

WEKO vertrieb-von-musik-2012-07-16 vom 16. Juli 2012

WEKO, 2012-07-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_vertrieb-von-musik-2012-07-16

FR: WEKO vertrieb-von-musik-2012-07-16 du 16 juillet 2012

IT: WEKO vertrieb-von-musik-2012-07-16 del 16 luglio 2012

Erwägungen

E. 42

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

E. 43

Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

E. 44

Die IFPI-Mitglieder, Media Control und Phononet stellen ohne weiteres Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes dar. Es stellt sich hingegen die Frage, ob der Verein IFPI Schweiz ebenfalls unter den Unternehmensbegriff des Kartellgesetzes fällt.

E. 45

IFPI Schweiz ist als Verein eine juristische Person. Der Verein hat einen Geschäftsführer, erbringt autonom Dienstleistungen für seine Mitglieder und ist wirtschaftlich selbständig. Insbesondere berät er seine Mitglieder in rechtlichen Fragen, führt Tarifverhandlungen mit der SUISA, lässt die Hitparade durch Media Control erheben und verteilt die Swissperform-Einnahmen.²⁰ IFPI Schweiz ist daher Anbieter von Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess und stellt damit ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes dar.²¹

E. 46

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die in das vorliegende Verfahren involvierten Unternehmen unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG fallen. B.2 Vorbehaltene Vorschriften

E. 47

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

²⁰ <http://www.ifpi.ch/index.php/home-ifpi2010/articles/home-31.html>; besucht am 21.

Februar 2012. ²¹ RPW 2000/2, 167 ff., Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC).

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 9

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

E. 48

In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht. B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

E. 49

Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). B.3.1 Wettbewerbsabrede

E. 50

Vgl. Art. 5 Abs. 2 KG.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 19

ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.⁵¹ B.3.2.4.1 Rechtfertigungsgründe 112. Die Parteien haben keine konkreten Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG vorgebracht, welche dort abschliessend aufgezählt sind. Die Parteien haben lediglich geltend gemacht, dass mit der Unterlassungserklärung und dem damit verbundenen Parallelimportverbot die Bekämpfung und Eindämmung der Piraterieproblematik und keine Behinderung von Parallelimporten im Allgemeinen bezweckt wurde. Ob die Parallelimportverzichtserklärung jedoch überhaupt ein geeignetes Mittel zu Pirateriebekämpfung war, kann offen gelassen werden. Zur Bekämpfung der Piraterie hätten mildere Mittel bestanden, weshalb die Unterlassungserklärung jedenfalls unverhältnismässig war. 113. Für die Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen von Rechtfertigungsgründen sind ausschliesslich ökonomische Aspekte zu berücksichtigen⁵², welche Hinweise darauf liefern können, dass die Abrede gesamtwirtschaftlich effizient war. 114. In casu ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten in irgendeiner Form mit einem der genannten Rechtfertigungsgründe im Zusammenhang stehen könnte und damit gesamtwirtschaftlich effizient sein sollte. Vor diesem Hintergrund ist das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG zu verneinen. 115. Selbst wenn man die Bekämpfung und Eindämmung der Piraterieproblematik als Rechtfertigungsgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG akzeptieren würde, müsste man letztendlich zum Schluss kommen, dass das Parallelimportverbot für die von den Parteien geltend gemachte Zweckerreichung nicht verhältnismässig war. 116. So kann einerseits die Eignung der ergriffenen Massnahme zur Erreichung des verfolgten Zwecks – nämlich die Eindämmung der Piraterieproblematik – in Frage gestellt werden, da sich die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten auf physische Ton- und Tonbildträger beschränkt hat, die Piraterieproblematik jedoch hauptsächlich im digitalen Download-Bereich vorherrschend ist bzw. war.⁵³ Ausserdem ist es fraglich, ob die durch die Abrede disziplinierten Unternehmen als Quelle der Piraterieproblematik gesehen werden können. 117. Andererseits erscheint das Parallelimportverbot auch nicht erforderlich, da es bereits ausgereicht hätte, den urheberrechtsverletzenden – anstatt den allgemeinen – Parallelimport

zu verbieten und damit ein milderes Mittel denkbar gewesen wäre.⁵⁴ Ein solches Verbot wäre wiederum überflüssig, weil der Verkauf und Handel mit physischen Piraterieprodukten in der Schweiz sowieso verboten ist. Entsprechend hätten die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zur Bekämpfung und Eindämmung der Piraterieproblematik genügt. Man hätte ein fehlbares Verhalten nur bei den zuständigen Stellen anzeigen müssen. B.3.2.4.2 Zwischenergebnis zur Beurteilung von Effizienzgründen 118. Die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten zwischen den beteiligten Unternehmen kann nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

51 RPW 2010/4, 752 Rz 333, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren. 52 RPW 2010/4, 680 Rz 240, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra. 53 Akte Nr. 246, S. 14 ff. sowie MARTIN DRUSC/MARCO MEIER, Musik- und Filmpiraterie im Internet, in: Produktpiraterie, Peter Münch/Simon Brun (Hrsg.), 2009, S. 166. 54 RPW 2010/1, 107 Rz 323, Gaba.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 20

B.3.3 Ergebnis 119. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es sich beim Sachverhalt betreffend die Unterlassungserklärung und dem damit verbundenen Parallelimportverbot um eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. c KG handelt. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann zwar umgestossen werden, jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG). B.4 Angeblich unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen B.4.1 Relevante Märkte und Marktbeherrschende Stellung 120. Die Anzeigerin wirft IFPI Schweiz und Phononet verschiedene Verhaltensweisen vor, die das Sekretariat im Rahmen der Untersuchung wegen unzulässigen Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG überprüft hat. Es handelt sich hierbei um die Vorwürfe gegen IFPI Schweiz bezüglich der „offiziellen Schweizer Hitparade“ und der Aufnahme in den Verband einerseits, sowie andererseits um die Vorwürfe gegen Phononet bezüglich des Music Promotion Networks. 121. Bei der Untersuchung dieser Verhaltensweisen prüfen die Wettbewerbsbehörden üblicherweise zunächst das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, d.h., es wird geprüft, ob ein Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager auf einem Markt in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) im wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Ein Unternehmen wird sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller und/oder potentieller Konkurrenz gegenüber sieht. Um dies zu prüfen, ist in der Regel vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Entsprechend den unter Rz 120 aufgeführten Vorwürfen wird nachfolgend auf drei Märkte eingegangen: 122. Bezüglich der Erstellung der „offiziellen Schweizer Hitparade“ stehen verschiedene Marktteilnehmer mit IFPI in Verbindung. So u.a. auch die Künstler (sowie deren Labels und Vertriebe), welche in die „offizielle Schweizer Hitparade“ aufgenommen werden möchten. Es kann angemerkt werden, dass die Verbindung zwischen IFPI Schweiz und Künstlern (sowie deren Labels und Vertrieben) nicht einem klassischen „Angebots-Nachfrage Verhältnis“ entspricht, da eine Aufnahme in die Hitparade nicht „erkauft“ werden kann (man kann sich auch nicht aktiv dafür entscheiden, in die „offizielle Schweizer Hitparade“ aufgenommen zu werden). Trotzdem wäre es denkbar, Künstler (sowie deren Labels und Vertriebe) als Marktgegenseite von IFPI anzusehen und

Substitutionsmöglichkeiten daher auf dieser Stufe zu prüfen. 123. Abklärungen haben ergeben, dass neben der „offiziellen Schweizer Hitparade“ verschiedene andere „Hitparaden“ oder „Ranglisten“ im Bereich Musik existieren (so erstellen die meisten Händler anhand ihrer Verkaufszahlen eigene „Verkaufshitparaden“⁵⁵). Die Frage, ob die Aufnahme in solche „Erhebungen“ für Künstler (sowie deren Labels und Vertriebe) allenfalls als Substitut für eine Aufnahme in die „offizielle Schweizer Hitparade“ angesehen werden könnte und ob der sachlich relevante Markt damit über die „offizielle Schweizer Hitparade“ hinaus abzugrenzen wäre, kann vorliegend offengelassen werden, da unabhängig von der Abgrenzung des relevanten Marktes und vom Vorliegen einer marktbeherrschenden

55 Akte Nr. 238, S. 14 f.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 21

Stellung die untersuchten Verhaltensweisen nicht als unzulässig im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind. 124. Bezüglich der Verbandsaufnahme kann zunächst angemerkt werden, dass IFPI Schweiz als Dachverband der Ton- und Tonbildträgerhersteller in der Schweiz v.a. die Interessen seiner Mitglieder vertritt (vgl. Rz 7). Als Marktgegenseite von IFPI Schweiz könnten daher Unternehmen betrachtet werden, welche ihre Interessen durch IFPI Schweiz vertreten lassen möchten. Dabei handelt es sich hauptsächlich um Labels (Ton- und Tonbildträgerhersteller). Substitutionsmöglichkeiten wären daher auf der Stufe Labels zu prüfen. 125. Gemäss aktuellem Kenntnisstand der Wettbewerbsbehörden existiert neben IFPI Schweiz kein weiterer Verband, welcher die Interessen von Ton- und Tonbildträgerherstellern vertritt. Eine marktbeherrschende Stellung könnte trotzdem nicht so einfach bejaht werden, da sich insbesondere die Frage stellt, ob es sich bei einer Mitgliedschaft in IFPI Schweiz um eine sogenannte „Essential Facility“⁵⁶ handelt, d.h. ob eine Mitgliedschaft unabdingbar für das erfolgreiche Bestehen als Label ist. Schliesslich können auch an dieser Stelle die Fragen der Abgrenzung des relevanten Marktes sowie der Marktbeherrschung offengelassen werden, da unabhängig davon die untersuchten Verhaltensweisen nicht als unzulässig im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind. 126. Bezüglich des Music Promotion Networks agiert Phononet als Plattform, welche die beiden Marktgegenseiten „Industrie“ (Labels und Vertriebe) und „Medien“ (u.a. Radio und Printmedien) verbindet, um die Bemusterung von Medienschaffenden mit Neuheiten aus der Musikindustrie zu gewährleisten (vgl. Rz 13 ff.). Relevant für die untersuchten Verhaltensweisen ist ausschliesslich die Marktgegenseite „Medien“, für welche entsprechend die Substitutionsmöglichkeiten zu prüfen wären. 127. Abklärungen haben ergeben, dass für die Medien verschiedene alternative Bemusterungstools existieren (häufig genannt werden u.a. Open Broadcast, iTunes, Haulix, Fat Drop etc.) oder oft auch die Möglichkeit der direkten Bemusterung durch die Künstler selber besteht.⁵⁷ Die Frage, ob solche alternativen Bemusterungsmöglichkeiten als Substitute für das Music Promotion Network angesehen werden könnten und wie der sachlich relevante Markt schliesslich abzugrenzen wäre, kann vorliegend offengelassen werden, da unabhängig von der Abgrenzung des relevanten Marktes und vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung die untersuchten Verhaltensweisen nicht als unzulässig im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind. B.4.2 Angeblich unzulässige Verhaltensweisen B.4.2.1 Offizielle Schweizer Hitparade B.4.2.1.1 Einleitung 128. Die „offizielle Schweizer Hitparade“ (nachfolgend Hitparade) ist eine wöchentliche Zusammenstellung der meistverkauften Singles (Single-Hitparade), Musikalben (Album-Hitparade), Compilations

(Compilation-Hitparade) und DVDs (DVD-Hitparade).⁵⁸ 129. Das Chartsreglement der Hitparade (nachfolgend Chartsreglement) ist ein Dokument, welches die Rahmenbedingungen für die Erstellung der Hitparade festlegt. Damit sollen die

56 MOTTA (Fn 46), S. 66 ff. 57 Akte Nr. 99, S. 2; Akte Nr. 181, S. 4; Akte Nr. 183, S. 1 f. 58 Vgl. Akte Nr. 119, Beilage10.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 22

Voraussetzungen für eine möglichst repräsentative Ermittlung der Verkaufszahlen und die Erstellung einer möglichst repräsentativen Hitparade garantiert werden. 130. Ausgearbeitet wurde das Chartsreglement im Jahr 1995 vom IFPI Marketingaus- schuss. Dieser zeigt sich auch verantwortlich für die diversen Revisionen, welche seit der In- kraftsetzung vorgenommen wurden und die gemäss IFPI Schweiz den stetig ändernden Marktbedingungen Rechnung tragen sollten (so verändert sich der Markt z.B. im digitalen Bereich sehr schnell⁵⁹). Das Dokument ist – im Gegensatz zu vergleichbaren Reglementen in anderen Ländern – nicht öffentlich zugänglich und nur den Mitgliedern des Marketingaus- schusses, dem Vorstand von IFPI Schweiz sowie dem Unternehmen Media Control bekannt (vgl. auch Rz 19). 131. Das Chartsreglement richtet sich in erster Linie an Media Control, welche von IFPI be- auftragt ist, die Daten für die Hitparaden-Erstellung zu erheben und aufzuarbeiten. Media Control steht damit in einem Vertragsverhältnis mit IFPI Schweiz, ist ansonsten jedoch un- abhängig vom Verein und dessen Mitgliedern. Aufgrund der Auslagerung an Media Control hat IFPI Schweiz keinen direkten Einfluss auf die Datenerhebung und die Erstellung der Hit- parade, sondern nur einen „indirekten“ über das Chartsreglement. 132. Zur Erstellung der Hitparade erfasst Media Control die Verkaufszahlen für die unter Rz 128 aufgeführten Produkte von verschiedenen Händlern, Fachhändlern, Shops etc. in der Schweiz (nachfolgend unter dem Begriff Händler zusammengefasst). In dieser Erfassung der Verkaufszahlen werden sowohl Händler von physischen als auch von digitalen (Download) Produkten berücksichtigt. Gemäss eigenen Angaben erreicht Media Control bei den physi- schen Produkten eine 75 %-ige und bei digitalen eine 98 %-ige Marktabdeckung. Nachfol- gend werden jene Händler, welche von Media Control über die Verkaufszahlen befragt wer- den und diese entsprechend übermitteln auch als „meldeberechtigte Händler“ bezeichnet. 133. Die vorliegenden Vorwürfe werden im Zusammenhang mit Art. 7 KG geprüft. Auf eine detaillierte Abklärung der Frage der Marktbeherrschung kann verzichtet, da – wie bereits in Rz 120 ff. erwähnt – selbst bei deren Vorliegen kein missbräuchliches Verhalten i.S.v. Art. 7 KG festgestellt werden kann. B.4.2.1.2 Erstellung des Chartsreglements und der „offiziellen Schweizer Hitparade“ 134. Die Anzeigerin hat zunächst ganz allgemein geltend gemacht, die Hitparade würde durch das Chartsreglement verfälscht und manipuliert. Die Wettbewerbsbehörden erachten es jedoch grundsätzlich als legitim, dass Rahmenbedingungen für die Hitparaden-Erstellung ausgearbeitet werden und dazu ein Reglement erlassen wird. Schliesslich dürfte es gerade im Interesse einer glaubhaften und objektiven Hitparade sein, wenn Anforderungen, Abläufe und Begriffe klar definiert und geregelt sind und nicht arbiträr bestimmt werden können. Der Bedarf an einem Reglement zeigt sich ausserdem dadurch, dass es gemäss Angaben von Media Control immer wieder zu Manipulationsversuchen kommt.⁶⁰ Ein Reglement kann dazu beitragen, solche Manipulationen oder Manipulationsversuche zu erkennen und damit zu verhindern oder zumindest zu erschweren. 135. Zudem spricht nichts dagegen, dass ein solches Reglement von jenen Kreisen erlas- sen wird, welche (i) die Hitparade initiieren und vermarkten, (ii)

für diese finanziell aufkommen und (iii) dafür die Verantwortung übernehmen. In diesem Sinne stellt die blosse Erstel-

59 Akte Nr. 246, S. 30; Akte Nr. 263, S.11. 60 Solche Manipulationsversuche gehen allerdings nicht von IFPI-Mitgliedern, sondern hauptsächlich von Künstlern aus (vgl. Akte Nr. 239, Beilage 13).

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 23

lung eines Chartsreglements durch den IFPI-Marketingausschuss keinen Verstoß gegen Art. 7 KG dar, selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung vorliegen sollte. B.4.2.1.3 Angebliche Nichtaufnahme in die „offizielle Schweizer Hitparade“ 136. Im Zusammenhang mit der Hitparade hat die Anzeigerin vorgebracht, digital vertriebene Titel würden von IFPI Schweiz ausgeschlossen und fänden daher keinen Eingang in die Hitparade. Als Beleg für ihre Aussage nennt sie den Titel „Slow down. Take it easy“, welcher angeblich nicht in die (Single-)Hitparade aufgenommen wurde, obwohl die Verkaufszahlen eine Aufnahme gerechtfertigt hätten.⁶¹ 137. Die Wettbewerbsbehörden entnehmen diesem Vorwurf mehrere Elemente. Einerseits den allgemeineren Vorwurf, dass digital distribuierte Titel generell nicht in die Hitparade aufgenommen werden. Weiter den Vorwurf, dass Titel, welche über die Anzeigerin vertrieben werden, nicht in die Hitparade aufgenommen werden, und schliesslich konkret den Vorwurf, dass der Titel „Slow Down. Take it easy“ nicht in die Hitparade gekommen sei. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden handelt es sich dabei um unterschiedliche Vorwürfe, welche nachfolgend einzeln geprüft werden. 138. Der allgemeine Vorwurf, dass digital distribuierte Titel nicht in die Hitparade aufgenommen werden, konnte im Rahmen der Untersuchung widerlegt werden. Aus dem Chartsreglement geht klar hervor, dass sowohl physische als auch nicht physische (digitale) Formate für die Hitparade gewertet werden.⁶² Allerdings verlangt das Chartsreglement einschränkend, dass ein Titel, um für die Hitparade gewertet zu werden, durch einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ vertrieben werden muss.⁶³ Dieses Erfordernis betrifft aber sowohl physische wie auch digital vertriebene Titel. 139. Bezüglich des Vorwurfs, dass Titel, welche über die Anzeigerin vertrieben werden, nicht in die Hitparade aufgenommen werden, verweist diese hauptsächlich auf die Umstände im Zusammenhang mit dem Titel „Slow down. Take it easy“: Die Anzeigerin behauptet, für den Titel „Slow down. Take it easy“ den Vertrieb übernommen zu haben. IFPI Schweiz hingegen hat nicht die Anzeigerin, sondern „Godbrain Distribution“ als Vertrieb für den besagten Titel anerkannt.⁶⁴ Im Gegenzug bezeichnet IFPI Schweiz die Anzeigerin als sogenannten Aggregator⁶⁵, d.h. als einen Vermittler, der keine direkten Geschäftsbeziehungen zu den wesentlichen Händlergruppen unterhält.⁶⁶ Gemäss Chartsreglement gilt ein Aggregator nicht als „offizieller Schweizer Vertrieb“, weil er die Grundvoraussetzung für einen Vertrieb – nämlich die relevanten Händlerbeziehungen – nicht erfüllt.⁶⁷ Aus diesem Grund wäre der präzise Vorwurf, den die Anzeigerin im Zusammenhang mit der Problematik der „Nichtaufnahme von digital distribuierten Titeln“ machen könnte, der, dass sie von IFPI Schweiz nicht als „offizieller Schweizer Vertrieb“ anerkannt wurde. 140. Ob eine Einstufung der Anzeigerin als Aggregator gerechtfertigt ist oder nicht, ist eine technische Frage, welche nicht von den Wettbewerbsbehörden beantwortet werden kann.

61 Akte Nr. 1, exemplarisch Rz 77 und 80. 62 Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b sowie Ziffer 3.e. 63 Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b. 64 <http://www.hitparade.ch/>, besucht am 11. April 2012 sowie, Akte Nr. 119, Beilage 12, Ziffer 2.c.2. 65 Vgl. dazu Akte Nr. 1, Beilage 26, sowie Akte Nr. 119, Beilagen 11 und 12. 66 Gemäss IFPI Schweiz ist ein

Aggregator ein Zwischenhändler vor der Vertriebsstufe, welcher selber keine Händler, sondern Vertriebe beliefert. Erst ein Vertrieb beliefert dann den Handel mit den Ton- und/oder Tonbildträgern (vgl. Rz 21). Entsprechend seiner Tätigkeit hat ein Aggregator keine direkten Beziehungen zu den Händlern. 67 Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 24

Kartellrechtlich problematisch könnte jedoch sein, dass die Anforderungen an einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ durch das Chartsreglement beschrieben werden: „Als offizielle Schweizer Vertriebe gelten solche, welche bei der Phononet AG angeschlossen sind und/oder direkte Geschäftsbeziehungen zu den wesentlichen Händlergruppen in der Schweiz unterhalten und diese beliefern“.⁶⁸ 141. Da das Chartsreglement „geheim“ ist und damit die darin enthaltenen Anforderungen an einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ nicht öffentlich bekannt sind, könnte die Situation entstehen, in welcher einem Unternehmen ungerechtfertigterweise die Anerkennung als „offizieller Schweizer Vertrieb“ verwehrt wird. Ein solches Unternehmen könnte sich folglich nicht gegen einen solchen Entscheid wehren, da ihm – wie bereits erwähnt – die entsprechenden Anforderungen nicht bekannt sind. Der Schaden, welcher dem „falsch eingestuftem“ Unternehmen entstehen würde, wäre der, dass die über dieses Unternehmen vertriebenen Titel keinen Eingang in die Hitparade finden könnten (vgl. Rz 137 ff.). Eine solche Situation wird von der Anzeigerin geltend gemacht. Die Erhebungen des Sekretariats haben jedoch ergeben, dass der Titel „Slow down. Take it easy“ gewertet wurde, wenn auch mit einer Verzögerung von einer Woche infolge unvollständiger Meldung (vgl. Rz 145 f.). 142. Da das Chartsreglement künftig jedoch veröffentlicht werden soll (vgl. Rz 154) und damit auch die Anforderungen an einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ bekannt gemacht werden, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass sich solche Fragen in Zukunft nicht mehr stellen werden. 143. Ausserdem gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass es im Zusammenhang mit der „Anerkennung von offiziellen Schweizer Vertrieben“ auch in der Vergangenheit zu keinen grösseren Schwierigkeiten gekommen ist. Die Anzeigerin hat einen Fall identifiziert, die Wettbewerbsbehörden haben jedoch keine Kenntnis von weiteren Fällen. Dass jedoch selbst die Anzeigerin keine Benachteiligungen aus der Nicht-Anerkennung als „offizieller Schweizer Vertrieb“ hinnehmen musste, zeigt sich dadurch, dass sie als konkrete Auswirkung einzig die Nichtaufnahme des Titels „Slow down. Take it easy“ in die Hitparade vorbringen kann. Dieser Vorwurf erweist sich indes als falsch. Sowohl gemäss Aussagen von Media Control und IFPI Schweiz als auch gemäss den Angaben auf der Internetseite www.hitparade.ch⁶⁹ ist dieser Titel spätestens am 20. Dezember 2009 in der Hitparade auf Platz 5 eingestiegen und hat sich dort während zwölf Wochen gehalten. 144. Media Control und IFPI Schweiz räumen ein, dass es bei besagtem Titel zu einer einwöchigen Verzögerung bei der Aufnahme in die Hitparade gekommen ist.⁷⁰ Diese Verzögerung sei aber durch eine unvollständige Meldung des entsprechenden Titels entstanden. Media Control hat daraufhin den Fall entsprechend dem üblichem Vorgehen in solchen Fällen an den IFPI Schweiz Marketingausschuss zur Abklärung und Freigabe weitergeleitet. 145. Gerade die Freigabe von „Slow down. Take it easy“ zeigt, dass der Marketingausschuss von IFPI Schweiz bereit war, das Chartsreglement zugunsten kleinerer Labels ausulegen, und nicht auf den darin enthaltenen Anforderungen zu beharren. Konkret hat man die Voraussetzung bezüglich Bekanntheit bei 3 IFPI-A-Mitgliedern im vorliegenden Fall nicht angewendet. So ist aus dem Protokoll der Marketingausschuss Sitzung vom 11. Dezember 2009 i.S. „Slow down. Take it easy“ zu lesen: „Für die nächste Chartwertung wird die

Single nun berücksichtigt, da im Grundsatz alle Parameter dem Chartsreglement entsprechen (inkl. Labelbindung Phononet). Zudem mausert sich der Song zu einem Hit, dieser soll nicht ver-

68 Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b. 69

<http://www.hitparade.ch/weekchart.asp?cat=s&date=20091220&year=2009>; besucht am 11. April 2012. 70 Akte Nr. 246, S. 34; Akte Nr. 263, S. 15.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 25

hindert werden. Trotzdem gibt es im Chartsreglement einen Punkt dem der Wertung nicht ganz gerecht wird: §3.e.4 (...die nicht von einem offiziellen Schweizer Vertrieb, welcher bei mindestens 3 IFPI-A-Mitgliedern bekannt ist...). Kein Mitglied des MA [Marketingausschusses] kannte den Vertrieb „Godbrain“ bevor dieser Fall eintrat.“⁷¹ 146. Bei der verzögerten Nennung des Titels „Slow down. Take it easy“ in der „offiziellen Schweizer Hitparade“ handelt es sich im Übrigen nicht um einen Manipulationsfall oder eine Massnahme zum Ausschluss bestimmter Künstler. Die einwöchige Verzögerung der Platzierung in der Hitparade war offenbar auf mangelhafte Vertriebsangaben zurückzuführen, was seitens Media Control ergänzende Abklärungen erforderlich machte. Im Rahmen dieser Abklärungen konnte Media Control die unvollständige Meldung mit dem Vertrieb Godbrain Distribution als „offizieller Schweizer Vertrieb“ des fraglichen Titels ergänzen und somit vervollständigen. Für diese Abklärungen reichte jedoch das kurze Zeitfenster zwischen Erhebung und Erstellung der „offiziellen Schweizer Hitparade“ nicht aus, weshalb es zu einer einwöchigen Verzögerung kam. B.4.2.1.4 Angeblicher Informationsvorteil von Mitgliedern des IFPI Marketingausschusses 147. Die Anzeigerin hat weiter darauf hingewiesen, dass aufgrund der „Geheimhaltung“ des Chartsreglements (vgl. Rz 130) den Mitgliedern des IFPI Marketingausschusses ein Informationsvorteil entstehen würde. Konkret bestehe dieser Vorteil darin, dass die Mitglieder des Marketingausschusses genau wüssten, welche (physischen oder digitalen) Händler ihre Verkaufszahlen an Media Control übermitteln (vgl. Rz 132). Ein solcher Informationsvorteil könne nun dahingehend ausgenutzt werden, dass die Mitglieder des Marketingausschusses ihre Produkte „strategisch“ bei den meldeberechtigten Händlern platzieren könnten, wohingegen andere, v.a. kleinere Labels oder Vertriebe dieses Wissen nicht hätten und daher ihre Produkte nicht im gleichen Sinne strategisch bei den „richtigen“ Händlern positionieren könnten. Auch diese Tatsache würde schliesslich zu einer Verfälschung der Hitparade und einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.⁷² 148. Dem kann entgegen werden, dass die Mitglieder des Marketingausschusses die Liste der meldeberechtigten Händler (ob physisch oder digital) nicht kennen. Media Control stellt das Händlerpanel (so wird die Liste der meldeberechtigten Händler genannt; nachfolgend auch Panel) ohne Einflussnahme von IFPI Schweiz und unter strengster Geheimhaltung selbstständig zusammen. Gemäss Media Control ist dieses Panel strikt „geheim“ und Dritten nicht zugänglich. Die Geheimhaltung habe aber nichts mit IFPI Schweiz zu tun, sondern erfolge zur Verhinderung von Manipulationen. Auch im Ausland werde das Händlerpanel nie veröffentlicht.⁷³ 149. Jedoch hat das Chartsreglement (welches nur den Mitgliedern des Marketingausschusses bekannt ist) einen „indirekten“ Einfluss auf das Händlerpanel von Media Control, da es die grundsätzlichen Voraussetzungen für die Meldeberechtigung eines Händlers festlegt (u.a. muss ein Händler mindestens 3 IFPI-A-Mitgliedern bekannt sein, damit er meldeberechtigt ist⁷⁴) und nimmt damit eine „Vorselektion“ der grundsätzlich meldeberechtigten Händler vor. Damit erfahren die Mitglieder des Marketingausschusses

zwar nicht, welche Händler am Schluss ins Panel aufgenommen werden, aber sie kennen immerhin einen Teil jener Händler, welche nicht meldeberechtigt sind.

71 Akte Nr. 119, Beilage 12. 72 Akte Nr. 1, Rz 70. 73 Akte Nr. 263, S. 9 und 10. 74 Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 1.b.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 26

150. Dass dieses zusätzliche Wissen jedoch kaum ausreicht, um die Hitparade zu manipulieren, zeigen folgende Überlegungen: Media Control erreicht bei der Händlerbefragung eine sehr breite Marktabdeckung (75 % für physische Produkte, 98 % für digitale; vgl. Rz 132), womit die Repräsentativität der Erhebung gewährleistet sein sollte. Gerade im Bereich der digitalen Produkte (Download-Verkäufe), welcher von der Anzeigerin als besonders kritisch hervorgehoben wird⁷⁵, kann von einer Vollerhebung gesprochen werden. Es scheint daher höchst unwahrscheinlich, dass mittels einer „strategischen Platzierung“ von Produkten eine bessere Hitparadenplatzierung und damit eine Verfälschung erreicht werden kann. 151. Media Control hat ausserdem erwähnt, dass man mit einer Abdeckung von 75 % bei den physischen Produkten an die Grenze des Machbaren gelangt sei. Dies liege nicht daran, dass IFPI Schweiz weitere Händlerbefragungen erschwere oder gar verhindere, sondern vielmehr daran, dass nicht jeder Händler, welcher zwar gemäss Chartersreglement meldeberechtigt wäre, auch die technischen Voraussetzungen erfüllen kann, um seine Verkaufszahlen zu melden.⁷⁶ 152. Ebenfalls angemerkt werden kann, dass sämtliche Anbieter von Ton- und Tonbildträgern (sowohl die Mitglieder des Marketingausschusses als auch alle anderen Labels) in erster Linie ein Interesse daran haben dürften, ihre Produkte möglichst breit, d.h. bei möglichst vielen Händlern abzusetzen, und daher kaum daran interessiert sind, ihre Verkaufskanäle eigenmächtig durch „strategische“ Platzierungen einzuschränken. B.4.2.1.5 Zwischenergebnis 153. Anhaltspunkt für die Eröffnung der Untersuchung war, dass die Geheimhaltung des Chartersreglements sowie gewisse Anforderungen darin durchaus das Potential für Diskriminierungen beinhalten und daher kartellrechtlich nicht ohne weiteres unbedenklich erschienen. Jedoch ergab die Untersuchung keine Hinweise auf missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG im Zusammenhang mit der „offiziellen Schweizer Hitparade“. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bezüglich der „offiziellen Schweizer Hitparade“ kein Kartellrechtsverstoss vorliegt. 154. Weiter haben sich IFPI Schweiz und seine Vorstandsmitglieder dazu bereit erklärt, dass im Rahmen dieser Verfügung die Formulierungen des Chartersreglements offen gelegt werden und damit eine gewisse Transparenz geschaffen wird. Schliesslich wurde auch den Anmerkungen, dass ein öffentlich zugängliches Chartersreglement die Transparenz erhöhen und eine Einbindung verschiedener Interessengruppen bei der Erstellung und Anpassung des Chartersreglements die Gefahr der einseitigen Ausgestaltung verringern würde, Rechnung getragen. IFPI Schweiz ist nun dabei, diese sowie verschiedene weitere Neuerungen auszuarbeiten und umzusetzen.

75 Akte Nr. 1, Rz 70, wörtlich: „Das Hitparaden-Reglement ist geheim und kann nicht eingesehen werden. Namentlich gilt das mit Bezug darauf, die Download-Verkäufe welcher Shops für die Hitparade mitgezählt werden. Die Labels, die Marketingausschuss der IFPI angehören, wissen im Gegensatz zu allen anderen Labels, wem sie ihre Titel zum Download zur Verfügung stellen müssen, damit die Verkäufe im Rahmen der Hitparade mitgezählt werden. Anderen, wie z.B. der Anzeigerin sind diese Taschen nicht bekannt“.

76 Dazu Frau Altig von Media Control: „Nicht jeder Händler kann die Voraussetzungen ad

hoc schaffen EAN online genau zu melden. Das muss immer gewährleistet sein. Da gibt es immer wieder Händler, die sich melden. Und es wird geprüft, ob sie korrekt melden, ob sie jeden Tag melden können. Das sind alles notwendige Kriterien. Sind die Kriterien gegeben, dann wird der Händler aufgenommen. Aber im Moment ist es so, dass 75 % machbar ist. Mehr Händler, die die Kriterien erfüllen, gibt es im Moment nicht“ (Akte Nr. 263, S. 22).

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 27

B.4.2.2 Aufnahme in den Verein IFPI Schweiz 155. Die Anzeigerin hat den Vorwurf erhoben, dass „digitale Distributoren“ (digitale Vertriebe) nicht in den Verein IFPI Schweiz aufgenommen werden. Als Beleg dafür nennt sie ihre eigene angebliche Nichtaufnahme in IFPI. Die vorliegenden Vorwürfe werden im Zusammenhang mit Art. 7 KG geprüft. Analog zur vorhergehenden Analyse kann auf eine detaillierte Abklärung der Frage der Marktbeherrschung verzichtet werden, da selbst bei deren Vorliegen kein missbräuchliches Verhalten i.S.v. Art. 7 KG festgestellt werden kann (vgl. auch Rz 120 ff.). 156. Grundsätzlich werden in IFPI Schweiz nur „Ton- und/oder Tonbildträgerhersteller, welche mindestens ein eigenes Label führen/oder vertreten“ aufgenommen.⁷⁷ Diese Voraussetzung ergibt sich direkt aus dem Vereinszweck von IFPI Schweiz (Wahrung der Interessen der Ton- und Tonbildträgerhersteller, insbesondere Wahrung und Förderung von urheber- und leistungsschutzrechtlichen Belangen). Vertriebe, welche kein Label führen oder vertreten, seien es physische oder digitale, werden also nicht in den Verein aufgenommen, weil solche Unternehmen nicht für eine Aufnahme gemäss Vereinszweck vorgesehen sind (genauso wenig nimmt IFPI Schweiz Unternehmen aus anderen Branchen oder Bereichen auf). 157. Es kann jedoch vorkommen, dass gewisse Mitglieder von IFPI Schweiz neben ihrer Tätigkeit als Hersteller auch als „Vertrieb“ tätig sind. Somit sind auch „(digitale) Distributoren“ Mitglied von IFPI Schweiz, nicht jedoch aufgrund ihrer Tätigkeit als solche, sondern aufgrund ihrer zusätzlichen Tätigkeit als Ton- und/oder Tonbildträgerhersteller. 158. Nur am Rande sei hier erwähnt, dass gemäss IFPI Schweiz die Formulierung „Ton- und/oder Tonbildträgerhersteller“ nicht dahingehend zu interpretieren sei, dass zwischen Produzenten physischer und digitaler Tonträger unterschieden werde. Beide Arten von Herstellern werden grundsätzlich in den Verein aufgenommen, es existiert somit keine Diskriminierung zwischen physischen und digitalen Ton- und Tonbildträgerproduzenten. 159. Wie bereits dargelegt, bestehen für die Aufnahme in den Verein genau definierte Anforderungen, welche sich aus dem Vereinszweck ergeben. Die Anzeigerin ist überzeugt, dass sie diese Anforderungen erfüllt und daher eine IFPI-Mitgliedschaft gerechtfertigt wäre.⁷⁸ Ob dies tatsächlich der Fall ist, wurde aus zwei Gründen nicht näher geprüft: 160. Erstens: Die Voraussetzungen für eine Aufnahme in IFPI Schweiz stellen grundsätzlich keinen Verstoss gegen das Kartellgesetz (insbesondere gegen Art. 7 KG) dar, selbst wenn eine marktbeherrschende Position vorliegen würde. Schliesslich macht es Sinn, dass im Verein der Ton- und Tonbildträgerhersteller ausschliesslich Ton- und Tonbildträgerhersteller vertreten sind. Es konnte weiter nicht festgestellt werden, dass es je zu Problemen im Zusammenhang mit der Vereinsaufnahme gekommen wäre (dies gilt auch für die Anzeigerin, vgl. nachfolgend Rz 161) und somit ein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung vorliegen würde. 161. Zweitens: Die Anzeigerin hat nie offiziell um Aufnahme in IFPI Schweiz ersucht. Aus der den Wettbewerbsbehörden vorgelegten E-Mail Korrespondenz zwischen IFPI Schweiz und der Anzeigerin geht lediglich hervor, dass die Anzeigerin nachgefragt hat, ob sie grundsätzlich zur Aufnahme in IFPI Schweiz berechtigt wäre („Is [die Anzeigerin] eligible to become an

IFPI member“⁷⁹) und daraufhin auch eine allgemeine Antwort bekommen hat („To apply for membership you should send us a written application letter, together with a com-

⁷⁷ <http://www.ifpi.ch/>, besucht am 11. April 2012. ⁷⁸ „Die Geschäftstätigkeit der Anzeigerin unterscheidet sich in gar nichts von denjenigen der anderen Musiklabels.“ Akte Nr. 1, Rz 55. ⁷⁹ Akte Nr. 1, Beilage 22.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 28

mercial register extract giving evidence that you are present as a producer in the Swiss market for at least 2 years. During the annual general assembly IFPI members will decide on admission“⁸⁰). Jedoch scheint die Anzeigerin nie ein offizielles Aufnahmegesuch eingereicht zu haben. Auch aus den eingesehenen Protokollen geht nicht hervor, dass der Vorstand von IFPI Schweiz oder die Generalversammlung je über ein Aufnahmegesuch der Anzeigerin be- funden hätten. Schliesslich bestätigte der damalige Geschäftsführer von IFPI Schweiz im Rahmen des Parteiverhörs: „Der Vorstand wie auch die Generalversammlung hat nie dar- über befunden, ob [die Anzeigerin] in den Verein aufgenommen wird oder nicht“.⁸¹ 162. Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass auch bezüglich der „Vereinsauf- nahme“ keine Hinweise für eine missbräuchliche Verhaltensweise und damit einen Kartell- rechtsverstoss vorliegen. B.4.2.3 Music Promotion Network 163. Einige Radiostationen gaben an, MPN sei zu wenig auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten und zu teuer. Ausserdem hätten die Majors bei einer Ablehnung von MPN durch die Radio- stationen auf diese Druck ausgeübt, um sie zu Vertragsabschlüssen zu drängen. Als Druck- mittel seien etwa ein „Lieferstopp“ oder das Vorenthalten von Interviews mit Künstlern einge- setzt worden. Bezüglich des „Lieferstopps“ hätten die Majors gedroht, die Medienschaffen- den nicht mehr physisch zu bemustern, sondern nur noch über MPN zu beliefern, und ange- geben, dieser Punkt sei nicht verhandelbar.⁸² Die vorliegenden Vorwürfe werden im Zusam- menhang mit Art. 7 KG geprüft. Auf eine detaillierte Abklärung der Frage der Marktbeherr- schung kann wiederum verzichtet werden, da selbst bei deren Vorliegen kein missbräuchli- ches Verhalten i.S.v. Art. 7 KG festgestellt werden kann. 164. Der Vorwurf, dass MPN schlecht auf ihre Bedürfnisse abgestimmt sei, scheint nur die Einschätzung gewisser Marktteilnehmer zu sein. Andere Marktteilnehmer sind hingegen mit der Ausgestaltung von MPN zufrieden. Von den Kritikern wird vor allem die Tatsache als stö- rend empfunden, dass für das Funktionieren von MPN eine fixe IP-Adresse nötig ist, was zu- sätzliche Kosten verursacht. Da Phononet aus Sicherheitsgründen eine fixe IP-Adresse ver- langt⁸³, kann ihr nicht vorgeworfen werden, dass ihr System nicht auf die Bedürfnisse sämtli- cher Marktteilnehmer zugeschnitten ist. 165. Den Vorwurf der überhöhten Preise konnten die Wettbewerbsbehörden ebenfalls nicht bestätigen: So kostet MPN für die UNIKOM Radios [...] pro Jahr plus die Kosten für eine fixe IP-Adressen. Zu erwähnen ist weiter, dass ein ursprünglich als zu hoch empfundener Preis nachverhandelt und infolgedessen auf die zuvor erwähnten [...] pro Jahr reduziert wurde. Da die Kosten für die fixen IP-Adressen nicht an Phononet erstatten werden müssen, sondern dem jeweiligen Provider (z.B. Cablecom), betragen die tatsächlich von Phononet für MPN in Rechnung gestellt Kosten [...] pro Jahr ([...] pro Monat). Diese Kosten scheinen in Anbetracht der Tatsachen, dass MPN den Abonnenten Zugriff auf sämtliche seiner Musikdaten und In- formationen erlaubt und die Erstellung und der Betrieb des Systems mit beträchtlichen Kos- ten verbunden ist, nicht als überhöht. Ausserdem scheinen sich verschiedene Marktteilneh- mer hauptsächlich an den zusätzlichen Kosten für die fixe IP-Adresse zu stören und nicht an den [...] für MPN an sich.

80 Akte Nr. 1, Beilage 22. 81 Akte Nr. 246, S. 29 f. 82 Akte Nr. 99, S. 2; Akte Nr. 181, S. 4. 83 Eine fixe IP-Adresse garantiert, dass der Zugriff auf die Musikdateien von Phononet besser überwacht werden kann. Bei urheberrechtsverletzenden Handlungen von Marktteilnehmern kann entsprechend effizienter reagiert werden.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 29

166. Schliesslich konnte auch nicht bestätigt werden, dass gewisse Marktteilnehmer mit Druck zur Teilnahme an MPN gezwungen wurden. Insbesondere konnte nicht gezeigt werden, dass Interviews mit Künstlern aufgrund der Nichtteilnahme an MPN verweigert wurden. 167. Nach dem Gesagten kann MPN als eine auf dem Markt entwickelte und effiziente Lösung um Musik zu bemustern betrachtet werden. MPN hat sowohl für die Musikindustrie als auch für seine Nutzer Vorteile. Unternehmen, die kein Interesse an diesem Tool hatten oder die es als zu teuer erachteten, konnten sich den Zugriff auf neue Titel oder Künstler auf andere Weise verschaffen (vgl. Rz 127). 168. Gestützt auf die erwähnten Gründe kann in dieser Angelegenheit kein Verstoss gegen das Kartellgesetz festgestellt werden. B.4.3 Ergebnis 169. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen kann zusammenfassend festgestellt werden, dass keine Hinweise auf einen Verstoss gegen Art. 7 KG vorliegen. Das Verfahren wird daher in diesem Punkt ohne Folge eingestellt. B.5 Einvernehmliche Regelung 170. Im Verlauf des Verfahrens zeichnete sich bei IFPI Schweiz, seinen Mitgliedern und Phononet die Bereitschaft zur Unterzeichnung einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Art. 29 KG ab. Diese wurden am 16. Mai 2012 beziehungsweise am 18. Mai 2012 unterzeichnet. IFPI Schweiz, dessen Mitglieder sowie Phononet verpflichteten sich dadurch, inskünftig Parallelimporte von physischen Ton- und/oder Tonbildträgern nicht in kartellrechtswidriger Weise zu erschweren oder zu unterbinden. Die geforderte Kartellrechtskonformität ist insbesondere so zu verstehen, dass IFPI Schweiz auf die Unterzeichnung der Unterlassungserklärung durch Neumitglieder verzichtet und Phononet die Passage, welche Parallelimporte untersagt, aus den Teilnehmerverträgen für das Phononetsystem entfernt. Die einvernehmlichen Regelungen lassen jedoch explizit die Möglichkeit, insbesondere die Piraterieproblematik mit gesetzlichen Mitteln gemäss dem Schutz des geistigen Eigentums zu bekämpfen. Wie bereits in Rz 112 ff. dargelegt, stellt ein Parallelimportverbot jedoch kein geeignetes Mittel zur Bekämpfung der Piraterieproblematik dar. 171. Die einvernehmlichen Regelungen lauten wie folgt: Für IFPI Schweiz und dessen Mitglieder: A. Vorbemerkungen: a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Kartellgesetz (KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 32-0234 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen. b) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung soll das Verdachtselement betreffend die „Verhinderung von Parallelimporten im Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern“ gegen IFPI Schweiz und dessen Mitglieder, welches sich aus dem Eröffnungsschreiben des Sekretariats der WEKO betreffend Untersuchungseröffnung vom 6. Juni 2011 ergeben hat, geregelt werden. Bezüglich der weiteren Verdachtselemente gegen IFPI Schweiz, dessen Mitglieder sowie gegen die Media Control AG, welche sich aus dem zuvor erwähnten Eröffnungsschreiben vom 6. Juni 2011 ergeben haben („Manipulation der offiziellen Schweizer Hitparade“, „Verweigerung der Aufnahme in den Verband IFPI“), wird das Sekretariat bei der WEKO beantragen, das Verfahren 32-0234 gegen die erwähnten Unternehmen einzustellen.

c) Dem Willen und der Bereitschaft von IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder zum Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung getragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 3'000'000.– bis CHF 3'500'000.– gegen IFPI Schweiz zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO. Sie erfolgt endgültig mit deren verfahrensabschliessenden Verfügung. d) Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und – bei Vorliegen eines Verstosses – eine Sanktion gestützt auf das KG und die Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) durch die WEKO festgelegt. e) IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder verzichten im Falle der Genehmigung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung durch die WEKO entsprechend den in den Vorbemerkungen gemäss dieser lit. A dargestellten Punkten (insbesondere durch Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. c) auf die Ergreifung von Rechtsmitteln. f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 32-0234 gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten von IFPI Schweiz – stellvertretend für seine Mitglieder. B. Vereinbarungen: Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder verpflichten sich, 1) von Neumitgliedern von IFPI Schweiz künftig keine Unterzeichnung einer Parallelimportverzichtserklärung zu verlangen; 2) gegenüber sämtlichen Marktteilnehmern, welche im Bereich Vertrieb, Vermarktung, Herstellung, Promotion und/oder Verkauf von Ton- und/oder Tonbildträgern tätig sind (so z.B. Labels, Vertriebe, Aggregatoren, Händler etc.), nicht in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte von physischen Ton- und/oder Tonbildträgern zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten). Für Phononet: A. Vorbemerkungen: a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Kartellgesetz (KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 32-0234 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen. b) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung soll das Verdachtselement betreffend die „Beihilfe zur Verhinderung von Parallelimporten im Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern“ gegen PhonoNet, welche PhonoNet im Verlaufe des Verfahrens 32-0234 dem Sekretariat freiwillig zur Kenntnis gebracht hat, geregelt werden. Bezüglich der weiteren Verdachtselemente gegen PhonoNet, welche sich aus dem Eröffnungsschreiben des Sekretariats der WEKO betreffend Untersuchungseröffnung vom 6. Juni 2011 ergeben haben („Missbräuche im Zusammenhang mit dem Musikbelieferungs- und Musikbewerbungstool MPN“), wird das Sekretariat bei der WEKO beantragen, das Verfahren 32-0234 einzustellen. c) Dem Willen und der Bereitschaft von PhonoNet zum Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung und dem Umstand, dass PhonoNet „Beihilfe zur Verhinderung von Parallelimporten“ dem Sekretariat freiwillig zur Kenntnis und mittels Mittei-

lung an ihre Teilnehmer bereits im Juni 2011 freiwillig formell aufgehoben hatte, wird vom Sekretariat im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung getragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 10'000.– bis CHF 20'000.– gegen PhonoNet zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO. Sie erfolgt endgültig mit deren verfahrensabschliessenden Verfügung. d) Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und – bei Vorliegen eines Verstosses – eine Sanktion gestützt auf das KG und die Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG- Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) durch die WEKO festgelegt. e) PhonoNet verzichtet im Falle der Genehmigung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung durch die WEKO entsprechend den in den Vorbemerkungen gemäss der lit. A dargestellten Punkten (insbesondere durch Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. c) auf die Ergreifung von Rechtsmitteln. f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 32-0234 gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten von PhonoNet. B. Vereinbarungen: 1) Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. PhonoNet verpflichtet sich, künftig weder Verpflichtungen zur Unterlassung von Parallelimporten gegenüber Industrieteilnehmern oder Handelsteilnehmern am PhonoNet-System oder ähnliche Ausführungen in ihre Verträge aufzunehmen noch in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten).

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 32

B.6 Sanktionierung 172. Die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen bezwecken die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und sollen präventiv Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen können nur mittels einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt.⁸⁴ 173. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 49a Abs. 1 KG voraus. B.6.1 Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG B.6.1.1 Unternehmen 174. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG ausgehen.⁸⁵ 175. IFPI Schweiz, seine Mitglieder sowie die Phononet AG sind Anbieter von Waren und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess und werden daher vom Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1bis KG (vgl. Rz 45) erfasst. B.6.1.2 Unzulässige Verhaltensweise 176. Art. 49a Abs. 1 KG sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und die aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren.⁸⁶ Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Im Zusammenhang mit dem ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestand – der Beteiligung an Abreden – sind für die Sanktionierung zwei Voraussetzungen erforderlich:⁸⁷ (i) Die Beteiligung an einer Abrede

über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und (ii) die Unzulässigkeit dieser Abrede. 177. Wie vorangehend dargelegt, wurde im Rahmen des Vereins IFPI Schweiz entschieden, von allen Neumitgliedern die Unterzeichnung der Unterlassungserklärung zu erzwingen. Diesem Antrag stimmten alle Mitglieder zu.⁸⁸ Daraus wird ersichtlich, dass eine unzulässige Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG vereinbart wurde. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Wie oben ausgeführt (vgl. Rz 72), hat die Phononet

84 Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002, 2022 und 2033 ff. 85 Vgl. anstelle vieler JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 49a N 6. 86 Vgl. dazu BBl 2002 2036 f. 87 Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 34. 88 Vgl. Akte Nr. 192, S. 47, 98 und 106 sowie Rz 53 ff.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 33

AG ebenfalls zu der Abrede beigetragen, da deren Teilnehmervertrag als Instrument zur Verstärkung der Behinderung von Parallelimporten betrachtet werden kann. 178. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass unzulässige Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG auch sanktioniert werden können, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass mit dem Erlass von Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen, wettbewerbsbeschränkenden Abreden geschaffen wurde.⁸⁹ Es kommt folglich nicht darauf an, ob der wirksame Wettbewerb durch eine Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG vollständig beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Eine entsprechende Präzisierung ist jedenfalls auch in Art. 49a Abs. 1 KG nicht enthalten.⁹⁰ Zudem ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Gesetzesvermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht für eine Sanktionsbefreiung genügt.⁹¹ Dafür muss eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.⁹² 179. Da die Gesetzesvermutung vorliegend zwar umgestossen werden kann, die in Frage stehende Gebietsschutzabrede den Wettbewerb indes erheblich beschränkt und sich darüber hinaus nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, ist die in Frage stehende Gebietsschutzabrede als unzulässig – und somit sanktionierbar – zu qualifizieren. B.6.1.3 Vorwerfbarkeit 180. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten.⁹³ Ungefähr zur gleichen Zeit, namentlich in ihrem Entscheid vom 7. März 2002, tendierte die REKO/WEF allerdings in eine andere Richtung. Sie hielt bezüglich Art. 51 KG fest, die Idee, dass eine (Verwaltungs-) Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, werde aufgrund ihrer vorangegangenen Ausführungen bekräftigt.⁹⁴ Welche Rolle dem Element „faute“ (Verschulden) hinsichtlich der Sanktionierung zukomme, bräuchte allerdings nur beantwortet zu werden, wenn kein oder nur ein vermindertes Verschulden vorliegen würde, was hier aber nicht der Fall sei.⁹⁵ In diesem Zusammenhang zitierte die REKO/WEF eine Lehrmeinung, wonach Verschulden vorliege, wenn der Täter wissentlich

handle oder Handlungen unterlassen, die eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person in einer entsprechenden Situation hätte vornehmen können oder müssen.⁹⁶

89 BGE 135 II 60, S. 63, E. 2.1. 90 Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*. 91 BBl 2002 2037. 92 Vgl. PETER REINERT, in: *Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz*, Baker & McKenzie (Hrsg.) 2007, Art. 49a N 8. 93 Vgl. BBl 2002, 2034. 94 Im Original: „Cela [das Vorangehende] conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs.“ (Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO). 95 Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO. 96 Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 34

181. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoß gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit. Dabei hielt die WEKO fest, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.⁹⁷ Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.⁹⁸ 182. Die WEKO hat seither bei jeder Sanktionsentscheidung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.⁹⁹ Diese Praxis der WEKO wurde durch das Bundesverwaltungsgericht im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die WEKO stellte in der diesbezüglichen Verfügung fest, es liege seitens der Untersuchungsadressatinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor, nämlich zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Organisationsverschulden, weshalb das subjektive Element der Vorwerfbarkeit gegeben sei.¹⁰⁰ Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden. Es kam zum Schluss, dass, da die dortige Beschwerdeführerin nicht alles Notwendige vorgetragen habe, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten innerhalb der Übergangsfrist gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 beendeten, sie einen Kartellrechtsverstoß zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe.¹⁰¹ 183. Ist ein Kartellrechtsverstoß nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung des Unternehmens gegeben. Nur in seltenen Fällen wird die Vorwerfbarkeit zu verneinen sein; so möglicherweise wenn die durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstöße innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoß zu verhindern.¹⁰² 184. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen der Verstoß gegen Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen¹⁰³, vorsätzlich oder fahrlässig begingen oder für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen ein Organisationsverschulden trifft, welches darin besteht, dass es nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen

hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern.

97 RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 98 Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO. 99 Vgl. die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). 100 RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insbesondere Rz 308 und 314, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 101 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 102 RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). 103 In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 ZGB die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 lit. c des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 35

185. Die Initiative zum Abschluss der Unterlassungserklärungen durch die Neumitglieder haben die damaligen Geschäftsführer von IFPI Schweiz ergriffen. So hat der damalige Geschäftsführer die Unterlassungserklärung ausgearbeitet und dem damaligen Vorstand vorgelegt. Die Thematik wurde zudem mehrmals während der Generalversammlungen erwähnt und das Vorgehen durch die Mitglieder genehmigt. Auch war IFPI Schweiz die kartellrechtliche Problematik der gewählten Vorgehensweise bewusst.¹⁰⁴ Aus diesen Gründen haben die Mitglieder sowie der Verein IFPI Schweiz ihre objektiven Sorgfaltspflichten verletzt. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses gegen Art. 49a Abs. 1 KG ist somit zu bejahen. 186. Bei der Phononet AG handelt es sich um ein unabhängiges Unternehmen, welches mit seinen Kunden einen Teilnahmevertrag abgeschlossen hat. Die Klausel betreffend das Verbot von Parallelimporten hat die Abreden zwischen IFPI Schweiz und seinen Mitgliedern verschärft, was Phononet bekannt gewesen sein musste. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses kann somit auch gegen Phononet AG bejaht werden. B.6.2 Bemessung B.6.2.1 Einleitung 187. Den folgenden Ausführungen ist vorzuschicken, dass sich IFPI Schweiz im Rahmen der einvernehmlichen Regelung bereit erklärt hat, die Sanktion stellvertretend für seine Mitglieder zu übernehmen. Da der Verein IFPI Schweiz eine aktive Rolle bezüglich der vorliegenden Abrede eingenommen hat, haben sich die Wettbewerbsbehörden mit diesem Vorschlag einverstanden erklärt. Die Sanktionen werden daher vorliegend IFPI Schweiz – stellvertretend für seine Mitglieder – sowie Phononet auferlegt. 188. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG105). Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verstosses, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. 189. Zur Bemessung des Sanktionsbetrags wird in der Botschaft konkretisierend ausgeführt, dass der Sanktionsrahmen von 0 – 10 % in schwerwiegenden Fällen eine abschreckende Wirkung gewährleistet, den Behörden jedoch auch ermöglicht, in geringfügigen Fällen Sank-

tionsbeträge von lediglich symbolischem Charakter auszusprechen. Aus diesem Grund verzichtete der Gesetzgeber auch auf die Formulierung eines Ausnahmetatbestandes für leichte Fälle: Die Höhe der Sanktion könne in solchen Fällen entsprechend herabgesetzt werden.¹⁰⁶ Damit steht der WEKO von Gesetz wegen ein gewisser Sanktionsrahmen zur Verfügung, den sie nach pflichtgemäßem Ermessen auszuschöpfen hat. Dabei hat sie die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung zu beachten.¹⁰⁷ 190. Die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG werden in der SVKG näher geregelt (vgl. Art. 1 lit. a SVKG). Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt

104 Vgl. Rz 58 und 66 sowie Akte Nr. 246, S. 17. 105 Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5). 106 Vgl. BBl 2002 2037 f. 107 Vgl. RPW 2007/2, S. 299, Rz 400, Terminierung Mobilfunk.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 36

aufgrund der Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann¹⁰⁸. 191. Trotz der in der SVKG festgelegten Vorgehensweise handelt es sich bei der Sanktionsbemessung nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.¹⁰⁹ Dabei wiederholt Art. 2 Abs. 2 SVKG ausdrücklich, dass das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten ist. Dies hat die WEKO bereits mehrfach anerkannt.¹¹⁰ B.6.2.2 Konkrete Sanktionsberechnung 192. Ausgangspunkt für die konkrete Sanktionsbemessung bildet gemäss der SVKG der Basisbetrag. Dieser beträgt je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dieser Betrag ist dann gemäss Art. 4 SVKG je nach Dauer des Verstosses zu erhöhen. Die Erhöhung beträgt bis zu 50 % bei einer Dauer des Wettbewerbsverstosses von 1–5 Jahren, danach erfolgt ein Zuschlag von 10 % für jedes weitere Jahr. Schliesslich sind erschwerende (Art. 5 SVKG) und mildernde (Art. 6 SVKG) Umstände zu berücksichtigen, wobei die SVKG darauf verzichtet festzulegen, in welchem Ausmass diese zu einer Erhöhung bzw. Minderung der Sanktion führen können.¹¹¹ 193. Aus der dargestellten Berechnungsweise wird deutlich, dass einerseits bei der Festsetzung des Basisbetrags und andererseits bei der Berücksichtigung von erschwerenden bzw. mildernden Umständen ein Ermessen der WEKO besteht (Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG). Zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung muss dargestellt werden, aufgrund welcher Elemente die konkrete Sanktion bemessen wird (Schwere des Verstosses nach Art. 49a Abs. 1 KG und 2 Abs. 1 SVKG und Umstände gemäss Art. 5 und 6 SVKG).¹¹² 194. Für die Bemessung des zu berücksichtigenden Sanktionsbetrages ist vorliegend von Bedeutung, dass die Abrede in casu über lange Zeit bestand (vgl. Rz 55), wobei für die Festlegung der Sanktion die Dauer ab dem 1. April 2004 relevant ist. Weiter liegen jedoch keine erschwerenden Umstände vor. Es bestehen insbesondere keine Indizien dafür, dass durch den Verstoss ein besonders hoher Gewinn erzielt wurde (Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG). 195. Bezüglich der mildernden Umstände gemäss Art. 6 SVKG ist schliesslich folgendes zu berücksichtigen:

108 Vgl. zum Ganzen die „Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG)“ des Sekretariats der WEKO (im Folgenden: Erläuterungen SVKG), publ. auf der Website der

WEKO (<http://www.weko.admin.ch/imperia/md/images/weko/33.pdf>; besucht am 17. April 2008). 109 Vgl. RPW 2006/4, S. 662, Rz 242, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking (mit Nw. zur vergleichbaren europäischen Praxis in Fn 267); RPW 2007/2, S. 235, Rz 320 Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; RPW 2007/2, S. 299, Rz 401, Terminierung Mobilfunk. Dies stimmt auch mit der bisherigen Praxis des BVGer überein (vgl. BVGer, RPW 2007/4, S. 673 f., E. 4.3.3–E. 5, Flughafen Zürich AG (Unique), Wettbewerbskommission (WEKO)). 110 Vgl. RPW 2008/3, S. 408 ff., Publikation von Arzneimittelinformationen; RPW 2009/2 156 ff, Séca-teurs et cisailles. 111 Vgl. RPW 2007/2 235 ff. Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; RPW 2007/2 300 ff., Terminierung Mobilfunk, und die Erläuterungen SVKG (Fn. 108), S. 3. 112 Vgl. RPW 2008/3 409, Publikation von Arzneimittelinformationen.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 37

• Der Vorstand von IFPI Schweiz hat am 25. Mai 2011 beschlossen, die Praxis der Unterlassungserklärungen per sofort einzustellen. Gleichzeitig wurden die bis dahin unterzeichneten Unterlassungserklärungen für gegenstandslos erklärt.¹¹³ Dieser Beschluss wurde danach allen Mitgliedern mitgeteilt zusammen mit der Empfehlung, die Teilnahme am Wettbewerbsverstoss einzustellen. • IFPI Schweiz hat sich während dem gesamten Verfahren sehr kooperativ gezeigt und hat sich bereit erklärt, Lösungen für mehr Markttransparenz zu suchen. • Verschiedene Mitglieder von IFPI Schweiz haben sich am 31. Mai 2011 spontan zu einer umfassenden Kooperation bereit erklärt.¹¹⁴ • Die Phononet AG hat die Wettbewerbsbehörde spontan auf die kartellrechtliche Problematik der Teilnehmerverträge hingewiesen und das entsprechende Informationsmaterial von sich aus zur Verfügung gestellt. • Der Wille und die Bereitschaft der IFPI Schweiz und der Phononet AG zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung ist als kooperatives Verhalten zu würdigen.¹¹⁵ 196. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie der vorstehenden Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sieht die einvernehmliche Regelung eine Verwaltungssanktion zu Lasten von IFPI Schweiz in der Höhe von CHF 3 Mio. bis CHF 3,5 Mio. vor. Die Möglichkeit, Parallelimporte tätigen zu können, wird gemäss Kartellgesetz¹¹⁶ als besonders schutzwürdig angesehen. Weiter liegt in casu eine harte horizontale Abrede vor, welche praktisch eine gesamte Branche umfasst. Die WEKO schöpft daher den vorgesehenen Sanktionsrahmen voll aus und legt die Sanktion für IFPI Schweiz, stellvertretend für seine Mitglieder, auf CHF 3,5 Mio. fest. 197. Für die Phononet AG sieht die einvernehmliche Regelung eine Sanktion in der Höhe von CHF 10'000.– bis CHF 20'000.– vor. Aus den vorgenannten Gründen schöpft die WEKO den Sanktionsrahmen auch hier voll aus, die Sanktion für die Phononet AG wird auf CHF 20'000.– festgelegt. 198. Mit den vorliegend festgelegten Sanktionen ist der gesetzlich vorgegebene Sanktionsrahmen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG gewahrt. C Kosten 199. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG117 ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. 200. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt

113 Vgl. Akte Nr. 119, Beilage 2. 114 Vgl. Akte Nr. 107-111 sowie 113-118. 115 Vgl. RPW 2006/4 666, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking, Rz 271; RPW 2007/2 238, Rz 342, TDC Switzerland AG (Sunrise)/Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG. 116

Vgl. RPW 2010/1, 112 Rz 359, Gaba; Verfügung Nikon AG vom 28. November 2011, Rz 562 sowie Verfügung BMW vom 7. Mai 2012, Rz 364 (beide einsehbar unter <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>). 117 Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 38

oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.¹¹⁸ Vorliegend ist daher die Gebührenpflicht von IFPI Schweiz sowie Phononet zu bejahen. 201. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.¹¹⁹ Gegen die Media Control wird das Verfahren ohne Folgen eingestellt, weshalb auch keine Kosten auferlegt werden. 202. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis CHF 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 203. IFPI Schweiz hat den Antrag gestellt, die Verfahrenskosten je danach aufzuschlüsseln, ob sie für die Untersuchung hinsichtlich Art. 5 Abs. 3 KG oder jener hinsichtlich Art. 7 KG entstanden sind. Eine solche Unterteilung ist in der Praxis nicht möglich, weshalb die WEKO diesen Antrag abweist. Des Weiteren sind die den Parteien auferlegten Kosten in Anbetracht des Verfahrens und des Entscheides der WEKO angemessen. 204. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz CHF 130.– bis CHF 290.–. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 91'753.–. Die Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in der Gebühr nach Aufwand eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 205. Von den Verfahrenskosten von insgesamt CHF 91'753.– werden CHF 89'753.– IFPI Schweiz - stellvertretend für seine Mitglieder – und CHF 2'000.– der Phononet AG auferlegt. D Ergebnis 206. Die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten von Ton und/oder Tonbildträgern zwischen den Mitgliedern von IFPI Schweiz im Rahmen des Verbandes und unter Beihilfe der Phononet AG stellt einen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 KG dar. Bezüglich der weiteren Verdachtselemente (angebliche Manipulation der „offiziellen Schweizer Hitparade“, Aufnahme in den Verein IFPI Schweiz und Missbräuche im Zusammenhang mit dem Musikbelieferungs- und Musikbewertungstool MPN) wird die Untersuchung gegen IFPI Schweiz, dessen Mitglieder, die Media Control AG und die Phononet AG eingestellt.

¹¹⁸ Vgl. BGE 128 II 247, 257, E.6.1, (= RPW 2002/3 546 f. Rz 6.1.), BKW FMB Energie AG sowie Art. 3 Abs. 2 lit. b und c GebV-KG e contrario. ¹¹⁹ Vgl. BGE 128 II 247, 257, E.6.1, (= RPW 2002/3 546 f. Rz 6.1.), BKW FMB Energie AG e contrario sowie Art. 3 Abs. 2 lit. b und c GebV-KG.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 39

E Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission gemäss Art. 30 Abs. 1 KG: 1. Die nachfolgende einvernehmliche Regelung mit IFPI Schweiz betreffend den physischen Vertrieb von Ton-

und Tonbildträgern (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 171) wird genehmigt: „Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder verpflichten sich, 1) von Neumitgliedern von IFPI Schweiz künftig keine Unterzeichnung einer Parallelimportverzichtserklärung zu verlangen; 2) gegenüber sämtlichen Marktteilnehmern, welche im Bereich Vertrieb, Vermarktung, Herstellung, Promotion und/oder Verkauf von Ton- und/oder Tonbildträgern tätig sind (so z.B. Labels, Vertriebe, Aggregatoren, Händler etc.), nicht in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte von physischen Ton- und/oder Tonbildträgern zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten).“ 2. IFPI Schweiz – stellvertretend für seine Mitglieder – wird gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. c i.V.m. Abs. 1 sowie Art. 49a KG mit einem Betrag von CHF 3'500'000.– belastet. 3. Die nachfolgende einvernehmliche Regelung mit der Phononet AG betreffend den physischen Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 171) wird genehmigt: „Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. PhonoNet verpflichtet sich, künftig weder Verpflichtungen zur Unterlassung von Parallelimporten gegenüber Industrieteilnehmern oder Handelsteilnehmern am PhonoNet-System oder ähnliche Ausführungen in ihre Verträge aufzunehmen noch in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten).“ 4. Die Phononet AG wird gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. c i.V.m. Abs. 1 sowie Art. 49a KG mit einem Betrag von CHF 20'000.– belastet. 5. Im Übrigen wird das Verfahren gegen IFPI-Schweiz, dessen Mitglieder, die Phononet AG und die Media Control AG eingestellt. 6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden. 7. Von den Verfahrenskosten von insgesamt CHF 91'753.–, werden - CHF 89'753.– IFPI Schweiz - stellvertretend für seine Mitglieder - auferlegt; - CHF 2'000.– der Phononet AG auferlegt. 8. Die Verfügung ist zu eröffnen an: - IFPI Schweiz, vertreten durch Dr. Franz Hoffet und/oder Andrea Sigl, Homburger AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich - Mitglieder von IFPI Schweiz, alle vertreten durch IFPI Schweiz, Kraftstrasse 30, 8044 Zürich (Liste der Mitglieder im Anhang)

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 40

- Media Control AG, vertreten durch Klaus Neff, Vischer AG, Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich - Phononet AG, vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Astrid Waser, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet Dr. Rafael Corazza Präsident Direktor

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbehörden und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

32/2011/00056/COO.2101.111.5.192909 41

Anhang

Mitglieder von IFPI Schweiz BRAMBUS RECORDS + VERLAG AG, Oberdorfstrasse 1, 8874 Mühlehorn CLAVES RECORDS SA, 85, av. Général-Guisan, 1009 Pully DISQUES VDE-GALLO, La cure, 1410 Denezy DIVOX AG, Hinter den Gärten 7A, 4452 Itingen EMI Music Switzerland AG, Buckhauserstrasse 24, 8048 Zürich Gadget Records AG, Heinrichstrasse 269, 8005 Zürich GOLD RECORDS, Seestrasse 129, 8810 Horgen G. records c/o Gotthard Music GmbH, Postfach 66, 6024 Hildisrieden GRÜEZI MUSIC AG, Zürcherstrasse 102, 8852 Altendorf HAT HUT RECORDS LTD., Postfach 521, 4020 Basel HIPPO RECORDS (Frank Valdor), Postfach 151, 6318 Walchwil K-TEL International (Switzerland) AG, Blegistrasse 1, 6343 Rotkreuz harmonia mundi MUSICORA AG, Blegistrasse 11 B, 6340 Baar MUSIKVERTRIEB AG, Badenerstrasse 555, 8048 Zürich NATION MUSIC GmbH, General Guisan Strasse 1, 5000 Aarau PDU, Edizioni Discografiche e Musicali SA, Viale Cattaneo 1, 6900 Lugano PHONAG RECORDS AG, Rohrstrasse 44, Postfach, 8152 Glattbrugg PICK-RECORDS / Edition Melodie GmbH, Brunnenwiesenstrasse 26, 8049 Zürich READER'S DIGEST AG, Räflestrasse 11, 8045 Zürich SONY MUSIC ENTERTAINMENT (SWITZERLAND) GmbH, Letzigraben 89, Postfach, 8047 Zürich SOUND SERVICE WIGRA AG, Eigerweg 16, Postfach 10, 3073 Gümligen STAR PRODUCTIONS GmbH, Harschwendi West 1013, 9104 Waldstatt TBA AG, Rohrstrasse 44, 8152 Glattbrugg TCB MUSIC SA, Cité-Centre, Grand' Rue 92/5e, 1820 Montreux TONSTUDIO AMOS AG, In der Rösi 5, 4207 Bretzwil TUDOR RECORDING AG, Flurstrasse 93, 8047 Zürich TURICAPHON AG, Turicaphonstrasse 31, 8616 Riedikon UNIVERSAL MUSIC GmbH, Hardturmstrasse 130, Postfach, 8021 Zürich VITEKA MUSIC / EXIT RECORDS, Sonnhalde 5, Postfach 80, 8602 Wangen WARNER MUSIC SWITZERLAND AG, Kreuzstrasse 26, 8008 Zürich ZYX MUSIC AG, Blegistrasse 1, 6343 Rotkreuz

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