

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

### 3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

#### 3.5. Wettbewerbsrecht – allgemein/ Droit de la concurrence – en général

##### 3.5.2. Kartellrecht/Cartels

#### BGer 2C\_113/2017: Kartellrechtliche Unzulässigkeit eines Kooperationsvertrags

Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020, Aktiengesellschaft Hallenstadion, Ticketcorner AG gegen Starticket AG, ticketportal AG, Wettbewerbskommission, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.



DAVID ROTH\*

*In einem weiteren «epischen» Kartellverfahren hat das Bundesgericht die selbständige Anfechtung des vorinstanzlichen Zwischenentscheids zugelassen und letzteren weitgehend bestätigt. Es stellt fest, dass der Kooperationsvertrag zwischen den Beschwerdeführerinnen einen Marktbeherrschungsmissbrauch nach Art. 7 Abs. 2 lit. f KG (Unzulässiges Koppelungsgeschäft) begründet sowie eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 f. KG darstellt. Das Bundesgericht weist das Verfahren für weitere Sachverhaltsabklärungen und die Sanktionsbemessung an die Wettbewerbskommission zurück.*

#### I. Sachverhalt und Prozessgang

Die Aktiengesellschaft Hallenstadion (nachfolgend: AGH) und die Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner) schlossen am 1. Januar 2009 einen Kooperationsvertrag mit einer fünfjährigen Laufzeit ab. Mit Bezug auf den Ticketvertrieb (Ticketing) verpflichtete sich AGH, Ticketcorner als ausschliessliche Partnerin zu verwenden sowie die eigenen bisherigen Tätigkeiten im Bereich des Ticketabsatzes einzustellen. Art. 10 des Kooperationsvertrags statuierte zudem eine Ticketing-Kooperationsklausel mit folgendem Inhalt: «Ticketcorner hat das Recht, mindestens 50% aller Tickets (exkl. V.I.P.-Pakete mit Zusatzleistungen) sämtlicher Ticketkategorien für alle Veranstaltungen im Hallen-

stadion über alle möglichen [...] Vertriebskanäle und Vertriebsarten (Call Center, Internet und POS) zu vertreiben.» Ticketcorner verpflichtete sich im Gegenzug zur Leistung einer jährlichen Marketingzahlung, zur Bewerbung der Veranstaltungen im Hallenstadion sowie zur Übernahme von 5% der Aktien an AGH. Im darauffolgenden Jahr kamen weitere gesellschaftsrechtliche sowie personelle Verflechtungen hinzu.

Die AGH schloss für die Überlassung und Nutzung des Hallenstadions mit den Veranstaltern jeweils Veranstaltungsverträge ab, wobei die AGB in Ziff. 14.1 eine Ticketingklausel enthielten, welche die Verpflichtungen aus der Ticketing-Kooperationsklausel umsetzt. Ergebnisweise konnten die Veranstalter das Hallenstadion für Veranstaltungen bloss benützen, wenn mindestens 50% des Ticketings von Ticketcorner durchgeführt wurde.

Die Eventim Schweiz, die Beschwerdegegnerinnen und die Ticketino AG (nachfolgend: Ticketino) reichten in der Folge Anzeigen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Weko) ein und beantragten eine verwaltungsrechtliche Verfolgung. Mit Verfügung vom 14. November 2011 stellte die Weko die Untersuchung wegen fehlender Marktbeherrschung sowie fehlender erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung der Abrede ein.<sup>1</sup> Die Beschwerdegegnerinnen und die Ticketino erhoben in der Folge Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses trat am 19. September 2012 mangels Beschwerdebefugnis darauf nicht ein. Das angerufene Bundesgericht hiess am 5. Juni 2013 die Beschwerde der Beschwerdegegnerinnen in Bezug auf ihre Beschwerdebefugnis gut und wies die Sache zum neuen Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht zurück, in Bezug auf diejenige von Ticketino wies es die Beschwerde ab.<sup>2</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hiess darauf die Beschwerde am 24. November 2016 gut, hob die Verfügung der Weko vom 14. November 2011 auf und wies die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Weko zurück.<sup>3</sup> Hiergegen erhoben die Beschwerdeführerinnen Beschwerde beim Bundesgericht und beantragten die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils, die Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids sowie die Feststellung, dass das Bundesverwaltungsgericht durch den Rückweisungsentscheid eine Rechtsverzögerung begangen habe.

\* DAVID ROTH, Dr. iur., Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht (Abteilung II), Lehrbeauftragter für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich sowie für Wettbewerbsrecht an der Kalaidos Fachhochschule. Die Bemerkungen bringen die persönliche Auffassung des Verfassers zum Ausdruck.

<sup>1</sup> RPW 2012/1 74 ff.

<sup>2</sup> BGE 139 II 328.

<sup>3</sup> BVGer, B-3618/2013, 24.11.2016.

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

### A. Anfechtbarkeit und Streitgegenstand

Das Bundesgericht hält einleitend fest, dass das vorinstanzliche Urteil als Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 Abs. 1 BGG zu qualifizieren sei. Wohl seien gemäss Vorinstanz die Tatbestandselemente von Art. 49a Abs. 1 KG – namentlich sowohl eine Verletzung von Art. 5 als auch eine von Art. 7 KG – erfüllt; hingegen sei die Rechtsfolge der vollständigen Norm noch nicht behandelt, weshalb kein verfahrensabschliessender Entscheid vorliege. Die direkte Anfechtung sei vorliegend ausnahmsweise zuzulassen.<sup>4</sup>

Alsdann bemerkt das Bundesgericht, dass der Streitgegenstand von den heutigen Beschwerdegegnerinnen bereits vor Bundesverwaltungsgericht in sachlicher Hinsicht auf die Feststellung und die Sanktionierung «wettbewerbswidrige[n] Verhalten[s von AGH und Ticketcorner] in Bezug auf die Vermittlung von Lokalitäten für die Durchführung von grossen Pop- und Rock-Veranstaltungen [«Musikgrossanlässen»] und dem damit verbundenen Ticketing» eingeschränkt worden sei sowie in zeitlicher Hinsicht die Jahre 2009 bis 2011 umfasse. Dies bilde auch den Streitgegenstand vor Bundesgericht.<sup>5</sup> Er umfasse demnach ebenfalls die Frage, ob (zugleich) Ticketcorner gegen Art. 7 KG verstossen habe und demzufolge zu sanktionieren sei.<sup>6</sup>

### B. Verstoss gegen Art. 7 KG

Betreffend die Verletzung von Art. 7 KG durch AGH bestimmt das Bundesgericht zunächst den relevanten Markt. Es nimmt insbesondere auf seine Rechtsprechung zur Komplexität der Marktabgrenzung sowie zum Bedarfsmarktkonzept in BGE 139 I 72 E. 8.3 und E. 9 Bezug. Hinsichtlich des Marktgegenstands handle es sich vorliegend um eine komplexe Leistung, nicht hingegen um das Hallenstadion als solches. Es sei vielmehr vom auf dem Layout «Arena» basierenden Grundkonzept auszugehen, wie es von AGH angeboten werde (Fassungsvermögen: mehr als 7'300 bis maximal 13'000 Besucher; konkrete technische Infrastruktur; Gebühr: CHF 50'000.– bis 120'000.–). Diese Elemente seien für die sachliche Marktabgrenzung bedeutend. Als tatsächliche Substitute würden deshalb (lediglich) die Grosshallen Arena Genf, Patinoire de Malley, Forum Fribourg, St. Jakobshalle Basel und allenfalls die PostFinance Arena Bern in Betracht fallen. Offene Stadien, namentlich Fussballstadien, seien hingegen keine Substitute, da sie in-

folge ihrer sonstigen Auslastung, der Temperaturbedingungen und des Wetters nur während zwei bis drei Monaten im Jahr zur Verfügung stehen würden. Ebenso wenig würden Freiluftbühnen, welche für eine bestimmte Veranstaltung erstellt werden, sowie Open-Air-Festivals, welche mehrere Tage dauern und an welchen verschiedene Künstler auftreten, Substitute bilden. Der räumlich relevante Markt umfasse sodann – unter Bezugnahme auf den «Durchschnittsverbraucher bzw. de[n] vernünftig durchschnittlichen (hier: indirekten) Nachfrager» – die deutschsprachige Sprachregion, d.h. die Deutschschweiz.<sup>7</sup>

Anschliessend beurteilt das Bundesgericht die Marktstellung von AGH. Deren Anteil auf dem besagten Markt sei im fraglichen Zeitraum ausserordentlich hoch gewesen (75%), die Marktanteile der Konkurrenten St. Jakobshalle Basel und PostFinance Arena Bern (die übrigen Grosshallen sind ausserhalb des räumlich relevanten Markts) seien gering. Die «kritische Schwelle» für die Marktbeherrschung von 50% sei überschritten. Auch der potenzielle Wettbewerb zeige kein anderes Bild, zumal aufgrund der speziellen bau- und planungsrechtlichen Vorgaben in absehbarer Zeit keine Markteintritte ersichtlich seien. Sodann bemerkt das Bundesgericht zur Stellung der Marktgegenseite und den Merkmalen von AGH Folgendes: Die Veranstalter hätten aufgrund der sehr beschränkten Ausweichmöglichkeiten keine besondere Verhandlungsmacht und könnten keinen Wettbewerbsdruck ausüben. Letzteres sei zusätzlich der Tatsache geschuldet, dass sich die Ticketingklausel faktisch wie eine 100%-Klausel auswirke.<sup>8</sup> Das Hallenstadion sei darüber hinaus «state of the art» und verfüge über einen Standortvorteil aufgrund seiner Lage im Zentrum der Deutschschweiz, der guten Erreichbarkeit sowie des grössten Einzugsgebiets. Im Ergebnis schliesst auch das Bundesgericht auf eine marktbeherrschende Stellung von AGH.<sup>9</sup>

Mit Bezug auf die nachfolgende Verhaltenskontrolle ruft das Bundesgericht in Erinnerung, dass marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung treffen, und verweist weiterführend nochmals schergewichtig auf BGE 139 I 72 E. 10. Zudem legt es die beiden Hauptgruppen missbräuchlicher Verhaltensweisen (Behinderungs- und Ausbeutungsmisbrauch) dar, wobei bei ersterer andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten) in der Aufnahme des Wettbewerbs behindert und bei letzterer die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer) benachteiligt oder ausgebeutet würden. Nach Art. 7 Abs. 2 lit. f KG begründe insbesondere die Erfüllung der folgenden vier Tatbestandsmerkmale ein missbräuchli-

<sup>4</sup> BGer, 2C\_113/2017, 12.2.2020, E. 1.2 f.

<sup>5</sup> BGer, 2C\_113/2017, 12.2.2020, E. 4.

<sup>6</sup> BGer, 2C\_113/2017, 12.2.2020, E. 8.2; siehe II.B. hiernach *in fine*.

<sup>7</sup> BGer, 2C\_113/2017, 12.2.2020, E. 5.2 ff.

<sup>8</sup> Weiterführend sogleich im Text.

<sup>9</sup> BGer, 2C\_113/2017, 12.2.2020, E. 5.5.

ches Verhalten: getrennte Güter, Koppelung, Wettbewerbsbeschränkung und fehlende sachliche Rechtfertigung.

Vorliegend bestünden erstens getrennte Güter, zumal der Geschäftsgegenstand der Veranstaltungslokalität und derjenige des Ticketings offensichtlich zwei unterschiedliche Produkte darstellen würden, für welche eigene Märkte bestünden. Zweitens sei das Merkmal der Koppelung erfüllt, indem das Hauptprodukt (Vermietung von Veranstaltungslokalitäten im Hallenstadion) mit einem sachlich nicht zusammenhängenden Zusatzprodukt (Vertriebspflicht von 50% aller Tickets der jeweiligen Veranstaltung über Ticketcorner) verknüpft werde. Drittens führe das Koppelungsgeschäft zu nachteiligen Wettbewerbseffekten: Die Marktgegenseite auf dem Koppelungsmarkt (Veranstalter) würde einerseits ausgebeutet, weil sie den Ticketingpartner (zumindest für 50% der Tickets) nicht mehr auswählen könne. Die Ticketingklausel wirke sich zudem faktisch wie eine 100%-Klausel aus, zumal die Veranstalter aufgrund der fehlenden Konnexität der verschiedenen Ticketsysteme, deren Komplexität sowie der daraus folgenden Fehleranfälligkeit und des Zusatzaufwands in den allermeisten Fällen auf mehrere Ticketvertriebsunternehmen verzichten würden, weshalb der Ticketverkauf faktisch in den Händen von Ticketcorner liege. Andererseits verhalte sich AGH missbräuchlich, wenn sie mit Hilfe ihrer Stellung den Wettbewerb auf dem gekoppelten Markt (d.h. Ticketing) ausschalte oder beschränke. Entscheidend sei die erreichte Hebelwirkung; unbeachtlich sei, dass AGH auf dem Markt für Ticketvertrieb nicht tätig sei. Schliesslich verstärke AGH durch das Koppelungsgeschäft ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Koppelungsmarkt, indem sie die im Hallenstadion vorgesehenen Veranstaltungen bewerbe und damit die eigene Marktstellung durch die Kundgabe ihrer Vorzüge verstärke, womit sie indirekt mögliche Markteintritte behindere oder verunmögliche. Viertens seien weder objektiv überzeugende noch zwingende technische oder wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe sowie solche der Qualitätssicherung erkennbar.

Angesichts des Umstands, dass das Verhalten von AGH in Form eines Koppelungsgeschäfts gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG bereits ein wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstelle, könne dahingestellt bleiben, ob AGH sich auch in Form eines Erzwingens gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG wettbewerbsmissbräuchlich verhalten habe.<sup>10</sup>

Betreffend die fragliche Verletzung von Art. 7 KG durch Ticketcorner sei die Beschwerde gutzuheissen. Es seien weitere Abklärungen durch die Weko vorzunehmen, denn

der Sachverhalt für das Verhalten von Ticketcorner, die Abgrenzung des relevanten Marktes sowie die marktbeherrschende Stellung seien nicht derart erstellt, dass eine Beurteilung vorgenommen werden könne.<sup>11</sup>

### C. Verstoss gegen Art. 5 KG

Das Bundesgericht hält mit Bezug auf Art. 4 Abs. 1 KG fest, dass die Qualifikation der Regelung zwischen AGH und Ticketcorner als Abrede unbestritten sei. Unbestritten sei auch, dass mit dieser Abrede keine Wettbewerbsbeseitigung nach Art. 5 Abs. 3 f. KG erfolgt sei. Demnach sei zu prüfen, ob die im Streit stehende Regel den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt und nicht gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 1 f. KG).

Es handle sich vorliegend weder um eine horizontale noch um eine vertikale, sondern um eine sonstige Abrede, welche die beiden unterschiedlichen Geschäftsbereiche von AGH und Ticketcorner miteinander verbinde. Insofern seien zwei Märkte abzugrenzen (Markt für Lokalitäten für Musikgrossanlässe in Form von Rock- und Popkonzerten, Markt für Ticketing). Zu Recht habe die Vorinstanz erkannt, dass erstens betreffend den Markt für Lokalitäten für Musikgrossanlässe in Form von Rock- und Popkonzerten im Rahmen von Art. 5 KG auf die sachliche und die räumliche Marktabgrenzung im Rahmen von Art. 7 KG Bezug zu nehmen sei und zweitens der Markt für Ticketing den gleichen relevanten Markt bilde.<sup>12</sup>

Aufgrund der Summe des qualitativen und quantitativen Aspekts habe die Ticketing-Kooperationsabrede die (als Bagatellklausel ausgestaltete) Erheblichkeitsschwelle auf beiden Märkten jedenfalls überschritten. In qualitativer Hinsicht wirke Ziff. 10 des Kooperationsvertrages namentlich wie eine 100%-Klausel;<sup>13</sup> weiter sei offensichtlich, dass andere Ticketing-Anbieter vom Markt ferngehalten bzw. ausgeschlossen werden sollten. Die quantitative Erheblichkeit sei auf dem Koppelungsmarkt infolge des Marktanteils von 75% von AGH zu bejahen; der quantitative Aspekt, wie er von der Weko auf einem (zu weiten) sachlich und räumlich relevanten gekoppelten Markt festgestellt worden sei, würde zusammen mit dem qualitativen Aspekt jedenfalls in einer Erheblichkeit resultieren. Die Abrede könne darüber hinaus – unter Verweis auf BGE 143 II 297 E. 5.4 – den Wettbewerb auf den beiden Märkten potenziell beeinträchtigen. Demzufolge stelle die Abrede auf beiden

<sup>11</sup> BGer, 2C\_113/2017, 12.2.2020, E. 8.3.

<sup>12</sup> BGer, 2C\_113/2017, 12.2.2020, E. 7.2.

<sup>13</sup> Siehe II.B. hiervor.

<sup>10</sup> BGer, 2C\_113/2017, 12.2.2020, E. 6.

Märkten eine erhebliche, ungerechtfertigte Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 f. KG dar.<sup>14</sup>

### III. Bemerkungen

Ein sehr geschätzter Kollege hat unlängst halb im Scherz sein Erstaunen über die langwierigen Kartellverfahren geäussert, zumal es «ja immer nur um zwei, drei Gesetzesartikel» gehe. Auch und gerade Letzteres trifft in besonderer Weise auf das vorliegende Urteil zu, denn es handelt sowohl von Art. 5 als auch von Art. 7 KG. Nachfolgend soll deshalb – in der gebotenen Kürze und ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – deren Verhältnis beleuchtet werden. Weshalb? Weil die Erwägungen des ansonsten in vielerlei Hinsicht ausführlichen und redaktionell wiederum sehr geschickt verfassten Urteils – wie bereits die Vorinstanz – sich hierzu gänzlich ausschweigen. Freilich können nicht nur Unternehmen, sondern eben auch Normen konkurrieren.<sup>15</sup> Andere Themenfelder bleiben hingegen unbeleuchtet, so etwa die Fragen, ob und inwieweit sich das Bundesgericht vorliegend mit der Rechtsverzögerungsbeschwerde der Beschwerdeführerinnen hätte auseinandersetzen müssen oder ob die Marktabgrenzungen zu überzeugen vermögen.

Ausgangspunkt bildet die Unterscheidung zwischen einseitigen und zwei- bzw. mehrseitigen Wettbewerbsbeschränkungen, welche mitunter Art. 5 und Art. 7 KG zugrunde liegt. Tatbestandselemente und damit Eingriffsvoraussetzungen der fraglichen Normen für die *ex post*-Ahndung von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten sind bekanntermassen einerseits eine Abrede und andererseits eine marktbeherrschende Stellung. Dabei grenzen die Legaldefinitionen von Art. 4 Abs. 1 f. KG die Abrede vom bewussten Parallelverhalten bzw. von der stillschweigenden Kollusion (*tacit collusion*) ab<sup>16</sup> und stellen klar, dass auch mehrere Unternehmen (kollektiv) marktbeherrschend sein können.

Die schweizerische Doktrin geht (soweit ersichtlich) implizit ebenfalls vom Grundsatz aus, dass Art. 5 und Art. 7 KG in Idealkonkurrenz zueinander stehen.<sup>17</sup> Die beiden

Bestimmungen sind damit einerseits insoweit nebeneinander anwendbar, als die Unbedenklichkeit eines Verhaltens (bzw. dessen Rechtfertigung) nach Art. 5 KG die Anwendung von Art. 7 KG nicht zu vereiteln vermag; andererseits können Art. 5 und Art. 7 KG im Einzelfall kumulativ angewendet werden.<sup>18</sup>

*In casu* ist zu konstatieren, dass AGH und Ticketcorner offen(sichtlich) kooperiert haben. Das Vorliegen einer Abrede ist unbestritten und deren Unzulässigkeit nach Art. 5 KG kann unterstellt werden. Fraglich ist demnach, ob die Bedingungen für eine kumulative Anwendung erfüllt sind und wie gegebenenfalls das Missbrauchsverbot anzuwenden ist. Denn es bestünde selbstredend kein «Abgrenzungsproblem»<sup>19</sup> in Abwesenheit eines nach Art. 7 KG tatbestandsmässigen Verhaltens. Nun hat das Bundesgericht vorliegend aber sowohl eine marktbeherrschende Stellung als auch deren Missbrauch festgestellt.

Nach auch hier vertretener Auffassung ist die tatbestandliche Erfüllung beider Normen hingegen lediglich eine notwendige, aber noch keine hinreichende Bedingung für deren kumulative Anwendung. Vielmehr müsste dem Sachverhalt ein «zusätzliches Element»<sup>20</sup> zu entnehmen sein, welches ausserhalb der Verhaltensabstimmung liegt und den spezifischen Unrechtsgehalt von Art. 7 KG betrifft.<sup>21</sup>

Ein typischerweise angeführtes und überdies nach der EuGH-Rechtsprechung mögliches Element kann dem Sachverhalt des vorliegenden Urteils jedenfalls nicht entnommen werden: Der Marktbeherrscher müsste Druck oder Zwang ausgeübt haben, andernfalls die Kooperation nicht zustande gekommen wäre.<sup>22</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat für vergleichbare Fälle gar erwogen, dass diesfalls bereits der Konsens zur Koordination und demzufolge

<sup>14</sup> BGer, 2C\_113/2017, 12.2.2020, E. 7.3.

<sup>15</sup> Deswegen hätten sich in E. 6.3 des Urteils auch klärende Hinweise zur offenbar unechten Konkurrenz zwischen Art. 7 Abs. 2 lit. c und lit. f KG anerböten.

<sup>16</sup> Weiterführend ANDREAS HEINEMANN, Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?, SZW 2019, 18 ff., 20, 27 f.

<sup>17</sup> Ausdrücklich betr. Art. 101 und Art. 102 AEUV: THOMAS EILMANSBERGER/FLORIAN BIEN, in: Joachim Bornkamm/Franz Jürgen Sacker/Peter Meier-Beck/Florian Bien/Frank Montag (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. A., München 2020, Art. 102 N 27; HELMUT SCHRÖTER/ULRICH BARTL, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. A., Baden-Baden 2015, Art. 102 N 37; CHRISTIAN JUNG,

in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I: EUV/AEUV, 68. EL, München 2019, Art. 102 N 22, je mit Hinweisen.

<sup>18</sup> Vgl. EILMANSBERGER/BIEN (FN 17), Art. 102 N 27 f.; siehe BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 5 N 25; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 11, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, Basel 2010; RETO HILTY/ALFRED FRÜH, Lizenzkartellrecht, Bern 2017, 224; FRANZ HOFFET, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 5 N 132, 135.

<sup>19</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, N 602.

<sup>20</sup> EuG, Rs. T-51/89, 10.7.1990, N 24 *Tetra Pak*.

<sup>21</sup> Vgl. JUNG (FN 17), Art. 102 N 37; SCHRÖTER/BARTL (FN 17), Art. 102 N 37.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. 66/86, 11.4.1989, N 37 *Ahmed Saeed Flugreisen*; ablehnend EILMANSBERGER/BIEN (FN 17), Art. 102 N 28 mit Hinweisen.

eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG zu verneinen wäre.<sup>23</sup> *Notabene* entspräche dies einer Abweichung vom Grundsatz der Idealkonkurrenz, indem Art. 7 KG in Fällen von Druck oder Zwang Art. 5 KG verdrängen würde. Hierfür sprechen sich im Übrigen wohl auch BEAT ZIRLICK und SIMON BANGERTER aus, wenn «[d]ie Prüfung nach Art. 7 KG [...] jedenfalls dann Vorrang geniessen [sollte], wenn die allenfalls bestehende Koordination ganz überwiegend auf das einseitige Verhalten eines beteiligten Unternehmens zurückgeht, welches seinerseits marktbeherrschend sein könnte und sich gerade durch die Bindung der anderen beteiligten Unternehmen an die «Abrede» missbräuchlich verhalten könnte».<sup>24</sup>

Damit ist zu prüfen, ob die im vorliegenden Verfahren erhobenen Vorwürfe (Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch auf dem Koppelungsmarkt sowie Behinderungsmissbrauch auf dem gekoppelten Markt) ein anderes «zusätzliches Element» enthalten. Nun überzeugt in der Sache aber wenig, dass AGH den Markteintritt auf dem Koppelungsmarkt durch (gemäss Sachverhalt nebenbei Ticketcorner übertragene) Werbemassnahmen massgeblich indirekt behindert haben soll. Es scheinen zuallererst die (vom Bundesgericht ebenfalls festgestellten) Schranken dieses – eng abgegrenzten – Markts zu sein, welche seine Bestreitbarkeit negativ beeinflussen. Die kumulative Anwendung sollte sich demnach entweder aus der Ausbeutung des Koppelungsmarkts oder der Behinderung des gekoppelten Markts ergeben. Hier könnte namentlich der Vorwurf des *monopoly leveraging* (Ausnutzung der Stellung auf dem Koppelungsmarkt zur Erlangung von Marktmacht auf dem gekoppelten Markt) einschlägig sein, wobei bei genauerer Betrachtung vorliegend auch dies von der Verhaltensabstimmung erfasst zu sein scheint: (Zusätzliche) Marktmacht würde ja gerade bei der Kooperationspartnerin Ticketcorner anfallen.

Man hätte insofern auch thematisieren können, ob bei dieser sonstigen Abrede zwischen augenscheinlich ebenbürtigen Parteien nicht doch das kooperative Element im Vordergrund gestanden hat bzw. hier «der Hauptfokus des Verfahrens liegt»<sup>25</sup>, inloedessen Art. 7 KG verdrängt würde. *Eventualiter* hätte man vorliegend bei kumulativer Anwendung von Art. 5 und Art. 7 KG untersuchen können, ob nicht eher eine kollektive Marktbeherrschung von AGH

und Ticketcorner anzunehmen wäre. Solche Überlegungen wären namentlich im Hinblick auf die Sanktionsfolgen relevant gewesen: Im ersteren Fall wäre mangels gesetzlicher Grundlage (Art. 49a Abs. 1 KG *e contrario*) von einer direkten Sanktion gänzlich abzusehen gewesen. Anders als etwa das Unionsrecht, welches Geldbussen für «bewirkte» zwei- bzw. mehrseitige Wettbewerbsbeschränkungen ohne Weiteres zulässt (Art. 101 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003), war vorliegend wohlgemerkt erst die kumulative Anwendung von Art. 5 und Art. 7 KG sanktionsbegründend.

Dies lässt wie erwähnt abschliessend die Frage aufkommen, ob es gegebenenfalls nicht möglich und vorzugswürdig gewesen wäre, AGH und Ticketcorner gestützt auf das Institut der kollektiven Marktbeherrschung gemeinsam für ihre offene Kooperation zu sanktionieren. Freilich waren vorliegend die Beschwerdeführerinnen jeweils auf dem Markt des anderen Abredeteilnehmers gerade nicht (mehr) tätig und damit insbesondere Ticketcorner nicht auf dem beherrschten Markt für Lokalitäten für Musikgrossanlässe von Rock- und Popkonzerten. Nichtsdestotrotz erscheint es etwas konstruiert, wenn die Weko nun damit beauftragt wird, die Marktstellung von Ticketcorner abzuklären, um augenscheinlich eine reziproke Sanktionierung zu ermöglichen. Allenfalls hätte bereits das gemeinsame vertragsgestützte Vorgehen in Verbindung mit der gesellschaftsrechtlichen und personellen Verflochtenheit die unmittelbare Anwendung von Art. 7 KG auf beide Unternehmen gerechtfertigt.<sup>26</sup> Sollte Ticketcorner nun hingegen die Schwelle der Beherrschung im Markt für Ticketing nicht überschritten haben, bliebe sie – aus Fairnessgesichtspunkten wenig und auch angesichts der «besonderen Verantwortung» von AGH nicht restlos überzeugend – sanktionsfrei. *Affaire à suivre*.

<sup>23</sup> Siehe BVGer, B-8430/2010, 23.9.2014, E. 6.3.1.16, und B-8399/2010, 23.9.2014, E. 5.3.1.1.24; kritisch BANGERTER/ZIRLICK (FN 18), Art. 4 N 26.

<sup>24</sup> ZIRLICK/BANGERTER (FN 18), Art. 5 N 25, mit Verweis auf HOFFET (FN 18), Art. 5 N 132, welcher ebenfalls Fälle von Zwang anführt; ebenso EILMANSBERGER/BIEN (FN 17), Art. 102 N 30.

<sup>25</sup> ZIRLICK/BANGERTER (FN 18), Art. 5 N 25.

<sup>26</sup> Vgl. EILMANSBERGER/BIEN (FN 17), Art. 102 N 209 f. mit Hinweisen.