWINT 2.0-System ist für Kooperationen mit anderen Marktteilnehmern offen. *[Die Plattform ist für Drittanwendungen, alternative Zahlungsmittel usw. offen]* (vgl. [...] des Transaction Agreement).

1.2. Ebene Issuing

[Die Issuer sind frei, sich am System zu beteiligen] (vgl. [...] des Transaction Agreement). Die Massnahmen, durch welche die Offenheit auf Issuing-Ebene sichergestellt werden soll, sind in Rz. 52 der Zusammenschlussmeldung vom 5. August 2016 erläutert.

1.3. Ebene Acquiring

Wie auf der Ebene Issuing ist auch auf Ebene Acquiring das TWINT 2.0-System durch Offenheit geprägt (vgl. [...] des Transaction Agreement) und durch verschiedene Massnahmen sichergestellt, welche in Rz. 53 der Zusammenschlussmeldung vom 5. August 2016 näher erläutert werden.

2. Diskriminierungsfreiheit

Auf allen Ebenen ist für die im Rahmen der Offenheit in das System Twint 2.0 aufgenommen Unternehmen durch die Vertragsgestaltung gesichert, dass diese Unternehmen diskriminierungsfrei behandelt werden und keine Vorzugsbehandlung gegenüber Parteien besteht, welche Partner des Transaction Agreements sind (vgl. [...] des Transaction Agreement und [...] des Geschäftsmodells ([...] des Transaction Agreement)). Verschiedene vertragliche Massnahmen, welche die Diskriminierungsfreiheit im Rahmen der Umsetzung von TWINT 2.0 sicherstellen, werden in Rz. 52 (Massnahmen auf Ebene Issuing) und 53 (Massnahmen auf Ebene Acquiring) der Zusammenschlussmeldung vom 5. August 2016 näher erläutert.

Konzerneigene Gesellschaften erfahren weder auf Ebene Issuing noch auf Acquiring eine Vorzugsbehandlung (vgl. Rz. 54 und 123 der Zusammenschlussmeldung vom 5. August 2016).

3. Keine Exklusivitäten

Wie aus Rz. 57 der Zusammenschlussmeldung vom 5. August 2016 hervorgeht, enthalten [...] keine Exklusivitäten. [...] des Transaction Agreement [...].“

2. Bezüglich der vertikalen Integration verschiedener Unternehmen innerhalb der Wertschöpfungskette rund um den Bereich P2M-Mobile Payment ist anzumerken, dass diese Problematik letztlich unabhängig vom vorliegenden Zusammenschluss bereits zuvor bestand. So sind derzeit sämtliche am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen derzeit entweder bei Paymit oder bei TWINT involviert und haben dementsprechend bereits zum jetzigen Zeitpunkt gewisse Anreize, die jeweils eigene Lösung zu bevorzugen.

3. Sofern dennoch davon ausgegangen wird, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu einer allfälligen Verstärkung solcher vertikaler Effekte führt, tragen die gemachten Verpflichtungszusagen entsprechenden Bedenken aus heutiger Sicht in genügender Weise Rechnung.

Letztlich wären weitergehende Eingriffe angesichts der frühen Marktphase mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Auch wenn dementsprechend wiederum die Schlussfolgerung gemacht werden kann, dass bezüglich P2M-Mobile Payment keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamen Wettbewerb beseitigt werden kann, so bleibt die Möglichkeit eines späteren Eingriffs basierend auf Art. 7 KG und die Verfügung vorsorglicher Massnahmen nach wie vor offen.

B.4.8 Nebenabreden

4. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.⁴⁴
5. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind⁴⁵ (EU-Bekanntmachung), gerichtet.⁴⁶
6. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.⁴⁷
7. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die

Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.⁴⁸

8. Die Zusammenschlussparteien haben insbesondere folgende möglicherweise wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zur Beurteilung als Nebenabreden vorgelegt, welche als typische Wettbewerbsverbote [...] betrachtet werden können:
 - Wettbewerbsverbot von [...];
 - Wettbewerbsverbot von [...];
 - [...];
 - [...].
9. Die genannten Vereinbarungen erfüllen die Kriterien der unmittelbaren Verbundenheit und Notwendigkeit und werden somit als zulässige vom Konzentrationsprivileg umfasste Nebenabreden angesehen.
10. Zusätzlich haben die Zusammenschlussparteien eine Reihe von sehr spezifischen Vereinbarungen respektive organisatorischer Vorkehrungen zwecks Beurteilung als Nebenabreden vorgelegt, bei welchen es unklar ist, wie diese kartellrechtlich zu beurteilen sind. Es handelt sich hierbei namentlich um Vereinbarungen hinsichtlich folgender Punkte:
 - Gestaltung des [...];
 - Finance Processing durch SIX, d.h. SIX verpflichtet sich [...];
 - Verpflichtung der Scheme-Teilnehmer zu einem einheitlichen Bezahlprozess, wonach [...];
 - [...].
11. Angesichts der frühen Marktphase, der Komplexität der obigen Vereinbarungen, welche kaum eine ex ante Beurteilung erlauben, erscheint es nicht angezeigt, diese als vom Konzentrationsprivileg umfasste zulässige Nebenabreden zu qualifizieren. Während diese Vereinbarungen derzeit als kartellrechtlich unproblematisch betrachtet werden können, wird eine mögliche zukünftige Beurteilung dieser Vereinbarungen nach Massgabe von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 KG dennoch explizit vorbehalten.

⁴⁴ Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, m. w. H.

⁴⁵ ABI. C 56 vom 5.3.2005 S. 24 ff.

⁴⁶ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁴⁷ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

⁴⁸ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

B.4.9 Ergebnis

12. Der Bereich Mobile-Payment befindet sich derzeit in einer sehr frühen Marktphase, so dass Prognosen bezüglich der zukünftigen Entwicklungen in diesem Bereich mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sind. Jedoch ist hinsichtlich des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens festzuhalten, dass die Fokussierung der Bemühungen seitens der SIX, PostFinance sowie der beteiligten Partnerbanken auf TWINT – zumal Paymit bisher nur in vernachlässigbarem Umfang Zahlungen von Endkunden an Händler ermöglicht hat – unmittelbar nicht zu einer wesentlichen Veränderung der Marktverhältnisse bezüglich P2M-Mobile Payment führt.
13. Innerhalb eines Zeithorizonts von 2–3 Jahren ist ebenfalls nicht absehbar, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. So konnte insbesondere Apple Pay bereits in der Schweiz tätig werden. Auch ist es angesichts der frühen Marktphase gegenwärtig noch völlig unklar, wie sich der Bereich Mobile Payment gesamthaft entwickeln und welche Marktteilnehmer und welche Geschäftsmodelle sich längerfristig durchsetzen werden.
14. Schliesslich haben die Zusammenschlussparteien explizit zugesagt (so dass die Zusagen als konstituierender Bestandteil des gemeldeten Zusammenschlusses zu betrachten sind), dass TWINT als eine durch Offenheit geprägte Mobile Payment-Lösung konzipiert ist, welche insbesondere von keinen der daran beteiligten Unternehmen sowie von deren Nachfragern Exklusivitäten gegenüber konkurrierenden Mobile Payment-Lösungen verlangt. Auch ist durch den geplanten Wechsel seitens TWINT auf ein Vier-Parteien-System, wonach Händler für den Anschluss an TWINT zwischen verschiedenen Acquiren auswählen können, aus Sicht des Handels mit einer Verbesserung der Wettbewerbssituation zu rechnen.
15. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	3. HNA Group/Gategroup
-------	-------------------------------

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. Juli 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VUK vom 22. Juli 2016

A Sachverhalt

1. Am 5. Juli 2016 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die HNA Group Co., LTD. (nachfolgend: HNA Group) den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die gategroup holding AG (nachfolgend: Gategroup).

2. Die HNA Group ist ein chinesisches Konglomerat, welches die Bereiche Luftfahrt, Immobilien, Finanzdienstleistungen, Tourismus sowie Nahrungs- und Kältelogistik umfasst. Die HNA Group ist in der Schweiz insbesondere über die Tochtergesellschaft Swissport International Ltd. (nachfolgend: Swissport) tätig. In der Schweiz ist sie im Betrieb von Flughafen Lounges, der Bodenabfertigung und der Frachtabfertigung aktiv.

3. Der Tätigkeitsbereich der Gategroup in der Schweiz umfasst die Bereiche Bordverpflegung, Retail on-Board sowie Management von Flughafen Lounges.

4. Der Meldungsentwurf wurde am 22. Juni 2016 bei der Europäischen Kommission eingereicht. Die Europäische Kommission hat deshalb bei diesem Zusammenschlussvorhaben noch nicht entschieden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

5. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

6. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

7. Den Aktionären der Gategroup wurde ein öffentliches Kaufangebot unterbreitet. Die erste Angebotsfrist begann am 6. Juni 2016 und endete am 1. Juli 2016. Eine

zusätzliche Angebotsfrist wurde in der Zeitperiode 8. bis 21. Juli 2016 durchgeführt. Obwohl der Verwaltungsrat von Gategroup einstimmig die Unterstützung des Angebots der HNA Group beschlossen hat, ist zum heutigen Zeitpunkt noch unklar, wie viele Aktionäre das Angebot annehmen werden. Es ist geplant, das Ergebnis des Übernahmeangebots am / um den 27. Juli 2016 bekannt zu geben und, im Falle eines Vollzugs des Angebots, die Gategroup von der SIX Swiss Exchange zu dekotieren.

8. Sollte das Angebot der HNA Group von den Alt-Aktionären der Gategroup angenommen werden, so würde dies einem Unternehmenszusammenschluss im Sinne eines Kontrollerwerbs von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG entsprechen. Dabei beabsichtigt die HNA Group die Kontrolle über die bisher unabhängige Gategroup im Sinne von Art. 1 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) zu erlangen, indem Sie sich das Aktienkapital andienen lässt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

9. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

10. Gemäss Parteiangaben und den eingereichten Jahresrechnungen erzielten die beiden beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt CHF [...] Mio. und weltweit einen Umsatz von insgesamt CHF [...] Mia. In der Schweiz erzielte die HNA Group im Jahr 2015 einen Umsatz von CHF [...] Mio. und die Gategroup von CHF [...] Mio. Der Zusammenschluss ist deshalb im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

11. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

12. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

13. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks

zwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

14. 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).

15. Das Übernahmeziel, die Gategroup, ist in der Schweiz in den Bereichen **Bordverpflegung, Retail on-Board** sowie **Management von Flughafen Lounges** tätig. Der Käufer, die HNA Group, ist in der Schweiz in den Märkten **Betrieb von Flughafen Lounges, Bodenabfertigung, Frachtabfertigung** und **Frachtcontainervermietung** aktiv.

16. Da bei den Bereichen **Retail-on Board, Frachtabfertigung** sowie **Frachtcontainervermietung** in der Schweiz keine horizontalen und vertikalen Überlappungen zwischen den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen bestehen, kann die Marktabgrenzung hier offengelassen werden.

17. Die WEKO ist im Zusammenschlussvorhaben *Kontrollerwerb über die Jet Aviation Handling AG durch Dnata* von einem **luft- und landseitigen Markt für Bodenabfertigungsdienste** ausgegangen. Dabei wurde zwischen einem Markt für die Bodenabfertigung kommerzieller Passagier- und Frachtflugzeuge und einem Markt für die Bodenabfertigung von Privat- und Geschäftsflugzeugen unterschieden.¹ Die EU-Kommission unterschied im Fall Swissport/Servisair einen Markt für „Vorfeld, Fluggast- und Gepäckabfertigungsdienste“ (inkl. dem luftseitigen Frachtumschlag) vom Markt für landseitigen Frachtumschlag.²

18. Welche dieser beiden Marktabgrenzungen das Anbieter- und Nachfragerverhalten treffender erfasst, kann hier offenbleiben, da unabhängig von der gewählten sachlichen Marktabgrenzung lediglich die HNA Group in der Bodenabfertigung tätig ist.

19. Im Zusammenschlussvorhaben *Coop/Marché* hat die WEKO einen **Markt für Verkehrsgastronomie** abgegrenzt und von diesem Gastronomiebetriebe an Flughäfen und Bahnhöfen ausgenommen.³ Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass ein separater Markt für Flughafengastronomie abgegrenzt werden muss. Dennoch wird für die vorliegende Analyse der Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlussvorhabens unpräjudiziell auf einen Markt für **Flughafengastronomie** abgestellt.

20. Es kann ebenso offen bleiben, ob innerhalb des Marktsegments **Flughafengastronomie** ein Segment für **Flughafen Lounges** ausgeschieden werden muss. Vorliegend kann von einer sachlich engen Marktabgrenzung mit einem separaten Segment Flughafen Lounges und einer räumlichen Dimension begrenzt auf den jeweiligen Flughafen ausgegangen werden. Damit basiert die vorliegende Analyse der Wettbewerbswirkungen unpräjudiziell auf der engst möglichen Marktabgrenzung.

21. Die Bereiche Management von Flughafen Lounges sowie Betrieb von Flughafen Lounges sind im gleichen Segment angesiedelt, wobei der Bereich Management von Flughafen Lounges (Tätigkeit der Gategroup) dem Bereich Betrieb von Flughafen Lounges (Tätigkeit der

HNA Group) vorgelagert ist. Unabhängig davon, ob ein separates Marktsegment **Flughafen Lounges** abgegrenzt werden soll, stellt sich vorliegend die Frage nach einer vertikalen Beziehung der beiden Beteiligten dieses Unternehmenszusammenschlusses im Bereich der Flughafen Lounges (vgl. nachfolgend: Rz 24).

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

22. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.4.3 Betroffene Märkte

23. Die meldende Partei führt aus, dass die Gategroup per Ende 2016 damit beginnen wird, die drei von Swissport betriebenen Lounges am Flughafen Zürich zu managen.⁴ Mit dieser Tätigkeit hat die Gategroup damit im Bereich Management von Flughafen Lounges einen Marktanteil von [20-30] % am Flughafen Zürich. Damit ist der Bereich des Managements von Flughafen Lounges kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

24. Würde man die beiden Bereiche Betrieb von Flughafen Lounges und Management von Flughafen Lounges zu einem Gesamtmarkt für **Flughafen Lounges** zusammenfassen, so wäre das Segment für Flughafen Lounges ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, da die gemeinsamen Marktanteile 20 % übersteigen würden.⁵

25. Dennoch würde auch eine solche alternative Marktabgrenzung im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung auf der nachgelagerten Stufe der Passagierflüge begründen oder verstärken, da an den Flughäfen Genf (GVA) und Zürich (ZRH) eine Reihe von Fluggesellschaften ihre eigenen Lounges betreiben⁶ und die HNA Group als Nachfrager von Flughafen Lounges in der Schweiz kaum eine Bedeutung hat, da diese über ihre Fluggesellschaften keine Flüge von oder zu einem Flughafen in der Schweiz durchführt.⁷

¹ RPW 2007/4, 632 Rz 20.

² COMP/M.7021, Rz 12.

³ RPW 2014/2, 418 Rz 5, *Coop/Marché*.

⁴ Meldung vom 05. Juli 2016, Rz 68.

⁵ Vgl. Meldung vom 05. Juli 2016, Rz 63 und Rz 68.

⁶ Am Flughafen Zürich betreiben die Swiss und die Emirates eigene Lounges, siehe <<https://www.flughafen-zuerich.ch/passagiere-und-besucher/airport-services/aufenthalt-und-lounges/lounges>> (19.07.16). Am Flughafen Genf sind die Swiss, die Air France sowie die British Airways mit eigenen Lounges vertreten, siehe <<https://www.gva.ch/de/desktopdefault.aspx/tabid-427>> (19.07.16).

⁷ Meldung vom 05. Juli 2016, Rz 6.

26. Nachfolgend werden diejenigen betroffenen Märkte analysiert, bei welchen ein beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 30 % erreicht und welche damit vom Zusammenschluss betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind. Zur Klarstellung sei hier noch einmal erwähnt, dass bei diesen Marktsegmenten zwischen den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Parteien keinerlei Überlappungen bestehen.

27. Im Segment der **Bordverpflegung** ist lediglich die Gategroup tätig. Die schweizweiten Marktanteile werden für das Jahr 2015 auf [70-80] % geschätzt.⁸

28. Bei der **Bodenabfertigung kommerzieller Passagier- und Frachtflugzeuge** ist ausschliesslich die HNA Group über die Swissport tätig. Deren Marktanteile liegen zwischen [60-70] % (am Flughafen Genf) und [80-90] % (am Flughafen Zürich) bei den kommerziellen Passagier- und Frachtflugzeugen. Bei den Privat- und Geschäftsflugzeugen liegen die Marktanteile der durch die HNA Group kontrollierten Swissport bei [0-10] % (am Flughafen Zürich) und [10-20] % (am Flughafen Genf).⁹

29. In der **Frachtabfertigung** ist nur die HNA Group über die Swissport am Flughafen Genf aktiv. Diese erzielt in diesem Segment für 2015 Marktanteile am Flughafen Genf von [40-50] % (vgl. Rz 19).¹⁰

30. Bei der **Bodenabfertigung** (Tätigkeit der HNA Group über die Swissport) und der **Bordverpflegung** (Tätigkeit des Zielunternehmens Gategroup) stellt sich die Frage, ob die Bodenabfertigung nicht für einen Teilbereich der Bordverpflegung vorgelagert ist. Da die Catering Unternehmen in der Regel eigene sogenannte „high-loader vehicles“ betreiben¹¹, kann dies verneint werden; vielmehr ist vorliegend von benachbarten Märkten auszugehen.

31. Trotz der hohen Marktanteile der beiden beteiligten Unternehmen im Segment der **Bodenabfertigung** (Tätigkeit der HNA Group) und der **Bordverpflegung** (Tätigkeit der Gategroup), führt das Zusammenschlussvorhaben damit weder zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung noch zu einer Begründung von Marktmacht, da weder eine horizontale noch eine vertikale Beziehung zwischen den Beteiligten des Zusammenschlussvorhabens besteht.

32. Die meldende Partei hat beantragt, die Meldung im Sinne von Art. 12 VKU als erleichterte Meldung entgegenzunehmen und Sie von der Einreichung von Informationen gemäss Ziff. 4.2 – 6 des Meldeformulars für die Segmente Bodenabfertigung kommerzieller Passagier- und Frachtflugzeuge sowie Frachtabfertigung zu befreien. Da in diesen beiden Segmenten lediglich die HNA Group über die Swissport tätig ist, hat das Sekretariat diesem Antrag mittels Schreiben vom 05. Juli 2016 stattgegeben.

B.4.4 Ergebnis

33. Die beiden Beteiligten am Zusammenschlussvorhaben haben in der Schweiz keinerlei Überlappungen in den Segmenten Retail on-Board, Bordverpflegung, Frachtabfertigung sowie Frachtcontainervermietung.

34. Zwischen der Bodenabfertigung (Tätigkeit der HNA Group über die Swissport) und der Bordverpflegung (Tätigkeit des Zielunternehmens Gategroup) besteht keine vertikale Beziehung, weshalb die Gefahr für die Abschottung von Einsatzmitteln weitgehend ausgeschlossen werden kann.

35. Im Segment der Flughafen Lounges besteht ab Ende 2016 eine vertikale Beziehung welche zu einem gemeinsamen Marktanteil über 20 % führt. Da eine Vielzahl von Fluggesellschaften ihre eigenen Lounges betreiben sowie die HNA Group keine Flüge von und zu einem Flughafen in der Schweiz durchführt, bestehen hier keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

36. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁸ Meldung vom 05. Juli 2016, Rz 35.

⁹ Meldung vom 05. Juli 2015, Rz 80.

¹⁰ Meldung vom 05. Juli 2016, Rz 83.

¹¹ Vgl. < <http://www.gategourmet.com/customer-solutions/provisioning> > (7.7.2016).

B 2.3

4. HNA Aviation Group Co., Ltd/SR Technics HoldCo 1 GmbH

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. November 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 2. November 2016

A Sachverhalt

1. Am 10. Oktober 2016 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die HNA Aviation Group Co., Ltd (nachfolgend: HNA Aviation) den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die SR Technics HoldCo 1 GmbH (nachfolgend: SR Technics).

2. Die Tätigkeitsbereiche der **HNA Aviation** umfassen Lufttransport und damit zusammenhängenden Tätigkeiten wie Wartung, Reparatur und Überholungsarbeiten, allgemeine Luftfahrt, Geschäftsreisedienstleistungen, Bodenunterstützung, Luftfahrtlogistik und Finanzinvestitionen.

3. Die **HNA Aviation** wird mehrheitlich von der **HNA Group** gehalten und kontrolliert. Die **HNA Group** ist ein chinesisches Konglomerat, welches die Bereiche Luftfahrt, Immobilien, Finanzdienstleistungen, Tourismus sowie Nahrungs- und Kältelogistik umfasst. [...] Die Swissport erbringt Vorflugwartungsleistungen in Japan, Mexico, der Dominikanischen Republik, Chile, den USA und Kanada. Des Weiteren hält die HNA Group Anteile an einigen Fluggesellschaften, unter anderen an der Hainan Airlines (nachfolgend: Hainan Air). Die HNA Group hat bereits angekündigt, die gategroup Holding AG (nachfolgend: Gategroup) zu erwerben. Die Gategroup ist im Bereich der Bordverpflegung, Retail on-Board und Management von Flughafen Lounges tätig.

4. Der Tätigkeitsbereich der **SR Technics** umfasst technische Flugzeuflösungen. Die SR Technics bietet Unterhalts-, Reparatur- und Überholungsleistungen für kommerzielle Flugzeuge, Bauteillösungen und technische Triebwerkslösungen an. [...]

5. Die Meldung für dieses Zusammenschlussvorhaben wurde am 29. September 2016 bei der Europäischen Kommission eingereicht.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

6. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an

Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

7. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss.

9. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

10. Die SR Technics wird von der Mubadala Development Company (nachfolgend: Mubadala) indirekt über verschiedene Tochtergesellschaften gehalten. Mit dem Sale und Purchase Agreement vom 13. Juli 2016 verpflichtet sich die HNA Aviation 80% des Stammkapitals der SR Technics von der Takeoff Luxco 3 S.à.r.l. (die vollständig von Mubadala gehalten wird) zu erwerben. [...]

11. [...]

12. Der vorliegende Zusammenschluss stellt deshalb einen Kontrollwerb i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, da mit dem Vollzug des geplanten Zusammenschlusses die HNA Aviation die alleinige Kontrolle über die SR Technics haben wird.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

14. Gemäss Parteiangaben und den eingereichten Jahresrechnungen erzielten die beiden beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt CHF [...] Mio. und weltweit einen Umsatz von insgesamt CHF [...] Mio. In der Schweiz erzielte die HNA Group im Jahr 2015 einen Umsatz von CHF [...] Mio. und die SR Technics von

CHF [...] Mio. Der Zusammenschluss ist deshalb im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

15. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

16. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

17. 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).

18. 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).

19. Das Übernahmeziel, die SR Technics, ist in der Schweiz an den Flughäfen Zürich und Genf¹ im Bereich der **Wartungs-, Reparatur- und Überholungsarbeiten** (nachfolgend: **MRO**²) für Flugzeuge tätig. Die HNA Group ist in der Schweiz über die Gategroup in den Bereichen **Bordverpflegung, Retail on-Board** sowie **Management von Flughafen Lounges** tätig. Zudem ist die HNA Group in der Schweiz in den Märkten **Betrieb von Flughafen Lounges, Bodenabfertigung, Frachtabfertigung** und **Frachtcontainervermietung** aktiv.

20. Die Bereiche Bordverpflegung, Retail on-Board, Management und Betrieb von Flughafen Lounges sowie Bodenabfertigung, [...] wurden bereits im Zusammenschlussvorhaben HNA Group / Gategroup erörtert. Mit der Umsetzung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bleibt die Wettbewerbssituation in diesen Bereichen unverändert bestehen. Deshalb wird vorliegend lediglich auf den **MRO-Markt** eingegangen.

21. Die SR Technics war bereits im November 2003 Teil des Zusammenschlussvorhabens 3i Group plc / MIB AG, wobei die SR Technics damals Teil des Portefeuilles der englischen Investmentgesellschaft 3i war. Die WEKO ordnete die Tätigkeiten der SR Technics damals dem Markt für **Unterhalt und Reparaturen von Flugzeugen und Flugzeugkomponenten** zu.³

22. In Hinblick auf die sachliche Dimension werden in der Praxis der Europäischen Kommission **MRO-Tätigkeiten** in vier Märkte unterteilt: (i) **Vorflugwartung** (line maintenance); (ii) **Generalüberholung** (heavy maintenance); (iii) **Triebwerkswartung** (engine maintenance) und (iv) **Bauteilwartung** (component maintenance).⁴

23. Unter **Vorflugwartung** versteht die Europäische Kommission Tätigkeiten, wie Transit- und Vorflugüberprüfungen sowie die Behebung bestimmter technischer Probleme, welche an den verschiedenen Flughäfen vorgenommen werden, um den fahrplanmässigen Betrieb der Flugzeuge zu gewährleisten.⁵ Im Einzelnen handelt es sich dabei hauptsächlich um Sichtkontrollen und die Überprüfung des Flugzeuges mittels Bordinstrumenten, um wesentliche Fehler zu entdecken.⁶

24. Die Europäische Kommission hat eine weitere Unterteilung der Vorflugwartung und Generalüberholung in sogenannte A-, B-, C- und D-Checks vorgenommen.⁷ Dabei sind A- und B Checks der Generalüberholung zuzuordnen,⁸ wobei diese teilweise bei Vorflugwartungsstationen durchgeführt werden können.⁹ Die Durchführungsdauer der A-Checks liegt dabei bei weniger als einem Tag, wohingegen die B-Checks ein bis zwei Tage dauern können.¹⁰ C- und D-Checks, welche der Generalüberprüfung zugeordnet werden, zeichnen sich im Vergleich zu den A- und B-Checks durch eine signifikant intensivere Prüfung aus.¹¹ Ein C-Check dauert dementsprechend ein bis zwei Wochen und die Durchführung eines D-Checks zwischen drei Wochen bis zu zwei Monaten.¹²

25. In Hinblick auf die räumliche Dimension hat die Europäische Kommission ausgeführt, dass im Verhältnis zur Standzeit eines Flugzeugs und den Kosten der auszuführenden Wartungsarbeiten, die relative Bedeutung der Transportkosten bis zu dem Punkt sinkt, bei welchem Nachfrager von MRO-Arbeiten weltweit zwischen MRO-Anbietern an unterschiedlichen Standorten auswählen können.¹³ Bei der Generalüberholung, Triebwerkswartung und Bauteilwartung ist nach Ansicht der Europäischen Kommission von mindestens dem EWR Raum auszugehen,¹⁴ wobei Triebwerkswartung und Bauteilwartung weltweit sein können.¹⁵ Bei der Vorflugwartung müsse das Flugzeug nicht ausser Betrieb genommen werden.¹⁶ Folglich fallen die Kosten der Vorflugwartung im Verhältnis zu den Transportkosten schwächer ins Gewicht als bei der Generalüberholung, Triebwerkswartung und Bauteilwartung. Die Vorflugwartung wurde durch die Europäische Kommission deshalb räumlich regional auf den jeweiligen Flughafen abgegrenzt.¹⁷

¹ Der Euroairport Basel Mulhouse Freiburg (BSL; MLH; EAP) liegt in Frankreich.

² MRO ist das Akronym für **M**aintenance, **R**epair and **O**verhaul.

³ RPW 2004/1, S. 144, Rz. 14.

⁴ COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, Rz. 9; COMP/JV.19, Rz. 56; COMP/M. 7270 - Cesky Aerholding/Travel Service/Ceske Aerolinie, Rz. 44.

⁵ COMP/M.6554 - EADS/STA/ELBE Flugzeugwerke JV, S. 5, FN. 19.

⁶ COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, S. 2, FN. 3.

⁷ COMP/M.6554 - EADS/STA/ELBE Flugzeugwerke JV, Rz. 25.

⁸ COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, Rz. 9.

⁹ COMP/M.6554 - EADS/STA/ELBE Flugzeugwerke JV, S. 5, FN. 19.

¹⁰ COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, S. 2, FN. 5.

¹¹ COMP/M.6554 - EADS/STA/ELBE Flugzeugwerke JV, S. 6, FN. 20.

¹² COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, S. 2, FN. 5.

¹³ COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, Rz. 11.

¹⁴ COMP/M. 7270 - Cesky Aerholding/Travel Service/Ceske Aerolinie, Rz. 44.

¹⁵ COMP/M.3280 - Air France/KLM, Rz. 40; JV.19 - KLM/Alitalia, Rz. 57; COMP/M.6447 - IAG/BMI, Rz. 108.

¹⁶ COMP/M.6554 - EADS/STA/ELBE Flugzeugwerke JV, Rz. 26.

¹⁷ COMP/M. 7270 - Cesky Aerholding/Travel Service/Ceske Aerolinie, Rz. 44.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

26. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.4.3 Betroffene Märkte

27. In der Schweiz ist lediglich die SR Technics im Segment der **Vorflugwartung** tätig. Im Segment der Vorflugwartung lag der Marktanteil der SR Technics im Jahre 2015 am Flughafen Genf bei [80-90] % und am Flughafen Zürich bei [10-20] %.¹⁸

28. Würde der Markt für Vorflugwartung unpräjudiziell auf den jeweiligen Flughafen abgegrenzt (vgl. Rz. 25), so wäre die Vorflugwartung am Flughafen Genf ein betroffener Markt. Die HNA Group hat jedoch am Flughafen Genf im Bereich der **Vorflugwartung** keinerlei Geschäftsaktivitäten, womit der Zusammenschluss weder zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung noch zu einer Begründung von Marktmacht führt.

29. Ginge man im Bereich der **Vorflugwartung** von einer nationalen Marktabgrenzung aus, so würde der Marktanteil der SR Technics bei [30-40] % liegen. Damit wäre die Betroffenheit im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU formal gegeben. Wiederum verhält es sich jedoch so, dass die HNA Group auch schweizweit keinerlei Vorflugwartungsleistungen erbringt (vgl. auch Rz. 3). Zudem liegt mit Lufthansa Technik, mit einem entsprechenden nationalen Marktanteil von [50-60] %, ein starker Wettbewerber im Bereich der Vorflugwartung vor, womit auch im Falle einer nationalen Marktabgrenzung weder von einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung noch einer Begründung von Marktmacht auszugehen ist.

30. Die SR Technics erbringt in der Schweiz **Triebwerkswartungsleistungen** [...]. Für eine Inputverschliessung hat die HNA Group nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens weder den Anreiz noch die Möglichkeit, da die Triebwerkswartungsleistung zu den Transportkosten derart ins Gewicht fällt, dass der räumliche Markt mindestens EWR-weit abgegrenzt werden müsste (vgl. Rz 25) und international eine Reihe von Wettbewerbern mit der SR Technics um Marktanteile konkurrenzieren. So hat die SR Technics weltweit – gemäss Angaben der meldenden Partei - lediglich einen Marktanteil von [0-10] % und ist damit die Nr. [...]. Dementsprechend haben die Nachfrager von Triebwerkswartungsleistungen eine grosse Auswahl an möglichen Anbietern und können bei Bedarf den Anbieter wechseln.

31. Trotz der hohen Marktanteile der SR Technics im Segment **Vorflugwartung** führt das Zusammenschlussvorhaben damit weder zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung noch zu einer Begrün-

dung von Marktmacht, da keine horizontale und nur eine sehr beschränkte vertikale Beziehung zwischen den Beteiligten des Zusammenschlussvorhabens besteht.

32. Die meldende Partei hat beantragt, die Meldung im Sinne von Art. 12 VKU als erleichterte Meldung entgegenzunehmen und Sie von der Einreichung von Informationen gemäss Ziff. 4.2 – 6 des Meldeformulars bezüglich des Segments der Vorflugwartung, in dem die SR Technics einen Anteil von über 30 % hat, sowie bezüglich aller Segmente (wie Bodenabfertigung), in denen die HNA Group über einen Anteil von über 30 % verfügt, zu befreien. Da in den jeweiligen Segmenten nur jeweils eine Partei in der Schweiz tätig ist, hat das Sekretariat diesem Antrag mittels Schreiben vom 17. Oktober 2016 stattgegeben.

B.4.4 Ergebnis

33. Die beiden Beteiligten am Zusammenschlussvorhaben haben in der Schweiz keinerlei Überlappungen im Bereich der Wartungs-, Reparatur- und Überholungsarbeiten („MRO“).

34. Zwischen den Parteien besteht eine begrenzte Anbieter – Abnehmer – Beziehung im Bereich der Triebwerkswartungsleistungen. Aufgrund der grossen Anzahl von Wettbewerbern mit wesentlichen Marktanteilen im Markt für Triebwerkswartungsleistungen besteht für die Parteien keine Möglichkeit der Inputverschliessung.

35. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

¹⁸ Flughafen Genf: Die Marktanteile der SR Technics liegen bei [...] %, die der Lufthansa Technik bei [...] % und die der IAG bei [0-10] %. Flughafen Zürich: Die Marktanteile der SR Technics liegen bei [...] %, die der Lufthansa Technik bei [...] %, die der Helvetic bei [...] %, die der Air Berlin bei [...] %.

B 3

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3	1. Urteil vom 24. November 2016 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich
-----	---

Urteil vom 24. November 2016 1. Starticket AG, in Zollikon, 2. ticketportal AG, in St. Gallen, beide vertreten durch [...], Beschwerdeführerinnen, gegen 1. Aktiengesellschaft Hallenstadion, in Zürich, 2. Ticketcorner AG, in Rümlang, beide vertreten durch [...] Beschwerdegegnerinnen, 3. Wettbewerbskommission, in Bern, Vorinstanz.
Inhaltsverzeichnis:

Sachverhalt **1085**

Erwägungen **1096**

I.	Prozessvoraussetzungen	1096
II.	Rechtliche Grundlage	1096
III.	Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes	1097
IV.	Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens	1097
	1) Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes	1097
	2) Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör	1098
V.	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG durch die AGH	1100
	1) Relevanter Markt	1100
	a) Sachlich relevanter Markt	1100
	b) Räumlich relevanter Markt	1115
	c) Zeitlich relevanter Markt	1117
	d) Zwischenergebnis Marktabgrenzung	1118
	2) Marktbeherrschende Stellung	1118
	3) Wettbewerbswidriges Verhalten	1125
	a) Grundlage	1125
	b) Koppelungsgeschäft	1126
	c) Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen	1130
	4) Fazit: Missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG durch die AGH	1132
VI.	Unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG zwischen der AGH und Ticketcorner	1132
	1) Wettbewerbsabrede	1132
	2) Relevanter Markt	1135
	a) Markt für Veranstaltungsorte	1135

b)	Markt des Ticketings	1136
3)	Wettbewerbsbeseitigung	1136
4)	Wettbewerbsbeeinträchtigung	1136
5)	Erheblichkeit	1138
	a) Regelungszweck	1138
	b) Beurteilungsgrundlage	1139
	c) Qualitative Erheblichkeit	1140
	d) Quantitative Erheblichkeit	1141
	e) Einzelfallbeurteilung	1145
6)	Rechtfertigungsgründe	1147
7)	Fazit: Wettbewerbswidrige Abrede gemäss Art. 5 KG zwischen der AGH und Ticketcorner	1148
VII.	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG durch Ticketcorner	1148
	1) Relevanter Markt	1149
	2) Marktbeherrschende Stellung	1149
	3) Wettbewerbswidriges Verhalten	1150
	a) Erzwingung	1150
	b) Generalklausel	1150
	4) Fazit: Missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG durch Ticketcorner	1151
VIII.	Gesamtbeurteilung der Beschwerde ..	1151
IX.	Verfahrenskosten und Parteientschädigung	1151
	Dispositiv	1152

Hinweis: Alle im Urteil nachfolgend in geschwungenen Klammern aufgeführten Leerstellen oder Zahlenangaben bilden Geschäftsgeheimnisse der Parteien oder von Dritten.

Sachverhalt:

A. Gegenstand

Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (nachfolgend auch: WEKO oder Weko) am 14. November 2011 erlassene Verfügung im Verfahren Nr. 32-0221, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (RPW 2012/1, 74 ff., nachfolgend: angefochtene Verfügung), mit der die Untersuchung

wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) im Zeitraum zwischen 2009 und 2011 (nachfolgend: massgeblicher Zeitraum) eingestellt worden war: (i) gegen die Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich (nachfolgend: AGH oder Beschwerdegegnerin 1) wegen der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG durch die Verwendung einer besonderen Ticketing-Klausel gegenüber den Vertragspartnern bei der Anmietung des Hallenstadions, sowie (ii) gegen die AGH und die Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner oder Beschwerdegegnerin 2) wegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG durch den Abschluss einer besonderen Ticketing-Kooperationsklausel, die zur Anwendung der Ticketingklausel durch die AGH bei der Vermietung des Hallenstadions gegenüber Dritten führt.

B. Beschwerdeführerinnen

B.a Die Starticket AG (Beschwerdeführerin 1 im vorliegenden Verfahren B-3618/2013 und im ursprünglichen Verfahren B-446/2012; vgl. Sachverhalt [SV] M.a) ist eine im Jahr 2010 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich (vormals bis zum Jahr 2013 in Zollikon). Der Zweck der Gesellschaft besteht im Betrieb einer Ticketingorganisation für Veranstaltungen jeglicher Art einschliesslich der Erbringung verschiedenster Ticketingdienstleistungen.

B.b Die ticketportal AG (vormals bis zum Jahr 2009 als VisionOne AG firmierend; Beschwerdeführerin 2 im vorliegenden Verfahren B-3618/2013 bzw. Beschwerdeführerin 3 im ursprünglichen Verfahren B-446/2012) ist eine im Jahr 1999 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in St. Gallen. Der Zweck der Gesellschaft besteht in der Erbringung von EDV-Dienstleistungen aller Art sowie dem Handel mit Hard- und Software in der Computerbranche. Im Bereich des Ticketings tritt sie als Anbieterin von webbasierten Gesamtlösungen auf. Aufgrund eines Fusionsvertrags zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführerin 2 sind die Aktien und Passiven der Beschwerdeführerin 2 zum 9. November 2016 auf die Beschwerdeführerin 1 übergegangen.

C. Beschwerdegegnerinnen

C.a Die AGH ist eine im Jahr 1938 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Der Zweck der Gesellschaft besteht vorrangig im Betrieb des Hallenstadions in Zürich, einer Multifunktionshalle für die Durchführung von unterschiedlichsten Veranstaltungen.

C.b Ticketcorner ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Rümlang, die im Jahr 2011 aus der Fusion der im Jahr 2003 gegründeten ehemaligen Ticketcorner AG und einer ehemaligen Ticketcorner Holding AG hervorgegangen ist, wobei letztere wiederum im Jahr 2006 aus der Fusion von zwei im Jahr 1997 und 2004 gegründeten Gesellschaften hervorgegangen war. Ihr Geschäftszweck besteht im Betrieb einer Ticketingorganisation, welche im Wesentlichen den Absatz von Tickets und sonstigen Ticketingdienstleistungen umfasst, wobei sie den Geschäftsbetrieb der ehemaligen Ticketcorner AG weitergeführt hat. Ticketcorner ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der neuen Ticketcorner Holding AG (vgl. SV D.b).

D. Sonstige Unternehmen

D.a Die Ticketino AG (nachfolgend: Ticketino; Beschwerdeführerin 2 im ursprünglichen Verfahren B-446/2012) ist eine im Jahr 2003 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Root (vormals bis zum Jahr 2009 in Zürich). Der Zweck der Gesellschaft besteht darin, Lösungen für das Ticketing, bestehend aus Hardware, Software und Dienstleistungen, anzubieten.

D.b Die Ticketcorner Holding AG (nachfolgend: Ticketcorner Holding) ist eine im Januar 2010 unter dem Namen Eventim CH AG gegründete und sogleich umfirmierte schweizerische Gesellschaft mit Sitz in Rümlang (vormals bis 2013 in Zürich). Der Zweck der Gesellschaft besteht im Erwerb und Halten sowie in der Verwaltung und in der Veräusserung von Beteiligungen an Unternehmen in der Schweiz und im Ausland. Die Ticketcorner Holding ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der CTS Eventim Schweiz AG (vgl. SV D.c).

D.c Die CTS Eventim Schweiz AG (nachfolgend: Eventim Schweiz) ist eine im Jahr 2000 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Rümlang (vormals bis zum Jahr 2013 in Basel). Ihr Geschäftszweck umfasst Aufbau, Unterhalt, Betreuung und Weiterentwicklung eines grenzüberschreitenden Ticketverkaufssystems. Die Eventim Schweiz war bis zum Jahr 2010 eine 100%-ige Tochtergesellschaft der deutschen CTS Eventim AG (nachfolgend Eventim Holding) mit Sitz in München, die der Eventim-Gruppe vorsteht, welche im Bereich des Veranstaltungsgeschäfts international tätig ist; ab diesem Zeitpunkt wurden 50% der Anteile durch die Ringier AG (vgl. SV D.d) übernommen.

D.d Die Ringier AG (nachfolgend: Ringier) ist eine im Jahr 1930 gegründete schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Zofingen. Der Zweck der Gesellschaft besteht in der Ausübung aller Tätigkeiten im Medienbereich und der Informationsvermittlung, insbesondere im Verlagswesen. Die Ringier AG ist eine Gruppengesellschaft der Ringier-Gruppe unter Führung der Ringier Holding AG.

D.e Die Good News Production AG (nachfolgend: Good News) ist eine im Jahr 1970 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Opfikon. Der Zweck der Gesellschaft besteht unter anderem in der Vermittlung und Organisation von Pop- und Jazzveranstaltungen sowie der Vermittlung und Promotion von Musikern, Discjockeys und anderen Künstlern.

E. Verflechtungen

E.a Im massgeblichen Zeitraum ergaben sich die nachfolgend aufgeführten Verflechtungen zwischen den vorstehend bezeichneten Unternehmen.

E.b Zwischen der AGH und Ticketcorner bestand ein Ticketing-Kooperationsvertrag über die Zusammenarbeit im Bereich des Ticketings (vgl. SV K.a).

E.c Zwischen der AGH und der Good News bestand ein Vertragsverhältnis, der die Good News als strategischen Partner der AGH im Bereich Rock/Pop qualifizierte.

E.d Zwischen Good News und Ticketcorner bestand ein Kooperationsvertrag, der Ticketcorner das Recht einräumte, {50-100%} aller Tickets der Veranstaltungen von Good News in der Schweiz zu vertreiben.

E.e Im Februar 2010 erfolgte die Übernahme der (ehemaligen) Ticketcorner durch die Eventim-Gruppe und die Ringier-Gruppe, womit beide Unternehmensgruppen jeweils 50%-Anteile an der Eventim Schweiz aufweisen (vgl. Pressemitteilung der Eventim-Gruppe vom 19.2.2010 unter www.eventim.de/obj/media/DE-eventim/relations/press/2010/2010-02-19-Press-Ticketcorner.pdf; Pressemitteilung der Ringier vom 19.2.2010 unter www.ringier.ch/de/medienmitteilungen/general-press-releases/uebernahme-der-schweizer-ticketcorner-holding-ag; beide zuletzt abgerufen am 1.9.2016). Dadurch halten sowohl die Ringier als auch die Eventim Holding jeweils indirekt einen 50%-Anteil an Ticketcorner.

E.f Die Ticketcorner Holding hält in Umsetzung des Ticketing-Kooperationsvertrags 5% der Aktien an der AGH.

E.g Die Ringier hält 48% und die DEAG Deutsche Entertainment AG 52% der Anteile an Good News.

E.h Ein Mitglied des Verwaltungsrats der AGH ist zugleich Präsident des Verwaltungsrats von Ticketcorner, des Verwaltungsrats der Ticketcorner Holding und des Verwaltungsrats der Eventim Schweiz sowie Vorstandsvorsitzender der Eventim Holding.

E.i Daneben bestehen innerhalb der Eventim- bzw. der Ringiergruppe und der von ihnen jeweils gehaltenen Beteiligungen gewisse Mehrfachvertretungen in den jeweiligen Organen durch verschiedene Personen.

F. Feststellungen zum Verfahrensgegenstand

Die nachfolgenden Ausführungen in den Abschnitten G. bis K. zum Inhalt des Veranstaltungsgeschäfts, zu den verschiedenen Arten von Veranstaltungen und Veranstaltungsorten, den Merkmalen des Hallenstadions sowie dem Geschehensablauf beruhen auf den Feststellungen der Vorinstanz sowie den im Rahmen des Verfahrens eingereichten Unterlagen der Parteien und den Feststellungen des Gerichts. Sie bieten eine grundlegende Übersicht über den Verfahrensgegenstand. Spezifische Abhandlungen von Einzelheiten erfolgen zu den jeweiligen Detailspekten im Rahmen der Erwägungen.

G. Veranstaltungsgeschäft

G.a Für die Durchführung einer Veranstaltung müssen von der Verpflichtung der jeweiligen Akteure über die Anmietung einer bestimmten Lokalität, die Beschaffung der Veranstaltungslogistik einschliesslich der Gewährleistung einer erforderlichen technischen Ausstattung, den Verkauf von Tickets bis hin zur Verpflegung der Zuschauer eine Vielzahl von verschiedensten Leistungen abgerufen und erbracht werden. Angesichts der inhaltlichen Spannweite der erforderlichen Leistungen werden diese regelmässig durch verschiedene spezialisierte Unternehmen erbracht. Allerdings besteht – wie in anderen Wirtschaftsbereichen – auch im Veranstaltungsgeschäft die Tendenz, möglichst viele Leistungen aus einer Hand anbieten zu können.

G.b Im vorliegenden Zusammenhang sind die wirtschaftlichen und rechtlichen Beziehungen zwischen Veranstaltern, Vermietern von Veranstaltungsorten und den Betreibern von Ticketingsystemen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu beurteilen.

G.c Die Veranstalter sind regelmässig eigenständige Unternehmen, welche kulturelle, sportliche oder sonstige Veranstaltungen planen, organisieren und umsetzen. Dabei bilden sie den Drehpunkt zwischen den Darbietenden und den übrigen Erbringern der für die Durchführung der Darbietung notwendigen Leistungen. Bei gewissen Arten von Veranstaltungen, wie beispielsweise Generalversammlungen, handelt es sich beim Veranstalter um das Unternehmen, welches den Gegenstand der Veranstaltung selbst bildet.

G.d Die Vermieter der Veranstaltungsorten stellen die vom Veranstalter ausgewählten Räumlichkeiten zur Verfügung. Gegebenenfalls bieten sie auch darüber hinausgehende Leistungen an, die mit einer Vermietung der Halle unmittelbar in Zusammenhang stehen, wie beispielsweise die Einlasskontrolle, oder nur mittelbar mit der Vermietung in Zusammenhang stehen, wie beispielsweise das Catering.

G.e Der Verkauf von Tickets an die Besucher einer Veranstaltung (nachfolgend mit dem Begriff des „Ticketing“ anstatt mit dem umgangssprachlichen Begriff „Ticketvertrieb“ umschrieben, um die notwendige sprachliche Abgrenzung gegenüber einem rechtlichen Vertriebsverhältnis herzustellen) übernimmt für den Veranstalter ein Ticketingunternehmen, welches hierzu ein Netz an physischen Verkaufsstellen und/oder ein elektronisches Ticketverkaufssystem im Internet betreibt.

G.f Im Bereich des Ticketings sind in grundsätzlicher Hinsicht der Fremd- und der Eigenabsatz von Tickets zu unterscheiden. Beim Eigenabsatz setzt der Veranstalter die Tickets für seine Veranstaltungen gegenüber den Besuchern unmittelbar selbst ab. Beim Fremdsatz überträgt der Veranstalter diese Aufgabe einem Dritten, wobei es sich üblicherweise um ein auf dieses Geschäft spezialisiertes Ticketingunternehmen handelt.

G.g Für den Fremdsatz der Tickets ist zu beachten, dass ein Doppel- oder Mehrfachabsatz von Tickets durch eine Aufteilung auf mehrere Ticketingunternehmen in der Praxis regelmässig nicht sinnvoll ist und auch nicht durchgeführt wird. Die entsprechenden Abklärungen der Vorinstanz ergaben, dass die Veranstalter deshalb grundsätzlich die Zusammenarbeit mit dem von ihnen bevorzugten Ticketingunternehmen vorziehen würden. Überwiegend wurde von den Veranstaltern auch kein prinzipieller Vorteil in einer Nutzung von zwei oder mehreren Ticketingunternehmen ausgemacht. Demgegenüber wurden verschiedene grundsätzliche nachteilige Aspekte, wie insbesondere der zusätzliche Aufwand, eine notwendige Kontingentierung der Tickets und die Gefahr von Doppelbuchungen sowie die erhöhten Kosten gegenüber einem Ticketabsatz durch ein einziges Ticketingunternehmen, angegeben. Ein Mehrfachabsatz erfolge daher nur ausnahmsweise, soweit folgende spezifischen Umstände vorliegen: (i) Verlangen der Künstler auf Einbindung eines bestimmten Ticketingunternehmens; (ii) Verlangen der Vermieter von Veranstaltungsorten auf Einbindung eines spezifischen Ticketingunternehmens; (iii) Einbindung von bestimmten Vertriebskanälen, etwa im benachbarten Ausland. Dabei werde von Seiten der Veranstalter aber jeweils dennoch ein Teil des Ticketabsatzes über das von ihnen bevorzugte Ticketingunternehmen abgewickelt. Die konkreten

Abklärungen der Vorinstanz bestätigen damit die Einschätzung aufgrund allgemeiner Überlegungen.

H. Veranstaltungen

H.a Die möglichen Veranstaltungen umfassen einen weiten Bereich von Veranstaltungen, die auf die Durchführung von kulturellen, sportlichen, geschäftlichen oder sonstigen Darbietungen ausgerichtet sind.

H.b Bei den Veranstaltungen ist eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen Aussenveranstaltungen (auch als Freiluftveranstaltungen bezeichnet), die unter freiem Himmel in offenen Lokalitäten durchgeführt werden, und Innenveranstaltungen, die in geschlossenen Räumlichkeiten durchgeführt werden, vorzunehmen. Im Laufe der Zeit wurde aufgrund der zunehmenden technischen Möglichkeiten damit begonnen, einerseits Aussenveranstaltungen in geschlossenen Lokalitäten und andererseits Innenveranstaltungen in offenen Lokalitäten durchzuführen. Daher ist eine weitere Differenzierung zwischen originären und abgeleiteten Aussenveranstaltungen bzw. Innenveranstaltungen vorzusehen. Die Gründe für die Durchführung von abgeleiteten Innenveranstaltungen (bspw. Eishockeyspiele, Reit- und Tennisturniere, Motorradshows, Fussballhallenturniere) beruhen im Wesentlichen auf der Intention einer flächendeckenden und zeitlich andauernden Durchführung von gleichartigen Veranstaltungen. Bei abgeleiteten Aussenveranstaltungen (bspw. Theater-, Opern- und Musicalaufführungen) bildet demgegenüber der Aspekt der Herstellung einer besonderen Atmosphäre und die damit verbundene Besonderheit gegenüber den originären Innenveranstaltungen den massgeblichen Beweggrund.

H.c Abgeleitete Aussenveranstaltungen – jedenfalls mit kulturellem Inhalt – weisen eine Ambiance auf, wegen der sie gerade besucht werden und die in geschlossenen Lokalitäten nicht in gleicher Weise hergestellt werden kann. Demgegenüber können offene Lokalitäten angesichts der Witterungsbedingungen nur während weniger Monate genutzt werden, um die potentiellen Probleme von derartigen Aussenveranstaltungen, wie etwa die Verletzungsgefahr der Akteure, technische Störfälle infolge von Witterungseinflüssen und die Beeinträchtigung der Zuschauer, möglichst zu vermeiden. So weist beispielsweise der Veranstaltungskalender für Open Air-Veranstaltungen im Jahr 2016 ausschliesslich Termine im Juni, Juli und August aus (vgl. unter www.openairguide.net/festivals/schweiz/_filter, zuletzt besucht am 28. Mai 2016). Die jeweiligen Veranstaltungen weisen daher immer besondere Regelungen für den Fall eines Ausfalls von Vorstellungen aufgrund von Witterungsbedingungen und für deren etwaige Nachholung auf.

H.d Für die vorliegende Betrachtung sind folgende Anlässe als Beispiele von Veranstaltungen exemplarisch heranzuziehen: (i) Musikevents, wobei hierunter prinzipiell alle Arten an Darbietungen von Unterhaltungsmusik wie Pop-, Rock-, Schlager- und Jazzkonzerte, House- und Danceparties sowie Konzerte von ernster und neuerzeitlicher Musik zu verstehen sind; (ii) spezifische Musikanlässe in Form von Open Air-Veranstaltungen, Opern-Grossproduktionen, Musicals als Dauerveranstaltung; (iii) Unterhaltungsevents wie bspw. Comedyshow, Fashionshows und TV-Produktionen; (iv) Sportevents

wie bspw. Eislauf- und Motorrad-Stuntshows, Fussball- und Eishockeyspiele, Tennis- und Reitturniere; (v) Geschäftsanlässe, wie bspw. Generalversammlungen von Unternehmen, Produktvorstellungen, Kunden- und Mitarbeiteranlässe; Verbandsanlässe; (vi) Messen unter Einbeziehung aller Arten von Grosshandels-, Einzelhandels- oder spezifischen Fachmessen sowie museale Veranstaltungen; (vii) Informationsevents wie Kongresse, Tagungen, Seminare; (viii) Privatanlässe wie bspw. Grosshochzeiten oder Jubiläumsfeiern.

I. Veranstaltungsorte

I.a Die Veranstaltungsorte umfassen einen weiten Bereich von unterschiedlichen Arten von Räumlichkeiten.

I.b Im vorliegenden Zusammenhang lassen sich in grundsätzlicher Weise für den massgeblichen Zeitraum von 2009 bis 2011 folgende Arten an Veranstaltungsorten anhand ihres baulichen Bestimmungszwecks sowie ihrer Ausgestaltung und Besucherkapazität unterscheiden und gruppieren:

(α) *Open Air-Plätze*: Darunter sind Lokalitäten für Veranstaltungen unter freiem Himmel ohne Bestuhlung zu verstehen, wobei diese von freiem Gelände (bspw. Paleo Festival Nyon mit ca. 40'000/Tag und insgesamt rund 230'000 Zuschauern an 6 Tagen; Open Air St. Gallen mit ca. 30'000/Tag und insgesamt rund 120'000 Zuschauern an 4 Tagen; Greenfield Festival mit ca. 25'000/Tag und insgesamt rund 100'000 Zuschauern an 4 Tagen; Gurtenfestival mit 18'000/Tag und insgesamt über 70'000 Zuschauern an 4 Tagen) bis hin zu grösseren öffentlichen Plätzen (bspw. Open Air Basel mit 5'000/Tag und insgesamt rund 10'000 Zuschauern an 2 Tagen) reichen.

(β) *Grossstadien*: Letzigrund Zürich (50'000), St. Jakobspark Basel (45'000), Stade de Suisse Bern (40'000) und Stade de Genève (30'000).

(γ) *Grosshallen*: PostFinance Arena Bern (17'131), Hallenstadion Zürich (13'000), Patinoire de Malley (10'000), Forum Fribourg (10'000); Arène de Genève (9'500) und St. Jakobshalle Basel (9'000).

(δ) *Stadien*: bspw. Stockhorn Arena Thun (20'000), swissporarena Luzern (20'000), AFG Arena St. Gallen (19'568), Stade de Tourbillon Sion (16'500), La Pontaise Lausanne (15'786), Stadion Brühl Grenchen (15'100), Stade de la Maladière Neuenburg (12'500), Stadion Schützenwiese Winterthur (12'500), Brugglifeld Aarau (8'000), Rankhof Basel (7'600), Stadio di Cornaredo Lugano (6'330) und Stadion FC Solothurn (6'300).

(ε) *Eventhallen*: Festhalle Bern Expo (5'000 – wobei diese gemäss Plänen aus dem Jahr 2013 durch eine neue Multifunktionshalle mit einem Fassungsvermögen von 9'000 Personen bis zum Jahr 2018 ersetzt werden soll; vgl. hierzu den Artikel der Berner Zeitung-Online vom 26. März 2013 unter www.bernerzeitung.ch/region/bern/Bern-erhaelt-eine-Event-halle/story/3187389 5, zuletzt besucht am 1.9.2016), Congress Event Halle St. Gallen (4'000) und Event Halle Basel (3'000).

(ζ) *Kleinstadien*: bspw. Stadion La Blancherie Delémont (5'263), Stadion Kleinfeld Kriens (5'100), Stadion Herti- allmend Zug (4'900), Stadion Breite Schaffhausen

(4'200), Stadion Ringstrasse Chur (1'820) und Stadion Kleinholz Olten (1'500).

(η) *Sport- und Eishallen*: bspw. Kloten Arena Kloten (7'624), Iflis-Eishalle Langnau (6'000), Patinoire de Mëlèzes La Chaux-de-Fonds (5'800), Eis-halle Schoren Langenthal (4'500), Litterna-Eishalle Visp (4'300), Kreuzbleiche-Halle St. Gallen (4'200), Patinoire de Voeyboeuf Ajoie (4'200), Eishalle Güttingersreutli Weinfelden (3'100), Saalsporthalle Zürich (3'000), BBC-Arena Schaffhausen (2'400), Eulach-Halle Winterthur (2'300), Sporthalle Lachen Thun (2'000), Sporthalle Moos Gümmlingen (1'500) und Krauer-Halle Kriens (1'300).

(θ) *Freiluftbühnen*: bspw. Kasernenareal Basel (Basel Tatroo, ca. 8000), Forum Romanum Avenches (Festival Opéra, 6'000), Thuner Seebühne (Thunerseespiele, ca. 2'600), Walenseebühne (2'000), Klosterhof St. Gallen (St. Galler Festspiele, keine Angaben), Landschaftstheater Ballenberg (750) und Freilichtbühne Theater Gurten (500).

(ι) *Kultur-Grosssäle*: Konzert- und Theatersäle wie bspw. 2m2c Montreux Music- & Convention Centre (1'800), Volkshaus Zürich (1'597), Musical Theater Basel (1'557), Z7 Pratteln (1'500), Tonhalle Zürich (1'455), Kursaal Bern (1'500), KKL Luzern (1'300), Konzertsaal Biel (1'250), Theaterhalle Wankdorf-City-Areal Bern (950 – Halle für das Musical „Ewigi Liebi“) und Maag Mucic Hall Zürich (930).

(κ) *Kongresssäle*: bspw. CIG Genf (2'196), Kongresszentrum Davos (1'800), Congress Center Basel (1'500), Parkarena Winterthur (1'250); Kongresszentrum Zürich (1'239), Kongresszentrum Interlaken (1'200), Palazzo Congressi Lugano (1'150), Iflishalle Langnau (1'000).

(λ) *Kleinhallen*: vorliegend keine detaillierten Angaben erforderlich.

(μ) *Kultur-Kleinsäle*: vorliegend keine detaillierten Angaben erforderlich.

(ν) *Tagungs- und Seminarräume*: vorliegend keine detaillierten Angaben erforderlich.

(ξ) *Allmend*: öffentliche Veranstaltungsplätze und sonstiger öffentlicher Grund, die für Strassenveranstaltungen genutzt werden; vorliegend keine detaillierten Angaben erforderlich.

I.c Bei den Veranstaltungsorten ist eine Unterscheidung zwischen offenen und geschlossenen Orten vorzunehmen. Offene Orte umfassen die Open Air-Plätze, Gross-, Klein- und sonstige Stadien sowie Freiluftbühnen und die Allmend. Gegenüber den geschlossenen weisen offene Orte den Nachteil auf, dass sie nicht über die notwendige Infrastruktur einschliesslich der technischen Ausstattung für die Durchführung von Veranstaltungen oder – wie bei den Stadien – anderen als sportlichen Anlässen verfügen. Deshalb muss die für eine Veranstaltung notwendige Infrastruktur erst gesamthaft oder zumindest teilweise aufgebaut werden. Aussenveranstaltungen erfordern daher im Vergleich mit geschlossenen Orten einen erheblichen Zusatzaufwand zur Durchführung einer Veranstaltung.

I.d Für die Open Air-Plätze und Freiluftbühnen ist zudem zu beachten, dass es sich hierbei zumeist nicht um allgemein verfügbare Räumlichkeiten handelt, die als Veranstaltungsort angeboten werden und in beliebiger Weise von einem Veranstalter für ein bestimmtes Datum angemietet werden können. Vielmehr werden die jeweiligen Flächen als Veranstaltungsorte nur für die jeweilige Aussenveranstaltung freigehalten und genutzt. Im Hinblick auf die privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen einer Nutzung haben die Veranstalter der jeweiligen Aussenveranstaltung die entsprechenden Flächen zumeist ausschliesslich für ihre Veranstaltung „erschlossen“. Die notwendige Infrastruktur für die Aussenveranstaltung wird dabei jeweils nur für die Veranstaltung aufgebaut und ist ansonsten nicht verfügbar. Die Teilnahme in einer Aussenveranstaltung kann vom Veranstalter einer bestimmten Darbietung zudem nicht beliebig herbeigeführt werden, sondern ist von der Zustimmung des Veranstalters der Aussenveranstaltung abhängig. Diese Zustimmung ist von vornherein ausgeschlossen, wenn die Konzeption der Aussenveranstaltung eine Mitwirkung von Dritten gar nicht vorsieht, wie dies vielfach der Fall ist.

I.e Für die Stadien, Kleinstadien, Sport- und Eishallen ist zu beachten, dass diese ganz überwiegend nicht als allgemeine Veranstaltungsorte zur Verfügung stehen. Die Eishallen stehen zudem von vornherein für mehr als die Hälfte des Jahres nicht für andere Veranstaltungen zur Verfügung. Es sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass diese Räumlichkeiten in der Praxis tatsächlich in einem beachtenswerten Umfang für andere als die aufgrund ihres Bestimmungszwecks jeweils vorgesehenen sportlichen Veranstaltungen genutzt werden. So verweist die angefochtene Verfügung auch ausschliesslich auf die Grossstadien als alternative Veranstaltungsorte für Pop- und Rockkonzerte.

I.f Bei den geschlossenen Veranstaltungsorten ist eine Unterscheidung zwischen Multifunktionshallen und einfachen Orten vorzunehmen. Multifunktionshallen bieten den Vorteil, dass sie über die notwendige Infrastruktur, insbesondere die technische Ausstattung für verschiedene Arten von Veranstaltungen, verfügen. Dadurch ist es bei ihnen möglich, auch verschiedene Arten von Veranstaltungen hintereinander ohne längere Umbauzeiten abzuwickeln. Aufgrund der vorinstallierten technischen Einrichtungen ist es für einen Veranstalter möglich, den Aufwand für die Durchführung der Veranstaltung geringer als bei sonstigen Veranstaltungsorten zu halten.

I.g Die erforderliche Wirtschaftlichkeit einer Veranstaltung, soweit sie im Wesentlichen durch das Besucheraufkommen bewerkstelligt wird, lässt sich aufgrund der praktischen Erkenntnisse der Veranstalter in Form des Auslastungsgrads einer Veranstaltung als massgebliche Rentabilitätsschwelle konkretisieren. Der Auslastungsgrad bezeichnet dabei das Verhältnis zwischen maximaler Besucherkapazität einer Veranstaltungsorte für die betreffende Veranstaltungskategorie und dem tatsächlichen Besucheraufkommen einer Veranstaltung. Für die im vorliegenden Zusammenhang relevanten Veranstaltungen lassen sich aufgrund der Feststellungen der Vorinstanz folgende Anforderungen an den Auslastungsgrad stellen:

(α) Als allgemeine Faustregel ist davon auszugehen, dass ein Auslastungsgrad zwischen 50% und 80% erforderlich ist, um die Rentabilität einer Veranstaltung zu erzielen.

(β) Bei Grossveranstaltungen liegt die Rentabilitätsschwelle höher; sie ist in einem Bereich zwischen 65% als unterem und 80% als oberem Auslastungsgrad anzusiedeln. Als mittlere Rentabilitätsschwelle für Grossveranstaltungen ergibt sich demzufolge ein Wert in der Höhe von 72,5%.

J. Merkmale des Hallenstadions

J.a Als Grundlage der Beurteilung lassen sich aufgrund der Feststellung der Vorinstanz und der Angaben der Beschwerdegegnerinnen verschiedene Merkmale des Hallenstadions bestimmen, die für die Abgrenzung des relevanten Markts sowie die Beurteilung der Marktstellung der AGH von Bedeutung sind.

J.b Das Hallenstadion lässt sich in verschiedene Segmente aufteilen, wodurch sich unterschiedliche Besucherkapazitäten bei deren Nutzung ergeben. Der Produktbeschrieb 5/2014 der AHG sieht folgende sogenannte Layouts mit unterschiedlichen Fassungsvermögen und Gebühren vor: (i) „Arena“ mit 13'000 Besuchern und 50'000 CHF Minimumgebühr; (ii) „Theater“ mit 7'300 Besuchern und 35'000 CHF Minimumgebühr; sowie (iii) „Club“ mit 4'500 Besuchern und 25'000 CHF Minimumgebühr. Zeitgleiche Veranstaltungen in den Layouts „Theater“ und „Club“ sind dabei ausgeschlossen. Die maximalen Nutzungsgebühren einschliesslich der gegebenenfalls anfallenden zusätzlichen variablen Ticketgebühr ist bei allen Varianten mit 120'000 CHF gleich.

J.c Unter Berücksichtigung des massgeblichen Auslastungsgrads ergeben sich für das Hallenstadion mit Bezug auf Veranstaltungen im Layout „Arena“ bei maximaler Zuschauerkapazität die folgenden wirtschaftlichen Eckdaten für die Durchführung der jeweiligen Veranstaltungen:

(α) *Maximale Kapazität:* 13'000 Zuschauer (aufgrund der tatsächlichen Besucherzahlen ergibt sich faktisch wohl eine Kapazität von 13'500 Zuschauern).

(β) *Minimaler Auslastungsgrad:* 6'500 Zuschauer (entspricht der notwendigen Rentabilitätsschwelle von 50% für alle Anlässe bei einer Maximalkapazität von 13'000 Zuschauern).

(γ) *Unterer Auslastungsgrad Grossanlässe:* 8'450 Zuschauer (entspricht der Rentabilitätsschwelle von 65% für Grossanlässe bei einer Maximalkapazität von 13'000 Zuschauern).

(δ) *Mittlerer Auslastungsgrad Grossanlässe:* 9'425 Zuschauer (entspricht der Rentabilitätsschwelle von 72,5% für Grossanlässe bei einer Maximalkapazität von 13'000 Zuschauern).

(ε) *Oberer Auslastungsgrad:* 10'400 Zuschauer (entspricht der notwendigen Rentabilitätsschwelle von 80% für alle Anlässe bei einer Maximalkapazität von 13'000 Zuschauern).

J.d Die durchschnittliche Besucherzahl der Veranstaltungen im Hallenstadion liegt gemäss Angaben der AGH für die Jahre 2009 bis 2011 bei 7'242, 7'057 und 6'639 Zuschauern. Bei diesen Kennzahlen handelt es sich allerdings um den Durchschnitt aller Veranstaltungen, die im Hallenstadion stattgefunden haben. Dabei ist das Hallenstadion nach Angaben von AGH bei {5–30} von {120–150} Veranstaltungen pro Jahr ausverkauft. Folglich wird das Platzangebot im Hallenstadion in mindestens {3%–25%} vollständig ausgeschöpft. Aus der nachfolgenden Darstellung ist allerdings ersichtlich, dass die verschiedenen Arten von Veranstaltungen ganz unterschiedliche Besucherzahlen aufweisen.

J.e Bei einer detaillierteren Aufschlüsselung der von der AGH vorgelegten Besucherzahlen für die Jahre 2009 bis 2011 nach Art der Veranstaltung ergeben sich die nachfolgend aufgeführten Ergebnisse. Dabei wird eine grundsätzliche Einteilung vorgenommen zwischen Eishockeyligaspielen als Wettbewerbsveranstaltungen (vgl. E. 113y), Geschäftsanlässen (welche sowohl Corporate Events als geschlossene Veranstaltungen, vgl. E. 108δ, Messen als Verkaufsveranstaltungen, vgl. E. 108β, Kongresse und Seminare als Fachveranstaltungen, vgl. E. 108γ, umfassen), Sachshows (vgl. E. 118γ) und Bühnenshows (vgl. E. 118β). Letztere umfassen wiederum Musikanlässe und sonstige Unterhaltungsanlässe. Innerhalb der Bühnenshows sowie der Musikanlässe bzw. sonstigen Anlässe erfolgt eine weitere Differenzierung nach den Schwellenwerten von 6'500 Besuchern, welche den minimalen Auslastungsgrad für alle Arten von Veranstaltungen bildet (vgl. SV J.cβ), sowie von 5'000 Besuchern, welche gegenüber den Grosshallen die Obergrenze der nächst kleineren Gruppe der Eventhallen bildet (vgl. SV I.b.ε):

Veranstaltungen 2009

ART DER VERANSTALTUNG	Vorstellungen		Besucher		Ø
	Anzahl	%-Anteil	Anzahl	%-Anteil	
TOTAL	{...}		{...}		{...}
Eishockeyligaspiele	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Geschäftsanlässe	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Sachshows	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Bühnenshows	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

> 6'500	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
- <i>Musikanlässe</i>	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 6'500	40	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
- <i>Sonstige</i>	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 6'500	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

Veranstaltungen 2010

ART DER VERANSTALTUNG	Vorstellungen		Besucher		Ø
	Anzahl	%-Anteil	Anzahl	%-Anteil	
TOTAL	{...}		{...}		{...}
Eishockeyligaspiele	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Geschäftsanlässe	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Sachshows	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Bühnenshows	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 6'500	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
- <i>Musikanlässe</i>	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 6'500	25	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
- <i>Sonstige</i>	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 6'500	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

Veranstaltungen 2011

ART DER VERANSTALTUNG	Vorstellungen		Besucher		Ø
	Anzahl	%-Anteil	Anzahl	%-Anteil	
TOTAL	{...}		{...}		{...}
Eishockeyligaspiele	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Geschäftsanlässe	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Sachshows	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Bühnenshows	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

> 6'500	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
- <i>Musikanlässe</i>	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 6'500	34	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
- <i>Sonstige</i>	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 6'500	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

Durchschnitt Veranstaltungen 2009 bis 2011

ART DER VERANSTALTUNG	Vorstellungen		Besucher		Ø
	Anzahl	%-Anteil	Anzahl	%-Anteil	
TOTAL	{...}		{...}		{...}
Eishockeyligaspiele	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Geschäftsanlässe	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Sachshows	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Bühnenshows	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 6'500	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
- <i>Musikanlässe</i>	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 6'500	33	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
- <i>Sonstige</i>	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 6'500	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
> 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
< 5'000	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

J.f Aus den vorstehenden Daten lassen sich folgende Ergebnisse ableiten.

J.g Die Bühnenshows machen in den einzelnen Jahren von 2009 bis 2011 sowie im Durchschnitt dieser drei Jahre sowohl nach Anzahl der Veranstaltungen als auch nach Besucherzahlen den weitaus grössten Anteil der im Hallenstadion durchgeführten Veranstaltungen aus. Das gleiche gilt insbesondere für Musikanlässe, welche den grössten Anteil an den Bühnenshows ausmachen. Sogar die Kategorie der Musikanlässe mit mehr als 6'500 Personen (nachfolgend: „Musikgrossanlässe“) weist immer noch einen grösseren Anteil auf als die anderen Veranstaltungen. Mit der Schwelle von 6'500 Personen wird

dabei zu Gunsten der Beschwerdegegnnerinnen die unterste Schwelle der Rentabilitätsgrenze (vgl. SV J.c) angesetzt.

J.h Mit Bezug auf die Anzahl der Veranstaltungen ergibt sich im Drei-Jahres-Durchschnitt folgende Aufteilung: Bühnenshows {40%–50%}; Musikanlässe {30%–40%}; Musikgrossanlässe {20%–30%}; Sachshows {20%–30%}; Eishockeyligaspiele {10%–20%}; Geschäftsanlässe {10%–20%}.

J.i Mit Bezug auf die Besucherzahlen ergibt sich im Drei-Jahres-Durchschnitt folgende Aufteilung: Bühnenshows {50%–60%}; Musikanlässe {40%–50%}; Musikgrossan-

lässe {30%–40%}; Eishockeyligaspiele {20%–30%}; Sachshows {10%–20%}; Geschäftsanlässe {0%–10%}.

J.j Auch bei den durchschnittlichen Besucherzahlen weisen die Bühnenshows gegenüber den anderen Veranstaltungen die deutlich höheren Werte auf, wobei insbesondere die Musikanlässe und die Musikgrossanlässe massiv höhere durchschnittliche Besucherzahlen als die übrigen Veranstaltungen aufweisen. Im Drei-Jahres-Durchschnitt ergibt sich folgende Aufteilung: Musikgrossanlässe {11'000–12'000 Personen}; Musikanlässe {8'000–9'000 Personen}; Bühnenshows {8'000–9'000 Personen}; Eishockeyligaspiele {7'000–8'000 Personen}; Sachshows {6'000–7'000 Personen}; Geschäftsanlässe {2'000–3'000 Personen}.

J.k Bei Musikgrossanlässen, die immerhin {30%–40%} der Veranstaltungen im Hallenstadion ausmachen, liegt der tatsächliche Zuschauerschnitt im Drei-Jahres-Durchschnitt mit über {11'000–12'000} Personen sowohl über dem oberen Auslastungsgrad des Hallenstadions von 80%, der eine Anzahl von 10'400 Zuschauern voraussetzt, und dem mittleren Auslastungsgrad für Grossanlässe von 72,5%, der eine Anzahl von 9'425 Zuschauern voraussetzt (vgl. SV J.c). Dabei sind wiederum {30%–40%} der Musikgrossanlässe ausverkauft und beanspruchen das maximale Fassungsvermögen des Hallenstadions von 13'000 Personen.

J.l Die vorstehenden Daten weisen darauf hin, dass die meisten der im Hallenstadion durchgeführten Musikgrossanlässe aufgrund des Zuschauerzuspruchs nur noch in der PostFinance Arena in Bern durchgeführt werden könnten, nicht aber in den anderen Grosshallen Patinoire de Malley (10'000), Forum Fribourg (10'000), Arena de Genève (9'500) oder der St. Jakobshalle Basel (9'000), weil deren maximales Fassungsvermögen bereits diese Durchschnittswerte nicht erreicht.

K. Geschehensablauf

K.a AGH und Ticketcorner haben zum 1. Januar 2009 einen Kooperationsvertrag mit einer 5-jährigen Laufzeit bis zum 31. Dezember 2014 abgeschlossen. Darin werden verschiedenste Regelungen über die Zusammenarbeit im Geschäftsbereich des Ticketings getroffen, von denen die wichtigsten Regelungen folgende Verpflichtungen betrafen.

K.b Die AGH verpflichtete sich, Ticketcorner als ausschliesslichen Partner im Bereich des Ticketings zu verwenden. Zum einen wurde dadurch Ticketcorner die Möglichkeit zu umfangreichen spezifizierten Werbemassnahmen eingeräumt. Zum anderen übernahm Ticketcorner auch den Betrieb der Kassenhäuschen auf dem Areal des Hallenstadions, wofür eine gesonderte jährliche Vergütung an die AGH zu entrichten war.

K.c Zudem verpflichtete sich die AGH, ihre bislang durchgeführten Tätigkeiten im Bereich des Ticketabsatzes einzustellen. Die AGH war bis dahin für verschiedene Ticketingunternehmen als Verkaufsstelle sowie als Abendkasse an Veranstaltungstagen tätig gewesen.

K.d Ziff. 10 des Kooperationsvertrags statuierte zudem eine Ticketing-Kooperationsklausel mit folgendem Inhalt (im vorinstanzlichen Verfahren als „50%-Vereinbarung“ bezeichnet):

"Ticketcorner hat das Recht, mindestens 50% aller Tickets (exkl. V.I.P.-Pakete mit Zusatzleistungen) sämtlicher Ticketkategorien für alle Veranstaltungen im Hallenstadion über alle möglichen gegenwärtigen elektronischen sowie in Zukunft allenfalls weiteren oder anderen Vertriebskanälen und Vertriebsarten (Call Center, Internet und POS) zu vertreiben."

K.e Im Gegenzug musste von Ticketcorner eine jährliche Marketingzahlung an die AGH geleistet werden, die sich aus einem Grundbetrag sowie einer Zusatzzahlung in Abhängigkeit von der Anzahl an durch Ticketcorner verkauften Tickets für Veranstaltungen im Hallenstadion zusammensetzte. Unter Berücksichtigung der im Hallenstadion abgesetzten Tickets (vgl. SVJ.e, E. 396) resultierte daraus eine substantielle jährliche Zahlung an die AGH.

K.f Darüber hinaus bestand für Ticketcorner die Verpflichtung, die Veranstaltungen im Hallenstadion in den von ihr betriebenen Medien zu bewerben.

K.g Der Kooperationsvertrag sah ausserdem vor, dass Ticketcorner 5% der Aktien an der AGH erwirbt. Diese Aktien hält zwischenzeitlich die Ticketcorner Holding AG.

K.h Der Ticketing-Kooperationsvertrag wurde von der AGH und Ticketcorner im Jahr 2014 für weitere fünf Jahre verlängert.

K.i Die AGH schliesst mit den Veranstaltern Verträge über die Überlassung und Nutzung des Hallenstadions für die jeweilige Veranstaltung ab, die sie als „Veranstaltungsverträge“ bezeichnet. Dabei verwendet die AGH gegenüber den Veranstaltern unterschiedliche allgemeine Geschäftsbedingungen in Abhängigkeit davon, ob für die Vermarktung der Veranstaltung ein Ticketingsystem eingesetzt wird. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Veranstaltungsvertrags für Veranstaltungen ohne Ticketing weisen keine spezifischen Regelungen für das Ticketing auf.

K.j Demgegenüber enthielten die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Veranstaltungsvertrags für Veranstaltungen mit Ticketing in Ziff. 14.1 eine Ticketingklausel mit folgendem Inhalt (im vorinstanzlichen Verfahren als „50%-AGB-Klausel“ bezeichnet):

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

K.k Auch nach Verlängerung des Ticketing-Kooperationsvertrags im Jahr 2014 wurde die Ticketingklausel in Ziff. 14 der allgemeinen Geschäftsbedingungen für Veranstaltungen mit Ticketing bis heute beibehalten. Dabei wurde eine inhaltliche Anpassung insoweit vorgenommen, als der Veranstalter nun unmittelbar einen Ticketingvertrag mit Ticketcorner als Ticketing-Kooperationspartner der AGH abzuschliessen hat.

K.l Aufgrund der Feststellungen der Vorinstanz wirkt die Ticketingklausel bei den meisten Veranstaltungen wie eine Verpflichtung zur vollständigen Übertragung des Ticketings, weil es aus praktischen Gründen in den

meisten Fällen nicht zweckmässig ist, zwei unterschiedliche Ticketingunternehmen mit dem Vertrieb von Tickets für eine Veranstaltung zu betrauen (vgl. SV G.g). Die Ticketingklausel wirkt demzufolge regelmässig nicht als 50%-Regelung, sondern als 100%-Regelung.

K.m Aus dem Zusammenwirken von Ticketing-Kooperationsklausel und Ticketingklausel ergibt sich folgende allgemeine Konstellation: Die Ticketing-Kooperationsklausel statuiert faktisch die Verpflichtung der AGH, gegenüber den Veranstaltern sicherzustellen und durchzusetzen, dass sie das Ticketing mindestens zu 50% an die AGH übertragen, welcher dann von Ticketcorner als Ticketing-Kooperationspartner der AGH zu Standardkonditionen durchgeführt wird. Diese Verpflichtung wird mit der Ticketing-klausel umgesetzt.

K.n Für einen Veranstalter von Veranstaltungen mit Ticketabsatz ergibt sich damit die Ausgangslage, dass er eine Veranstaltung im Hallenstadion nur durchführen kann, wenn er gleichzeitig das Ticketing – in der Praxis im Regelfall zu 100%, in wenigen Ausnahmefällen auch nur zu 50% – der AGH überträgt, der gegen Bezahlung von zusätzlichen Systembenutzungsgebühren bzw. Vorverkaufsgebühren von Ticketcorner als Ticketing-Kooperationspartner der AGH durchgeführt wird. Dem Veranstalter wird demzufolge die Möglichkeit genommen, das Ticketing vollständig selbst abzuwickeln oder durch ein sonstiges Ticketingunternehmen durchführen zu lassen.

K.o Durch die Ticketing-Kooperationsklausel sichert sich Ticketcorner faktisch den Zugang zum Ticketing für alle entsprechenden Veranstaltungen im Hallenstadion ab. Dabei erfasst dieser Zugang regelmässig das Ticketing zu 100%, während er nur in Ausnahmefällen auf die vertraglich vorgesehenen 50% beschränkt ist.

L. Vorinstanzliches Verfahren

L.a Mit Schreiben vom 24. Februar 2009 reichte die Eventim Schweiz beim Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Anzeige gegen die AGH ein und beantragte die Einleitung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 Abs. 1 KG wegen eines missbräuchlichen Erzwingens unangemessener Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG durch die Verwendung der Ticketingklausel gegenüber den Veranstaltern. Ferner stellte sie den Antrag, als Beteiligte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 lit. a KG am Verfahren teilnehmen zu können.

L.b Am 2. April 2009 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Vorabklärung gegen die AGH. Mit Schreiben vom 8. April 2009 wies das Sekretariat den Antrag der Eventim Schweiz auf Beteiligung an der zu diesem Zeitpunkt laufenden Vorabklärung ab und begründete die Abweisung damit, dass erst im Untersuchungsverfahren die Möglichkeit zur Beteiligung am Verfahren bestehe.

L.c Am 23. Juni 2009 erstattete die Beschwerdeführerin 2 ebenfalls Anzeige gegen die AGH. Sie beantragte damit die Einleitung einer Vorabklärung sowie die Eröffnung einer Untersuchung und machte geltend, die AGH sei marktbeherrschend und missbrauche diese Stellung, indem sie den Verkauf der Tickets an die Vermietung des Hallenstadions kopple.

L.d Am 2. Februar 2010 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung Nr. 32-0221 gemäss Art. 27 KG gegen die AGH und Ticketcorner betreffend den Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. Gegenstand der Untersuchung bildete die Frage, ob die AGH über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und diese durch die Verwendung der Ticketingklausel missbrauche. Ebenso untersuchte das Sekretariat der Vorinstanz, ob zwischen der AGH und Ticketcorner eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliege.

L.e Mit Schreiben vom 11. bzw. 12. März 2010 beschwerte sich die Ticketino AG über die vertragliche Beziehung zwischen der AGH und Ticketcorner und teilte mit, sich am Verfahren beteiligen zu wollen. Die Beschwerdeführerin 1 beantragte mit Eingabe vom 24. März 2010 aus dem gleichen Grund, als Verfahrensbeteiligte zugelassen zu werden.

L.f Nach Übernahme des 50%-Anteils an Ticketcorner im Februar 2010 zog die Eventim Schweiz mit Schreiben vom 18. März 2010 ihre Anzeige zurück, weil die von ihr ursprünglich befürchteten Wettbewerbsabreden doch nicht eingetreten seien.

L.g Das Sekretariat der Wettbewerbskommission räumte der Beschwerdeführerin 1 sowie der Ticketino AG am 29. März 2010 und der Beschwerdeführerin 2 am 27. April 2010 Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG ein.

L.h Mit Verfügung vom 14. November 2011 wies die Vorinstanz die Beweisanträge der Beschwerdeführerin 2 ab (Dispositiv Ziff. 1) und stellte die Untersuchung ein (Dispositiv Ziff. 2), da sie aufgrund der Untersuchungsergebnisse zum Schluss kam, dass weder ein Verstoss gegen Art. 7 KG vorliege, weil die AGH nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und folglich auch nicht gegen Art. 7 KG verstossen haben könne, noch eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG zwischen der AGH und Ticketcorner vorliege.

M. Bundesverwaltungsgerichtliches Beschwerdeverfahren (B-446/2012)

M.a Diese Verfügung wurde von den Beschwerdeführerinnen sowie der Ticketino AG mit Beschwerde vom 23. Januar 2012 beim Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Anträgen angefochten:

"(1) Die Verfügung der Vorinstanz vom 14. November 2011 sei aufzuheben.

(2) Es sei festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin 1 auf dem Markt für die Vermittlung von Lokalitäten für die Durchführung von Pop- und Rock-Veranstaltungen eine marktbeherrschende Stellung innehat.

(3) Es sei festzustellen, dass die Anwendung von Ziff. 14.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend AGB) der Beschwerdegegnerin 1 vom 1. November 2008 eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG darstelle und es sei der Beschwerdegegnerin unter Sanktionsandrohung gemäss Art. 50/54 KG zu verbieten, Ziff. 14.1 anzuwenden.

(4) Die Beschwerdegegnerin 1 sei gestützt auf Art. 7 KG i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG angemessen zu sanktionieren.

(5) Es sei festzustellen, dass die Rz. 10 der Kooperationsvereinbarung vom 1. Januar 2009 zwischen der Beschwerdegeg-

nerin 1 und der Beschwerdegegnerin 2 eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. c/Abs. 4 KG und/oder eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG darstelle und es sei den Beschwerdegegnern unter Sanktionsdrohung nach Art. 50/54 KG zu verbieten, diese anzuwenden.

(6) Die Beschwerdegegner seien gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. c/ Abs. 4 KG und/oder Art. 7 KG i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG angemessen zu sanktionieren.

(7) Eventualiter: Ziff. 1 und 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 14. November 2011 seien aufzuheben und es sei der Sachverhalt zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen und es sei die Vorinstanz anzuweisen, den Beweisanträgen der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 stattzugeben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

M.b Am 10. Februar 2012 stellten die AGH und Ticketcorner den Antrag auf Einräumung der Parteistellung als Beschwerdegegnerinnen im vorliegenden Verfahren, die ihnen vom Gericht mit Verfügung vom 15. März 2012 zugesprochen wurde.

M.c Die Vorinstanz liess sich am 22. Mai 2012 innert erstreckter Frist zur Beschwerde vernehmen. Sie beantragte deren Abweisung unter Kostenfolge, soweit darauf einzutreten sei.

M.d Mit Beschwerdeantwort vom 30. Mai 2012 beantragten die Beschwerdegegnerinnen, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen abzuweisen.

M.e Mit Schreiben vom 9. und 31. Juli 2012 teilten sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdegegnerinnen mit, dass sie jeweils wechselseitig auf eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort vom 30. Mai 2012 bzw. zur Vernehmlassung vom 22. Mai 2012 verzichteten.

M.f Die Beschwerdeführerinnen sowie die Ticketino AG reichten am 20. August 2012 ihre Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vorinstanz und zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerinnen ein.

M.g Mit Urteil vom 19. September 2012 trat das Bundesverwaltungsgericht mangels Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerinnen nicht auf die Beschwerde ein.

N. Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht

N.a Gegen dieses Urteil erhoben die Beschwerdeführerinnen sowie die Ticketino AG Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht und beantragten, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. September 2012 sei aufzuheben und das Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, auf die Beschwerde vom 23. Januar 2012 einzutreten und die materiellen Rügen zu behandeln, eventualiter das Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, das Verfahren zur Neu beurteilung an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen.

N.b Die Vorinstanz, das Bundesverwaltungsgericht und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung verzichteten auf eine Vernehmlassung. Die Beschwerdegegnerinnen beantragten die Abweisung der Beschwerde.

N.c Mit Urteil vom 5. Juni 2013 hiess das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut, hob den angefochtenen Entscheid insoweit auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an das Bundesverwaltungsgericht zurück, als den Beschwerdeführerinnen die Beschwerdebefugnis abgesprochen worden war (BGer, 5.6.2013, 2C_1054/2012, publ. in BGE 139 II 328). Mit Bezug auf die Ticketino AG wies das Bundesgericht die Beschwerde ab. Überdies wurde die Sache zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des Verfahrens B-446/2012 an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

O. Fortführung des bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens (B-3618/2013)

O.a Das ursprüngliche Verfahren B-446/2012 wurde hinsichtlich der Ticketino AG durch Urteil im neuen Verfahren B-3546/2013 abgeschlossen, wobei eine Kostenverteilung entsprechend dem Ausgang des Verfahrens vorgenommen wurde. Das Urteil wurde den anderen Beteiligten des Verfahrens B-446/2012 zugestellt.

O.b Am 3. Juli 2013 verfügte das Bundesverwaltungsgericht, dass das ursprüngliche Verfahren B-446/2012 unter der neuen Geschäftsnummer B-3618/2013 weitergeführt wird.

O.c Mit gleicher Verfügung wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, sich im Nachgang zum Urteil des Bundesgerichts vom 5. Juni 2013 zum Verfahren zu äussern, insbesondere darüber, ob vor einem abschliessenden Schriftenwechsel eine mündliche Instruktionsverhandlung durchzuführen sei. Mit Schreiben vom 16. August 2013 bzw. 19. August 2013 verzichteten die Beschwerdeführerinnen und die Beschwerdegegnerinnen auf die Durchführung einer mündlichen Instruktionsverhandlung.

O.d Mit Instruktionsverfügung vom 25. März 2014 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdegegnerinnen auf, ihre gesellschaftsrechtlichen, vertraglichen und personellen Verflechtungen darzulegen und entsprechende Beweismittel einzureichen, die über die in der Verfügung der Vorinstanz vom 14. November 2011 aufgeführten Verbindungen hinausgehen würden. Des Weiteren wurden sowohl die Beschwerdeführerinnen als auch die Beschwerdegegnerinnen ersucht, ihre allfälligen gegenwärtigen und vergangenen Verbindungen mit der ABC Production AG, der Eventim-Gruppe sowie mit der Good News darzulegen und entsprechende Beweismittel einzureichen. Mit ihren Eingaben vom 2. Mai 2014 kamen die Parteien diesen Aufforderungen nach.

O.e Mit Schreiben vom 11. Mai 2015 wiesen die Beschwerdeführerinnen auf neuere Entwicklungen hin, die nach ihrer Ansicht für die Beurteilung des Untersuchungsgegenstands hilfreich seien und ihre bisherige Argumentation untermauern würden.

O.f Mit Eingabe vom 9. Juli 2015 nahmen die Beschwerdegegnerinnen Stellung zum Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 11. Mai 2015, welches nach ihrer Ansicht keine relevanten Neuerungen enthalte.

O.g Mit Eingabe vom 17. November 2016 teilten die Beschwerdeführerinnen mit, dass sie unter Fortführung der Beschwerdeführerin 1 fusioniert hätten. Gemäss

Handelsregister des Kantons St. Gallen wurde diese Fusion auf den 9. November 2011 durchgeführt (zur Entwicklung des Verhältnisses zwischen den Beschwerdeführerinnen vgl. auch die Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission, RPW 2016/1, 65).

O.h Mit gleicher Eingabe vom 17. November 2016 beantragte die Beschwerdeführerin 1 eine Sistierung des Verfahrens. Zur Begründung gab sie an, dass die Beschwerdeführerin 1 und Ticketcorner beabsichtigten, eine Partnerschaft einzugehen und eine gemeinsame Schweizer Ticketing-Gruppe zu gründen. Die Durchführung dieses Zusammenschlussvorhabens sei der Wettbewerbskommission gemeldet worden. Die Sistierung des Verfahrens sei unumgänglich, weil die Beschwerde nach einem Zusammenschluss umgehend zurückgezogen werde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I. PROZESSVORAUSSETZUNGEN

1. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt. Danach prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen gemäss Art. 7 VwVG sowie mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. die ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

2. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Institutionen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist. Bei der angefochtenen Verfügung, mit der die Vorinstanz das Begehren der Beschwerdeführerinnen auf Feststellung und Ahndung der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens abgelehnt haben, handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Die Wettbewerbskommission stellt aufgrund ihrer Ausgestaltung durch Art. 18 und 19 KG gemäss Art. 2 Abs. 3 und Art. 57a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) in Verbindung mit Art. 7 und 8a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung des Bundesrats vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.01) als ausserparlamentarische Behördenkommission der dezentralen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 178 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 lit. f VVG dar. Da keine Ausnahme von der sachlichen Zuständigkeit im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde sachlich zuständig.

3. Die Beschwerdeführerinnen sind im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaften und damit als juristische Personen des Privatrechts rechtsfähig und über ihre Organe handlungsfähig. Die Voraussetzungen ihrer Beschwerdefähigkeit gemäss Art. 6 VwVG sind somit gegeben.

4. Die Beschwerdelegitimation setzt gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG voraus, dass ein Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat bzw. ihm keine Möglichkeit zur Teilnahme eingeräumt wurde, er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und er ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat. Mit Urteil vom 5. Juni 2013 erteilte das Bundesgericht den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 die Beschwerdebefugnis (vgl. SV N.c). Es stellte dabei fest, dass das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) als Ordnung zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs die Konkurrenten in eine besondere, beachtenswerte und nahe Beziehung zueinander versetze. Die Konkurrenten seien von einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung direkt und unmittelbar betroffen und hätten an deren Beseitigung ein praktisches und schutzwürdiges Interesse (BGE 139 II 328 E. 3.5).

5. Gemäss Art. 50 Abs. 1 VwVG ist die Beschwerde innert 30 Tage nach Eröffnung der Verfügung einzureichen. Die angefochtene Verfügung wurde den Beschwerdeführerinnen am 9. Dezember 2011 zugestellt. Die Beschwerdefrist begann somit am 10. Dezember 2011 zu laufen und endete unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 18. Dezember 2011 bis und mit 2. Januar 2012 gemäss Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG am 24. Januar 2012. Diese Beschwerdefrist wurde mit der Beschwerde vom 23. Januar 2012 eingehalten. Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gemäss Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG wurden gewahrt. Der Kostenvorschuss gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG wurde fristgerecht bezahlt. Der Vertreter der Beschwerdeführerinnen hat sich durch Vollmacht rechtsgenügend gemäss Art. 11 Abs. 2 VwVG ausgewiesen. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind somit ebenfalls gegeben.

6. Da alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde einzutreten.

II. RECHTLICHE GRUNDLAGE

7. Von den Beschwerdeführerinnen wird mit ihren Beschwerdeanträgen Ziff. 3 und 5 geltend gemacht, dass entgegen den Feststellungen der vorinstanzlichen Verfügung zum einen in unterschiedlicher Ausprägung eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG sowie zum anderen eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliege.

8. Gegenstand dieses Urteils bilden nach Feststellung des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes (vgl. Abschnitt III) sowie der formellen Rechtmässigkeit der vorinstanzlichen Verfügung (vgl. Abschnitt IV) somit die Prüfung, (i) ob die Verwendung der Ticketingklausel auf dem massgeblichen Markt für Veranstaltungsortlichkeiten eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG durch die AGH darstellt (vgl. Abschnitt V), und/oder (ii) ob die Vereinbarung der Ticketing-Kooperationsklausel auf den massgeblichen Märkten des Ticketings und der Veranstaltungsortlichkeiten eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG durch die AGH und Ticketcorner darstellt (vgl. Abschnitt VI), und/oder (iii) ob die Vereinbarung der Ticketing-Kooperationsklausel auf den massgeblichen Märkten

des Ticketings und der Veranstaltungsorten eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG durch Ticketcorner darstellt (vgl. Abschnitt VII).

9. Dabei wird jeweils zu prüfen sein, ob das Bundesverwaltungsgericht inhaltlich ausreichende Feststellungen treffen kann, um entsprechend den Beschwerdeanträgen Ziff. 3, 4, 5 und 6 der Beschwerdeführerinnen selbst eine abschliessende Entscheidung über die Zulässigkeit des in Frage stehenden Verhaltens sowie dessen Sanktionierung vornehmen zu können, oder ob die vorliegende Angelegenheit entsprechend des von den Beschwerdeführerinnen eventualiter gestellten Beschwerdeantrags Ziff. 7 zur Neuurteilung an die Vorinstanz – allenfalls unter Berücksichtigung der bereits gestellten Beweisanträge – zurückzuweisen ist.

10. Abschliessend ist in Abhängigkeit von der Gesamturteilung der Beschwerde (vgl. Abschnitt VIII) über die Kosten des Verfahrens und eine allfällige Parteientschädigung zu entscheiden (vgl. Abschnitt IX).

III. GELTUNGS- UND ANWENDUNGSBEREICH DES KARTELLGESETZES

11. Wie sich bereits aus den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. September 2012 und des Bundesgerichts vom 5. Juni 2013 in dieser Angelegenheit (vgl. SV M.g, N.c) ergibt, ist der Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes gemäss Art. 2 KG gegeben. Vorliegend kann daher auf eine entsprechende Darstellung verzichtet werden.

IV. RECHTMÄSSIGKEIT DES VORINSTANZLICHEN VERFAHRENS

12. Die Beschwerdeführerinnen erheben verschiedene Rügen gegenüber der Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens. Die angefochtene Verfügung bildet den Abschluss eines Kartellverfahrens der Vorinstanz, welches aufgrund der Art. 18 ff. KG sowie der ergänzenden Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchgeführt worden war.

13. Gegenstand der Rügen bilden die aus Sicht der Beschwerdeführerinnen ungenügende Aufklärung des Sachverhalts und eine fehlende Berücksichtigung der angemahnten Abklärungen durch die Vorinstanz, die in der fehlenden Behandlung von mehreren Beweisanträgen zum Ausdruck kommt. Dabei handelt es sich um folgende Anträge, die von den Beschwerdeführerinnen im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens eingereicht wurden und für die – wie in der vorinstanzlichen Verfügung bestätigt – von der Vorinstanz keine Abklärungen vorgenommen wurden:

α) Offen- bzw. Vorlegung des Aktienbuchs der Beschwerdegegnerin 1 durch diese zwecks Beweises der von der Beschwerdegegnerin 2 und der von Stadt und Kanton Zürich gehaltenen Beteiligung sowie Auskunftserteilung über die von der öffentlichen Hand gewährten Darlehen;

β) Offen- bzw. Vorlegung sämtlicher seit 1. Januar 2009 mit den Veranstaltern betreffend Benützung bzw. Ticketing im Hallenstadion abgeschlossener Verträge durch die Beschwerdegegnerinnen sowie Auskunftserteilung darüber, ob neben der Beschwerdegegnerin 2 noch

andere Unternehmungen mit dem Ticketing für im Hallenstadion stattfindende Anlässe beauftragt wurden;

γ) Offen- bzw. Vorlegung sämtlicher allfälliger seit 1. Januar 2009 mit anderen Ticketingunternehmen abgeschlossener Verträge zur Koordination des Ticketings von im Hallenstadion stattfindenden Anlässen (act. 15, Rz. 5);

δ) Offen- bzw. Vorlegung der mit Ovation Sports AG betreffend Victoria Cup 2009 abgeschlossenen Verträge sowie Angabe der in Abhängigkeit mit dem Umfang des Ticketkontingents angebotenen Konditionen durch die Beschwerdegegnerin 2;

ε) Befragung der Ovation Sports AG bzw. eines kollektivzeichnungsberechtigten Mitarbeiters derselben;

ζ) Vorlage sämtlicher Verträge der Beschwerdegegnerin 1 mit den Veranstaltern im Hallenstadion und Überprüfung insbesondere durch Nachfrage bei den entsprechenden Veranstaltern der Angaben der Beschwerdegegnerin;

η) Untersuchung der Auswirkungen der Verflechtungen zwischen der Beschwerdegegnerin 1 und Good News auf die faktische 100%-Klausel zugunsten der Beschwerdegegnerin 2 im Kooperationsvertrag zwischen den Beschwerdegegnerinnen.

14. Hinsichtlich der fehlenden Behandlung dieser Beweisanträge machen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Für den Fall einer Rückweisung des Sachverhalts zur Neuurteilung an die Vorinstanz wird eventualiter beantragt, den Beweisanträgen stattzugeben.

1) Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes

15. Sowohl im Kartellverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009, Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, zit. *ADSL II*, E. 185 mit Verweis auf BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 5; BVGer, B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 3 [S. 19]). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die Behörde und die Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären (vgl. BGE 138 V 218 E. 6; BGE 117 V 282 E. 4a; BVGE 2012/21 E. 5.1; KRAUSKOPF PATRICK/EMMENEGGER KATRIN/BABEY FABIO, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, zit. *WW-VwVG*, Art. 12 Rn. 16; MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, zit. *Prozessieren*, Rn. 3.119; RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, zit. *Prozessrecht*, Rn. 991 f., 994 f., 1660 f.; SCHOTT MARKUS, Rechtsschutz, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, zit. *FHB-VerwR*, Rn. 24.38 f.; TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, 2011, zit. *droit administratif*, Rn. 1559). Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu be-

schaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen (vgl. KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013, zit. *Verwaltungsverfahren*, Rn. 456, 1133; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *WW-VwVG*, Art. 12 Rn. 20 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.119 f.). Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang des Entscheids beeinflussen können (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *WW-VwVG*, Art. 12 Rn. 28; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.120 f.).

16. Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Das Ausmass der Untersuchung ist vielmehr von vornherein auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann (vgl. BGE 112 Ib 65 E. 3; BVGer, 14.7.2010, B-3608/2009, A. gg. Landwirtschaftl. Rekurskommission Kanton X., E. 6.1; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *WW-VwVG*, Art. 12 Rn. 27 f.; ähnlich MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.144). Einschränkungen einer amtlichen Ermittlung können sich im Einzelfall zudem durch Mitwirkungspflichten der Parteien, die objektive Beweislast, die Tauglichkeit von Beweismitteln und das treuwidrige Verhalten einer Partei ergeben (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 457 f., 1134 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *WW-VwVG*, Art. 12 Rn. 50 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 1.49, 3.123c; SCHOTT, *FHB-VerwR*, Rn. 24.39; TANQUEREL, *droit administratif*, Rn. 1560 f.).

17. Die Sachverhaltsuntersuchung bezieht sich auf Tatsachen und Erfahrungssätze. Die Rechtsanwendung, d.h. die Beurteilung von rechtlichen Aspekten, untersteht demgegenüber von vornherein nicht dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *WW-VwVG*, Art. 12 Rn. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.119b). Daher bedarf es einer inhaltlichen Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsfragen (vgl. BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 7.4). Soweit abweichende Rechtsauffassungen zwischen den Kartellbehörden und den jeweiligen Parteien eines Kartellverwaltungsverfahrens bestehen, die im Hinblick auf den unterstellten Sachverhalt einen unterschiedlichen Umfang an sachlicher Abklärung erfordern, ergibt sich demzufolge nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil die Kartellbehörden keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen haben, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition abstützt.

18. Im vorliegenden Verfahren kommt das Gericht nachfolgend im Rahmen einer ihm möglichen vorläufigen Beurteilung zum Ergebnis, dass von einem wettbewerbswidrigen Verhalten von Seiten der AGH und Ticketcorner auszugehen ist, weshalb der Sachverhalt entsprechend dem Eventualantrag der Beschwerdeführerinnen zur notwendigen Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

19. Diese Feststellung des Gerichts erfolgt aufgrund der im Recht liegenden Beweise und Informationen, ohne dass ein Rückgriff auf das inhaltliche Ergebnis der von

den Beschwerdeführerinnen gestellten Beweisanträge erforderlich ist. Die Abklärung der durch die Beweisanträge gestellten Sachfragen ist daher nicht notwendig, weshalb es sich hierbei nicht um rechtserhebliche Tatsachen handelt. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes in Bezug auf diese Beweisanträge durch die Vorinstanz liegt demzufolge nicht vor.

20. Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer Neubeurteilung noch festzustellen haben wird, in welchem Umfang das Ticketing für Mega-Bühnen-Einzelshows in Grosshallen in der Deutschschweiz von Ticketcorner und anderen Ticketingunternehmen durchgeführt wurde (vgl. E. 422). Denn die von den Beschwerdeführerinnen gestellten Beweisanträge auf Offen- bzw. Vorlegung aller Ticketingvereinbarungen zwischen den Veranstaltern und den Beschwerdegegnerinnen sowie anderen Ticketingunternehmen und den Beschwerdegegnerinnen für das Hallenstadion gehen einerseits inhaltlich über diese im Rahmen der Neubeurteilung notwendigen Massnahme hinaus – und laufen im Übrigen auf eine Ausforschung der Geschäftsverhältnisse im Bereich des Ticketings durch die Beschwerdeführerinnen hinaus –, während sie andererseits formal nicht ausreichend sind, weil sie nur das Hallenstadion, nicht aber die übrigen Grosshallen in der Deutschschweiz einbeziehen.

21. Auf die von den Beschwerdeführerinnen angeführten fehlenden tatsächlichen Abklärungen der Vorinstanz wird im Rahmen der inhaltlichen Erwägungen eingegangen.

2) Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör

22. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das verfassungsmässige Recht zur aktiven Teilnahme in einem administrativen oder gerichtlichen Rechtsverfahren eines hiervon Betroffenen, welches in allgemeiner Weise in Art. 29 Abs. 2 BV ausdrücklich statuiert und zumindest für Teilelemente darüber hinaus auch zusätzlich aus Art. 6 EMRK abgeleitet wird. Es dient der Verwirklichung des übergeordneten Grundsatzes eines fairen Verfahrens. Durch die Einbindung eines Betroffenen in ein Rechtsverfahren mit der Möglichkeit, eigene Hinweise, Informationen und Argumentationen vorzubringen, werden sowohl die Wahrscheinlichkeit der inhaltlichen Richtigkeit eines Entscheids als auch dessen mögliche Akzeptanz auf Seiten der Beteiligten erhöht (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 197 f. mit Verweis auf BGE 140 I 99 E. 3.4; BGE 135 I 187 E. 2.2; BGE 127 I 6 E. 5b; BGE 127 I 54 E. 2b; HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl. 2016, zit. *Bundesstaatsrecht*, Rn. 835; KELLER HELEN, *Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier [Hrsg.], *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 225 Rn. 29; KNEUBÜHLER LORENZ, *Gehörsverletzung und Heilung*, ZBl 1998, 100; MÜLLER JÖRG PAUL/SCHÄFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl. 2008, zit. *Grundrechte*, 846 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 310 f.; RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl. 2016, Rn. 3040 f.; STEINMANN GEROLD, in:

Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, zit. *SGK-BV*, Art. 29 Rn. 42).

23. Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht natürlichen und juristischen Personen zu sowie Dritten, welche von einem Rechtsverfahren unmittelbar in ihren Rechten betroffen werden (vgl. BGE 137 I 120 E. 5.3; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 848 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 312).

24. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Teilgarantien die ordnungsgemässe Durchführung verschiedener Aspekte im Hinblick auf den Ablauf eines Rechtsverfahrens (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 199 mit Verweis auf BGE 135 II 286 E. 5.1; BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007, *Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko*, publ. in BVGE 2011/32, zit. *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, *Bundesstaatsrecht*, Rn. 838; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, 173 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.80 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 317 ff.; SCHOTT, *FHB-VerwR*, Rn. 24.48 f.; STEINMANN, *SGK-BV*, Art. 29 Rn. 44 f.; TANQUEREL, *droit administratif*, Rn. 1526 ff.; THURNHERR DANIELA, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, 2013, *Verfahrensgrundrechte*, Rn. 317 ff., 402 ff.): (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Rechtsverfahrens sowie den Vorwurf gegenüber dem Betroffenen; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere der Stellung von eigenen Beweisanträgen (vgl. BGE 127 I 54 E. 2b [S. 56], HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2016, zit. *Verwaltungsrecht*, Rn. 1016); (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme einschliesslich der Kenntnissnahme und Berücksichtigung durch die verfahrenslleitende Instanz (vgl. KIENER REGINA/KÄLIN WALTHER, *Grundrechte*, 2. Aufl. 2013, 421; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 868); (vi) Eröffnung des Entscheids; (vii) Begründung des Entscheids (vgl. BGE 133 I 270 E. 3.1; REKO/WEF, 4.5.2006, FB/2004-4, *Berner Zeitung AG und Tamedia AG gg. Weko*, RPW 2006/2, 347, zit. *20 Minuten*, E. 4.1; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 343 ff.; THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, Rn. 412 f.; vgl. zu den Anforderungen an die Begründung überdies BVGer, 2.7.2013, B-2612/2011, *Swissperform/Suisa gg. Verband Schweizer Privatradios u.a.*, E. 4.3.1; REKO/WEF, 4.11.1999, FB/1999-7, *Cablecom Holding AG gg. Teleclub AG und Weko*, RPW 1999/4, 618, E. 4.3; ALBERTINI MICHELE, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, 2000, 369, 404). Im vorliegenden Fall werden von den Beschwerdeführerinnen eine ausreichende Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts infolge der fehlenden Umsetzung der Beweisanträge durch die Vorinstanz und deren Berücksichtigung in der angefochtenen Verfügung gerügt.

25. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist grundsätzlich auf rechtserhebliche Sachfragen beschränkt. Ausnahmsweise werden die Parteien auch zur rechtlichen Würdigung angehört, wenn sich die Rechtslage geändert hat, ein ungewöhnlich grosser Ermessensspielraum besteht oder die Behörden sich auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten (vgl. BGE, 2A.492/2002, *Elektra Baselland Liestal [EBL] gg. Watt Suisse u.a., Weko*, RPW 2003/3, 695, E. 3.2.3; BGE 127 V 431 E. 2b).

26. Beim Anspruch auf rechtliches Gehör handelt es sich um ein selbständiges formelles Recht, dessen Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsakts führt, unabhängig davon, ob die Rechtsverletzung für den Ausgang des Verfahrens sachlich relevant ist (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1; BGE 129 V 73 E. 4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rn. 1101 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, *Bundesstaatsrecht*, Rn. 839; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 853 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 270, 314; SCHOTT, *FHB-VerwR*, Rn. 24.49; STEINMANN, *SGK-BV*, Art. 29 Rn. 59 ff.). Nach ständiger Rechtsprechung kann durch die jeweilige Rechtsmittelinstanz allerdings unter bestimmten Umständen eine Heilung der Rechtsverletzung erfolgen. Voraussetzung hierfür ist die verfahrensrechtliche Konstellation, wonach bei einem Vergleich mit dem vorinstanzlichen Verfahren die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen verfügt und dem Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen, so dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs vollumfänglich nachgeholt werden kann. Eine Heilung wird auch im Falle schwerwiegender Rechtsverletzungen ausnahmsweise dann als zulässig erachtet, wenn die Rückweisung bloss zu einem formalistischen Leerlauf führen würde und dies nicht im Interesse des Betroffenen wäre (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 127 V 431 E. 3d/aa; a.A. für schwerwiegende Rechtsverletzungen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rn. 1178 f.; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 857 f.; vgl. kritisch zur Praxis des Bundesgerichts auch SCHINDLER BENJAMIN, *Die „formelle Natur“ von Verfahrensgrundrechten*, ZBI 2005, 169, 175; KNEUBÜHLER LORENZ, *Gehörsverletzung und Heilung*, ZBI 1998, 97, 107 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 548 ff.; SCHOTT, *FHB-VerwR*, Rn. 24.49; STEINMANN, *SGK-BV*, Art. 29 Rn. 59 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 271 f., 314; KIENER/KÄLIN, *Grundrechte*, Rn. 487 f.). Die Möglichkeit einer Heilung wurde auch für Verfahren mit einer ausserordentlich langen Verfahrensdauer bestätigt, um dem Gebot der fristgemässen Beurteilung zu entsprechen (vgl. BGE 138 II 77 E. 4.3). Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte lässt die Heilung eines Verstosses gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu, soweit das jeweilige Gericht über volle Kognition verfügt (vgl. EGMR, 1.3.2001, 29082/95, *Dallos gg. Ungarn*, Ziff. 52; EGMR, 8.10.2013, 29864/03, *Mulosmani gg. Albanien*, Ziff. 132 m.w.H.).

27. Im vorliegenden Fall kommt das Gericht nachfolgend im Rahmen einer ihm möglichen vorläufigen Beurteilung zum Ergebnis, dass von einem wettbewerbswidrigen Verhalten von Seiten der AGH und Ticketcorner auszu-

gehen ist, weshalb die Sache entsprechend dem Eventualantrag der Beschwerdeführerinnen zur notwendigen Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

28. Diese Feststellung des Gerichts erfolgt aufgrund der im Recht liegenden Beweise und Informationen, ohne dass ein Rückgriff auf das inhaltliche Ergebnis der von den Beschwerdeführerinnen gestellten Beweisanträge erforderlich ist. Durch eine Ausführung dieser Beweisanträge hätte das vorinstanzliche Untersuchungsverfahren demzufolge von vornherein weder zu einem faireren Rechtsverfahren noch zu einer erhöhten Richtigkeit des Ergebnisses geführt. Zudem hat die Vorinstanz im Rahmen des vorinstanzlichen Untersuchungsverfahrens die von den Beschwerdeführerinnen gestellten Beweisanträge unstrittig entgegengenommen, geprüft und deren Ausführung unter Hinweis auf sachliche Aspekte abgelehnt. Demzufolge liegt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz nicht vor.

29. Angesichts dieser Verfahrenskonstellation bedarf die Rüge einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliegend demzufolge von vornherein keiner weiteren formellen und materiellen Behandlung.

V. MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG GEMÄSS ART. 7 KG DURCH DIE AGH

30. Die Verwendung der Ticketingklausel auf dem massgeblichen Markt für Veranstaltungsorte stellt eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG dar, wenn die AGH auf dem relevanten Markt (Abschnitt V.1) als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist (Abschnitt V.2) und sie mit der Verwendung der Ticketingklausel ihre Stellung auf dem Markt missbraucht hat, indem sie andere Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt hat (Abschnitt V.3).

1) Relevanter Markt

31. Für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 i.V.m. 4 Abs. 2 KG (vgl. E. 172 ff.) ist es formal erforderlich, in einem ersten Schritt den massgeblichen Markt, auf dem diese marktbeherrschende Stellung eingenommen wird, abzugrenzen, bevor in einem zweiten Schritt die Marktstellung ermittelt werden kann (vgl. BGer, 29.6.2012, 2C_484/2010, Publigroupe SA u.a. gg. Weko, publ. in BGE 139 I 72, zit. *Publigroupe*, E. 9.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 256). Ungeachtet dessen stehen sich Markttabgrenzung und Ermittlung der Marktstellung nicht isoliert gegenüber, sondern üben eine gegenseitige Wechselwirkung aus, weil sie die notwendigen Elemente der Marktbeherrschungsanalyse bilden (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 256).

32. Das Kartellgesetz enthält weder eine Definition des relevanten Markts noch statuiert es einzelne Kriterien für dessen Bestimmung. Nach ständiger Rechtsprechung finden hierfür die in Art. 11 Abs. 1 und 3 der Verordnung des Bundesrats vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) aufgeführten Abgrenzungskriterien des sachlich, räumlich und zeitlichen Markts auch für die Beurteilung von anderen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.1; BVGer, B-

7633/2009, *ADSL II*, E. 257; zur h.L. vgl. BORER JÜRIG, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, zit. *KG*, Art. 4 Rn. 17; DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, zit. *WBR*, Art. 689 f.; KÖCHLI ROLAND/REICH PHILIPPE M., in Baker McKenzie [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, zit. *SHK-KG*, Rn. 42; MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, Droit de la Concurrence, 2012, zit. *Concurrence*, 30; REINERT MANI/BLOCH BENJAMIN, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, zit. *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 105; WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, zit. *FHB-WBR*, Rn. 2.33).

a) Sachlich relevanter Markt

33. Die Vorinstanz nimmt eine sachliche Markttabgrenzung im Sinne eines „Alles-in-einem-Markt“ vor, nach der ein einziger Markt für alle Arten von kulturellen, sportlichen, geschäftlichen und sonstigen Veranstaltungen vorliegt, der neben dem Hallenstadion weitere Open Air-Plätze, Stadien, Sport- und Messehallen, Konzert-, Theater und andere Kultursäle, Kongresszentren und sonstige Lokalitäten umfasst, in denen von Musikanlässen, Theater- und Operaufführungen, TV- und Comedyshow über Sportveranstaltungen bis hin zu Generalversammlungen und sonstigen Geschäftsanlässen sowie Messen und Kongressen, beliebige Veranstaltungen durchgeführt werden.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

34. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen hat die Vorinstanz es unterlassen, den relevanten Markt nach Art und Grösse der Veranstaltungen sowie nach der jeweils erforderlichen Infrastruktur und weiteren Kriterien konkret abzugrenzen.

35. Hierzu verweisen die Beschwerdeführerinnen in allgemeiner Weise auf den Umstand, dass die Vorinstanz – entgegen des von ihr selber eingeräumten Umstands, wonach sich die Anforderungen an eine Lokalität aus Sicht der Veranstalter je nach Art der Veranstaltung unterscheiden würden – die Kriterien für die jeweiligen Veranstaltungsarten einschliesslich von Pop- und Rockkonzerten nicht herausarbeite und im Detail beurteile. Vielmehr werde in völlig unstrukturierter Art und Weise von einer Veranstaltungsart zur anderen hin- und hergewechselt, ohne auch nur für eine dieser Arten die Veranstalter und deren genaue Bedürfnisse zu analysieren.

36. Bei einer ordnungsgemässen Markttabgrenzung wäre jedenfalls ein sachlich relevanter Markt von Lokalitäten für Pop- und Rockkonzerte mit einer Besucherzahl von mindestens 12'000 Zuschauern – ohne infrastrukturelle Einschränkungen (wie bspw. bei Eisflächen, Reitparcours, Tenniscourts etc.), welche die Zuschauerkapazität reduzierten – abzugrenzen.

37. Hierzu führen die Beschwerdeführerinnen im Einzelnen zumindest dem Grunde nach im Wesentlichen diejenigen Aspekte an, die im Rahmen der Würdigung durch das Gericht für eine entsprechende Markttabgrenzung nachfolgend behandelt werden.

38. Zur Unterstützung ihrer Argumentation verweisen die Beschwerdeführerinnen zum einen auf die Praxis aus-

ländischer Wettbewerbsbehörden zur Marktdefinition und Beurteilung der Marktposition und nehmen unter anderem Bezug auf einen Fusionskontrollentscheid des Bundeskartellamts vom 6. Dezember 2012 hin. Zum anderen berufen sie sich auch auf die im Ergebnis gleiche Ansicht der Eventim Schweiz als erste Anzeigerin eines entsprechenden wettbewerbswidrigen Verhaltens der AGH.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

39. Die Vorinstanz grenzt den sachlich relevanten Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen formal dahingehend ab, dass dieser neben dem Hallenstadion andere Hallen sowie Stadien und offene Veranstaltungsplätze umfasse. Angesichts der Vielzahl an unterschiedlichen Arten von Veranstaltungen, die im Hallenstadion durchgeführt werden, bezieht sie inhaltlich allerdings auch kleinere Lokalitäten, insbesondere Konzert-, Theater- und sonstige Kultursäle, sowie Messehallen, Kongresszentren und sonstige Geschäftsräumlichkeiten in den sachlich relevanten Markt mit ein. Sie gelangt dadurch faktisch zu einem „Alles-in-einem-Markt“ für Veranstaltungen.

40. Hierbei bestimmt die Vorinstanz die Marktgegenseite als Veranstalter von Anlässen, welche von der AGH die Bereitstellung einer Lokalität für die Durchführung eines bestimmten Anlasses nachfragen. Im Hinblick auf diese Veranstalter trifft sie folgende Feststellungen: Mit der grossen Bandbreite der Veranstaltungen von Konzerten über Sportveranstaltungen bis hin zu Geschäftsanlässen gehe auch eine grosse Bandbreite der Veranstalter einher. Entsprechend umfasse die Marktgegenseite nicht nur Veranstalter von Konzerten und anderen Unterhaltungsanlässen, sondern auch Sportvereine, Grossunternehmen oder Messeveranstalter. Dabei würden sich Veranstalter auf bestimmte Arten von Anlässen spezialisieren; so gebe es insbesondere auch Veranstalter, welche hauptsächlich Pop- und Rockkonzerte organisierten. Allerdings würde keine Spezialisierung hinsichtlich anderer Aspekte vorgenommen; insbesondere würden sich Veranstalter nicht auf die Durchführung von Anlässen einer bestimmten Grösse und Besucherzahl spezialisieren. Grundsätzlich würden sich die Bedürfnisse der einzelnen Veranstalter bei der Wahl einer geeigneten Lokalität unterscheiden. Dennoch würden alle diese Veranstalter vorliegend die Marktgegenseite bilden; insbesondere könne eine bestimmte Kategorie „Grossanlassveranstalter“ als Marktgegenseite nicht eingegrenzt werden.

41. Ungeachtet dessen macht die Vorinstanz gegenüber einer Kategorisierung der verschiedenen Arten von Veranstaltungen allerdings im Wesentlichen geltend, die Marktabgrenzung könne nicht davon abhängen, inwiefern ein einzelner Veranstalter für einen spezifischen Anlass das Hallenstadion mit anderen Lokalitäten als substituierbar erachte. Denn aufgrund der Multifunktionalität des Hallenstadions weise die Marktgegenseite ein breites Tätigkeitsfeld auf. Entscheidend sei folglich die Sicht der Veranstalter insgesamt.

42. Nach Ansicht der Vorinstanz wäre selbst bei einer Unterteilung nach Art des Anlasses kein Markt für Pop- und Rock-Grossveranstaltungen abzugrenzen, wie von den Beschwerdeführerinnen gerügt. Denn wie sich ge-

zeigt habe, spezialisierten sich Veranstalter zwar auf bestimmte Arten von Anlässen, nicht aber auf bestimmte Grössen von Anlässen.

43. Bei einer Auswahl der Lokalität würden die Veranstalter verschiedene Kriterien berücksichtigen, insbesondere das Fassungsvermögen, die Mietkosten, die Lage und die technische Ausstattung der Lokalität sowie deren Ambiente und Verfügbarkeit. Des Weiteren würden auch der Wunsch und insbesondere der Tourneepfad des jeweiligen Künstlers eine Rolle spielen. Dabei würden Gewichtung und Priorität dieser Kriterien je nach konkretem Anlass - und zwar auch innerhalb derselben Art von Anlässen - unterschiedlich ausfallen, weshalb sich insofern keine pauschale und allgemeingültige „Rangordnung“ aufstellen lasse. Entscheidend für die Wahl der Lokalität sei vielmehr in jedem Fall das Gesamtpaket, welches eine Lokalität dem Veranstalter biete. Je nach seinen individuellen Präferenzen und vor allem in Abhängigkeit von den Bedürfnissen des konkret betroffenen Anlasses werde der Veranstalter festlegen, welche Kriterien er wie stark gewichte und sich erst dann für ein Angebot entscheiden.

44. Die Folge davon sei, dass die valablen Substitute für das von der AGH angebotene Hallenstadion nicht immer dieselben seien, aber - und dies sei der zentrale Punkt - regelmässig solche alternativen Lokalitäten existieren würden.

45. Nach Ansicht der Vorinstanz sei die Grösse des Anlasses - gemessen an der erwarteten Besucherzahl - daher ein wichtiges, allerdings nicht das allein entscheidende Kriterium für die Wahl der Lokalität. Es gebe beispielsweise Künstler, die es bevorzugten, in kleineren Hallen zu spielen, dafür aber höhere Eintrittspreise verlangen könnten. Zudem gelte es zu berücksichtigen, dass ein Veranstalter bei gewissen Veranstaltungen die Möglichkeit habe, diese auf mehrere Vorstellungen aufzuteilen, um diese in einer kleineren Lokalität stattfinden zu lassen. Dies dürfte vor allem bei Musicals der Fall sein, für welche eine grosse Halle von den darauf spezialisierten Veranstaltern als weniger geeignet angesehen werde. Eine solche Veranstaltung werde dann typischerweise während mehrerer Wochen mit mehreren Aufführungen pro Woche gespielt, so dass nach einer gewissen Laufzeit eine höhere Anzahl von Zuschauern erreicht werden könne, als wenn die Veranstaltung nur einmal, aber dafür in einer grösseren Lokalität stattfinden würde. Hierzu verweist sie auf das Musical „Ewig Liebi“, welches in der Maag Music Hall in Zürich während dreier Jahre 450'000 Besucher angezogen habe und danach in Bern einer eigens dafür errichteten Theaterhalle mit Platz für 950 Personen auf dem WankdorfCity-Areal gespielt worden sei.

46. Das Hallenstadion verfüge über eine Maximalkapazität von 13'000 Plätzen. Allerdings sei das Hallenstadion nur in einer geringen Anzahl von Anlässen pro Jahr ausverkauft. Die durchschnittliche Besucherzahl von Anlässen im Hallenstadion betrage knapp 7'000 Personen. Dies bedeute, dass im Hallenstadion Anlässe mit einer relativ breiten Streuung mit Bezug auf die Zuschauerzahlen stattfinden würden und das Platzangebot des Hallenstadions keineswegs immer ausgereizt werde. Die AGH nehme keine Kategorisierung der Anlässe in Ab-

hängigkeit der Anzahl Zuschauer vor. Seitens der Veranstalter sei die Bestimmung des Besucheraufkommens eines Anlasses mit nicht unerheblichen Unsicherheiten und entsprechenden Risiken verbunden.

47. Anlässe mit 13'000 oder mehr Plätzen könnten in der Schweiz nur in grossen Hallen wie dem Hallenstadion oder der Postfinance Arena in Bern, in offenen Stadien oder offenen Veranstaltungsplätzen durchgeführt werden. Anlässe mit 7'000 Personen, d.h. der durchschnittlichen Besucherzahl von Anlässen im Hallenstadion, könnten in der Schweiz nebst dem Hallenstadion insbesondere auch in den folgenden gedeckten Lokalitäten durchgeführt werden: Post Finance Arena und Festhalle in Bern, St. Jakobshalle in Basel und Arena in Genf.

48. Dabei seien sowohl das Hallenstadion als auch die St. Jakobshalle in Basel als Mehrzweckhallen zu qualifizieren, weshalb in diesen Hallen eine breite Palette von Anlässen durchgeführt werden könnten. Auch in den Stadien könnten sehr verschiedene Arten von Anlässen stattfinden, weshalb diese für die hier betrachteten Veranstalter ebenfalls Substitute bildeten.

49. Nach Ansicht der Vorinstanz kommen als Substitute für das Hallenstadion daneben auch Lokalitäten mit einer kleineren Zuschauerkapazität in Betracht, wie z.B. der Kursaal in Bern, das KKL in Luzern oder das Volkshaus in Zürich. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass für die Veranstalter aus rein kommerzieller Sicht, d.h. unter Berücksichtigung von Aufwand, Ertrag und Risiko, kleine Anlässe gewinnbringender sein könnten als die grossen Anlässe.

50. Klarstellend führt die Vorinstanz überdies aus, dass die in der Verfügung angegebene durchschnittliche Besucherzahl beim Hallenstadion vor allem zeigen solle, dass die Grösse des Hallenstadions keineswegs immer ausgereizt werde und in kapazitätsmässiger Sicht durchaus auch andere Lokalitäten als Alternative in Frage kämen. Im Übrigen führe die Auslastungszahl auch die Unwägbarkeiten und Risiken bei der Bestimmung des Besucheraufkommens eines Anlasses vor Augen.

(3) Vorbringen der Beschwerdegegnerinnen

51. Die Beschwerdegegnerinnen stimmen der Analyse der Vorinstanz bei der sachlichen Marktabgrenzung vollumfänglich zu und bestreiten entsprechend die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen. Da das Hallenstadion für Veranstaltungen jeglicher Art und Grösse genutzt werden könne und auch werde, die massgebliche Marktgegenseite entsprechend breit sei und für diese Marktgegenseite jeweils mehrere Kriterien bei der Wahl des Austragungsorts ausschlaggebend seien - wobei sich deren Gewichtung im Einzelfall z.B. auf Wunsch des Künstlers anders darstelle -, könnten keine einzelnen Gruppen von substituierbaren Lokalitäten ausgemacht werden. Die Vorinstanz habe eine Marktabgrenzung nach Art der Veranstaltung und Anzahl Besucher zu Recht verneint.

(4) Würdigung durch das Gericht

(a) Grundlagen der Beurteilung

52. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen (nachfolgend: Produkte), die aufgrund ihrer wechselseitigen Substituierbarkeit eine ei-

genständige Produktgruppe bilden. Massgebend für die Qualifizierung der jeweiligen Substituierbarkeit ist hierbei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Zusammenfassung bestimmter Produkte als eigenständige Produktgruppe und die Zuordnung eines einzelnen Produkts hierzu sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt dabei keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu (vgl. BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 269).

53. Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet in Bezug auf Absatzmärkte das Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit (auch sog. Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept), das prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU statuiert wird (vgl. BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 270, mit Verweis auf BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.3.1; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 9; REKO/WEF, RPW 2006/2, 347, *20 Minuten*, Ziff. 6.3.3; EVELYN CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, zit. *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 68 ff.; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 690; KÖCHLI/REICH, *SHK-KG*, Art. 4 Rn. 42; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 104 ff.; vgl. auch ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl. 2005, zit. *Kartellrecht* Rn. 538 f.; für das EU-Wettbewerbsrecht [nachfolgend auch: EU-WBR] vgl. die Bekanntmachung der EU-Kommission [nachfolgend auch: EU-Kom] vom 9.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/5, zit. *Marktbekanntmachung*, Ziff. 13, mit Hinweisen auf weitere Beurteilungsaspekte). Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erfolgt aus der Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite, d.h. der Abnehmer eines durch das marktbeherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts. Massgebend ist dabei, welche anderen Waren oder Dienstleistungen mit dem in Frage stehenden Produkt in Wettbewerb stehen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Austauschbarkeit der verschiedenen Produkte gegeben ist, weil sie aufgrund ihrer Eigenschaften und Preise für den vorgesehenen Verwendungszweck von den Nachfragern als gleichwertig angesehen werden (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270, mit Verweis auf BGE, 14.8.2002, 2A.298/2001 und 2A.299/2001, Börsenverein des dt. Buchhandels e.V./Schw. Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, BGE 129 II 18 E. 5.2.1 und RPW 2002/4,731, zit. *Buchpreisbindung I*, E. 7.3.1; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 9.1.4.1; REKO/WEF, 20.3.2003, FB/2002-5, Cablecom GmbH gg. Teleclub AG und Weko, RPW 2003/2, 406, E. 5.1; BORER, KG, Art. 5 Rn. 10; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 68 f.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.34 f.; für das EU-WBR vgl. auch EU-KOM, *Marktbekanntmachung*, Ziff. 39 f.; KÖRBER TORSTEN, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1/2, EU-Kartellrecht, 5. Aufl. 2012, zit. *IM-FKVO*, Art. 2 Rn. 23).

54. Massgebend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist demzufolge, 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 (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270, mit Verweis auf BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.3.5; REKO/WEF, RPW 2006/2, 347, *20 Minuten*, E. 6.3.4 und E. 7.2.1; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 80; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 104; vgl. für das EU-WBR die st. Rspr. seit EuGH, 14.2.1978, C-27/76, *United Brands Company gg. Kommission*, EU:C:1978:22, Rz. 23/33; EuGH, 13.2.1979, C-85/76, *Hoffmann-La-Roche gg. Kommission*, EU:C:1979:36, zit. *Hoffmann-La-Roche*, 28; EuGH, 9.11.1983, C-322/81, *Niederländische Banden-Industrie Michelin gg. Kommission*, EU:C:1983:313, Rz. 49; ANDREAS FUCHS/WERNHARD MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1/1, EU-Kartellrecht, 5. Aufl. 2012, zit. *IM-EuKR*, Art. 102 Rn. 55; SCHRÖTER/BARTEL, *EuWBR*, Art. 102 Rn. 133, 136).

55. Für die Austauschbarkeit der Produkte innerhalb einer Produktgruppe ist es demzufolge erforderlich, dass alle Produkte den gleichen Verwendungszweck erfüllen. Andernfalls liegt keine einheitliche Produktgruppe vor und es kann keine entsprechende Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgen (so ausdrücklich bereits EuGH, EU:C:1979: 36, *Hoffmann-La-Roche*, 28). Demzufolge existiert insbesondere keine „Klammerfunktion“ in der Weise, dass ein universelles Produkt mit verschiedenen Verwendungszwecken mit anderen speziellen Produkten, die jeweils nur einzelne dieser Verwendungszwecke erfüllen, zu einem gemeinsamen sachlich relevanten Markt zusammengefasst werden, weil sie nur teilweise austauschbar sind. Denn sie können das universelle Produkt nur hinsichtlich dieser einzelnen Verwendungszwecke ersetzen und sie sind auch untereinander nur eingeschränkt ersetzbar.

56. Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen, wie etwa der sog. SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price-Test), zur Abgrenzung herangezogen werden (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270, mit Verweis auf BVGE 2011/32, *Terminierung Mobilfunk*, E. 9.5.3; REKO/WEF, RPW 2006/2, 347, *20 Minuten*, E. 6.3.3; REKO/WEF, 27.9.2005, FB/2004-1, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG gg. Good News Productions AG u.a. sowie Weko u.a.*, RPW 2005/4, 672, E. 5.2.2; WEKO, 5.3.2007, Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern, *Publigroupe SA u.a.*, RPW 2007/2, 190, zit. *Publigroupe*, Ziff. 106; BORER, KG, Art. 5 Rn. 10; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 116 ff.; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 76; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.38; für das EU-WBR vgl. EU-KOM, *Marktbekanntmachung*, Ziff. 36 f.; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EuKR*, Art. 102 Rn. 50).

57. Im vorliegenden Fall setzt eine Abgrenzung des sachlich relevanten Markts von Veranstaltungsorten als Absatzmarkt demnach voraus, dass die verschiede-

nen Lokalitäten im Hinblick auf den Verwendungszweck, d.h. die verschiedenen Veranstaltungen, aufgrund ihrer Eigenschaften, d.h. ihrer funktionalen Ausstattung, und dem Preis, d.h. dem für die Nutzung zu entrichtenden Entgelt, von den Nachfragern, d.h. den Veranstaltern entsprechender Veranstaltungen, als gleichwertig und damit als austauschbar angesehen werden. Diese Gleichwertigkeit bedingt, (i) dass die anderen Lokalitäten als konkurrierende Produkte das Hallenstadion als untersuchtes Produkt im Hinblick auf den jeweiligen Verwendungszweck ersetzen können, und (ii) dass eine bloss teilweise Austauschbarkeit des Hallenstadions durch eine andere Lokalität für eine Bejahung der sachlichen Substituierbarkeit nicht ausreichend ist. Vielmehr muss eine vollständige Austauschbarkeit der zum sachlich relevanten Markt zählenden Lokalitäten mit dem Hallenstadion hinsichtlich des von Seiten der Nachfrager intendierten Verwendungszwecks und der für jede Lokalität massgeblichen Eigenschaften und Preise gegeben sein.

(b) Massgebliche vorinstanzliche Marktabgrenzung

58. Die Vorinstanz stellt unter dem eigentlichen Prüfungsaspekt „sachlich relevanter Markt“ fest, dass für die Vermietung von Lokalitäten von Anlässen ein Markt abgegrenzt werden kann, welcher „neben dem Hallenstadion andere Hallen, aber auch offene Stadien und Veranstaltungsplätze einschliesst“. Formal nimmt die Vorinstanz demzufolge eine enge Marktabgrenzung vor, weil der Formulierung „anderen Hallen neben dem Hallenstadion“ nur Grosshallen als Lokalitäten zugeordnet werden können. Demgegenüber würden mit Ausnahme der ausdrücklich erwähnten Open Air-Plätze und Stadien alle sonstigen Lokalitäten nicht dem relevanten Markt angehören.

59. Faktisch nimmt die Vorinstanz – entgegen ihren eigenen Aufzählungen in den Rz. 119 und 138 der angefochtenen Verfügung – allerdings eine umfassende Marktabgrenzung vor, weil sie den Kreis der massgeblichen Veranstaltungsorten viel grösser ansetzt und alle denkbaren Räumlichkeiten in den sachlich relevanten Markt einbezieht. Dies ergibt sich aus ihren sonstigen Ausführungen einschliesslich derjenigen zur Marktstellung der AGH im Rahmen der Prüfung einer Marktbeherrschung. So werden ausdrücklich der Kursaal in Bern, das KKL in Luzern, das Volkshaus in Zürich, die Maag Musical Hall in Zürich und die „Ewige Liebi“-Theaterhalle in Bern – mit einem jeweils weit geringeren Fassungsvermögen und völlig anderen infrastrukturellen Voraussetzungen – als mögliche Veranstaltungsorte genannt. Darüber hinaus wird grundsätzlich festgehalten, dass aus verschiedenen Gründen auch kleinere Lokalitäten als Hallen gewählt werden könnten (vgl. E. 183). Für den Bereich der Geschäftsanlässe und Messen werden ausdrücklich Kongresszentren und Messehallen als Konkurrenten des Hallenstadions bezeichnet.

60. Die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens bezieht sich auf dessen Marktstellung auf dem (sachlich) relevanten Markt (vgl. E. 195). Eine Beurteilung muss im Einzelfall daher auch auf den sachlich relevanten Markt ausgerichtet und begrenzt sein. Deshalb können die Wettbewerbsbehörden für ihre Feststellungen ausschliesslich diejenigen Umstände und

Objekte heranziehen, die dem sachlich relevanten Markt – zumindest unter dem Aspekt eines absehbaren kurzfristigen Markteintritts – zugeordnet sind. Zur Beurteilung der Marktstellung kann hingegen nicht auf Umstände oder Objekte abgestellt werden, die gar nicht vom jeweiligen sachlich relevanten Markt umfasst werden. Umgekehrt ist der (sachlich) relevante Markt weiter zu fassen, um alle von den Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer Beurteilung der Marktbeherrschung herangezogenen Umstände oder Objekte zu erfassen.

61. Die massgebliche Marktabgrenzung der Vorinstanz umfasst demzufolge die von ihr faktisch vorgenommene umfassende Abgrenzung des Markts für Lokalitäten zur Durchführung von kulturellen, sportlichen, geschäftlichen oder sonstigen Veranstaltungen als einen gesamten „Alles-in-einem-Markt“.

(c) Allgemeinstruktureller Mangel der vorinstanzlichen Marktabgrenzung

62. Unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten Grundsätze zur Abgrenzung des sachlich relevanten Markts weist die Marktabgrenzung der vorinstanzlichen Verfügung einen wesentlichen allgemeinstrukturellen Mangel auf.

63. Die Abgrenzung eines einzigen Alles-in-einem-Markts von allen Lokalitäten für alle Arten von kulturellen, sportlichen, geschäftlichen und sonstigen Veranstaltungen durch die Vorinstanz würde in allgemeinstruktureller Art voraussetzen, dass das Hallenstadion für alle Arten von Veranstaltungen, die in dessen Räumlichkeiten durchgeführt werden (können), durch jede andere dem relevanten Markt zugeordnete Lokalität ersetzt werden könnte. Da die Vorinstanz weder eine Differenzierung von Lokalitäten und Veranstaltungen noch eine Zuordnung von bestimmten Lokalitäten und bestimmten Veranstaltungen vornimmt, sondern alle Lokalitäten und alle Veranstaltungen einem einzigen Markt zuordnet, müssten aus der Sicht eines Nachfragers demzufolge alle im Hallenstadion durchführbaren Musik-, Unterhaltungs-, Sport-, Informations-, Geschäfts-, Messe- und Privatanlässe auch in sämtlichen anderen Open-Air-Plätzen, Stadien, Gross- und Eventhallen, Sport- und Messehallen, Konzert-, Theater- und anderen Kultursälen sowie Kongresszentren und sonstigen Geschäftsräumlichkeiten durchgeführt werden können und von den Nachfragern hierfür als valable Alternative angesehen werden.

64. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerinnen ist es offensichtlich, dass eine entsprechende vollständige Austauschbarkeit der Lokalitäten von vornherein nicht gegeben ist. So können beispielsweise eine Motorrad- oder Eislaufshow, ein Reit- oder Tennisturnier und ein Eishockeyligaspiel nicht in Konzert- oder Theatersälen sowie ein Open Air-Konzert nicht in Kongress- oder Seminarräumen durchgeführt werden. Auch wird kein Grossunternehmen seine Generalversammlung in einem Stadion oder auf einem Open Air-Gelände durchführen.

65. Mit Ausnahme der anderen Grosshallen besteht daher zwischen dem Hallenstadion und den anderen Lokalitäten, die dem Alles-in-einem-Markt zugeordnet werden, im Hinblick auf den Verwendungszweck – wenn

überhaupt – jeweils lediglich eine teilweise Austauschbarkeit für bestimmte Arten von Veranstaltungen.

66. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass eine ausreichende wechselseitige Substituierbarkeit zwischen den verschiedenen Lokalitäten als Grundlage einer ordnungsgemässen Marktabgrenzung gemäss Art. 7 KG nicht gegeben ist. Die von der Vorinstanz vorgenommene Marktabgrenzung eines einzigen Alles-in-einem-Markt ist daher sachlich nicht haltbar.

Allein deshalb weist die von der Vorinstanz durchgeführte Marktabgrenzung bereits einen entscheidenden inhaltlichen Mangel auf.

67. Demzufolge ist es erforderlich, im Rahmen einer Neubeurteilung anhand sachgerechter Kriterien verschiedene Arten von Veranstaltungen zu kategorisieren und einer engeren Marktabgrenzung zuzuführen.

68. Letztlich wird die Notwendigkeit einer engeren Marktabgrenzung durch die Vorinstanz selbst indirekt bestätigt. So führt die Vorinstanz im Hinblick auf die Marktstellung der AGH ausdrücklich in der Verfügung Folgendes aus: „Ausserdem stehen je nach Segment jeweils verschiedene andere Lokalitäten in Konkurrenz zum Hallenstadion. Im Bereich Konzerte und Sportveranstaltungen sind dies andere Hallen, Stadien sowie Open Air-Plätze. Bei Generalversammlungen und Unternnehmensanlässen sind Kongresszentren und Messehallen die Konkurrenten des Hallenstadions“. Diese Aussage der Vorinstanz untermauert die Tatsache, dass jede dieser Arten von Veranstaltungen andere Anforderungen an die Durchführung stellt und daher nicht in jeder beliebigen Lokalität durchgeführt werden kann. Folglich gibt es auch keinen Gesamtmarkt von Veranstaltungen, wie dies von der Vorinstanz entgegen ihren eigenen Feststellungen behauptet wird. Vielmehr sind für die verschiedenen Arten von Veranstaltungen die jeweils konkurrierenden Lokalitäten anhand der divergierenden Anforderungen sachgerecht voneinander abzugrenzen.

(d) Konkrete inhaltliche Mängel der vorinstanzlichen Marktabgrenzung

69. Im Hinblick auf eine notwendige Neubeurteilung ist zu beachten, dass die Vorinstanz ihre Marktabgrenzung auf verschiedene Aspekte abstützt, die konkrete inhaltliche Mängel aufweisen, weil sie Widersprüche oder sachlich nicht zutreffende Annahmen enthalten.

(i) Irrelevanz einer Qualifizierung der Veranstalter

70. Die Beurteilung der wechselseitigen Substituierbarkeit der in Frage stehenden Produkte ist aus der Sicht eines objektiven Nachfragers als Marktgegenseite vorzunehmen. Durch den Bezugspunkt des objektiven Nachfragers wird klargestellt, dass als Grundlage der Beurteilung weder die Ansichten der jeweiligen Anbieter der Produkte noch subjektivindividuelle Ansichten von konkreten einzelnen Nachfragern massgebend sind; vielmehr ist hierfür prinzipiell die objektivierte Sichtweise eines durchschnittlichen Nachfragers heranzuziehen.

71. Für die Feststellung der Sichtweise eines objektiven Nachfragers bedarf es allerdings keiner (Markt-)Abgrenzung auf Seiten der Nachfrager.

72. Der Aspekt der Spezialisierung bestimmter Nachfrager und eine damit einhergehende Differenzierung bilden daher grundsätzlich keine Voraussetzung für die Beurteilung einer Substituierbarkeit der abzugrenzenden Produkte. Aus einer vorhandenen oder fehlenden Spezialisierung der Marktgegenseite kann sich ausnahmsweise nur dann ein Rückschluss auf eine sachgerechte Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ergeben, wenn die jeweilige Nutzung des Produkts als zwingende Folge einer Spezialisierung des Nachfragers zu qualifizieren ist. Ansonsten können sich im Einzelfall allenfalls Hinweise auf eine mögliche Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ergeben.

73. Vorliegend besteht offensichtlich kein zwingender Zusammenhang zwischen einer allfälligen Spezialisierung der Veranstalter und der jeweiligen Nutzung der einzelnen Veranstaltungsorte.

74. Für die Beurteilung der Substituierbarkeit von verschiedenen Lokalisationen für bestimmte Veranstaltungen ist es demzufolge unbeachtlich, (i) ob die Veranstalter als Nachfrager entsprechender Lokalisationen derartige Veranstaltungen ausschliesslich oder neben anderen Arten von Veranstaltungen durchführen, oder (ii) ob die Veranstalter derartige Veranstaltungen einmalig oder regelmässig durchführen, oder (iii) ob die Durchführung derartiger Veranstaltungen den Geschäftszweck des jeweiligen Veranstalters bildet oder nur eine untergeordnete Massnahme im Rahmen der eigentlichen geschäftlichen Betätigung darstellt. Denn alle diese Aspekte sind für die Beurteilung der funktionalen Austauschbarkeit von konkreten Lokalisationen für die Durchführung bestimmter Veranstaltungen irrelevant.

75. Die vorstehend festgestellte Notwendigkeit einer vollständigen wechselseitigen Substituierbarkeit der zu beurteilenden Lokalisationen wird demzufolge nicht durch den Aspekt einer fehlenden oder vorliegenden Spezialisierung der Veranstalter auf bestimmte Arten von Veranstaltungen oder den Hinweis auf unterschiedliche Arten von Veranstaltern entkräftet, welche von der Vorinstanz – entgegen ihrer Darstellung, dass dem Aspekt der Spezialisierung keine Bedeutung zukäme – wiederkehrend als massgebliche Einwände gegen eine engere Marktabgrenzung herangezogen werden.

76. Aus dem gleichen Grund ist im Übrigen umgekehrt auch die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte zwingende Bedeutung der Spezialisierung für eine engere Marktabgrenzung nicht massgebend.

77. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die festgestellte Spezialisierung von Veranstaltern auf Pop- und Rockkonzerte wohl überwiegend aus anderen Gründen als der allenfalls bestehenden Notwendigkeit, für derartige Veranstaltungen geeignete Räumlichkeiten anzumieten, beruht.

(ii) Widersprüche bei der Sachverhaltsfeststellung

78. Aufgrund des von der vorinstanzlichen Verfügung festgestellten massgeblichen Sachverhalts ergeben sich Widersprüche zu verschiedenen Erwägungen der Vorinstanz.

79. Nach Ansicht der Vorinstanz sind alle Arten von Veranstaltungen gleich zu beurteilen. Demgegenüber wird

ausdrücklich festgehalten, dass die AGH bei Abschluss der Mietverträge zwei unterschiedliche Allgemeine Geschäftsbedingungen verwende, „je nachdem, ob der Mieter des Hallenstadions dort einen Publikumsanlass oder aber ein Corporate Event abhalten will, wobei die Ticketingklausel nur in den erstgenannten AGB enthalten ist, nicht aber in den zweitgenannten“. Demzufolge nimmt die AGH bereits selbst eine sachliche Marktabgrenzung vor, indem sie zwischen Corporate Events und öffentlichen Veranstaltungen unterscheidet. Diese Differenzierung ist sachlich ohne Weiteres schlüssig, weil der Abrechnungsmodus für die Festlegung der Vergütung der AGH (vgl. SV J.b) bei Corporate Events von vornherein nicht auf einer Umsatzbeteiligung an verkauften Tickets beruhen kann. Da für einen Corporate Event keine Tickets verkauft werden, benötigt es auch keinen Ticketing-Vertrieb, weshalb die Ticketingklausel bei dieser Art von Veranstaltung keine Anwendung finden kann. Die Durchführung eines Corporate Events wird demzufolge gerade nicht von den gleichen Überlegungen hinsichtlich einer wirtschaftlich möglichst rentablen Umsetzung der Veranstaltung wie ein Publikumsanlass getragen. Insgesamt ergibt sich bereits aus diesem Umstand eine notwendige sachliche Differenzierung zwischen diesen beiden Arten von Veranstaltungen.

80. Die angefochtene Verfügung hält fest, dass die AGH keine Kategorisierung der Anlässe in Abhängigkeit der Anzahl Zuschauer vornehme. Diese Feststellung ist bereits deshalb unzutreffend, weil die AGH eine Anmietung des Hallenstadions in drei unterschiedlichen Layouts mit jeweils unterschiedlichem Fassungsvermögen von 4'500, 7'300 und 13'000 Personen anbietet (vgl. SV G.b). Deshalb ergibt sich bereits aus der konkreten Anmietung des Hallenstadions eine Kategorisierung anhand von Besucherzahlen. Denn bei einer Anmietung der Layouts „Theater“ bzw. „Club“ ist ohne Weiteres ersichtlich, dass bei solchen Veranstaltungen keine über das jeweilige Fassungsvermögen von 7'300 bzw. 4'500 Plätzen hinausgehenden Zuschauer untergebracht werden können. Im Übrigen wurden die Zuschauerzahlen für die Veranstaltungen im Hallenstadion in den Jahren 2009 bis 2011 von der AGH vorgelegt, weshalb diese Daten offensichtlich verfügbar waren.

81. Die angefochtene Verfügung stellt auch für die Beurteilung des Besucheraufkommens nur auf die durchschnittliche Besucherzahl aller Veranstaltungen im Hallenstadion ab. Diese Darstellung wird der Sachlage jedoch nicht gerecht, weil sich aus den bekannten Daten für die verschiedenen Arten von Veranstaltungen ohne Weiteres ergibt, dass dieser Gesamtdurchschnittswert sachlich nicht angemessen ist. Eine rein statistische Gesamtbetrachtung vermittelt demzufolge kein aussagekräftiges Bild über die tatsächliche Anzahl an Besuchern für die einzelnen Arten von Veranstaltungen (vgl. SV J.e).

82. Zudem ist für Veranstaltungen im Layout „Arena“ ersichtlich, dass die massgebliche Zuschauerzahl entscheidend davon abhängt, ob es sich um reine „Bühnenshows“ oder um „Sachshows“ mit einem erhöhten Platz- und Infrastrukturbedarf handelt (vgl. E. 118 f.). Im letzteren Fall kann der Innenraum nicht für die Aufnahme von Zuschauern genutzt werden, sondern er wird für die Unterbringung der Darbietungen (bspw. Tennis- oder

Reitturnier, Eiskunstlaufshow) gebraucht. Daher sind der tatsächliche Gesamtraumbedarf für die Darbietungen und die dadurch verbleibende Zuschauerkapazität im Rahmen einer Beurteilung des Fassungsvermögens zu berücksichtigen. Diese Differenzierung ist demzufolge in die Feststellung der tatsächlichen Besucherzahlen im Hallenstadion mit einzubeziehen.

83. Auch wenn für eine Beurteilung des Besucheraufkommens auf den Durchschnittswert an Besuchern für alle Veranstaltungen abgestellt wird, so muss mit der Vorinstanz immerhin festgestellt werden, dass statistisch mindestens die Hälfte der Veranstaltungen mit über 7'000 Personen eine solch hohe Anzahl an Besuchern aufweisen, dass sie neben dem Hallenstadion alternativ nur in maximal fünf weiteren Lokalitäten hätten durchgeführt werden können: (1) der PostFinanceArena in Bern, (2) der Patinoire de Mallet, (3) dem Forum Fribourg, (4) der Arena in Genf sowie (5) der St. Jakobshalle in Basel. Des Weiteren ist aufgrund der Feststellung in der vorinstanzlichen Verfügung, wonach das Hallenstadion teilweise ausverkauft sei, auch nachgewiesen, dass das Fassungsvermögen des Hallenstadions jedenfalls bei diesen Veranstaltungen vollständig ausgeschöpft wird, weshalb nicht einmal die Grosshallen in Genf und Basel in diesen Fällen als Substitute dienen können. Folglich hätten bereits aufgrund einer Beurteilung der durchschnittlichen Besucherzahl alle anderen Lokalitäten mit Ausnahme dieser drei Grosshallen – gegebenenfalls unter Einbeziehung der Stadien – hinsichtlich derartiger Veranstaltungen von vornherein nicht als Substitute qualifiziert werden können.

84. Die Preisgestaltung der AGH im Hinblick auf die Anmietung des Hallenstadions legt im Übrigen nahe, dass die Aufteilung einer Veranstaltung auf mehrere Events entgegen der Ansicht der Vorinstanz bereits aus wirtschaftlichen Gründen vielfach nicht sachgerecht sein wird. Denn die Preise für die Layouts „Theater“ und „Club“ sind im Verhältnis zum jeweiligen Fassungsvermögen und Besucheraufkommen gegenüber dem Layout „Arena“ deutlich teurer.

(iii) Fehlende Abklärung der konkreten Konkurrenzsituation

85. Die Vorinstanz nimmt weder gesamthaft eine detaillierte Abklärung der aus Sicht der Nachfrager massgeblichen Verwendungszwecke, Eigenschaften und Preise für die Veranstaltungsorte noch eine Gegenüberstellung dieser Aspekte für die einzelnen Lokalitäten vor, mit denen die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts begründet werden könnte.

86. Die unterschiedlichen Fassungsvermögen der Veranstaltungsorte und die sich daraus ergebenden Auswirkungen für die verschiedenen Arten von Veranstaltungen werden durch die angefochtene Verfügung nicht abgeklärt. So nimmt die Vorinstanz auch keine Abklärung vor, welche Auswirkungen von einer möglichen Segmentierung des Hallenstadions auf die Marktsegmentierung ausgehen. Obschon die angefochtene Verfügung auf den Zusammenhang zwischen Auslastungsgrad einer Veranstaltungsorte und Wirtschaftlichkeitsberechnung einer Veranstaltung hinweist, werden keine weitergehenden Ausführungen zu den entsprechenden Auswirkungen vorgenommen.

87. Ohne Klärung und Würdigung durch die Vorinstanz bleibt auch der Aspekt der Veranstaltungslogistik, obwohl die Anforderungen an die Veranstaltungslogistik beispielsweise bei einem Open Air-Konzert und einer Generalversammlung wohl gänzlich unterschiedlich sind. Nur anhand grundlegender Rahmenaspekte – Anmietung von Räumlichkeiten, Aushändigung von Eintrittskarten, Organisation von Technik und Manpower für die Durchführung – kann nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass es sich hierbei um die gleiche Kategorie von Veranstaltungen handelt.

88. Ohne eingehendere Klärung und Gegenüberstellung bleibt auch der Aspekt der technischen Ausstattung der einzelnen Veranstaltungsorte, obwohl sich aus der Verfügung Hinweise darauf ergeben, dass bereits die Funktionalitäten der verschiedenen Grosshallen teilweise völlig unterschiedlich sind. Insbesondere wird für die anderen Veranstaltungsorte keine Feststellung getroffen, in welchem Umfang sie infrastrukturell tatsächlich sinnvoll nutzbar sind. So ergibt sich beispielsweise aus der Beschreibung des neuen Hallenprojekts in Bern, dass sowohl die Festhalle Bern als auch die PostFinance Arena in Bern keine Multifunktionshallen sind und daher bei einer Vielzahl von unterschiedlichen Veranstaltungen aus sachlichen Gründen von vornherein keine Konkurrenz für das Hallenstadion darstellen (vgl. E. 234).

89. Die Vorinstanz verweist darauf, dass die Bestimmung des Besucheraufkommens eines Anlasses mit nicht unerheblichen Unsicherheiten und entsprechenden Risiken verbunden sei. Allerdings werden dieser Aussage keine sachlichen Ausführungen oder Begründungen beigefügt, insbesondere auch nicht im Hinblick auf verschiedene Arten von Veranstaltungen. Es bleibt daher offen, mit welcher Streuung für konkrete Veranstaltungen tatsächlich gerechnet werden muss und in welchem Verhältnis die mangelnde Vorhersehbarkeit der Besucherzahlen mit der Festlegung der Gewinnschwelle einer Veranstaltung und infolgedessen mit der Abschätzung ihrer Finanzierung steht. Es ist deshalb fraglich, ob in der Praxis bei seriöser Geschäftsausübung tatsächlich die Sachverhaltsvarianten bestehen, dass ein Pop- und Rockkonzert mit 10'000 Zuschauern geplant wird und dann tatsächlich nur 1'000 Zuschauer erscheinen.

(iv) Fehlerhafte Einschätzung der Bedeutung des Besucheraufkommens

90. Die Vorinstanz hält zur Bedeutung des Besucheraufkommens als Prämisse fest, die Grösse des Anlasses gemessen an der erwarteten Besucherzahl sei ein wichtiges, jedoch nicht das alleine entscheidende Kriterium für die Wahl der Lokalität, sondern es seien auch andere Kriterien, insbesondere die Lage, die technische Ausstattung, das Ambiente und der Mietpreis zu berücksichtigen. Auch wenn diese Aussage in ihrer Allgemeinheit zutreffend sein mag – und den massgeblichen Kriterien der Austauschbarkeit, des Verwendungszwecks, der Eigenschaften und des Preises entspricht –, so entbindet sie die Vorinstanz jedoch nicht davon, die genaue Bedeutung des Besucheraufkommens und damit des notwendigen Fassungsvermögens von Veranstaltungsorten für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts festzustellen. Dies gilt umso mehr, als von der

Vorinstanz gerade auch festgehalten wird, dass bei öffentlichen Veranstaltungen zwischen dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit und dem Besucheraufkommen eine Abhängigkeit besteht. Eine weitergehende Abklärung der Bedeutung des Besucheraufkommens durch die Vorinstanz findet jedoch nicht statt.

91. In der Verfügung wird demzufolge keine Kategorisierung der verschiedenen Veranstaltungsorte hinsichtlich des Besucheraufkommens und der damit verbundenen Arten von Veranstaltungen vorgenommen. Folglich werden von Geschäftsanlässen bis zu Open Air-Konzerten alle Arten von Veranstaltungen dem gleichen, d.h. einzigen sachlichen Veranstaltungsmarkt zugeordnet. Letztlich wird das Hallenstadion dadurch einerseits mit Stadien und Open Air-Plätzen mit einem Fassungsvermögen von 40'000 bis 70'000 Personen und andererseits mit Räumlichkeiten mit einem Fassungsvermögen von unter 1'000 Personen gleichgestellt. Damit wird ein wichtiges Kriterium für eine Differenzierung der verschiedenen Veranstaltungen und Veranstaltungslokalitäten von der Vorinstanz faktisch als unbeachtlich qualifiziert.

92. Für eine notwendige Kategorisierung von Veranstaltungen und Veranstaltungslokalitäten können als allgemein bekannte Aspekte folgende Umstände festgehalten und als Grundlage einer Differenzierung in Bezug auf das Besucheraufkommen vorausgesetzt werden:

(α) Ein Veranstalter arbeitet regelmässig mit Gewinnerzielungsabsicht;

(β) eine konkrete Veranstaltung verfügt über ein gewisses Zuschauerpotential, welches sich im Wesentlichen aus den Kriterien (i) Unterhaltungsbereich und dessen allgemeine Beliebtheit sowie (ii) Bekanntheit und Beliebtheit der jeweiligen Darbietung ergibt. Dieses prinzipielle Zuschauerpotential kann durch einen Veranstalter im Hinblick auf eine einzelne Veranstaltung nicht beliebig erhöht werden □ beispielsweise durch massive Werbemassnahmen □, sondern kann nur über längere Zeiträume aufgrund veränderter Ansichten zum Unterhaltungsbereich und/oder der Darbietung bzw. dem Darbietenden □ insbesondere aufgrund von gelungenen Veranstaltungen □ gesteigert werden;

(γ) die Preise für die Tickets werden in Abhängigkeit von der üblichen Preisspanne für entsprechende Veranstaltungen unter Berücksichtigung der Bekanntheit und Beliebtheit der jeweiligen Darbietung festgelegt;

(δ) aufgrund des bestehenden Zuschauer- und Ticketpotentials ergibt sich eine Umsatzprognose (Anzahl Zuschauer x erzielbarer Ticketpreis);

(ε) die Umsatzprognose bildet im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsberechnung die Grundlage für die Auswahl der jeweiligen Veranstaltungstyps. Dabei gilt das Prinzip der Gewinnmaximierung, d.h. der Realisierung eines grösstmöglichen Gewinns bei geringstmöglichem Aufwand und einem verantwortbaren Verlustrisiko; in die Wirtschaftlichkeitsberechnung ist insbesondere auch die Gage der Darbietenden für den Auftritt einzubeziehen, wobei die Gagenforderung der Darbietenden sich an deren Marktwert ausrichtet, welcher wiederum wesentlich vom Besucherpotential aufgrund von Bekanntheit und Beliebtheit der Darbietenden abhängt;

(ζ) soweit aufgrund der Wirtschaftlichkeitsberechnung die Veranstaltungskategorie ermittelt wurde, wird eine für die jeweilige Darbietung sachgerechte Veranstaltungslokalität ausgewählt.

93. Aufgrund des Prinzips der Gewinnmaximierung wird eine Veranstaltung nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Kriterien grundsätzlich an einem ausgewählten Veranstaltungsort im Rahmen desjenigen Veranstaltungstyps durchgeführt, welcher den grössten Gewinn erwarten lässt, ohne dass das Risiko einer Fehlallokation zu gross ist. Daher muss jeder Veranstalter im Hinblick auf den finanziellen Erfolg einer Veranstaltung bestrebt sein, das vorhandene Besucheraufkommen auszuschöpfen. Diese Ausschöpfung erfolgt mit einer möglichst geringen Anzahl an Veranstaltungen, um den zeitlichen, finanziellen und sonstigen Aufwand zu minimieren. Deshalb wird jeweils eine Veranstaltungslokalität ausgewählt, deren Fassungsvermögen mit dem zu erwartenden Besucheraufkommen am besten übereinstimmt. Das Besucheraufkommen bildet demzufolge das zentrale und wichtigste Auswahlkriterium für die Durchführung einer Veranstaltung und es legt demzufolge regelmässig den massgeblichen Veranstaltungstyp fest. Gleichzeitig ergibt sich daraus auch der jeweilige Lokaltätstyp. Die Prämisse der Vorinstanz kommt demzufolge regelmässig erst dann zum Tragen, wenn bereits anhand des zu erwartenden Besucheraufkommens auf der Ebene der Veranstaltungskategorie eine Auswahl getroffen wurde und dann die konkrete Lokalität zu bestimmen ist.

94. Es ist deshalb offensichtlich, dass für einen Kleinkünstler mit einem Zuschauerpotential von 500 Personen aus wirtschaftlichen Gründen keine Grosshalle oder ein Stadion zu hohen Kosten angemietet werden kann. Umgekehrt macht es keinen Sinn, die Veranstaltung eines international bekannten Künstlers mit einem Zuschauerpotential von 10'000 Besuchern in einem Saal mit 1000 Plätzen zu planen, um dafür dann zehn Veranstaltungen hintereinander durchzuführen. Denn in dieser Zeit könnte der international bekannte Künstler an einem anderen Ort wiederum in anderen grossen Veranstaltungslokalitäten auftreten und während der gleichen Zeit mit weniger Aufwand gleiche oder höhere Gagen generieren. Der Veranstalter hat jedenfalls keine Möglichkeit, die übermässigen Kosten der zu grossen Veranstaltungslokalität oder eine hohe Gage im Rahmen einer zu kleinen Veranstaltungslokalität zu amortisieren, weshalb die Wirtschaftlichkeit entsprechender Veranstaltungen von vornherein nicht gegeben ist.

95. Demgegenüber unterstellt die Vorinstanz ohne eingehendere Begründung, dass Veranstaltungen nahezu beliebig in kleinere Events aufgeteilt werden könnten. Hierzu verweist sie auf den Bereich der Musicals, die vielfach an einem Veranstaltungsort während einer gewissen längeren Dauer aufgeführt werden. Allerdings ist allein dieser Verweis nicht geeignet, die vorstehend dargestellten Grundsätze zu widerlegen. Denn für ein Musical mit einem Besucheraufkommen von mehreren hunderttausend Besuchern besteht offensichtlich gar keine geeignete Veranstaltungslokalität, weshalb aufgrund der sonstigen Kriterien eine Auswahl hinsichtlich der sachgerechten Räumlichkeiten vorgenommen werden muss. Und selbst bei einem Musical mit geringerem Besucher-

aufkommen muss dann eine Auswahl zwischen den zur Verfügung stehenden Lokalitätstypen getroffen werden. Dabei ist wiederum zu berücksichtigen, dass ein Musical eine andere künstlerische Konzeption – beispielsweise im Hinblick auf den notwendigen Einsatz eines kompletten Schauspielensembles und eines Orchesters – als etwa der einmalige Auftritt von nationalen oder internationalen Musikern im Rahmen eines Grosskonzerts aufweist, weshalb auch eine Entscheidung für eine grössere Anzahl an Aufführungen in einer dann kleineren Lokalität getroffen werden kann. Weitere Veranstaltungen werden von der Vorinstanz nicht erwähnt und eine mögliche Unterscheidung von entsprechenden Veranstaltungen wird ebenfalls nicht vorgenommen. Letztlich wird in der vorinstanzlichen Verfügung dadurch fälschlicherweise suggeriert, jede Veranstaltung könnte in jeder noch so kleinen Lokalität – einfach in der notwendig erhöhten Anzahl – durchgeführt werden. Dem ist jedoch aus praktischen und wirtschaftlichen Gründen offensichtlich nicht so.

96. Diese grundsätzliche Einschätzung schliesst zum einen nicht aus, dass im Einzelfall aufgrund bestimmter Umstände – wie einer saisonalen Auslastung oder einer bereits bestehenden Belegung – eine Veranstaltung an einem Veranstaltungsort auch zwei oder drei Mal in einer kleineren statt einmal in einer grösseren Veranstaltungslokalität durchgeführt wird.

97. Diese grundsätzliche Einschätzung schliesst zum anderen auch nicht aus, dass im Einzelfall ein Veranstalter eine Darbietung in einem kleineren Veranstaltungsrahmen umsetzt, weil dies den subjektiven Vorgaben der Darbietenden entspricht und diese Variante gegebenenfalls gewinnbringender oder zumindest mit einem geringeren wirtschaftlichen Risiko verbunden ist. Auch diese Entscheidung wird allerdings unter Berücksichtigung des zu erwartenden Besucheraufkommens, der tatsächlich anfallenden Kosten und des konkreten wirtschaftlichen Risikos getroffen. Dabei bildet das zu erwartende Besucheraufkommen den zentralen Aspekt der entsprechenden Überlegungen, weil eine Wirtschaftlichkeitsrechnung verschiedener Varianten ohne Berücksichtigung des Besucheraufkommens gar nicht vorgenommen werden kann. Entscheidet sich der Veranstalter dazu, die Veranstaltung für eine kleinere und exklusivere Gruppe von Zuschauern mit einem allenfalls höheren Eintrittspreis auszugestalten, so wird er diese Veranstaltung auch in einer angemessenen Umgebung abwickeln und die wenigen Zuschauer nicht in einem (Gross-) Stadion oder einer Grosshalle unterbringen. Die Entscheidung des Veranstalters mit Bezug auf die konkrete Ausgestaltung einer Veranstaltung determiniert demzufolge die hierfür notwendigen Lokalitäten.

(e) Kategorisierung von Veranstaltungslokalitäten

98. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass sich ein bestimmter Verwendungszweck in Form von Pop- und Rockkonzerten für 12'000 Zuschauer und demgemäss ein sachlich relevanter Markt der hierfür geeigneten Lokalitäten abgrenzen liessen, auf welchem die Ticketingklausel durch die AGH gegenüber den Veranstaltern in wettbewerbswidriger Weise gemäss Art. 7 KG verwendet wurde.

99. Für eine ordnungsgemässe Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist es daher erforderlich, dass das Gericht eine Feststellung oder – im Sinne des Eventualbegehrens – zumindest eine Einschätzung darüber vornimmt, ob die Abgrenzung eines solchen spezifischen Markts oder zumindest eines ähnlichen sachlich relevanten Markts für Musikgrossanlässe (vgl. SV J.f) oder sonstige Grossveranstaltungen überhaupt vorgenommen werden kann.

100. Eine Abgrenzung des sachlich relevanten Markts für eine bestimmte Produktgruppe von Veranstaltungslokalitäten setzt voraus, dass eine entsprechende sachliche Abgrenzung für bestimmte Veranstaltungen als Verwendungszweck der massgeblichen Produktgruppe vorgenommen werden kann. Hierfür ist wiederum eine Ausdifferenzierung von Veranstaltungskategorien erforderlich.

101. Für eine Marktabgrenzung massgebend sind die Sichtweise eines objektiven Nachfragers und damit die Berücksichtigung von allgemeinen Nutzungs- und Anwendungsgrundsätzen des jeweiligen Produkts für den bestehenden Bedarf. Demgegenüber sind rein theoretisch mögliche Varianten oder tatsächlich durchgeführte, aber subjektiv motivierte Einzelfälle einer Nutzung oder Anwendung nicht zu beachten, weil ansonsten für die meisten Produkte eine sachgerechte Abgrenzung gar nicht vorgenommen werden könnte.

102. Vorliegend ist daher die aus objektiver Sicht wirtschaftlich, funktional und konzeptionell sachgerechte Umsetzung eines bestimmten Veranstaltungstyps in einer bestimmten Lokalität zu berücksichtigen, während singuläre Sachverhalte, bei denen Veranstalter auch zu einer aussergewöhnlichen Veranstaltungsumsetzung greifen, unbeachtlich sind. Es ist daher unerheblich, ob im Einzelfall eine Veranstaltung aufgrund rein subjektiver Ansichten der Darbietenden in einem ausgefallenen oder unüblichen Veranstaltungsrahmen und damit in einer anderen als der üblichen Lokalität durchgeführt wird.

103. Eine Ausdifferenzierung von Veranstaltungskategorien ist jedenfalls anhand der folgenden wesentlichen Kriterien durchzuführen: (i) Gegenstand; (ii) Zweck; (iii) Dauer; (iv) Raumbedarf; (v) Besucheraufkommen. Denn diese Kriterien sind prinzipiell feststehende und vorgegebene Kriterien einer einzelnen Veranstaltung. Dies gilt auch für das Kriterium Besucheraufkommen, weil dessen Obergrenze – wie vorstehend dargelegt – nicht beliebig erhöht werden kann. Eine gewisse Flexibilität bei der Ausgestaltung des Veranstaltungsrahmens besteht für den Veranstalter hierbei lediglich durch den Verzicht auf eine Ausschöpfung des Besucherpotentials; allerdings steht dieser Variante im allgemeinen die bestehende Gewinnerzielungsabsicht entgegen, weshalb auch sie für die Kategorisierung nicht zu berücksichtigen ist.

104. Bei einer Ausdifferenzierung ergeben sich verschiedene Veranstaltungskategorien. Die einzelne Veranstaltung ist aufgrund der Verbindung von verschiedenen Veranstaltungskategorien einem bestimmten Veranstaltungstyp zuzuordnen.

(i) Gegenstand der Veranstaltung

105. Für eine Ausdifferenzierung von Veranstaltungskategorien ist zunächst eine grundlegende Unterscheidung anhand des Gegenstands der Veranstaltung vorzunehmen. Hierbei sind Motivveranstaltungen von Blankettveranstaltungen abzugrenzen:

(α) *Motivveranstaltungen*: Darunter sind sämtliche Anlässe zu verstehen, deren Inhalt und Durchführung einen spezifischen Bezug zu einem geographischen oder historischen Thema aufweisen. Beispiele hierfür sind alle Formen von Städte-, Geschichts- und Brauchtumsfesten.

(β) *Blankettveranstaltungen*: Diese Anlässe weisen jedenfalls hinsichtlich ihrer Durchführung keinen spezifischen Bezug zu einem geographischen oder historischen Thema auf. Hierzu zählen alle Veranstaltungen, die nicht als Motivveranstaltung zu qualifizieren sind.

106. Eine Abgrenzung der Motivveranstaltungen ist erforderlich, weil sich aufgrund des spezifischen geographischen oder historischen Bezugs vielfältige Aspekte ergeben, die sich auf die Umsetzung der Veranstaltung einschliesslich der Wirtschaftlichkeitsberechnung und damit im Ergebnis auch auf die Auswahl der sachgerechten Lokalität auswirken. Die dabei auftretenden Unterschiede stellen für die Motivveranstaltungen zum Teil Vorteile und teilweise auch Nachteile gegenüber den Blankettveranstaltungen dar. So besteht die Tätigkeit von vielen Veranstaltern von Motivveranstaltungen nur in der Pflege des geographischen oder historischen Themas und der Durchführung der jeweiligen Veranstaltungen. Überdies findet vielfach lediglich das Kostendeckungsprinzip Anwendung und es ist keine Gewinnerzielungsabsicht vorhanden. Entsprechend ist die Teilnahme an einer Motivveranstaltung für die Besucher vielfach gratis und die Kosten werden teilweise durch öffentliche Institutionen, Vereine oder Verbände übernommen. Aufgrund des spezifischen geographischen oder historischen Bezugs ergibt sich auch eine konkrete Verbindung zwischen Veranstaltung und Veranstaltungsort – die im Übrigen auch im Rahmen der Beurteilung des räumlich relevanten Markts eine Abgrenzung gegenüber den Blankettveranstaltungen erfordern würde. Gleiches gilt in entsprechender Weise auch für die Beziehung zwischen Veranstaltung und Veranstaltungsdatum. Diese gegenseitigen Beziehungen führen dazu, dass ein Wettbewerb der Veranstaltungsorten von vornherein nur in einem beschränkten Ausmass gegeben ist.

107. Musikgrossanlässe sind prinzipiell als Blankettveranstaltungen zu qualifizieren.

(ii) Zweck der Veranstaltung

108. Für eine Ausdifferenzierung von Veranstaltungskategorien ist danach eine Unterscheidung anhand des Zwecks der Veranstaltung vorzunehmen. Hierbei sind öffentliche und geschlossene Veranstaltungen sowie Verkaufs- und Fachveranstaltungen zu unterscheiden und gegeneinander abzugrenzen:

(α) *Öffentliche Veranstaltungen*: Diese sind auf die Auf- führung von bestimmten kulturellen, sportlichen oder sonstigen Darbietungen gegenüber Dritten ausgerichtet. Öffentliche Veranstaltungen richten sich an einen unbe-

stimmten Personenkreis, an den Eintrittskarten gegen Entgelt abgegeben werden. Veranstalter sind entweder die Aufführenden selbst oder eine für diese handelnde Agentur, sonstige Unternehmen, Vereine oder Organisationen. Beispiele für solche Anlässe sind Musikanlässe, Comedyschows, Opern-Grossproduktionen, TV-Produktionen, Eislauf- und Motorrad-Stuntshows, Fussball- und Eishockeyspiele, Tennis- und Reitturniere oder Musicals als Dauerveranstaltungen.

(β) *Verkaufsveranstaltungen*: Diese sind auf die Herbeiführung von sofortigen oder späteren Verkaufsabschlüssen im geschäftlichen Bereich ausgerichtet. Eine kulturelle, sportliche oder sonstige Darbietung als wesentlicher Inhalt der Veranstaltung findet nicht statt. An der Veranstaltung nehmen Unternehmen als Aussteller und Verkäufer teil, um ihre Produkte vorzustellen und zu bewerben; hierfür entrichten sie regelmässig Teilnahmegebühren. Bei den Besuchern handelt es sich um potentielle Käufer, die sich über einzelne Produkte informieren wollen; vielfach wird ein gewisses Eintrittsgeld für den Besuch der Veranstaltung verlangt. Veranstalter sind meistens Unternehmen, welche sich auf die Organisation und Durchführung derartiger Veranstaltungen spezialisiert haben. Beispiele hierfür sind Endkunden- und Grosshandelsmessen.

(γ) *Fachveranstaltungen*: Diese sind auf den Austausch von wissenschaftlichen und sonstigen fachlichen Informationen ausgerichtet. Die Teilnehmer sind Mitglieder der jeweiligen Fachprofession. Eine kulturelle, sportliche oder sonstige Darbietung als wesentlicher Inhalt der Veranstaltung findet nicht statt. Vielmehr sind besondere Aktivitäten einzelner Teilnehmer – beispielsweise Vorträge oder Podiumsdiskussionen – massgeblicher Inhalt des Veranstaltungsprogramms. Veranstalter sind regelmässig Unternehmen, welche sich auf die Organisation und Durchführung derartiger Veranstaltungen spezialisiert haben, oder wissenschaftliche Institutionen. Vielfach werden Unternehmen, die als Sponsoren der Veranstaltung auftreten, auch durch spezifische Aktionen Werbung für ihre Produkte machen. Beispiele hierfür sind Kongresse, Seminare und Tagungen.

(δ) *Geschlossene Veranstaltungen*: Diese sind auf die Durchführung bestimmter Ereignisse ausgerichtet. Bei geschlossenen Veranstaltungen erfolgen Einladungen an einen bestimmten, unter Umständen persönlich bekannten Personenkreis, der unentgeltlich an dem jeweiligen Anlass teilnehmen kann und dem mitunter sogar ein Teilnahmerecht zustehen kann. Veranstalter sind die Personen oder Unternehmen, welche die Einladung vornehmen. Beispiele hierfür sind Generalversammlungen von Grossunternehmen, Produktvorstellungen sowie Gross-Hochzeiten.

109. Aufgrund der unterschiedlichen Zwecke von Veranstaltungen ergeben sich unterschiedliche Wirtschaftlichkeitsberechnungen, welche wiederum Auswirkungen auf die Ausgestaltung einer Veranstaltung und damit auch auf die Auswahl der Veranstaltungsorten nach sich ziehen. Darüber hinaus ergeben sich aus dem Zweck der Veranstaltung divergierende Anforderungen an die Infrastruktur und die Veranstaltungslogistik.

110. Öffentliche Veranstaltungen sind von geschlossenen Veranstaltungen abzugrenzen, weil sie auf Seiten

des Veranstalters eine Wirtschaftlichkeitsberechnung aufgrund des Besucheraufkommens erfordern, während bei Letzteren der Umfang der Ausgaben im Belieben des Veranstalters steht und im Wesentlichen von immateriellen Aspekten abhängig ist. Zudem muss bei öffentlichen Veranstaltungen regelmässig ein öffentliches Ticketingsystem eingesetzt werden, während die Eintrittskarten bei geschlossenen Veranstaltungen anhand besonderer Kriterien vergeben und übergeben werden können.

111. Öffentliche Veranstaltungen sind auch gegenüber Verkaufs- und Fachveranstaltungen abzugrenzen. Bei Verkaufsveranstaltungen können einerseits die Eintrittspreise, wenn ein Zugangsentgelt zu entrichten ist, nicht in gleicher Weise wie bei öffentlichen Veranstaltungen angesetzt werden; andererseits sind zumindest bei Messen auch allfällige Einnahmen aus den Teilnahmegebühren der Standbetreiber zu berücksichtigen. Bei Fachanlässen sind die Teilnahmegebühren für die Mitglieder der Fachprofession dagegen regelmässig wesentlich höher als bei einer öffentlichen Veranstaltung. Diese Aspekte wirken unmittelbar auf die Wirtschaftlichkeitsberechnung ein und finden ihren Niederschlag in der Ausgestaltung der jeweiligen Veranstaltung und dadurch in der Auswahl der Veranstaltungsorte. Im Gegensatz zu öffentlichen Veranstaltungen ist ein Ticketingsystem für die Durchführung einer Verkaufs- oder Fachveranstaltung nicht erforderlich. Darüber hinaus finden bei Verkaufs- und Fachveranstaltungen regelmässig unterschiedliche Konzepte der Besucherlenkung Anwendung, weil die Besucher hierbei nicht notwendigerweise gleichzeitig über die gesamte Dauer der Veranstaltung versammelt werden müssen. Auch dieser Umstand findet seinen Niederschlag in der Auswahl der Veranstaltungsorte.

112. Musikgrossanlässe sind der Veranstaltungskategorie der öffentlichen Veranstaltungen zuzuordnen. Vorliegend ist daher für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts auf diese Veranstaltungskategorie abzustellen. Demgegenüber werden die Anlässe der übrigen Zweck-Veranstaltungskategorien damit ausgeschieden. Dies hat zur Folge, dass insbesondere Generalversammlungen und Geschäftsanlässen sowie Messen und Kongressen für die sachliche Marktgrenzung und die Beurteilung der Marktstellung der AGH auf dem sachlich relevanten Markt in Bezug auf Musikanlässe keine Bedeutung zukommt.

(iii) Dauer der Veranstaltung

113. In zeitlicher Hinsicht sind für eine Ausdifferenzierung von Veranstaltungen und Veranstaltungsorten grundsätzlich Einzel-, Rahmen-, Wettbewerbs- und Dauerveranstaltungen zu unterscheiden und gegenseitig abzugrenzen:

(α) *Einzelveranstaltungen*: Dies sind Anlässe, die einmalig an einem Ort durchgeführt werden. Dabei kann die Vorstellung auch ein- bis zweimal wiederholt werden. Der Inhalt der Vorstellung ist dabei auch bei einer Wiederholung grundsätzlich identisch. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ist jede Vorstellung gesondert zu betrachten. Beispiele hierfür sind Musikanlässe, Opern-Grossproduktionen, Comedyshows, TV-Produktionen, Eislauf- und Motorrad-Stuntshows.

(β) *Rahmenveranstaltungen*: Dies sind Anlässe, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums durchgeführt werden. Der Zeitraum kann dabei von mehreren Tagen bis zu mehreren Wochen reichen. Im Gegensatz zu Einzelveranstaltungen ergeben sich bei Rahmenveranstaltungen keine Wiederholungen des Programms, d.h. für die Zuschauer ergibt sich ein Unterschied, an welchem Tag die Vorstellung besucht wird. Beispiele hierfür sind Tennis- und Reitturniere.

(γ) *Wettbewerbsveranstaltungen*: Dies sind Anlässe, die wiederkehrend im Rahmen eines organisierten sportlichen Wettkampfprogramms durchgeführt werden. Auch bei Wettbewerbsveranstaltungen ist es für den Zuschauer nicht gleichgültig, an welchem Tag die konkrete Veranstaltung besucht wird, weil jeder einzelne Anlass einen anderen sportlichen Inhalt aufweist. Beispiele hierfür sind die Ligaspiele von Fussballvereinen oder Eishockeyclubs.

(δ) *Dauerveranstaltungen*: Dies sind Anlässe, die ganzjährig, für einen bestimmten Zeitraum – beispielsweise während einer Spielsaison, für mehrere Wochen und zumindest für mehrere Tage – durchgeführt werden. Das Programm ist bei jeder einzelnen Vorstellung identisch. Beispiele hierfür sind während eines bestimmten Zeitraums aufgeführte Musicals und Theaterstücke oder Ausstellungen.

114. Aufgrund der zeitlichen Komponente einer Durchführung von Veranstaltungen bilden Einzel- und Dauerveranstaltungen keinen gemeinsamen Markt. Beide Kategorien von Veranstaltungen unterscheiden sich wesentlich in der intendierten Abschöpfung des Besucheraufkommens. Aus diesem Ansatz ergeben sich weitere Unterschiede im Hinblick auf die gesamte Veranstaltungslogistik sowie die Auswahl des Standorts und des damit verbundenen Einzugsgebiets. Letztlich führen diese unterschiedlichen Faktoren zu einer divergierenden Wirtschaftlichkeitsberechnung, welche wiederum die Grundlage für die Auswahl der Veranstaltungsorte bildet.

115. Die gleichen Aspekte führen im Ergebnis grundsätzlich auch zu einer Abgrenzung zwischen Einzel- und Rahmenveranstaltungen. Ausnahmsweise kann es dabei sachgerecht sein, kurze Rahmenveranstaltungen von ein bis zwei Tagen den Einzelveranstaltungen gleichzustellen.

116. Obwohl die einzelnen Anlässe von Wettbewerbsveranstaltungen grundsätzlich einer Einzelveranstaltung entsprechen, besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen ihnen. Wettbewerbsveranstaltungen sind aufgrund der Domizilierung des jeweiligen Vereins als Veranstalter sowohl an einen bestimmten Ort als auch darüber hinaus an eine bestimmte Wettkampfstätte gebunden, weshalb eine Änderung der Lokalität nur ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände möglich ist. Beispielsweise werden weder der FC Basel seine Heimspiele im Letzigrund in Zürich noch die ZSC-Lions ihre Heimspiele in der PostFinance Arena in Bern austragen. Daher können die Veranstalter von Wettbewerbsveranstaltungen die Lokalität nicht jeweils beliebig auswählen und lokale Örtlichkeiten stehen demzufolge von vornherein nicht in einem Wettbewerb mit überregionalen Lokalitäten. Zudem bedarf es regelmässig spezi-

fischer sportinfrastruktureller Voraussetzungen für die Durchführung von Wettbewerbsveranstaltungen, die für Einzelveranstaltungen nicht gegeben sein müssen. Daher sind Wettbewerbsveranstaltungen nicht dem gleichen sachlich relevanten Markt wie Einzelveranstaltungen zuzuordnen.

117. Musikgrossanlässe sind der Veranstaltungskategorie der Einzelveranstaltungen zuzuordnen. Vorliegend ist daher für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts in Bezug auf Musikanlässe auf diese Veranstaltungskategorie abzustellen. Demgegenüber werden Anlässe der übrigen zeitlichen Veranstaltungskategorien ausgeschieden. Dies hat zur Folge, dass insbesondere Sportturnieren und Dauermusicals für die sachliche Marktabgrenzung und die Beurteilung der Marktstellung der AGH auf dem sachlich relevanten Markt in Bezug auf Musikanlässe keine Bedeutung zukommt.

(iv) Raumbedarf der Veranstaltungen

118. Eine Ausdifferenzierung der Arten von Veranstaltungen aufgrund des Raumbedarfs basiert auf zwei Aspekten: (i) Die Anforderungen an die Infrastruktur zur Durchführung der konkreten Darbietung müssen bei der Beurteilung des sachlich relevanten Markts und damit der Marktstellung Berücksichtigung finden; (ii) die jeweiligen Besucherzahlen der einzelnen Veranstaltungen können nicht ohne Berücksichtigung des Platzbedarfs für die Durchführung der eigentlichen Darbietungen miteinander verglichen werden. Im Hinblick auf den Raumbedarf von Veranstaltungen sind grundsätzlich Gesamttraum-, Bühnen-, Sach- und Flächenshows zu unterscheiden und gegeneinander abzugrenzen:

(α) Gesamttraumshows: Dies sind Anlässe, bei denen ein besonderer Platzbedarf für allfällige Darbietungen nicht besteht und daher die gesamte Veranstaltungsortlokalität zur Unterbringung der Besucher genutzt werden kann. Beispiele für derartige Veranstaltungen sind interne Geschäftsanlässe von Unternehmen oder Grosshochzeiten.

(β) Bühnenshows: Dies sind Anlässe, bei denen eine Bühne als besondere räumliche Voraussetzung für die Durchführung der dargebotenen Leistungen und die restliche Fläche einschliesslich eines allfälligen Innenraums der Lokalität zur Unterbringung des Publikums genutzt werden kann. Aufgrund des begrenzten Platzbedarfs für die Darbietungen kann daher das Fassungsvermögen einer Veranstaltungsortlokalität – gegebenenfalls über die fest installierten Sitzplätze hinaus – fast vollständig ausgenutzt werden. Beispiele für derartige Veranstaltungen sind Musikanlässe, Comedyshows und TV-Produktionen.

(γ) Sachshows: Dies sind Anlässe, bei denen nicht (nur) eine Bühne, sondern (darüber hinaus auch) der Innenraum bzw. sonstige Flächen der Lokalität für die Durchführung der dargebotenen Leistungen genutzt werden müssen. Aufgrund des erhöhten Platzbedarfs für die Darbietungen kann in der gleichen Lokalität demzufolge nur eine eingeschränkte Anzahl an Zuschauern teilnehmen. Darüber hinaus bestehen je nach Art der Darbietung einer Veranstaltung besondere Anforderungen an die Infrastruktur der Lokalität. Beispiele hierfür sind Eislauf- und Motorradstunt-Shows sowie Tennis- und Reitturniere.

(δ) Flächenshows: Dies sind Anlässe, bei denen ein besonders grosser Flächenbedarf für die Durchführung der dargebotenen Leistungen gegenüber dem Platzbedarf für die Besucher besteht. Bei diesen Anlässen werden die Besucher demzufolge auch nicht gleichzeitig innerhalb der Lokalität zusammengebracht. Vielmehr werden sie zeitlich versetzt durch die Veranstaltung „geschleust“. Beispiele hierfür sind Messen und Ausstellungen.

119. Gesamttraum-, Bühnen-, Sach- und Flächenshows sind aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen an Infrastruktur, Veranstaltungslogistik und Besucherkapazität voneinander abzugrenzen. Grundlegend ist dabei der unterschiedliche Flächenbedarf. Darüber hinaus ergeben sich weitere Unterschiede. So erfordern Sachshows spezifische infrastrukturelle Voraussetzungen, die in vielen Veranstaltungsortlokalitäten nicht vorhanden sind. Deshalb können Sachshows von vornherein beispielsweise nicht in reinen Konzert- und Theatersälen durchgeführt werden. Flächenshows bedürfen regelmässig eines deutlich grösseren zeitlichen Aufwands für Auf- und Abbau als Bühnen- und Sachshows. Die verschiedenen Veranstaltungskategorien weisen ein unterschiedliches Besucherkonzept auf, weil das jeweilige Besucheraufkommen der Veranstaltung durch die jeweils vorhandene Besucherkapazität der Lokalität in unterschiedlicher Weise verarbeitet werden muss. Aus den vorgenannten Aspekten ergeben sich zudem divergierende Wirtschaftlichkeitsberechnungen für die einzelnen Veranstaltungskategorien.

120. Musikgrossanlässe sind der Veranstaltungskategorie der Bühnenshows zuzuordnen. Vorliegend ist daher für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts in Bezug auf Musikanlässe auf diese Veranstaltungskategorie abzustellen. Demgegenüber werden Anlässe der übrigen räumlichen Veranstaltungskategorien ausgeschieden. Dies hat zur Folge, dass insbesondere Eislauf- und Motorradstuntshows sowie Messen für die sachliche Marktabgrenzung und die Beurteilung der Marktstellung der AGH auf dem sachlich relevanten Markt in Bezug auf Musikanlässe keine Bedeutung zukommt.

(v) Besucheraufkommen von Veranstaltungen

121. Für eine Ausdifferenzierung der verschiedenen Arten von Veranstaltungen aufgrund des Besucheraufkommens ist zunächst festzuhalten, dass eine abstrakte Einteilung von Zuschauerzahlen mangels adäquater Faktoren nicht vorgenommen werden kann. Vielmehr muss eine entsprechende Einteilung zum einen an den in der Schweiz tatsächlich vorhandenen Veranstaltungsortlokalitäten und deren Fassungsvermögen sowie zum anderen an den Aspekten Dauer und Raumbedarf der Veranstaltungen ausgerichtet werden.

122. Die in der Schweiz vorhandenen Veranstaltungsortlokalitäten sind im Sachverhalt aufgeführt (vgl. SV F.). Aufgrund deren Fassungsvermögens sind im vorliegenden Zusammenhang zunächst folgende Gruppierungen zu berücksichtigen: Open Air-Plätze, Grossstadion, Stadien, Grosshallen, Eventhallen, Klein-Stadien, Sport- und Eishallen, Freilichtbühnen, Konzert- und Theater-Grosssäle sowie Kongresszentren.

123. Vorliegend stellt sich die Frage nach der Abgrenzung von Musik-Grossanlässen als Einzelveranstaltung in Form einer Bühnenshow, d.h. einer einmaligen Vorstellung, bei der die maximale Zuschauerkapazität der jeweiligen Lokalität kurzzeitig ausgenutzt wird. Dementsprechend ist das Besucheraufkommen aufgrund des maximalen Fassungsvermögens einer Veranstaltungslokalität für eine Vorstellung mit Bühnenaufbau abzugrenzen:

(α) *Gigaevents* – Anlässe mit einem Besucheraufkommen ab rund 20'000 Besuchern: Die PostFinance Arena in Bern verfügt über ein Fassungsvermögen von rund 17'000 Zuschauern und ist die grösste Grosshalle in der Schweiz. Bei dieser Zuschauerzahl ergibt sich unter Berücksichtigung einer oberen Auslastungsschwelle von 80% ein notwendiges maximales Fassungsvermögen von 21'250 Zuschauern. Für Einzelveranstaltungen mit einem Besucheraufkommen ab rund 20'000 Zuschauern ist demzufolge keine Grosshalle oder sonstige geschlossene Lokalität in der Schweiz vorhanden. Derartige Veranstaltungen können deshalb nur in Grossstadion oder auf den grössten Open Air-Plätzen durchgeführt werden. Hierbei handelt es sich in jedem Fall um offene Lokalitäten. Ob und inwieweit eine weitere Differenzierung innerhalb der Gruppe der Gigaevents vorzunehmen ist, kann vorliegend aber offen gelassen werden.

(β) *Megaevents* – Anlässe mit einem Besucheraufkommen von 6'500 bis 17'000 Besuchern: In der Schweiz bestehen sechs Grosshallen. Das jeweilige Fassungsvermögen beträgt bei der PostFinance Arena in Bern rund 17'000 Zuschauer, beim Hallenstadion in Zürich 13'000 Zuschauer, bei der Patinoire de Malley und dem Forum Freiburg 10'000 Zuschauer, bei der Arena Genf 9'500 Zuschauer und bei der St. Jakobshalle in Basel 9'000 Zuschauer (vgl. SV I.b). Aufgrund des festgestellten notwendigen Auslastungsgrads für grosse Einzelveranstaltungen zwischen 65% und 80% (vgl. SV I.g) ergibt sich bei diesen Hallen eine durchschnittliche Rentabilitätsschwelle von 12'325, 9'425, 6'887 und 6'525 Personen. Die Grosshallen erfassen daher ein Besucheraufkommen von rund 6'500 bis 17'000 Personen. Ob angesichts dieser grossen Spannweite eine weitere Differenzierung innerhalb der Gruppe der Grosshallen in solche mit einem Fassungsvermögen von über 10'000 Zuschauern und in solche mit einem Fassungsvermögen von unter 10'000 Zuschauern – die dann als „Superevents“ zu qualifizieren wären – vorgenommen werden kann, ist von weiteren Faktoren abhängig (vgl. E. 136). Veranstaltungen mit einem derartigen Besucheraufkommen können jedenfalls nur in diesen Grosshallen als geschlossenen Veranstaltungslokalitäten sowie in (Gross-)Stadien und auf Open Air-Plätzen als offenen Veranstaltungslokalitäten durchgeführt werden. Allein auf den unteren Auslastungsgrad von 65% als massgebliche Grösse des Besucheraufkommens ist nicht abzustellen. Zum einen ergäben sich zwar für die Arena Genf mit 6'175 Personen und die St. Jakobshalle in Basel mit 5'850 Personen etwas tiefere Auslastungswerte, die jedoch hinsichtlich der beiden grössten Grosshallen PostFinance Arena Bern und Hallenstadion bereits unterhalb der 50%-Schwelle einer notwendigen Auslastung für jegliche Arten von Veranstaltungen liegen würden, weshalb sich eine zu grosse Spannweite für eine ein-

heitliche Zusammenfassung in einer Produktgruppe ergäbe. Zudem liegen auch diese Werte noch über dem Fassungsvermögen der für die Topevents zur Verfügung stehenden Eventhallen.

(γ) *Topevents* – Anlässe mit einem Besucheraufkommen von rund 2'000 bis 5'000 Besuchern: Unterhalb der Gruppierungen der Grosshallen und Stadien finden sich mit der Festhalle Bern (5'000), der Congress Event Halle St. Gallen (4'000) und der Event Halle Basel (3'000) einige wenige Eventhallen, welche ein maximales Fassungsvermögen von über 2'000 bis 5'000 Personen aufweisen und somit Veranstaltungen mit einem entsprechenden Besucheraufkommen aufnehmen können. Daneben bestehen auch Freiluftbühnen wie die Thuner Seebühne oder die Walenseebühne (vgl. SV I.b), die ein entsprechendes Fassungsvermögen aufweisen. Gleiches gilt für die Kleinstadien sowie Sport- und Eishallen mit einem Fassungsvermögen zwischen 2'000 und 6'000 Personen. Bei diesen ist allerdings zu berücksichtigen, dass sie ganz überwiegend von vornherein nicht als allgemeine Veranstaltungslokalitäten zur Verfügung stehen (vgl. SV I.e).

(δ) *Standardevents* – Anlässe mit einem Besucheraufkommen von 1'000 bis 2'000 Besuchern: Unterhalb der Gruppierung der Eventhallen bestehen eine ganze Reihe an Kultur-Grosssälen sowie Kongresszentren, in denen Veranstaltungen mit einem Besucheraufkommen von 1'000 bis 2'000 Zuschauern abgehalten werden können. Als Beispiele für Kultur-Grosssäle sind das Volkshaus in Zürich (1'597), die Tonhalle in Zürich (1'455), der Kursaal in Bern (1'400) sowie das KKL in Luzern (1'300) (vgl. SV I.b), als Beispiele für Kongresszentren sind das CIG in Genf (2'196), das Congress Center in Basel (1'500) sowie die Parkarena in Winterthur (1'250) zu nennen.

(ε) *Kleinevents* – Anlässe mit einem Besucheraufkommen bis 1'000 Besuchern: Für Einzelveranstaltungen mit einem Besucheraufkommen von unter 1'000 Zuschauern bestehen eine Vielzahl von unterschiedlichen Lokalitäten, denen im Rahmen des vorliegenden Sachverhalts jedoch keine Bedeutung zukommt. Daher kann auch offen bleiben, ob in diesem Bereich eine weitere Abgrenzung von „Minievents“ vorzunehmen wäre.

124. Im Hinblick auf die Feststellung des sachlich relevanten Markts sind die vorstehend dargestellten Varianten des Besucheraufkommens aufgrund von sachlichen Erwägungen abzugrenzen.

125. Dabei ist zunächst festzustellen, dass jedenfalls im Hinblick auf Bühnenshows offene und geschlossene Veranstaltungslokalitäten nicht dem gleichen sachlichen Markt zuzuordnen sind. Bühnenshows als abgeleitete Aussenveranstaltungen (vgl. SV H.c) weisen eine besondere Ambiance auf, welche den Reiz dieser Veranstaltungen ausmacht und sie von entsprechenden originären Innenveranstaltungen grundsätzlich unterscheidet, weil diese in geschlossenen Lokalitäten nicht simuliert werden kann. Daher unterscheiden sich Bühnenshows als abgeleitete Aussenveranstaltungen bereits wesensgemäss von entsprechenden originären Innenveranstaltungen. Dieser Unterschied führt im Übrigen dazu, dass diese Veranstaltungen in offenen Veranstaltungslokalitäten sinnvollerweise nur während der wärmeren Jahres-

hälfte durchgeführt werden können, weshalb andernfalls eine Abgrenzung in Bezug auf den zeitlich relevanten Markt vorzunehmen wäre (vgl. E. 158 f.). Weiter ist zu berücksichtigen, dass eine technische Ausstattung bei Open Air-Plätzen nicht vorhanden und bei Stadien nicht auf die Durchführung von anderen als Sportveranstaltungen ausgerichtet ist. Dies bedeutet, dass im Einzelfall ein erheblicher Aufwand zur Einrichtung der technischen Ausstattung für eine Bühnenshow erforderlich ist, der wesentlich höher einzustufen und mit mehr Problemen behaftet ist, als dies bei einer Grosshalle der Fall wäre; dies gilt umso mehr, wenn es sich um eine Multifunktionshalle mit entsprechenden bestehenden Vorrichtungen handelt. So waren beispielsweise bei einem Konzert von Beyonce im Stadion Letzigrund in Zürich im Juli 2016 acht Aufbauarbeiten zur Errichtung der Bühne und der notwendigen Veranstaltungstechnik notwendig (vgl. Bericht des Tagesanzeigers vom 14.7.2016 unter www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/der-auftritt-der-fast-goettin-im-letzigrund/story/18858020, zuletzt abgerufen am 1.9.2016), während für nahezu alle Musikgrossanlässe im Hallenstadion keine zusätzlichen Aufbauarbeiten vorgesehen waren. Bei den Stadien kommt hinzu, dass die vorhandene Infrastruktur in Gestalt der Rasenfläche und der Leichtathletikanlagen ausreichend geschützt werden muss, damit sie durch die Durchführung der Veranstaltung nicht beschädigt wird. Dieser Zusatzaufwand hat Auswirkungen auf die gesamte Veranstaltungslogistik, weshalb eine Veranstaltungsreihe unter Einbeziehung von Aussenveranstaltungen in unterschiedlicher Weise ausgestaltet werden muss. Bei den Open Air-Plätzen, den Freiluftbühnen und sonstigen öffentlichen Veranstaltungsplätzen kommt hinzu, dass die meisten dieser offenen Veranstaltungsorte nur für die jeweilige Aussenveranstaltung genutzt werden und ansonsten für andere Veranstalter gar nicht verfügbar sind, weshalb sie gegenüber den Veranstaltern als Nachfrager von vornherein nicht in einem Wettbewerbsverhältnis mit anderen geschlossenen Veranstaltungsorten stehen (vgl. SV I.d). Daher ist es einzelnen Künstlern entgegen der Darstellung der Vorinstanz auch nicht möglich, einfach an den Open Air-Konzerten nach eigenem Gutdünken bzw. desjenigen ihres Veranstalters mitzuwirken, weil sie bei diesen Anlässen nur dann auftreten können, wenn dies durch den Veranstalter des jeweiligen Open Air-Konzerts erwünscht ist.

126. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sind insbesondere auch Grossstadien und Grosshallen nicht dem gleichen sachlichen Markt zuzuordnen. Die jeweiligen maximalen Fassungsvermögen der Grosshallen von 9'000 bis 17'000 Personen liegen bei 23 von 24 Vergleichsvarianten zwischen Grossstadien und Grosshallen bereits unter dem untersten Auslastungsgrad von 50%, der bei allen Arten von Veranstaltungen für die notwendige Wirtschaftlichkeit erreicht werden muss. Im Vergleich mit den durchschnittlichen Rentabilitätsschwellen der Grosshallen mit 6'525 bis 12'325 Personen liegen die maximalen Fassungsvermögen der Grossstadien um die Faktoren von rund 2,5 bis nahezu 8 und die durchschnittlichen Rentabilitätsschwellen der Grossstadien mit 36'250, 32'625, 29'000 und 21'810 um die Faktoren von rund 2 bis 5 darüber. Diese Verhältnisse führen offensichtlich dazu, dass Veranstaltungen, die aufgrund des Besucheraufkommens auch in den Gross-

hallen durchgeführt werden könnten, in den Grossstadien nicht zu einer ausreichend angemessenen Auslastung und damit zu einer negativen Atmosphäre führen würden. Entsteht bei einer Veranstaltung aufgrund des tatsächlichen Auslastungsgrads allerdings der Eindruck eines mangelnden Besuchs, wirkt sich das negativ auf die Gesamtbeurteilung der Veranstaltung aus. Es ist insoweit bezeichnend, dass die AGH bereits das Hallenstadion in unterschiedlichen Layouts anbietet, um auch bei einem geringeren Besucheraufkommen ein angemessenes Ambiente im Hallenstadion herstellen zu können. Aufgrund dessen sowie der vorstehend dargestellten Unterschiede stellen Grossstadien ganzjährig keine Substitute für die Grosshallen dar.

127. Im Ergebnis gilt dies auch für die Abgrenzung der Grosshallen gegenüber den Stadien. Der mit der Durchführung einer Aussenveranstaltung verbundene Zusatzaufwand ist im Übrigen nur dann akzeptabel, wenn auch das Besucheraufkommen einer Veranstaltung über das Fassungsvermögen einer Grosshalle hinausgeht und in den Bereich der Grossstadien hineinreicht. Denn die Stadien werden in der Praxis praktisch nicht als Alternative für entsprechende Veranstaltungen herangezogen (vgl. SV I.e). Daher werden sie von der Vorinstanz im Rahmen der vorinstanzlichen Verfügung auch nicht angesprochen. Letztlich wird diese Einschätzung auch durch die Ausführungen der Vorinstanz zur Marktstellung der AGH bestätigt. Danach würden Sporthallen generell keine valablen Konkurrenzlokationen darstellen, weil in den Sporthallen in der Regel keine technischen Vorrichtungen für die Durchführung von anderen Veranstaltungen als Sportanlässen vorhanden seien, weshalb die Auf- und Abbauarbeiten deutlich teurer wären als in Multifunktionshallen. Diese Feststellung trifft auf Stadien aller Arten offensichtlich noch mehr zu als auf Sporthallen.

128. Die Grosshallen sind auch von den Eventhallen, den Kulturgrosssälen sowie den Kongresszentren abzugrenzen. Dabei sind die gleichen Überlegungen zum Besucheraufkommen in umgekehrter Weise anzustellen wie im Verhältnis der Grosshallen zu den Grossstadien. Die Fassungsvermögen der Grosshallen sind um die Faktoren von annähernd 2 bis 17 grösser als die Fassungsvermögen der kleineren Lokationen. Die durchschnittlichen Rentabilitätsschwellen der Grosshallen mit 6'525 bis 12'325 Personen liegen um die Faktoren von annähernd 2 bis 18 über denjenigen der kleineren Lokationen, die von 725 Personen bis 3'625 Personen reichen. Veranstaltungen, die aufgrund ihres Besucheraufkommens auch in Eventhallen, Kulturgrosssälen und Kongresszentren durchgeführt werden können, verlieren sich demzufolge in den Grosshallen und führen nicht zu einer angemessenen Veranstaltungsatmosphäre. Bezeichnenderweise bietet das AGH die Möglichkeit an, das Hallenstadion auch in Layouts mit einem deutlich reduzierten Fassungsvermögen von 7'500 Personen (58% des maximalen Fassungsvermögens) und 4'500 Personen (35% des maximalen Fassungsvermögens) anzumieten, um Veranstaltungen mit einem entsprechenden Besucheraufkommen eine angemessene Atmosphäre zu gewährleisten. Dies bestätigt die vorgenommene Einschätzung. Darüber hinaus wäre es auch in Bezug auf die Kosten unangemessen, für eine Veran-

staltung mit dem Besucheraufkommen dieser kleineren Veranstaltungsorte eine Grosshalle anzumieten. Die Aufteilung einer einzigen Veranstaltung auf 2 bis 18 Anlässe, um sie in diesen kleineren Veranstaltungsorten statt in einer Grosshalle durchzuführen, stellt – wie bereits dargelegt – aus wirtschaftlichen und praktischen Gründen prinzipiell keine sachgerechte Alternative dar (E. 93).

129. Die Grosshallen sind auch von den Sport- und Eishallen abzugrenzen. Diese bilden von vornherein keine valable Alternative, weil sie ganz überwiegend nicht als allgemeine Veranstaltungsorte zur Verfügung stehen und in der Praxis nicht in einem beachtenswerten Umfang für andere als die aufgrund ihres Bestimmungszwecks jeweils vorgesehenen sportlichen Veranstaltungen genutzt werden. Darüber hinaus stellen sie aufgrund ihrer Kapazitätsgrenzen wie auch Eventhallen, Kulturgrosssäle und Kongresszentren keine Substitute zu Grosshallen dar.

130. Kleinstadien sind aus den vorgenannten Gründen sowohl aufgrund ihres Status als offene Lokalisationen als auch aufgrund ihres begrenzten Fassungsvermögens von den Grosshallen abzugrenzen.

131. Musikgrossveranstaltungen als öffentliche Einzelveranstaltung in Form einer Bühnenshow sind demzufolge der Veranstaltungskategorie der Megaevents zuzuordnen, wenn ihr Besucheraufkommen von 6'500 bis 17'000 Personen reicht. Dabei handelt es sich um den Veranstaltungstyp der „Mega-Einzel-Bühnenshow“. Vorliegend sind demzufolge sämtliche Einzelveranstaltungen in der Form einer Bühnenshow mit einem entsprechenden Besucheraufkommen im Hallenstadion sowie den weiteren massgeblichen Grosshallen für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts zu berücksichtigen. Demgegenüber werden Anlässe der übrigen Veranstaltungskategorien sowie Einzelveranstaltungen in der Form einer Bühnenshow mit einem niedrigeren oder höheren Besucheraufkommen ausgeschieden, mit der Folge, dass ihnen für die sachliche Marktabgrenzung und die Beurteilung der Marktstellung der AGH auf dem relevanten Markt keine Bedeutung zukommt.

(f) Weitergehende Differenzierungen

132. Für eine sachgerechte Abgrenzung des sachlich relevanten Markts wäre es grundsätzlich denkbar, weitere Differenzierungen anhand verschiedener Aspekte vorzunehmen. Damit würde auch der Behauptung der Beschwerdeführerinnen Rechnung getragen, die eine engere Marktabgrenzung auf Pop- und Rockkonzerte mit 12'000 Zuschauern geltend gemacht haben.

133. Fraglich ist, ob innerhalb des Veranstaltungstyps der Mega-Einzel-Bühnenshows eine Unterscheidung nach der Anzahl an Auftagen vorzunehmen ist. Bei Begutachtung der im Hallenstadion aufgeführten Bühnenshows ist festzustellen, dass die eigentlichen Musikkonzerte sowie die Comedyshows nahezu ohne besondere Auftage auskommen, während die sonstigen Musikanlässe sowie die übrigen Arten von Bühnenshows – wie auch die Mehrheit der sonstigen Veranstaltungen – zumeist mehrere Auftage benötigen. Da das vorgesehene Layout der Halle während eines Auftages offensichtlich nicht für andere Veranstaltungen

genutzt werden kann, stellt sich die Frage, wie diese Auftage zu vergüten sind. Soweit sich relevante Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeitsberechnung ergeben, wären Veranstaltungen nach dem Aspekt der Auftage zu differenzieren, wobei jedenfalls Bühnenshows ohne Auftage von Bühnenshows mit Auftagen abzugrenzen wären.

134. Fraglich ist zudem, ob innerhalb des Veranstaltungstyps der Mega-Einzel-Bühnenshows eine Unterscheidung zwischen den Musikanlässen und anderen Arten der Bühnenshows vorzunehmen ist. Massgebend für eine solche Unterscheidung ist der Aspekt, ob angesichts der jeweils eingesetzten Veranstaltungstechnik oder aufgrund sonstiger Umstände eine sachliche Differenzierung geboten wäre.

135. Fraglich ist ebenfalls, ob innerhalb der Musikanlässe als Mega-Einzel-Bühnenshow – soweit deren Abgrenzung gegenüber den übrigen Bühnenshows sachlich geboten ist – eine Differenzierung im Hinblick auf verschiedene Arten der Musikevents vorgenommen werden kann und deshalb Pop- und Rockkonzerte von anderen Musikveranstaltungen abzugrenzen sind. Massgebend für eine solche Unterscheidung ist, ob aufgrund der Veranstaltungslogistik, der technischen Ausstattung oder sonstiger Umstände eine Abgrenzung von Musikgenres notwendig ist und vorgenommen werden kann.

136. Fraglich ist schliesslich, ob angesichts des sehr grossen Bereichs an Besucheraufkommen bei den bestehenden Grosshallen eine Unterscheidung zwischen Mega-Einzel-Bühnenshows mit 10'000 bis 17'000 Besuchern und Super-Einzel-Bühnenshows mit 6'500 bis 10'000 Besuchern vorgenommen werden kann (vgl. E. 123β), wie dies von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht wird. Dies wäre gleichbedeutend mit einer Unterscheidung zwischen den beiden Grosshallen PostFinance Arena Bern und Hallenstadion Zürich einerseits sowie den übrigen Grosshallen Patinoire de Malley, Forum Fribourg, Arena Genf und St. Jakobshalle Basel andererseits. Die Sachrichtigkeit dieser weiteren Differenzierung ist von dem Aspekt abhängig, ob ein Veranstalter für einen Musikanlass oder eine sonstige Bühnenshow ein Besucheraufkommen von mehr als 10'000 Besuchern mit ausreichender Sicherheit vorhersehen kann oder nicht. Für eine entsprechende Differenzierung spricht zum einen die durchschnittlichen Besucherzahl für entsprechende Veranstaltungen im Hallenstadion von über 10'000 Besuchern (vgl. SV J.j, J.k). Zum anderen liegt die Annahme nahe, dass eine solche Vorhersehbarkeit zumindest bei internationalen Spitzenstars vorliegen würde. Gegen eine solche Annahme sprechen die tatsächlichen Besucherzahlen der Veranstaltungen im Hallenstadion, aus denen keine konkreten Ableitungen vorgenommen werden können, weil keine eindeutigen Regelmässigkeiten für deutsch- oder englischsprachige, nationale oder internationale, neu aufstrebende oder langjährig bekannte Künstler feststellbar sind.

137. Für die Beurteilung der vorstehend aufgeführten weiteren Differenzierungsaspekte ergeben sich aus den Akten keine ausreichend verbindlichen Hinweise. Hierfür bedarf es demzufolge weitergehender Abklärungen von Seiten der Wettbewerbsbehörden.

138. Für eine Abklärung von weiteren Differenzierungsaspekten ist allerdings auch zu berücksichtigen, ob sich dadurch überhaupt eine Änderung der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts ergibt bzw. ergeben könnte. Soweit die Marktstellung der AGH auf dem weiteren Markt für öffentliche Einzel-Bühnenshows von 6'500 bis 17'000 Besuchern keine Veränderung gegenüber einer Anzahl von 10'000 bis 17'000 Besuchern erfährt, kann jedenfalls im vorliegenden Fall auf eine weitergehende Differenzierung verzichtet werden, weil sich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht ändert. Dies wäre dann der Fall, wenn die AGH bereits auf dem weiteren Markt für öffentliche Einzel-Bühnenshows mit einem Besucheraufkommen von 6'500 bis 17'000 Personen als marktbeherrschend zu qualifizieren ist, wie dies aufgrund des bekannten Sachverhalts durch das Gericht angenommen wird (vgl. E. 239), und eine Verengung auf entsprechende Veranstaltungen mit einem Besucheraufkommen von 10'000 bis 17'000 Personen keine Veränderung an diesem Verhältnis herbeizuführen vermag.

(g) Zusammenfassung sachlich relevanter Markt

139. Aufgrund der vorstehend dargestellten Erwägungen ist im Rahmen einer vorläufigen Neuurteilung des vorliegenden Sachverhalts ein bestimmter sachlich relevanter Markt für Veranstaltungsorte abzugrenzen, der einer Beurteilung der Marktstellung der AGH zugrunde gelegt werden muss.

140. Danach lassen sich jedenfalls Veranstaltungsorte für den Veranstaltungstyp von Mega-Einzel-Bühnenshows abgrenzen. Dabei handelt es sich um Veranstaltungsräumlichkeiten für einmalig aufgeführte, allgemein zugängliche Veranstaltungen mit einem Besucheraufkommen von 6'500 bis 17'000 Zuschauern bei blosser Nutzung einer Bühne für die Darbietung.

141. Musikanlässe als Bühnenshows mit einem entsprechenden Besucheraufkommen einschliesslich von Pop- und Rockkonzerten mit 12'000 Zuschauern sind daher diesem Veranstaltungstyp zuzuordnen.

142. Veranstaltungen dieses Veranstaltungstyps können aufgrund der im Verfahren festgestellten Informationen ausschliesslich in den Grosshallen PostFinance Arena Bern, Hallenstadion Zürich, Arena Genf, Patinoire de Malley, Forum Fribourg und St. Jakobshalle Basel durchgeführt werden. Diese Grosshallen bilden demzufolge prinzipiell den sachlich relevanten Markt.

143. Ob darüber hinaus anhand sonstiger Kriterien eine weitere Differenzierung innerhalb dieses Veranstaltungstyps und damit eine engere sachliche Marktabgrenzung auf die PostFinance Arena Bern und das Hallenstadion Zürich vorzunehmen ist, bedarf – wie dargestellt – gegebenenfalls der weiteren Abklärung durch die Wettbewerbsbehörden.

b) Räumlich relevanter Markt

144. Die Vorinstanz grenzt jeweils einen räumlichen Markt für die unterschiedlichen Sprachregionen Deutschschweiz, Westschweiz und Tessin ab.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

145. Die räumliche Marktabgrenzung der Vorinstanz wird von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

146. Die Argumentation der Vorinstanz zur Abgrenzung nach Sprachregionen wird vom Gericht im Ergebnis bestätigt, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

(3) Vorbringen der Beschwerdegegnerinnen

147. Die Beschwerdegegnerinnen machen geltend, der räumlich relevante Markt sei weiter zu fassen. Im Wesentlichen bringen sie unter anderem vor, dass bei der überwiegenden Mehrzahl der Veranstaltungen, wie beispielsweise Sportveranstaltungen, Konzerten oder Ausstellungen, die Sprache – wenn überhaupt – eine sehr geringe Rolle spielen würde.

(4) Würdigung durch das Gericht

148. Der räumlich relevante Markt umfasst das geographische Gebiet, innerhalb dessen die wechselseitig substituierbaren Produkte der sachlich relevanten Produktgruppe von den jeweiligen Wettbewerbern unter hinreichend gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen abgesetzt werden (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 302; im Ergebnis so bereits BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.1; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 9.2; BVGE 2011/32, *Terminierung Mobilfunk*, E. 9.6; WEKO, RPW 2007/2, 190, *Publigroupe*, Ziff. 121; WEKO, 3.9.2007, Migros/Denner, Migros-Genossenschafts-Bund und Denner AG, RPW 2008/1, 129, Ziff. 235 ff.; WEKO, 8.11.2004, *CoopForte*, *Coop-Gruppe*, RPW 2005/1, 146; zit. *CoopForte*, Ziff. 46; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 797 ff.; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 693; HEIZMANN, *Unternehmen*, Rn. 269 ff.; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 218 ff.; STOFFEL WALTER A., *Wettbewerbsabreden*, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], *Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht*, Bd. V/2, *Kartellrecht*, 2000, zit. *SIWR-Wettbewerbsabreden*, 90; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.43 ff.; ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO A., *Markt und Marktmacht*, in: Geiser/ Münch [Hrsg.], *Handbücher für die Anwaltspraxis, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2005, Rn. 2.11). Massgebend für die Qualifizierung einer Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten geographischen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu.

149. Grundlage für eine entsprechende Beurteilung sind im Einzelfall funktionelle Sachaspekte in Bezug auf das wirtschaftliche Verhalten von Nachfragern und Anbietern der Produkte, welche geographische Auswirkungen nach sich ziehen, wie dies prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU vorgesehen ist. Massgebend für die Abgrenzung

des räumlich relevanten Markts ist dabei, ob in einem bestimmten geographischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind. Der räumlich relevante Markt kann dadurch im Einzelfall lokal, regional, national, international oder weltweit abzugrenzen sein (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 302, mit Verweis auf BORER, KG, Art. 5 Rn. 15; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.45).

150. Sachaspekte, die geographische Auswirkungen aufweisen und demzufolge im Regelfall zu berücksichtigen sind, stellen insbesondere folgende Umstände dar (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 304): (i) Allgemeine Rahmenbedingungen wie Rechtsvorschriften, Industrie- und Branchenstandards sowie Handelsmodalitäten, die für den Zugang zu den jeweiligen Gebieten sowie den Absatz der Produkte und den Wirtschafts- und Rechtsverkehr zu beachten sind (vgl. REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 231 ff.); (ii) allgemeine Gesellschaftsaspekte wie Sprachen, Sitten und Gebräuche sowie sonstige kulturelle Eigenheiten, bekannte Präferenzen und übliche Verhaltensmuster der Nachfrager oder Anbieter (vgl. WEKO, 20.8.2007, Tamedia AG und Espace Media Groupe, RPW 2007/4, 605, Ziff. 70 f.; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 241 f.; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 553); (iii) konkretobjektive Aspekte des Produktabsatzes wie Transportdauer, Transportkosten und sonstige Umstände der Belieferung bzw. Abholung (vgl. REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 224; STOFFEL, *SIWR-Wettbewerbsabreden*, 91; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 553); (iv) konkrete subjektive Aspekte des Produktabsatzes wie insbesondere die Ausgestaltung der Produkte, Preise und Geschäftsbedingungen durch das potentiell marktbeherrschende Unternehmen und seine Wettbewerber sowie allenfalls sich daraus ergebende Preisunterschiede, Preis- und sonstige Korrelationen (vgl. REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 252 ff.); (v) Auswirkungen des infrage stehenden Verhaltens eines potentiell marktbeherrschenden Unternehmens.

151. Vorliegend betrifft der räumlich relevante Markt den Veranstaltungsort, der durch die Veranstalter für die Veranstaltungen des sachlich relevanten Markts gewählt wird.

152. Für die Auswahl des Veranstaltungsorts ist zunächst festzustellen, dass innerhalb der Schweiz keine wesentlichen unterschiedlichen allgemeinen Rahmenbedingungen für die Durchführung von Veranstaltungen bestehen. Zudem sind angesichts einer fehlenden Feststellung entsprechender Anhaltspunkte durch die Vorinstanz weder das Vorliegen von besonderen subjektiven Aspekten des Produktabsatzes noch Einwirkungen eines potentiell marktbeherrschenden Unternehmens ersichtlich. Daher kommt diesen Aspekten keine massgebliche Bedeutung zu.

153. Im Hinblick auf allgemeine gesellschaftliche Aspekte ist aufgrund der Feststellungen der Vorinstanz davon auszugehen, dass sprach- und kulturbedingte Unterschiede zu einer unterschiedlichen Auswahl der Veranstaltungsorte führen. Dies wird von den Veranstaltern bestätigt, welche bei ihrer Geschäftstätigkeit grundsätzlich von einer Einteilung der Veranstaltungen entlang der

Sprachgrenzen ausgehen. Diese Einschätzung spiegelt sich beispielsweise auch in den Rundfunkprogrammen der jeweiligen Landesteile wider. Zudem besteht in den verschiedenen Sprachregionen zumindest im kulturellen Bereich eine beachtenswerte Ausrichtung auf die jeweiligen Nachbarstaaten mit der gleichen Landessprache. Letztlich kommt der Sprache eine besondere Bedeutung zu. So weisen Comedyshows oder Musikveranstaltungen, die sich einer Landessprache bedienen, prinzipiell weniger Attraktivität auf für Personen mit einer anderen Landessprache als Muttersprache.

154. Als konkretobjektiver Aspekt des Produktabsatzes ist der Anfahrtsweg des Publikums zu einer Veranstaltung von Bedeutung. Massgebend hierfür ist die Sicht eines durchschnittlichen Veranstaltungsbesuchers, während Einzelfälle wie einerseits eingefleischte Fans, die jede Anstrengung in Kauf nehmen, um an einer Veranstaltung teilnehmen zu können, und wie andererseits strikte TV-Konsumenten, die ungeachtet ihrer Begeisterung für einzelne Darbietungen keine entsprechenden öffentlichen Veranstaltungen besuchen, keine Berücksichtigung finden, weil ansonsten keine sachdienliche Beurteilung vorgenommen werden könnte. Gleiches gilt auch für die massgeblichen Veranstaltungen als Verwendungszweck der Veranstaltungslokalitäten. Zwar werden für bestimmte Veranstaltungen nach den Feststellungen der Vorinstanz auch Anfahrtswege von bis zu 200km bzw. bis zu 2 Stunden in Kauf genommen. Allerdings ist auch hierbei auf die durchschnittliche Veranstaltung abzustellen, während dem Umstand, ob bei bestimmten einzelnen Veranstaltungen auch längere oder aber nur kürzere Anfahrtswege in Kauf genommen werden, keine Bedeutung beizumessen ist.

155. Grundsätzlich besteht in der Schweiz eine hohe potentielle Mobilität, weshalb für einmalige Veranstaltungen auch Anfahrtswege zu anderen als lokalen Veranstaltungsorten in Kauf genommen werden. Nach den Feststellungen der Vorinstanz werden bei einer durchschnittlichen Veranstaltung Anfahrtswege von rund einer Stunde zweifellos noch in Kauf genommen. Aufgrund dieses Befunds werden weder die Romandie noch das Tessin durch die Veranstaltungen im Hallenstadion für den durchschnittlichen Besucher erschlossen, weil diese Anfahrtswege mindestens 1,5 bis 3 Stunden beanspruchen. Aus dem gleichen Grund sind umgekehrt die vorhandenen Grosshallen in der Romandie für die meisten Besucher aus der Deutschschweiz und dem Tessin nicht innerhalb dieses Zeitfensters zu erreichen.

156. Der räumlich relevante Markt ist daher nach Sprachregionen in die Gebiete Deutschschweiz, Romandie und Tessin einzuteilen. Dies gilt ungeachtet dessen, dass sich die Feststellungen der Vorinstanz auf einen umfassenden Alles-in-einem-Markt an Veranstaltungslokalitäten beziehen, vorliegend aber eine engere Marktabgrenzung erfolgt.

157. Als Folge der räumlichen Marktabgrenzung sind nur die Grosshallen PostFinance Arena Bern, Hallenstadion Zürich und St. Jakobshalle Basel für die weitere Beurteilung der Marktstellung der AGH im relevanten Markt der Veranstaltungslokalitäten von Bedeutung, während den Grosshallen Arena Genf, Patinoire de Malley und Forum Fribourg keine Bedeutung zukommt.

c) Zeitlich relevanter Markt

158. Nach Ansicht der Vorinstanz ist keine Marktabgrenzung in zeitlicher Hinsicht vorzunehmen.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

159. Die Beschwerdeführerinnen machen sowohl im Hinblick auf den von der Vorinstanz vorgesehenen umfassenden Markt als auch einen Markt von Hallen und Stadien eine Differenzierung zwischen Winter- und Sommersaison für Pop- und Rockkonzerte geltend. Denn offene Lokalitäten könnten unabhängig von der Art der Veranstaltung zwangsläufig nur in den Sommermonaten Substitute für das Hallenstadion darstellen. Die Vorinstanz erwähne zudem, dass das Hallenstadion im Winter häufig Veranstalter abweisen müsse, da es bereits besetzt sei. Dadurch werde klar, dass die Wettbewerbsbedingungen im Winter anders seien als im Sommer, womit eine nach Jahreszeit differenzierte Definition des sachlich relevanten Markts unabdingbar sei. Die konkreten Folgen dieser zeitlichen Differenzierung auf die Definition des relevanten Markts würden aber im Entscheid der Vorinstanz vollständig fehlen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

160. Die Vorinstanz hält zunächst fest, dass bei der Durchführung einer Veranstaltung in einer offenen Lokalität die Jahreszeit eine entscheidende Rolle spiele. Für Anlässe in den Wintermonaten würden offene Lokalitäten kaum in Frage kommen. Während der wärmeren Monate bildeten Stadien wie das Stade de Suisse Bern, das Stadion Letzigrund Zürich oder der St. Jakobspark Basel hingegen eine Alternative zum Hallenstadion. Ausserdem fänden in den Sommermonaten verschiedene Open Air-Veranstaltungen (bbspw. Gurtenfestival, Open Air St. Gallen, Open Air Frauenfeld, Paléo Festival Nyon) statt, bei denen Künstler auftreten würden, die ansonsten auch in geschlossenen Lokalitäten spielten. Dass offene Lokalitäten in den Sommermonaten Substitute für das Hallenstadion darstellten, zeigt sich nach Ansicht der Vorinstanz auch daran, dass das Hallenstadion nach Angaben der AGH im Winter häufig einen Veranstalter abweisen müsse, da es an dem für den Anlass vorgesehenen Datum bereits besetzt sei. Demgegenüber sei dies in den Sommermonaten aufgrund der Möglichkeit, in offenen Stadien Anlässe durchzuführen, weniger häufig der Fall.

161. Ungeachtet dessen nimmt die Vorinstanz keine von der Jahreszeit abhängige Marktabgrenzung vor, weil die vorliegend relevanten Veranstalter während des gesamten Jahres tätig seien und eine gezielte Spezialisierung seitens der Veranstalter auf die Durchführung von entweder ausschliesslich Indoor- oder ausschliesslich Outdooranlässen nicht ersichtlich sei.

162. Im Übrigen könnten Veranstalter unter Berücksichtigung der – allerdings zuweilen erheblich einschränkenden – Pläne der von ihnen vertretenen Künstler wählen, welche Anlässe zu welchem Zeitpunkt stattfinden sollten. Anlässe, die besonders viele Zuschauer anziehen würden, werde der Veranstalter vorzugsweise dann stattfinden lassen, wenn neben den gedeckten Lokalitäten auch offene Lokalitäten in Frage kämen, welche ein noch grösseres Fassungsvermögen aufweisen würden. Dies dürfte nach Ansicht der Vorinstanz vor allem bei

Anlässen mit einem Besucheraufkommen über 20'000 Zuschauer der Fall sein.

163. Dass Open-Air-Lokalitäten im Sommer als Alternativen zur Verfügung stünden, im Winter hingegen nicht, wirke sich lediglich auf die Beurteilung der Marktposition aus. Dort sei zu berücksichtigen, dass Open-Air-Anlässe nur während einer bestimmten Jahreszeit durchgeführt werden könnten und daher die dafür benötigten offenen Lokalitäten – anders als alternative gedeckte Lokalitäten – auch nur während dieser Zeit einen Wettbewerbsdruck ausüben könnten.

(3) Vorbringen der Beschwerdegegnerinnen

164. Die Beschwerdegegnerinnen stimmen im Ergebnis mit der Darstellung der Vorinstanz überein.

(4) Würdigung durch das Gericht

165. Der zeitlich relevante Markt umfasst den Zeitraum, in welchem die Marktgegenseite die substituierbaren Produkte in dem massgeblichen geographischen Gebiet nachfragt oder anbietet (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 302, mit Verweis auf WEKO, 17.12.2001, Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek [SLB], Betonsan AG u.a., RPW 2002/1, 130, Ziff. 27; BORER, KG, Art. 5 Rn. 16; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 107 ff.; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 695; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.49; a.M. REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 257, welche den zeitlichen Aspekt zum sachlich relevanten Markt zählen; zur wechselnden Praxis der Wettbewerbskommission vgl. WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.51). Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind. Massgebend für die Qualifizierung, ob ein unterschiedliches Mass von Nachfrage oder Angebot vorhanden ist, bildet eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten zeitlichen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu.

166. Nach Auffassung des Gerichts bilden die offenen Lokalitäten für Bühnenshows als abgeleitete Aussenveranstaltungen in Gestalt von Open Air-Plätzen, Grossstadien, Freiluftbühnen und sonstigen Stadien kein Substitut für die Grosshallen, weil sie angesichts ihres Veranstaltungscharakters und der notwendigen Infrastrukturmassnahmen sowie weiterer Sachpunkte nicht dem gleichen sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind (vgl. E. 124). Daher stellt sich die Frage einer zeitlichen Abgrenzung für Mega-Einzel-Bühnenshows von vornherein nicht.

167. Vorliegend ist daher keine Abgrenzung des zeitlich relevanten Markts vorzunehmen.

168. Wenn aber gewisse offene Veranstaltungsorte als Substitute von Grosshallen zu qualifizieren und dem gleichen sachlich relevanten Markt zuzuordnen wären, müsste aufgrund der begrenzten Einsatzzeit von offenen Veranstaltungsorten und den damit verbundenen Einschränkungen ihrer Nutzung eine Unter-

scheidung des zeitlich relevanten Markts vorgenommen werden. Denn die von der Vorinstanz vorgetragene Begründung rechtfertigt keinen Verzicht auf eine Unterscheidung zwischen Sommer- und Wintersaison. So sind zum einen bereits die Aspekte, ob die Veranstalter während des ganzen Jahres tätig sind und ob die Veranstalter eine Spezialisierung auf Freiluft- oder Innenveranstaltungen aufweisen, für die Beurteilung der zeitlichen Substituierbarkeit von Veranstaltungslokalitäten unbeachtlich, wie dies bereits für die sachliche Substituierbarkeit der Veranstaltungslokalität festgestellt worden war (vgl. E. 70 f.). Zum anderen bestätigt die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Veranstalter Veranstaltungen mit einem besonders grossen Besucheraufkommen zeitlich in der Sommersaison ansetzen, während der die offenen Lokalitäten mit einem grösseren Fassungsvermögen zur Verfügung stehen, die vom Gericht bereits im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts festgestellten Einschätzungen, dass (i) das Besucheraufkommen den zentralen Sachpunkt der Überlegungen zur Durchführung einer Veranstaltung darstellt, und dass (ii) die Veranstaltungen mit einem Besucheraufkommen von mehr als 20'000 Personen einen eigenständigen Veranstaltungstyp bilden, und (iii) die Grosshallen keine Substitute für Open Air-Plätze darstellen, weil ansonsten die Veranstaltungen nicht in den Sommermonaten angesetzt werden müssten, um eine offene Lokalität mit einem grösseren Fassungsvermögen nutzen zu können. Die unstrittige und offensichtliche Feststellung der Vorinstanz, dass der Jahreszeit für die Auswahl einer offenen Lokalität zur Durchführung einer Veranstaltung eine entscheidende Bedeutung zukomme, kann dadurch jedenfalls nicht übergangen werden.

d) Zwischenergebnis Marktabgrenzung

169. Das Gericht stellt fest, dass die Vorinstanz den vorliegend zu beurteilenden relevanten Markt fehlerhaft abgegrenzt hat. Aufgrund der fehlerhaften Marktabgrenzung ist eine Neubewertung der Angelegenheit erforderlich.

170. Im Rahmen der Neubewertung ist aufgrund der vorstehenden Erwägungen im Hinblick auf die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Wettbewerbsbeschränkung folgende Marktabgrenzung für den massgeblichen Veranstaltungstyp vorzunehmen:

(α) Der Markt von Veranstaltungslokalitäten in der Deutschschweiz für Mega-Einzel-Bühnenshows;

(β) bei den entsprechenden Veranstaltungslokalitäten handelt es sich um die Grosshallen PostFinance Arena Bern, Hallenstadion Zürich und St. Jakobshalle Basel.

171. Soweit die Vorinstanz im Rahmen der notwendigen Neubeurteilung feststellen sollte, dass aufgrund weiterer Kriterien eine engere als die vorstehende Marktabgrenzung vorzunehmen ist, findet diese Marktabgrenzung Anwendung.

2) Marktbeherrschende Stellung

172. Die Vorinstanz hat das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem von ihr festgelegten, umfassenden relevanten Markt angesichts der konkreten Marktstruktur mangels Möglichkeit zu einem im Wesent-

lichen unabhängigen Verhalten der AGH verneint. Die Beschwerdeführerinnen behaupten demgegenüber im Rahmen ihrer Beschwerde, dass eine marktbeherrschende Stellung der AGH zumindest auf dem Markt für Pop- und Rockkonzerte mit 12'000 Zuschauern gegeben sei.

173. Für eine Beurteilung der Begründetheit der Beschwerde hat das Gericht aufgrund der notwendigen Neubeurteilung der vorliegenden Angelegenheit infolge des angepassten relevanten Markts abzuklären, ob sich dadurch eine andere Beurteilung der Marktbeherrschung auf dem relevanten Markt für Mega-Einzel-Bühnenshows ergibt und zumindest im Sinne des Eventualantrags der Beschwerdeführerinnen ausreichende Anhaltspunkte vorliegen, die für eine marktbeherrschende Stellung der AGH sprechen, oder ob sogar eine marktbeherrschende Stellung der AGH verbindlich festgestellt werden kann. Andernfalls käme dem Aspekt einer fehlerhaften Abgrenzung des relevanten Markts durch die Vorinstanz als reine Vorfrage für die Beurteilung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens keine entscheidungsrelevante Bedeutung zu.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

174. Die Beschwerdeführerinnen machen in grundsätzlicher Weise geltend, die unzureichende Analyse der Marktgegebenheiten und die falschen Schlussfolgerungen mit Bezug auf die Abgrenzung des relevanten Markts hätten auch zu einer falschen Beurteilung der Marktstellung der AGH durch die Vorinstanz geführt. Bereits die sachliche Eingrenzung des Markts auf Veranstaltungslokalitäten für die Durchführung von Pop- und Rock-Grossveranstaltungen mit 12'000 Zuschauern in der deutschen Schweiz hätte zwingend zur Folge gehabt, dass die marktbeherrschende Stellung der AGH - welche in den Wintermonaten zudem noch verstärkt werde - festgestellt worden wäre.

175. Zur Begründung verweisen die Beschwerdeführerinnen darauf, dass keine andere Veranstaltungslokalität in der Deutschschweiz derartige Veranstaltungen durchführen könnte. Ein entsprechendes Fassungsvermögen weise allein die PostFinance Arena Bern auf; diese sei aus infrastrukturellen und technischen Gründen für Pop- und Rock-Grossveranstaltungen sowie Musikgrossanlässe anderer Genres allerdings ungeeignet. Die sonstigen Veranstaltungslokalitäten könnten dem Hallenstadion weder in Sachen Infrastruktur noch Technik für derartige Veranstaltungen eine ernsthafte Konkurrenz bieten. Darüber hinaus sei zu bezweifeln, dass diese Feststellung nur für den Winter gelte, im Sommer aber mit offenen Stadien Substitute bestehen würden, weil Open Air-Veranstaltungen im Vergleich mit dem Hallenstadion die Ausnahme bilden würden. Die vorstehenden Aussagen würden letztlich durch die Veranstaltungskalender der verschiedenen Veranstaltungslokalitäten bestätigt, weil die allermeisten Pop- und Rock-Grossveranstaltungen im Hallenstadion stattfinden würden.

176. Des Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt im Zusammenhang mit der Prüfung der individuellen wirtschaftlichen Abhängigkeit von einzelnen Veranstaltern nur ungenügend erhoben. Selbst ohne detaillierte Abklärung dürfte es evident sein, dass zumindest dieje-

nigen Veranstalter, welche sich auf die Durchführung von Pop- und Rock-Grossveranstaltungen spezialisiert hätten, auf das Hallenstadion angewiesen seien.

177. Darüber hinaus bestreiten die Beschwerdeführerinnen das Bestehen einer ausreichenden Verhandlungsmacht auf Seiten der Veranstalter. Dies gelte auch für die Veranstalterin Good News, welche fast alle Pop- und Rock-Grossveranstaltungen im Hallenstadion durchführen würde. Andernfalls sei nicht erklärbar, weshalb Good News die Ticketingklausel akzeptieren sollte. Allerdings seien die Vertragsverhältnisse zwischen AGH und Good News nicht bekannt. Grundlage der Akzeptanz durch Good News könnte auch eine wirtschaftliche oder personelle Verflechtung von AGH, Ticketcorner und Good News sein.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

178. Die Vorinstanz kommt im Rahmen ihrer Untersuchung einerseits zum Ergebnis, dass die AGH mit dem Hallenstadion aufgrund verschiedener Aspekte über eine starke Marktstellung verfüge und das Hallenstadion ein attraktiver Veranstaltungsort sei.

179. Zur Begründung verweist sie dabei insbesondere auf die Aspekte Standort und Funktionalität. Zusammenfassend hält sie hierzu ausdrücklich fest: Das Hallenstadion biete als Veranstaltungsort ein Gesamtpaket, welches sich vor allem durch die folgenden Faktoren auszeichne: Standort, Qualität der Organisation, Reputation, neuste Technologie und „state of the art“-Einrichtungen. Insbesondere könne die Halle nach der im Jahr 2005 abgeschlossenen Sanierung multifunktional genutzt und schnell umgebaut werden. Ausserdem sei die technische Einrichtung so ausgelegt, dass Veranstalter, welche die eigene Technik mitbringen würden (z.B. Sound- und Lichtsystem), über gut funktionierende Schnittstellen verfügten. Aufgrund der Sanierung verfüge das Hallenstadion mit Bezug auf die Technik gegenüber anderen Hallen über einen Vorteil, da es dadurch einfacher geworden sei, dort einen Anlass durchzuführen. Derzeit sei das Hallenstadion wohl diejenige grosse Halle in der Deutschschweiz, welche den technischen Anforderungen der Veranstalter am besten entspreche. Neben der Renovierung der Halle seien auch Investitionen in den Vorbau getätigt worden, welcher neue Gastronomie- und Konferenzräumlichkeiten enthalte.

180. Dieser Vorsprung des Hallenstadions hänge unter anderem auch damit zusammen, dass in der Schweiz viele Hallen ursprünglich als Sporthallen gebaut worden seien und die technischen Voraussetzungen für andere Arten von Anlässen teilweise nicht vorhanden seien. Dies gelte vor allem für die PostFinance Arena Bern: Demgegenüber sei zumindest die St. Jakobshalle Basel durch permanente Aufhängevorrichtungen modernisiert worden, weshalb die Aufbauarbeiten für die Veranstalter deutlich billiger geworden seien.

181. Andererseits verweist die Vorinstanz auf die beschränkte Verfügbarkeit des Hallenstadions angesichts von dessen spezifischer Belegung sowie die umfassende Marktstruktur des Alles-in-einem-Markts, welche je nach Anforderungen ausreichende Substitutionsmöglichkeiten zulasse.

182. Ein Nachteil des Hallenstadions stelle dessen beschränkte Verfügbarkeit dar, weil bereits die Eishockeyspiele der ZSC Lions, zahlreiche Generalversammlungen, das Reitturnier CSI oder die Eiskunstlaufshow Art on Ice stattfänden. Dieses Problem betreffe – wenn auch in geringerem Ausmass – auch die St. Jakobshalle Basel, wo das Tennisturnier Swiss Indoors ausgetragen werde. Die begrenzte Verfügbarkeit mache gleichzeitig deutlich, dass zwischen den verschiedenen Lokalitäten Substitutionsbeziehungen vorlägen: Wenn beispielsweise das Hallenstadion bereits besetzt sei, werde der Veranstalter auf die St. Jakobshalle in Basel ausweichen oder umgekehrt. Die beschränkte Verfügbarkeit könne im Extremfall aber dazu führen, dass ein Künstler zwar die Schweiz bespielen möchte, der Veranstalter aber keine passende bzw. verfügbare Halle finden könne.

183. Im Rahmen der Prüfung des Bestehens von aktuellem Wettbewerb verweist die Vorinstanz zudem darauf, dass das Hallenstadion mit einer Kapazität von 13'000 Plätzen eine der grössten Hallen der Deutschschweiz sei. Werde die durchschnittliche Besucherzahl von 7'000 Personen für Anlässe im Hallenstadion als Massstab herangezogen, könnten Anlässe mit diesem Zuschauer volumen in der Schweiz neben dem Hallenstadion insbesondere in den folgenden gedeckten Lokalitäten durchgeführt werden: Post Finance Arena und Festhalle in Bern sowie St. Jakobshalle in Basel. Während der wärmeren Monate würden offene Stadien wie das Stade de Suisse in Bern, das Stadion Letzigrund in Zürich oder der St. Jakobspark in Basel eine Alternative zum Hallenstadion bilden. Unter bestimmten Bedingungen kämen als Substitute für das Hallenstadion auch Lokalitäten mit einer kleineren Zuschauerkapazität, wie z.B. der Kursaal in Bern, das KKL in Luzern oder das Volkshaus in Zürich, in Frage. Insgesamt stünden daher ausreichend andere Lokalitäten zur Verfügung, die in Konkurrenz zum Hallenstadion stünden.

184. Insgesamt kommt die Vorinstanz daher zum Ergebnis, dass aufgrund dieser Marktstruktur keine Indizien für eine marktbeherrschende Stellung vorliegen würden, weil sich die AGH nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne.

185. Im Übrigen erübrige sich auch eine vertiefte Prüfung individueller wirtschaftlicher Abhängigkeiten zur Begründung einer sog. relativen marktbeherrschenden Stellung wie im Sachverhalt CoopForte (WEKO, RPW 2005/1, 146, CoopForte, Ziff. 94, 98, 101). Denn bereits eine summarische Betrachtung zeige, dass für die meisten Veranstalter die wirtschaftliche Bedeutung der von ihnen im Hallenstadion durchgeführten Anlässe im Verhältnis zu ihrer gesamten Geschäftstätigkeit zu gering sei.

186. In Bezug auf Good News stellt die Vorinstanz dabei fest, dass sie aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der von ihnen durchgeführten Veranstaltungen im Hallenstadion über genügend Verhandlungsmacht gegenüber der AGH verfüge, was verunmögliche, dass die AGH ihre Bedingungen einseitig durchsetzen könne.

(3) Vorbringen der Beschwerdegegnerinnen

187. Die Beschwerdegegnerinnen machen geltend, die AGH habe keine marktbeherrschende Stellung, wobei

diese Feststellung allerdings ebenfalls auf die umfassende Marktabgrenzung des Alles-in-einem-Markts durch die Vorinstanz bezogen sei.

188. Zur Begründung verweisen sie zunächst auf die Argumentation der Vorinstanz, wonach die AGH starkem Wettbewerbsdruck durch andere Veranstaltungsorte ausgesetzt sei. Allerdings müsse darüber hinaus berücksichtigt werden, dass dieser Wettbewerbsdruck tatsächlich noch grösser sei, weil das Hallenstadion nicht nur mit Lokalitäten in der Deutschschweiz, sondern auch mit Lokalitäten in der ganzen Schweiz und sogar im grenznahen Ausland im Wettbewerb stehe.

189. Zudem machen sie geltend, dass die Marktstellung entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht anhand einzelner, medienwirksamer Pop- und Rockkonzerte mit 12'000 Zuschauern, welche nur einen geringen Prozentsatz aller im Hallenstadion stattfindenden Veranstaltungen ausmachen würden, bestimmt werden. Vielmehr sei danach zu fragen, welchem Wettbewerbsdruck die AGH im täglichen Geschäft ausgesetzt sei. Dieses tägliche Geschäft seien Veranstaltungen aus dem gesamten Spektrum mit einer Zuschauerzahl von 6'600 bis 7'300 Personen. In diesem täglichen Geschäft sei der Wettbewerbsdruck hoch.

190. Wie von der Vorinstanz richtig festgestellt, habe das Hallenstadion zudem den wesentlichen Wettbewerbsnachteil gegenüber anderen Veranstaltungsorten, dass es wegen fixer Termine (Spiele der ZSC Lions, CSI, Art on Ice und diverser Generalversammlungen) nur sehr beschränkt verfügbar sei.

191. Marktbeherrschung könne zudem nicht vorliegen, weil für den Fall, dass das Hallenstadion besetzt sei, ein Anlass nicht abgesagt, sondern stattdessen in eine andere Lokalität, wie z.B. die St. Jakobshalle Basel oder die Arena Genf, verlegt werde.

192. Die Beschwerdegegnerinnen machen überdies geltend, dass nicht einmal die Beschwerdeführerinnen die AGH als marktbeherrschend betrachten würden, weil sie in ihren Einvernahmen das Hallenstadion nicht als unverzichtbar bzw. marktbeherrschend eingestuft, sondern lediglich als „schon sehr wichtig“ und als „geeignet für diese Art von Veranstaltungen mit der Menge von Personen“ bezeichnet hätten, sowie „dass das Hallenstadion ein attraktives Angebot liefere, namentlich, weil es sich schnell umbauen lasse“.

(4) Würdigung durch das Gericht

193. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich allein oder in Verbindung mit anderen Unternehmen auf einem Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Fähigkeit eines Unternehmens zu einem in wesentlichem Umfang unabhängigen Verhalten äussert sich in einem besonderen Verhaltensspielraum gegenüber anderen Marktteilnehmern, der es ihm zumindest ermöglicht, auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen zu müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder der es ihm darüber hinausgehend ermöglicht, die Wettbewerbsbedingungen immerhin merklich zu beeinflussen oder sogar zu bestimmen. Ein solch besonderer Verhal-

tensspielraum besteht hingegen regelmässig nicht, wenn ein Unternehmen durch ausreichenden Wettbewerbsdruck in seinem Verhalten diszipliniert wird (vgl. BVGer B-7633/2009, *ADSL II*, E. 311, mit Verweis auf BVGer, B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 6.1; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 532, 572).

194. Massgebend für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens auf dem relevanten Markt ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 312, mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I 465, zit. *Botschaft KG* 1995, 548; im Ergebnis ebenso CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 24; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 696; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 268). Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu. Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet eine Untersuchung der Marktstruktur, bei der regelmässig die Aspekte des aktuellen Wettbewerbs, des potentiellen Wettbewerbs, der Stellung der Marktgegenseite sowie des Einflusses eines zusammenhängenden Markts zu beachten sind. Des Weiteren sind im Hinblick auf die Unternehmensstruktur spezifische Merkmale und Eigenschaften des jeweiligen Unternehmens abzuklären, die es ihm gerade ermöglichen, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Darüber hinaus kann im Rahmen einer Untersuchung auch das konkrete Marktverhalten eines Unternehmens selbst für die Beurteilung Bedeutung erlangen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 312).

195. Die marktbeherrschende Stellung ist stets in Bezug auf den konkreten relevanten Markt anhand von dessen jeweiligen individuellen Merkmalen festzustellen. Daher kann der Grad der Marktmacht, der jeweils für die Feststellung einer Marktbeherrschung im Einzelfall erforderlich ist, erheblich variieren. Es bestehen demzufolge auch keine allgemein gültigen Voraussetzungen für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 313). Die Bestätigung einer marktbeherrschenden Stellung setzt insbesondere voraus, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt wird (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 313, mit Verweis auf BVGer, B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 6.1 [S. 38]; REKO/WEF, 1.5.2006, FB/2005-5, Aare-Tessin AG u.a. gg. Weko, RPW 2006/2, 310, Ziff. 5.1). Vielmehr kann ein besonderer Verhaltensspielraum auch bei Vorliegen von (Rest-)Wettbewerb zu Gunsten eines einzelnen Unternehmens gegeben sein. Zudem sind die Gründe für die Entwicklung einer marktbeherrschenden Stellung für deren Untersuchung und Feststellung unerheblich (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 313).

196. Vorliegend ist aufgrund der dem Gericht bislang bekannten Daten und Umstände eine vorläufige Einschätzung über die Stellung der AGH auf dem relevanten Markt vorzunehmen. Hierbei kommt den Aspekten des aktuellen Wettbewerbs, des potentiellen Wettbewerbs, der Stellung der Marktgegenseite sowie den Merkmalen und Eigenschaften des durch die AGH be-

triebenen Hallenstadions massgebliche Bedeutung für die Beurteilung zu.

(a) Aktueller Wettbewerb

197. Der Aspekt des aktuellen Wettbewerbs erfordert eine Abklärung, in welchem Ausmass das betreffende Unternehmen unmittelbar einem Wettbewerbsdruck durch Konkurrenten, die bereits tatsächlich auf dem relevanten Markt tätig sind, ausgesetzt ist.

198. Den Ausgangspunkt für die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs bildet der Marktanteil des betreffenden Unternehmens. Hohe Marktanteile sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, sie schliessen einen wirksamen Wettbewerb aber nicht zwangsläufig aus (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 321, mit Verweis auf BGer, 14.6.2004, 2A.306/2003, W. SA gg. Preisüberwacher, publ. in BGE 130 II 449, zit. *TV-Abo-Preise*, E. 5.7.2). Daher sind zudem folgende Aspekte ebenfalls zu beachten: (i) die Anzahl an Konkurrenten; (ii) die Marktanteile der Konkurrenten; (iii) das Verhältnis zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen der Konkurrenten; sowie (iv) die Wirtschaftskraft der Konkurrenten. In diesem Zusammenhang erlangt regelmässig auch die Unternehmensstruktur des betreffenden Unternehmens Bedeutung. Aus diesen Aspekten ist eine Bewertung abzuleiten, ob die Konkurrenten in der Lage sind, einen disziplinierenden Einfluss auf das betreffende Unternehmen auszuüben. Das Ergebnis dieser Bewertung ist von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig. Je grösser der Abstand zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen seiner Konkurrenten ist bzw. je kleiner die Marktanteile der Konkurrenten sind, umso eher ist dabei von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 321, mit Verweis auf REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 275; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.55).

199. Die Vorinstanz hat keine detaillierte Analyse und Gegenüberstellung der tatsächlich vorhandenen Marktanteile für die verschiedenen massgeblichen Veranstaltungsorte vorgenommen. Vielmehr hat sie auf der Grundlage ihrer Annahme eines Alles-in-einem-Markts lediglich summarisch festgehalten, dass „je nach Segment jeweils verschiedene andere Lokalitäten in Konkurrenz zum Hallenstadion stehen“, wobei „je nach Art des Anlasses [...] jedoch eine andere Halle den Bedürfnissen der Veranstalter besser entsprechen kann“. Daher sei es „nicht möglich, den Marktanteil des Hallenstadions am Gesamtmarkt, d.h. dem relevanten Markt, zu beziffern“. Da die Feststellung des relevanten Markts durch die Vorinstanz fehlerhaft ist, lässt sich demzufolge auch die Aussage hinsichtlich des Marktanteils nicht halten.

200. Für die notwendige Neubeurteilung der Marktstellung der AGH auf dem relevanten Markt der Veranstaltungsorte für Mega-Einzel-Bühnenshows sind für die Feststellung der Marktanteile demzufolge folgende Abklärungen vorzunehmen:

(α) Feststellung der Anzahl an entsprechenden Veranstaltungen in der PostFinance Arena Bern, dem Hallen-

stadion Zürich und der St. Jakobshalle Basel pro Jahr während des massgeblichen Zeitraums;

(β) Feststellung der sich dadurch ergebenden Marktanteile der PostFinance Arena Bern, der St. Jakobshalle Basel und des Hallenstadions Zürich.

201. Aus den Verfahrensakten ergeben sich zum jetzigen Zeitpunkt auf der Grundlage der durchgeführten Veranstaltungen zumindest gewisse Hinweise für eine vorläufige Beurteilung des Marktanteils des Hallenstadions. Von Seiten der Beschwerdegegnerinnen wurde eine Aufstellung aller Veranstaltungen im Hallenstadion für die Jahre 2009 bis 2011 vorgelegt. Die Beschwerdeführerinnen haben Übersichten über die Pop- und Rockkonzerte in den Jahren 2009 bis 2011 in der PostFinance Arena Bern sowie im St. Jakobspark Basel, im Stade de Suisse Bern und im Letzigrund Zürich eingereicht. Zudem liegt aufgrund der Anzeige der Eventim Schweiz die Anzahl an Pop- und Rockkonzerten in der St. Jakobshalle Basel für das Jahr 2008 vor. Danach wurden im Zeitraum 2009 bis 2011 folgende Veranstaltungen durchgeführt:

(α) Im Hallenstadion Zürich fanden insgesamt 99 Musikveranstaltungen mit einem jeweiligen Besucheraufkommen von mehr als 6'500 Personen statt, von denen 85 (85,86%) als Pop- und Rockkonzerte zu gelten haben und 14 (14,14%) als sonstige Musikveranstaltungen (Eventparties, Schlagerkonzerte etc.) zu qualifizieren sind. Dabei wurden im Jahr 2009 33 (7), im Jahr 2010 24 (1) und im Jahr 2011 28 (6) Pop- und Rockkonzerte (und sonstige Musikveranstaltungen) durchgeführt (vgl. SV J.e).

(β) In der PostFinance-Arena Bern wurden im Zeitraum 2009 bis 2011 lediglich zwei Pop- und Rockkonzerte abgehalten: Gölä/Richie am 22. August 2009 sowie DJ Bobo am 14. August 2010.

(γ) In der St. Jakobshalle Basel fanden im Jahr 2008 sieben Pop- und Rockkonzerte statt: am 18. Januar Linkin Park, am 26. Januar Bar at Buena Vista - Grandfathers of Cuban Music, am 29. März SONIC 11, am 12. Mai DJ BoBo - Vampires Alive Tour, am 14. August Iron Maiden, am 1. November James Blunt und am 18. November Deep Purple. Schliesslich wurde am 31. Dezember auch die „Big Bang“-Silvesterparty in der St. Jakobshalle Basel organisiert.

(δ) Im St. Jakobspark Basel wurden im Zeitraum 2009-2011 keine Pop- und Rockkonzerte durchgeführt.

(ε) Im Stade de Suisse Bern haben im Zeitraum 2009-2011 insgesamt sechs Pop- und Rockkonzerte stattgefunden: Bruce Springsteen am 30. Juni 2009, Coldplay am 2. September 2009, Muse am 2. Juni 2010, AC/DC am 8. Juni 2010, P!nk am 10. Juli 2010 sowie Herbert Grönemeyer am 23. Juni 2011.

(ζ) Im Letzigrund Zürich fanden im Zeitraum 2009-2011 2 Pop- und Rockkonzerte von U2 am 11./12. September 2010 und Bon Jovi am 14. Juli 2011 statt.

202. Einer vorläufigen Bestimmung der Marktanteile sind verschiedene Überlegungen zu Grunde zu legen. Die Daten der St. Jakobshalle Basel für das Jahr 2008 werden für die Jahre 2009 bis 2011 fortgeschrieben. Für die aufgeführten Veranstaltungen in der PostFinance Arena

Bern und der St. Jakobshalle Basel wird jeweils von einem Besucheraufkommen von mehr als 6'500 Zuschauern ausgegangen. Es ist davon auszugehen, dass in der PostFinance Arena Bern und der St. Jakobshalle Basel zwischen Pop- und Rockkonzerten und sonstigen Musikveranstaltungen sowie zwischen den gesamten Musikveranstaltungen und den sonstigen Bühnenshows jeweils das gleiche Verhältnis wie im Hallenstadion besteht. Diese Annahme ist insoweit begründet, als im Hallenstadion Zürich die Pop- und Rockkonzerte den weitaus grösseren Anteil an den Musikveranstaltungen und die Musikveranstaltungen wiederum den weitaus grössten Anteil an den Bühnenshows ausmachen (vgl. SV J.e). Daher spiegelt sich im Verhältnis der Pop- und Rockkonzerte prinzipiell auch das Verhältnis der Bühnenshows zwischen den drei Grosshallen wider.

203. Bei einem Vergleich dieser ausgesuchten Daten ergibt sich folgendes Bild: Von den in den Jahren 2009 bis 2011 in der Deutschschweiz insgesamt durchgeführten 94 Pop- und Rockkonzerten mit einem Besucheraufkommen von mehr als 6'500 Zuschauern fanden 85 (90,43%) Anlässe im Hallenstadion und nur 9 (9,57%) Anlässe in den anderen beiden Lokalisationen statt, wobei auf die St. Jakobshalle Basel 7 (7,44%) Anlässe und auf die PostFinance Arena Bern 2 (2,13%) Anlässe entfielen.

204. Im Hinblick auf die von der Vorinstanz vorgenommene Berücksichtigung der Grossstadion ist darauf hinzuweisen, dass sich die Verteilung auch in diesem Fall nicht wesentlich ändert. Bei dann insgesamt 102 Anlässen ergibt sich eine Verteilung von 85 (83,33%) Anlässen im Hallenstadion und von 17 (16,67%) Anlässen in den anderen Lokalisationen. Die Anteile der übrigen Lokalisationen belaufen sich dabei auf 0 (0%) Anlässe im St. Jakobspark Basel, 6 (5,88%) Anlässe im Stade de Suisse Bern, 2 (1,96%) Anlässe im Letzigrund Zürich, 2 (1,96%) Anlässe in der PostFinance Arena Bern und 7 (6,87%) Anlässe in der St. Jakobshalle Basel.

205. Aufgrund dieser Daten lassen sich in Bezug auf den aktuellen Wettbewerb zusammenfassend folgende vorläufigen Schlussfolgerungen vornehmen, und dies völlig unabhängig von einer Einbeziehung oder der vorliegend angenommenen Ausserachtlassung der Freiluft-Veranstaltungen in den Grossstadion während der Sommermonate: Der Marktanteil des Hallenstadions ist ausserordentlich hoch; die Anzahl der Konkurrenten ist gering; die Marktanteile der wenigen anderen Konkurrenten sind marginal; der Marktanteil des Hallenstadions überragt die Anteile der übrigen Veranstaltungsorte bei weitem; eine besondere Wirtschaftskraft der anderen Veranstaltungsorte bzw. von deren Betreibern ist nicht ersichtlich; die Unternehmensstruktur der AGH bietet keinen Anhaltspunkt für eine Beeinträchtigung des bestehenden Marktanteils.

206. Dabei ist nicht davon auszugehen, dass diese Feststellungen einen wesentlich anderen Inhalt erfahren aufgrund einer Anpassung der vorstehend beschriebenen Annahmen infolge der Daten, die im Rahmen der weiteren Abklärungen durch die Wettbewerbsbehörden ermittelt werden.

207. Aufgrund des aktuellen Wettbewerbs ist für eine vorläufige Beurteilung demzufolge davon auszugehen,

dass dem Hallenstadion auf dem relevanten Markt der Veranstaltungsorte für Mega-Einzel-Bühnenshows eine überragende Bedeutung zukommt.

(b) Potentieller Wettbewerb

208. Der Aspekt des potentiellen Wettbewerbs erfordert eine Abklärung, in welchem Ausmass das in Frage stehende Unternehmen mittelbar einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist durch die Möglichkeit, dass andere Unternehmen, die dort bislang noch nicht tätig waren, auf dem relevanten Markt als neue Konkurrenten auftreten könnten. Allein die Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Konkurrenten kann unter gewissen Voraussetzungen eine disziplinierende Wirkung auch auf ein Unternehmen ausüben, dem aufgrund des aktuellen Wettbewerbs eine besondere Stellung am Markt zukommt (vgl. BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 334; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 342 ff.).

209. Eine Berücksichtigung der Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Marktteilnehmern als Konkurrenten rechtfertigt sich nur dann, wenn von diesen ein spürbarer Einfluss ausgehen würde, der den Verhaltensspielraum des potentiell marktbeherrschenden Unternehmens einzuengen und dessen Verhalten zu beeinflussen vermag. Ein spürbarer Einfluss setzt voraus, dass der Markteintritt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb eines absehbaren Zeitraums durch andere Unternehmen mit hinreichender Konkurrenzwirkung erfolgen würde (vgl. BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 339; im Ergebnis ebenso DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 540; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 342 f.; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 584; für das EU-WBR vgl. FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 64).

210. Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Markteintritt eines Konkurrenten ist dann gegeben, wenn aufgrund konkreter wirtschaftlicher, technischer oder sonstiger Anhaltspunkte mit einem entsprechenden Markteintritt zu rechnen ist. Demgegenüber stellt allein die theoretische Möglichkeit eines Markteintritts keine ausreichende Grundlage für eine solche Annahme dar (vgl. BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 340).

211. Im Rahmen der Feststellung, ob ausreichende konkrete Anhaltspunkte vorliegen, kommt den bestehenden Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken besondere Beachtung zu. Dabei handelt es sich um alle Kriterien, die in Bezug auf eine erfolgreiche Etablierung des jeweiligen Produkts auf dem Markt im Einzelfall bei sachgerechter Würdigung für oder gegen die Aufnahme des Produktabsatzes im betreffenden Markt und – falls der Markteintritt nicht erfolgreich gestaltet werden kann – im Rahmen eines darauf folgenden Marktaustritts von einem Unternehmen zu berücksichtigen sind. Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang auch die bisherige Entwicklung an Neueintritten auf dem Markt zu beachten (vgl. BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 341).

212. Ein absehbarer Zeitraum für einen Markteintritt liegt dann vor, wenn der Zeitpunkt der Produkteinführung auf dem relevanten Markt mit einiger Sicherheit abgeschätzt werden kann und der bis dahin verbleibende Zeitraum nicht so lang ist, dass dadurch dem potentiell marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, in dieser Zeit seinen Verhaltensspielraum noch in

unangemessener Weise auszunutzen. Auch die Bestimmung der Absehbarkeit hat im Einzelfall aufgrund von dessen konkreten Umständen zu erfolgen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 342).

213. Eine hinreichende Konkurrenzwirkung setzt voraus, dass ein oder mehrere Unternehmen in den Markt eintreten werden, die alleine oder zusammen das Angebot auf dem relevanten Markt in einem solchen Umfang erweitern, dass die Marktgegenseite des potentiell marktbeherrschenden Unternehmens ausreichende Ausweichmöglichkeiten erhalten. Ausreichend sind die Ausweichmöglichkeiten dann, wenn eine gewisse Anzahl an Marktteilnehmern die neuen Produkte erlangen kann, mit der Folge, dass das betreffende Unternehmen dieses Ausweichen nicht hinnehmen kann. Andernfalls besteht für das betreffende Unternehmen keine Notwendigkeit für eine Änderung des eigenen Verhaltens, weil die Marktgegenseite mangels tatsächlicher Alternativen auch weiterhin ganz überwiegend auf die Abnahme seiner Produkte angewiesen ist (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 343).

214. Im vorliegenden Sachverhalt war im massgeblichen Zeitraum nicht zu erwarten, dass auf dem Markt von Veranstaltungsorten für Mega-Einzel-Bühnenshows ein Marktzutritt durch ein weiteres Unternehmen mit ausreichender Konkurrenzwirkung innerhalb eines absehbaren Zeitraums mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erfolgen würde.

215. Denn die Errichtung einer entsprechenden multifunktionalen Grosshalle kann nicht innerhalb eines kürzeren Zeitraums umgesetzt werden. Vielmehr bedarf es einer mehrjährigen Konzeptions-, Planungs- und Bau-phase bis zur Fertigstellung eines entsprechenden Bauwerks. In diesem Zusammenhang sei beispielsweise auf das Vorhaben einer neuen Multifunktionshalle in Bern hingewiesen, bei der mit einem Vorlauf von mindestens fünf Jahren zu rechnen ist (vgl. die Artikel der Berner Zeitung-Online sowie der BERNEXPO AG vom 26. März 2013 unter www.bernerzeitung.ch/region/bern/Bernerhaelt-eine-Eventhalle/story/31873895 bzw. www.bernexpo.ch/desktopdefault.aspx/tabid-1309/1223_read3853/, zuletzt abgerufen am 1.9.2016). Zum massgeblichen Zeitpunkt war auch nicht bekannt, dass sich in der Deutschschweiz eine entsprechende Lokalität in Bau oder Planung befindet.

216. Der Verweis der Beschwerdegegnerinnen auf die Konkurrenzierung des Hallenstadions durch ausländische Veranstaltungsorten ist angesichts des massgeblichen räumlichen Markts unerheblich.

217. Aufgrund dieser Sachlage ist nicht davon auszugehen, dass im massgeblichen Zeitraum durch potentielle Wettbewerber ein Wettbewerbsdruck auf die AGH ausgeübt wurde.

(c) Stellung der Marktgegenseite

218. Der Aspekt der Stellung der Marktgegenseite erfordert eine Abklärung, ob aufgrund spezifischer Faktoren den Nachfragern des jeweiligen Produkts eine besondere Verhandlungsmacht zukommt, aufgrund der sie einen ausreichenden Wettbewerbsdruck gegenüber dem untersuchten Unternehmen ausüben können, so dass sich dieses nicht unabhängig verhalten kann.

219. Für die Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite können dabei alle Aspekte, aus denen sich eine besondere Verhandlungsposition der Nachfrager mit ausreichendem Wettbewerbsdruck ergibt, herangezogen werden (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 312; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 2 Abs. 2 Rn. 306 f.). Entsprechende Faktoren bilden dabei insbesondere (i) die wirtschaftliche Stärke der Nachfrager, (ii) die Bedeutung der Nachfrager für das untersuchte Unternehmen, (iii) die Anzahl der Nachfrager, (iv) der Organisationsgrad der Nachfrager, sowie (v) die Sachkunde und Professionalität der Nachfrager.

220. Massgebend für die Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite ist eine Wertung aller relevanten Aspekte im Rahmen einer Gesamtanalyse, ohne dass einem der Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund von allgemeinen Umständen zukäme (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 312).

221. Im vorliegenden Sachverhalt sind keine Umstände ersichtlich, aufgrund derer von einer besonderen Verhandlungsmacht der Veranstalter auszugehen wäre. Zwar dürfte die Anzahl der Veranstalter im Bereich von Mega-Einzel-Bühnenshows überschaubar sein und ihnen kann wohl auch Sachkunde und Professionalität attestiert werden. Allerdings sind weder ein hoher Organisationsgrad noch eine besondere wirtschaftliche Stärke auszumachen, welche die AGH in ihrem unabhängigen Handeln beeinträchtigt.

222. Gegen die Annahme einer besonderen Verhandlungsmacht der Veranstalter spricht schon der Umstand, dass sie diese gegenüber der AGH gar nicht glaubwürdig einsetzen könnten, weil ihnen ganz offensichtlich entsprechende alternative Veranstaltungsorten fehlen. Im Gegensatz zu anderen Produkten könnten die Veranstalter nämlich gerade nicht eine alternative Veranstaltungsorten durch die Vergabe von entsprechenden Aufträgen zu einem Konkurrenten des Hallenstadions aufbauen. Vielmehr müsste zunächst eine solche Veranstaltungsorten erst errichtet werden, bevor die Veranstalter von der Möglichkeit, mit einer Verlagerung von Veranstaltungen auf eine neue Veranstaltungsorten zu drohen, Gebrauch machen könnten.

223. Diese Ausgangslage wird noch durch die von der Vorinstanz ausdrücklich angenommene eingeschränkte Verfügbarkeit des Hallenstadions und den dadurch bedingten hohen Auslastungsgrad verstärkt. Wenn das Hallenstadion bereits durch eine Vielzahl von regelmäßigen oder jährlich wiederkehrenden Veranstaltungen – wie den Ligaspielen der ZSC Lions und den Generalversammlungen – belegt ist, stärkt dies die Verhandlungsposition der AGH, weil sie offensichtlich nicht auf die Durchführung jeder Veranstaltung angewiesen ist. Umgekehrt schwächt dies die Verhandlungsposition der jeweiligen sonstigen Veranstalter, weil ihnen nur gewisse Termine für die Durchführung ihrer Veranstaltungen zur Verfügung stehen und daher der Wettbewerb unter diesen Veranstaltern verschärft wird.

224. Gegen die Annahme einer besonderen Verhandlungsmacht der Veranstalter spricht zudem der von der Vorinstanz festgestellte Umstand, dass die Ticketing-Klausel, welche eigentlich „nur“ 50% des Ticket-Kontingents erfassen würde, sich faktisch wie eine

100%-Klausel auswirkt. Wenn den Veranstaltern eine Verhandlungsmacht gegenüber der AGH zukommen würde, wäre es wenig wahrscheinlich, dass sie eine nachteilige Klausel akzeptieren würden, welche sie ihrer Handlungsfreiheit im Bereich des Ticketings nicht nur – wie vertraglich vorgesehen – zur Hälfte, sondern faktisch sogar vollständig beraubt.

225. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Ticketingklausel auch nach Verlängerung des Kooperationsvertrags zwischen AGH und Ticketcorner aufgrund der Beibehaltung der Ticketing-Kooperationsklausel weitergeführt wurde. Dies belegt, dass die Klausel in der Vergangenheit ausreichende Anwendung gegenüber den Veranstaltern gefunden hat, weil ansonsten keine Veranlassung bestanden hätte, dass sich die AGH zu ihrer Weiterführung verpflichtet. Daher ist die – im Übrigen auch nicht durch Tatsachen nachgewiesene – Behauptung der Vorinstanz, wonach die Veranstalter über eine ausreichende Verhandlungsmacht verfügen würden, um die Ticketingklausel abbedingen zu können, auch unter praktischen Gesichtspunkten nicht haltbar.

226. Die vorstehende Einschätzung ergibt sich trotz des Umstands, dass gegebenenfalls die meisten Mega-Einzel-Bühnenshows im Hallenstadion – wie von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht – von der Veranstalterin Good News durchgeführt wurden.

227. Aufgrund dieser Sachlage ist nicht davon auszugehen, dass im massgeblichen Zeitraum durch die Nachfrager von Veranstaltungsorten für Mega-Einzel-Bühnenshows ein beachtenswerter Wettbewerbsdruck auf die AGH ausgeübt wurde.

(d) Merkmale des untersuchten Unternehmens

228. Der Aspekt der Merkmale des Unternehmens verlangt nach einer Abklärung von dessen marktspezifischen Eigenschaften, die eine Marktbeherrschung indizieren können (vgl. BGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 350; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 129; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 345; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 584, 586 f.). Als derartige Eigenschaften sind insbesondere die folgenden Faktoren von Bedeutung: Finanz- und Wirtschaftskraft, Grösse, technologischer Vorsprung, technische und kommerzielle Fähigkeiten, Unternehmensstruktur, Qualität von Unternehmensleitung und Personal.

229. Die Vorinstanz hält ausdrücklich fest, das Hallenstadion biete als Veranstaltungsort ein Gesamtpaket, welches sich vor allem durch folgende Faktoren auszeichne: Standort, Qualität der Organisation, Reputation, neueste Technologie und „state of the art“-Einrichtungen. Vorliegend kommt insbesondere dem Aspekt der vorhandenen Funktionalität des Hallenstadions sowie dem Aspekt des Standorts des Hallenstadions und dem damit verbundenen Einzugsgebiet massgebliche Bedeutung zu.

(i) Funktionalität des Hallenstadions

230. Das Hallenstadion weist gegenüber den Grosshallen in Bern und Basel aufgrund seiner infrastrukturellen und technischen Ausstattung unzweifelhaft einen beachtlichen Vorsprung auf.

231. Dies wird durch die Vorinstanz ausdrücklich bestätigt. Zum Beleg wird hierzu in der vorinstanzlichen Verfügung zusammenfassend festgehalten, dass (i) die technische Ausstattung „state of the art“ sei und daher den Anforderungen der Veranstalter am besten entspreche, (ii) das Hallenstadion über gut funktionierende Schnittstellen verfüge, was den Veranstaltern mit eigener Veranstaltungstechnik wie Sound- und Lichtsystemen entgegenkäme, und (iii) es dadurch einfacher sei, eine Veranstaltung im Hallenstadion durchzuführen (vgl. E. 179).

232. Des Weiteren wird in der Verfügung festgehalten, dass der Vorteil des Hallenstadions gegenüber anderen Hallen auch damit zusammenhänge, dass in der Schweiz viele Hallen ursprünglich als Sporthallen gebaut worden und die technischen Voraussetzungen für andere Arten von Anlässen teilweise nicht vorhanden seien. Dies gelte vor allem auch für die PostFinance-Arena Bern, während die St. Jakobshalle in Basel durch permanente Aufhängevorrichtungen modernisiert worden sei, wodurch die Aufbauarbeiten für die Veranstalter deutlich billiger geworden seien. Aus dieser Aussage der Vorinstanz geht hervor, dass die PostFinance-Arena Bern für Mega-Einzel-Bühnenshows von vornherein nicht in gleicher Weise geeignet sein kann wie das Hallenstadion Zürich. Folglich ist das Hallenstadion faktisch die grösste Halle für derartige Anlässe. Entsprechend ist das Hallenstadion auch gegenüber der St. Jakobshalle Basel erste Wahl, wenn ein Veranstalter möglichst viele Zuschauer ansprechen möchte und aufgrund der Veranstaltung auch mit einem entsprechenden Besucheraufkommen rechnen kann.

233. Auch die AGH verweist in ihrem Geschäftsbericht 2010 selbst darauf, die grösste multifunktionale Veranstaltungshalle in der Schweiz zu sein.

234. Überdies gilt es zu beachten, dass im Zusammenhang mit der Vorstellung eines Neubauprojekts einer Multifunktionshalle in der Presse ausdrücklich festgehalten wurde, dass Bern eine solche neue Veranstaltungsorte benötige, damit Popkonzerte, TV-Produktionen, Holiday on Ice und weitere vergleichbare Veranstaltungen zurück nach Bern geholt werden könnten (vgl. hierzu die Artikel der Berner Zeitung-Online sowie der BER-NEXPO AG vom 26. März 2013 unter www.bernerzeitung.ch/region/bern/Bern-erhaelt-eine-Eventhalle/story/31873895 bzw. www.bernexpo.ch/desktopdefault.aspx/tabid-1309/1223_read3853/, zuletzt abgerufen am 1.9.2016). Diese Aussagen belegen, dass zumindest in Bern keine valable Konkurrenz zum Hallenstadion in Zürich vorhanden ist.

(ii) Bedeutung von Standort und Einzugsbereich des Hallenstadions

235. Ein wesentliches Merkmal für die Anmietung einer Veranstaltungsorte ist das jeweilige Einzugsgebiet, welches durch ihre Nutzung erschlossen werden kann. Denn je grösser der Umfang und die Einwohnerzahl des Einzugsgebiets sind, umso eher kann das prinzipielle Besucheraufkommen einer Veranstaltung im Einzelfall auch tatsächlich ausgenutzt werden. Die Auswahl einer Veranstaltungsorte umfasst demzufolge auch Überlegungen zu deren Standort und Einzugsbereich. Folglich hat ein Veranstaltungsort mit einem Einzugsgebiet,

das einen grösseren Umfang und/oder höhere Einwohnerdichte aufweist, Vorteile gegenüber anderen Lokalitäten.

236. Dies gilt ungeachtet der Feststellung der Vorinstanz, dass Besucher für bestimmte Veranstaltungen auch einen Anfahrtsweg von 200km oder bis zu 2 Stunden in Kauf nehmen. Denn mit zunehmendem Aufwand für den Besuch einer Veranstaltung nimmt die Bereitschaft hierzu in allen Besucherkategorien mit Ausnahme der eingefleischten Fans ab.

237. Die Vorinstanz hat sich zum Standort und zur Bedeutung des Einzugsgebiets des Hallenstadions in der vorinstanzlichen Verfügung nicht detailliert geäussert. Die Verfügung hält allerdings fest, dass es sich beim Hallenstadion bezüglich des Standorts und der Ausstrahlung um einen attraktiven Veranstaltungsort handle.

238. Im vorliegenden Zusammenhang ist zu beachten, dass das Hallenstadion in Zürich und damit im wirtschaftlichen Zentrum der Schweiz als grösstem Ballungsraum mit der höchsten Bevölkerungszahl gelegen ist. Ihm kommen daher ganz erhebliche Standortvorteile zu.

(5) Zwischenergebnis Marktbeherrschung

239. Zusammenfassend sprechen insbesondere die folgenden Umstände für eine beherrschende Stellung der AGH:

(α) die überragende tatsächliche Stellung des Hallenstadions auf dem Markt für Mega-Einzel-Bühnenshows;

(β) die fehlende Möglichkeit eines Markteintritts innerhalb kurzer Zeit durch einen Konkurrenten;

(γ) der anerkannte Wettbewerbsvorsprung des Hallenstadions aufgrund seiner hervorstechenden Funktionalität;

(δ) der Standort in Zürich als grösstem Ballungsraum mit der höchsten Bevölkerungszahl und dem dadurch bestehenden besten Einzugsgebiet in der Schweiz.

240. Bei einer vorläufigen Beurteilung der vorstehend dargestellten Aspekte ist gesamthaft davon auszugehen, dass der AGH auf dem relevanten Markt der Veranstaltungsorte für Mega-Einzel-Bühnenshows eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

3) Wettbewerbswidriges Verhalten

241. Die Vorinstanz hat das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens von vornherein keiner Prüfung mehr unterzogen, nachdem bereits das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt verneint wurde. Die Beschwerdeführerinnen machen demgegenüber geltend, es läge ein Missbrauch vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Kunden vorschreibe, bei wem sie die Vertriebsdienstleistungen zu formell 50% □ gemäss richtiger Analyse der Vorinstanz faktisch gar zu 100% □ zu beziehen habe, weil dadurch zum einen die Marktgegenseite in ihrer Wahl beeinträchtigt und zudem Konkurrenten von Ticketcorner in ihrer unternehmerischen Tätigkeit behindert würden.

242. Für eine Beurteilung der Begründetheit der Beschwerde hat das Gericht aufgrund der notwendigen

Neubeurteilung der vorliegenden Angelegenheit infolge des angepassten relevanten Markts und der sich daraus mit grosser Wahrscheinlichkeit ergebenden marktbeherrschenden Stellung der AGH abzuklären, ob im Sinne des Eventualantrags der Beschwerdeführerinnen zumindest ausreichende Anhaltspunkte vorliegen, die für ein wettbewerbswidriges Verhalten der AGH sprechen, oder ob sogar ein wettbewerbswidriges Verhalten auf dem Markt für Mega-Einzel-Bühnenshows verbindlich festgestellt werden kann. Andernfalls käme dem Aspekt einer fehlerhaften Abgrenzung des relevanten Markts und einer daraus resultierenden unrichtigen Einschätzung der Marktbeherrschung durch die Vorinstanz als reine Vorfragen für die Beurteilung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens keine entscheidungsrelevante Bedeutung zu.

a) Grundlage

243. Eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 1 KG liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem relevanten Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Entsprechende Beispiele für solche Verhaltensweisen werden zur Verdeutlichung in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich aufgeführt.

244. Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG umfasst alle denkbaren Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, welche volkswirtschaftlich schädliche Effekte aufweisen oder die wirtschaftliche Freiheit von anderen Unternehmen behindern (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.2.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Solche Verhaltensweisen richten sich überwiegend als sog. Behinderungsmissbrauch gegen andere Wettbewerber oder als sog. Ausbeutungsmissbrauch gegen die jeweilige Marktgegenseite, d.h. Abnehmer bzw. Lieferanten des marktbeherrschenden Unternehmens (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388), wobei einzelne Verhaltensweisen gleichzeitig sowohl zu einer Behinderung als auch einer Ausbeutung führen können. Die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ist für jeden Einzelfall danach vorzunehmen, ob die infolge einer Behinderung oder Ausbeutung eingetretenen Wettbewerbsbeeinträchtigungen sich durch sachlich angemessene Aspekte rechtfertigen lassen oder nicht (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Massstab für die Beurteilung bildet die ausreichende Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb, welche sowohl den Institutionenschutz als auch den Individualschutz umfasst (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Dies bedeutet, dass 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 er umfasst angesichts der dominanten Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auch allgemein die Sicherstellung von sachgerechten Wettbewerbsbedingungen zur Aufrechterhaltung oder Ausbildung eines ausreichenden Wettbewerbs auf allen durch das jeweilige Verhalten beeinflussten Märkten (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Um die Transparenz und Kohärenz einer wettbewerbsrechtli-

chen Beurteilung zu gewährleisten, wurden von Praxis und Literatur Fallgruppen bestimmter missbräuchlicher Verhaltensweisen ausgearbeitet, von denen die am häufigsten auftretenden Fallgruppen in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich aufgeführt werden. Der Typus eines sonstigen wirtschaftlichen Verhaltens kann verschiedene Tatbestandsmerkmale unterschiedlicher Fallgruppen erfüllen. In derartigen Fällen ist er je nach inhaltlicher Gewichtung seiner Handlungsakte einer Fallgruppe des Art. 7 Abs. 2 KG oder aber als eigenständige Fallgruppe der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Im Einzelfall kann ein konkretes wirtschaftliches Verhalten auch die Tatbestandsmerkmale verschiedener Fallgruppen erfüllen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388, mit Verweis auf die Darstellung mit zahlreichen Beispielen bei EILMANNBERGER THOMAS/BIEN FLORIAN, in: Bornkamm/Montag/Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, zit. *MüK-EuWBR*, Art. 102 Rn. 630 f.).

245. Vorliegend ist eine Verwirklichung der Fallgruppen des Koppelungsgeschäfts gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG sowie der Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen gemäss Art 7 Abs. 2 lit. c KG in Betracht zu ziehen.

b) Koppelungsgeschäft

246. Ein Koppelungsgeschäft gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG liegt vor, wenn an den Abschluss von Verträgen die Bedingung gekoppelt wird, dass ein Vertragspartner zusätzliche Leistungen anzunehmen oder zu erbringen hat.

247. Bislang liegt zur Koppelung für das schweizerische Kartellrecht nur eine geringe Anzahl an begründeten Entscheiden der Wettbewerbskommission vor. Ähnliches gilt auch für das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, das aufgrund der gesetzgeberischen Intentionen bei Kartellrechtssachverhalten einschliesslich von Kartellsanktionsverfahren im Allgemeinen und insbesondere bei Fällen des Marktmachtmissbrauchs in rechtsvergleichender Weise sachgerecht zu berücksichtigen ist (vgl. für die Einzelheiten BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 167 ff.), wobei hierzu auch Urteile der Europäischen Gerichte ergangen sind. Ungeachtet dessen lassen sich die wesentlichen Aspekte einer wettbewerbsrechtlichen Koppelung identifizieren.

248. Der Inhalt eines Koppelungsgeschäfts besteht darin, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen auf Angebots- oder Nachfrageseite den Abschluss eines Geschäfts über ein bestimmtes (Haupt-)Produkt – auch als „koppelndes Gut“ bezeichnet – von Zugeständnissen für die Abnahme oder die Lieferung eines weiteren (Zusatz-)Produkts – auch als „gekoppeltes Gut“ bezeichnet – abhängig macht, soweit Haupt- und Zusatzprodukt keine ausreichende spezifische sachliche Bindung aufweisen (vgl. Botschaft KG 1995, 575; AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, zit. *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 468; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 27; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 261; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 746; REINERT PETER, in: Baker&McKenzie [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, zit.

SHK-KG, Art. 7 Rn. 37; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.751; für das EU-WBR vgl. FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 274; SCHRÖTER/BARTL, *EU-WBR*, Art. 102 Rn. 256).

249. Koppelungsgeschäfte stellen eine Wettbewerbsbeschränkung dar, weil sie verschiedene Varianten einer Wettbewerbsverfälschung nach sich ziehen (vgl. für das EU-WBR SCHRÖTER/BARTL, *EU-WBR*, Art. 102 Rn. 255). Denn der Absatz des Zusatzprodukts beruht in derartigen Fällen nicht auf dessen eigenen Leistungsfaktoren, sondern knüpft an den von den jeweiligen Nachfragern bzw. Anbietern angestrebten Absatz des Hauptprodukts an. Die Wettbewerbsbeschränkung tritt dabei prinzipiell in zwei alternativ oder kumulativ vorliegenden Varianten auf (vgl. CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 263; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 747; REINERT, *SHK-KG*, Rn. 37; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.753; für das EU-WBR vgl. FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 274): (i) einer Ausbeutung der Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens durch die Aufhebung seiner Handlungsfreiheit infolge der Notwendigkeit zur Abnahme oder Lieferung eines Produkts, welches gar nicht oder jedenfalls nicht unter Anwendung der jeweiligen Modalitäten abgenommen oder geliefert worden wäre; oder (ii) einer Behinderung von Konkurrenten in Gestalt von deren Verdrängung, indem diesen die Nachfrager bzw. Anbieter auf dem Markt des Zusatzprodukts entzogen werden. Durch eine Koppelung kann dabei die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Markt des Hauptprodukts oder auf dem Markt des Zusatzprodukts oder auch auf beiden Märkten verstärkt werden; dabei kann gegebenenfalls sogar die Gefahr bestehen, dass das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund der Hebelwirkung der Koppelung auch auf dem Markt des Zusatzprodukts eine marktbeherrschende Stellung erlangt.

250. Bei Koppelungsgeschäften werden aufgrund der bisherigen ausländischen Entwicklung der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung verschiedene Unterscheidungen vorgenommen. Im Hinblick auf den Koppelungstyp, d.h. die Art und Weise, wie die Kombination der jeweiligen Produkte erfolgt, wird folgende grundlegende Abgrenzung vorgenommen (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 493 f.; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 262; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.763; ebenso für das EU-WBR FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 284 f.): (i) das „Bündelgeschäft“ bzw. die „Bündelung“ – in Anlehnung an den englischen Begriff auch als „bundling“ oder „pure bundling“ bezeichnet – umfasst den ausschliesslich gemeinsamen Absatz von Haupt- und Zusatzprodukt aufgrund einer wechselseitigen Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt; (ii) das „Verbundgeschäft“ – in Anlehnung an den englischen Begriff auch als „tying“ bezeichnet – umfasst den ausschliesslichen Absatz des Hauptprodukts zusammen mit dem Zusatzprodukt aufgrund einer einseitigen Kombination des Hauptprodukts mit dem Zusatzprodukt, weshalb das Zusatzprodukt auch alleine verfügbar bleibt; (iii) das „Anreizgeschäft“ – in Anlehnung an den englischen Begriff auch als „mixed bundling“ bezeichnet – umfasst die Sachverhalte, bei denen eine unabhängige Abnahme von Haupt- und Zusatzprodukt aufgrund einer bloss fakultativen Kombination zwar theoretisch möglich bleibt,

die gleichzeitige Nachfrage aufgrund spezifischer ökonomischer Anreize – wie die Ausgestaltung von Gesamtpreisen oder die Gewährung von Rabatten und sonstigen Vergünstigungen bei Abnahme von Haupt- und Zusatzprodukt – aber bei realistischer Betrachtung ganz offensichtlich vorzuziehen ist.

251. Im Hinblick auf den Koppelungsgrund, d.h. die Grundlage für die Kombination der jeweiligen Produkte, wird eine Unterscheidung vorgenommen zwischen einer vertraglichen Kombination und einer faktischen Kombination (vgl. E. 256). Während beim Verbundgeschäft als Koppelungsgrund sowohl eine vertragliche Kombination als auch eine faktische Kombination zur Anwendung gelangen können, beruht das Bündelgeschäft ausschliesslich auf einer vertraglichen Kombination und das Anreizgeschäft ausschliesslich auf einer faktischen Kombination.

252. Bei der Fallgruppe des Art. 7 Abs. 2 lit. f) können aufgrund ihrer sprachlichen Ausgestaltung die Varianten der Bündelung sowie des auf einer vertraglichen Kombination beruhenden Verbundgeschäfts jeweils der Nachfrage- und Angebotsseite zugeordnet werden. Für die Varianten des Anreizgeschäfts sowie des auf einer faktischen Kombination beruhenden Verbundgeschäfts ist es demgegenüber fraglich, ob sie mittels einer extensiven Auslegung dieser Fallgruppe oder der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen sind. Aufgrund der unterschiedlichen sprachlichen Ausgestaltung und den sich daraus ergebenden divergierenden Ansichten über die Zuordnung von einzelnen Sachverhaltskonstellationen zur Generalklausel des Art. 102 Abs. 1 AEUV oder zur Fallgruppe des Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV kann hierbei nicht auf das EU-Wettbewerbsrecht zurückgegriffen werden (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 275). In Praxis und Literatur wurde diese Frage soweit ersichtlich bislang allerdings nicht näher behandelt. Eine abschliessende Zuordnung kann auch vorliegend noch offen gelassen werden, weil allein die Variante der vertraglichen Kombination zu beurteilen ist und keine Anhaltspunkte vorliegen, dass sich allein aufgrund der formalen Zuweisung zur Fallgruppe oder der Generalklausel eine notwendige unterschiedliche inhaltliche Behandlung ergibt.

253. Grundsätzlich können in allgemeiner Weise folgende Merkmale als Voraussetzungen einer Koppelung qualifiziert werden: (i) marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens auf dem Markt des Hauptprodukts; (ii) Vorliegen separater Produkte; (iii) Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt durch das marktbeherrschende Unternehmen; (iv) wettbewerbsbeschränkender Effekt; (v) Fehlen von Rechtfertigungsgründen.

254. Für die Koppelung muss dem ausführenden Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des Hauptprodukts zukommen, während eine besondere Stellung auf dem Markt des Zusatzprodukts nicht erforderlich ist (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 525; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 273; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 746; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.754; für das EU-WBR vgl. EILMANNSBERGER/BIEN, *MK-WBR*, Art. 102 Rn. 456; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 278; SCHRÖTER/BARTL, *EU-WBR*, Art. 102 Rn. 257). Bei einem Bün-

delgeschäft kann die marktbeherrschende Stellung auf einem der Märkte der gebündelten Produkte bestehen, unabhängig davon, ob es sich hierbei um den Markt des Hauptprodukts oder des Zusatzprodukts handelt (für das EU-WBR vgl. FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 278).

255. Separate Produkte liegen dann vor, wenn das Zusatzprodukt ein vom Hauptprodukt unterscheidbares Produkt darstellt, das auf einem eigenen Markt gehandelt wird oder zumindest gehandelt werden könnte und aus Sicht der Marktgegenseite Haupt- und Zusatzprodukt auch tatsächlich unabhängig voneinander nachgefragt bzw. angeboten werden oder nachgefragt bzw. angeboten werden würden (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 527 ff. m.w.H.; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 276; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.758; für das EU-WBR vgl. EILMANNSBERGER/BIEN, *MK-WBR*, Art. 102 Rn. 456; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 279). Massgebend für die Beurteilung im Einzelfall ist regelmässig eine marktorientierte Betrachtung (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 530; WEBER/VOLZ, *WBR*, Rn. 2.758), bei der eine individuell-typisierte Abgrenzung vorzunehmen ist. Soweit die Beurteilung weitgehend auf Prognosen beruht, kann ausnahmsweise auch eine auswirkungsbasierte Beurteilung sachgerecht sein (für das EU-WBR vgl. EU-Kom, 24.3.2004, Comp/C-3/37.792, Microsoft Corp., ABI. 2004 L 32/23, zit. *Microsoft*, Ziff. 946, 968; EuG, 17.9.2007, T-201/04, Microsoft Corp. gg. EU-Kom, EU:T:2007:289, zit. *Microsoft*, Ziff. 1089). Dabei ist insbesondere in Abgrenzung zu Warengesamtheiten (bspw. Kaffeeservice), zusammengesetzten Produkten (bspw. Pkw) und Produktsystemen sowie zur Unterscheidung von Produkten und Serviceleistungen zu prüfen, ob eine hinreichende Differenzierbarkeit der Einzelteile bzw. der einzelnen Leistungen und daraus folgend die Qualifizierung als eigenständige Produkte gegeben ist (für das EU-WBR vgl. EU-Kom, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Ziff. 800 ff., bestätigt durch EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 912 ff.; EILMANNSBERGER/BIEN, *MK-WBR*, Art. 102 Rn. 456; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 280). Für die entsprechende Beurteilung ist weder auf besondere Sachverhaltskonstellationen einer Verwendung der Produkte noch subjektiv-individuelle Vorstellungen einzelner Nachfrager, des marktbeherrschenden Unternehmens oder der Konkurrenten, sondern allein auf die objektive Sichtweise des Durchschnittskunden in Bezug auf die übliche Verwendung der jeweiligen Produkte abzustellen. Bei Haupt- und Zusatzprodukt kann es sich im Einzelfall auch jeweils um mehrere Güter oder Dienstleistungen handeln, weshalb auch Koppelungsgeschäfte mit mehr als zwei Produkten möglich sind.

256. Eine Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt liegt vor, wenn diese vom marktbeherrschenden Unternehmen in einer Weise angeboten werden, dass für die Marktgegenseite die Notwendigkeit zur gemeinsamen Abnahme von Haupt- und Zusatzprodukt besteht (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 527 ff. m.w.H.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.761). Die Notwendigkeit zur Abnahme beider Produkte kann sich dabei aus der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen oder aus bestimmten faktischen Aspekten ergeben (vgl. BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 27; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.764; für

das EU-WBR vgl. FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 284).

257. Eine vertragliche Kombination umfasst die Varianten (i) des singulären Vertragsabschlusses, (ii) des mehrfachen Vertragsabschlusses, sowie (iii) des verpflichtenden Vertragsabschlusses. Ein singulärer Vertragsabschluss liegt vor, wenn der Abschluss des Vertrags unmittelbar auf Haupt- und Zusatzprodukt ausgerichtet ist und diese als Einheit erfasst; der singuläre Vertragsabschluss liegt insbesondere dem Bündelgeschäft zugrunde. Ein mehrfacher Vertragsabschluss liegt vor, wenn gleichzeitig sowohl über das Hauptprodukt als auch das Zusatzprodukt ein Vertrag abgeschlossen werden muss. Ein verpflichtender Vertragsabschluss liegt vor, wenn der Vertrag über das Hauptprodukt eine Verpflichtung zum späteren Abschluss eines Vertrags über das Zusatzprodukt statuiert.

258. Eine faktische Kombination umfasst die Varianten (i) einer quasi-vertraglichen Kombination, (ii) einer technologischen Kombination und (iii) einer ökonomischen Kombination. Eine quasi-vertragliche Kombination liegt vor, wenn die Modalitäten des Hauptgeschäfts in solch einer Weise ausgestaltet sind, dass die Inanspruchnahme bestimmter Ansprüche in Bezug auf das Hauptprodukt durch die Marktgegenseite nur dann gewährleistet ist, wenn auch das Zusatzprodukt abgenommen bzw. geliefert wurde. Eine technologische Kombination liegt vor, wenn das Hauptprodukt so beschaffen ist, dass es nur zusammen mit dem Zusatzprodukt, nicht aber zusammen mit Alternativprodukten ordnungsgemäss funktioniert. Eine ökonomische Kombination liegt vor, wenn die gleichzeitige Nachfrage von Haupt- und Zusatzprodukt aufgrund spezifischer ökonomischer Anreize – wie die Ausgestaltung von Gesamtpreisen oder die Gewährung von Rabatten und sonstigen Vergünstigungen bei Abnahme von Haupt- und Zusatzprodukt – für die Marktgegenseite bei realistischer Betrachtung offensichtlich vorzuziehen ist.

259. Eine Kombination setzt nicht voraus, dass das Zusatzprodukt durch das marktbeherrschende Unternehmen erbracht oder abgenommen wird, auch wenn dies regelmässig der Fall sein wird. Das Zusatzprodukt kann auch durch einen Dritten erbracht oder abgenommen werden (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 492; für das EU-WBR vgl. FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 276; SCHRÖTER/BARTL, *EU-WBR*, Art. 102 Rn. 257). Hierzu zählt insbesondere die Sachverhaltskonstellation, dass die Marktgegenseite sich im Rahmen des Vertrags über das Hauptprodukt gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen – im Sinne einer Koppelung zu Gunsten Dritter – verpflichtet, einen weiteren Vertrag über das Zusatzprodukt mit einem Dritten abzuschliessen.

260. Für das Vorliegen einer Kombination ist es nicht erforderlich, dass das marktbeherrschende Unternehmen Zwang gegenüber der Marktgegenseite wie beispielsweise in Form einer Androhung von wirtschaftlichen oder sonstigen Nachteilen, von Retorsionsmassnahmen oder von Repressalien bei einem Verzicht auf den Abschluss des Hauptgeschäfts ausübt. Bei einer vertraglichen Kombination ist es bereits ausreichend, dass die Marktgegenseite nicht frei über die Wahl des

Zusatzprodukts entscheiden kann. Eine entsprechende Wahlmöglichkeit ist bereits dann nicht gegeben, wenn die Marktgegenseite aufgrund der Ausgestaltung des Angebots durch das marktbeherrschende Unternehmen davon ausgehen kann, dass eine fehlende Abnahme des Zusatzprodukts zum Scheitern des Hauptgeschäfts führen wird (für das EU-WBR vgl. SCHRÖTER/BARTL, *EU-WBR*, Art. 102 Rn. 255). Bei einer faktischen Kombination ergibt sich die Notwendigkeit zur Abnahme des Zusatzprodukts bereits aus den jeweiligen Umständen der quasi-vertraglichen, technologischen oder ökonomischen Verbindung von Haupt- und Zusatzprodukt.

261. Für das Vorliegen einer Kombination ist es zudem unerheblich, ob diese gegenüber der Marktgegenseite vom marktbeherrschenden Unternehmen – wie beispielsweise bei einer vertraglichen Kombination – offen gelegt wird oder ob die Marktgegenseite – wie beispielsweise bei einer technologischen Kombination – erst zu einem späteren Zeitpunkt Kenntnis von der Notwendigkeit zur Abnahme des Zusatzprodukts erlangt.

262. Keine Voraussetzung für eine Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt stellen die Vereinbarung eines spezifischen Entgelts für das Zusatzprodukt oder eine Verpflichtung zur Nutzung des Zusatzprodukts dar (für das EU-WBR vgl. SCHRÖTER/BARTL, *EU-WBR*, Art. 102 Rn. 256). Ebenfalls keine Voraussetzung bildet das Vorhandensein eines Missverhältnisses zwischen einer allfälligen Gegenleistung für das Zusatzprodukt beim Verbundgeschäft oder der Gegenleistung für Haupt- und Zusatzprodukt beim Bündelgeschäft. Tritt ein solches Missverhältnis im Einzelfall auf, so ist nicht nur der Tatbestand der Koppelung, sondern gegebenenfalls auch die Fallgruppe einer Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG gegeben (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 285; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 270).

263. Die Kombination der Produkte muss für den Wettbewerb auf dem Markt des Hauptprodukts oder auf dem Markt des Zusatzprodukts zu einer nachteiligen Konstellation führen. Bislang besteht in Praxis und Literatur allerdings keine abschliessende Klärung, welche Umstände eine entsprechende Situation herbeiführen. Die EU-Rechtsprechung bezieht keine Analyse der tatsächlichen Auswirkungen in ihre Prüfung des Koppelungsgeschäfts mit ein (vgl. EuG, EU:T:2007:289, Microsoft, Ziff. 868). Dementsprechend bildet eine Wettbewerbsverfälschung kein Tatbestandselement der Koppelung; vielmehr handelt es sich hierbei um die unausweichliche Folge einer Kombination separater Produkte ohne Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 287; SCHRÖTER/BARTL, *EU-WBR*, Art. 102 Rn. 260, nach dem im Ausnahmefall bei Fehlen einer tatsächlich wettbewerbswidrigen Wirkung ein Einschreiten der Wettbewerbsbehörden aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips ausgeschlossen ist, weil ein Vorgehen nicht erforderlich wäre). Demgegenüber führt die Europäische Kommission in ihren Durchsetzungsprioritäten das Element einer wahrscheinlichen oder tatsächlichen Marktverschliessung als notwendiges Merkmal eines Koppelungsgeschäfts auf (EU-Kom, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherr-

schende Unternehmen, K[2009] 864, zit. *Prioritätenmitteilung*, Ziff. 52). Danach bedarf es im Einzelfall der Feststellung einer wettbewerbsverfälschenden Wirkung im oben beschriebenen Sinne (vgl. E. 249), die sich auf alle konkret vorliegenden Umstände abstützen kann (zustimmend FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 286; in diesem Sinne auch für das schweizerische Kartellrecht AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 536 f.; CLERC/KÉLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 278; WEBER/VOLZ, *WBR*, Rn. 2.767).

264. Massgebend für die Beurteilung eines Koppelungsgeschäfts ist der Umstand, dass ein sich aus der Koppelung ergebender negativer Effekt für die Marktgegenseite oder die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens vorhanden sein muss und demzufolge im Einzelfall auch eine Ausbeutung oder eine Behinderung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG vorliegt. Liegen die Voraussetzungen der Marktbeherrschung und der Kombination von getrennten Produkten durch das marktbeherrschende Unternehmen vor, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein solcher negativer Effekt vorliegt, weil der Absatz des Zusatzprodukts in derartigen Fällen nicht allein auf dessen originären Leistungsfaktoren beruht, sondern an die Abnahme des Hauptprodukts anknüpft (vgl. E. 249). Demzufolge ist die Wettbewerbsmässigkeit einer Produktkombination regelmässig nur bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtfertigungsgrunds gegeben. Ausnahmsweise wird es aber möglich sein, dass für eine bestimmte Kombination von separaten Produkten ein nachteiliger Effekt nicht festgestellt werden kann, weshalb dann weder eine Ausbeutung der Marktgegenseite noch eine Behinderung von Konkurrenten gegeben sein dürfte (vgl. WEKO, 19.11.2004, TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera, RPW 2005/1, 46, zit. Top-Card, Ziff. 59, 63). Für das Anreizgeschäft ist zudem zu beachten, dass für den jeweiligen Einzelfall in Abgrenzung zu zulässigen Rabatt- und sonstigen Vergünstigungsregelungen die massgebliche Schwelle der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb durch die Kombination der Produkte überschritten wird.

265. Besondere Aspekte vermögen eine Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt unter dem Gesichtspunkt der angemessenen Wirtschaftsgründe zu rechtfertigen. Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn objektiv zwingende technische oder sicherheitsrelevante Gründe für eine Verbindung sprechen (vgl. *Botschaft KG* 1995, 576; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 63 ff., 545 ff.; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 27; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.770; für das EU-WBR vgl. FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 292).

266. Ob und inwieweit auch wirtschaftliche Aspekte, insbesondere in Form einer Einsparung von Produktions-, Vertriebs- und Transaktionskosten, als Rechtfertigungsgrund für eine Kombination von separaten Produkten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen anzuerkennen sind, wurde bislang nicht abschliessend geklärt (vgl. *Botschaft KG* 1995, 576, verweist nur auf „zwingende wirtschaftliche“ Gründe; WEKO, 7.7.2008, Publikation von Arzneimittelinformationen, Documed AG, RPW 2008/3, 385, Rz. 203 f., wobei im Rahmen der Kurzbetrachtung jedoch nicht ersichtlich wird, ob die

geringfügige Kosteneinsparung als Rechtfertigungsgrund zu gelten hat oder ob angesichts der Notwendigkeit zur Vornahme gewisser Korrekturen bei jeglicher Publikation die entsprechenden Arbeiten überhaupt das Ausmass selbständiger Korrekturarbeiten angenommen haben; die Möglichkeit wird grundsätzlich anerkannt durch AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 547; WEBER/VOLZ, *WBR*, Rn. 2.770; für das EU-WBR vgl. EU-KOM, *Prioritätenmitteilung*, Ziff. 62; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUKR*, Art. 102 Rn. 293). Der blosser Umstand, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen das Zusatzprodukt aus Sicht der Marktgegenseite günstiger anbietet, ist hierfür jedenfalls nicht ausreichend, weil insoweit auch eine verdeckte Quersubventionierung durch das marktbeherrschende Unternehmen zu Lasten der Konkurrenten auf dem Markt der Zusatzprodukte vorliegen kann. Eine entsprechende Quersubventionierung von dem vom Unternehmen beherrschten Markt des Hauptprodukts zu dem vom Unternehmen (noch) nicht beherrschten Markt des Zusatzprodukts muss zum Schutz der Konkurrenten auf dem Markt des Zusatzprodukts jedoch ausgeschlossen werden (in diesem Sinne auch die EU-KOM, *Prioritätenmitteilung*, Rz. 60, wonach bei einer preisbezogenen Anreizkopplung die Preise für beide Produkte über den durchschnittlichen langfristigen Zusatzkosten liegen müssen). Denn eine solche Quersubventionierung ermöglicht dem marktbeherrschenden Unternehmen, die bereits infolge der sachlich nicht gerechtfertigten Kombination bestehende wettbewerbswidrige Wirkung des Koppelungsgeschäfts auf dem Markt des Zusatzprodukts mittels des Preisfaktors für das Zusatzprodukt noch zu verstärken. Der Schutzzweck des Koppelungstatbestands entspricht in diesem Punkt demjenigen der Fallgruppe einer Kosten-Preis-Schere, bei der ebenfalls Subventionierungstransfers des marktbeherrschenden Unternehmens zum Schutz der Konkurrenten auszuschliessen sind (vgl. BVGer, B-7633/2009, *Swisscom ADSL II*, E. 556 m.w.N.).

267. Im Rahmen der Beurteilung derartiger Gründe findet das Verhältnismässigkeitsprinzip Anwendung (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 548; WEBER/VOLZ, *WBR*, Rn. 2.773; CLERC/KÉLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 282; für das EU-WBR vgl. FUCHS/MÖSCHEL Rn. 292; a.A. DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 754). Demzufolge muss ein zur Rechtfertigung geltend gemachter Sachgrund (i) geeignet sein, den Zweck der Kombination auch tatsächlich herbeizuführen, und (ii) erforderlich sein, den Zweck der Kombination herbeizuführen, d.h. der Zweck kann nicht auf eine andere Weise erreicht werden, welche die Marktgegenseite oder die Konkurrenten weniger beeinträchtigt, und (iii) zur Erzielung des mit der Kombination verbundenen Zwecks gegenüber den mit der Kombination verbundenen Nachteilen angemessen, d.h. nicht überproportional, sein, mit der Folge, dass für eine Rechtfertigung die Effizienzgewinne umso höher ausfallen müssen, je schwerwiegender die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist.

268. Im vorliegenden Fall ist die marktbeherrschende Stellung der AGH auf dem Markt der Veranstaltungsortlichkeiten für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz – wie vorstehend dargelegt – zumindest im Rahmen einer vorläufigen Betrachtung gegeben.

269. Beim Geschäftsgegenstand der Veranstaltungslokalität und dem Geschäftsgegenstand des Ticketings handelt es sich offensichtlich um separate Produkte, weil beide Produkte für einen unterschiedlichen Bedarf konzipiert sind und hierfür jeweils eigene Märkte mit einer eigenen Nachfrage bestehen.

270. Die AGH hat durch die Verwendung der Ticketingklausel gegenüber den Veranstaltern als Marktgegenseite unzweifelhaft die Vermietung des Hallenstadions als Hauptprodukt mit der Pflicht zum Vertrieb von 50% aller Tickets der jeweiligen Veranstaltung über ihren Kooperationspartner Ticketcorner als Zusatzprodukt verknüpft. Die Ticketingklausel bildet dabei eine grundlegende Bedingung für eine Vermietung des Hallenstadions an die Veranstalter. Dies wird bereits dadurch bestätigt, dass sie explizit in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der AGH auf deren Webseite aufgeführt wurde, wie dies auch für die Nachfolgeregelung unter dem neuen Kooperationsvertrag der Fall ist (vgl. www.hallenstadion.ch/media/uploads/downloads/22/documents/agb-4-2014-1-maerz-2013.pdf, zuletzt abgerufen am 1.9.2016). Die Veranstalter müssen daher davon ausgehen, dass angesichts der Marktstellung der AGH eine Anmietung des Hallenstadions scheitert, sollte die Ticketingklausel nicht akzeptiert werden.

271. Die Verbindung von Veranstaltungslokalität und Ticketing führt auch offensichtlich zu nachteiligen Wettbewerbseffekten. Zum einen erfolgt eine Ausbeutung der Marktgegenseite, weil die Veranstalter ihrer Wahlfreiheit zur Bestimmung des von ihnen erwünschten Ticketingpartners beraubt werden. Zum anderen werden sonstige Ticketingunternehmen auf den jeweiligen Veranstaltungsmärkten sowie dem Markt des Ticketings beeinträchtigt. Dies gilt umso mehr, als die Ticketingklausel faktisch zu einem 100%-igen Ausschluss der Konkurrenten führt, wie dies von der Vorinstanz ausdrücklich festgehalten wird.

272. Rechtfertigungsgründe für eine Verbindung von Veranstaltungslokalität und Ticketing liegen keine vor. So können weder zwingende technische noch sicherheitsrelevante Gründe als Grundlage für die Ticketingklausel ausgemacht werden; ansonsten müssten alle Anbieter von Veranstaltungslokalitäten entsprechende Regelungen notwendigerweise vorsehen, was jedoch nicht der Fall ist. Dass die Ticketingklausel aus zwingenden wirtschaftlichen Gründen zur Anwendung gelangt, ist ebenfalls nicht ersichtlich, vielmehr wird von den Beschwerdeführerinnen gerade geltend gemacht, dass die entsprechenden Vertriebspreise von Ticketcorner aufgrund der Ticketingklausel zu hoch angesetzt werden könnte.

273. Insgesamt ist daher aufgrund der bislang im Recht liegenden Beweise und Informationen festzustellen, dass das Verhalten der AGH, ihren Vertragspartnern bei der Anmietung des Hallenstadions als Veranstaltungslokalität die Verpflichtung zur bestimmten Ausgestaltung des Ticketings aufzuerlegen, ein wettbewerbswidriges Verhalten in Form eines Koppelungsgeschäfts gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG darstellt.

c) Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen

274. Die Fallgruppe eines missbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liegt vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen unangemessene Preise oder sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen erzwingt.

275. Die Vorschrift entspricht dabei inhaltlich der Fallgruppe des Erzwingens gemäss Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV im EU-Wettbewerbsrecht. Im Hinblick auf die grundsätzlich rechtsvergleichende Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts (vgl. E. 247) kann es sachgerecht sein, die sich daraus ergebende Qualifizierung einzelner Aspekte im Einzelfall zu berücksichtigen.

276. Die Voraussetzungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens einer Erzwingung durch das marktbeherrschende Unternehmen auf dem relevanten Markt bilden somit: (i) Preise und Geschäftsbedingungen, (ii) deren Unangemessenheit, (iii) deren Erzwingung durch das marktbeherrschende Unternehmen, sowie (iv) das Fehlen von Rechtfertigungsgründen.

277. Preise und Geschäftsbedingungen bilden den Gegenstand des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens. Mit dieser Umschreibung werden alle Modalitäten erfasst, die vom marktbeherrschenden Unternehmen und dessen Vertragspartner für die Abwicklung einer bestimmten Geschäftsbeziehung im Rahmen eines Rechtsgeschäfts vereinbart werden (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 293; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.681). Der Begriff „Preise“ umfasst dabei sämtliche Arten von Preisen oder Preisberechnungsmodalitäten einschliesslich von Preisnachlässen und Preisauflagen. Dem Begriff der Geschäftsbedingungen sind alle sonstigen Vertragsmodalitäten zuzuordnen.

278. Die Unangemessenheit von Preisen und Geschäftsbedingungen liegt dann vor, wenn im Rahmen der Abwicklung des vereinbarten Rechtsgeschäfts kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den vom marktbeherrschenden Unternehmen und den im Gegenzug von seinem Geschäftspartner zu erbringenden Leistungen einschliesslich aller damit in Zusammenhang stehenden Ansprüchen und Verpflichtungen (mehr) besteht, weshalb Preise oder Geschäftsbedingungen nicht mehr als Ausdruck des Leistungswettbewerbs zu verstehen sind (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 300; REINERT, *SHK-KG*, Rn. 23; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.661; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 693). Eine eindeutige ökonomische Formel, wann kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den wechselseitigen Leistungen (mehr) vorliegt, besteht allerdings nicht. Weder Praxis noch Literatur haben daher allgemeine Abgrenzungskriterien entwickelt, anhand der eine eindeutige Bestimmung der Grenzen zwischen einem sachgerechten Verhältnis und einem Missverhältnis der wechselseitigen vertraglichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der prinzipiell zulässigen wirtschaftlichen Position des marktbeherrschenden Unternehmens und der damit verbundenen Verhandlungsmacht vorgenommen werden könnte. Vielmehr ist eine Beurteilung der jeweiligen Preise und/oder Geschäftsbedingungen im Rahmen ihres konkreten Einsatzbereichs und der dabei auftretenden Um-

stände vorzunehmen (vgl. CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 166; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.675).

279. Im Bereich der Geschäftsbedingungen ist im Ergebnis demzufolge eine Verhältnismässigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der massgeblichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 313 m.w.N.; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 176; REINERT, *SHK-KG*, Rn. 28; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.682), ob die jeweilige Vertragsmodalität (i) geeignet ist, den vom marktbeherrschenden Unternehmen intendierten Zweck herbeizuführen; (ii) erforderlich ist, weil keine für den Vertragspartner milderen Massnahmen objektiv verfügbar sind; und (iii) unter Berücksichtigung der Stellung und den Interessen des marktbeherrschenden Unternehmen einerseits sowie der Stellung und den Interessen des Vertragspartners andererseits angemessen ist, mit der Folge, dass die Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens umso deutlicher überwiegen müssen, je schwerwiegender der Eingriff in die Interessen des Vertragspartners ausfällt. Darüber hinaus sind auch die Auswirkungen der Vertragsmodalität auf den jeweiligen Markt zu berücksichtigen (vgl. WEKO, 1.12.2003, *Ticket-Corner*, RPW 2004/3, 778, Ziff. 67; WEKO, RPW 2005/1, 146, *CoopForte*, Ziff. 147; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 313; REINERT, *SHK-KG*, Rn. 28; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.682, 2.684), weil das Kartellrecht nicht nur individuell die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Wirtschaftsteilnehmers, sondern auch strukturell den Wettbewerb auf dem Markt schützt.

280. Für die Überprüfung der Angemessenheit der Preise hat die Wettbewerbspraxis in Anlehnung an Art. 13 Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20) – insbesondere unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Notwendigkeit einer angemessenen Gewinnerzielung, von besonderen Leistungen des Unternehmens, der Kostenentwicklung, der Marktverhältnisse, der Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten – spezifische Kontrollmethoden in Gestalt der Als-Ob-Methode, der Vergleichsmarktmethode und der Kostenmethode herangezogen (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 302 f.; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 168 f.; REINERT, *SHK-KG*, Rn. 26; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.677 f.). Da alle Kontrollmethoden im Hinblick auf die Überprüfung von konkreten Einzelfällen gewisse Stärken und Schwächen aufweisen, kommt keiner der genannten Kontrollmethoden ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu; vielmehr ist im Einzelfall aufgrund der jeweiligen Umstände diejenige Kontrollmethode heranzuziehen, die am sachgerechtesten ist (vgl. in diesem Sinne auch AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 301; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.680).

281. Die Erzwingung umfasst die Durchsetzung der unangemessenen Preise und Geschäftsbedingungen durch das marktbeherrschende Unternehmen gegenüber dem Geschäftspartner. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist für eine entsprechende Durchsetzung dabei einerseits nicht bereits der blosse Umstand ausreichend, dass eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens vorliegt (vgl. BGer, 11.04.2011, 2C_343/2010 und 2C_344/2010, EVD gg. Swisscom

(Schweiz) AG und Swisscom (Schweiz) AG gg. Wettbewerbskommission, publ. in BGE 137 II 199, zit. *Terminierung Mobilfunk*, E. 4.3.4). Andererseits ist aber auch eine vollständige wirtschaftliche Unterjochung des Geschäftspartners nicht erforderlich (vgl. BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 4.3.5). Angesichts der konkreten Umstände des zu entscheidenden Sachverhalts in der Angelegenheit *Terminierung Mobilfunk* – bei dem für die Geschäftspartner im regulierten Markt bestimmter Telekommunikationsdienstleistungen die Möglichkeit bestand, durch die Kommunikationskommission eine Überprüfung der von Swisscom angesetzten Preise vornehmen zu lassen – hat das Bundesgericht auf eine vollständige Ausdifferenzierung des genauen Ausmasses der notwendigen Zwangswirkung – ob das Einverständnis mit den unangemessenen Vertragsinhalten gegen den Willen der Marktgegenseite erfolgen muss oder ob sich die Marktgegenseite letztlich einfach aufgrund der Marktsituation gegen ihre eigenen Interessen fügt – verzichtet (BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 4.3.5). Vom Bundesgericht wurde es jedenfalls als ausreichend qualifiziert, dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck des marktbeherrschenden Unternehmens, der sich aus der Marktbeherrschung ergibt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann (BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 4.3.5). Der Umstand, dass ein Vertragsabschluss stattgefunden hat, schliesst das Vorliegen einer Erzwingung demnach jedenfalls nicht aus (vgl. CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 183; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 737; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.670). Zudem bedarf es keiner Drohung und keines sonstigen Zwangs gemäss Art. 29 OR für das Vorliegen einer Durchsetzung (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 297; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.670). Die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur geht davon aus, dass keine allzu strengen Anforderungen an den Nachweis der Durchsetzung zu stellen sind (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 297; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 181; REINERT, *SHK-KG*, Rn. 29; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.670). Grundsätzlich soll ausreichend sein, dass entweder (i) das marktbeherrschende Unternehmen in der Lage ist, seinen Geschäftspartner zur Übernahme des unangemessenen Vertragsinhalts zu veranlassen, oder dass (ii) für den Geschäftspartner keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen.

282. Vor diesem Hintergrund ist letztlich davon auszugehen, dass für die Beurteilung einer Durchsetzung auf die konkreten Umstände der marktbeherrschenden Stellung abzustellen ist. Eine Durchsetzung ist jedenfalls bereits dann zu bejahen, wenn dem potentiellen Geschäftspartner aufgrund dieser Umstände keine adäquate und in ausreichendem Ausmass verfügbare Alternative zu einer Geschäftsabwicklung mit dem marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung steht. In diesen Fällen ist die Vornahme von weiteren Massnahmen zur Durchsetzung der Preise und Geschäftsbedingungen zur Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich. Soweit darüber hinausgehende Massnahmen von Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens angewendet werden, ist das Tatbestandsmerkmal des Erzwingens in jedem Fall erfüllt.

283. Die Durchsetzung kann dabei direkt durch das marktbeherrschende Unternehmen oder indirekt unter Einschaltung eines Dritten erfolgen (vgl. WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.672; für das EU-WBR vgl. FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EuWBR*, Art. 102 Rn. 174). Denn für die Wirkung auf den Geschäftspartner ist es unerheblich, ob sich der Druck zur Annahme von unangemessenen Preisen oder Geschäftsbedingungen aus dem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber dem Geschäftspartner und/oder aus der Mitwirkung eines Dritten ergibt.

284. Allfällige, als Rechtfertigung für die Anwendung der jeweiligen Preise und Geschäftsbedingungen dienenden Umstände werden regelmässig bereits im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen sein (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 318; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.687), so dass sie keiner gesonderten Berücksichtigung bedürfen.

285. Vorliegend findet die Variante einer Verwendung von unangemessenen Geschäftsbedingungen Anwendung.

286. Bei der Verpflichtung zur Übertragung des Ticketings für Veranstaltungen im Hallenstadion handelt es sich um eine sonstige Geschäftsbedingung im Rahmen des zwischen der AGH und dem Veranstalter geschlossenen Veranstaltungsvertrags, der die Nutzung des Hallenstadions zum Gegenstand hat.

287. Die Ticketingklausel stellt eine unangemessene Regelung dar, weil dadurch dem Veranstalter die grundlegende Entscheidungsfreiheit zur Auswahl seines Vertragspartners im Bereich des Ticketings geraubt wird, wodurch eine Effizienzkontrolle der Leistungen von Ticketcorner überhaupt nicht mehr stattfinden kann. Letztlich wird unter Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung der AGH zwangsläufig eine herausragende Stellung von Ticketcorner für das Ticketing in diesem Veranstaltungsbereich herbeigeführt.

288. Aufgrund der Gesamtsituation ist auch davon auszugehen, dass ein Erzwingen der Ticketingklausel durch die AGH im Sinne der Vorschrift vorliegt. Durch die Präsentation von Ticketcorner als strategischen Partner des Hallenstadions im Bereich des Ticketings und der Aufnahme der Ticketingklausel in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einschliesslich von deren Darstellung auf der Homepage mussten die Veranstalter davon ausgehen, dass eine Verweigerung der Ticketingklausel zur Ablehnung des Veranstaltervertrags durch AGH führen würde. Angesichts der tatsächlichen Marktverhältnisse auf dem Markt für Veranstaltungsorte für Mega-Einzel-Bühnenshows bestand auch ein ernstzunehmender Druck, einen Ausfall der Veranstaltung aus diesem Grunde nicht zu riskieren, weil Alternativen nur in beschränktem Umfang zur Verfügung stehen.

289. Ein Rechtfertigungsgrund für dieses Vorgehen der AGH ist nicht ersichtlich.

290. Dass die Durchsetzung der Ticketingklausel dabei in Umsetzung der Ticketing-Kooperationsabrede als Verpflichtung des Kooperationsvertrags mit Ticketcorner von der AGH vorgenommen wurde, führt zu keiner anderen Einschätzung. Denn die AGH handelte nicht als willensloses Werkzeug von Ticketcorner. Vielmehr bildete

die Durchsetzung der Ticketklausel die wechselseitige Verpflichtung zu der von Ticketcorner im Rahmen des Kooperationsvertrags an die AHG zu zahlenden Marketingvergütung.

291. Insgesamt ist daher aufgrund der bislang im Recht liegenden Beweise und Informationen festzustellen, dass das Verhalten der AGH, ihren Vertragspartnern bei der Anmietung des Hallenstadions als Veranstaltungsorte die Verpflichtung zur bestimmten Ausgestaltung des Ticketings aufzuerlegen, ein wettbewerbswidriges Verhalten in Form eines Erzwingens gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG darstellt.

4) Fazit: Missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG durch die AGH

292. Die Beschwerde ist insoweit begründet, als zumindest im Hinblick auf den Eventualantrag der Beschwerdeführerinnen ausreichende Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten der AGH durch die Verwendung der Ticketingklausel und/oder die dadurch bedingte Koppelung von Veranstaltungsorte und Ticketing sowie die Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 KG vorliegen.

VI. UNZULÄSSIGE WETTBEWERBSABREDE GEMÄSS ART. 5 KG ZWISCHEN DER AGH UND TICKETCORNER

293. Die Vereinbarung der Ticketing-Kooperationsklausel stellt eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG dar, wenn es sich bei der Klausel um eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (Abschnitt VI.1) auf dem relevanten Markt (Abschnitt VI.2) handelt, die entweder zu einer Wettbewerbsbeseitigung führt (Abschnitt VI.3) oder die eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge hat (Abschnitt VI.4), welche erheblich ist (Abschnitt VI.5) und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Abschnitt VI.6).

1) Wettbewerbsabrede

294. Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Mit dieser Umschreibung sollen sämtliche Formen eines koordinierten Verhaltens auf der Grundlage eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens von mindestens zwei spezifischen Wirtschaftsteilnehmern erfasst werden, die zu einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb führen, unabhängig davon, ob es sich um eine rechtsgeschäftlich oder eine auf andere Weise ausdrücklich abgestützte oder um eine praktisch durchgeführte Koordination handelt (vgl. *Botschaft KG* 95, 533, Ziff. 222, zum gesetzlichen Ansatz, alle Formen einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu erfassen; im Ergebnis so bereits BVGer, 19.12.2013, B-506/2010, Gaba International AG gg. Wettbewerbskommission, zit. *Gaba*, E. 3.2.2; BVGer, 23.9.2014, 8399/2010, Siegenia-Aubi AG gg. Weko, zit. *Baubeschläge-Siegenia*, 5.1.3; BVGer, 13.11.2015, B-3332/2012, Bayerische Motorenwerke AG gg. Weko, zit. *BMW*, E. 2.2.2; BVGer, 17.12.2015, B-5685/2012, Altimum SA gg. Weko, zit. *Altimum*, E.

4.1). Vorliegend ist die Variante einer rechtsgeschäftlich abgestützten Koordination von Bedeutung.

295. Als rechtlich erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten übereinstimmende Willenserklärungen in vertraglicher oder gesellschaftsrechtlicher Form, die schriftlich, mündlich oder konkludent abgegeben werden (vgl. AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE/REINERT MANI, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, zit. *CR-Concurrence*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 27 f.; KRAUSKOPF PATRICK L./SCHALLER OLIVIER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2010, zit. *BSK-KG*, Art. 5 Rn. 56; KÖCHLI ROLAND/REICH PHILIPPE M., in: Baker & McKenzie [Hrsg.], *Kartellgesetz*, 2007, zit. *SHK-KG*, Art. 4 Rn. 6, 7; NYDEGGER THOMAS/NADIG WERNER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2010, zit. *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 83 f.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.107 f.; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 365). Dabei ist es im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen ausreichend, dass der Inhalt der Abrede eines der an der Abrede beteiligten Unternehmens zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet. Im Übrigen grenzt die Qualifizierung der Vereinbarung als „rechtlich erzwingbar“ eine entsprechende Koordination der Unternehmen ausschliesslich gegenüber den weiteren kartellrechtlichen Varianten einer bewussten und gewollten Zusammenarbeit ab. Demgegenüber wird mit der Formulierung kein Bezug zur zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit hergestellt (vgl. BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3; BVGer, B-5682/2012, *Altimum*, E. 4.1; NYDEGGER/NADIG, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 81), weil eine wettbewerbswidrige Vereinbarung aufgrund ihres widerrechtlichen Inhalts gemäss Art. 20 OR von vornherein einen Durchsetzungsmangel aufweist (vgl. BGer, 12.6.2008, 4A_16/2008, *Almonte SA gg. Air Mercury AG*, publ. in *RPW* 2008/3, 535, Ziff. 2.2; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 26; NYDEGGER/NADIG, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 87).

296. Als Beteiligte der Vereinbarung müssen Unternehmen auftreten. Diese umfassen als massgebliche Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG alle wirtschaftlich selbständigen Organisationseinheiten, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Diensten im Wettbewerbsprozess auftreten (vgl. ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 27, 28, m.w.H.).

297. Die Regelung der Ticketing-Kooperationsklausel im Kooperationsvertrag zwischen der AGH und Ticketcorner als voneinander unabhängige, nicht verbundene Aktiengesellschaften stellt eine vertragliche und damit eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung von Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

298. Als Abreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG wird ein koordiniertes Verhalten sowohl von Unternehmen gleicher Marktstufe als auch von Unternehmen verschiedener Marktstufen erfasst. Als koordiniertes Verhalten auf gleicher Marktstufe werden dabei üblicherweise sog. horizontale Wettbewerbsabreden qualifiziert, bei denen die beteiligten Unternehmen aufgrund der Austauschbarkeit ihrer Produkte tatsächlich oder der Möglichkeit nach

miteinander in Wettbewerb stehen (vgl. *Botschaft KG* 1995, 553; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 104; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 5; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 596; KÖCHLI/REICH, *SHK-KG*, Art. 4 Rn. 20; NYDEGGER/NADIG, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 134; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.136). Als koordiniertes Verhalten auf verschiedenen Marktstufen werden üblicherweise sog. vertikale Wettbewerbsabreden qualifiziert, bei denen die beteiligten Unternehmen innerhalb der Absatzkette für ein Produkt im Verhältnis von Lieferant und Abnehmer stehen (vgl. *Botschaft KG* 1995, 553; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Abs. 1 Rn. 109; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 5; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 596; KÖCHLI/REICH, *SHK-KG*, Art. 4 Rn. 21; NYDEGGER/NADIG, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 139; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.137).

299. Diese Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden ist regelmässig ausreichend, um die jeweilige Sachverhaltskonstellation sachgerecht abzugrenzen und zu beurteilen. Mit dieser Differenzierung wird der Anwendungsbereich der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG allerdings nicht vollständig abgebildet. Denn nach dem Zweck der Vorschrift sollen alle Formen eines koordinierten Verhaltens von Unternehmen erfasst werden und damit augenscheinlich auch sonstige Abreden, die weder als horizontale noch als vertikale Wettbewerbsabreden zu qualifizieren sind. Es sind bei einer teleologischen Betrachtung auch keine Gründe ersichtlich, weshalb zwar horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden, nicht aber auch sonstige Abreden den wettbewerbsrechtlichen Anforderungen genügen müssen (für Abreden mit horizontalen und vertikalen Auswirkungen vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Abs. 1 Rn. 113 f., BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 6). Zudem ist aus systematischer Sicht zu beachten, dass die inhaltliche Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit einer Abrede anhand anderer Kriterien vorzunehmen ist, wobei das Gesetz eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Varianten einer Abrede mit den Vermutungsabreden in den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG einerseits und allen anderen Abreden andererseits nur hinsichtlich des Gegenstands der Abreden vorsieht. Aus diesem Grund erscheint eine formale Eingrenzung auf bestimmte strukturelle Abreden von vornherein nicht notwendig zu sein. Deshalb werden auch solche Abreden erfasst, die von Unternehmen getroffen werden, die weder in einem horizontalen noch in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen. Dies gilt insbesondere für die Sachverhaltskonstellation, bei denen Unternehmen, die auf verschiedenen Märkten tätig sind, ohne Teil einer vertikalen Absatzkette für ein Produkt zu sein, für einen dieser Märkte oder für einen dritten Markt eine Wettbewerbsbeschränkung vorsehen. Die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG ist demzufolge nach Sinn und Zweck über dessen Wortsinn der „gleichen oder verschiedenen Marktstufen“ hinaus auszudehnen. Die beteiligten Unternehmen einer Wettbewerbsabrede können daher in einem horizontalen, vertikalen oder auch in einem sonstigen Verhältnis zueinander stehen.

300. Für die massgeblichen Zwecke der vorliegenden Beurteilung stehen AGH und Ticketcorner weder in einem horizontalen noch in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis, sondern in einem sonstigen Verhältnis

zueinander. Denn die AGH ist im Wesentlichen auf dem Gebiet der Vermietung von Veranstaltungsorten tätig, während Ticketcorner ihre Leistungen vor allem im Bereich des Ticketings erbringt. Dabei bilden die Vermietung von Veranstaltungsorten und das Ticketing auch keine verschiedenen Stufen einer vertikalen Absatzkette. Ob und inwieweit die AGH vor Abschluss des Kooperationsvertrags aufgrund einer gewissen Leistungserbringung im Bereich des Ticketverkaufs als potentieller Konkurrent von Ticketcorner im Markt des Ticketings zu qualifizieren war (vgl. SV K.c), kann im Rahmen der vorliegenden Beurteilung offen gelassen werden. Denn auch eine zusätzliche Qualifizierung als horizontale Wettbewerbsabrede würde im Hinblick auf die Abgrenzung des relevanten Markts und die sich daraus ergebende materielle Beurteilung zu keinem anderen Ergebnis führen, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

301. Eine Wettbewerbsbeschränkung stellt eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb dar, weil die Handlungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer zur eigenständigen Festlegung ihrer Wettbewerbspositionen hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter aufgehoben wird und dadurch die zentrale Funktion des Wettbewerbs zur effizienten Allokation der eingesetzten Ressourcen vermindert wird (vgl. BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, 8399/2010; *Baubeschläge-Siegenia*, E. 5.1.2; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3; BVGer, B-5685/2012, *Altimum*, E. 4.1; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 72; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 6; NYDEGGER/NADIG, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 51; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 350). Als Wettbewerbsparameter gelten dabei alle Faktoren, welche durch ein Unternehmen zur (Aus-)Gestaltung seiner wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern eingesetzt werden können. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die Faktoren Preis, Menge und Qualität der Produkte sowie Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung.

302. Massgebend für die Beurteilung, ob eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorliegt, sind allein objektive Aspekte, während subjektive Elemente nicht zu berücksichtigen sind (vgl. BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3; BVGer, B-5685/2012, *Altimum*, E. 4.1; BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, *Nikon AG gg. Weko*, zit. *Nikon*, E. 4.2; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 72; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 4; KÖCHLI/REICH, *SHK-KG*, Art. 4 Rn. 24; NYDEGGER/NADIG, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 71; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.145). Daher bedarf es keiner bestimmten subjektiven Motive auf Seiten der an der Abrede beteiligten Unternehmen. Ebenfalls unerheblich sind die subjektiven Ansichten der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer und allfälliger Konkurrenten.

303. Die Wettbewerbsbeschränkung kann gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt sein. Deshalb bildet das kumulative Vorliegen von Zweck und Wirkung keine Voraussetzung für eine durch eine Wettbewerbsabrede herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung (vgl. BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 78; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 4;

KÖCHLI/REICH, *SHK-KG*, Art. 4 Rn. 24; NYDEGGER/NADIG, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 67; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.144). Eine Abrede ist dann bezweckt (nachfolgend: Zweckabrede), wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist. Eine Abrede ist dann bewirkt (nachfolgend: Effektabrede), wenn die Abrede aufgrund ihrer Anwendung in der konkreten Sachverhaltskonstellation zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt, obwohl ihr Regelungsinhalt darauf nicht ausgerichtet ist.

304. Die Ticketing-Kooperationsabrede führt zu einer Beschränkung des Wettbewerbs, weil mit ihr ein nachteiliger Einfluss auf den Wettbewerb der Ticketingunternehmen gegenüber den Veranstaltern von Veranstaltungen mit Ticketing verbunden ist. Die Ticketing-Kooperationsklausel statuiert die Verpflichtung der AGH gegenüber Ticketcorner, dieser die Möglichkeit zu verschaffen, 50% des Ticketverkaufs bei allen im Hallenstadion abgehaltenen Veranstaltungen mit Ticketabsatz durchführen zu können. Die Ticketing-Kooperationsklausel verpflichtet die AGH damit, im Rahmen des Veranstaltungsvertrags gegenüber den Veranstaltern als ihren Vertragspartnern eine rechtsverbindliche Verpflichtung zur entsprechenden Übertragung des Ticketings zu vereinbaren. Dabei spielt es für die Beteiligten im Ergebnis keine Rolle, ob diese Verpflichtung in Gestalt der Ticketingklausel indirekt – wie beim ersten Kooperationsvertrag im Wege einer Verpflichtung zur Überlassung der notwendigen Tickets an die AGH mit der Möglichkeit zur Weitergabe an ihren Kooperationspartner – oder direkt – wie beim verlängerten Kooperationsvertrag im Wege einer Verpflichtung zum unmittelbaren Abschluss eines Ticketingvertrags zwischen Veranstalter und dem Kooperationspartner – ausgestaltet wird. Die Ticketing-Kooperationsklausel begründet über die Ticketingklausel letztlich eine Verpflichtung der Geschäftsübertragung zu Lasten Dritter, weshalb sie in allgemeiner Weise eine Kontrahierungspflicht, d.h. eine Verpflichtung zum Vertragsabschluss zu Lasten Dritter statuiert. Die Ticketing-Kooperationsklausel schränkt demzufolge die Wahlfreiheit des Veranstalters als an der Abrede nicht beteiligten Wirtschaftsteilnehmer und Nachfrager von Ticketingdienstleistungen in grundlegender und damit schwerwiegender Weise ein, weil bereits seine Auswahlfreiheit zur eigenverantwortlichen Bestimmung seines Geschäftspartners für das Ticketing der eigenen Veranstaltung beschnitten wird.

305. Die Ticketing-Kooperationsklausel ist bereits nach ihrem Inhalt auf eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausgerichtet. Sie statuiert daher eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung. Die Ticketing-Kooperationsabrede ist somit inhaltlich als Zweckabrede mit Kontrahierungspflicht zu Lasten Dritter zu qualifizieren.

306. Da die Ticketing-Kooperationsklausel in der Wirtschaftspraxis regelmässig dazu führt, dass nicht nur die vertraglich vorgesehenen 50%, sondern aus praktischen Gründen 100% des Ticketings an Ticketcorner übertragen werden (vgl. SV G.g), ist die Wettbewerbsbeschrän-

kung tatsächlich noch gravierender als formal vorgesehen. Dabei ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass dieser Umstand zumindest Ticketcorner als langjährigem und erfahrenem Unternehmen im Ticketinggeschäft aufgrund der üblichen Umstände einer Vergabe des Ticketings bereits bei Abschluss der Ticketing-Kooperationsabrede bekannt war.

307. Demgegenüber ist die von der Vorinstanz vorgenommene vergleichsweise Gleichstellung der Ticketing-Kooperationsabrede mit einer Alleinbezugsverpflichtung bzw. einem Wettbewerbsverbot des Vertriebspartners, einer Alleinbelieferungspflicht des Prinzipals im Vertriebsverhältnis oder einer Kundenbeschränkung des Vertriebspartners im vertikalen Vertrieb unzutreffend. Beim Ticketing für eine Veranstaltung im Hallenstadion handelt es sich um ein Einzelgeschäft, weshalb kein eigentliches Vertriebsverhältnis begründet wird. Im Gegensatz zum Vertriebsvertrag begründet der Ticketingvertrag daher auch kein Dauerschuldverhältnis mit besonderen wechselseitigen Treuepflichten, aus denen die Berechtigung zur Verankerung besonderer Verpflichtungen, wie einer Alleinbezugsverpflichtung, einer Alleinbelieferungspflicht oder einer Kundenbeschränkung, unter bestimmten Umständen erwachsen kann (vgl. AMSTUTZ MARC/MORIN ARIANE, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, Einl. vor Art. 184 ff., Rn. 115 f.; FOUNTULAKIS CHRISTIANA, Agentur- und Fachhändlererträge – jüngere Rechtsprechung und aktuelle Probleme, in: Arter [Hrsg.], Vertriebsverträge, 2007, 54 f., 64, 90; KULL MICHAEL/WILDHABER CHRISTOPH, Schweizer Vertriebsrecht, 2012, § 15 Ziff. 9; STRAUB RALF MICHAEL, in: Münch/Böhringer/Lehne/Probst [Hrsg.], Schweizerisches Vertragshandbuch, 2. Aufl. 2010, Fachhändlervertrag 0.2 f.). Zudem weist ein Vertriebspartner ein besonderes Interesse am Abschluss eines Vertriebsvertrags als Dauerschuldverhältnis auf, weil er nur auf diese Weise in die Absatzmittlungskette für das Produkt einbezogen wird. Daher kann es unter bestimmten Umständen auch nicht zu beanstanden sein, wenn dem Vertriebspartner im Gegenzug gewisse Einschränkungen seiner Handlungsfreiheit im Hinblick auf den Vertrieb der jeweiligen Vertriebsprodukte oder sonstiger Produkte auferlegt werden. Demgegenüber ist ein vergleichbares Interesse auf Seiten eines Veranstalters von vornherein nicht vorhanden. Deshalb können Einschränkungen seiner Handlungsfreiheit nicht einfach ohne entsprechenden Nachweis mit besonderen Verpflichtungen im Vertriebsverhältnis gleichgestellt werden.

2) Relevanter Markt

308. Bei Vorliegen einer Wettbewerbsabrede ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen, auf den sich das koordinierte Verhalten der Unternehmen nachteilig auswirkt, weil nur dann eine ausreichende Feststellung gemäß Art. 5 Abs. 1 KG über die Beseitigung oder die Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorgenommen werden kann (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Abs. 1 Rn. 110; BORER, *KG*, Art. 5 Abs. 9; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK-KG*, Art. 5 Rn. 99; REINERT, *SHK-KG*, Art. 5 Rn. 2).

309. Als relevant sind dabei diejenigen Märkte zu qualifizieren, deren Abläufe von der Wettbewerbsabrede be-

einflusst werden (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Abs. 1 Rn. 110; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK-KG*, Art. 5 Rn. 99). Dies ist bei allen Märkten der Fall, in denen der Einsatz des durch die Wettbewerbsabrede gestalteten Wettbewerbsparameters zu einer Veränderung der Bedingungen für die Teilnahme am wirtschaftlichen Marktgeschehen durch andere Wirtschaftsteilnehmer führt.

310. Für die Abgrenzung des relevanten Markts im Rahmen von Art. 5 KG sind prinzipiell die gleichen Aspekte wie für eine Abgrenzung des sachlich relevanten Markts gemäss Art. 7 KG zugrunde zu legen. Daher kann hier auf die allgemeinen Erläuterungen zur Abgrenzung des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markts verwiesen werden, die vorstehend zum missbräuchlichen Verhalten gemäss Art. 7 KG durch die AGH dargelegt wurden (E. 31 f., 52 f., 148 f., 165 f.).

311. Darüber hinaus ist für eine Abgrenzung des relevanten Markts vorliegend zu beachten, dass die Ticketing-Kooperationsabrede zwischen AGH und Ticketcorner insoweit eine atypische Regelung darstellt, als es sich hierbei weder um eine horizontale noch um eine vertikale, sondern um eine sonstige Vereinbarung handelt. Dabei binden sich zwei Unternehmen, die jeweils in zwei verschiedenen Geschäftsbereichen tätig sind, in der Weise, dass sie ihre Tätigkeit in ihren jeweiligen Geschäftsbereichen der Abrede unterstellen. Dadurch werden auch die beiden Geschäftsbereiche miteinander verknüpft. Daher erfasst die Ticketing-Kooperationsabrede nicht nur einen einzigen Geschäftsbereich – wie dies bei anderen Abreden regelmässig der Fall ist –, sondern sie nimmt sowohl den Geschäftsbereich der Veranstaltungslokalitäten als auch den Geschäftsbereich des Ticketings in Bezug. Denn die Festlegung des massgeblichen Geschäftspartners für das Ticketing führt zu Lasten der Veranstalter sowohl auf dem Markt für Veranstaltungslokalitäten als auch auf dem Markt des Ticketings zu einer Veränderung der Geschäftsverhältnisse. Demzufolge ist eine Markt-abgrenzung jeweils hinsichtlich dieser Geschäftsbereiche vorzunehmen.

312. Diese Ausgangslage legt auch die Vorinstanz ihrer Beurteilung in der angefochtenen Verfügung zu Grunde.

a) Markt für Veranstaltungslokalitäten

313. Im Hinblick auf eine Abgrenzung des relevanten Markts im Geschäftsbereich der Veranstaltungslokalitäten kommt die Vorinstanz zum Ergebnis, dass anders als im Rahmen der Beurteilung eines marktbeherrschenden Verhaltens der AGH ein engerer Markt abzugrenzen sei. Daher seien nicht alle Veranstaltungen, sondern nur diejenigen mit Ticketverkauf zu berücksichtigen. Dies käme auch in den unterschiedlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen der AGH zum Ausdruck.

314. Auch wenn diese Markt-abgrenzung der Vorinstanz der zutreffenden Markt-abgrenzung näher kommt, ist sie im Ergebnis dennoch unzureichend.

315. Für die zutreffende Abgrenzung des relevanten Markts der Veranstaltungslokalitäten kann auf die vorstehenden Ausführungen zum missbräuchlichen Verhalten der AGH verwiesen werden (E. 31 ff.). Danach lässt sich zumindest ein Markt der Veranstaltungslokalitäten

für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz abgrenzen (E. 170). Soweit die Vorinstanz im Rahmen der notwendigen Neuurteilung feststellen sollte, dass aufgrund weiterer Kriterien eine engere Marktabgrenzung vorzunehmen ist, findet diese engere Marktabgrenzung Anwendung.

316. Einer Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit der Ticketing-Kooperationsabrede gemäss Art. 5 KG ist daher zum einen der Markt für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz zugrunde zu legen.

b) Markt des Ticketings

317. Im Hinblick auf eine Abgrenzung des relevanten Markts im Geschäftsbereich des Ticketings kommt die Vorinstanz zum Ergebnis, dass ein einziger Markt in der Schweiz für den Ticketverkauf besteht.

318. Die Vorinstanz bezieht sich dabei im Wesentlichen auf eine Abklärung des Geschäftsbereichs des Ticketings in der Vergangenheit, die jedoch zu keiner rechtsverbindlichen Festlegung des relevanten Markts bzw. der relevanten Märkte in diesem Geschäftsbereich geführt hatte. Zudem fassen die einzelnen Aussagen auf den Stellungnahmen der Parteien, während kaum verifizierte Daten und Informationen in die Darstellung einbezogen werden.

319. Vorliegend kann für die Beurteilung der konkreten Beschwerde auf eine genauere Abklärung des relevanten Markts als Bezugspunkt einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG allerdings verzichtet werden. Denn vor dem Hintergrund der bislang bekannten Informationen ist nicht davon auszugehen, dass eine Marktabgrenzung vorgenommen werden kann, die über den Bereich des Ticketings für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz hinausgehen und zu einem noch engeren Markt führen würde. So betreffen die für eine allfällige engere Marktabgrenzung im Bereich der Veranstaltungsorte in Frage stehenden Aspekte vornehmlich die Infrastruktur der Veranstaltungsorte, die sich nicht in einer Beurteilung des Ticketingmarkts niederschlagen. Damit würde sich auch für den Geschäftsbereich des Ticketings bei einer Differenzierung lediglich der gleiche relevante Markt wie für den Bereich der Veranstaltungsorte ergeben. Wie aufzuzeigen sein wird, führt auch die Berücksichtigung des Gesamtmarkts des Ticketings in der Schweiz nicht zu einem anderen Ergebnis.

3) Wettbewerbsbeseitigung

320. Da eine Wettbewerbsbeseitigung im Gegensatz zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung keiner Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zugänglich ist, bleibt zunächst vorrangig zu prüfen, ob die von der Ticketing-Kooperationsabrede bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu einer Beseitigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt führt.

321. Eine Wettbewerbsbeseitigung liegt vor, wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt infolge der jeweiligen Abrede vollständig ausgeschlossen wird, so dass kein relevanter Restwettbewerb mehr vorhanden ist (vgl. BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 8.3.2). Dabei kann ein allfälliger Restwettbewerb aus Aussenwettbe-

werb zwischen den Absatzmittlern von verschiedenen Produkten („Interbrand-Wettbewerb“) oder aus Innenwettbewerb zwischen den Absatzmittlern des gleichen Produkts („Intrabrand-Wettbewerb“) bestehen (vgl. BVGer, 1.6.2010, B-420/2008, *Implenia (Ticino) AG gg. Weko*, zit. *Tessiner Strassenbelagskartell*, E. 9.2.4 m.w.H.; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 8.1; *Botschaft KG 1995*, 556, Ziff. 231 a.E.).

322. Gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG besteht für bestimmte horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden jeweils eine widerlegbare Vermutung, dass sie zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen. Dabei handelt es sich um Preis-, Gebiets-, Mengen- und Kundenabreden.

323. Bei der Ticketing-Kooperationsabrede handelt es sich – wie vorstehend dargestellt – weder um eine horizontale oder vertikale Wettbewerbsabrede noch ist sie als Preis-, Gebiets-, Mengen- oder Kundenabrede zu qualifizieren (E. 304 f.). Selbst bei einer Qualifizierung der Ticketing-Kooperationsabrede als Kundenabrede aufgrund der faktischen Ähnlichkeit zu einer Marktaufteilungsregelung sowie einer analogen Anwendung der Vermutungsregelung auf andere als horizontale oder vertikale Wettbewerbsabreden aufgrund einer entsprechenden Auslegung der Vorschrift führt dies aus den nachfolgend aufgeführten Gründen dennoch nicht zur Feststellung einer Wettbewerbsbeseitigung.

324. Im vorliegenden Sachverhalt ist zu berücksichtigen, dass im massgeblichen Zeitraum in der Deutschschweiz in den Grosshallen Postfinance Arena Bern und St. Jakobshalle Basel Mega-Einzel-Bühnenshows durchgeführt werden konnten und – wenn auch nur in einem geringen Umfang – tatsächlich durchgeführt wurden. Aufgrund der dem Gericht vorliegenden Informationen ist daher davon auszugehen, dass der Wettbewerb auf dem Markt für Veranstaltungsorte für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz nicht vollständig beseitigt wurde.

325. Gleiches gilt auch für den Markt des Ticketings, weil offensichtlich nicht sämtliche Ticketingunternehmen durch die Ticketing-Kooperationsabrede in Bezug auf alle Veranstaltungen ausgeschaltet wurden.

326. Entsprechende Rügen der Beschwerdeführerinnen wurden denn auch von den Beschwerdeführerinnen nicht erhoben und die Vorinstanz hat auch keine entsprechenden Feststellungen getroffen.

4) Wettbewerbsbeeinträchtigung

327. Dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG kommt – wie auch dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeseitigung – gegenüber dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 4 Abs. 1 KG grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung in Bezug auf den Inhalt der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb zu.

328. Wettbewerbsbeeinträchtigung und Wettbewerbsbeseitigung bilden vielmehr die in Art. 5 KG statuierten Varianten einer Wettbewerbsbeschränkung im Hinblick auf das unterschiedliche Ausmass der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb (vgl. *Botschaft KG 95*, 516, Ziff. 144.1; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Abs. 1 Rn. 107; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 6; DA-

VID/JACOBS, *WBR*, Rn. 611; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK-KG*, Art. 5 Rn. 2, 150; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.150; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 355). Während für die Wettbewerbsbeseitigung ein vollständiger Ausschluss des Wettbewerbs erforderlich ist (E. 321), genügt für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung eine erhebliche, d.h. eine gewisse nachteilige Einwirkung. Diese Differenzierung führt wiederum zur divergierenden Möglichkeit der Geltendmachung einer Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG. Mit dem Begriffspaar „Wettbewerbsbeeinträchtigung“ und „Wettbewerbsbeseitigung“ wird demzufolge im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG die notwendige sprachliche Unterscheidung für diese Differenzierung vorgenommen (a.A. zum terminologischen Aspekt ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 355). Ansonsten entspricht der Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung wie auch dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG

329. Bislang nicht abschliessend geklärt ist der Aspekt, ob eine wettbewerbsrechtliche Verhaltenskoordination, die sich auf eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung oder auf eine unverbindliche Abmachung abstützt, einer Umsetzung, d.h. innerbetrieblicher Massnahmen auf Seiten der beteiligten Unternehmen, bedarf, damit von einer Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen werden kann, oder ob hierfür bereits die Herbeiführung der rechtsgeschäftlichen bzw. faktischen Einigung durch die Parteien ausreichend ist. Bei einer Wettbewerbsabrede in Form eines abgestimmten Verhaltens und bei Vorliegen einer Wettbewerbsbeseitigung ergibt sich die (innerbetriebliche) Umsetzung bereits als notwendige Folge der entsprechenden Feststellungen zu diesen Aspekten und bedarf keiner gesonderten Abklärung. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Aspekt einer (innerbetrieblichen) Umsetzung von vornherein vom Aspekt des Eintritts tatsächlicher Auswirkungen auf dem Markt und deren Feststellung im Verfahren (vgl. E. 366) zu unterscheiden ist (vgl. STRAUB RALF MICHAEL, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, *AJP* 2016, 559, zit. *Erheblichkeit*, 561 Fn. 17), wobei diese Differenzierung vielfach unterbleibt (ausführlich nun BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 7.2.1 m.w.H.).

330. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass das Potenzial zur Entfaltung von nachteiligen Einwirkungen auf den Wettbewerb bereits mit Herbeiführung der rechtsgeschäftlichen bzw. faktischen Einigung gegeben ist (vgl. BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 4; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 607; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 607). Hierfür spricht auch der Umstand, dass die Wettbewerbsbehörden bei frühzeitiger Kenntniserlangung von einer wettbewerbswidrigen Abrede nicht erst eine Umsetzung und den tatsächlichen Eintritt einer nachteiligen Einwirkung zu Lasten sonstiger Wirtschaftsteilnehmer abzuwarten hätten, um Massnahmen gegenüber dem wettbewerbswidrigen Verhalten treffen zu können.

331. Demgegenüber wurde in der Praxis im Einzelfall der Einwand des „nicht gelebten Vertrags“ zugelassen und geprüft (vgl. BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 12.1; BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 7). Da sich die Abwicklung von Geschäftsbeziehungen in der Wirtschaftspraxis

tatsächlich von den einmal getroffenen Regelungen rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen lösen kann, ist dieser Einwand auch nicht einfach als hypothetisch zu qualifizieren, sondern bedarf im Einzelfall entsprechender Feststellungen, auch wenn er in der Rechtspraxis bislang zumeist der Verteidigungsstrategie der betroffenen Unternehmen zuzuordnen war.

332. Falls von vornherein keinerlei nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb ausgehen können, weil die beteiligten Unternehmen zwar untereinander eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung oder eine unverbindliche Abmachung getroffen haben, ihr Verhalten gegenüber Dritten ungeachtet dessen aber weder bewusst noch unbewusst in keiner Weise an dieser Vereinbarung oder Abmachung ausrichten, liegt letztlich auch keine durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung oder eine unverbindliche Abmachung hervorgerufene Verhaltenskoordination mit beschränkender Wirkung vor (im Ergebnis ebenso NYDEGGER/NADIG, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 1 Rn. 66).

333. Ungeachtet der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes haben die Parteien einer nachgewiesenen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung oder einer unverbindlichen Abmachung aufgrund der sich gemäss Art. 40 KG, Art. 13 VwVG oder aus Treu und Glauben ergebenden Mitwirkungspflicht (vgl. BGE 132 II 115 E. 3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rn. 994; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *WW-VwVG*, Art. 12 Rn. 50 f.; Art 13 Rn. 3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 1.50) ausreichende Tatsachen darzulegen, aus denen sich die fehlende Verwirklichung des vereinbarten bzw. abgemachten Inhalts durch die Parteien ergibt. Denn das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung oder einer unverbindlichen Abmachung begründet aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung die Vermutung einer tatsächlichen Umsetzung durch die beteiligten Parteien (im Ergebnis so bereits BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 7.2.2). Diese Vermutung gilt uneingeschränkt für rechtsgeschäftliche Vereinbarungen entsprechend dem Grundsatz *pacta sunt servanda* (vgl. BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 7.2.2) und in abgeschwächter Form auch für unverbindliche Abmachungen. Dieser starke oder abgeschwächte Rechtsschein der Umsetzung sowie im Einzelfall zusätzlich vorhandene Anhaltspunkte für eine Einhaltung der Vereinbarung oder Abmachung können nur durch gegenteilige, entsprechend überzeugende Tatsachen von Seiten der Parteien entkräftet werden. Werden von den Parteien keine entsprechenden Tatsachen vorgebracht, ist von einer Umsetzung der Vereinbarung oder Abmachung auszugehen.

334. Diese Einschätzung einer notwendigen Umsetzung von Wettbewerbsabreden schliesst zum einen nicht aus, dass die Wettbewerbsbehörden im Einzelfall bereits hinsichtlich einer potentiellen Verwirklichung der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung bzw. der unverbindlichen Abmachung Feststellungen treffen und im Rahmen der Gefahrenabwehr Anordnungen zur Kontrolle des zukünftigen rechtmässigen Verhaltens aussprechen können.

335. Zum anderen wird durch die Verneinung einer Wettbewerbsbeschränkung aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung oder einer unverbindlichen

Abmachung keine Feststellung über das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung aufgrund einer abgestimmten Verhaltensweise vorgenommen. Eine solche ist immer dann gegeben, wenn sich die Unternehmen in Kenntnis des Inhalts der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung bzw. der unverbindlichen Abmachung und den diesen zugrundeliegenden Informationen – wenn auch in anderer Weise als ursprünglich vorgesehen – konform verhalten.

336. Vorliegend ist die Beurteilung einer erfolgten Umsetzung eindeutig, weil die Ticketing-Kooperationsklausel von den beteiligten Unternehmen unzweifelhaft angewandt wurde. Zur Umsetzung der Ticketing-Kooperationsklausel musste die AGH die Ticketingklausel gegenüber den Veranstaltern in den Nutzungsverträgen für das Hallenstadion verwenden. Dies hat die AGH offensichtlich getan, indem sie die Ticketingklausel in ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen eingestellt und diese auf ihrer Webseite als Bedingung für die Nutzung des Hallenstadions publik gemacht hatte.

337. Demzufolge liegt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vor.

5) Erheblichkeit

338. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG nur dann wettbewerbswidrig, wenn sie erheblich ist. Das Gesetz selbst weist keine Umschreibung oder inhaltliche Bestimmung der Erheblichkeit auf.

339. Bislang ist der Inhalt der Erheblichkeit nicht bis in alle Einzelheiten höchstrichterlich festgelegt. Der Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Erheblichkeit ist vor dem Hintergrund verschiedener Anpassungen durch die Wettbewerbspraxis in der Vergangenheit (vgl. zur Entwicklung AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Rn. 129 f.; BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, 20 Jahre – und kein bisschen weiter?, Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 KG, AJP 2015, 1529, zit. 20 Jahre; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK-KG*, Art. 5 Rn. 168 f.) und widerstreitenden Ansichten in der Literatur zu bestimmen (vgl. BALDI MARINO, "Zweimal hü und zweimal hott" beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 1, zit. Hü und Hott; BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, Das Gaba-Urteil des BVGer als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014, 501, zit. *Markstein*, 509; DIES., Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“, AJP 2015, 269, zit. *Baubeschläge*; BAUDENBACHER CARL, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht, Jusletter 2.2.2015, zit. *Zungen*; BADENBACHER LAURA MELUSINE, Schutz von Schweizer Konsumenten vor absoluten Gebietsabreden, Jusletter 2.5.2016, zit. *Schutz*; BREITENMOSER STEPHAN, Beweis- und verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, Jusletter 20.4.2015, zit. *Fragen*; CARRON BLAISE/KRAUSKOPF PATRICK L., Art. 5 und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, Jusletter 30.5.2016, zit. *Wettbewerbsbeeinträchtigung*; GIGER GION, Bundesverwaltungsgericht hebt die Verfügung der Wettbewerbskommission in Sachen Altimum SA auf, dRSK 2.2.2016, zit. *Altimum*; HAGER PATRICIA M./MURER ANGELIKA S., Wie hast du's mit der Erheblichkeit?, recht 2015, 197, zit. *Erheblichkeit*; HEINEMANN ANDREAS, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter

29.6.2015, zit. *Erheblichkeit*; JACOBS RETO, Entwicklungen im Kartellrecht 2014, SJZ 2015, 229, zit. *Entwicklungen* 2014; JACOBS RETO, Entwicklungen im Kartellrecht 2013, SJZ 2014, 229, zit. *Entwicklungen* 2013; STRAUB RALF MICHAEL, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559, zit. *Erheblichkeit*; WALKER ANJA, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, Jusletter 10.2.2014, zit. *Gaba*; ZIMMERLI DANIEL, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen „Fensterbeschläge“, dRSK 10.4.2015; zit. *Fensterbeschläge*; ZURKINDEN PHILIPP, Wie erheblich ist Erheblichkeit?, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], *Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht*, 2016, 35, zit. *Erheblichkeit*). Allerdings hat das jüngste Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba – das im Rahmen einer mündlichen Verhandlung des Gerichts bekannt gegeben wurde und für das bislang noch keine schriftliche Urteilsbegründung vorliegt (vgl. BGer, 28.6.2016, 2C_180/2014, Gaba International AG gg. Weko, zit. *Gaba*, Pressemitteilung vom 28.6.2016 unter www.bger.ch/press-news-2c_180_2014-t.pdf) – nunmehr für bestimmte Sachpunkte unter Vorbehalt der schriftliche Erwägungen zu einer Klärung geführt.

a) Regelungszweck

340. Die inhaltliche Bestimmung der zu berücksichtigenden Detailspekte der Erheblichkeit hängt wesentlich vom Regelungszweck dieses Tatbestandsmerkmals ab. In der Literatur ist umstritten, ob es sich hierbei um eine Bagatellklausel oder um eine „BBV-Regelung“ („Regelung von besonders bedeutsamen Varianten“; vgl. STRAUB, *Erheblichkeit*, 560) handelt. Der Charakter als Bagatellklausel hätte zur Folge, dass damit allein geringfügige Sachverhalte von der Unzulässigkeit ausgenommen werden sollen; den Schwerpunkt der wettbewerbsrechtlichen Prüfung bildet in diesem Fall der „Effizienztest“ als mögliche Rechtfertigung einer festgestellten Beschränkung des Wettbewerbs durch die in Frage stehende Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG (vgl. BALDI/SCHRANER, *Markstein*, 510; STRAUB, *Erheblichkeit*, 563). Demgegenüber würde der Zweck als BBV-Regelung bedeuten, dass der Regelung nur besonders bedeutsame Varianten einer Wettbewerbsbeeinträchtigung zu unterstellen wären; den Schwerpunkt der wettbewerbsrechtlichen Prüfung bildet dann das Merkmal der Erheblichkeit (vgl. BALDI/SCHRANER, *Markstein*, 510; CARRON/KRAUSKOPF, *Wettbewerbsbeeinträchtigung*, Rn. 8).

341. Für die Qualifizierung als Bagatellklausel werden die gesetzgeberische Intention einer Verwaltungsvereinfachung einschliesslich der konzeptionellen Annäherung an das EU-Wettbewerbsrecht sowie eine systematische und teleologische Auslegung geltend gemacht (vgl. BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, 1531; HAGER/MURER, *Erheblichkeit*, 204 f.; HINEMANN, *Erheblichkeit*, Rn. 11, 29; STRAUB, *Erheblichkeit*, 560 f.; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 397 a.E.).

342. Für die Qualifizierung als BBV-Regelung wird vor allem die Interpretation der verfassungsrechtlichen Formulierung in Art. 94 BV und des darauf aufbauenden Zweckartikels des Kartellgesetzes als Missbrauchsgesetzgebung geltend gemacht, welche auch einen wesentlichen Unterschied zur Ausgestaltung des EU-

Wettbewerbsrechts darstellen würde, woraus sich die Notwendigkeit zur Feststellung von besonderen Einwirkungen auf den Wettbewerb ergäbe (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Rn. 119 f.; CARRON/KRAUSKOPF, *Wettbewerbsbeeinträchtigung*, Rz. 8, 12; JACOBS, *Entwicklungen 2014*, 231; NEFF KLAUS, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2010, zit. *BSK-KG*, Art. 6 Rn. 5 f.).

343. Gegen letztere Ansicht spricht allerdings bereits der Umstand, dass nach heute vorherrschender Auffassung allein die formale Ausgestaltung des Wirtschaftsverfassungsrechts keine inhaltliche Vorgabe für die konkrete Behandlung einer bestimmten wirtschaftlichen Verhaltensweise darstellt, weil die Unterschiede in den verschiedenen Ansätzen der Ausgestaltung lediglich rechtstechnischer und nicht substanzieller Art sind (vgl. BVGer, B-7633/2009, *Swisscom ADSL II*, E. 170, mit Verweis auf BALDI/SCHRANER, *Baubeschläge*, Ziff. 3; BORER, *KG*, Art. 1 Rn. 8, Art. 5 Rn. 5; GUGLER PHILIPPE/ZURKINDEN PHILIPP, *Internationale Bezüge des Wettbewerbsrechts*, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, 2005, 78 ff.; HEINEMANN ANDREAS, *Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext*, 2009, 43 ff., 46 f.; JACOBS RETO, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung*, 3. Aufl. 2014, Art. 96 Rn. 23; RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 20 Rn. 25, 52 f.; RUBIN, *SHK-KG*, Art. 1 Rn. 4; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 127; vgl. ebenso ZURKINDEN, *Erheblichkeit*, 47). Dies gilt umso mehr, als eine typologische Abgrenzung von einer sogenannten schweizerischen Missbrauchsgesetzgebung und einer europäischen Verbotsgesetzgebung durch den Wechsel von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu einem Verbot mit Legalausnahme in der Europäischen Union einerseits und der Einführung von direkten Sanktionen in der Schweiz andererseits konzeptionell überholt ist (vgl. BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 7.2.1, S. 47; BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, 1533 f.). Zudem besteht sowohl im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union als auch im schweizerischen Kartellrecht im Einzelfall die Möglichkeit einer Rechtfertigung von wettbewerbsbeeinträchtigenden erheblichen Abreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz, auch wenn ein entsprechender Nachweis umso schwieriger zu erbringen sein wird, je schwerwiegender die jeweilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausfällt. Deshalb wird zum einen ein absolutes Verbot bzw. ein per se-Verbot seitens der kartellrechtlichen Vorschriften nicht statuiert und zum anderen ist dadurch implizit immer auch eine ausreichende Einzelfallwürdigung der tatsächlich auftretenden Einwirkungen einer Abrede gegeben (im Ergebnis so bereits BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 11.1.8, 11.3.4 m.w.H.; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 9.1.4 m.w.H.).

344. Zudem stellen auch Bagatellsachverhalte eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb dar (so ausdrücklich die *Botschaft KG 1995*, 554 Ziff. 231.1; vgl. ebenso BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 17; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 610; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK-KG*, Art. 5 Rn. 16; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.152), weshalb sie ohne Weiteres dem Begriff der schädlichen Auswirkungen im

Wettbewerbsartikel der Bundesverfassung und dem Zweckartikel des Kartellgesetzes zugeordnet werden können (vgl. HEINEMANN, *Erheblichkeit*, 13, der darauf hinweist, dass Art. 96 Abs. 1 BV keine Anforderungen an die Intensität des Schadens stellt).

345. Darüber hinaus widerspricht eine Durchführung von umfangreichen Analysen im Einzelfall der gesetzgeberischen Intention einer Verwaltungsvereinfachung (vgl. *Botschaft KG 1995*, 554, 516 a.E., 517). Denn sie führen nicht nur zu einem erhöhten Aufwand und zu zeitlichen Verzögerungen, sondern auch zu erhöhter Rechtsunsicherheit für die Unternehmen (vgl. BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, 1535; DIES., *Hü und Hott*, 315; HAGER/MURER, *Erheblichkeit*, 201; STRAUB, *Erheblichkeit*, 566). Dies wird letztlich auch von Befürwortern einer Einzelfallanalyse bestätigt, wenn ausgeführt wird, dass die Prüfung der Auswirkungen im Rahmen einer Alternativbegründung zusätzlich zu einer per se-Ableitung der Erheblichkeit zur Ineffizienz der Wettbewerbsbehörden führe und Rechtsunsicherheit für die Unternehmen verursache (vgl. CARRON/KRAUSKOPF, *Wettbewerbsbeeinträchtigung*, Rn. 18).

346. Aufgrund der mündlichen Verhandlung des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* ist von Seiten des Gerichts nunmehr davon auszugehen und einer Neu Beurteilung durch die Vorinstanz zugrunde zu legen – soweit die schriftliche Urteilsbegründung keine gegenteiligen Schlussfolgerungen erfordert –, dass dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit der Regelungszweck einer Bagatellklausel beizumessen ist.

b) Beurteilungsgrundlage

347. Die massgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Erheblichkeit sind nach heute übereinstimmender Ansicht grundsätzlich eine qualitative Komponente in Form der sog. qualitativen Erheblichkeit und eine quantitative Komponente in Form der quantitativen Erheblichkeit (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.2.1; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 9.1.4; BVGer, B-3332/2012; *BMW*, E. 9.1.4; BVGer, B-5685/2012, *Altimum*, E. 6.3.4; WEKO, 19.10.2015, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*, Booking.com BV und HRS - Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH sowie Expedia, Inc. u.a., RPW 2016/1, 67, zit. *Hotellplattformen*, Ziff. 175; WEKO, 29.6.2015, *Saiteninstrumente [Gitarren und Bässe] und Zubehör*, Musik Olar AG, www.weko.admin.ch/weko/Aktuell/Letzte-Entscheide.html [zit. HP Weko], zit. *Saiteninstrumente*, Ziff. 131; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Rn. 135; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 20; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 616; MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, 92; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.320). Aufgrund der mündlichen Verhandlung des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* ist von Seiten des Gerichts nunmehr davon auszugehen und einer Neu Beurteilung durch die Vorinstanz zugrunde zu legen – soweit die schriftliche Urteilsbegründung keine gegenteiligen Schlussfolgerungen erfordert –, dass die Gesamterheblichkeit eine qualitative und eine quantitative Komponente umfasst.

348. Der Beurteilungsmechanismus für die Feststellung der Gesamterheblichkeit bestimmt sich dabei nach heute überwiegender Ansicht grundsätzlich aufgrund einer Gesamtschau von qualitativer und quantitativer Erheb-

lichkeit (vgl. BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 11.1.8; BVGer, B-3332/2012; BMW, E. 9.1.4; BVGer, B-5685/2012, *Altimum*, E. 6.3.4, allerdings mit abweichender Prüfung für den konkreten Einzelfall in E. 6.4; BALDI, *Hü und Hott*, 5; BALDI/SCHRANER, *Markstein*, 509; BAUDENBACHER, *Zungen*, Rn. 3; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 23; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 616; HEINEMANN, *Erheblichkeit*, Rn. 30; MARTENET/HEINEMANN *Concurrence*, 92; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.328). Danach ist es nicht erforderlich, dass beide Komponenten im Sinne einer doppelten Erfüllung je für sich betrachtet als erheblich zu qualifizieren sind (a.A. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Rn. 174; CARRON/KRAUSKOPF, *Wettbewerbsbeeinträchtigung*, Rn. 13; NEFF, *BSK-KG*, Art. 6 Rn. 5, 7). Vielmehr reicht es aus, dass bei einer Gesamtwürdigung der qualitativen und quantitativen Einwirkung insgesamt die Schwelle zur Erheblichkeit überschritten wird. Dabei kann eines der beiden Kriterien solch einen schwerwiegenden nachteiligen Eingriff darstellen und damit für die Gesamtbeurteilung eine derartige Bedeutung erlangen, dass das andere Kriterium selbst nur geringfügig ausgeprägt sein muss. Aufgrund der mündlichen Verhandlung des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* ist von Seiten des Gerichts nunmehr davon auszugehen und einer Neuurteilung durch die Vorinstanz zugrunde zu legen – soweit die schriftliche Urteilsbegründung keine gegenteiligen Schlussfolgerungen erfordert –, dass die Gesamterheblichkeit aufgrund einer Gesamtschau von qualitativer und quantitativer Erheblichkeit zu beurteilen ist.

349. Im Hinblick auf die Gesamtschau als Beurteilungsmechanismus ist umstritten, ob und inwieweit bereits aus der qualitativen Erheblichkeit ohne weitere Beachtung der quantitativen Erheblichkeit auf die Gesamterheblichkeit geschlossen werden kann (vgl. *Botschaft KG 1995*, 566, wonach die Erheblichkeit von horizontalen Vermutungsabreden „in der Regel“ gegeben sei). Das Bundesverwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass eine solche automatische Ableitung jedenfalls bei Gebietsabreden, die den Vermutungsabreden des Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zuzuordnen sind, grundsätzlich vorgenommen werden kann (vgl. BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 11.1.8; BVGer, B-3332/2012; BMW, E. 9.1.4; gemäss BVGer, B-5685/2012, *Altimum*, E. 6.3.4, handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung). Diese Ableitung hat in der Literatur zum Teil Zustimmung erfahren (vgl. BALDI/SCHRANER, *Baubeschläge*, 273; DIES., *Markstein*, 510; BAUDENBACHER, *Zungen*, Rn. 7; HAGER/MURER, *Erheblichkeit*, S. 207; HEINEMANN, *Erheblichkeit*, Rn. 21; WALKER, *Gaba*, 13, Ziff. III.). Zum Teil wurde eine solche automatische Ableitung abgelehnt unter Hinweis auf systematische Aspekte (vgl. STRAUB, *Erheblichkeit*, 568 f.; ebenso ZURKINDEN, *Erheblichkeit*, 48, wonach unter Verweis auf EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires* gg. EU-Kom, EU:C:2014:2204, die Prüfung zur Herbeiführung erheblicher Beeinträchtigungen nicht nur rein formeller Natur sein dürfe) oder mit Verweis auf die Notwendigkeit, angesichts des im Kartellgesetz massgeblichen Missbrauchsprinzips im Einzelfall eine nachteilige Einwirkung festzustellen (vgl. GIGER, *Altimum*, Rn. 19; JACOBS, *Entwicklungen 2014*, 232; ZIMMERLI, *Fensterbeschläge*, Rn. 18; allgemein bereits vorgängig BORER *KG*, Art. 5 Rn. 22; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 682; NEFF, *BSK-KG*, Art. 6 Rn. 7; WE-

BER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.320, anders allerdings in Rn. 3.223). Das Bundesgericht hat mit seinem *Gaba*-Urteil nunmehr festgehalten, dass für Gebietsabreden – und damit wohl für alle Vermutungsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG – aufgrund des Schweregrads des nachteiligen Eingriffs in den Wettbewerb eine solche unmittelbare Ableitung im Einzelfall vorgenommen werden kann. Aus der mündlichen Begründung dieses Urteils ergibt sich nicht, ob diese Ableitung für bestimmte einzelne Wettbewerbsabreden, die ähnlich schwerwiegende Einwirkungen auf den Wettbewerb aufweisen, im Einzelfall ebenfalls zur Anwendung gelangen kann, oder ob sie auf die Vermutungsabreden des Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beschränkt ist.

c) Qualitative Erheblichkeit

350. Den Gegenstand der qualitativen Erheblichkeit bildet nach Ansicht der bisherigen Rechtsprechung die Art des jeweils von der Abrede erfassten Wettbewerbsparameters (vgl. BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.2.1.; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 11.2.4; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 9.1.4; BVGer, B-5685/2012, *Altimum*, E. 6.2). Dieser Einschätzung entsprechen die bisherige Praxis der Wettbewerbskommission und auch die ganz herrschende Ansicht in der Literatur (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Rn. 135; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 21; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 615; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK-KG*, Art. 5 Rn. 186; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.322). Aufgrund der mündlichen Verhandlung des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* ist von Seiten des Gerichts nunmehr davon auszugehen und einer Neuurteilung durch die Vorinstanz zugrunde zu legen – soweit die schriftliche Urteilsbegründung keine gegenteiligen Schlussfolgerungen erfordert –, dass die Art des Wettbewerbsparameters für die Beurteilung der qualitativen Erheblichkeit massgeblich ist.

Mit diesem Kriterium wird der generelle Schweregrad der Einwirkung auf den Wettbewerb erfasst, die sich aus der Abrede ergibt. Für die Bestimmung dieses generellen Schweregrads ist die grundsätzliche Bedeutung der betreffenden Abrede für die Durchführung von entsprechenden Geschäften auf dem relevanten Markt aufgrund einer allgemeinen Qualifizierung heranzuziehen.

351. Eine Klassifizierung der qualitativen Erheblichkeit einzelner Wettbewerbsabreden hat zum einen die in der Wirtschaftspraxis möglichen divergierenden Bedeutungen, die Wettbewerbsabreden allgemein oder bereichsspezifisch aufweisen können, zu beachten und zum anderen eine möglichst einfache und eindeutige Qualifizierung zur Gewährleistung von Rechtssicherheit sicherzustellen. Hierzu stehen verschiedene Varianten einer singulären oder generellen Beurteilung von Wettbewerbsabreden zur Verfügung. In Praxis und Literatur werden unterschiedliche Ansätze geltend gemacht.

352. In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass die Einwirkung auf den Wettbewerb mit Ausnahme bei Vermutungsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unter Berufung auf das bestehende Missbrauchsprinzip nur aufgrund einer individuellen Einzelfallanalyse unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls sowie der kausalen Verursachung der Einwirkung durch die jeweilige Abrede festgestellt werden kann (vgl.

CARRON/KRAUSKOPF, *Wettbewerbsbeeinträchtigung*, Rn. 8, 12 mit Verweis auf AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Rn. 135 f., und KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK-KG*, Art. 5 Rn. 54 f.). Hinsichtlich dieser Auffassung sind prinzipiell die vorstehend dargelegten Vorbehalte anzubringen, die sich aus der Qualifizierung des Erheblichkeitsmerkmals als Bagatellklausel ergeben (vgl. E. 343 f.).

353. Im Europäischen Wettbewerbsrecht wurden mit den Gruppenfreistellungsverordnungen besondere rechtsverbindliche Regelungen für eine generelle Qualifizierung von Wettbewerbsabreden geschaffen, die auf der jahrzehntelangen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Entscheidpraxis der EU-Kommission beruhen. Dabei werden im Rahmen von allgemeinen und bereichsspezifischen Regelungen – unter Einbeziehung von Marktanteilen als Element der quantitativen Erheblichkeit – Anwendungsverbote für bestimmte Wettbewerbsabreden mit prinzipiellen Freistellungen für sonstige Wettbewerbsabreden kombiniert. Ein Abweichen hiervon ist nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Daneben müssen für alle von den Gruppenfreistellungsverordnungen nicht erfassten Sachverhaltskonstellationen auch weiterhin singuläre Qualifizierungen vorgenommen werden. Insgesamt ergibt sich demzufolge eine gewisse Gemengelage an unterschiedlichen Regelungen. Im Hinblick auf die grundsätzliche rechtsvergleichende Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts (vgl. E. 247) kann es sachgerecht sein, die sich daraus ergebende generelle inhaltliche Beurteilung von bestimmten Wettbewerbsabreden für deren Qualifizierung im Einzelfall zu berücksichtigen.

354. Die Wettbewerbskommission hat ebenfalls Regelungen zur generellen Qualifizierung der qualitativen – wie auch der quantitativen – Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden in Form der Vertikalbekanntmachung, der Kfz-Bekanntmachung und der KMU-Bekanntmachung in ausdrücklicher Anlehnung an einige EU-Gruppenfreistellungsverordnungen aufgestellt und ihre spätere Entscheidpraxis danach ausgerichtet, was in der Literatur teilweise prinzipielle Zustimmung gefunden hat (vgl. MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, 92 f.; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 388 f.). Dabei bestehen allerdings auch gewisse inhaltliche Unterschiede zu den EU-Gruppenfreistellungsverordnungen. Die Bekanntmachungen decken zudem nicht alle Anwendungsbereiche der Gruppenfreistellungsverordnungen ab. Überdies müssen für die nicht erfassten Sachverhaltskonstellationen auch weiterhin singuläre Qualifizierungen vorgenommen werden. Im Gegensatz zu den EU-Gruppenfreistellungsverordnungen kommt den entsprechenden Regelungen in den Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission auch keine Rechtsverbindlichkeit zu (vgl. BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.2.1; BVGer, B-506/2010 *Gaba*, E. 8.4.1, E. 11.1.7.; BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 7.5.3) und sie sehen ihre Anwendung auch nur für den Regelfall vor, weshalb im Einzelfall jeweils zu prüfen ist, ob ein Regelfall oder eine Ausnahme vorliegt. Ungeachtet dessen kann es auch hinsichtlich dieser Regelungen sachgerecht sein, die sich daraus ergebende generelle inhaltliche Beurteilung von bestimmten Wettbewerbsabreden für deren Qualifizierung im Einzelfall zu berücksichtigen.

355. Unlängst wurde in der Literatur ein Vorschlag für eine umfassende generelle Kategorisierung der qualitativen – und quantitativen – Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden vorgelegt, welche auf der Grundlage der Ausgestaltung des schweizerischen Kartellrechts unter Verweis auf den strikten Bagatellcharakter des Erheblichkeitsmerkmals gründet, dabei die im EU-Wettbewerbsrecht bereits gefestigte Unterscheidung zwischen Zweckabreden und Effektabreden aufnimmt und die sich aus den verschiedenen EU-Gruppenfreistellungsverordnungen bzw. den Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission ergebende Strukturierung von allgemeinen und bereichsspezifischen Wettbewerbsabreden abbildet (STRAUB, *Erheblichkeit*, 576 f.). Diese Kategorisierung führt zu einem nach Erheblichkeit abgestuften Katalog an Wettbewerbsabreden, der sich aus Vermutungsabreden, signifikanten Zweck- und Effektabreden, prioritären Zweckabreden, prioritären Effektabreden, sekundären Zweck- und Effektabreden sowie sonstigen Wettbewerbsabreden zusammensetzt. Ob und inwieweit diese Kategorisierung sachgerecht ist, wird sich im Rahmen der zukünftigen Beurteilung von einzelnen Wettbewerbsabreden weisen.

356. Die Rechtsprechung hat angesichts der beschränkten Anzahl an zu beurteilenden Sachverhalten bislang darauf verzichtet, eine umfassendere Klassifizierung des Schweregrads von Wettbewerbsabreden vorzunehmen. Vielmehr wurde in den einzelnen Entscheiden lediglich eine allgemeine Qualifizierung der jeweils zu beurteilenden Art einer Wettbewerbsabrede vorgenommen. Dieser Ansatz ist jedenfalls vorliegend beizubehalten.

d) Quantitative Erheblichkeit

357. Im Hinblick auf die quantitative Erheblichkeit sind verschiedene in Praxis und Literatur umstrittene Aspekte zu beachten.

(1) Gegenstand der quantitativen Erheblichkeit

358. Im Europäischen Wettbewerbsrecht wird für die Bestimmung der quantitativen Geringfügigkeitsschwellen auf den jeweiligen Marktanteil abgestellt. Im Hinblick auf die grundsätzliche rechtsvergleichende Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts (vgl. E. 247) dürfte es zweckmässig sein, gerade bei den anwendbaren Geringfügigkeitsschwellen eine möglichst grosse Kompatibilität herzustellen.

359. Den Gegenstand der quantitativen Erheblichkeit einer Abrede bildet nach Ansicht des Bundesgerichts auch unter Hinweis auf das EU-Wettbewerbsrecht der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Parteien auf dem relevanten Markt (vgl. BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.2.1).

360. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen *Gaba* (BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 11.3.4), *BMW* (BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 9.2), *Altimum* (BVGer, B-5685/2012, *Altimum*, E. 6.4, allerdings unter Berücksichtigung weiterer Aspekte) und *Nikon* (BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 7.5.6) ebenfalls prinzipiell den Marktanteil als massgebliches Kriterium für die Bestimmung der quantitativen Erheblichkeit qualifiziert.

361. Aufgrund der mündlichen Verhandlung des Bundesgerichts in Sachen Gaba ist von Seiten des Gerichts nunmehr davon auszugehen und einer Neu Beurteilung durch die Vorinstanz zugrunde zu legen – soweit die schriftliche Urteilsbegründung keine gegenteiligen Schlussfolgerungen erfordert –, dass für die Bestimmung der quantitativen Erheblichkeit der Marktanteil heranzuziehen ist.

362. Dies entspricht dem grundsätzlichen Ansatz der Wettbewerbskommission und der ganz überwiegenden Ansicht in der Literatur, wobei der Marktanteil jedoch teilweise nicht als alleiniges Kriterium für die Beurteilung ausgemacht wird (vgl. hierzu E. 366 f.).

363. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission ist für die Prüfung der quantitativen Erheblichkeit allerdings nicht der formale Marktanteil massgebend, den ein an der Abrede beteiligtes Unternehmen losgelöst von der Abrede hat, sondern im Sinne eines „gewichteten Marktanteils“ der Aspekt, in welchem (quantitativen) Ausmass neben der Abrede noch Wettbewerb besteht (vgl. WEKO, RPW 2016/1, 67, *Hotelpattformen*, Rn. 357, unter ausdrücklichem Verweis auf die hier angefochtene Verfügung).

364. Aus dem ausschliesslichen Verweis auf den Marktanteil durch das Bundesgericht lässt sich unter Berücksichtigung des Regelungszwecks und der Ausrichtung des Erheblichkeitsmerkmals als Bagatellklausel Folgendes ableiten: Mit dem Kriterium der quantitativen Erheblichkeit wird ausschliesslich die „Marktabdeckung“ (vgl. STRAUB, *Erheblichkeit*, 574) im Sinne einer ideell-räumlichen Reichweite der jeweiligen Einwirkung auf den Wettbewerb im relevanten Markt erfasst (vgl. BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 7.5.1, das nun ebenfalls diesen Begriff heranzieht). Die Marktabdeckung ergibt sich dabei aus dem Wirkungskreis der Einwirkung, d.h. dem Bereich, in dem eine Abrede von den Wirtschaftsteilnehmern potentiell wahrgenommen werden kann und/oder in dem die Wirtschaftsteilnehmer potentiell von ihr betroffen sind. Je geringer die Marktabdeckung – d.h. dieser Wirkungskreis im Verhältnis zum gesamten relevanten Markt – ist, umso geringer ist auch die nachteilige Einwirkung der Abrede einzustufen, weil sich ihre Folgen gegenüber einer jeweils geringeren Anzahl an Wirtschaftsteilnehmern entfalten können.

365. Für die Beurteilung der Marktabdeckung ist dabei angesichts der mit einer Bagatellklausel verbundenen Intention einer Verfahrensvereinfachung grundsätzlich auf den formalen Marktanteil der an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen abzustellen. Im Einzelfall kann es dennoch sachgerecht sein, ausnahmsweise andere Aspekte, anhand denen der Wirkungskreis einer Wettbewerbsabrede besser bestimmt werden kann, heranzuziehen. Diese Umstände müssen jedoch im Einzelfall dargestellt werden und eine entsprechende Abweichung auch aus Sicht der übrigen Wirtschaftsteilnehmer objektiv rechtfertigen. Dies gilt auch für die von der Vorinstanz vorgenommene Heranziehung eines gewichteten Marktanteils.

(2) Berücksichtigung sonstiger Aspekte

366. In der Literatur ist umstritten, inwieweit für die Prüfung der quantitativen Erheblichkeit die konkrete Wett-

bewerbsituation – einschliesslich des aktuellen potentiellen Wettbewerbs, des Innen- und Aussenwettbewerbs sowie die Stellung der Marktgegenseite – und allfällige tatsächlichen Auswirkungen des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.

367. Nach einer Ansicht sind diese Aspekte im Rahmen der notwendigen Einzelfallanalyse zu berücksichtigen (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Rn. 137; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 23; CARRON/KRAUSKOPF, *Wettbewerbsbeeinträchtigung*, Rz. 15; JACOBS, *Entwicklungen 2013*, 231; NEF, *BSK-KG*, Art. 6 Rn. 7; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.325, 2.334 f., 2.346 f.). Teilweise wird eine eingeschränkte Prüfung dieser Aspekte befürwortet (nach MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, 92 f., ist bei der Erheblichkeitsprüfung von anderen als Vermutungsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG der Innen- und Aussenwettbewerb zu berücksichtigen; nach ZURKINDEN, *Erheblichkeit*, 48, sollen bei Vermutungsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 und 5 KG nach umgestossener Beseitigungsvermutung nur noch die Aspekte „Art des Abredegegenstands“, „Struktur des Markts“ und „herrschende wirtschaftliche und juristische Umstände“ zu prüfen sein).

368. Nach anderer Ansicht sprechen sowohl der Regelungszweck des Erheblichkeitsmerkmals als Bagatellklausel und die Regelungsstruktur von Art. 5 KG sowie die Notwendigkeit zur Herstellung ausreichender Rechtssicherheit als auch sonstige Gründe gegen eine Berücksichtigung dieser Aspekte (vgl. BALDI/SCHRANER, *Markstein*, 510; dies., *Baubeschläge*, 274; dies. *20 Jahre*, 1535; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 615, die ausschliesslich auf die vom Bundesgericht statuierten Aspekte des Wettbewerbsparameters und des Marktanteils verweisen; HEINEMANN, *Erheblichkeit*, Rn. 48, 40; STRAUB, *Erheblichkeit*, 574; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 397 a.E.; im Ergebnis ebenso für Vermutungsabreden MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, 92 f.).

369. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Praxis diese Aspekte allerdings zur Prüfung der Erheblichkeit herangezogen, auch wenn dabei kein einheitliches Prüfungskonzept zur Anwendung gelangt (vgl. BALDI/SCHRANER, *Markstein*, 510; ZURKINDEN, *Erheblichkeit*, 18, 43). Denn grundsätzlich entspreche die Prüfung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung der Prüfung einer Widerlegung der Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG (vgl. WEKO, 7.5.2012, *BMW, Bayerische Motorenwerke AG*, RPW 2012/3, 540, Ziff. 288; WEKO, 21.10.2013, *Scare on Skin GmbH und Dermalogica Inc.*, RPW 2014/1, 184, zit. *Kosmetikprodukte*, Ziff. 226). Daher sei im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Wettbewerbsabrede beeinträchtigt werde, m.a.W. welches Gewicht die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt (Anzahl, Marktanteile, Umsätze, etc.) haben. Für diese Feststellung wird dann insbesondere auf eine Beurteilung des aktuellen, potentiellen und des Aussen- und Innenwettbewerbs, der Stellung der Marktgegenseite sowie gegebenenfalls auf weitere Umstände abgestellt (vgl. WEKO, RPW 2016/1, 67, *Hotelpattformen*, Ziff. 175, 313 ff., WEKO, RPW 2014/1, 184, *Kosmetikprodukte*, Ziff. 226 f.).

370. Im EU-Wettbewerbsrecht werden für die Festlegung der Geringfügigkeitsschwellen in quantitativer Hinsicht – soweit die jeweiligen Wettbewerbsabreden nicht bereits aufgrund ihres qualitativen Charakters für unzulässig qualifiziert werden – nur die (formalen) Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen berücksichtigt.

371. Das Bundesgericht hatte für die Prüfung der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Gegensatz zur Prüfung einer Wettbewerbsbeseitigung bislang keine Berücksichtigung dieser Aspekte vorgesehen (vgl. BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 8.3.2). Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Gaba-Urteil eine Abklärung der konkreten Wettbewerbssituation ausdrücklich abgelehnt und auch keine Prüfung der tatsächlichen Auswirkungen vorgenommen, sondern auf die Massgeblichkeit des Marktanteils für die quantitative Erheblichkeit verwiesen (vgl. BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 11.3.3 und 11.3.4; in der Literatur befürwortend BAUDENBACHER, *Zungen*, Rn. 3; BAUDENBACHER, *Schutz*, 33; HAGER/MURER, *Erheblichkeit*, 207; WALKER, *Gaba*, 38; demgegenüber ablehnend GIGER, *Altimum*, 19; JACOBS, *Entwicklungen* 2013, 231; ZIMMERLI, *Fensterbeschläge*, 18). Diese Feststellung wurde durch das Bundesverwaltungsgericht in seinem BMW-Urteil (BVGer, B-3332/2012, E. 9.2.4, die Ausführungen zu den tatsächlichen Auswirkungen erfolgte im Hinblick auf den beim Bundesgericht anhängigen Fall *Gaba* nur „der Vollständigkeit halber“) und *Nikon* (BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 7.5.6, das auf sonstige Aspekte nur aufgrund der fehlenden schriftlichen Begründung des bundesgerichtlichen Gaba-Urteils eingeht) bestätigt. Aus den Urteilen in Sachen Baubeschläge (BVGer, B-8399/2010, *Baubeschläge-Siegenia*, E. 6.1.3) lassen sich keine relevanten Aussagen ableiten, weil die Entscheide angesichts des unterschiedlichen Prüfungsgegenstands zu diesem Sachpunkt offensichtlich keine inhaltliche Stellung beziehen und keine Auseinandersetzung mit dem Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vorsehen (vgl. auch HEINEMANN, *Erheblichkeit*, 16, wonach entgegen der in der Literatur überwiegend vorgebrachten Kritik kein inhaltlicher Widerspruch zwischen den beiden Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts bestehe). Demgegenüber hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem *Altimum*-Urteil im Rahmen der Überprüfung der quantitativen Erheblichkeit ausdrücklich auch auf den Aspekt des Innen- und Aussenwettbewerbs abgestellt (BVGer, B-5685/2012, *Altimum*, E. 6.4.4).

372. Das Bundesgericht hat in seiner mündlichen Verhandlung in Sachen *Gaba* bei der Beurteilung von Gebietsabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 4 KG auf eine Prüfung der konkreten Wettbewerbssituation und der tatsächlichen Auswirkungen verzichtet. Aus der mündlichen Begründung dieses Urteils ergibt sich aber nicht, ob auch bei sonstigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG auf die Prüfung der konkreten Wettbewerbssituation und der tatsächlichen Auswirkungen grundsätzlich zu verzichten ist.

(3) Klassifizierung der quantitativen Erheblichkeit

373. Für die Klassifizierung der quantitativen Erheblichkeit einzelner Wettbewerbsabreden bestehen in Praxis und Literatur unterschiedliche Ansätze. Dabei kann eine

abstrakte Klassifizierung der Erheblichkeit nicht vorgenommen werden, weil sich ohne Bezugnahme auf sonstige Merkmale und Abstufungen keine nachvollziehbare Einteilung festlegen lässt.

Um einen ausreichenden Grad an Rechtssicherheit für die Einzelfallbeurteilung herbeizuführen, tendiert die Wettbewerbspraxis demzufolge dazu, bestimmten Wettbewerbsabreden aufgrund ihres jeweiligen Schweregrads und damit ihrer qualitativen Erheblichkeit einen bestimmten Schwellenwert an Marktanteil zuzuordnen, bei dem die quantitative Erheblichkeit gegeben ist. Dabei manifestiert sich in der jeweiligen Zuordnung zugleich die Gesamtbeurteilung der Erheblichkeit für die jeweiligen Wettbewerbsabreden. Soweit für eine bestimmte Wettbewerbsabrede (noch) keine Zuordnung von massgeblichem Schweregrad und Marktabdeckung vorliegt, muss eine entsprechende Beurteilung in einem ersten Einzelfall vorgenommen werden.

374. Nach einer Ansicht in der Literatur bestehen absolute Geringfügigkeitsschwellen für Wettbewerbsabreden, die in horizontalen Wettbewerbsverhältnissen bei 20% Marktanteil und in vertikalen Wettbewerbsverhältnissen bei 30% Marktanteil anzusetzen seien. Diese absoluten Geringfügigkeitsschwellen fänden dabei auch für die Vermutungsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Anwendung. Soweit die Marktanteile der beteiligten Parteien unterhalb dieser Werte liegen, sei die Erheblichkeit demzufolge ohne weitere Prüfung ausnahmslos ausgeschlossen; liege der Marktanteil bis zu einem Wert von 80% darüber, müsse die Erheblichkeit aufgrund einer Einzelfallanalyse nachgewiesen werden (vgl. CARRON/KRAUSKOPF, *Wettbewerbsbeeinträchtigung*, Rn. 15). Für horizontale Wettbewerbsverhältnisse wird dies mit einer Analogie zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen begründet. Da die Praxis Zusammenschlüsse von Unternehmen, die zu einem Marktanteil von unter 20% führen, mangels schädlicher Auswirkungen als wettbewerbsrechtlich unbedenklich qualifiziere, müsse dies auch für horizontale Wettbewerbsabreden gelten. Da die nachteilige Einwirkung bei vertikalen Wettbewerbsabreden prinzipiell geringer sei, müsse daher die absolute Geringfügigkeitsschwelle bei diesen Wettbewerbsverhältnissen bei 30% angesetzt werden.

375. Gegen diese Ansicht spricht allerdings bereits der Umstand, dass die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen offensichtlich anderen wettbewerbsrechtlichen Zwecken dient als die Beurteilung von Wettbewerbsabreden. Während bei der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen unabhängig von einem konkreten wettbewerbswidrigen Verhalten bereits die strukturelle Gefährdung der betroffenen Märkte allein aufgrund der Grösse des neu zu schaffenden Unternehmens für die Zukunft zu beurteilen ist, erfordert die Kontrolle von Wettbewerbsabreden die Beurteilung eines bestimmten, tatsächlich umgesetzten wirtschaftlichen Verhaltens. Demzufolge ist bereits der Eingriff in die Freiheit der betroffenen Unternehmen, der durch die wettbewerbsrechtliche Kontrolle in beiden Fällen erfolgt, nicht vergleichbar. Daher lässt sich auch der Massstab für eine strukturelle Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen von vornherein nicht auf eine konkrete Verhaltenskontrolle von Wettbewerbsabreden über-

tragen. Zudem bedeutet der Umstand, dass Vereinbarungen in vertikalen Wettbewerbsverhältnissen auch (eher) positive Wirkungen als in horizontalen Wettbewerbsverhältnissen nach sich ziehen können, keinesfalls, dass jede Wettbewerbsabrede bei einer Verwendung im vertikalen Wettbewerbsverhältnis gegenüber einer Verwendung im horizontalen Wettbewerbsverhältnis zu bevorzugen wäre (vgl. *Botschaft KG 95*, 544, zur grundsätzlichen Gleichstellung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsabreden; vgl. auch AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Rn. 84 f.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.13). Dies ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Ausgestaltung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, wonach beispielsweise die gleiche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung für Preis- und Gebietsabreden unabhängig vom jeweiligen Wettbewerbsverhältnis statuiert wird. Mit der Anerkennung einer Geringfügigkeitsschwelle, die keinen bestimmten Marktanteil aufweist und sich ausschliesslich aus der qualitativen Erheblichkeit ableitet, hat das Bundesgericht im Rahmen seines Gaba-Urteils die Anwendung dieser absoluten Geringfügigkeitsschwellen von 20% und 30% jedenfalls ausgeschlossen.

376. Im EU-Wettbewerbsrecht bestehen je nach Art der Wettbewerbsabrede unterschiedliche allgemeine und bereichsspezifische Geringfügigkeitsschwellen, die sich vor allem aus den in den Gruppenfreistellungsverordnungen festgelegten Werten ergeben. Für sog. Kernbeschränkungen gelten keine allgemeinen Geringfügigkeitsschwellen; sie sind prinzipiell unzulässig und können nur im Einzelfall durch besondere Effizienzgründe gerechtfertigt werden. Gleiches gilt für diejenigen Zweckabreden, die nicht im Rahmen bereichsspezifischer Gruppenfreistellungsverordnungen freigestellt, d.h. für den Einsatz in bestimmten Bereichen als zulässig qualifiziert werden. Für Effektabreden, die nicht im Rahmen bereichsspezifischer Gruppenfreistellungsverordnungen freigestellt werden, gilt eine Geringfügigkeitsschwelle von 10% im horizontalen und 15% im vertikalen Wettbewerbsverhältnis. Für Zweck- und Effektabreden, die im Rahmen von bereichsspezifischen Gruppenfreistellungsverordnungen freigestellt werden, werden Geringfügigkeitsschwellen von 20% bis 30% vereinbart. Als absolute Obergrenze einer möglichen Zulässigkeit gilt daher ein Marktanteil der beteiligten Unternehmen von insgesamt 30% auf einem relevanten Markt.

Eine Freistellung kann dabei aufgehoben werden, wenn sich auf nationaler Ebene zeigt, dass die durch das EU-Wettbewerbsrecht im Hinblick auf den gesamten Binnenmarkt vorgesehenen Geringfügigkeitsschwellen zu grosszügig angesetzt wurden. Im Hinblick auf die grundsätzliche rechtsvergleichende Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts (vgl. E. 247) kann es sachgerecht sein, die sich daraus ergebende generelle inhaltliche Beurteilung von bestimmten Wettbewerbsabreden für deren Qualifizierung im Einzelfall zu berücksichtigen.

377. Die Wettbewerbskommission hat im Rahmen ihrer Bekanntmachungen ebenfalls Geringfügigkeitsschwellen festgelegt, die in der Literatur teilweise anerkannt werden (vgl. MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, 92 f.; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 388 f.). Im Rahmen der Vertikalbekanntmachung 2010 werden dabei Schwellenwerte von insgesamt 30% bei maximal 15% je Unternehmen

und von insgesamt 5% je Unternehmen bei Vorliegen von kumulativen Auswirkungen durch mehrere gleichartige, nebeneinander bestehende vertikale Vertriebsnetze beschränkt. Ausgenommen von diesen Schwellenwerten sind allerdings qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabreden, die in einem Katalog in Ziff. 12 der Bekanntmachung aufgeführt werden, der an die Kernbeschränkungen der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung im EU-Wettbewerbsrecht angelehnt ist. Diese Schwellenwerte finden auch im Rahmen der KfZ-Bekanntmachung 2016 Anwendung, die wiederum spezifische qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabreden festlegt. Im Rahmen der KMU-Bekanntmachung 2005 werden Unternehmensgrössen mit Schwellenwerten und besonderen Abreden als Ausnahmen verknüpft. Als Schwellenwerte werden 10% Marktanteil bei horizontalen und 15% Marktanteil bei vertikalen Verhältnissen definiert, wobei Vermutungsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ausgenommen werden. Zu beachten ist dabei, dass die Wettbewerbskommission in den betreffenden Bekanntmachungen keine aus ihrer Sicht verbindlichen Regelungen festlegt, sondern nur Anwendungsgrundsätze, die in der Regel zur Anwendung gelangen. So wurde von der Wettbewerbskommission im Rahmen der Prüfung von Hotelbuchungsplattformen die Gesamterheblichkeit auch ohne Rückgriff auf die Regelungen der Bekanntmachungen mittels einer individuellen Gesamtbetrachtung geprüft und bejaht.

378. Eine bereits erwähnte neuere Ansicht in der Literatur ordnet den verschiedenen Arten von Wettbewerbsabreden unter Berücksichtigung des Regelungscharakters als Bagatellklausel auf der Grundlage der Systematik des Kartellgesetzes und den in den Gruppenfreistellungsverordnungen festgelegten Erfahrungswerten als maximale Obergrenze für nationale Sachverhalte verschiedene Werte der Marktabdeckung für die an der Abrede beteiligten Unternehmen zu (vgl. STRAUB, *Erheblichkeit*, 576). Daraus ergibt sich eine Erheblichkeitsmatrix, bei der folgende Werte für die jeweilige Marktabdeckung als Geringfügigkeitsschwellen bestehen: Vermutungsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und signifikante Wettbewerbsabreden 2%; prioritäre Zweckabreden 5%; prioritäre Effektabreden 10%; sekundäre Zweck- und Effektabreden 15-30% je nach Beurteilung für den spezifischen Anwendungsbereich.

379. Die Rechtsprechung hat bislang keine abschliessende Stellungnahme zu einer generellen Festlegung von quantitativen Geringfügigkeitsschwellen für verschiedene Wettbewerbsabreden vorgenommen. Das Bundesgericht hat jedoch in einer grundlegenden Entscheidung auf die Schwellenwerte von 5% bzw. 10% hingewiesen, die in der Lehre in Anlehnung an das EU-Wettbewerbsrecht propagiert würden bzw. von der Wettbewerbskommission in der (damaligen) Vertikalbekanntmachung festgelegt worden seien (vgl. BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.2.1). Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Hinweise in seinen Urteilen Gaba und BMW zu Gebietsabreden aufgenommen und – jeweils unter Berücksichtigung von deren Qualifizierung als Kernbeschränkungen im EU-Wettbewerbsrecht bzw. als schwerwiegende qualitative Beeinträchtigung in der Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission – für die Bejahung der Gesamterheblichkeit keinen Markt-

anteil vorausgesetzt. Aufgrund der mündlichen Verhandlung des Bundesgerichts in Sachen Gaba ist von Seiten des Gerichts nunmehr davon auszugehen und einer Neubeurteilung durch die Vorinstanz zugrunde zu legen – soweit die schriftliche Urteilsbegründung keine gegenteiligen Schlussfolgerungen erfordert –, dass die Geringfügigkeitsschwelle für Gebietsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG – und damit wohl für alle Vermutungsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG – unabhängig von einem bestimmten Marktanteil anzusetzen ist.

380. Diese Festlegung bildet unter Berücksichtigung des Regelungszwecks des Erheblichkeitsmerkmals als Bagatellklausel nunmehr auch für sonstige Sachverhalte die sachliche Ausgangslage für eine Klassifizierung der übrigen Wettbewerbsabreden anhand einer Zuordnung von Schweregrad und Marktanteil sowie einer sich daraus ergebenden Abstufung.

381. Bei Wettbewerbsabreden, die im jeweiligen Geschäftsbereich gleich schwerwiegende nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb wie Vermutungsabreden aufweisen, muss auch eine entsprechende Geringfügigkeitsschwelle Anwendung finden. Signifikanten Wettbewerbsabreden, die auf einen zentralen Wettbewerbsparameter im jeweiligen Geschäftsbereich ausgerichtet sind, kommt eine gleich schwerwiegende Einwirkung auf den Wettbewerb zu wie Vermutungsabreden. Da die Geringfügigkeitsschwelle für Vermutungsabreden unabhängig von einem bestimmten Marktanteil vorliegt, ist für signifikante Wettbewerbsabreden demzufolge jedenfalls eine minimale Einwirkung auf den Wettbewerb für die Bejahung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreichend.

382. Für Wettbewerbsabreden, die weniger schwerwiegende nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb als Vermutungsabreden aufweisen, ist eine angemessene Abstufung vorzunehmen, die sich an der durch das Bundesgericht bestätigten Qualifizierung des Erheblichkeitsmerkmals als Bagatellklausel zu orientieren hat.

383. Für Wettbewerbsabreden, die im jeweiligen Geschäftsbereich eine nachrangige Bedeutung für den Wettbewerb aufweisen und die infolgedessen generell freigestellt sind, werden in den EU-Gruppenfreistellungsverordnungen und den Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission je nach Sachbereich Geringfügigkeitsschwellen von 15% bis 30% Marktanteil zugewiesen.

e) Einzelfallbeurteilung

384. Für eine Gesamtbeurteilung der Erheblichkeit im vorliegenden Sachverhalt sind die Schwere des durch die Ticketing-Kooperationsabrede herbeigeführten Wettbewerbseingriffs und das Ausmass der Marktabdeckung der Ticketing-Kooperationsabrede festzustellen und zusammenfassend zu würdigen. Dabei ist die Beurteilung sowohl für die relevanten Märkte der Veranstaltungsorte der Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz als auch des Ticketings in der Schweiz vorzunehmen.

385. Die Vorinstanz hat die (Gesamt-)Erheblichkeit der Ticketing-Kooperationsabrede sowohl für den Markt der Veranstaltungsorte als auch für den Markt des Ticketings im Wesentlichen mit den nachfolgend abge-

handelten Gründen abgelehnt. Die Beschwerdegegnerinnen stimmen dieser Ablehnung zu. Demgegenüber behaupten die Beschwerdeführer die Erheblichkeit der Ticketing-Kooperationsabrede.

(1) Qualitative Erheblichkeit

386. Bei der Ticketing-Kooperationsabrede handelt es sich inhaltlich um eine Zweckabrede mit einer Kontrahierungspflicht zu Lasten Dritter (vgl. E. 304). Mittels einer solchen Vereinbarung wird in grundlegender Weise in die Freiheit eines Wirtschaftsteilnehmers eingegriffen, seinen Vertragspartner nach eigenem Gutdünken auszuwählen. Die Person des Vertragspartners bildet für jeden Wirtschaftsteilnehmer im jeweiligen Wirtschaftsbe- reich einen zentralen Parameter des eigenen wirtschaftlichen Verhaltens, wobei sich allenfalls für Alltags- bzw. Massengeschäfte eine gewisse Einschränkung der Bedeutung ergeben kann. Eine Zweckabrede mit einer Kontrahierungspflicht zu Lasten Dritter oder einer entsprechenden Wirkung ist demzufolge grundsätzlich als signifikante Wettbewerbsabrede zu qualifizieren, welche zu einer massiven Einwirkung auf den Wettbewerb führt. Sie ist somit in Bezug auf die Schwere des Wettbewerbseingriffs im Bereich der Vermutungsabreden anzusetzen.

387. Diese Qualifizierung gilt für die Ticketing-Kooperationsabrede ohne Weiteres in Bezug auf den relevanten Markt des Ticketings, was auch von der Vorinstanz trotz einer unterschiedlichen inhaltlichen Qualifizierung der Abrede im Ergebnis festgestellt wurde. Das Ticketing bildet hierbei den eigentlichen Geschäftszweck und die Person des Ticketingunternehmens als Vertragspartner den zentralen Wettbewerbsparameter. Die Ticketing-Kooperationsklausel führt somit auf dem Markt des Ticketings hinsichtlich eines signifikanten Wettbewerbsparameters zu einer massiven nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb.

388. In Bezug auf den Markt der Veranstaltungsorte gilt diese Qualifizierung für die Ticketing-Kooperationsklausel jedoch nicht in gleicher Weise. Auf dem Markt der Veranstaltungsorte kommt dem Aspekt des Ticketings – wie von der Vorinstanz zutreffend festgestellt wurde – nur eine nachrangige Bedeutung zu. Denn für die Auswahl der Veranstaltungsorte weisen aus Sicht der Veranstalter die Aspekte des Fassungsvermögens, der technischen Ausstattung und des Einzugsgebiets der Lokalität eine vorrangige Bedeutung auf, weshalb sie als prioritäre Wettbewerbsparameter auf diesem Markt zu qualifizieren sind. Ungeachtet dessen handelt es sich beim Aspekt des Ticketings nicht um einen beliebigen sonstigen Wettbewerbsparameter, dem im sachlich relevanten Markt keinerlei Bedeutung für die Entscheidung des Veranstalters über die Anmietung der Veranstaltungsorte zukommen würde. Denn die unterschiedliche Ausgestaltung des Ticketings führt ausweislich der ausdrücklichen Feststellungen der Vorinstanz zu einem divergierenden wesentlichen finanziellen und administrativen Aufwand für die Veranstalter. In Bezug auf den Markt der Veranstaltungsorte stellt die Ticketing-Kooperationsklausel demzufolge eine sekundäre Wettbewerbsabrede dar, die immerhin zu einer beachtlichen nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb führt. Der Schweregrad ist dabei geringer als der-

jenige der Vermutungsabreden und als derjenige der signifikanten und prioritären Wettbewerbsabreden.

389. Die von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang vorgetragene Gründe, warum die qualitative Erheblichkeit der Ticketing-Kooperationsabrede auf dem relevanten Markt der Veranstaltungsorten nicht gegeben sein soll, treffen nicht zu.

390. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist es von vornherein irrelevant, ob die von Ticketcorner angebotenen Ticketingdienstleistungen den Bedürfnissen der Veranstalter regelmässig zu genügen vermögen. Denn für die Beurteilung einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb durch eine Zwangsabrede mit Kontrahierungspflicht zu Lasten Dritter ist das Ausmass des Eingriffs in die Wettbewerbsmechanismen und nicht der Grad der schuldrechtlichen Schlecht-Erfüllung durch das von der Abrede begünstigte Unternehmen von Bedeutung. Ein Kontrahierungszwang schränkt die Wahlfreiheit des Zwangsverpflichteten nämlich unabhängig davon ein, ob die dadurch ermöglichte Leistung vom begünstigten Marktteilnehmer ordnungsgemäss oder mangelhaft erbracht wird.

391. Der Standpunkt der Vorinstanz, wonach die Einwirkung unbeachtlich sei, weil die Veranstalter letztlich regelmässig nicht nur 50%, sondern sogar 100% des Ticketings an Ticketcorner übertragen, steht zum einen in einem offensichtlichen inhaltlichen Widerspruch zur eigenen Feststellung der Vorinstanz, wonach die Ticketingklausel zu Lasten der Veranstalter dazu führe, dass die Veranstalter aufgrund des mit einem Mehrfachvertrieb verbundenen, nicht unwesentlichen finanziellen und administrativen Aufwands und Buchungsrisikos das gesamte Ticketing an Ticketcorner übertragen würden. Zum anderen lässt die Vorinstanz offensichtlich ausser Betracht, dass diese Entscheidung vor dem Hintergrund erfolgt, wonach die besonderen Aspekte der Veranstaltungsorten die prioritären Wettbewerbsparameter darstellen und daher vorrangige Beachtung erlangen, und dass allfällige Alternativen aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des Hallenstadions nur sehr eingeschränkt vorhanden sind. Denn sie führt an anderer Stelle ausdrücklich aus, dass die Veranstalter hierbei „eine Vorgabe bezüglich des Ticketings akzeptieren, die sie sonst nicht eingegangen wären, weil die Wahl einer geeigneten Lokalität für die Durchführung eines Anlasses für sie von prioritärer Bedeutung sei“. Angesichts dieser Feststellung ist demzufolge davon auszugehen, dass die Ticketingklausel bei Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung der AGH von den Veranstaltern für ihre Veranstaltungen im Hallenstadion nicht akzeptiert worden wäre. Massgebend für die Beurteilung des Schweregrads einer Wettbewerbsabrede auf dem relevanten Markt ist eine abstrakte Betrachtung von Inhalt und Bedeutung der Wettbewerbsabrede. Dabei sind die durch ein marktbeherrschendes Unternehmen geschaffenen spezifischen Umstände nicht zu berücksichtigen. Ansonsten würde das durch ein marktbeherrschendes Unternehmen herbeigeführte strukturelle Ungleichgewicht im Hinblick auf die Beurteilung von Wettbewerbsabreden auf diesem Markt, an denen das marktbeherrschende Unternehmen beteiligt ist, noch zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.

392. Die Argumentation, wonach die Einwirkung auf den Wettbewerb durch die Ticketing-Kooperationsklausel wesentlich geschmälert werde, weil die Kontrahierungspflicht nur den Fremdverkauf, nicht aber den Eigenverkauf umfasse, stützt sich nicht auf eine sachlich nachvollziehbare Begründung ab. Die entsprechenden Ausführungen beruhen offensichtlich nicht auf einer eingehenden Überprüfung der tatsächlichen Marktverhältnisse. So legt die Vorinstanz in keiner Weise dar, welcher Umfang dem Eigenverkauf gegenüber dem Fremdverkauf denn tatsächlich zukommt. Gleiches gilt auch für die Erwägungen, dass dem Eigenverkauf in Zukunft – weshalb dieser Aspekt für ein wettbewerbswidriges Verhalten in der Vergangenheit im Übrigen von vornherein keine Bedeutung erlangt – eine besondere Bedeutung zukomme, weil die Veranstalter den Ticketverkauf selbst durchführen könnten und der Fremdverkauf für die Ticketingunternehmen in vielen Fällen nicht „lohnend“ sei. Zudem ergibt sich daraus ein wesentlicher inhaltlicher Widerspruch. Denn wenn die Durchführung des Eigenverkaufs für einen durchschnittlichen Veranstalter ohne Schwierigkeiten tatsächlich möglich wäre, erschiene die von der Vorinstanz behauptete Akzeptanz der Ticketingklausel umso unverständlicher, weil die Veranstalter die gesamten Tickets ohne Schwierigkeiten und Nachteile über den Eigenverkauf absetzen könnten anstatt einen aufgezwungenen Fremdverkauf in Anspruch zu nehmen. Diese Argumentation bildet demzufolge gerade den (weiteren) Beleg dafür, dass Ticketcorner ihre bestehende herausragende Stellung durch den Abschluss der Ticketing-Kooperationsabrede gegenüber derartigen Entwicklungen absichert.

393. Die qualitative Erheblichkeit der Ticketing-Kooperationsabrede ist somit in unterschiedlicher Ausprägung gegeben: Zum einen als sekundäre Wettbewerbsabrede hinsichtlich eines nachrangigen Wettbewerbsparameters auf dem relevanten Markt der Veranstaltungsorten für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz und zum anderen als signifikante Wettbewerbsabrede hinsichtlich eines zentralen Wettbewerbsparameters auf dem relevanten Markt des Ticketings in der Schweiz.

(2) Quantitative Erheblichkeit

394. Die AGH weist auf dem relevanten Markt der Veranstaltungsorten für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz einen Marktanteil im Bereich von rund 90% auf (vgl. E. 203). Dieser Marktanteil ist auch für die Ticketing-Kooperationsabrede massgeblich, weil sich die AGH und Ticketcorner als Parteien der Ticketing-Kooperationsabrede diese über die Statuierung der Ticketing-Klausel mit der Wirkung einer Kontrahierungspflicht für die Veranstalter im Hallenstadion zu Nutzen machen. Angesichts dieses sehr grossen Marktanteils wäre die quantitative Erheblichkeit der Abrede aufgrund der vorhandenen Marktabdeckung ohnehin gegeben.

395. Für die Feststellung der Marktabdeckung auf dem Markt des Ticketings in der Schweiz ist – wie von der Vorinstanz vermerkt – die Pressemitteilung der Eventim-Gruppe vom 19. Februar 2010 anlässlich von deren Übernahme der Aktien von Ticketcorner von Bedeutung (vgl. SV E.e), wonach Ticketcorner „der uneingeschränkte Marktführer im Ticketing mit einem Marktanteil von

rund 60%“ sei (vgl. www.ticketcorner.ch/obj/media/DE-eventim/relations/press/2010/2010-02-19-Press-Ticketcorner.pdf, zuletzt abgerufen am 1.9.2016). Angesichts dieses grossen Marktanteils wäre die quantitative Erheblichkeit der Abrede aufgrund der vorhandenen Marktabdeckung auch hier gegeben.

396. Nach Ansicht der Vorinstanz bedarf diese Einschätzung für den Markt des Ticketings allerdings einer Korrektur, weil nicht der formale Marktanteil, sondern im Sinne eines gewichteten Marktanteils das tatsächliche Ausmass der Einwirkung der Abrede auf dem relevanten Markt für die Marktabdeckung massgebend sei. Unter Berücksichtigung (i) der Gesamtzahl an verkauften Tickets für alle Veranstaltungen von jährlich 9,3 Mio., und (ii) der Ticketzahl für Veranstaltungen im Hallenstadion von rund 1 Mio., die aufgrund der Besucherzahlen angenommen wird, und (iii) unter Abzug der Tickets für Eishockeyspiele der ZSC Lions im Umfang von 150'000 bis 300'000, die nicht von der Ticketingklausel erfasst werden, und (iv) unter Abzug der nicht näher bezifferten Anzahl an Tickets, die in ganz wenigen Ausnahmefällen im Rahmen eines Mehrfachabsatzes mit mehreren Ticketingunternehmen abgesetzt werden, ergäbe sich, dass der zu Lasten der AGH und Ticketcorner zu berücksichtigende Marktanteil mehr oder weniger weit unter 10% liege. Daher sei die Ticketing-Kooperationsabrede auf dem Markt des Ticketings nicht als schwerwiegend zu qualifizieren. Vorliegend bedarf die Frage, ob die Marktabdeckung anhand eines formalen oder gewichteten Marktanteils zu beurteilen ist, allerdings keiner abschliessenden Beurteilung, wie nachfolgend im Rahmen der Gesamtbeurteilung aufgezeigt wird.

397. Der von der Vorinstanz für eine Anpassung der qualifizierten Erheblichkeit darüber hinaus angeführte Grund, wonach die Abrede gegenüber etlichen Veranstaltern bloss den bestehenden Zustand absichere, aber nicht herbeiführe, ist – ungeachtet dessen, dass dieser Aspekt nicht in verifizierbarer Weise dargestellt wird – sachlich nicht relevant und daher in jedem Falle nicht zu berücksichtigen. Denn auch für diese Veranstalter wird durch die Ticketingklausel eine Kontrahierungspflicht statuiert, der diese sich nicht entziehen können. Dadurch wird einem Veranstalter gerade die Möglichkeit genommen, beispielsweise bei Auftreten eines neuen Ticketingunternehmens im Markt oder einer Unzufriedenheit mit der Abwicklung eines Ticketinggeschäfts durch Ticketcorner, das Ticketing für eine Veranstaltung einem Konkurrenten von Ticketcorner zu übertragen, was wettbewerblichen Prinzipien widerspricht. Im Übrigen spricht die Einführung der Kontrahierungspflicht mittels der Ticketingklausel auch gegenüber diesen Veranstaltern gerade dafür, dass Ticketcorner eine sachlich nicht gerechtfertigte, weil nicht allein auf ihren Leistungen beruhende Anbindung der Veranstalter sicherstellen wollte.

(3) Gesamtbeurteilung

398. Unter Zuordnung von Schweregrad der Wettbewerbsabrede und tatsächlicher Marktabdeckung für die Bestimmung der Gesamterheblichkeit ist vorliegend sowohl für den Markt der Veranstaltungslokalitäten auf dem Markt für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz als auch für den Markt des Ticketings in

der Schweiz die Gesamterheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben.

399. Auf dem Markt für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz stellt die Ticketing-Kooperationsabrede eine sekundäre Wettbewerbsabrede mit einer qualitativ immer noch beachtlichen, weil auf einen nachrangigen Wettbewerbsparameter ausgerichteten nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb bei einer Marktdeckung von rund 90% dar. Aufgrund der mündlichen Verhandlung des Bundesgerichts in Sachen Gaba ist von Seiten des Gerichts nunmehr davon auszugehen und einer Neuurteilung durch die Vorinstanz zugrunde zu legen – soweit die schriftliche Urteilsbegründung keine gegenteiligen Schlussfolgerungen erfordert –, dass es sich hierbei um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG handelt.

400. Auf dem Markt des Ticketings in der Schweiz stellt die Ticketing-Kooperationsabrede eine signifikante Wettbewerbsabrede mit einer qualitativ massiven, weil auf einen zentralen Wettbewerbsparameter ausgerichteten nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb bei einer von der Vorinstanz unter Anwendung eines gewichteten Marktanteils nicht genau verifizierten Marktabdeckung von weniger als 10% dar. Angesichts der Schwere der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb, die derjenigen einer Vermutungsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gleicht, genügt für die Bejahung der Erheblichkeit eine minimale Einwirkung auf den Wettbewerb. Angesichts der Feststellungen der Vorinstanz ist eine solche minimale Auswirkung auch im vorliegenden Fall unzweifelhaft gegeben, ungeachtet dessen, dass das genaue Ausmass nicht bestimmt ist, und unabhängig davon, ob der Ansatz der Vorinstanz eines gewichteten Marktanteils im vorliegenden Fall überhaupt sachgerecht ist. Aufgrund der mündlichen Verhandlung des Bundesgerichts in Sachen Gaba ist von Seiten des Gerichts nunmehr davon auszugehen und einer Neuurteilung durch die Vorinstanz zugrunde zu legen – soweit die schriftliche Urteilsbegründung keine gegenteiligen Schlussfolgerungen erfordert –, dass es sich hierbei um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG handelt.

401. Die Ticketing-Kooperationsabrede stellt daher sowohl auf dem Markt der Veranstaltungslokalitäten für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz als auch für den Markt des Ticketings in der Schweiz eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG dar.

6) Rechtfertigungsgründe

402. Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung stellt gemäss Art. 5 Abs. 2 KG kein wettbewerbswidriges Verhalten dar, wenn ausreichende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz das Vorgehen der an der Abrede beteiligten Unternehmen rechtfertigen.

403. Als Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz gelten allein die gesetzlich aufgeführten Aspekte einer Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, einer Verbesserung der Produkte, einer Förderung von Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sowie einer rationelleren Nutzung von Ressourcen (vgl. Botschaft KG 1995, 558; BGE 129

II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.3; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Rn. 267; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 45; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK-KG*, Art. 5 Rn. 304; MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, 94; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, 2.376; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 404 a.E.).

404. Dabei kann der Bundesrat oder die Wettbewerbskommission gemäss Art. 6 KG durch Verordnungen oder Bekanntmachungen für einzelne Arten von Wettbewerbsabreden die Voraussetzungen näher bestimmen, bei denen diese in der Regel aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.

405. Eine Wettbewerbsabrede muss gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a KG notwendig sein, um den jeweils geltend gemachten Rechtfertigungsgrund zu erreichen. Dies setzt im Sinne einer Verhältnismässigkeitsprüfung voraus (vgl. *Botschaft KG 1995*, 560; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR-Concurrence*, Art. 5 Rn. 322 f.; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 50; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK-KG*, Art. 5 Rn. 332 ff.; MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, 94; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, 2.371; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 418), dass (i) die Wettbewerbsabrede überhaupt geeignet ist, das geltend gemachten Effizienzziel herbeizuführen, und (ii) die Wettbewerbsabrede erforderlich ist, weil keine mildere, d.h. den Wettbewerb weniger beeinträchtigende wirtschaftliche Massnahme möglich ist, und (iii) die durch die Wettbewerbsabrede herbeigeführte Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel angemessen, d.h. nicht überproportional ist, mit der Folge, dass die Effizienzgewinne umso höher ausfallen müssen, je schwerwiegender die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist.

406. Die Wettbewerbsabrede darf schliesslich gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b KG in keinem Fall die Möglichkeit zu einer Beseitigung von wirksamem Wettbewerb eröffnen.

407. Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Anerkennung eines Rechtfertigungsgrunds nicht gegeben.

408. Aufgrund des bekannten Sachverhalts sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass ein ausreichender Effizienzgrund für den Abschluss einer Ticketing-Kooperationsabrede zwischen der AGH und Ticketcorner zu Lasten der Veranstalter von Mega-Einzel-Bühnenshows im Hallenstadion vorhanden sein könnte.

409. Die von den Beschwerdegegnerinnen geltend gemachte Üblichkeit einer Verbindung von Veranstaltungsort und Ticketing bildet von vornherein keine Rechtfertigung für den Abschluss der Ticketing-Kooperationsabrede. Allein der Hinweis auf die Üblichkeit eines wirtschaftlichen Verhaltens stellt keine Begründung für dessen wirtschaftliche Effizienz dar. Vielmehr führen die jeweiligen Marktakteure aus verschiedenen Gründen auch unwirtschaftliche Praktiken durch. Gerade weil ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten unter den Konkurrenten üblich ist, wird daran aus mangelnder Erkenntnis oder auch wider besseres Wissen festgehalten. Solange die gesamte Konkurrenz an einem bestimmten wirtschaftlichen Verhalten festhält, können die dadurch gegenüber einem effizienteren Verhalten bedingten Mehraufwendungen wertmässig auch an die jeweiligen Abnehmer weitergegeben werden.

410. Im Hinblick auf die notwendige Verhältnismässigkeit der Statuierung einer Kontrahierungspflicht ist zudem Folgendes zu beachten: Da die Ticketing-Kooperationsabrede einen Mehrfachvertrieb der Tickets und damit zumindest den Einbezug anderer Ticketingunternehmen mit anderen technischen Systemen ermöglicht, können von vornherein keine technischen Gründe geltend gemacht werden, welche die Übertragung des Ticketings an Ticketcorner erfordern würden.

411. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Verhältnismässigkeit der Ticketing-Kooperationsklausel gegeben sein könnte.

7) Fazit: Wettbewerbswidrige Abrede gemäss Art. 5 KG zwischen der AGH und Ticketcorner

412. Die Beschwerde ist insoweit begründet, als zumindest im Sinne des Eventualantrags der Beschwerdeführerinnen ausreichende Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten der AGH und Ticketcorner gemäss Art. 5 KG durch die Vereinbarung sowie die Verwendung der Ticketing-Kooperationsklausel und die dadurch bedingte Statuierung einer Kontrahierungspflicht zu Lasten der Veranstalter für das Ticketing von Veranstaltungen im Hallenstadion besteht.

VII. MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG GEMÄSS ART. 7 KG DURCH TICKETCORNER

413. Die Vereinbarung der Ticketing-Kooperationsklausel und der sich daraus ergebende Einsatz der Ticketingklausel stellt eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG dar, wenn Ticketcorner auf den relevanten Märkten des Ticketings für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz oder des Ticketings in der Schweiz (vgl. Abschnitt VII.1) als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist (vgl. Abschnitt VII.2), und sie mit dem Abschluss der Ticketing-Kooperationsklausel und dem Einsatz der Ticketingklausel ihre Stellung auf dem Markt missbraucht hat, indem sie andere Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt hat (vgl. Abschnitt VII.4) und hierfür keine Rechtfertigungsgründe vorliegen (vgl. Abschnitt VII.5).

414. Die Beschwerdeführerinnen machen eine Verletzung von Art. 7 KG durch Ticketcorner geltend. Die Vorinstanz hat den Tatbestand eines Marktmissbrauchs durch Ticketcorner wohl angesichts der von ihr angenommenen, unzutreffenden Marktabgrenzung nicht behandelt. Die Beschwerdegegnerinnen haben grundsätzlich geltend gemacht, weder die AGH noch Ticketcorner hätten eine marktbeherrschende Stellung, weshalb auch die Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens ausgeschlossen wäre.

415. Wie vorstehend im Hinblick auf ein missbräuchliches Verhalten der AGH bereits dargelegt, hat das Gericht aufgrund des Inhalts der Beschwerde auch bezüglich eines marktmissbräuchlichen Verhaltens von Ticketcorner abzuklären, ob die hierfür notwendigen Tatbestandsmerkmale vorliegen oder ob zumindest im Sinne des Eventualantrags der Beschwerdeführerinnen Anhaltspunkte für deren Vorliegen gegeben sind.

416. Für die allgemeinen Aspekte eines missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann dabei auf die entsprechenden Ausführungen zum marktmissbräuchlichen Verhalten der AGH unter Abschnitt V.3 (vgl. E. 243 f.) verwiesen werden.

1) Relevanter Markt

417. Für die Abgrenzung des relevanten Markts gelten die vorstehend dargelegten Grundsätze zur Beurteilung des wettbewerblichen Verhaltens der AGH (vgl. E. 31 f., 52 f., 148 f., 165 f.).

418. Die Ticketing-Kooperationsabrede erfasst aufgrund ihrer Ausgestaltung und der Umstände des konkreten Einzelfalls sowohl den Markt der Veranstaltungsortlichkeiten für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz als auch den Markt des Ticketings in der Schweiz (vgl. E. 308 f., 313 f., 317 f.).

419. Darüber hinaus lässt sich ein Bereich des Ticketings für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz als Spiegelbild des Markts der Veranstaltungsortlichkeiten für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz ableiten. Ob dieser Bereich entsprechend dem Markt für Veranstaltungsortlichkeiten aufgrund der vorliegend aufgeführten Aspekte gegenüber dem Markt des Ticketings in der Schweiz als spezifischer relevanter Markt abzugrenzen ist, wird von der Vorinstanz aufgrund einer detaillierten Abklärung festzustellen sein.

2) Marktbeherrschende Stellung

420. Für den Markt der Veranstaltungsortlichkeiten für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz weist Ticketcorner keine originäre Marktstellung auf, weil sie keine Veranstaltungsortlichkeiten gegenüber Dritten zur Nutzung anbietet.

421. Für den Markt des Ticketings in der Schweiz sind folgende Aspekte für die Beurteilung der Stellung von Ticketcorner von Bedeutung: Im Rahmen der Übernahme von Ticketcorner durch die Eventim-Gruppe und die Ringier im Februar 2010 (vgl. SV E.e), wurde von den beteiligten Unternehmen bekanntgegeben, dass Ticketcorner einen Marktanteil von 60% am Gesamtmarkt des Ticketings in der Schweiz aufweise und als „uneingeschränkter Marktführer“ einzustufen sei (vgl. Pressemitteilung der Eventim-Gruppe vom 19.2.2010 unter www.eventim.de/obj/media/DE-eventim/relations/press/2010/2010-02-19-Press-Ticketcorner.pdf; Pressemitteilung der Ringier vom 19.2.2010 unter www.ringier.ch/de/medienmitteilungen/general-press-releases/uebernahme-der-schweizer-ticketcorner-holding-ag; beide zuletzt abgerufen am 1.9.2016). Da sich die Eventim-Gruppe zum einen als im Ticketverkauf tätige Unternehmensgruppe und zum anderen als Anteilseigner von Ticketcorner einen ausreichenden Überblick über den Markt und den Marktanteil dieses Unternehmens verschaffen kann, ergibt sich bereits daraus ein ausreichender Anhaltspunkt, um von einer marktbeherrschenden Stellung von Ticketcorner auf dem Markt des Ticketings in der Schweiz auszugehen. Zudem wäre die durch die Zusammenlegung der Aktivitäten von Ticketcorner und Eventim eintretende Verstärkung der Marktstellung zu berücksichtigen. Für eine verbindliche Feststellung ist

allerdings eine detailliertere Abklärung durch die Vorinstanz erforderlich.

422. Für den Markt bzw. den Bereich des Ticketings für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz sind keine genauen Daten hinsichtlich des Marktanteils von Ticketcorner bekannt, weil im Verwaltungsverfahren keine Angaben zum jeweiligen Ticketingunternehmen für die im Hallenstadion, in der PostFinance Arena Bern und in der St. Jakobshalle Basel durchgeführten Veranstaltungen vorliegen. Für eine verbindliche Feststellung bedarf es daher einer detaillierten Abklärung durch die Vorinstanz, in welchem Umfang das Ticketing bei diesen Veranstaltungen tatsächlich durch Ticketcorner durchgeführt wurde. Allerdings lassen sich aufgrund der Feststellung der Vorinstanz in Bezug auf die faktische Wirkung der Ticketing-Kooperationsklausel, wonach die meisten Veranstalter von derartigen Veranstaltungen im Hallenstadion das Ticketing ganz überwiegend gesamthaft an Ticketcorner übertragen haben (vgl. SV K.I), gewisse Rückschlüsse ziehen. Da die Veranstaltungen im Hallenstadion rund 90% aller Veranstaltungen auf diesem Markt ausmachen, ist davon auszugehen, dass Ticketcorner ab 2009 das Ticketing auf diesem Markt ganz überwiegend durchgeführt hat. Aufgrund der Feststellung der Vorinstanz, wonach die Kooperationsklausel den auf dem Markt bereits bestehenden Zustand in Bezug auf das Ticketing fortgeführt habe, ist demzufolge davon auszugehen, dass Ticketcorner bereits vor dem Jahr 2009 über eine entsprechend herausragende Stellung auf diesem Markt verfügt hat. Daher besteht ein ausreichender Anhaltspunkt, um von einer marktbeherrschenden Stellung von Ticketcorner auf dem Markt bzw. im Bereich des Ticketings für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz auszugehen.

423. Dies gilt ungeachtet des Aspekts, ob der Markt des Ticketings für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz in allgemeiner Weise als relevanter Markt abzugrenzen ist oder nicht. Denn diesem Bereich kommt jedenfalls vorliegend massgebliche Bedeutung für die Beurteilung des Verhaltens von Ticketcorner zu.

424. Es ist vorliegend offensichtlich, dass sich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der AGH auf dem Markt der Veranstaltungsortlichkeiten für Mega-Einzel-Bühnenshows und dem Einsatz der Ticketing-Kooperationsklausel eine „Flaschenhals-Situation“ im Bereich des Ticketings für Mega-Einzel-Bühnenshows ergibt. Dies führt dazu, dass die Veranstalter von Mega-Einzel-Bühnenshows automatisch zu Ticketcorner als Geschäftspartner für das Ticketing hingeführt werden. Ohne Zwischenschaltung der AGH aufgrund der Ticketing-Kooperationsabrede könnte dieser Effekt nicht erzielt werden. Dies wird durch die Feststellung der Vorinstanz auch ausdrücklich bestätigt, wenn diese festhält, die Veranstalter hätten die Vorgabe bezüglich des Ticketings nur aufgrund der Marktposition des Hallenstadions akzeptiert, weil die Wahl der Lokalität von grösserer Bedeutung als die Auswahl des Ticketingpartners sei.

425. Ticketcorner hat diese durch den Abschluss der Ticketkooperationsklausel herbeigeführte Wirkung wettbewerbsrechtlich zu verantworten. Sie muss sich daher die marktbeherrschende Stellung der AGH auf dem

Markt der Veranstaltungsorte für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts auf dem Markt bzw. dem Geschäftsbereich des Ticketings für Mega-Einzel-Bühnenshows anrechnen lassen. Ticketcorner kommt in diesem Sinne eine abgeleitete marktbeherrschende Stellung zu.

426. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Relevanz dieses Bereichs zusätzlich auf den Aspekt einer individuellen wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Wirtschaftsteilnehmer abgestützt werden kann. Eine entsprechende Anwendung kann jedenfalls nicht von vornherein mit der blossen Behauptung der Vorinstanz abgelehnt werden, die Veranstalter – und insbesondere die Good News – hätten über ausreichende Verhandlungsmacht verfügt, um eine einseitige Durchsetzung der Ticketingklausel zu verhindern. Dass dies nicht der Fall war, wurde bereits vorstehend dargelegt (vgl. E. 220 f.).

427. Aufgrund der dem Gericht vorliegenden Informationen ist jedenfalls davon auszugehen, dass Ticketcorner sowohl auf dem Markt des Ticketings in der Schweiz als auch auf dem Markt bzw. im Bereich des Ticketings für Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

3) Wettbewerbswidriges Verhalten

428. Vorliegend steht eine Verwirklichung der Fallgruppe einer Erzwingung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG oder eines unter die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG fallenden Tatbestands in Frage.

a) Erzwingung

429. Die Fallgruppe eines missbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liegt bei einer Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen vor.

430. Für die allgemeinen Ausführungen zum Tatbestand des Erzwingens kann auf die Ausführungen zum marktmissbräuchlichen Verhalten der AGH verwiesen werden (vgl. E. 274 f.).

431. Im vorliegenden Sachverhalt ist fraglich, ob die Handlung unter die Fallgruppe der Erzwingung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG subsumiert werden kann.

432. Aufgrund der Gesamtsituation ist zwar davon auszugehen, dass ein Erzwingen der Ticketingklausel durch Ticketcorner im Sinne der Vorschrift vorliegt. Durch die Präsentation von Ticketcorner als strategischen Partner des Hallenstadions im Bereich des Ticketings und der Aufnahme der Ticketingklausel in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einschliesslich von deren Darstellung auf der Homepage mussten die Veranstalter davon ausgehen, dass eine Ablehnung der Ticketingklausel und damit des Ticketabsatzes durch Ticketcorner zur Verweigerung des Abschlusses eines Veranstaltervertrags führen würde. Angesichts der tatsächlichen Marktverhältnisse auf dem Markt für Veranstaltungsorte für Mega-Einzel-Bühnenshows bestand auch ein ernstzunehmender Druck, den Ausfall der Veranstaltung aus diesem Grunde nicht zu riskieren, weil Alternativen nur in beschränktem Umfang zur Verfügung standen. Dass die Durchsetzung der Ticketingklausel dabei indirekt unter Einschaltung der AGH mittels Abschlusses der

Ticketing-Kooperationsabrede bewerkstelligt wurde, führt zu keiner anderen Einschätzung.

433. Die Durchsetzung einer Kontrahierungspflicht zu Gunsten von Ticketcorner ist auch sachlich unangemessen, weil dadurch die Veranstalter ihrer essentiellen Entscheidungsfreiheit zur Auswahl ihres Vertragspartners im Bereich des Ticketings beraubt werden und dadurch unter Aspekten des Wettbewerbs eine Effizienzkontrolle der Leistungen von Ticketcorner überhaupt nicht mehr stattfinden kann. Ein Rechtfertigungsgrund für dieses Vorgehen von Ticketcorner ist nicht ersichtlich.

434. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Ticketingklausel als Geschäftsbedingung im Sinne der Fallgruppe des Erzwingens zu qualifizieren ist. Formal ist die Ticketingklausel zwar eine Nebenbedingung des Veranstaltungsvertrags zwischen der AGH und dem jeweiligen Veranstalter. Inhaltlich bildet sie aber die Grundlage für die Übertragung des Ticketings auf die AGH und damit auf Ticketcorner. Für die Märkte des Ticketings in der Schweiz oder für die Mega-Einzel-Bühnenshows in der Deutschschweiz statuiert sie demzufolge eine Kontrahierungspflicht des Veranstalters in Bezug auf das Ticketing und schränkt seine Freiheit zur Auswahl seines Ticketingpartners ein. Letztlich bildet die Ticketingklausel daher faktisch die Grundlage für den Abschluss des Ticketingvertrags und nicht eine Regelung zur Ausgestaltung von dessen Inhalt. Die Regelungen des Ticketingvertrags müssen deshalb inhaltlich auch nicht unangemessen sein. Aufgrund ihres Zwecks und ihrer Verwendung ist die Ticketingklausel daher nicht als Geschäftsbedingung im Rahmen des Veranstaltungsvertrags zwischen der AGH und dem Veranstalter, sondern als Grundlage für den Abschluss des Ticketingvertrags bzw. für die Übertragung des Ticketings auf Ticketcorner über die AGH einzustufen. Sie ist daher auch nicht als Geschäftsbedingung im Sinne der Fallgruppe des Erzwingens zu qualifizieren.

435. Eine Anwendung der Fallgruppe des Erzwingens gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG scheidet demzufolge aus.

b) Generalklausel

436. Mit der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG sind alle wirtschaftlichen Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen zu erfassen, welche zu anderen Behinderungen oder Ausbeutungen von sonstigen Wirtschaftsteilnehmern führen als die in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Fallvarianten (vgl. E. 244).

437. Wie vorstehend bereits dargestellt (vgl. E. 304, E. 433), stellt der Einsatz einer Kontrahierungspflicht zu Lasten Dritter, hier der Veranstalter, eine massive Wettbewerbsbeschränkung dar. Dabei handelt es sich prinzipiell um eine unangemessene, weil sachlich nicht gerechtfertigte Massnahme auf den relevanten Märkten. Denn dadurch werden zum einen die Geschäftspartner des marktbeherrschenden Unternehmens in ihrer Geschäftsfreiheit und zum anderen die Konkurrenten in der Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit beeinträchtigt.

438. Wenn die Durchsetzung von unangemessenen Geschäftsbedingungen, d.h. die Auferlegung von sachlich nicht gerechtfertigten einzelnen Verpflichtungen oder die entsprechende Einschränkung von Ansprüchen,

aufgrund von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG als marktmissbräuchliches Verhalten zu qualifizieren ist, so muss die Durchsetzung einer sachlich nicht gerechtfertigten Kontrahierungspflicht ohne Weiteres als marktmissbräuchliches Verhalten gemäss der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren sein. Denn der Abschluss eines Vertrags bildet erst die Grundlage, auf dem die Durchsetzung von unangemessenen Geschäftsbedingungen erfolgen kann.

439. Im Gegensatz zur Fallvariante des Erzwingens gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG stellt die formale Durchsetzung der Kontrahierungspflicht bereits die Verwirklichung des missbräuchlichen Verhaltens dar, ohne dass es weiterer besonderer Umstände bedarf, aus denen sich die Unangemessenheit der Verhaltensweise ergibt. Denn die Durchsetzung einer Kontrahierungspflicht ist in einer Wettbewerbsordnung per se unangemessen und kann nur bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtfertigungsgrunds als zulässig qualifiziert werden.

440. Vorliegend beeinträchtigt die Verpflichtung der Veranstalter zur Übertragung des Ticketings auf die AGH bzw. auf Ticketcorner die Veranstalter in ihrer Auswahlfreiheit im Bereich des Ticketings und schliesst die Konkurrenten faktisch von der Durchführung des Ticketings bei Veranstaltungen im Hallenstadion aus. Diese Verpflichtung wird durch Ticketcorner aufgrund der Ticketing-Kooperationsklausel über die AGH gegenüber den Veranstaltern auch durchgesetzt. Da hierfür kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich ist, liegt eine massive Wettbewerbsbeeinträchtigung zu Lasten der Marktgegenseite und der Konkurrenten von Ticketcorner vor.

441. Aus diesen Gründen verwirklicht das Verhalten von Ticketcorner die Fallvariante einer Durchsetzung von Kontrahierungspflichten gegenüber Geschäftspartnern gemäss Art. 7 Abs. 1 KG.

4) Fazit: Missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG durch Ticketcorner

442. Die Beschwerde ist insoweit begründet, als ausreichende Anhaltspunkte bestehen für ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 7 Abs. 1 KG von Ticketcorner durch die mittelbare Statuierung einer Kontrahierungspflicht für das Ticketing bei Veranstaltungen im Hallenstadion zu Lasten der Veranstalter, wobei die Verankerung der Kontrahierungspflicht unter Einschaltung der AGH als Dritten durch Ticketcorner vorgenommen wird.

VIII. GESAMTBURTEILUNG DER BESCHWERDE

443. Das Beschwerdeverfahren hat bestätigt, dass zumindest im Sinne des Eventualantrags der Beschwerdeführerinnen aufgrund des vorliegenden Sachverhalts entgegen der Ansicht der Vorinstanz von einem wettbewerbswidrigen Verhalten der AGH und Ticketcorner auszugehen ist. Dabei handelt es sich im Einzelnen um ein marktmissbräuchliches Verhalten der AGH in Form einer Koppelung und einer Erzwingung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c und f KG, einer unzulässigen Wettbewerbsabrede zwischen der AGH und Ticketcorner gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sowie um ein von der Generalklausel erfasstes marktmissbräuchliches Verhalten von Ticketcorner in Form einer Durchsetzung von Kontrahierungs-

pflichten gegenüber Geschäftspartnern gemäss Art. 7 Abs. 1 KG.

444. Da zum einen verschiedene Details – wie eine allfällige engere Marktabgrenzung, die genaue Anzahl der in den massgeblichen Grosshallen aufgeführten Mega-Einzel-Bühnenshows sowie die Stellung der Beschwerdegegnerinnen auf den verschiedenen Märkten und die sich daraus ergebende Marktbeherrschung – einer weiteren Abklärung durch die Vorinstanz bedürfen und zum anderen eine allfällige Sanktionierung aufgrund eines verbindlich festgestellten wettbewerbswidrigen Verhaltens der AGH und von Ticketcorner prinzipiell dem Ermessen der Vorinstanz untersteht, ist die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

445. Aufgrund der Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung der Angelegenheit einschliesslich einer eigenen Ermessensentscheidung handelt es sich beim vorliegenden Urteil gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um einen Zwischenentscheid (vgl. BGE 138 I 143 E. 1.2; WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, zit. WW-VwVG, Art. 61 Rn. 31). Gemäss Art. 93 BGG steht den Parteien demzufolge nur dann ein Recht zur Geltendmachung einer Beschwerde gegen diesen Entscheid zu, wenn dieser einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte.

446. Die Beschwerdeführerinnen haben eine vollständige Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und eventualiter eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung beantragt. Mit dem vorliegenden Urteil wird diesem Antrag stattgegeben. Denn der Vorwurf eines wettbewerbswidrigen Verhaltens wird durch das vorliegende Urteil vorbehaltlich allenfalls notwendiger weiterer Abklärungen bestätigt.

447. Dies bedeutet im Ergebnis, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Beschwerde in vollem Umfang obliegen.

448. Dem von den Beschwerdeführerinnen unmittelbar vor Abschluss des Verfahrens eingereichten Antrag auf dessen Sistierung war angesichts des weit fortgeschrittenen Verfahrensstands nicht statt zu geben. Durch eine Sistierung hätte von vornherein auch keine Unsicherheit über den Ausgang des Verfahrens beseitigt werden können, weil das Verfahren der Wettbewerbskommission zur Prüfung des Zusammenschlusses der Beschwerdeführerin 1 mit der Beschwerdegegnerin 2 keinen entscheidungsrelevanten inhaltlichen Zusammenhang mit der Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts aufweist. Unabhängig vom Ausgang des Kontrollverfahrens durch die Wettbewerbskommission besteht zudem ein öffentliches Interesse am Entscheid der vorliegenden Angelegenheit, weil das verfahrensgegenständliche wirtschaftliche Verhalten durch die Verfügung der Vorinstanz in den jeweiligen Märkten und allgemein öffentlich bekannt geworden war und daher einer abschliessenden kartellrechtlichen Beurteilung zuzuführen ist.

IX. VERFAHRENSKOSTEN UND PARTEIENTSCHÄDIGUNG

449. Die Auferlegung der Verfahrenskosten – die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen –

sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und 64 VwVG sowie den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

450. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind die Verfahrenskosten vorliegend auf 20'000.- CHF festzusetzen.

451. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Eine Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung und zum Erlass eines neuen Entscheids ist hinsichtlich der Kostenfolgen praxisgemäss als vollständiges Obsiegen der beschwerdeführenden Partei zu qualifizieren (vgl. BGE 132 V 215 E. 6). Gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG und Art. 7 Abs. 3 VGKE werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt.

452. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Beschwerdegegnerinnen die unterliegenden Parteien. Folglich haben sowohl die AGH als auch Ticketcorner die Verfahrenskosten in der Höhe von 20'000 CHF zu gleichen Teilen und in solidarischer Haftung zu leisten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

453. Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. BVGE 2010/14 E. 8.2.1). Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht. Gemäss Art. 64 Abs. 2 VwVG ist eine Parteientschädigung nur insoweit einer Körperschaft oder autonomen Anstalt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, aufzuerlegen, als sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann. Gemäss Art. 64 Abs. 3 VwVG ist die Parteientschädigung einer unterliegenden Gegenpartei je nach ihrer Leistungsfähigkeit aufzuerlegen, wenn sie sich mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 4.68).

454. Parteikosten sind dann als notwendig zu qualifizieren, wenn sie für eine sachgerechte und wirksame Rechtsverfolgung unerlässlich erscheinen (vgl. BVGer, 29.01.2015, B-7307/2014, Bietergemeinschaft X gg. Alp-Transit Gotthard AG, S. 5 f.; BVGer, 4.10.2007, D-2572/2007, A. u.a. gg. Bundesamt für Migration, E. 4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 4.70).

455. Die Parteientschädigung umfasst gemäss Art. 8 VGKE die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei. Als Kosten der Vertretung gelten gemäss Art. 9 VGKE zum einen das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nicht berufsmässige

Vertretung, für welche Art. 10 VGKE weitere Regelungen zur inhaltlichen Bestimmung statuiert, sowie die Auslagen der Vertretung insbesondere in Form von Reise-, Verpflegungs-, Übernachtungs-, Kopier-, Post- und Telefonkosten, deren inhaltliche Spezifizierung durch Art. 11 VGKE erfolgt. Allfällige weitere Auslagen umfassen gemäss Art. 12 VGKE Spesen einer Partei im Umfang von Art. 11 VGKE, soweit sie 100.- CHF übersteigen, sowie unter gewissen Umständen den Verdienstausfall einer Partei.

456. Gemäss Art. 10 VGKE wird das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen. Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens 200.- CHF und höchstens 400.- CHF. In diesen Ansätzen ist die Mehrwertsteuer nicht enthalten. Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse kann das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung angemessen erhöht werden.

457. Für ihre Rechtsvertretung haben die Beschwerdeführerinnen am 15. Januar 2016 eine detailliert begründete Kostennote ihres Rechtsvertreters eingereicht. Ausgehend von Stundenansätzen in Höhe von 350.- CHF, 550.- CHF bzw. 600.- CHF inklusive Mehrwertsteuer für verschiedene Sozietätsmitarbeiter machen sie für das gesamte Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (B-440/2012 und B-3618/2013) Vertretungskosten in der Höhe von insgesamt 197'792.50 CHF inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer geltend, wobei sich das tatsächlich verrechnete Anwaltshonorar nach Abzug eines Abschlags in der Höhe von 19,04% auf insgesamt 160'122.15 CHF beläuft.

458. Aufgrund des notwendigen Aufwands für eine sachgerechte Bearbeitung der Streitsache ist es unter Berücksichtigung der verschiedenen Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht angemessen, den obsiegenden Beschwerdeführerinnen den tatsächlich angefallenen Aufwand von 374.20 Stunden mit einem Stundenansatz in der Höhe von 350.- CHF inklusive Mehrwertsteuer zu erstatten. Dementsprechend ist den Beschwerdeführerinnen unter Berücksichtigung eines Abschlags in der Höhe von 19,04% zulasten der Beschwerdegegnerinnen eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von 106'033.31 CHF inklusive Mehrwertsteuer zuzusprechen.

459. Die zugesprochene reduzierte Parteientschädigung haben die Beschwerdegegnerinnen in solidarischer Haftung den Beschwerdeführerinnen nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Die Verfügung Nr. 32-0221 der Wettbewerbskommission vom 14. November 2011 betreffend Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich wird aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Der Beschwerdegegnerin 1 und der Beschwerdegegnerin 2 werden die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 20'000.- zu gleichen Teilen und in solidarischer Haftung auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von

Fr. 10'000.- wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

4. Die Beschwerdegegnerinnen haben nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils an die Beschwerdeführerinnen

eine Parteienschädigung inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer in Höhe von Fr. 106'033,31 in solidarischer Haftung zu leisten.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral	GebrV	and Trade Verordnung über
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gebrauchsgegenstände Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	H	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
B		I	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	J	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	K	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	L	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
C		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
D		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	M	
DG	Direction Générale (UE)	N	
E		O	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
F		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce		
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	T	
OR	Obligationenrecht	TA	Tribunal administratif
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TApp	Tribunale d'Appello
		TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
P		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale		
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Püg	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Q			
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)		
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	X	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Y	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	Z	
		ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
 abgestimmte Verhaltensweise 916, 1132
 Abrede 916, 928, 957, 990, 1007, 1017, 1023, 1026, 1032,
 1066, 1077, 1079, 1082, 1085 f., 1094 ff., 1115 f., 1132 ff.
 Acquiring 1064, 1069, 1073, 1075 f.
 Anhörung 920, 923 f., 949, 952, 954 f., 998, 1030
 Apotheker/innen -
 Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 1062 f., 1074, 1076, 1078
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste -
 Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 1068 f., 1072 ff., 1076
 Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 1006 ff., 1010, 1014 f., 1019, 1144
 Effizienzprüfung -
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 1020, 1035 f., 1038
 Erheblichkeit 1085, 1135 ff.
 Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln -
- I**
- Indizienbeweis 928 f.
 Interchange Fee 1068 f., 1073
 Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 1045
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 963,
 1039, 1045, 1066, 1079, 1082, 1100, 1143
 Koppelungsgeschäft 1085, 1126 ff.
- Kostenraster -
 Krankenversicherer -
 Kreditkarten 1064 ff., 1072 ff.
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 997 f., 1006, 1011, 1015, 1017,
 1021
- M**
- Marktaufteilung 1136
 marktbeherrschende Stellung 925 f., 954, 957, 960 f., 970
 f., 990, 993 ff., 1008, 1013, 1021, 1023 f., 1031, 1033,
 1038, 1040 f., 1054, 1067, 1071, 1074 f., 1077 ff., 1083
 ff., 1094, 1100, 1118 ff., 1125 ff., 1129, 1131, 1148 ff.
 Marktgegenseite 918, 926, 951, 954, 968 ff., 979, 981 f.,
 988 f., 991, 994 f., 997, 1011, 1013, 1015, 1017, 1041,
 1043, 1067 ff., 1072, 1079 f., 1083, 1100 ff., 1104 f.,
 1117, 1120, 1123, 1125 ff., 1142, 1148, 1151
 Marktorganisation -
 Marktstruktur 917 f., 963, 965 f., 968, 970, 990, 1003 f.,
 1026, 1040, 1103, 1118 ff.
 Marktzutrittsschranken 953, 1016, 1024
 Meldepflicht 1067, 1079, 1082 f.
 Missbrauch 948, 960 ff., 970, 997, 999, 1002, 1017, 1030,
 1034, 1075, 1085, 1094, 1100, 1125 f., 1128, 1138 ff,
 1148
- N**
- Netzwerk 927 f., 935, 963 ff., 968 ff., 979, 994, 1004, 1015,
 1075
 Netzwerkkosten -
 Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 potenzieller Wettbewerb 996, 1072
 Preisabrede 1032
 Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 1129
- R**
- Rabatte 1127 f.
 Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 1020, 1023 ff., 1028, 1030, 1039
 Senkung Herstellkosten -

Submission 929, 1117

Submissionskartell -

T

Tarife 939

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 920 ff., 941, 948 ff., 961, 968, 978, 984 f.,
987, 989, 990 ff. 994 ff., 999, 1003 f., 1006, 1008, 1013
ff., 1019, 1023 ff., 1028 ff., 1035 ff., 1046, 1054, 1085,
1094 f., 1097 f., 1100, 1119 f., 1137

unzulässige Wettbewerbsabrede 990, 1085, 1094 ff., 1132

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 918

Verschulden 1023 f., 1028

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 958, 1037, 1067, 1079, 1082

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt 993, 1006, 1019

X

Y

Z

Zahlungsmittel 1062, 1064, 1068 ff., 1076

zweiseitige Märkte 965 f.