

WEKO Sport im Pay-TV vom 9. Mai 2016

WEKO, 2016-05-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Sport_im_Pay-TV

FR: WEKO Sport im Pay-TV du 9 mai 2016

IT: WEKO Sport im Pay-TV del 9 maggio 2016

Erwägungen

E. 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-TV 1-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 anderen geht es um die Frage, ob eine Verweigerung bezüglich des Pay-per-View-Angebots (Live-Sport-Events) vorliegt. - Diskriminierung von Handelspartnern: Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkt für eine Ungleichbehandlung verschiedener Plattformanbieter und der Endkunden durch Teleclub. - Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen: Hierbei gilt es zu prüfen, ob Teleclub gegenüber potenziellen Konkurrenten ein Konkurrenzverbot auf einem vorgelagerten Markt erzwungen hat. - Koppelungs-/Bündelungsverträge: Gemäss Ergebnis der Vorabklärung können Endkunden die Sportkanäle von Teleclub nur gemeinsam mit dem Basispaket beziehen. Es stellt sich die Frage, ob damit eine nach Kartellgesetz unzulässige Koppelung vorliegt.

E. 2

Die vorliegende Untersuchung betrifft den Zeitraum 2006 bis 2013.

A.1.1 Untersuchungsadressatinnen

E. 3

Die Untersuchung richtet sich gegen folgende Adressaten:

E. 4

Die Swisscom AG ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft und Muttergesellschaft der Swisscom-Gruppe, die insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, Internet und IT-Lösungen tätig ist. Die Swisscom-Gruppe betreibt als Telekommunikationsanbieterin in der ganzen Schweiz ein Mobilfunknetz und als Grundversorgungskonzessionärin ein im Anschlussnetz auf dem Kupferkabel basierendes Festnetz. Im TV-Bereich verfügt die Swisscom-Gruppe über drei eng miteinander verbundene Plattformen (Stand Dezember 2013): - Swisscom TV start, basic oder plus bietet digitales Fernsehen über leitungsgebundene Netze. Bei Swisscom TV handelt es sich

um eine geschlossene IPTV-Plattform, die nur mit der entsprechenden Entschlüsselungs-Hardware empfangen werden kann.

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 4 - 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.

E. 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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 101 der Bezug des PPV-Angebots hinsichtlich des Preises und des Angebotsumfangs nicht. Ein Substitutionseffekt zwischen PPV- und PPC-Angeboten sei – wenn überhaupt – nur bei einem verschwindend kleinen Anteil von Fernsehzuschauern gegeben. 498. Zu diesen Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass die EU-Kommission bei der Markt- abgrenzung getrennt nach PPV und PPC auf unterschiedliche Merkmale hinsichtlich der angebotenen Inhalte, der Verbrauchsart und der Preise in Bezug auf Filme abstellt. Diese Merkmale würden gemäss EU-Kommission bei Filmdiensten die Substituierbarkeit zwischen PPV- und PPC-Angeboten einschränken. PPV-Programme würden aktuelle Filme unmittelbar nach Auslaufen der Videovertriebsverwertung (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 Markt- abgrenzung 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 [Geschäftsgeheimnis] 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 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

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

EU-Kommission verwendet den Begriff Bezahlfernsehen bzw. Pay-TV synonym sowohl für Pay-TV im Sinne der vorliegenden Verfügung als auch im Sinne von PPC-Diensten.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 102 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 Markt-abgrenzung. Die Schlussfolgerung des Sekretariats, wonach aus dem Umstand, dass die Anzahl der PPC-Abonnemente im Zeitraum der Angebotsenerweiterung (im Free-TV) nicht [Geschäftsgeheimnis] zurückgegangen sei, auf eine fehlende Substituierbarkeit von Pay-TV durch

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 103 Free-TV geschlossen werden könne, sei nicht nachvollziehbar. Kundenabwanderungen finden 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 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 2013 176 verletzt. Es werde

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

ten-jahre-das-umfassendste-sportrechte-portefeuille-ihrer-ge/ (04.12.2015). 176 Richtlinien für ökonomische Gutachten vom 12. September 2013 (nachfolgend: Richtlinien)

<<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>>.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 104 ein grosser Aufwand zur Klärung von Fragen betrieben, die entweder unstrittig oder von geringer Relevanz (Marktabgrenzung Fussball vs. Eishockey) seien. Zudem würden entscheidende Fragen wie der behauptete Zusammenhang zwischen dem Teleclub-Sportangebot und dem Markterfolg von Swisscom TV in der empirischen Analyse gar nicht untersucht. Daher lasse die durchgeführte empirische Analyse einen solchen Schluss auch gar nicht zu. Als Verstoß gegen mehrere Regeln der Richtlinien nennt Swisscom exemplarisch Folgendes. Gemäss Ziff. 8 der Richtlinien sei das Ziel empirischer Analysen, ökonomische Hypothesen zu prüfen oder die quantitative Bedeutung ökonomischer Zusammenhänge zu ermitteln. Vorliegend seien lediglich einige lose statistische Zusammenhänge aufgestellt worden. 511. Dem ist entgegenzuhalten, dass die vorgebrachte Ziff. 8 der Richtlinien einzig die Fragestellung betrifft. Es geht darum, dass eine Analyse mit einer klaren und präzisen Formulierung der Fragestellung beginnen sollte. Die daraus abgeleiteten und zu testenden Hypothesen (Nullhypothese und Gegen- bzw. Alternativhypothese) müssen explizit formuliert werden. Diesen Anforderungen genügt der Empirische Bericht bei Weitem. Der Empirische Bericht beschreibt darüber hinaus sogar die Hintergründe der Fragestellungen und der zu testenden Hypothesen. Die Begründung für die von Swisscom gerügte Analyse der

Nachfrage nach VoD in Abhängigkeit des Preises für PPV-Spiele findet sich in Rz 410, welche der Antrag bereits enthielt. 512. Swisscom bringt unter Verweis auf Literatur 177 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 entwertet. 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 Literaturverweis 178 vor, ebenso wenig sei berücksichtigt worden, dass statistische Signifikanz nicht gleichbedeutend sei mit ökonomischer Relevanz. So lasse keiner der in den 20 ökonometrischen Modellen geschätzten «Parameterwerte» in quantitativer Hinsicht interpretierbare Aussagen zu.

515. Hierzu gilt es noch einmal festzuhalten, dass sowohl der Verfügungsantrag als auch die empirische Analyse die Hintergründe, ökonomischen Zusammenhänge und Motivation für die empirischen Analysen eingehend darlegen. Diese Darlegung zeigt, dass es sich anders als von Swisscom vorgebracht nicht um Schätzungen von Zusammenhängen wie der monatliche Regenfall in Abhängigkeit der Geldmenge und Inflation in Deutschland handelt. Nichts anderes geht aus der von Swisscom zitierten Literatur hervor. 179 Die in der empirischen Analyse behandelten Zusammenhänge sind von ökonomischer Relevanz.

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 177), *Economics of EC Competition Law*, 337.

179 BISHOP/WALKER (Fn 177), *Economics of EC Competition Law*, 337.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 105 516. Weiter bringt Swisscom vor, gemäss Ziff. 9 der Richtlinien sei die Qualität der herangezogenen Daten entscheidend für die Aussagekraft einer vorgelegten Studie. Die von den Untersuchungsadressatinnen zu den übertragenen Spielen eingereichten Daten seien fehlerhaft transformiert worden, was dazu geführt habe, dass unplausible und fehlerhafte Werte in die Schätzgleichungen eingeflossen seien. Dies führe dazu, dass die Modelle 2 bis 4 auf Seite 7 und die Modelle 1 bis 4 auf Seite 10 der empirischen Analyse auf einer fundamental falschen Zahlenbasis beruhen würden. Schon aufgrund der fehlerhaften Daten würden somit sieben der ersten acht Modelle jeglicher Aussagekraft entbehren.

517. Hierzu ist festzuhalten, dass aus dem Vorbringen von Swisscom nicht ersichtlich ist, worin eine fehlerhafte Transformation bestehen sollte, welche Daten fehlerhaft transformiert worden seien und welche Variablen von der fehlerhaften Transformation betroffen sein sollten. Eine fehlerhafte Transformation der Daten ist nicht ersichtlich. Insbesondere basieren die Schätzgleichungen nicht auf den Berechnungen für die

Exklusivität im Antrag (vgl. Rz 161 ff. und 252). Die geschätzten Modelle behalten ihre Aussagekraft. 518. Swisscom führt aus, dass gemäss Ziff. 11 der Richtlinien der Prozess der Datenaufbereitung explizit zu dokumentieren sei. Dies sei in fehlerhafter Weise erfolgt, so dass Schätzergebnisse nur bedingt nachvollziehbar seien. Die Beschreibung im Anhang und die verwendeten Daten würden nicht übereinstimmen. Gemäss Ziff. 23 der Beschreibung erfolge die Schätzung ohne zusätzliches Angebot der Saison 12/13 (ATP, Challenge League, Liga Zon Sagres, Premier League). Anhand dieser Beschreibung wäre zu erwarten, dass alle anderen PPV-Übertragungen berücksichtigt seien. Tatsächlich enthielten die Daten d_ppv_const aber nur die Spiele der Super League und der NLA. Ein weiteres Beispiel betreffe Modell 2 auf Seite 7 der empirischen Analyse. Die Regression mit den angegebenen Variablen ergebe nicht die Parameterwerte und Standardabweichungen, die in der Empirischen Analyse dargestellt seien. 519. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat den Prozess der Datenaufbereitung vollumfänglich und damit entsprechend den Richtlinien für ökonomische Richtlinien dokumentiert. Swisscom hat sowohl alle Datensätze (eigene und aufbereitete) als auch die «do-files» der Datenaufbereitung erhalten. Das Sekretariat hat Swisscom sogar den ursprünglich mit Geschäftsgeheimnis behafteten Datensatz panel_master.dta vollständig offengelegt (vgl. Rz 36). Damit war Swisscom in der Lage die Berechnungen des Sekretariats vollständig nachzuvollziehen und eigene Berechnungen durchzuführen. In Bezug auf die Variable d_ppv_const mag es zutreffen, dass diese im an Swisscom versendeten Datensatz nur die 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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 106 521. 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. 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. [Geschäftsgeheimnis] weise auf eine [Geschäftsgeheimnis] 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 erhöht hat. Zudem geht die Nachfrage nach einem normalen Gut oder einer normalen Dienstleistung bei einer Preissteigerung üblicherweise zurück. Dies ist auch für ein

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.

181 Vgl.

<www.swisscom.ch/de/privatkunden/swisscom-tv/angebote/swisscom-tv2-basic.html>

(06.01.2016).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 107 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 Cinet- rade gelieferten Rohdaten die Variable s_{supl} (welche nach

einer weiteren Operation als $s_{\text{supl_pay}}$ in die Schätzgleichung eingeflossen sei) generiert worden. Demnach sollen pro Saison zwischen 183 und 229 der Super League übertragen worden sein. Inwiefern dies erklärbar sei, lasse sich weder den Ausführungen des Sekretariats im Dokument noch den verschiedenen Anhängen entnehmen. Gleiches gelte für die NLA im Eishockey. Die empirischen Analysen des Sekretariats könnten vor diesem Hintergrund keine für die Untersuchung verwertbaren Ergebnisse liefern. 527. Entgegen der Ansicht von Swisscom ist die Generierung der Variablen s_{supl} aus den offen gelegten do-files nachvollziehbar. Swisscom übersieht dabei, dass die Angebotsvariable s_{supl} neben den einzelnen Spielen auch Konferenzschaltungen beinhaltet. Die Konferenzschaltungen stellen auch Teil des Angebots von Live-Sport-Events von Swisscom dar. Entsprechend stimmt die Anzahl von Live-Sport-Events nicht mit der Anzahl der ausgetragenen Fussball- bzw. Eishockeyspielen in den jeweiligen Ligen überein.

528. Swisscom bringt vor, dass wichtige Einflussgrössen nicht oder nur unzureichend berücksichtigt worden seien: So hätten die im Free-TV verfügbaren Spiele als eigene Variable berücksichtigt werden müssen. Stattdessen seien die entsprechenden Spiele einfach aus der Schätzgleichung entfernt und somit ein relevanter Einflussfaktor nicht berücksichtigt worden. Nicht berücksichtigt worden sei auch, ob die Spiele auf den anderen Plattformen über Teleclub Sport 1-3 verfügbar gewesen seien. Je nach Spielplan könnten sich hierbei nämlich erhebliche Unterschiede ergeben. Ausserdem erscheine es fragwürdig, die Angebotserweiterung gänzlich aus der Analyse auszuklammern. So sei denkbar, dass sich innerhalb der Nachfrage nach PPV eine Verschiebung hin zu den neuen Angeboten ergebe, mithin eine Kannibalisierung stattfinde. Der offensichtliche Treiber für das Wachstum bei PPV und VoD, die wachsende Kundenanzahl von Swisscom TV, würden in der Analyse ebenfalls nicht berücksichtigt. 529. Swisscom verkennt, dass (auch bereits im Antrag) ausführlich dargelegt wurde, weshalb Free-TV nicht zu berücksichtigen ist (vgl. Rz 418 ff.). Ebenfalls wurde ausführlich dargelegt, weshalb das PPC-Sportangebot von Teleclub nicht berücksichtigt werden kann (vgl. Rz 410). Auch wurde dargelegt, weshalb die Angebotserweiterung auszuklammern ist (vgl. Anhang Empirie, Rz 23). Zudem spräche die von Swisscom vorgebrachte Argumentation wenn schon für die vom Sekretariat vorgenommene Marktabgrenzung, 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 [Geschäftsgeheimnis] 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

182 Vgl. bspw. TIROLE (Fn 208), 66; HELMUT BESTER, Theorie der Industrieökonomik, 2012, 29 ff.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 108 wesentliche im Antrag des Sekretariats getroffene Annahme, nämlich dass das Angebot im Free-TV keinen Einfluss auf die

Nachfrage im Pay-TV hat, unzutreffend sei.

531. Zuerst ist darauf hinzuweisen, dass entgegen der Ansicht von Swisscom keine falschen Angebotsdaten zugrunde gelegt werden. Es besteht mithin keine Veranlassung für ein «korrigiertes» Modell 3a. Erneut ist festzuhalten, dass die Übertragung der SRG von 36 Spielen im Free-TV kein Substitut für die Übertragung der ganzen Liga im Pay-TV darstellt (vgl. Rz 439 und insb. Rz 445). Daran ändert nichts, dass die Endkunden die im Free-TV verfügbaren Spiele nicht über PPV ansehen, was im Übrigen nicht anders zu erwarten ist (vgl. Rz 445). 532. Swisscom bringt vor, eine Quantifizierung einer Preiserhöhung sei nicht möglich. Den Ausführungen im Verfügungsentwurf (insb. Tabelle 15) würden denn auch keine in einem Modell geschätzten Elastizitäten zugrunde liegen, sondern lediglich eine Extrapolation aufgrund der Werte der Vorjahre. Eine solche Extrapolation lasse aufgrund der zahlreichen anderen Einflussfaktoren keine seriösen Rückschlüsse auf die Auswirkungen der Preiserhöhung auf die Nachfrage nach PPV zu.

533. Hierzu ist festzuhalten, dass die Ausführungen in Rz 555 (und insb. Tabelle 15) nicht die Auswirkungen der Preiserhöhung auf die Nachfrage nach PPV betreffen. Die Ausführungen behandeln vielmehr die Frage, ob die Preiserhöhung im Juli 2012 für Swisscom profitabel war. Selbst ohne Betrachtung der von Swisscom kritisierten trendextrapolierten Werte zeigen die tatsächlichen Umsätze, dass Swisscom 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 Roman- die keine Rückschlüsse auf die Bedeutung des Teleclub-Sportangebots zuliessen. Den Erfolg von Swisscom TV bemesse das Sekretariat einzig anhand der Kundenzahlen von Swisscom zwischen Januar 2010 und Mai 2013. Diese Zahlenangaben seien nicht sportspezifisch. Für seine Analyse hätte das Sekretariat deshalb alle Nicht-Sport-Einflussfaktoren ausschliessen müssen. Dieser Ausschluss sei nicht erfolgt und könne auch gar nicht gelingen, weil das Sekretariat selbst davon ausgehe, dass ein nicht bemessener Erfolgsanteil auf die anderen Vorteile von Swisscom TV zurückzuführen sei. Das Sekretariat hätte in der empirischen Analyse also den in Frage kommenden Erklärungsansätzen für die regionalen Unterschiede nachgehen müssen. Dies sei nicht geschehen. Das Sekretariat habe hierzu – soweit ersichtlich – auch keine wesentlichen

Sachverhaltsabklärungen vorgenommen. 537. Entgegen der Ansicht von Swisscom berücksichtigt die Analyse Kundenzahlen mit Bezug auf das Sportangebot von Teleclub, weil die Deutschschweiz und die Romandie sich beim

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 109 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 innerhalb 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 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, wobei 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,

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

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 110 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 ignoriere die Nachfrage der Endkunden nach Bündelangeboten. Endkunden der TV-Plattformanbieter würden infolge der Konvergenz der Übertragungswege nicht mehr nur isoliert die Übertragung von Fernsehsignalen, sondern gebündelte Kommunikationsdienstleistungen nachfragen. Es sei anerkannt, dass verschiedene aus Sicht der Verbraucher nicht austauschbare Produkte einem einzigen sachlichen Markt zuzuordnen sind, wenn die etablierten Anbieter diese Produkte im Rahmen eines Produktbündels anbieten und der durchschnittliche Konsument die Produkte im Bündel nachfragt. Diese Nachfrage nach Bündelangeboten habe vorliegend

bedeutsame Auswirkungen auf die zu untersuchenden Substitutionsbeziehungen. Zudem sei der Konsum eines Sportangebots Teil eines Gesamtfernsehangebots. Ein Bündelangebot mit einem qualitativ hochwertigen 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.

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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 111 546. Gleichzeitig bringt Swisscom vor, dass das Sekretariat auf die Nachfrage der Endkunden abstelle. Es sei richtigerweise auf die Marktgegenseite, d. h. die TV-Plattformanbieter abzustellen. 547. Auch hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 242 verwiesen werden. Beim Vergleich der Ausführungen in Rz 455 ff. und Rz 462 ff. der Stellungnahme von Swisscom ist zudem festzustellen, dass sich Swisscom in ihrer Argumentation zur Marktabgrenzung selber widerspricht: einerseits soll die Nachfrage der Endkunden nach Bündelangeboten berücksichtigt werden und andererseits soll nicht auf die Nachfrage der Endkunden, sondern diejenige der TV-Plattformanbieter als Marktgegenseite abgestellt werden.

B.4.2 Beurteilung der Marktstellung 548. Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben; entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens in einem bestimmten Markt. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen. Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden. Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt. 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.

187 Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, E. 9.3.1 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.1), Publigruppe SA et

al./WEKO, m.w.Hinw.; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 626 ff. Rz 310 ff., Sanktionsverfügung - Preis- politik 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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 112 B.4.2.2 Allgemeines zur aktuellen Beurteilung 551. Die Marktstellung von Teleclub auf den Bereitstellungsmärkten hat ihren Ursprung in verschiedenen [Geschäftsgeheimnis] Übertragungsrechten, welche die Vermarktungsgesellschaft Cinetrade erworben hat. Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sind in erster Linie die Übertragungsrechte der nationalen Eishockey- und Fussballligen von Bedeutung, die Cinetrade 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 Entscheiden 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 Fortführung 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 Fernseh- märkten 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 [Geschäftsgeheimnis]. 555. Diese Analyse wird durch die Art und Weise bestätigt, wie Teleclub im Juli 2012 die Preise für die PPV-Spiele anheben konnte. Wie im Rahmen der Marktabgrenzung erwähnt, hat Teleclub durch die Verbindung des Sportpakets mit dem Basispaket einen künstlichen Markt für PPV-Spiele geschaffen (vgl. Rz 456). Gemäss 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 [Geschäftsgeheimnis] Trendumkehr bei der Nachfrage war der Umsatz mit Live-Sport-Events nach der

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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 113 Preiserhöhung höher als der hypothetische Umsatz ohne Preiserhöhung bei konstant wachsender 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
PPV-Angebot Saison 2012/13 ausgebaut 196 2012/13

Anzahl PPV-Bezüge [GG] [GG] [GG] [GG] [GG] [GG]

Preis In Franken 1 2.5 2.5 2.5 3.5 2.5

Umsatz in Franken [GG] [GG] [GG] [GG] [GG] [GG]

PPV-Angebot Saison 2012/13 unter konstantem Angebot 197

Anzahl PPV-Bezüge [GG] [GG] [GG] [GG] [GG] [GG]

Preis in Franken 1 2.5 2.5 2.5 3.5 2.5

Umsatz in Franken [GG] [GG] [GG] [GG] [GG] [GG]

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

B.4.2.2.1 Stellungnahmen zu Allgemeines zur aktuellen Beurteilung I. Stellungnahme von Swisscom 556. Swisscom bringt vor, das Sekretariat verkenne die Quasi-Monopolstellung der KNU auf dem Plattformmarkt im untersuchungsrelevanten Zeitraum. Die KNU hätten über eine Monopolstellung, zumindest aber über eine ausgesprochen starke Stellung auf dem Plattformmarkt verfügt. Wenn das Sekretariat die Stellung von Cablecom als Marktgegenseite von Teleclub ausser Acht lasse, könne es die Frage einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung oder die Fähigkeit von Teleclub, gegenüber Cablecom Geschäftsbedingungen zu erzwingen, gar nicht beurteilen.

557. Es trifft zu, dass eine starke Stellung auf einem nachgelagerten Markt Gegenmacht zu einer starken Stellung auf dem vorgelagerten Markt darstellen kann. Der festgestellte Sachverhalt zeigt, dass kein TV-Plattformanbieter ausser Swisscom das vollständige lineare Sportangebot von Teleclub, einzelne Live-Spiele PPV oder das Angebot von Teleclub en

français übertragen kann. Zudem konnte bis Juni 2012 kein IPTV-Anbieter ausser Swisscom ein line-ares 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.).

196 Zusätzlich wurden in der Saison 2012/13 die ATP Tour, die Challenge League, die Liga Zon Sag-

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 114 558. Swisscom macht geltend, das Sekretariat verkenne die Bedeutung des Free-TV für die Beurteilung der Marktstellung der Untersuchungsadressatinnen im untersuchungsrelevanten Zeitraum. 559. Dazu ist festzuhalten, dass der Umfang der Berücksichtigung von Free-TV grundsätzlich eine Frage der Marktabgrenzung ist: Free-TV und Pay-TV sind nicht dem gleichen Markt zuzuordnen (vgl. Rz 439 ff.). Selbst wenn ohne Zugehörigkeit zum gleichen Markt von disziplinierenden Effekten gesprochen werden müsste, so wären diese umso grösser je umfangreicher das Free-TV-Angebot ist. Bei Schweizer Fussballübertragungen müssten diese Effekte daher wegen der Angebotsdehnung der SRG auf 36 Spiele in der Saison 2012/13 am deutlichsten in Erscheinung treten. Wenn diese Disziplinierung nicht einmal in der Saison 2012/13 zu beobachten ist, dann ist darauf zu schliessen, dass etwaige disziplinierende Effekte im ganzen untersuchungsrelevanten Zeitraum nicht vorhanden waren.

B.4.2.3 Zeitliche Dimension 560. In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich die Verhältnisse in der massgeblichen Zeitperiode Herbst 2006 (Start Swisscom TV) bis heute zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung nachträglicher Entwicklungen ist nur bedingt möglich, nämlich dann, wenn diese zwingende Schlüsse auf die frühere Situation zulassen. Im Übrigen ist entscheidend, dass es um die kartellrechtliche Sanktionierung eines in der Vergangenheit liegenden und abgeschlossenen Marktverhaltens geht. Gerade mit Blick auf den strafrechtlichen Charakter des Sanktionsverfahrens verbietet sich eine zeitliche Vermischung der massgeblichen Umstände mit Ereignissen aus anderen Zeitperioden. 198 Zu berücksichtigen gilt es insbesondere, dass die Marktstellung – wie sich nachfolgend zeigt – stark von [Geschäftsgeheimnis] abhängt. Die entsprechende Beurteilung gilt daher nur für den Zeitraum, [Geschäftsgeheimnis].

B.4.2.3.1 Stellungnahmen zur zeitlichen Dimension I. Stellungnahme von Swisscom 561. Gemäss Swisscom verletze das Sekretariat den Untersuchungsgrundsatz: Die vorgeworfenen Verhaltensweisen würden sich auf den Zeitraum von Oktober/November 2006 bis Dezember 2013 beziehen; der Verfügungsantrag basiere dagegen zum grossen Teil auf den aktuellen Marktverhältnissen im Jahr 2015. Im über sieben Jahre umfassenden untersuchungsrelevanten Zeitraum zwischen Oktober/November 2006 und Dezember 2013 hätten bedeutsame Umwälzungen auf dem Fernsehmarkt stattgefunden. Das Sekretariat hätte daher untersuchen müssen, inwieweit sich die Marktverhältnisse im untersuchungsrelevanten Zeitraum von Oktober/November 2006 bis Dezember 2013 verändert hätten und inwieweit sich dies auf die rechtliche Beurteilung der vorgeworfenen Verhaltensweisen auswirken würde. 562. Hierzu ist festzuhalten, dass sich die vorliegende

Untersuchung explizit auf den Zeitraum von Oktober 2006 bis Dezember 2013 richtet (vgl. Rz 2). Folglich beschränken sich die Sach- verhaltsermittlungen 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 be- stehen, 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

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 115 Fernsehmarkt. Zudem haben sich die Verhältnisse bei den Übertragungsrechten nicht verän- dert. 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 Tele- club 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 Un- gleichbehandlung bis heute andauere. Zudem sei der Vertrag zwischen Sunrise und Teleclub mit der problematischen Bestimmung nach wie vor in Kraft. Ebenfalls stelle das Sekretariat fest, dass das Verhalten betreffend Koppelung von Sportpaket mit Basis- bzw. Grundpaket bis heute andauere. Ob aktuell auch der Tatbestand der Geschäftsverweigerung noch erfüllt sei, sei zu wenig klar. Dass das gemäss Antrag des Sekretariats missbräuchliche Verhalten weiter andauere, ergebe sich schliesslich auch aus öffentlich zugänglichen Informationen wie der Internetseite von Teleclub (vgl. vgl. www.teleclub.ch, v. a. www.teleclub.ch/abo). Die Frage, ob das missbräuchliche Verhalten weiterhin andauere, sei insbesondere auch für die Frage der Sanktionsbemessung von Bedeutung. Es müssten in diesem Fall für die Bemessung des Basisbetrages der Sanktion die Umsätze anderer Jahre herangezogen werden. Zudem würde das zu sanktionierende Verhalten länger andauern, was einen entsprechend höheren Zu- schlag 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 diszipli- nierender Einfluss auf den Bereitstellungsmarkt ausgehen. Dies wäre der Fall, wenn die TV- Plattformanbieter aufgrund des umfangreichen Sportangebots im Free-TV auf eine Aufschal- tung des Teleclub Sportangebots verzichten könnten. Insbesondere die Angebote der SRG können bezüglich Übertragungs- und Berichterstattungsqualität sowie der Programmumge- bung mit den Angeboten von Teleclub verglichen werden. Da allerdings die Anzahl der über- tragenen Spiele über einen längeren Zeitraum stark begrenzt ist (vgl. Rz 439 ff.) und Teleclub als einziger Marktteilnehmer eine umfassende Liga-Berichterstattung anbieten kann, ist nicht davon auszugehen, dass Teleclub durch die Übertragungen der SRG daran

gehindert wird, sich auf dem Bereitstellungsmarkt in wesentlichem Ausmass unabhängig zu verhalten. 568. Damit besteht kein aktueller Wettbewerb im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.

B.4.2.4.2 Potentieller Wettbewerb 569. Das umfangreiche Sportrechte-Portfolio von Cinetrade ist das Resultat einer Content- Strategie, die Cinetrade und Swisscom im Anschluss an den Zusammenschluss von 2004 vereinbart haben (vgl. Abschnitt A.4.3.4.1). 570. Swisscom bringt in diesem Zusammenhang vor, dass die Inhaber von Übertragungsrechten (z.B. die schweizerischen Fussball- oder Eishockeyligen) diese Rechte in der Regel 32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 116 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 Rechteinhaber 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 [Geschäftsgeheimnis] 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. [Geschäftsgeheimnis] 201 [Geschäftsgeheimnis] Im Übrigen haben in der Vergangenheit soweit ersichtlich weder Sky

Deutschland noch Canal+ versucht, die für einen Markteintritt notwendigen Übertragungsrechte selbst zu erwerben. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass Sky Deutschland oder Canal+ im Sinne einer potentiellen Konkurrenz auf dem relevanten Markt einen disziplinierenden Einfluss auf Teleclub haben.

199 BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 138), Art. 4 Abs. 2 KG N 340; RPW 2007/1, 111 Rz 105 ff., Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG. 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).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 117 574. Ein Markteintritt von Infront/Ringier ist ebenfalls unwahrscheinlich. Bis Herbst 2012 hielt Ringier eine Beteiligung an Teleclub (vgl. Rz 5) und profitierte daher vom Rechteerwerb von Cinetrade. [Geschäftsgeheimnis] Der Ausstieg von Ringier bei Teleclub erfolgte aufgrund der Portfolio-Bereinigung im Zuge der Reorganisation des Entertainment-Bereiches. 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 [Geschäftsgeheimnis] Infolgedessen sind Cablecom und Sunrise als potentielle Konkurrenz von Teleclub stark eingeschränkt. b. Strukturelle Markteintrittsschranken 576. Zu den vertraglichen Markteintrittsschranken kommen strukturelle Markteintrittsschranken hinzu. [Geschäftsgeheimnis] im europäischen Vergleich sehr lang; zum anderen sind die vergebenen Rechtepakete [Geschäftsgeheimnis]. 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 Fall nicht zu. Es ist deshalb schon nur aufgrund der Dauer der Vertragsperiode nicht damit zu rechnen, dass der potentielle Wettbewerb Teleclub zu disziplinieren vermag. 578. Die Grösse der Rechtepakete vermag insofern den potentiellen Wettbewerb einzuschränken, als aufgrund des zu erwartenden Preises nur sehr wenige finanzkräftige Unternehmen als potentielle Wettbewerber in Frage kommen. Gleichzeitig hindert ein umfassendes Rechtepaket unter Umständen kleinere innovative Anbieter daran, sich Rechte für eine geteilte Verwertung zu sichern. Bei der letzten Vergabe der Übertragungsrechte der SFL 2011 erfolgte [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Rz 145). [Geschäftsgeheimnis] In jedem Fall hatte das Rechtepaket der SFL einen Umfang, der den potentiellen Wettbewerb stark einzuschränken vermag. 579. Ein weiterer

Grund dafür, dass im vorliegenden Fall der potentielle Wettbewerb wahrscheinlich sehr gering ist, sind die vergleichsweise hohen Marktaustrittsschranken. 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

202 Jahresbericht von Ringier 2012, S. 5.

203 Üblich sind nach dem diesbezüglichen Leitentscheid der EU-Kommission 3 Jahre sowie eine Auf-

teilung der Übertragungsrechte in verschiedene kleinere Pakete, (EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, UEFA Champions League). 204 BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 138), Art. 4 Abs. 2 KG N 317.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 118 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 Swisscable 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 Cablecom 206 zugunsten von Teleclub verschiebt. Gleichermassen hat der Markteintritt weiterer Marktteilnehmer, die ihre Angebote über das Kupferanschlussnetz von Swisscom oder einem der Glasfasernetze verbreiten, die Marktstellung der KNU geschwächt. In den meisten Regionen der Schweiz haben die Endkunden die Auswahl zwischen mindestens drei (regionales KNU, Swisscom und Sunrise), in den Regionen mit Glasfasernetz sogar

zwischen fünf und sechs TV- Plattformanbietern. Die Marktgegenseite von Teleclub auf den Bereitstellungsmärkten ist daher seit den Ausführungen des Bundesgerichtes deutlich fragmentierter und entsprechend geschwächt. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass Teleclub von der Marktgegenseite hinreichend diszipliniert werden kann.

B.4.2.4.4 Fazit 583. Es ist somit festzustellen, dass Teleclub beziehungsweise Swisscom auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga- Wettbewerbs im Pay-TV im untersuchungsrelevanten Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 119 B.4.2.5 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV

584. Die Marktstellung von Teleclub im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV unterscheidet sich nicht wesentlich von der soeben erörterten Marktstellung von Teleclub im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV. 585. Auch wenn im Free-TV die Schweizer Eishockey-Meisterschaft in der Phase der Play-offs übertragen wird (vgl. Rz 148 f.), kann wie im Fussball nicht von einem aktuellen Wettbewerb die Rede sein. Hinsichtlich potentiellen Wettbewerbs und Stellung der Marktgegenseite kann auf das in den Abschnitten B.4.2.4.2 und B.4.2.4.3 Ausgeführte verwiesen werden.

586. Es ist somit festzustellen, dass Teleclub beziehungsweise Swisscom auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga- Wettbewerbs im Pay-TV im untersuchungsrelevanten Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

B.4.2.6 Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV 587. In den nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV sind nebst Teleclub grundsätzlich auch die beiden ausländischen Anbieter Canal+ und Sky Deutschland tätig. 588. Das Angebot von Sky Deutschland kann in der Schweiz nur über Satellit und nur direkt bei Teleclub bezogen werden. Die TV-Plattformanbieter haben keine Möglichkeit, Sky Deutschland auf dem Bereitstellungsmarkt zu beziehen. Damit besteht auf dem hier relevanten Bereitstellungsmarkt kein Wettbewerb zwischen Sky Deutschland und Teleclub. 589. Canal+ überträgt kein mit Teleclub vergleichbares Angebot an ausländischen Fussball- ligen. Der Schwerpunkt liegt bei der Premier League, von welcher rund 5 Spiele pro Runde übertragen werden. Zusätzlich zeigt Canal+ 2 Spiele pro Runde der Ligue 1. In den Märkten für die Premier League und die Ligue 1 ist damit ein bestehender aktueller Wettbewerb festzustellen. In den übrigen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV

besteht demgegenüber kein aktueller Wettbewerb. 590. Hinsichtlich potentiellen Wettbewerbs und Stellung der Marktgegenseite kann auf das in den Abschnitten B.4.2.4.2 und B.4.2.4.3 Ausgeführte verwiesen werden. 591. Es ist somit festzustellen, dass Teleclub beziehungsweise Swisscom auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im untersuchungsrelevanten Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

B.4.2.7 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV 592. [Geschäftsgeheimnis]. Bis Juli 2013 konnten die Spiele der NHL auf ESPN America verfolgt werden. Der Sender ESPN America war jedoch [Geschäftsgeheimnis] im Programm von Teleclub, sondern konnte von verschiedenen Plattformanbietern auch unabhängig von Teleclub bezogen werden (vgl. Rz 121 und 127).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 120 593. Teleclub hat daher keine marktbeherrschende Stellung auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV.

B.4.2.8 Stellungnahmen zur Beurteilung der Marktstellung

B.4.2.8.1 Stellungnahme von Swisscom 594. Swisscom bemängelt die angeblich cursorische Prüfung des Sekretariats. Die Marktstellung auf den vom Sekretariat abgegrenzten Pay-TV-Bereitstellungsmärkten für Schweizer Eishockey und ausländische Fussballübertragungen würden quasi nur beiläufig geprüft. Die marktbeherrschende Stellung werde nur anhand der Kriterien aktueller und potentieller Wettbewerb sowie der Stellung der Marktgegenseite geprüft. Weitere Kriterien wie die Merkmale des untersuchten Unternehmens oder der Einfluss eines zusammenhängenden Markts würden ausgeblendet. Zudem nehme das Sekretariat auch in Bezug auf die Beurteilung der Marktstellung der Untersuchungsadressatinnen keine zeitliche Differenzierung vor. 595. Entgegen der Ansicht von Swisscom prüft das Sekretariat die Marktstellung von Swisscom bzw. Teleclub eingehend. Dass das Sekretariat dabei auf die Ausführungen zum Schweizer Fussball verweist, ist nicht zu beanstanden, soweit vergleichbare Situationen vorliegen. Inwiefern die Merkmale von Swisscom unberücksichtigt seien, ist nicht ersichtlich. 596. Swisscom bringt weiter vor, die Ausführungen des Sekretariats zur früheren Marktstellung von Teleclub im Pay-TV-Endkundenmarkt seien irrelevant, da das Sekretariat die Marktstellung der Untersuchungsadressatinnen auf den von ihm abgegrenzten Bereitstellungsmärkten prüfe. Zudem verkenne das Sekretariat, dass verschiedene Plattformbetreiber in der Zwischenzeit umfangreiche Pay-TV-Angebote aufgebaut hätten, die es zu den Zeiten der Zusammenschlussmeldung Swisscom - Cinetrade noch nicht gegeben habe. 597. In der von Swisscom bemängelten Textstelle zeigt das Sekretariat lediglich die frühere Marktstellung von Teleclub auf (vgl. Rz 550). Das Sekretariat weist zugleich darauf hin, dass für das vorliegende Verfahren aber nicht die Stellung von Teleclub auf jenen Märkten, sondern die Stellung auf den Bereitstellungsmärkten entscheidend ist. 598. Swisscom macht geltend, Teleclub sei im relevanten Zeitraum intensivem Wettbewerb ausgesetzt gewesen. Das Sekretariat verkenne den disziplinierenden Einfluss des Free-TV. Nach der eigenen Marktdefinition des Sekretariats sei für eine Ligaberichterstattung nicht vorausgesetzt, dass sämtliche Spiele übertragen werden. Für viele Fussballinteressierte stehe im Vordergrund, dass sie die Liga als Gesamtprodukt verfolgen können. Dies sei mit den im Free-TV auf SRG empfangbaren 36 Live-Spielen der Super League gewährleistet. Die Free-TV-Berichterstattung in der

Schweiz gehe insoweit deutlich über diejenige anderer europäischer Länder wie beispielsweise Deutschland oder Grossbritannien hinaus. Darüber hinaus übersehe das Sekretariat aufgrund der falschen Marktabgrenzung weitere wichtige disziplinierende Faktoren im aktuellen Wettbewerb. Ein Plattformanbieter könne viele Wettbewerbsparameter nutzen, um Endkunden für seine Plattform zu gewinnen. Das Sportangebot, genauer die Fussball- und Eishockeyübertragungen, seien nur ein Wettbewerbsparameter neben vielen anderen. 599. Das Sekretariat hat sich mit der Frage, ob die Übertragung von 36 Live-Spielen der Super League eine ausreichende Ligaberichterstattung darstellt um ein Substitut zu den Fussball-Übertragungen von Teleclub zu bilden, einlässlich auseinandergesetzt (vgl. Rz 439 ff.). Würde die Berichterstattung der SRG tatsächlich ein Substitut für diejenige von Teleclub darstellen, wäre zu erwarten, dass die Nachfrage nach Teleclub-Fussballübertragungen nach der Aufstockung der SRG-Übertragung von 10 auf 36 Spiele pro Saison für die Saison 2012/13 der Super League, massiv eingebrochen wäre. Es kann davon ausgegangen werden, dass eine grosse Mehrheit der Zuschauer nicht bereit ist, für die Teleclub-Berichterstattung etwas zu bezahlen,

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 121 wenn sie eine gleichwertige Berichterstattung bei der SRG kostenlos erhalten kann. Die Nachfrage nach Teleclub-Fussballübertragungen ist jedoch keineswegs [Geschäftsgeheimnis] 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 Rechtepakete und die erst daraus resultierende wirtschaftliche Wertbarkeit würden überhaupt erst einen Anreiz für Programmanbieter schaffen, in den Markt einzutreten. Inwieweit «sunk costs» von Swisscom andere finanzkräftige Unternehmen wie Cablecom von einem Markteintritt abhalten können sollten, sei unerfindlich. Dass die produzierten Sportübertragungen von anderen Wettbewerbern nicht dupliziert würden, seien nicht «sunk costs», sondern eben die zeitlich befristet vergebenen Übertragungsrechte verantwortlich. Nach Ablauf dieser Frist seien die Voraussetzungen für alle Wettbewerber grundsätzlich dieselben. Entsprechend könnten «sunk costs» im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielen. 602. Hierzu ist festzuhalten, dass [Geschäftsgeheimnis]. Zudem hat das Sekretariat entgegen der Ansicht von Swisscom die SRG als mögliche Rechteerwerberin durchaus berücksichtigt (vgl. Rz 144 ff.). Es sei dazu darauf hingewiesen, dass die SRG selber aufgrund des RTVG sowie ihrer Konzession nicht als Pay-TV-Programmveranstalterin auftreten kann. 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 Literatur 208 erklärt und anerkennt. 603. Swisscom bringt dann vor, dass die KNU im untersuchungsrelevanten Zeitraum dominerende 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 Swisstable die Gegenmacht der Kabelnetzbetreiber noch erheblich verstärkt.

604. Entgegen der Ansicht von Swisscom gelten die von Swisscom zitierten Ausführungen des Sekretariats bezüglich multi-homing für nicht vertikal integrierte und unabhängige Pro-

207 Vgl. Konzession vom 28. November 2007 für die SRG SSR idée suisse

<[http://www.bakom.ad-](http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/marktuebersicht/ssr_srg/04634/index.html)

min.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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 122 grammveranstalter (vgl. Rz 662 ff.). Der Markteintritt von Swisscom verbunden mit der vertikalen Integration von Teleclub hat sehr wohl einen Einfluss auf die behauptete Gegenmacht der KNU gegenüber Teleclub (vgl. Rz 581 f. und 664 ff.).

B.4.2.9 Zwischenergebnis 605. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass Teleclub beziehungsweise Swisscom in folgenden Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 KG verfügt: i. Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV. ii. Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.

iii. Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV.

B.4.3 Unzulässige Verhaltensweisen 606. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt jedoch eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten, weshalb dem marktbeherrschenden Unternehmen gewisse Verhaltensweisen untersagt sind. Zum Tatbestandselement der Marktbeherrschung in Art. 7 Abs. 1 KG muss daher als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten. Solche Verhaltensweisen setzen ihrerseits einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen konkurrierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens). 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 (Behinderungsmissbrauch). Unter den Begriff der Behinderung der Ausübung des Wettbewerbs lassen sich eine Vielzahl von Formen subsumieren: disziplinierende Behinderung, die marktliche Errungenschaften von Konkurrenten zu zerstören sucht, die preisliche Behinderung und die strategische Behinderung, die andere Wettbewerbsparameter als den Preis betrifft. Bei der Behinderung sowohl in der Aufnahme als auch in der Ausübung des Wettbewerbs spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Durch den Missbrauch kann andererseits die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt werden (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) dar. Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 123 Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinderungsmissbrauch 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 hindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann, welchem ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird. Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen können zudem mehrere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG betreffen. 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 Interes-

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

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

212 BGE 139 I 72, E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), Publigroupe SA et al./WEKO; vgl. auch

Urteil des BGer 2A.520/2002 vom 17.6.2003, RPW 2003/4, 961 E. 6.5.1, Entreprises Electriques Fri- bourgeois (EEF)/Watt Suisse AG; RPW 2008/4, 579, Rz 173, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; RPW 2006/4, 640, Rz 98, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; BOTSCHAFT 95 (Fn 82), 570; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 25; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2e édition, 2013 (nachfolgend: Commentaire romand LCart), Art. 7 LCart N 4 ff.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 124 senabwägung. Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder nichtzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb. 213 612. Anzumerken ist, dass der Übersichtlichkeit halber nachfolgend auf das «Sportangebot von Teleclub» Bezug genommen wird. Das ändert indes nichts daran, dass vorliegend nur diejenigen Teile des Sportangebots relevant sind, welche die in Randziffer 605 genannten Märkte betreffen.

B.4.3.1 Stellungnahmen zu den unzulässigen Verhaltensweisen

B.4.3.1.1 Stellungnahme von Swisscom 613. Swisscom rügt, das Sekretariat gehe im Rahmen der Beurteilung der vorgeworfenen Missbräuchlichkeit der Verhaltensweisen überhaupt nicht mehr auf die Bedeutung des im Free-TV empfangbaren Sport-Content ein. Das Sekretariat gehe davon aus, dass sich die Plattformanbieter nur noch über das «Sportangebot» differenzieren könnten. Dies sei abwegig. Die Endkunden seien nämlich dann bereit Abstriche beim Sportangebot zugunsten anderer Plattformvorteile hinzunehmen, wenn mindestens eine Grundversorgung mit Sportinhalten gesichert sei. Diese Grundversorgung werde entsprechend den Vorgaben der Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen gerade durch das Free-TV gewährleistet. 614. Dazu ist festzuhalten, dass bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit Free-TV aufgrund der Marktabgrenzung keine Bedeutung mehr hat (vgl. Rz 439 ff.). Dies nicht zuletzt auch, weil Free-TV keinen disziplinierenden Effekt auf die relevanten Pay-TV-Märkte hat (vgl. Rz 567). Davon, dass das Sportangebot das einzige Differenzierungsmerkmal der

Plattformanbieter sei, kann keine Rede sein. In der von Swisscom zitierten Textstelle hält das Sekretariat einzig fest, dass das Sportangebot das einzige Differenzierungsmerkmal ist, das die Konkurrenten von Swisscom nicht grundsätzlich eigenständig bereitstellen können. In Bezug auf die geltend gemachte Grundversorgung ist auf Rz 351 zu verweisen. Überdies ist es nicht Zweck der Grundversorgung Wettbewerb auf dem Plattform- oder Bereitstellungsmarkt sicherzustellen. Schliesslich ist auch festzustellen, dass die Relativierung der Bedeutung des Sportangebots von Teleclub durch Swisscom in Widerspruch zu den von Swisscom anlässlich der Anhörungen gemachten Aussagen steht. Danach habe man bei der Lancierung von Swisscom TV Sport durchaus als wichtiges (wenn auch nicht einziges) Differenzierungsmerkmal gegenüber den anderen TV-Plattformen gesehen.

B.4.3.2 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

615. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit. Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt erschwert oder behindert wird.

Von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes ist auszugehen, wenn folgende Merkmale vorliegen: 214 i. Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten;

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

214 RPW 2011/1, 144 f. Rz 306 ff., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); BSK KG-

AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 121 ff.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 125 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. 217 621. 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

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

216 Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 125.

217 Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 139), Art. 7 KG N 108.

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

ADSL.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 126 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, [Geschäftsgeheimnis] (vgl.

Abschnitt A.4.3.1.5). [Geschäftsgeheimnis]. 623. Weiter ergab die Sachverhaltsermittlung, dass abgesehen von Cablecom und den Partnern der DCG auch kein KNU das Teleclub-Programm für seine Plattform erhält. Verschiedene KNU haben dabei selber um die Bereitstellung nachgefragt (vgl. Abschnitt A.4.3.5.8). Insbesondere Finecom hat für den QL-Verbund, den zweitgrössten Kabelnetzverbund der Schweiz, wiederholt versucht, das Teleclub-Programmangebot für die QL-Plattformen zu erhalten (vgl. Abschnitt A.4.3.5.5). Zudem hatte auch der Branchenverband Swisscable [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Rz 166). 624. Schliesslich ist auch festzustellen, dass das französischsprachige Teleclub-Angebot ausschliesslich Swisscom erhält, obwohl auch hier Anfragen konkurrierender Plattformanbieter vorliegen (bspw. Sunrise, vgl. Rz 120 und Netplus, Rz 210).

625. Das Tatbestandselement der Geschäftsverweigerung ist damit in mehrfacher Hinsicht erfüllt. 626. [Geschäftsgeheimnis]. Allerdings ist bezüglich dieser Anfrage der Zeitpunkt der effektiven Verweigerung durch Teleclub nicht nachweisbar. Im Zweifel ist daher für den Beginn der Verweigerung auf die Antwort von Teleclub an Ticinocom vom 3. Dezember 2010 abzustellen, mit welcher Teleclub ein Angebot für IPTV explizit abgelehnt hat (vgl. Rz 230). Die Verweigerung dauerte während des gesamten Untersuchungszeitraums an.

B.4.3.2.2 Objektive Notwendigkeit des Inputs 627. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein Substitut gibt, das

219 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 664 Rz 579 und 665 Rz 591 ff., insb. 667 Rz 602, Sanktions-

verfügung - Preispolitik Swisscom ADSL.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 127 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. 630. Cablecom machte geltend, dass die strategische Relevanz des Sportangebots nicht nur aus Marketingsicht erheblich sei. Das Sportangebot von Swisscom generiere insbesondere einen erheblichen wirtschaftlichen Mehrwert, der [Geschäftsgeheimnis] höher liege als der Mehrwert, den Cablecom mit dem eingeschränkten Sportangebot, das sie ihren Endkunden aufgrund der Exklusivitäten von Swisscom bzw. Cinetrade und Teleclub anbieten könne, erzielen könne. Nach Umfragen des Link Instituts, die im Auftrag von Cablecom zuletzt im Dezember 2012 durchgeführt worden seien, hätten [Geschäftsgeheimnis] von 1033 Befragten angegeben, dass der Zugang von Sportinhalten bei Swisscom der Grund dafür sei, dass sie sich für ein Swisscom Fernsehangebot entschieden haben. Cablecom verweist hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung von Sportübertragungen im Pay-TV auch auf die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden. Auch das Verhalten der Endkunden verdeutliche die Bedeutung des Sportangebots im Bereich Pay-TV. Aktuell abonnierten beinahe [Geschäftsgeheimnis] der Kunden von Cablecom im Bereich Pay-TV zusätzlich ein Sportpaket. 631. Die DCG führte aus, aufgrund der Marktforschung, eines Vergleichs mit Deutschland sowie der Vermarktungspolitik von Swisscom könne belegt werden, dass Liveübertragungen von Fussball- und Eishockeyspielen (entweder als PPC oder als PPV) eine grosse Bedeutung hätten und wettbewerbsrelevant seien. WWZ führte aus, dass Live-Ausstrahlungen exklusiver Sportereignisse im Hinblick auf die Kundengewinnung bzw. Kundenbindung einen hohen Stellenwert hätten. Gemäss ihren Kündigungs-Auswertungen seien rund 70 % der Wechsel zu

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 139), Art. 7 KG N 125, welche verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss. Dies könnte in dem Sinne verstanden werden, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Ein solches Erfordernis würde dazu führen, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 128 Swisscom mit dem Live-Sport von Swisscom TV begründet worden. WWZ gibt zudem an, dass 2011 über [Geschäftsgeheimnis] ehemalige Kunden befragt worden seien, weshalb sie den Kabelanschluss gekündigt hätten. Bei denen, die zu Swisscom gewechselt hätten, liege der Anteil [Geschäftsgeheimnis] die aufgrund des Live-Sports gewechselt hätten. Diese Feedbacks würden sie auch immer wieder von den Kundenberatern erhalten. Ähnlich äusserten sich auch die übrigen Partner der DCG. GGA Maur reichte dabei eine Statistik der Plombierungen seit 2008 ein, wonach rund 38 % der Plombierungen aufgrund des fehlenden Sportangebots erfolgt seien.

632. Finecom gab an, dass die exklusiven Sportrechte ein «(ODER DAS?)» entscheidendes Element im Content Angebot seien und aktuell im Wettbewerb zwischen Swisscom und den

Kabelnetzbetreibern, im Zusammenhang mit der Digitalisierung im TV-Bereich, von äusserst grosser Bedeutung seien. Aufgrund von regelmässigen Kundenumfragen sei bekannt, dass bei rund [Geschäftsgeheimnis] der Kunden, welche sich für Swisscom TV und gegen das QL- DTV-Angebot entscheiden würden, der «Live Sport» (vor allem Schweizer Eishockey- und Fussballspiele) das entscheidende Kriterium sei. Es handle sich hier somit um den entscheidenden Wettbewerbsnachteil der Kabelnetzbranche. Finecom führte sodann aus, Eishockey und Fussball seien aufgrund ihrer Beliebtheit nicht nur Publikumsmagnete in den Stadien, sondern Live-Spiele wie Play-off-Partien im Eishockey oder Spiele aus der Finalrunde im Fussball erreichten bei Ausstrahlung im öffentlichen Fernsehen auch sehr hohe Einschaltquoten. Finecom wies zudem auf die lokale Verankerung der Sportklubs hin, weshalb die lokalen Kabelnetze ohne die Möglichkeit der Übertragung der Spiele dieser lokalen Sportklubs einen Wettbewerbsnachteil hätten. Beispielsweise habe Swisscom vor knapp 2 Jahren als der EHC Visp im Play-off Final der Nationalliga B war, im Wallis eine gross angelegte Plakatkampagne gemacht, mit dem sinngemässen Slogan «Jetzt den EHC Visp live sehen». Dies habe nicht zuletzt dazu geführt, dass die Valaiscom in dieser Zeit überdurchschnittlich viele Kündigungen der Grundanschlüsse habe verzeichnen müssen. Auch dieses Beispiel zeige die Relevanz des Live-Sports bei der Wahl des Digital TV-Anbieters sowie den Faktor, dass die Swisscom den Live-Sport bei der Werbung prominent in den Vordergrund stelle. Dass Live-Ausstrahlungen von Sportinhalten sehr wichtig für die Kundengewinnung und Kundenbindung seien, bewiesen auch Beispiele aus dem Ausland sowie die Tatsache, dass Swisscom und Kabelnetzanbieter bereit seien, grosse Summen hierfür zu investieren. 633. Netplus führte aus, dass gemäss eigenen Umfragen 51 % der antwortenden Kunden (Rücklaufquote 12 %) der Ansicht seien, dass Swisscom wegen des Sportangebots einen Wettbewerbsvorteil habe. Sierre-Energie und Sinergy Infrastructure SA wiesen wie Finecom auf die Bedeutung der regionalen Verankerung gewisser Sportklubs hin, wodurch in diesen Regionen ein erhöhtes Bedürfnis der Zuschauer bestehe, die Spiele ihrer regionalen Klubs verfolgen zu können. Die sateldranse SA erläutert darüber hinaus, dass die Bedeutung des Sportangebots aufgrund der Bündelungsangebote (TV/Telefon/Internet) in den letzten Jahren noch zugenommen habe. 634. YplaY gab an, dass das Sportangebot im Wettbewerb mit den anderen TV- Plattformanbietern enorm wichtig sei. Deshalb habe man in den letzten zwei Jahren so beharrlich versucht, Teleclub mit seinem Sportangebot auf das Netz zu bekommen. 635. Ticinocom führte aus, dass im Tessin Live-Sport-Events sehr wichtig seien. Für die Kundenbindung sei es ebenfalls sehr wichtig Live-Sport anbieten zu können, da die Kunden, welche möglicherweise in Zukunft Live-Sport schauen möchten, ihre Verträge vorsorglich kündigen würden. Ticinocom fragte ebenfalls Kunden, die ihr Abonnement kündigten, mittels Fragebogen nach den Kündigungsgründen. Dabei seien zwei Gründe für den Wechsel zu Swisscom TV ausschlaggebend: Der Wunsch alle Telekomdienste aus einer Hand zu beziehen und – ohne explizit danach gefragt worden zu sein – das fehlende Angebot von Schweizer Fussball und Eishockey.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 129 636. Die GIB-Solutions AG gab an, dass wenn sie Kunden an ihren Hauptkonkurrenten Swisscom verlieren würden, dann meistens wegen den dort angebotenen Sportprogrammen mit den damit verbundenen exklusiven Ereignissen. 637. Die Stafag führte aus, dass ein Drittel der zu Swisscom wechselnden Kunden in der telefonischen Befragung angegeben habe, dass der Grund für den Wechsel die Möglichkeit sei, Sport auf Abruf bei der Swisscom zu bekommen. 638. Sunrise beschrieb die Bedeutung der Sportinhalte wie folgt: «Für einen signifikanten Teil des

Endkundenmarkts sind diese exklusiven Sportereignisse der entscheidende Faktor bei der Auswahl des Anbieters. Wer diese Ereignisse nicht anbieten kann, ist nicht in der Lage, den gesamten Markt anzusprechen. Zudem verlieren Anbieter, welche die fraglichen Sportereignisse nicht im Angebot führen, auch bestehende Festnetz- oder Internetkunden an Swisscom, da Letztere ihr TV-Angebot nur im Paket mit Festnetztelefonie und Internet vermarktet.» Eine von Sunrise in Auftrag gegebene Studie ergab, dass für 32 % aller Befragten Sportpakete eine wichtige oder sehr wichtige Rolle beim Entscheid für einen Digital-TV Provi- der spielen würden. In der Kernzielgruppe «Männer 20 – 39 Jahre» liege die Bedeutung dieser Sportpakete für den Kaufentscheid mit 41 % noch höher. Die Verfügbarkeit der Spiele der UEFA Champions League, der Super League sowie der UEFA Europa League und der NLA seien sehr wichtig oder wichtig. Die Schweizer Ligen wiesen dabei vergleichbar hohe Werte aus wie die europäischen. 639. Swisscom gab an, [Geschäftsgeheimnis]. Swisscom betrachtet nach eigenen Angaben Investitionen in Sportinhalte als Differenzierungsfaktor im Wettbewerb. Dafür sei Swisscom auch bereit, [Geschäftsgeheimnis] zu investieren. In der Eingabe vom 31. Mai 2013 relativiert Swisscom allerdings, dass das Sportangebot nur für [Geschäftsgeheimnis] das entscheidende Auswahlkriterium sei. Es handle sich dabei um ein Differenzierungsmerkmal unter vielen. Es seien nur [Geschäftsgeheimnis] der Kunden bereit, [Geschäftsgeheimnis]. 640. Cinetrade führte aus, [Geschäftsgeheimnis] Der wahre Grund für den Erfolg von Swisscom TV liege nicht in den Sportübertragungen (welche mit einem beträchtlichen unter- nehmerischen Risiko verbunden seien), sondern beruhe im Wesentlichen auf einer neuen Technologie, welche neue Möglichkeiten für den Konsumenten biete (Sprachoptionen, Pro- grammunterbrechung, einfache Aufnahme etc.). Die Konkurrenten von Swisscom seien für die Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit im Bereich des Pay-TV nicht auf den Bezug des Te- leclub-Sportangebots angewiesen. Das Teleclub-Sportangebot sei nur für einen kleinen Zu- schauerkreis 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 ha- ben diese Plattformanbieter kaum eine Möglichkeit, das Segment der sportbegeisterten End- kunden 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 Programmange- bot, Plattformfunktionen, Servicequalität sowie etwaige Bündelangebote (bspw. Triple-Play).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 130 Dazu ist aber anzumerken, dass alle Kriterien ausser dem Sportangebot von den Konkurren- ten im Plattformmarkt grundsätzlich eigenständig bereitgestellt werden können. Nur das Krite- rium 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 Fernsehzu- schauer bereit ist, [Geschäftsgeheimnis]. Dabei ist allerdings der von Swisscom genannte Pro- zentsatz aus verschiedenen Gründen zu tief bemessen. Zum

einen zeigt die Auswertung der vorhandenen Daten, dass der Anteil der Zuschauer, die das Sportangebot beziehen, bereits in einzelnen Monaten rund 5 Prozentpunkte über dem von Swisscom genannten Wert lag. Zum anderen ist der auf ein Jahr gerechnete Anteil der Zuschauer, die das Sportangebot von Teleclub beziehen, nochmals höher. Weiter gilt zu berücksichtigen, dass auch wer nur ein einziges, exklusiv im Pay-TV ausgestrahltes Spiel anschauen will oder gar nur die Möglichkeit haben will, sich ein solches Spiel überhaupt anschauen zu können, dies nur über das Teleclub- Sportangebot tun kann (vgl. A.4.3.4.6). Für Kunden, die Sportinhalte beziehen wollen, ist somit Teleclub alternativlos. Die Wichtigkeit des Sportangebots widerspiegelt sich auch in den Bemühungen von Swisscable, den Schweizer Sport-Content selber produzieren zu können. 645. Dies bedeutet, dass ein TV-Plattformanbieter ohne das Teleclub-Sportangebot von Anfang an nicht 100 % der Kunden erreichen kann. Es stellt sich somit die Frage, ob für diese Plattformanbieter die Möglichkeit besteht, diese Folge der Verweigerung wenigstens langfristig auffangen zu können (vgl. Rz 627). 646. Dazu gilt es, zwischen den relevanten Bereitstellungsmärkten zu differenzieren. Wie die Auswertung der Marktbefragung zeigt, kommt dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV und dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV nach Einschätzung der Plattformanbieter für die Kundengewinnung und Kundenbindung eine deutlich grössere Bedeutung zu als die nationalen Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV. Dies bestätigen auch die [Geschäftsgeheimnis], die in den letzten Jahren für die Schweizer Sportübertragungen deutlich höher ausfielen. Die ausländischen Fussballübertragungen im Pay-TV stellen daher insgesamt wohl keinen objektiv notwendigen Input dar. 647. Die KNU in der Deutschschweiz haben grundsätzlich die Möglichkeit, anstelle des Bereitstellungsangebots für ihre Plattform das Teleclub-Sportprogramm ihren Kunden über die Teleclub-Plattform (Signalanlieferung) zugänglich zu machen. Damit kann das Fehlen des nationalen Sport-Contents auf den Kabelnetzen aufgefangen werden. Die fehlende Integration des Teleclub-Programmangebots in die eigene TV-Plattform mag zwar im Wettbewerb mit alternativen TV-Plattformen ein Nachteil darstellen, einen objektiv notwendigen Input im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG stellt das Sportangebot im Rahmen der Bereitstellungsmärkte für die KNU aber nicht dar. 648. Die Betreiber einer IPTV-Plattform, welche ihre Plattform über das Kupferanschlussnetz der Swisscom oder ein regionales Glasfasernetz den Endkunden anbieten, [Geschäftsgeheimnis] Für diese Marktteilnehmer stellt das Sportangebot im Rahmen der Bereitstellungsmärkte daher einen objektiv notwendigen Input dar. 649. Weiter besteht für die betroffenen Unternehmen auch keine Möglichkeit, das in Frage stehende Produkt selbst zu produzieren. Dies wurde bereits im Abschnitt zum potentiellen Wettbewerb ausführlich dargelegt (vgl. Abschnitt B.4.2.4.2): Aufgrund von vertraglichen und strukturellen Markteintrittsschranken ist es für ein Unternehmen unmöglich, die für ein solches Produkt notwendigen Sportrechte zu beziehen. 650. In Europa haben die EU-Kommission sowie nationale Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden schon länger ihr Augenmerk auf die Möglichkeit der Marktabschottung durch die

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 131 Nichtgewährung des Zugangs zu Premium Sport-Content gerichtet. 221 Die EU-Kommission legte das Gewicht auf die Entstehung des

Premium Sport-Contents, namentlich die Zentral- vermarktung. In diesem Zusammenhang hat die EU-Kommission festgehalten, dass exklusiv erworbene Rechte der UEFA Champions League den Wettbewerb auf den nachgelagerten Fernsehmärkten erheblich beschränken können, sofern nicht verschiedene Bedingungen u. a. bezüglich des Umfangs der Rechtepakete, des Ausschreibungszeitraums und der Verwen- dung ungenutzter Rechte erfüllt werden. 222 Dies impliziert, dass ein umfassendes Rechtepaket zur exklusiven Vermarktung dem Rechteinhaber einen Wettbewerbsvorteil verschafft, der den Konkurrenten auf den Fernsehmärkten eine wirtschaftliche Tätigkeit praktisch verunmöglicht. Der Zugang zu Premium Sport-Content wurde deshalb auch von verschiedenen ausländi- schen 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 Fussballü- bertragungen im Pay-TV und Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV objektiv notwen- dige 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 ausge- schlossen werden. Es genügt wenn eine Behinderung bzw. wenn ein Verdrängungseffekt vor- liegt, 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 Ge- schäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG auch dann vorliegt, wenn diese zu einer Wettbewerbsbehinderung führt, ohne dass sie sachlich gerechtfertigt werden kann. 226 Die Ver- weigerung der Geschäftsbeziehungen muss demnach nicht den wirksamen Wettbewerb be- seitigen, sondern es genügt, wenn der Wettbewerb behindert wird. 653. Wie bereits oben ausgeführt (Rz 609), hat die Prüfung der einzelnen Tatbestandsvari- anten 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 widerspre- chen, 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 un- bestrittenermassen genügt. Sämtliche Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG sind in Ver- bindung 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 set- zen 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

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 139), Art. 7 KG N 127 ff.

226 Vgl. BORER (Fn 82), Art. 7 KG N 10 ff., insbes. N 10 und 13; PATRICK DUCREY, in: Roland von Bü-

ren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2008, Rz 1522 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz 656.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 132 Eingreifen der Behörden und die Sanktionierung zu öffnen. Dass ein unterschiedlicher Unzu- lässigkeitsmassstab für die einzelnen Tatbestandsvarianten systemwidrig wäre, ist auch dar- aus ersichtlich, dass ein bestimmtes Verhalten – wie im vorliegenden Fall – gleichzeitig meh- rere Tatbestandsvarianten erfüllen kann. 227 654. Auch in der ökonomischen Literatur ist anerkannt, dass eine Marktverschliessung durch eine Geschäftsverweigerung nicht zum Marktaustritt der Konkurrenten im nachgelager- ten 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 Marktverschlies- sung einen aktuellen oder potentiellen Konkurrenten im Wettbewerb behindert. Zudem sind in der Realität die wenigsten Inputfaktoren bzw. Vorleistungen tatsächlich absolut notwendig, in dem Sinne, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit ohne sie vollkommen unmöglich wäre: Meistens gibt es minderwertige Produkte, die eine Marktpräsenz, aber keinen wirksamen Wettbewerb erlauben. 229 Vollständige Marktverschliessung erfolgt in der ökonomischen Literatur meist auf- grund von stark vereinfachenden Modellannahmen. 655. Zur Marktverschliessung ist für diese Untersuchung bereits an dieser Stelle auf die ver- tikale Integration von Swisscom hinzuweisen: bei Teleclub handelt es sich um eine vertikal in eine TV-Plattformbetreiberin integrierte Programmveranstalterin. Für ein vertikal integriertes Unternehmen kann eine Marktverschliessung die lohnende Strategie sein (vgl. Rz 656 ff.). a. Anreize für exklusiven Vertrieb bei vertikaler Marktstruktur 656. [Geschäftsgeheimnis]. 657. Es ist davon auszugehen, dass ein nicht vertikal integrierter Pay-TV-Anbieter die grösstmögliche Verbreitung für das Programm wählen würde. Damit kann der Pay-TV-Anbieter möglichst viele Fernsehzuschauer als Kunden erreichen. Aber auch für einen vertikal integrier- ten 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 beispiele- weise, 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 Pe- riode abhängt und Skalenerträge vorliegen (die Einnahmen steigen bei wachsendem Markt- anteil überproportional 231). 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
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. 229 Vgl. PATRICK REY/JEAN TIROLE (Fn 228), 2156.

230 Vgl. HELEN WEEDS (Fn 223), 13 ff.

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

erfüllt. 232 Vgl. HELEN WEEDS (Fn 223), 20 ff.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 133 658. 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 Abonnementskosten 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 Unternehmen, die mit der gleichen Technologie wie Swisscom TV (IPTV) im Markt tätig sind, in der Ausübung des Wettbewerbs auf dem Plattformmarkt. Diese nutzen für ihr Angebot sowohl über VDSL wie auch über Glasfaser grundsätzlich die gleiche Infrastruktur wie Swisscom. Für einige stellt Swisscom Broadcast sogar die IPTV-Plattform als Vorleistung bereit. Nur Sunrise erhielt schliesslich als zweitgrösster Telekommunikationsanbieter der Schweiz die Teleclub-Vorleistung von Cinetrade; allen anderen, insbesondere kleineren und auf den Glasfasernetzen aktiven Unternehmen, wurde die Bereitstellung verweigert. Folglich betraf die vorliegende Geschäftsverweigerung in erster Linie junge Unternehmen, die mit einer neuen Technologie (IPTV) Kunden mit innovativen Angeboten langfristig an ihre Plattform binden wollen. 659. An dieser Stelle kann noch auf einen grundsätzlichen Zielkonflikt hinsichtlich des Wohlfahrtseffekts von Exklusivität hingewiesen werden, der im hier verwendeten Modellrahmen besteht. Demgemäss führt Exklusivität zwar zu einer ineffizienten Allokation da Endkunden mit einer positiven Zahlungsbereitschaft kein Angebot erhalten; gleichzeitig können Endkunden aber in der Gegenwart von Exklusivität unter gewissen Umständen von stärkerem (Preis-) Wettbewerb zwischen verschiedenen TV-Anbietern profitieren. Da allerdings Märkte aufgrund von Exklusivität langfristig monopolisiert werden können, fällt der Wohlfahrtseffekt von exklusivem Vertrieb langfristig negativ aus. 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 Swisscom, der als historischer Monopolanbieter bezüglich Telekommunikationsinfrastruktur und bestehender Kundenbeziehungen immer noch

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 Zweisei-

tigkeit des TV-Plattformmarkts (vgl. Rz 661 f). 236 HELEN WEEDS (Fn 223), 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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 134 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 Marktconstellation 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 verringert auf Kosten der Gewinne der Programmveranstalter. 242

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 Exclu-

sive Contracts, Economic Theory 32 (2), 2007, 353. 240 Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 239), 376 ff.

241 Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 239), 377 f.

242 Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 239), 379.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 135 c. Wirkungen im TV-Plattformmarkt 664. Die theoretische Analyse in den vorangegangenen Abschnitten hat ergeben, dass Exklusivität sowohl bei einer vertikalen Marktstruktur als auch bei einer zweiseitigen Marktstruktur eine lohnende Strategie darstellt, die dazu geeignet ist, den Wettbewerb im TV-Plattformmarkt langfristig zu behindern. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Ausmass exklusiver Sport-Content tatsächlich den Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt zu beeinflussen vermag. 665. Es ist grundsätzlich nicht erstaunlich, dass das Fernsehangebot des grössten Telekom-anbieters der Schweiz seit November 2006 steigende Kundenzahlen aufweist. Es ist ohne Weiteres anzunehmen, dass Swisscom dank seinem umfangreichen und bedienungsfreundlichen Fernsehangebot, das zudem perfekt in das Produktportfolio eingebunden ist, auch ohne exklusive Sportinhalte viele Kunden gewonnen hätte und sich im Wettbewerb mit den ursprünglich über ein Gebietsmonopol verfügenden Kabelnetzanbietern als starke Alternative Markt für Fernsehplattformen etabliert hätte. Entscheidend für die vorliegende Untersuchung ist die Frage, welchen Anteil am Erfolg von Swisscom allenfalls auf exklusive Sportinhalte zurückzuführen ist, und ob die fehlenden Sportinhalte allenfalls einen Markteintritt neuer TV-Plattformanbieter (bspw. IPTV-Anbieter in den regionalen Glasfasernetzen) verhindern und/oder etablierte Kabelnetzanbieter aus dem Markt drängen können. 666. Es ist vorliegend nicht möglich direkt nachzuweisen, welche Kundenanteile betroffene TV-Plattformanbieter aufgrund der Verweigerung verloren bzw. nicht gewonnen haben. Dazu fehlt das kontrafaktische Szenario, mit welchem der Effekt der Verweigerung isoliert werden könnte. Es ist beispielsweise nicht möglich, den Kundenverlust von Ticinocom aufgrund des fehlenden

Sportangebots zu ermitteln, obwohl der Kundenverlust insgesamt erheblich ist und keine offensichtliche (anderweitige) Erklärung hierfür ersichtlich ist. Es kann allerdings im Sinne einer Marktwirkung des fehlenden Sport-Contents beobachtet werden, dass bei der Verbreitung des Teleclub-Programmangebots sprachregionale Unterschiede bestehen: KNU in der französischsprachigen Schweiz können bis heute keine Teleclub-Programme und damit auch kein Teleclub-Sportangebot verbreiten, während KNU in der Deutschschweiz ein begrenztes Sportangebot anbieten können. Teleclub hält die Spielfilmrechte, die im Teleclub-Basispaket angeboten werden, mehrheitlich nur für die Deutschschweiz. Da das Sportpaket nur mit dem Basispaket bezogen werden kann, ist es den KNU und Sunrise TV grundsätzlich auch nicht möglich, das Teleclub-Sportangebot ausserhalb der Deutschschweiz anzubieten. 667. Auch Swisscom konnte bis September 2012 das lineare Teleclub-Angebot grundsätzlich nur in der Deutschschweiz anbieten. Die Kunden von Swisscom TV hatten allerdings von Anfang an (also ab November 2006) die Möglichkeit, das Teleclub-Sportangebot im Einzelabruf PPV zu beziehen. Die Schweizer Super League und die NLA wurden auf Deutsch und Französisch kommentiert, die Spiele mit Beteiligung einer Tessiner Mannschaft wurden je nach Gegner Italienisch und Deutsch oder Italienisch und Französisch kommentiert. Im September 2012 startete Teleclub dann sein lineares Programmangebot für die französischsprachige Schweiz exklusiv auf Swisscom TV (vgl. Abschnitt A.4.3.2.3). 668. Daraus folgt, dass sich Swisscom in der Deutschschweiz in praktisch allen Regionen Wettbewerbern gegenüber sah, die das (begrenzte) Sportangebot von Teleclub anbieten konnten. In der französischsprachigen Schweiz war Swisscom der einzige Anbieter von Teleclub Sport. Dieser regionale Unterschied bezüglich der Verfügbarkeit des Sportangebots von

E. 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 [Geschäftsgeheimnis] verbunden.

E. 6

Die Teleclub AG war bei Untersuchungseröffnung ein Programmveranstalter gemäss Art. 2 Bst. d RTVG 2. Teleclub stellte eigene Programme in den Bereichen Film, Sport und Unterhaltung zusammen. Im Zuge des Erwerbs der Aktienmehrheit an Cinetrade durch die Swisscom-Gruppe wurde die Programmveranstaltung in die Teleclub Programm AG ausgelagert, an deren Aktienkapital Cinetrade zu 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

E. 7

Gestützt auf verschiedene Hinweise von Fernmeldediensteanbietern und Privatpersonen sowie eigene Abklärungen eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 30. Mai 2012 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG 4 gegen Cinetrade wegen einer möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG.

E. 8

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

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

3 Seit dem 2. Juni 2012 können die Programme von Teleclub über das Kupferanschlussnetz sowie über regionale Glasfaseranschlussnetze der Swisscom auch via Sunrise TV, der IPTV-Plattform von Sunrise, empfangen werden. 4 Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 5 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._____.

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 13

Am 7. Mai 2013 stellten die upc cablecom GmbH (nachfolgend: Cablecom), die Finecom Telecommunications AG 5 (nachfolgend: Finecom) und die sasag Kabelkommunikation AG (nachfolgend: Sasag) ein Gesuch um Zulassung als Partei und ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen.

E. 14

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

E. 15

Am 14. Mai 2013 stellte Swisscable Verband für Kabelkommunikation (nachfolgend: Swisscable; heute: SUISSEDIGITAL – Verband für Kommunikationsnetze 6) ein Gesuch um Zulassung als Partei.

E. 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.

E. 17

Aufgrund eines neuen Bundesgerichtsentscheides in Sachen Hallenstadion 7 wurden Swisscable sowie Cablecom, Finecom und Sasag mit Schreiben vom 9. Juli 2013 dazu aufgefordert, ihre Gesuche um Parteistellung im Verfahren zu ergänzen.

E. 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.

E. 19

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

5 Mit Statutenänderung vom 10.06.2014 erfolgte eine Umfirmierung der Finecom Telecommunications

AG in Quickline AG; nachdem sich vorliegend die allermeisten Dokumente noch auf die alte Firma beziehen, wird der besseren Verständlichkeit halber die Quickline AG nachfolgend weiter auch als Finecom bezeichnet. 6 Der besseren Verständlichkeit halber wird nachfolgend die Bezeichnung Swisscable beibehalten.

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 6 und Sasag Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, welches die Beschwerde mit Entscheidung vom 9. Juli 2014 abwies. 8

E. 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 be- schränkt.

E. 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 Untersu- chungsadressat im Verfahren Sport im Pay-TV ansehe.

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 25

Mit Schreiben vom 15. November 2013 stellte Swisscom ihre Rechtsbegehren zum Ge- such von Cablecom, Finecom und Sasag, wobei zur Begründung auf die Eingabe von Cine- trade und Teleclub verwiesen wurde. Mit Schreiben vom 18. November 2013 nahmen Cine- trade und Teleclub Stellung.

E. 26

Der Einstellungsantrag von A. _____ wurde zuständigkeithalber der WEKO un- terbreitet. Diese stellte das Verfahren gegenüber A. _____ mit Verfügung vom 18. No- vember 2013 ohne Folgen ein.

E. 27

Mit Zwischenverfügung vom 24. Februar 2014 wurden Cablecom, Finecom und Sasag als Dritte mit Parteistellung in der Untersuchung beteiligt. Dagegen erhoben Swisscom, Cine- trade 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 angerufene Bundesgericht trat mit Urteil vom 6. Juli 2015 auf die Beschwerde nicht ein. 10

E. 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.

E. 29

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

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

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

10 Urteil des BGer 2C_1009/2014 vom 6.7.2015.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 7 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.

E. 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.

E. 31

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

E. 32

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

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 36

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

E. 37

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

E. 38

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 8 39. Mit Schreiben vom 22. September 2015 nahm Sunrise innerhalb erstreckter Frist Stellung zum Antrag des Sekretariats vom 21. Juli 2015.

E. 40

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2015 nahm Swisscom Stellung zum Antrag des Sekretariats vom 21. Juli 2015.

E. 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.

E. 42

Auf Antrag von Swisscom vom 23. Dezember 2015 wurde die Anhörung vor der WEKO auf den 7. März 2016 verschoben.

E. 43

Mit Schreiben vom 18. Januar 2016 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen den Bericht zur Neuberechnung der Exklusivitäten zu.

E. 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.

E. 45

Am 7. März 2016 fanden die Anhörungen vor der WEKO statt.

E. 46

Mit Schreiben vom 17. März 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien wiederum ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu.

E. 47

Mit Schreiben vom 22. März 2016 nahm Swisscom Stellung zu den Anhörungen vom 7. März 2016.

E. 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.

E. 49

Mit Schreiben vom 6. April 2016 nahm Swisscom Stellung zum Schreiben der Drittparteien vom 30. März 2016.

A.3 Anträge der Parteien

E. 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).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 30 [Geschäftsgeheimnis]

Tabelle 12: Übersicht über das Sportrechte-Portfolio von Cinetrade bzw. Teleclub. 140. In der Schweiz bietet der französische Pay-TV-Anbieter Canal+ ebenfalls ein umfangreiches Sportangebot an. Canal+ zeigt verschiedene Sportveranstaltungen in französischer Sprache, darunter beispielsweise die englische Premier League, die französische Ligue 1 sowie den Vereinswettbewerben der UEFA. 53 [Geschäftsgeheimnis]

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

A.4.3.4.3 Schweizer Fussballmeisterschaft

142. Seit 2006 hält Cinetrade die Übertragungsrechte für die höchste Schweizer Fussballliga im Pay-TV. Die SRG 54 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 [Geschäftsgeheimnis]

144. Bei der folgenden Rechtevergabe im Jahr 2011 wurden erstmals alle [Geschäftsgeheimnis] Schliesslich formierten sich zwei Bietergemeinschaften: Einerseits ein Konsortium bestehend aus der SRG, Swisscable, der Agentur Sportmind sowie dem Titelsponsor AXPO (nachfolgend Konsortium Swisscable); andererseits Cinetrade mit der Swisscom, Ringier, dem Joint Venture Infront Ringier Sports & Entertainment AG sowie dem Titelsponsor Raiffeisen Schweiz als Partner. 145. Am Ende des Bieterverfahrens erhielt Cinetrade den Zuschlag; das Konsortium Swisscable ging dagegen leer aus. Im Juni 2012 unterzeichneten Cinetrade und die SFL einen Vertrag über die Übertragung der [Geschäftsgeheimnis]

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

A.4.3.4.4 Schweizer Eishockeymeisterschaft 147. [Geschäftsgeheimnis]

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

54 Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft.

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

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 31 148. [Geschäftsgeheimnis] 149.

[Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.4.5 Weitere Übertragungsrechte 150. [Geschäftsgeheimnis] 151. [Geschäftsgeheimnis]

152. [Geschäftsgeheimnis] 153. [Geschäftsgeheimnis] 154. [Geschäftsgeheimnis]

155. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.4.6 Exklusives Sportangebot auf Swisscom TV 156. [Geschäftsgeheimnis] 157.

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

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

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 32 159. Der Umfang dieser Exklusivität ergibt sich aus der Differenz zwischen den Spielen, die auf den TV-Plattformen der KNU und Sunrise TV erhältlich sind und den Spielen, die auf Swisscom TV erhältlich sind. Die Kunden der KNU und Sunrise TV können alle Spiele empfangen, die von Teleclub auf den Kanälen Teleclub «Sport 1–3» sowie im Free-TV übertragen werden.

160. Gemäss einem in der «Berner Zeitung» veröffentlichten Interview führte der CEO von Swisscom aus: «Den Geschäftsbereich Liveübertragung von Sportereignissen haben wir also völlig neu aufgebaut. Deshalb finde ich es befremdlich, wenn die Konkurrenz nun von uns verlangt, ihr quasi die Früchte unserer Arbeit zu überlassen. [...] Wir nutzen teilweise Exklusivrechte für die Liveübertragung von Fussball und Eishockey, um uns weiterhin von der Konkurrenz unterscheiden zu können. Wir legen ein faires Wettbewerbsverhalten an den Tag, zumal ja der Grossteil unserer Sportinhalte auch über die Kabelnetze verfügbar ist.» 59 161. In diesem Zusammenhang macht Swisscom geltend, das Sekretariat habe die [Geschäftsgeheimnis] falsch berechnet (vgl. Rz 252). Eine Überprüfung der Berechnungen im Antrag des Sekretariats hat ergeben, dass der berechnete Umfang der [Geschäftsgeheimnis] tatsächlich fehlerbehaftet war. Dies betrifft allerdings in erster Linie die Übertragungen von Schweizer Fussball. Die Nachberechnung anhand des Teleclub «Programm Guides» ergab folgende Werte in Tabelle 13.

[Geschäftsgeheimnis]

Tabelle 13: [Geschäftsgeheimnis]grad für verschiedene Programmtypen.

A.4.3.5 Sachverhaltsangaben der Marktteilnehmer

A.4.3.5.1 Auswertung der Fragebögen 162. Im Rahmen der Vorabklärung hat das Sekretariat 55 Fragebögen an die Marktteilnehmer auf verschiedenen Marktstufen versendet. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Fernmeldediensteanbieter mit eigener TV-Plattform und Anbieter von Vorleistungen. Im Rahmen dieser Befragung gaben 33 der angeschriebenen Unternehmen an, selbst eine TV-Plattform zu betreiben. Nach Untersuchungseröffnung hat das Sekretariat weitere TV-Plattformanbieter bzw. bereits befragte TV-Plattformanbieter um zusätzliche Auskünfte gebeten (vgl. Rz 8 und 11). 163.

Die Marktbefragung ergab Folgendes:

- Abgesehen von Swisscom kann kein TV-Plattformanbieter das vollständige lineare Sportangebot von Teleclub übertragen. Dieser Sachverhalt ist unbestritten. - Abgesehen von Swisscom kann kein TV-Plattformanbieter einzelne Live-Spiele von Teleclub PPV übertragen. Dieser Sachverhalt ist unbestritten. - Abgesehen von Swisscom kann kein TV-Plattformanbieter das Angebot von Teleclub en français übertragen. Dieser Sachverhalt ist unbestritten. 60

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

60 Vgl. bspw. Medienmitteilung von Teleclub vom 24.8.2012

<<https://www.teleclub.ch/roman->

[die/cms/service/nouvelles/romandie](https://www.teleclub.ch/roman-)> (17.9.2013).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 33 - Bis zum 2. Juni 2012 konnte abgesehen von Swisscom kein IPTV-Anbieter ein lineares Angebot von Teleclub verbreiten. Sunrise TV kann seit dem 2. Juni 2012 als einziger alternativer IPTV-Plattformbetreiber ein Teleclub-Angebot im gleichen Umfang wie die KNU übertragen. Dieser Sachverhalt ist unbestritten. [Geschäftsgeheimnis]. - Neben Swisscom können Sunrise, Cablecom sowie die Partner der DCG ein lineares Teleclubangebot über ihre TV-Plattform verbreiten. In den Verbreitungsgebieten der übrigen KNU können die Endkunden das Teleclubangebot über die Teleclub-Plattform empfangen. Dieser Sachverhalt ist unbestritten.

- Teleclub bietet das lineare Sportangebot in der Deutschschweiz auf allen Plattformen nur gemeinsam mit dem Basisangebot im sog. «buy-through»-Modell an. Dieser Sachverhalt ist unbestritten.

A.4.3.5.2 Swisscable 164. Swisscable ist der Branchenverband der KNU in der Schweiz. Swisscable hat rund 240 Mitglieder, deren Interessen der Verband insbesondere gegenüber Bund, Kantonen und Gemeinden sowie gegenüber öffentlich rechtlichen und privaten Programmveranstaltern vertritt. 61 165. Bezüglich des vorliegenden Sachverhalts ist von Bedeutung, dass Swisscable in verschiedenen Bereichen Musterverträge für die Mitglieder aushandelt. Gemäss Swisscable profitieren von diesem Vorgehen alle Beteiligten, da beispielsweise ein Programmveranstalter nicht mit 240 Unternehmen einzeln verhandeln muss. Im Dezember 2004 hatte sich 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) markbeherrschend seien und Cablecom unabhängig von Swisscable Verträge abschliesse, könnte das Aushandeln von Musterverträgen unter dem Aspekt der Gegenmachtbildung grundsätzlich zulässig sein. Die Gegenmachtbildung könne eine Erscheinung wirksamen Wettbewerbs sein. Die Grenze liege jedoch dort, wo die Gegenmachtbildung zur Verhinderung oder Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führe. Das Sekretariat kam deshalb zum Schluss, dass der konkret vorgelegte Mustervertrag betreffend die Vermarktung von Werbefenstern grundsätzlich keine Klausel enthalte, die

per se gegen das Kartellgesetz verstossen würde. Allerdings könne sich das Sekretariat nicht darüber äussern, ob die getroffenen Vereinbarungen im Einzelnen zulässig seien. a. Sportangebot und HD-Kanäle 166. In den vergangenen Jahren hat Swisscable wiederholt, insbesondere für kleinere KNU, die Verhandlungen mit Teleclub geführt. Ein eigentliches Verhandlungsmandat erhielt Swisscable im Zusammenhang mit der Aufschaltung des HD-Angebots von Teleclub. Am 2. Mai 2012 informierte Teleclub die Kunden im Newsletter über die bevorstehende Lancierung des HD-Angebots. [Geschäftsgeheimnis] Mit Schreiben vom 18. Mai 2012 teilte Teleclub schliesslich den KNU Zeitpunkt und Konditionen für das HD-Angebot mit: Ab Mitte September 2012 stehe die gesamte Teleclub Digitalplattform im HD-Format zur Verfügung, [Geschäftsgeheimnis] der HD-Option (vorliegend bei Bezug von Basis- und Sportpaket [Geschäftsgeheimnis]); und das HD-Signal könne entweder [Geschäftsgeheimnis] bezogen werden (vgl. Rz 87).

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 34 Am 21. Mai 2012 informierte Swisscable seine Mitglieder, dass der Vorstand sich dafür ausgesprochen habe, dass Swisscable im Namen der Mitglieder mit Teleclub in Verhandlung treten solle. Im Fokus dieser Verhandlungen würden die angekündigten HD-Programme sowie die generellen Verbreitungsbedingungen von Teleclub stehen. Letztere beträfen insbesondere das fehlende Sportangebot sowie die höheren Preise bei schlechterer Bildqualität. 167. Mit Schreiben vom 10. Mai 2012 wandte sich Swisscable mit der Bitte um eine Offerte für die Signalanlieferung des kompletten Sportpakets sowie eine Sublizenz für die PPV-Live-Spiele an Teleclub. Gemäss Swisscable [Geschäftsgeheimnis]

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

169. Swisscable brachte mit Schreiben vom 16. August 2012 sein Erstaunen über die Position von Teleclub bezüglich der kartellrechtlichen Bedenken zum Ausdruck: [Geschäftsgeheimnis] 170. Seither erfolgten gemäss Swisscable keine weiteren Kontakte mit Teleclub bezüglich des Sportangebots und der Verbreitung der HD-Kanäle. b. Teleclub en français

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

A.4.3.5.3 Cablecom a. Sportangebot 172. Im Oktober 2006 hatten Cablecom und Teleclub eine parallele Vermarktungsstrategie für das Teleclub-Programmangebot beschlossen; [Geschäftsgeheimnis] 173. [Geschäftsgeheimnis] 174. [Geschäftsgeheimnis] 175. [Geschäftsgeheimnis] 176. [Geschäftsgeheimnis] 177. [Geschäftsgeheimnis] 178. [Geschäftsgeheimnis] 179. [Geschäftsgeheimnis] b. HD-Angebot 180.

[Geschäftsgeheimnis]

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 35 c. Content-Akquisition 181.

[Geschäftsgeheimnis]

182. [Geschäftsgeheimnis] 183. [Geschäftsgeheimnis] 184. [Geschäftsgeheimnis]

185. [Geschäftsgeheimnis] 186. [Geschäftsgeheimnis] 187. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.5.4 Digital Cable Group (DCG) a. Sportangebot 188. Die DCG gab im Rahmen der Marktbefragung an, dass sie [Geschäftsgeheimnis] mit Teleclub die Frage nach einem Ausbau des Sportprogrammes sowie einer Verbreitung von PPV-Spielen über die TV-Plattformen der DCG Partner aufgeworfen habe. [Geschäftsgeheimnis] waren diese Themen gemäss DCG allerdings nicht verhandelbar, da gemäss Teleclub die 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. [Geschäftsgeheimnis] c. Gebietserweiterung (IPTV-Verbreitung) 191. Ein weiteres Anliegen der Partner der DCG betraf in den vergangenen Jahren die Erweiterung des Verbreitungsgebiets auf die regionalen FTTH-Netze. Die GGA Maur bietet seit 2009 Dienstleistungen in den regionalen FTTH-Netzen der EVU in der Region Zürich an. Heute ist die GGA Maur auf den Glasfasernetzen von Zürich, Winterthur, Meilen und Herrliberg aktiv. Dafür bezieht sie ein Layer 2-Vorleistungsangebot vom regionalen EVU. 192. In diesen Gebieten konnte die GGA Maur Teleclub aus folgenden Gründen nicht anbieten: Zum einen regeln der Signalanlieferungsvertrag DCG und die Vereinbarung DCG aus dem Jahr 2005 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.]»

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 36 194. [Geschäftsgeheimnis] Gemäss DCG fanden deshalb wiederholt Treffen mit Teleclub statt, bei denen auch der Wunsch nach einer Gebietserweiterung vorgebracht worden sei. Ein weiterer Vorstoss der DCG für eine Gebietserweiterung erfolgte gemäss Angaben der Stadtantennen AG Baar am 6. Juni 2012. 195. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.5.5 Finecom 196. Die Finecom Telecommunications AG ist eine 100 % Tochtergesellschaft der Besonet AG, deren operatives Geschäft sie führt. Für die Partner im Quickline-Verbund (nachfolgend: QL) betreibt Finecom zwei unterschiedliche TV-Plattformen: Einerseits eine digitale TV-Plattform («QL-DTV»), die über die CATV-Netze der Partner verbreitet wird; andererseits QL-Verte, einer interaktiven digitalen Plattform (IP-basiert), die sowohl in den dem QL-Verbund angeschlossenen Kabelnetzen als auch auf dem FTTH-Netz von Energie Wasser Bern erhältlich ist. Der

QL-Verbund erreicht ca. 335 000 Haushalte in über 300 Gemeinden. Finecom betreibt daher in der Schweiz die zweitgrösste TV-Plattform für KNU (nach Cablecom). 62

Abbildung 9: Verbreitungsgebiet von Quickline (Rot = CATV-Netz; Orange = FTTH-Netz). a. Sportangebot 197. Gemäss eigenen Angaben hat Finecom wiederholt versucht, eine Erweiterung des Sportangebots zu erreichen. Konkret habe man versucht, [Geschäftsgeheimnis] und PPV-

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 37 Live-Spiele von Teleclub zu erhalten. Insbesondere Letztere stellen gemäss Finecom den entscheidenden Faktor im Wettbewerb mit Swisscom dar. [Geschäftsgeheimnis]

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

199. Für die Verbreitung des Teleclub-Programmangebots haben die QL-Partner mit Teleclub einen Signalanlieferungsvertrag für die Kabelnetze abgeschlossen. Um Teleclub in die eigenen TV-Plattformen (QL-Verte und QL-DTV) einbinden zu können, würden die QL-Partner aber einen Direktvermarktungsvertrag analog der «Vereinbarung DCG» benötigen. [Geschäftsgeheimnis] 200. Im Herbst 2010 unternahm Finecom einen erneuten Anlauf, um die Integration des Teleclub-Programmangebots in die QL-Plattform zu erreichen. Nach einem Treffen mit Teleclub vom 7. Oktober 2010 und ausführlichen Verhandlungen im Dezember 2010, bestätigte Finecom mit E-Mail vom 28. Januar 2011, dass die QL-Partner einer Integration von Teleclub in die QL-Plattformen zustimmen. Der Leiter des Kundendienstes von Teleclub antwortete darum mit E-Mail vom 31. Januar 2011: [Geschäftsgeheimnis] 201. [Geschäftsgeheimnis] Teleclub stellte deshalb einen Grundsatzentscheid der Geschäftsleitung bezüglich einer Zusammenarbeit mit dem QL-Verbund in Aussicht. 202. Am 4. April 2011 erhielt Finecom darauf folgende Antwort von Teleclub: «[Geschäftsgeheimnis; Mitteilung, dass Parallelvermarktung zu höherem Aufwand führe, während Abonnentenzahl 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. [Geschäftsgeheimnis]

c. HD-Angebot 204. [Geschäftsgeheimnis] d. Gebietserweiterung (IPTV-Verbreitung) 205. [Geschäftsgeheimnis]

A.4.3.5.6 Netplus SA und Partner 206. Netplus.ch SA (nachfolgend: Netplus) ist eine Aktiengesellschaft, die seit dem Jahr 2000 in der französischsprachigen Schweiz Telekommunikationsdienstleistungen anbietet. Die 11 Aktionäre bieten ihren Kunden über

die Plattform von Netplus Fernsehen-, Breitbandinternet- und Telefondienstleistungen an. Anfänglich waren alle Mitglieder von Netplus KNU, die das Angebot von Netplus über die eigenen CATV-Netze verbreiteten. Im Jahr 2011 traten die EVU

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 38 Groupe E, Gruyère Energie und die Industrielle Betriebe Murten (zusammen: Netplus Fri- bourg) der Aktiengesellschaft bei, um Netplus im Kanton Freiburg über die regionalen FTTH- Netze anbieten zu können. Mit etwa 145 000 Fernsehkunden ist Netplus heute nach Cablecom der zweitgrösste TV-Plattformanbieter in der Romandie.

Abbildung 10: Verbreitung von Netplus (Stand Juli 2013). 207. Die erste Anfrage für das Teleclub-Programmangebot durch einen Partner von Netplus erfolgte bereits 2006 durch die Sierre-Energie SA (nachfolgend: Sierre-Energie). Sierre-Energie ist KNU in der Region Siders, die ihre TV-Produkte über die Télévision Sierre SA und Netplus vermarktet. Neben dem bestehenden CATV-Netz baut Sierre-Energie seit 2006 ein Glasfasernetz auf. Heute sind etwa die Hälfte der Haushalte im Verbreitungsgebiet an das Glasfasernetz angeschlossen. 208. Aufgrund der nach Sprachraum vergebenen Lizenzen für Spielfilme, Fernsehserien und Sportereignisse konnte das lineare Teleclubangebot in der französischsprachigen Schweiz nicht bezogen werden (vgl. Rz 128). Erst mit dem Angebot der PPV-Live-Spiele waren über Swisscom TV Teleclub-Inhalte auch in der Romandie erhältlich. Kurz nach der Lancierung von Swisscom TV bzw. der Übertragung der ersten PPV-Live-Spiele mit französischem Kommentar versuchte deshalb Sierre-Energie insbesondere das Sportangebot von Teleclub zu erhalten. Ferner war Sierre-Energie am linearen Teleclubprogramm für seine deutschsprachigen Kunden interessiert. Mit Schreiben vom 10. November 2006 fragte Sierre-Energie Teleclub an, ob es möglich sei, das Teleclub-Programmangebot für die neue, für das Glasfasernetz geschaffene IPTV-Plattform «VarioTV», zu erhalten. Sierre-Energie erhielt darauf eine abschlägige Antwort.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 39 209. 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 abgeschlos-

sen. 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 negative 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 Veri-matrix-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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 40 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 Tele- club en français gekommen.

A.4.3.5.7 YplaY

215. Die Firma YplaY AG ist Mitglied der CATV-Group, deren Kernkompetenz gemäss Leit- bild 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 End- kunden 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 Glas- faser 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 Glasfa- sernetzbetreibers. Zudem ist für den Empfang von RF-TV beim Endkunden spezielle Hard- ware erforderlich. 216. Am 1. März 2012 hat YplaY die Kunden der Firma Mygate AG (nachfolgend: Mygate) übernommen, dem zu diesem Zeitpunkt grössten Anbieter von Services über FTTH-Netze. Mygate hat bis März 2012 ihren Privat- und Geschäftskunden IP-basierte Triple-Play-Services (Internet, Telefon und IPTV) angeboten. 64

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

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 41 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 ge- mäss YplaY in erster Linie das Sportangebot von Teleclub, dass für die Kundenbindung und Kundengewinnung enorm wichtig sei. [Geschäftsgeheimnis]

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

219. [Geschäftsgeheimnis] Mygate hatte bis zur Übernahme der Kunden durch YplaY keine Möglichkeit gehabt, Teleclub in den regionalen Glasfasernetzen alternativ zu Swisscom anbieten zu können. 220. Nach der Unterzeichnung des Signalanlieferungsvertrages für die Verbreitung von Te- leclub via RF-TV, hat YplaY gemäss eigenen Angaben unverzüglich Gespräche mit Teleclub bezüglich der IPTV-Verbreitung aufgenommen. Dabei habe sich ergeben, dass YplaY die Ver- schlüsselung 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-An- gebot erschlossen sind und kein RF-TV empfangen können, das Programmangebot von Tel-

eclub nicht erhalten.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 42 A.4.3.5.8 Antworten weiterer TV-Plattformanbieter a. Sportangebot 222. Für einige KNU, insbesondere kleinere, hat der Branchenverband Swisscable wiederholt die Verhandlungen mit Teleclub geführt: Im Rahmen der Marktbefragung gaben die satel- dranse SA, die Wasser und Elektrizitätswerk der Gemeinde Buchs SG (vgl. Rz 235), die Gru- yère Energie SA sowie die Télédistribution Intercommunale SA an, dass Swisscable die Ver- handlung bezüglich einer Erweiterung des Sportangebots geführt habe. 223. Verschiedene kleinere KNU gaben im Rahmen der Marktbefragung an, selbst bei Tele- club nach Erweiterung des Sportangebots nachgefragt zu haben: 224. Die GA Ossingen gab an, dass eine telefonische Anfrage für eine Erweiterung des Sport- programms 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 An- frage. 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 Ka- belnetzbetreibern ein besseres Angebot zu machen. Nun sei der neue Partner Swisscom am Zug, mit dem eine Ausweitung des KNU-Angebots vertraglich ausgeschlossen worden sei. Eine Änderung wäre nur möglich, wenn die InterGGA einen Kostenanteil in zweistelliger Milli- onenhöhe 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. [Geschäftsgeheimnis] Teleclub hat gemäss Angaben von Sunrise beim Thema Sport schon sehr früh signalisiert, dass es keinen Verhandlungsspielraum geben würde und Sunrise mit dem Angebot der KNU und ohne PPV leben müsse. 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 Telekommunikationsun- ternehmen, das sein Angebot sowohl über die eigenen CATV-Netze als auch über die FTTH- Netze regionaler EVU vertreibt. Gemäss Zeitungsberichten baut Swisscom in Frauenfeld ge- meinsam mit Stafag ein FTTH-Netz auf. 65 229. Die Stafag hat gemäss ihrer Stellungnahme im Rahmen der Marktbefragung zuletzt Ende 2011 telefonisch für ein Angebot zur Aufschaltung des Teleclub-Programmangebots über ihre IPTV-Plattform nachgefragt. Diese Plattform sei insbesondere für die Verbreitung des TV-Signals in den FTTH-Netzen entwickelt worden. Schliesslich habe Stafag eine Absage

65 Vgl. <<http://www.thurgauerzeitung.ch/ostschweiz/thurgau/frauenfeld/tz-fs/Frauenfeld-bald-total-ver->

kabel;art347111,3526907> (6.9.2013).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 43 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 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.

[Geschäftsgeheimnis]

232. TV Factory betreibt ähnlich wie Netstream eine IPTV-Plattform, die sie Telekomunternehmen als Vorleistungsangebot verkauft. TV-Factory gab im Rahmen der Marktbefragung an, Teleclub im letzten Quartal 2010 und im ersten Quartal 2011 telefonisch kontaktiert zu haben, um sich über die Bedingungen für die Verbreitung von Teleclub zu informieren. TV-Factory habe die Auskunft erhalten, 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]»

66 Netstream ist ein Telekommunikationsunternehmen, das insbesondere in den Bereichen Wholesale

Business-to-Business und Business-to-Consumer tätig ist.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 44 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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 45 betreiben, beschränkt sich die Untersuchung auf die Nachfrage der KNU für ihre digitalen Plattformen. Allfällige Verhaltensweisen in Bezug auf Analog-TV sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Insofern musste das Sekretariat keine Sachverhaltsermittlung in Bezug auf Analog-TV machen. Hierbei gilt es auch klarzustellen, dass es, wie nachfolgend aufgezeigt, nicht um die Marktbeherrschung auf einem Plattformmarkt geht. Die Abgrenzung eines Plattformmarkts erfolgt in erster Linie zur Beschreibung der Wettbewerbswirkung des vorgeworfenen Verhaltens (vgl. Rz 402). Entsprechend sind auch die Ausführungen von Swisscom betreffend Frequenzknappheit auf den Analog-Netzen nicht von Relevanz.

240. Das Argument der fehlenden Kapazitäten (das von Swisscom vorgetragen und von Cablecom bestritten wird) entspricht nicht der Feststellung des Sachverhalts (vgl. insb. Sachverhaltsangaben der Marktteilnehmer im Abschnitt A.4.3.5, vgl. auch Abschnitt B.4.1.1.2). Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb die KNU ein Angebot nachfragen sollten, welches sie aus Kapazitätsgründen nicht übertragen können. 241. Weiter macht Swisscom geltend, das Sekretariat verkenne die Bedeutung der Bündelangebote für den Plattformmarkt im untersuchungsrelevanten Zeitraum. So untersuche das Sekretariat nicht die Nachfrage der Fernsehzuschauer nach Bündelangeboten auf dem Plattformmarkt. Zudem überbewerte das Sekretariat infolge Nichtberücksichtigung der Bündelangebote die Bedeutung des Teleclub-Sportangebots als Wettbewerbsfaktor. Exklusiver Sportinhalt werde bei Swisscom nur von [Geschäftsgeheimnis] der TV-Kunden als Hauptgrund für den Bezug von Swisscom TV genannt. Nur [Geschäftsgeheimnis] 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 Zeit- raum. Das Sekretariat untersuche wiederum nur aktuelle Marktverhältnisse. Dass die KNU allenfalls «heute» technisch in der Lage seien, das erweiterte Teleclub-Sportangebot zu über- tragen, 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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 46 «aktuellen Verhältnisse» bzw. «heute» auf diesen Zeitraum. Dies geht eindeutig aus der Sach- verhaltsermittlung hervor (vgl. Abschnitt A.4.3). Entgegen der Ansicht von Swisscom waren die KNU im untersuchungsrelevanten Zeitraum sehr wohl in der Lage, das erweiterte Sportan- gebot auf ihren Netzen bereit zu stellen. Auch dies geht eindeutig aus der Sachverhaltsermitt- lung 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 nach- gefragte Sportangebot verwenden können. 245. Zudem ist festzustellen, [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Rz 156). Vor diesem Hintergrund erscheint die Berufung von Swisscom auf technische Möglichkeiten und Kapazitäten der KNU als vorgeschoben. 246. Zudem bringt Swisscom vor, dass der für IPTV erforderliche Übertragungsstandard von den Kabelnetzbetreibern erst nach dem untersuchungsrelevanten Zeitraum implementiert wor- den sei. 247. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass für die Übertragung des vollen Sportange- bots 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. 248. Swisscom bringt sodann vor, das Sekretariat verkenne den Umfang des Teleclub-Sport- angebots und der Sport-Übertragungsrechte. Das von Cinetrade gehaltene Rechte-Portfolio und das Teleclub-Sportangebot hätten sich im untersuchungsrelevanten Zeitraum stark ver- ändert. Mit dem Start von Bluewin TV bzw. Swisscom TV im November 2006 habe das Tele- club-Sportangebot als Grundangebot die linearen Kanäle Teleclub Sport 1-3 und als erweiter- tes 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 (= insge- samt 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 Program- minhalte im untersuchungsrelevanten Zeitraum geändert. Entgegen der Annahme des Sekre- tariats seien im erweiterten Teleclub-Sportangebot gerade nicht im

gesamten Zeitraum «sämtliche Spiele der Swiss Super League» übertragen worden. Im ersten Jahr nach dem Start von Swisscom TV [Geschäftsgeheimnis] Auch in den nachfolgenden Saisons seien nicht sämtliche Spiele übertragen worden.

67 Vgl. bspw. Medienmitteilung von Cablecom vom 29.11.2004, <[http://www.upc-cablecom.ch/con-](http://www.upc-cablecom.ch/content/dam/www-upc-cablecom-ch/About/de/doc/medienmitteilungen/2004/cablecom_mediemitteilung_2004_11_29.pdf)

[tent/dam/www-upc-cablecom-ch/About/de/doc/medienmitteilungen/2004/cablecom_mediemitteilung_2004_11_29.pdf](http://www.upc-cablecom.ch/content/dam/www-upc-cablecom-ch/About/de/doc/medienmitteilungen/2004/cablecom_mediemitteilung_2004_11_29.pdf)> (03.11.2015). 68 Vgl. Medienmitteilung von Cablecom vom 26.08.2008, <[http://www.upc-cablecom.ch/con-](http://www.upc-cablecom.ch/content/dam/www-upc-cablecom-ch/About/de/doc/medienmitteilungen/2008/cablecom_mediemitteilung_2008_08_26.pdf)

[tent/dam/www-upc-cablecom-ch/About/de/doc/medienmitteilungen/2008/cablecom_mediemitteilung_2008_08_26.pdf](http://www.upc-cablecom.ch/content/dam/www-upc-cablecom-ch/About/de/doc/medienmitteilungen/2008/cablecom_mediemitteilung_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_mediemitteilung_2009_06_18.pdf>

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

[releases/20060515_finecom.html](http://www.cisco.com/web/CH/de/press/releases/20060515_finecom.html)> (03.11.2015).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 47 249. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das Sekretariat sehr wohl erkannt hat, dass Swisscom das Sportangebot von Teleclub über die Zeit sukzessive ausgebaut hat (vgl. Rz 135). Entscheidend dabei ist vor allem, dass Swisscom TV seit jeher ein umfangreicheres Sportangebot als die Konkurrenz verbreitet hat. Die anderen TV-Plattformen hatten von Anfang nur Zugang zu den Kanälen «Sport 1-3» (vgl. Rz 156ff.). Mit anderen Worten hat Swisscom den Wettbewerbsvorteil aufgrund ihres umfangreicheren Sportangebots gegenüber den anderen TV-Plattformen vergrößert. Selbst wenn Teleclub zu Beginn von Swisscom TV nicht alle Spiele einer Runde oder eines Spieltags übertragen hat, [Geschäftsgeheimnis]. Die anderen TV-Plattformen hatten keinen Zugang zu den von Teleclub nicht ausgestrahlten Spielen (mit Ausnahme der im Free-TV übertragenen Spiele). 250. Swisscom bringt ferner vor, dass für die untersuchten Fussball- und Eishockeyligen im untersuchungsrelevanten Zeitraum teilweise gar keine Übertragungsrechte bestanden hätten. Cinetrade halte die Übertragungsrechte für die Challenge League [Geschäftsgeheimnis] Im November 2006 hätten entgegen der Behauptung des Sekretariats [Geschäftsgeheimnis]

251. Dazu ist festzuhalten, dass in den Randziffern 124 und [Geschäftsgeheimnis] des Antrags des Sekretariats tatsächlich fälschlicherweise festgehalten wird, dass Cinetrade 2006 auch die Übertragungsrechte [Geschäftsgeheimnis] gehabt hätte. Allerdings enthielt bereits der Antrag des Sekretariats die Übersicht über das Sportangebot von Teleclub in Tabelle 12. Aus der Übersicht in Tabelle 12 geht hinlänglich hervor, über welche Rechte Cinetrade zu welchem Zeitpunkt verfügt hat. 252. Swisscom macht geltend, das Sekretariat berechne die [Geschäftsgeheimnis] betreffend die im erweiterten Teleclub-Sportangebot [Geschäftsgeheimnis] empfangbaren Sportübertragungen falsch. Teleclub habe [Geschäftsgeheimnis] Challenge League Spiele übertragen ([Geschäftsgeheimnis]). Zudem seien in der [Geschäftsgeheimnis]rechnung auch die im Free-TV über sämtliche Kabel-Plattformen frei verfügbaren Spiele nicht berücksichtigt. Bei einem Vergleich der Übertragungen auf Kabel und Swisscom TV [Geschäftsgeheimnis]

253. Hierzu kann auf die Überprüfung in Rz 161 verwiesen werden. 254. Sodann macht Swisscom geltend, das Sekretariat verkenne allfällige Wettbewerbsbehinderungen durch

das erweiterte Teleclub-Sportangebot.

255. Hierzu kann ebenfalls auf die Überprüfung in Rz 161 verwiesen werden. 256. Swisscom bringt weiter vor, das Sekretariat verkenne die Voraussetzungen für das Vorliegen einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung. So hätte Teleclub bzw. Swisscom für bestimmte relevante Ligen nicht im ganzen vorgeworfenen Zeitraum über Übertragungsrechte verfügt. 257. Es trifft zu, dass Swisscom nicht über den gesamten Untersuchungszeitraum über ex-klusive Rechte für alle relevanten Ligen verfügt hat. Dies geht indessen bereits aus dem Antrag des Sekretariats hervor. Dieser enthält die Übersicht über das Sportangebot von Teleclub in Tabelle 12. Aus der Übersicht in Tabelle 12 geht hinlänglich hervor, über welche Rechte Cine-trade zu welchem Zeitpunkt verfügt hat. 258. Dann bringt Swisscom vor, das Sekretariat verkenne die Bedeutung der relevanten Sportübertragungen im untersuchungsrelevanten Zeitraum. So untersuche das Sekretariat die Bedeutung der Schweizer Fussball- und Eishockeyligen nicht. 259. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat die Bedeutung der relevanten Sportübertragungen sowohl im Rahmen der Sachverhaltsabklärung (vgl. Abschnitt A.4.3.5), im Rahmen der Marktabgrenzung (vgl. Abschnitt B.4.1) als auch im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung (vgl. Abschnitt B.4.2) eingehend geprüft.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 48 260. Swisscom führt aus, das Sekretariat untersuche zu Unrecht die aktuellen Marktverhältnisse und nicht jene im untersuchungsrelevanten Zeitraum.

261. Hierzu kann auf Rz 244 verwiesen werden. 262. Swisscom bringt vor, dass sie die Übertragungsrechte für die Super League und die NLA im Pay-TV [Geschäftsgeheimnis]. Ebenfalls im Jahr 2011 sei Swisscom für die beiden höchsten Schweizer Eishockeyligen [Geschäftsgeheimnis] zum Zug gekommen. Schliesslich habe Swisscom auch für die ausländischen Fussballligen die Übertragungsrechte [Geschäftsgeheimnis] der in der Schweiz aktiven Plattformanbieter erworben. Die Sportübertragungen hätten schlicht keine Bedeutung für die Vermarktung der Plattformen als Ganzes. Die Plattformanbieter hätten sich im untersuchungsrelevanten Zeitraum nicht für das Teleclub-Sportangebot interessiert. Die Bedeutung der Schweizer Fussball und Eishockey Ligen sei erst allmählich gewachsen, wohlgernekt 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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 49 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 [Geschäftsgeheimnis] 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 [Geschäftsgeheimnis] 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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 50 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 [Geschäftsgeheimnis] und die Beurteilung des [Geschäftsgeheimnis] Rechteerwerbs verletzt. 276. Ebenfalls rügt Swisscom, das Sekretariat verkenne die Anforderungen an die Homologierung von IPTV-Plattformen. Das Sekretariat befasse sich nicht mit dem Entwicklungsverlauf der IPTV-Übertragung. Auch untersuche das Sekretariat nicht, inwieweit die Plattformanbieter die technischen Anforderungen an die Homologierung erfüllen würden. Zudem unterlasse das Sekretariat eigene Sachverhaltsabklärungen in Bezug auf das Vorliegen der technischen Voraussetzungen für die Homologierung. Das Sekretariat untersuche die mit der Homologierung von IPTV-Plattformen verbundenen Kosten und Aufwände nicht. 277. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat die Frage der Homologierung geprüft (vgl. Rz 212 f. und 688 ff.). Dass sich das Sekretariat dabei auch auf die Angaben konkurrierender TV-Plattformen gestützt hat, ändert daran nichts. Das Sekretariat hat deren Angaben durchaus einer Beweiswürdigung unterzogen. Es ist in der Tat nicht nachvollziehbar,

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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 51 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 Cinetrade 72 den disziplinierenden Einfluss von Free-TV auf Pay-TV betont.

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

und 585). 280. Swisscom rügt auch, das Sekretariat untersuche nicht die Benachteiligung von Teleclub durch die KNU bei der Aufschaltung des HD-Signals. 281. Dem ist entgegenzuhalten, dass die von Swisscom angezeigten Verhaltensweisen nicht Gegenstand dieses Verfahrens bilden. Selbst wenn sich die KNU diesbezüglich kartellrechtswidrig verhalten hätten, rechtfertigt dies ein kartellrechtswidriges Verhalten von Swisscom nicht. Das Kartellrecht kennt kein Retorsionsrecht. Zwar schliesst die von Swisscom zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht aus, dass eine marktbeherrschende Unternehmung ihre beanstandete Verhaltensweise damit rechtfertigt, dass sie eine in einem anderen Bereich, hier dem Pay-TV-Markt, marktbeherrschende Anbieterin daran hindern will, ihrerseits Markt- zutrittsschranken 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, das ihrem «kleinsten gemeinsamen Nenner» entspreche. Das Sekretariat habe nicht untersucht, inwieweit sich für Teleclub hieraus Einschränkungen hinsichtlich der Vermarktung des Teleclub Sport-Angebots ergäben. 283. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat die Frage der technischen Möglichkeiten sowohl im Rahmen der Sachverhaltsermittlung als auch im Rahmen der Beurteilung der Rechtfertigungsgründe eingehend geprüft (vgl. Abschnitt A.4.3.5 sowie Rz 683 ff. und 752 ff.). Die Sachverhaltsermittlung zeigt, dass trotz der hohen Anzahl KNU eine Bereitstellung des vollständigen Teleclub-Sport-Angebots nicht mit unverhältnismässigen Kosten verbunden ist. Im Gegenteil weisen die befragten Marktteilnehmer darauf hin, dass bei der Signalübertragung keine technischen Schwierigkeiten zu erwarten seien. Swisscom bringt in diesem Zusammenhang nichts vor, was die Angaben der Marktteilnehmer als unrichtig erscheinen liesse. Zudem ist festzustellen, dass die Verweigerung des vollständigen Teleclub-Sportangebots nicht stets

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 52 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 [Geschäftsgeheimnis]. [Geschäftsgeheimnis]. In diesem Zusammenhang ist auch auf die [Geschäftsgeheimnis] (vgl. Rz 156). [Geschäftsgeheimnis] Überdies ist nicht einzusehen, weshalb Swisscom den Bezug des

vollständigen Teleclub-Sportangebots nicht von der Einhaltung eines für alle KNU gültigen, von Swisscom definierten Standards abhängig gemacht hat. Gemäss Cablecom wäre auch eine Koordination über den Verband Swisscable möglich gewesen. 285. Als nächstes führt Swisscom aus, dass der Antrag des Sekretariats die technischen Unterschiede der Plattformen im untersuchungsrelevanten Zeitraum verkenne. Die IPTV-Plattform von Swisscom habe in der ersten Phase nach ihrer Markteinführung [Geschäftsgeheimnis] Umgekehrt habe Swisscom, um das Gebietsmonopol der Kabelnetzbetreiber zu brechen, im untersuchungsrelevanten Zeitraum als erstes viele technische Innovationen auf dem Markt eingeführt. Unter anderem habe sich Swisscom seinen ausgezeichneten Kundendienst und seine grosse technische Zuverlässigkeit zu Nutze gemacht. Dies habe das Sekretariat nicht abgeklärt. Deshalb könne gar nicht beurteilt werden, welche Gründe für die festgestellte Kundenabwanderung von den KNU ursächlich gewesen seien. 286. Im untersuchungsrelevanten Zeitraum haben sich die technischen Möglichkeiten der verschiedenen Plattformen verändert. Swisscom konnte gemäss eigenen Angaben seine technischen Möglichkeiten erweitern und ausbauen. Das Sekretariat hat sich mit dieser Frage entgegen der Ansicht von Swisscom eingehend auseinandergesetzt (vgl. Rz 381 f., 639 f. und 644 ff.). Auch wenn für den Entscheid der Endkunden für eine bestimmte TV-Plattform verschiedene Kriterien bestehen (wie etwa das Programmangebot, Plattformfunktionen, Servicequalität sowie etwaige Bündelangebote wie bspw. Triple-Play), gab Swisscom selber an, [Geschäftsgeheimnis] würden. TV-Plattformanbieter können einen Anteil an Kunden in dieser Höhe nicht vernachlässigen. Für TV-Plattformanbieter stellen Schweizer Fussballübertragungen im Pay-TV und Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV eines der wesentlichen Kriterien für die Wahl der Plattform dar. Überdies macht Swisscom selber geltend, die Plattformanbieter hätten das Interesse, möglichst viele Angebote auf der Plattform anzubieten um die verfügbaren Kapazitäten voll auszulasten. Kein Zuschauer konsumiere alle und sämtliche Sendungen, die angeboten würden. Auch dies zeigt, dass die TV-Plattformen möglichst viele wenn nicht alle Zuschauer ansprechen wollen, weshalb sie auf einen Kundenanteil von [Geschäftsgeheimnis] nicht von vornherein verzichten können. 287. Swisscom macht geltend, das Sekretariat untersuche nicht den wirtschaftlichen Hintergrund der Auseinandersetzungen zwischen Teleclub und Cablecom. 288. Den Wettbewerbsbehörden sind die langjährigen (kartellrechtlichen) Auseinandersetzungen zwischen Teleclub und Cablecom sehr wohl bekannt. Die vorliegende Untersuchung ist indes kein Fall «Teleclub/Cablecom». So geht es mitnichten einzig um das von Swisscom bzw. Teleclub gegenüber Cablecom getätigte Verhalten. 289. Swisscom führt weiter aus, das Sekretariat untersuche weder die [Geschäftsgeheimnis] noch die Bedeutung des Teleclub-Sportangebots für neue IPTV- bzw. Glasfaser-Anbieter. 290. Zunächst ist festzuhalten, dass das Sekretariat den Vertrieb von Teleclub über die verschiedenen Plattformen eingehend geprüft hat (vgl. Abschnitt A.4.3.1). Auch die von Swisscom vorgebrachten [Geschäftsgeheimnis] erklären nicht, weshalb über Sunrise TV als IPTV-32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 53 Plattform ebenfalls der KNU-Preis verlangt wird (vgl. Tabelle 7) und weshalb in der ursprünglichen Vereinbarung [Geschäftsgeheimnis] bezahlen musste (vgl. Rz 92). Zudem ist aus der von Swisscom geltend gemachten Auflistung ersichtlich, [Geschäftsgeheimnis] Zur vorgebrachten überschätzten Bedeutung des Teleclub-Sportangebots ist darauf hinzuweisen, dass wie erwähnt die Endkunden ihren Entscheid für eine TV-Plattform anhand unterschiedlicher Kriterien treffen. Eine TV-Plattform kann ohne das Teleclub-Sportangebot überleben.

Allerdings kann eine TV-Plattform nicht von vornherein auf dieses Angebot verzichten, um alle Kunden anzusprechen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den internetbasierten Übertragungsplattformen wie bspw. Zattoo oder Teleboy um keine Anbieter von Netzinfrastruktur handelt, sondern um OTT-Anbieter. Die Interessen von OTT-Anbietern unterscheiden sich von den Interessen von IPTV-Plattformen. Entgegen der Ansicht von Swisscom hat das Sekretariat die Bedeutung des Teleclub-Sportangebots für neue IPTV- bzw. Glasfaser-Anbieter eingehend untersucht (vgl. Rz 628 ff.): Im Gegensatz zu den OTT-Anbietern geben die IPTV-Plattformen an, dass dem Teleclub-Sportangebot grosse Bedeutung zukommt. 291. Swisscom macht ferner geltend, entgegen den Feststellungen im Antrag des Sekretariats seien [Geschäftsgeheimnis] 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 [Geschäftsgeheimnis] 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

73 Vgl. Medienmitteilung von Quickline vom 17.08.2010:

<<https://qlgroup.quickline.ch/news-de->

[tail/news/quickline-digital-tv-grundverschlueselung-aufgehoben/](https://qlgroup.quickline.ch/news-de-tail/news/quickline-digital-tv-grundverschlueselung-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).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 54 eventuell mehr gegeben, aber dann hätte Teleclub für wenige Abonnenten die Signale dem Netz separat zuführen müssen. Das sei

wirtschaftlich nicht sinnvoll. Eine Freigabe des vollständigen Sportprogramms an andere Plattformen würde [Geschäftsgeheimnis] bedeuten. Und im Jahr 2006 habe niemand in die Rechte, Produktion und Verbreitung investieren wollen. Zudem sei Swisscom auf dem Pay-TV-Markt von 0 % Marktanteil zu einem nennenswerten Wettbewerber aufgestiegen. Ebenfalls könne Swisscom die marktbeherrschende Stellung auf den Bereitstellungsmärkten nicht bestätigen: Swisscom habe beim Einstieg 0 % Marktanteil gehabt, sie habe das aufgebaut. Wenn von der Liga Rechte erworben werden könnten, dann herrsche Wettbewerb. Im Bereich Bereitstellung werde man dann Anbieter. Das sei ein künstlicher Markt, den man gar nicht brauche. Marktbeherrschend sei auf dem Bereitstellungsmarkt die Plattform. Vor 2006 sei man als TV-Anbieter abhängig von der Plattform, also von der Verbreitung, gewesen. In diesem Zusammenhang stehe das Verfahren der Wettbewerbskommission von 2002 bis 2014. Selbst wenn ein solcher Markt abgegrenzt werde, müsse man die Marktgegenseite betrachten. Im Jahr 2006 seien die KNU klar dominant gewesen. 295. In den TV-Plattformmarkt sei Swisscom hauptsächlich 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. [Geschäftsgeheimnis]. 297. In der Romandie sei das französischsprachige Teleclub-Sportangebot nur über Swisscom TV erhältlich, weil die Landschaft der KNU heterogen sei. Es sei ein lokaler Wettbewerb. In einigen Städten seien starke Anbieter tätig, in anderen nicht. Bereits aufgrund der Spill-Overs aus dem Ausland sei es unterschiedlich. Deshalb müsste man auf der Ebene der Gemeinde schauen. Zudem würde Swisscom keine regionalen Angebote machen, sondern gesamtschweizerische. In der Romandie habe sich Swisscom im Gegensatz zur Deutschschweiz zu einem stand-alone-Sportangebot entschlossen, weil erstens dort nur Swisscom mit ihrer TV-Plattform in der Lage sei, dies abzubilden. Zweitens gehe es um das Ausnutzen des 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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 55 300. 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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 56 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 Obligationenrechts 75 abzustellen. Gemäss Art. 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 abuberufen; 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.

74 Vgl. ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, achter Band, sechster Teil-

band, 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 Zivilgesetzbu-

ches (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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 57 311. Aufgrund der obligationenrechtlichen Konzerndefinition kann ein Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich nicht Teil eines Konzerns sein, da dieses nicht unter einheitlicher Leitung, sondern unter der Leitung von mehreren Muttergesellschaften steht. Es sei denn, diese Muttergesellschaften stünden ihrerseits direkt oder indirekt unter der Kontrolle einer einzigen Konzernmutter, womit letztlich auch das Gemeinschaftsunternehmen von dieser Konzernmutter alleine kontrolliert würde. Ein Gemeinschaftsunternehmen kommt indes durchaus selber als Konzernmuttergesellschaft in Frage, wenn dieses andere Gesellschaften alleine kontrolliert. 77 Ebenso spricht nichts dagegen, ein Gemeinschaftsunternehmen aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der «Unternehmenssphäre» seiner Muttergesellschaften zuzurechnen. Soweit ersichtlich hat sich die schweizerische Rechtsprechung mit der Frage noch nie befassen müssen. Der Europäische Gerichtshof (nachfolgend: EuGH), der hinsichtlich Unternehmensbegriff eine ähnliche Praxis 78 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. 1bis 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. 1bis KG nicht erfüllt. Die (Mit-)Kontrolle von A._____ bis zum 30. April 2013 muss daher bei der Prüfung des Unternehmensbegriffes ausser Acht gelassen werden. Mit Schreiben vom 31. Mai 2013 teilte Swisscom dem Sekretariat mit, dass der Erwerb der Aktienmehrheit 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

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

78 Als Unternehmen gilt im Wettbewerbsrecht der EU grundsätzlich «jede eine wirtschaftliche Tätigkeit

ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung»; vgl. VOLKER EMMERICH, in: Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen

Kartellrecht, Im- menga/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. 80 Vgl. Medienmitteilung der Swisscom vom 2. Mai 2013,
<<http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/me->

[diareleases/2013/05/20130502_MM_Cinetrade.html](http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/me-diareleases/2013/05/20130502_MM_Cinetrade.html)> (19.6.2013).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 58 315. 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. 1bis 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.

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

politik 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).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 59 321. 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. 1bis 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 Entscheidungen 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 praxismässig die Swisscom (Schweiz) AG als Verfügungsadressatin herangezogen. 91 Vorliegend sind damit die Swisscom (Schweiz) AG, die CT Cinetrade AG sowie die Teleclub AG als Verfügungsadressaten zu bezeichnen. 92

B.3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften 325. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

86 Vgl. Urteil des BGer 9C_918/2009 vom 24.12.2009, E. 4.3.1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechts-

pflge, 2. Auflage, 1983, 148. 87 Vgl. JENS LEHNE, BSK KG, Art. 2 KG N 21.

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

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

90 Vgl. RPW 2007/2, 190, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über

die Kommissionierung von Berufsvermittlern; bestätigt im Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, Publigroupe SA et al./WEKO bzw. in BGE 139 I 72, nicht publ. E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f. E. 3), Publigroupe SA et al./WEKO. 91 Vgl. bspw. BGE 137 II 199 (= RPW 2011/3, 440), Terminierungspreise im Mobilfunk.

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

politik Swisscom ADSL.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 60 326. 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 URG 93 ein urheberrechtlicher Werk- schutz 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 – dies- bezüglich wären die Sportrechteinhaber, d. h. die Ligen selber die richtigen Adressaten –, sondern um eine [Geschäftsgeheimnis] Nutzung urheberrechtlich geschützter Sportübertra- gungen. Bei einer solchen Nutzung liege eine Wettbewerbswirkung vor, die sich ausschliess- lich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergebe. 328. Auch Cinetrade macht geltend, dass die von Teleclub als Pay-TV-Veranstalter herge- stellten Sportsendungen als urheberrechtlich geschützte Werke gemäss Art. 3 Abs. 2 KG von der Anwendung des Kartellgesetzes ausgenommen seien. Ebenso wenig wie ein Sportveran- stalter gezwungen werden könne, überhaupt eine Übertragung zu dem von ihm organisierten Sportereignis zuzulassen, sei der Urheber eines Werkes gezwungen, Dritten Verwertungs- rechte an diesem einzuräumen. Das Kartellrecht könne grundsätzlich nur dann zur Anwen- dung gelangen, wenn sich der Veranstalter/Urheber überhaupt zu einer Lizenzierung der Sportveranstaltung/des Werks entschlossen habe und insoweit eine Verfälschung des Wett- bewerbs bewirke. 329. Gemäss Praxis der WEKO und herrschender Lehre ist Art. 3 Abs. 2 KG restriktiv auszu- legen. Danach werden unter den «sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geis- tige Eigentum» ergebenden Wettbewerbswirkungen nur solche verstanden, welche auf Hand- lungen des Schutzrechtsinhabers beruhen, die sich aus dem jeweiligen Immaterialgüterrechtserlass selber ergeben. 94 In der Lehre wird Art. 3 Abs. 2 KG gar als über- holt angesehen, zumal gar kein Zielkonflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht bestehe, sondern vielmehr von einer Zielparallelität auszugehen sei. Das Verhältnis wird als «komplementär» oder «symbiotisch» bezeichnet. Es sei nicht das Ziel des Immaterialgüter- rechts, funktionierenden Wettbewerb einzuschränken, sondern im Gegenteil: Die immaterial- güterrechtlichen Schutzrechte sollen besondere Leistungen belohnen und so den Innovations- wettbewerb fördern. 95

Gemäss HILTY besteht schon aus verfassungsrechtlichen Gründen kein Vorrang des Immaterialgüterrechts. Das verfassungsmässig geschützte Eigentum (Art. 26 BV) gehe der ebenfalls von der Verfassung garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), und der sich daraus ableitenden Vorgaben der Wettbewerbspolitik gemäss Art. 96 BV, nicht vor. Dies wiederum bedeute, dass sich Wettbewerbsbeschränkungen, die sich aus immaterialgüterrechtlichen Schutzkonstellationen ergeben, nicht nach formaljuristischen Gesichtspunkten be-

93 Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheber-

rechtsgesetz, 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 94), Art. 3 Abs. 2 KG N 13 ff.; FRANZ X. STIRNIMANN, Urheberkartellrecht - Kartellrechtliche Verhaltenskontrolle von urheberrechtli- chen Märkten in der Schweiz, 2004, 5 ff. und 41 ff.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 61 urteilen liessen; erforderlich sei vielmehr stets der Blick auf die Funktionsfähigkeit des Wett- bewerbs auf den relevanten Märkten. 96 Eine ähnliche Diskussion findet auch in ausländischen Jurisdiktionen, insbesondere der Europäischen Union statt. 97 330. Ungeachtet der Frage, ob Art. 3 Abs. 2 KG als Anwendungsvorbehalt zu betrachten ist oder ob die immaterialgüterrechtlichen Aspekte im Rahmen der materiellen Prüfung angemessen zu berücksichtigen sind, 98 stehen die vorliegend geltend gemachten Urheberrechte einer kartellrechtlichen Überprüfung des Sachverhalts nicht entgegen: Zunächst gilt es festzuhalten, dass nach herrschender Lehre und Rechtsprechung den übertragenen Sportereignissen 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 möglicher- weise Werkeigenschaft aufweisen, sofern ihnen ein individueller Charakter zukommt. 100 Die Frage, ob Sendungen über Sportveranstaltungen als geschützte Werke anzusehen sind, ist allerdings umstritten und wurde von der Rechtsprechung bisher nicht beantwortet. 101 Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts kann einzig die Wiedergabe des Spiels als öffentli- ches 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 Sendeunter- nehmen (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 unange- messener Geschäftsbedingungen oder des Abschlusses von Koppelungs-/Bündelungsverträ- gen 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

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

97 Vgl. BSK KG-HILTY (Fn 94), Art. 3 Abs. 2 KG N 9 ff.; ANDREAS HEINEMANN, Gefährdung von Rechten

des geistigen Eigentums durch Kartellrecht? Der Fall "Microsoft" und die Rechtsprechung des EuGH, GRUR 2006, 705 – 713. 98 Vgl. RPW 2011/1, 113 Rz 112, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

99 Vgl. IVAN CHERPILLOD, in: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Müller/Oertli (Hrsg.), 2. Auflage,

2012, (nachfolgend: URG-Kommentar) Art. 2 URG N 12; CATHERINE METTRAUX KAUTHEN, in: Commentaire romand – Propriété intellectuelle, de Werra/Gilliéron (Hrsg.), 2013, Art. 33 LDA N 5; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2. Auflage, 2000, Art. 2 URG N 22; KAMEN TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2. Auflage, 1996, S. 252; ROLAND VON BÜREN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Büren/David (Hrsg.), 1995, S. 114 f. Ziff, 2.9.; Urteil des BVGer A-7970/2007 vom 28. August 2008, E. 8.4, m.w.Hinw. 100 Vgl. URG-Kommentar-CHERPILLOD (Fn 99), Art. 2 URG N 59.

101 Vgl. BGE 107 II 82, E. 4.a.

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

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

104 RPW 2008/3, 393 Rz 78, Publikation von Arzneimittelinformationen; RPW 2011/1, 113 ff. Rz 113

ff., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 761 E. 3.4, Gaba International AG gegen WEKO; vgl. auch CHRISTOPH GASSER/REINHARD OERTLI, URG- Kommentar, Vorbem. zu Art. 19 – 28 URG N 19, m.w.Hinw. 105 Vgl. RPW 2008/3, 393 Rz 78, Publikation von Arzneimittelinformationen; BSK KG-HILTY (Fn 94),

Art. 3 Abs. 2 KG N 32; vgl. auch BGE 126 III 129, 153 f. E. 9, Kodak SA/Jumbo-Markt AG.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 62 grundsätzlich die negative Vertragsfreiheit des Urhebers schützen. 106 So hat der Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). Der Urheber hat insbesondere das Recht, Werkexemplare wie Druckerzeugnisse, Ton-, Tonbild- oder Datenträger herzustellen; Werkexemplare anzubieten, zu veräußern oder sonst wie zu verbreiten; das Werk direkt oder mit irgendwelchen Mitteln vorzutragen, aufzuführen, vorzuführen, anderswo wahrnehmbar oder so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben; das Werk durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen, auch über Leitungen, zu senden; gesendete Werke mit Hilfe von technischen Einrichtungen, deren Träger nicht das ursprüngliche Sendeunternehmen ist, insbesondere auch über Leitungen, weiterzusenden; zugänglich gemachte, gesendete und weitergesendete Werke wahrnehmbar zu machen (Art. 10 Abs. 2 URG). Auch hat das Sendeunternehmen das ausschliessliche Recht, seine Sendung weiterzusenden und seine Sendung wahrnehmbar bzw. zugänglich zu machen (Art. 37 Bst. a, b und e URG). Ob Letzteres als verwandtes Schutzrecht gemäss 3. Titel des Urheberrechtsgesetzes überhaupt

ein geistiges Eigentum i.S.v. Art. 3 Abs. 2 KG darstellt, erscheint fraglich, kann hier aber offengelassen werden. 107 333. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die [Geschäftsgeheimnis] Übertragungsrechte, aus welchen sich vorliegend die Marktbeherrschung ergibt (vgl. nachfolgend Abschnitt B.4.1.5, insb. Rz 551 und 566 ff.), ausschliesslich den urheberrechtlichen Abwehrrechten entspringen. Beziehungsweise ob die vorliegenden Wettbewerbswirkungen bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie der Diskriminierung von Handelspartnern (vgl. hinten Rz 651 ff. und 737 ff.) ausschliesslich auf die Ausübung der Urheber- bzw. verwandten Schutzrechte zurückzuführen sind. 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»

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

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

108 Vgl. EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Evaluation gemäss Art. 59a KG, Studien zu Einzelbe-

stimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen), Projektbericht P2, 2008, (nachfolgend: Projektbericht P2), Rz 10; vgl. auch . BSK KG-HILTY (Fn 94), Art. 3 Abs. 2 KG N 3. 109 Vgl. Projektbericht P2 (Fn 108), Rz 39.

110 Vgl. zur Abgrenzung zwischen Werken und Werken zweiter Hand einerseits sowie der sog. freien

Benutzung andererseits: HERBERT PFORTMÜLLER, URG-Kommentar, Art. 11 URG N 6, m.w.Hinw.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 63 werden kann. 111 E contrario bedeutet dies, dass eine im konkreten Fall festgestellte Marktbeherrschung nicht zwingend (nur) auf ein gegebenenfalls vorhandenes Urheberrecht zurückzuführen ist. 336. Vorliegend weisen die Live-Sportübertragungen bzw. Sportaufzeichnungen möglicherweise Werkeigenschaft im Sinne von Art. 2 URG auf (vgl. Rz 330), weshalb Teleclub als Urheberin und Sendeunternehmen (bzw. dem Unternehmen Swisscom) eine exklusive Verwertung des entsprechenden geistigen Eigentums zuzubilligen wäre. Wie jedoch nachfolgend aufgezeigt

wird (Abschnitt B.4.1.5), beruht die Marktbeherrschung von Swisscom nicht einzig auf dem Umstand, dass Swisscom das von Teleclub geschaffene Werk exklusiv verwerten kann. Vielmehr beruht diese in erster Linie auf den [Geschäftsgeheimnis] Übertragungsrechten, welche sich Swisscom vertraglich sichern konnte (vgl. insb. nachfolgend Rz 569 ff.). Swisscom kann daher die fraglichen Werke aufgrund von [Geschäftsgeheimnis] erstellen. Mit anderen Worten ist es den Konkurrenten von Swisscom [Geschäftsgeheimnis] verwehrt, ein Substitut [Geschäftsgeheimnis] herzustellen. Diese [Geschäftsgeheimnis] Möglichkeit, [Geschäftsgeheimnis], ergibt sich [Geschäftsgeheimnis] nicht dem geistigen Eigentum. 337. Nicht entscheidend ist dabei, dass die Swisscom die [Geschäftsgeheimnis] Möglichkeit zur Erstellung der fraglichen Werke im Rahmen von zweiseitigen Verträgen erworben hat. Kausal für [Geschäftsgeheimnis] ist zwar auch das Verhalten des rechteeigenden Verban- des, [Geschäftsgeheimnis]. Es kann aber nicht angehen, dass ein Unternehmen, das seine marktbeherrschende Stellung durch [Geschäftsgeheimnis] erreicht, im Rahmen der Miss- brauchskontrolle gemäss Art. 7 KG anders behandelt wird, als ein Unternehmen, welches [Geschäftsgeheimnis]. Anders zu argumentieren hiesse, die Missbrauchskontrolle ins Leere lau- fen 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 [Geschäftsgeheimnis] unabhängig von der Konkurrenz verhalten, selbst wenn er für die Erlangung dieser Position auf den Veräusserer angewiesen ist. 338. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass Swisscom einen massgebenden Einfluss auf [Geschäftsgeheimnis] der Vergabe im Jahr 2006 genommen haben dürfte. So macht Swisscom geltend, dass erst das 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 aus- zugehen, dass [Geschäftsgeheimnis] eine Vorbedingung für das Engagement von Swisscom war: «Entsprechend ist auch im vorliegenden Fall der Schutz [Geschäftsgeheimnis] zu ge- währleisten. Nur so bestehen auch in Zukunft Anreize, die nötigen Investitionen für die Be- schaffung, 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 leisten- des weiteres Entgelt zu bezahlen.

111 STIRNIMANN (Fn 95), 9.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 64 339. 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 Urhebers 112 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 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

112 Vgl. STIRNIMANN (Fn 95), 50 ff.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 65 geschaffen würden. Vielmehr würden sich die beanstandeten Wettbewerbswirkungen aus der [Geschäftsgeheimnis] Vergabe der Rechte

an der Übertragung von Sportveranstaltungen auf der Ebene der Ligen ergeben, welche für die [Geschäftsgeheimnis] Rechte des Swisscom-Konzerns auf tieferer Ebene, nämlich des Urheberrechtes an den selbst geschaffenen Werken, ursächlich sei. Es müsse daher «näher an der Quelle» eingegriffen werden. Swisscom bemängelt, das Sekretariat wolle nicht auf der Ebene der Sportligen eingreifen, welche für die Übertragung ihrer Spiele 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, dass sich die Rechtsmittelführerinnen auf das Urheberrecht berufen haben, «um die Firma Magill — oder jedes andere Unternehmen, das das gleiche Projekt verfolgt — daran zu hindern, wöchentlich Informationen (über 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

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 Telefis Eireann, Independent Television Publications Ltd / Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rz 51. 115 Urteil des EuGH vom 29.04.2004 C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG / NDC Health GmbH &

Co. KG, Rz 21.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 66 348. 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 Kommerzialisierung 117 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 Freistellungsverfahren 118 beschränkt, welche in dieser Form dem schweizerischen Kartellrecht fremd sind. Auch ist festzustellen, dass sich – soweit ersichtlich – in der EU-Praxis das Problem der Beeinträchtigung des Plattformwettbewerbs nicht gestellt hat. In der Schweiz hat mit Teleclub bzw. Cinetrade als Tochtergesellschaft der Swisscom ein in ein Infrastrukturunternehmen vertikal integrierter Programmveranstalter die Übertragungsrechte erworben. Damit unterscheidet sich die Situation wesentlich von den von der EU-Kommission beurteilten Fällen. 350. Swisscom führt weiter aus, der vom Sekretariat im Antrag verwendete Ansatz erweise sich auch mit Blick auf Art. 72 und 73 RTVG als systemwidrig. 351. Die Bezugnahme auf Art. 72 und 73 RTVG geht an der Sache vorbei. Die vom Sekretariat beantragten Massnahmen stellen nicht in Frage, dass die fraglichen Sportübertragungen exklusiv im Pay-TV-Angebot von Teleclub übertragen werden. Weder sollen die Sendungen oder deren Bestandteile anderen Programmveranstaltern zugänglich gemacht werden, noch sollen Fernsehzuschauer freien Zugang erhalten. Die Übertragung bleibt auch mit den beanstandeten Massnahmen an den Abschluss eines zahlungspflichtigen Teleclub-Abonnements gebunden. Es soll bloss sichergestellt werden, dass das Teleclub-Sport-Programmangebot diskriminierungsfrei auf grundsätzlich allen TV-Plattformen erhältlich ist. Am Ergebnis, dass die Free-TV-Berichterstattung kein Substitut für die Liga-Berichterstattung von Swisscom im Pay-TV ist (vgl. dazu Rz 439 ff.), ändern auch die Bestimmungen in Art. 72 und 73 RTVG nichts.

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

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

117 Vgl. STIRNIMANN (Fn 95), 5 f.

118 Vgl. bspw. Entscheide der EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003, UEFA Champi-

ons 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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 67 353. 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 realistischweise 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).

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 68 357. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). 358. Bevor sich die Marktstellung eines Unternehmens beurteilen lässt, ist der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog Art. 11 Abs. 3 VKU 120 nach einer sachlichen und räumlichen Komponente. Hinzu kommt die zeitliche Dimension. 121

B.4.1 Der relevante Markt

B.4.1.1 Vorbemerkungen zu Fernsehmärkten

B.4.1.1.1 Netzwerktechnologien zur (Fernseh-) Signalübertragung 359. Heute stehen den Endkunden in erster Linie zwei unterschiedliche Technologien für den Empfang von digitalem Fernsehen zur Verfügung: zum einen die IPTV-Technologie, die in erster Linie bei der Übertragung über das Telefonnetz von Swisscom und den neuen Glasfasernetzen zur Anwendung kommt; zum anderen die digitale Signaleinspeisung in die CATV-Netze der KNU. Alternativ können TV-Programme auch über eine Satellitenplattform empfangen werden. 360. In den CATV-Netzen erfolgt die Übertragung von Fernsehsignalen üblicherweise mit dem DVB-C Standard. Dabei wird das Signal permanent in ein bestimmtes Frequenzband eingebettet. Aufgrund der Ringstruktur von CATV-Netzen kann das Signal von allen Endkunden einer Zelle empfangen werden (sog. multicast). Die Ringstruktur bedeutet aber auch, dass die für die Internetnutzung maximal verfügbare Bandbreite unter den Endkunden einer Zelle aufgeteilt werden muss. Bei analogem Fernsehen kann pro Kanal nur ein Programm übertragen werden; bei digitalem Fernsehen sind es dagegen – je nach Komprimierung – 5 bis 20 Programme. Entsprechend vergrösserte sich die Übertragungskapazität mit der Einführung des digitalen Fernsehens. In der Schweiz sind 5 bis 8 Digitalprogramme pro Kanal üblich; [Geschäftsgeheimnis].

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

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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 69 «essential facility» darstellten. Die Endkunden hatten bis vor kurzem nur die Wahl, entweder wenige Kanäle «free to the air» (FTA), d. h. terrestrisch bzw. über «Antennenempfang», oder etwa 40 Programme über das regionale CATV-Netz zu beziehen. Ursprünglich gab es in der Schweiz regional ein KNU, das als Gebietsmonopolist seine Einnahmen durch die Kabelanschlussgebühr der Endkunden generierte. Diese starke Marktstellung führte dazu, dass beispielsweise die Preise beim grössten Kabelnetzbetreiber Cablecom vom Preisüberwacher gegenüber den Endkunden administriert sind. 363. In Zeiten analoger Signalübertragung waren die KNU einzig an der Durchleitung möglichst attraktiver TV-Kanäle interessiert. Angesichts knapper Frequenzen stand Teleclub dabei in Konkurrenz mit diversen Free-TV-Programmen. Um Endkunden zur Umstellung von terrestrischem Fernsehen auf Kabelempfang zu bewegen, war eine attraktive Kombination von Free-TV-Programmen ein entscheidender Wettbewerbsvorteil. Aus Sicht der KNU waren daher hochstehende ausländische Free-TV-Programme (ORF 1, ZDF etc.) oftmals attraktiver als ein Pay-TV-Programm, das zwar für die Endkunden einen gewissen Optionswert darstellte, schliesslich aber nur von einer kleinen Minderheit tatsächlich konsumiert wurde. [Geschäftsgeheimnis] Der oben beschriebene Signalanlieferungsvertrag (vgl. Rz 82) widerspiegelt diese Marktstruktur. Aus Sicht von Teleclub machte das Vertriebsmodell ebenfalls Sinn, da Teleclub einerseits als erster Pay-TV-Anbieter eine digitale TV-Plattform anbieten konnte und andererseits das Vertriebsmodell es erlaubte, das Programmangebot über alle Netze in gleicher Zusammenstellung und Aufbereitung zu verbreiten. Das Vertriebsmodell ermöglichte es Teleclub daher, eine eigene Pay-TV-Plattform inklusive Programmführung und Zusatzinformationen unabhängig vom Plattformanbieter zu vermarkten und dadurch die vollständige Kontrolle über das eigene Signal zu behalten. 364. Die Digitalisierung des Fernsehsignals führte in den letzten Jahren dazu, dass einerseits herkömmliche CATV-Netze mit digitalen Plattformen nicht mehr im selben Ausmass unter Frequenzknappheit leiden; andererseits konnten die Telekommunikationsnetze (Kupfer-, Glasfaser- oder Mobilfunknetze) für Fernsehangebote erschlossen werden. Heute kann Fernsehen über die CATV-Netze der KNU, über das VDSL-Netz von Swisscom sowie in einigen Städten über das Glasfasernetz verbreitet werden. Zudem besteht die Möglichkeit des terrestrischen sowie des Satellitenempfangs. Über diese Infrastruktur stehen den Endkunden mehrere, vergleichbare Distributionsplattformen für die Übertragung von digitalen TV-Inhalten zur Verfügung, welche die analogen Plattformen bezüglich Kapazität und Qualität deutlich übertreffen. Den meisten Endkunden stehen daher im Wesentlichen zwei leitungsgebundene Empfangsinfrastrukturen sowie mehrere TV-Plattformen zur Verfügung. Dadurch verringerte sich einerseits die Verhandlungsmacht der ehemaligen Gebietsmonopolisten und andererseits wurde es für die TV-Plattformanbieter im

Wettbewerb zunehmend wichtig, attraktive Inhalte bereitzustellen und diese den Endkunden mit einer Vielzahl von Zusatzfunktionen anbieten zu können. Die Einbindung des Teleclub-Programmangebots in die eigene TV-Plattform stellte nun für die TV-Plattformanbieter eine wichtige Vorleistung für den Verkauf der Plattform dar. Die TV-Plattformanbieter waren deshalb interessiert, das Teleclub-Programmangebot als integrierten Bestandteil der eigenen TV-Plattform vermarkten zu können. Verschiedene KNU, allen voran Cablecom, haben daher vehement versucht, Teleclub als Vorleistung für die eigene TV-Plattform zu erhalten. [Geschäftsgeheimnis]. 365. Die Bedeutung von Teleclub für die Plattformanbieter in Abhängigkeit vom Vertriebsmodell zeigt sich auch in der Art und Weise, wie die Plattformanbieter das Teleclub-Programmangebot bewerben. Während die Plattformanbieter, die nur einen Signalanlieferungsvertrag abgeschlossen haben, Teleclub auf ihrer Homepage oft kaum erwähnen, binden Plattformanbieter, die Teleclub als Teil der eigenen Plattform anbieten können, Teleclub oftmals aktiv in die eigene Werbung ein. Sunrise führt beispielsweise von August bis Dezember 2012 eine Kampagne durch, in der das Teleclub-Programmangebot den Endkunden bei ge-

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 70 wissen Abonnenten gratis zur Verfügung gestellt wird. Swisscom hat Swisscom TV wiederholt mit dem Sportprogramm von Teleclub beworben. 122 Auch auf der Homepage von GGA Maur, die als Partnerin der DCG Teleclub ebenfalls selbst vermarkten kann, werden die Teleclub-Angebote aktiv beworben. 123 Der Schaffhauser Kabelnetzanbieter Sasag, ebenfalls Partner der DCG, gab im Rahmen der Marktbefragung zudem an, dass die Sasag mit Teleclub keinen Gewinn mache. Teleclub ermögliche aber Kunden zu binden, indem diese alles aus einer Hand und über die gleiche STB beziehen können. 366. Die technologische Entwicklung der vergangenen Jahre beeinflusste daher weniger die Art und Weise, wie einzelne Sendungen bzw. Programme produziert und konsumiert werden, als vielmehr deren Anzahl und wie diese von den Plattformanbietern aufbereitet, zusammengestellt und vermittelt werden. Heute sind über 160 Programme und verschiedene interaktive Dienstleistungen notwendig, um eine konkurrenzfähige Fernsehplattform anbieten zu können. 124 Zudem gewann die Übertragungsqualität als wettbewerbliches Unterscheidungsmerkmal zwischen den verschiedenen Übertragungsplattformen an Bedeutung. In Zukunft werden vermehrt Programme im HD-Format ausgestrahlt werden. Die technologische Entwicklung der letzten Jahre ermöglicht den Plattformanbietern zudem eine verstärkte Interaktion mit den Endkunden. In diesem Zusammenhang ist eine zunehmende Konvergenz von Internet- und Fernsehplattform zu verzeichnen. Heute sind interaktive Programmfunktionen, die allenfalls auch mit dem Mobiltelefon abgerufen und bedient werden können, ebenso erhältlich, wie Aufnahme- und zeitversetztes Fernsehen. Zudem führen die meisten Plattformen ein umfassendes VoD- bzw. PPV-Angebot. 367. Trotz digitaler Verbreitung herrscht heute eine gewisse Frequenzknappheit in den CATV-Netzen, insbesondere auch aufgrund der gesetzlich vorgeschriebenen analogen Verbreitung gewisser Fernsehprogramme. Vor diesem Hintergrund bedeutet der Bandbreitenbedarf für die 17 Teleclubprogramme für die Kabelnetze insofern eine Belastung, als dass [Geschäftsgeheimnis] permanent besetzt ist, obwohl nur einzelne Kunden Teleclub tatsächlich abonniert haben. Diese Belastung wird sich nochmals akzentuieren, sobald Teleclub seine Programme auch im HD-Format anbietet. Dafür müssen die KNU zukünftig anstatt [Geschäftsgeheimnis] Bandbreite für die Signaleinspeisung von Teleclub reservieren.

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 so- mit 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 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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 71 sportarten (beispielsweise Handball). Diese Mengeneffekte sind einerseits in den Skaleneffekten der Produktion (die Versorgung eines zusätzlichen Kunden generiert kaum zusätzliche Kosten) und einer Nichtrivalität im Konsum begründet; andererseits bestehen Netzwerkexternalitäten bei den Zuschauerpräferenzen, indem Zuschauer eine höhere Präferenz für Inhalte haben, die in ihren sozialen Netzwerken populär sind. Insgesamt führt dies dazu, dass die knappe Ressource «Aufmerksamkeit» auf wenige Ereignisse bzw. Inhalte konzentriert werden kann. Dass gerade Spitzensport heute als wichtigster Premium Content gilt, hängt mit den besonderen Eigenschaften von Sportübertragungen für die Kundengewinnung und Kundenbindung für TV-Anbieter zusammen. 370. Die Nachfrage nach medialer Sportberichterstattung und insbesondere Live-Sportübertragungen im Fernsehen weist verschiedene, für den vorliegenden Fall relevante Besonderheiten auf: i. Die Basis des nachgefragten Produkts ist der einzelne Wettkampf. In den meisten Teamsportarten werden die einzelnen Wettkämpfe dann zu einem Ligaprodukt zusammengefasst, wobei das Ligaprodukt neben der Summe der Wettkämpfe noch zusätzliche nachfragerrelevante Eigenschaften aufweist. 126 Eine Liga hat insbesondere für Teamsportarten verschiedene Vorteile: Die starke (oft regionale) Identifikation mit einem Team führt dazu, dass auch schlechtere Teams oft eine breite Anhängerschaft haben, denen die Liga eine fixe Anzahl von Spielen garantiert. Gleichzeitig versichert sie die qualitativ besseren Teams gegen einzelne Niederlagen, womit der Ligabetrieb sportlich und wirtschaftlich berechenbarer wird. Die Nachfrage für ein Ligaprodukt ist deshalb wesentlich konstanter als die Nachfrage für einzelne Wettkämpfe. 127 Dem Fernsehanbieter erlaubt das Ligaprodukt Kunden unabhängig von einzelnen Spitzensportwettkämpfen langfristig zu binden. Die Nachfrage nach Sportberichterstattung bezieht sich im modernen Teamsport folglich meist

auf die Liga als Ganzes. ii. Eine wichtige Frage betrifft die Bedeutung von Spannung für die Nachfrage nach Sportübertragung, also die Frage, inwiefern die Unsicherheit des Ausgangs die Nachfrage beeinflusst. Die empirische Forschung fand keine Hinweise, dass die Unsicherheit über den Ausgang einzelner Wettkämpfe zu einer grösseren Nachfrage führt. Dagegen gibt es klare Hinweise, dass die Unsicherheit über den Ausgang einer Liga während einer 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 einem 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

126 BORLAND JEFFERY/MACDONALD ROBERT, Demand for Sport, Oxford Review of Economic Policy,

2003, 19/4, S 479. 127 SZYMANSKI STEFAN, Playbooks and Checkbooks. An Introduction to the Economics of Modern

Sports, 2009, 40 f. 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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 72 Werbung oder das Aufnehmen und Weiterverbreiten beim Sport kaum eine Rolle. Fernsehzuschauer können deshalb bei Live-Sport wie bei keinem anderen Inhalt zum Kauf eines Abonnements bzw. zum Konsum von Werbung veranlasst werden. 371. Die Fernsehübertragungen haben den modernen Spitzensport stark verändert. Am Anfang der «Symbiose» von Sport und Fernsehen stand die Einsicht, dass sich mit einer relativ geringen Bezahlung von Millionen Fernsehzuschauern (für ein Abonnement bzw. Aufmerksamkeit für Werbung) viel mehr verdienen lässt als mit einigen tausend Stadioneintritten. 130 Die Fernsehübertragungsrechte sowie Sponsoring sind heute die Haupteinnahmequellen im Spitzensport. Im Gegenzug wurde der Spitzensport für die TV-Anbieter zu einem zentralen Mittel der Kundengewinnung. 131 Allerdings ist die Symbiose nicht ohne Spannungen: Pay-Anbieter haben meistens die höchste Zahlungsbereitschaft, sofern sie die Übertragungsrechte exklusiv erhalten und Nicht-Abonnenten ausschliessen können; die Vereine sind dagegen meist auch an einer breiten Free-TV Berichterstattung interessiert, um den Ansprüchen von Sponsoren und Fan-Basis gerecht zu werden.

372. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Sportübertragungsrechte und insbesondere Rechte für Fussballübertragungen in den vergangenen Jahrzehnten aufgrund ihrer besonderen Eigenschaften den Status eines Premium Contents erhielten. Im Gegensatz zu Blockbuster-Filmen leiden die Sportübertragungen auch kaum unter der Zunahme der Verbreitungswege und Konsummöglichkeiten von audiovisuellem Content. Exklusive Sportinhalte erlauben es den TV-Anbietern eine bestimmte Zuschauergruppe für einen

bestimmten Zeit- raum exklusiv zu binden. Es ist daher kaum verwunderlich, dass sich die Preise für die Über- tragungsrechte 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 Pro- grammveranstaltern und den Fernsehzuschauern. Deshalb müssen TV-Plattformen als zwei- seitige Märkte analysiert werden. Im Unterschied zu einer traditionellen vertikalen Marktstruk- tur, 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 un- terschiedlichen Kundengruppen anbietet und damit eine Transaktion zwischen diesen Kun- dengruppen vermittelt. Die beiden Kundengruppen würden gerne die Produkte handeln, eine Transaktion kann aber nur über die Plattform zu Stande kommen. Entscheidend für das Be- stehen 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

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, Hand-

book 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 Eco- nomics 37 (3), 2006, 668-691.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 73 374. TV-Plattformen vermitteln Angebot und Nachfrage zwischen Programmveranstaltern bzw. VoD-Anbietern (nachfolgend auch: Content Anbieter) und Fernsehzuschauern. Eine sol- che Vermittlerfunktion kommt grundsätzlich auch der reinen Übertragungsinfrastruktur zu, weshalb es nahe liegt, dass zumindest in der Schweiz die meisten Infrastrukturihaber auch als TV-Plattformanbieter fungieren bzw. die meisten TV-Plattformen einen direkten oder indi- rekten 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 Fernseh- zuschauer deren Attraktivität für die Programmveranstalter bestimmt und vice versa. Heute umfasst das Angebot der TV-Plattformen eine Vielzahl von Zusatzfunktionen, welche die Wei- terverbreitung und schliesslich den Fernsehkonsum stark beeinflussen. 375. Die TV-Plattformanbieter müssen bei ihrer Gewinnoptimierung Angebot und Nachfrage der beiden Kundengruppen berücksichtigen. So steigt der Wert

einer TV-Plattform aus Sicht der Content Anbieter in der Regel mit der Anzahl der Endkunden; gleichzeitig wollen die Endkunden eine Plattform mit möglichst vielen attraktiven Fernsehprogrammen. Ein TV-Plattformanbieter hat daher grundsätzlich mehrere Möglichkeiten, Einnahmen zu generieren, wobei prima vista nicht eindeutig ist, in welche Richtung die Zahlungsströme erfolgen. Auf der Marktseite der Programmveranstalter können beispielsweise die Plattformanbieter den Programmveranstaltern für die Aufschaltung etwas bezahlen oder umgekehrt. Ebenso kann ein Plattformanbieter seine Plattform den Endkunden gratis anbieten, um möglichst viele Endkunden zu gewinnen oder umgekehrt, von den Endkunden einen hohen Preis verlangen, um auf der anderen Marktseite ein breites Programmangebot finanzieren zu können. Welche Marktstruktur sich schliesslich herausbildet, hängt (bei gegebenen Präferenzen) von den Wettbewerbsverhältnissen auf beiden Marktseiten sowie dem Wettbewerb zwischen den TV-Plattformen ab. 376. Abbildung 12 stellt TV-Plattformen als zweiseitige Märkte grafisch dar. Dabei ist zu beachten, dass die Fernsehzuschauer in der Regel nur eine TV-Plattform benutzen (sog. single-homing). Demgegenüber suchen die Anbieter von Fernsehinhalten (Content Anbieter) in der Regel Zugang zu mehreren TV-Plattformen gleichzeitig (sog. multi-homing), weil sie daran interessiert sind, möglichst viele Fernsehzuschauer zu erreichen.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 74 Content Anbieter Content Anbieter Content Anbieter

TV-Plattform TV-Plattform

Fernsehzuschauer Abbildung 12: TV-Plattformmärkte als zweiseitige Märkte. 377. In der Schweiz war es im Bereich Free-TV grundsätzlich üblich, dass weder die TV-Plattformanbieter den Programmveranstaltern für die Aufschaltung der Programme noch die Programmveranstalter den TV-Plattformanbietern für die Übertragung der Programme etwas bezahlen. 134 Für die Übertragung der Fernsehprogramme fällt aus Sicht der TV-Plattformanbieter nur die Urheberrechtsabgabe an. 135 [Geschäftsgeheimnis] 378. Aus Sicht der Content Anbieter stellt sich der Markt wie folgt dar: die Content Anbieter fragen die Übertragungsdienste von TV-Plattformen nach, um möglichst viele Endkunden zu erreichen. Die Haupteinnahmen entstehen durch Interaktion mit den Fernsehzuschauern. Diese bezahlen den TV-Anbietern entweder direkt (Pay-TV) für einzelne TV-Inhalte (PPV oder VoD) bzw. ein Abonnement (PPC) oder indirekt, über ihre Aufmerksamkeit für Fernsehwerbung (Free-TV). 379. Die Content Anbieter können zusätzliche Einnahmen bei den TV-Plattformanbietern erhalten. Insbesondere für die exklusive Übertragung eines Premium Contents sind TV-Plattformanbieter unter Umständen bereit einen hohen Betrag zu bezahlen. Dies ist im Übrigen auch der Grund, weshalb die Unterscheidung zwischen Pay-TV und Free-TV neuerdings so schwierig ist: Die Programmveranstalter (auch Free-TV-Anbieter) haben festgestellt, dass die TV-Plattformanbieter bereit sind, für zusätzliche und möglichst exklusive Inhalte zu bezahlen. Diese verkaufen die TV-Plattformanbieter dann den Endkunden in kostenpflichtigen Premium-Paketen. Umgekehrt ist ein Programmveranstalter bisweilen bereit, selbst für die Übertragung eines Content zu bezahlen, sofern die Gewinnmöglichkeiten aufgrund der über die TV-Plattform zusätzlich erreichten Endkunden die Kosten übersteigen. 380. Aus Sicht der Fernsehzuschauer (Endkunden) ergibt sich eine Abfolge von Konsumentenentscheidungen, die sich gegenseitig bedingen. Die Fernsehzuschauer haben Präferenzen

134 Für gewisse Programme ist gar von Gesetzes wegen die Pflicht zur unentgeltlichen Verbreitung

vorgesehen (Art. 59 RTVG). 135 Beispielsweise der «Gemeinsame Tarif 1» (GT1) für Entschädigung für die Verbreitung geschützter

Werke und Leistungen in Kabelnetzen.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 75 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, Te-leboy, 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), werbefinanzierten 136 (bspw. Zattoo), ausschliesslich anschlussgebührenfinanzierten (bspw. Cablecom analog) oder abonnierten Plattformen (bspw. Swisscom TV, Cablecom Digital TV, Sunrise TV etc.). 382. Auf den TV-Plattformen muss der Endkunde sodann ein Programmpaket wählen, das seinen Präferenzen entspricht. Auf den meisten Plattformen stehen ein Basis-, ein Standard- und ein Premium-Paket zur Auswahl, die sich insbesondere in der Anzahl (Free-TV-) Programme und Zusatzfunktionen unterscheiden. Zudem können eigentliche Pay-TV-Programme einzeln oder wiederum im Paket abonniert werden. Die meisten TV-Plattformen bieten zusätzlich Spielfilme als VoD an. Über Swisscom TV können zudem Live-Sport-Events als PPV bezogen werden. 383. Aufgrund der gewählten Plattform und des gewählten Programmpakets steht den Endkunden eine Programmauswahl zur Verfügung. Daraus können die Endkunden zwischen den zur Verfügung stehenden Programmen (z. B. SRF, ARD, Sat1, Teleclub Cinema etc.) auswählen. Für diese Programme bezahlen die Endkunden mit ihrer Aufmerksamkeit für Werbeinhalte, für einzelne Fernsehinhalte im Einzelabruf (PPV oder VoD) oder im Voraus mit einem Abonnement (PPC). 384. Zusammengefasst weisen die TV-Plattformmärkte folgende, für die nachfolgende Analyse relevante Charakteristika auf: i. Wie in Abbildung 13 dargestellt, vermittelt eine TV-Plattform zwischen Content Anbietern und Fernsehzuschauern. TV-Plattformen fragen bei Content Anbietern Inhalte wie beispielsweise ein vollständiges Fernsehprogramm oder einzelne Spielfilme nach. Gleichzeitig fragen TV-Plattformen Aufmerksamkeit bei den Fernsehzuschauern nach bzw. wollen mit ihnen Abonnemente abschliessen. Zwischen Fernsehzuschauer und Programmveranstalter besteht eine direkte Transaktion, in der Form des Abonnementpreises (PPC) bzw. des Preises für den Bezug eines einzelnen Spieles (PPV). Daher leitet sich die Nachfrage der TV-Plattformen nach Inhalten aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer ab.

136 Ggf. zuzüglich eines kostenpflichtigen Internetdienstes.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 76 Content Content Anbieter Übertragung

Abonnemente od. TV-Plattformen Content Aufmerksamkeit

Übertragung

Abonnemente od. Aufmerksamkeit

Fernsehzuschauer

Abbildung 13: Nachfragen (Pfeilrichtung) im TV-Plattformmarkt. ii. Es bestehen starke indirekte Netzwerkeffekte, da eine TV-Plattform aus Sicht der Programmveranstalter umso attraktiver ist, je mehr Fernsehzuschauer sie aufweist; gleichermassen ist eine TV-Plattform aus der Sicht der Fernsehzuschauer umso attraktiver je mehr Programme sie überträgt.

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

B.4.1.2 Sachlich relevante Märkte

385. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Die Definition des sachlich relevanten Markts erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite, d. h. der Abnehmer eines durch das marktbeherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob die Waren oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarkt-konzept) 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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 77 Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend. Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen, wie etwa der sog. SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price-Test), zur Abgrenzung herangezogen werden. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts wird auch durch die Art und den Inhalt des jeweiligen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens mit bestimmt. Dabei ist stets vom

Untersuchungsgegenstand auszugehen. 137 386. Im Zentrum der vorliegenden Marktabgrenzung steht die Frage, welche Substitute aus Sicht der Marktgegenseite für das von Teleclub angebotene Sportprogramm bestehen (Nachfragesubstituierbarkeit). Vorliegend bilden die TV-Plattformen die relevante Marktgegenseite der Content Anbieter (vgl. Abbildung 13 und Rz 402). Die Möglichkeit, dass diese Marktgegenseite selbst Content beschaffen und auf dem Content-Markt tätig werden (Angebotssubstituierbarkeit), sollte gemäss Lehre bei der Marktabgrenzung nur Berücksichtigung finden, sofern bei einer Preiserhöhung des Ausgangsprodukts eine kurzfristige Umstellung des Angebots ohne spürbare Kosten oder Risiken möglich ist. 138 Eine kurzfristige Umstellung des Angebots ohne spürbare Kosten oder Risiken erscheint aufgrund der langfristigen Verträge für Fernsehübertragungsrechte sowie der Notwendigkeit, eine Programmstruktur aufzubauen, ausgeschlossen. Die Möglichkeit der Angebotssubstituierbarkeit wird allerdings bei der Beurteilung der Marktstellung bzw. dem potentiellen Wettbewerb berücksichtigt werden.

B.4.1.2.1 Das Sportangebot von Teleclub als Ausgangsprodukt 387. Ausgangspunkt für die hier vorzunehmende Marktabgrenzung ist das Sportangebot von Teleclub. Die Marktbefragung (vgl. Abschnitt A.4.3.5) hat ergeben, dass eine grosse Mehrheit der befragten Plattformanbieter den Zugang zum Sportangebot von Teleclub als entscheidend für die Kundengewinnung und Kundenbindung ihrer Plattform betrachtet. Das Spielfilmangebot von Teleclub wird dagegen diesbezüglich für nicht besonders wichtig befunden. Von vielen der befragten Plattformanbieter wurde zudem die Verweigerung des Sportangebots von Teleclub explizit als Wettbewerbsbehinderung identifiziert. Die Plattformanbieter unternahmen grosse Anstrengungen, um das Sportangebot im von ihnen gewünschten Umfang zu erhalten (vgl. Abschnitt A.4.3.5.1). 388. Abbildung 14 illustriert die Bedeutung des Sportangebots von Teleclub innerhalb des Teleclub-Programmangebots anhand der Anzahl verkaufter Abonnemente. In der Abbildung stellen die Linien die Anzahl Abonnemente in absoluten Werten dar (linke Ordinate). Das Balkendiagramm zeigt den Anteil von Sport-Abonnementen im Verhältnis zum Total an Abonnementen in Prozent (rechte Ordinate). Dabei entspricht das Total an Abonnementen der Anzahl Basis-Abonnemente. Insgesamt erfasst Abbildung 14 mit dem unterschiedlich schraffierten Hintergrund die Spielsaisons 2008 bis 2013. 389. Aus Abbildung 14 ist ersichtlich, dass in den letzten drei Jahren (Mai 2010 bis Mai 2013) [Geschäftsgeheimnis]. In diesem Zeitraum hatten immer mindestens [Geschäftsgeheimnis] der Teleclub-Abonnenten, neben dem obligatorischen Basispaket, das Sportpaket gelöst. Aktuell beträgt dieser Anteil [Geschäftsgeheimnis] der Teleclub-Abonnenten.

137 Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et

al./WEKO, m.w.Hinw.; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 617 ff. Rz 256 ff., Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL, m.w.Hinw. 138 MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, BSK KG, Art. 4 Abs. 2 KG N 150 ff.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 78 [Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 14: Anzahl Abonnemente von Teleclub in Absolutwerten (Linien) und prozentualer Anteil der Kunden (Balkendiagramm «% Sport»), die Sport beziehen (ohne Kunden der DCG). 390. Teleclub bietet den Endkunden auf den Kanälen «Sport 1–3» (KNU und Sunrise) bzw. 1 bis 29 (Swisscom) Übertragungen verschiedener Sportarten an,

wobei Fussball und Eishockey bei weitem am meisten Sendezeit erhalten. Das Signal wird verschlüsselt zum Endkunden übertragen, der für die Entschlüsselung eine STB bzw. eine Smartcard benötigt. Gleichzeitig bietet Teleclub über die Plattform von Swisscom Sportereignisse als Live-Sport-Events im Einzelabruf ohne Teleclub-Abonnement an (PPV). Für die Übertragung zum Endkunden benötigt Teleclub eine Netzwerkinfrastruktur bzw. eine TV-Plattform, die von einem Unternehmen mit Zugang zu einer Netzwerkinfrastruktur, betrieben wird. Es besteht daher eine Netzwerkplattform für die Verbreitung der TV-Signale und eine Plattform für die Aufbereitung der TV-Signale, die allerdings häufig zusammen von einem einzigen TV-Plattformanbieter als einheitliche Plattform betrieben werden. Für die ökonomische Analyse kann die Netzwerkinfrastruktur ebenso als Plattform betrachtet werden wie die eigentlichen TV-Plattformen. 391. Die Vertragsverhältnisse bzw. die Vertriebsmodelle der verschiedenen TV-Plattformen unterscheiden sich stark (vgl. Abschnitt A.4.3.1). Für die KNU, die einen Signalanlieferungsvertrag abgeschlossen haben, bereitet Teleclub ihr Pay-TV-Angebot selber auf. Für die Übertragung ist Teleclub aber immer auf eine Netzwerkinfrastruktur angewiesen. Übertragung und Aufbereitung der Programme finden daher auf zwei unterschiedlichen Plattformen statt: Die Netzwerkinfrastruktur der KNU für die Verbreitung und die Pay-TV-Plattform von Teleclub für die Aufbereitung (vgl. Rz 390). Der Vertrag regelt die Einspeisung des aufbereiteten Teleclub-Signals in die Netzwerkinfrastruktur des KNU. 392. Die Direktvermarktungsmodelle von Swisscom, Cablecom und Sunrise sehen die Aufbereitung und Übertragung des Teleclub-Programmangebots auf der Plattform der Infrastrukturanbieter im Namen und auf Rechnung von Teleclub vor. Es ist wohl davon auszugehen, dass die Infrastrukturbzw. Plattformanbieter zivilrechtlich gegenüber den Endkunden als Stellvertreter im Sinne von Art. 32 OR für Teleclub handeln. 393. Einen Spezialfall stellte [Geschäftsgeheimnis] das Vertragsverhältnis der DCG dar, deren Partner [Geschäftsgeheimnis] das Teleclub-Programmangebot direkt den Endkunden anbieten konnten. Dafür bezogen sie von Teleclub das Signal als Vorleistung, [Geschäftsgeheimnis] 394. Teleclub steht daher – um ihr Programm einem Endkunden anbieten zu können – im Vertragsverhältnis mit zwei unterschiedlichen Parteien: Einerseits mit dem Anbieter einer TV-Plattform bzw. einer Netzwerkinfrastruktur und andererseits mit den Fernsehzuschauern selbst. Die Vertragsgegenseite von Teleclub bilden folglich einerseits die Fernsehzuschauer, die das Sportangebot von Teleclub als Endkunden beziehen wollen; andererseits die TV-Plattformanbieter, die Sport-Inhalte für den Verkauf der eigenen TV-Plattform an die Endkunden nachfragen. [Geschäftsgeheimnis] 395. Das Vertragsverhältnis zwischen Teleclub und den TV-Plattformanbietern regelt zwei unterschiedliche Transaktionen: zum einen die Nutzung der Übertragungsinfrastruktur, auf welche Teleclub für die Erfüllung eines Endkundenvertrages angewiesen ist; zum anderen die Lieferung von Pay-TV-Inhalten an die TV-Plattformanbieter. Die Plattformanbieter wollen in erster Linie eine aus Sicht der Endkunden attraktive TV-Plattform anbieten. Dies ist ihre wichtigste Einnahmequelle. Deshalb fragen sie bei Teleclub in erster Linie Pay-TV-Inhalte für die Übertragung auf ihrer TV-Plattform nach. Dabei ist zu beachten, dass die Nachfrage der TV-

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 79 Plattformanbieter nach TV-Inhalten für ihre Plattform weit über die Nachfrage für den möglichen Wiederverkauf (und die damit verbundenen Gewinnmöglichkeiten) hinausgeht. Diese Nachfrage leitet sich aus den indirekten Netzwerkeffekten im zweiseitigen Plattformmarkt ab: Je attraktivere TV-Inhalte eine TV-Plattform anbieten kann, umso attraktiver ist die Plattform für die Endkunden. Die

TV-Plattformanbieter fragen deshalb die Bereitstellung von TV-Inhalten nach. Deshalb fragen die TV-Plattformanbieter Inhalte von Teleclub nicht in erster Linie für den Wiederverkauf (und die damit verbundene Gewinnmöglichkeiten) nach. [Geschäftsgeheimnis]. 396. Aus der Sicht der TV-Plattformanbieter lässt sich daher ein in seinem Umfang noch näher zu bestimmender Markt für die Bereitstellung von TV-Inhalten abgrenzen. Ebenso kann aus der Sicht der Fernsehzuschauer grundsätzlich ein Endkundenmarkt für den Bezug von TV-Inhalten abgegrenzt werden.

397. Dabei ist zu beachten, dass der Bezug von Pay-TV-Inhalten deren Bereitstellung voraussetzt. Eine Transaktion zwischen Teleclub und Fernsehzuschauer kann nur zustande kommen, wenn Teleclub und Fernsehzuschauer Kunden der gleichen Übertragungsplattform sind. Somit handelt es sich bei Pay-TV-Programmen und TV-Plattformen einseitig um perfekte Komplemente: Alle Fernsehzuschauer, die ein Pay-TV-Programm beziehen wollen, müssen eine Plattform wählen, die dieses Programm auch anbietet. Daher ist die Nachfrage der TV-Plattformanbieter für die Bereitstellung direkt an die Nachfrage der Fernsehzuschauer für den Bezug von TV-Inhalten geknüpft. Da die TV-Plattformanbieter eine für die Fernsehzuschauer möglichst attraktive Plattform bereitstellen wollen, haben sie starke Anreize, das über ihre Plattform angebotene TV-Angebot der Endkundennachfrage anzugleichen. In inhaltlicher Hinsicht kann die Nachfrage der TV-Plattformanbieter deshalb weitgehend aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer abgeleitet werden. Als zusätzlicher Faktor kommen für den TV-Plattformanbieter allerdings unterschiedliche Möglichkeiten der Integration von Pay-TV-Inhalten in seine Plattform hinzu. 398. Für die Beurteilung des Verhaltens von Teleclub als Tochtergesellschaft von Swisscom auf diesen Märkten muss die Struktur des Falles berücksichtigt werden: Es geht um die Frage ob Teleclub eine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten zukommt und diese missbraucht, um Konkurrenten von Swisscom im Wettbewerb auf TV-Plattformstufe zu benachteiligen. Aufgrund der Marktstruktur überträgt sich ein allfälliger Missbrauch auf dem Bereitstellungsmarkt immer eins zu eins auf den Endkundenmarkt bzw. auf die Fernsehzuschauer der betroffenen Plattform. Eine Diskriminierung einer TV-Plattform bei Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen auf dem Bereitstellungsmarkt ist beispielsweise gleichbedeutend mit der Diskriminierung der Endkunden dieser Plattform: Sie werden beim Abschluss eines Teilnahmevertrages gegenüber anderen Endkunden diskriminiert. 139 399. Der für die Beurteilung der Marktstellung und der Verhaltensweise von Teleclub relevante Markt ist daher der Markt für die Bereitstellung von TV-Inhalten, auf dem sich insbesondere Teleclub und die TV-Plattformanbieter gegenüber stehen. Dem Markt für den Bezug von TV-Inhalten kommt aufgrund vorangehender Überlegungen keine eigenständige Bedeutung zu. Deshalb ist für das vorliegende Verfahren kein eigenständiger Endkundenmarkt für den Bezug von TV-Inhalten abzugrenzen.

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

139 Bezüglich der Möglichkeit der Diskriminierung von Endkunden vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON,

BSK KG, Art. 7 KG N 215.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 80 bereit für diese Dienstleistung zu bezahlen. Im einfachsten Fall bietet die Plattform nur die Übertragung von TV-Inhalten an. Der Endkunde zahlt in diesem Fall dem Plattformanbieter ein Empfangsentgelt und Teleclub dem Plattformanbieter ein Entgelt für die Zurverfügungstellung von Übertragungskapazität. Alternativ kann der Plattformanbieter das Teleclub-Angebot in die eigene TV-Plattform einbinden. Dann bezahlt [Geschäftsgeheimnis].

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

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

140 Dabei handelt es sich um einen zweiseitigen Markt für die Übertragung von TV-Inhalten vom Pro-

grammveranstalter zum Endkunden. 141 Vgl. RPW 2005/2, 365 Rz 36 ff., Swisscom/Cinetrade.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 81 zusammen mit Free-TV-Programmen im gleichen Paket angeboten. Der von Cinetrade geltend gemachte Gesamtmarkt für TV umfasst zudem sämtliche Verbreitungsarten (PPC, PPV, VoD etc.) und sämtliche Übertragungswege (IPTV, CATV etc.). 405. Cablecom, Finecom und Sasag gehen im Rahmen ihres Gesuches um Erlass vorsorglicher Massnahmen davon aus, dass auch wenn im Pay-TV-Bereich ein Markt für Sportübertragungen abgegrenzt werde, diese Marktabgrenzung zu weit sei. Vielmehr müsse der Markt weiter für einzelne Sportereignisse unterteilt werden. Zudem müssten unterschiedliche Märkte für PPV- und PPC-Angebote betrachtet werden. c. Abgrenzung zwischen Sport und anderen Pay-TV-Inhalten 406. Ausgangspunkt für die hier vorzunehmende Marktabgrenzung ist das Sportangebot von Teleclub. Das Sportangebot von Teleclub wird prima vista auf einem einzigen «Pay-TV-Markt für die Bereitstellung von Sportübertragungen» den TV-Plattformanbietern angeboten. Es kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass nur Spitzensport – im Gegensatz zu Breitensport – als Inhalt für die Übertragung im Pay-TV in Frage kommt. Spitzensport zielt auf die Erbringung einer herausragenden Leistung im Rahmen eines Wettkampfes ab. Eine solche Leistung kann nur durch regelmässiges (oft tägliches) Training erreicht werden, wobei die meisten Akteure ihren Sport als Beruf betreiben. Daher bedingt Spitzensport immer auch ein substantielles Zuschauerinteresse, da nur so der beträchtliche Aufwand finanziert werden kann. 407. Es stellt sich nun die Frage, ob ein provisorisch abgegrenzter Markt für die Bereitstellung von Spitzensport im Pay-TV aus Sicht der relevanten Marktgegenseite, d. h. der TV-Plattformanbieter weiter unterteilt oder breiter gefasst werden muss. Dazu werden nachfolgend zuerst mögliche Substitutionsbeziehungen mit verschiedenen anderen TV-Inhalten (Spielfilme, Fernsehserien) und Substitutionsbeziehungen zwischen unterschiedlichen Sportarten und Ligen (Super League, NLA, 1. Bundesliga etc.) geprüft. 408. Da sich die TV-Plattformanbieter bei ihrer Nachfrage nach Content nach den Präferenzen der Fernsehzuschauer richten (vgl. Rz 397), bestimmt sich die Substituierbarkeit mittelbar auch aus der Sicht der Fernsehzuschauer. Die Zuschauer-Nachfrage nach Sportkanälen (PPC) und Einzelspielen (PPV) im Pay-TV unterscheidet sich in vielerlei Hinsicht grundlegend von der Nachfrage nach Spielfilmen und Serien: i. Wie oben ausgeführt, werden die meisten Sportereignisse als Teil einer umfassenden Ligaberichterstattung nachgefragt. Die meisten Zuschauer von Sportübertragungen beziehen daher regelmässig wiederkehrende Ereignisse wie beispielsweise die Spiele einer bestimmten Mannschaft oder einer Liga, die zum Zeitpunkt der Live-Ausstrahlung kaum durch ein anderes Produkt substituiert werden können. Aufgrund des Liga-, Meisterschafts- oder Tourneebetriebs erzielen Sportübertragungen zudem eine sehr starke Kundenbindung, die einen Wechsel zu anderen Inhalten unwahrscheinlich machen. Ebenso wenig werden Fernsehzuschauer, die regelmässig eine Fernsehserie verfolgen, sich einfach alternativ eine Sportübertragung anschauen. 142 ii. Die Produkte unterscheiden sich auch in der zeitlichen Dimension des Angebots: Spielfilme und Fernsehserien werden den Konsumenten in Verwertungskaskaden zugänglich gemacht (vgl. Rz 71), wobei sie den Zuschauern von der Erstaussstrahlung im Kino (Spielfilm) oder Pay-TV (Fernsehserien) bis zur

Free-TV-Ausstrahlung zu immer tieferen Preisen angeboten werden. Die sogenannte «First Pay Window»-Ausstrahlung, die möglicherweise ein Substitut für die exklusive Ausstrahlung von Live-Sport-Ereignissen darstellt, erfolgt bei Spielfilmen jeweils im Anschluss an die Verwertung im Kino sowie

142 Vgl. Abschnitt B.4.1.1.3.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 82 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.

[Geschäftsgeheimnis]

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 [Geschäftsgeheimnis] 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 [Geschäftsgeheimnis] 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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 83 Live-Sport-Events keinen Einfluss auf die Nachfrage nach VoD-Inhalten hat, konnte somit bestätigt werden. Alle Berechnungen weisen keinen [Geschäftsgeheimnis] 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 [Geschäftsgeheimnis] 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 [Geschäftsgeheimnis]. Gleichermassen spricht für diese Marktabgrenzung, dass Teleclub, um eine Ligaberichterstattung anbieten zu können, auch diejenigen Spiele anbietet, die gleichzeitig im Free-TV empfangen werden können. Aus der Sicht der Fernsehzuschauer erfolgt die Wahl eines Pay-TV Anbieters und abgeleitet davon die Wahl einer TV-Plattform nicht in erster Linie, um ein einzelnes Spiel zu sehen. Vielmehr will der Fernsehzuschauer die Möglichkeit haben, einer gesamten Liga oder mehreren Ligen zu folgen. 419. Aus Sicht der Fernsehzuschauer ist daher nicht entscheidend, ob sie ein einzelnes Spiel anschauen können, sondern ob sie alle oder zumindest einen grossen Teil der Spiele einer Liga anschauen können. Die daraus abgeleitete Nachfrage der TV-Plattformanbieter (vgl. Rz 397 ff.) umfasst daher ebenfalls in erster Linie ein Ligaprodukt. Die Nachfrage der TV-Plattformanbieter dürfte sogar noch stärker auf das Ligaprodukt ausgerichtet sein. Die TV-Plattformanbieter fragen Sportinhalte nicht in erster Linie für den Wiederverkauf nach, sondern

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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 84 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 Liga-Produkt (z. B. Schweizer Super League) auf ein anderes (Fussball-Weltmeisterschaften) ausweichen können. Dies ist nur der Fall, wenn Letzteres aus Sicht der Zuschauer eine tatsächliche Alternative für das Ligaprodukt darstellt. Verschiedene Beobachtungen sprechen aber gegen einen gemeinsamen Markt für nationale Ligen und herausragende Grossereignisse. 421. Herausragende Grossereignisse finden in der Ligapause einer Sportart statt, weshalb die Liga und das internationale Grossereignis aus Sicht der Zuschauer gar nicht in direkter Konkurrenz zueinander angeboten werden. Gleichzeitig müssen die Spiele von Schweizer Mannschaften sowie die wichtigsten Finalspiele bestimmter internationaler Wettbewerbe gemäss der Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen im Free-TV angeboten werden. 145 Die Grossereignisse sprechen denn auch eine viel grössere Zahl von Fernsehzuschauern an. So verzeichnete das Schweizer Fernsehen SF2 für die drei Spiele der Schweizer Fussballnationalmannschaft an der Fussballweltmeisterschaft 2010 immer [Geschäftsgeheimnis] pro Spiel, während in der folgenden Saison 2010/2011 der Super League die durchschnittliche Zuschauerzahl bei [Geschäftsgeheimnis] pro Partie lag. 422. Die TV-Plattformanbieter haben – wie zuvor ausgeführt (vgl. Rz 419) – ein Interesse an einer langfristigen und kontinuierlichen Content-Bereitstellung. Zudem werden Grossereignisse weitgehend im Free-TV übertragen. Damit können sich TV-Plattformanbieter mit Grossereignissen weder von den Konkurrenten differenzieren noch Kunden langfristig binden. Es kann daher festgehalten werden, dass es sich beim Angebot eines Ligaprodukts und eines herausragenden Grossereignisses um zwei unterschiedliche Produkte handelt, die in der derzeitigen Ausgestaltung keine disziplinierende Wirkung aufeinander ausüben. 423. Auch die EU-Kommission kommt bei der Betrachtung des Markts für den Erwerb von Übertragungsrechten zum Schluss, dass Fussballübertragungsrechte für die Vermarkter und Programmveranstalter meist nicht durch die Übertragungsrechte anderer Sportarten substituierbar sind. 146 Aus Sicht des Programmveranstalters dient Fussball gemäss EU-Kommission unter anderem der Positionierung eines Programms bezüglich Image und Zuschauergruppen. Die Imagewirkung von Fussballübertragungen auf die übrigen Programminhalte veranlasst die Programmveranstalter sehr hohe Preise zu bezahlen. Dafür spielt die Regelmässigkeit und Kontinuität eines Angebots eine wichtige Rolle. Herausragende Grossereignisse wie eine Fussball-Welt- oder -Europameisterschaft, die alle vier Jahre stattfinden, generieren kurzfristig ein sehr grosses Zuschauerinteresse. Sie sind aber für die langfristige Kundenbindung (Zuschauer und Werbekunden) voraussichtlich von geringerer Bedeutung. Aufgrund dieser Überlegungen stellen sie nach Ansicht der

EU-Kommission kein Substitut zu den regelmässig über das Jahr ausgetragenen nationalen und internationalen Wettbewerben (UEFA Champions

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

hang 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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 85 League und Europa League) dar. Die EU-Kommission unterscheidet daher bei den Fussball- übertragungsrechten zwischen Anlässen, welche ganzjährig stattfinden (z. B. nationale Meisterschaften), und solchen, die weniger häufig in periodischen Abständen stattfinden (z. B. FIFA WM). 147 e. Abgrenzung zwischen Schweizer Fussball und Schweizer Eishockey 424. Fussball nimmt in der Schweiz bezüglich Zuschauerinteresse, Medienberichterstattung und bezüglich der generierten Umsätze eine herausragende Stellung ein. Daher stellen wohl aus Sicht der Zuschauer die meisten anderen Sportarten kein Substitut für Fussball dar (vgl. Rz 423). In der Schweiz kommt allerdings – im Gegensatz zu den meisten europäischen Ländern – dem Eishockey bezüglich der oben genannten Kriterien (Zuschauer- und Medieninteresse sowie wirtschaftliche Bedeutung) eine ähnlich gewichtige Stellung zu. Es besteht daher die Möglichkeit, dass aus Sicht der Endkunden die Übertragung von Eishockeyspielen der NLA ein hinreichendes Substitut für die Übertragung der Super League darstellen. Dies wäre der Fall, wenn genügend Zuschauer sowohl der Fussballliga als auch der Eishockeyliga folgten und bei einer allfälligen Preiserhöhung für die eine Sportart auf Spiele der anderen Sportart ausweichen würden. 425. Wiederum lässt sich eine allfällige Substitutionsbeziehung zwischen Fussball und Eishockey nicht direkt beobachten, da Eishockey und Fussball von Teleclub PPC als Teil des gleichen Sport-Pakets und PPV zum gleichen Preis angeboten werden. Ein Anhaltspunkt für 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.

[Geschäftsgeheimnis]

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

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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 86 [Geschäftsgeheimnis]

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

[Geschäftsgeheimnis]

Tabelle 14: Nachfrage gemessen an Anzahl bezogener Spiele nach PPV-Spielen pro Saison und Liga (Saison 2012/13: nur bis März 2013). 432. Es ist insgesamt nicht zu erwarten, dass ein signifikanter Anteil der Fernsehzuschauer bei einer Preiserhöhung für die nationalen Live-Sport-Events stattdessen Spiele der ausländi-

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 87 schen Ligen beziehen würde. Gleichermassen ist nicht zu erwarten, dass bei einer Preiserhöhung eines PPC-Angebots für Schweizer Ligen die Zuschauer auf die Übertragung ausländischer Ligen ausweichen. Vor diesem Hintergrund bilden die ausländischen Ligen kein hinreichendes Substitut zu Schweizer Ligen. Die ausländischen Ligen (vgl. Tabelle 14) sind daher einem eigenen Markt zuzurechnen, der vom hier sachlich relevanten Markt abzugrenzen ist. 433. Analog zur Marktabgrenzung von Super League- und NLA-Spielen ist dabei für jede ausländische Liga ein eigener Markt abzugrenzen. [Geschäftsgeheimnis]. Aus verfahrensökonomischen 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 Fussballligen, sondern die [Geschäftsgeheimnis]. 437. Auch die ausländischen Ligen werden in der Schweiz in allen Sprachregionen mit denselben Kommentarsprachen angeboten. 438. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die verschiedenen Kommentarsprachen kein Abgrenzungskriterium darstellen.

h. Abgrenzung zwischen Pay-TV und Free-TV 439. Nachdem die Märkte contentseitig abgegrenzt sind, ist zu prüfen, ob die Bereitstellungsmärkte auch hinsichtlich der Verbreitungs- bzw. Vermarktungsart abzugrenzen sind. In der bisherigen Praxis der WEKO wurde Pay-TV und Free-TV aus Sicht der Fernsehzuschauer

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 88 nicht dem gleichen sachlich relevanten Markt zugeordnet. 149 Die WEKO folgte damit weitgehend der Praxis der EU-Kommission. 150

Es stellt sich die Frage, ob angesichts der technischen Entwicklung an dieser Praxis festgehalten werden kann. Auch hier basiert die Nachfrage der TV-Plattformanbieter wiederum auf den Präferenzen der Fernsehzuschauer. 440. Der Markt für Free-TV umfasst gemäss Praxis der WEKO alle Programmveranstalter, die ihr Programm ohne Vertragsverhältnis mit den Endkunden finanzieren. 151 Die Finanzierung geschieht einerseits über Werbeeinnahmen, andererseits über Gebühren der öffentlichen Hand. Die Endkunden bezahlen das Free-TV folglich mit der Zeit, in der sie Werbung konsumieren. Die dafür entscheidenden Opportunitätskosten der Zeit unterscheiden sich stark von einer monetären Bezahlung eines Abonnements oder einzelner Spiele, wie sie im Pay-TV erfolgt. Es ist daher prima vista nicht davon auszugehen, dass aus Sicht der Zuschauer Pay-TV und Free-TV insgesamt hinreichende Substitute darstellen und zum gleichen Markt gehören. 441. In der Schweiz ist das Free-TV aufgrund der staatlichen Finanzierung der SRG und starker Free-TV Anbieter in den Nachbarländern von hoher Qualität, weshalb Premium Content für einen Pay-TV-Anbieter unabdingbar ist. Die Wahl des Zuschauers für einen Pay-TV-Anbieter geht meist mit der Wahl für einen Premium Content wie Fussballübertragungen oder Hollywood-Spielfilme einher. Premium Content wird von den Rechteinhabern normalerweise separat fürs Pay-TV verkauft, um die gesamte Exklusivitätsrente durch Preisdifferenzierung abschöpfen zu können. Das Produkt wird daher beim Verkauf der Übertragungsrechte so strukturiert, dass gewisse Veranstaltungen exklusiv dem Pay-TV vorbehalten sind, während andere Produkte parallel oder später im Free-TV verbreitet werden können. Für die Marktabgrenzung stellt sich daher nicht die Frage, ob beispielsweise bei einem einzelnen Fussballspiel, das sowohl im Free-TV als auch im Pay-TV live übertragen wird, diese Übertragungswege hinreichende Substitute darstellen (höchstwahrscheinlich würden praktisch alle Zuschauer das Spiel im Free-TV schauen, wenn die Free-TV-Übertragung qualitativ der Pay-TV-Übertragung entspricht), sondern, ob von den dem Free-TV überlassenen Inhalten ein 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 fast 152 vollständig dem Pay-TV überlassen. Deshalb besteht für die meisten ausländischen Fussballligen kein Angebot im Free-TV. Free-TV kann daher kein Substitut darstellen. Gleichermassen werden Endkunden, die ein umfassendes Sportpaket via Pay-TV beziehen, nicht aufgrund eines geringen langfristigen Preisanstieges nur noch Sport im Free-TV konsumieren. Auch dies legt nahe, dass Live-Sportübertragungen im Pay-TV und Free-TV keine hinreichenden Substitute darstellen und daher nicht dem gleichen Markt zugeordnet werden können.

443. Die Fragestellung ob Free-TV und Pay-TV im Sportbereich demselben Markt zuzuordnen sind, kann anhand einer Ausdehnung des Free-TV-Angebots der SRG in der Saison

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, Münch- ner Schriften zum europäischen und internationalen Kartellrecht, Band 4, 2004, 62 ff. 151 RPW 2005/2, 366 Rz 39 ff., Swisscom/Cinetrad.

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

gen.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 89 2012/13 untersucht werden. Die SRG baute für diese Saison die Super League-Liveberichter- stattung 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. Gleich- zeitig wurde auch die Highlight- und Rahmenberichterstattung ausgebaut. 153 444. Wie erwähnt ist aus Sicht der Fernsehzuschauer nicht entscheidend, ob sie ein einzel- nes 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 Sub- stitut für die Übertragung der ganzen Liga im Pay-TV ansehen. 445. Weil die SRG für die Saison 2012/13 die Super League-Liveberichterstattung von ma- ximal 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 Wor- ten: 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 massi- ver Rückgang bei PPC-Abonnements und PPV-Bezüge zu beobachten sein. Wenn die Zu- schauer nur für die Spiele wechseln, die nun im Free-TV erhältlich sind, ansonsten aber wei- terhin Pay-TV beziehen, stellt das Free-TV-Angebot offensichtlich kein hinreichendes Substitut für das Liga-Produkt im Pay-TV dar. Diesfalls wäre zu erwarten, dass die durchschnittlichen Zuschauerzahlen pro Spiel (das nur im Pay-TV angeboten wurde) in der Saison 2012/13 nicht über den Preiseffekt (vgl. Rz 414) hinaus markant abnehmen. 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 zu- rück ging. Für die Anzahl PPC-Abonnements weist Abbildung 14 [Geschäftsgeheimnis] für die Saison 2012/13 auf. 447. Ebenfalls ist zu prüfen, ob die Abnahme der PPV-Bezüge stärker ausfiel, als der er- wartete 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 Te- leclub [Geschäftsgeheimnis] im Pay-TV übertragen hat. Abbildung 18 zeigt dieses Verhältnis. Wie aus Abbildung 18 hervorgeht, [Geschäftsgeheimnis] 154 [Geschäftsgeheimnis]. Für den An- stieg 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.

[Geschäftsgeheimnis]

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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 90 Abbildung 18: PPV-Bezüge pro Spiel NLA und Super League. 448. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus Sicht der Fernsehzuschauer Pay-TV und Free-TV keine Substitute darstellen. Die aus der Zuschauernachfrage abgeleitete Sicht der TV-Plattformanbieter (vgl. Rz 397 ff.) führt damit zur Abgrenzung separater Pay-TV- Märkte. i. Abgrenzung zwischen verschiedenen Sportereignissen 449. Bisher wurde offengelassen welchen Märkten die internationalen Sportereignisse mit Schweizer Beteiligung (insbesondere die UEFA Champions League und die UEFA Europa League) zuzuordnen sind. Dabei gilt zu beachten, dass sämtliche Spiele der internationalen Fussball- und Eishockey-Wettbewerbe mit Schweizer Beteiligung im Free-TV übertragen werden. Daher sind diese Spiele nicht den Bereitstellungsmärkten für Pay-TV-Übertragungen zuzuordnen. Die [Geschäftsgeheimnis] im Pay-TV übertragenen Spiele dieser Wettbewerbe ohne Schweizer Beteiligung bilden einen eigenen Markt für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen (vgl. Rz 433 f.), welcher gemeinsam mit den übrigen Bereitstellungsmärkten der ausländischen Ligen (vgl. Tabelle 14) beurteilt wird. 450. Weitere Sportereignisse, die bei der Marktabgrenzung eine Rolle spielen könnten, sind die «ATP World Tour» im Tennis, die European- und US-Golf-Tour sowie die Rennen der Formel 1 Weltmeisterschaft. Diese Sportereignisse unterscheiden sich allerdings von den nationalen Eishockey- und Fussballligen durch ihre weitgehend internationale Ausrichtung. Zudem rührt das Zuschauerinteresse beim Tennis und bei der Formel 1 insbesondere von der Teilnahme einzelner Schweizer Athleten (z. B. Roger Federer oder Sébastien Buemi) oder Teams (Sauber) her. Beim Golf beschränkt sich die Aufmerksamkeit auf einzelne Grossereignisse wie die Majors und den Ryder Cup. Aus diesem Grund ist die Pay-TV-Übertragung der obengenannten Wettbewerbe im Tennis, Golf und in der Formel 1 wohl nicht dem gleichen Markt zuzuordnen wie die nationalen Eishockey- und Fussballligen. Zudem werden auch hier die meisten Spiele mit Schweizer Beteiligung im Free-TV übertragen (insb. Tennis und Formel 1). 451. Es kann daher festgehalten werden, dass die verschiedenen Sportarten verschiedenen Märkten zuzuordnen sind. j. Abgrenzung zwischen PPV und PPC 452. Da entsprechend dem zuvor Ausgeführten Pay-TV von Free-TV abzugrenzen ist, stellt sich die Frage, ob innerhalb der Pay-TV-Märkte eine weitere Unterteilung vorzunehmen ist. Eine mögliche Unterteilung könnte zwischen dem PPV-Angebot und den PPC-Angeboten erfolgen. Fernsehzuschauer wollen unter Umständen nicht regelmässig (beispielsweise wöchentlich) Fussball oder Eishockey schauen, sondern nur gelegentlich ein einzelnes Spiel ihrer Lieblingsmannschaft. Oder sie wollen zwar regelmässig eine Sportart verfolgen, haben aber keinerlei Interesse an den übrigen Inhalten eines Pay-TV-Sport-Kanals. Aus der Perspektive der Zuschauer lässt sich daher die zu überprüfende Hypothese aufstellen, dass die PPC-Angebote, die Teleclub über verschiedene Plattformen anbietet, kein hinreichendes Substitut zum PPV-Angebot auf Swisscom TV darstellen. Wäre dies der Fall,

so müssten PPV- und PPC-Angebote separaten Märkten zugeordnet werden. 453. Da das PPC-Sportangebot von Teleclub nur gemeinsam mit dem Basisangebot bezogen werden kann, bezahlen Endkunden 42.80 Franken bei Swisscom TV bzw. 49.90 Franken bei allen anderen TV-Plattformanbietern. Bei diesen Preisen hätte die Gruppe der Wenignutzer (Endkunden, die maximal ein Spiel pro Woche anschauen) je nach Wertschätzung des Basisangebots auch bei einer substantiellen Preiserhöhung der PPV-Angebote von 2.50 Franken auf 3.50 Franken, wie sie im Juli 2012 erfolgte, kaum Anreize vom PPV- auf ein PPC-Angebot

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 91 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 Fernseh Zuschauer, 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 [Geschäftsgeheimnis] 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 Fernseh Zuschauer von Swisscom nach der Anzahl über PPV bezogener Spiele pro Monat. Die Darstellung zeigt die Menge an Fernseh Zuschauern, 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 Fernseh Zuschauern 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 [Geschäftsgeheimnis] Rückgang bei Fernseh Zuschauern, 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 [Geschäftsgeheimnis] 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 Marktbergrenzung haben kann. Die [Geschäftsgeheimnis] 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 [Geschäftsgeheimnis] negativen Effekt auf die Nachfrage nach Live-Sport-Events (vgl. auch Abbildung 15). Diese Abnahme kann einerseits auf einen Preiseffekt (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 Sportangebot und Basisangebot (PPC) stark abgeschwächt wird. Diesen Substitutionseffekt illustriert ebenfalls Abbildung 19.

[Geschäftsgeheimnis]

Abbildung 19: Reaktion verschiedener Gruppen von PPV-Bezügern auf die Preiserhöhung für PPV-Spiele vom Juli 2012 (Anzahl PPV-Spiele pro Monat und Nachfragegruppe). 460. 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.

[Geschäftsgeheimnis]

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

462. Wie oben erwähnt (Rz 453 f.), ist die tatsächliche Substituierbarkeit von PPC und PPV aufgrund der Koppelung von Basispaket und Sportpaket [Geschäftsgeheimnis] 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 [Geschäftsgeheimnis] 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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 93 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 beziehen 159, ergab die Marktbefragung, dass das Vertriebsmodell für die Plattformanbieter einen Unterschied insbesondere bei der Kundenakquirierung und bezüglich Bandbreitenbelegung ausmacht (vgl. bspw. Rz 199 ff. und Rz 234 ff.). Die Nachfrage der TV-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 Marktgegen- seite praktisch unabdingbar. Bei solch gleichgerichteten Interessen ist eine Verhandlungslö- sung ohne substantielle Kompensationszahlungen zwischen Programmveranstaltern und

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, [Geschäftsgeheimnis] oder einzelne End-

kunde bevorzugen die Nutzerfreundlichkeit oder Zusatzfunktionen einer bestimmten Plattform.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 94 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 Vor- leistung einen Preis verlangen. Gleichzeitig fragen aber die Pay-TV-Programmveranstalter die Verbreitung ihrer Programme bei den TV-Plattformanbietern nach, für welche wiederum die Plattformanbieter einen Preis verlangen können. In welche Richtung die Nettozahlungen schliesslich erfolgen, hängt insbesondere von der Verhandlungsmacht der Marktteilnehmer ab. 469. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die TV-Plattform grundsätzlich aus zwei Elementen besteht: Die physische Netzwerkinfrastruktur und die Aufbereitung (vgl. Rz 70). Teleclub hat keine eigene Netzwerkinfrastruktur, steht aber bei der Aufbereitung als vertikal integrierter Plattformanbieter mit den KNU im Wettbewerb. So gesehen fragen die KNU in ihrer Rolle als Aufbereiter die Signalanlieferung nicht nach. Die Vertriebsmodelle von Teleclub taugen daher nicht als Marktabgrenzungskriterium; das nachgefragte Gut ist immer der Content, welches jedoch auf unterschiedlichem Weg verbreitet wird.

470. Gleichwohl gilt es zu berücksichtigen, dass der Content der Signalanlieferung von Teleclub auch auf dem Netz der KNU übertragen wird. Die Wahl des Netzes ist dabei ein entscheidender Faktor des Plattformwettbewerbs. In dieser Hinsicht hat die Bereitstellung des Contents über die Signalanlieferung einen positiven Netzwerkeffekt auf die Plattformnachfrage der Endkunden, der bei der Beurteilung mit einzubeziehen ist (vgl. Rz 373 ff.). 1. Anwendung des hypothetischen Monopolistentests auf die Preiserhöhung von

Tele-club 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 Heraussetzung 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-

160 «Gemeinsamer Tarif 1» für Kabelnetzbetreiber für die Verbreitung eines Radio- oder Fernsehpro-

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 95 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 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

162 Vgl. OECD Policy Roundtables – Market Definition, 2012, 30 ff.; MASSIMO MOTTA, Competition Pol-

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

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

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 96 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 Marktabgrenzung im Bereich Pay-TV muss vor dem Hintergrund der technologischen Entwicklung der letzten Jahre teilweise angepasst werden.

478. Das Programmangebot von Teleclub wird heute ausschliesslich digital übertragen. 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 Frühjahr 2013 hat der Bundesrat beschlossen, dass die Must-Carry-Pflicht der KNU für Analogprogramme bis 2015 schrittweise aufgehoben wird. Die KNU haben zudem schon heute die Möglichkeit, auf die Verbreitung des Analogangebots zu verzichten, sofern sie ein digitales Grundangebot ohne Mehrkosten anbieten sowie eine kostenlose Smartcard zur Verfügung stellen. 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

166 Teleclub startete zu Beginn «des neuen Jahrtausends» mit der digitalen Verbreitung seiner Pro-

gramme <<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 Hauptkonkur-

rent im TV-Bereich. Antworten zur Frage 13 des Auskunftsbegehrens für TV-Plattformanbieter vom 30. Mai 2012.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 97 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, Teleboy oder Swisscom TV Air berücksichtigt werden. Allerdings kommt deren Bildqualität teilweise aufgrund der höheren Kompression noch nicht an das herkömmliche Digital-TV heran. Auch bieten nur einzelne Fernsehgeräte (etwa von LG oder Samsung) einen direkten Zugang via App an. Kunden mit anderen Fernsehgeräten müssen eine separate STB z. B. von Videoweb oder Apple TV nutzen. Heute scheinen die Zuschauer die internetbasierten Übertragungsplattformen noch mehrheitlich in anderen Konstellationen (unterwegs, an der Arbeit etc.) zu nutzen. Die internetbasierten Übertragungsplattformen werden demzufolge eher als Komplement (und nicht als Substitut) zu den digitalen TV-Plattformen von beispielsweise Swisscom, Cablecom und Sunrise wahrgenommen. Die Marktbefragung ergab zudem, dass Anbieter von internetbasierten Übertragungsplattformen praktisch ausschliesslich Anbieter anderer internetbasierter Übertragungsplattformen als Hauptkonkurrenten sehen. Im Hinblick auf den vorliegend relevanten Sachverhalt, ergab die Marktbefragung auch, dass die Anbieter von internetbasierten Übertragungsplattformen den über Pay-TV verbreiteten Sportinhalten keine grosse Bedeutung zuschreiben. Die internetbasierten Übertragungsplattformen können folglich zum heutigen Zeitpunkt (noch) nicht demselben relevanten Markt

zugeordnet werden wie die digitalen TV-Plattformen. Es ist allerdings möglich, dass in Zukunft diese Märkte konvergieren, insbesondere wenn Fernseheinhalte vermehrt als «Over-the-Top»-Content bezogen werden und flächendeckend über Apps direkt auf dem Fernseher verfügbar sind. 481. In früheren Entscheidungen 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

170 U. a. Tagesanzeiger Online, Digital TV: Cablecom, Swisscom oder Sunrise? vom 23.01.2012,

<<http://www.tagesanzeiger.ch/digital/multimedia/Digital-TV-Cablecom-Swisscom-oder-Sunrise/story/11532589>> (20.11.2012); SF DRS Kassensturz, Sendung vom 20.3.2012, abrufbar unter: <http://www.kassensturz.sf.tv/content/download/3089678/117118062/version/1/file/VergleichDigiTV-VgroVe_3.pdf> (20.11.2012). 171 RPW 2003/4, E 4.2.2, Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission.

172 Statistische Lexikon der Schweiz, Wohnverhältnisse nach Haushaltstyp und Bewohnerstyp. Abruf-

bar: <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/lexikon/lex/0.topic.1.html>> (30.9.2013).

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 98 gen 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 Möglichkeiten 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 Marktgegensenden der TV-Plattformanbieter berücksichtigt werden: i. Die Fernsehzuschauer, die die Plattform nachfragen, um ein TV-Angebot (Pay-TV und Free-TV) beziehen zu können. ii. Die Programmveranstalter (Pay-TV und Free-TV), die die Plattform nachfragen, um ihr Programm an die Fernsehzuschauer übertragen zu können. (Davon ist die Rolle der Programmveranstalter als Anbieter auf dem Markt für TV-Content zu unterscheiden.) 484. Ein Pay-TV-Programmveranstalter wie Teleclub fragt die Übertragungsdienste einer TV-Plattform nach, um möglichst viele Fernsehzuschauer erreichen zu können. Eine Transaktion zwischen Pay-TV-Programmveranstalter und Fernsehzuschauern kann nur zustande kommen, wenn beide Marktseiten auf derselben Plattform präsent sind. Sofern die Preise für die Übertragung des Pay-TV-Signals über eine TV-Plattform ansteigen, kann der Pay-TV-Programmveranstalter nicht einfach die Plattform wechseln. Er verliert sonst die Zuschauerkunden, die über diese Plattform einen Endkundenvertrag abgeschlossen haben. 485. [Geschäftsgeheimnis] weshalb nur die relativen Preise zwischen den Plattformen ins Gewicht fallen. Die Preisunterschiede für die Nutzung einer Plattform ([Geschäftsgeheimnis]) sind üblicherweise geringer als ein möglicher Verlust, der sich aus dem Nichtzustandekommen der Transaktion zwischen Pay-TV-Programmveranstalter und Fernsehzuschauer ergibt. Gleichermassen erfolgt im Free-TV eine Transaktion zwischen Fernsehzuschauer und Programmveranstalter in der Form von Aufmerksamkeit für Werbung. Auch hier müssten allfällige Preisunterschiede für die Plattformnutzung, die Opportunitätskosten des Plattformverzichts übersteigen. Die direkte Transaktion zwischen Programmveranstalter und Plattformanbieter verhindert folglich in beiden Fällen, dass der Programmveranstalter ohne Weiteres die Plattform wechseln kann. Es lohnt sich sogar für Free-TV- und Pay-TV-Anbieter, auf allen Plattformen präsent zu sein und multi-homing zu betreiben (vgl. Rz 376). 486. Für die Pay-TV-Programmveranstalter (Content Anbieter) ist die Verbreitung ihres Angebots über möglichst viele TV-Plattformen (multi-homing) notwendig. Dies deshalb, weil die Fernsehzuschauer das Angebot der Pay-TV-Programmveranstalter über unterschiedliche Digital-TV-Plattformen beziehen. Wäre ein Pay-TV-Programmveranstalter nicht auf den verschiedenen TV-Plattformen vertreten, würde dies für ihn drei wesentliche Nachteile bedeuten. Zunächst könnte der Pay-TV-Programmveranstalter nicht alle Fernsehzuschauer erreichen,

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 99 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 Marktgegensenden (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 Marktgegensende die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

B.4.1.3.1 Nationale Märkte für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV 491. Die vier Bereitstellungsmärkte können in räumlicher Hinsicht einheitlich abgegrenzt werden, da das Gebiet, in welchem die Pay-TV-Inhalte nachgefragt werden, für alle vier Bereitstellungsmärkte national abzugrenzen ist: 492. [Geschäftsgeheimnis] Alle Bereitstellungsmärkte sind daher grundsätzlich national abzugrenzen. Es könnte sich die Frage stellen, ob insbesondere für die ausländischen Ligen ein international abzugrenzender Markt vorliegt. Allerdings werden die Content-Rechte in der Regel landesabhängig vergeben. Dies ist durch das Prinzip der nationalen Erschöpfung im Urheberrecht gedeckt. Mit anderen Worten kann ein IPTV-Anbieter nicht auf einen ausländischen Content-Anbieter ausweichen, wenn der Schweizer Content-Anbieter die Preise erhöht. Daher bleibt es bei der nationalen Abgrenzung der Bereitstellungsmärkte. An der nationalen Abgrenzung ändert auch die unterschiedliche Ausdehnung der KNU-Netze nichts, da das Content-Angebot nicht vom Netz-Gebiet abhängig ist. 493. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Kommentarsprache bzw. die Programmsprache eine Frage der sachlichen Marktabgrenzung darstellen.

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.

32/2012/00076/COO.2101.111.3.173116 100 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

Netzge- biet von Swisscom statt. Der Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digi- tal-TV ist daher national abzugrenzen. Falls sich die Wettbewerbssituation insbesondere im Hinblick auf den Glasfaserausbau in den Ballungsgebieten sehr unterschiedlich entwickeln sollte, könnte allenfalls eine regionale Marktabgrenzung angezeigt sein.

B.4.1.4 Übersicht über die abgegrenzten Märkte 496. Aus Sicht der Fernsehzuschauer resp. der TV-Plattformanbieter sind die folgenden Märkte abzugrenzen: i. Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rah- men 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 Überein- stimmung mit der herrschenden Praxis der EU-Kommission getrennte Märkte darstellen wür- den. 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 Konsu- menten von PPV-Live-Events hätten 10 oder weniger solche Events pro Jahr gekauft. Einzig

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.