

# WEKO eishockey-im-pay-tv-2020-09-07 vom 7. September 2020

WEKO, 2020-09-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_eishockey-im-pay-tv-2020-09-07](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_eishockey-im-pay-tv-2020-09-07)

FR: WEKO eishockey-im-pay-tv-2020-09-07 du 7 septembre 2020

IT: WEKO eishockey-im-pay-tv-2020-09-07 del 7 settembre 2020

## Erwägungen

### E. 34

der Firma Cablecom ging die Gesellschaft im Jahr 2005 an die britische Liberty Global-Gruppe. Im Jahr 2016 erfolgte eine Umfirmierung von upc Cablecom zu UPC.<sup>187</sup> 186. Bei der Konzernobergesellschaft der Liberty Global-Gruppe handelt es sich um Liberty Global plc mit Sitz in Grossbritannien. UPC ist unbestrittenermassen eine kontrollierte Konzerngesellschaft der Liberty Global-Gruppe.<sup>188</sup> 187. Damit ist erstellt, dass bei der Liberty Global-Gruppe ein Konzern vorliegt, welcher als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1bis KG erfüllt. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG die Frage nicht beantwortet, wer Verfügungsadressat ist (siehe dazu nachfolgend B.3).<sup>189</sup> Der besseren Verständlichkeit halber wird das Unternehmen Liberty Global-Gruppe nachfolgend auch als UPC bezeichnet. 188. Mysports ist nicht als unabhängiges Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren. Vielmehr ist Mysports Teil des Unternehmens UPC (vgl. Rz 101). B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich 189. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). 190. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.<sup>190</sup> Ob es sich bei UPC um ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt und ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Wird die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen. B.1.3. Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich 191. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden. B.2. Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO 192. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO<sup>191</sup>. Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO

187 Vgl. <<https://www.upc.ch/de/ueber-uns/unternehmen/unternehmensprofil/>>, <<https://www.upc.ch/de/ueber-uns/unternehmen/unsere-netz/>> und <<https://www.upc.ch/de/ueber-uns/unternehmen/geschichte/>> (12.09.2019). 188 Vgl. Geschäftsbericht 2016 Liberty Global-Gruppe <<http://www.libertyglobal.com/pdf/AR/2016-Liberty-Global-Annual-Report.pdf>> (12.09.2019). 189 RPW 2004/2, 419 Rz 56, Swisscom ADSL. 190 Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79; Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 547 f.; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 N 14; LUCA STÄUBLE/FELIX

SCHRANER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 4 Abs. 2 N 158. 191 Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR- WEKO); SR 251.1.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

### **E. 35**

die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind. 193. Vorliegend soll die WEKO mittels verfahrensabschliessender Endverfügung darüber entscheiden, ob gegen UPC wegen eines Verstosses gegen das KG Massnahmen (Handlungs- und Unterlassungspflichten, Sanktionen) zu erlassen sind. Hierfür ist grundsätzlich die Gesamtkommission der WEKO zuständig (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO). Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen WEKO-Organs (etwa gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG oder Art. 19 f., 27 ff. GR-WEKO) gegeben ist, ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig ist vorliegend folglich die Gesamtkommission der WEKO. B.3. Verfügungsadressatinnen B.3.1. Allgemeines 194. Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz sehen eine Vorschrift vor, an wen eine kartellrechtliche Verfügung als Adressatin zu richten ist. 192 Insbesondere wenn ein Konzern als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist (vgl. Rz 181 ff.), stellt sich die Frage, welche Gesellschaft resp. Gesellschaften innerhalb dieses Konzerns Verfügungsadressatin ist resp. sind. Denn ein Konzern als solcher ist im schweizerischen Recht kein Rechtssubjekt, hat mithin keine Rechtspersönlichkeit. Verfügungsadressatin kann jedoch aus rechtlichen Gründen nur sein, wer über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, infolgedessen ein Konzern als solcher nicht Verfügungsadressat sein kann. Bei Konzernsachverhalten fallen demzufolge das massgebliche Verfahrensobjekt als Beurteilungsobjekt und die Verfügungsadressatinnen als Partei eines Kartellverfahrens zwangsläufig auseinander. 193 195. Verfügungsadressatinnen können nur, aber immerhin, einzelne Gesellschaften des Konzerns sein, weshalb nachfolgend zu bestimmen ist, welche dies sind. 196. Als Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden. 194 Als Verfügungsadressatinnen gelten zudem diejenigen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung zwar nicht geordnet werden, die aber durch diese gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind. 195 B.3.2. Parteistellung 197. Verfügungsadressatinnen haben ohne Weiteres Parteistellung in einem Verfahren. 196 Auch Dritten, die durch die Verfügung unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind, kann, obwohl die Verfügung nicht unmittelbar Rechte und Pflichten

192 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 119, Sanktionsverfügung – DCC. 193 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 121, Sanktionsverfügung – DCC. 194 RPW 2007/2, 200 Rz 69, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 195 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 196 Siehe etwa ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 6 VwVG N 5.

### E. 36

dieser Personen regelt, aufgrund ihrer besonderen Beziehungsnähe zum Verfügungsgegenstand Parteistellung zukommen.<sup>197</sup> B.3.3. Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen <sup>198</sup>. Unproblematisch ist die Bestimmung der Verfügungsadressatin in denjenigen Fällen, in welchen zwar ein Konzernverhältnis vorliegt, die wettbewerbsrechtlich zu würdigenden Handlungen aber von der jeweiligen Konzernobergesellschaft selbst vorgenommen wurden. <sup>199</sup>. Schwieriger fällt die Bestimmung der Verfügungsadressatin demgegenüber, wenn die fraglichen Handlungen von Konzerntochtergesellschaften vorgenommen wurden. Es ist dabei gemäss Rechtsprechung regelmässig sachgerecht, die Konzernobergesellschaft und die fehlbaren Gruppengesellschaften, die an dem wettbewerbswidrigen Verhalten beteiligt waren, als Verfügungsadressatinnen heranzuziehen.<sup>198</sup> <sup>200</sup>. Bei Vorliegen eines solchen Konzernsachverhalts hat die WEKO in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet.<sup>199</sup> Gemäss BVGer kann es im Einzelfall aus Gründen der Prozessökonomie ausreichend sein, dass die Wettbewerbsbehörde das Verfahren nur gegen eine Konzerngesellschaft führt und diese durch die Verfügung in Anspruch nimmt. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die handelnde Konzerngesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, die Obergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften aber einen Sitz im Ausland aufweisen.<sup>200</sup> <sup>201</sup>. Weil im vorliegenden Fall die Obergesellschaft (Liberty Global plc; vgl. Rz 186) ihren Sitz im Ausland aufweist, ist es sachgerecht, die konkret handelnde Konzerntochtergesellschaft UPC Schweiz GmbH als Verfügungsadressatin zu erfassen.

B.4. Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften <sup>202</sup>. 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

<sup>197</sup> Dazu etwa HÄNER (Fn 196), in: Kommentar VwVG, Art. 6 VwVG N 6 m. w. H.; vgl. ausführlicher zu dieser Thematik und mit Fallbeispielen JOST (Fn 182), Rz 598 ff. <sup>198</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 122, Sanktionsverfügung – DCC. <sup>199</sup> Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft bezeichnet, gleichwohl werden diese Gesellschaften und nicht deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt. RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., Elektroinstallationsbetriebe Bern: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert. RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., Strassenbeläge Tessin: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenja (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmenwechsel nahelegen – um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte. RPW 2007/2, 250 Rz 46, Terminierung Mobilfunk: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, die eine Tochtergesellschaft ist, mit einer

Sanktion belegt, ergo als Verfügungsadressatin erachtet. 200 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 122, Sanktionsverfügung – DCC; Urteil des BVGer, RPW 2016/3, 865 E. 8.2.6; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 587 Rz 74, Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

### **E. 37**

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). 203. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Insbesondere steht das Urheberrecht in Analogie zum Entscheid der WEKO in Sachen Sport im Pay-TV der Anwendung des Kartellgesetzes vorliegend nicht entgegen.<sup>201</sup> Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht. B.5. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 204. 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). 205. 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). 206. Bevor sich die Marktstellung eines Unternehmens beurteilen lässt, ist der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU<sup>202</sup> nach einer sachlichen und räumlichen Komponente. Hinzu kommt die zeitliche Dimension.<sup>203</sup> B.5.1. Der relevante Markt B.5.1.1. Vorbemerkungen zu Fernsehmärkten<sup>204</sup> 207. Der Endkundschaft stehen in erster Linie zwei unterschiedliche Technologien für den Empfang von digitalem Fernsehen zur Verfügung: die IPTV-Technologie und die digitale Signaleinspeisung in die CATV-Netze der KNU. Alternativ können TV-Programme auch über eine Satellitenplattform empfangen werden. 208. Aufgrund der Digitalisierung im Rahmen des technologischen Wandels im Fernsehbereich hat sich das Problem von Frequenzknappheit stark entschärft. Zudem bestehen heute wie erwähnt verschiedene Möglichkeiten zum Empfang von Fernsehprogrammen (vgl. Rz 207). In der Folge ist es für die TV-Plattformanbieter im Wettbewerb zunehmend wichtig, attraktive Inhalte bereitzustellen und diese der Endkundschaft mit einer Vielzahl von Zusatzfunktionen anbieten zu können. 209. Vor dem Hintergrund dieser technologischen Entwicklung verschob sich der Fokus des Wettbewerbs im Bereich Fernsehen von knappen Distributionskanälen zu exklusiven (und somit ebenfalls knappen) Programminhalten, dem sogenannten Premium Content. Insbesondere

201 Vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 81 ff., Sanktionsverfügung - DCC ; RPW 2016/4, 958 ff. Rz 325 ff., Sport im Pay-TV. 202 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4). 203 Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 229 ff., Sanktionsverfügung - DCC. 204 Vgl. dazu ausführlich RPW 2016/4, 963 ff. Rz 359 ff.,

Sport im Pay-TV.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

### **E. 38**

Sportübertragungsrechte erhielten in den vergangenen Jahrzehnten aufgrund ihrer besonderen Eigenschaften den Status eines Premium Contents. Exklusive Sportinhalte erlauben es den TV-Plattformanbietern eine bestimmte Zuschauergruppe für einen bestimmten Zeitraum exklusiv zu binden. 210. Weiter beschreibt die ökonomische Literatur TV-Plattformen als zweiseitige Märkte. TV- Plattformen vermitteln Angebot und Nachfrage zwischen Programmveranstaltern bzw. VoD- Anbietern (nachfolgend auch: Content Anbieter) und Fernsehzuschauern. Es bestehen 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. Somit müssen die TV-Plattformanbieter bei ihrer Gewinnoptimierung Angebot und Nachfrage der beiden Kundengruppen berücksichtigen. 211. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Programmveranstalter starke Anreize haben, 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.5.1.2. Sachlich relevante Märkte 212. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Die Definition des sachlich relevanten Markts erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite, d. h. der Abnehmer eines durch das marktbeherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob die Waren oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite. Massgebend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist letztlich, welche Produkte aus der Sicht eines objektiven Nachfragers von bestimmten Leistungen diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht erforderlich, dass die Leistung in identischer Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend. Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen, wie etwa der sog. SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price-Test), zur Abgrenzung herangezogen werden. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts wird auch durch die Art und den Inhalt des jeweiligen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens mitbestimmt. Dabei ist stets vom Untersuchungsgegenstand auszugehen.<sup>205</sup> 213. Analog zum Entscheid der WEKO in Sachen Sport im Pay-TV steht im Zentrum der vorliegenden Marktabgrenzung die Frage, welche Substitute aus Sicht der Marktgegenseite für

205 Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigruppe SA et al./WEKO, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 229 f. und 252 ff., Sanktionsverfügung – DCC; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 617 ff. Rz 256 ff., Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL, m. w. H.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

### **E. 39**

die von UPC angebotene Übertragung der Schweizer Eishockeyligen bestehen (Nachfragesubstituierbarkeit). Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand bilden die TV-Plattformen die relevante Marktgegenseite gegenüber den Content Anbietern (vgl. Abbildung 10). Wie Abbildung 10 zeigt, ist UPC als vertikal integriertes Unternehmen sowohl als Content Anbieter (bzw. Programmveranstalter) als auch als TV-Plattform tätig. Daher tritt UPC auch auf der Stufe der relevanten Marktgegenseite als Konkurrenz zu den anderen TV-Plattformen auf. Sportverband (SIHF) UPC (Mysports) UPC (Mysports) UPC (Mysports) z. B. Swisscom TV, UPC, Quickline Rechteinhaber Rechteerwerb Signalproduktion Programmveranstalter TV-Plattform ZuschauerInnen Untersuchungsgegenstand

Abbildung 10: Marktstufen Übertragung der Schweizer Eishockeyligen 214. In der Untersuchung Sport im Pay-TV kam die WEKO nach eingehender Analyse zum Schluss, dass aus Sicht der TV-Plattformanbieter unter anderen ein Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV abzugrenzen ist.<sup>206</sup> 215. Diese Marktabgrenzung kann für vorliegende Untersuchung übernommen werden. Es bestehen keine Hinweise, dass sich die der zugrundeliegenden Verhältnisse wesentlich geändert haben. Diesbezüglich hat das Sekretariat auch UPC<sup>207</sup> und Swisscom<sup>208</sup> befragt. Zu dieser Frage gab UPC an, dass eine Stellungnahme zu den vom Sekretariat aus dem Zusammenhang gerissenen Vorbringen zur Marktabgrenzung bezüglich Sport im Pay-TV ohne umfassende Klärung der Sachverhaltsverhältnisse nicht möglich sei.<sup>209</sup> Aus Sicht von Swisscom habe sich die Substituierbarkeit zwischen sportsspezifischen Inhalten, unter der Prämisse der Marktabgrenzung der WEKO im Entscheid in Sachen Sport im Pay-TV, nicht geändert.<sup>210</sup> 216. Somit ist auch im vorliegenden Verfahren von einem sachlich relevanten Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV auszugehen.

206 RPW 2016/4, 980 Rz 474, Sport im Pay-TV. 207 Vgl. act. 63, Frage 7. 208 Vgl. act. 62, Frage 7. 209 Vgl. act. 72, Antwort Frage 7. 210 Vgl. act. 71, Antwort Frage 7.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

### **E. 40**

B.5.1.3. Räumlich relevanter Markt 217. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). 218. In räumlicher Hinsicht ist die WEKO in der Untersuchung Sport im Pay-TV für den sachlich relevanten Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV von einer nationalen Abgrenzung ausgegangen.<sup>211</sup> 219. Auch in Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung sind keine Hinweise ersichtlich, welche zu einem abweichenden Ergebnis führen (vgl. Rz 215). B.5.1.4. Stellungnahme UPC

220. UPC bringt vor, dass die Übertragung von Eishockeyspielen ebenfalls über OTT-Angebote (insb. Quickline) und im Free-TV (TV 24) stattfindet. Damit stünden die Eishockeyübertragungen der Kundschaft von Swisscom zur Verfügung.<sup>212</sup> 221. Aus Sicht der Fernsehzuschauer ist nicht entscheidend, ob sie ein einzelnes Spiel anschauen können, sondern ob sie alle oder zumindest einen grossen Teil der Spiele einer Liga anschauen können. Der sachlich relevante Markt umfasst daher ebenfalls in erster Linie ein Ligaprodukt.<sup>213</sup> Dazu ist festzustellen, dass TV 24 bis zum Start der Playoffs am 10. März 2018 ein Spiel pro Woche übertragen wird.<sup>214</sup> Analog zum Entscheid der WEKO in Sachen Sport im Pay-TV kann deshalb die Übertragung eines Spiels pro Woche nicht als hinreichendes Substitut für eine Ligaberichterstattung angesehen werden.<sup>215</sup> 222. Gleichermassen steht auch beim Angebot «Quickline TV Air Free» von Quickline nicht das vollständige «MySports Pro»-Angebot zur Verfügung.<sup>216</sup> Quickline überträgt im Rahmen von «Quickline TV Air Free» das Programm «MySports HD». «MySports HD» zeigt wöchentlich ein Spiel der Swiss League und der National League.<sup>217</sup> Somit stellt auch das von UPC vorgebrachte OTT-Angebot von Quickline kein hinreichendes Substitut für eine Ligaberichterstattung dar.<sup>223</sup> Zwar sind seit September 2018 mit der Sky Sport App über ein OTT-Angebot alle Spiele der Schweizer Eishockeyligen National League und Swiss League zugänglich (vgl. Rz 98). Dieser Zugang besteht schweizweit und über einen beliebigen Internetprovider. Allerdings kommt ein solches OTT-Angebot aus Sicht der hier relevanten Marktgegenseite, der TV-Plattformanbieter, überhaupt nur dann als Substitut in Frage, wenn dieses nicht nur für die Endkundschaft, sondern auch für alle TV-Plattformen, insbesondere Swisscom, erhältlich und in ihrem Angebot implementierbar ist. Dies ist entsprechend dem festgestellten Sachverhalt nicht der Fall (vgl. Rz 98). [...]

211 RPW 2016/4, 982 Rz 491, Sport im Pay-TV. 212 Vgl. act. 81. 213 RPW 2016/4, 973 Rz 419, Sport im Pay-TV. 214 Vgl. <<http://www.tv24.ch/sendung/eishockey-national-league-live-gen%C3%A8ve-servette-hc-hc-davos>> (20.2.2018). 215 RPW 2016/4, 975 f. Rz 439 ff., Sport im Pay-TV. 216 Vgl. <<https://www.quickline.ch/fernsehen/quickline-tv-air-free/>> (20.2.2018). 217 Vgl. <<https://www.quickline.ch/mysports/>> (20.2.2018).

32-00021/COO.2101.111.5.399245

#### **E. 41**

224. Gemäss UPC beruhe die angebliche Marktbeherrschung auf einer falschen Marktabgrenzung aus Sicht der Endkunden statt aus Sicht der TV-Plattformen als relevante Marktgegenseite (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU i. V. m. Art. 4 Abs. 2 KG). In der Folge werde zu Unrecht von einem separaten Markt für die strittigen Eishockey-Übertragungsrechte ausgegangen, obschon Fussballübertragungen wie auch andere ebenso populäre und regelmässig ausgetragene Wettkampfveranstaltungen für die Betreiber von TV-Plattformen ein Substitut für Eishockeyübertragungen darstellten. Für die Marktabgrenzung sei nicht auf die Endkunden abzustellen, weil diese nicht die Marktgegenseite darstellten. Vielmehr stellten die TV-Plattformen die Marktgegenseite dar. TV-Plattformen gehe es darum, ihr Programmangebot mit beliebigem, d. h. aus ihrer Sicht grundsätzlich substituierbarem Premium Content im Sportbereich aufzuwerten und zu vermarkten. Es komme nicht auf die einzelne Sportart, sondern auf das Gesamtpaket an. Die TV-Plattformen konkurrierten mit ihrem jeweiligen Gesamtprogramm, das unterschiedliche Schwerpunkte bestehend aus Premium Content der Bereiche Sport, Spielfilm, TV-Shows, Musik, Nachrichten etc. umfasse, um die Endkundschaft. Die von Plattform-Anbietern mit Blick auf die nachgelagerte Marktstufe naturgemäss angestrebte

Pro- grammbreite sei dabei im Einzelfall in Relation zu setzen zu den ausserordentlich hohen Be- reitstellungskosten von Sportübertragungsrechten sowie zu dem mit der Programmbreite ab- nehmenden Grenznutzen zusätzlicher Inhalte.<sup>218 225.</sup> Hierzu ist in Erinnerung zu rufen, dass die WEKO für die Marktabgrenzung wie von UPC gefordert von den TV-Plattformen als Marktgegenseite der Content-Anbieter ausgeht (vgl. Rz 213). Und es ist auch in Erinnerung zu rufen, dass sich die TV-Plattformanbieter bei ihrer Nachfrage nach Content nach den Präferenzen der Fernsehzuschauer richten. TV- Plattformanbieter wollen eine für die Fernsehzuschauer möglichst attraktive Plattform bereit- stellen. Deshalb haben sie starke Anreize, das über ihre Plattform angebotene TV-Angebot der Endkundennachfrage anzugleichen. Folglich kann in inhaltlicher Hinsicht die Nachfrage der TV-Plattformanbieter weitgehend aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer abgeleitet werden. Somit bestimmt sich die Substituierbarkeit mittelbar auch aus der Sicht der Fernseh- zuschauer.<sup>219</sup> Dies deckt sich im Übrigen auch mit den unlängst ergangenen Erwägungen des Bundesgerichts im Fall Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. Das Bundesgericht hielt dabei fest, dass in gewissen Fällen das Abstellen auf die Sicht der direkten Nachfrager sach- fremd ist, weshalb – nach der abgeleiteten Nachfragemethode – der sachlich relevante Markt nach Massgabe der Präferenzen der Endverbraucher abgegrenzt werden muss. Typisches Beispiel ist der Händler, der die von ihm gekauften Waren nicht selbst verbraucht, sondern diese kauft, um sie anschliessend an seine Abnehmer weiter zu veräussern.<sup>220</sup> Aus diesen Gründen können die TV-Plattformen gerade nicht wie von UPC vorgebracht, ihr Programman- gebot mit beliebigem, grundsätzlich substituierbarem Premium Content im Sportbereich auf- werten und vermarkten. Zudem hat die Untersuchung Sport im Pay-TV gezeigt, dass Live- Sport-TV-Inhalte aus Sicht der Zuschauer – und damit auch aus Sicht der TV-Plattformanbieter – nicht durch andere TV-Inhalte wie Spielfilme oder Serien substituierbar sind.<sup>221</sup> Überdies nimmt Fussball in der Schweiz bezüglich Zuschauerinteresse, Medienberichterstattung und bezüglich der generierten Umsätze eine herausragende Stellung ein. Eishockey kommt be- züglich dieser Kriterien eine ähnlich gewichtige Stellung zu (vgl. Rz 293 ff.). Deshalb stellen für die TV-Plattformanbieter die NLA und die Super League jeweils keine Substitute dar.<sup>222</sup> Es

218 Vgl. act. 165, Rz 10 und 13 ff. 219 RPW 2016/4, 970 Rz 397 und 971 Rz 408, Sport im Pay-TV. 220 Vgl. Urteil des BGer 2C\_113/2017 vom 12.2.2020, E. 5.2.4, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. 221 RPW 2016/4, 972 Rz 415, Sport im Pay-TV. 222 RPW 2016/4, 973 Rz 424 ff., Sport im Pay-TV.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

#### **E. 42**

kommt somit bei Fussball und Eishockey anders als von UPC behauptet auf diese beiden Sportarten an. <sup>226.</sup> Zu den Eishockeyübertragungen bringt UPC auch vor, dass für die meisten im Pay-TV ausgestrahlten Sportarten ein gemeinsames, vorwiegend männliches und eher junges Ziel- publikum bestehe. Das Zuschauerinteresse an Eishockeyspielen werde dabei in der Schweiz von der enormen Popularität von Fussballspielen, aber auch von der deutlich höheren Belieb- heit alpiner Skirennen sowie von Tennis übertroffen. So hätten gemäss einer Studie aus dem Jahr 2014 insgesamt 45.7 % der Schweizer Bevölkerung angegeben, sich für Fussball zu in- teressieren, gegenüber 34.1 % der Befragten, welche sich für alpinen Skisport interessierten, 28.2 % für Tennis und vergleichsweise bescheidenen 20.2 % für Eishockey.<sup>223 227.</sup> Hierzu ist zuerst festzuhalten,

dass diese Befunde keinen Widerspruch zur Abgrenzung eines eigenständigen Marktes für Eishockeyübertragungen darstellen. Vielmehr legen diese den Schluss nahe, auch für alpinen Skisport und Tennis eigenständige Übertragungsmärkte abzugrenzen. Und 20 % Eishockeyinteresse im Vergleich zu ungefähr 46 % Fussballinteresse oder zu ungefähr 34 % Alpinskiportinteresse muss entgegen der Ansicht von UPC als bedeutend qualifiziert werden. In Bezug auf die Sportart Tennis hat sich die WEKO bereits in der Untersuchung Sport im Pay-TV geäußert. So kann die «ATP World Tour» im Tennis gemäss WEKO ein weiteres Sportereignis sein, das bei der Marktabgrenzung eine Rolle spielen könnte. Dieses Sportereignis unterscheidet sich allerdings von den nationalen Eishockey- und Fussballspielen durch die weitgehend internationale Ausrichtung. Weil das Interesse bei Tennis insbesondere auch von der Teilnahme einzelner Schweizer Athletinnen und Athleten herrührt, ist die Pay-TV-Übertragung wohl nicht dem gleichen Markt zuzuordnen wie die nationale Eishockeyübertragung. Zudem werden beim Tennis die meisten Spiele mit Schweizer Beteiligung im Free-TV übertragen.<sup>224</sup> Die hauptsächlichliche Übertragung über Free-TV gilt auch für den alpinen Skisport. Folglich bestätigen die vorgebrachten Befunde vielmehr die Abgrenzung eines eigenständigen Marktes für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV. <sup>228</sup>. Weiter bringt UPC vor, dass angesichts des gemeinsamen Zielpublikums sowie der hohen Reichweite von Fussball Live-Übertragungen von Fussballspielen aus Sicht der Plattformbetreiber ohne Weiteres ein Substitut für Eishockey-Übertragungen darstellen würden. Es sei daher vorliegend auf dem Bereitstellungsmarkt davon auszugehen, dass Live-Übertragungen von Fussballspielen eine Alternative zu Live-Übertragungen von Eishockeyspielen darstellen würden. Dasselbe gelte für weitere im Pay-TV ausgestrahlte Sportarten mit vergleichbarer Reichweite und ähnlichem Zielpublikum (u. a. Tennis ATP 1000 und ATP 500). Auch hinsichtlich der für die Zuschauerbindung bedeutsamen Regelmässigkeit der Wettkampfveranstaltungen unterschieden sich die genannten Sportarten nicht; dies gelte für Liga- und Verbandswettbewerbe im Fussball und Eishockey, aber auch für weitere im Pay-TV ausgestrahlte Sportarten (z. B. ATP-Series im Tennis).<sup>225</sup> Auch aus der unterschiedlichen saisonalen Dauer verschiedener Sportwettbewerbe lasse sich nicht etwa auf fehlende Substituierbarkeit aus Sicht der TV-Plattformen schliessen.<sup>226</sup> Die verschiedenen Sportereignisse stellten aus Sicht der Plattformbetreiber Substitute zur in Frage stehenden Übertragung von Eishockey-Ligaspielen dar, da sie vergleichbar populär seien, sich an dasselbe Zielpublikum richten und aufgrund regelmässiger Ausstrahlung eine vergleichbare Zuschauerbindung bewirken würden. Bereits mit einigen wenigen Sportarten lasse sich dabei aus Sicht der Plattformanbieter eine relativ breite Zuschauerbindung unter sportinteressierten Pay-TV-Kunden erreichen, wobei das Sportangebot nur eines von verschiedenen Kriterien für die Wahl eines Pay-TV-Anbieters

<sup>223</sup> Vgl. act. 165, Rz 16. <sup>224</sup> RPW 2016/4, 976 Rz 450 f., Sport im Pay-TV. <sup>225</sup> Vgl. act. 165, Rz 17. <sup>226</sup> Vgl. act. 165, Rz 18.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

#### **E. 43**

darstelle. Mindestens ebenso wichtig seien Preis, Dienstleistungsqualität, die Möglichkeit zur Kombination mit anderen Telekommunikationsdienstleistungen sowie das übrige Content-Angebot, insbesondere im Bereich Spielfilm.<sup>227</sup> <sup>229</sup>. Wie bereits erwähnt, hat die WEKO die Frage der Substituierbarkeit zwischen Fussball und Eishockeyübertragungen

analysiert (vgl. Rz 225). Auch wie bereits erwähnt, hat die WEKO in der Untersuchung Sport im Pay-TV die Frage der Substituierbarkeit von Eishockeyübertragungen durch Tennis und anderen Sportarten thematisiert (vgl. Rz 227). In der Schlussfolgerung sind Eishockeyübertragungen für die TV-Plattformen durch Übertragungen anderer Sportarten nicht genügend substituierbar, um zum gleichen Markt gezählt zu werden.<sup>228</sup> Dies gilt wie ausgeführt insbesondere für Fussball und Eishockey. So hat denn auch UPC im Verfahren Sport im Pay-TV geltend gemacht, dass im Pay-TV-Bereich eine Marktabgrenzung für einen Markt für Sportübertragungen zu weit sei. Vielmehr müsse der Markt weiter für einzelne Sportereignisse unterteilt werden. UPC ging sogar noch weiter und beantragte eine noch engere Abgrenzung mit unterschiedlichen Märkte für PPV- und PPC-Angeboten.<sup>229</sup> 230. UPC führt weiter aus, gemäss einer repräsentativen Marktstudie des LINK Instituts aus dem Jahr 2016 hätten nur gerade [...] der Befragten einen Anbieterwechsel im Hinblick auf ein als ideal empfundenenes Sportangebot als «sehr wahrscheinlich» bezeichnet. Auch im Falle eines exklusiven Sportangebots hätte sich dieser Wert nur geringfügig auf [...] erhöht. Der Anteil der TV-Abonnenten, welche sich regelmässig Eishockeysendungen anschauen, liege zudem gemäss derselben Studie bei lediglich [...] der Befragten. Dies bedeute, dass die von den strittigen Inhalten betroffenen wechselwilligen Sportinteressenten gerade einmal rund [...] des gesamten Zuschauermarkts ausmachen dürften. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Wechselwilligkeit bei regelmässigen Konsumenten von Eishockeyübertragungen mit [...] bzw. [...] über dem Durchschnitt liege, wären letztlich nur rund [...] der Endkunden betroffen. Die begrenzte Bedeutung von Eishockey für das Pay-TV-Geschäft werde schon am Umstand deutlich, dass gemäss einer Statistik von 2019, beruhend auf Erhebungen von Mediapulse sowie internen Daten von UPC, der Marktanteil des Free-TV-Kanals an Live-Übertragungen von Eishockeyspielen über die ganze Saison bei [...] liege, während die Reichweite des Pay-TV-Kanals lediglich [...] betrage.<sup>230</sup> 231. Dazu ist zunächst festzustellen, dass die Frage der «Beliebtheit» eines Gutes für die Marktabgrenzung nicht relevant ist. Relevant für die Marktabgrenzung sind die TV-Zuschauerinnen und -Zuschauer, welche tatsächlich Eishockeyübertragungen nachfragen. Aus deren Sicht ist zu beurteilen, ob andere Contents ihre Nachfrage in substituierbarer Weise befriedigen können. Die Vorbringen von UPC betreffen vielmehr die Frage der Notwendigkeit des Inputs bzw. der Eignung zur Wettbewerbsbehinderung (vgl. dazu Abschnitt B.5.3.1.3). Es kann entsprechend auf die nachfolgenden Ausführungen (insb. Rz 309 ff.) verwiesen werden. <sup>232</sup>. UPC macht sodann geltend, es erscheine umso abwegiger, wenn das Sekretariat im vorliegenden Verfahren nicht nur einen separaten Markt für Eishockeyinhalte abgrenze, sondern diesen gar noch weiter segmentiere nach einzelnen Eishockey-Wettbewerben. Nach dieser Logik ergäbe sich alleine für Eishockey eine ganze Reihe verschiedener relevanter Märkte (Schweizer Meisterschaft, Schweizer Cup, ausländische Wettbewerbe, Länderspiele, Verbandswettbewerbe), wobei auch für alle anderen Sportarten eine vergleichbare Marktsegmentierung vorzunehmen wäre, womit alleine für den Sportbereich eine wohl zweistellige Zahl unterschiedlicher relevanter Bereitstellungsmärkte resultierte; hinzu kämen analog nach verschiedenen Produktkategorien zu segmentierende Bereitstellungsmärkte in den übrigen

227 Vgl. act. 165, Rz 19. 228 RPW 2016/4, 973 f. Rz 424 ff., 976 f. Rz 450 f. und 984 Rz 505, Sport im Pay-TV. 229 Vgl. RPW 2016/4, 971 Rz 405, Sport im Pay-TV. 230 Vgl. act. 165, Rz 20 ff.

**E. 44**

Content-Bereichen (z.B. Blockbuster, Arthouse-Filme, Serien, TV-Krimis, Dokumentationen, Tiersendungen, Themenmagazine, Politsendungen, Nachrichten, Talkshows, Gewinnspiele, Unterhaltungsformate, Live-Konzerte, Kindersendungen etc.). Dass eine solche Zerstückelung des Beschaffungsmarkts nichts mit der Realität der Plattformbetreiber zu tun habe, sei offensichtlich.<sup>231 233</sup> Dazu ist anzumerken, dass entsprechend den Ergebnissen im Verfahren Sport im Pay-TV jedenfalls für die Schweizer Meisterschaft von einem eigenen Markt auszugehen ist.<sup>232</sup> Inwiefern die übrigen Formate abzugrenzen sind, braucht an dieser Stelle nicht erörtert zu werden. Immerhin ist anzumerken, dass gerade sogenannte Blockbuster eine eigenständige Bedeutung haben.<sup>233 234</sup> UPC führt weiter an, dass Eishockeyübertragungen nach den Feststellungen des Sekretariats auf dem Bereitstellungsmarkt nicht alleine, sondern nur zusammen mit anderen Sportinhalten auf Wholesale-Basis nachgefragt würden. Auch das Massnahmenbegehren der Anzeigerstatterinnen im vorliegenden Verfahren beziehe sich auf das gesamte Mysports-Programm, das nebst den strittigen Übertragungen der schweizerischen Eishockeyligen auch Handball, Basketball, Beachvolleyball, Formula E etc. umfasse. Bereits dieser Umstand laufe der Annahme eines eigenständigen Markts für Eishockeyübertragungen zuwider.<sup>234 235</sup> Entgegen den Ausführungen von UPC hat das Sekretariat keineswegs festgestellt, dass Eishockeyinhalte auf Wholesale-Ebene nur mit anderen Sportinhalten nachgefragt würden. In der fraglichen Randziffer 262 des Antrags hält das Sekretariat lediglich fest, dass UPC die relevanten Schweizer Eishockeyübertragungen Dritten nicht isoliert anbiete, sondern zusammen mit anderen Sportinhalten auf Mysports. Auch aus dem Massnahmenbegehren von Swisscom lässt sich nichts anderes ableiten. Die Nachfrage von Swisscom richtet sich offensichtlich einzig auf die fraglichen Eishockeyübertragungen. So beantragte Swisscom in der fraglichen Antragsziffer 3 «Zugang zum „MySports“-Angebot (Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs der Spielzeiten 2017/18 bis einschliesslich 2021/22 im Pay-TV)».<sup>235</sup> Im Übrigen könnte aus einer gemeinsamen Nachfrage für den Zusammenhang zwischen Gütern nichts abgeleitet werden. Eine gemeinsame Nachfrage könnte ebenso, wenn nicht sogar eher, für komplementäre Güter oder allenfalls für unabhängige Güter sprechen. <sup>236</sup> UPC macht schliesslich geltend, angesichts der extrem engen, sachlich unbegründeten und aus Sicht der falschen Marktgegensseite vorgenommenen Marktabgrenzung des Sekretariats bestünden erhebliche Zweifel an der Unabhängigkeit der Behörde.<sup>236 237</sup> Dazu ist zunächst festzuhalten, dass UPC, wie sie selbst einräumt, das entsprechende Ausstandsbegehren zurückgezogen hat. Dass das Sekretariat zunächst von der von der WEKO im Fall Sport im Pay-TV vorgenommenen – und im damaligen Verfahren auch von UPC beantragten (vgl. Rz 229) – Marktabgrenzung ausgegangen ist und hernach bloss untersucht hat, ob sich Gründe für eine Abweichung ergeben, ist weder überraschend noch zeugt dies von Voreingenommenheit.

<sup>231</sup> Vgl. act. 165, Rz 28. <sup>232</sup> Vgl. RPW 2016/4, 976 f. Rz 449 ff., Sport im Pay-TV. <sup>233</sup> Vgl. RPW 2016/4, 964 Rz 369, Sport im Pay-TV; vgl. dazu auch die sog. «block booking» Fälle, bspw. U.S. Supreme Court, 334 U.S. 131 (1948), United States v. Paramount Pictures, Inc. <sup>234</sup> Vgl. act. 165, Rz 32. <sup>235</sup> Vgl. act. 1, S. 2. <sup>236</sup> Vgl. act. 165, Rz 34.

## E. 45

B.5.1.5. Stellungnahme Swisscom 238. Swisscom führt aus, dass sie die Verfügung der WEKO vom 9. Mai 2016 in der Untersuchung betreffend Sport im Pay-TV beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und deren vollumfängliche Aufhebung beantragt habe. Swisscom bestreite die darin aufgestellten wettbewerbsrechtlichen Grundsätze der WEKO. Sollen jedoch gleich lange Spiesse für alle Marktteilnehmer gelten, so sei die bisherige Praxis der WEKO auf die vorliegende Untersuchung anzuwenden und der Verfügungsantrag folglich zu bestätigen.<sup>237 239</sup> Swisscom bringt weiter vor, dass sich die technischen Gegebenheiten in der Untersuchung Sport im Pay-TV grundlegend von den technischen Gegebenheiten des vorliegenden Untersuchungszeitraums unterscheiden würden. Diese Differenzierung sei notwendig, um die Schwere des Verhaltens von UPC erst richtig einordnen zu können. Die im Antrag des Sekretariats vorgebrachten Erläuterungen zu den Fernsehmärkten würden deshalb zu kurz greifen. Die technischen Gegebenheiten, die im Verfahren Sport im Pay-TV berechnete Rechtfertigungsgründe dargestellt hätten, bestünden im vorliegenden Verfahren nicht. Wie das Sekretariat richtig festhalte, sei die Geschäftsverweigerung von UPC deshalb auch eine reine Retorsionsmassnahme gegenüber Swisscom.<sup>238</sup> B.5.1.6. Ergebnis relevanter Markt 240. Als relevanter Markt ist der Nationale Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV abzugrenzen. B.5.2. Beurteilung der Marktstellung 241. 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 Wettbewerbsvariablen ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kundschaft 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.<sup>239 242</sup> Für die Beurteilung der Marktstellung von UPC auf dem relevanten Markt ist ohne Bedeutung, wie UPC zu dieser Marktstellung gelangt ist. D. h., die kartellrechtliche Beurteilung der vorgelagerten Zentralvermarktung der Schweizer Eishockeyübertragungsrechte durch den Sportverband SIHF (vgl. Abbildung 10) ist nicht entscheidend. Für dieses Verfahren ist von Bedeutung, dass Inhaber exklusiver Übertragungsrechte aufgrund von Exklusivität immer eine gewisse Marktmacht erhalten. Insbesondere wenn die Rechte als Gesamtpaket über mehrere

<sup>237</sup> Vgl. act. 164, Rz 3. <sup>238</sup> Vgl. act. 164, Rz 78 f. <sup>239</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, E. 9.3.1 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 402 ff., Sanktionsverfügung - DCC; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 626 ff. Rz 310 ff., Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL, m. w. H.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

## E. 46

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.<sup>240 243.</sup> Das Sportangebot von Mysports umfasst die exklusive Übertragung der Schweizer Eishockeyligen National League, Swiss League, Regio League (vgl. Rz 100). Diese können von keinem anderen Pay-TV-Anbieter in der Schweiz angeboten werden. B.5.2.1. Zeitliche Dimension 244. In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich die Verhältnisse in der massgeblichen Zeitperiode seit Erwerb der exklusiven Übertragungsrechte für die Schweizer Eishockeyligen durch UPC 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 Marktverhaltens geht. Gerade mit Blick auf den strafrechtlichen Charakter des Sanktionsverfahrens verbietet sich eine zeitliche Vermischung der massgeblichen Umstände mit Ereignissen aus anderen Zeitperioden.<sup>241</sup> Zu berücksichtigen gilt es insbesondere, dass die Marktstellung – wie sich nachfolgend zeigt – stark von den Exklusivrechten abhängt. Die entsprechende Beurteilung gilt daher nur für den Zeitraum, in welchem UPC die fraglichen Exklusivrechte tatsächlich innehat. B.5.2.2. Aktueller Wettbewerb 245. UPC bzw. Mysports ist der einzige Anbieter im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV. Der Marktanteil von UPC beträgt damit 100 %.<sup>246.</sup> Damit besteht kein aktueller Wettbewerb im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV. B.5.2.3. Potenzieller Wettbewerb 247. 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 die Grundlage für mögliche Markteintritte geschaffen werden kann. 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. Nur im Falle von faktisch tiefen Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken kann der potenzielle Wettbewerb einen disziplinierenden Einfluss haben.<sup>242 248.</sup> Mit Swisscom als vorherige Rechteinhaberin sowie Sunrise bestehen zwei finanzstarke Telekomunternehmen, welche eine zukünftige Ausschreibung der Eishockeyrechte gewinnen

240 RPW 2016/4, 990 Rz 553, Sport im Pay-TV. 241 Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.2.2 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.2), Publigroupe SA et al./WEKO. 242 RPW 2016/4, 993 Rz 571, Sport im Pay-TV.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

können. Diese können damit grundsätzlich als potenzielle Konkurrenten betrachtet werden. Daneben bestehen hingegen keine Hinweise darauf, welche den Markteintritt eines Sportrechtevermarkters wie etwa Infront/Ringier oder ausländischer Pay-TV-Anbieter, wie Canal+ und Sky Deutschland, als wahrscheinlich erscheinen lassen würden.<sup>243 249.</sup> Hinsichtlich der strukturellen Markteintrittsschranken ist festzustellen, dass sich diese für die aktuelle Ausschreibungsperiode im Vergleich zu den früheren, in der Untersuchung Sport im Pay-TV analysierten Ausschreibungsperioden, nicht wesentlich verändert haben. Die Dauer der Exklusivität bis zur nächsten Vergabe ist mit fünf Jahren im europäischen Vergleich nach wie vor eher lang; zudem sind die vergebenen Rechtepakete sehr umfangreich.<sup>244 250.</sup> 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 potenzielle Konkurrenten durch eine Übertragung der Marktstellung auf andere Märkte zu verdrängen. Zudem können Endkunden und Endkundinnen gewonnen und durch den Verkauf weiterer Produkte des Unternehmens langfristig gebunden werden. Die daraus resultierenden Wechselkosten der Endkundschaft muss ein potenzieller Wettbewerber in seine Kalkulationen einbeziehen. Daher kann nur eine disziplinierende Wirkung erreicht werden, sofern die Übertragungsrechte regelmässig und in relativ kurzen Zeitabständen vergeben werden.<sup>245</sup> Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Es ist deshalb schon nur aufgrund der Dauer der Vertragsperiode nicht damit zu rechnen, dass der potenzielle Wettbewerb UPC zu disziplinieren vermag. <sup>251.</sup> Die Grösse der Rechtepakete vermag insofern den potenziellen Wettbewerb einzuschränken, als aufgrund des zu erwartenden Preises nur sehr wenige finanzkräftige Unternehmen als potenzielle 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 aktuellen Vergabe der Übertragungsrechte der SIHF im Jahr 2016 erfolgte keine Aufteilung der Rechte (vgl. Rz 100). Das Rechtepaket der SIHF hatte einen Umfang, der den potenziellen Wettbewerb stark einzuschränken vermag.<sup>246 252.</sup> Ein weiterer Grund dafür, dass im vorliegenden Fall der potenzielle Wettbewerb wahrscheinlich sehr gering ist, sind die vergleichsweise hohen Marktaustrittsschranken. Die Untersuchung Sport im Pay-TV hat gezeigt, dass ein Aufbau von eigener Übertragungsinfrastruktur grosse Investitionen bedingt. Diese Investitionen werden im Falle eines Verlusts der Übertragungsrechte im Rahmen der nächsten Vergabe von einem Tag auf den anderen wertlos. Solche «sunk costs» (Investitionen, die bei einem Marktaustritt verloren gehen) sind geeignet, den potenziellen Wettbewerb abzuschwächen, da diese Kosten bei einem Markteintritt von den potenziellen Wettbewerbern antizipiert werden. Mithin kann daher eine Marktaustrittsschranke als Markteintrittsschranke wirken.<sup>247</sup> Für Swisscom als ehemalige Rechteinhaberin und aktuelle Inhaberin anderer Übertragungsrechte (insb. Schweizer Fussball) relativieren sich diese Marktaustrittsschranken allerdings.

<sup>243</sup> Vgl. RPW 2016/4, 993 Rz 572 ff., Sport im Pay-TV. <sup>244</sup> Vgl. bspw. EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, UEFA Champions League (Ausschreibungsperiode 3 Jahre); Bundeskartellamt, 6. Beschlussabteilung, Beschluss vom 11.4.2016, B6-32/15, Vermarktung der medialen Verwertungsrechte an Fußballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga ab der Saison 2017/2018 (Ausschreibungsperiode 4 Jahre). <sup>245</sup> RPW 2016/4, 993 Rz 577, Sport im Pay-TV. <sup>246</sup> RPW 2016/4, 994 Rz 578, Sport im Pay-TV. <sup>247</sup> RPW 2016/4, 994 Rz 579, Sport im Pay-TV.

**E. 48**

253. Selbst wenn mit Swisscom damit grundsätzlich als potenzielle Konkurrenz um die künftige Rechtevergabe zu rechnen ist, ist fraglich, ob diese potenzielle Konkurrenz UPC im vorliegend relevanten Marktverhalten diszipliniert. So ist Gegenstand der Untersuchung das Marktverhalten von UPC gegenüber Swisscom: UPC verweigert gegenüber Swisscom die Übertragung von Schweizer Eishockeyinhalten im Pay-TV. Damit kann Swisscom in Bezug auf diese Verweigerung nicht als disziplinierende potenzielle Konkurrenz angesehen werden.

254. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass kein genügender potenzieller Wettbewerb besteht, um UPC in ihrem Marktverhalten zu disziplinieren.

B.5.2.4. Stellung der Marktgegenseite 255. Die Marktgegenseite von UPC auf dem Bereitstellungsmarkt umfasst sämtliche TV-Plattformanbieter, die technisch grundsätzlich in der Lage wären, Schweizer Eishockeyinhalte via Pay-TV über ein leitungsgebundenes Netzwerk den Fernsehzuschauern anzubieten.

256. Analog zu den Erwägungen über die potenzielle Konkurrenz, kann für die Frage der Stellung der Marktgegenseite (insb. von Swisscom) auf das tatsächliche Verhalten von UPC verwiesen werden. UPC ist in der Lage, gegenüber Swisscom als Marktgegenseite die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV zu verweigern. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass UPC von der Marktgegenseite (insb. Swisscom) hinreichend diszipliniert werden kann.

B.5.2.5. Stellungnahme UPC 257. UPC macht geltend, dass, selbst wenn entgegen ihrer Ansicht von einem separaten Markt für Eishockeyübertragungen im Rahmen nationaler Ligawettbewerbe ausgegangen würde, im Hinblick auf das vorliegend zu beurteilende Verhalten die erforderliche Marktmacht zu verneinen sei. Die WEKO habe in der Massnahmenverfügung vom 26. Juni 2017 darauf hingewiesen, dass sich UPC mit Blick auf die von Swisscom erworbenen Fussballübertragungsrechte im Bereitstellungsmarkt nicht ohne Weiteres unabhängig verhalten könne. Zwar werde die Bedeutung der Marktstellung von Swisscom als exklusive Inhaberin der Fussballübertragungsrechte in der Massnahmenverfügung mit der Begründung relativiert, dass das Fussballangebot von Swisscom letztlich auch UPC zur Verfügung stehe. Der Einwand erweise sich jedoch als nicht stichhaltig. Erstens stehe UPC nur ein Teil des Fussballangebots von Swisscom zur Verfügung. Zweitens lasse die Einschätzung, wonach die Fussballübertragungsrechte von Swisscom kein mit den Eishockeyübertragungsrechten vergleichbares Verhandlungspfand darstelle, da UPC zumindest teilweise über einen Zugang zu den Fussballübertragungen der Gegenseite verfüge, ausser Acht, dass der Zugang in zeitlicher Hinsicht befristet sei. [...] Drittens genüge der zeitlich und inhaltlich limitierte Zugang zu Fussballübertragungen auch hinsichtlich der damit verbundenen Konditionen in keiner Weise den Bedürfnissen von UPC. Viertens seien es gerade diese Konditionen, bezüglich welcher Swisscom [...] Die beantragte Intervention hätte letztlich zur Folge, dass die Machtverhältnisse unter behördlicher Mitwirkung einseitig zugunsten von Swisscom verschoben würden, welche sich insgesamt ohnehin schon in der vorteilhafteren Verhandlungsposition befinde.<sup>248</sup>

258. Entgegen der Ansicht von UPC hat die WEKO im Rahmen ihrer Verfügung vom 26. Juni 2017 betreffend vorsorgliche Massnahmen keineswegs festgestellt, dass sich UPC im Bereitstellungsmarkt nicht ohne Weiteres unabhängig verhalten könne. Die WEKO hat vielmehr ausgeführt: «Grundsätzlich wäre es denkbar, dass [UPC] durch ihr gleichzeitiges Interesse an den von [Swisscom] angebotenen Fussballübertragungen sich im Bereitstellungsmarkt für Eishockeyübertragungen nicht mehr unabhängig von anderen

Marktteilnehmern verhalten kann.

248 Vgl. act. 165, Rz 38 ff.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

#### **E. 49**

Möglicherweise könnte [Swisscom] [UPC] etwa mit der Verweigerung eines Angebots betreffend die Fussballübertragungen [...] drohen, um [UPC] dazu zu bringen, ihrerseits ein Angebot betreffend die Eishockeyübertragungen zu machen.» Tatsächlich hat Swisscom UPC offensichtlich bis heute nicht dazu bringen können, ihr Zugang zu den fraglichen Eishockeyübertragungen zu gewähren. Davon, dass Swisscom als Marktgegenseite auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV UPC trotz deren 100 % Marktanteil disziplinieren könnte, kann damit offensichtlich keine Rede sein. 259. UPC führt weiter aus, gegen eine Marktbeherrschung spreche auch der Vergleich der Marktanteile. Die entsprechenden Marktdaten lägen dem WEKO-Sekretariat vor, würden im Verfügungsantrag aber nicht in einer die Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensbeteiligten wahren Weise zueinander in Relation gesetzt. Nebst einer starken Stellung im Bereitstellungsmarkt verfüge Swisscom auch auf dem Plattformmarkt über mehr Marktanteile als UPC. Swisscom preise sich denn auch als grössten Anbieter von Live-Sportübertragungen und Branchenführer im Bezahlfernsehen mit mehr als 1.5 Mio. TV-Anschlüssen an, [...] Wie UPC vor diesem Hintergrund als marktmächtig gegenüber Swisscom beurteilt werden solle, sei nicht nachvollziehbar. 249 260. Selbst wenn Swisscom heute rund 50 % mehr TV-Abonnenten als UPC haben sollte (die konkreten Kundenzahlen sind Geschäftsgeheimnisse der Parteien, sodass eine entsprechende Aussage seitens der WEKO nicht zulässig ist), wäre Swisscom damit auf dem TV-Plattformmarkt nicht als marktbeherrschend zu bezeichnen. Und selbst bei der Annahme einer Marktbeherrschung seitens Swisscom auf dem dem Bereitstellungsmarkt von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV nachgelagerten TV-Plattformmarkt, würde dies nichts an der Tatsache ändern, dass Swisscom damit offensichtlich bis Sommer 2020 UPC nicht dazu hat bewegen können, ihr Zugang zu den fraglichen Eishockeyübertragungen zu gewähren. 261. Gemäss UPC spreche sodann die zeitlich limitierte Vergabe der Übertragungsrechte gegen eine Qualifizierung von UPC als marktbeherrschendes Unternehmen. Mit Swisscom und Sunrise würden zwei finanzstarke Telekommunikationsunternehmen mit UPC im Rahmen eines Bieterwettbewerbs um den Zuschlag konkurrieren. Es sei daher von einem «Wettbewerb um den Markt» und einem entsprechend hohen potenziellen Wettbewerb auf dem Bereitstellungsmarkt auszugehen, da die Erwerber exklusiver Lizenzen ein Interesse daran hätten, einerseits ihre aufgrund der Versteigerung hohen Investitionskosten zu amortisieren, und andererseits bei einer Neuvergabe der Rechte nicht von einem künftigen Erwerber vom Zugang ausgeschlossen zu werden. 250 262. Auch hier sprechen die tatsächlichen Verhältnisse gegen die Argumentation von UPC. Andernfalls müsste UPC gerade Swisscom und Sunrise Zugang zu den fraglichen Eishockeyübertragungen gewähren, wenn UPC befürchten würde, bei einer künftigen Vergabe den Zuschlag an eines der beiden Unternehmen zu verlieren und fortan auf deren Goodwill angewiesen zu sein. Es ist nicht ersichtlich, dass ein allfälliger «Wettbewerb um den Markt» UPC in ihrem heutigen Verhalten tatsächlich disziplinieren würde. 263. Schliesslich bringt UPC vor, dass die exklusive Vermarktung einzelner Programminhalte üblich sei (z. B. Netflix, Free-TV) und nach den Feststellungen des

Sekretariats gar als eigenes Pay-TV-Prinzip gelten könne. Auch Swisscom werbe auf ihrer Webseite mit der exklusiven Live-Übertragung von über 5000 Sportveranstaltungen. Im Ergebnis beruhe der Antrag des Sekretariats, von der unzutreffenden Marktabgrenzung und der Nichtberücksichtigung der

249 Vgl. act. 165, Rz 44. 250 Vgl. act. 165, Rz 45 ff.

32-00021/COO.2101.111.5.399245

## **E. 50**

starken Marktstellung von Swisscom abgesehen, auch auf einer kompletten Ausblendung der entscheidenden Marktkräfte: des «Wettbewerbs um den Markt» auf Stufe Bereitstellungsmarkt (limitierte Dauer der Exklusivität) sowie des «Wettbewerbs der Inhalte» auf Stufe TV-Plattformen (Gesamtpakete mit unterschiedlichen Schwerpunkten im Premium-Bereich). Eine marktbeherrschende Stellung sei selbst auf Basis der zu engen Marktabgrenzung nicht erkennbar.<sup>251</sup> 264. Die Argumentation von UPC geht an der Sache vorbei. Die exklusive Vermarktung auf Ebene des Programmveranstalters ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Es geht nicht darum, die von UPC produzierten Sendungen einem anderen Programmveranstalter zu überlassen. Es geht darum, dass das Programm des Programmveranstalters Mysports bzw. UPC auch auf anderen TV-Plattformen erhältlich ist. Im Ergebnis hätte so UPC gar eine breitere Kundenbasis für die Amortisation ihres Programms. Untersuchungsgegenstand bildet vielmehr die Plattform-exklusive Vermarktung. Das Programm bleibt auch auf einer fremden TV-Plattform ein UPC-Programm. B.5.2.6. Stellungnahme Swisscom 265. Die WEKO vertrete die Auffassung, dass ein nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV bestehe. UPC habe die Schweizer Eishockeyübertragungsrechte in wettbewerbswidriger Weise für fünf Jahre ab der Saison 2017/2018 exklusiv erworben. Entsprechend den von den Wettbewerbsbehörden aufgestellten Grundsätzen sei UPC der einzige Anbieter auf dem Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV und habe demgemäss einen Marktanteil von 100 %. Ein alternatives Angebot, das heisst die Bereitstellung eines vergleichbar attraktiven, demselben Markt zuzuordnenden Liga-Produkts, sei gemäss den Wettbewerbsbehörden nicht möglich, [...] Somit bestehe auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV weder aktuelle noch potenzielle Konkurrenz. UPC sei auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV marktbeherrschend.<sup>252</sup> B.5.2.7. Zwischenergebnis 266. Es ist somit festzustellen, dass UPC 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.5.3. Unzulässige Verhaltensweisen 267. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen 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. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.<sup>253</sup>

251 Vgl. act. 165, Rz 49. 252 Vgl. act. 164, Rz 5 ff. 253 RPW 2010/1, 166 Rz 322, Preispolitik Swisscom ADSL; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 51

268. 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).<sup>254</sup> 269. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.<sup>255</sup> Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.<sup>256</sup> 270. Wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe»<sup>257</sup> festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: Einerseits ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. Andererseits sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. «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.<sup>258</sup> 271. 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.

254 Vgl. RPW 2016/4, 996 f. Rz 606, Sport im Pay-TV; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 ff., Sanktionsverfügung – DCC. 255 Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, Erdgas Zentralschweiz AG; Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 570. 256 Vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57 Produktebündel «Talk & Surf». 257 BGE 139 I 72 (= RPW 2013/1, 114 ff.), Publigroupe SA et al./WEKO. 258 Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 607, Sport im Pay-TV

32-00021/COO.2101.111.5.399245 52

Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmisbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinderungsmissbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potenzielle Wettbewerber richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken.<sup>259</sup> 272. Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich hindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es für die Frage des Missbrauchs 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. Dies ist sowohl der Fall, wenn eine Verhaltensweise zugleich mehrere Tatbestandsvarianten erfüllt, als auch, wenn verschiedene Verhaltensweisen je verschiedene Tatbestandsvarianten erfüllen.<sup>260</sup> B.5.3.1. Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) 273. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.<sup>261</sup> Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb erschwert oder behindert wird. Ungeachtet einer einheitlichen Zuordnung zum Regelbeispiel von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG bedarf es einer Differenzierung zur Feststellung, welche Tatbestandsmerkmale bei den einzelnen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung zur Anwendung gelangen.<sup>262</sup> Allerdings ist gemäss jüngster Rechtsprechung des BVGer die Aufstellung eines abschliessenden Kanons an Prüfungspunkten für die Gesamtheit der Sachverhaltskonstellationen einer Geschäftsverweigerung auszuschliessen.<sup>263</sup> 274. Um die vorliegend angezeigte Verhaltensweise von UPC auf ihre Missbräuchlichkeit hin zu prüfen, erfolgt eine Vorgehensweise anhand der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des BVGer.<sup>264</sup> Diese Vorgehensweise fasst die einzelnen vom BVGer genannten Kriterien als mögliche Tatbestandsmerkmale zusammen. Demzufolge ist von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

259 Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 607, Sport im Pay-TV; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 ff., Sanktionsverfügung – DCC. 260 Vgl. RPW

2016/4, 997 Rz 608, Sport im Pay-TV; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigruppe SA et al./WEKO, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 ff., Sanktionsverfügung – DCC. 261 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 776 f., Sanktionsverfügung – DCC. 262 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 792, Sanktionsverfügung – DCC. 263 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 797, Sanktionsverfügung – DCC. 264 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV; RPW 2011/1, 144 f. Rz 306 ff., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 121 ff.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800, Sanktionsverfügung – DCC.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 53

- Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.<sup>265</sup> - Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können.<sup>266</sup> - Die Verweigerung ist geeignet, den Wettbewerb zu behindern.<sup>267</sup> - Die Verweigerung lässt sich nicht durch «Legitimate Business Reasons» begründen.<sup>268</sup> 275. Die weiteren vom BVGer genannten möglichen Kriterien «immaterialgüterrechtliche Rechtsposition», «Unerlässlichkeit des Einsatzguts», «Produktneuheit» sowie «Entgeltregelung» bilden demgegenüber besondere Tatbestandsmerkmale, die nur bei bestimmten Missbrauchsvarianten oder in unterschiedlicher inhaltlicher Ausgestaltung bei den verschiedenen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung Anwendung finden.<sup>269</sup> Im vorliegenden Fall sind diese Kriterien nicht entscheiderelevant. B.5.3.1.1. Geschäftsverweigerung 276. Zunächst ist erforderlich, dass ein Geschäftspartner/eine Geschäftspartnerin versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen. 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.<sup>270</sup> Der Begriff «Geschäftsbeziehung» umfasst dabei jede Art von rechtlichen oder tatsächlichen Verbindungen zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und anderen Wirtschaftsteilnehmern.<sup>271</sup> 277. Aufgrund des festgestellten rechtserheblichen Sachverhalts (vgl. Abschnitt A.3, insb. Rz 82 ff.) kommt vorliegend die Missbrauchsvariante der Lieferverweigerung in Betracht. Bei einer Lieferverweigerung bilden regelmässig Verbrauchs-, Verarbeitungs- oder Absatzgüter, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen hergestellt und/oder vertrieben werden und die

<sup>265</sup> Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV; dieser Voraussetzung können die vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterien «potenzielle oder bestehende Geschäftsbeziehung», «Verlangen auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung», «Ablehnungshandlung» und «Besonderheiten des Einzelfalles» zugewiesen werden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800 f., Sanktionsverfügung – DCC). <sup>266</sup> Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV; zu dieser Voraussetzung kann vorliegend etwa das vom BVGer genannte Kriterium «marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte» gezählt werden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800 f., Sanktionsverfügung – DCC). <sup>267</sup> Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV; diese Voraussetzung entspricht dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Wettbewerbsverfälschung» (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800 f.,

Sanktionsverfügung – DCC). 268 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV; diese Voraussetzung stimmt mit dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Fehlen einer sachlich angemessenen Rechtfertigung» überein (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800 f., Sanktionsverfügung – DCC). 269 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 801, Sanktionsverfügung – DCC. 270 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 616, Sport im Pay-TV; RPW 2011/1, 145 Rz 309, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), m.w.Hinw.; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 190), Art. 7 N 204 ff. 271 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 845, Sanktionsverfügung – DCC.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 54

vom nachfragenden Unternehmen erworben werden sollen, den Gegenstand der angestrebten Geschäftsbeziehung.<sup>272</sup> 278. Es handelt sich vorliegend beim Primärprodukt, welches den nachfragenden Unternehmen verweigert wird, um Übertragungen von Schweizer Eishockey im Rahmen eines Liga- Wettbewerbs im Pay-TV (vgl. Rz 288). Die nachfragenden Unternehmen fragen dabei nicht die Möglichkeit nach, ein eigenes Signal der relevanten Eishockeyübertragungen produzieren zu können. D. h., sie fragen nicht den Zugang zu den Stadien nach, um das Sportereignis selber wahrnehmbar zu machen. Sie fragen vielmehr das produzierte (Roh-)Signal bzw. das Programm Mysports (welches die fraglichen Eishockeyübertragungen beinhaltet) nach (vgl. Rz 91 und 107 ff.).<sup>279</sup> An diese Nachfrage nach den Eishockeyinhalten bzw. an das Eingehungsverlangen sind keine besonderen formellen oder inhaltlichen Anforderungen zu stellen.<sup>273</sup> 280. Gemäss relevantem Sachverhalt hat Swisscom seit Juni 2016 ihr Interesse an einer Verbreitung und Vermarktung des Mysports-Angebots bzw. von Schweizer Eishockeyübertragungen auf ihren eigenen TV-Plattformen öffentlich bekundet. [...] So stellt Swisscom in diesem Verfahren auch den Antrag, UPC zu verpflichten, allen TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots MySports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden und fairen Bedingungen anzubieten. Die Belieferung mit dem Rohsignal würde die Übergabe des Signals mit den fraglichen Eishockeyinhalten an einen Programmveranstalter bedeuten (vgl. Abbildung 10). Die Durchleitung wäre dann auf der nächsten Marktstufe, indem der Programmveranstalter die in Frage stehenden Eishockeyinhalte im Rahmen eines Programms (veredeltes Rohsignal) an eine TV-Plattform liefern würde. 281. Es ist nicht davon auszugehen, dass Sunrise ihr Interesse vor Juni 2016 bekundet hat (vgl. Rz 107 ff.). Ab wann genau ein Eingehungsverlangen seitens Sunrise vorlag, ist jedoch unerheblich, da ein solches jedenfalls seitens Swisscom ab Juni 2016 gegeben ist. 282. Die Ablehnungshandlung muss die Verweigerungshaltung des marktbeherrschenden Unternehmens in ausreichender Weise zum Ausdruck bringen. Hierfür ist allein massgebend, ob aus objektiver Sicht davon auszugehen ist, dass das marktbeherrschende Unternehmen der Aufforderung zur Eingehung von Geschäftsbeziehungen keine Folge leisten wird. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Ablehnungshandlung ist deren Grund unerheblich.<sup>274</sup> 283. Entsprechend dem festgestellten Sachverhalt steht fest, dass UPC nicht gewillt war, die fraglichen Eishockeyinhalte Swisscom vor der Saison 2020/21 zu überlassen (vgl. Rz 175). Spätestens mit dem Schreiben von UPC vom [...] (vgl. Rz 91) hat sich die Ablehnungshandlung von UPC manifestiert. 284. In Bezug auf Sunrise ist es umstritten, ob UPC gegenüber Sunrise ein Angebot betreffend Zugang zu den relevanten Eishockeyübertragungen unterbreitet

hat (vgl. Rz 169). Allerdings kann UPC im Verhältnis zu Sunrise eine Hinhaltenaktik nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden (vgl. Rz 180). Zwar können die lange Verhandlungsdauer zwischen Sunrise und UPC und der Umstand, dass Sunrise bis heute das Primärgut nicht erhält, grundsätzlich Ergebnis einer Hinhaltenaktik seitens UPC sein. [...] Jedoch lässt sich auch nicht mit Bestimmtheit sagen, dass die Bedingungen von UPC für den Abschluss einer Geschäftsbeziehung objektiv unangemessen gewesen sind, es sich mithin nur um ein Scheinangebot gehandelt hat. Die

272 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 849, Sanktionsverfügung – DCC. 273 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 875, Sanktionsverfügung – DCC. 274 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 902 f., Sanktionsverfügung – DCC.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 55

Frage kann allerdings letztlich offenbleiben, da zumindest gegenüber Swisscom eine Ablehnungshandlung vorliegt. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, so lange kein akzeptfähiges Angebot im Sinne des Obligationenrechts vorliege, müsse von einer Hinhaltenaktik ausgegangen werden. 285. Eine Besonderheit dürfte vorliegend die Konstellation mit der vorangehenden Untersuchung Sport im Pay-TV darstellen (vgl. Abschnitt A.4.3). Dass UPC, wie von dieser vorgebracht, Opfer der in jenem Verfahren festgestellten Verhaltensweisen von Swisscom gewesen sei,<sup>275</sup> ist jedoch unter dem Aspekt der «Legitimate Business Reasons» (vgl. Rz 328) zu prüfen. Eine «Besonderheit des Einzelfalles», welche nicht im Rahmen der anderen relevanten Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen ist, ist nicht ersichtlich. B.5.3.1.2. Von der Verweigerung betroffener bzw. objektiv notwendiger Input <sup>286</sup>. Bei dem von der Verweigerung betroffenen Input und den dadurch involvierten Märkten kann es sich um den «Primärmarkt», d. h. den relevanten Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung besteht, um «Sekundärmärkte», d. h. solche Märkte, die dem Primärmarkt vor- oder nachgelagert sind, sowie um «Tertiärmärkte», d. h. sonstige wie insbesondere benachbarte Märkte handeln. Die auf diesen Märkten gehandelten Produkte sind dementsprechend als «Primärprodukte», «Sekundärprodukte» oder «Tertiärprodukte» zu bezeichnen.<sup>276</sup> <sup>287</sup>. Soweit das jeweilige wirtschaftliche Verhalten auf dem Primärmarkt vorgenommen wird und es sich auch auf diesem auswirkt, ist die Grundkonstellation eines Marktmissbrauchs ohne Weiteres gegeben. Soweit das jeweilige wirtschaftliche Verhalten zwar auf dem Primärmarkt vorgenommen wird, es sich aber auf einem anderen Markt auswirkt, bedarf es für die Feststellung der Grundkonstellation eines Marktmissbrauchs eines hinreichenden Zusammenhangs zwischen dem beherrschten und dem weiteren Markt. An das Bestehen eines hinreichenden Zusammenhangs sind dabei jedoch keine besonderen Anforderungen zu stellen.<sup>277</sup> Zudem bedarf der andere Markt, auf dem sich die Auswirkungen zeigen, für die Feststellung einer nachteiligen Einwirkung keiner genauen Abgrenzung.<sup>278</sup> Schliesslich ist nach der Rechtsprechung des BVGer auch kein Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Marktstellung und missbräuchlichem Verhalten erforderlich.<sup>279</sup> <sup>288</sup>. Als Primärmarkt ist vorliegend der nationale Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV zu identifizieren (vgl. Rz 240), wobei das Primärgut «Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV» darstellen. Dieses Primärgut stellt als TV-Content für die nachfragenden TV-Plattformen offenkundig einen Input für ihr Sekundärgut «TV-Plattform» auf dem nicht genauer

abzugrenzenden Sekundärmarkt «Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV»<sup>280</sup> dar. Als Tertiärmärkte gemäss Definition des BVGer sind so- dann die benachbarten Fernmeldemärkte zu qualifizieren. Der erforderliche hinreichende Zusammenhang besteht dabei darin, dass die TV-Abonnemente häufig im Rahmen eines Bündelangebots zusammen mit einem Internetanschluss und Festnetztelefonie (sog. Triple-Play- Angebot) bzw. zusätzlich mit einem Mobilfunkabonnement (sog. Quadruple-Play-Angebot) an- geboten und nachgefragt werden.<sup>281</sup> Entsprechend hat die WEKO in der Untersuchung Sport

275 Vgl. act. 9, Rz 19 ff. und 71. 276 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 814, Sanktionsverfügung – DCC. 277 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 818 f., Sanktionsverfügung – DCC. 278 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 820, Sanktionsverfügung – DCC. 279 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 824, Sanktionsverfügung – DCC. 280 Vgl. RPW 2016/4, 980 ff. Rz 475 ff., Sport im Pay-TV. 281 Vgl. RPW 2016/4, 1005 f. Rz 675 ff., Sport im Pay-TV.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 56

im Pay-TV festgestellt, dass exklusiver Pay-TV-Content dazu geeignet ist, den Wettbewerb auf den Fernseh- und Telekommärkten zu behindern.<sup>282</sup> <sup>289</sup>. In der ökonomischen Literatur ist anerkannt, dass eine Marktverschliessung durch eine Geschäftsverweigerung nicht zum Marktaustritt der Konkurrenten im nachgelagerten Markt führen muss. PATRICK REY und JEAN TIROLE führen in ihrem Handbuchbeitrag zur Marktverschliessung («foreclosure») aus, dass eine solche meist nur unvollständig erfolge und oft auch dazu eingesetzt würde, eine erodierende Marktstellung zu schützen oder eine frühere markt- mächtige Position wiederherzustellen.<sup>283</sup> Folglich genügt es, wenn eine Marktverschliessung einen aktuellen oder potenziellen 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 erlau- ben.<sup>284</sup> Vollständige Marktverschliessung erfolgt in der ökonomischen Literatur meist aufgrund von stark vereinfachenden Modellannahmen.<sup>285</sup> <sup>290</sup>. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z. B. durch Duplizierung des Inputs).<sup>286</sup> <sup>291</sup>. In der Europäischen Union haben die EU-Kommission und nationale Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden schon länger ihr Augenmerk auf die Möglichkeit der Marktabschottung durch die Nichtgewährung des Zugangs zu Premium Sport-Content gerichtet.<sup>287</sup> Die EU- Kommission legte das Gewicht auf die Entstehung des Premium Sport-Contents, namentlich die Zentralvermarktung. In diesem Zusammenhang hat die EU-Kommission festgehalten, dass exklusiv erworbene Rechte der UEFA Champions League den Wettbewerb auf den nachgela- gerten Fernsehmärkten erheblich beschränken können, sofern nicht verschiedene Bedingun- gen u. a. bezüglich des Umfangs der Rechtepakete, des Ausschreibungszeitraums und der

Verwendung ungenutzter Rechte erfüllt werden.<sup>288</sup> Dies impliziert, dass ein umfassendes Rechtetpaket zur exklusiven Vermarktung dem Rechteinhaber einen Wettbewerbsvorteil verschafft, der den Konkurrenten auf den Fernsehmärkten eine wirtschaftliche Tätigkeit praktisch

282 Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 677, Sport im Pay-TV. 283 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. 284 Vgl. PATRICK REY/JEAN TIROLE (Fn 283), 2156. 285 Vgl. RPW 2016/4, 1002 f. Rz 654, Sport im Pay-TV. 286 Vgl. RPW 2016/4, 999 Rz 627, Sport im Pay-TV; RPW 2011/1, 149 Rz 332, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), m. Hinw. auf Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 337), S. 19 Rz 83. Vgl. auch KOMM, COMP/C-3/37.792, vom 24.3.2004, Rz 630 ff. und 666 ff., Microsoft, m. w. H. Zu streng daher BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), 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. 287 MARIO MONTI, Competition and Sport the Rules of the game, Speech addressed at the conference on «Governance in Sport», 26 February 2001. 288 EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, UEFA Champions League, Rz 132.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 57

verunmöglicht. Der Zugang zu Premium Sport-Content wurde deshalb auch von verschiedenen ausländischen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden, insbesondere in Grossbritannien und den USA, untersucht sowie im Rahmen von Fusionen mit Auflagen versehen.<sup>289</sup> 292. Spezifisch in Bezug auf Eishockey ist es für UPC wichtig, damit Werbung zu machen, um Kunden zu gewinnen und im Plattformwettbewerb zu bestehen.<sup>290</sup> 293. Die Bedeutung von Eishockeyinhalten als Input zeigt sich auch anhand der Zahlungsbe- reitschaft von UPC für die Eishockeyrechte. So bezahlt UPC alleine für die Eishockeyrechte [...].<sup>291</sup> Dazu kommen die Kosten für die Produktion. Mit rund 50 000 Abonnenten<sup>292</sup> von «MySports Pro» erzielt Mysports bei einem Preis von 25 Franken pro Monatsabonnement<sup>293</sup> Einnahmen in Höhe von 15 Millionen Franken pro Jahr. Zwar wären zu diesen Einnahmen noch Einnahmen aus dem Verkauf von «MySports Tagesticket» sowie aus der Sublizenzierung an Dritte hinzuzurechnen. [...] Deshalb muss mit der Lizenzierung der Eishockeyrechte ein weiterer Wert verbunden sein. 294. Gemäss Suissedigital kann festgestellt werden, dass es für die Kundengewinnung und die Kundenbindung ein Bouquet von Kriterien gibt, die gleich oder höher zu gewichten sind, als Live-Eishockey- und Live-Fussballspiele. Weiter habe Suissedigital im Beobachtungszeit- raum 2010 bis 2013 anhand der Marktforschung festgestellt, dass die alleinige Verfügbarkeit aller Live-Fussballspiele (national und international) und aller Live-Eishockeyspiele im Swisscom TV-Angebot in diesem Beobachtungszeitraum ein Grund für die Abwanderung von Anschlusskundschaft ihrer Mitglieder hin zur Swisscom gewesen sei. Weil Live-Fussballspiele generell höher gewichtet seien als Live-Eishockeyspiele, reiche für eine Rückgewinnung die- ser Anschlusskundschaft ein Programm hauptsächlich bestehend aus exklusiv verfügbaren Live-Eishockey-Meisterschaftsspielen nicht aus.<sup>294</sup> Demgegenüber führt Suissedigital in

einer Medienmitteilung aus, dass der Rückgang im Fernsehen im dritten Quartal 2017 stark habe gebremst werden können, was auf den neuen Sender «MySports» zurückzuführen sei. Dieser habe zu einem gesamthaften Wachstum von 22 700 Abonnements geführt.<sup>295</sup> Dazu ist hervorzuheben, dass der Sender Mysports aufgrund des Zuschlags der medialen Verwertungsrechte durch die SIHF an UPC ab der Saison 2017/2018 lanciert worden ist.<sup>296</sup> Die Vermarktung von Mysports stellt hauptsächlich die Übertragung von Eishockeyinhalten in den Vordergrund. Entsprechend kann der Erfolg von Mysports und ein damit allenfalls einhergehender Wettbewerbseffekt im Wesentlichen auf die Eishockeyinhalte zurückgeführt werden. <sup>295</sup>. Weil in der Untersuchung Sport im Pay-TV eine Situation vorlag, in der ein und dasselbe Unternehmen sowohl über Eishockey- als auch über Fussballrechte verfügte, wurde keine Aussage darüber getroffen, ob die Vorenthaltung eines dieser Inputs durch die Verfügbarkeit eines anderen dieser Inputs in einer Situation ausgeglichen werden kann, in der kein Unternehmen über beide Inputs verfügt. Es wäre denkbar, dass in einer solchen Situation, in der

289 Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 650, Sport im Pay-TV; Für einen Überblick vgl. HELEN WEEDS, TV Wars: Exclusive Content and Platform Competition in Pay-TV, *The Economic Journal* 126 (594), 2016, 1600 ff. 290 Vgl. act. 25, S. 4. 291 Vgl. act. 8, Beilage 6. 292 Vgl. Medienmitteilung UPC vom 8.3.2018,

<[https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351\\_13866\\_gdmwk0.html/](https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351_13866_gdmwk0.html/)> (13.9.2018). 293 Vgl.

<<https://mysports.ch/portal/de/routes/offer>> (13.3.2018). 294 Vgl. act. 74, S. 2. 295 Vgl. Medienmitteilung SuisseDigital vom 2.11.2017,

<<https://www.suissedigital.ch/suissedigital/medien/detail/kabelnetzbranche-waechst-mysports-kommt-an/>> (21.2.2018). 296 Vgl.

Medienmitteilung UPC vom 6.7.2016,

<[https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351\\_9752\\_daucf0.html/](https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351_9752_daucf0.html/)> (21.2.2018).

32-00021/COO.2101.111.5.399245 58

keines der Unternehmen über beide Inputs verfügt, es für das Bestehen im Wettbewerb ausreichend ist, nur über einen der beiden Inputs zu verfügen. Aus Sicht von TV-Plattformen könnte eine gewisse Austauschbarkeit zwischen beiden Inputs bestehen, so dass ein Input für sich genommen nicht mehr objektiv notwendig sein könnte. In Bezug auf die Endkunden bringt die Exklusivität einen gewissen Verlust an Allokationseffizienz mit sich, weil sie zwei Plattformen und Infrastrukturen beziehen müssten. Gleichzeitig könnten die Verbraucher insgesamt aufgrund intensiveren Preiswettbewerbs profitieren. Deshalb können die Effekte auf die Wohlfahrt gemischt ausfallen und sich bei den verschiedenen Kundengruppen unterscheiden.<sup>297</sup> <sup>296</sup>. Vorliegend ist allerdings zu berücksichtigen, dass UPC nicht nur über den Input Eishockey verfügt, sondern auch über einen Teil des anderen Inputs Fussball. Es ist daher der Wettbewerbsvorteil, den Swisscom gegenüber UPC maximal erlangen kann, nämlich die Verfügbarkeit des vollständigen Fussballpakets bei Swisscom im Vergleich zum eingeschränkten Fussballpaket bei UPC, dem Wettbewerbsnachteil aus dem vollständigen Fehlen von Eishockey gegenüberzustellen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass gemäss den Ergebnissen der Untersuchung Sport im Pay-TV in der Schweiz Fussball und Eishockey bezüglich Zuschauer- und Medieninteresse sowie wirtschaftlicher Bedeutung vergleichbar sind.<sup>298</sup> Vor diesem Hintergrund kann Swisscom mit dem Vorteil aus der Verfügbarkeit des vollständigen Fussballpakets im

Vergleich zu dem bloss teilweisen Fussballpaket den Nachteil aus dem vollkommenen Fehlen von Eishockey nicht ausgleichen. Damit ist in der vorliegenden Situation aus Sicht der mit UPC konkurrierenden Swisscom keine Alternative zur Verfügbarkeit von Eishockey vorhanden. Somit bestehen weiterhin gewichtige Indizien dafür, dass Eishockey als Input eine objektive Notwendigkeit darstellt.<sup>297</sup> Zur Bedeutung von Eishockey kann weiter auf das Interesse am Sportgeschehen in der Schweiz hingewiesen werden. In der Schweiz verfolgen gemäss einer Studie des Bundesamtes für Sport BASPO rund vier Fünftel der Bevölkerung das Sportgeschehen in den Medien. Die wichtigsten Informationskanäle bleiben Fernsehen und Zeitungen, wengleich das Internet in den letzten Jahren klar an Bedeutung gewonnen hat.<sup>299</sup> Das höchste Interesse weist danach Fussball auf, für den sich ungefähr 46 % der Bevölkerung interessieren. Darauf folgen Ski Alpin mit ungefähr 34 %, Tennis mit ungefähr 28 % und Eishockey mit ungefähr 20 %. Für alle anderen Sportarten wie beispielsweise Leichtathletik, Ski Nordisch oder Radsport interessieren sich jeweils weniger als 10 % der Bevölkerung.<sup>300</sup> Ein Eishockeyinteresse von 20 % muss als bedeutsam qualifiziert werden (vgl. Rz 227).<sup>298</sup> Für die Einschätzung kann weiter auf die Bedeutung von Eishockey bei SRF Schweizer Radio und Fernsehen (nachfolgend: SRF) hingewiesen werden.<sup>301</sup> SRF habe im Jahr 2019 in rund 1400 TV-Stunden Livesport «neben Fussball, Eishockey, Tennis, Radsport, Leichtathletik, Schwingen oder Ski alpin auch über Sportarten» berichtet, die weniger im medialen Fokus

<sup>297</sup> Vgl. HELEN WEEDS, TV Wars: Exclusive Content and Platform Competition in Pay-TV, *The Economic Journal* 126 (594), 2016, 1602. <sup>298</sup> Vgl. RPW 2016/4, 973 Rz 424, Sport im Pay-TV. <sup>299</sup> Vgl. Sport Schweiz 2014 – Sportaktivität und Sportinteresse der Schweizer Bevölkerung, 2014, 5 und 46,

<<https://www.baspo.admin.ch/de/dokumentation/publikationen/sport-schweiz-2014.html>> (13.5.2020). Es handelt sich hierbei um die jüngste Untersuchung zur Sportaktivität und zum Sportinteresse des BASPO. <sup>300</sup> Vgl. Sport Schweiz 2014 – Sportaktivität und Sportinteresse der Schweizer Bevölkerung, 2014, 47,

<<https://www.baspo.admin.ch/de/dokumentation/publikationen/sport-schweiz-2014.html>> (13.5.2020). Es handelt sich hierbei um die jüngste Untersuchung zur Sportaktivität und zum Sportinteresse des Bundesamtes für Sport BASPO. <sup>301</sup> SRF geht davon aus, eine führende publizistische Stellung im Bereich Sport zu haben. Das Sportprogramm sei umfassend und auf die schweizerischen Bedürfnisse zugeschnitten (<<https://www.srf.ch/unternehmen/unternehmen/sendungskosten/ueber-rund-100-disziplinen-sport-sendungen>>, 13.5.2020).

32-00021/COO.2101.111.5.399245 59

stunden. Somit steht nach Einschätzung von SRF Eishockey mehr im medialen Fokus als andere Sportarten.<sup>302</sup> Dies zeigt sich auch daran, dass SRF 2 in der Saison 2019/2020 von Montag bis Freitag (22:20 Uhr) über Eishockey in einer eigenen Sportsendung «eishockeyaktuell» berichtet hat.<sup>303</sup> Diese Sportsendung «eishockeyaktuell» dauerte 49 Minuten. Weitere Sendeflächen für Sportberichterstattung sind «sportflash» (Mo-Sa 3 Minuten), «sportaktuell» (Mo-Fr 16 Minuten, Sa 34 Minuten), «Super League – Gool» (So 22 Minuten), «Sportpanorama Plus» (So 24 Minuten), «Schweizer Cup – Gool» (So 25 Minuten) und «sportpanorama» (So 55 Minuten).<sup>299</sup> Zu diesen Sportsendungen ist anzumerken, dass deren Anzahl unterschiedlich ist. Zum Beispiel beträgt die Anzahl Sendungen im Jahr 2019 von «eishockeyaktuell» 31, diejenige von «sportpanorama» 36, von «Schweizer Cup – Gool» 2 oder von «sportflash» 221. Diese unterschiedliche

Anzahl ist bei den sportspezifischen Sendungen durch die Spielsaisons oder durch den Zeitpunkt des Cupspiels bedingt. Bei den Sammelgefässen richtet sich die Anzahl Sendungen nach der Frequenz während der Woche, zum Beispiel jeden Arbeitstag oder jeden Samstag. 300. Unabhängig von der Anzahl Sendungen zeigt die Sendungsliste von SRF, dass nur die zwei Sportarten Fussball und Eishockey eigene Sendegefässe erhalten. Dies zeigt, dass SRF für Eishockey von einem hohen Interesse bei der Zuschauerschaft ausgeht und Eishockey eine hohe Bedeutung beimisst. 301. Zur Frage der Bedeutung von Eishockey kann zudem darauf hingewiesen werden, dass das Bundesamt für Kommunikation unter anderen die Sportart Eishockey für die Schweiz als Hauptsportart bezeichnet.<sup>304</sup> 302. Die hohe Bedeutung von Eishockey zeigt sich auch daran, dass von Sport-Toto-Gesellschaft die beiden Sportarten Fussball und Eishockey als einzige je direkt Fördergelder erhalten. Für Fussball sind es 14 % der Lotteriegelder und für Eishockey 7 % der Lotteriegelder.<sup>305</sup> 303. Zu prüfen ist weiter, ob eine Alternative zur Sublizenzierung der Eishockeyübertragungen besteht. UPC bringt vor, dass Swisscom-Kunden über Quickline auf das Angebot von Mysports per OTT zugreifen könnten.<sup>306</sup> Allerdings ist vorliegend nicht entscheidend, ob für die Kunden von Swisscom eine Alternative besteht, sondern ob für Swisscom als Wettbewerber zu UPC eine Alternative möglich ist. Da dieses OTT-Angebot für Swisscom nicht verfügbar ist, d. h., Swisscom dieses Angebot nicht auf ihrer TV-Plattform implementieren kann, besteht für Swisscom als Wettbewerber kein Substitut, um negative Folgen einer Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen. Gleiches gilt auch für die anderen zurzeit bekannten OTT-Angebote für die Eishockeyübertragungen.

302 SRF geht davon aus, eine führende publizistische Stellung im Bereich Sport zu haben. Das Sportprogramm sei umfassend und auf die schweizerischen Bedürfnisse zugeschnitten (<https://www.srf.ch/unternehmen/unternehmen/sendungskosten/ueber-rund-100-disziplinen-sport-sendungen>), 13.5.2020). 303 Vgl. [https://medien.srf.ch/documents/20142/3708308/Sendungsliste\\_SRFzwei\\_2019+%281%29.pdf/9ba98912-cfea-0d4d-3575-03a2eb67bd02](https://medien.srf.ch/documents/20142/3708308/Sendungsliste_SRFzwei_2019+%281%29.pdf/9ba98912-cfea-0d4d-3575-03a2eb67bd02) (13.5.2020). 304 Vgl. Bundesamt für Kommunikation, Service public im Medienbereich: Zusatzabklärungen der Verwaltung, Bericht des BAKOM im Auftrag der KVF-N, 2017 28 und 30, <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/mm-kvf-n-2017-02-14-bericht-service-public-n-d.pdf> (13.5.2020). 305 Vgl. <https://www.sport-toto.ch/11-0-Benefiziere.html> (13.5.2020). 306 Vgl. act. 94, Antwort auf Frage 5.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 60

304. Aufgrund vorangehender Ausführungen stellt Eishockey einen objektiv notwendigen Input dar, um auf dem TV-Plattformmarkt wirksam konkurrieren zu können.<sup>307</sup> B.5.3.1.3. Eignung zur Wettbewerbsbehinderung 305. Gemäss Praxis der WEKO liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt, wenn eine Behinderung des wirksamen Wettbewerbs vorliegt.<sup>308</sup> 306. Die Feststellung einer Lieferverweigerung setzt dabei keine vollständige Aufhebung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt voraus. Vielmehr ist es für das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung bereits ausreichend, dass sich gewisse nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb ergeben können. Demzufolge genügt für diese Missbrauchsvariante einer Geschäftsverweigerung eine blossе Wettbewerbsbeeinträchtigung.<sup>309</sup> 307. Da ein

missbräuchliches Verhalten angesichts der ohnehin bereits bestehenden Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs keine Anwendung von bestimmten Erheblichkeits- schwellen voraussetzt, führt bereits eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit des nachfra- genden Unternehmens zu einer nachteiligen Einwirkung, die es im Hinblick auf die Sicherung des Wettbewerbs zu berücksichtigen gilt.<sup>310</sup> 308. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung müssen keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden.<sup>311</sup> Die Verhaltensweise braucht auch nicht monokausal für die Wettbewerbsverfälschung zu sein.<sup>312</sup> Entsprechend ist nachfol- gend die Eignung zu prüfen. 309. Aufgrund der Feststellungen der WEKO in der Untersuchung Sport im Pay-TV kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Vorenthaltung des Primärguts Eisho- ckeyübertragungen geeignet ist, die Wettbewerbsfreiheit der nachfragenden TV- Plattformanbieter zu beschränken. Dies wird durch die Bedeutung bestärkt, welche UPC sel- ber den Eishockeyübertragungen beimisst (vgl. Rz 292 f.). 310. Mit der Lieferverweigerung verzichtet UPC auf zusätzliche Einnahmen durch eine grös- sere (potenzielle) Kundenzahl von Swisscom-Abonnenten und -Abonentinnen. Eine solche Marktverschliessung kann für ein vertikal integriertes Unternehmen die lohnende Strategie sein.<sup>313</sup> 311. Es ist davon auszugehen, dass ein nicht vertikal integrierter Pay-TV-Anbieter die grösst- mögliche Verbreitung für das Programm wählen würde. Damit kann der Pay-TV-Anbieter mög- lichst viele Fernsehzuschauer und Fernsehzuschauerinnen als Kundschaft erreichen. Aber

307 Dabei ist anzumerken, dass nach der jüngsten Rechtsprechung des BVGer das Merkmal der Uner- lässlichkeit des Inputs nicht allgemein mit der Geschäftsverweigerung in Beziehung gesetzt wird, sondern nur mit der Missbrauchsvariante der Zugangsverweigerung (vgl. Urteil des BVGer B- 831/2011 vom 18.12.2018, E. 976, Sanktionsverfügung – DCC). Bei der Lieferverweigerung bildet das Kriterium der Unerlässlichkeit demgegenüber keine zwingende Voraussetzung (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 983 ff., Sanktionsverfügung – DCC). 308 Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 652, Sport im Pay-TV. 309 Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 652, Sport im Pay-TV; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1156, Sanktionsverfügung – DCC. 310 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1180, Sanktionsverfügung – DCC. 311 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1207, Sanktionsverfügung – DCC. 312 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1211, Sanktionsverfügung – DCC. 313 Vgl. RPW 2016/4, 1003 Rz 655, Sport im Pay-TV.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 61

auch für einen vertikal integrierten Pay-TV-Anbieter wie UPC könnte sich theoretisch aufgrund der (je nach Vertriebsart) höheren Vorleistungs- bzw. Abonenteneinnahmen sowie allfälliger Werbeeinnahmen eine «Ubiquität» oder «Nicht-Exklusivität» lohnen.<sup>314</sup> Trotzdem ist in der Pay-TV-Branche der exklusive Vertrieb von Premium Content die Regel. Eine mögliche Erklä- rung dafür ist gemäss HELEN WEEDS das Vorliegen hoher Wechselkosten im TV- Plattformmarkt. Wechselkosten entstehen beispielsweise, wenn alte Verträge innerhalb ge- wisser Fristen gekündigt werden müssen, wenn ein Anbieterwechsel neue Hardware erfordert oder wenn sich die Endkundschaft an ein neues Produkt gewöhnen muss. In Gegenwart sol- cher Wechselkosten lohnt sich der exklusive Vertrieb von Premium Content, sofern der zu- künftige Profit von Marktanteilen in der vorangegangenen Periode abhängt und Skalenerträge vorliegen (die Einnahmen steigen bei wachsendem

Marktanteil überproportional<sup>315</sup>). 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. In diesem Fall kann der Gewinn von Marktanteilen die Opportunitätskosten für den Verzicht auf Grosshandelserlöse durch grösstmögliche Verbreitung überwiegen.<sup>316</sup> <sup>312</sup>. 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.<sup>317</sup> Für den US-Fernsehmarkt hat eine Untersuchung ergeben, dass die Wechselkosten zwischen unterschiedlichen TV-Plattformen bis zu 50 % der jährlichen Abonnementskosten ausmachen können.<sup>318</sup> 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.<sup>319</sup> Die Strategie ist gemäss HELEN WEEDS insbesondere auch dann lohnend, wenn die TV-Plattformen anderweitig sehr ähnlich sind.<sup>320</sup> <sup>313</sup>. Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass sich die vorliegende Geschäftsverweigerung in erster Linie gegen Swisscom richtet. Aus Sicht von UPC sei es wichtig, dass die Eishockeyrechte für das Kabelnetz exklusiv seien.<sup>321</sup> Als Content Anbieter sei UPC ein Newcomer, dem das Recht zugestanden werden sollte, während drei Jahren die Rechte exklusiv zu nutzen, um ein attraktives Angebot machen zu können.<sup>322</sup> <sup>314</sup>. Demgegenüber ist für das Verhältnis zwischen UPC und den anderen KNU festzustellen, dass die Verbreitung von Mysports mit anderen Suissedigital-Mitgliedern als Verbreitungspartner von Beginn an geplant war. Der Aufbau des Senders Mysports erfolgte gemeinsam

<sup>314</sup> Vgl. HELEN WEEDS (Fn 297), 1608 ff. <sup>315</sup> Aufgrund hoher fixer bzw. irreversibler Kosten ist diese Annahme im TV-Plattformmarkt meistens erfüllt. <sup>316</sup> Vgl. RPW 2016/4, 1003 Rz 658, Sport im Pay-TV; HELEN WEEDS (Fn 297), 1602 und 1612 ff. <sup>317</sup> Vgl. auch RPW 2012/2, 244 Rz 375, Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel. <sup>318</sup> Vgl. OLEKSANDR SHCHERBAKOV, Measuring consumer switching costs in the television industry, mimeo 2009, 42. <sup>319</sup> Eine weitere Erklärung für den exklusiven Vertrieb von Pay-TV-Content ergibt sich aus der Zweiseitigkeit des TV-Plattformmarkts (vgl. Rz 210 f). <sup>320</sup> Vgl. RPW 2016/4, 1003 Rz 658, Sport im Pay-TV; HELEN WEEDS (Fn 297), 1602. <sup>321</sup> Vgl. act. 25, S. 3. <sup>322</sup> Vgl. act. 25, S. 7.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 62

von UPC und den Verbreitungspartnern.<sup>323</sup> Zudem stehen UPC und die ehemaligen Gebietsmonopole der KNU (alle Mitglieder von Suissedigital) aufgrund der historisch verankerten Struktur der Kabelnetze in erster Linie in Konkurrenz zu Swisscom.<sup>324</sup> Deshalb sind vorangehende Überlegungen zur Exklusivität trotz Verbreitung von Mysports über andere KNU (Nicht-Exklusivität) auch auf die vorliegende Situation anwendbar. In anderen Worten hat UPC als vertikal integrierter Pay-TV-Anbieter einen Anreiz, Swisscom den Zugang zu den Eishockeyübertragungen im Sinne der Exklusivität zu verweigern. <sup>315</sup>. Es ist zu erwarten, dass die vorliegende Geschäftsverweigerung bzw. der exklusive Vertrieb von Premium Sport-Content in erster Linie im TV-Plattformmarkt eine Wettbewerbswirkung zeigt. Die Geschäftsverweigerung soll es ermöglichen, Marktmacht aus den Bereitstellungsmärkten in den TV-Plattformmarkt und die

benachbarten Fernmeldemärkte zu übertragen. Daher ist zu berücksichtigen, dass es sich beim betroffenen TV-Plattformmarkt um einen zweiseitigen Markt handelt.<sup>325</sup> Typischerweise weisen grosse zweiseitige Plattformen erhebliche Skaleneffekte auf, die sich aus den hohen Fixkosten bei der Entwicklung und Wartung einer Plattform ergeben, sowie relativ hohe Kosten für den Betrieb der Plattform und verhältnismässig niedrigen Grenzkosten bei der Bedienung beider Plattformseiten. Bei erheblichen Skaleneffekten ist für die typische Marktstruktur von einigen wenigen grossen Unternehmen mit jeweils beträchtlicher Marktmacht auszugehen. Starke Netzwerkeffekte intensivieren den Trend zu einer konzentrierten Marktstruktur. Plattformen mit mehr Kundschaft auf der einen Seite sind für die Kundschaft auf der anderen Seite wertvoller. Zudem werden die Plattformen wertvoller, wenn die Nachfrage beider Seiten wächst. Auf einer Plattform mit grossen Skaleneffekten sinken die Stückkosten bei steigender Nachfrage und die Gewinnmargen steigen. Unter diesen Marktbedingungen haben Unternehmen, die als First-Mover auftreten, einen natürlichen Vorteil. Dies bedeutet in Verbindung mit Skaleneffekten, dass der Wettbewerb auf einigen zweiseitigen Plattformen ein Wettlauf um den Markt sein kann. Ausserdem ist zu beachten, dass zweiseitige Plattformen leicht kippen können. Käufer tendieren dazu, die Plattform zu bevorzugen (unter sonst gleichen Bedingungen), die den Zugang zu den meisten Verkäufern bietet, und Verkäufer tendieren dazu, die Plattform zu bevorzugen, die den Zugang zu den meisten Käufern bietet. Solche Netzwerkeffekte können dazu führen, dass der Markt nur von einer oder zwei Plattformen bedient wird.<sup>326</sup> 316. In diesem Zusammenhang kann eine erfolgreiche Marktverschliessung, die sich aus dem Verhalten einer marktbeherrschenden Plattform ergibt, schwerwiegende wettbewerbswidrige Auswirkungen haben, ohne Aussicht darauf, dass sich der Markt innerhalb einer angemessenen Frist selbst korrigiert. Verschiedene Faktoren erscheinen für die Beurteilung des Wettbewerbs auf zweiseitigen Plattformen als kritisch. Besonders hervorzuheben sind die Bedingungen für den Eintritt und die Expansion wie z. B. das Vorhandensein von Grössenvorteilen, Verbundvorteilen oder Netzwerkeffekten. Grössenvorteile bedeuten, dass Wettbewerber weniger wahrscheinlich in den Markt eintreten oder dort bleiben, wenn das marktbeherrschende Unternehmen einen wesentlichen Teil des relevanten Marktes abschottet. Ebenso kann das Verhalten es dem marktbeherrschenden Unternehmen gestatten, einen Markt, der durch Netzwerkeffekte gekennzeichnet ist, zu seinen Gunsten zu «kippen» oder seine Stellung auf einem solchen Markt weiter zu festigen.<sup>327</sup>

323 Vgl. Medienmitteilung UPC vom 6.7.2016, [https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medi-enmitteilungen/details.351\\_9752\\_daucf0.html](https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medi-enmitteilungen/details.351_9752_daucf0.html) (21.2.2018). 324 Vgl. RPW 2016/4, 963 Rz 362, Sport im Pay-TV. 325 Vgl. RPW 2016/4, 1003 f. Rz 660, Sport im Pay-TV. 326 Vgl. DAF/COMP/WF(2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 59. 327 Vgl. DAF/COMP/WF(2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 60.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 63

317. Obschon Skaleneffekte für vielfältige Leistungen bestehen, können diese allenfalls ausgeschöpft sein und es können negative Skaleneffekte in Form steigender Durchschnittskosten auf einer oder beiden Seiten des Marktes auftreten. Dies begrenzt die Grösse einzelner Plattformen. Weiter können mit steigender Anzahl Plattformteilnehmer sog. «Staukosten» entstehen, was die Attraktivität einer Plattform mit zunehmender

Grösse und Komplexität verringert. Eine andere mögliche Einschränkung sind die vertikale und horizontale Produktdifferenzierung. Ebenfalls können (negative) Externalitäten innerhalb der Gruppen die Grösse eines Netzwerks einschränken. Je mehr Verbraucher auf der gleichen Seite sind, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit einer Übereinstimmung mit einem Verbraucher auf der anderen Seite. Deshalb könnte ein Verbraucher eine weniger überfüllte Plattform bevorzugen.<sup>328</sup> 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.<sup>329</sup> 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 und Endkundinnen 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 211).<sup>330</sup> In einer solchen Marktkonstellation kann es für einen TV-Plattformanbieter profitabel sein, einem Programmveranstalter, dessen Angebot durch kein anderes Programm substituierbar ist bzw. einen Premium Content darstellt, einen exklusiven Vertrag anzubieten, um ihn vom Zugang zu anderen Plattformen abzuhalten (single-homing). Allfällige Kompensationszahlungen für die Exklusivität rechnen sich für ein Unternehmen, sofern es mit Hilfe der Exklusivität eine grosse Anzahl Endkunden und Endkundinnen für die eigene Plattform gewinnen und allenfalls einen höheren Preis verlangen kann.<sup>331</sup> 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 Fernsehzuschauerinnen und -zuschauern (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.<sup>332</sup> Die Wettbewerbsschwirkung solcher exklusiver Verträge bzw. der vorliegenden Geschäftsverweigerung ist daher eine zweifache: Zum einen ermöglicht der exklusive Content dem Plattformanbieter den Plattformmarkt zu seinen Gunsten zu kippen oder seine Stellung zu festigen und damit langfristig eine Preiserhöhung gegenüber der Endkundschaft; zum anderen ist eine Verschliessung des Plattformmarktes oder zumindest eine Erschwerung von

328 Vgl. DAF/COMP/WF(2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 61. 329 Vgl. ARMSTRONG MARK / WRIGHT JULIAN, Two-sided platforms, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts, *Economic Theory* 32 (2), 2007, 353. 330 Vgl. RPW 2016/4, 1004 Rz 661, Sport im Pay-TV. 331 Vgl. ARMSTRONG MARK / WRIGHT JULIAN, Two-sided platforms, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts, *Economic Theory* 32 (2), 2007, 376 ff. 332 Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 331), 377 f.; DAF/COMP/WF(2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 67 ff.

Eintritten und Expansion kleiner Plattformanbieter möglich, was mögliche Innovationsdynamiken im Plattformmarkt 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 und -zuschauerinnen wird verringert auf Kosten der Gewinne der Programmveranstalter.<sup>333</sup> 321. Aus diesen Gründen bestehen durch die Ablehnungshandlung von UPC bei den fraglichen Eishockeyinhalten zumindest potenzielle nachteilige Einwirkungen auf den bestehenden Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt und den damit verbundenen Fernmeldemärkten (vgl. Rz 288). Das Tatbestandselement der Wettbewerbsverfälschung bzw. der Eignung zur Wettbewerbsbehinderung ist damit gegeben. Weitere konkrete Effekte sind nicht nachzuweisen.

B.5.3.1.4. Keine Begründung durch «Legitimate Business Reasons» 322. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sog. «Legitimate Business Reasons» begründen lässt, d. h. keine sachlichen Gründe vorliegen.<sup>334</sup> Die Praxis der WEKO nimmt diesbezüglich auch Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.<sup>335</sup> Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen in einem behördlichen oder gerichtlichen Kartellverfahren mit oder ohne Sanktionierung ist die Wettbewerbspraxis der Europäischen Union prinzipiell rechtsvergleichend mit Ausnahmevorbehalt zu berücksichtigen.<sup>336</sup> 323. Die EU-Kommission unterscheidet zwischen der objektiven Notwendigkeit und dem Vorliegen von Effizienzvorteilen. Legitime Gründe liegen dementsprechend vor, wenn das Verhalten objektiv notwendig und verhältnismässig ist oder wenn dadurch Effizienzvorteile erzielt werden, die etwaige wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen aufwiegen.<sup>337</sup> Art. 7 KG bezeichnet keine bestimmten Rechtfertigungsgründe; vielmehr handelt es sich bei der Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das im Hinblick auf die erforderliche Abgrenzung zwischen einem zulässigen und einem wettbewerbswidrigen Verhalten heranzuziehen ist.<sup>338</sup> 324. Als legitime Gründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe («kaufmännische Grundsätze»<sup>339</sup>) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig und verhältnismässig ist.<sup>340</sup> Ob ein Verhalten objektiv notwendig und verhältnismässig ist, muss anhand von Faktoren geprüft werden, die vom marktbeherrschenden Unternehmen unabhängig sind.<sup>341</sup> Eine Rechtfertigung kommt nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Ver-

333 Vgl. RPW 2016/4, 1004 Rz 663, Sport im Pay-TV; ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 331), 379. 334 Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 679, Sport im Pay-TV; RPW 2010/1, 167 Rz 325, Swisscom ADSL. 335 Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 679, Sport im Pay-TV; RPW 2011/1, 165 Rz 408, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). 336 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 512, Sanktionsverfügung – DCC. 337 Vgl. 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), Rz 28. 338 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1242, Sanktionsverfügung – DCC. 339 Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 680, Sport im Pay-TV; BOTSCHAFT 95 (Fn 190), 569. 340 Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 680, Sport im Pay-TV; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 337), Rz 29 ff. 341 Vgl. Mitteilung zu

Art. 82 EGV (Fn 337), Rz 29.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 65

hältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten («Gebot der Unerlässlichkeit»)<sup>342</sup> <sup>325</sup>. Weiter kommen wie erwähnt auch Effizienzgründe in Frage.<sup>343</sup> <sup>326</sup>. Zudem ist bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder zur Gewährleistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist.<sup>344</sup> <sup>327</sup>. Bezüglich Rechtfertigung ist nicht entscheidend, ob Swisscom gegenüber UPC allenfalls ein Angebot für die Fussballübertragungen verweigert hat (vgl. Rz 94 f.). Selbst wenn diesbezüglich eine kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise von Swisscom im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV vorliegt, wäre damit keine tatbestandsmässige Verhaltensweise von UPC rechtfertigbar. Zwar hat das Bundesgericht ausgeführt, es sei nicht zum Vornherein ausgeschlossen, dass eine marktbeherrschende Unternehmung ihre beanstandete Verhaltensweise damit rechtfertigt, dass sie eine in einem anderen Bereich marktbeherrschende Anbieterin daran hindern will, ihrerseits Marktzutrittsschranken zu errichten und wirksamen Wettbewerb dort zu verunmöglichen.<sup>345</sup> Hier liegt indes keine vergleichbare Situation vor. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verhaltensweise von UPC gegenüber Swisscom ihrerseits eine unzulässige Verhaltensweise verunmöglichen können sollte. Das Vorgehen von UPC macht vielmehr den Anschein einer eigentlichen Retorsion, d. h. einer blossen Vergeltung unzulässigen Verhaltens mit unzulässigem Verhalten, welche vom Kartellgesetz nicht vorgesehen ist. <sup>328</sup>. Keine Rechtfertigung ist auch darin zu sehen, dass UPC jahrelang Opfer der kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen von Swisscom gewesen sei.<sup>346</sup> Für die Wiedergutmachung erlittenen Unrechts steht UPC das zivilrechtliche Verfahren offen. <sup>329</sup>. Weiter bringt UPC vor, dass sie von einem kartellrechtlichen zulässigen Verhalten ausgehen können, wenn die Übertragungsrechte in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren für nicht länger als drei Jahre vergeben würden. Zudem habe das Sekretariat beim Ausschreibungsverfahren nicht interveniert.<sup>347</sup> Abgesehen davon, dass, entgegen der Ansicht von UPC, keine Frist von mindestens drei Jahren für die Zulässigkeit exklusiver Sportrechte bei öffentlichen Ausschreibungen besteht, wird vorliegend die Exklusivität auf Ebene des Programmveranstalters überhaupt nicht in Frage gestellt. Aus einer allfälligen Zulässigkeit der Exklusivität auf Ebene der Programmveranstalter lässt sich keineswegs die Zulässigkeit einer Verweigerung auf einer nachgelagerten Ebene ableiten.

<sup>342</sup> Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 69 ff. und 135; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2e édition, 2013, Art. 7 LCart N 83; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 337), Rz 29 ff. <sup>343</sup> Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 680, Sport im Pay-TV; RPW 2004/3, 798 ff., Rz 69 ff., Ticketcorner; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 337), Rz 30. Vgl. zum Ganzen ausführlich: DIKE KG- STÄUBLE/SCHRANER (Fn 190), Art. 7 N 109 ff.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 63 ff. <sup>344</sup> Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 132 ff.; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 337), Rz 89 f.; EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.3.2004, Microsoft, Rz 709 ff. <sup>345</sup> Vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5.9.2003, RPW 2003/4, 923 E. 5.2.2,

Cablecom GmbH/Tele-club AG, WEKO, REKO/WEF. 346 Vgl. act. 9, Rz 19 ff. und 71. 347 Vgl. act. 9, Rz 41 und 81.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 66

330. Zudem stellt sich die Frage nach einem fairen Ausschreibungsverfahren, wie von UPC vorgebracht,<sup>348</sup> nur bei einem erneuten Erwerb der Rechte. Nur in diesem Falle wäre zu prüfen, ob sich die Erwerberin erneut auf Investitionsschutz berufen kann. Dafür wiederum wäre ein faires Ausschreibungsverfahren (bzw. ein fairer und regelmässiger Ausschreibungswettbewerb) Voraussetzung. 331. Diese Frage stellt sich vorliegend allerdings nicht. UPC ist als erstmalige Erwerberin anzusehen, weshalb die Prüfung der Voraussetzungen für das Vorliegen von Effizienzgründen bei der Berufung auf Investitionsschutz unabhängig vom Vorliegen eines fairen Ausschreibungsverfahrens vorzunehmen ist. Dies bedeutet, dass bei einer erstmaligen Erwerberin das Vorliegen eines fairen Ausschreibungsverfahrens weder notwendig noch hinreichend für das Vorliegen von Effizienzgründen ist. 332. In der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats bringt UPC weiter vor, die Unzulässigkeit eines Verhaltens im Sinne von Art. 7 KG setze gemäss Lehre und Rechtsprechung das Fehlen sachlicher Gründe («legitimate business reasons») voraus. Dabei handle es sich entgegen der Darstellung des Sekretariats nicht um Rechtfertigungsgründe für ein tatbestandsmässiges Verhalten; vielmehr entfalle beim Vorliegen von «legitimate business reasons» die Missbräuchlichkeit des Verhaltens im Sinne von Art. 7 KG und damit die Tatbestandsmässigkeit selbst.<sup>349</sup> 333. Hierzu kann festgehalten werden, dass der Antrag des Sekretariats den Begriff der «Legitimate Business Reasons» für die Effizienzfrage verwendet, d. h. die fragliche Verhaltensweise von UPC unter dem Aspekt des fehlenden Vorliegens sachlicher Gründe analysiert. Zudem hat die von UPC vorgebrachte sprachliche Unterscheidung inhaltlich keine Änderung zur Folge. 334. Zur Frage der sachlichen Gründe für die Verweigerung gibt UPC an, sich im vorliegenden Fall gegen eine Exklusivvermarktung entschieden und sämtlichen übrigen Marktteilnehmern den Zugang zu den strittigen Inhalten längst eingeräumt oder angeboten zu haben. Unabhängig davon liessen sich für eine Exklusivstrategie sachliche Gründe anführen. Insbesondere hätten die Behörden keine Intervention gegen die exklusive Veräusserung der strittigen Rechte vorgenommen. Dies habe eine markante Verteuerung der erworbenen Rechte zur Folge. Entsprechend sei UPC auch die Wahl zuzugestehen, auf welche Weise sie die dem Rechteveräusserer behördlich ermöglichte Exklusivitätsmarge amortisieren wolle. Das Gegenteil würde mit dem Vertrauensschutz nicht vereinbar sein (Art. 9 BV). UPC könne nicht zu einem Verkauf unter Wert an ein staatlich kontrolliertes Unternehmen gezwungen werden, was ihr aber aufgrund der Verknüpfung der Gegenseite mit einem inakzeptablen Angebot für den Zugang zu den Fussballinhalten faktisch drohe. Wegen der von Swisscom geforderten gegenseitigen Gewährung des Zugangs zu den fraglichen Sportinhalten sei von einem Konsens bezüglich eines gegenseitigen «Quid pro quo» auszugehen. Damit erweise sich die geforderte Zugangsgewährung für die Verfügungsadressatin aber als unzumutbar, solange die Gegenseite ihrerseits den Zugang der Verfügungsadressatin zu den eigenen Programminhalten an inakzeptable Bedingungen knüpfe. So liege entgegen der haltlosen Unterstellung durch das Sekretariat auch nicht eine «Retorsion» vor, sondern ein legitimes Beharren auf einer fairen Verhandlungslösung anstelle einer einseitigen Schaffung von Fakten unter behördlicher Mitwirkung.<sup>350</sup>

348 Vgl. act. 9, Rz 41 und 58 ff. 349 Vgl. act. 165, Rz 76. 350 Vgl. act. 165, Rz 78 f.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 67

335. Zuerst ist zum Vorbringen der Gewährung oder des Angebots des Zugangs zu den Eishockeyinhalten darauf hinzuweisen, dass zumindest in Bezug auf Swisscom eine Ablehnungshandlung vorliegt (Rz 276 ff.). 336. Weiter kann zum Vorbringen der exklusiven Vergabe der Rechte auf Randziffer 329 verwiesen werden. Und zum Vorbringen der gegenseitigen Gewährung des Zugangs zu den fraglichen Sportinhalten kann auf die Randziffern 327 f. verwiesen werden. 337. Als nächstes ist auf die Verfügung der WEKO vom 26. Juni 2017 zu vorsorglichen Massnahmen hinzuweisen (vgl. Rz 8).<sup>351</sup> In dieser Verfügung hat sich die WEKO eingehend mit der Frage etwaiger legitimer Gründe für die fragliche Verweigerung auseinandergesetzt.<sup>352</sup> UPC hat diese Verfügung mit Schreiben vom 11. Juli 2017 erhalten. Somit sind UPC seit mehr als drei Jahren die Umstände für die Beurteilung der legitimen Gründe der Verweigerung im vorliegenden Fall bekannt. UPC hatte mehr als drei Jahre Zeit, etwaige Ergänzungen zu dieser Beurteilung vorzunehmen. Insbesondere enthält die Stellungnahme von UPC zum Antrag des Sekretariats keine Ergänzungen zur Beurteilung der WEKO in der Verfügung über vorsorgliche Massnahmen. Im Rahmen der Mitwirkungspflicht ist von UPC zu erwarten, dass sie zusätzliche Angaben macht, wenn sie mit der behördlich vorgenommenen Beurteilung nicht einverstanden ist. 338. Dem Vorbringen von UPC der sachlichen Begründung einer reinen Exklusivvermarktung mit Blick auf den Wettbewerb der Inhalte<sup>353</sup> sind die Voraussetzungen für eine legitime Begründung der Verweigerung entgegenzuhalten. Es handelt sich hierbei um objektive Rechtfertigungsgründe (v. a. technische Faktoren) und Effizienzgründe.<sup>354</sup> Bei dem geltend gemachten Wettbewerb um Inhalte handelt es sich weder um technische Faktoren noch um Effizienzgründe. Zudem wäre bei Berücksichtigung des Vorbringens beispielsweise bei einer Koppelung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen die Koppelung eines Marktbeherrschungsguts mit einem Wettbewerbsgut wegen dem Wettbewerbsgrund von vornherein legitimiert. Dies liefe klar der als problematisch geltenden Koppelungen durch marktbeherrschende Unternehmen entgegen. 339. Letztlich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass UPC im Verfahren Sport im Pay-TV der Ansicht war, es sei nicht ersichtlich, weshalb eine Investition im Rahmen eines fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerbs um Sportübertragungsrechte eine Geschäftsverweigerung bezüglich der Bereitstellung von Sportübertragungen zu Ungunsten von Konkurrenten im TV-Plattformmarkt zu rechtfertigen vermöge.<sup>355</sup> Somit schliesst UPC selber entgegen der von ihr hier vertretenen Ansicht die Möglichkeit eines Investitionsschutzes bzw. die Möglichkeit einer Legitimierung durch Wettbewerb der Inhalte von vornherein aus. 340. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorbringen von UPC die in Frage stehende Verweigerung nicht sachlich zu begründen vermögen. Zudem sind zurzeit auch keine anderen legitimen Gründe (objektive Begründung oder Effizienzgründe) für die Verweigerung der Geschäftsbeziehungen ersichtlich.

351 Vgl. act. 26. 352 Vgl. act. 26, Rz 67 ff. und act. 30. 353 Vgl. act. 165, Rz 81. 354 Vgl. RPW 2016/4, 1007 f. Rz 685 und 694 f., Sport im Pay-TV. 355 Vgl. RPW 2016/4, 1008 Rz 702, Sport im Pay-TV.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 68

B.5.3.2. Stellungnahme UPC 341. Im Ergebnis geschehe nichts anderes, als dass UPC für eine angebliche Nichtüberlassung von Eishockeyübertragungen an Swisscom gebüsst werden solle, obschon diese ihrerseits den marktgerechten und diskriminierungsfreien Zugang zu Fussball- und weiteren Programminhalten gegenüber UPC vom Zugang zu

Eishockeyübertragungen abhängig gemacht und dabei gleichzeitig den Zugang zu ihren eigenen Programminhalten an für die Verfügungs- adressatin inakzeptable Bedingungen geknüpft habe. Auch im Zivilrecht gelte der Grundsatz, dass eine Leistung nur erbracht werden müsse, wenn die Gegenseite ihrerseits die Erfüllung anbiete (Art. 82 OR). Eine Sanktionierung sei nicht nur insofern widersprüchlich, sondern blende auch aus, dass es nicht UPC, sondern Swisscom gewesen sei, welche die Verhand- lungen vorübergehend abgebrochen habe. Eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen seitens UPC im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG sei vorliegend nicht gegeben.<sup>356</sup> 342. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass es vorliegend in einem ersten Schritt um ein An- gebot von UPC an Swisscom geht. Es geht nicht um die gegenseitige Erfüllung eines Vertra- ges. Zudem muss als Gegenleistung für den Zugang zu den Eishockeyinhalten nicht zwangs- läufig der vollständige Zugang zu den von UPC geforderten Fussballübertragungen erfolgen. [...] In Bezug auf die Frage eines etwaigen Verhandlungsabbruchs kann auf die Randziffern 169 ff. verwiesen werden. 343. Weiter bringt UPC vor, eine Sanktion erscheine umso stossender, als die WEKO gegen die zentrale und exklusive Vermarktung der Übertragungsrechte durch den Eishockeyverband im Rahmen des behördlich begleiteten Vergabeprozesses nicht interveniert habe, nachdem im Vorfeld der Rechtevergaben am 16. März 2016 ein runder Tisch zum Vergabeprozess mit der damaligen Bundesrätin Doris Leuthard unter Einbezug von Rechteinhabern, Rechtever- mittlern und Rechtenutzern stattgefunden habe und die Sportverbände in Bezug auf die Pro- zeduren der Rechtevergabe beim Sekretariat schriftlich vorstellig geworden seien. Dadurch hätten die Behörden dem Eishockeyverband die Realisierung eines äusserst hohen Verstei- gerungserlöses zulasten UPC, die im Zeitpunkt des Bieterwettbewerbs vom marktgerechten Zugang zu den wichtigsten Sportübertragungsrechten durch das Verhalten von Swisscom ab- geschnitten gewesen sei (und dies auch heute noch weitgehend sei), überhaupt erst ermög- licht. Unbesehen dessen, dass UPC sich letztlich gegen eine Exklusivstrategie entschieden habe, würde es nicht nur widersprüchlich sein, eine exklusive Veräusserung auf vorgelagerter Marktstufe behördlich zuzulassen und gleichzeitig eine exklusive Verwertung auf nachgela- gerter Stufe zu verbieten, es würde auch hinsichtlich der wirtschaftlichen Amortisation einer solch bedeutenden Investition mit dem Vertrauensschutz nicht vereinbar sein, einem Unter- nehmen das legitime Interesse an einer gewinnorientierten Verwertung zugunsten eines staat- lich kontrollierten Konkurrenten rundum abzusprechen (Art. 9 BV).<sup>357</sup> 344. Hierzu ist festzuhalten, dass die Frage der Zulässigkeit der Zentralvermarktung der Schweizer Eishockeyübertragungsrechte nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Für das vorliegende Verfahren ist von Bedeutung, dass Inhaber exklusiver Übertragungs- rechte 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 wahr- scheinlich. Grundsätzlich gilt dabei, dass dem Inhaber dieser Rechte umso mehr Marktmacht verliehen wird, je umfassender, exklusiver und langfristiger die Übertragungsrechte ausgestal- tet sind.<sup>358</sup> Zudem vertritt die WEKO die Ansicht, dass allein die Tatsache des Erwerbs eines exklusiven Übertragungsrechts in einem ordentlichen Vergabeverfahren nicht verhindern

356 Vgl. act. 165, Rz 8. 357 Vgl. act. 165, Rz 9. 358 Vgl. RPW 2016/4, 990 Rz 553, Sport im Pay-TV.

kann, dass dem Rechteinhaber ex post unter Umständen eine marktbeherrschende Stellung zukommt.<sup>359</sup> Und auch bei einer Intervention bleibt die exklusive Nutzung auf Stufe des Programmveranstalters unangetastet. Unter diesen Umständen hat UPC nach wie vor die Möglichkeit zu nicht-diskriminierenden Bedingungen Zugang zu den Eishockeyinhalten zu gewährleisten; mithin angemessen für den Zugang zu den Eishockeyinhalten entschädigt zu werden. Und selbst wenn, ist darauf hinzuweisen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt, weshalb dem marktbeherrschenden Unternehmen gewisse Verhaltensweisen untersagt sind (vgl. Rz 268).

345. UPC macht geltend, die objektive Notwendigkeit des strittigen Guts ergebe sich entgegen dem Verfügungsantrag nicht schon aus dem blossen Behinderungspotenzial einer angebotlichen Verweigerung. Vielmehr folge umgekehrt aus der Annahme, dass die von der Geschäftsverweigerung betroffenen Produkte oder Dienstleistungen für die wirtschaftliche Tätigkeit des um Geschäftsbeziehungen bemühten Unternehmens unerlässlich bzw. objektiv notwendig sein müssten, zwangsläufig, dass im Falle einer Verweigerung eine eigentliche Marktverschliessung drohe. Davon gehe auch die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden aus. Eine solche Marktverschliessung drohe in casu offensichtlich nicht. Vielmehr lieferten sich mehrere grosse Anbieter von TV-Plattformen einen intensiven Wettbewerb mit unterschiedlichen Programminhalten um Endkunden, wobei Swisscom selbstbewusst mit ihrer Marktführerschaft werbe. Das Sekretariat gelange denn auch unter Verweis auf die ökonomische Literatur zum Schluss, der exklusive Vertrieb von Premium Content stelle in der Pay-TV-Branche geradezu die Regel dar. Weshalb aber etwa die exklusive Vermarktung einer Fernsehserie im Free-TV oder die von Teleclub ohne behördliche Beanstandung jahrelang praktizierte Exklusivvermarktung von Premium-Spielfilmen im Pay-TV zulässig sein sollten, ein exklusiver Vertrieb von Eishockeyspielen bei vergleichbarer Reichweite hingegen nicht, lasse die Behörde unbeantwortet.<sup>360</sup> Der Ausbau der Marktstellung von Swisscom, die über das mit Abstand grösste Angebot an Sportübertragungen verfüge, belege sowohl die fehlende Unerlässlichkeit von Eishockey-Übertragungen für wirksamen Wettbewerb im betroffenen Markt, sondern auch das Fehlen eines drohenden Marktausschlusses oder auch nur spürbarer Wettbewerbsbeeinträchtigungen aufgrund des strittigen Verhaltens. Wenn schon, wäre eher von einem positiven Effekt auf den Wettbewerb auszugehen, indem UPC derzeit mit den Marktführern in einem Wettbewerb der Inhalte um Endkunden konkurriere, [...] 346. Entgegen der Ansicht von UPC ist ein Verhalten nicht erst dann tatbestandsmässig, wenn eine eigentliche Marktverschliessung droht. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass missbräuchliches Verhalten keine bestimmten Erheblichkeitsschwellen voraussetzt (vgl. Rz 307). Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung müssen sodann keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden (vgl. Rz 308). Wie bereits erwähnt, geht es vorliegend auch – und damals auf Anzeige von UPC in umgekehrter Konstellation – nicht um die «Programmveranstalter-Exklusivität» sondern die Plattform-Exklusivität (vgl. Rz 264). Ausserhalb von Sportübertragungen, etwa bei fiktionalem Content, bestehen derzeit auch keine Anhaltspunkte für eine Marktbeherrschung. Im Übrigen ist die WEKO im Verfahren Sport im Pay-TV auch gegen die (teilweise) plattform-exklusive Vermarktung von Fussballübertragungen vorgegangen.

359 Vgl. RPW 2016/4, 993 Rz 571, Sport im Pay-TV. 360 Vgl. act. 165, Rz 65 ff.

B.5.3.3. Stellungnahme Swisscom 347. Swisscom führt aus, UPC habe ihr bis [...] keine Offerte für Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV bzw. das MySports-Angebot unterbreitet. Spätestens mit der ausdrücklichen Angebotsverweigerung von UPC mit Schreiben vom [...] sei das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsverweigerung erfüllt.<sup>361 348.</sup> Die WEKO sei in der Verfügung Sport im Pay-TV zum Ergebnis gelangt, dass für TV-Plattformanbieter, die Angebote auf der Basis der IPTV-Technologie unterbreiten wollen, Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV einen objektiv notwendigen Input darstellten. UPC habe Swisscom insbesondere auch keine Offerte für ein mit Teleclub Sport 1 bis 3 vergleichbares Grundangebot unterbreitet. Es stehe kein im Sinne der WEKO-Praxis für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit unerlässliches Alternativangebot zur Verfügung.<sup>362 349.</sup> Unter Zugrundelegung der in der Verfügung Sport im Pay-TV angenommenen Wettbewerbswirkungen sei davon auszugehen, dass die Geschäftsverweigerung von UPC eine Wettbewerbsbehinderung auf dem TV-Plattformmarkt sowie den verbundenen Fernmeldemärkten zur Folge habe. Zwar teile Swisscom die Auffassung des Sekretariats nicht, wonach gestützt auf die jüngste Rechtsprechung des BVGer für den Tatbestand der missbräuchlichen Geschäftsverweigerung keine wettbewerbsbehindernden Effekte nachgewiesen werden müssten. Vorliegend sei die Geschäftsverweigerung von UPC jedoch ohne weiteres geeignet, den Wettbewerb zu behindern, weil UPC Swisscom durch ihr Verhalten bewusst im Wettbewerb habe behindern wollen bzw. dies gar das Hauptziel der Exklusivität [...] gewesen sei. Die europäische Rechtsprechung halte ausdrücklich fest, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eine Behinderungsstrategie oder -absicht voraussetzt; Für die Prüfung der Frage, ob sich ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich verhalten hat, müsse zwangsläufig die Geschäftsstrategie des Unternehmens beurteilt werden. UPC wollte und wolle sich mit der Verweigerung der Schweizer Eishockeyübertragungen bewusst einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Somit sei vorliegend klarerweise auch die Behinderungsstrategie von UPC gegeben.<sup>363 350.</sup> Sachliche Gründe für die Geschäftsverweigerung lägen keine vor. Es bestünden insbesondere keine technischen Rechtfertigungsgründe, weshalb die Schweizer Eishockeyübertragungen nicht auf der Swisscom TV Plattform ausgestrahlt werden könnten.<sup>364 351.</sup> Weiter macht Swisscom geltend, die Berücksichtigung von Investitionskosten könne gemäss Bundesgericht einen Rechtfertigungsgrund für ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellen. Laut Bundesgericht sei das zweckmässige Vorgehen beim Umgang mit Investitionen jedoch nicht abstrakt, sondern einzelfallweise zu betrachten. Es komme somit auf die konkreten Umstände des Verhaltens von UPC an. Das Verhalten von UPC lasse vorliegend auf keinerlei Effizienzvorteile schliessen und sei ausschliesslich darauf ausgerichtet, Swisscom im Wettbewerb zu behindern. Wie das Sekretariat richtig festhalte sei diese Behinderung durch UPC explizit beabsichtigt. UPC könne sich deshalb auch nicht auf den Investitionsschutz berufen.<sup>365</sup>

361 Vgl. act. 164, Rz 10 f. 362 Vgl. act. 164, Rz 12 f. 363 Vgl. act. 164, Rz 14 ff. 364 Vgl. act. 164, Rz 18 ff. 365 Vgl. act. 164, Rz 84 ff.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 71

B.5.3.4. Stellungnahme Sunrise 352. Sunrise führt aus, dass gemäss Bundesverwaltungsgericht eine für den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG notwendige Ablehnungshandlung

insbesondere auch dann vorliege, wenn sich die Ablehnung nicht aus einer entsprechend abweisenden Erklärung, sondern faktisch als Ergebnis einer Hinhaltenaktik oder einer Abschreckungsstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens einstelle. Eine Hinhaltenaktik bestehe demnach darin, dass der konkrete Abschluss der Geschäftsbeziehung oder die Erlangung des jeweils nachgefragten Einsatzguts durch die (weitere) Angabe von Gründen, die unzutreffend oder sachlich nicht angemessen sind, aufgeschoben oder gänzlich verhindert werde.<sup>366</sup> 353. Dies sei nach Ansicht von Sunrise vorliegend der Fall, indem UPC die Verhandlungen und auch dieses Verfahren verzögere. Es drohe die Gefahr, dass Sunrise bis zum Ablauf der Saison 2022 keine entsprechenden Eishockeyspiele werde übertragen können. UPC habe «bis dato» nie vorgehabt, Sunrise oder anderen interessierten TV-Plattformen ausserhalb des Kabelnetzes Zugang zu den relevanten Eishockey-Übertragungsrechten zu verschaffen. Von Anfang an sei UPC darauf aus gewesen, Sunrise den Zugang bis zum Ablauf der letzten zu- geteilten Spielsaison zu verweigern. Die Verhandlungsgespräche von UPC mit Sunrise hätten einzig und allein dem systematischen Hinhalten von Sunrise gedient. Für UPC wäre es mit dem entsprechenden Willen ein Leichtes gewesen, [...]<sup>367</sup> 354. [...] 355. Zu den Vorbringen von Sunrise betreffend Hinhaltenaktik ist auf die Würdigung des relevanten Sachverhalts hinzuweisen. Danach kann eine Hinhaltenaktik seitens UPC nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden (vgl. Rz 180). 356. Weiter sei Sunrise gleichermassen von der Geschäftsverweigerung von UPC betroffen wie Swisscom. [...] 357. Im Ergebnis erfülle UPC mit ihrem Verhalten auch gegenüber Sunrise den Tatbestand der Geschäftsverweigerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG. 358. Zudem seien gemäss Sunrise die mögliche Erfüllung der Tatbestände der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu untersuchen. Zum Tatbestand der Diskriminierung sei insbesondere hervorzuheben, dass auch schon alleine eine Diskriminierung in zeitlicher Hinsicht genügen könne, um den Tatbestand zu erfüllen.<sup>368</sup> Das WEKO-Sekretariat habe dies im Rahmen einer Beratung im vorliegenden Kontext denn auch bereits ausdrücklich bestätigt.<sup>369</sup> Sofern die WEKO in Bezug auf Sunrise nicht von einer Geschäftsverweigerung ausgehen sollte, wäre der Tatbestand der Diskriminierung einschlägig und entsprechend den bereits gegebenen Sachverhaltselementen unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen und/oder weiter zu untersuchen.<sup>370</sup> 359. Somit sieht zusammengefasst Sunrise eine Diskriminierung im Vergleich zu Swisscom, indem UPC Sunrise die Belieferung mit den fraglichen Eishockeyinhalten verweigere und

366 Vgl. act. 190, Rz 17 (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 905, Sanktionsverfügung – DCC). 367 Vgl. act. 190, Rz 18 ff. 368 Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 190), Art. 7 N 303. 369 Vgl. RPW 2017/2, 276 Rz 16, Beratung Eishockey im Pay-TV. 370 Vgl. act. 190, Rz 25.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 72

Swisscom nicht. Allerdings kann UPC in Bezug auf Sunrise eine Hinhaltenaktik nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden (vgl. Rz 180). Weil damit eine Verweigerung nicht zweifelsfrei nachweisbar ist, kann vorliegend auch von vornherein keine Diskriminierung durch Verweigerung nachgewiesen werden. B.5.4. Ergebnis 360. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass UPC die Geschäftsbeziehung gegenüber zumindest Swisscom im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art.

7 Abs. 1 KG in ungerechtfertigter Weise verweigert hat. Die Verweigerung erfolgte mindestens im Zeitraum vom [...] (vgl. Rz 280) bis zum Abschluss der Distributionsvereinbarung zwischen UPC und Swisscom am [...] (vgl. Rz 152). C. Massnahmen 361. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 362 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 384 ff.). C.1. Anordnung von Massnahmen 362. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>371</sup> 363. Im vorliegenden Fall verweigert UPC gegenüber Swisscom ungerechtfertigterweise die Belieferung mit den Eishockeyübertragungen der National League und der Swiss League (vgl. Rz 84 und 360). Mit dieser Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG sind zumindest potenzielle nachteilige Einwirkungen auf den bestehenden Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt und den damit verbundenen Fernmeldemärkten und somit eine Wettbewerbsverfälschung verbunden (vgl. Rz 321). 364. Aus diesen Gründen kommt nur ein Verbot der Verhaltensweise in Frage, d. h. eine Beendigung der Verweigerung in Bezug auf das Rohsignal der Eishockeyübertragungen oder der Durchleitung des Senders Mysports. Es ist keine mildere Massnahme ersichtlich, welche die festgestellte Wettbewerbsverfälschung beseitigen könnte. Ein Verbot der Verweigerung erweist sich deshalb grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellte Wettbewerbsverfälschung zu beseitigen. 365. Entsprechend der vorliegenden Feststellung erfolgt die tatbestandsmässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV. Die durch die Verweigerung erfolgte Wettbewerbsverfälschung lässt sich ohne Weiteres durch Beendigung der Verweigerung beseitigen. Anders ausgedrückt, wenn UPC das verweigerte Gut – Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV – keinem TV-Plattformanbieter mehr vorenthält, entfällt die Wettbewerbsverfälschung hinsichtlich Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG. Dabei genügt es, dass

371 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 182), Art. 30 KG N 58 f.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 73

den TV-Plattformanbietern entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) angeboten wird. Nicht erforderlich ist hingegen das Angebot beider Varianten. Dabei genügt die Implementation einer dieser beiden Varianten im Rahmen eines OTT-Angebots auf der TV-Plattform des nachfragenden Unternehmens. C.1.1. Stellungnahme Swisscom 366. Die vom Sekretariat vorgesehenen Massnahmen gehen gemäss Swisscom in die richtige Richtung, seien von der WEKO jedoch in zweierlei Hinsicht zu ergänzen. Erstens genüge die im Antrag vorgesehene Auflage den kartellrechtlichen Grundsätzen nicht. UPC könnte nämlich unter dem Vorwand, dass CATV-Plattformen und IPTV-Plattformen ungleiche Vertragspartner darstellen, immer noch gänzlich unterschiedliche Konditionen von CATV-Plattformen einerseits und

IPTV-Plattformen andererseits verlangen. In diesem Fall läge zwar vordergründig keine Diskriminierung vor. Für UPC bestünde aber weiterhin die Möglichkeit, unfaire Geschäftsbedingungen von den IPTV-Plattformen zu verlangen (bspw. hinsichtlich Dauer, anfälliger Einschränkungen, Preis und sonstiger Konditionen, etc.). Solche Scheinangebote wären ein «konstruktiver refusal to supply». Um zu verhindern, dass UPC deshalb mit fadenscheinigen Begründungen den IPTV-Plattformen unfaire Angebote unterbreite und dadurch die Schweizer Eishockeyübertragungen für die Vermarktung der CATV-Plattformen weiterhin monopolisiere, sei Ziffer 1 des Dispositivs dahingehend zu ergänzen, dass UPC verpflichtet werde, allen TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden und fairen Bedingungen anzubieten.<sup>372 367.</sup> Dazu ist darauf hinzuweisen, dass es einem marktbeherrschenden Unternehmen untersagt ist, ohne triftigen Grund ungleiches Verhalten auf gleichartige Situationen anzuwenden.<sup>373</sup> Die Gleichartigkeit der Situation kann sich dabei nach der Praxis der WEKO bereits daraus ergeben, dass die in Frage stehenden Unternehmen auf demselben Markt miteinander im Wettbewerb stehen und äquivalente Produkte anbieten.<sup>374</sup> Wenn also UPC die im Wettbewerb um TV-Kunden stehenden CATV-Plattformen und IPTV-Plattformen unterschiedlich behandeln würde, müssten dafür sachliche Gründe bestehen, andernfalls UPC gegen Art. 7 KG verstossen würde. Demgegenüber ist der von Swisscom beantragte Begriff «fair» nicht zwingend vollständig durch Art. 7 KG abgedeckt. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann nach Massgabe des Kartellgesetzes nur soweit zu «fairem» Verhalten angehalten werden, als dies Art. 7 KG vorgibt. Dies erfolgt bereits mit der Formulierung «zu nicht-diskriminierenden Bedingungen». <sup>368.</sup> Swisscom macht zudem geltend, die Implementierung einer der beiden Varianten der Massnahme (das Angebot des Rohsignals der Schweizer Eishockeyübertragungen oder der Durchleitung des Programmangebots Mysports) im Rahmen eines OTT-Angebots auf der TV-Plattform des nachfragenden Unternehmens genüge nur, sofern dem TV-Plattformanbieter das OTT-Angebot direkt ohne Bündel oder Vertragsbeziehungen zu Dritten zur Verfügung gestellt werde.<sup>375</sup>

372 Vgl. act. 164, Rz 24 ff. 373 Vgl. RPW 2016/4, 1011 Rz 723, Sport im Pay-TV. 374 Vgl. RPW 2011/1, 179 Rz 489, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), 375 Vgl. act. 164, Rz 91.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 74

369. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass mit der Formulierung «zu nicht-diskriminierenden Bedingungen» sichergestellt ist, dass UPC Swisscom oder andere TV-Plattformanbieter in vergleichbaren Situationen nicht unterschiedlich behandeln darf. <sup>370.</sup> Swisscom bringt weiter vor, dass UPC ohne zeitliche Verzögerungen in der Lage sei, Swisscom eine Angebotsofferte für die Schweizer Eishockeyübertragungen zu unterbreiten und die Massnahme umzusetzen. UPC sei deshalb zweitens für die Umsetzung der Massnahme eine Frist von 30 Tagen zu setzen. Nur so könne verhindert werden, dass UPC, wie bereits im Sommer 2016, eine Hinhaltenaktik verfolge und lediglich den Anschein einer Kooperationsbereitschaft wahre. <sup>371.</sup> Entgegen der Ansicht von Swisscom bedarf es keiner Ansetzung einer Frist von 30 Tagen. Denn sollte UPC eine Verzögerungs-/Hinhaltenaktik verfolgen, wäre diese ein Verstoss gegen die Massnahme. Eine überlange Verhandlungsdauer könnte sodann kaum als nicht-diskriminierend bezeichnet werden. <sup>372.</sup>

Swisscom führt sodann aus, dass die Beziehung zwischen UPC und Swisscom aus früheren und dem vorliegenden kartellrechtlichen Verfahren vor der WEKO strapaziert sei. Vertragsverhandlungen seien mit erheblichen Hindernissen seitens UPC verbunden. Es sei deshalb sicherzustellen, dass UPC die Umsetzung der Massnahme auch vornehmen und insbesondere kooperative Vertragsverhandlungen unterhalten werde. Aus diesem Grund sei das Dispositiv des Verfügungsantrags um eine zusätzliche Ziffer zu ergänzen, wonach sich die WEKO das Recht vorbehalte, die Einhaltung der Massnahme bzw. die unter Ziffer 1 des Dispositivs statuierte Anordnung zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.<sup>376 373</sup>. Hierzu ist festzuhalten, dass die WEKO Verstösse gegen Massnahmen sanktionieren kann (vgl. Art. 50 KG). Dazu bedarf es keiner Anordnung im Dispositiv. C.1.2. Stellungnahme Sunrise 374. Gemäss Sunrise sei die Verpflichtung von UPC, allen TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen der National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nichtdiskriminierenden Bedingungen anzubieten, mit einer Umsetzungsfrist zu verbinden. So sei UPC zu verpflichten, innerhalb einer Umsetzungsfrist von fünf Arbeitstagen ab dem Eingang eines entsprechenden Zugangsbegehrens einer TV-Plattform, ein konkretes und verbindliches Angebot zu unterbreiten. Zudem sollte die Anordnung der Zugangsverpflichtung von UPC in geeigneter Weise publiziert werden, damit allfällig interessierte TV-Plattformen sich bei UPC melden könnten.<sup>377 375</sup>. Zur von Sunrise vorgebrachten vorzuziehenden Umsetzungsfrist kann auf Randziffer 371 verwiesen werden. Hinsichtlich Publikation ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Verfügung gemäss Art. 35 Abs. 1 GR-WEKO ohnehin zu publizieren ist. C.1.3. Ergebnis 376. UPC ist zu verpflichten, allen ersuchenden TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden Bedingungen anzubieten.

376 Vgl. act. 164, Rz 29 ff. 377 Vgl. act. 190, Rz 32 ff.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 75

377. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend anzuordnenden Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>378</sup> C.1.4. Entzug der aufschiebenden Wirkung 378. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde gegen vorliegende Verfügung aufschiebende Wirkung zu. Soweit die Verfügung keine Geldleistungen zum Gegenstand hat, kann der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung müssen überzeugende Gründe vorliegen; dabei hat eine einzelfallbezogene Interessenabwägung zu erfolgen.<sup>379</sup> C.1.4.1. Stellungnahme Swisscom 379. Swisscom macht geltend, die Behörde sei zum Entzug der aufschiebenden Wirkung verpflichtet, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen dies so gebieten würden.<sup>380 380</sup>. Hierzu ist festzustellen, dass zum jetzigen Zeitpunkt keine überwiegenden Interessen für einen Entzug der aufschiebenden Wirkung bestehen. Dies insbesondere, nachdem sich UPC und Swisscom bei der Belieferung der vorliegend relevanten Eishockeyinhalten geeinigt haben. C.1.4.2. Stellungnahme Sunrise 381. Gemäss Sunrise

rechtfertigt es sich vorliegend sowohl aus öffentlichen wie auch privaten Interessen, der Beschwerde in Bezug auf die Zugangsverpflichtung (Dispositivziffer 1 des Auszugs des Verfügungsantrags) die aufschiebende Wirkung nach Art. 55 Abs. 2 VwVG zu entziehen. Andernfalls werde die Verfügung in Bezug auf die Zugangsverpflichtung wegen dem Verzögerungsverhalten von UPC keinen Effekt mehr haben und UPC das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz solange hinauszögern, bis auch die letzte verfahrensrelevante Saison beendet worden sei.<sup>381</sup> <sup>382</sup>. Das Öffnen des Wettbewerbs mittels Zugangsverpflichtung betreffe ein Kernanliegen des Kartellgesetzes und liege damit offensichtlich im öffentlichen Interesse. Neben Swisscom hätten auch Sunrise und viele weitere Unternehmen ein starkes privates Interesse daran, möglichst rasch tatsächlich Zugang zu den Eishockeyübertragungen zu erhalten. Nur mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung bestehe zumindest noch eine gewisse Chance, dass UPC noch vor Ablauf der letzten zugeteilten Saison interessierten TV-Plattformen diskriminierungsfreien Zugang zu den verfahrensrelevanten Eishockeyübertragungen gewähre. Demgegenüber erziele UPC mit der Umsetzung der Zugangsverpflichtung Umsatz. Ihr entstünde demnach hierdurch kein oder zumindest kaum ein Nachteil. Damit wiege das private Interesse von UPC an der Unversehrtheit ihrer Privatautonomie im Vergleich zu den im Raum stehenden

378 Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multipay; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique. 379 Vgl. HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 55 VwVG N 90 ff., und REGINA KIENER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 55 VwVG N 14, je m.Nw. 380 Vgl. act. 164, Rz 32 ff. 381 Vgl. act. 190, Rz 38 f.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 76

öffentlichen Interessen und privaten Interessen an einer schnellen Umsetzung der Zugangsverpflichtung und der damit einhergehenden Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs bedeutend weniger schwer.<sup>382</sup> <sup>383</sup>. Zu diesem Vorbringen ist auf das mögliche Zusammenschlussvorhaben zwischen Liberty Global und Sunrise hinzuweisen.<sup>383</sup> Sollte das Zusammenschlussvorhaben zustande kommen, ist Sunrise ohnehin Teil des Konzerns Liberty Global bzw. UPC (vgl. Rz 187). Wenn das Zusammenschlussvorhaben nicht zustande kommt, ist, sofern vorliegende Verfügung bis dann noch nicht rechtskräftig ist, die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens möglich. So oder anders liegt zurzeit keine besondere Dringlichkeit bzw. ein überwiegendes Interesse am Entzug der aufschiebenden Wirkung vor. C.2. Sanktionierung C.2.1. Allgemeines <sup>384</sup>. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungsanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>384</sup> Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.<sup>385</sup> C.2.2. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG <sup>385</sup>. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. C.2.2.1. Unternehmen <sup>386</sup>. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2

Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.<sup>386</sup> Zur Qualifizierung von UPC als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 181 ff. verwiesen. C.2.2.2. Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG 387. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden zweiten in Art. 49a Abs. 1

382 Vgl. act. 190, Rz 40 f. 383 Vgl. Medienmitteilung Liberty Global vom 12. August 2020, <[https://www.libertyglobal.com/liberty-](https://www.libertyglobal.com/liberty-global-to-acquire-100-of-sunrise-communications-group-by-tender-offer/)

global-to-acquire-100-of-sunrise-communications-group-by-tender-offer/> (23.9.2020).

384 Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92. 385 BBl 2002 2022, 2034. 386 Statt vieler: JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 77

KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält im Sinne von Art. 7 KG. 388. Zur Vermeidung von Redundanzen kann hier auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden, insb. auch das Fazit in Rz 360. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind. C.2.3. Vorwerfbarkeit 389. Das Schuldprinzip besagt, dass in Strafverfahren ein Beschuldigter nur dann verurteilt werden darf, wenn ein Verschulden und damit eine persönliche Verantwortlichkeit für die Tat gegeben sind (nulla poena sine culpa). Es wird nach überwiegender Auffassung aus der Unschuldsvermutung in Art. 31 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK abgeleitet.<sup>387</sup> Dabei gilt es nach der Rechtsprechung von BGer und BVGer zu berücksichtigen, dass ein Verfahren über ein wettbewerbswidriges Verhalten einerseits ein Verwaltungsverfahren und kein Strafverfahren darstellt und demzufolge bei Kartellsanktionen strafrechtliche und strafprozessuale Vorschriften grundsätzlich keine Anwendung finden, sondern strafrechtliche Grundsätze nur insoweit zu berücksichtigen sind, als dies aufgrund höherrangigen Rechts im Rahmen einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung zwingend geboten ist. Zugleich kommt einer Sanktion gemäss Art. 49a KG ein strafrechtsähnlicher Charakter zu, weil sie die für strafrechtliche (Anklage-)Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK vorausgesetzten Kriterien erfüllt. Dies hat eine analoge Anwendung von strafrechtlichen Grundsätzen mit verfassungs- und konventionsrechtlichen Bezügen zur Folge.<sup>388</sup> 390. Nach der Praxis der WEKO und der Gerichte muss dem Unternehmen nebst der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zumindest ein «fahrlässiges» Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt, obwohl es sich bewusst ist, dass es möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.<sup>389</sup> Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens.<sup>390</sup> 391. Die vorliegend zur Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 7 KG führenden Sachverhaltselemente waren UPC bekannt. Dies insbesondere, nachdem UPC Partei im Verfahren Sport im Pay-TV war (vgl. Rz 70 ff.). Es war UPC daher bewusst, dass UPC im Bereich der Eishockeyübertragungen im Pay-TV über eine marktbeherrschende Stellung verfügen dürfte. Aufgrund des Entscheides in Sachen Sport im Pay-TV konnte UPC keinesfalls darauf vertrauen, nicht

marktbeherrschend zu sein. 392. Dass UPC Swisscom hinsichtlich der fraglichen Eishockeyübertragungen anders behandelt als die KNU, war und ist UPC offenkundig nicht nur bekannt sondern explizit beabsichtigt (vgl. Rz 91 und 167). Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens ist im vorliegenden Fall somit in jedem Fall gegeben. Dies umso mehr, als dass UPC ihrerseits das vergleichbare Verhalten von

387 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1477, Sanktionsverfügung – DCC. 388 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1479, Sanktionsverfügung – DCC. 389 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO; RPW 2016/4, 1023 Rz 847, Sport im Pay-TV. 390 Vgl. BGE 139 I 72, nicht publ. E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2), Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.Hinw.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1488 f., Sanktionsverfügung – DCC.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 78

Swisscom im Verfahren Sport im Pay-TV als unzulässig bezeichnet und entsprechende Anträge gestellt hat.<sup>391</sup> C.2.4. Bemessung 393. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. 394. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit<sup>392</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>393</sup> Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>394</sup> 395. Grundlage für die Feststellung des massgeblichen Maximalumsatzes bildet in der Regel die jeweilige Jahresrechnung des Unternehmens, aus der die entsprechenden Daten zu entnehmen oder abzuleiten sind. Bei Konzernsachverhalten ergibt sich der massgebliche Maximalumsatz grundsätzlich aus der Konzernrechnung. Dies gilt auch für die Feststellung des Basisumsatzes, soweit entsprechende Positionen in der Jahres- bzw. Konzernrechnung vorhanden sind. Ansonsten ist auf entsprechende Positionen in der Buchhaltung sowie auf besondere Abrechnungen abzustellen.<sup>395</sup> C.2.4.1.1. Maximalsanktion 396. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,<sup>396</sup> sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.<sup>397</sup> Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am

391 Vgl. RPW 2016/4, 925 Rz 51, Sport im Pay-TV. 392 Art. 2 Abs. 2 SVKG. 393 Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG

(Unique) – Valet Parking. 394 Vgl. RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern. Vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1556 f., Sanktionsverfügung – DCC; RPW 2016/4, 1025 Rz 859, Sport im Pay-TV. 395 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1561, Sanktionsverfügung – DCC. 396 Vgl. BBl 2002 2022, 2037. 397 Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); Verfügung i. S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (30.1.2014).

32-00021/COO.2101.111.5.399245 79

Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.<sup>398</sup> 397. Im vorliegenden Fall sind die Geschäftsjahre 2016, 2017 und 2018 relevant. UPC erzielte in diesen Jahren folgende Umsätze in der Schweiz: 2017 2018 2019 Total 1348,7 1296,1 1220,9 3865,7 Tabelle 1: Konzernumsätze UPC in der Schweiz in Millionen Franken<sup>399</sup> 398. Daraus ergibt sich eine Maximalsanktion von 386 570 000 Franken. C.2.4.2. Konkrete Sanktionsberechnung 399. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.<sup>400</sup> C.2.4.2.1. Basisbetrag 400. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Grundsätzlich entspricht der für die Sanktionierung massgebliche «relevante Markt» dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt, weil das wettbewerbswidrige Verhalten nur auf diesen Markt einwirkt. Für die Sanktionsbemessung bedarf es daher regelmässig keiner erneuten Feststellung des massgeblichen Markts. Wirkt das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise im Einzelfall darüber hinaus auf sonstige Märkte ein, so sind diese ebenfalls in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen. Massgebend für die Sanktionsbemessung ist daher nicht nur der Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben ist. Vielmehr sind auch Sekundärmärkte als vor- oder nachgelagerte Märkte sowie sonstige (Tertiär-)Märkte (vgl. dazu Rz 288) in die Sanktionsbemessung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere für diejenigen Missbrauchsformen des Art. 7 KG, die sich bereits aufgrund ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung auf mehrere Märkte erstrecken.<sup>401</sup> Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes wird jedoch vorliegend in Analogie zum Fall «Sport

398 Vgl. RPW 2016/4, 1025 Rz 860, Sport im Pay-TV. 399 Vgl. act. 147; <[www.libertyglobal.com/wp-content/uploads/2020/04/UPC-Q4-2019-Report.pdf](http://www.libertyglobal.com/wp-content/uploads/2020/04/UPC-Q4-2019-Report.pdf)> (15.06.2020), Umrechnungskurs EUR/CHF 1:1,0858, gemäss Kursliste Schweiz. Nationalbank, <[https://www.snb.ch/de/i/about/stat/statrep/id/current\\_interest\\_exchange\\_rates#t3](https://www.snb.ch/de/i/about/stat/statrep/id/current_interest_exchange_rates#t3)> (15.06.2020). 400 Vgl. RPW 2016/4, 1026 Rz 863, Sport im Pay-TV. 401 Vgl. Urteil des

BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1569 f. und 1573, Sanktionsverfügung – DCC; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 685 ff. Rz 722 ff., Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL; RPW 2016/4, 1026 Rz 864, Sport im Pay-TV.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 80

im Pay-TV»<sup>402</sup> darauf verzichtet, den Umsatz auf den benachbarten, durch Bündelung verbundenen Fernmeldemärkten für die Sanktionsberechnung heranzuziehen. <sup>401</sup> Weiter statuiert Art. 3 SVKG als Bemessungsgrundlage des Basisbetrags den gesamten Umsatz, den das betreffende Unternehmen auf den jeweils relevanten Märkten erzielt hat, und nicht nur den Umsatz, der ausschliesslich mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten auf den jeweils relevanten Märkten erzielt wurde.<sup>403</sup> <sup>402</sup> Zudem ist dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen. Es ist nicht auf den Zeitpunkt der Einleitung oder den Abschluss eines Kartellverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden abzustellen, soweit die wettbewerbswidrige Verhaltensweise noch vor oder während der Durchführung eines Kartellverfahrens durch ein Unternehmen vollständig beendet wurde.<sup>404</sup> Auf andere Zeiträume ist dann abzustellen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies nahelegen. Zeiträume nach Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens wären etwa dann zu berücksichtigen, soweit einem Unternehmen in den Folgejahren durch das frühere wettbewerbswidrige Verhalten auch weiterhin dokumentierte umsatzrelevante Vorteile in gesteigertem Ausmass zukommen.<sup>405</sup> <sup>403</sup> Da die Beendigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht zwangsläufig mit dem Ende eines kalendarischen oder statutarischen Geschäftsjahres zusammenfällt, ist zur Ermittlung des massgeblichen Umsatzes entweder der Jahresabschluss, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten beendet wurde, oder der Jahresabschluss des vorhergehenden Jahres heranzuziehen, je nachdem, welcher Abschluss einen engeren Zusammenhang zwischen wettbewerbswidrigem Verhalten und dem im Abschluss ausgewiesenen Umsatz aufweist. Soweit der Umsatz im Beendigungsjahr heranzuziehen ist, kann bei Abschluss des Kartellverfahrens vor Jahresende entsprechend Art. 4 Abs. 2 VKU auch eine Hochrechnung auf Durchschnittswerten für das ganze Jahr vorgenommen werden.<sup>406</sup> a) Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf den relevanten Märkten) <sup>404</sup>. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. <sup>405</sup>. Zu den von UPC mit Schreiben vom 14. November 2019 genannten Umsatzzahlen ist zunächst darauf hinzuweisen, dass diesbezüglich entgegen der Ansicht von UPC kein Verwertungsverbot besteht (vgl. Rz 31). Dies nachdem das BVGer die gegen die entsprechende Auskunftsverfügung erhobene Beschwerde infolge Beschwerderückzugs mit Entscheid vom 21. November 2019 abgeschrieben hat (vgl. Rz 29). Entsprechend ist die Auskunftsverfügung vom 14. Oktober 2019 rechtskräftig. <sup>406</sup>. Als Primärmarkt ist vorliegend der Nationale Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV zu bezeichnen. Als

<sup>402</sup> Vgl. RPW 2016/4, 1026 ff. Rz 864 ff., Sport im Pay-TV. <sup>403</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1576, Sanktionsverfügung – DCC. <sup>404</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1584, Sanktionsverfügung – DCC. In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5,

Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. 405 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1585, Sanktionsverfügung – DCC. 406 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1586, Sanktionsverfügung – DCC.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 81

Sekundärmarkt der «Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV» und als Tertiärmärkte die durch Bündelung benachbarten Fernmeldemärkte (vgl. Rz 288). 407. Hinsichtlich des Primärmarktes gilt es zu berücksichtigen, dass UPC aufgrund der Verweigerung gerade keinen Umsatz mit Swisscom und Sunrise macht. Weiter bietet UPC die relevanten Schweizer Eishockeyübertragungen Dritten nicht isoliert an, sondern zusammen mit anderen Sportinhalten auf Mysports. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, für den Primärmarkt der von UPC mit MySports in der Schweiz auf «wholesale»-Ebene erzielte Umsatz heranzuziehen. 408. Für den Sekundärmarkt ist der von UPC mit TV-Angeboten erzielte Umsatz relevant. Den mit TV-Angeboten im Rahmen von Bündelangeboten erzielten Umsatz konnte UPC nicht isolieren. Dieser ist daher zu schätzen. 409. Für die Schätzung des auf TV-Abonnemente im Rahmen von Bündelangeboten fallenden Umsatzes scheint es als opportun, die von UPC auf ihrer Internetseite angegebenen Preise heranzuziehen. Für das «mittlere» Kombipaket, bestehend aus Internet (300 Mbit/s), Fernsehen (UPC TV Box ohne Zusatzoptionen) und Festnetztelefonie («Phone»), weist UPC einen regulären Preis von 69 Franken für Internet, 30 Franken für Fernsehen und 0 Franken für Festnetztelefonie aus. 407 Entsprechend rechtfertigt es sich, von dem von UPC angegebenen Umsatz für Bündelangebote, welche TV enthalten, 30 % als auf TV fallend anzusehen. Markt 2017 2018 2019 Total Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV (Primärmarkt) [...] [...] [...] [...] Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV (Einzelab; Sekundärmarkt) [...] [...] [...] [...] Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV (TV-Anteil Bündelab; Sekundärmarkt) [...] [...] [...] [...] Tabelle 2: Konzernumsätze UPC für die relevanten Märkte in Millionen Franken 408 410. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall somit [...] Franken. b) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 411. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG 409,

407 Vgl. <<https://www.upc.ch/de/kombi-angebote/tv-internet-kaufen/>> (11.12.2019). 408 Vgl. act. 155. 409 Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), abrufbar unter <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Dokumentation > Bekanntmachungen / Erläuterungen (30.1.2014).

32-00021/COO.2101.111.5.399245 82

S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist. Dabei stehen objektive 410 Faktoren im Vordergrund. 411 412. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung darf keine schematische Ansiedelung des Basisbetrags innerhalb des Sanktionsrahmens erfolgen. Eine Abstufung nach der Schwere und dem Gefährdungspotenzial der einzelnen Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Art. 7 Abs. 1 KG ist generell schwierig vorzunehmen. 412 413. Den Wettbewerbsbehörden steht bei der Gewichtung der

verschiedenen Kriterien zur Festlegung des Basisbetrags ein erheblicher Ermessensspielraum zu. 413 414. Als erschwerender Faktor gilt es zunächst zu berücksichtigen, dass die hier relevanten Eishockeyübertragungen einen wichtigen Faktor im Plattformwettbewerb darstellen (vgl. Rz 291 ff.). Ohne die relevanten Eishockeyübertragungen ist ein TV-Plattformanbieter im Wettbewerb zumindest potenziell benachteiligt. 415. Aufgrund des festgestellten Sachverhalts (vgl. Rz 110 ff.) kann ein über die blosser Eig-nung zur Wettbewerbsbehinderung (Rz 305 ff.) hinausgehender tatsächlicher Effekt der Ver-haltensweise von UPC nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden. Zwar ist eine unterschiedliche Entwicklung der Indizes für die Monopol- und Wettbewerbsgebiete zu beobachten (vgl. Rz 123 und 131). Dabei sind jedoch auch andere beeinflussende Faktoren als die hier untersuchte Verhaltensweise möglich. Auch auf Seiten von UPC ist kein eindeutiger Effekt nachweisbar. Zwar ist es auch denkbar, dass der Rückgang der Kundenzahlen bei UPC ohne die Verwei-gerung noch grösser ausgefallen wäre. Ein eigentliches Kippen zugunsten von UPC und eine Festigung ihrer Stellung kann jedoch nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden (vgl. Rz 135). Entsprechend liegt keine besondere Schwere infolge tatsächlicher Wettbewerbsbehinderung vor. 416. Als die Art und Schwere vermindender Faktor ist zu berücksichtigen, dass es sich im Gegensatz zum Fall Sport im Pay-TV nicht um einen umfassenden Sport-Content bestehend aus mehreren Ligen und Sportarten (insb. Fussball) handelt. Auch betrifft die Geschäftsver- weigerung mit Swisscom ein im Vergleich zu UPC in Marktstärke gemessen ebenbürtiges oder sogar stärkeres Unternehmen; eine Verdrängung von Swisscom durch die Geschäftsverwei-gerung war daher zu keinem Zeitpunkt zu erwarten. Schliesslich gilt es auch zu berücksichti- gen, dass UPC seit dem 21. September 2018 zusammen mit Sky auf der Sky Sport App mit «MySports Go» einen schweizweiten OTT-Zugang zu allen Sportarten anbietet (vgl. Rz 98). Damit stehen die untersuchungsrelevanten Eishockeyübertragungen zwar nach wie vor nicht auf der Swisscom-TV-Plattform zur Verfügung; jedoch haben zumindest Swisscom-Kunden und Kundinnen, welche im Besitze eines kompatiblen Smart TV, Apple TV oder Android TV sind, die Möglichkeit, Eishockeyübertragungen zu beziehen; dies ohne Swisscom als Anbieter zu wechseln.

410 D. h. verschuldensunabhängige Kriterien, siehe BGE 144 II 194 E. 6.4 (= RPW 2017/4, 294 E. 6.4), Bayerische Motoren Werke AG/WEKO; RPW 2010/4, 760 Rz 386 m.w.Hinw., Baubeschläge für Fenster und Türen; siehe auch CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 230. 411 Vgl. RPW 2016/4, 1028 Rz 877, Sport im Pay-TV. 412 Vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 365 E. 8.3.4, Publigroupe SA/WEKO; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1589 ff., Sanktionsverfügung – DCC; RPW 2016/4, 1028 Rz 878, Sport im Pay-TV. 413 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 689 Rz 744, Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1593, Sanktionsverfügung – DCC.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 83

417. Insgesamt liegt ein leichter bis mittelschwerer Verstoss vor. Unter Berücksichtigung aller relevanter Sanktionsbemessungsfaktoren erscheint es daher als angemessen, den Basisbe- trag bei einem Prozentsatz von [...] anzusetzen. C.2.4.2.2. Dauer des Verstosses 418. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). 419. Bezüglich der Höhe des Dauerzuschlags für die ersten fünf Jahre bestehen in der Recht-

sprechung unterschiedliche Ansichten. Das BVGer hat in einem jüngeren Urteil unter Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darauf abgestellt, dass bei einem Wettbewerbsverstoss mit Dauercharakter, dem beim Fehlen von besonderen Umständen von Anfang an im Wesentlichen die gleichen Wirkungen über die jeweilige Zeitdauer zuzusprechen sind, während der ersten fünf Jahre grundsätzlich eine stufenweise Erhöhung um 0,8333 % je angefangenem Monat, seit dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, vorzunehmen sei. Soweit die nachteiligen Einwirkungen im Einzelfall nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung allerdings nicht gleichmässig über die gesamte Zeitdauer, sondern verstärkt während bestimmter Phasen auftreten würden, bestünde auch die Möglichkeit zu einer variablen Ansetzung der Erhöhung. Demgegenüber wurde von Seiten des Bundesgerichts unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus die stufenweise Erhöhung um 10 % pro Jahr bereits in den ersten fünf Jahren nicht für bundesrechtswidrig qualifiziert.<sup>414</sup> 420. Entsprechend dem festgestellten Sachverhalt und den rechtlichen Erwägungen liegt ein Wettbewerbsverstoss in der Zeit von [...] bis Sommer 2020 bzw. [...] (vgl. Rz 360) vor. Die Dauer des Verstosses beträgt damit 3 Jahre und 4 Monate bzw. 40 Monate. Daraus ergibt sich eine vorzunehmende Erhöhung des Basisbetrags um 33 %. C.2.4.2.3.

Erschwerende und mildernde Umstände 421. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.<sup>415</sup> 422. Ein durch das Verhalten erzielter «Normalgewinn» ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4). 423. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft. 424. Schliesslich sind die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.).

414 Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1600, Sanktionsverfügung – DCC; RPW 2016/4, 1028 Rz 882, Sport im Pay-TV. 415 Vgl. RPW 2016/4, 1028 f. Rz 884 ff., Sport im Pay-TV.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 84

425. Insgesamt liegen keine besonderen erschwerenden oder mildernden Umstände vor. Weder ist ein besonders hoher Gewinn ersichtlich noch hat UPC in der Untersuchung überdurchschnittlich kooperiert oder das Verhalten eingestellt. C.2.4.3.

Verhältnismässigkeitsprüfung 426. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.<sup>416</sup> 427. Vorliegend sind die festgesetzten Sanktionsbeträge ohne Weiteres als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen. C.2.5. Stellungnahme UPC 428. UPC bringt vor, da die Behörde nicht gegen die Exklusivvergabe der Rechte interveniert habe, was für UPC eine markante Verteuerung der Rechte zur Folge gehabt habe, könne ihr auch nicht [...] Exklusivvermarktung zum Vorwurf gemacht werden. Dies gelte umso mehr, als im Vorfeld der Rechtevergabe unter der Leitung des UVEK ein runder Tisch zum Vergabeprozess unter Beteiligung der wichtigsten Akteure durchgeführt worden sei, in dessen Rahmen auf

die Bedeutung von Exklusivrechten hingewiesen worden sei. Im Versteigerungszeitpunkt habe die nachmalige Erwerberin daher darauf vertrauen können, dass die exklusiv erworbenen Rechte grundsätzlich auch exklusiv vermarktet werden könnten. Eine gegenteilige behördliche Anordnung verstiesse gegen den Vertrauensschutz (Art. 9 BV), eine Sanktionierung mithin gegen das Schuldprinzip (Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV).<sup>417 429</sup>. Dazu ist in Erinnerung zu rufen, dass es vorliegend nur um die Plattform-Exklusivität geht. UPC bleibt es im Rahmen des vorliegenden Verfahrens unbenommen, die fraglichen Eishockeyübertragungen exklusiv über ihren Programmveranstalter Mysports zu vermarkten. So war bereits im Verfahren Sport im Pay-TV nie die Exklusivität auf Ebene Programmveranstalter, sondern vielmehr die Plattformexklusivität ein Thema. Nachdem UPC im Verfahren Sport im Pay-TV als Partei beteiligt war, war ihr auch bewusst, dass die Plattform-exklusive Verwertung aus Sicht der Wettbewerbsbehörden kartellrechtlich problematisch ist. Daran ändert auch ein «runder Tisch» unter Leitung des UVEK nichts, zumal es sich bei der WEKO um eine verwaltungsunabhängige Behörde handelt, die zudem am fraglichen Treffen nicht beteiligt war. Das UVEK wäre auch nicht für den Vollzug bzw. die Durchsetzung des Kartellgesetzes zuständig. UPC kann sich daher in diesem Zusammenhang mitnichten auf den Vertrauensschutz berufen.<sup>430</sup>. Weiter führt UPC aus, abgesehen davon, dass es vorliegend an den Voraussetzungen einer Sanktionierung fehle, sei auch die Sanktionsbemessung unzutreffend. Nach Art. 49a Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 3 SVKG bildeten bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt habe, den Basisbetrag der Sanktion. Den relevanten Markt habe das Sekretariat im vorliegenden Verfahren als nationalen Markt für die Bereitstellung von Eishockey-Übertragungen im Pay-TV definiert. Auf die Umsätze in diesem Markt sei gemäss Verordnungswortlaut bei der Umsatzberechnung abzustellen. Dennoch unterstelle der Verfügungsantrag, massgebend für die Umsatzberechnung seien nebst dem relevanten «Primärmarkt» auch alle vor- und nachgelagerten «Sekundärmärkte» sowie sämtliche anderweitig betroffenen «Tertiärmärkte»; zur Begründung werde auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018 in Sachen Dynamische Währungsumrechnung (DCC) verwiesen. Dieses Urteil

416 Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern. 417 Vgl. act. 165, Rz 84, act. 198, Beilage 2, S. 4 f.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 85

sei allerdings noch nicht rechtskräftig. In der Folge beziehe das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Verfügungsantrag fälschlicherweise nebst den Umsätzen auf den Bereitstellungsmärkten («Primärmärkte») auch die Umsätze auf den nachgelagerten Plattformmärkten («Sekundärmärkte») in die Umsatzberechnung ein.<sup>418 431</sup>. Dazu ist festzuhalten, dass, abgesehen davon, dass es sich beim von UPC erwähnten Urteil um einen Entscheid einer der WEKO übergeordneten Rechtsmittelinstanz handelt, sich die Vorgehensweise des Sekretariats nicht nur darauf abstützt. Das Abstellen auch auf den Umsatz auf dem Markt, auf welchem sich das Verhalten auswirkt, entspricht ebenso dem Vorgehen der WEKO im Verfahren Sport im Pay-TV<sup>419</sup>, wie auch der (rechtskräftigen) Rechtsprechung von Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht in Sachen Preispolitik Swisscom ADSL.<sup>420 432</sup>. UPC macht weiter geltend, selbst die vom Sekretariat auf den Bereitstellungsmärkten herangezogenen Umsätze seien zu hoch, da diese auf dem gesamten

Mysports-Angebot be- ruhten. Dabei gehe es nicht an, dass die Behörde ein als zu tief empfundenes Ergebnis der vom Ordnungsgeber vorgesehenen Umsatzermittlung unter Umgehung des Legalitätsprin- zips in ihrem Sinne korrigiere. Auch das Argument, UPC biete Eishockeyübertragungen nur zusammen mit anderen Sportinhalten an, verfange nicht; massgebend sei der relevante Markt, zu welchem die Behörde weitere Sportinhalte gerade nicht zählen würde. Die Problematik ver- deutliche aber, dass die Marktabgrenzung im Verfügungsantrag offensichtlich zu eng sei.<sup>421</sup> 433. UPC ist darin zuzustimmen, dass auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV grund- sätzlich nur der mit der Bereitstellung von Eishockey generierte Umsatz relevant ist. Tatsache ist aber, dass sich dieser Umsatz nicht isolieren lässt, da UPC kein isoliertes Eishockeyange- bot bereitstellt. Entgegen der Ansicht von UPC ist es sodann sehr wohl relevant, dass bei einer Geschäftsverweigerung gegenüber dem verweigerten Unternehmen gerade kein Umsatz ge- neriert wird. Um dem zugleich kartellabschöpfenden wie auch pönalen Charakter der Sanktion gerecht zu werden, müsste hier entsprechend ein hypothetischer Umsatz ohne Verweigerung berücksichtigt werden. Angesichts des ebenfalls zu berücksichtigenden Umsatzes auf dem TV-Plattformmarkt (vgl. Rz 431) erscheint eine solche Umsatzkorrektur aber als vernachlässigbar. Überdies kann der mit den anderen Sportarten generierte Umsatz von Mysports auch unter dem Titel «benachbarte Märkte» berücksichtigt werden (vgl. Rz 430 f.).<sup>434</sup> 434. UPC wendet sich sodann gegen die Berechnung der Dauer des Verstosses. Selbst wenn [...] als Verhandlungsabbruch durch UPC auszulegen wäre, was nicht der Fall sei, entfiele spätestens mit der nachweislichen Fortsetzung der Verhandlungen [...] der angebliche Kar- tellrechtsverstoss. Der Basisbetrag wäre demnach gestützt auf Art. 4 SVKG um höchstens 12 % zu erhöhen.<sup>422</sup> 435. Dazu kann auf Randziffer 360 verwiesen werden. Dass sich UPC und Swisscom im Sommer 2020 über die gegenseitige Distribution von Sportinhalten (inkl. den fraglichen Eisho- ckeyinhalten) geeinigt haben, ändert nichts daran, dass bis zu diesem Zeitpunkt eine Verwei- gerung vorlag.

418 Vgl. act. 165, Rz 87 ff. 419 Vgl. RPW 2016/4, 1026 Rz 864, Sport im Pay-TV. 420 Vgl. Urteil des BGer 2C\_985/2015 vom 9.12.2019, E. 9.2.1, Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL; Urteil des BVer, RPW 2015/3, 685 ff. Rz 722 ff., Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL. 421 Vgl. act. 165, Rz 95. 422 Vgl. act. 165, Rz 97.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 86

436. Schliesslich bringt UPC vor, die Berücksichtigung der nach Auffassung des Sekretariats grossen wirtschaftlichen Bedeutung der Eishockeyrechte als erschwerender Faktor bei der Festlegung der Basisquote im Rahmen der Sanktionsbemessung verstosse gegen das straf- rechtliche Doppelverwertungsverbot, da die wirtschaftliche Bedeutung der Rechte bereits tat- bestandsmässig im Rahmen der objektiven Notwendigkeit vorausgesetzt wird. Auszugehen wäre daher, wenn schon, von einem leichten Verstoss gegen das Kartellgesetz und mithin von einer Basisquote im untersten Sanktionsbereich von maximal 1 - 2 %.<sup>423</sup> 437. Entgegen der Ansicht von UPC liegt keine unzulässige Doppelverwertung vor. Zunächst ist zu wiederholen, dass bei Kartellsanktionen strafrechtliche und strafprozessuale Vorschrif- ten grundsätzlich keine Anwendung finden, sondern strafrechtliche Grundsätze nur insoweit zu berücksichtigen sind, als dies aufgrund höherrangigen Rechts im Rahmen einer verfas- sungs- und konventionskonformen Auslegung zwingend geboten ist (vgl. Rz 389). Im Rahmen der Tatbestandsmässigkeit wird

die Eignung zur Wettbewerbsbehinderung geprüft (vgl. Rz 305 ff.). Massgebend für die Sanktionierung ist das abstrakte Gefährdungspotential, sowie der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten.<sup>424</sup> Das heisst, bei der Tatbestandsmässigkeit ist zu prüfen, ob überhaupt eine Eignung zur Gefährdung des Wettbewerbs vorliegt, bei der Sanktionierung, wie gross die Gefährdung ausfiel. C.2.6. Stellungnahme Swisscom 438. Das Sekretariat gehe vorliegend von einem leichten bis mittelschweren Verstoss aus und setze den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von [...] an. Dies erstaune vor dem Hintergrund, dass die WEKO das Verhalten von Swisscom im Verfahren Sport im Pay-TV als mittelschweren Verstoss qualifiziert und den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von [...] angesetzt habe. Swisscom bestreite weiterhin vollumfänglich die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens im Verfahren Sport im Pay-TV. Wenn aber im Sinne der Rechtsgleichheit behördliches Handeln Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln soll, müsse eine Differenzierung zwischen dem vorliegenden Verhalten von UPC und dem Verhalten von Swisscom im Verfahren Sport im Pay-TV vorgenommen werden. Dies müsse im Ergebnis zu einem höheren Prozentsatz für den Basisbetrag im vorliegenden Verfahren führen. Swisscom habe UPC und den anderen KNU während des gesamten Untersuchungszeitraums von Sport im Pay-TV im Rahmen des Teleclub Sportgrundangebots (Teleclub Sport 1 bis 3) den weit überwiegenden Teil der Übertragungen des Schweizer Fussballs und Eishockeys stets zur Verfügung gestellt. UPC habe dagegen eine «Null-Politik» verfolgt, indem sie Swisscom nicht bloss keinerlei Eishockeyinhalte zur Verfügung gestellt, sondern auch [...] Auch durch weitere Vorgehensweisen, wie die Unterdrückung von MySports Go auf den Swisscom- und Sunrise-TV-Boxen oder der äusserst aggressiven und medienwirksamen Vermarktung der Tatsache, dass Mysports nur bei KNU erhältlich sein werde, habe UPC aktiv das Ziel verfolgt, zumindest Swisscom bzw. Swisscom-TV-Kunden die Eishockeyinhalte vorzuenthalten. UPC habe Swisscom vorsätzlich im Wettbewerb behindern wollen.<sup>425</sup> 439. Überdies sei für Swisscom im Gegensatz zu UPC die Marktabgrenzung der WEKO in Bezug auf Bereitstellungsmärkte im Fernsbereich in keiner Weise erkennbar gewesen. Mit der Verfügung Sport im Pay-TV sei aber auch UPC über die vorliegend relevante Marktabgrenzung und die Bedeutung der Sportinhalte für den TV-Plattformmarkt in Kenntnis gesetzt

423 Vgl. act. 165, Rz 98. 424 Vgl. Urteil der BGer 2C\_985/2015 vom 9.12.2019, E. 9.2.3.2, Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL. 425 Vgl. act. 164, Rz 93 ff.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 87

worden. Als Partei im Verfahren Sport im Pay-TV habe UPC - wie im Verfügungsantrag richtigerweise festgehalten werde – auch genaue Kenntnis darüber gehabt, welche Verhaltensweisen auf dem TV-Plattformmarkt durch die WEKO als missbräuchlich qualifiziert würden. UPC habe sich über diese Praxis jedoch bewusst und gewollt hinweggesetzt, um sich einen Vorteil im Wettbewerb zu ergattern. Die Anwendung eines tieferen Basisbetrages oder Prozentsatzes im Vergleich zu dem gegenüber Swisscom zur Anwendung gebrachten, lasse sich vor diesem Hintergrund nicht rechtfertigen.<sup>426</sup> 440. Dazu ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verweisen, wonach unter Schwere im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG die objektive, d. h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen ist. Massgebend ist danach das abstrakte Gefährdungspotential, und zu berücksichtigen ist zudem u.a. der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten.<sup>427</sup> Subjektive

Elemente wie Vorsatz und (Behinderungs-) Absicht spielen daher hierbei keine Rolle.  
C.2.7. Ergebnis Basisbetrag (Faktor [...]) Dauerzuschlag Zwischenergebnis Erschwerende /  
mildernde Umstände Sanktion 22 553 368 + 33 % 29 995 979 - 29 995 979 Tabelle 3:  
Übersicht Sanktionsbemessung in Franken 441. Aufgrund der genannten Erwägungen und  
unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und  
-mildernden Faktoren erweist sich eine Verwaltungs- sanktion in Höhe von 29 995 979  
Franken als dem Verstoß von UPC gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen. D. Kosten 442.  
Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG428 ist gebührenpflichtig, wer das Verwal-  
tungsverfahren verursacht hat. 443. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht  
eine Gebührenpflicht, wenn auf- grund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige  
Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als  
Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Un- ternehmen, welche aufgrund ihres  
möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das  
beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt  
wurde.429 444. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100 bis 400  
Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der  
Funktionsstufe des aus- führenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und  
Kopierkosten sind in den Gebüh- ren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

426 Vgl. act. 164, Rz 98 f. 427 Vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4 (= RPW 2017/4, 294 E. 6.4),  
Bayerische Motoren Werke AG/WEKO. 428 Verordnung über die Gebühren zum  
Kartellgesetz vom 25.2.1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). 429 BGE  
128 II 247, 257 f. E 6.1 (= RPW 2002/3, S 546 f.), BKW FMB Energie AG; Art. 3 Abs. 2  
Bst. b und c GebV-KG e contrario.

32-00021/COO.2101.111.5.399245 88

445. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich  
ein Stundenansatz von 200 und 290 Franken. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend ins-  
gesamt 1136,5 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze  
verrech- net: – 1038,7 Stunden zu 200 Franken, ergebend 207 740 Franken – 97,8 Stunden  
zu 290 Franken, ergebend 28 362 Franken 446. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 236  
102 Franken. Diese Gebühr ist entsprechend dem Ausgang des Verfahrens UPC  
aufzuerlegen. E. Ergebnis 447. Als Ergebnis ist festzustellen, dass UPC im nationalen  
Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines  
Liga-Wettbewerbs im Pay-TV über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4  
Abs. 2 KG verfügt (Abschnitt B.5.2). 448. Die Analyse hat ergeben, dass UPC die  
Geschäftsbeziehung gegenüber Swisscom im nationalen Markt für die Bereitstellung von  
Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV in  
ungerechtfertigter Weise verweigert hat. Die Verweige- rung erfolgte im Zeitraum vom  
[...] bis zum Abschluss der Distributionsvereinbarung zwischen UPC und Swisscom am  
[...] (Abschnitt B.5.3). 449. UPC ist zu verpflichten, allen ersuchenden TV-Plattformen in  
der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen National League und der  
Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die  
relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden Bedingungen anzubieten  
(Abschnitt C.1). 450. UPC ist zudem mit einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG in der  
Höhe von 29 995 979 Franken zu belasten und hat die Kosten des Verfahrens zu tragen  
(Abschnitte C.2 und D). F. Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden  
Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

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