

# **WEKO tv-radiovermarktung-2014-11-12 vom 12. November 2014**

WEKO, 2014-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_tv-radiovermarktung-2014-11-12](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_tv-radiovermarktung-2014-11-12)

FR: WEKO tv-radiovermarktung-2014-11-12 du 12 novembre 2014

IT: WEKO tv-radiovermarktung-2014-11-12 del 12 novembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 36**

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

### **E. 37**

Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Das Kartellgesetz geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.<sup>38</sup>

### **E. 38**

Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.<sup>39</sup> Die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns gelten in der Regel nicht als Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt<sup>40</sup>, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern gemäss der bisherigen Rechtsprechung als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet.<sup>41</sup>

### **E. 39**

RPW 2011/1, 109 Rz 95, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

### **E. 40**

Sog. «Leitungsprinzip» im Gegensatz zum «Kontrollprinzip», bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird (vgl. RPW 2014/1, 82 Rz 24 Fn 32, Eignerstrategie Energie Wasser Bern [ewb]).

### **E. 41**

Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

**E. 42**

Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR; SR 220).

**E. 43**

Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

**E. 44**

Das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG)<sup>46</sup> sowie dessen Ausführungsverordnung<sup>47</sup>, welche u. a. Werbe- und Sponsoringvorschriften enthalten und Programmauftrag sowie Konzession der SRG regeln, enthalten keine Bestimmungen, die den Wettbewerb in den vorliegend zu beurteilenden Märkten nicht zulassen. B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

**E. 45**

Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79, Watt/Migros - EFF; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (nachfolgend: Botschaft zum KG 95), BBl 1995 I 468, 547 f.; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 2011, Art. 2 KG N 14.

**E. 46**

Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40).

**E. 47**

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

**E. 48**

Um feststellen zu können, ob sich die [Unternehmensgruppe] tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann bzw. konnte, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen. B.3.1.1 Relevante Märkte

**E. 49**

Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>48</sup> B.3.1.1.1. Sachlich relevante Märkte

**E. 50**

BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 14

scher Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (nachfolgend: Fall «Publigroupe») einen sachlich relevanten Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien abgegrenzt.<sup>51</sup> Dabei wurde festgestellt, dass sich der Einbezug anderer Werbekanäle in den relevanten Markt nicht rechtfertige. Andere Werbeträger wie insbesondere auch das Internet und die Direktwerbung stünden zu den Printmedien nicht in einer Substitutions-, sondern vielmehr in einer Ergänzungsbeziehung, welche Teil des Werbemixes darstellen könnten, ohne aber die Printmedien zu ersetzen.<sup>52</sup> Die Marktabgrenzung im Fall «Publigroupe» wurde von Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht bestätigt.<sup>53</sup> Letzteres hielt in seinen Erwägungen ausdrücklich fest, dass die Eigenschaften und Gestaltungsoptionen der verschiedenen Werbeträger sowie die (durch die Werbung) anzusprechende Zielgruppe die massgebenden Kriterien für die Feststellung des sachlich relevanten Marktes seien. So werde denn auch zu Recht davon ausgegangen, dass Radio-, TV- und Pressewerbung unterschiedliche Märkte darstellen. Werbung in den unterschiedlichen Medientypen unterscheide sich wesentlich aufgrund der Gestaltungsoptionen und des Adressatenkreises. Jedes Medium weise hinsichtlich der Werbemöglichkeiten unterschiedliche Eigenschaften und Vorteile auf. Laut Bundesgericht ist zudem auch von einem eigenen Online-Werbemarkt auszugehen, der in gewissen Bereichen noch weiter abgestuft werden kann. Die Vorinstanzen seien auch zu Recht davon ausgegangen, dass die verschiedenen Werbeträger eher komplementär zur Anwendung kämen.<sup>54</sup> Die WEKO grenzte weiter regelmässig einen separaten sachlichen Markt für die Vermittlung von Onlinewerbeflächen ab, der zudem noch weiter unterteilt werden kann.<sup>55</sup> Betreffend die Vermittlung von Werbezeit in audiovisuellen Medien ging die WEKO bislang im Rahmen von Zusammenschlussverfahren jeweils von einem umfassenden Markt für die Vermittlung von TV-, Radio- und Kinowerbung (audiovisueller Werbevermittlungsmarkt) aus<sup>56</sup>, wobei die Marktabgrenzung aus der Optik von Medienunternehmen (als die massgebliche Marktgegenseite) vorgenommen wurde<sup>57</sup>. Die Abgrenzung eines audiovisuellen Werbevermittlungsmarktes wurde namentlich damit begründet, dass für die Werbevermittler im Bereich der audiovisuellen Medien eine Angebotsumstellung auf ein anderes audiovisuelles Medium in relativ kurzer Zeit möglich sei (Angebotsumstellungsflexibilität).<sup>58</sup> Im Gegensatz dazu geht das deutsche Bundeskartellamt nicht von einem einheitlichen audiovisuellen Werbevermittlungsmarkt aus: So grenzte es im Untersuchungsverfahren RMS

51 RPW 2007/2, 201 ff, Rz 80 ff, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 52 RPW 2007/2, 207 Rz. 119, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 53 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336, E 5, Publigroupe/WEKO und BGE 139 I 72, 94 f. E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128 E. 9.2.3.5), Publigroupe SA et al./WEKO. 54 BGE 139 I 72, 94 f. E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128 E. 9.2.3.5), Publigroupe SA et al./WEKO. 55 RPW 2009/3, 269 Rz 185, Tamedia/PPSR; RPW 2012/1, 155 Rz 105 ff., NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN; RPW 2013/1, 97f. Rz 44 ff., PubliGroupe/ImproveDigital; RPW 2013/3, 353 f. Rz 30 ff., Tamedia AG/PPN AG. 56 Vgl. RPW 2007/1, 114 Rz 15, Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen; RPW 2007/4, 615 Rz 104, Tamedia AG/Espace Media Groupe; RPW 2009/3, 268 Rz 183, Tamedia/PPSR; RPW 2013/3, 395 Rz 46, PubliGroupe/S1TV. 57 RPW 2007/1, 114 Rz 15, Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen. 58 RPW 2007/1, 114 Rz 15, Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe

AG/Radio Regenbogen.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 15

Radio Marketing Service GmbH & Co. KG einen separaten Markt, auf welchem die Hörfunk- werbezeitenvermarkter als Anbieter von Dienstleistungen an Hörfunksender zur Vermarktung von Hörfunkwerbezeiten an nationale Werbekunden auftreten, sowie einen separaten Markt, auf dem die Vermarkter als Anbieter von Hörfunkwerbezeiten gegenüber den nationalen Werbekunden auftreten, ab.<sup>59</sup> Im Übrigen geht auch das Bundeskartellamt – wie die WEKO – nicht von einem allgemeinen, alle Medien umfassenden Gesamtwerbemarkt aus. In den Fusionskontrollverfahren Axel Springer AG/ProSiebenSat.1 Media AG und GU ProSieben- Sat.1 Media AG/RTL interactive AG grenzte es einen bundesweiten Fernsehwerbemarkt ab und hielt dabei fest, dass diesem Markt die übrigen Werbeträger (Print, Radio, Plakate, Kino, online) nicht angehören.<sup>60</sup> Ausführungen der [Unternehmensgruppe] 57. Im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung führt die [Unternehmensgruppe] in ihrer Stellungnahme auf das Auskunftersuchen des Sekretariats im Wesentlichen aus, ein Wer- bekunde erwarte von seiner Mediaagentur, dass diese ihm aus der ganzen Palette von Me- diengattungen (Print, Online, TV, Radio, Out of Home, Kino etc.) den besten Werbemix zu- sammenstelle. Die Agenturen würden nicht isoliert Werbezeit im TV oder Radio nachfragen, sondern würden nach allen Medien fragen, welche sie zur Umsetzung ihrer Werbeziele ein- setzen wollten. Das Ziel der Mediaagentur sei es, Knowhow und technische Instrumente auf- zubauen, um den Werbekunden über verschiedene Medienkanäle bedienen zu können. Die Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen würden ihr Budget je nach Konditionen platzie- ren, die ihnen die verschiedenen Mediengattungen offerierten. Es gebe somit aus Sicht der Nachfrageseite nicht einen TV-Werbemarkt und davon getrennt z. B. einen Print- Werbemarkt. Die einzelnen Mediengattungen seien schon lange zu einem umfassenden Werbemarkt zusammengewachsen. Wenn ein privater TV-Sender (z. B. [...]) den Preis für ein Werbefenster substantziell erhöhen würde, würden die Werbekunden bzw. deren Medi- agenturen auf andere TV-Sender und andere Mediengattungen (Print, Radio, etc.) auswei- chen. Wenn ein Radio den Preis substantziell anhebe, dann gehe das Werbebudget in ein anderes Medium (wie z. B. Plakat oder Print). Auch auf Seiten der Medienanbieter seien die Märkte zusammengewachsen, was sich beispielsweise an der Vermarktungsstrategie von [...] zeige. Weiter könne nicht zwischen regionaler und nationaler Werbung differenziert wer- den. Mediaagenturen bzw. Werbekunden stünden nicht vor der Wahl, entweder maximal ei- ne Region oder mindestens eine Sprachregion zu buchen. Bei Werbekampagnen seien die Übergänge von einer Region über mehrere Regionen bis hin zum Schweizer Territorium fließend. Weiter werde in der Radiowerbevermittlung und in der TV-Vermarktung zwar mit unterschiedlichen IT-Tools gearbeitet. Die Professionalisierung in den letzten Jahren in der Radiowerbung führe indes dazu, dass die Unterschiede im technisch-administrativen «Hand- ling» immer kleiner würden. Dies gelte nicht nur in Bezug auf die Mediengattungen TV und Radio, sondern in Bezug auf alle Mediengattungen. Dies erkläre zudem den Vorstoss von Printmedienunternehmen wie [...] oder [...] in andere Werbemediengattungen. Der Online- wie auch der Radiowerbevermittlungsmarkt kenne praktisch keine Eintrittsbarrieren. Es

59 Beschluss des BKartA vom 15.8.2001 B6-127/99 RMS Radio Marketing Service GmbH & Co. KG, 15 ff. 60 Beschluss des BKartA vom 19.1.2006 B6-103-05 Axel Springer AG/ProSiebenSat.1 Media AG, 25 E. 1.2.1; bestätigt durch Beschluss des BGH vom

8.6.2010 KVR 4/09 Springer/ProSieben II, 7 Rz 17; Beschluss des BKartA vom 17.3.2011 B6-94/10 GU ProSiebenSat.1 Media AG/RTL interactive GmbH, 15 f. Rz 45 ff.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 16

brauche – abgesehen vom Knowhow und den technischen Standardtools – praktisch keine Investitionen.<sup>61</sup> Sachliche Marktabgrenzung im vorliegenden Fall 58. Wie erwähnt, ist für die Marktabgrenzung im konkreten Fall stets vom jeweiligen Untersuchungsgegenstand auszugehen (vgl. Rz 51). Untersucht wird vorliegend das Verhalten der [Unternehmensgruppe] (bzw. deren Tochtergesellschaften [B] und [E]) bei der Vermarktung resp. Vermittlung von TV- und Radiowerbezeit für die Schweiz. Als TV-Vermarkterin bzw. Radiowerbevermittlerin stehen der [Unternehmensgruppe] zwei verschiedene Marktgegen- seiten gegenüber: Auf der einen Seite stehen die TV- und Radiosender, deren Werbezeit sie vermarktet bzw. vermittelt; auf der anderen Seite stehen die Werbekunden resp. deren Me- diaagenturen, an welche sie die Werbezeit verkauft. 59. Der Fokus der vorliegenden Vorabklärung liegt auf dem Verhältnis zwischen der [Un- ternehmensgruppe] und den Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen. Somit hat die Marktabgrenzung nachfolgend aus der Optik der Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen zu erfolgen. Sie stellen die für die nachfolgende Marktabgrenzung massgebliche Marktge- genseite dar. 60. Es kann festgestellt werden, dass die massgebende Marktgegenseite bei [B] die Ver- mittlung von Werbezeit im TV und/oder bei [E] die Vermittlung von Werbezeit im Radio nach- fragt. Damit stellt sich nachfolgend nicht nur die Frage, ob die Vermittlung bzw. der Verkauf von Werbezeit im TV mit der Vermittlung bzw. dem Verkauf von Werbezeit im Radio aus- tauschbar ist, sondern ganz grundsätzlich die Frage, ob die Bereitstellung von Werberaum bzw. Werbezeit in unterschiedlichen Mediengattungen, und davon abgeleitet die Vermittlung von Werbemöglichkeiten in diesen Mediengattungen, zum selben sachlichen Markt gehören. 61. Entscheidend für die Beurteilung, ob hinsichtlich der Bereitstellung von Werberaum bzw. Werbezeit die verschiedenen Mediengattungen zum selben Markt gehören, ist nun, ob die Nutzer einer bestimmten Mediengattung (z. B. TV) in einem signifikanten Umfang auch über Werbung in einer anderen Mediengattung (z. B. Radio) mit einer vergleichbaren Wer- bewirkung erreicht werden können.<sup>62</sup> Im Fall «Publigroupe» hat das Bundesgericht diesbezüg- lich deutlich gemacht, dass nicht entscheidend sei, ob es Substitutionsangebote gebe, son- dern vielmehr bis zu welchem Grad die fraglichen Güter austauschbar seien.<sup>63</sup> 62. Es gibt deutliche Hinweise, dass Werbung in den verschiedenen Mediengattungen aus der Sicht der Werbetreibenden keine hinreichenden Substitute darstellen, um einem einheit- lichen sachlich relevanten Markt zugerechnet werden zu können. So veröffentlicht beispiels- weise die Fachpublikation Media Trend Journal regelmässig eine Aufstellung über die Unter- schiede bezüglich der Werbemöglichkeiten in den verschiedenen Mediengattungen, inklusive unterschiedlicher Charakteristika, Nutzerprofile, Kosten und der Aufgabe der verschiedenen Mediengattungen im Medien-Mix. In dieser Aufstellung werden deutlich Unterschiede her- vorgehoben, die nicht auf eine Austauschbarkeit von Werbung in den verschiedenen Medi- engattungen schliessen lassen. TV-Werbung wird etwa bezüglich der Aufgabe im Medien- Mix als nationales und sprachregionales Basismedium dargestellt. Im Gegensatz dazu wird Radiowerbung beschrieben als Ergänzungsmedium im lokalen und regionalen Bereich.<sup>64</sup> Die

61 Vgl. Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012, Vorbemerkung und Fragen 5, 16, 22b und 22d. 62 Vgl. RPW 2014/2, 427 Rz 42, Aurelius/Publicitas. 63 BGE

139 I 72, 94 f. E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128 E. 9.2.3.5), Publigruppe SA et al./WEKO. 64 Media Trend Journal 4-2013, Intermedia Vergleich 2014, S. 64.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 17

verschiedenen Mediengattungen unterscheiden sich auch ganz grundsätzlich in den möglichen Darstellungsformen von Werbung: Während beispielsweise TV-Zuschauer mit multisensorischen Werbebotschaften (Bild, Ton, Bewegung) erreicht werden können, sind Radiohörer nur akustisch (Sprache, Geräusche, Musik) und Leser von Printmedien nur mit Bild und Text zu erreichen. 63. Auch eine von [B] in Auftrag gegebene Studie zur Bedeutung der Werbefenster im Schweizer TV-Werbemarkt aus dem Jahr 2012 kommt zum Schluss, dass es ein Trugschluss sei, dass Werbung einfach zwischen den einzelnen Medien und Werbeträgern hin und her geschoben werden könne. Nicht alle Medien und Werbeträger würden identische Zielgruppen erreichen. Der gewünschte Werbedruck in einer bestimmten Zielgruppe könne deshalb nicht einfach alternativ bei diesem oder jenem Medium oder Werbeträger eingekauft werden. Schon aus diesem Blickwinkel seien Medien und Werbeträger nur zu einem gewissen Grad austauschbar. Vor allem hohe Reichweiten müssten in der Regel über mehrere Medienkanäle hinweg kumuliert werden. Bei internationalen Konzernen könne es zudem Vorgaben im Hinblick auf die einzusetzenden Werbemittel geben, über die sich die einzelnen Länderdependancen nur schwerlich hinwegsetzen könnten. Auch in diesem Fall könnten Medien und Werbeträger nicht einfach ausgetauscht werden.<sup>65</sup> In dieselbe Richtung weisen auch die Ergebnisse der Marktbefragung des Sekretariats. Diese deuten darauf hin, dass die Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen die verschiedenen Werbeträger bzw. Mediengattungen hauptsächlich komplementär und weniger alternativ einsetzen. 64. Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass für die Bereitstellung von Werberaum bzw. Werbezeit in unterschiedlichen Mediengattungen im Grundsatz immer noch gilt, was von der WEKO, dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht im Fall «Publigruppe» festgestellt wurde, dass nämlich aus der Perspektive der Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen die verschiedenen Mediengattungen – entsprechend der ständigen Praxis der WEKO<sup>66</sup> – nicht austauschbar sind und insbesondere auch Werbezeit im Radio kein hinreichendes Substitut zu Werbezeit im TV darstellt und umgekehrt. 65. Davon abgeleitet ist auch die Vermittlung von Werberaum bzw. Werbezeit in einer bestimmten Mediengattung (z. B. Radio) kein hinreichendes Substitut zur Vermittlung von Werberaum bzw. Werbezeit in einer anderen Mediengattung (z. B. TV), so dass es sich um jeweils gesonderte Vermittlungsmärkte handelt: Bildet nämlich beispielsweise TV-Werbung Bestandteil der Werbestrategie bzw. des Medien-Mixes eines Werbekunden, muss sich dieser bzw. dessen Mediaagentur für den Kauf von Werbezeit zwingend an einen TV-Vermarkter wenden und kann nicht alternativ auf die Dienste von Radiowerbevermittlern oder Vermittlern von Inserate- und Werberaum in Printmedien ausweichen. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Vermittlung von Werbezeit im Radio – ebenso wenig wie die Vermittlung von Inserate- und Werberaum in Printmedien oder die Vermittlung von Onlinewerbeflächen – ein hinreichendes Substitut für die Vermittlung von TV-Werbezeit darstellt und umgekehrt. Hinsichtlich der Angebotsumstellungsflexibilität ist anzumerken, dass zwar davon ausgegangen werden kann, dass ein TV-Vermarkter in relativ kurzer Zeit und ohne grosse Investitionen auch als Radiowerbevermittler tätig werden könnte. Demgegenüber dürfte es für einen Radiowerbevermittler jedoch aufgrund des Systems der Exklusivvermarktung im Bereich der TV-Werbung (vgl. Rz 17) und der mehrjährigen

Vermarktungs- verträge<sup>67</sup> kaum möglich sein, kurzfristig und ohne zusätzliche Kosten und Risiken in das TV- Vermarktungsgeschäft einzusteigen.

65 [...] -Studie Werbefenster Schweiz 2012 (Fn 23), S. 24 und 36 f. 66 Vgl. statt vieler RPW 2009/3, 267, Rz 147, Rz 158, Rz 169 und Rz 172, Tamedia/PPSR. 67 [...].

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 18

66. Aus den obgenannten Gründen erscheint es vorliegend als sachgerecht, dass die Vermittlung von TV-Werbezeit und die Vermittlung von Radiowerbezeit unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten zugewiesen werden und nicht von einem audiovisuellen Werbe- vermittlungsmarkt (vgl. Rz 55) ausgegangen wird. 67. Hinsichtlich der Vermittlung von TV-Werbezeit für die Schweiz geht aus der Marktbe- fragung hervor, dass TV-Werbung in der Regel im Rahmen von nationalen Werbekampag- nen geschaltet wird, die fast immer sowohl über die öffentlich-rechtlichen als auch über die privaten TV-Sender lanciert werden. Während die privaten TV-Sender grundsätzlich besser geeignet seien, um ein jüngeres Zielpublikum zu erreichen, seien die öffentlich-rechtlichen Sender der SRG besser geeignet, um ein älteres Zielpublikum anzusprechen. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass nationale TV-Werbekampagnen in der Regel komplemen- tär sowohl über öffentlich-rechtliche als auch über private TV-Sender gebucht werden, um ein (bezogen auf das Alter der Zuschauer) möglichst breites Zielpublikum zu erreichen. Auch die vorstehend erwähnte Studie zur Bedeutung von Werbefenstern im Schweizer TV- Werbemarkt hält fest, dass das Fernsehen seine Stellung als Hauptwerbemedium, mit Ge- samtreichweiten von 70 bis 80 % in breit angelegten Zielgruppen, nur durch die wechselsei- tige Kombination der Reichweiten der SRG-Programme und der Werbefenster behaupten könne.<sup>68</sup> Aufgrund dieser Komplementarität ist es zumindest denkbar, dass die Vermittlung von TV-Werbezeit in den öffentlich-rechtlichen TV-Sendern der SRG einem anderen sachli- chen Markt zuzuordnen ist als die Vermittlung von TV-Werbezeit in den Schweizer Werbe- fenstern von privaten ausländischen TV-Sendern oder den privaten inländischen TV- Sendern.<sup>69</sup> Die definitive sachliche Marktabgrenzung betreffend die Vermittlung von TV- Werbezeit für die Schweiz kann an dieser Stelle jedoch offengelassen werden. Wie nachfol- gend aufgezeigt wird, hat die [Unternehmensgruppe] von sich aus Massnahmen zur Verhin- derung von Wettbewerbsbeschränkungen bei der Vermarktung bzw. Vermittlung von TV- und Radiowerbezeit getroffen und zusätzlich gegenüber dem Sekretariat eine Verpflich- tungserklärung betreffend ihr zukünftiges Verhalten in diesem Bereich abgegeben. Vor die- sem Hintergrund rechtfertigt es sich nach Ansicht des Sekretariats insgesamt nicht, weitere aufwendige Abklärungen betreffend die Marktabgrenzung im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV-Werbezeit für die Schweiz vorzunehmen, zumal es selbst bei einer en- gen Marktabgrenzung fraglich ist, ob die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] im relevanten Zeit- raum (2005 bis 2009) tatsächlich marktbeherrschend gewesen sein könnte (vgl. Rz 154 ff.). 68. Hinsichtlich der Vermittlung von Radiowerbezeit für die Schweiz geht aus der Marktbe- fragung hervor, dass nationale bzw. national verbreitete Radiowerbung überwiegend über Vermittler, lokale und regionale bzw. regional verbreitete Werbung dagegen vorwiegend di- rekt bei den einzelnen Radiosendern (oder regionalen Radiowerbepools) gebucht wird (vgl. Rz 29). Dies lässt den Schluss zu, dass einerseits für nationale Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen die Direktbuchung bei mehreren Radiosendern in der Regel kein hinrei- chendes Substitut zur Buchung über einen Vermittler darstellt und andererseits für lokale o- der regionale Werbekunden die Buchung über einen Vermittler nicht als gangbare Alternative

68 [...] -Studie Werbefenster Schweiz 2012 (Fn 23) , S. 37 f. 69 Ebenfalls denkbar wäre es, in Analogie zur ständigen Praxis der WEKO im Bereich der Bereitstellung von TV-Werbezeit (vgl. statt vieler RPW 2009/3, 267, Rz 172, Tamedia/PPSR), den Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz weiter in einen Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von nationaler TV-Werbezeit für die Schweiz sowie in weitere Märkte für die Vermittlung bzw. den Verkauf von regionaler bzw. lokaler TV-Werbezeit für die Schweiz zu unterteilen. Diese Unterscheidung kann für das vorliegende Verfahren indes unterbleiben, da in der Schweiz mit regionaler und lokaler TV-Werbung vergleichsweise geringe Werbeumsätze generiert werden und diese für die Beurteilung der Marktstellung der [Unternehmensgruppe] nicht ins Gewicht fallen dürften.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 19

zu einer Direktbuchung beim gewünschten Radiosender erscheint.<sup>70</sup> In Analogie zur ständigen Praxis der WEKO im Bereich der Bereitstellung von Radiowerbezeit<sup>71</sup> erscheint deshalb vorliegend als sachgerecht, zwischen einem sachlichen Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz und weiteren sachlichen Märkten für die Vermittlung bzw. den Verkauf von lokaler resp. regionaler Radiowerbezeit für die Schweiz zu unterscheiden.<sup>72</sup> Ausgehend von der Tätigkeit von [E] als Vermittlerin von Radiowerbezeit ist für die vorliegende Vorabklärung vor allem der sachliche Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz relevant. B.3.1.1.2. Räumlich relevante Märkte 69. Der räumlich relevante 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). Praxis der WEKO 70. Die WEKO grenzte den Markt für die Vermittlung von TV-, Radio- und Kinowerbung (sog. audiovisueller Werbevermittlungsmarkt) in ihrer bisherigen Praxis national ab, wobei die definitive Marktabgrenzung (eventuell weitere Unterteilung nach Sprachregionen) offengelassen wurde.<sup>73</sup> Betreffend den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien sowie auch den Markt für die Vermittlung von Onlinewerbe- flächen wurde jeweils von nationalen Märkten ausgegangen.<sup>74</sup> Ausführungen der [Unternehmensgruppe] 71. Mit Blick auf die räumliche Marktabgrenzung führt die [Unternehmensgruppe] in ihrer Stellungnahme auf das Auskunftsersuchen des Sekretariats im Wesentlichen aus, dass eine Aussage zur Herkunft der Kunden nicht möglich sei, weil im Fragebogen das Kriterium für eine Unterteilung in Schweizer Kunden und ausländische Kunden fehle. So sei fraglich, ob ein internationaler Konzern, der via seine Mediaagentur in der Schweiz buche, ein internationaler Kunde sei. Es frage sich ferner, ob ein international tätiges Schweizer Unternehmen, das den ganzen Werbeetat durch eine internationale Mediaagentur verberge, ein Schweizer Kunde sei. So lasse [...] ihr Werbebudget durch eine Agentur in London buchen. Die beiliegende Übersicht zeige, dass [...] % der TV-Werbekunden von [B] aus [...] Ländern ausserhalb der Schweiz stammen.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> Offengelassen werden kann, ob allenfalls die Direktbuchung bei einem sprachregionalen oder sprachraumübergreifenden Radiowerbepool wie dem «[...]» (vgl. Fn 36) oder über die neue Buchungsplattform der [P] (vgl. Fn 37 und Rz 86) für nationale Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen ein hinreichendes Substitut zur Buchung über einen unabhängigen Vermittler darstellt. <sup>71</sup> Vgl. statt vieler RPW 2009/3, 267, Rz 169, Tamedia/PPSR. <sup>72</sup> Vgl. auch Beschluss des BKartA vom 15.8.2001, B6-127/99 RMS Radio Marketing Service GmbH & Co. KG, 15. <sup>73</sup> RPW 2007/1, 114 Rz 16, Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe

AG/Radio Regenbogen, RPW 2007/4, 615 Rz 105, Tamedia AG/Espace Media Groupe; RPW 2009/3, 268 Rz 184, Tamedia/PPSR; RPW 2013/3, 396 Rz 50, PubliGroupe/S1TV. 74 RPW 2014/2, 428 Rz 50, Aurelius/Publicitas; RPW 2013/3, 354 Rz 39, Tamedia AG/PPN AG. 75 Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012, Frage 5.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 20

Räumliche Marktabgrenzung im vorliegenden Fall 72. [B] vermarktet Schweizer Werbefenster von ausländischen privaten TV-Sendern sowie Werbezeit in inländischen Privatsendern. [E] vermittelt Werbezeit von sämtlichen in der Schweiz terrestrisch empfangbaren Privatradiosendern. Die Werbekunden bzw. deren Medi- aagenturen fragen – unabhängig davon, wo sie domiziliert sind bzw. ob es sich um ein ledig- lich in der Schweiz tätiges oder aber ein international tätiges Unternehmen handelt – bei [B] bzw. [E] TV- und Radiowerbezeit für die Schweiz bzw. für ein Schweizer Zielpublikum nach. Mit Blick auf die räumliche Marktabgrenzung ist anzumerken, dass sämtliche derzeit im Markt aktiven Vermarkter bzw. Vermittler von TV- und Radiowerbezeit für die Schweiz in der Schweiz domiziliert sind. Ungeachtet dieser Tatsache erscheint es aber als wahrscheinlich, dass ein Werbekunde, der ein Schweizer Zielpublikum erreichen möchte, bzw. dessen Medi- aagentur die Dienstleistung der Vermarktung bzw. Vermittlung von hierfür notwendiger TV- oder Radiowerbezeit auch bei einem nicht in der Schweiz ansässigen Anbieter nachfragen würde. Da, wie erwähnt, alle derzeit relevanten Vermarkter bzw. Vermittler von TV- und Ra- diowerbezeit für die Schweiz auch hier ansässig sind, kann es vorliegend offengelassen werden, ob die sachlich relevanten Märkte national oder supranational abzugrenzen sind. B.3.1.1.3. Zwischenergebnis 73. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Rahmen der vorliegenden Vor- abklärung von • einem Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz oder alternativ einem Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern (Schweizer Werbefenster von privaten ausländischen TV- Sendern und private inländische TV-Sender); sowie • einem Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz als relevante Märkte ausgegangen wird, wobei die definitiven sachlichen und räumlichen Marktabgrenzungen im Sinne der obigen Erwägungen offengelassen werden. 74. Wie in Rz 67 angemerkt, kann namentlich die definitive sachliche Marktabgrenzung be- treffend die Vermittlung von TV-Werbezeit für die Schweiz im Rahmen der vorliegenden Vor- abklärung offengelassen werden. B.3.1.2 Marktstellung 75. Nach der Abgrenzung der relevanten Märkte gilt es nachfolgend zu prüfen, ob die [Un- ternehmensgruppe] mit ihren Tochtergesellschaften [B] und [E] möglicherweise eine markt- beherrschende Stellung in diesen Märkten einnimmt. B.3.1.2.1. Im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV-Werbezeit für die Schweiz Aktuelle Konkurrenz 76. Wie erwähnt, werden die Werbemöglichkeiten in den öffentlich-rechtlichen TV-Sendern der SRG durch deren Vermarktungstochter [F] kommerzialisiert. Die Schweizer Werbefens- ter sowie die inländischen sprachregionalen Privatsender werden dagegen hauptsächlich durch [B] vermarktet (vgl. Fn 8 und 9). Als TV-Vermarkter sind daneben namentlich noch [G], [H] und [I] tätig (vgl. Rz 18). 77. Bei Abgrenzung eines (einheitlichen) Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz ist von einer oligopolistischen Marktstruktur mit den beiden

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 21

führenden Anbietern [F] und [B] auszugehen. Gemessen am TV-Netto-Werbeumsatz (vgl. Rz 8 und 12) dürften [F] und [B] zusammen einen Marktanteil von rund [80-100] % auf

sich vereinigen, wobei [F] der (leicht) gewichtigere Oligopolist sein dürfte. Es kann somit von einer sehr starken Stellung sowohl von [F] als auch von [B], jedoch eher nicht von einer marktbeherrschenden Stellung von [B] allein ausgegangen werden. 78. Bei Abgrenzung eines separaten Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern (Schweizer Werbefenster von privaten ausländischen TV-Sendern und private inländische TV-Sender) würde [B] derzeit gemessen am TV-Netto-Werbeumsatz (vgl. Rz 8 und 12) einen Marktanteil von gegen [80-90] % auf sich vereinigen, und es wäre damit wohl von einer marktbeherrschenden Stellung von [B] auszugehen. Bis Ende 2010 dürfte hingegen von der [H], die bis dahin die Werbefenster von [...] und [...] sowie von [...] vermarktete (vgl. Fn 26), ein nicht zu vernachlässigender Wettbewerbsdruck auf [B] ausgegangen sein. Dass – wie aus den von der [Unternehmensgruppe] gemachten Angaben ersichtlich wird – [B] ihren Umsatz mit dem Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz im Jahr 2011 massiv steigern und ihren Marktanteil im Bereich der Vermittlung bzw. dem Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern von rund [50-70] % auf rund [80-90] % erhöhen konnte, dürfte denn auch vorab mit der Übernahme der Vermarktung der Werbefenster von [...] und [...] sowie von [...] von [H] zusammenhängen. Als private TV-Vermarkter sind heute – wie erwähnt – neben [B] namentlich noch [G], [H] und [I] tätig (vgl. Rz 76). 79. Zusammenfassend kann davon ausgegangen werden, dass [B] auf einem eng abgegrenzten Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern zumindest seit 2011 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt haben und auch heute noch marktbeherrschend sein könnte. Potenzielle Konkurrenz 80. Mit Blick auf die beschränkte Marktgrösse der Schweiz ist nicht davon auszugehen, dass in naher Zukunft weitere TV-Vermarkter in den Markt eintreten werden. Von den bestehenden privaten TV-Vermarktern [G], [H] und [I] dürfte aufgrund ihres beschränkten Senderportfolios (vgl. Rz 76) in naher Zukunft nur ein geringer Wettbewerbsdruck auf [B] ausgehen. Jene müssten mit der Vermarktung einiger weiterer Privatsender bzw. Werbefenster beauftragt werden, um in der Vermittlung von TV-Werbezeit für die Schweiz an Bedeutung zu gewinnen und eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der [B] ausüben zu können. Anzumerken ist zudem, dass nicht davon auszugehen ist, dass die SRG-Vermarktungstochter [F] zukünftig auch als Vermarkterin von Schweizer Werbefenstern privater ausländischer TV-Sender oder von privaten inländischen TV-Sendern aktiv werden wird. Im Übrigen ist auch kein Trend Richtung Eigenvermarktung der TV-Sender auszumachen, der sich disziplinierend auf das Verhalten der [B] auswirkt. Es kann davon ausgegangen werden, dass derzeit keine genügend starke potenzielle Konkurrenz besteht, die eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von [B] auf einem eng abgegrenzten Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern ausüben könnte. B.3.1.2.2. Im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz Aktuelle Konkurrenz 81. Als Vermittler sind neben [E] derzeit namentlich noch [L], [M] und [N] tätig. Bis Ende 2010 war zudem [O], die Mitte 2006 von [H] übernommen worden war, als Radiowerbemitteilerin aktiv (vgl. Rz 28). Anzumerken ist auch, dass bis Ende 2010 mit dem «[...]» ein nationaler sprachraumübergreifender Radiowerbepool bestand, der von [J] vermarktet wurde (vgl. Rz 26 und Fn 36).

82. Aus den von der [Unternehmensgruppe] gemachten Angaben und eingereichten Unterlagen kann geschlossen werden, dass [B] bzw. (seit Mitte 2013) [E] (vgl. Rz 5) spätestens im Jahr 2007 zur bis dahin marktführenden [O] aufgeschlossen hatte und ihren Marktanteil seit- her weiter kontinuierlich steigern konnte. Dies insbesondere zulasten der [O], die ihre Ge- schäftstätigkeit – wie erwähnt – Ende 2010 aufgab. Die Marktbefragung hat zudem ergeben, dass die übrigen Radiowerbevermittler nur eine untergeordnete Rolle in der nationalen Radi- owerbevermittlung spielen und kaum disziplinierend auf das Verhalten der [E] einwirken kön- nen. Anzumerken ist zudem, dass in den öffentlich-rechtlichen Radioprogrammen der SRG die Ausstrahlung von klassischen Radiowerbespots verboten und nur das Sponsoring von Radiosendungen erlaubt ist (vgl. Rz 25). Von der [F] dürfte folglich ebenfalls nur eine geringe disziplinierende Wirkung auf [E] ausgehen. 83. Zusammenfassend kann davon ausgegangen werden, dass [B] bzw. (seit Mitte 2013) [E] zumindest seit 2011 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt haben und auch heute noch marktbeherrschend sein könnte. Bis 2010 dürfte hingegen von der ehemaligen Marktführerin [O] sowie unter Umständen auch dem sprachraumübergreifenden Radiower- bepool «[...]» ein gewisser Wettbewerbsdruck auf [B] ausgegangen sein. Potenzielle Konkurrenz 84. Im Zusammenhang mit der Frage der potenziellen Konkurrenz führt die [Unterneh- mensgruppe] in ihrer Stellungnahme auf das Auskunftsersuchen des Sekretariats im We- sentlichen aus, dass der Online- wie auch der Radiovermittlungsmarkt praktisch keine Ein- trittsbarrieren kenne. Es brauche – abgesehen vom Knowhow und den technischen Stan- dardtools – praktisch keine Investitionen. Man gehe mit Blick auf die Entwicklung in den letz- ten Jahren von Marktzutritten aus. So würde [G] gegenwärtig die drei Radio [...] Sender in Zürich, Basel und Bern beherrschen und könne als einziger Marktteilnehmer ein Angebot über drei wichtige Agglomerationen in der Schweiz aus einer Hand anbieten. Bezeichnen- derweise vermarkte [G] die drei Sender selber. Zusammen mit der bekannten Strategie von [G], die gesamte Wertschöpfungskette nicht nur auf der Stufe der Medien, sondern auch im gesamten Entertainmentbereich abzudecken, erwarte man einen sehr starken neuen Play- er.<sup>76</sup> 85. Aus der Marktbefragung geht hervor, dass die Mehrheit der Mediaagenturen und Radi- osender nicht mit Markteintritten von weiteren Vermittlern rechnet. Einige wenige der befrag- ten Mediaagenturen und Radiosender halten es hingegen für möglich, dass [G] – neben der Vermarktung der eigenen Radiosender – auch in der Vermittlung von Radiowerbezeit in Drittsendern aktiv werden könnte. Trotz den von der [Unternehmensgruppe] angeführten tie- fen Marktzutrittsschranken ist es in den letzten Jahren nicht zu Markteintritten von Vermitt- lern gekommen. [E] hat sich auf dem Markt etabliert und dürfte gegenüber [G] insofern über einen Wettbewerbsvorteil verfügen, als sie namentlich mit [B] im Bereich der TV- Vermarktung aber auch mit [C] im Bereich Vermittlung von Onlinewerbevermittlung über starke konzernverbundene Partnerinnen im Bereich der Vermarktung elektronischer Medien verfügt und so von gewissen Synergieeffekten profitieren dürfte. [G] vermarktet hingegen derzeit – neben dem 2013 lancierten eigenen Musiksender [...] – nur das Schweizer Werbe- fenster des französischen TV-Senders [...] und dürfte als potenzielle Konkurrentin im Bereich Radiowerbevermittlung demzufolge wohl kaum von vergleichbaren Synergieeffekten profitie- ren können. Folglich kann davon ausgegangen werden, dass auch von [G] in naher Zukunft nur ein geringer potenzieller Wettbewerbsdruck auf [E] ausgeht. 86. Inwiefern sich [P], die im Herbst 2014 von acht Deutschschweizer Privatradios zur Vermarktung deren Werbezeit gegründet wurde (vgl. Fn 37), im Bereich der Vermittlung bzw.

76 Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012.

des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz wird etablieren können, wird sich zeigen. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die Vermarktung der beteiligten Radiosender durch [P] zumindest in naher Zukunft nicht genügend disziplinierend auf das Verhalten der [E] auswirken wird, zumal die [P] gemäss eigenen Angaben eine offene buchbare Buchungsplattform anbietet und sich als Ergänzung zu den bestehenden Marktpartnern versteht.<sup>77</sup> 87. Zusammenfassend kann davon ausgegangen werden, dass derzeit keine genügende potenzielle Konkurrenz bestehen dürfte, die eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der [E] ausüben könnte. B.3.1.3 Zwischenergebnis 88. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass aufgrund der vorläufigen Analyse der Marktverhältnisse im Rahmen der Vorabklärung Anhaltspunkte bestehen, wonach die [Unternehmensgruppe] mit ihren Tochtergesellschaften [B] und [E] auf einem eng abgegrenzten Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern sowie auf dem Markt für die Vermittlung bzw. den Verkauf von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz zumindest seit 2011 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt. 89. Im Folgenden wird demnach geprüft, ob Anhaltspunkte für den Missbrauch dieser allfälligen marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG vorliegen. B.3.2 Möglicherweise unzulässige Verhaltensweisen 90. 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). 91. 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>78</sup> Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist – wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe» ausgeführt hat – im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. Insofern indizieren die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmuster zu eruieren ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d. h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe (legitimate business reasons) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Behinderung oder Benachteiligung bzw. Ausbeutung vorliegt. Daneben anerkennt die Lehre auch weitere Kriterien wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Vgl. Persoenlich.com vom 2.10.2014, <[www]> (27.10.2014). <sup>78</sup> Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 468, 570. <sup>79</sup> BGE 139 I 72, 104 E. 10.1.2 m. w. H. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), Publigroupe SA et al./WEKO.

B.3.2.1 Vereinbarungen über Rabatte bzw. Freespace im Bereich TV- und Radiowerbung 92. In ihrer Stellungnahme auf das Auskunftsersuchen des Sekretariats gibt die [Unternehmensgruppe] an, dass sowohl TV- wie auch Radiosender den Werbekunden – sei dies direkt oder über eine entsprechende Vereinbarung mit der Mediaagentur des Werbekunden

– Cash-Rabatte und Freespace<sup>80</sup> gewähren.<sup>81</sup> 93. Die [Unternehmensgruppe] führt zudem aus, dass die operativen Gesellschaften die Bereiche TV, Radio, Digital Out of Home, Internet und Mobile je gesondert vermitteln bzw. vermarkten würden. Die zwingend getrennt zu erfolgende Vermarktung bzw. Vermittlung er- gebe sich daraus, dass die Preishoheit bei den vertretenen Medienunternehmen liege. [B] verkaufe stellvertretend für die TV- und Radiosender Werbezeit und erhalte dafür eine Kom- mission. Dabei sei [B] an die Preisvorgaben des Senders gebunden. Ein TV-Sender bzw. ei- ne Sendergruppe sei nicht daran interessiert, zugunsten von Radiosendern Preiskonzessio- nen zu machen bzw. in crossmediale Deals einzusteigen. Eigentliche Cross-Media Angebote könne [B] deshalb heute nicht unterbreiten. [B] könne somit Werbekunden und Agenturen nur beraten und sensibilisieren, einen möglichst optimalen Werbemix in Erwägung zu zie- hen.<sup>82</sup> 94. Zu diesen Ausführungen der [Unternehmensgruppe] ist Folgendes anzumerken: Die von der [Unternehmensgruppe] eingereichten Unterlagen deuten darauf hin, dass zumindest in der Vergangenheit medienübergreifende Rabatt- bzw. Freespace-Vereinbarungen mit Werbekunden abgeschlossen worden sind.<sup>83</sup> [...] <sup>84</sup> Es ist somit auch denkbar, dass die Un- ternehmen der [Unternehmensgruppe] beim Verkauf von TV- sowie auch Radiowerbezeit – neben der Weitergabe der von den Sendern festgelegten Rabatt- bzw. Freespace- Konditionen – Teile ihrer Vermarkter- bzw. Vermittlerkommission (vgl. Rz 23 und 30) als zu- sätzliche Rabatte bzw. Freespace und somit den Werbekunden auch Rabatte bzw. Freespace auf eigene Rechnung gewähren. 95. Das Sekretariat hat deshalb von rund 30 Werbekunden und den befragten Mediaaagen- turen detaillierte Auskünfte über allfälligen Rabatt- bzw. Freespace-Vereinbarungen mit [B] im Bereich TV- und Radiowerbung betreffend den Zeitraum 2004 bis 2012 einverlangt. B.3.2.1.1. Vereinbarungen mit Werbekunden 96. Aus der Marktbefragung geht hervor, dass [B] mit Werbekunden, die über ein entspre- chend hohes TV-Werbebudget verfügen, sog. «Kunden-Vereinbarungen» abschliesst. Darin werden in der Regel für die Dauer eines Jahres auf der Basis des beabsichtigten TV- Investitionsvolumens in den von [B] vermarkteten TV-Sendern die Freespace-Konditionen für die Schaltung von Werbung in diesen Sendern festgelegt.<sup>85</sup> Die Marktbefragung hat ergeben,

80 Vgl. Fn 1. 81 Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012, Frage 26. 82 Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012, Fragen 4 und 5. 83 Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012. 84 Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012. 85 Anzumerken ist, dass auch die SRG-Vermarktungstochter [F] entsprechende Rahmenvereinbarun- gen mit Werbekunden abschliesst.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 25

dass seit 2011 dabei jeweils separate Vereinbarungen für die Sender der [...]-Gruppe<sup>86</sup>, für die Sender der [...] -Gruppe<sup>87</sup> etc. abgeschlossen werden. 97. Die von einigen namhaften Werbekunden eingereichten Kunden-Vereinbarungen be- schränkten sich jedoch nicht nur auf die Festlegung der TV-Freespace-Konditionen, sondern enthielten auch Klauseln betreffend das Werbebudget in anderen Mediengattungen wie Ra- dio, Online und Adscreen<sup>88</sup>. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, die zwischen 2005 und 2009 abgeschlossen wurden. Mit Blick auf eine mögliche Behinderung von Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von Radiowerbezeit für die Schweiz ist das Sekretariat betreffend diese Vereinbarungen auf Folgendes aufmerksam geworden: Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft 98. Einige dieser Vereinbarungen legten zwar nur

Freespace-Konditionen in den von [B] vermarkteten TV-Sendern fest, enthielten aber eine Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft, wonach sich die Werbekunden verpflichteten, einen Teil oder das gesamte Radiowerbebudget sowie teilweise zusätzlich noch einen Teil oder das gesamte Onlinewerbebudget exklusiv über [B] bzw. [Q]<sup>89</sup> zu buchen. Medienübergreifendes Freespace-Angebot 99. Andere medienübergreifende Vereinbarungen enthielten neben Freespace-Konditionen für TV-Werbung auch separate, umsatzabhängige Rabatt- und/oder Freespace-Konditionen für Radiowerbung sowie teilweise zudem auch für Adscreen- und Onlinewerbung. Einem Werbekunden unterbreitete [B] zusätzlich noch ein medienübergreifendes Freespace-Angebot, bei welchem der Umsatz mit sämtlichen Medien und Produkten relevant und der Freespace anteilmässig auf den jeweiligen Medien zu beziehen war. Gewährung von Freespace im Radio wurde an eine Exklusivbuchungsverpflichtung geknüpft 100. In einigen Vereinbarungen wurde die Gewährung der darin vorgesehenen umsatzabhängigen Freespace-Konditionen für Radiowerbung zudem explizit an die Bedingung geknüpft, dass das gesamte oder zumindest der überwiegenden Teil des Radiowerbevolumens exklusiv über [B] gebucht wurde. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, die alle im Jahr 2009 abgeschlossen wurden. 101. Die zwischen 2010 und 2012 abgeschlossenen, eingereichten Kunden-Vereinbarungen (vgl. Rz 96) beschränkten sich auf die Festlegung der Freespace-Konditionen für TV-Werbung und enthielten keine Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft (vgl. Rz 98), kein medienübergreifendes Freespace-Angebot (vgl. Rz 99) und keine Exklusivbuchungsverpflichtung betreffend die Gewährung von Freespace im Radio (vgl. Rz 100) mehr. Die Ergebnisse der Marktbefragung deuten zudem darauf hin, dass im Radiobereich die Rabatt- bzw. Freespace-Konditionen oft nicht mehr in schriftlichen Verträgen festgehalten werden.

86 So [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. 87 So [...], [...] und [...]. 88 Vgl. Fn 18. 89 Die [Unternehmensgruppe] beteiligte sich im Dezember 2003 zu [...] % an der auf die Vermarktung von Internetwerbung spezialisierte [Q] und integrierte diese in die Gruppe. Im Mai 2007 übernahm die [Unternehmensgruppe] [Q] zu [...] %. Im Oktober 2010 wurde [Q] in [C] umfirmiert (vgl. Fn 3 und Rz 6).

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 26

Zielvereinbarung betreffend Rabatte und Freespace im Radio 102. Das Sekretariat ist jedoch auf eine Zielvereinbarung für das Jahr 2012 aufmerksam geworden, wonach einem Werbekunden auf der Basis eines geplanten Jahresradiowerbeumsatzes von rund [1,5-2,5] Mio. Franken ein Rabatt (inkl. BK90) in der Höhe von [20-30] % und Freespace in der Höhe von [5-15] % eingeräumt wurden. Der Werbekunde hatte Anspruch auf den vereinbarten Rabatt bzw. Freespace im Radio, sofern mindestens [90-100] % des Zielumsatzes getätigt wurden. B.3.2.1.2. Vereinbarungen mit Mediaagenturen 103. Die Ergebnisse der Marktbefragung deuten darauf hin, dass auf Agenturebene mit gewissen Mediaagenturen Vereinbarungen über Rabatt- bzw. Freespace-Konditionen bestehen, von welchen diejenigen Werbekunden profitieren, die über ein zu geringes Werbeinvestitionsvolumen für den Abschluss einer kundenspezifischen Vereinbarung verfügen. 104. Aus den von der [Unternehmensgruppe] eingereichten Unterlagen geht jedoch hervor, dass [B] den Fokus auf (direkte) Vereinbarungen mit Werbekunden gelegt hat, [...]. [...] 91 Vor diesem Hintergrund hat das Sekretariat den Fokus der Vorabklärung auf die Vereinbarungen mit Werbekunden, d. h. auf die vorstehend angesprochenen Kunden-Vereinbarungen gelegt. Anzumerken ist jedoch, dass die von der

[Unternehmensgruppe] im Rahmen der vor- liegenden Vorabklärung gegenüber dem Sekretariat abgegebene Verpflichtungserklärung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG auch für Jahres- und andere Rahmenvereinbarungen über Ra- batte bzw. Freespace mit Mediaagenturen gilt (vgl. Rz 156). B.3.2.1.3. Ergebnis 105. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gemäss den Ergebnissen der Marktbefragung [B] im Zeitraum von 2005 bis 2009 mit einigen namhaften Werbekunden Kunden-Vereinbarungen abgeschlossen hat, die sich nicht nur auf die Festlegung der TV- Freespace-Konditionen beschränkten, sondern auch Klauseln betreffend das Werbebudget in anderen Mediengattungen (Radio, Online und Adscreen) enthielten. 106. Einige dieser Vereinbarungen legten zwar nur Freespace-Konditionen in den von [B] vermarkteten TV-Sendern fest, enthielten aber eine Klausel, wonach sich die Werbekunden verpflichteten, einen Teil oder das gesamte Radiowerbebudget sowie teilweise zusätzlich noch einen Teil oder das gesamte Onlinewerbebudget exklusiv über [B] bzw. [Q] zu buchen (vgl. Rz 98). 107. Andere Vereinbarungen enthielten neben Freespace-Konditionen für TV-Werbung auch separate, umsatzabhängige Rabatt- und/oder Freespace-Konditionen für Radio- sowie teilweise zudem noch für Adscreen- und Onlinewerbung. Einem Werbekunden wurde dabei zusätzlich noch ein medienübergreifendes Freespace-Angebot unterbreitet, bei welchem der Umsatz mit sämtlichen Medien und Produkten relevant und der Freespace anteilmässig auf den jeweiligen Medien zu beziehen war (vgl. Rz 99). 108. In einigen dieser medienübergreifenden Vereinbarungen wurde schliesslich die Ge- währung der darin vorgesehenen umsatzabhängigen Freespace-Konditionen für Radiower- bung explizit an die Bedingung geknüpft, dass das gesamte oder zumindest der überwie- genden Teil des Radiowerbevolumens exklusiv über [B] gebucht wurde. Es handelt sich da- bei um Vereinbarungen, die alle im Jahr 2009 abgeschlossen wurden (vgl. Rz 100).

90 Vgl. Rz 22. 91 Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 27

109. In Anbetracht der eingereichten Kunden-Vereinbarungen, die ab 2010 abgeschlossen wurden (vgl. Rz 101), sowie der von der [Unternehmensgruppe] gemachten Angaben und eingereichten Unterlagen (vgl. Rz 93 f.) kann davon ausgegangen werden, dass ab 2010 keine solchen Vereinbarungen mehr abgeschlossen wurden und die Rabatt- bzw. Freespace-Konditionen im TV und Radio seither in separaten Vereinbarungen festgelegt werden. 110. Das Sekretariat ist jedoch auf eine für das Jahr 2012 getroffene Zielvereinbarung auf- merksam geworden, wonach einem Werbekunden Rabatte und Freespace im Radio auf der Basis des geplanten Jahresradiowerbeumsatzes (nachfolgend: Zielumsatz) eingeräumt wur- den (vgl. Rz 102). 111. Im Folgenden ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die [Unter- nehmensgruppe] bzw. deren Tochtergesellschaft [B] durch den Abschluss der erwähnten Vereinbarungen missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG verhalten hat. Betreffend die Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft (vgl. Rz 98) sowie das medienübergreifende Freespace-Angebot (vgl. Rz 99) könnte namentlich eine Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG vorliegen. Die Exklusivbuchungsverpflichtungen betreffend die Gewährung von Freespace im Radio (vgl. Rz 100) sowie die Zielvereinbarung über Rabatte und Freespace im Radio (vgl. Rz 102) könnten dagegen namentlich zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG geführt haben. B.3.2.2 Koppelungsgeschäfte 112. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich potenziell unzulässig, wenn es den Abschluss bzw. die

Konditionen von Verträgen an die Bedingung koppelt, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen. Der Tatbestand des Koppelungsgeschäfts im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG ist jedenfalls dann erfüllt, wenn neben der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters auf dem Markt des koppelnden Guts folgende Tatbestandsmerkmale vorliegen:<sup>92</sup> (1) Das koppelnde und das gekoppelte Gut sind getrennte Güter; (2) der Anbieter nimmt eine Koppelung der beiden Güter vor; (3) durch die Koppelung werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder wird die Marktgegenseite benachteiligt; (4) die Koppelung lässt sich nicht objektiv rechtfertigen (keine legitime business reasons).

B.3.2.2.1. Getrennte Güter 113. Damit eine Koppelung vorliegt, müssen zwei oder mehr unterschiedliche respektive getrennte Güter vorliegen, welche durch eine Koppelung kombiniert werden. Von getrennten Gütern ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Verbraucher, sofern sie die Wahl ha-

<sup>92</sup> Vgl. RPW 2011/1, 182 Rz 513, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 525; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 2 KG N 272. Vgl. auch Mitteilung der EU-Kommission 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 S.15, Rz 50 (nachfolgend: EU-Prioritätenmitteilung).

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 28

ben, die gekoppelten Gütern von unterschiedlichen Anbietern beziehen können. Ein weiteres Indiz für das Vorliegen getrennter Güter ist dann gegeben, wenn Unternehmen im Markt tätig sind, welche sich auf das Angebot des gekoppelten Guts (ohne das Koppelungsgut) spezialisiert haben.<sup>93</sup> Bei Waren oder Dienstleistungen, die nach einer vertieften Marktanalyse verschiedenen Märkten zugeordnet werden, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um getrennte Güter handelt.<sup>94</sup> 114. So wie die [Unternehmensgruppe] mit ihren Tochtergesellschaften [B] und [E] ist heute kein anderes Unternehmen sowohl als TV-Vermarkter als auch als unabhängiger Radiowerbvermittler tätig. Die übrigen, neben [E] bestehenden Vermittler von Radiowerbezeit für die Schweiz (vgl. Rz 28 und 81) sind nicht gleichzeitig noch als TV-Vermarkter aktiv.<sup>95</sup> Wie im Rahmen der Marktabgrenzung aufgezeigt wurde, gehören die Vermittlung von TV-Werbezeit und die Vermittlung von Radiowerbezeit sowie auch die Vermittlung von Onlinewerbeflächen separaten Märkten an (Rz 50 ff.). Es kann somit davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Vermittlung bzw. dem Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz sowie der Vermittlung bzw. dem Verkauf von Radiowerbezeit für die Schweiz um separate Güter bzw. Dienstleistungen handelt. B.3.2.2.2. Koppelung 115. Die Koppelung von Gütern oder Dienstleistungen kann auf verschiedene Arten vorgenommen werden: Sie kann auf einer entsprechenden Vertragsklausel beruhen (vertragliche Koppelung), auf einer technischen Entscheidung bzw. in der physischen Ausgestaltung der betreffenden Güter gründen (technologische bzw. physische Koppelung) oder durch ökonomische Anreize durchgesetzt werden.<sup>96</sup> 116. In der Literatur werden namentlich die folgenden Koppelungstechniken unterschieden:<sup>97</sup> Beim sog. «tying» (Koppelung) bietet ein Verkäufer das Gut A (koppelndes Gut) nur unter der Bedingung an, dass auch das Gut B (gekoppeltes Gut) bezogen wird. Das Gut B ist dabei auch ohne den gleichzeitigen Erwerb

von Gut A beziehbar. Beim sog. «pure bundling» (reine Bündelung) sind die Güter A und B nur im Bündel, d. h. nur gemeinsam, erhältlich. Beim sog. «mixed bundling» (gemischte Bündelung), oft auch als Bündel- oder Paketrabatt bezeichnet, werden die Güter A und B einzeln sowie in einem Bündel angeboten. Dabei ist

93 Vgl. RPW 2011/1, 183 Rz 514, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). 94 RPW 2011/1, 183 Rz 515, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); RPW 2008/3, 404 Rz 196, Publikation von Arzneimittelinformationen; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, N 703. 95 Anzumerken ist indes, dass bis Ende 2010 mit [...] bzw. [H] ein weiteres Unternehmen sowohl als TV-Vermarkter (vgl. Rz 76) als auch als Vermittler von Radiowerbung (vgl. Rz 28 und 81) aktiv war. [...], die ursprünglich namentlich in der Vermittlung von Printwerbung war, stieg im Herbst 2004 durch die Übernahme des Kino- und TV-Vermarktungsunternehmens [...] in das Vermarktungsgeschäft mit elektronischen Medien ein und übernahm Mitte 2006 auch die Radiowerbevermittlerin [O]. 96 Vgl. EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI (Fn 92), Art. 7 Abs. 2 KG N 274 m. w. H. auf die europäische Rechtsprechung; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 533; BORER (Fn 45), Art. 7 KG N 27. 97 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 92), Art. 7 Abs. 2 KG N 262 und 274; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 494 ff.; EU-Prioritätenmitteilung (Fn 92), Rz 48; MOTTA, MASSIMO, Competition Policy. Theorie and Practice, 2004, S. 460 ff.; ECONOMIC ADVISORY GROUP FOR COMPETITION POLICY EAGCP, An economic approach to Article 82. Report by the EAGCP, 2005, S. 38 ff., <[http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf)> (11.11.2014).

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 29

die Summe der Preise im Einzelverkauf höher als der Preis des Bündels, wodurch ökonomische Anreize für den Bezug von beiden Gütern beim selben Unternehmen geschaffen werden. 117. Mit diesen Koppelungstechniken – oder mit Mischformen davon – erreicht ein für das Gut A marktbeherrschender Anbieter, dass die Abnehmer nicht nur das Gut A bei ihm beziehen, sondern auch das Gut B, welches eigentlich der Konkurrenz eines anderen Marktes unterworfen ist. Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft 118. Wie erwähnt, legten einige der zwischen 2005 und 2009 abgeschlossenen Kundenvereinbarungen zwar nur die Freespace-Konditionen in den von [B] vermarkteten TV-Sendern fest, enthielten aber gleichzeitig eine Klausel, wonach sich die Werbekunden verpflichteten, einen Teil oder das gesamte Radiowerbebudget sowie teilweise zusätzlich noch einen Teil oder das gesamte Onlinewerbebudget exklusiv über [B] bzw. [Q] zu buchen (vgl. Rz 98). 119. Diese Vereinbarungen dürften als Koppelungsgeschäft im oben erwähnten Sinn – konkret wohl als eine Mischform zwischen «tying» (Koppelung) und «mixed bundling» (gemischte Bündelung) – betrachtet werden: Die Werbekunden wurden im Rahmen dieser Vereinbarungen dazu verpflichtet, das Radio- sowie teilweise zusätzlich noch das Onlinewerbebudget bzw. ein Teil desselben ebenfalls über [B] bzw. [Q] zu buchen (gekoppeltes Gut), um von besseren Konditionen – in Form von Freespace – bei der Vermittlung bzw. dem Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz (koppelndes Gut) profitieren zu können. Medienübergreifendes Freespace-Angebot 120. Andere der zwischen 2005 und 2009 abgeschlossenen Kundenvereinbarungen enthielten neben Freespace-Konditionen für TV-Werbung auch separate, umsatzabhängige Rabatt- und/oder Freespace-Konditionen für Radiowerbung sowie teilweise zudem auch für Adscreen- und Onlinewerbung. Einem Werbekunden unterbreitete [B] zusätzlich noch ein

medienübergreifendes Freespace-Angebot, bei welchem der Umsatz mit sämtlichen Medien und Produkten relevant und der Freespace anteilmässig auf den jeweiligen Medien zu beziehen war. 121. Gemäss diesem Angebot hätte der Werbekunde von besseren Freespace-Konditionen (namentlich im TV, aber auch in den anderen Mediengattungen) profitiert, wenn er neben TV-Werbung auch die Werbung in anderen Mediengattungen (namentlich Radio, aber auch Adscreen und Online) über [B] bzw. [Q] gebucht hätte. Bei diesem medienübergreifenden Freespace-Angebot dürfte es sich somit um ein «mixed bundling» (gemischte Bündelung) in Form eines Sortimentsrabatts<sup>98</sup> handeln. B.3.2.2.3. Wettbewerbsbehinderung 122. Eine Koppelungsstrategie kann sowohl zur Verdrängung von Konkurrenten als auch zum Schutz oder Verstärkung der eigenen marktbeherrschenden Stellung eingesetzt wer-

98 Als Sortimentsrabatt wird der Rabatt für eine Produktegruppe bezeichnet. Ein solcher Rabatt liegt vor, wenn die Kombination verschiedener Produkte günstiger als die Summe der Preise der einzelnen Produkte angeboten wird. Mengenrabatte knüpfen dagegen am Volumen eines separaten Produkts an. Ob es sich um einen Sortimentsrabatt oder einen Mengenrabatt handelt, hängt davon ab, ob die einzelnen Produkte separaten Märkten angehören oder nicht (MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, 2011, N 482).

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 30

den. Ebenfalls verwendet werden kann eine solche Strategie zur Errichtung von Marktzutrittsschranken.<sup>99</sup> 123. Eine Koppelungsstrategie kann es dem marktbeherrschenden Unternehmen namentlich ermöglichen, die Anzahl von Handelspartnern, welche mit seinen Konkurrenten auf dem Markt für das gekoppelte Gut kontrahieren können, zu reduzieren und somit seinen Marktanteil auf diesem Markt zu erhöhen (sog. «Horizontale Foreclosure»). Weiter kann ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine Koppelung einen Verdrängungseffekt auf dem Markt des gekoppelten Gutes herbeiführen und so seine Marktmacht auf diesen Markt übertragen (sog. «Leverage»-Theorie). Letzteres tritt vor allem dann auf, wenn das marktbeherrschende Unternehmen sowohl auf dem Markt des koppelnden Gutes als auch auf dem Markt des gekoppelten Gutes tätig ist.<sup>100</sup> 124. Mit der Koppelung der Gewährung von Freespace im TV an die Verpflichtung zur medienübergreifenden Partnerschaft (vgl. Rz 98) sowie auch dem medienübergreifenden Freespace-Angebot (vgl. Rz 99) könnte [B] darauf abgezielt haben, neben einem bestimmten TV-Werbebudget auch das Radiowerbe- sowie teilweise zusätzlich noch das Onlinewerbebudget des jeweiligen Werbekunden an sich zu binden. 125. Werbekunden, die eine Kunden-Vereinbarung über Freespace im TV mit einer Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft eingegangen waren, konnten ihre Radiowerbung nicht über einen anderen Radiowerbemitteiler oder direkt bei den Radiosendern oder Radiopools buchen, da sie andernfalls nicht in den Genuss der vereinbarten TV-Freespace-Konditionen gekommen wären. Es bestehen deshalb Anhaltspunkte, dass [B] mit diesen Vereinbarungen ihren Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz, aber auch im Bereich der Onlinewerbemitteiler Werbebudgets künstlich entzogen bzw. vorenthalten haben und diese dadurch im Wettbewerb behindert haben könnte. B.3.2.2.4. Sachliche Rechtfertigungsgründe 126. Als sachliche Rechtfertigungsgründe für die Koppelung von Gütern und Dienstleistungen sind namentlich zwingende technische oder wirtschaftliche Gründe sowie gewisse Erfordernisse der Qualitätssicherung anerkannt. Einen wichtigen

Rechtfertigungsgrund können auch Sicherheitsaspekte darstellen.<sup>101</sup> Anzumerken ist ferner, dass Rabatte von marktbeherrschenden Unternehmen sachlich gerechtfertigt und damit zulässig sind, wenn sie durch eine wirtschaftliche Gegenleistung des Handelspartners gerechtfertigt sind bzw. auf Kostensparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen beruhen.<sup>102</sup> Eine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen kommt nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten («Gebot der Unerlässlichkeit»).103

99 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 537 f. 100 Vgl. RPW 2011/1, 184 Rz 520 m. w. H., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). 101 Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 576. 102 Vgl. RPW 1998/4, 675 f. E. 5.1, Swisscom/WEKO; RPW 2004/2, 441 Rz. 152, Swisscom ADSL; BORER (Fn 45), Art. 7 N 17. 103 RPW 2011/1, 165 Rz 409 m. w. H., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). 32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 31

128. Es sind nach dem derzeitigen Kenntnisstand keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, die Gewährung von Freespace im TV an die Bedingung zu knüpfen, dass auch die Werbung in anderen Mediengattungen (namentlich Radio und Online) über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird. Auch die von der [Unternehmensgruppe] in der Stellungnahme auf das Auskunftsersuchen des Sekretariats angeführte Nachfrage nach crossmedialen Angebotskonzepten vermag dies kaum zu rechtfertigen. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass das medienübergreifende Freespace-Angebot durch entsprechende Kosteneinsparungen begründet war. 129. Die Koppelung von Rabatten bzw. Freespace im TV an die Verpflichtung, Werbung in anderen Mediengattungen ebenfalls über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] zu buchen, sowie auch das medienübergreifende Freespace-Angebote bilden auch kaum eine notwendige Voraussetzung, um Werbekunden Werbezeit- bzw. -raum in verschiedenen Mediengattungen vermitteln zu können oder neue crossmediale Werbeformen zu entwickeln. Andernfalls hätte [B] kaum – wovon gemäss den Erkenntnissen der Vorabklärung auszugehen ist – ab 2010 keine medienübergreifenden Kunden-Vereinbarungen mehr abgeschlossen (vgl. Rz 109). B.3.2.2.5. Fazit 130. Es bestehen Anhaltspunkte, wonach [B] im Rahmen von Kunden-Vereinbarungen, die zwischen 2005 und 2009 abgeschlossen wurden, ohne sachlichen Grund Freespace im TV daran gekoppelt hat, dass auch ein Teil oder das gesamte Radiowerbebudget (sowie teilweise zusätzlich noch ein Teil oder das gesamte Onlinewerbebudget) exklusiv über [B] bzw. [Q] gebucht wurde, und [B] dadurch ihre Konkurrenten im Bereich der nationalen Radiowerbemitteilung im Wettbewerb behindert haben könnte. 131. Der Tatbestand des missbräuchlichen Koppelungsgeschäfts im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG verlangt jedoch, dass eine marktbeherrschende Stellung (zumindest) auf dem Markt des koppelnden Gutes besteht (vgl. Rz 112). Vorliegend stellt die Vermittlung bzw. der Verkauf von TV-Werbezeit in den von [B] vermarkteten TV-Sendern das koppelnde Gut dar (vgl. Rz 118). Es müsste somit eine marktbeherrschende Stellung der [Unternehmensgruppe] bzw. [B] im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV-Werbezeit für die Schweiz vorliegen. 132. Wie im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung der [Unternehmensgruppe] festgehalten, kann bei Abgrenzung eines (einheitlichen) Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz jedoch eher nicht von einer marktbeherrschenden Stellung von [B] allein ausgegangen werden (vgl. Rz 77). Bei Abgrenzung eines separaten

Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern bestehen hingegen Anhaltspunkte, dass die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] zumindest seit 2011 marktbeherrschend ist (vgl. Rz 78 und 88). Selbst bei einer solchen engeren Marktabgrenzung ist es indes fraglich, ob die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] bereits im – gemäss den Erkenntnissen der Vorabklärung – relevanten Zeitraum von 2005 bis 2009, über eine marktbeherrschende Stellung verfügt haben könnte. Dies insbesondere deshalb, da in diesem Zeitraum namhafte Schweizer Werbefenster wie [...] und [...] sowie der inländische Privatsender [...] nicht von [B], sondern von [H] vermarktet wurden und von Letzterer dadurch ein nicht zu vernachlässigender Wettbewerbsdruck auf [B] ausgegangen sein dürfte (vgl. Rz 78). 133. Festzuhalten ist jedoch, dass es im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [B] heute (wieder) entsprechende Koppelungen vornehmen bzw. medienübergreifende Freespace-Angebote unterbreiten würde. Dies deshalb, da bei einer engen Marktabgrenzung heute Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der [Un-

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 32

ternehmensgruppe] bzw. [B] bestehen und diese mittels solcher Praktiken ihre Konkurrenten in der Radiowerbevermittlung, aber etwa auch im Bereich der Vermittlung der zunehmend an Bedeutung gewinnenden Onlinewerbung Werbebudgets künstlich entziehen und diese dadurch im Wettbewerb behindern könnte. Anzumerken ist zudem, dass auch bei einer weiten Marktabgrenzung – d.h. der Abgrenzung eines (einheitlichen) Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz – immer noch von einer sehr starken Marktstellung der [Unternehmensgruppe] bzw. [B] auszugehen ist (vgl. Rz 77). 134. Da Anhaltspunkte bestehen, wonach die [Unternehmensgruppe] bzw. [E] heute überdies im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz marktbeherrschend ist (vgl. Rz 81 ff. und Rz 88), wäre auch eine (zukünftige) Koppelung von Rabatten bzw. Freespace im Radio an die Buchung des Werbevolumens in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) oder ein entsprechendes medienübergreifendes Freespace-Angebot, bei welchem zusätzlich zum Umsatz im Radiobereich auch der Umsatz in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) freespacebildend ist, im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG problematisch. Dies deshalb, da die [Unternehmensgruppe] durch solche Praktiken neben dem Radiowerbebudget auch das Werbebudget der Medienkunden in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) an sich binden und dadurch namentlich Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von TV-Werbezeit, aber auch im Bereich der Vermittlung der zunehmend an Bedeutung gewinnenden Onlinewerbung im Wettbewerb behindern könnte. B.3.2.3 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung 135. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich potenziell unzulässig, wenn es die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung einschränkt. Der Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen: (1) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt; (2) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder wird die Marktgegenseite benachteiligt; (3) die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine

legitimate business reasons). B.3.2.3.1. Einschränkung des Absatzes 136. Unter die «Einschränkung des Absatzes» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken.<sup>104</sup> Erfasst wird sowohl die Beschränkung des eigenen Absatzes als auch die Einwirkung auf den Absatz von Konkurrenten.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 418 und 441. <sup>105</sup> ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauer/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 KG N 141; ZÄCH (Fn 94), N 688.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 33

137. Die Einschränkung des Absatzes kann verschiedene Formen annehmen. Sie kann unilateralen Handlungen des marktbeherrschenden Unternehmens entspringen, indem sich dieses beispielsweise weigert, gewisse Käufer zu beliefern oder seine Geschäftspartner mit einer Beschränkung des geografischen Marktes oder des Kundenkreises belegt. Das Unternehmen kann aber auch mit bilateralen Handlungen, meistens in Verträgen mit Handelspartnern oder Dritten, den Absatz von Konkurrenten einschränken, wie z. B. durch Ausschliesslichkeitsbindungen in Form von Alleinbezugsbindungen oder Rabatten.<sup>106</sup> Alleinbezugsbindungen können indes nicht nur mit entsprechenden Vertragsverpflichtungen, sondern de facto auch mittels Anreizmassnahmen erwirkt werden. So kann ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Geschäftspartnern Vorzugskonditionen anbieten, wenn sie ihren Bedarf ausschliesslich bei ihm decken. Dadurch wird für die Geschäftspartner der Anreiz geschaffen, von diesen günstigen Konditionen zu profitieren und auf Alternativangebote zu verzichten, was eine Absatzeinschränkung der Konkurrenz bewirkt.<sup>107</sup> Gewährung von Freespace im Radio wurde an eine Exklusivbuchungsverpflichtung geknüpft <sup>138</sup>. Wie erwähnt, wurde in einigen der medienübergreifenden Kunden-Vereinbarungen die Gewährung der darin vorgesehenen umsatzabhängigen Freespace-Konditionen im Radio explizit an die Bedingung geknüpft, dass das gesamte oder zumindest der überwiegende Teil des Radiowerbevolumens exklusiv über [B] gebucht wurde. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, die alle im Jahr 2009 abgeschlossen wurden (vgl. Rz 100). <sup>139</sup> Die Werbekunden, die eine solche Vereinbarung eingegangen waren, bzw. deren Mediaagenturen mussten somit das gesamte oder zumindest den überwiegenden Teil des Radiowerbevolumens über [B] buchen, um in den Genuss der vorgesehenen Freespace-Konditionen im Radio zu kommen. Die Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen wurden mithin in ihrer Wahlfreiheit eingeschränkt, einen Teil ihrer Radiowerbung über einen anderen Radiowerbemitteiler oder unter Umständen auch direkt bei einem Radiopool oder den einzelnen Radiosendern zu buchen. Die in den Kunden-Vereinbarungen vorgesehenen Exklusivbuchungsverpflichtungen erscheinen somit grundsätzlich geeignet, um die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz künstlich einzuschränken. Zielvereinbarung betreffend Rabatte und Freespace im Radio <sup>140</sup>. Wie erwähnt, ist das Sekretariat ist zudem auf eine Zielvereinbarung für das Jahr 2012 aufmerksam geworden, wonach einem Werbekunden auf der Basis eines geplanten Jahresradiowerbeumsatzes von rund [1,5-2,5] Mio. Franken (Zielumsatz) ein Rabatt (inkl. BK108) in der Höhe von [20-30] % und Freespace in der Höhe von [5-15] % eingeräumt wurden. Der Werbekunde hatte Anspruch

auf den vereinbarten Rabatt bzw. Freespace im Radio, sofern mindestens [90-100] % des Zielumsatzes getätigt wurden (vgl. Rz 102). 141. Rabatte bzw. Freespace im Rahmen solcher Zielvereinbarungen können als Zielrabatte qualifiziert werden. Als solche gelten Rabatte, die für jeden Kunden individuell für eine bestimmte, relativ lange Referenzperiode definiert werden und die Rabattgewährung vom Erreichen eines bestimmten Jahresumsatzes abhängig machen.<sup>109</sup> Wird dabei die Rabatt-

106 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 442 f. m. w. H. 107 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 446. 108 Vgl. Rz 22. 109 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 228.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 34

schwelle in die Nähe des totalen Bedarfs des Abnehmers angesetzt, kann der Zielrabatt wie eine Alleinbezugsvereinbarung wirken.<sup>110</sup> 142. Falls der in der erwähnten Zielvereinbarung vorgesehene Zielumsatz dem Gesamtradiowerbebudget für das Jahr 2012 des Werbekunden entsprochen hat, kann mit Blick auf die vorgesehene Rabattschwelle ([90-100] % des Zielumsatzes) davon ausgegangen werden, dass dieser nur dann von den vereinbarten Rabatten bzw. Freespace im Radio profitierte, wenn er bzw. seine Mediaagentur sämtliche Radiokampagnen über [B] buchte und auf die Buchung einzelner Radiokampagnen über andere Radiowerbemitler oder auf Direktbuchungen bei einzelnen Radiosendern oder Radiopools verzichtete. Somit könnte unter Umständen auch diese Zielvereinbarung geeignet gewesen sein, die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz künstlich einzuschränken. B.3.2.3.2.

Wettbewerbsbehinderung 143. Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten.<sup>111</sup> Erfasst werden Verhaltensweisen, die den Marktzugang von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten beschränken, ohne dass dies Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs ist.<sup>112</sup> 144. Mit dem Vereinbaren von Exklusivbuchungsverpflichtungen in den Kundenvereinbarungen könnte [B] darauf abgezielt haben, das Radiowerbebudget der entsprechenden Werbekunden ganz an sich binden. [B] könnte dadurch die aktuelle und potenzielle Kundenbasis ihrer Konkurrenten künstlich geschmälert haben und so den Leistungswettbewerb in der nationalen Radiowerbemitlung verfälscht bzw. Letztere im Wettbewerb behindern. 145. Auch der Abschluss von Zielvereinbarungen bzw. die Gewährung von Zielrabatten kann – wie erwähnt – grundsätzlich geeignet sein, um die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten einzuschränken und diese dadurch im Wettbewerb zu behindern.

B.3.2.3.3. Sachliche Rechtfertigungsgründe 146. Sachliche Rechtfertigungsgründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. das Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere Gründe können z. B. eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe sein.<sup>113</sup> 147. Es sind nach dem derzeitigen Kenntnisstand keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, dass [B] bzw. heute [E] die Gewährung von Rabatten und Freespace im Radio – sei dies explizit mittels einer Exklusivbuchungsvereinbarung, aber auch implizit über eine entsprechend ausgestaltete Zielvereinbarung – an die Bedingung knüpft, dass das gesamte oder der überwiegende Teil des Radiowerbevolumens exklusiv über [B] bzw. heute [E] abgewickelt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob [B] bzw. heute

[E]

110 Vgl. auch TSCHUDIN (Fn 98), N 606. 111 Vgl. BORER (Fn 45), Art. 7 KG N 26; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 92), Art. 7 KG N 425; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 92), Art. 7 Abs. 2 KG N 235 und 246. 112 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 92), Art. 7 Abs. 2 KG N 235. 113 BGE 139 I 72, 104 E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), Publigroupe SA et. al./WEKO.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 35

dabei (nur) die von den Radiosendern festgelegten umsatzabhängigen Rabatt- und Freespace-Konditionen weitergibt oder Rabatte bzw. Freespace auf eigene Rechnung (vgl. Rz 94) gewährt. 148. Betreffend Letzteres ist noch einmal anzumerken, dass Rabatte von marktbeherrschenden Unternehmen sachlich gerechtfertigt und damit zulässig sind, wenn sie durch eine wirtschaftliche Gegenleistung des Handelspartners gerechtfertigt sind bzw. auf Kosteneinsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen beruhen (vgl. Rz 126). B.3.2.3.4. Fazit 149. Es bestehen Anhaltspunkte, wonach [B] durch die in gewissen der im Jahr 2009 abgeschlossenen medienübergreifenden Vereinbarungen statuierte Exklusivbuchungsverpflichtung die Absatzmöglichkeiten ihrer Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von Radiowerbezeit für die Schweiz ohne sachliche Rechtfertigung eingeschränkt und diese dadurch im Wettbewerb behindert haben könnte. Unter Umständen könnte auch die erwähnte Zielvereinbarung ein geeignetes Mittel gewesen sein, um die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten einzuschränken und diese dadurch im Wettbewerb zu behindern. 150. Wie im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung der [Unternehmensgruppe] festgehalten, bestehen Anhaltspunkte, wonach [B] bzw. (seit Mitte 2013) [E] zumindest seit 2011 im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz marktbeherrschend ist. Es ist hingegen fraglich, ob [B] bereits im Jahr 2009, als medienübergreifende Vereinbarungen mit einer Exklusivbuchungsverpflichtung betreffend Rabatte bzw. Freespace im Radio abgeschlossen wurden, auf diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt haben könnte. Dies insbesondere deshalb, da bis Ende 2010 von der ehemaligen Marktführerin [O] sowie unter Umständen auch dem sprachraumübergreifenden Radiowerbepool «[...]» ein gewisser Wettbewerbsdruck auf [B] ausgegangen sein dürfte (vgl. Rz 81 ff.). 151. Festzuhalten ist jedoch, dass es im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [E] betreffend die Gewährung von Rabatten bzw. Freespace im Radio heute (wieder) Exklusivbuchungs- oder (in ihrer Wirkung) vergleichbare Zielvereinbarungen abschliessen würde. Dies deshalb, da die [Unternehmensgruppe] bzw. [E] im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz marktbeherrschend sein könnte und durch Vereinbarungen die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten eingeschränkt und diese dadurch im Wettbewerb behindert werden könnten. 152. Es wäre zudem auch problematisch, wenn [E] Werbekunden im Rahmen von Jahresvereinbarungen auch Rabatte oder Freespace auf eigene Rechnung einräumen würde und diese nicht auf Kosteneinsparungen beruhen, sondern darauf abzielen würden, Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen von der Buchung über andere Radiowerbepools oder auch von Direktbuchungen bei den einzelnen Radiosendern bzw. Radiopools abzuhalten. B.3.3 Zusammenfassung 153. Zusammenfassend wird noch einmal festgehalten, • dass Anhaltspunkte dafür bestehen, wonach [B] zwischen 2005 und 2009 Rabatte bzw. Freespace im TV ohne sachlichen Grund daran gekoppelt hat, dass auch ein Teil oder das

gesamte Radiowerbebudget sowie teilweise zusätzlich ein Teil oder das gesamte Onlinewerbebudget exklusiv über [B] bzw. [Q] gebucht wurde, und [B] dadurch Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz im Wettbewerb behindert haben könnte;

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 36

- dass bei einer engen Marktabgrenzung bzw. der Abgrenzung eines Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern Anhaltspunkte bestehen, wonach die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] zumindest seit 2011 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt; dass es jedoch selbst bei einer solchen engen Marktabgrenzung fraglich ist, ob die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] bereits für die Zeit von 2005 bis 2009 marktbeherrschend gewesen sein könnte;
- dass indes auch bei Abgrenzung eines (einheitlichen) Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz von einer sehr starken Stellung der [Unternehmensgruppe] bzw. [B] auszugehen ist;
- dass es deshalb im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [B] die Gewährung von Rabatten bzw. Freespace im TV an die Bedingung koppeln würde, dass auch das Werbevolumen in anderen Mediengattungen (Radio, Adscreen, Online etc.) über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird, oder ein Freespace-Angebot machen würde, bei welchem zusätzlich zum Umsatz im TV-Bereich auch der Umsatz in anderen Mediengattungen (Radio, Adscreen, Online etc.) rabatt- bzw. freespacebildend ist;
- dass Anhaltspunkte bestehen, wonach [B] bzw. (seit Mitte 2013) [E] durch im Jahr 2009 abgeschlossenen Exklusivbuchungsvereinbarungen betreffend die Gewährung von Freespace im Radio ohne sachlichen Grund die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten eingeschränkt und diese dadurch im Wettbewerb behindert haben könnte; dass unter Umständen auch die im Jahr 2012 abgeschlossene Zielvereinbarung geeignet gewesen sein könnte, die Absatzmöglichkeiten von Konkurrenten einzuschränken und diese dadurch im Wettbewerb zu behindern.
- dass Anhaltspunkte bestehen, wonach die [Unternehmensgruppe] bzw. [E] im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von nationaler Radiowerbezeit für die Schweiz zumindest seit 2011 marktbeherrschend ist; dass es jedoch fraglich ist, ob die [Unternehmensgruppe] bzw. [E] bereits vor 2011 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt haben könnte;
- dass es deshalb im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [E] die Gewährung von Rabatten bzw. Freespace im Radio an die Bedingung koppeln würde, dass auch das Werbevolumen in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird oder ein Freespace-Angebot machen würde, bei welchem zusätzlich zum Umsatz im Radiobereich auch der Umsatz in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) rabatt- bzw. freespacebildend ist;
- dass es im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [E] die Gewährung von Rabatten bzw. Freespace im Radio davon abhängig machen würde, dass das gesamte oder der Grossteil des Radiowerbevolumens über [E] gebucht wird;
- dass es schliesslich auch im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i. V. m. Abs. 1 KG problematisch wäre, wenn [E] Werbekunden Rabatte oder Freespace auf eigene Rechnung einräumen würde und diese nicht auf Kosteneinsparungen beruhen.

B.4 Massnahmen 154. Den von der [Unternehmensgruppe] eingereichten Unterlagen ist zu entnehmen, dass der Verwaltungsrat (nachfolgend: VR) der [B] im September 2010 beschlossen hat, keine medienübergreifenden Verträge im Bereich TV und Radio (mehr) abzuschliessen. Gleichzeitig setzte der VR auf Antrag des

Managements auch eine Arbeitsgruppe «Compliance» ein,

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 37

um in Zusammenarbeit mit einem Kartellrechtspezialisten u. a. die vom VR und/oder Management beschlossenen Massnahmen umzusetzen, dem VR Verbesserungen vorzuschlagen und die nachhaltige Umsetzung der kartellrechtlichen Compliance inklusive Information und Weiterbildung für die Mitarbeiter zu betreuen.<sup>114</sup> Gemäss den Erkenntnissen der Vorabklärung beschränkten sich die von [B] ab 2010 abgeschlossenen Kunden-Vereinbarungen denn auch auf die Festlegung der Freespace-Konditionen für TV-Werbung und enthielten keine Klausel zur medienübergreifenden Partnerschaft, kein medienübergreifendes Freespace-Angebot und keine Exklusivbuchungsverpflichtung betreffend die Gewährung von Freespace im Radio mehr (vgl. Rz 101 und 109).<sup>155</sup> [B] hat zudem Mitte 2013 den Geschäftsbereich Radiowerbevermittlung in eine eigenständige Tochtergesellschaft, der [E], ausgegliedert, so dass für die TV-Vermarktung und die Radiowerbevermittlung heute nicht mehr dieselbe Gruppengesellschaft innerhalb der [Unternehmensgruppe] zuständig ist (vgl. Rz 5). Anzumerken ist, dass auch die Vermarktung und Vermittlung im Bereich Onlinewerbung in einer separaten Gruppengesellschaft, der [C], angesiedelt ist (vgl. Rz 6).<sup>156</sup> Darüber hinaus hat die [Unternehmensgruppe] mit Datum vom 24. Oktober 2014 auf entsprechende Anregung des Sekretariats im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG eine Verpflichtungserklärung abgegeben. Im Folgenden wird die Verpflichtungserklärung der [Unternehmensgruppe] im Wortlaut wiedergegeben: «Verpflichtungserklärung der [Unternehmensgruppe] gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 26 KG Im Hinblick auf die Einstellung der Vorabklärung 32-0246 in Sachen TV- und Radiovermarktung bestätigt die [Unternehmensgruppe], dass deren Gruppengesellschaften beim Verkauf von TV- und Radiowerbezeit im Rahmen von Jahres- bzw. anderen Rahmenvereinbarungen mit Werbekunden und/oder Mediaagenturen - Rabatte bzw. Freespace für TV-Werbung nicht von der Bedingung abhängig machen, dass das gesamte oder der Grossteil des Werbevolumens in einer anderen Mediengattung (Radio, Adscreen, Online etc.) über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird; - keine medienübergreifenden Rabatte bzw. Freespace anbieten bzw. gewähren, bei denen zusätzlich zum Umsatz im TV-Bereich auch der Umsatz in anderen Mediengattungen (Radio, Adscreen, Online etc.) rabatt- bzw. freespacebildend ist. Davon ausgenommen sind Angebote, welche TV-Werbung verbinden, die über verschiedene Verbreitungskanäle (klassisches TV, IP-TV, Online-TV etc.) verbreitet wird, und im vorliegenden Zusammenhang dem TV-Bereich zuzuordnen sind; - Rabatte bzw. Freespace für Radiowerbung nicht von der Bedingung abhängig machen, dass das gesamte oder der Grossteil des Werbevolumens in einer anderen Mediengattung (TV, Adscreen, Online etc.) über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird; - keine medienübergreifenden Rabatte bzw. Freespace anbieten bzw. gewähren, bei denen zusätzlich zum Umsatz im Radiobereich auch der Umsatz in anderen Mediengattungen (TV, Adscreen, Online etc.) rabatt- bzw. freespacebildend ist;

<sup>114</sup> Stellungnahme der [Unternehmensgruppe] vom 1.11.2012.

32/2009/03411/COO.2101.111.3.103498 38

- keine Exklusivbuchungsvereinbarungen für Radiowerbung abschliessen, d.h. insbesondere Rabatte bzw. Freespace für Radiowerbung nicht von der Bedingung abhängig machen,

dass das gesamte oder der Grossteil des Radiowerbe-  
bevolumens über ein Unternehmen der [Unternehmensgruppe] gebucht wird; - mengen- bzw. umsatzbasierte Rabatte bzw. Freespace für Radiowerbung nur dann anbieten bzw. gewähren, wenn dies aufgrund einer wirtschaftlichen Gegenleistung bzw. aufgrund von Kosteneinsparungen gerechtfertigt ist. Diese Verpflichtungserklärung wirkt nicht zulasten Dritter, namentlich nicht zulasten der TV- bzw. Radiosender bei der Festlegung deren Geschäftspolitik, insbesondere deren Produkte-, Preis- und Rabattpolitik.» 157. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich nach Ansicht des Sekretariats insgesamt nicht, weitere aufwendige Abklärungen im Rahmen einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG vorzunehmen, um abschliessend zu prüfen, ob und gegebenenfalls seit wann die [Unternehmensgruppe] im Bereich der Vermarktung bzw. Vermittlung von TV- und Radiowerbezeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und ob sie diese im Sinne der vorstehenden Erwägungen missbraucht (hat). Dies insbesondere auch deshalb, weil es selbst bei der engen Abgrenzung eines Marktes für die Vermittlung bzw. den Verkauf von TV-Werbezeit für die Schweiz in Privatsendern fraglich ist, ob die [Unternehmensgruppe] bzw. [B] im relevanten Zeitraum von 2005 bis 2009 marktbeherrschend gewesen sein könnte. 158. Das Sekretariat beschliesst daher, die Vorabklärung einzustellen. Weitere Abklärungen und die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums bleiben jedoch vorbehalten, falls sich die [Unternehmensgruppe] bzw. deren Tochtergesellschaften nicht entsprechend der vorstehend aufgeführten Verpflichtungserklärung verhalten sollte oder sich sonstige Hinweise für kartellrechtlich problematische Sachverhalte ergeben sollten. 159. Anzumerken ist diesbezüglich, dass Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung nur die im Schlussbericht thematisierten Jahres- bzw. Rahmenvereinbarungen über Rabatte bzw. Freespace im TV und Radio bildeten und diese grundsätzlich auch nur auf eine mögliche Behinderung von Konkurrenten im Bereich der Vermittlung bzw. des Verkaufs von Radiowerbezeit für die Schweiz hin überprüft wurden. C Schlussfolgerungen Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, 1. beschliesst, die Vorabklärung einzustellen; 2. teilt der [Unternehmensgruppe] und dem/der Anzeiger/in die Einstellung der Vorabklärung mit; 3. beschliesst, den Schlussbericht zu publizieren.

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