



## Urteil vom 10. Mai 2022

---

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich, Richterin Vera Marantelli,  
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler Schoch.

---

Parteien

1. **Swisscom (Schweiz) AG**,  
Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern Swisscom,  
2. **Blue Entertainment AG** (vormals: CT Cinetrade AG),  
Nüscherstrasse 44, 8001 Zürich,  
beide vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Marcel Meinhardt und Désirée Stebler,  
Lenz & Staehelin,  
Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich,  
Beschwerdeführerinnen,

Gegen

**Sunrise UPC GmbH** (vormals: Sunrise Communications AG),  
Thurgauerstrasse 101B, 8152 Glattpark (Opfikon),  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Borer,  
Borer Rechtsanwälte AG,  
Olgastrasse 6, 8001 Zürich,  
Beschwerdegegnerin,

**Wettbewerbskommission WEKO**,  
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Sanktion im Verfahren 32-0243 Sport im Pay-TV.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Sachverhalt:</b> .....	<b>4</b>
<b>1. Prozessvoraussetzungen</b> .....	<b>17</b>
<b>2. Sachverhalt und Verfahrensgegenstand</b> .....	<b>18</b>
2.1 Gegenstand der vorinstanzlichen Untersuchung .....	18
2.2 Überblick über die Beschwerdegründe.....	19
2.3 Streitgegenstand.....	20
<b>3. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes</b> .....	<b>24</b>
3.1 Persönlicher Geltungsbereich .....	24
3.2 Sachlicher und räumlicher Geltungsbereich .....	26
3.3 Vorbehaltene Vorschriften.....	26
<b>4. Verfassungsrechtliche Rügen</b> .....	<b>31</b>
4.1 Verhältnismässigkeitsprinzip .....	31
4.2 Eigentumsgarantie.....	35
<b>5. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens</b> .....	<b>38</b>
5.1 Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes .....	38
5.2 Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.....	49
<b>6. Ökonomische Grundlagen zum Fernsehsektor</b> .....	<b>55</b>
6.1 Die Wertschöpfungskette im Fernsehsektor .....	55
6.2 TV-Plattformen.....	57
6.3 Zuordnung der hier relevanten Akteure .....	58
<b>7. Marktabgrenzung</b> .....	<b>58</b>
7.1 Definition des relevanten Markts .....	58
7.2 Sachlich relevanter Markt.....	59
7.3 Räumlich relevanter Markt .....	86
7.4 Zeitlich relevanter Markt.....	86
7.5 Zwischenfazit zu den relevanten Märkten.....	87
<b>8. Marktstellung</b> .....	<b>87</b>
8.1 Grundlegendes zur Marktstellung.....	87
8.2 Vorbringen zur Marktstellung .....	88
8.3 Zur Begründung der Marktstellung .....	90
8.4 Überblick über die relevanten Übertragungsrechte.....	91
8.5 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga- Wettbewerbs im Pay-TV .....	92
8.6 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga- Wettbewerbs im Pay-TV .....	107
8.7 Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV .....	109
8.8 Stellung auf den relevanten Märkten: Fazit .....	111
<b>9. Missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG</b> .....	<b>111</b>
9.1 Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG und Tatbestände nach Art. 7 Abs. 2 KG.....	111
9.2 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG.....	115
9.3 Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG .....	164

9.4 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2	
Bst. c KG .....	185
9.5 Fazit zum missbräuchlichen Verhalten gemäss Art. 7 KG .....	195
<b>10. Massnahmen .....</b>	<b>195</b>
<b>11. Sanktionierung.....</b>	<b>196</b>
11.1 Sanktionierbarkeit und Vertrauensschutz .....	197
11.2 Grundsatz ne bis in idem.....	198
11.3 Vorwerfbarkeit.....	199
11.4 Sanktionsbemessung.....	203
<b>12. Ergebnis betreffend materielle Prüfung und Sanktion .....</b>	<b>220</b>
<b>13. Verfahrenskosten und Parteientschädigung .....</b>	<b>221</b>
13.1 Vorinstanzliche Verfahrenskosten .....	221
13.2 Verfahrenskosten und Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren.....	222

**Sachverhalt:****A.**

Die Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Ittigen bezweckt namentlich die Erbringung von Fernmelde- und Rundfunkdiensten. Sie ist Teil der Swisscom-Gruppe und betreibt seit November 2006 unter anderem die TV-Plattform Bluewin TV, welche später in Swisscom TV umbenannt wurde. Gestützt auf einen Ende 2005 zwischen Swisscom und Teleclub unterzeichneten Vertrag wird auf Swisscom TV unter anderem das Programmangebot von Teleclub ausgestrahlt.

Die Teleclub AG mit Sitz in Zürich bestand von 1982 bis 2021 und bezweckte primär den Betrieb von Fernsehdiensten unter Einschluss von Abonnementsfernsehdiensten sowie anderen audiovisuellen Diensten. Bis Ende September 2012 gehörte Teleclub AG zu zwei Dritteln der (seit September 2020 als Blue Entertainment AG firmierende) CT Cinetrade AG und zu einem Drittel der Ringier AG. Seit Anfang Oktober 2012 war die CT Cinetrade AG Alleinaktionärin der Teleclub AG. Gestützt auf den Fusionsvertrag vom 26. April 2021 gingen die Aktiven und Passiven der Teleclub AG auf die Blue Entertainment AG über. Infolge der Fusion wurde die Teleclub AG am 30. April 2021 im Handelsregister gelöscht.

Die CT Cinetrade AG (neu: Blue Entertainment AG) mit Sitz in Zürich ist Muttergesellschaft der Cinetrade-Gruppe ("Cinetrade"). Diese ist unter anderem mit dem Unternehmenszweck des Erwerbs und der Verwaltung von Rechten an Immaterialgütern und Filmen im Handelsregister eingetragen. Bis Ende April 2013 stand Cinetrade unter der gemeinsamen Kontrolle des damaligen Verwaltungsratspräsidenten und CEO (51 %) und von Swisscom (49 %). Seit Anfang Mai 2013 ist Swisscom Mehrheitsaktionärin von Cinetrade. Cinetrade ist Inhaberin von schweizweiten exklusiven Live-Übertragungsrechten für Fussball- und Eishockeyspiele im Pay-TV, welche sie an Teleclub weitergab (vgl. nachfolgende E. 8.4).

Das Telekommunikationsunternehmen Sunrise UPC GmbH (vormals Sunrise Communications AG; Beschwerdegegnerin), Zürich, ist unter anderem im Bereich der Übermittlung von Kommunikations- und Unterhaltungsinhalten tätig und betreibt mit Sunrise TV seit 23. Januar 2012 eine eigene TV-Plattform. Per 1. Mai 2021 fusionierte sie mit der UPC Schweiz GmbH zu ihrer heutigen Firma und Rechtsform.

**B.**

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

Im Rahmen der Vorabklärung wurden verschiedene, im relevanten Bereich tätige Unternehmen sowie Swisscom und Cinetrade befragt (Marktbefragung vom 30. Mai 2012). In der Folge kam das Sekretariat zum Schluss, dass Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestanden.

Die Vorinstanz eröffnete am 3. April 2013 die Untersuchung Nr. 32-0243 gegen die Beschwerdeführerinnen sowie gegen den damaligen Verwaltungsratspräsidenten und CEO der Beschwerdeführerin 2. Die Untersuchung sollte gemäss der Bekanntmachung der Vorinstanz zeigen, ob Cinetrade und / oder Swisscom im Bereich der Übertragung von Sportinhalten im Pay-TV eine marktbeherrschende Stellung zukommt und ob sie diese gegebenenfalls missbrauchen, indem sie Geschäftsbeziehungen verweigern, Handelspartner diskriminieren, unangemessene Geschäftsbedingungen erzwingen und Angebote unzulässigerweise koppeln (vgl. BBI 2013 2891).

Im Rahmen der Untersuchung wurden erneut verschiedene, im relevanten Bereich tätige Unternehmen sowie die Parteien befragt (Marktbefragung vom 12. Juni 2013). Zudem wurden Daten bezüglich deren Kunden erhoben.

Auf Gesuch vom 26. Juli 2013 wurde die Beschwerdegegnerin mit Schreiben des Sekretariats vom 30. Juli 2013 als Dritte an der vorinstanzlichen Untersuchung beteiligt.

Mit Verfügung vom 18. November 2013 stellte die Vorinstanz das Verfahren gegenüber dem bis Ende April 2013 amtierenden Verwaltungsratspräsidenten und CEO der Beschwerdeführerin 2 ohne Folgen ein (vgl. RPW 2014/2 S. 391 ff.).

Mit Zwischenverfügungen vom 24. Februar 2014 und vom 27. März 2014 wurden weitere Parteien als Dritte an der Untersuchung beteiligt.

Am 7. März 2016 fanden Anhörungen vor der Vorinstanz statt.

**C.**

Mit Verfügung vom 9. Mai 2016, versandt am 23. Mai 2016, belastete die Vorinstanz den Swisscom-Konzern mit einer Sanktion von Fr. 71'818'517.– und auferlegte ihm die Verfahrenskosten von Fr. 381'817.50. Die Vorinstanz stellte fest, dass Teleclub / Swisscom auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie von ausländischen Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im untersuchungsrelevanten Zeitraum (2006 - 2013) eine marktbeherrschende Stellung zugekommen sei. In Ausnützung dieser beherrschenden Stellung habe Teleclub Geschäftsbeziehungen verweigert, Handelspartner diskriminiert und unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen.

**D.**

Am 24. Juni 2016 erhoben die Beschwerdeführerinnen gegen diese Verfügung Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbehörden:

- "1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 gegen die Beschwerdeführerinnen sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 gegen die Beschwerdeführerinnen aufzuheben und vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden.
3. Subeventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 gegen die Beschwerdeführerinnen aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes."

Zudem stellen die Beschwerdeführerinnen folgende Verfahrens- und Beweisanträge, die sie mit Schreiben vom 5. Juli 2016 teilweise anpassten:

- "4. Der Vorinstanz sei gleichzeitig mit Zustellung der vorliegenden Beschwerde Frist zur Beschwerdeantwort anzusetzen.
5. Es sei vor dem Entscheid eine Verhandlung durchzuführen und es seien die Beschwerdeführerinnen anzuhören.
6. Den Beschwerdeführerinnen sei das Recht einzuräumen, die in dieser Beschwerdeschrift enthaltenen Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen, bevor diese anderen Parteien des vorinstanzlichen Verfahrens 32-0243 oder Dritten offengelegt werden.

7. Von der Vorinstanz seien die Akten aus der Marktbeobachtung 31/21-0224 - Lieferverträge Teleclub zu den Akten dieser Beschwerdesache heraus zu verlangen, namentlich sämtliche Unterlagen, die für die Beurteilung der Vergaben der Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte und die Content-Akquisitions Klausel von Bedeutung sein können, und den Beschwerdeführerinnen seien Kopien dieser Dokumente auszuhändigen.
8. Von der Vorinstanz seien die Akten aus der Untersuchung 32-0153 - Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable, namentlich sämtliche Unterlagen im Zusammenhang mit der Einstellung jener Untersuchung, einschliesslich des Fil Rouge und der Sitzungsprotokolle und -unterlagen und sämtlicher weiterer Akten, die für die Beurteilung der Content-Akquisitions Klausel von Bedeutung sein können, zu den Akten dieser Beschwerdesache heraus zu verlangen und den Beschwerdeführerinnen seien Kopien dieser Dokumente auszuhändigen."
9. Es seien unabhängige Sachverständigengutachten zu folgenden Sachverhaltsfragen einzuholen:
  - a. Waren die von der Vorinstanz untersuchten TV-Plattformanbieter unter besonderer Berücksichtigung der in der Beschwerde näher beschriebenen Kapazitätsbeschränkungen, unterschiedlichen Netzausbaustufen und Plattformfunktionen technisch in der Lage, das erweiterte Teleclub-Sportangebot im Zeitraum von November 2006 bis Sommer 2013 zu übertragen?
  - b. Welche technischen und kommerziellen Anforderungen bestanden im untersuchungsrelevanten im Zeitraum von November 2006 bis Sommer 2013 für die Homologierung von IPTV-Plattformen zur Übertragung des Teleclub Sportangebotes und inwieweit haben die von der Vorinstanz untersuchten TV-Plattformanbieter diese Anforderung erfüllt?
  - c. Welche Bedeutung besaßen im Zeitraum von Oktober 2006 bis 2013 die Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen aus Sicht der TV-Plattformanbieter und der Fernsehzuschauer für die Plattformwahl unter besonderer Berücksichtigung der Bedeutung anderer Sportübertragungen, des Gesamtfernsehangebotes im Free-TV und Pay-TV, technischer Plattformfunktionen und Serviceleistungen sowie der Bündelangebote (Triple-Play)?
10. Für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht die Sache an die Vorinstanz zurückverweist, sei diese anzuweisen, nach Massgabe von Ziff. 9 den Sachverhalt zu untersuchen.
11. Vor Bestellung des oder der Sachverständigen sei den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit zu geben, Vorschläge zur Person des Sachverständigen zu unterbreiten.

12. Eventualiter sei den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit zu geben, zu den Vorschlägen des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Person des Sachverständigen Stellung zu nehmen.
13. Den Beschwerdeführerinnen sei nach Einholung des Sachverständigengutachtens bzw. nach Vornahme der zusätzlichen Untersuchungshandlungen die Möglichkeit zur erneuten Stellungnahme zu gewähren.
14. Es sei den Beschwerdeführerinnen unbeschränkte Einsicht in die abgedeckten Passagen der angefochtenen Verfügung und nicht offengelegten Actoren zu gewähren, soweit diese entscheidrelevant sind."

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten die von der Vorinstanz festgestellten relevanten Wettbewerbsparameter, die Marktabgrenzung und den Befund einer marktbeherrschenden Stellung, wofür sie auch Mängel der Untersuchung und eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör anführen. Sie erblicken einerseits ein "grundlegend falsches Verständnis der verfassungsrechtlichen und immaterialgüterrechtlichen Komponenten" in der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz, weshalb sie auch die Vorwürfe der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Diskriminierung von Handelspartnern und Erzwingung unangemessener Geschäftsbeziehungen bestreiten, und berufen sich andererseits infolge Einstellung der Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable im Jahr 2007 und der Marktbeobachtung Lieferverträge im Jahr 2006 durch das Sekretariat der Vorinstanz auf Vertrauensschutz, eine Verletzung des Grundsatzes *ne bis in idem* und Rechtsirrtum. Hinsichtlich des verwendeten Basisbetrags, der relevanten Umsätze und anderer Parameter stellen sie zudem die Berechnung der Sanktion infrage.

#### **E.**

Mit Vernehmlassung vom 26. Oktober 2016 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde abzuweisen, die Verfahrensanträge 7 und 8 abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und die Beweisanträge 9 bis 13 abzuweisen.

Im Übrigen korrigierte die Vorinstanz ihre Kostenberechnung des vorinstanzlichen Verfahrens. Die von der Beschwerdeführerin 1 zu tragende Verfahrenskosten betragen Fr. 376'492.50.

#### **F.**

Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 wurden beim Bundesverwaltungsgericht zwei weitere Beschwerden erhoben (Beschwerdeverfahren B-3983/2016 und B-4423/2016). Im Verfahren B-3983/2016



reichten die UPC Schweiz GmbH, die Quickline AG sowie die Sasag Kabelkommunikation AG am 23. Juni 2016 Beschwerde ein. Das Verfahren B-4423/2016 wurde von der Sunrise Communications AG mit Beschwerde vom 18. Juli 2016 eingeleitet.

In beiden Beschwerdeverfahren wurde beantragt, Teleclub, Swisscom und Cinetrade zu verpflichten, das vollständige Teleclub-Sportangebot zu nicht-diskriminierenden Bedingungen anzubieten und für die Dauer des Verfahrens die beantragte Massnahme bereits vorsorglich zu erlassen.

Das Bundesverwaltungsgericht vereinigte mit Verfügung vom 19. Juli 2016 die beiden genannten Verfahren und führte das Verfahren unter der Nummer B-3983/2016 weiter. Mit Zwischenverfügung vom 13. September 2016 wies es die Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen ab.

UPC Schweiz GmbH, Quickline AG und Sasag Kabelkommunikation AG wie auch die Sunrise Communications AG zogen ihre Beschwerden daraufhin zurück, worauf das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren abschrieb und Beschwerde-, Beschwerdeantwortbeilagen und Vorakten in das vorliegende Verfahren übertrug (Abschreibungsentscheid des BVGer B-3983/2016 vom 17. Oktober 2016).

#### **G.**

Mit Zwischenverfügung vom 21. März 2017 beteiligte das Bundesverwaltungsgericht die Sunrise Communications AG auf deren Ersuchen als Beschwerdegegnerin am vorliegenden Beschwerdeverfahren.

Auf die dagegen von den Beschwerdeführerinnen am 8. Mai 2017 erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil vom 1. Mai 2019 (2C\_433/2017) nicht eingetreten.

#### **H.**

Mit Verfügung vom 15. Mai 2019 erhielt die Beschwerdegegnerin Gelegenheit, sich zur Beschwerde vernehmen zu lassen. Ergänzend stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdegegnerin mit Verfügungen vom 27. Mai 2019 und 28. Mai 2019 geschäftsgeheimnisbereinigte Beschwerdebeilagen zu.

Die Beschwerdegegnerin ersuchte mit Schreiben vom 12. Juni 2019 um vollständige Akteneinsicht. Das Bundesverwaltungsgericht gab ihr mit Verfügung vom 13. Juni 2019 Gelegenheit, Einsicht in das physische Dossier des Bundesverwaltungsgerichts zu nehmen und gab, nachdem Vorinstanz

und Beschwerdeführerinnen Passagen bezeichnet hatten, die gegenüber der Beschwerdegegnerin Geschäftsgeheimnisse enthielten, mit Verfügungen vom 19. September 2019, 8. Oktober 2019 und 11. Oktober 2019 Einsicht in die Vorakten.

Am 2. Juli 2019 gewährte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen am Sitz des Bundesverwaltungsgerichts unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen Einsicht in die Verfahrensakten.

#### **I.**

Mit Schreiben vom 5. Juli 2019 reichten die Beschwerdeführerinnen das von ihnen in Auftrag gegebene Gutachten "Übertragung des erweiterten Sportangebots von Teleclub 2006 bis 2013" vom 28. Juni 2019 ein. Die Gutachterin kommt darin zum Schluss, aus technischer Sicht bestünden wesentliche Unterschiede zwischen den TV-Anbietern. Wesentliche Voraussetzungen zur Übertragung des erweiterten Teleclub-Sportangebots hätten bei keinen TV-Anbietern ausser Swisscom vorgelegen oder seien nicht implementiert gewesen. Daher könne die TV-Plattform von Swisscom mit denjenigen von anderen Marktteilnehmern in Bezug auf Teleclub nicht als äquivalent qualifiziert werden. Während des gesamten Untersuchungszeitraums sei Swisscom die einzige TV-Anbieterin in der Schweiz gewesen, die das erweiterte Teleclub-Sportangebot einschliesslich PPV ("pay per view") für Live-Sport (insbesondere Fussball und Eishockey) dem Endkunden habe bereitstellen können.

#### **J.**

Mit Beschwerdeantwort vom 6. Dezember 2019 stellte die Beschwerdegegnerin folgende Anträge:

- "1. Es sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und es sei die Sanktion gemäss Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 neu zu berechnen, insbesondere auf Grundlage (a) des relevanten Umsatzes der Beschwerdeführerinnen in den drei Geschäftsjahren, welche dem Urteil des Gerichtes vorgegangen sein werden sowie (b) eines Dauerzuschlages von (mindestens) 130 % entsprechend der Dauer des Wettbewerbsverstosses.
2. Eventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und es sei die Sanktion gemäss Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 neu zu berechnen, insbesondere auf Grundlage (a) des relevanten Umsatzes der Beschwerdeführerinnen in den drei Geschäftsjahren 2013, 2014 und 2015 sowie (b) eines Dauerzuschlages von 100 %.

3. Subeventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 an die Vorinstanz zur neuen Berechnung der Sanktion gemäss den Anträgen 1 bzw. 2 zurückzuweisen.
4. Subsubeventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen und/oder des Bundes."

Zudem stellte die Beschwerdegegnerin folgenden Beweis Antrag:

"Es sei der Sachverhalt soweit notwendig zu untersuchen, um die Sanktion für die missbräuchlichen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen, insbesondere unter Berücksichtigung der fortgesetzten Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Diskriminierung von Handelspartnern und Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen, antragsgemäss neu berechnen zu können.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen und/oder des Bundes."

Zur Begründung führt sie aus, die Vorinstanz habe den Untersuchungszeitraum in der angefochtenen Verfügung in unzulässiger Weise auf den Zeitraum bis 2013 beschränkt; die Beschwerdeführerinnen hätten die missbräuchlichen Verhaltensweisen bis zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung im Mai 2016 durchwegs fortgeführt und auch nach Ergehen derselben nicht beendet. Dieser fortgesetzte Missbrauch sei in der angefochtenen Verfügung zwar im Grundsatz bereits anerkannt, habe jedoch nicht Gegenstand des Untersuchungszeitraums (2006 bis 2013) gebildet und sei insbesondere auch im Rahmen der Sanktionsbemessung nicht berücksichtigt worden.

#### **K.**

Mit Verfügung vom 27. Februar 2020 hiess das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Akteneinsicht teilweise gut, während es die Beweisanträge Nr. 7, 8, 9a-c, 11, 12 und 13 abwies.

Die Beschwerdegegnerin bat das Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 25. März 2020, die gegenüber den Beschwerdeführerinnen offengelegten Passagen daraufhin zu prüfen, ob sie ihr ganz oder teilweise offengelegt werden könnten, und wenn ja, ihr entsprechend Einsicht zu gewähren.

Mit Verfügung vom 27. März 2020 gewährte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdegegnerin teilweise Akteneinsicht.

Die Beschwerdeführerinnen beantragten mit Schreiben vom 6. April 2020, an Stelle einer auf den 10. Juli 2020 angeordneten mündlichen und öffentlichen Parteiverhandlung einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen, und nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels eine öffentliche Parteiverhandlung im Sinne von Art. 6 EMRK anzusetzen.

Mit Schreiben vom 15. April 2020 zogen die Beschwerdeführerinnen ihren Antrag auf eine mündliche Verhandlung zurück, worauf das Bundesverwaltungsgericht die Verhandlung absagte und den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit gab, eine Replik einzureichen.

#### **L.**

Mit Replik vom 20. August 2020 halten die Beschwerdeführerinnen vollumfänglich an den Rechtsbegehren, Verfahrensanträgen, Beweisanträgen und dem Akteneinsichtsgesuch gemäss Beschwerde vom 24. Juni 2016 fest und stellten zusätzlich folgende Rechtsbegehren:

"1. Auf die Anträge 1 bis 4 sowie den Beweisantrag der Beschwerdegegnerin gemäss Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 6. Dezember 2019 sei nicht einzutreten.

2. Eventualiter: Die Anträge 1 bis 4 sowie der Beweisantrag der Beschwerdegegnerin gemäss Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 6. Dezember 2019 seien vollumfänglich abzuweisen."

Zur Begründung wiederholen sie im Wesentlichen die bereits in der Beschwerde vorgebrachten Argumente, weisen indessen auch auf die Marktentwicklungen seit Abschluss der Untersuchung hin. Diese belegten die fehlende Bedeutung des (erweiterten) Sportangebots für den Wettbewerb; so habe UPC in der Zwischenzeit die Schweizer Liga-Eishockeyrechte erworben und verliere trotzdem TV-Abonnenten. Bis zum heutigen Tag hätten die TV-Plattformanbieterinnen zudem technische Schwierigkeiten, das erweiterte Teleclub-Sportangebot zu übertragen. Weiter kritisieren die Beschwerdeführerinnen, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrer Beschwerdeantwort in unzulässiger Weise versuche, den Streitgegenstand zu erweitern. Zu beurteilen seien nur die tatsächlich von der Vorinstanz untersuchten Verhaltensweisen; zudem bestehe keine weitergehende Untersuchungspflicht.

**M.**

Mit Duplik vom 23. September 2020 bestätigt die Vorinstanz die angefochtene Verfügung und ihre Vernehmlassung. Die Veränderungen bei der Anzahl Kunden vermöchten die Wichtigkeit der streitgegenständlichen Sportinhalte nicht zu widerlegen. So schlössen sinkende Marktanteile eines marktbeherrschenden Unternehmens die Feststellung einer missbräuchlichen Verhaltensweise nicht aus. Weiter wies die Vorinstanz darauf hin, dass das Merkmal der Unerlässlichkeit des Inputs nach der Rechtsprechung nicht allgemein mit der Geschäftsverweigerung in Beziehung gesetzt werde, sondern nur mit der Missbrauchsvariante der Zugangsverweigerung. Die technischen Möglichkeiten der mit Swisscom TV konkurrierenden TV-Plattformen seien nicht von entscheidender Bedeutung. Denn wenn die Beschwerdeführerinnen die Bereitschaft gehabt hätten, allen konkurrierenden TV-Plattformen ein Angebot für das vollständige Sportprogramm zu unterbreiten, hätten sie die Bereitstellung ohne Weiteres von der Einhaltung eines für alle TV-Plattformen gültigen Standards abhängig machen können. Schliesslich greifen nach Ansicht der Vorinstanz die Rügen der Beschwerdeführerinnen zur Sanktionierung ins Leere.

**N.**

Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Duplik vom 26. Oktober 2020, die Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2 der Replik der Beschwerdeführerinnen abzuweisen. Zudem sei den Beschwerdeführerinnen keine Gelegenheit für eine weitere Stellungnahme zu geben. Zur Begründung hält sie fest, sie habe Kundenverluste erlitten und sei in ihren Marketingaktivitäten stark eingeschränkt gewesen, weil sie nicht mit einem wettbewerbsfähigen Premium Sportangebot werben können. Neukunden habe sie aufgrund genereller Marktentwicklungen und Entwicklungen in anderen Geschäftsbereichen gewinnen können. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen und dem Parteigutachten hätte sie das erweiterte Sportangebot einschliesslich PPV bzw. den Einzelabruf von Sportevents umsetzen können. Zudem stellt sich die Beschwerdegegnerin erneut auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz pflichtwidrig einen zu kurzen formellen Untersuchungszeitraum festgelegt habe, was zu korrigieren sei. Die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen habe sich aufgrund der Exklusivrechte, die für einen fixen Zeitraum vergeben würden, bis 2016 nicht verändert. Somit sei keine vertiefte Untersuchung eines unveränderten Sachverhalts notwendig bzw. an diese tiefe Anforderungen zu stellen. Mit der 2017 abgeschlossenen Ergänzungsvereinbarung werde ihre Diskriminierung, die gleichzeitig eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstelle, nicht behoben.

**O.**

Die Beschwerdeführerinnen reichten am 31. März 2021 eine unverlangte Stellungnahme zu den Dupliken der Vorinstanz vom 23. September 2020 und der Beschwerdegegnerin vom 26. Oktober 2020 ein, in der sie an den Rechtsbegehren und den Beweisanträgen festhalten. Da die Vorinstanz mit Verfügung vom 7. September 2020 die Untersuchung gegen die UPC Schweiz GmbH im Bereich der Übertragung von Eishockeyinhalten im Pay-TV abgeschlossen und UPC dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben habe, seien die Vorwürfe vergleichbar und liessen sich auch für das vorliegende Verfahren relevante Schlüsse daraus ziehen. Zumindest für die Dauer des Markteintritts sollte Investitionsschutz bestehen, weiter bestätige die Verfügung in Sachen Eishockey im Pay-TV die Unverhältnismässigkeit der Verfügung in Sachen Sport im Pay-TV. Denn als mildere Massnahme hätte es ausgereicht, das Rohsignal zur Verfügung zu stellen. Anders als UPC hätten die Beschwerdeführerinnen nie eine Behinderungsstrategie verfolgt und Swisscom trotz der exklusiven Übertragungsrechte von UPC keine Kunden verloren. Für die Kundengewinnung und -bindung sei es nicht entscheidend, ob eine TV-Plattform ein bestimmtes Fussball- oder Eishockeyspiel anbiete, sondern ob ein insgesamt attraktives Gesamtangebot vorhanden sei. Schliesslich rügen sie unter Hinweis auf die Verfügung in Sachen Eishockey im Pay-TV, der Basisbetrag sei zu hoch angesetzt und müsse auf höchstens [...] % gesenkt werden.

**P.**

Mit Schreiben vom 21. April 2021 verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer weiteren Stellungnahme.

**Q.**

Mit Stellungnahme vom 27. April 2021 änderte die Beschwerdegegnerin Ziffer 2 ihrer Rechtsbegehren vom 6. Dezember 2019 dahingehend, zur Sanktionsberechnung sei auf die drei Geschäftsjahre von 2010-2012 vor Aufgabe des unzulässigen Verhaltens abzustellen. Zudem erklärt sie, die Beschwerdeführerinnen könnten aus dem Verfahren "Eishockey im Pay-TV" nichts zu ihren Gunsten herleiten. Die Swisscom-Gruppe habe offensichtlich eine Behinderungsstrategie verfolgt: Die Beschwerdeführerinnen hätten mehrere wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen – Angebotsverweigerung, diskriminierende Konditionen, Angebotskoppelung, Akquisitionsverbot – zu einer Gesamtstrategie gegenüber praktisch der gesamten Konkurrenz verknüpft, um dank ihrer vertikal integrierten Konzernstruktur – Swisscom, Cinetrade/Blue Entertainment, Teleclub – mehrere Wertschöpfungsstufen zu kontrollieren. Durch Behinderung der konkurrierenden Plattformanbieter einerseits und Abschottung des vorgelagerten

Markts der Rechtevergabe andererseits hätten die Beschwerdeführerinnen vermocht, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Pay-TV-Markt zu festigen. Dies habe zu Auswirkungen auf die eng mit dem Pay-TV-Markt verbundenen Providermärkte geführt, auf welchen der Konzern ebenfalls eine starke Stellung innehatte (Festnetz, Internet, Mobilfunk). Den Beschwerdeführerinnen sei darin zuzustimmen, dass die Vorinstanz auf einer falschen Marktstufe interveniert habe. Anders als im Fall "Eishockey im Pay-TV" bleibe die kleinteilige Marktabgrenzung vorliegend ohne Folgen, da die Beschwerdeführerinnen über exklusive Fussball- und Eishockeyrechte verfügt hätten und damit ohnehin als marktbeherrschend zu qualifizieren seien. Die von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Kapazitätsengpässe habe UPC bereits an der vorinstanzlichen Anhörung vom 7. März 2016 nachvollziehbar widerlegt. Gegenüber UPC habe das unzulässige Verhalten bis 2016 gedauert, im Falle der Beschwerdegegnerin bis 2018. Erst ab dem Zeitpunkt des Erwerbs der Eishockeyrechte durch UPC (Sommer 2016) sei im bilateralen Verhältnis zwischen Swisscom und UPC keine Seite mehr als marktbeherrschend zu bezeichnen. Daher hätte die Vorinstanz zur Sanktionsbemessung frühestens auf die Geschäftsjahre 2013 bis 2015 abstellen dürfen. Auch die der Sanktionsberechnung zugrunde gelegte Dauer des Verstosses von 7 Jahren erweise sich als falsch; massgebend sei der Urteilszeitpunkt des Beschwerdeverfahrens.

#### **R.**

Mit Eingabe vom 11. Mai 2021 teilte die Beschwerdegegnerin mit, sie habe per 1. Mai 2021 mit der UPC Schweiz GmbH zur Sunrise UPC GmbH fusioniert.

#### **S.**

In ihrer Stellungnahme vom 9. Juni 2021 weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass sie das Teleclub Kernsportangebot stets allen Interessierten zur Verfügung gestellt hätten, dies im Gegensatz zu den Spielen der obersten Schweizer Eishockeyligen, die ab Saison 2017/18 ausschliesslich durch UPC und andere Kabelnetzbetreiber verbreitet worden seien. Ebenfalls anders als die Beschwerdeführerinnen habe die Beschwerdegegnerin eine Behinderungsstrategie verfolgt.

#### **T.**

Mit unverlangter Eingabe vom 1. April 2022 wiesen die Beschwerdeführerinnen auf das Urteil des Gerichts der Europäischen Union (EuG) vom 26. Januar 2022 in Sachen Intel (T-286/09) hin. Spätestens seit dieser Entscheidung sei unbestritten, dass ein Wettbewerbsnachteil zu untersuchen und eine rein formbasierte Betrachtungsweise, wie jene der Vorinstanz,

rechtlich ungenügend sei. Zudem mache auch die Beschwerdegegnerin im Verfahren "Eishockey im Pay-TV" geltend, der Sport – insbesondere die Ligawettbewerbe – seien für den TV-Plattformwettbewerb nicht relevant.

#### **U.**

Die Vorinstanz erklärte mit Stellungnahme vom 13. April 2022, auch aus dem jüngsten Intel-Entscheid des EuG folge unmissverständlich, dass es für einen Verstoss gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ausreiche, dass die betreffende Verhaltensweise geeignet sei, den Wettbewerb zu behindern. Abgesehen davon habe sie in der angefochtenen Verfügung nicht bloss die Eignung der sanktionierten Verhaltensweise zur Wettbewerbsbehinderung aufgezeigt. Vielmehr habe sie darüber hinaus tatsächliche Effekte, d. h. eine Wettbewerbsbehinderung im TV-Plattformmarkt, nachgewiesen. Sie halte daher an der angefochtenen Verfügung sowie ihren bisherigen Ausführungen im Beschwerdeverfahren fest.

#### **V.**

Die Beschwerdegegnerin erklärte mit Eingabe vom 21. April 2022, der von den Beschwerdeführerinnen zitierte EuG-Entscheid in Sachen Intel beziehe sich auf ein Rabattsystem. Vorliegend zu beurteilen seien jedoch die diskriminierenden Geschäftsbedingungen sowie die Content-Akquisitionsverbote der Swisscom-Gruppe. Im Unterschied zu Rabattsystemen habe eine Diskriminierung von Geschäftspartnern per se wettbewerbsverzerrende Wirkung; dasselbe gelte für den Ausschluss von Konkurrenten vom vorgelagerten Beschaffungsmarkt durch vertragliche Akquisitionsverbote. Abgesehen davon habe die Vorinstanz sehr wohl eine Wirkungsanalyse vorgenommen. Es treffe zudem nicht zu, dass sie die Relevanz des erweiterten Swisscom-Angebots verneint habe; sie habe erklärt, dass auf den Teleclub-Kanälen 4-29 auch wesentliche Programminhalte des eigentlichen Kernangebots aus führenden Fussball- und Eishockey-Ligen gezeigt würden.

#### **W.**

Mit Eingabe vom 9. Mai 2022 erklärten die Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdeführerin 2, Blue Entertainment AG, habe mit Fusionsvertrag vom 26. April 2021 die Aktiven und Passiven der Beschwerdeführerin 3, Teleclub AG, übernommen. Die Teleclub AG sei am 30. April 2021 infolge der Fusion im Handelsregister gelöscht worden. Aufgrund der Universalsukzession übernehme die Beschwerdeführerin 2 die Position der Beschwerdeführerin 3, und das Verfahren werde nur noch mit den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 fortgeführt.



**X.**

Auf weitere Vorbringen und sich in den Akten befindlichen Schriftstücke, soweit sie entscheidenderheblich sind, wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1. Prozessvoraussetzungen**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Sanktionsverfügungen der Vorinstanz in Kartellsachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerinnen haben als Parteien am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. Sie sind durch die angefochtene Sanktionsverfügung besonders berührt und haben als Verfügungsadressatinnen ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 11, "Preispolitik ADSL").

Mit Tagesregistereintrag vom 30. April 2021 gingen die Aktiven und Passiven der Teleclub AG, der ehemaligen Beschwerdeführerin 3, mittels Fusion auf die Beschwerdeführerin 2 über, womit die ursprüngliche Beschwerdeführerin 3 untergegangen ist. Die Fusion bewirkt eine Universalsukzession. Mit der Eintragung ins Handelsregister gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über (Art. 22 des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003 [FusG; SR 221.301]). Die Rechtsnachfolge aufgrund von Gesamtnachfolge gilt nicht als Parteiwechsel (vgl. Art. 17 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273] i.V.m. Art. 4 VwVG). Damit kann die Beschwerdeführerin 2 das Verfahren für die ursprüngliche Beschwerdeführerin 3 weiterführen (vgl. Urteil des BVGer A-3000/2012 vom 28. Dezember 2018 E. 1.2.2, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Ebenfalls mit Tagesregistereintrag vom 30. April 2021 gingen die Aktiven und Passiven der Sunrise Communications AG, der ursprünglichen Beschwerdegegnerin, mittels Fusion auf die Sunrise UPC GmbH über, womit die ursprüngliche Beschwerdegegnerin nicht mehr existiert. Analog zum oben Gesagten kann die Sunrise UPC

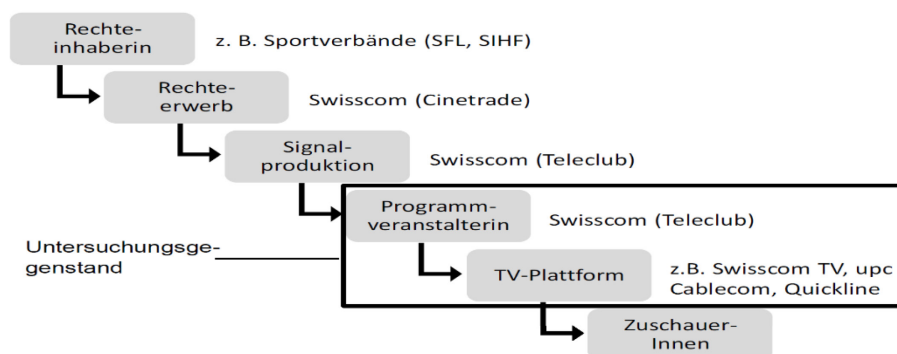
GmbH das Verfahren für die ursprüngliche Beschwerdegegnerin weiterführen.

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## 2. Sachverhalt und Verfahrensgegenstand

### 2.1 Gegenstand der vorinstanzlichen Untersuchung

Gegenstand der vorinstanzlichen Untersuchung bildete das Verhalten von Teleclub und Swisscom gegenüber TV-Plattformanbietern, die mit Swisscom TV konkurrieren (vgl. nachfolgendes Schema aus der Vernehmlassung der Vorinstanz, vom 24. Oktober 2016, Rz. 6):



Die Analyse der Vorinstanz hat ergeben, dass Teleclub die Geschäftsbeziehung gegenüber verschiedenen TV-Plattformanbietern (insbesondere IPTV-Anbietern) im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV in ungerechtfertigter Weise verweigert hat. Die Verweigerung erfolgte gemäss der vorinstanzlichen Feststellung mindestens im Zeitraum von Dezember 2010 bis 2013.

Zudem soll Teleclub gemäss der angefochtenen Verfügung mehrere Handelspartner im Zeitraum von November 2006 bis mindestens 2013 in zweifacher Hinsicht ungleich behandelt und dadurch den Wettbewerb beeinträchtigt haben. Die KNU (Kabelnetzunternehmen) und die Beschwerdegegnerin erhielten im Vergleich zu Swisscom ein weniger umfangreiches Sportangebot zu einem insgesamt höheren Preis und die Plattformanbieter dürften ihren Kunden das Sportpaket PPC ("pay per channel") nur zusammen mit dem Basispaket bereitstellen. Demgegenüber könne Swisscom

ihren Kunden den Bezug der Sportinhalte auch im Rahmen von PPV anbieten.

Schliesslich vertritt die Vorinstanz die Ansicht, Teleclub habe gegenüber Cablecom (nachfolgend: Cablecom oder UPC Cablecom) und Sunrise mit einer vertraglichen Klausel unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen. Dieses tatbestandsmässige Verhalten sei im Zeitraum von Oktober 2006 bis mindestens 2013 erfolgt.

## **2.2 Überblick über die Beschwerdegründe**

Unter dem Titel: "Worum es vorliegend eigentlich geht" machen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde eingangs geltend, das Sportangebot von Teleclub sei ohne Relevanz für den TV-Plattformwettbewerb (vgl. Beschwerde, Rz. 14 ff.), aufgrund der Gegenmacht der Kabelnetzbetreiber könne sie nicht marktbeherrschend sein und habe entsprechend nicht missbräuchlich handeln können (vgl. Beschwerde, Rz. 18 ff.). Zudem verfüge die Vorinstanz im Ergebnis die Zwangsverbreitung des Sportangebots von Teleclub; diese Zwangsverbreitung höhle den immaterialgüterrechtlichen Schutz am Sportprogramm von Teleclub im Kern aus (vgl. Beschwerde, Rz. 23 ff.). Auf diese Rügen ist an geeigneter Stelle einzugehen: Die Relevanz des Sportangebots ist unter den Tatbeständen der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (E. 9.2.5) und der Diskriminierung von Handelspartnern (E. 9.3.3) zu behandeln, die geltend gemachte Gegenmacht der Kabelnetzbetreiber unter dem Titel "Stellung der Marktgegenseite" (E. 8.5.3), und das Thema "Zwangsverbreitung/immaterialgüterrechtlicher Schutz" unter den Titeln "Vorbehaltene Vorschriften" (E. 3.3), "Verfassungsrechtliche Rügen" (E. 4.1, E. 4.2) sowie "Verhinderung eines neuen Erzeugnisses?" (E. 9.2.7).

Weitere wichtige Beschwerdegründe (vgl. Beschwerde, Rz. 33 ff., "Übersicht über die wichtigsten Beschwerdegründe") beziehen sich auf die Fragen der Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. E. 4.1), der Eigentumsgarantie (vgl. E. 4.2), des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. E. 5.1) sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. E. 5.2). Auch andere Themen, wie der von den Beschwerdeführerinnen thematisierte Investitions- und Innovationsschutz, kommen in den dafür geeigneten Erwägungen zur Sprache (vgl. E. 9.2.1.5, 9.2.8.2, 9.3.5.3), ebenso der Zeitraum der abgeklärten Marktverhältnisse (vgl. E. 5.1.4), die Verwertung und Würdigung von Beweisen wie Marktbefragungen (vgl. u.a. E. 5.1.3 ff., 7.2.8.7 f., 9.2.5.2.1 ff.), die von den Beschwerdeführerinnen als unzulänglich qualifizierten technischen Möglichkeiten der Drittplattformen (vgl. E. 5.1.5 ff.,

9.2.8.1, 9.3.5.1), die Märkte für die Bereitstellung von Pay-TV-Inhalten (vgl. E. 7.2.4 ff.) sowie andere von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Fragen zur Marktabgrenzung (vgl. E. 7), zur Marktstellung (E. 8), zu den einzelnen Tatbeständen (vgl. E. 9) und zur Sanktionierung (E. 11).

## 2.3 Streitgegenstand

**2.3.1** Mit Beschwerdeantwort vom 6. Dezember 2019 stellte die Beschwerdegegnerin folgende Anträge:

- "1. Es sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und es sei die Sanktion gemäss Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 neu zu berechnen, insbesondere auf Grundlage (a) des relevanten Umsatzes der Beschwerdeführerinnen in den drei Geschäftsjahren, welche dem Urteil des Gerichtes vorgegangen sein werden sowie (b) eines Dauerzuschlages von (mindestens) 130 % entsprechend der Dauer des Wettbewerbsverstosses.
2. Eventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und es sei die Sanktion gemäss Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 neu zu berechnen, insbesondere auf Grundlage (a) des relevanten Umsatzes der Beschwerdeführerinnen in den drei Geschäftsjahren 2013, 2014 und 2015 sowie (b) eines Dauerzuschlages von 100 %.
3. Subeventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 an die Vorinstanz zur neuen Berechnung der Sanktion gemäss den Anträgen 1 bzw. 2 zurückzuweisen.
4. Subsubeventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen und/oder des Bundes."

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens änderte die Beschwerdegegnerin Ziffer 2 ihrer Rechtsbegehren. Sie beantragt neu, dass zur Sanktionsberechnung auf die drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des unzulässigen Verhaltens abzustellen sei (vgl. Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 27. April 2021, Rz. 59).

Zudem stellt die Beschwerdegegnerin folgenden Beweisantrag:

"Es sei der Sachverhalt soweit notwendig zu untersuchen, um die Sanktion für die missbräuchlichen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen, insbesondere unter Berücksichtigung der fortgesetzten Verweigerung von

Geschäftsbeziehungen, Diskriminierung von Handelspartnern und Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen, antragsgemäss neu berechnen zu können."

Die Beschwerdeführerinnen beantragen mit Replik vom 20. August 2020, auf diese Anträge nicht einzutreten. Zur Begründung führen sie aus, mit ihrer Beschwerdeantwort versuche die Beschwerdegegnerin in unzulässiger Weise den Streitgegenstand zu erweitern, welcher aber durch die Beschwerde schon abschliessend bestimmt sei. Damit bezwecke sie, höhere Schadenersatzzahlungen in einem späteren kartellzivilrechtlichen Verfahren zu erlangen. Die ungenügende Auseinandersetzung mit der Beschwerde und der angefochtenen Verfügung zeige, dass es der Beschwerdegegnerin bloss darum gehe, eigene Interessen zu verfolgen, was nicht Sinn und Zweck des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens sei (vgl. Replik, Rz. 265 ff.; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 106).

**2.3.2** Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den auf Grund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1; 131 II 200 E. 3.2). Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat und nicht entscheiden musste, darf die zweite Instanz nicht beurteilen; sonst würde in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen (vgl. Urteile des BVGer B-2863/2014 vom 9. Dezember 2020 E. 6.4; A-5042/2018 vom 22. März 2019 E. 2.4.1, "Beteiligung der SRG an Joint Venture"; mit Verweis auf: MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage 2013, Rz. 2.8).

Entsprechend stellt sich die Frage, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder hätte sein müssen. Im Verwaltungsverfahren vor den Wettbewerbsbehörden gilt die *Offizialmaxime* (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 59; JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 43, Rz. 7; HEINEMANN/KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2014, S. 120; MARTIN DANIEL KÜNG, Prozessmaximen im Verwaltungsverfahren, Bern 2020, Rz. 93; MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. Bern 2017, Rz. 1825), d.h. die Behörde leitet von Amtes wegen ein Verfahren nicht nur ein und schliesst es ab, sondern bestimmt auch den Verfahrensgegenstand (vgl. BILGER, a.a.O., S. 59; HEINEMANN/KELLERHALS,

a.a.O., S. 120; KÜNG, a.a.O., Rz. 69; MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1825).

**2.3.3** Gegenstand der angefochtenen Verfügung vom 9. Mai 2016 und Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren bilden die den Beschwerdeführerinnen im Verfahren "Sport im Pay-TV" auferlegte Sanktion und die Verfahrenskosten. Ausgangspunkt der Sanktion ist das den Beschwerdeführerinnen vorgeworfene und von der Vorinstanz als missbräuchlich qualifizierte Verhalten (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4003/2016 vom 21. März 2017 E. 5.2, "Sport im Pay-TV").

Aus der Begründung, auf die in casu zurückgegriffen werden muss, um die Sanktion zu verstehen (vgl. BGE 131 II 200 E. 3.3), ergibt sich, dass das im Zeitraum zwischen Herbst 2006 und Ende 2013 untersuchte Verhalten zur angefochtenen Sanktion führte (vgl. Verfügung, Rz. 2). Gestützt auf die in diesem Zeitraum begangenen Verstösse berechnete die Vorinstanz auch die strittige Sanktion.

In diesem Zusammenhang kritisiert die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz habe den Untersuchungszeitraum in der angefochtenen Verfügung in unzulässiger Weise auf den Zeitraum bis 2013 beschränkt. Sie hätte jedoch die fortgesetzten sanktionsrelevanten Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen bis zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung berücksichtigen, feststellen und sanktionieren müssen (Beschwerdeantwort, Rz. 13 ff.). Grundsätzlich trifft zu, dass sich Verfügungen der Vorinstanz auf die bei Erlass der Verfügung aktuellen Verhältnisse stützen sollten. Insofern müsste die Untersuchung das ganze beanstandete Verhalten umfassen. Indessen kann von der Vorinstanz – insbesondere auch aus verfahrensökonomischen Gründen – nicht gefordert werden, dass der Sachverhalt rollend stets neu zu erheben ist (vgl. Urteil der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 E. 5.3.4 "Ticketcorner", in: RPW 2005/4, S. 672 ff., S. 696). Kürzt die Vorinstanz in diesem Sinne den Untersuchungszeitraum, obwohl das beanstandete Verhalten mutmasslich anhält, muss die Behörde sicherstellen, dass das effektiv untersuchte Verhalten und die verfügte Sanktion repräsentativ für das ganze (gleichartige) Verhalten der Untersuchungsadressatinnen ist. Denn es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn die Vorinstanz das anlässlich der ersten Untersuchung ungeprüft gebliebene Verhalten zum Gegenstand eines weiteren Verfahrens machen und sanktionieren würde.

Im vorliegenden Fall hat sich die Vorinstanz entschieden, die Untersuchung auf den Zeitraum von 2006 bis 2013 zu beschränken, was mit dem

Offizialprinzip vereinbar ist (vgl. auch Urteile des BVGer A-5042/2018 und A-5075/2018 vom 22. März 2019 E. 2.4.4, "Beteiligung der SRG an Joint Venture"). Es sind zudem keine Gründe ersichtlich, diesen Zeitraum als nicht repräsentativ für das beanstandete Verhalten zu qualifizieren. Eine zeitlich daran anknüpfende Untersuchung hat die Vorinstanz weder eingeleitet noch angekündigt. Insofern war es auch gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben vertretbar, den Sachverhalt ab 2014 bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung nicht weiter abzuklären. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die zeitliche Einschränkung der Untersuchung keine Rückweisung an die Vorinstanz rechtfertigt.

**2.3.4** Eine Pflicht zu einer weitergehenden Untersuchung obliegt auch dem Bundesverwaltungsgericht nicht, weder für den Zeitraum ab 2014 bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung, noch für den Zeitraum ab Erlass der angefochtenen Verfügung bis zum Erlass des vorliegenden Urteils. Denn die Pflicht der Behörde zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen wird durch den Streitgegenstand begrenzt. Einzig der zum Streitgegenstand gehörende Sachverhalt ist von Amtes wegen abzuklären (vgl. Urteile des BVGer A-5042/2018 und A-5075/2018 vom 22. März 2019 E. 2.5, mit Verweis auf: KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 12 N 23; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsgerichtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 43; KÜNG, a.a.O., Rz. 253, 769 f.; vgl. auch: JÜRIG BOSSHART, Überprüfung und Ermittlung des Sachverhalts im zürcherischen Steuerjustizverfahren, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 1984, S. 1 ff., S. 18). Im Beschwerdeverfahren muss die Rechtsmittelbehörde den Sachverhalt daher nicht von Grund auf ermitteln, sondern hat nur zu überprüfen, ob die Vorinstanz ihn richtig erhoben hat (vgl. CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, in: DIKE-Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019 [DIKE-VwVG], Art. 12, Rz. 10; BILGER, a.a.O., S. 402; GYGI, a.a.O., S. 270).

Zwar kann es im Folgenden angezeigt sein, Verhältnisse ab dem Jahr 2014 mit zu berücksichtigen, bezweckte die Beteiligung von Sunrise als Beschwerdegegnerin doch, Entwicklungen im Fernseh- und Plattformmarkt in die Beurteilung der Beschwerde einzubeziehen, die über das von der Vorinstanz untersuchte historische Marktverhalten zwischen Herbst 2006 und Ende 2013 hinausgehen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4003/2016 vom 21. März 2017 E. 5.3, "Sport im Pay-TV"). Gerade mit Blick auf den strafrechtlichen Charakter des Sanktionsverfahrens verbietet sich jedoch eine zeitliche Vermischung der massgeblichen Umstände mit Ereignissen aus anderen Zeitperioden. Massgebend ist im Beschwerdeverfahren zwar der Sachverhalt im Urteilszeitpunkt (vgl. auch Replik, Rz. 9 ff.); nachträglich

zur angefochtenen Verfügung ergangene Entwicklungen sind aber nur zu berücksichtigen, sofern sie zwingend Schlüsse bezüglich des Streitgegenstand bildenden Sachverhalts zulassen (BGE 139 I 72 E. 9.2.2, "Publigroupe").

Was den Streitgegenstand betrifft, bleibt für das Bundesverwaltungsgericht somit der von der Vorinstanz untersuchte Zeitraum (2006 bis 2013) massgebend. Die Anträge 1-3 der Beschwerdegegnerin und der damit zusammenhängende Beweisantrag würden zu einer Erweiterung des sich auch aus der Begründung ergebenden Streitgegenstandes führen, weshalb auf diese nicht einzutreten ist.

### **3. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes**

Zunächst ist zu prüfen, ob der vorliegende Sachverhalt vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst wird. Nach Art. 2 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gilt das Kartellgesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen.

#### **3.1 Persönlicher Geltungsbereich**

**3.1.1** Nach Art. 2 Abs. 1 KG setzt die Anwendung des Kartellgesetzes in persönlicher Hinsicht ein Handeln als Unternehmen voraus. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

**3.1.2** Der persönliche Geltungsbereich ist demnach an den Unternehmensbegriff geknüpft. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage des Unternehmensbegriffs im Kontext eines Konzernsachverhalts. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftlicher Einheit zusammengefasst sind (vgl. BGE 130 III 213 E. 2.2.1; JEAN NICOLAS DRUEY, in: Druey/Druey Just/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl. Zürich 2021, §1 Rz. 95 ff.). Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG gilt in Konzernsachverhalten der Konzern als Ganzes, nicht eine bestimmte Gruppengesellschaft (vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]; Urteile des BVer B-7633/2009 Ziff. 29,



"Preispolitik ADSL"; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.1.3, "Nikon"; B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 4.1 "Publigroupe"; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, S. 1269 ff., S. 1278 ff.; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], DIKE-Kommentar KG [nachfolgend: DIKE-KG], Zürich/St. Gallen 2018, Art. 2, Rz. 31; BORER, a.a.O., Art. 2, Rz. 11; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG [BSK-KG], 2. Aufl. 2021, Art. 2 Rz. 102, 118; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht [nachfolgend: ZÄCH, Kartellrecht], 2. Aufl. 2005, Rz. 256).

Bei der Beurteilung von missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG (vgl. hinten, E. 9.1 ff.) ist demzufolge die Marktmacht des gesamten Konzerns zu berücksichtigen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 26 ff., "Preispolitik ADSL"; B-581/2012 E. 4.1.3, "Nikon"; HEIZMANN/MAYER, DIKE-KG, Art. 2, Rz. 33; AMSTUTZ/GOHARI, BSK-KG, Art. 2 Rz. 119; BORER, a.a.O., Art. 2 Rz. 11; ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 256; LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, Basel 2014, S. 137).

Dem Konzern kommt im Kartellverfahren mangels eigener Rechtspersönlichkeit praxismässig jedoch keine Parteistellung zu (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 68 ff., "Preispolitik ADSL"; B-581/2012 E. 4.1.4, "Nikon"; B-2977/2007 E. 4.1 ff., "Publigroupe"). Generell wird in der schweizerischen Lehre die Auffassung vertreten, dass Verfügungsadressat und Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG bzw. Unternehmen und Sanktionssubjekt nicht identisch zu sein haben (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 E. 4.1.4, "Nikon", mit Verweis auf KUBLI, a.a.O., S. 181 ff.; AMSTUTZ/GOHARI, BSK-KG, Art. 2 Rz. 121 ff.).

**3.1.3** Die Swisscom (Schweiz) AG (Beschwerdeführerin 1) ist die schweizerische Gruppengesellschaft der Swisscom-Gruppe mit der Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom) als Top-Holdinggesellschaft der Gruppe.

Die CT Cinetrade AG (neu: Blue Entertainment AG; nachfolgend: Cinetrade; Beschwerdeführerin 2) ist die Muttergesellschaft der Cinetrade-Gruppe. Bis zu ihrer Fusion mit der Beschwerdeführerin 2 im April 2021 war die Teleclub AG (nachfolgend: Teleclub; vormalige Beschwerdeführerin 3) einfache Gruppengesellschaft. Infolge der Fusion übernahm die Beschwerdeführerin 2 die verfahrensrechtliche Position der Beschwerdeführerin 3 (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Mai 2022).

Mit Verfügung vom 18. November 2013 erkannte die Vorinstanz, dass der über die Cinetrade-Mehrheitsbeteiligung verfügende ehemalige Verwaltungsratspräsident und CEO mangels eigener Teilnahme am Wirtschaftsprozess nicht als "Unternehmen" gilt, und stellte die Untersuchung gegen ihn ein (vgl. RPW 2014/2 S. 391 ff., Rz. 26 ff.; vgl. auch FRANK BREMER, Strafsanktionen gegen natürliche Personen im schweizerischen Kartellrecht, S. 49). In zeitlicher Hinsicht ist insofern zu differenzieren, als für die Zeit bis zum 30. April 2013 (Übernahme der Aktienmehrheit an Cinetrade durch Swisscom) Swisscom und Cinetrade zusammen (ohne den damaligen Mehrheitsaktionär) als Unternehmen im Sinne Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG gelten (vgl. Verfügung, Rz. 315); für die Zeit danach ist Swisscom (inkl. Cinetrade-Gruppe) massgebliches Kartellrechtssubjekt. Diese Unternehmen üben nach der Auffassung der Vorinstanz Marktmacht aus, weshalb sie im persönlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes liegen.

### **3.2 Sachlicher und räumlicher Geltungsbereich**

Unbestrittenermassen kommt das KG zudem im vorliegenden Fall in sachlicher und räumlicher Hinsicht zur Anwendung, da zu beurteilen ist, ob die Beschwerdeführerinnen Marktmacht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG ausgeübt haben, die sich in der Schweiz ausgewirkt hat (Art. 2 Abs. 2 KG).

### **3.3 Vorbehaltene Vorschriften**

**3.3.1** Ebenfalls unbestritten ist, dass es in den hier relevanten Märkten (vgl. nachfolgende E. 7) keine Vorschriften gibt, die Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Es liegt auch keine Vereinbarung zwischen Wettbewerbsbehörde und Preisüberwacher über die vorrangige Durchführung eines Verfahrens nach dem Preisüberwachungsgesetz vor (Art. 3 Abs. 3 KG).

**3.3.2** Die Parteien sind sich indessen nicht einig darüber, ob auf den vorliegenden Fall der Immaterialgüterrechtsvorbehalt (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG) Anwendung findet (vgl. Verfügung, Rz. 327 ff.; Beschwerde, Rz. 164 ff.; Replik, Rz. 99 f.). Danach fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, nicht unter das Gesetz.

**3.3.2.1** In Praxis und Lehre wird heute überwiegend eine restriktive Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG und in der Folge eine weite, im Ergebnis uneingeschränkte Anwendung des Kartellgesetzes postuliert (vgl. Urteil

des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 86, "Six Group" [angefochten beim BGer], mit Hinweisen auf Praxis und Lehre, u.a. FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, 2006, 130, 149 und 151; ANDREAS HEINEMANN, Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht? – Eine kritische Analyse, in: Zäch [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, 2009, 44 ff.; RETO HILTY, in: BSK-KG, Art. 3 Abs. 2 Rz. 45; BERNHARD RAFAEL KELLER, Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge, 2004, 63 f.; PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, zit. CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 Rz. 14; GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, 2004, S. 196 f.; ROLF H. WEBER, Kartellrecht Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. V/2, Basel 2000, S. 50 f.).

Auch die Evaluationsgruppe Kartellgesetz fordert mit der herrschenden Lehre, dass Art. 3 Abs. 2 KG restriktiv auszulegen sei. Ein Sachverhalt mit immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Komponenten könne infolgedessen praktisch immer anhand des materiellen Kartellrechts geprüft werden (vgl. EVALUATIONSGRUPPE KG, Studien zu Einzelbestimmungen [Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen], Projektbericht P2, 2008 KG, 14 f.). Die Abgrenzung könne sich dann nur aus der materiellen Beurteilung eines Sachverhalts gestützt auf Art. 5 oder 7 KG ergeben (vgl. EVALUATIONSGRUPPE KG, 9).

Wie noch zu zeigen sein wird (vgl. E. 8.4), hat Cinetrade zahlreiche Medienrechtsverträge mit exklusiven Rechten für Fussball- und Eishockeyübertragungen abgeschlossen, bezüglich derer die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen missbräuchliche Verhaltensweisen vorwirft.

**3.3.2.2** Nach überwiegender Auffassung in der Schweiz sind Sportveranstaltungen wie Fussball- und Eishockeyspiele keine urheberrechtlich geschützten Werke im Sinne von Art. 2 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 (URG; SR 231.1; vgl. Urteil des BVGer A-7970/2007 vom 28. August 2008 E. 8.4; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 4. Aufl., Bern 2020, Art. 2, Rz. 30; IVAN CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, SHK-Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. Bern 2012, Art. 2, Rz. 12; THOMAS HÜGI, Sportrecht, Bern 2015, S. 194; RETO ARPAGAUS, Fragen im Zusammenhang mit den Uefa-Lizenzen für das Public Viewing bei der Fussball-Europameisterschaft 2008, in: sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-,

Informations- und Wettbewerbsrecht 2/2008, S. 87 ff., S. 89; vgl. auch für die EU-Ebene: CABRERA BLÁZQUEZ/CAPPELLO/FONTAINE/VALAIS, Audiovisuelle Sportrechte – zwischen Exklusivität und dem Recht auf Information, IRIS Plus, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Strassburg 2016, S. 13). Wieweit Sendungen über Sportveranstaltungen usw. als geschützte Werke anzusehen sind, ist umstritten (vgl. BGE 107 II 82 E. 4a). In der Literatur wird die Ansicht vertreten, solche Sendungen könnten den Charakter eines audiovisuellen Werkes (Art. 2 Abs. 2 Bst. g URG) aufweisen, sofern sich Kameraführung, Bildregie sowie Kommentare nicht bloss auf die möglichst getreue Darstellung realer Ereignisse beschränken (vgl. HÜGI, a.a.O., S. 194 f.; SIMON OSTERWALDER, Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen, Bern 2004, S. 239 f.; RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2020 [nachfolgend: HILTY, Urheberrecht], Rz. 210; für die EU-Ebene vgl. CABRERA BLÁZQUEZ et al, a.a.O., S. 17 f.; kritisch: ARPAGAU, a.a.O., S. 89; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL A. MEER, in: von Büren/David, SIWR II/1, Basel 2014, Rz. 351). Inhaltliches Ziel auch der mit grossem Aufwand produzierten Live-Sendung eines Fussball-Matches ist indessen letztlich die möglichst realitätsnahe und detailgetreue Erfassung des Spiels, angereichert durch Kommentare, Statistiken, Interviews etc. Insofern steht der Berichterstattungszweck im Vordergrund (vgl. ARPAGAU, a.a.O., S. 91). Dies hat zur Folge, dass für individuelle oder originelle Merkmale (vgl. Art. 2 Abs. 1 URG) praktisch kein Raum bleibt (vgl. BGE 113 II 190 E. I.2.a, "Le Corbusier"), weshalb die Werkqualität einer Live-Fussballübertragung in Frage zu stellen ist (vgl. ARPAGAU, a.a.O., S. 91; differenzierend HÜGI, a.a.O., S. 195, Fn. 71, der einfachen Live-Übertragungen den Werkcharakter abspricht, was bei einer grossen Anzahl wöchentlich stattfindender Liga-Spiele, die mit einem geringen Aufwand mit wenigen Kameras übertragen würden, der Fall sein könne).

**3.3.2.3** Wird die Werkqualität von Live-Sportübertragungen dagegen bejaht, stehen dem Urheber insbesondere die in Art. 10 Abs. 2 URG genannten Nutzungsrechte zu, etwa das Senderecht (Art. 10 Abs. 2 Bst. d URG). Aufzeichnungen von Sportveranstaltungen können zudem Gegenstand von sog. verwandten Schutzrechten (vgl. Art. 33 ff. URG) sein. Der in Art. 37 URG statuierte Leistungsschutz des Sendeunternehmens verlangt nicht, dass es sich bei den Sendungen um urheberrechtlich geschützte Werke handelt (vgl. REHBINDER/VIGANO, Kommentar URG, Zürich 2008, Art. 37, Rz. 5; PETER MOSIMANN, in: von Büren/David, SIWR II/1, Basel 2014, Rz. 1156; ROLF AUF DER MAUR, in: Müller/Oertli, SHK-Urheberrechtsgesetz, Bern 2012, Art. 37, Rz. 5a). Vielmehr bezieht sich der Schutz auf

jede Art von Sendung, unabhängig von deren Inhalt, also auch auf Sportübertragungen, Nachrichtensendungen etc. (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 37, Rz. 7; AUF DER MAUR, a.a.O., Art. 37, Rz. 5a). Der Schutz gilt der technischen, organisatorischen und wirtschaftlichen Unternehmensleistung, welche den tatsächlichen Sendevorgang ermöglicht (vgl. REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 37, Rz. 1f.; MOSIMANN, a.a.O., Rz. 1152 und 1156; AUF DER MAUR, a.a.O., Art. 37, Rz. 5a). Geschützt ist somit nicht das Programm, sondern die Leistung des Veranstalters als solche (vgl. MOSIMANN, a.a.O., Rz. 1152 und 1158). Der Leistungsschutz des Sendeunternehmens ist auf einen abschliessenden Katalog einzelner Ausschliesslichkeitsrechte beschränkt (vgl. REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 37, Rz. 6). Diese berechtigen das Sendeunternehmen alleine, eine Sendung weiterzuleiten, wahrnehmbar und zugänglich zu machen, aufzunehmen, zu vervielfältigen sowie Vervielfältigungsexemplare zu verbreiten (Art. 37 Bst. a – e URG).

**3.3.2.4** Die Herstellung des Sendesignals für das Fernsehen, für mobile Geräte und für das Internet ist das zentrale Element für die mediale Verwertung einer Sportveranstaltung. Das Sendesignal, das im Kern aus dem Basis-Signal (Basic Feed) besteht, wird vom Host Broadcaster hergestellt, der in der Regel ein lokaler Fernsehsender oder ein spezialisierter Produktionsdienstleister (im Auftrag des Veranstalters oder Vermarkters) ist (vgl. HÜGI, a.a.O., S. 191 f.). Um überhaupt das Sendesignal herstellen zu können, braucht der Host Broadcaster Zutritt zum Sportstadion; dieser Zutritt wird ihm vom Sportveranstalter auf der Basis seines Hausrechts gewährt (vgl. HÜGI, a.a.O., S. 187; ARPAGAU, a.a.O., S. 89). Die Abgabe respektive Weiterleitung des Sendesignals erfolgt im Rahmen von sog. Medienrechtsverträgen. Hauptgegenstand solcher Verträge ist das Recht zur Übertragung einer Sportveranstaltung durch Nutzung des Sendesignals gegen Entgelt (HÜGI, a.a.O., S. 187 ff.; ARPAGAU, a.a.O., S. 89 [unter Verwendung des Begriffs "Übertragungsrechtevertrag"]), wobei häufig von einer "Lizenz" am Basis-Signal gesprochen wird (vgl. HÜGI, a.a.O., S. 187).

Es wird zwischen echten und unechten Lizenzverträgen unterschieden. Der echte (respektive eigentliche) Lizenzvertrag regelt die Überlassung des Gebrauchs und die Nutzung von Immaterialgüterrechten, die vom Gesetzgeber als absolute Rechte mit erga omnes-Wirkung konzipiert worden sind, unter anderem an urheberrechtlichen Werken (vgl. THOMAS PROBST, Der Lizenzvertrag: Grundlagen und Einzelfragen, in: Jusletter vom 2. September 2013, Rz. 10 ff.; MILAN JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, Zürich 2007, S. 214; RETO M. HILTY, Lizenzvertrags-

recht, Bern 2001 [nachfolgend: HILTY, Lizenzvertragsrecht], S. 16 ff.). In-  
 dessen können auch immaterielle Güter ohne erga omnes-Wirkung Ge-  
 genstand von Lizenzverträgen sein; dabei handelt es sich um unechte Li-  
 zenzverträge (respektive Lizenzverträge im uneigentlichen Sinn). Gegen-  
 stand solcher Lizenzverträge sind nebst Know-how die mit technisch-orga-  
 nisatorischen Mitteln geschützten Informationen (vgl. PROBST, a.a.O.,  
 Rz. 19 ff.; JOVANOVIC, a.a.O., S. 214; HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 36 ff.).  
 Auch Leistungsschutzrechte können mittels unechter Lizenzverträgen  
 übertragen werden (vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 52 f.). Allen Arten  
 von Lizenzverträgen kommt nach herrschender Lehre ein bloss obligatori-  
 scher Charakter zu. Ein Erwerb absoluter Rechte an einem Immaterialgut  
 durch Abschluss eines Lizenzvertrags ist somit nicht möglich (vgl. JOVANO-  
 VIC, a.a.O., S. 216; HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 107 ff.; HILTY, Urheber-  
 recht, Rz. 616 ff.). Dies gilt namentlich auch für echte und unechte Lizenz-  
 verträge mit Ausschliesslichkeitsklausel (vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht,  
 S. 138 f.).

**3.3.2.5** Damit ist erstellt, dass mit den hier zu prüfenden Medienrechts- res-  
 pektive Lizenzverträgen Cinetrade keine absoluten Rechte an einem Im-  
 materialgut übertragen wurden. Insofern geht es vorliegend nicht um Be-  
 standesaspekte des geistigen Eigentums, sondern um die exklusive Aus-  
 gestaltung der Verwertungskanäle, weshalb der Vorbehalt der Nichtanwen-  
 dung des Kartellgesetzes nicht zu greifen vermag (vgl. ROLF H. WEBER/SI-  
 MON OSTERWALDER, Zugang zu Premium Content: Grenzen einer Exklusiv-  
 vermarktung nach schweizerischem Medien- und Wettbewerbsrecht, in:  
 Weber/Osterwalder, Zugang zu Premium Content, Zürich 2006, S. 147).

**3.3.2.6** Es ist zudem folgender grundsätzlicher Aspekt zu berücksichtigen:  
 Das Urheberrechtsgesetz sieht nebst Urheberpersönlichkeitsrechten (vgl.  
 namentlich die in Art. 9 und 11 URG aufgeführten Rechte) ein Bündel von  
 Rechten vor, welches die kommerzielle Verwertung des Werkes sichern  
 soll (sog. Verwertungs-, Verwendungs- oder Nutzungsrechte). Art. 10  
 Abs. 2 URG zählt die typischen Verwertungsrechte auf, deren Ausübung  
 der Rechteinhaber jedem Dritten verbieten kann (vgl. statt vieler: KAISER/  
 RÜETSCHI, Immaterialgüterrecht in a nutshell, 3. Aufl. 2018, S. 35 ff.; vgl.  
 auch § 11 des deutschen Gesetzes über Urheberrecht und verwandte  
 Schutzrechte "Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen  
 und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes.  
 Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die

Nutzung des Werkes" und entsprechende Ausführungen hierzu: SCHRIKER/LOEWENHEIM, Urheberrecht, Kommentar, 6. A., München 2020, §11, Rz. 1 ff.).

Somit gehört die entgeltliche, ungestörte Nutzung von Urheberrechten zum Konzept des Urheberrechtsgesetzes. Die angefochtene Verfügung tangiert diese Nutzungsmöglichkeit nicht. Namentlich sieht sie nicht vor, dass sich konkurrierende TV-Plattformen unentgeltlich und unrechtmässig am Teleclub-Sportangebot bedienen dürfen, soweit die entsprechenden Übertragungen überhaupt als urheberrechtlich geschütztes Werk qualifizieren.

Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, dass Urheberrechte bei natürlichen Personen entstehen (Art. 6 URG). Entsprechend müssten die Beschwerdeführerinnen als juristische Personen die Urheberrechte, auf die sie sich berufen (vgl. etwa Beschwerde, Rz. 116, 157, 164), vertraglich erworben haben. Sie vermögen indessen keine lückenlose Berechtigungskette nachzuweisen (vgl. REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 16, Rz. 6).

Insofern ist nicht erstellt, dass sie durch die angefochtene Verfügung in ihren eigenen Urheberrechten betroffen sind.

#### **4. Verfassungsrechtliche Rügen**

##### **4.1 Verhältnismässigkeitsprinzip**

**4.1.1** Die Vorinstanz verletzt nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen das Verhältnismässigkeitsprinzip und den Auftrag zur Verwirklichung der Grundrechte. Zur Begründung führen letztere aus, die Vorinstanz greife auf der Ebene der Verwertung der Übertragungsrechte ein, hätte aber – entsprechend der europäischen Praxis – die Rechtevergabe durch die Ligen überprüfen müssen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip in Verbindung mit dem Auftrag, zur Grundrechtsverwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV, SR 101) gebiete, diejenige Vorgehensweise zu wählen, welche die Grundrechte der Betroffenen bestmöglich respektiere (vgl. Beschwerde, Rz. 131 ff.; Replik, Rz. 90).

Auch die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, dass die Vorinstanz auf einer falschen Ebene eingegriffen habe: Die Intervention der Vorinstanz erfolge, soweit sie auf die Exklusivvergabe als solche ziele, auf der falschen Marktstufe, indem auf Ebene der Erwerber von Exklusivrechten statt auf Ebene der Rechtevergabe eingegriffen werde (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 37).

Die Vorinstanz hält dagegen, im europäischen Ausland sei nur auf der Ebene der Rechtevergabe eingegriffen worden, weil in jenen Jurisdiktionen kein vergleichbares wettbewerbliches Problem auf der Plattformebene wie in der Schweiz bestanden habe (vgl. Verfügung, Rz. 349). Zudem rief sie in der angefochtenen Verfügung in Erinnerung, dass den Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Untersuchungseröffnung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zustehe. Selbst wenn (auch) auf der Ebene der Zentralvermarktung ein kartellrechtliches Problem bestehen sollte, hindere dies die Wettbewerbsbehörden nicht daran, die vorliegend festgestellten Verhaltensweisen von Swisscom zu untersuchen (vgl. Verfügung, Rz. 345).

**4.1.2** Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Damit betont die Bundesverfassung die Grundrechtspflichtigkeit sämtlicher Träger und Trägerinnen staatlicher Aufgaben auf allen Ebenen staatlicher Tätigkeit (Bund, Kantone und Gemeinden). Die Bestimmung macht deutlich, dass nicht die Art der Behörde oder des Organs, sondern jene der Aufgabenerfüllung ausschlaggebend dafür ist, unter welchen Voraussetzungen eine Bindung an die Grundrechte besteht (vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl. 2018, Rz. 52). Im Verb "beitragen" klingt an, dass dem Grundrechtsverwirklichungsauftrag Begrenzungen innewohnen. Diese können nicht nur rechtlicher Art sein (Wahrung der Zuständigkeiten, Bindung an rechtsstaatliche Grundsätze und -rechte), sondern auch faktischer Natur: Auch der Staat kann nicht alles (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 35, Rz. 14; BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar BV [BSK BV], Basel 2015, Art. 35, Rz. 51).

Aus Art. 35 Abs. 2 BV ergibt sich somit kein Anspruch der Beschwerdeführerinnen, von jeglichem Grundrechtseingriff durch die Vorinstanz bei deren Aufgabenerfüllung verschont zu werden (vgl. WALDMANN, BSK BV, Art. 35, Rz. 52). Zudem gelten Grundrechte wie die Eigentumsгарantie (Art. 26 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 ff. BV) nicht absolut. Vielmehr können sie gemäss Art. 36 BV eingeschränkt werden, sofern dafür eine gesetzliche Grundlage besteht, der Eingriff im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und der Kerngehalt respektiert wird (vgl. Urteil des BVGer A-7970/2007 vom 28. August 2008 E. 9.2; BIAGGINI, a.a.O., Art. 36 Rz. 2 ff.). Das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) muss namentlich bei der Ausübung des Ermessens eingehalten werden, ansonsten ein Ermessensmissbrauch vorliegt (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3, "Nikon"; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 9 betreffend Publi-



kation des Schlussberichts). Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht in Erinnerung ruft, steht den Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Untersuchungseröffnung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (vgl. Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 4.1.4, "Gebro"). Dieser Ermessensspielraum wird nicht verletzt, wenn die Wettbewerbsbehörden dort untersuchen (Art. 27 Abs. 1 KG) und gegebenenfalls eingreifen (Art. 30 Abs. 1 KG), wo sie Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erkennen, selbst wenn dies auf einer anderen Ebene als in der europäischen Praxis üblich geschieht (vgl. Beschwerde, Rz. 193; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 13). Indem die Vorinstanz im Bereich der Bereitstellung des Teleclub-Angebots an die übrigen Plattformen eingegriffen hat, hat sie einen Schwerpunkt gesetzt, der allfällige Vorwürfe auf der Ebene der Rechtevergabe als zumindest weniger schwer erscheinen lässt. Bei der getroffenen Massnahme auf der von der Vorinstanz gewählten Ebene hat diese dann jedoch darauf zu achten, dass die Massnahme selbst nicht unverhältnismässig ist (vgl. BGE 132 II 49 E. 7.2; 130 I 65 E. 3.5.1).

Der Vorinstanz kann somit nicht vorgeworfen werden, sie habe das Verhältnismässigkeitsprinzip (i.V.m. Art. 35 Abs. 2 BV) verletzt respektive ihr Ermessen missbraucht, indem sie nicht auf der Ebene der Rechtevergabe eingegriffen hat.

**4.1.3** Die angefochtene Verfügung ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin auch deshalb unverhältnismässig, weil der Gesetzgeber mit dem Kurzberichterstattungsrecht und mit der Listenregelung (Art. 72 und 73 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG, SR 784.40]) eine abschliessende Regelung vorgesehen habe, welche im vorliegenden Fall weitergehende Zwangsmassnahmen verbiete (vgl. Beschwerde, Rz. 147 ff.).

Die Vorinstanz macht geltend, dass die Bezugnahme auf Art. 72 und 73 RTVG an der Sache vorbeigehe; mit den Massnahmen solle bloss sichergestellt werden, dass das Teleclub-Sport-Programmangebot diskriminierungsfrei auf grundsätzlich allen TV-Plattformen erhältlich sei.

**4.1.3.1** Vom Kurzberichterstattungsrecht (Art. 72 RTVG) erfasst sind namentlich Fussball- und Eishockeyspiele; diese gelten als öffentliche Ereignisse (vgl. Urteil des BVGer A-7970/2007 vom 28. August 2008 E. 6). Zu diesen Ereignissen haben der Organisator des Ereignisses und der über Erstverwertungs- oder Exklusivrechte verfügende Programmveranstalter

den interessierten Programmveranstaltern sowohl den sog. Physical Access (physischen Zugang) zum Veranstaltungsort (Art. 72 Abs. 3 Bst. a RTVG) als auch den sog. Signal Access, das Recht auf Freischaltung des produzierten Signals (Art. 72 Abs. 3 Bst. b RTVG) zu gewähren (vgl. BGE 135 II 224 E. 2.1; OSTERWALDER, a.a.O., S. 302 und 322). Der höchstens drei Minuten dauernde Kurzbericht darf erst nach Beendigung des Ereignisses ausgestrahlt werden (Art. 68 Abs. 1 und 3 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 [RTVV, SR 784.401]). Das Kurzberichterstattungsrecht bezweckt, die ganze Bevölkerung mindestens in den Grundzügen über ein öffentliches Ereignis zu informieren, und soll die Meinungsvielfalt fördern, indem es ermöglicht, dass über ein Ereignis durch mehrere Programmveranstalter aus unterschiedlichen Perspektiven berichtet werden kann (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2003 1572, [nachfolgend: Botschaft RTVG], S. 1644; BGE 135 II 224 E. 2.2.1; OSTERWALDER, a.a.O., S. 286 f., mit Verweis auf Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 17. Februar 1998).

**4.1.3.2** Die Listenregelung über Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung (Art. 73 RTVG) betrifft sämtliche Ereignisse, die in der vom UVEK geführten Liste (vgl. Anhang 2 der Verordnung des UVEK vom 5. Oktober 2007 über Radio und Fernsehen; SR 784.401.11) aufgeführt sind. Die in der Liste genannten Ereignisse sollen in der Schweiz frei und zeitgleich empfangbar bleiben und nicht nur im Pay-TV angeboten werden (vgl. Art. 71 RTVV; Liste der Ereignisse mit erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung, <[www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch)>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022; Botschaft RTVG, S. 1645; OSTERWALDER, a.a.O., S. 346). Dabei handelt es sich ausnahmslos um grosse Sportereignisse. Im Fussball sind die WM und die EM (inkl. die Qualifikationsspiele der schweizerischen Nationalmannschaft), der Final des schweizerischen Fussball-Cups sowie die Finalspiele der Europäischen Fussball-Vereinsmeisterschaften (Champions-League und Europa-League) genannt, im Eishockey die WM-Spiele der schweizerischen Nationalmannschaft sowie das Play-off-Finale der Schweizer Meisterschaft (ab viertem Spiel).

Wie die Kurzberichterstattung ist auch die Listenregelung medienpolitisch motiviert (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 323), während in wettbewerbsrechtlichen Verfahren wirtschaftliche Aspekte im Vordergrund stehen (Botschaft RTVG, S. 1646). Mit anderen Worten wird bei den vorgenannten rundfunkrechtlichen Massnahmen eine andere Interessenabwägung vorgenommen als bei wettbewerbsrechtlichen Massnahmen. Insofern tritt die

rundfunkrechtliche Regulierung zur allgemeinen preis- und wettbewerblichen Ordnung hinzu und schliesst diese nicht aus (vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 4.1.3, "Cablecom/Teleclub"). Es ist unter diesem Aspekt demnach nicht unverhältnismässig, wenn die Vorinstanz eine auf dem Kartellgesetz basierende Massnahme im Rundfunkbereich getroffen hat, zumal sich das Kartellgesetz auch auf den Markt der elektronischen Medien erstreckt (vgl. Botschaft RTVG, S. 1645).

**4.1.3.3** Der Vollständigkeit halber ist im vorliegenden Zusammenhang noch auf das Fernmeldegesetz hinzuweisen, wonach keine Pflicht zum Zugang für die Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen besteht (Art. 11 Abs. 5 FMG, SR 784.10). Mit dieser Bestimmung wurde klargestellt, dass Radio- und Fernsehprogramme nicht zu den Informationen gehören, für die marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten ihre Einrichtungen und Dienste zur Verfügung stellen müssen.

**4.1.3.4** Der vorliegende Fall geht über die von Art. 11 ff. FMG verlangte Interkonnektion hinaus (vgl. Urteil des BVer A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 14.9.1), thematisiert er doch die grundsätzliche Bereitstellung von bestimmten Fernsehinhalten und damit lediglich eine Vorbedingung für den anschliessenden "Transport" von Fernsehprogrammen. Insofern könnten die Beschwerdeführerinnen auch aus Art. 11 Abs. 5 FMG nichts zu ihren Gunsten ableiten.

**4.1.4** Soweit die Beschwerdeführerinnen schliesslich rügen, wie in der Verfügung der Vorinstanz vom 7. September 2020 in Sachen Eishockey Pay-TV (Untersuchung 32-0260) würde es als mildere Massnahme ausreichen, das Rohsignal zur Verfügung zu stellen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 31. März 2021, Rz. 14), ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz vorliegend auf die Anordnung kartellrechtlicher Massnahmen verzichtet hat. Namentlich in diesem Punkt unterscheidet sich das vorliegende Verfahren vom Verfahren in Sachen Eishockey im Pay-TV. Insofern erübrigt sich, auf diese Rüge weiter einzugehen.

## **4.2 Eigentumsgarantie**

**4.2.1** Die Beschwerdeführerin macht zudem geltend, aufgrund der Feststellung der angeblichen Wettbewerbswidrigkeit der massgebenden Verhaltensweisen durch die Vorinstanz sowie der zu erwartenden erneuten Sanktionierung bei deren Weiterführung bewirke die angefochtene Verfügung im Endeffekt mindestens ein implizites Verbot der massgebenden Verhaltensweisen. Dadurch werde Teleclub in der Freiheit der Verwertung

ihrer durch die Eigentumsgarantie geschützten Urheberrechte wesentlich eingeschränkt. Der Eingriff in die Eigentumsgarantie sei nicht verhältnismässig, es sei kein öffentliches Interesse ersichtlich, und es werde bestritten, dass unter den vorliegenden Umständen Art. 30 i.V.m. Art. 7 KG als gesetzliche Grundlage für den Grundrechtseingriff taugen könne (vgl. Beschwerde, Rz. 157 ff.).

Ein allfälliger Eingriff in die Immaterialgüter- bzw. Eigentumsrechte, welcher den Zweck verfolge Wettbewerb wiederherzustellen, liegt nach Auffassung der Vorinstanz im öffentlichen Interesse. Auch die übrigen Voraussetzungen für einen Grundrechtseingriff seien erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 354 f.).

**4.2.2** Die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) schützt neben dem Eigentum im sachenrechtlichen Sinn, Tieren und wohlverworbenen Rechten auch weitere vermögenswerte Rechtspositionen des Privatrechts. Dazu gehören insbesondere Immaterialgüterrechte (vgl. BGE 140 III 297 E. 5.1; 128 I 295 E. 6; BIAGGINI, a.a.O., Art. 26; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 1013 ff.). Bei den Eingriffen in die Eigentumsgarantie im Sinn der Bestandesgarantie ist zu unterscheiden zwischen Massnahmen, welche Nutzungs- oder Verfügungsbefugnisse beschränken, und Massnahmen, die den Entzug geschützter Rechtspositionen bewirken (vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 26, Rz. 20; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 1021). Bloss Beschränkungen von Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeiten sind grundsätzlich entschädigungslos zu dulden. Eine Ausnahme von dieser Grundregel gilt, wenn Nutzungs- oder Verfügungsbefugnisse in einer Art und Weise eingeschränkt werden, die den Eigentümer enteignungsähnlich trifft (sog. Materielle Enteignung; vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 26, Rz. 30).

**4.2.3** Vorliegend wird ein urheberrechtlicher Werkschutz, soweit ein solcher besteht (vgl. E. 3.3 ff.), durch die angefochtene Verfügung nicht entzogen, da das Werk – die Sportsendungen von Teleclub – im Eigentum der Berechtigten verbleibt. Es liegt somit keine formelle Enteignung vor. Eine materielle Enteignung ist auch nicht gegeben, da eine bestimmungsgemässe, wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Werkes weiterhin möglich ist (vgl. MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 1031), zumal die Sendungen nach wie vor verwertet werden können (vgl. Beschwerde, Rz. 122). Auszugehen ist von einer leichten Beschränkung der Eigentumsnutzungsrechte, da Teleclub seine Sportsendungen weiteren TV-Plattformen zur Verfügung stellen müsste.

Diese Beschränkung bedarf einer gesetzlichen Grundlage, welche genügend bestimmt ist (Art. 36 Abs. 1 BV). Angesichts vielfältiger Problemstellungen und der Komplexität der zu ordnenden Sachverhalte müssen namentlich auch im Kartellgesetz offene Normen verwendet werden; aufgrund der möglichen Konkretisierungen der Gerichte und der Behörden ist dies indessen zulässig (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3, "Publigruppe"; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Baubeschläge", in: AJP 2/2015, S. 269 ff., S. 277). Im Fall von Art. 7 Abs. 1 KG, der einige unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, kommt hinzu, dass diese Bestimmung zusammen mit Art. 7 Abs. 2 KG zu lesen ist, worin die verpönten Verhaltensweisen beispielhaft genannt werden, woraus sich ein klareres Bild ergibt (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.2, "Publigruppe", mit Verweis auf RHINOW/BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, 1995, S. 93 ff., 140; RHINOW/GUROVITS, Gutachten vom 5. Juli 2001 über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, RPW 2001/3 S. 592 ff., 611; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2009, Rz. 116). Zudem stellt die Vorabmeldung (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG) ein notwendiges Korrektiv der Unbestimmtheit des Normtextes dar (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.2, "Publigruppe"; DOSS, a.a.O., Rz. 117 ff.; RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 612). Aus diesen Gründen erachtete das Bundesgericht Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit einem Tatbestand aus Art. 7 Abs. 2 KG als hinreichend bestimmt, um als gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung zu dienen (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3, "Publigruppe"). Eine genügende gesetzliche Grundlage ist auch für andere Massnahmen gegeben, da die Vorinstanz gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG Massnahmen anordnen kann, welche das betroffene Unternehmen zu einem Tun oder Unterlassen verpflichten (vgl. Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.2.5, "Bauleistungen Graubünden" [angefochten beim BGer]; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, Rz. 3.168; KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30, Rz. 24).

**4.2.4** Das öffentliche Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV) besteht in der Wiederherstellung des Wettbewerbs (Art. 1 KG). Die Verhältnismässigkeit des Eingriffs (Art. 36 Abs. 3 BV) ist auch gegeben, denn der mit der Sanktion angestrebte Druck hat lediglich zum Zweck, dass Teleclub sein bereits bestehendes Pay-TV-Sportangebot in Zukunft gegenüber allen Teleclub-Abonnenten öffnet. Es obliegt den betroffenen TV-Plattformen, diesen Zugang auch technisch zu ermöglichen. Dass die Vorinstanz nicht verpflichtet war,

auf der Ebene der Rechtevergabe einzugreifen, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, wurde bereits in anderem Zusammenhang festgestellt (vgl. E. 4.1.2). Da zudem mit der verhängten Massnahme der Kerngehalt der Eigentumsgarantie nicht angetastet worden ist (Art. 36 Abs. 4 BV), ist die durch die vorinstanzliche Sanktion bewirkte Beschränkung der Eigentumsgarantie zulässig.

## **5. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens**

### **5.1 Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes**

Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz in dreifacher Hinsicht verletzt (vgl. Beschwerde, Rz. 199 ff.): Die Marktbefragungen der Vorinstanz seien nicht beweiskräftig (nachfolgend: E. 5.1.3 ff.), die Vorinstanz habe nicht den ganzen untersuchungsrelevanten Zeitraum (nachfolgend: E. 5.1.4 ff.) und die Voraussetzungen für die Übertragung des erweiterten Sportangebotes fehlerhaft untersucht (nachfolgend: E. 5.1.5.5).

#### **5.1.1 Rechtliche Grundlagen**

**5.1.1.1** Zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen sieht das Kartellgesetz zwei kartellverwaltungsrechtliche Verfahrensformen vor: einerseits die Untersuchung (Art. 27 bis 30 KG) und andererseits als Vorstufe dazu die Vorabklärung (Art. 26 KG). Hinsichtlich beider Verfahren steht den Wettbewerbsbehörden – auch betreffend die Opportunität der Abklärungen – ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (vgl. Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 4.1.3 f., "Gaba").

**5.1.1.2** Wie im übrigen Verwaltungsverfahren gilt auch im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz, nach welchem die Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Zur Sachverhaltsfeststellung kann die zuständige Behörde nötigenfalls Urkunden beiziehen, Auskünfte der Parteien einholen, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen einholen, Augenscheine durchführen sowie Gutachten von Sachverständigen einholen (Art. 12 Bst. a – e VwVG). Zudem statuiert das KG eine besondere Auskunftspflicht (Art. 40 KG). Danach haben Beteiligte an Abreden, markt-mächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Der Begriff der "betroffenen Dritten" ist weit gefasst; es genügt, wenn ein

Dritter auf dem gleichen Markt wie die Hauptbeteiligten tätig ist oder mit diesen in irgendeiner Form in einer Marktbeziehung steht (vgl. BORER, a.a.O., Art. 40, Rz. 3; MARKUS WYSSLING/JÜRIG BICKEL, DIKE-KG, Art. 40, Rz. 29 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.70; BILGER, a.a.O., S. 240). Das Sekretariat bedient sich beim Einholen von Auskünften unter anderem Fragebögen, welche es den betroffenen Unternehmen zusendet (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.70; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 83, "Preispolitik ADSL"). Von den Auskunftspflichtigen kann indessen nicht in jedem Fall eine vollständige und korrekte Beantwortung der gestellten Fragen erwartet werden, selbst wenn der Fragebogen mit einem allgemeinen Hinweis auf die kartellrechtliche Auskunftspflicht sowie auf die Verwaltungs- und Strafmassnahmen bei deren Verletzung versehen ist (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 84, "Preispolitik ADSL").

**5.1.1.3** Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt zudem der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP [SR 273]). Danach haben die Bundesbehörden und -gerichte die Beweise frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass der Richter alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen hat (BGE 137 II 266 E. 3.2; 125 V 351 E. 3a). Freie Beweiswürdigung bedeutet, dass die Behörde nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, welche ihr genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben (BVGE 2013/34 E. 6.2; AUER/BINDER, DIKE-VwVG, Art. 12, Rz. 18). Was den Beweiswert von Auskünften (Art. 12 Bst. b und c VwVG; Art. 40 KG) betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass die anlässlich eines Verfahrens gemachte Aussagen von den Interessen des Antwortenden beeinflusst sein können, da sie im Wissen um den Zweck der Untersuchung gemacht wurden (vgl. Urteile des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.5, "Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau"; B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.8.4, "Altimum"). Gegebenenfalls können daher weitere Sachverhaltsabklärungen und Beweiserhebungen angezeigt sein.

**5.1.1.4** Allgemein gelangt im Verwaltungsrecht das Regelbeweismass des vollen Beweises zur Anwendung, das heisst, eine Behörde darf eine Tatsache nur als bewiesen annehmen, wenn sie von der Richtigkeit eines Sachverhaltselements überzeugt ist (vgl. BGE 130 III 321, E. 3.2; Urteile des BVGer B-581/2012 E. 5.5.1, "Nikon"; B-5685/2012 E. 4.5.3.1, "Altimum"; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12, Rz. 213 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, Rz. 727;

KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 482). In Einzelfällen sowie in bestimmten Bereichen des Verwaltungsrechts (u.a. im Sozialversicherungsrecht) wird der reduzierte Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als genügend erachtet; die Behörde folgt dabei jener Sachverhaltsdarstellung, welche als wahrscheinlichste aller Möglichkeiten erscheint (vgl. BGE 119 V 7 E. 3.c.bb; Urteile des BVGer B-581/2012 E. 5.5.1, "Nikon"; B-5685/2012 E. 4.5.3, "Altimum"; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12, Rz. 213 und 217; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 482; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 729). In kartellrechtlichen Verfahren bestimmt sich das Beweismass nach dem in Frage stehenden Tatbestandselement (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.2, "Publigroupe"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 162 f., "Preispolitik ADSL"). Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt, wenn es sich bei dem zu beweisenden Tatbestandselement um eine wirtschaftlich komplexe und schwer nachzuweisende Tatsache handelt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 162 f., "Preispolitik ADSL"; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12, Rz. 218). Hingegen ist der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen, soweit für den Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine solchen Beweisschwierigkeiten bestehen, beispielsweise in Bezug auf die Teilnahme an einem Kartelltreffen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 162 f., "Preispolitik ADSL"; B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 3.11.3, "BMW"; B-5685/2012 E. 4.5.3, "Altimum"; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12, Rz. 218).

Bei belastenden Verfügungen ist die Verwaltung beweisbelastet (vgl. BGE 130 II 482 E.3.2; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art.12, Rz.208).

### **5.1.2 Vorbemerkungen**

Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zur angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes haben einen engen Bezug zum Inhalt der angefochtenen Verfügung. Hinweise auf eine Rechtsverletzung der Vorinstanz im formellen Sinn sind nicht ersichtlich. Denn die Vorinstanz hat nicht nur ihre Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen, sondern auch ihre Beweisführungslast sowie das zu erfüllende Beweismass zu jedem Zeitpunkt ausdrücklich anerkannt (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 73-79). Der Vorinstanz kann auch nicht vorgeworfen werden, eine unzulässige Beweislastumkehr zulasten der Beschwerdeführerinnen praktiziert zu haben.



Im Einzelnen werden die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der materiellen Beurteilung, d.h. nicht in einem separaten Abschnitt unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers, zu prüfen sein (vgl. in diesem Sinne bereits die Urteile des BVGer B-880/2012 E. 7.3, "Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau"; B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.1.2, "Terminierungspreise Mobilfunk" [=BVGE 2011/32]; B-581/2012 E. 5.5, "Nikon"). Auf einzelne Fragen kann dennoch vorweg eingegangen werden.

### **5.1.3 Marktbefragungen**

**5.1.3.1** Zunächst rügen die Beschwerdeführerinnen, die Marktbefragungen der TV-Plattformanbieter seien nicht beweiskräftig. So seien die Fragen fehlerhaft konzipiert und die Stellungnahmen seien grösstenteils fehlerhaft und selektiv ausgewertet worden. Hinzu komme, dass die Stellungnahmen selbst von geringer Qualität seien; komplexe Fragen seien von vielen der befragten TV-Plattformanbieter lediglich stichwortartig und anekdotisch beantwortet worden (vgl. Beschwerde, Rz. 205-208; Replik, Rz. 101 ff.). Es sei zudem unklar, nach welchen Kriterien die TV-Plattformanbieter ausgewählt worden seien (vgl. Beschwerde, Rz. 335). Indem sich die Vorinstanz für das Vorliegen der technischen Voraussetzungen selektiv nur auf die (strategischen) Aussagen der anderen TV-Plattformanbieter stütze, könne sie für das Vorliegen der technischen Voraussetzungen keinen rechtsgenügenden Beweis erbringen; insofern verletze die Verfügung die Beweismassanforderungen (vgl. Beschwerde, Rz. 319-341). Die Vorinstanz hält die eingereichten Stellungnahmen demgegenüber für beweiskräftig (vgl. Vernehmlassung, Rz. 23).

**5.1.3.2** Hinsichtlich der Auswahlkriterien für die Marktbefragungen ist Folgendes festzuhalten: Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz bei der ersten Marktbefragung vom 30. Mai 2012 "Fernmeldedienstanbieter mit eigener TV-Plattform und Anbieter von Vorleistungen" (vgl. Verfügung, Rz. 162 und 8; act. 3 mit Adressliste) und im Rahmen der zweiten Marktbefragung vom 12. Juni 2013 "verschiedene, im relevanten Bereich tätige Unternehmen" sowie die Parteien befragt (vgl. Verfügung, Rz. 11). In ihrer Vernehmlassung konkretisiert die Vorinstanz, dass es bei der zweiten Marktbefragung in erster Linie um die Verhandlungen mit Teleclub gegangen sei. Die Befragung sei auf einige wenige Unternehmen konzentriert worden, von welchen zusätzliche Informationen hätten erwartet werden können (vgl. Vernehmlassung, Rz. 68). Die genauen Auswahlkriterien waren den Beschwerdeführerinnen nicht von Anfang an bekannt. Das Gesetz sieht indessen auch keine Pflicht zur Bekanntgabe derartiger Informationen vor.

Wesentlich ist, dass sich die Vorinstanz bei der Auswahl der befragten Unternehmen an den Rahmen des Gesetzes gehalten und lediglich "betroffene Dritte" (Art. 40 KG) befragt hat. Dass dies nicht der Fall war, wird von den Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht geltend gemacht.

Dass anlässlich der zweiten Marktbefragung nicht alle an der ersten Marktbefragung teilnehmenden Unternehmen befragt wurden, sondern nur noch solche, von denen die Vorinstanz zusätzliche Informationen erwartete (vgl. Vernehmlassung, Rz. 68), ist aus verfahrensökonomischer Hinsicht zudem nachvollziehbar.

Soweit ein Unternehmen eine Frage lediglich stichwortartig beantwortet hat, bedeutet dies nicht, dass der kurzen Antwort keine Beweiskraft zukommt. Bestimmte Antworten fallen kurz aus, weil kein Stoff für weitere Ausführungen oder Dokumentationen (wie Telefonnotizen, Verhandlungsprotokolle oder Verträge) vorhanden ist. Dies ist etwa der Fall, wenn auf eine telefonische Offertanfrage eine abschlägige Antwort ohne Aussicht auf weitere Verhandlungen erteilt wurde (z.B. act. 14: Antwort "nur telefonisch" auf die Frage 11, ob versucht worden sei, für die TV-Plattform zusätzliche Sportkanäle von Teleclub zu bekommen und dies zu belegen).

**5.1.3.3** Auf die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Frage, ob im vorliegenden Fall die Aussagen der befragten TV-Plattformanbieter strategisch motiviert sind (vgl. etwa Replik, Rz. 102) und insofern nur mit Vorbehalt als Beweis verwendet werden können, ist im materiellen Teil zurückzukommen (vgl. E. 9.2.5.3.2).

#### **5.1.4 Untersuchung des relevanten Zeitraums**

**5.1.4.1** Zweitens rügen die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz nicht den relevanten Zeitraum (Oktober 2006 bis 2013) untersucht, sondern auf die aktuellen Marktverhältnisse abgestellt habe; im relevanten Zeitraum hätten aber grosse technologische Umwälzungen stattgefunden (vgl. Beschwerde, Rz. 209-222; Replik, Rz. 106 ff.). Diesbezüglich erklärt die Vorinstanz, aus der angefochtenen Verfügung gehe hinlänglich hervor, auf welchen Zeitraum sich die erhobenen Daten bezögen. Die Beschwerdeführerinnen würden das Wort "heute" aus dem Zusammenhang reißen. Zudem sei nicht ersichtlich, welchen Einfluss die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten technologischen Entwicklungen auf das Untersuchungsergebnis haben sollten, soweit diese (insbesondere etwa die Netz-

kapazitäten der nachfragenden TV-Plattformen) nicht schon in der angefochtenen Verfügung berücksichtigt worden seien (vgl. Vernehmlassung, Rz. 24).

**5.1.4.2** Die Vorinstanz verwendet in der angefochtenen Verfügung zur Beschreibung der Marktverhältnisse häufig das Wort "heute", woraus die Beschwerdeführerinnen schliessen, die Vorinstanz habe auf die zu diesem Zeitpunkt herrschenden Marktverhältnisse abgestellt. Bereits in der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz indessen klargestellt, dass mit "heute" nicht der Zeitpunkt des Versands (des Antrags) gemeint sei. Die Untersuchung habe lediglich die Verhältnisse für den Zeitraum 2006 bis 2013 ermittelt und geprüft. Entsprechend bezögen sich die "aktuellen Verhältnisse" bzw. "heute" auf jenen Zeitraum (vgl. Verfügung, Rz. 244).

Aus der "Feststellung des relevanten Sachverhalts" (vgl. Verfügung, Rz. 80 ff.) ergibt sich in der Tat, dass die Vorinstanz Dokumente und Umstände aus dem ganzen Untersuchungszeitraum überprüft hat. So hatten die untersuchten Verträge ganz oder teilweise während des Untersuchungszeitraums (2006 bis 2013) Gültigkeit, namentlich der für eine Laufzeit von mindestens 5 Jahren abgeschlossene "Vertrag über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom" vom 11. Oktober 2006 (act. 115, Beilage 15), der zwischen Teleclub und vier Anlagebetreibern (u.a. GGA Maur) am 1. September 2005 für mindestens 5 Jahre abgeschlossene "Signalanlieferungsvertrag für das Abonnementsfernsehprogramm Teleclub Digital" (act. 115, Beilage 16a), die Vereinbarung mit der Digital Cable Group betreffend Teleclub Digital vom 1. September 2005 (act. 115, Beilage 16b), die für eine Laufzeit von 5 Jahren abgeschlossene Vereinbarung zwischen Teleclub AG und Teilgruppe der Digital Cable Group betreffend Teleclub Digital vom Februar 2013 (act. 223) und die für mindestens 5 Jahre abgeschlossene Vereinbarung zwischen Teleclub und der Swisscom Fixnet AG bezüglich Teleclub Digital vom 6. Dezember 2005 (Verfügung, Rz. 110, act. 101), die sich nach der langjährigen Vertragsdauer der einzelnen Sportrechtsvereinbarungen richtenden Vereinbarung zwischen Swisscom Fixnet AG und CT Cinetrade AG betreffend die Beschaffung, Produktion und Aufbereitung von Eventcontent im Bereich Sport (Sportübertragungen und 'Teleclub Live' [Event]) von Ende 2006 (act. 101) sowie die Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise Communications AG betreffend Teleclub Digital vom 11./21. Mai 2012 mit einer Laufzeit von 3 Jahren (act. 93). Des Weiteren hat die Vorinstanz zwischen dem auf den vorgenannten Verträgen aus den Jahren 2005/2006 basierenden deutschsprachigen Programmangebot vor September 2012 (vgl. Verfügung, Rz. 121 ff., Rz. 93 Fn 120, Rz. 105 Fn, 145, Rz. 112

Fn. 161) und dem deutschsprachigen Programmangebot ab September 2012, d.h. nach der Lancierung des HD-Angebots mit den entsprechenden Vertragsergänzungen (vgl. Verfügung Rz. 124 ff., Rz. 87), unterschieden. Auch hinsichtlich des französischsprachiges Programmangebots von Teleclub unterschied die Vorinstanz zwischen dem Zeitraum vor September 2012 (kein lineares Sportangebot verfügbar, vgl. Verfügung, Rz. 128) und danach (Einführung eines französischsprachigen "stand-alone PPC-Sportangebots", vgl. Verfügung Rz. 129). Beim PPV-Angebot hat die Vorinstanz weiter zwischen dem Angebot vor und nach Juli 2012 unterschieden (vgl. Verfügung, Rz. 132). Schliesslich hat die Vorinstanz den technologischen Wandel, namentlich die Umstellung vom analogen zum digitalen TV, beschrieben (vgl. Verfügung, Rz. 362 ff.).

**5.1.4.3** Auch die Auskünfte der befragten Unternehmen beziehen sich nicht nur auf den Zeitpunkt der Auskünfte (ab Mai 2012 und ab Juni 2013), sondern auch auf die Zeit davor. So wurde in der ersten Marktbefragung vom Mai 2012 gefragt, ob Teleclub "in den letzten Jahren" versucht habe, sein Pay-TV-Programm über die Plattform des befragten Unternehmens zu verbreiten (act. 3, Frage 10b) und ob das befragte Unternehmen "in den letzten Jahren" versucht habe, für seine TV-Plattform das Teleclubangebot, zusätzliche Sportkanäle sowie zusätzliche Live-Spiele von Teleclub von Teleclub zu bekommen (act. 3, Fragen 10c, 11b, 12b). Schliesslich mussten die befragten Unternehmen die monatlichen Kundenzahlen für Analog TV, Digital TV und Internet TV (open IPTV) ab 2009 bis 2012 angeben (act. 3, Frage 16).

Bei der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013 mussten des Weiteren die Partner der Digital Cable Group "für die die letzten fünf Jahre" (2008 bis 2013) eine Projektabrechnung für die Vermarktung des Teleclub-Programmangebots einreichen (act. 180, Frage 4; act. 188, Frage 8) und für den Zeitraum 2006 bis 2013 Angaben zur Anzahl Teleclub-Kunden und Triple-Play-Kunden machen (act. 180, Fragen 6-8; act. 188, Fragen 11-13). Angaben zu Kundenzahlen ab 2006 hatten auch andere befragte Unternehmen zu liefern (act. 185, Fragen 22 und 23; act. 186, Fragen 26-29; act. 187, Fragen 27-29; act. 188, Frage 13; act. 191, Fragen 9 und 19; act. 192, Fragen 8 und 9; act. 193, Fragen 8 und 9; act. 194, Fragen 9 und 10; act. 195, Fragen 9 und 10; act. 198, Fragen 11 und 12; act. 203, Frage 11; act. 204, Frage 14; act. 205, Frage 14; act. 206, Frage 14; act. 207, Frage 14; act. 209, Frage 11; act. 210, Frage 11; act. 211, Frage 11; act. 184, Fragen 21 und 22 [Daten ab Januar 2010 respektive Juni 2012]).

Die Vorinstanz stellte auch Fragen zu Treffen und Verhandlungen mit Teleclub ab 2006 (u.a. act. 185, Frage 1; act. 186, Frage 1; act. 189, Frage 1; act. 197, Frage 1; act. 198, Frage 1 f.), Fragen zum Vertrag vom 11. Oktober 2006 (act. 186, Frage 2), und Fragen zu den Verhandlungen, die zum Vertrag vom 11./21. Mai 2012 betreffend Teleclub Digital geführt haben (act. 187, Fragen 1 ff.).

Auch die Antworten auf die Auskunftsbegehren bezogen sich auf den Untersuchungszeitraum. So beschrieben oder dokumentierten zahlreiche Unternehmen ihre Verhandlungen mit Teleclub (act. 27, Antwort auf Frage 10 [ab 2009]; act. 35, Antwort auf Frage 10; act. 39, Antworten auf Fragen 10 und 18 [letztes Gespräch Ende 2011]; act. 47 [E-Mailverkehr aus den Jahren 2007 und 2009 sowie Gedächtnisprotokoll vom 23. September 2009]; act. 48 [Korrespondenz aus den Jahren 2006 bis 2012]; act. 55, Antwort auf Frage 11 [letztes Meeting am 23. April 2012]; act. 58 [E-Mailverkehr aus dem Jahr 2011]; act. 68, Antwort auf Frage 11 [Verhandlungen ab 2009]; act. 105 [Ereignisse zwischen 2007 und 2012, mit zahlreichen Beilagen]; act. 106, Antwort auf Frage 18 [E-Mailverkehr aus den Jahren 2010/11]; act. 108 [Korrespondenz aus den Jahren 2011/12]).

**5.1.4.4** Insgesamt lässt sich anhand der Akten der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz nur die aktuellen Verhältnisse untersucht hat, nicht erhärten.

### **5.1.5 Untersuchung der technischen Voraussetzungen**

**5.1.5.1** Drittens rügen die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz nie abgeklärt habe, ob die KNU und die anderen TV-Plattformen zwischen 2006 und 2013 überhaupt über die erforderlichen Netzkapazitäten und technischen Voraussetzungen verfügten, um das volle Teleclub Sportprogramm zu übertragen (vgl. Beschwerde, Rz. 223-318; Replik, Rz. 115 ff.). Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vorinstanz namentlich vor, sie habe die Kapazitätsbeschränkungen der Kabelnetze wegen des Analog-TVs nicht untersucht. Im untersuchungsrelevanten Zeitraum habe Analog-TV eine grosse Bedeutung gehabt. Diese Technologie habe indessen zu Kapazitätsbeschränkungen geführt, welche zur Folge gehabt hätten, dass die KNU grösstenteils nicht in der Lage gewesen seien, das erweiterte Teleclub-Sportangebot zu übertragen. Im Falle von Cablecom hätte die vorhandene Bandbreite bis zur Analogabschaltung im Juli 2015 nicht genügt,

um u.a. das erweiterte Sportangebot von Teleclub bereitzustellen (vgl. Beschwerde, Rz. 235-274).

Die Vorinstanz hält dagegen, die von ihr zitierten Erörterungen zum Analog-TV seien nur zur Darstellung des historischen Hintergrundes erfolgt. Zudem habe sich Teleclub nie auf die vorgebrachte Frequenzknappheit in den Analognetzen berufen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 26).

**5.1.5.2** Diesbezüglich ist auszuführen, dass sich die Vorinstanz in ihrem ersten Auskunftsbegehren vom Mai 2012 bei den TV-Plattformanbietern generell nach technischen Gründen erkundigt hat, die der Verbreitung von Teleclub-Kanälen entgegenstehen (act. 3, Fragen 10a, 11a, 12a). Die Frage nach allfälligen Kapazitätsbeschränkungen war in den entsprechenden Fragen implizit enthalten. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 266) hinderte die im Präsens gestellte Frage "Gibt es dafür technische Gründe?" die TV-Plattformanbieter nicht daran, auch Gründe aus der Vergangenheit anzuführen.

Aus einem Schreiben von Swisscable vom 15. Oktober 2012 ergibt sich weiter, dass ein Mitarbeiter des Sekretariats Swisscable am 18. September 2012 telefonisch gebeten hatte, zur Thematik "Kapazitäten in den Kabelnetzen" Stellung zu beziehen. Dieser Bitte kam Swisscable mit besagtem Schreiben vom 15. Oktober 2012 nach (act. 119) und erklärte unter anderem:

"Die Verbreitung der insgesamt 17 Teleclub-Programme in HD beansprucht eine Netzkapazität von vier analogen Kanälen. In diesem Fall von Kapazitätsengpässen bei den Kabelnetzen zu sprechen, wäre jedoch komplett verfehlt. Richtig ist hingegen, dass die Bereitstellung der notwendigen Kapazität einer gewissen Umsetzungsfrist und Planung bedarf. (...) Zudem weist die Parallelverbreitung der Teleclub-Programme, wie sie beispielsweise die GGA Maur vornimmt, darauf hin, dass auf den Kabelnetzen genügend Kapazität vorhanden ist. Aber auch das stete Nachfragen der KNU nach dem umfassenden Teleclub-Sportprogramm zeigt, dass sie in der Lage wären, diese Programme zu verbreiten." (act. 119, S. 4 f.)

"Bedeutende Effizienzgewinne ermöglichte die Digitalisierung. In einem analogen TV-Kanal mit einer Bandbreite von 8 MHz können mit den aktuellen Modulationsverfahren 8-12 digitale Programme in Standard-Qualität oder 4-5 digitale Programme in High-Definition-Qualität übertragen werden." (act. 119, S. 6)

"Aus wirtschaftlicher Sicht keinen Sinn macht das Freihalten von Reserven. Die Frage nach 'freier' Kapazität ist daher falsch gestellt. Vielmehr verfügen die

Kabelnetze dank hohen Investitionen und modernem Ausbau immer über Kapazitäten. Ein KNU orientiert sich in jedem Fall an den aktuellen Bedürfnissen seiner Kunden und belegt seine Kapazitäten nach ihren Nachfragen. Dies zeigt sich am besten beim analogen Fernsehen (vgl. Abbildung). Während noch vor ein paar Jahren die Zuschauer und Zuschauerinnen möglichst viele analoge TV-Programme angeliefert haben wollten, verlangen sie heute vermehrt nach HDTV. Aufgabe der KNU ist es, die Frequenzen entsprechend zu managen." (act. 119, S. 7)

"Die KNU verfügen schon heute mit den 34 bis 36 analogen Programmen, die sie zusätzlich zu den analogen Must-Carry-Programmen verbreiten, über eine enorme 'Reserve'-Kapazität, die sie bei einem entsprechenden Kundenbedürfnis jederzeit anders nutzen können." (act. 119, S. 7)

**5.1.5.3** Zudem zielte das zweite Auskunftsbegehren der Vorinstanz bei UPC unter anderem auf Informationen über verfügbare Kapazitäten (act. 186, u.a. Frage 24). UPC antwortete wie folgt (act. 260):

"Teleclub verlangte des Weiteren, dass auch der Teleclub-Verbreitungsvertrag (...) um 5 Jahre verlängert wird. Diese Forderung von Teleclub machte aus Sicht von Cablecom keinen Sinn, weil gemäss Ziff. 8 des Teleclub-Verbreitungsvertrags, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, ausdrücklich die Einstellung der technischen Parallelverbreitung der Teleclub-Programme über das Kabelnetz von Cablecom vorsah. Überdies blockiert die parallele Verbreitung des Teleclub-Angebots Kapazitäten auf dem Kabelnetz von Cablecom, obschon offenbar aus Sicht des Kunden kein entsprechendes Bedürfnis besteht, ..." (act. 260, S. 5)

"Im internationalen Vergleich ist es unüblich, dass ein Pay-TV-Anbieter für die Verbreitung seines Signals einzelne Frequenzkanäle nutzt und sein Programm den Endkunden selbst vermarktet. (...) Überdies ist das von Teleclub aufgezwungene Geschäftsmodell aus Sicht der Kapazitätsbewirtschaftung des Kabelnetzes völlig ineffizient, da in erheblichen Umfang zusätzliche Kapazität bereitgestellt werden muss, um (...) Teleclubkunden (...) über die teleclubeigene Digitalplattform zu versorgen." (act. 260, S. 47 f.)

Schliesslich hatte Cablecom anlässlich der Anhörung vom 7. März 2016 vor der Vorinstanz Gelegenheit, sich zu den behaupteten Kapazitätsengpässen zu äussern und gab Folgendes zu Protokoll:

"Cablecom hat parallel zu ihrer Plattformeinführung 2007 auch mit einem landesweiten Netzupgrade begonnen. Wir haben erheblich mehr Kapazitäten geschaffen als für das Sportangebot notwendig wären. Nachdem wir kein Angebot hatten, haben wir als wirtschaftlich denkendes Unternehmen diese Kapazitäten nicht ungenutzt stehen lassen, sondern haben sie anderweitig genutzt. Im Betrachtungszeitraum wäre es aber ohne weiteres möglich gewesen, die entsprechenden Kapazitäten mit einem Planungshorizont von sechs bis zwölf Monaten bereitzustellen." (act. 476, S. 5)

**5.1.5.4** In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz zur Kapazitätsbeschränkungen der Kabelnetze wegen des Analog-TVs schliesslich Folgendes fest:

"Bei analogem Fernsehen kann pro Kanal nur ein Programm übertragen werden; bei digitalem Fernsehen sind es dagegen – je nach Komprimierung – 5 bis 20 Programme. Entsprechend vergrösserte sich die Übertragungskapazität mit der Einführung des digitalen Fernsehens. In der Schweiz sind 5 bis 8 Digitalprogramme pro Kanal üblich; Teleclub speist 17 Programmkanäle in einen Frequenzkanal mit 8 MHz Bandbreite ein". (Rz. 360)

"Fernsehmärkte waren historisch von knappen Distributionskanälen (Frequenzen, analoge Kanäle etc.) geprägt, die aus Sicht der Programmveranstalter eine nichtreproduzierbare 'essential facility' darstellten. Die Endkunden hatten bis vor kurzem nur die Wahl, entweder wenige Kanäle 'free to the air' (FTA), d. h. terrestrisch bzw. über 'Antennenempfang', oder etwa 40 Programme über das regionale CATV-Netz zu beziehen." (Rz. 362)

"Die Digitalisierung des Fernsehsignals führte in den letzten Jahren dazu, dass einerseits herkömmliche CATV-Netze mit digitalen Plattformen nicht mehr im selben Ausmass unter Frequenzknappheit leiden; andererseits konnten die Telekommunikationsnetze (Kupfer-, Glasfaser- oder Mobilfunknetze) für Fernsehangebote erschlossen werden." (Rz. 364).

"Trotz digitaler Verbreitung herrscht heute eine gewisse Frequenzknappheit in den CATV-Netzen, insbesondere auch aufgrund der gesetzlich vorgeschriebenen analogen Verbreitung gewisser Fernsehprogramme. Vor diesem Hintergrund bedeutet der Bandbreitenbedarf für die 17 Teleclubprogramme für die Kabelnetze insofern eine Belastung, als dass ein Kanal permanent besetzt ist, obwohl nur einzelne Kunden Teleclub tatsächlich abonniert haben. Diese Belastung wird sich nochmals akzentuieren, sobald Teleclub seine Programme auch im HD-Format anbietet. Dafür müssen die KNU zukünftig anstatt einem insgesamt vier Kanäle von je 8 MHz Bandbreite für die Signaleinspeisung von Teleclub reservieren." (Rz. 367).

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

Dass die Vorinstanz die Kapazitätsbeschränkungen der Kabelnetze wegen des Analog-TVs nicht untersucht habe, trifft somit entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen nicht zu. Angesichts der generellen Befragung von Swisscable zu den verfügbaren Bandbreiten und zu weiteren technischen Voraussetzungen sowie entsprechender Ausführungen von KNU (vgl. etwa hinten, E. 9.3.5.1.1 ff.) war es entgegen der Meinung der



Beschwerdeführerinnen nicht nötig, dass die Vorinstanz bei jedem einzelnen KNU diesbezügliche Untersuchungen hätte anstellen müssen.

**5.1.5.5** Des Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die TV-Plattformen der Wettbewerber hätten das erweiterte Teleclub-Sportangebot im untersuchungsrelevanten Zeitraum mangels erforderlichen Ausbaus der Netzinfrastruktur und der Plattformfunktionen nicht vollständig übertragen können. Diesbezüglich habe die Vorinstanz die fehlende bzw. beschränkte Unicast-Fähigkeit für die Übertragung des erweiterten Teleclub-Sportangebots (vgl. Beschwerde, Rz. 276-288), die fehlende Implementierung von PPV auf den anderen TV-Plattformen (vgl. Beschwerde, Rz. 289-290) sowie die starke Fragmentierung der TV-Plattformen (Beschwerde, Rz. 291-299) pflichtwidrig nicht untersucht. Auf diese Fragen wird, soweit erforderlich, in den materiellen Erwägungen eingegangen (vgl. E. 7.2.7.2, 8.5.3).

**5.1.5.6** Schliesslich hat die Vorinstanz gemäss der Kritik der Beschwerdeführerinnen nicht untersucht, ob der Übertragung des Teleclub-Sportangebots auf anderen IPTV-Plattformen die für die Homologierung der TV-Plattformen geltenden Anforderungen an die Qualität und Sicherheit der Signalübertragung entgegengestanden hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 300-314). Wie noch zu zeigen sein wird, ist eine Homologierung kostspielig und aufwändig (vgl. E. 9.2.8.1). Über diese Feststellung hinaus hätte die Vorinstanz die Frage der Homologierung jedoch nicht genauer abklären müssen.

## **5.2 Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör**

Im Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vorinstanz habe die Ablehnung ihrer Beweisanträge nicht hinreichend begründet und sie hätten sich wegen abgedeckter Geschäftsgeheimnissen nicht effektiv verteidigen können. Damit habe die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

**5.2.1** Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV umfasst das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Akts zur Sache äussern zu können (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 122 II 274 E. 6b). Er verlangt von der Behörde, dass sie seine Vorbringen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 123 I 31 E. 2c). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie

muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 133 III 439 E. 3.3).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (vgl. BGE 135 I 187 E. 2.2; 125 I 113 E. 3; 122 II 464 E. 4a). Nach der Rechtsprechung ist die Heilung einer – nicht besonders schwerwiegenden – Gehörsverletzung aber ausnahmsweise dann möglich, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2, mit Verweis auf BGE 127 V 431 E. 3d/aa).

**5.2.2** Die Beschwerdeführerinnen führen aus, ihre Beweisanträge hätten sich auf konkrete Ermittlungsmassnahmen bezogen. Die Verfügung zitiere zwar die gestellten Beweisanträge, setze sich jedoch nicht weiter mit ihnen auseinander. Die Gründe für die Ablehnung der Beweisanträge seien für sie daher nicht nachvollziehbar (vgl. Beschwerde, Rz. 344 ff.).

Die Vorinstanz hält dagegen, aus den in Rz. 238 ff. in Verbindung mit Rz. 293 der angefochtenen Verfügung ausführlich dargelegten Erwägungen gehe hinlänglich hervor, weshalb sie die beantragten Ermittlungsmassnahmen als nicht erforderlich qualifiziert habe.

**5.2.3** Gemäss Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Die Beweisabnahmepflicht korreliert mit dem Recht des Betroffenen, Beweisanträge zu stellen und beantragte Beweise abnehmen zu lassen. Die Pflicht zur Beweisabnahme besteht unter der Voraussetzung, dass der Beweis form- und fristgerecht beantragt wird, der Beweisanspruch erheblich und das anbotene Beweismittel zulässig ist. Der Beweis muss sich auf einen rechtserheblichen Umstand beziehen und tauglich sein, diesen Umstand zu beweisen. Auch wenn alle formellen und materiellen Voraussetzungen der Beweisabnahmepflicht erfüllt sind, kann die Behörde von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 141 I 60 E. 3.3; Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 11.1; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 32, Rz. 21 f.).

**5.2.4** Die Beschwerdeführerinnen hatten in ihren Stellungnahmen vom 29. Oktober 2015 (zum Antrag des Sekretariats vom 21. Juli 2015) und vom 22. März 2016 (zur Anhörung vom 7. März 2016) beantragt, bestimmte Umstände zu untersuchen.

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen hat sich die Vorinstanz zum Beweisantrag Ziff. 1 (konkrete Wettbewerbssituation unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung des Analog-TV und der damit verfügbaren Übertragungskapazitäten) geäußert (vgl. Verfügung, Rz. 239 f.). Mit dem Beweisantrag Ziff. 2 (konkrete Wettbewerbssituation unter besonderer Berücksichtigung der Gebietsmonopole der Kabelnetzunternehmen) befasste sich die Vorinstanz unter dem Titel "B.4.1.1.2 Technologischer Wandel" (vgl. Verfügung, Rz. 362 ff.) und wies darauf hin, dass den Wettbewerbsbehörden die langjährigen (kartellrechtlichen) Auseinandersetzungen zwischen Teleclub und Cablecom sehr wohl bekannt seien (vgl. Verfügung, Rz. 288). Zum Beweisantrag Ziff. 3 (konkrete Wettbewerbssituation auf dem Plattformmarkt aus Endkundensicht unter besonderer Berücksichtigung von Bündelangeboten) hat die Vorinstanz in der Verfügung Stellung genommen (vgl. Verfügung, Rz. 241 f. und 267), zum Beweisantrag Ziff. 4 (technische Möglichkeiten der Kabelnetzbetreiber zur Übertragung des erweiterten Teleclub-Sportangebots unter besonderer Berücksichtigung der Rückkanalfähigkeit und des Übertragungsstandards DOCSIS 3.0) ebenfalls (vgl. Verfügung, Rz. 247). Weiter hat sich die Vorinstanz mit Beweisantrag Ziff. 5 (im Rahmen des Teleclub-Sportangebots angebotene Programminhalte in Bezug auf die Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie ausländische Fussballübertragungen unter besonderer Berücksichtigung der Übertragungsrechte) auseinandergesetzt (vgl. Verfügung, Rz. 248 ff.), ebenso mit Beweisantrag Ziff. 6 (Bedeutung der Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen für den Plattformwettbewerb unter besonderer Berücksichtigung der Präferenzen der TV-Zuschauer und der Übertragungen im Free-TV; vgl. Verfügung, Rz. 264 ff. und 278 f.). Schliesslich hat sich die Vorinstanz auch zu den Beweisanträgen Ziff. 7 (Vertrauensschutz und zum Grundsatz *ne bis in idem*) sowie Ziff. 8 (technischer und kommerzieller Entwicklungsverlauf der IPTV-Übertragung, die Voraussetzung für die Homologierung von IPTV-Plattformen unter besonderer Berücksichtigung der jeweiligen technischen Anforderungen und des sich für Teleclub ergebenden finanziellen und personellen Aufwands) geäußert (vgl. Verfügung, Rz. 271 ff.; Rz. 277 und 283 ff.).

Zudem beantragten die Beschwerdeführerinnen eine neue Durchführung der Empirischen Analyse (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 29. Oktober 2015, Beweisantrag Ziff. 9) sowie die Vornahme der in

den vorgenannten Beweisanträgen beantragten Untersuchungen durch einen unabhängigen Sachverständigen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 22. März 2016, S. 1). Mit der Empirischen Analyse und der Kritik der Beschwerdeführerinnen hat sich die Vorinstanz in Rz. 510 ff. der Verfügung auseinandergesetzt. Zum Antrag auf Erstellung eines Gutachtens hat die Vorinstanz zwar nicht explizit Stellung bezogen, diesen jedoch implizit abgewiesen (vgl. dazu auch Rz. 52 der Duplik der Vorinstanz).

Somit ist festzuhalten, dass sich die Vorinstanz namentlich in den Rz. 238 – 292 der angefochtenen Verfügung (Abschnitt "A.4.4.1 Stellungnahme von Swisscom"), mit einer Ausnahme, mit den Beweisanträgen von Swisscom auseinandergesetzt hat. Das beantragte Gutachten hat sie, wie vorstehend erwähnt, implizit abgewiesen. In Rz. 293 der Verfügung ist sie zum Schluss gekommen, dass sich die von Swisscom beantragten zusätzlichen Ermittlungsmassnahmen als nicht erforderlich erwiesen haben. Insofern waren den Beschwerdeführerinnen die Gründe für die Ablehnung der Beweisanträge bekannt und nachvollziehbar.

**5.2.5** Des Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen, in der angefochtenen Verfügung und in den untersuchungsrelevanten Verfahrensakten seien massgebliche Passagen als Geschäftsgeheimnisse abgedeckt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 350 ff.).

Die Vorinstanz wendet dagegen ein, sie habe nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerinnen auf abgedeckte Akten abgestellt. Zudem äussert sie sich zu den einzelnen Abdeckungen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 30 ff.).

**5.2.5.1** Abdeckungen sind rechtmässig, soweit sie Geschäftsgeheimnisse betreffen, in welche den übrigen Verfahrensparteien keine Einsicht zu gewähren ist (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG). Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf jedoch auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (Art. 28 VwVG). Auf diese Weise erhält das betroffene Unternehmen die Möglichkeit, sein Äusserungs- und Verteidigungsrecht wirksam wahrzunehmen. Hierzu ist der wesentliche Inhalt im Einvernehmen mit dem Geheimnisherrn zu umschreiben (z.B. durch Angabe von Bandbreiten von Marktanteilen statt der konkreten Marktanteile; Nennung von Kunden in anonymisierter Form; vgl. Merkblatt Geschäftsgeheimnisse

der WEKO vom 30. April 2008, S. 2; Urteil der REKO/WEF vom 26. September 2002 E. 3.1.3, in: RPW 2002/4, S. 698 ff.).

**5.2.5.2** Hinsichtlich der angeblichen Beeinflussung der SFL durch Teleclub (Beschwerde, Rz. 357) sind in Rz. 802 der angefochtenen Verfügung tatsächlich Angaben von UPC abgedeckt worden, nicht aber in Rz. 186. Darin findet sich entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen auch ein Verweis auf ein Aktenstück, nämlich "act. 260" (vgl. Fn. 284 der angefochtenen Verfügung). Diesbezüglich erklärt die Vorinstanz zu Recht, dass in der relevanten Antwort auf Frage A.2.c nur die Namen von zwei natürlichen Personen abgedeckt seien.

Was die von den Beschwerdeführerinnen gerügte Abdeckung der Ausführungen der Schweizer Eishockeyliga zur Rechtevergabe betrifft (vgl. Verfügung, Rz. 148), weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass diese Passage keine Aussage zum Ausschreibungswettbewerb enthält. Aussagen zu besagtem Thema, zu welchem sich die Beschwerdeführerinnen äussern wollten (vgl. Beschwerde, Rz. 362) und schliesslich auch geäussert haben (vgl. Beschwerde, Rz. 869 ff.), finden sich in Rz. 699 f. der Verfügung. Gegenüber den Beschwerdeführerinnen wurden dort keine Schwärzungen vorgenommen. Zudem weist die Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass die angefochtene Verfügung Auskunft über den wesentlichen Inhalt der von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Aktenstücke gibt (vgl. Rz. 143 und 149 der angefochtenen Verfügung).

Des Weiteren kritisieren die Beschwerdeführerinnen Abdeckungen betreffend die objektive Notwendigkeit des erweiterten Teleclub-Sportangebots (vgl. Beschwerde, Rz. 363 f., mit Verweis auf Rz. 630, 631, 676 und 745 der angefochtenen Verfügung). Um dem Informationsbedürfnis der Beschwerdeführerinnen besser entgegenzukommen, hätte die Vorinstanz auch Angaben in Bandbreiten machen können. Aus der Verfügung (namentlich Rz 631 ff.) geht jedoch auch ohne diese Bandbreiten-Angaben die Wichtigkeit des erweiterten Teleclub-Sportangebots für die Kunden hervor.

Die Beschwerdeführerinnen rügen auch die Abdeckungen betreffend die Verhandlungen im Zusammenhang mit der Aufschaltung des Teleclub-HD-Angebots zwischen Teleclub einerseits und Swisscable, Cablecom respektive Finecom andererseits (vgl. Beschwerde, Rz. 368, mit Verweis auf Rz. 166, 180 und 204 der angefochtenen Verfügung). Diesbezüglich ist einerseits anzumerken, dass diese Thematik nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet. Andererseits waren die Beschwerdeführerinnen

mit Teleclub selbst in diese Verhandlungen involviert und sind sie auf entsprechende Informationen über den Umweg via Vorinstanz nicht mehr angewiesen.

Was schliesslich die Anfragen und Verhandlungen der TV-Plattformanbieter für das Teleclub-Sportangebot betrifft, halten die Beschwerdeführerinnen zu Recht fest, dass dort zahlreiche Passagen geschwärzt worden sind (vgl. Beschwerde, Rz. 370 f., mit Verweis auf Rz. 188, 190, 194, 197-199, 201, 203, 205, 217-219, 227 und 623 der angefochtenen Verfügung). Da es sich um umfangreiche Schwärzungen handelt, ist nicht ersichtlich, wie die Beschwerdeführerinnen zu diesen Passagen hätten Stellung nehmen können. Dieser Nachteil wird jedoch dadurch ausgeglichen oder gemildert, dass die Beschwerdeführerinnen mit Teleclub selbst in die Anfragen und Verhandlungen der TV-Plattformanbieter involviert waren und insofern die Gelegenheit gehabt hätten, ihre Sicht der Dinge zu schildern und zu belegen.

**5.2.5.3** Insgesamt hatten die Beschwerdeführerinnen trotz den von ihnen gerügten Abdeckungen Kenntnis vom wesentlichen Inhalt der abgedeckten Aktenstücke. Sie waren daher in der Lage, diesbezüglich angemessen Stellung zu nehmen. Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erhielten die Beschwerdeführerinnen zudem mit Verfügung vom 27. Februar 2020 mindestens teilweise Einsicht in die von der Vorinstanz abgedeckten Aktenstücke, namentlich in die vorgenannten Rz. 148, 180, 188, 190, 197 f., 201, 203, 217, 219, 227, 623 und 802 der angefochtenen Verfügung (volle Einsicht) sowie Rz. 166, 194, 199, 218 und 745 (teilweise Einsicht). Daher wäre eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als im Beschwerdeverfahren zumindest teilweise geheilt zu betrachten.

**5.2.6** Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen in formeller Hinsicht, das Sekretariat der Vorinstanz habe die Unschuldsvermutung verletzt, indem es mit einer Äusserung der Vizedirektorin des Sekretariats der Weko dem Grundsatz "Im Zweifel für das Härtere" gefolgt sei und sich dadurch von einem ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklärt habe.

Die Vorinstanz wendet dagegen ein, die fragliche Äusserung sei nach Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens erfolgt. Zudem stehe die Aussage unmissverständlich vor dem Hintergrund der Höhe der von der Vorinstanz ausgesprochenen Sanktion. Es sei mithin nicht um die Sachverhaltsfeststellung, sondern um die Sanktionierung gegangen. Der Grundsatz der Unschuldsvermutung betreffe die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung und nicht die Sanktionsbemessung (Vernehmlassung, Rz. 35).

Gegenüber "Klein Report", einem Mediendienst in der Schweizer Kommunikationsbranche, erklärte die Vizedirektorin des Sekretariats der Weko den Umstand, dass die von der Vorinstanz verhängte Sanktion nur halb so hoch wie die ursprünglich vom Weko-Sekretariat geforderten 143 Millionen Franken ausfalle, wie folgt: Beim Sekretariat gelte eher der Grundsatz "Im Zweifel für das Härtere", während die Vorinstanz "Im Zweifel für den Angeklagten" zu urteilen habe (vgl. Beschwerdebeilage 19).

Jeder Amtsträger kann die Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK; SR 0.101) verletzen, wenn er öffentlich Äusserungen tätigt, in denen er von der Schuld des Angeklagten ausgeht oder diese unterstellt und der Bewertung durch das zuständige Gericht vorgreift (vgl. FRANK MEYER, in: Karpenstein/Mayer [Hrsg.], EMRK, 2. Aufl., München 2015, Art. 6, Rz. 164; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, Art. 6, Rz. 213; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 163).

Aus der Äusserung der Vizedirektorin des Weko-Sekretariats zum Verfahren geht indessen nicht hervor, dass sie im Zweifel von der Schuld der zu sanktionierenden Unternehmen ausgeht, sondern lediglich, dass sich die zu treffende Sanktion bei festgestellter Schuld tendenziell im oberen Rahmen bewegen soll. Hinzu kommt, dass die strittige Äusserung vom 22. Juni 2016, also einige Wochen nach der Eröffnung des angefochtenen Entscheids, datiert. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern der Vizedirektorin in Bezug auf das bereits abgeschlossene Untersuchungsverfahren Voreingenommenheit und damit eine Verletzung der Unschuldsvermutung vorzuwerfen ist (vgl. WASER, a.a.O., S. 170).

Soweit sich jedoch nachfolgend zeigen würde, dass sich die Wettbewerbsbehörden geweigert haben, die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Entlastungsgründe ernsthaft zu prüfen, würde dadurch das Recht der betroffenen Unternehmen auf Unschuldsvermutung verletzt (vgl. WASER, a.a.O., S. 161 f.).

## **6. Ökonomische Grundlagen zum Fernsehsektor**

### **6.1 Die Wertschöpfungskette im Fernsehsektor**

Die Erstellung des Dienstleistungsangebots "Fernsehen" umfasst im Wesentlichen drei aufeinanderfolgende Produktionsschritte respektive Ebe-

nen, die prinzipiell eigenständig betrieben werden oder auch vertikal integriert sein können (vgl. zum Ganzen: SIEGBERT MESSMER, Digitales Fernsehen in Deutschland, Frankfurt a.M. 2002, S. 85; JÖRN KRUSE, Zugang zu Premium Content, Diskussionspapier Nr. 44, 2005, S. 2 f.; THOMAS VON STOKAR et al., Vom analogen zum digitalen Fernsehen in der Schweiz, Zürich/Basel 1999, S. 61 ff.; vgl. auch Urteil des BVerG B-2798/2018 vom 16. Februar 2021, Sachverhalt Bst. A.a, "Naxoo" [angefochten beim BVerG]):

Bezeichnung	Beschreibung	Akteure
Contentebene	Produktion von TV-Inhalten	Filmstudios, TV-Produzenten
Programmebene	Zusammenstellung von TV-Inhalten zu TV-Programmen (Publizität)	Öffentlich-rechtliche und private TV-Sender
Distributionsebene	Übertragung der Fernsehsignale zu den Konsumenten (Multiplikation)	Kabelnetzbetreiber, Telekommunikationsunternehmen, Satellitenbetreiber etc.

Auf der ersten Ebene, der sog. "Contentebene" (auch "Produktionsebene" oder "Inputebene"), werden Inhalte (oder Rechte) produziert, die Elemente oder Vorleistungen von Fernsehsendungen und –programmen sind. Die Signalproduktion für die Programmausstrahlung erfolgt auf Stufe Verwertungsunternehmen oder Programmveranstalter (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 82 ff.).

Die zweite Marktstufe, die sog. "Programmebene" (auch "Publizistische Ebene") umfasst die Beschaffung der Inhalte und ihre Zusammenstellung zu einem fortlaufenden, inhaltlich zusammenhängenden Fernsehprogramm durch die Programmveranstalter, gegliedert in die Programmarten Free-TV und Pay-TV. Im Free-TV werden Programminhalte von den Programmveranstaltern (öffentlich-rechtliche Sender, nationale und lokale Privatsender) durch öffentlich-rechtliche Empfangsgebühren und/oder Werbeeinnahmen finanziert; im Pay-TV werden Programminhalte von den Pro-



grammveranstaltern gegen Bezahlung ausgestrahlt, wobei zu unterscheiden ist zwischen der Einzelvermarktung bestimmter Inhalte ("pay per view", PPV) und der Pauschalvermarktung eines vollständigen Fernsehkanals oder mehrerer Kanäle ("pay per channel", PPC). Zudem gibt es die Möglichkeit, über einen Videodienst Filme auf Abruf (VOD) zu betrachten (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 53 ff., 439 ff., 452 ff.; WEBER/DÖRR, Digitale Verbreitung von Rundfunkprogrammen und Meinungsvielfalt, Zürich 2001, S. 54 ff.; MESSMER, a.a.O., S. 142).

Auf der dritten Ebene, der sog. "Distributionsebene" (auch "Multiplikationsebene"), erfolgt schliesslich die Programmübermittlung respektive die Übertragung der Fernsehsignale (analog oder digital, verschlüsselt oder entschlüsselt) an die Zuschauer, z.B. über Kabelnetze. Auf dieser Ebene können auch die Schnürung von Programmen zu Programmpaketen ("Programmpackaging") und das Abonnementmanagement/Conditional Access (CA) angesiedelt werden (vgl. MESSMER, a.a.O., S. 86).

## 6.2 TV-Plattformen

Im Pay-TV-Bereich vermarkten die Programmveranstalter ihre Inhalte teilweise über sogenannte TV-Plattformen, teilweise direkt an Endkunden (Fernsehzuschauer; vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 53 ff., 82 ff.). TV-Plattformen vermitteln Angebot und Nachfrage zwischen Programmveranstaltern bzw. Content Anbietern einerseits und Fernsehzuschauern andererseits und agieren insofern auf einem zweiseitigen Markt (vgl. MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 202; STEFAN HOLZWEBER, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, Wien 2017, S. 21 f.), wobei das nachgefragte Gut die Vermittlungsleistung zwischen mehreren Marktteilnehmern ist (vgl. HOLZWEBER, a.a.O., S. 56; HEIKE SCHWEITZER/THOMAS FETZER/MARTIN PEITZ, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Diskussionspapier Nr. 16-042, 2016, S. 4). Auf solchen Märkten bestehen indirekte Netzwerkeffekte, d.h. die Nachfrage oder das Angebot auf einer Seite beeinflusst wechselseitig jene auf der anderen Seite der Plattform (vgl. ALFRED FRÜH, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, Köln 2012, S. 163; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 202; RALF DEWENTER/JÜRGEN RÖSCH/ANNA TERSCHÜREN, Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internet-suchmaschinen, Hamburg 2014, S. 4).

Die meisten TV-Plattformen bieten einen möglichst breiten Mix aus Free-TV und Pay-TV an ("multi-homing"), teilweise verknüpft mit weiteren netzbasierten Dienstleistungen (Breitbandinternet, Festnetztelefonie: "triple

play"; ggf. unter Einbezug der Mobiltelefonie: "quadruple play"), da auch der Konsument an einem möglichst breiten Angebot aus einer Hand ("single-homing") interessiert ist (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 373 ff.; Zwischenverfügung des BVGer B-3983/2016 vom 13. September 2016 E. 6.1).

### **6.3 Zuordnung der hier relevanten Akteure**

Zur Contentebene (vgl. E. 6.1) gehört Cinetrade, die mediale Verwertungsrechte an Sportveranstaltungen wie Fussball- und Eishockeyspielen (vgl. nachfolgende E. 8.4) beschafft und aufbereitet (vgl. Präambel zur Vereinbarung zwischen Swisscom und Cinetrade vom 28.11./14.12.2006 betreffend Beschaffung, Produktion und Aufbereitung von Event-Content im Bereich Sport; act. 101, Beilage 2).

Die von Cinetrade produzierten Inhalte werden von Teleclub zu Sportprogrammen für seine Sportkanäle (Teleclub Sport) zusammengestellt. Teleclub ist somit auf der Programmebene (vgl. E. 6.1) tätig.

Als Betreiberin eines Telekommunikationsnetzes ist schliesslich Swisscom der Distributionsebene zuzuordnen, indem sie das Signal des Teleclub-Programms via ihre IPTV-Plattform Swisscom TV (zuvor: Bluewin TV) an die Endkonsumenten (Fernsehzuschauer) weiterleitet (act. 101, Begleitschreiben, S. 2; zur Konvergenz der Medien vgl. hinten, E. 8.5.3.3).

## **7. Marktabgrenzung**

### **7.1 Definition des relevanten Markts**

Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte jedoch in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) eine Legaldefinition, welche nach ständiger Rechtsprechung nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 9.1, "Publigruppe"; Urteil des BVGer B-506/2010 E. 9, "Gaba"). Danach lassen sich der sachlich, der räumlich und der zeitlich relevante Markt unterscheiden.

## 7.2 Sachlich relevanter Markt

Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Seine Definition erfolgt somit von der Marktgegenseite des Unternehmens aus gesehen, welchem das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5, Rz. 11; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 280). Deren Optik ist dafür massgebend, ob Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen, nämlich ob sie hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist die Erwartung funktioneller Austauschbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, "Publigroupe"; 129 II 18 E. 7.3.1, "Buchpreisbindung"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVGer B-2050/2007 E. 9.1, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Die Prüfung erfolgt in zwei Schritten: Bestimmung des Marktgegenstandes (Überblick über das Angebot) und die eigentliche Marktabgrenzung (vgl. Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; TORSTEN KÖRBER, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO, Rz. 26 ff.).

Für die sachliche Marktabgrenzung ist die Sicht der Nachfrager wichtig. Allerdings darf die Sicht der Nachfrager nicht so weit gehen, dass deren subjektive Vorstellung und Empfindungen als Massstab gelten. Auszugehen ist vom Durchschnittsverbraucher, vom vernünftig durchschnittlichen Nachfrager (vgl. Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.4, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich", mit Verweisen). Dessen Bedarf nach bestimmten Leistungen soll in akzeptabler Weise erfüllt werden, wobei einerseits nicht erforderlich ist, dass die Leistung in identischer Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend. Für die Austauschbarkeit der Produkte innerhalb einer Produktgruppe ist es demzufolge erforderlich, dass alle Produkte den gleichen Verwendungszweck erfüllen. Andernfalls liegt keine einheitliche Produktgruppe vor und es kann keine entsprechende Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgen (vgl. Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 54 f., "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich", mit Verweis u.a. auf Urteil des EuGH vom 13. Februar 1979 Rz. 28, "Hoffmann-La-Roche").

Soweit der direkte Nachfrager die von ihm gekauften Waren oder Dienstleistungen nicht selbst (ver)braucht, sondern diese kauft, um sie anschliessend an seine Abnehmer weiter zu veräussern, ist das Abstellen auf die Sicht der direkten Nachfrager unter Umständen sachfremd, weshalb – nach der abgeleiteten Nachfragemethode – der sachlich relevante Markt (auch) nach Massgabe der Präferenzen der Endverbraucher abgegrenzt werden muss (vgl. Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.4, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich", mit Verweis auf REINERT/BLOCH, BSK-KG 2010, Rz. 172 ff.; KÖRBER, a.a.O., Art. 2 FKVO, Rz. 41).

### **7.2.1 Marktabgrenzung durch die Vorinstanz**

Die Vorinstanz grenzte aus Sicht der Fernsehzuschauer respektive der TV-Plattformanbieter, deren Nachfrage sich aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer ableite, die folgenden Märkte ab (vgl. Verfügung, Rz. 496):

- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV;
- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV;
- Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV;
- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV;
- Nationaler Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV.

### **7.2.2 Kritik an der vorinstanzlichen Marktabgrenzung**

Aus Sicht der Beschwerdeführerinnen ist die von der Vorinstanz vorgenommene Marktabgrenzung in mancher Hinsicht falsch. So seien bisher noch nie eigenständige Bereitstellungsmärkte für Pay-TV-Inhalte abgegrenzt worden; solche hätten neben den Märkten für die Rechtevergabe denn auch keine eigenständige Bedeutung (vgl. Beschwerde, Rz. 386 ff.; Replik, Rz. 131 ff.). Sodann sei der Ausgangspunkt für die vorzunehmende Marktabgrenzung (Sportangebot von Teleclub) falsch gewählt worden; es hätte von einem Bündelprodukt (TV, Internet, Telefonie) ausgegangen werden

sollen (vgl. Beschwerde, Rz. 413 ff.; Replik, Rz. 142). Des Weiteren sei fehlerhaft zwischen Sport- und anderen Pay-TV-Inhalten abgegrenzt worden; relevant sei nicht die Nachfrage der Pay-TV-Kunden nach Pay-TV-Sportinhalten, sondern die Nachfrage der Fernsehzuschauer nach einer attraktiven Plattform (vgl. Beschwerde, Rz. 421 ff.; Replik, Rz. 148 ff.). Hinzu komme, dass die Vorinstanz fälschlicherweise ein Ligaprodukt von Einzelspielen und Grossereignissen, Schweizer Fussball von Schweizer Eishockey, Schweizer Ligen von ausländischen Ligen sowie Fussball/Eishockey von anderen Sportarten wie Tennis, Golf und die Formel 1 abgrenze (vgl. Beschwerde, Rz. 462 ff.). Auch sei fehlerhaft zwischen Pay-TV und Free-TV abgegrenzt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 468 ff.). Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen die Verwendung einer falschen Empirischen Analyse, eine zeitlich falsche Marktabgrenzung sowie die Anwendung des SSNIP-Tests ("small but significant and nontransitory increase in price"-Test) durch die Vorinstanz (vgl. Beschwerde, Rz. 496 ff.; Replik, Rz. 149).

Wie die Beschwerdeführerinnen macht auch die Beschwerdegegnerin geltend, bei der Abgrenzung eigenständiger Bereitstellungsmärkte handle es sich um ein Konstrukt der Vorinstanz. Dieses habe weder eine Entsprechung in der Realität noch in der europäischen Rechtspraxis (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 37).

Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung an ihrer Marktabgrenzung fest. Unter anderem erklärt sie, die TV-Plattformen fragten keine Rechte, sondern Inhalte nach. Für die Marktabgrenzung habe sie sich nicht auf die Praxis der EU-Kommission abgestützt. Wenn die Berichterstattung im Free-TV in Anlehnung an die Meinung der Beschwerdeführerinnen tatsächlich ein Substitut zur Pay-TV-Berichterstattung wäre, wäre notorisch davon auszugehen, dass die überwiegende Mehrheit der Zuschauer nicht für etwas bezahle (Pay-TV), das sie im Free-TV gratis bekomme. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sei Sport sehr wohl für die Mehrzahl der Teleclub-Abonnenten entscheidend, habe sie keine falsche Empirische Analyse verwendet und beschränke sich der Anwendungsbereich des SSNIP-Tests keineswegs nur auf die Zusammenschlusskontrolle (Vernehmlassung, Rz. 37 ff.).

### **7.2.3 Marktgegenstand / Ausgangsprodukt für die Marktbestimmung**

**7.2.3.1** Die Vorinstanz hat ihre Marktabgrenzung auf das Sportangebot von Teleclub ausgerichtet (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 387 ff.), aber fak-

tisch das vollständige Programmangebot von Teleclub als Ausgangsprodukt gewählt. Diese Generalisierung ist angesichts der Tatsache, dass Konsumenten für den Bezug des Sportangebots in deutscher Sprache das Basispaket von Teleclub abonnieren müssen (vgl. weiter unten), sachgerecht. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen musste die Vorinstanz jedoch nicht Bündelangebote von TV-Plattformanbietern als Ausgangspunkt nehmen, geht es doch vorliegend nur um die von Teleclub angebotenen Leistungen (vgl. auch Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.3.3, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"); dazu gehören keine TV, Telefon und Internet umfassenden Bündelangebote.

**7.2.3.2** Das Programmangebot von Teleclub umfasst deutsch- und französischsprachige Pay-TV-Programme. Im Untersuchungszeitraum bestand das deutschsprachige Programm aus vier Programmpaketen, welche von Endkunden in der deutschsprachigen Schweiz (Kabelnetz-, Sunrise TV- und Swisscom TV-Kunden) abonniert werden konnten (PPC; vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 121 ff.):

- Paket "Basic" (ab September 2012: Paket "Cinema"), bestehend aus den Teleclub-Kanälen "Cinema", "Star" und "Disney Channel". Das Paket "Basic" ist Voraussetzung, um die anderen Programmpakete ("Movie", "Family" und "Sport") beziehen zu können. Monatlicher Preis: Fr. 39.90 (für Kabelnetz- und Sunrise TV-Kunden) respektive Fr. 29.90 (für Swisscom TV-Kunden).
- Paket "Movie" (ab September 2012: Paket "Entertainment"), bestehend aus Film- und Spartenkanälen (Krimi, Serien und Science-Fiction). Monatlicher Preis: Fr. 9.90 (für alle Kunden).
- Paket "Family", bestehend aus Disney- und Spartenkanälen (u.a. Natur, Motorsport und Geschichte). Monatlicher Preis: Fr. 9.90 (für alle Kunden).
- Paket "Sport", bestehend aus den Kanälen "Sport 1-3" mit den wichtigsten Sportereignissen des Tages (für alle Teleclub-Abonnenten) sowie aus den Kanälen "Sport 4-24" (ab September 2012: 4-29) mit Spielen verschiedener Fussball- und Eishockeymeisterschaften (für Teleclub-Abonnenten, die zugleich Swisscom TV-Kunden sind). Monatlicher Preis: Fr. 9.90 (für Kabelnetz- und Sunrise TV-Kunden) respektive Fr. 12.90 (für Swisscom TV-Kunden).

- "Superpaket", bestehend aus dem Paket "Basic" und den Zusatzpaketen "Movie", "Family" und "Sport".

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Swisscom TV-Kunden bis Ende Juli 2013 mit einem Abonnement des Teleclub-Pakets "Sport" zusätzlich den US-Amerikanischen Sportsender "ESPN-America" sehen konnten. Im September 2012 führte Teleclub zudem ein kostenpflichtiges HD-Angebot ein (monatlicher Preis: Fr. 3.90 [alle Pakete exkl. Paket "Sport"] resp. Fr. 5.90 [Paket "Sport"]).

Für die französischsprachigen Swisscom TV-Kunden bot Teleclub ab September 2012 ein Programm an (nachfolgend: "Teleclub en français"), welches aus nachfolgend aufgeführten Paketen bestand (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 129 ff.):

- Paket "Teleclub Sports" mit zahlreichen Sportkanälen, u.a. "Teleclub Sports" und "Teleclub Sports 18-29". Monatlicher Preis: Fr. 19.90 (bei gleichzeitigem Bezug mit einem anderen Paket: Fr. 12.90).
- Paket "Teleclub Premium" mit zahlreichen Unterhaltungskanälen. Monatlicher Preis: Fr. 19.90.
- Paket "LES+" mit von "Canal+" zusammengestellten Kanälen. Monatlicher Preis: Fr. 19.90.

Im Unterschied zum deutschsprachigen Programm ist für "Teleclub en français" kein Basispaket vorgesehen, das für den Bezug weiterer Pakete vorausgesetzt wird.

Schliesslich haben Swisscom TV-Kunden die Möglichkeit, Live-Sport-Events (namentlich Fussball- und Eishockeyspiele, Golf- und Tennisturniere) einzeln und losgelöst von einem Teleclub-Abonnement zu beziehen (PPV; vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 132). Der Bezug eines Fussball- oder Eishockeyspiels kostete für Kunden von "Swisscom TV basic" und "Swisscom TV plus" Fr. 2.50 (bis 13. Juli 2012) respektive Fr. 3.50 (ab 14. Juli 2012). Für Swisscom-Kunden mit anderen Abonnements galten höhere Tarife (Fr. 5.– bis 13. Juli 2012, Fr. 5.50 ab 14. Juli 2012). Ab 14. Juli 2012 konnte gegen einen Aufpreis von Fr. 1.– das Angebot in HD-Qualität bezogen werden.

**7.2.3.3** Das Teleclub-Programmangebot wird einerseits von TV-Konsumenten nachgefragt, andererseits auch von TV-Plattformanbietern und Kabelnetzbetreibern, welche dieses ihren Kunden über ihre Plattform respektive ihr Netz zur Verfügung stellen. Es hat somit zwei verschiedene Verwendungsmöglichkeiten: Die Unterhaltung der Endkonsumenten und die Versorgung der TV-Plattformen und Kabelnetzbetreiber mit Pay-TV-Inhalten, welche dieses zusammen mit anderen Inhalten zu einem Programm-bündel zusammenstellen und unter Umständen mit anderen Angeboten ergänzen. Was Teleclub den TV-Plattformen und Kabelnetzbetreibern in dieser Hinsicht zur Verfügung stellt, ist der Ausgangspunkt respektive der Marktgegenstand, aufgrund dessen der Markt sachlich abzugrenzen ist.

## **7.2.4 Märkte für die Bereitstellung von Pay-TV-Inhalten**

**7.2.4.1** Die Vorinstanz räumt in der angefochtenen Verfügung unter dem Titel "Bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden" ein, bisher weder zwischen Bezug und Bereitstellung von Pay-TV-Inhalten noch zwischen unterschiedlichen Pay-TV-Inhalten oder unterschiedlichen Bezahl- bzw. Bezugsformen unterschieden zu haben (vgl. Verfügung, Rz. 403).

In der Tat hat die Vorinstanz in den von den Beschwerdeführerinnen zitierten Zusammenschlussfällen Swisscom AG/Fastweb S.p.A. (RPW 2007/2, S. 312 ff.), Swisscom AG/Transmedia Communications SA (RPW 2007/3, S. 449 ff.) und Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA (RPW 2014/3, S. 515 ff.), im Zusammenschlussfall "Swisscom/Cinetrade" (RPW 2005/2, S. 363 ff.) und im Fall "Teleclub AG vs. Cablecom GmbH" (RPW 2002/4, S. 567 ff.) im Zeitraum vor Erlass der angefochtenen Verfügung folgende Fernsehmärkte abgegrenzt:

- "Markt für Bezahlfernsehen/Pay TV" (RPW 2007/2, S. 312 ff., Rz. 32, "Swisscom/Fastweb"; RPW 2007/3, S. 449 ff., Rz. 35, "Swisscom/Transmedia"; RPW 2014/3, S. 515 ff., Rz. 116, "Swisscom/Publigroupe"; RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 44, "Swisscom/Cinetrade"),
- "Markt für die Beschaffung von Premium Content für das Bezahlfernsehen" (RPW 2007/2, S. 312 ff., Rz. 33, "Swisscom/Fastweb"; RPW 2014/3, S. 515 ff., Rz. 118, "Swisscom/Publigroupe"; RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 59, "Swisscom/Cinetrade"),
- "Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer" (RPW 2007/2, S. 312 ff., Rz. 34, "Swisscom/Fastweb"; RPW



2014/3, S. 515 ff., Rz. 120, "Swisscom/Publigruppe"; RPW 2002/4, S. 567 ff., Rz. 36, "Teleclub/Cablecom").

**7.2.4.2** Die Vorinstanz ist nicht zwingend an ihre Abgrenzungen von Märkten in bisherigen Fällen gebunden, denn die kartellrechtliche Marktabgrenzung ist immer auf den jeweiligen Untersuchungszweck bezogen (vgl. BEAT ZIRLICK/MARC BLATTER/SIMON BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, in: Jusletter 11. September 2017, Rz. 7, mit Verweis auf TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924; ANDREAS HEINEMANN, Digitale Medien und das Kartellrecht, in: Medien und direkte Demokratie", 2018, S. 45 ff., 52). Dieser besteht in der Untersuchung eines Handelns, das möglicherweise wettbewerbsbeschränkend ist (vgl. ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 6). Die Bestimmung des relevanten Markts hängt von zahlreichen einzelfallspezifischen Faktoren ab und ist deshalb nur schwer vorhersehbar (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 537). Insofern kann im konkret zu beurteilenden Fall das Resultat der Abgrenzung – trotz einheitlicher Methode und obwohl derselbe Wirtschaftsbereich betroffen ist – anders ausfallen als in einem anderen Fall der Missbrauchskontrolle (vgl. ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 7). Illustrativ erwähnen ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER zwei bundesgerichtliche Urteile, welche den Hartkäsemarkt betreffen. Im einen Urteil bildete aufgrund der konkreten Fragestellung einzig die geschützte Ursprungsbezeichnung "L'Etivaz" den relevanten sachlichen Markt (vgl. BGE 139 II 316 E. 5.5), im anderen Urteil wurde der Hartkäsemarkt generell als relevant angesehen (vgl. Urteil des BGer 5A\_787/2014 E. 2.3).

**7.2.4.3** Auslöser für das vorinstanzliche Untersuchungsverfahren war der Umstand, dass Teleclub seine Sportkanäle nur in beschränktem Umfang und ohne die Möglichkeit von PPV an mit Swisscom TV konkurrierende TV-Plattformen bereitstellte. Aufgrund der Hauptfunktion von TV-Plattformen, ihren Kunden TV-Inhalte zu vermitteln (vgl. E. 6.2), ist die Auffassung der Vorinstanz, wonach TV-Plattformen keine Rechte, sondern Inhalte nachfragen, nachvollziehbar. Da sich die Nachfrage der TV-Plattformen von der Nachfrage der Fernsehkonsumenten ableitet (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 397), wird wie beim bisher abgegrenzten "Markt für Bezahlfernsehen/Pay-TV" gleichzeitig auch die Nachfrage der Fernsehzuschauer untersucht. Des Weiteren hatte die Vorinstanz keine Veranlassung einen

Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen abzugrenzen, weil im vorliegenden Fall die Bereitstellung der eigentlichen Pay-TV-Inhalte (und nicht die Übertragung der entsprechenden Signale) relevant sind.

**7.2.4.4** Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, mit den behaupteten Bereitstellungsmärkten schaffe die Vorinstanz zwischen den gemäss bisheriger Praxis abgegrenzten Märkten für den Erwerb und die Vermarktung von Film- und Sportübertragungsrechten (vgl. etwa Zusammenschlussvorhaben "Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon", in: RPW 2001/4, S. 744 ff., Rz. 14) und dem Endkundenmarkt für Pay-TV (vgl. etwa im Zusammenschlussfall "Swisscom/Cinetrade" (RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 44) einen nicht existierenden künstlichen Zwischenmarkt (vgl. Beschwerde, Rz. 400 ff.; Replik, Rz. 131 ff.), ist den Beschwerdeführerinnen soweit zuzustimmen, dass es sich bei den vorliegend abgegrenzten Bereitstellungsmärkten um Märkte handelt, bei denen Angebot und Nachfrage *zwischen* zwei Playern (Programmveranstaltern bzw. Contentanbietern einerseits und Fernsehzuschauern andererseits) vermittelt werden. Diese Vermittlungsfunktion obliegt den TV-Plattformen (vgl. E. 6.2).

Der Umstand, dass etwa die deutsche Monopolkommission keine Bereitstellungsmärkte definiert hat (vgl. Replik, Rz. 135), bedeutet nicht, dass keine derartigen Märkte existieren. Zu Recht weist die Vorinstanz darauf hin, dass es sich bei der Darstellung der Monopolkommission um eine stark vereinfachte Darstellung handelt (vgl. Hauptgutachten der Monopolkommission vom 20. September 2016, Kapitel I: Zentralvermarktung in der deutschen Bundesliga, Rz. 376) und dass im Gegensatz zum Abruf von Internetseiten die TV-Endabnehmer nur solche Inhalte konsumieren können, die ihnen von der TV-Plattform zur Verfügung gestellt werden (vgl. Duplik, Rz. 57), was eine Bereitstellung durch die Programmveranstalter voraussetzt.

**7.2.4.5** Als Fazit ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht Märkte für die Bereitstellung von Pay-TV-Inhalten abgegrenzt hat.

### **7.2.5 Attraktivität der Plattform**

Wiederholt bringen die Beschwerdeführerinnen vor, entscheidend für die Marktabgrenzung sei eine attraktive Plattform mit einem attraktiven Gesamtfernsehangebot (vgl. Beschwerde, Rz. 417, 424, 448, 451, 465 und 469; Replik, Rz. 142; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 66). Sie plädieren deswegen, unter anderem gestützt auf das Sortimentskonzept (vgl.

REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 168), für eine Erweiterung des relevanten Markts auf Bündelangebote (vgl. Beschwerde, Rz. 413 ff.).

Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass die TV-Plattformanbieter ein Interesse daran haben, eine attraktive Plattform anzubieten (vgl. Verfügung, Rz. 419). Dies gelingt mit einer möglichst umfangreichen Programmauswahl aus dem Free-TV und Pay-TV, gegebenenfalls ergänzt mit weiteren netzbasierten Dienstleistungen wie Breitbandinternet und Festnetztelefonie (vorne, E. 6.2). Aus der Sicht der TV-Plattformanbieter können Internet und Telefonie aber nicht austauschbar mit der Bereitstellung von (Pay-)TV-Inhalten sein, da das Kerngeschäft der TV-Plattformanbieter die Vermittlung von TV-Inhalten über ihre Netzwerkinfrastruktur ist (vgl. etwa Antwort von UPC Cablecom auf Auskunftsbegehren [act. 68], S. 21). Die TV-Plattformanbieter fragen mit anderen Worten nicht Bündelangebote wie Triple-Play (d.h. Pakete mit Telefonie, Breitbandinternet und Fernsehen) nach, sondern (Pay)-TV-Inhalte (vgl. auch Verfügung, Rz. 242). Das entsprechende TV-Angebot ist nur dann insgesamt attraktiv, wenn es eine breite Auswahl an frei empfangbaren und kostenpflichtigen Kanälen anbietet (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-3983/2016 vom 13. September 2016 E. 6.1), ansonsten Kunden unter Umständen zum Wechsel auf andere TV-Plattformen gezwungen wären.

### **7.2.6 Beschaffung von Pay-TV-Inhalten**

Die Beschwerdeführerinnen plädieren des Weiteren für eine Erweiterung des relevanten Markts auf die Beschaffung von Pay-TV-Inhalten durch TV-Plattformanbieter (vgl. Beschwerde, Rz. 404 ff.; Replik, S. 143). Diese würde nach dem Kriterium der Angebotssubstituierbarkeit zum relevanten Markt gehören, wenn TV-Plattformanbieter dazu in der Lage wären, ohne spürbaren zusätzlichen Kosten und Risiken kurzfristig selbst Pay-TV-Inhalte zu erwerben (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5, Rz. 12; BSK-MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, Art. 4 Abs. 2, Rz. 150 ff.; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 60).

Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts findet die Angebotssubstituierbarkeit im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts zur Untersuchung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 7 KG im Regelfall keine Beachtung, da die betroffenen Unternehmen bis zur Vornahme von Massnahmen durch die Wettbewerbsbehörden tatsächlich nicht über eine reale Ausweichmöglichkeit auf derartige austauschbare Produkte verfügen; eine Ausnahme wird gemacht, wenn ein bestimmtes

Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens in der Zukunft zu beurteilen ist (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 256 ff., "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 273 ff., "Preispolitik ADSL").

Selbst wenn im vorliegenden Fall das Konzept der Angebotssubstituierbarkeit grundsätzlich zur Anwendung käme, wäre eine Erweiterung des relevanten Markts auf die Beschaffung oder Produktion von Pay-TV-Inhalten ausgeschlossen. Denn die TV-Plattformanbieter müssten hierzu auf einer vorgelagerten Ebene (Rechteerwerb, Content-Produktion, Content-Beschaffung) aktiv werden (vgl. E. 6.1). Die Angebotssubstituierbarkeit kommt indessen insbesondere auf der gleichen Marktstufe zum Tragen, d.h. wenn verschiedene Sorten oder Qualitäten eines Produkts existieren, die aus der Sicht der Marktgegenseite eigentlich nicht austauschbar sind (vgl. HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 60 f.; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 156 ff., mit zahlreichen Beispielen aus der Praxis).

Hinzu kommt, dass gerade der Erwerb von Sportübertragungsrechten entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen mit erheblichen Kosten verbunden ist, zumal die entsprechenden Verträge über mehrere Jahre abgeschlossen werden (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 35 ff.). Diese langjährigen, in der Regel exklusiven Verträge stehen auch der Möglichkeit, kurzfristig ein eigenes Pay-TV-Sportangebot zu schaffen, entgegen. Dazu gesellen sich die erheblichen finanziellen und unternehmerischen Risiken, die mit der Herstellung eines eigenen Pay-TV-Angebots verbunden sind, worauf sogar Cinetrade selbst hingewiesen hat (vgl. Stellungnahme Cinetrade vom 5. September 2012, Rz. 11, 69 und 72ff., [act. 115]; vgl. auch KLAUS HOLTMANN, Pay-TV-Programme, in: Kaumanns/Siegenheim/Sjurts [Hrsg.], Auslaufmodell Fernsehen? – Perspektiven des TV in der digitalen Medienwelt, Wiesbaden 2008, S. 193). Daran ändert nichts, dass UPC im Jahre 2016 die Schweizer Eishockeyligaübertragungsrechte exklusiv erwarb und auch bei den Schweizer Fussballrechten zuletzt für die Saisons 2017/2018 "rigoros mitbot" (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 31. März 2021, Rz. 64). Insofern hat die Vorinstanz zu Recht die Beschaffung und Produktion von Pay-TV-Inhalten vom relevanten Markt ausgeschlossen.

## **7.2.7 Sport- und andere Pay-TV-Inhalte**

**7.2.7.1** Die Vorinstanz liess bisher offen, ob die Bereitstellung von Film- und Sportkanälen jeweils eigene Märkte darstellen; sie unterschied lediglich zwischen "Premium Content" und "Nicht Premium Content" (vgl. RPW

2005/2, S. 363 ff., Rz. 67, "Swisscom/Cinetrade"). Unter "Premium Content" wird die Erstaussstrahlung von Filmen und Erstübertragungen von Spitzensportveranstaltungen (vgl. RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 60, "Swisscom/Cinetrade") respektive attraktive Sport- und Kulturereignisse sowie Blockbusterfilme mit "Superstar-Effekt" (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 369) verstanden.

**7.2.7.2** In ihrer Empirischen Analyse untersuchte die Vorinstanz die Substitutionsbeziehungen zwischen Sport- und anderen Pay-TV-Inhalten wie Spielfilmen und Fernsehserien (Kapitel C.1 der Empirischen Analyse [act. 421]). Aufgrund der fehlenden Möglichkeit, die Teleclub-Sportkanäle (PPC) unabhängig vom Teleclub-Basisangebot zu beziehen, beschränkte sie die Analyse auf das Verhältnis zwischen dem PPV-Angebot von Live-Sport-Events und VoD-Spielfilmen. Diese ergab, dass Live-Sport-Events (in Form von PPV) und VoD-Spielfilme nicht zum gleichen Markt gehören, da kein Bruch bei VoD-Bezügen im Anschluss an die Preiserhöhung vom Juli 2012 bei den Live-Sport-Events (PPV) erkennbar sei, im Gegensatz zu den PPV-Bezügen von Live-Sport-Events (Empirische Analyse, Rz. 15 und 21 [act. 421]).

Der Nachfragerückgang beim PPV nach der Preiserhöhung im Juli 2012 von Fr. 2.50 auf Fr. 3.50 pro Spiel legt nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen den Schluss nahe, dass die Preissetzungsspielräume in diesem Bereich begrenzt seien. Denn trotz Kundenwachstums bei Swisscom TV und absolut betrachtet geringer Preiserhöhung sei die Anzahl PPV-Bezüge pro Swisscom TV-Kunde von mehr als [...] in den Saisons 2010/11 und 2011/12 auf weniger als [...] in der Saison 2012/13 gefallen (vgl. Beschwerde, Rz. 433 ff.). Mit diesen Angaben bestätigen die Beschwerdeführerinnen das Ergebnis der Empirischen Analyse, dass im Zeitraum nach der Preiserhöhung die Nachfrage nach PPV-Sportevents trotz generellen Kundenwachstums zurückgegangen ist. Sie bestreiten auch nicht die vorinstanzliche Feststellung, dass die Nachfrage nach VoD-Spielfilmen im gleichen Zeitraum keinen derartigen Einbruch erlitten hat. Insofern sprechen die Äusserungen der Beschwerdeführerinnen in Rz. 433 ff. der Beschwerde nicht gegen die von der Vorinstanz festgestellten fehlenden Substituierbarkeit von PPV-Sportevents mit VoD-Spielfilmen.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist die von der Vorinstanz durchgeführte Analyse jedoch vom Ausgangspunkt her falsch, da sie sich auf die Nachfrage der Endkunden beziehe; sie könne daher höchstens für die Abgrenzung der Pay-TV-Endkundenmärkte relevant sein (Beschwerde, Rz. 422 f.; 450; Replik, Rz. 149). Zwar hat sich die Analyse tatsächlich auf

die Nachfrage der Endkunden und nicht auf die Nachfrage der TV-Plattformanbieter bezogen. Da ein TV-Plattformanbieter möglichst viele Kunden an sich binden will, ist jedoch nachvollziehbar, dass er sein Fernsehangebot nach den Bedürfnissen und Interessen seiner Kunden ausrichtet (abgeleitete Nachfrage; vgl. E. 7.2). Insofern eignet sich die Empirische Analyse entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht nur zur Abgrenzung der Pay-TV-Endkundenmärkte, sondern auch zur Abgrenzung der Pay-TV-Bereitstellungsmärkte für TV-Plattformanbieter.

**7.2.7.3** Im Übrigen ergibt sich aus der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013, die trotz einzelner Mängel ausgewertet werden kann (vgl. E. 5.1.3.2, E. 7.2.8.8), dass die Mehrheit der TV-Plattformanbieter die Teleclub-Programmpakete Cinema, Entertainment und Family ("Übrige Teleclub-Programmpakete") im Vergleich zu den Teleclub-Sportangeboten als weniger wichtig einschätzen (vgl. act. 216, 218, 221, 222, 227, 228, 234, 238, 251, 252, 253, 260, 261, 262), eine Minderheit erachtete die Wichtigkeit als gleich hoch (vgl. act. 214, 223, 235, 236, 242, 257, 259). Kein TV-Plattformanbieter stufte die "Übrigen Teleclub-Programmpakete" als wichtiger als die Sportangebote ein.

**7.2.7.4** Weiter wenden die Beschwerdeführerinnen zutreffend ein, dass zum von der Vorinstanz abgegrenzten Markt nicht nur das PPV-Sportangebot, sondern auch das PPC-Sportangebot gehöre (vgl. Beschwerde, Rz. 427); insofern hat die Vorinstanz nur, aber angesichts der schwierigen Ausgangslage (Koppelung des PPC-Sportangebots mit dem Basisangebot) immerhin, einen Teil des relevanten Markts analysiert. Gründe, weshalb eine erweiterte Analyse unter Einbezug des PPC-Sportangebots zu grundlegend anderen Resultaten geführt hätte, bringen die Beschwerdeführerinnen nicht vor.

**7.2.7.5** Darüber hinaus bemängeln die Beschwerdeführerinnen, dass als Reaktion auf die Preiserhöhung im Juli 2012 nur die Konsumation eines zusätzlichen Films per VoD, nicht aber weitere Handlungsalternativen (Wechsel zum Sportabonnement, Fernsehkonsum im Free-TV) geprüft worden seien (vgl. Beschwerde, Rz. 429 f.; Replik, Rz. 149). Da es bei der Empirischen Analyse, ausgehend vom Marktgegenstand, um die Abgrenzung nach Pay-TV-Inhalten geht, hat die Vorinstanz sowohl den Wechsel zum Sportabonnement (mit mindestens den gleichen Inhalten wie im PPV) als auch den Fernsehkonsum im Free-TV als mögliches Substitut zu Recht nicht berücksichtigt. Auch der Umstand, dass Fernsehzuschauer eine Mischung unterschiedlicher Inhalte konsumieren (Beschwerde, Rz. 437),

spielt bei der vorliegend zu prüfenden Abgrenzung zwischen zwei Produkten keine Rolle. Zudem ist nachvollziehbar, dass die Vorinstanz als Handlungsalternative zum PPV-Konsum eines Sportevents den Bezug eines VoD-Films geprüft hat: Beide Produkte können Premium-Contents darstellen (vgl. KRUSE, a.a.O., S. 8) und sind von der zeitlichen Länge her vergleichbar.

Dass die Beschwerdeführerinnen die Konsumation eines VoD-Films als Reaktion auf eine Preiserhöhung beim PPV als "unrealistisch" erachten (Beschwerde, Rz. 429), ist als weiterer Hinweis dafür zu werten, dass auch nach impliziter Ansicht der Beschwerdeführerinnen keine Substituierbarkeit zwischen diesen Produkten gegeben ist.

**7.2.7.6** Auch die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung aufgeführten Gründe sprechen überzeugend dagegen, dass Sport- und andere Pay-TV-Inhalte miteinander austauschbar sind. Dort erklärte die Vorinstanz, dass aufgrund des Liga-, Meisterschafts- oder Tourneebetriebs Sportübertragungen eine sehr starke Kundenbindung erzielen, die einen Wechsel zu anderen Inhalten unwahrscheinlich machten. Auch in zeitlicher Hinsicht unterschieden sich die Inhalte, da vor ihrer Verbreitung im Pay-TV Spielfilme zunächst im Kino und danach auf physischen Datenträgern (DVD, Blu-ray etc.) und Fernsehserien zunächst auf physischen Datenträgern verfügbar seien, dies im Gegensatz zu Sportübertragungen. Schliesslich könnten Sportereignisse anders als Spielfilme und Fernsehserien nur innerhalb eines sehr kleinen Zeitfensters ohne Wertverlust konsumiert werden (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 408).

Diese Argumente teilt auch das deutsche Bundeskartellamt, das Medieninhalte wie Kinofilme, TV-Filme und TV-Serien als nicht mit Fussballübertragungen austauschbar erachtet. Es begründet dies mit der besonderen Zugkraft von massenattraktiven Sportereignissen (in Deutschland namentlich die Bundesliga) und deren geringen "Haltbarkeit", da die Hauptwertschöpfung im Live-Fenster stattfindet, also genau zu dem Zeitpunkt, in dem das Sportereignis tatsächlich stattfindet (vgl. Beschluss des deutschen Bundeskartellamts B 6-32/15 vom 11. April 2016 Rz. 87 f., "Verwertungsrechte an Fussballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga").

**7.2.7.7** Schliesslich ergibt sich aus der Auswertung der Anzahl Teleclub-Abonnemente, dass Sport für die Mehrzahl der Teleclub-Abonnenten eine wichtige Rolle einnimmt: Im untersuchungsrelevanten Zeitraum hatten zwi-

schen ca. [...] % (Januar 2008) bis [...] % (Mai 2013) der Teleclub-Abonnenten nebst dem obligatorischen Basispaket das Sportpaket abonniert (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 389, inkl. Abbildung 14).

**7.2.7.8** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht Sport- und andere Pay-TV-Inhalte als nicht substituierbar qualifiziert (vgl. auch CABRERA BLAZQUEZ et al., a.a.O., S. 20).

### **7.2.8 Abgrenzung nach Sportinhalten**

**7.2.8.1** Die Vorinstanz untersuchte des Weiteren die Substitutionsbeziehungen zwischen Einzelspielen und Ligaprodukt, zwischen Ligaprodukt und Grossereignissen, zwischen Schweizer Fussball und Schweizer Eishockey, zwischen Schweizer und ausländischen Ligen sowie zwischen Schweizer Fussball- und Eishockeyligen einerseits und anderen Sportereignissen andererseits.

Nach Ansicht in der Lehre erweist sich der Grad der funktionellen Austauschbarkeit umso geringer bzw. ist der Markt eigenständig, je grösser die Publikumsattraktivität eines Ereignisses ist (vgl. WEBER/OSTERWALDER, a.a.O., S. 150, mit Verweis auf OSTERWALDER, a.a.O., S. 392 ff.).

#### **a) Ligaprodukt und Grossereignisse**

**7.2.8.2** Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen können Grossereignisse wie Fussball-Weltmeisterschaften und Fussball-Europameisterschaften nicht vom Ligaprodukt abgegrenzt werden; auch Grossveranstaltungen könnten eine kontinuierliche Berichterstattung gewährleisten (vgl. Beschwerde, Rz. 443 ff.).

**7.2.8.3** Die Fussball-Weltmeisterschaft und Fussball-Europameisterschaft finden alle 4 Jahre, je in einem Abstand von 2 Jahren, statt (vgl. Weltweit/WM/Archiv, und Europa/EM/Archiv, <[www.weltfussball.com](http://www.weltfussball.com)>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). In diesem Rhythmus und Abstand werden normalerweise auch die Olympischen Sommer- und Winterspiele ausgetragen (vgl. <<https://olympics.com/ioc/celebrate-olympic-games>>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). Die Eishockey-Weltmeisterschaft findet dagegen jährlich statt (vgl. <<https://de.wikipedia.org/wiki/Eishockey-Weltmeisterschaft>>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022).

Im Rahmen der UEFA Champions League und Europa League wird, abgesehen von einer Sommer- und Winterpause, jährlich an über das ganze



Jahr verteilten Spieltagen gespielt (vgl. Europa/Champions League/Archiv, und Europa/Europa League/Archiv, <[www.weltfussball.com](http://www.weltfussball.com)>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). In den schweizerischen Top-Fussballligen (Super League und Challenge League) wird jedes Jahr, wiederum unterbrochen von zwei saisonalen Spielpausen, an insgesamt 36 sog. Spieltagen gespielt, wobei "Spieltag" nicht zwingend bedeutet, dass die Spiele am gleichen Tag stattfinden. In der Super League umfasst ein "Spieltag" in der Regel fünf Spiele an einem Wochenende, wobei der Spielbeginn zumeist auf Samstagabend respektive Sonntagnachmittag angesetzt ist (vgl. Schweiz/Super League/Archiv, <[www.weltfussball.com](http://www.weltfussball.com)>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). In der Challenge League umfassen die Spieltage in der Regel einen noch grösseren Zeitraum als in der Super League (donnerstags oder freitags bis sonntags), wobei der Spielbeginn noch stärker variiert (vgl. Schweiz/Challenge League/Archiv, <[www.weltfussball.com](http://www.weltfussball.com)>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). Daneben gibt es im Schweizer Fussball den Schweizer Cup mit 6 Runden (Spieltagen) pro Jahr (vgl. Schweiz/Cup/Archiv, <[www.weltfussball.com](http://www.weltfussball.com)>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). Auch im Schweizer Top-Eishockey wird in einem Liga-Betrieb, seit der Saison 2007/08 "National League" genannt, gespielt (vgl. <[https://de.wikipedia.org/wiki/National\\_League\\_\(Eishockey\)](https://de.wikipedia.org/wiki/National_League_(Eishockey))>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). Im Gegensatz zu Grossveranstaltungen können Fussball- und Eishockeyligen somit eine praktisch über das ganze Jahr verteilte und somit kontinuierliche Berichterstattung gewährleisten. Gerade diese Regelmässigkeit spielt für das Image eines Programms eine grosse Rolle (vgl. Entscheid der EU-Kommission COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003, Rz. 68, "UEFA Champions League"). Die Übertragung sportlicher Grossereignisse, die während der jährlichen Pause in den verschiedenen Sportligen stattfinden, stellt – allein zeitlich gesehen – lediglich eine Ergänzung zur Liga-Berichterstattung dar. Auch die EU-Kommission unterscheidet zwischen Sportanlässen, die wie die Fussballligen regelmässig über einen Grossteil des Jahres stattfinden und Grossanlässen, die wie die Fussball-WM alle paar Jahre während einer relativ kurzen Zeitperiode stattfinden (vgl. Entscheide der EU-Kommission COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003, Rz. 68, "UEFA Champions League"; COMP/M.2483 vom 13. November 2001, Rz. 20 f., "Group Canal+/RTL/GJCD/JV").

Internationale Grossereignisse wie Olympische Spiele oder Welt- und Europameisterschaften beziehen ihre Anziehungskraft aus der geringen Häufigkeit ihres Stattfindens; die langen zeitlichen Abstände zwischen der Ausstrahlung zweier Grosswettkämpfe unterstreichen ihre Besonderheit (vgl. MESSMER, a.a.O., S. 102). Bei den Olympischen Spielen tragen auch die

mit ihnen verbundene Geschichte, die weltweite Aufmerksamkeit, die politische Bedeutung und das umfassende Programm an Sportarten zur Attraktivität bei (vgl. ANDREAS HEINEMANN, Sportübertragungsrechte im europäischen Kartellrecht am Beispiel der Olympischen Spiele, in: ZEuP 2006 [nachfolgend: HEINEMANN, Sportübertragungsrechte], S. 348).

**7.2.8.4** Da die Anzahl Spieltage respektive die Anzahl Spiele pro Spielzeit klar vorgegeben ist, kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht gesagt werden, dass das Ligaprodukt der Vorinstanz "völlig unbestimmt" ist (vgl. Beschwerde, Rz. 441).

Zudem müssen Grossereignisse, wozu die Schweizer Fussballligen indessen nicht gehören, über Free-TV ausgestrahlt werden (vgl. Anhang 2 der Verordnung des UVEK vom 5. Oktober 2007 über Radio und Fernsehen). Free-TV-Übertragungen von sportlichen Grossereignissen machen eine TV-Plattform im Vergleich zu anderen TV-Plattformen nicht attraktiver; sie gehören zum Grundangebot jeder TV-Plattform.

Zusammenfassend kann der Schluss gezogen werden, dass sportliche Grossereignisse wie Fussball-Weltmeisterschaften aus Sicht der TV-Plattformen nicht mit einem Ligaprodukt wie der Super League im Schweizer Fussball austauschbar sind, wie die Vorinstanz nachvollziehbar festgestellt hat.

## **b) Schweizer Fussball und Schweizer Eishockey**

**7.2.8.5** In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass Fussballübertragungen andere Sportübertragungen ersetzen, aber nicht selbst substituiert werden können. Dieser Teilmarkt kann sogar weiter, z.B. in Märkte für Europameisterschafts- und Weltmeisterschaftsspiele, Champions League- und UEFA-Cup-Spiele, Liga-, Cup- oder Amateurspiele unterteilt werden (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 393 f., mit zahlreichen Verweisen auf die Literatur; vgl. auch CABRERA BLAZQUEZ et al., a.a.O., S. 20).

**7.2.8.6** Um seine Auffassung, wonach Spiele der Schweizer Fussballmeisterschaft nicht zum gleichen Markt gehören wie Spiele der Schweizer Eishockeymeisterschaft, zu untermauern, führte das Sekretariat der Vorinstanz eine weitere Empirische Analyse durch. Dabei wurde die Auswirkung einer Angebotsausdehnung der einen Sportart (unter anderem nach Ablauf einer saisonalen Spielpause) auf die Nachfrage der anderen Sportart untersucht (vgl. Kapitel C.2 der Empirischen Analyse [act. 421]). Gemäss der

Analyse hat das Angebot an Live-Übertragungen einer Sportart keinen signifikanten Einfluss auf die Nachfrage der jeweils anderen Sportart. Auch die Nachfrage nach Spielen einer Sportart reagiert gemäss Analyse nicht statistisch signifikant auf die Nachfrage nach Spielen der anderen Sportart. Dies ist nach Auffassung der Vorinstanz ein deutlicher Hinweis darauf, dass die Übertragung von Spielen der Schweizer Fussballmeisterschaft nicht zum gleichen Markt gehörten wie Übertragungen der Spiele der Schweizer Eishockeymeisterschaft (vgl. Ziff. 36 der Empirischen Analyse [act. 421]).

Soweit die Beschwerdeführerinnen die Empirische Analyse als nicht relevant für die Marktabgrenzung erachten, ist auf vorne, E. 7.2.7.2 zu verweisen.

**7.2.8.7** Trotz ihrer grundsätzlichen Kritik an den Marktbefragungen, namentlich zur Bedeutung des Sports (vgl. Beschwerde, Rz. 684 ff.), vermögen die Beschwerdeführerinnen daraus Schlüsse für die Marktbegrenzung abzuleiten (vgl. Beschwerde, Rz. 452) – zu Recht: Selbst wenn die Fragen 14 (wichtigste Leistungen und Inhalte für Kundengewinnung bzw. Kundenbindung) und 15 (Bedeutung der Live-Ausstrahlung exklusiver Sportereignisse für Kundengewinnung bzw. Kundenbindung) der ersten Marktbefragung vom Mai 2012 anders hätten formuliert werden können, können die Antworten der TV-Plattformanbieter verwertet werden. Denn die TV-Plattformanbieter konnten sich nicht nur bei diesen beiden Fragen, sondern auch bei Frage 18 (weitere Bemerkungen) zur Bedeutung des Sports äussern. Insgesamt ergibt sich ein genügend klares Bild zur Wichtigkeit des Sports und einzelner Sportinhalte aus Sicht der TV-Plattformanbieter. Ein Teil nannte explizit Fussball (vgl. act. 35, 39, 40, 47, 66, 70, 90), ein Teil nannte Fussball und Eishockey zusammen (vgl. act. 30, 36, 38, 48, 51, 58, 59, 84, 94, 95), ein einziger TV-Plattformanbieter nannte lediglich explizit Eishockey (vgl. act. 42) und der grösste Teil der Anbieter erwähnte allgemein die grosse Bedeutung von Sport respektive von Live-Sportevents im Allgemeinen (vgl. act. 24, 26, 27, 44, 45, 55, 60, 61, 63, 67, 68, 89, 93, 97, 101, 104, 105, 106, 108). Wie die Antworten ausfielen, hing namentlich auch von der Ausstrahlungskraft eines Fussball- oder Eishockeyclubs im Verbreitungsgebiet des befragten TV-Plattformanbieters ab. So wurde etwa die grosse Bedeutung des Fussballs in der Region Basel aufgrund des erfolgreichen FC Basel betont (vgl. act. 47, 70).

**7.2.8.8** Auch die zweite Marktbefragung vom Juni 2013 kann trotz einzelner Mängel ausgewertet werden. So weisen die Beschwerdeführerinnen zu Recht darauf hin, dass die Frage, wie wichtig die Verfügbarkeit von be-

stimmten Sportligen für die Kundengewinnung und -bindung ist, eher einseitig formuliert war, da vor allem Fussballligen namentlich erwähnt wurden (vgl. etwa Frage 16 von act. 185). Trotzdem haben einige Unternehmen andere Sportligen speziell genannt (vgl. act. 223, 227, 262, 279) respektive das zusätzlich zu den Fussball- und Eishockeyligen aufgeführte ATP World Tour (Tennis) als wichtig bewertet, worauf die Beschwerdeführerinnen selbst hinweisen (vgl. Beschwerde, Rz. 693). Hinsichtlich der hier relevanten Abgrenzung des Schweizer Fussballs vom Schweizer Eishockey ergab die Marktbefragung, dass die meisten TV-Plattformanbieter die Verfügbarkeit der Super League (Fussball Schweiz) und der National League A (Eishockey Schweiz) auf Ihrer TV-Plattform als gleichermassen sehr wichtig für die Kundengewinnung und -bindung erachten (vgl. act. 214, 218, 221, 222, 223, 234, 235, 238, 242, 251, 252, 253, 257, 259, 260, 261, 262, 279). Drei Anbieter erachteten nur die Super League als sehr wichtig und damit wichtiger als die National League A (vgl. act. 216, 227, 236). Lediglich ein einziger Anbieter stufte die National League A als sehr wichtig und gleichzeitig wichtiger als die Super League A ein (vgl. act. 228).

**7.2.8.9** Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist der auf Monatsdaten basierende Erhebungszeitraum der Empirischen Analyse nicht ungeeignet (vgl. Beschwerde, Rz. 454), da sich die Analyse die saisonalen Spielpausen zu Nutze macht. Diese dauern mehrere Wochen und fanden im relevanten Untersuchungszeitraum wie folgt statt: In der Schweizer Fussballmeisterschaft (Super League) gab es eine Sommerpause zwischen ca. Ende Mai bis Mitte Juli und eine Winterpause zwischen Anfang Dezember bis Anfang Februar. Die Sommerpause in der Schweizer Eishockeymeisterschaft dauerte von ca. Mitte April bis Mitte September; eine Winterpause fand keine statt (vgl. die Spielplanübersichten vergangener Jahre auf: [www.sport.de/fussball/schweiz-super-league](http://www.sport.de/fussball/schweiz-super-league) und [www.sport.de/eishockey/schweiz-nla](http://www.sport.de/eishockey/schweiz-nla)). Somit starten und enden die verschiedenen Fussball- und Eishockeymeisterschaften in unterschiedlichen Monaten, was ein Abstellen auf monatliche Daten zulässt.

Da es bei der Analyse darum geht, ob Spiele der Schweizer Fussballmeisterschaft durch Spiele der Schweizer Eishockeymeisterschaft substituierbar sind, ist zudem unerheblich, ob die Fernsehzuschauer andere Sportübertragungen konsumieren (vgl. Beschwerde, Rz. 455).

**7.2.8.10** Aus ökonomischer Sicht ist gemäss einer vom Bundesamt für Sport (BASPO) in Auftrag gegebenen Studie die in der Schweiz wichtigste Sportart der Fussball mit einem Anteil von 47 % an sämtlichen Sportveranstaltungen. Der direkte Gesamtumsatz der Fussballveranstaltungen betrug

im Jahr 2006 367 Mio. Fr., was 31 % des direkten Gesamtumsatzes aller Sportveranstaltungen betrug. Auf dem zweiten Platz folgt Eishockey mit rund 10'000 Veranstaltungen (5 % aller Sportveranstaltungen und 158 Mio. Fr. direktem Gesamtumsatz. An dritter Stelle folgt Tennis (vgl. ERNI BAUMANN et al., Wirtschaftliche Bedeutung der Sportveranstaltungen in der Schweiz, Kurzfassung, Magglingen 2008, S. 4). Auf diese Sportarten sowie unter anderem auch Formel 1 fokussiert denn auch die Medienberichterstattung (vgl. ERNI BAUMANN et al., a.a.O., S. 16). Zudem wurde in der BASPO-Studie festgestellt, dass die meisten Sportgrossveranstaltungen (Sportveranstaltung mit einem Budget von mindestens 1 Mio. Fr., Ausstrahlung im Fernsehen sowie eine Mindestzahl von beteiligten Sportlern, Funktionären oder Zuschauern) im Fussball stattfinden (vgl. ERNI BAUMANN et al., a.a.O., S. 5 und 15).

**7.2.8.11** Insofern ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach Fussball in der Schweiz bezüglich Zuschauerinteresse, Medienberichterstattung und bezüglich der generierten Umsätze eine herausragende Stellung einnimmt, Eishockey aber über eine ähnlich gewichtige Stellung verfügt (vgl. Verfügung, Rz. 424), nachvollziehbar. Entsprechend fielen auch die bei den TV-Plattformanbietern gemachten Marktbefragungen aus (vgl. weiter vorne). Die Resultate lassen nicht den Schluss zu, dass die Spiele der Schweizer Fussballmeisterschaft aus Sicht der TV-Plattformbetreiber mit Spielen der Schweizer Eishockeymeisterschaft substituierbar sind.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz zutreffend einen Markt für Spiele der Schweizer Fussballmeisterschaft vom Markt für Spiele der Schweizer Eishockeymeisterschaft abgegrenzt hat.

### **c) Schweizer Ligen und ausländische Ligen**

**7.2.8.12** Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen grenzt die Vorinstanz zu Unrecht die relevanten Schweizer von den jeweiligen ausländischen Fussballübertragungen ab; mangels einer Empirischen Analyse sei die Vorinstanz auch gar nicht in der Lage, abschliessende Schlussfolgerungen zu ziehen (vgl. Beschwerde, Rz. 457 ff.).

Die Vorinstanz hat in der Tat zu dieser Fragestellung keine Empirische Analyse vorgenommen. Sie hat jedoch die Nachfrage der Teleclub-Zuschauer, gemessen an der Anzahl bezogener PPV-Spiele pro Saison und Liga ausgewertet. Sie kam dabei zum Schluss, dass die Zuschauerzahlen von Schweizer Fussball und Eishockey zusammen die Nachfrage nach "allen übrigen Ligen" (Bundesliga, Serie A, Premier League, Primera División &

Copa del Rey, Ligue 1, UEFA Champions League, UEFA Europa League) deutlich übersteige (vgl. Verfügung, Rz. 431). Dieses Resultat erklärt sie damit, dass die emotionale Bindung bei ausländischen Ligen eine vergleichsweise kleine Bevölkerungsgruppe betreffe. Die Medienberichterstattung über die ausländischen Ligen fokussiere sich neben offensichtlichen Spitzenspielen auf Spiele und Mannschaften mit Schweizer Akteuren. Ein weiteres Indiz für eine Unterscheidung zwischen nationalen und ausländischen Ligen seien die niedrigeren Preise für die ausländischen Übertragungsrechte, obwohl die sportliche Qualität der Spiele in diesen Ligen zu einem grossen Teil wohl höher zu bewerten seien (vgl. Verfügung, Rz. 431).

**7.2.8.13** Die Beschwerdeführerinnen weisen zu Recht darauf hin, dass gerade für ausländische Ligen weitere Zuschauerzahlen hätten berücksichtigt werden müssen (vgl. Beschwerde, Rz. 459). Namentlich hat es die Vorinstanz versäumt, die Zuschauerzahlen für die US-amerikanische NHL zu ermitteln. Dies hätte immerhin einen Vergleich zwischen der Nachfrage nach Spielen der schweizerischen Eishockeymeisterschaft und der Nachfrage nach Spielen der ausländischen NHL-Eishockeymeisterschaft ermöglicht. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass nur ein geringer Teil der TV-Plattformanbieter die Verfügbarkeit der NHL auf ihrer Plattform als wichtig oder sehr wichtig einstufte (vgl. act. 242, 257, 260). Im Gegensatz dazu erachteten 22 TV-Plattformanbieter die Schweizer Eishockeymeisterschaft (NLA) als wichtig oder sehr wichtig (vgl. act. 214, 216, 218, 221, 223, 227, 228, 230, 234, 235, 236, 238, 242, 251, 252, 253, 257, 259, 260, 261, 262, 279).

**7.2.8.14** Abgesehen davon zeigt die Auswertung der PPV-Zuschauerzahlen, dass die schweizerische Eishockeymeisterschaft [...] Nachfrage nach sich zog. Im Weiteren belegt der von der Vorinstanz angestellte Vergleich die [...] grössere Beliebtheit der Schweizer Fussballigen im Unterschied zu den ausländischen Fussballigen bei den Zuschauern. Der Umstand, dass die Nachfrage nach der italienischen Serie A in der Saison 2012/13 nah an die Nachfrage nach den schweizerischen Fussballigen herankam, lässt sich mit der in der Saison 2012/13 erfolgten Angebotserweiterung betreffend die Super League-Spiele im Free-TV erklären (Übertragung von 36 statt 9 respektive 10 Spielen pro Saison).

Zwar weisen die Beschwerdeführerinnen schliesslich zu Recht darauf hin, dass gemäss der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013 die Mehrheit der TV-Plattformanbieter ausländische Fussballübertragungen als ebenso

wichtig erachtet wie die inländischen Fussballübertragungen (vgl. Beschwerde, Rz. 460; act. 214, 216, 218, 221, 222, 223, 227, 228, 234, 236, 242, 252, 257, 259, 262). Doch stuften sieben Anbieter inländische Ligen als wichtiger als ausländische Ligen ein (vgl. act. 235, 238, 251, 253, 260, 261, 279).

**7.2.8.15** Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Vorinstanz angesichts der klaren Ergebnisse bei der PPV-Zuschauerauswertung und der zweiten Marktbefragung zu Recht einen Markt für Schweizer Eishockeyübertragungen abgegrenzt hat. Hinsichtlich der Schweizer Fussballübertragungen zeigt sich bei der Marktbefragung ein etwas weniger deutliches Bild; zusammen mit den eindeutigen Ergebnissen bei der PPV-Zuschauerauswertung ergibt sich indessen, dass die Vorinstanz zu Recht auch einen Markt für Schweizer Fussballübertragungen abgegrenzt hat, da ausländische Fussballübertragungen eine geringere Breitenwirkung haben (vgl. bereits in diesem Sinne: Beschlüsse des deutschen Bundeskartellamts B6-32/15 vom 11. April 2016 Rz. 87 und B6-114/10 vom 2. Januar 2012 Rz. 32, "Verwertungsrechte an Fussballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga"; Entscheidung der EU-Kommission COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003 Rz. 61, "Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League").

**7.2.8.16** Kaum begründet hat die Vorinstanz, weshalb sie ausser den drei nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen der Bundesliga, der Primera División (La Liga) & Copa del Rey sowie der Serie A keine weiteren Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen (namentlich UEFA Champions und Europa League, Premier League und Ligue 1) abgegrenzt hat. An der Korrektheit der Marktabgrenzung ändert sich aber nichts: Wie sich aus Tabelle 14 der angefochtenen Verfügung ergibt, handelt es sich bei der Bundesliga, der Primera División (La Liga) & Copa del Rey und der Serie A um diejenigen mit [...] PPV-Nachfrage. Abgrenzungskriterium ist somit wie bei der Abgrenzung gegenüber den Schweizer Fussballübertragungen gegenüber den ausländischen Fussballübertragungen die Breitenwirkung dieser Meisterschaften. Hinzu kommt, dass Champions- und Europa League-Spiele mit Schweizer Beteiligung im Free-TV übertragen werden (vgl. Verfügung, Rz. 449) und insofern nicht einen relevanten Markt betreffen (vgl. nachfolgende E. 7.2.9).

**7.2.8.17** Die Beliebtheit der ausländischen Ligen lässt sich auch mit den Resultaten der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013 belegen. Bei den als "sehr wichtig" oder "wichtig" eingestuften ausländischen Ligen stehen

die UEFA Champions League und UEFA Europa League mit 18 respektive 17 Nennungen hervor (vgl. act. 214, 218, 221, 222, 223, 227, 228, 234, 235, 236, 242, 252, 253, 257, 259, 261, 262, 279). Danach folgen bereits die deutsche Bundesliga mit 14 Nennungen im Bereich "sehr wichtig" oder "wichtig" (vgl. act. 214, 216, 218, 221, 222, 223, 234, 235, 236, 238, 252, 259, 260, 262), die italienische Serie A mit 12 Nennungen (vgl. act. 214, 216, 218, 221, 222, 234, 235, 236, 238, 259, 260, 262), die englische Premier League mit 11 Nennungen (vgl. act. 214, 216, 218, 221, 227, 228, 236, 238, 260, 261, 262), die spanische La Liga mit 8 Nennungen (vgl. act. 214, 218, 221, 228, 238, 259, 261, 262) und die französische Ligue 1 mit 4 Nennungen (vgl. act. 218, 260, 261, 262).

#### **d) Schweizer Fussball- und Eishockeyligen und andere Sportereignisse**

**7.2.8.18** Die Beschwerdeführerinnen plädieren für eine Marktabgrenzung unter Einbezug weiterer Premium-Sportinhalte wie Tennis, Formel 1, Golf, Boxen, Skisport, Basketball etc.). Zudem kritisieren sie, dass die Vorinstanz den Ausschluss von Tennis, Formel 1 und Golf vom relevanten Markt nicht mit einer Empirischen Analyse unterlegt hat (vgl. Beschwerde, Rz. 462 ff.).

In der Tat hat die Vorinstanz auch für diese Marktabgrenzung keine Empirische Analyse durchgeführt. Sie hat aber im Rahmen der zweiten Marktbefragung die TV-Plattformanbieter nach der Wichtigkeit einiger Sportveranstaltungen befragt. Dabei wurden ausser den Schweizer Fussball- und Eishockeyligen (23 respektive 22 Nennungen, vgl. act. 214, 216, 218, 221, 222, 223, 227, 228, 230, 234, 235, 236, 238, 242, 251, 252, 253, 257, 259, 260, 261, 262, 279) folgende Sportveranstaltungen als wichtig oder sehr wichtig erachtet: Tennis mit 11 Nennungen (vgl. act. 218, 222, 223, 228, 230, 234, 235, 252, 257, 259, 279), Formel 1 mit 3 Nennungen (vgl. act. 221, 223, 279), Skisport mit 2 Nennungen (vgl. act. 223, 230) sowie mit je einer Nennung Golf (vgl. act. 227) und die Basketballliga NBA (vgl. act. 257). Damit hat die Vorinstanz glaubwürdig belegt, dass aus Sicht der TV-Plattformanbieter Schweizer Fussball- und Eishockeyligen deutlich wichtiger sind als Tennis, Formel 1, Skisport, Golf oder Basketball. Offenbar haben diese letzteren Sportarten eine geringere Breitenwirkung als Fussball und Eishockey, weswegen keine Austauschbarkeit anzunehmen ist (vgl. bereits in diesem Sinne, jedoch auch Eishockey als Sport mit geringerer Breitenwirkung qualifizierend: Beschlüsse des deutschen Bundeskartellamts B6-32/15 vom 11. April 2016 Rz. 87 und B6-114/10 vom 2. Januar 2012 Rz. 32, "Verwertungsrechte an Fussballspielen der Bundesliga



und der 2. Bundesliga"; Entscheidung der EU-Kommission COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003, Rz. 61, "Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League").

**7.2.8.19** Nach der Studie "Sport Schweiz 2008", auf welche die Beschwerdeführerinnen hinweisen (vgl. Beschwerde, Rz. 694), hat bei den Medienkonsumenten Fussball die grösste Bedeutung, gefolgt von Tennis und alpinem Skisport; Eishockey wird hingegen erst an vierter Stelle erwähnt (vgl. MARKUS LAMPRECHT/ADRIAN FISCHER/HANSPETER STAMM, Sport Schweiz 2008: Das Sportverhalten der Schweizer Bevölkerung, Magglingen 2008, S. 37). Da es bei dieser Umfrage um den Medienkonsum insgesamt (Fernsehen, Radio, Internet, Zeitungen) ging, ist indessen nicht erstellt, ob die befragten Personen bei der Frage nach den bevorzugten Pay-TV-Inhalten anders geantwortet hätten. Daher ist diese Umfrage von geringerer Beweiskraft.

## **7.2.9 Abgrenzung zwischen Pay-TV und Free-TV**

**7.2.9.1** Die ihrer Ansicht nach fehlende Substituierbarkeit von Pay-TV durch Free-TV begründet die Vorinstanz – entsprechend der Praxis der EU-Kommission – zunächst mit den unterschiedlichen Finanzierungsmodellen: Während beim Pay-TV von den Konsumenten direkte Entgelte entrichtet werden, finanziert sich das Free-TV mit der Rundfunkgebühr und/oder Werbeeinnahmen (vgl. Verfügung, Rz. 440; vgl. auch CHRISTINA KLAMBAUER, Zugang zu Sportübertragungsrechten, in: Rolf H. Weber/Simon Osterwalder [Hrsg.], Zugang zu Premium Content, Zürich 2006, S. 82 f.; HEINEMANN, Sportübertragungsrechte, S. 345; Entscheide der EU-Kommission COMP/M.2876 vom 2. April 2003, Rz. 37, "Newscorp/Telepiù"; COMP/M.2483 vom 13. November 2001, Rz. 20, "Group Canal+/RTL/GJCD/JV"; COMP IV/M.993 vom 27. Mai 1998, Rz. 18, "Bertelsmann/Kirch/Premiere").

Zudem erklärt die Vorinstanz zu Recht, dass Übertragungsrechte für Premium-Inhalte normalerweise separat fürs Pay-TV verkauft würden, so dass gewisse Veranstaltungen exklusiv dem Pay-TV vorbehalten seien, während andere Produkte parallel oder später im Free-TV verbreitet werden könnten (vgl. Verfügung, Rz. 441).

Hauptsächlich begründete die Vorinstanz die fehlende Substituierbarkeit von Pay-TV durch Free-TV dadurch, dass in der Saison 2012/13 die Anzahl PPC-Abonnemente konstant und die PPV-Bezüge für NLA- und Super League-Spiele weitgehend konstant geblieben seien, obwohl die SRG (und

damit das Free-TV) für jene Saison die Super League-Berichterstattung von 9 bis 10 Spielen auf 36 Spiele massiv erweitert hat (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 443 ff., mit Verweis auf die Abbildung 14 in Rz. 389 und Abbildung 18 in Rz. 447).

**7.2.9.2** Soweit die Beschwerdeführerinnen dagegen argumentieren, der fehlende Rückgang bei den PPC-Abonnements könne ebenso dahingehend interpretiert werden, dass Sport für die Mehrzahl der Teleclub-Abonnenten gar nicht entscheidend sei (vgl. Beschwerde, Rz. 483 f.), kann ihr angesichts der steigenden Anzahl Sportabonnements im Verhältnis zum obligatorischen Basisabonnement (vgl. angefochtene Verfügung, Tabelle 14 in Rz. 389) nicht gefolgt werden.

Dagegen weisen die Beschwerdeführerinnen wohl zu Recht darauf hin, dass Abwanderungsbewegungen von Kunden grundsätzlich erst mit einer gewissen Zeitverzögerung nach Produktänderungen stattfinden (vgl. Beschwerde, Rz. 479 ff.), selbst wenn die Ausweitung des Free-TV-Programmangebots im November 2011 angekündigt worden ist (vgl. Verfügung, Rz. 507). Da die Analyse nur den Zeitraum bis Mai 2013 berücksichtigt, ist die Tatsache, dass die Anzahl PPC-Abonnements nach der Angebotserweiterung im Free-TV (Sommer 2012) konstant geblieben sind, mit Vorsicht zu geniessen. Dies gilt jedoch nicht für PPV-Bezüge, da dort keine Kündigungsfristen zu beachten sind, worauf die Vorinstanz zutreffend hingewiesen hat (vgl. Vernehmlassung, Rz. 52).

**7.2.9.3** Bezüglich der PPV-Bezüge weisen die Beschwerdeführerinnen auf Tabelle 14 der angefochtenen Verfügung hin (vgl. Beschwerde, Rz. 486). Diese bestätigt, dass die Anzahl der PPV-Bezüge für Schweizer Eishockeyübertragungen trotz der Preiserhöhung im Juli 2012 relativ konstant geblieben ist ([...] Bezüge in der Saison 2011/12 im Vergleich zu [...] Bezügen in der Saison 2012/13, vgl. Tabelle 14 in der angefochtenen Verfügung). Mit den Beschwerdeführerinnen ist dafür zu halten, dass angesichts von [...] PPV-Bezügen für Schweizer Fussballübertragungen in der Saison 2011/12 und [...] Bezügen in der Saison 2012/13 nicht von einer leichten Abnahme (vgl. Verfügung, Rz. 447), sondern von einem [...] Rückgang gesprochen werden muss (vgl. Beschwerde, Rz. 486, mit Verweis auf Tabelle 14 in Rz. 431 der angefochtenen Verfügung). Welche Faktoren letztlich zu diesem Rückgang geführt haben (Angebotserweiterung im Free-TV, Preiserhöhung im Pay-TV oder andere von den Beschwerdeführerinnen aufgezählte Gründe), kann nicht mit letzter Sicherheit bestimmt werden. Dennoch kann festgehalten werden, dass in der Saison 2012/13 die Nachfrage

nach Fussballübertragungen im PPV trotz Angebotserweiterung im Free-TV und Preiserhöhung im Juli 2012 immer noch hoch war.

Zudem bemängeln die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz alternative Erklärungsmöglichkeiten für den fehlenden Rückgang bei den PPC-Abonnements (vgl. Abbildung 14) unberücksichtigt lasse (vgl. Beschwerde, Rz. 482 ff.). Wie die Vorinstanz anhand des hohen Anteils an abonnierten Teleclub-Sportpaketen (über [...] %) aufzeigte, sind die im Pay-TV gezeigten Sportinhalte ein wahrscheinlicher Grund für die fehlende Substituierbarkeit von Pay-TV mit Free-TV (vgl. Vernehmlassung, Rz. 53, mit Verweis auf Abbildung 14 in Rz. 389 der angefochtenen Verfügung). Aufgrund der deutlichen Zahlen, wie sie aus Abbildung 14 der angefochtenen Verfügung hervorgehen, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht nach alternativen Erklärungsmöglichkeiten gesucht hat.

**7.2.9.4** Soweit die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass die Markt-abgrenzung auf falschen Sachverhaltsannahmen beruhe (mehr Fussballübertragungen auf Free-TV, weniger Fussballübertragungen auf Pay-TV, vgl. Beschwerde, Rz. 473 ff.), ist Folgendes festzuhalten: Die Argumente der Beschwerdeführerinnen betreffen teilweise einen Zeitraum (Saisons 2006/07, 2007/08), den die Vorinstanz für ihre Analyse gar nicht berücksichtigt hat (vgl. Abbildung 14: ab Januar 2008, Abbildung 18: ab Juli 2009) respektive Ligen, die in der Analyse der Vorinstanz keine oder insgesamt eine untergeordnete Rolle spielen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerinnen nicht substantiiert haben, inwiefern ihre Sachverhaltsdarlegungen die Analyse der Vorinstanz und letztlich die Markt-abgrenzung in relevanter Weise beeinflussen.

Ihren Einwand, dass die Abwanderungsbewegungen keine Rückschlüsse für die Abgrenzung ausländischer Pay-TV-Märkte erlaubten (vgl. Beschwerde, Rz. 481), haben die Beschwerdeführerinnen lediglich mit einer angeblich "umfangreichen Live-Berichterstattung" von ausländischen Fussballübertragungen im ausländischen Free-TV (insbesondere betreffend die UEFA Champions und Europa League) begründet, aber nicht weiter substantiiert, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

Schliesslich weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass gemäss ihrem Modell 3a die Zahl der im Free-TV verfügbaren Spiele einen [...] Einfluss auf die Nachfrage nach Spielen der Super League im Pay-TV habe (vgl. Beschwerde, Rz. 487 ff.). Diesen Einfluss stellt die Vorinstanz nicht in Abrede. Wesentlich sei jedoch, dass die Nachfrage nach PPV trotz der Angebotserweiterung im Free-TV immer noch hoch sei und nicht gegen Null

tendiere (vgl. Vernehmlassung, Rz. 56). In der Tat bestand, wie zuvor gezeigt wurde, auch nach der Angebotserweiterung bei den Super League-Spielen im Free-TV und trotz der Preiserhöhung für PPV-Bezüge eine Nachfrage nach Super League-Spielen im Pay-TV. Auch dieser Grund spricht dagegen, dass Sportübertragungen im Free-TV ein Substitut zu Sportübertragungen im Pay-TV darstellen.

#### **7.2.10 Nationaler Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV**

Schliesslich hat die Vorinstanz rudimentär einen nationalen Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV abgegrenzt (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 475 ff.). An dieser Marktabgrenzung kritisieren die Beschwerdeführerinnen lediglich, dass in der relevanten Zeitperiode bei den KNU die Übertragung von analogem TV im Vordergrund gestanden habe (vgl. Beschwerde, Rz. 385). Auf dieses Argument muss nicht weiter eingegangen werden, da die Vorinstanz auf diesem Markt weder eine marktbeherrschende Stellung noch ein missbräuchliches Verhalten der Beschwerdeführerinnen erkannte und daher den Markt nicht abschliessend bestimmte (vgl. Verfügung, Rz. 402).

#### **7.2.11 Weitere Kritik an der Marktabgrenzung (Empirische Analyse, abgeklärter Zeitpunkt, SSNIP-Test)**

**7.2.11.1** Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, die für die Marktabgrenzung getätigte Empirische Analyse weise gravierende Mängel auf und verletze die Richtlinien der Vorinstanz für ökonomische Gutachten (vgl. Beschwerde, Rz. 490), weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass sie in der angefochtenen Verfügung bereits auf die entsprechenden Rügen eingegangen sei (vgl. Vernehmlassung, Rz. 57, mit Verweis auf Verfügung, Rz. 508 ff.). Da es die Beschwerdeführerinnen unterlassen haben, sich mit der ausführlichen Begründung der Vorinstanz auseinanderzusetzen und ihre Rügen weiter zu substantiieren, ist auf diese nicht weiter einzugehen.

**7.2.11.2** Des Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen, dass die Marktabgrenzung nur die Jahre 2012/13 betreffe (vgl. Beschwerde, Rz. 493 ff.). Diesbezüglich ist einerseits festzuhalten, dass die Vorinstanz zwar einen Fokus auf die Spielsaison 2012/13 legt. Dieser Fokus betrifft namentlich die Abgrenzung zwischen Pay-TV und Free-TV und ist nicht willkürlich, wie die Beschwerdeführerinnen behaupten (vgl. Beschwerde, Rz. 491), sondern lässt sich mit der von ihnen vorgenommenen Preiserhöhung im Juli 2012 begründen. Diese nahm die Vorinstanz zum Anlass, einen sog.

SSNIP-Test durchzuführen (vgl. Empirische Analyse, Rz. 12 ff. [act. 421]; Verfügung, Rz. 471 ff.). Andererseits hat die Vorinstanz für die Marktabgrenzung auch Zahlen aus vorangehenden Jahren erhoben, wie die Abbildung 14 mit Daten ab Januar 2008 (vgl. Rz. 389), die Tabelle 14 mit Daten ab Spielsaison 2010/11 (vgl. Rz. 431) und die Abbildung 18 mit Daten ab Juli 2009 (vgl. Rz. 447) zeigen. Im Übrigen ist auf die vorangehenden Erwägungen zum Untersuchungszeitraum zu verweisen (vgl. E. 2.3.4). Der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen greift daher zu kurz.

**7.2.11.3** Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der von der Vorinstanz angewandte SSNIP-Test ("small but significant and nontransitory increase in price"-Test) sei auf den zu beurteilenden Sachverhalt nicht anwendbar und lasse deshalb keinerlei relevanten Schlüsse zu (vgl. Beschwerde, Rz. 496 ff.; Replik, Rz. 149; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 69). Mit dem SSNIP-Test wird untersucht, wie die Unternehmen der Marktgegenseite oder Konkurrenten auf eine kleine, aber spürbare und dauerhafte Preiserhöhung eines Monopolisten reagieren (vgl. BGE 139 I 72, E. 9.2.3.5, "Publigroupe"; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 269, "Six-Group"; ALEXANDER BISCHOFF, Der SSNIP-Test, Zürich 2010, S. 13 f. 36 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.38). Die Beschwerdeführerinnen weisen zu Recht darauf hin, dass der SSNIP-Test vor allem zur Untersuchung von Unternehmenszusammenschlüssen (und Kartellen) geeignet ist (vgl. BISCHOFF, a.a.O., S. 158). Der SSNIP-Test hat denn auch seinen Ursprung im US-amerikanischen Fusionskontrollrecht (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 53). Bei zwei- oder mehrseitigen Märkten ist der SSNIP-Test dagegen weniger geeignet (vgl. ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 55, mit Verweis u.a. auf MARC BLATTER, Digitalisierung – Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, in sic! 2016, S. 378 ff., 380, und BUNDESKARTELLAMT, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 44 ff.; DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN, a.a.O., S. 8). Es gibt jedoch verschiedene Vorschläge, einen für zweiseitige Plattformen modifizierten SSNIP-Test anzuwenden (vgl. DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN, a.a.O., S. 8 ff.).

Für den vorliegenden Fall räumt die Vorinstanz zudem ein, dass der für den SSNIP-Test relevante Wettbewerbspreis zum Zeitpunkt der Preiserhöhung nicht feststand (vgl. Vernehmlassung, Rz. 59). Die Vorinstanz stützte sich stattdessen auf den effektiv verlangten Preis ab. Dieser entsprach zwar nicht zwingend einem Wettbewerbspreis. Immerhin begründete die Vorinstanz, dass der vorliegend relevante Wettbewerbspreis "wahrscheinlich" unter dem effektiven Preis von Fr. 2.50 lag. In diesem Fall sei wegen der Problematik in Zusammenhang mit der sog. "cellophane fallacy" (Tendenz

zur Mitberücksichtigung zu weit entfernter Angebote als substituierbar, da die effektiv verlangten Preise bereits maximiert sind) davon auszugehen, dass der Markt eher noch zu weit und damit zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen abgegrenzt worden sei (vgl. Vernehmlassung, Rz. 59; zur "cellophane fallacy" vgl. REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 128).

Die Beschwerdeführerinnen und die Vorinstanz sind sodann uneins, ob der SSNIP-Test seine Gültigkeit auch bei Preiserhöhungen von mehr als 5 bis 10 % behalten kann (vgl. Replik, S. 59; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 69; Duplik Vorinstanz, Rz. 65). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass bei der vorliegend festgestellten Preiserhöhung um 40 % nicht mehr von einer geringfügigen Preiserhöhung die Rede sein kann. Die Frage, ob der SSNIP-Test dennoch gültig ist, ist ökonomischer Natur und braucht im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht beantwortet zu werden.

Soweit die Vorinstanz die (fehlende) Austauschbarkeit allerdings bloss mit dem SSNIP-Test (unter Verwendung der von den Beschwerdeführerinnen im Juli 2012 vorgenommenen Preiserhöhung) begründet hat, sind die entsprechenden Resultate somit mit Vorsicht zu geniessen.

### **7.3 Räumlich relevanter Markt**

Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

Die Vorinstanz grenzte alle sachlich relevanten Märkte national ab (vgl. Verfügung, Rz. 490 ff.), was die Beschwerdeführerinnen nicht beanstandeten.

### **7.4 Zeitlich relevanter Markt**

Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar sind bzw. nachgefragt werden (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 116). Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt Bedeutung, wenn bestimmte Märkte nur saisonal oder über eine kurze Zeit bestehen, beispielsweise bei Fachmessen und Submissionen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5 Rz. 16; CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Zürich 2008, S. 88; BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Freiburg 1999, Rz. 307;

STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 118, mit weiteren Beispielen; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.50).

Einen zeitlich relevanten Markt hat die Vorinstanz aufgrund der langfristigen Verfügbarkeit der Angebote zu Recht nicht abgegrenzt. Doch ist in zeitlicher Hinsicht zu berücksichtigen, dass Teleclub bestimmte Exklusivrechte nicht während des gesamten Untersuchungszeitraums innegehabt hat. Auf diesen Umstand hat die Vorinstanz im Rahmen der Marktstellung unter dem Titel "Zeitliche Dimension" hingewiesen (vgl. Verfügung, Rz. 560).

### **7.5 Zwischenfazit zu den relevanten Märkten**

Die Beschwerdeführerinnen vermögen demnach mit ihren Rügen die vorinstanzliche Marktabgrenzung nicht umzustossen. Aufgrund der Akten bestehen darüber hinaus auch keine Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit der vorinstanzlichen Marktabgrenzung hervorrufen. Es ist daher von folgender Marktabgrenzung auszugehen:

- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV
- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV
- Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV
- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV
- Nationaler Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV.

## **8. Marktstellung**

### **8.1 Grundlegendes zur Marktstellung**

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in

wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG), insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1 "Publigroupe"; 129 II 497 E. 6.3.1 "Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.5.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen [nachfolgend: ZÄCH, Verhaltensweisen], in: von Büren/David [Hrsg.], SIWR V/2, S. 137 ff., S. 172; ZÄCH, Kartellrecht, S. 281; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 4, Rz. 31 und 34; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 175). Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen (vgl. Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.5.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1626; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 175).

Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu messen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.5.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"). Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt. Üblich ist insbesondere, die Marktstruktur, die Unternehmensstruktur und das Marktverhalten festzustellen (vgl. etwa ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 582 ff.; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 62 ff.).

In der Praxis erfolgt die Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens regelmässig bezüglich aktuellen Wettbewerbs, potentiellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 180 und 222 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 582; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.524 f.). Unter Umständen wird die Prüfung jedoch auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt und geprüft, ob diese ausreichend stark sind, um ein unabhängiges Verhalten einschränken zu können (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 6.1 "Publigroupe", mit Verweisen; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.530 ff.).

## **8.2 Vorbringen zur Marktstellung**

Mangels Anhaltspunkten für eine unzulässige Verhaltensweise am nationalen Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV hat die Vorinstanz die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen auf diesem Markt nicht weiter überprüft (vgl. Verfügung, Rz. 549). Zudem hat die Vorinstanz in Bezug auf den nationalen Markt für die Bereitstellung von



Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV eine marktbeherrschende Stellung von Teleclub verneint (vgl. Verfügung, Rz. 592 f.). In den übrigen relevanten Märkten (nationale Märkte für die Bereitstellung für Schweizer Fussballübertragungen, Schweizer Eishockeyübertragungen und ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV) hat die Vorinstanz eine marktbeherrschende Stellung von Teleclub beziehungsweise Swisscom festgestellt (vgl. Verfügung, Rz. 605). Diese Stellung habe ihren Ursprung in verschiedenen Übertragungsrechten, welche die Vermarktungsgesellschaft Cinetrade erworben habe. Grundsätzlich gelte, dass dem Inhaber von Übertragungsrechten umso mehr Marktmacht verliehen werde, je umfassender, exklusiver und langfristiger diese ausgestaltet seien. Teleclub habe für die höchsten Schweizer Eishockey- und Fussballligen über 100 % der relevanten Sportübertragungsrechte verfügt (vgl. Verfügung, Rz. 563, 566). Da die Anzahl der im Free-TV übertragenen Spiele über einen längeren Zeitraum stark begrenzt sei und Teleclub als einziger Marktteilnehmer eine umfassende Liga-Berichterstattung anbieten könne, bestehe kein aktueller Wettbewerb (vgl. Verfügung, Rz. 567 f.). Es bestehe aufgrund verschiedener vertraglicher Vereinbarungen und struktureller Gegebenheiten auch kein potentieller Wettbewerb, der in der Lage sei, Teleclub in ihrem Marktverhalten zu disziplinieren (vgl. Verfügung, Rz. 580). Dies gelte auch für den Bereitstellungsmarkt für ausländische Fussballübertragungen; lediglich in den (hier nicht relevanten) Märkten für die Premier League und die Ligue 1 sei aufgrund der Übertragungen durch Canal+ ein aktueller Wettbewerb festzustellen (vgl. Verfügung, Rz. 589, 591). In Bezug auf alle relevanten Märkte sei nicht davon auszugehen, dass Teleclub von der Marktgegenseite hinreichend diszipliniert werden könne (vgl. Verfügung, Rz. 582).

Die Beschwerdegegnerin geht wie die Vorinstanz davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen als marktbeherrschend zu qualifizieren sind, da sie im Untersuchungszeitraum sämtliche Sportübertragungsrechte sowohl im Fussball als auch im Eishockey innegehabt hätten. Für Plattformanbieter ohne jede Sportinhalte sei es nicht möglich gewesen, ein im Vergleich zum Angebot der Beschwerdeführerinnen konkurrenzfähiges Pay-TV-Angebot bereitzustellen (vgl. Stellungnahme, Rz. 26).

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, im Untersuchungszeitraum nicht marktbeherrschend gewesen zu sein. Die Vorinstanz habe die Marktstellung ungenügend überprüft und begründet (vgl. Beschwerde, Rz. 502 ff.; Replik, Rz. 151). Des Weiteren seien die Ausführungen der Vorinstanz zur früheren Beurteilung der Marktstellung von Teleclub irrelevant und falsch; so bezögen sich die zitierten Aussagen des Bundesgerichts

nicht auf die von der Vorinstanz abgegrenzten Bereitstellungsmärkte, sondern auf den Pay-TV-Endkundenmarkt (vgl. Beschwerde, Rz. 506 ff.; Replik, Rz. 152). Hinzu komme, dass Teleclub im relevanten Zeitraum wichtigen disziplinierenden Faktoren (Übertragungen im Free-TV durch SRG und Sat1 Schweiz, attraktives Gesamtangebot, Umfang der weiteren Plattformfunktion, Bündelangebote, Piraterieangebote) ausgesetzt gewesen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 512 ff.; Replik, Rz. 153). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe im untersuchungsrelevanten Zeitraum Wettbewerb bestanden; dieser sei durch Cablecom, die SRG, Sky und DAZN ausgeübt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 535 ff.; Replik, Rz. 68 ff., 154). Sodann hätten die Kabelnetzbetreiber (KNU) dominierende Gegenmacht ausgeübt. Dies zeige sich daran, dass die Monopolstellung der KNUs auch nach dem Markteintritt von Swisscom TV fortgedauert habe. Der Markteintritt weiterer Wettbewerber wie der Beschwerdegegnerin (Ende Januar 2012) sei für den überwiegenden Teil des untersuchungsrelevanten Zeitraums irrelevant (vgl. Beschwerde, Rz. 541 ff.). Zudem sei Teleclub auf die Verbreitung durch die KNU angewiesen gewesen, um auf möglichst vielen TV-Plattformen präsent zu sein (multi-homing; Beschwerde, Rz. 560 ff.). Die Gegenmacht der Kabelnetzbetreiber sei durch den Branchenverband Swisscable verstärkt worden, der das Geschäftsverhalten der KNUs koordiniert habe (Beschwerde, Rz. 572). Die Verhandlungsmacht der KNUs zeige sich an einseitig die KNUs begünstigenden Vertragskonditionen (kein Vorleistungspreis für die Bereitstellung von Teleclub, Verbreitungs- und Vermarktungsentschädigung für Cablecom, durch Cablecom und Finecom verweigerte Aufschaltung des HD-Angebots; vgl. Beschwerde, Rz. 573 ff.).

### **8.3 Zur Begründung der Marktstellung**

In ihrer Beurteilung der Marktstellung hat die Vorinstanz zunächst dargelegt, dass Teleclub "auf dem Markt für Pay-TV" nach Auffassung des Bundesgerichts im Jahr 2003 wohl eine marktmächtige Anbieterin sei (vgl. Verfügung, Rz. 550, mit Verweis auf Urteil des BGer 2A.142/2003 E. 5.2.2, "Cablecom/Teleclub"). Diesen Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung kritisieren die Beschwerdeführerinnen, da die Einschätzung nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden könne (vgl. Beschwerde, Rz. 506 ff.; Replik, Rz. 152). In der Tat lag dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall namentlich ein Endkundenmarkt zu Grunde. Auf diesen Umstand wies indessen bereits die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung hin. Die Vorinstanz hat zur Beurteilung der Bereitstellungsmärkte denn auch nicht weiter auf die bundesgerichtliche Einschätzung abgestellt (vgl. auch Vernehmlassung der Vorinstanz, Rz. 60). Da von angrenzenden Märkten eine disziplinierende Wirkung ausgehen kann (vgl. WEBER/VOLZ,

a.a.O., Rz. 2.533), ist der Hinweis auf die Stellung von Teleclub im angrenzenden Endkundenmarkt letztlich aber nicht zu kritisieren.

Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, die angefochtene Verfügung werde den Begründungsanforderungen nicht gerecht, ist zunächst auf vorne, E. 5.2.1 ff. hinzuweisen, die bereits auf die Begründungspflicht eingingen, und zudem festzuhalten: Die Vorinstanz hat aufgezeigt, bezüglich welcher Ligen Cinetrade respektive Teleclub über exklusive Übertragungsrechte verfügen (vgl. Verfügung, Rz. 138 ff., 554), und sich zur zeitlichen Dimension geäußert (vgl. Verfügung, Rz. 560-563; vgl. hinten, E. 8.4). Weshalb im Bereitstellungsmarkt für Schweizer Fussballübertragungen weder aktueller noch potentieller Wettbewerb bestehe und die Marktgegenseite keinen disziplinierenden Faktor darstelle, hat die Vorinstanz ausführlich begründet (vgl. Verfügung, Rz. 566 ff.), während sie hinsichtlich der übrigen Bereitstellungsmärkte in Bezug auf den potentiellen Wettbewerb und die Marktgegenseite auf diese Begründung verwies (vgl. Verfügung, Rz. 585 und 590). Insgesamt erweist sich die Marktstellung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen als genügend begründet.

#### 8.4 Überblick über die relevanten Übertragungsrechte

Die Fernsehübertragungsrechte für Meisterschaftsspiele einer Sportliga werden in der Regel im Rahmen eines Bieterwettbewerbs exklusiv für einen bestimmten Zeitraum an Verwertungsunternehmen oder direkt an Programmveranstalter veräußert (vgl. Verfügung, Rz. 142 ff., 569 ff.; OSTERWALDER, a.a.O., S. 52 ff.; KRUSE, a.a.O., S. 12 ff.). Die Vergabe von Sportübertragungsrechten erfolgt teils gemeinsam, teils getrennt für Free-TV und Pay-TV (vgl. Verfügung, Rz. 142 ff.; KRUSE, a.a.O., S. 21).

Bezogen auf die relevanten Märkte (vorne, E. 7.5), verfügte Cinetrade im Untersuchungszeitraum (2006 bis 2013) über folgende schweizweiten exklusiven Live-Übertragungsrechte für Fussball- und Eishockeyspiele im Pay-TV, welche sie an Teleclub weitergab:

Sportereignis	Sportart	Seit Saison	Bis mindestens Saison	Sprache
Super League (Schweiz)	Fussball	2006/07	2016/17	De/frz./it.

Challenge League (Schweiz)	Fussball	2012/13	2016/17	De/frz./it.
National League A/ NLA (Schweiz)	Eishockey	2006/07	2016/17	De/frz./it.
National League B/NLB (Schweiz)	Eishockey	2012/13	2016/17	De/frz./it.
Bundesliga (1. und 2. Liga) (Deutschland)	Fussball	2009/10	2012/13	De/it./engl. (frz. nicht exklusiv)
Serie A (Italien)	Fussball	2009/10	2014/15	De/frz./it./engl. (frz. für die Saisons 2012-2015 nicht exklusiv [Canal+])
Primera División & Copa del Rey (Spanien)	Fussball	2009/10	2014/15	De/engl./sp.(frz. und it. nicht exklusiv)
<p>Quelle: angefochtene Verfügung (Rz. 138 ff.; Vorakten act. 115 [Beilagen 22 und 23a ff.], 370 [Beilagen d1, d3 und d4], 371 [Beilagen 11 und 12) Beschwerde (Rz. 461)</p>				

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen hat die Vorinstanz differenziert, auf welchen Zeitraum sich die festgestellte starke Marktstellung bezieht (vgl. Beschwerde, Rz. 503 f.): Sie hat in der angefochtenen Verfügung erklärt, dass die Marktstellung stark von den Exklusivrechten abhängt. Die entsprechende Beurteilung gelte daher nur für den Zeitraum, in welchem Teleclub die fraglichen Exklusivrechte tatsächlich innegehabt habe (vgl. Verfügung, Rz. 560). Wie die obige Tabelle zeigt, besass Cinetrade nur für zwei schweizerische Meisterschaften (Super League und NLA) während des ganzen Untersuchungszeitraums exklusive Übertragungsrechte. Die übrigen Übertragungsrechte (respektive Sublizenzen) erwarb Cinetrade erst im Laufe des Untersuchungszeitraums.

## **8.5 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV**

### **8.5.1 Aktueller Wettbewerb**

**8.5.1.1** Aufgrund ihrer Exklusivrechte war Teleclub das einzige Unternehmen, welches Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-

Wettbewerbs (Super League ab Saison 2006/07 und Challenge League ab Saison 2012/13) im Pay-TV bereitstellen konnte. Der Vertrag zwischen dem Schweizerischen Fussballverband und Cinetrade vom Mai 2006 war für die Saisons 2006/07 bis 2008/09 abgeschlossen worden. Er enthielt eine Option auf die folgenden Saisons 2009/10 bis 2011/12, welche von Cinetrade ausgeübt wurde. Damit ergab sich letztlich eine Vertragsdauer von 6 Jahren. Der nachfolgende Vertrag vom Juli 2012 zwischen denselben Vertragsparteien galt für die Saisons 2012/13 bis 2016/17, somit für eine Dauer von 5 Jahren (vgl. Vorakten act. 371 [Beilagen 11 und 12]). Der Marktanteil von Teleclub betrug folglich während des ganzen Untersuchungszeitraums 100 % (vgl. Verfügung, Rz. 566). Diese Marktstellung entscheidet über die Marktstellung im nachgelagerten Markt (vgl. Beschluss des deutschen Bundeskartellamts B6-32/15 vom 11. April 2016 Rz. 119, "Verwertungsrechte an Fussballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga"), d.h. vorliegend im Bereitstellungsmarkt.

**8.5.1.2** Was einen allfälligen disziplinierenden Einfluss des angrenzenden Free-TV-Markts betrifft, ist festzuhalten: Die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) verfügte im Untersuchungszeitraum über Übertragungsrechte für 10 (ab Saison 2006/07) respektive 36 (ab 2012/13) Live-Spiele der Super League im Free-TV (vgl. Vorakten act. 371 [Beilagen 11 und 12]). Zudem hatte Sat.1 das Recht auf Übertragung von 26 sonntäglichen Super League-Spielen während der Saison 2006/07 (vgl. Vorakten act. 371 [Beilage 12]).

Angesichts von insgesamt 180 Spielen, welche in der Super League durchgeführt werden, war die Anzahl der ab Saison 2006/07 bis 2011/12 (10 [plus 26 in der Saison 2006/07]) im Free-TV im Vergleich zur Anzahl der von Teleclub übertragenen Spiele gering, selbst wenn berücksichtigt wird, dass Teleclub in der Saison 2006/07 lediglich 2 von 5 Live-Spielen pro Spieltag und in der Saison 2007/08 4 von 5 Spielen pro Spieltag übertrug (vgl. Beschwerde, Rz. 520). Die per Saison 2012/13 erfolgte Erweiterung auf 36 im Free-TV übertragene Spiele bedeutete immerhin, dass (wie in der Saison 2006/07) pro Spieltag eine Partie im Free-TV bereitgestellt werden konnte; die restlichen vier Spiele pro Spieltag konnte dagegen nur Teleclub bereitstellen. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Spiel eines bestimmten Super League-Clubs im Free-TV übertragen wurde, stieg zwar per Saison 2012/13 an, blieb aber relativ klein. Den Beschwerdeführerinnen kann daher nicht zugestimmt werden, wenn sie geltend machen, dass das Schweizer Free-TV die Verfolgung der Schweizer Fussballliga als Gesamtprodukt ermöglicht hätte. Daran ändert nichts, dass auf dem Free-TV eine Nachberichterstattung über die Fussballliga gezeigt wird, da diese per

definitionem nicht live sein kann und sich auf Highlights beschränken muss. Auch aus den Schlussfolgerungen des Runden Tisches des UVEK vom 16. März 2016 können die Beschwerdeführerinnen nichts zu ihren Gunsten ableiten: Darin wird zurückhaltend erklärt, dass Sportübertragungen auf Free-TV wichtig blieben und "eine gewisse Vielfalt" garantieren könne; Pay-TV sei aber kommerziell attraktiver (vgl. Replikbeilage 43). Insgesamt ist nicht erstellt, dass vom angrenzenden Free-TV-Markt aufgrund der geringen Dichte des Angebots ein disziplinierender Einfluss ausgehen kann.

Im Übrigen trifft es angesichts der Ausführungen der Vorinstanz zur Situation im Free-TV, namentlich zur Anzahl der dort übertragenen Spiele (vgl. Verfügung, Rz. 567 i.V.m. Rz. 439 ff.) entgegen der Rüge der Beschwerdeführerinnen nicht zu, dass die Vorinstanz den Einfluss des Free-TV "weitgehend unberücksichtigt" gelassen habe (vgl. Beschwerde, Rz. 514).

**8.5.1.3** Des Weiteren erachten die Beschwerdeführerinnen ein attraktives Gesamtangebot als einen disziplinierenden Faktor (vgl. Beschwerde, Rz. 529 ff.). Da herausragende Sportereignisse wie Fussballübertragungen ein wesentlicher Bestandteil eines attraktiven Pay-TV-Programms (vgl. KLAMBAUER, a.a.O., S. 74 f.; RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 65, "Swisscom/Cinetrad") und damit wiederum Bestandteil eines attraktiven Gesamtangebots sind, ist fraglich, inwiefern ein Gesamtangebot ohne ein namhaftes Fussballangebot überhaupt als attraktiv wahrgenommen wird und damit einen disziplinierenden Faktor darstellt. Auch die Beschwerdeführerinnen vermögen nicht zu substantiieren, über welche Inhalte ein Gesamtangebot verfügen muss, um attraktiv zu sein; sie erwähnen lediglich "viele andere Leistungen und Inhalte", weitere Plattformfunktionen und Bündelangebote (vgl. Beschwerde, Rz. 529 ff.).

**8.5.1.4** Schliesslich dürften sich auch unverschlüsselte illegal im Internet zugänglich gemachte Streamingangebote respektive Piraterieangebote (vgl. Beschwerde, Rz. 531 f.), ob sie für den Eigengebrauch legal sind oder nicht (vgl. Replik, Rz. 154), nicht disziplinierend auswirken. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst ausführen, ist mit Einbussen bei der Übertragungsqualität zu rechnen. Hinzu kommt nicht nur, dass der Bezug solcher Angebote technisches Know-how und eine gewisse Skrupellosigkeit voraussetzt, sondern auch, dass Piraterieübertragungen nicht zuverlässig erwartet werden können. Schliesslich haben auch die Pay-TV-Sender ein grosses wirtschaftliches Interesse daran, Piraterieangebote zu unterbinden. In diesem Sinne verpflichteten sich etwa Teleclub und [...] im "Lizenzvertrag Sender" (act. 202, Beilage 22, Ziff. 16), alle ihnen zumutbaren Mas-

snahmen rechtlicher und technischer Natur zu ergreifen, um Piraterie auszuschliessen. Wer bestimmte Spiele als Direktübertragung sehen will, wird sich darum nicht auf illegales Streaming verlassen. Dass die Vorinstanz unverschlüsselte illegal im Internet zugänglich gemachte Streamingangebote nicht weiter untersucht hat, ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden.

## **8.5.2 Potentieller Wettbewerb**

**8.5.2.1** Wie aufgezeigt wurde, hat Cinetrade langfristige Exklusivverträge mit dem Schweizerischen Fussballverband abgeschlossen. Damit hat sie, wie die Vorinstanz korrekt festgestellt hat (vgl. Verfügung, Rz. 576 ff.), gegenüber potentiellen Konkurrenten eine strategische respektive strukturelle Marktzutrittsschranke geschaffen (vgl. etwa WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.62 und 2.73), da der Marktzutritt während 5 respektive 6 Jahren verschlossen blieb. Nach dem Leitentscheid der EU-Kommission i.S. UEFA Champions League (vgl. COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003 "UEFA Champions League") sind eine Exklusivität von 3 Jahren sowie eine Aufteilung der Übertragungsrechte in verschiedene kleine Pakete üblich (vgl. Verfügung, Rz. 576).

**8.5.2.2** Auch aus anderen Gründen beurteilte die Vorinstanz die Markteintrittschancen potentieller Konkurrenten (Cablecom, Sky Deutschland, Canal+, Infront/Ringier, Sunrise) als gering. So verwies sie im Zusammenhang mit Cablecom und Sunrise auf eine vertraglich festgelegte Content-Akquirierungsklausel (vgl. Verfügung, Rz. 575):

In Ziffer 4.2 des Vertrags vom Oktober 2006 "über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclubprogrammangebots durch Cablecom" hat sich Cablecom gegenüber Teleclub für mindestens 5 Jahre (Ziff. 13) verpflichtet, "keine Contentakquisition hinsichtlich der im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrags im Teleclub-Kabelangebot enthaltenen Programme zu betreiben, solange und soweit der betreffende Content im Teleclub Kabelangebot enthalten ist" (act. 68, Beilage 9.5). Diesen Vertrag hat Cablecom zwar mit Schreiben vom 17. Januar 2012 per 23. Juli 2012 gekündigt; die Parteien sind indessen übereingekommen, dass die Kündigung erst per 30. Juni 2013 wirksam werden soll (vgl. Vereinbarung vom April 2012 betreffend "Vorsorgliche Verlängerung des von UPC Cablecom per 23. Juli 2012 gekündigten 'Vertrags über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom'"; act. 68, Beilage 9.4). Das Cablecom durch Teleclub auferlegte Content-Akquisitionsverbot galt somit ab dem geplanten Startdatum des Vertrags (spätestens 1. Juni 2007, vgl.

Ziff. 13.1 des Vermarktungsvertrags; act. 68, Beilage 9.5) bis Ende Juni 2013.

In vergleichbarer Weise hat sich Sunrise in Ziffer 3 der Vereinbarung vom Mai 2012 betreffend "Teleclub Digital" gegenüber Teleclub für mindestens 3 Jahre (Ziff. 13) verpflichtet, keine Content-Akquisition hinsichtlich der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im "Teleclub Digital"-Angebot enthaltenen SD-Programme zu betreiben oder solchen Content auf der "Sunrise TV"-Plattform zu vertreiben, solange und soweit der betreffende Content im "Teleclub Digital"-Angebot enthalten ist (vgl. Vorakten, Beilage act. 93).

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass diese Content-Akquirierungsverbote bestehen, machen aber geltend, dass sich Cablecom in der Vergangenheit nicht an dieses Verbot gehalten habe. Denn Cablecom habe sich im Rahmen des Konsortiums "Swisscable" anlässlich der Rechtevergabe im Jahr 2011 um die Medienrechte bemüht (vgl. Beschwerde, Rz. 536 f.). Dem ist indessen entgegen zu halten, dass Cinetrade und Teleclub den Rechteinhaber und Cablecom auf das Content-Akquirierungsverbot hingewiesen haben (vgl. Verfügung, Rz. 186). Bereits 2 Jahre zuvor hat Teleclub in einem Schreiben an Cablecom festgestellt, dass Cablecom entgegen der Content-Akquisitionsklausel die beiden Pay-TV-Kanäle Discovery Channel und Animal Planet aufgeschaltet habe und dass sie sich sämtliche Rechtsbehelfe, welche Teleclub bezüglich dieser Vertragsverletzung zustünden, vorbehalte (vgl. Schreiben Teleclub vom 9. und 17. September 2009, act. 68, Beilagen 11.1 und 11.2). Damit hat Teleclub selbst für die Einhaltung des Verbots gesorgt und darauf hingewirkt, dass die potentielle Konkurrenz durch Cablecom höchstens als gering einzustufen ist. Daran ändert auch nichts, dass UPC (Cablecom) am 1. Juli 2016 von der Swiss Ice Hockey Federation für 5 Jahre exklusive Pay-TV-Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen ab Saison 2017/18 erworben hat (vgl. Replik, Rz. 19, 73, 154; Replikbeilagen 2 und 3). Denn aufgrund des Umstands, dass die Übertragungsrechte bis Ende Saison 2016/17 fest vergeben waren, war dieser Erwerb auch gegen Ende des Untersuchungszeitraums nicht absehbar.

**8.5.2.3** Mit den ausländischen Pay-TV-Anbietern Sky Deutschland und Canal+ verbindet Cinetrade und Teleclub nach den Feststellungen der Vorinstanz eine langjährige Partnerschaft. Weder Sky Deutschland noch Canal+ hätten versucht, die für einen Markteintritt notwendigen Übertragungsrechte selbst zu erwerben (vgl. Verfügung, Rz. 573). Die Beschwerdeführerinnen weisen dagegen darauf hin, dass Sky Übertragungsrechte wie namentlich die Rechte an der UEFA Champions und Europa League



im Hinblick auf ein "möglicherweise künftiges eigenes Sport-Online-Angebot für die Schweiz" erwerben würden (vgl. Beschwerde, Rz. 539); in ihrer Replik wiesen sie auf den in der Zwischenzeit erfolgten Rechteerwerb durch Sky hin (vgl. Replik, Rz. 71, 154). Wie sich aus dem Lizenzvertrag "Output Sender" zwischen Teleclub und Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co. KG (vormals Premiere Fernsehen GmbH & Co. KG) vom 1. Mai 2012 ("Lizenzvertrag Sender"; vgl. act. 202, Beilage 22) ergibt, besteht zwischen den Parteien eine langjährige Zusammenarbeit im Bereich der Lizenzierung von Pay TV-Rechten, insbesondere auch von Programmkanälen, wobei entsprechende Verträge aus den Jahren 1999, 2002 und 2009 genannt werden (vgl. Präambel des "Lizenzvertrags Sender", act. 202). Mit diesem Vertrag räumt Sky Teleclub Pay-TV-Rechte an den verschiedenen Kanälen und an Sky Sport (u.a. Sky Fussball Bundesliga) zum Vertrieb und zur Vermarktung an Teleclub-Abonnenten ein (vgl. Ziff. 14 und Anlage A des "Lizenzvertrags Sender", act. 202). Der Vertrag sieht auch [...] vor (Ziff. 11 des "Lizenzvertrags Sender", act. 202). Aufgrund dieses Vertrags, der langjährigen Zusammenarbeit und fehlender dokumentierter Versuche seitens Sky Deutschland, selbst Übertragungsrechte betreffend den hier relevanten Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen zu erwerben, kann mit der Vorinstanz darauf geschlossen werden, dass von Sky Deutschland keine ernsthafte potentielle Konkurrenz ausging.

Gründe, weshalb Canal+ trotz der bestehenden Partnerschaft mit Teleclub (vgl. act. 57, Beilage 3) zur potentiellen Konkurrenz zu zählen wäre, geben die Beschwerdeführerinnen keine an. Sie weisen lediglich darauf hin, dass Teleclub entgegen den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung (Rz. 573) nicht "neuerdings" einzelne Kanäle von Canal+ in das französischsprachige Teleclub-Angebot aufgenommen habe, sondern das von Canal+ definierte Paket LES+ im Namen und im Auftrag von Canal+ vertreibe (vgl. Beschwerde, Rz. 539, Fn. 375).

**8.5.2.4** Die SRG, von der kein aktueller Wettbewerb ausgeht (vgl. vorne, E. 8.5.1.2-4), würde als potentielle Konkurrentin nur dann in Frage kommen, wenn sie selbst als Pay-TV-Anbieterin aufträte oder wenn Anzeichen auf eine bedeutende Vergrösserung des Umfangs ihrer Übertragungsrechte im Free-TV hindeuten würden. Derartige Anzeichen sind keine ersichtlich; auch die Beschwerdeführerinnen haben nicht substantiiert, aufgrund welcher Liveübertragungsrechte von der SRG bedeutender potentieller Wettbewerb ausgehen könnte (vgl. Beschwerde, Rz. 538). Was die Situation im Pay-TV betrifft, sieht die Konzession vom 28. November 2007 für die SRG SSR idée suisse ("Konzession SRG") nicht vor, dass die SRG

ein Programm veranstalten muss oder kann, für welches andere Kosten als die vorgesehenen Empfangsgebühren (vgl. Art. 25 Abs. 3 Bst. b und Art. 34 RTVG) erhoben werden (vgl. auch "Die SRG – Sport für die ganze Schweiz", <[https://www.srgssr.ch/fileadmin/dam/documents/publikationen/factsheets/Factsheet\\_Sport\\_DE.pdf](https://www.srgssr.ch/fileadmin/dam/documents/publikationen/factsheets/Factsheet_Sport_DE.pdf)>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022). Somit hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass die SRG nicht als Pay-TV-Programmveranstalterin in Frage kommt (vgl. Verfügung, Rz. 602).

**8.5.2.5** Soweit die Beschwerdeführerinnen des Weiteren argumentieren, Salt sei im März 2018 mit Salt TV erfolgreich in den TV-Plattformwettbewerb eingetreten (vgl. Replik, Rz. 40 f., 73), haben die Beschwerdeführerinnen selbst festgestellt, dass bei Salt der Zugang zu Premium Sport-Angeboten über Sky Sports erfolgt (vgl. Replik, Rz. 41). Entsprechend ist nicht ersichtlich, inwiefern Salt als potentielle Konkurrentin auf den hier relevanten Bereitstellungsmärkten zu qualifizieren wäre.

**8.5.2.6** Schliesslich erachten die Beschwerdeführerinnen die Ausführungen in der Verfügung zum Umfang der vergebenen Übertragungsrechte und den "sunk costs" (d.h. Investitionen, die bei einem Marktaustritt verloren gehen, weil sie nicht anderweitig verwendet oder die entsprechenden Güter nicht veräussert werden können) als Markteintrittsschranke als nicht nachvollziehbar: Umfassende Rechtepakete und die daraus resultierende wirtschaftliche Verwertbarkeit schafften überhaupt erst einen Anreiz für Programmanbieter, in den Markt einzutreten. Inwieweit "sunk costs" von Swisscom andere finanzkräftige Unternehmen wie Cablecom von einem Markteintritt abhalten könnten, sei unerfindlich (vgl. Beschwerde, Rz. 540). Die Vorinstanz erklärte in der angefochtenen Verfügung mit Verweis auf Stellungnahmen der Beschwerdeführerinnen, der Aufbau einer eigenen Übertragungsinfrastruktur bedinge grosse Investitionen, die im Falle eines Verlusts der Übertragungsrechte im Rahmen der nächsten Vergabe von einem Tag auf den nächsten wertlos würden. Solche "sunk costs" seien geeignet, den potentiellen Wettbewerb abzuschwächen (vgl. Verfügung, Rz. 579, mit Verweis auf act. 115 und 101).

Marktaustrittsschranken wie "sunk costs" vermindern nach klassischer Ansicht potentiellen Wettbewerb, weil potentielle Wettbewerber solche Kosten antizipieren (vgl. REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 317). Wie Cinetrade in einer Stellungnahme gegenüber der Vorinstanz erklärte, stelle der Erwerb von Rechten, namentlich die Übertragungsrechte an der Swiss Football League, ein sehr grosses unternehmerisches Risiko dar, denn ob die Übertragungen vom Publikum tatsächlich konsumiert würden und damit die Investitionen und langfristigen Verbindlichkeiten, welche einzugehen

seien, rechtfertigten, sei unsicher. Daher habe sie sich im Hinblick auf diese Kosten und Investitionen eine Option für eine Verlängerung des Vertrages um weitere 3 Jahre sowie ein Erstverhandlungs- und Matching-Offer-Right für die danach folgende Zeit einräumen lassen (vgl. Stellungnahme vom 5. September 2012, act. 115, Rz. 73 f.). Mit der Einräumung der vorgenannten Rechte wollte Cinetrade offenbar verhindern, dass ihre Investitionen bereits nach kurzer Zeit verloren gehen. Dass potentielle Wettbewerber dieselben Überlegungen anstellen und daher unter Umständen das Risiko von "sunk costs" nicht eingehen wollen oder können, ist nachvollziehbar. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz "sunk costs" auch im vorliegenden Fall als geeignet erachtet, den potentiellen Wettbewerb abzuschwächen.

### **8.5.3 Stellung der Marktgegenseite**

**8.5.3.1** Bei der Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite sind die Aspekte, aus denen sich eine besondere Verhandlungsposition ergibt, heranzuziehen (vgl. Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.5.2, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"). Faktoren sind etwa die Grösse der Nachfrager sowie deren Wichtigkeit für das untersuchte Unternehmen, die Zahl der Nachfrager, der Organisationsgrad der Marktgegenseite sowie deren Sachkunde und Professionalität (vgl. REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 307 ff.). Zu prüfen sind auch Ausweichmöglichkeiten; das Fehlen solcher kann die Verhandlungsposition schwächen (vgl. Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.5.2, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 305).

**8.5.3.2** Marktgegenseite in den hier relevanten Bereitstellungsmärkten sind alle TV-Plattformanbieter, die technisch grundsätzlich in der Lage waren, das Pay-TV-Angebot von Teleclub über ein leitungsgebundenes Netzwerk den Endkunden anzubieten (vgl. Verfügung, Rz. 581). Nach den Darlegungen der Vorinstanz besteht die Marktgegenseite je nach Region aus drei bis fünf Anbietern (regionales KNU, Swisscom, Sunrise, Unternehmen mit Glasfasernetz); gegenüber der Situation im Jahr 2003 (Bundesgerichtsurteil i.S. Cablecom/Teleclub) sei die Marktgegenseite fragmentierter und geschwächt (vgl. Verfügung, Rz. 581 f.).

Das Bundesgericht hielt im von der Vorinstanz zitierten Urteil aus dem Jahr 2003 (vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 E. 4.2.3, "Cablecom/Teleclub") Folgendes zur Marktstellung von Cablecom (dortige Beschwerdeführerin) fest:

"Bei der Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze dürfte die Beschwerdeführerin auch marktbeherrschend sein: Die Wettbewerbskommission hat festgestellt, Swisscable, der Verband für Kommunikationsnetze, verfüge über einen Marktanteil von 94.5 % bei allen Kabelfernsehanschlüssen; Cablecom komme ihrerseits eine Marktabdeckung von 46 % zu. Den übrigen Markt teilten sich zahlreiche grössere und kleinere Kabelunternehmen, bei denen es sich aber nicht um eigentliche Konkurrenten handle, da de facto jeweils ein Gebietsmonopol bestehe. Es ist gestützt hierauf anzunehmen, dass sich die Beschwerdeführerin von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Ihr Verweis auf die disziplinierende Wirkung der Konvergenz verschiedener Dienste und anderer Übertragungswege, wie terrestrischer Sendeanlagen zur Verbreitung von digitalen Programmen (DVB-T), ändert hieran - zumindest zurzeit - nichts; wie es sich künftig damit verhalten wird, kann vorerst noch dahin gestellt bleiben."

Sieben Jahre später, im Jahr 2010 und damit in der Mitte des vorliegend relevanten Untersuchungszeitraums, kam der Preisüberwacher bei der Untersuchung von Kabelfernsehpreisen (vgl. Bericht des Preisüberwachers "Kabelfernsehpreise in der Schweiz" vom September 2010, S. 24), bereits zu folgendem Schluss:

"Die technische Entwicklung der letzten Jahre, im Speziellen die Weiterentwicklung der Digitalisierung des Fernsehangebots, hat das Umfeld, in welchem die Kabelnetzbetreiber tätig sind, tiefgreifend verändert. Wenngleich die Unternehmen bei der Verbreitung der analogen Radio- und TV-Programme nach wie vor über ein Monopol verfügen, so sind sie doch in der digitalen Verbreitung sowie der damit verbundenen Dienste (elektronische Programmführer, digitale Videoaufzeichnungen, Video-on-Demand sowie HDTV) vermehrt der Konkurrenz durch Anbieter mit anderen Verbreitungsformen (xDSL, Satelliten, Glasfasernetze) ausgesetzt."

**8.5.3.3** Die von der Vorinstanz beschriebene Fragmentierung der Marktgegenseite ist auf die Konvergenz der verschiedenen Übertragungstechnologien in der Telekommunikation zurückzuführen: In den Anfängen der Telekommunikation wurde für jede Anwendung (Telefon, Radio, Fernsehen, Datenverkehr) eine spezifische Übermittlungstechnologie eingesetzt; heute werden diese Anwendungen dank der Digitalisierung und Weiterentwicklung der Informationstechnologie grundsätzlich durch sämtliche Übertragungswege unterstützt (vgl. Bericht des Bundesrates vom 17. September 2010 "Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz", S. 40, <[www.uvek.admin.ch](http://www.uvek.admin.ch)>, abgerufen am 04.06.2020; STEFAN WATTENDORFF, Konvergenz der Medien, in: Uwe Manschwetus/Andrea Rumler, Strategisches Internetmarketing, Wiesbaden 2002, S. 52; SOFIA DELGADO GOMEZ, Konvergenz der Medien unter besonderer Berücksichtigung neuer Sendeformate, Diss. Karlsruhe 2007, S. 65; STEFANIE DÄNZLER, Digitalisierung und die Auswirkung auf die Fernsehfinanzierung, Diss. Berlin 2010,

S. 139 ff.; VON STOKAR et al., a.a.O., S. 138). Entsprechend verfügten die Kabelnetzbetreiber im Bereich des analogen Fernsehens ursprünglich jeweils über ein faktisches Gebietsmonopol (vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 E. 4.2.3, "Cablecom/Teleclub"; Analyse des Preisüberwachers "Marktstellung UPC Cablecom" vom 17. August 2015, Rz. 16 und 74), während seit dem Einzug der Digitalisierung nicht nur von Kabelnetzbetreibern (auch KNU oder CATV-Unternehmen genannt), sondern namentlich auch von Telekommunikationsunternehmen und Betreibern von Glasfasernetzen digitales Fernsehen übertragen werden kann.

**8.5.3.4** Konkret können zur Anzahl und Grösse der Nachfrager in den hier relevanten Bereitstellungsmärkten folgende Feststellungen getroffen werden: Die rund 350 schweizerischen Kabel-TV-Netze erreichten nach einem Bericht des Bundesrates aus dem Jahr 2010 ca. 85 % der Haushalte, wobei Cablecom mit rund 55 % Marktanteil die Branche klar anführte (vgl. Bericht des Bundesrates vom 17. September 2010 "Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz", S. 40). Cablecom betreibt nach eigenen Ausführungen das Kabelnetz mit der grössten geografischen Ausdehnung in der Schweiz (vgl. Stellungnahme von Cablecom und Finecom vom 22. November 2013, S. 8, Rz. 29, act. 347). Zudem war Cablecom die einzige Anbieterin, die schweizweit über mehr als 100'000 Kunden verfügte. Die Mehrzahl der anderen Anbieter wies weniger als 5'000 Abonnenten auf (vgl. Bericht des Preisüberwachers "Kabelfernsehpreise in der Schweiz" vom September 2010, S. 1, 7f.). Insgesamt belief sich in der Schweiz die Anzahl Kabelanschlüsse im Jahr 2010 (wie bereits in den Jahren 2005 - 2009) auf 2,8 Millionen. Die Anzahl der Kabelkunden, welche digitales Fernsehen nutzten, stieg von 280'000 im Jahr 2006 auf 510'000 im Jahr 2008 und 679'708 Mitte 2010 (vgl. Bericht des Preisüberwachers "Kabelfernsehpreise in der Schweiz" vom September 2010, S. 1 f.). Bei Cablecom stieg die Anzahl der Digital-TV-Kunden von 253'000 Ende 2007 auf 347'000 Ende 2008 (vgl. Medienmitteilung Cablecom vom 24. Februar 2009 "Cablecom weiterhin auf Wachstumskurs"); Mitte 2010 waren es 415'000 (vgl. Medienmitteilung Cablecom vom 4. August 2010 "Cablecom gewinnt Kunden bei allen digitalen Produkten"; Vorakten, act. 68, Antwort auf Frage 16), und im Mai 2012 [...] Digital-TV-Kunden (vgl. Vorakten, act. 68, Antwort auf Frage 16).

Des Weiteren boten im Untersuchungszeitraum die Telekommunikationsunternehmen Swisscom und Sunrise über das kupferbasierte Telekommunikationsnetz von Swisscom Fernsehprogramme mittels IP-Technologie (sog. "IPTV") an (vgl. Analyse des Preisüberwachers "Marktstellung UPC

Cablecom" vom 17. August 2015, Rz. 32). Das Swisscom-Netz muss gemäss der Grundversorgungskonzession (vgl. Art. 14 ff. des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997; SR 784.10), welche Swisscom für die Jahre 2008 – 2017 erteilt worden ist, allen Bevölkerungskreisen zur Verfügung stehen und einen Breitbandanschluss vorsehen (vgl. Medienmitteilung der ComCom vom 22. Juni 2007 "Grundversorgungskonzession geht an Swisscom"). Es deckt im Gegensatz etwa zum Kabelnetz von Cablecom praktisch die ganze Schweiz respektive nahezu 100 % der Haushalte ab (vgl. RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 158, "Swisscom/Cinetrade"; Bericht des Bundesrates vom 17. September 2010 "Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz", S. 40) und ermöglicht aufgrund der sicherzustellenden Breitbandanschlüsse digitales Fernsehen. Swisscom hat im November 2006 ihr TV-Angebot unter dem Namen "Bluewin-TV" (später: "Swisscom-TV") lanciert und steigerte seither stetig die Kundenzahlen: 20'000 Ende 2006, 118'000 Ende 2008, 421'000 Ende 2010, 728'000 Ende 2012 und 1'165'000 Ende 2014 (vgl. Analyse des Preisüberwachers "Marktstellung UPC Cablecom" vom 17. August 2015, Rz. 41).

Die Beschwerdegegnerin lancierte am 23. Januar 2012 ihre IPTV-Plattform "Sunrise TV" (vgl. Medienmitteilung Sunrise vom 19. Januar 2012 "Eine neue Generation des Fernsehens: Sunrise TV mischt den Markt auf"). Dabei steigerte sie die Anzahl TV-Kunden von [...] im Februar 2012 auf [...] im Juni 2012 und [...] Ende 2013 (vgl. Vorakten, act. 93, Antwort auf Frage 16; Analyse des Preisüberwachers "Marktstellung UPC Cablecom" vom 17. August 2015, Rz. 42). Seit 2. Juni 2012 überträgt Sunrise TV ein Teleclub-Angebot im gleichen Umfang wie die KNU (vgl. Verfügung, Rz. 163; Medienmitteilung Sunrise vom 31. Mai 2012 "Teleclub Digitalplattform ab sofort bei Sunrise TV"). Anfänglich (Juni 2012) bezogen [...] Kunden das Teleclub Basispaket (davon [...] das Sportpaket). Diese Zahl steigerte sich per Mai 2013 auf [...] Kunden, wovon [...] zusätzlich das Sportpaket abonnierten (vgl. act. 262, Antwort auf Frage 28).

Daneben betrieben im Jahr 2010 in städtischen Gebieten bereits einige Unternehmen, vor allem Elektrizitätswerke (EVU), aber auch Swisscom, Glasfasernetze. Diese werden von den Netzbetreibern selbst, aber primär von Dritten (u.a. Telekommunikationsunternehmen wie Sunrise) zur Übertragung von digitalem TV genutzt (vgl. Bericht des Preisüberwachers "Kabelfernsehpreise in der Schweiz" vom September 2010, S. 3; Evaluation zum Fernmeldemarkt - Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009 [09.3002], S. 110 f., 117; Stellungnahme Sunrise vom 26. Juli 2013, Antwort auf Frage 25, act. 262). So boten 2010 bereits mehrere Betreiber im Grossraum Zürich digitales Fernsehen über

das Glasfasernetz der EWZ an (vgl. Bericht des Preisüberwachers "Kabelfernsehpreise in der Schweiz" vom September 2010, S. 3).

**8.5.3.5** Aufgrund dieser Basis ist die Verhandlungsmacht der KNU und insbesondere von Cablecom zu prüfen, welche die Beschwerdeführerinnen als "ausgeprägt" einschätzen (vgl. Beschwerde, Rz. 573). Die Verhandlungsmacht der KNU werde dadurch belegt, dass sie mit Teleclub 1-3 Zugang zu den wichtigsten Teleclub-Sportinhalten besäßen und die grössten KNU wie Cablecom und die Partner der DCG gegenüber Teleclub die Möglichkeit einer Direktvermarktung auf ihrer eigenen Set-Top-Box durchgesetzt hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 570). Des Weiteren hätten die KNU einseitig die sie begünstigende Vertragskonditionen durchgesetzt (kein Vorleistungspreis für die Bereitstellung von Teleclub, Verbreitungs- und Vermarktungsentschädigung für Cablecom, durch Cablecom und Finecom verweigerte Aufschaltung des HD-Angebots (vgl. Beschwerde, Rz. 573 ff.).

Zunächst ist das Verhältnis Teleclub/Cablecom zu beleuchten: Teleclub und Cablecom führten seit 1998 eine Auseinandersetzung über die Frage, ob und unter welchen Bedingungen Cablecom dazu verpflichtet ist, das digitale Angebot von Teleclub über die Netze der Cablecom zu verbreiten. Zur Beilegung der Auseinandersetzung haben die Parteien sich darauf verständigt, dass Teleclub bis auf Weiteres zur Verbreitung seiner digitalen Programme über die Netze der Cablecom unter Einsatz seiner eigenen Aufbereitungsvorrichtungen befugt sein soll. Die Aufbereitung der Programme durch Teleclub, die Verbreitung durch Cablecom und deren Vermarktung durch Teleclub wird geregelt im "Vertrag über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Teleclub". Zugleich schlossen die Parteien den "Vertrag über Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom", um Cablecom ihrerseits zu ermöglichen, das Teleclub-Programmangebot als integralen Bestandteil des digitalen Fernsehangebots von Cablecom parallel zu vermarkten (vgl. Vertrag über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom vom 11. Oktober 2006 [nachfolgend: Cablecom-Vermarktungsvertrag], act. 68, Beilage 9.4, Präambel; Vertrag über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Teleclub vom 11. Oktober 2006 [nachfolgend: Teleclub-Vermarktungsvertrag], act. 68, Beilage 9.5, Präambel). Das damalige digitale Programmangebot von Teleclub bestand aus 17 Kanälen, nämlich TeleclubBasic (3 Kanäle) MovieWorld (5 Kanäle) FamilyWorld (6 Kanäle) und SportsWorld (3 Kanäle; vgl. Ziff. 3.1 der vorgenannten Verträge). Im Cablecom-Vermarktungsvertrag verpflichtete sich Teleclub, von einer Ausdünnung des Pro-

grammangebots zugunsten von Teleclub-Angeboten auf anderen Verbreitungsplattformen Abstand zu nehmen (vgl. Cablecom-Vermarktungsvertrag, Ziff. 4.1). Teleclub behielt sich indessen im Teleclub-Vermarktungsvertrag auch das Recht vor, das Programmangebot sowie dessen Zusammenfassung in Paketen zu bestimmen (vgl. Teleclub-Vermarktungsvertrag, Ziff. 4). In beiden Vermarktungsverträgen wurden zudem Vergütungen an Cablecom vereinbart (vgl. Cablecom-Vermarktungsvertrag, Ziff. 9.3.1, und Teleclub-Vermarktungsvertrag, Ziff. 7.1).

Es trifft somit zu, dass Cablecom die Möglichkeit hat, Teleclub selbst zu vermarkten und dass Cablecom unabhängig davon, ob das Teleclub-Programm durch sie oder durch Teleclub selbst vermarktet wird, eine Vergütung erhält. Zudem streiten Cablecom und Finecom nicht ab, entsprechend einer Anzeige von Teleclub vom 2. September 2013 die Aufschaltung des HD-Angebots von Teleclub verweigert zu haben; sie begründen die Verweigerung mit kommerziell nicht annehmbaren Bedingungen (vgl. Stellungnahme vom 22. November 2013, act. 347, S. 4). Diese Beispiele belegen indessen keine Verhandlungsmacht in Bezug auf die Teleclub-Programminhalte. Im Gegenteil musste Cablecom hinnehmen, dass Teleclub das Programmangebot sowie dessen Zusammenfassung in Paketen bestimmt (vgl. Teleclub-Vermarktungsvertrag, Ziff. 4) und lediglich darauf verzichtete, das Teleclub-Programm auszudünnen (vgl. Cablecom-Vermarktungsvertrag, Ziff. 4.1). Aufgrund der Pay-TV-Exklusivrechte, über welche Cinetrade respektive Teleclub namentlich im Bereich der Sportübertragungen verfügten, hatte Cablecom bezüglich des Programminhalts eine schwache Verhandlungsposition, wie die vorgenannten Vertragsklauseln zeigen, und gleichzeitig keine Ausweichmöglichkeit auf einen anderen Pay-TV-Anbieter.

**8.5.3.6** Auch in anderen Verträgen mit KNU behielt sich Teleclub vor, "Änderungen am Programmangebot vorzunehmen, insbesondere weitere Programme hinzuzufügen, einzelne Programme durch andere zu ersetzen oder zu entfernen, neue Programmpakete zusammenzustellen" (vgl. Vereinbarung Teleclub mit den Partnern der Digital Cable Group betreffend Teleclub Digital vom August 2005, Ziff. 2.4 [act. 67]).

Zudem verringerte sich im Untersuchungszeitraum bei den CATV-Kunden die Anzahl Abonnenten von Teleclub "Basic" von [...] (davon [...] Abonnenten Paket "Sport") im Januar 2009 auf [...] (davon [...] Abonnenten Paket "Sport") im Mai 2012. Demgegenüber steigerte sich die Teleclub-Teilnehmerzahl bei den Swisscom-TV-Kunden von [...] im Januar 2009 (davon [...]



Abonnenten Paket "Sport") auf [...] im Dezember 2011 (davon [...] Abonnenten Paket "Sport") und [...] im Mai 2012 (davon [...] Abonnenten Paket "Sport") (vgl. Vorakten, act. 115, Beilage 24). Insgesamt bezogen somit im Januar 2009 [...] % aller Teleclub-Abonnenten ([...] von total [...]) ihr Signal bei einem CATV-Unternehmen. Im Mai 2012 waren es nur noch [...] % ([...] von insgesamt [...]). Weiter ist festzustellen, dass Cablecom im Januar 2007 [...] Teleclub-Abonnenten zählte. Diese Zahl sank allmählich von [...] im Januar 2009 auf [...] im Mai 2012 (vgl. Vorakten, act. 68, Beilage 6.6). Somit waren im Januar 2009 [...] ([...] %) aller Teleclub-Teilnehmer, die ihr Signal bei einem CATV-Unternehmen bezogen, Kunden von Cablecom ([...] von [...] Abonnenten). Im Mai 2012 waren es [...] von [...] Abonnenten, somit [...] %.

Wie diese Kundenzahlen belegen, verfügte Swisscom ab [...] über mehr Teleclub-Abonnenten als die Hauptkonkurrentin Cablecom und bereits ab der zweiten Jahreshälfte [...] über mehr Digital-TV-Kunden. Die anfänglich starke Stellung von Cablecom ist somit sowohl beim digitalen Fernsehen als auch in Bezug auf Teleclub kontinuierlich geschwächt worden. Noch schwächer dürfte die Marktstellung der anderen Anbieter von digitalem Fernsehen angesichts des relativ späten Einstiegs in das TV-Geschäft (Sunrise) respektive des räumlich eingeschränkten Angebots (TV-Anbieter via Glasfasernetz und übrige KNU) gewesen sein.

**8.5.3.7** In Bezug auf den weiter zu prüfenden Organisationsgrad der Marktgegenseite argumentieren die Beschwerdeführerinnen, die Gegenmacht der Kabelnetzbetreiber sei durch den Branchenverband Swissscable verstärkt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 572). Grundsätzlich ist festzuhalten, dass das Bestehen und die Tätigkeit von Branchen- und Interessenverbänden im heutigen Wirtschaftsleben einen allgemein bekannten und üblichen Parameter darstellt. Insofern lässt sich daraus kein zwingender Rückschluss auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit eines unabhängigen Verhaltens ziehen (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 490, "Six Group"). Bei Swissscable verhält es sich folgendermassen: Swissscable ist der Wirtschaftsverband der Schweizer Kabel-TV-Unternehmen. Während des Untersuchungszeitraums waren zwischen 225 (im Jahr 2013) bis 250 (im Jahr 2007) privatwirtschaftlich wie auch öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen angeschlossen, die 2,7 (im Jahr 2013) bis 2,8 (im Jahr 2007) Millionen Haushalte unter anderem mit TV bedienten (vgl. Medienmitteilungen Swissscable vom 3. Juli 2007 "HDTV: ab Dezember 2007 im Kabel" und vom 20. August 2013 "TV-Markt: Kabelnetze sind mit grossem Abstand an der Spitze"; Verfügung der WEKO vom 23. September 2002, in: RPW 2002/4, S. 567 ff., Rz. 21, "Teleclub/Cablecom/Swissscable"). Wie sich aus

einem im Jahr 2002 von Teleclub bei der Vorinstanz angestregten Untersuchungsverfahren gegen Cablecom und Swisscable ergibt, hat Swisscable offenbar die dem Verband angeschlossenen Kabelnetzbetreiber ursprünglich aufgefordert, bezüglich digitaler Verbreitung nicht mit Teleclub in Geschäftsbeziehung zu treten bzw. die Geschäftsbeziehung von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen und Teleclub zu behindern, die eigene Set-Top-Box einzusetzen. Aus diesem Verhalten habe die Verunmöglichung der Ausstrahlung des Teleclub-Programms über Kabelnetz in digitaler Form resultiert. Wie indessen weiter festgestellt wurde, hielt Swisscable seit Dezember 2004 nicht länger an dieser Aufforderung fest (vgl. Verfügung der WEKO vom 4. Juni 2007, in: RPW 2007/3, S. 400 ff., Rz. 79 und 92, "Teleclub/Cablecom/Swisscable"). Dass Swisscable in den darauffolgenden Jahren weitere Aktionen gegen Teleclub durchgeführt hat, ergibt sich weder aus den Akten noch werden solche von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht. Was Verhandlungen betrifft, hat Swisscable gemäss eigenen Angaben unter anderem versucht, mit Teleclub einen neuen Zusammenarbeitsvertrag betreffend Anlieferung des Teleclub-Programms sowie gestützt auf ein 2012 von 44 KNU erhaltenes Verhandlungsmandat namentlich über Programminhalte zu verhandeln. Beide Unternehmungen seien indessen nicht erfolgreich gewesen (vgl. Stellungnahme von Swisscable vom 23. August 2012, act. 108, S. 2 und 5). Tatsächlich lehnte es Teleclub in einem Schreiben vom 26. Juni 2012 an Swisscable ab, trotz des bestehenden Verhandlungsmandats weiterhin mit Swisscable zu verhandeln; Teleclub ziehe Verhandlungen mit den einzelnen Kabelnetzbetreibern vor (vgl. Stellungnahme von Swisscable vom 23. August 2012, act. 108, Beilage 7). Angesichts dieser Umstände ist nicht erkennbar, inwiefern Swisscable eine für das vorliegende Verfahren nennenswerte Gegenmacht ausgeübt haben könnte.

**8.5.3.8** Soweit die Beschwerdeführerinnen schliesslich geltend machen, Teleclub sei wegen Multi-homing auf die Verbreitung durch die KNU angewiesen (vgl. Beschwerde, Rz. 560 ff.), und das Interesse des ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten und CEO sei als Investor von Cinetrade und Teleclub auf die grösstmögliche Verbreitung des Teleclub-Programms gerichtet gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 567), dürfte dies – angesichts der zahlreichen Teleclub-Abonnenten bei den KNU – auf das Grundangebot von Teleclub zugetroffen haben. Bezüglich der zusätzlichen Sportkanäle (Teleclub Sport 4-24 respektive 4-29) hat Teleclub indessen mit ihrem Verhalten gezeigt, dass sie auf die Verbreitung durch die KNU und andere TV-Plattformbetreiber verzichten wollte.

**8.5.3.9** Als Zwischenfazit zur Marktgegenseite von Teleclub kann somit Folgendes festgehalten werden: Zu Beginn des Untersuchungszeitraums bestand die Marktgegenseite von Teleclub je nach Region mindestens aus einem der zahlreichen CATV-Unternehmen (darunter Cablecom) und Swisscom. Am Ende des Untersuchungszeitraums gehörten zudem Sunrise und unter Umständen ein oder mehrere Anbieter von digitalem Fernsehen via Glasfasernetz zu den Nachfragern von Teleclub-Programmen. Als Folge der Digitalisierung haben die KNU ihre (auf das analoge Fernsehen beschränkten) Gebietsmonopole für die Übertragung von Fernsehen verloren; neue Anbieter, namentlich die über ein flächendeckendes Netz verfügende Swisscom und die das Swisscom-Netz nutzende Sunrise, aber auch Betreiber von Glasfasernetzen, sind dazu gestossen. Diese Entwicklung hat zu einer Verminderung der Kunden, die bei den KNU (u.a. Cablecom) digitales Fernsehen und Teleclub bezogen, geführt. Auch die Verträge mit Teleclub belegen keine starke Verhandlungsposition von Cablecom, anderen KNU und Swisscable im Bereich der Teleclub-Programminhalte. Die exklusiven Pay-TV-Rechte von Cinetrade verhindern ein Ausweichen auf andere Pay-TV-Anbieter. Es ist somit entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht erkennbar, dass die Marktgegenseite Teleclub in relevanter Weise disziplinieren konnte.

#### **8.5.4 Zwischenergebnis**

Teleclub verfügte somit auf dem Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV über eine marktbeherrschende Stellung. In Bezug auf die NLA gilt diese Feststellung für den gesamten Untersuchungszeitraum, in Bezug auf die NLB für die Zeit ab Saison 2012/13.

### **8.6 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV**

#### **8.6.1 Aktueller Wettbewerb**

Cinetrade hatte für die Spiele der National League A (NLA) seit der Saison 2006/07 und für die Spiele der National League B (NLB) seit der Saison 2012/13 exklusive Pay-TV-Übertragungsrechte. Dies bedeutet, dass deren vertikal integrierter Pay-TV-Anbieter Teleclub pro Liga sämtliche Spiele der Qualifikation (44 Runden mit je 6 Spielen plus 6 zusätzliche Spiele) und alle Play-off-Spiele live im Pay-TV übertragen durfte. Der Vertrag zwischen der Schweizerischen Eishockey Nationalliga GmbH (später: Swiss Ice Hockey Federation) und Cinetrade vom Mai 2006 war für die Saisons 2006/07

bis 2008/09, mit einer Option für die Saisons 2009/10 bis 2011/12 abgeschlossen worden, der darauffolgende Vertrag für die Saisons 2012/13 bis 2016/17 (Vorakten act. 370, Anlagen d1 und d3). Da Cinetrade von seinem Optionsrecht Gebrauch gemacht hatte, verfügte Teleclub hinsichtlich der NLA während des ganzen Untersuchungszeitraums und hinsichtlich der NLB am Ende des Untersuchungszeitraums (ab Saison 2012/13) über einen Marktanteil von 100 %.

Wie beim Bereitstellungsmarkt für Schweizer Fussballübertragungen ist auch beim vorliegenden Bereitstellungsmarkt für Schweizer Eishockeyübertragungen zu untersuchen, ob vom angrenzenden Free-TV-Markt ein disziplinierender Einfluss ausgeht. Die SRG verfügte lediglich hinsichtlich bestimmter Spiele der National League A über Übertragungsrechte für das Free-TV:

- Ab Saison 2006/07: 8 Spiele der Qualifikation ("Regular Season"), im Play-off-Viertel- und Halbfinal ab 3. Runde 1 Spiel pro Runde und das Play-off-Finale ab 3. Runde, das Play-out Finale ab 4. Runde sowie die Liga-Qualifikation ab 4. Runde, zusätzlich ab 1. Runde alle Derbies (vgl. Vorakten act. 370, Beilage d1 [Anlage A: Rechteumfang]).
- Ab Saison 2012/13: in der "Regular Season" alle Tessiner Derbies, ab Januar 1 Spiel pro Wochenende, in den übrigen Phasen (Play-off, Play-out und Ligaqualifikation) eine regionale Auswahl (sog. "Regionaler Pick") von Spielen, z.B. jeweils bis zu drei verschiedene Spiele parallel auf dem deutschsprachigen SRF (Schweizer Radio und Fernsehen), im französischsprachigen RTS (Radio Télévision Suisse) und im italienischsprachigen RSI (Radiotelevisione Svizzera) (vgl. Vorakten act. 370, Beilage d4).

Angesichts von 50 Qualifikationsspielen pro Mannschaft (vgl. <[https://de.wikipedia.org/wiki/National\\_League\\_A\\_2012/13](https://de.wikipedia.org/wiki/National_League_A_2012/13)>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022) deckt das Free-TV die Qualifikationsrunde schlecht ab. Auch in den übrigen Phasen beschränkt sich das Free-TV-Angebot auf eine kleine Auswahl von Spielen. Das Free-TV war somit im Untersuchungszeitraum weit davon entfernt, den ganzen Meisterschaftsbetrieb übertragen zu können und kann nicht als disziplinierender Faktor qualifiziert werden.

## **8.6.2 Potentieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite**

Wie ausgeführt (vgl. E. 8.5.2.2), war der Erwerb der Pay-TV-Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen ab Saison 2017/18 durch UPC Cablecom im Untersuchungszeitraum nicht absehbar. Auch sonst fehlen Anhaltspunkte dafür, dass der potentielle Wettbewerb und die Stellung der Marktgegenseite auf dem Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV anders zu beurteilen ist als auf dem entsprechenden Markt für Schweizer Fussballübertragungen.

## **8.6.3 Zwischenfazit**

Teleclub verfügte somit auf dem Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV über eine marktbeherrschende Stellung. In Bezug auf die NLA gilt diese Feststellung für den gesamten Untersuchungszeitraum, in Bezug auf die NLB für die Zeit ab Saison 2012/13.

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

### **8.7.1 Aktueller Wettbewerb**

Auch hinsichtlich der hier relevanten ausländischen Fussballligen verfügte Cinetrade für das Territorium der Schweiz über exklusive Übertragungsrechte: Für die Spiele der 1. und 2. Bundesliga (Saisons 2009-2013) in deutscher und italienischer Sprache (französisch nicht exklusiv, vgl. Vorakten act. 115, Beilage 23b), in der Primera División & Copa del Rey (Saisons 2009-2015) u.a. in deutscher Sprache (französisch und italienisch nicht exklusiv, vgl. Vorakten act. 115, Beilage 23d) und in der Serie A (Saisons 2009-2015) in allen Landessprachen (französisch auf Grund eines Vorbehalts für Canal+ für die Saisons 2012-2015 nicht exklusiv; Vorakten act. 115, Beilage 23c). Von diesen Exklusivlizenzen profitierte wiederum Teleclub als Tochtergesellschaft von Cinetrade.

Der Pay-TV-Anbieter Canal+ verfügte ebenfalls über Übertragungsrechte für die Schweiz, namentlich für die Serie A (für die Saisons 2012/2013 bis 2014/2015; nicht exklusiv), Premier League und UEFA Champions League (vgl. Vorakten act. 57, Beilage 4 act. 115, Beilage 23c).

Das Angebot von Sky Deutschland konnte in der Schweiz nur über Satellit und nur direkt bei Teleclub bezogen werden; es stand auf dem relevanten Bereitstellungsmarkt nicht zur Verfügung (vgl. Verfügung, Rz. 588).

Zudem besteht für die meisten ausländischen Fussballligen kein Angebot im Free-TV. Wie die Vorinstanz ausführt, werden beispielsweise nur gewisse Spiele der Deutschen Bundesliga im Free-TV (ARD und ZDF) übertragen (vgl. Verfügung, Rz. 442 inkl. Fn. 521). Die von den Beschwerdeführerinnen zusätzlich genannten Spiele der UEFA Champions League und UEFA Europa League (vgl. Beschwerde, Rz. 522) sind vorliegend nicht als disziplinierend zu berücksichtigen. UEFA Champions und Europa League-Spiele sind zwar attraktiv, aber aufgrund der deutlich niedrigeren Austragungskadenz höchstens eine Ergänzung zu den in- und ausländischen Fussballspielen.

### **8.7.2 Potentieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite**

Die Beschwerdeführerinnen weisen in ihrer Replik darauf hin, dass DAZN 2016 die Übertragungsrechte für die englische Premier League und die spanische La Liga für die Schweiz erworben habe. Zudem habe Sky 2017 das eigene Sky Sport-Angebot als Sport-Online-Angebot für die Schweiz lanciert, worauf unter anderem die Spiele der Bundesliga zu sehen seien. Somit hätten sich die Ausführungen in der Beschwerde zum bestehenden potentiellen Wettbewerb als korrekt herausgestellt (vgl. Replik, Rz. 68 ff.). Auch in diesen Fällen war der Erwerb der genannten Übertragungsrechte im Untersuchungszeitraum nicht absehbar. Abgesehen davon ist angesichts lediglich einzelner hier relevanter Übertragungsrechte kein Markteintritt in hinreichender Grösse erkennbar (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.76), so dass weder DAZN noch Sky als relevante potentielle Konkurrenz bezeichnet werden können. Es gibt darüber hinaus keinen Anlass, den potentiellen Wettbewerb auf den hier relevanten nationalen Märkten für ausländische Fussballübertragungen anders zu beurteilen als auf dem entsprechenden Markt für Schweizer Fussballübertragungen.

Was die Marktgegenseite betrifft, ermöglichten die nur teilweise exklusiven Übertragungsrechte im Gegensatz zu den Märkten für Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen ein Ausweichen der TV-Plattformanbieter auf andere Pay-TV-Anbieter. Dokumentiert ist indessen soweit hier interessierend nur, dass Canal+ das Recht hatte, Spiele der Serie A während der Saisons 2012-2015 in französischer Sprache zu übertragen (vgl. act. 115, Beilage 23c; act. 57, Antwort auf Frage 6). Davon dürfte auch Cablecom profitiert haben, welche in der Romandie unter anderem Sport-Angebote

von Canal+ verbreitet (vgl. act. 68, S. 8). Es ist jedoch kaum anzunehmen, dass Übertragungsrechte für französischsprachige Übertragungen einer italienischen Liga die Stellung der Marktgegenseite spürbar gestärkt haben dürften.

### **8.7.3 Zwischenfazit**

Teleclub hatte somit ab 2009 auf den drei nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV eine marktbeherrschende Stellung inne.

### **8.8 Stellung auf den relevanten Märkten: Fazit**

Teleclub verfügte somit in folgenden Märkten über eine marktbeherrschende Stellung (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG):

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

## **9. Missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG**

### **9.1 Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG und Tatbestände nach Art. 7 Abs. 2 KG**

Zunächst ist das Verhältnis der in Art. 7 Abs. 1 KG erwähnten Missbrauchsformen der *Behinderung* und *Ausbeutung* und das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 KG zu klären: E. 9.1.1 f.

Die Vorinstanz wirft Teleclub und Swisscom vor, sie hätten in Ausnützung ihrer beherrschenden Stellung auf den vorgenannten Märkten Geschäftsbeziehungen verweigert, Handelspartner diskriminiert und unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen.

Sodann werden deshalb die folgenden Verhaltensweisen geprüft:

**Verweigerung von Geschäftsbeziehungen** (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG):  
E. 9.2 ff.

- Verweigerte Bereitstellung der Teleclub-Sportkanäle 1-3
- Verweigerte Bereitstellung von "Teleclub en français".

**Diskriminierung von Handelspartnern** (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG):  
E. 9.3 ff.

- Bereitstellung eines eingeschränkten Teleclub-Sportangebots (Kanäle 1-3) bei einem gegenüber Swisscom-Kunden teureren Endkundenpreis für das kombinierte Basis- und Sportangebot und ohne Möglichkeit, anstelle eines gekoppelten Basis- und Sportangebots Sportübertragungen mittels PPV zu beziehen
- Nur bestimmten TV-Plattformen gebotene Möglichkeit, das Teleclub-Programm selbst (direkt/parallel) zu vermarkten.

**Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen** (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG): E. 9.4 ff.

- Vereinbarung von Content-Akquisitionsklauseln mit UPC und Sunrise.

### 9.1.1 Behinderungs- und Ausbeutungsmisbrauch

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen (und diese Marktstellung mittels angemessener, d.h. leistungsbezogener Massnahmen zu bewahren). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVGer B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 11.1, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen" [angefochten beim BGer]; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 5 f.). Diese Verantwortung gilt, soweit der selbständige wirtschaftliche Handlungsspielraum des



Unternehmens nicht durch verbindliche Vorgaben ausgeschlossen wird (vgl. Urteil des BVerfG B-7633/2009 Rz. 461, "Preispolitik ADSL").

Das von Art. 7 KG verpönte missbräuchliche Verhalten kann sich gegen andere Anbieter sowie gegen die Marktgegenseite richten. Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen: Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potentielle Konkurrenten, aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittsschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungsmisbrauch), wodurch das behindernde Unternehmen indirekt eine stärkere wirtschaftliche Position erwirbt. Durch den Missbrauch wird sodann andererseits die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch), indem diesen direkt zu Gunsten des missbräuchlich handelnden Unternehmens ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BVerfG 2C\_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 45 f.).

Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmisbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinderungsmisbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BVerfG 2C\_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich").

Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich hindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob sich eine zu beurteilende Verhaltensweise als das eine oder andere charakterisiert. Allemal ist die Missbräuchlichkeit einschliesslich der Wettbewerbsschädigung der strittigen Verhaltensweise in einer Einzelfallanalyse festzustellen (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe").

Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch die nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Einzelfall immer an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen, da die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise indizieren. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 11.5, 12.6.2, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen").

### **9.1.2 Rechtfertigungsgründe, rechtfertigende Effizienz und Verhältnismässigkeit**

Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung kein sachlicher Grund besteht. Solche Gründe gelten insbesondere dann, wenn sich das betreffende Unternehmen für sein Verhalten auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe. Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"). Ob im Rahmen von Art. 7 KG Effizienzgründe, d.h. das Überwiegen wettbewerbsfördernder Wirkungen (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVER KAUFMANN, Das System der Rechtfertigungsgründe im Kartellrecht: Einwendungen bei Wettbewerbsabreden, in sic! 2013 S. 67, S. 68 ff. [nachfolgend: Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden]), geltend gemacht und berücksichtigt werden können, ist vom Bundesgericht bisher nicht eindeutig beantwortet worden: In einem früheren Urteil wies es auf die entsprechende Möglichkeit hin (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.5.4, "EEF/Watt Suisse AG"), während es in einem späteren Urteil diese Frage für die schweizerische Praxis offen liess (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2. "Preispolitik Swisscom ADSL", mit Hinweis auf Urteil EuGH TeliaSonera, Rz. 76, das Effizienzgründe anerkennt, soweit diese Verbrauchern zukommen). Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmissbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2 "Preispolitik Swisscom ADSL", 139 I 72 E. 10.4.2

a. E., "Publigroupe"). Zudem ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren, d.h. das Verhalten des beherrschenden Unternehmens muss geeignet sein, das von ihm angestrebte Ziel zu erreichen und es muss zur Erreichung dieses Ziels auch erforderlich sein, d.h. es dürfen keine als milder zu beurteilenden alternativen Handlungsweisen zur Verfügung stehen, mit welchen dasselbe Ziel zu erreichen wäre (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.567; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 180; PATRICK L. KRAUSKOPF / OLIVER KAUFMANN, Das System der Rechtfertigungsgründe im Kartellrecht: Einwendungen bei Marktmachtmissbrauch, in: sic! 2013 S. 499, S. 502 f.; JACQUELINE A. SIEVERS, Legitimate business reasons beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Zürich 2014, S. 82 ff.).

Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen zu Recht die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG; vgl. E. 9.2), die Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG; vgl. E. 9.3) sowie die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG; vgl. E. 9.4) vorgeworfen hat.

## **9.2 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG**

### **9.2.1 Rechtliche Grundlagen**

**9.2.1.1** Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen: Es ist grundsätzlich frei in der Wahl seiner Geschäftspartner, denn eine beherrschende Stellung schafft keinen generellen Kontrahierungszwang (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; BBl 1995 468 ff. [Botschaft KG 1995], S. 570; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 776 f., "Six Group"; BORER, a.a.O., Art. 7, Rz. 11; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 70; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.577; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 215; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 191 f.). Im Einzelfall kann die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen aber missbräuchlich sein, namentlich wenn sie darauf abzielt, Konkurrenten vom Markt zu drängen oder ihnen den Marktzugang zu versperren (vgl. HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 70; WEBER/VOLZ, a.a.O.,

Rz. 2.577). Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG erlaubt eine Intervention durch die Wettbewerbsbehörden, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

- a) Marktbeherrschung durch ein Unternehmen (vgl. vorne, E. 8.3),
- b) das sich weigert, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten,
- c) die Verweigerung zeitigt wettbewerbsverfälschende Effekte,
- d) die Verweigerung ist weder objektiv gerechtfertigt noch auf Effizienzgründe gestützt (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 236 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.580 ff.; RAMIN SILVAN GOHARI, Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Bern 2016, S. 647).

**9.2.1.2** Die Geschäftsbeziehung kann direkt (ausdrücklich, explizit) oder indirekt (z.B. mit einem Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien oder der Forderung unangemessener Geschäftsbedingungen) verweigert werden (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.583 f.; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 217; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 205; vgl. auch GOHARI, a.a.O., S. 117 ff. und 125 ff., welcher die Terminologie "ausdrückliche und konstruktive Verweigerungen" bevorzugt) und direkte Konkurrenten oder Unternehmen vor- oder nachgelagerter Marktstufen betreffen (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.582; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 195). Der Tatbestand umfasst sowohl die Nichtaufnahme potentieller Geschäftsbeziehungen als auch die Einschränkung oder den Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 202; BORER, a.a.O., Art. 7, Rz. 10; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.581; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 215; GOHARI, a.a.O., S. 112; Botschaft KG 1995, S. 570). Tatbestandsvarianten sind die Weigerung, den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung (essential facility) zu gewähren, sowie die Verweigerung von Lizenzen an Immaterialgüterrechten (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 780, "Six Group"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 229 ff., 254 ff.; BORER, a.a.O., Art. 7, Rz. 13 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.597 ff., 2.608 ff.; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 215).

**9.2.1.3** Mindestens bei der letztgenannten Missbrauchsvariante der Zugangs- und Lizenzverweigerung wird zudem gefordert, dass das verweigerter Gut für die Geschäftstätigkeit des (bestehenden oder möglichen) Geschäftspartners unerlässlich (objektiv notwendig) ist (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 976 ff., "Six Group"; zum Merkmal der Unerlässlichkeit vgl. auch: Botschaft KG 1995, S. 571; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.585; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 218 ff.; differenzierend: STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 207 ff., 212 ff., 238 ff.; GOHARI, a.a.O.,

S. 446). Bei den Missbrauchsvarianten des Lieferabbruchs und der Lieferverweigerung gilt die Unerlässlichkeit nicht als zwingendes Tatbestandselement (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 981 ff., "Six Group"). Für die Beurteilung der Wettbewerbsbehinderung spielt die Unerlässlichkeit eines Inputs dennoch eine Rolle, denn je wichtiger ein Produkt für ein nachfragendes Unternehmen ist, desto grösser dürfte die Wettbewerbsbehinderung sein (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 207). Trotz dieses Bezugs zur Wettbewerbsbehinderung wird die Unerlässlichkeit des Inputs nachfolgend in einem eigenständigen Kapitel behandelt (vgl. E. 9.2.5).

Ein Gut ist unerlässlich, wenn die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit ohne das entsprechende Produkt nicht möglich oder zumutbar ist, weil kein gleichwertiges Alternativprodukt vorhanden ist und es dem nachfragenden Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums auch nicht möglich ist, das betreffende Produkt in ökonomisch und sachlich sinnvoller Art und Weise selbst herzustellen (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 993, "Six Group"; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.585; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 220 ff.; vgl. auch die Definition nach GOHARI, a.a.O., S. 598 f.).

**9.2.1.4** Weiter muss die Geschäftsverweigerung den Wettbewerb beeinträchtigen. Es wird nicht zwingend eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vorausgesetzt, wie teilweise vertreten wird (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.592; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 225 ff., 233); je nach Missbrauchsvariante reicht eine Wettbewerbsbehinderung aus (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1155 ff., "Six Group"; ohne weitere Differenzierung: STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 196). So muss ein Lieferabbruch oder eine Lieferverweigerung nach der Wettbewerbspraxis keine vollständige Aufhebung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zur Folge haben; es genügt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1156, "Six Group", mit Verweisen auf die europäische Praxis). Es müssen keine tatsächlichen Auswirkungen einer Verhaltensweise nachgewiesen werden; der Nachweis einer potentiell nachteiligen Einwirkung ist bereits ausreichend (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1198 ff., "Six Group"). Schliesslich ist entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht erforderlich, dass im Falle des fehlenden Zugangs zum strittigen Gut ein faktischer Marktausschluss des nachfragenden Unternehmens droht (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1184 ff., "Six Group").

**9.2.1.5** Als sachliche Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen kommen zunächst allgemeine kaufmännische Grund-

sätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) in Betracht (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigruppe"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 215). Andere sachliche Gründe sind veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten sowie technische Gründe (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigruppe", mit weiteren Hinweisen). Aus Effizienzgründen ist eine Rechtfertigung von Geschäftsverweigerungen vor allem gestützt auf investitions- oder innovationsschützenden Überlegungen möglich (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.593; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 238; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 216 ff.; SIEVERS, a.a.O., S. 226); andere mögliche Gründe sind ein besseres Preis-/Leistungsverhältnis oder ein grösseres Produktesortiment für die Endkonsumenten (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.5.4, "EEF/Watt Suisse AG"; ROGER GRONER, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen – quo vadis?, in recht 20/2002, S. 63 ff., S. 70; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.565). Keine legitimitate business reasons können demgegenüber das Ansinnen des Marktbeherrschers darstellen, seine Marktanteile auf Kosten eines Konkurrenten beizubehalten (bzw. sogar auszubauen) oder seine Marktmacht auf einen benachbarten Markt auszudehnen, indem entweder Wettbewerber aus diesem Markt verdrängt werden oder der Markteintritt potenzieller Wettbewerber verhindert wird (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 239).

**9.2.1.6** Subjektive Beweggründe, die zu einer Wettbewerbsverfälschung (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) führen, sind für die Beurteilung nicht massgebend (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1130 und 1194, "Six Group").

**9.2.1.7** Der Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hat wettbewerbspolitisch zentrale Bedeutung, dient er doch indirekt auch der besseren Verwirklichung der Verhinderung von anderen missbräuchlichen Verhaltensweisen. Erfahrungsgemäss wagen es nämlich kleinere Unternehmen aus Angst vor einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen meistens nicht, sich gegen marktbeherrschende Unternehmen in dem ihnen zustehenden Masse zu wehren, wenn sie von diesen abhängig sind (vgl. Botschaft KG 1995, S. 570 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.577; STÄUBLE/

SCHRANER, Dike-KG, Art. 7 Rz. 198 f.; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 778, "Six Group").

### 9.2.2 Vorgebrachte Argumente

Die Vorinstanz wirft Teleclub vor, von Dezember 2010 bis mindestens Sommer 2013 die Geschäftsbeziehung gegenüber verschiedenen TV-Plattformanbietern in den nationalen Märkten für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV in ungerechtfertigter Weise verweigert zu haben (vgl. Verfügung, Rz. 615 – 720). Bis zum 2. Juni 2012, als Teleclub bei Sunrise TV aufgeschaltet worden sei, habe kein Anbieter mit IP-basierter Plattform (ausser Swisscom) das Teleclub-Programm verbreiten können, obwohl verschiedene Plattformanbieter (DCG, YplaY, Stafag, Finecom, Netplus, Ticonocom) die Bereitstellung des Teleclub-Programmangebots wiederholt nachgefragt hätten. Zudem erhalte abgesehen von Cablecom und den Partnern der DCG auch kein KNU trotz entsprechender Nachfragen (namentlich durch Finecom für den QL-Verbund, französischsprachige Plattformanbieter) das Teleclub-Programm für seine Plattform (vgl. Verfügung, Rz. 622 ff.). Angesichts der geringeren Bedeutung für die Kundengewinnung und –bindung stellten die ausländischen Fussballübertragungen im Pay-TV im Gegensatz zu den inländischen Fussball- und Eishockeyübertragungen im Pay-TV insgesamt keinen objektiv notwendigen Input dar (vgl. Verfügung, Rz. 646). Auch die fehlende Integration des Teleclub-Programmangebots in die eigene TV-Plattform sei nicht als objektiv notwendiger Input für die KNU zu qualifizieren (vgl. Verfügung, Rz. 647), dies im Gegensatz für Betreiber einer IPTV-Plattform, die keine andere Möglichkeit hätten, als das Teleclub-Programmangebot als Vorleistung zu beziehen und in die eigene TV-Plattform zu integrieren (vgl. Verfügung, Rz. 648). Unerlässlich sei lediglich das für die KNU und Sunrise reduzierte Angebot auf den Sportkanälen 1 bis 3 (Verfügung, Rz. 620). Weiter bestehe für die betroffenen Unternehmen auch keine Möglichkeit, das in Frage stehende Produkt selbst zu produzieren (vgl. Verfügung, Rz. 649). Daher stellten für TV-Plattformanbieter, die Angebote auf der Basis der IPTV-Technologie unterbreiten wollten, Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Pay-TV objektiv notwendige Inputs dar (vgl. Verfügung, Rz. 651). Ohnehin hätte sie die objektive Notwendigkeit eines Inputs nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gar nicht prüfen müssen (vgl. Duplik, Rz. 15 und 80). Eine Wettbewerbsbehinderung im TV-Plattformmarkt sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Diese Wettbewerbswirkung werde zudem durch das Zusammenspiel mit den Fernmeldemärkten verstärkt (vgl. Verfügung, Rz. 652 ff.).

Dem halten die Beschwerdeführerinnen entgegen, die Vorwürfe der Vorinstanz beruhten auf einer mangelhaften Untersuchung (vgl. Beschwerde, Rz. 591 ff.; Replik, Rz. 161 ff.). Die Vorinstanz gehe fälschlicherweise davon aus, dass die in Frage stehenden Sportübertragungen für den Betrieb einer TV-Plattform von herausragender Bedeutung seien (vgl. Beschwerde, Rz. 592). Zu dieser Fehleinschätzung sei die Vorinstanz vor allem gelangt, weil sie die relevanten Wettbewerbsparameter für den Betrieb von TV-Plattformen (vgl. Beschwerde, Rz. 594 ff.; Replik, Rz. 161 ff.) sowie die Bedeutung der Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen von Teleclub nur fehlerhaft und keineswegs umfassend untersucht habe (vgl. Beschwerde, Rz. 657 ff.; Replik, Rz. 173 ff.). Die wenigen Beweise habe sie lediglich selektiv gewürdigt (vgl. Beschwerde, Rz. 719 ff.; Replik, Rz. 179). Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, Teleclub habe mit allen fraglichen TV-Plattformen Geschäftsbeziehungen unterhalten (vgl. Beschwerde, Rz. 736 ff.; Replik, Rz. 200 ff.). Sodann sei das Angebot der Schweizer Fussball- und Eishockeyligaspiele im Rahmen des auf Teleclub Sport 1 bis 3 verfügbaren Umfangs für den Betrieb einer TV-Plattform objektiv nicht notwendig (vgl. Beschwerde, Rz. 757 ff.; Replik, Rz. 204 ff.). Auch habe die Verweigerung zu keiner Wettbewerbsbehinderung geführt (vgl. Beschwerde, Rz. 773 ff.; Replik, Rz. 209 ff.); namentlich verfolgten sie keine Behinderungsstrategie (vgl. Beschwerde, Rz. 848 ff.; Replik, Rz. 182 ff.; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 8). Des Weiteren hätten sie kein neues Erzeugnis behindert (vgl. Beschwerde, Rz. 839 ff.; Replik, Rz. 224 ff.) und könne sich Teleclub auf Rechtfertigungsgründe stützen (vgl. Beschwerde, Rz. 848 ff.; Replik, Rz. 226 ff.). In Bezug auf Sunrise erklären die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe zu Recht eine Geschäftsverweigerung gegenüber Sunrise in Bezug auf die Deutschschweiz verneint; auch eine Geschäftsverweigerung für die französischsprachige Schweiz liege nicht vor (vgl. Replik, Rz. 290 ff.).

Die Beschwerdegegnerin argumentiert, entgegen den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung hätten die Beschwerdeführerinnen ihr gegenüber nicht nur in der französischen Schweiz, sondern auch in der Deutschschweiz Geschäftsbeziehungen verweigert. In Bezug auf die französische Schweiz habe sie überhaupt kein Angebot von den Beschwerdeführerinnen erhalten, obwohl sie letztere explizit danach angefragt habe. Zudem teile sie nicht die Einschätzung der Vorinstanz, wonach das Vollangebot an Kanälen für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht unerlässlich sei, da die Verweigerung des vollwertigen Sportangebots von Teleclub es ihr und anderen Anbieterinnen verunmögliche, im Wettbewerb auf dem



nachfolgenden Markt für TV-Plattformen wirksam mit Swisscom TV konkurrieren zu können (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 25 ff.; Duplik, Rz. 34 ff.).

### **9.2.3 Umfang der Untersuchung der Wettbewerbsparameter und Würdigung der Beweise durch die Vorinstanz**

Auf die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfenen Rügen des Umfangs der Untersuchung und der Beweiswürdigung durch die Vorinstanz (vgl. Beschwerde, Rz. 591 ff.; Replik, Rz. 161 ff.), soweit nicht im Folgenden dazu Stellung genommen wird, ist im Rahmen der materiellen Prüfung einzugehen (vgl. E. 9.2.4 ff.; zum Untersuchungsgrundsatz vorne, E. 5.1).

Die Beschwerdeführerinnen kritisieren, die Vorinstanz gehe ohne Untersuchung von der Gleichwertigkeit der TV-Plattformen aus und widerspreche sich diesbezüglich in der Verfügung (vgl. Beschwerde, Rz. 635 ff.). In der Tat erklärte die Vorinstanz zwar, *inhaltlich* sei für die regionale Verbreitung von Swisscom TV, abgesehen vom Sportangebot, kein wesentlicher Unterschied im Plattformangebot ersichtlich (vgl. Verfügung, Rz. 671-673). Technisch und vertraglich aber wies die Vorinstanz sehr wohl auf Unterschiede zwischen den Plattformen (Übertragungsqualität, benötigte Hardware, Programmauswahl, Zusatzfunktionen wie Aufnahmemöglichkeit und Programmfunktion, Möglichkeit, die Fernsehplattform mit anderen Produkten wie Internet und Mobilfunk gemeinsam zu beziehen, Plattformpreis, Wahl des Pay-TV-Programmpakets, PPV, VoD oder PPC) hin (vgl. Verfügung, Rz. 366, 381 ff.), so dass auch nach Ansicht der Vorinstanz mit Bezug auf ihre technischen und vertraglichen Parameter eine erhebliche Vielfalt unter den Plattformen besteht. Fallrelevante Unterschiede (vgl. Beschwerde, Rz. 644 ff.), werden im Folgenden berücksichtigt.

Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, die Vorinstanz habe nur aktuelle Marktverhältnisse untersucht (vgl. Beschwerde, Rz. 661 ff.; Replik, Rz. 106 ff.), übersehen sie, dass die Marktbefragungen der Vorinstanz auch auf die Vergangenheit fokussierten. In der ersten Marktbefragung vom 30. Mai 2012 (vgl. act. 3) waren dies die Fragen 10b ("Hat Teleclub in den letzten Jahren versucht, sein Pay-TV-Programm über Ihre Plattform zu verbreiten?"), 10c ("Haben Sie in den letzten Jahren versucht, für Ihre TV-Plattform das Teleclubangebot zu bekommen?"), 11b ("Haben Sie in den letzten Jahren versucht, für Ihre TV-Plattform zusätzliche Sportkanäle von Teleclub zu bekommen?"), 12b ("Haben Sie in den letzten Jahren versucht, für Ihre TV-Plattform zusätzliche Live-Spiele von Teleclub zu bekommen?"). In der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013 (vgl. etwa Fra-

gebogen für Stadtantennen Baar, act. 180) wurde etwa nach Verhandlungen mit Teleclub (vgl. Frage 1, act. 180) und nach Projektabrechnungen der letzten 5 Jahre für die Vermarktung des Teleclub-Programmangebots (vgl. Frage 4, act. 180) und nach Kundendaten ab 2006 (vgl. Fragen 5 und 6, act. 180) gefragt. Andere Fragen waren dagegen in der Tat gegenwartsbezogen, in der ersten Marktbefragung etwa die Fragen 9a ("Können über Ihre TV-Plattform Angebote von Teleclub bezogen werden?"), 10a ("Sofern Ihre Kunden kein Angebot von Teleclub beziehen können [...], Gibt es dafür technische Gründe?"), 14 ("Nennen Sie bitte die für die Kundengewinnung bzw. Kundenbindung wichtigsten Leistungen und Inhalte, die ein Angebot im Bereich Digital TV enthalten muss") und 15 ("Beschreiben Sie bitte, welche Bedeutung der Live-Ausstrahlung exklusiver Sportereignisse für Kundengewinnung bzw. Kundenbindung auf Ihrer TV-Plattform zukommt"), in der zweiten Marktbefragung etwa die Frage "Wie wichtig ist die Verfügbarkeit der folgenden Sport-Ligen auf Ihrer TV-Plattform für die Kundengewinnung und Kundenbindung?" (vgl. act. 214, Frage 5). Da es bei zahlreichen Fragen um Meinungen (zu Leistungen und Inhalten) ging, konnte die Vorinstanz indessen kaum anders, als die Fragen gegenwartsbezogen zu formulieren. Diesen Mangel ausgleichend ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Vorinstanz auch auf Marktforschungen vergangener Jahre stützte (vgl. hinten, E. 9.2.5.2).

Auch wenn die Beschwerdeführerinnen bemängeln, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf die Bedeutung von Sportübertragungen im Ausland abgestellt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 676 ff.), ist ihnen entgegenzuhalten, dass sich die Vorinstanz, nicht nur auf ausländische Literatur (z.B. was die objektive Notwendigkeit von Sportübertragungen betrifft), sondern namentlich auch auf die Stellungnahmen der TV-Plattformanbieter gestützt hat (vgl. Verfügung, Rz. 628 ff.). Die Kombination dieser Antworten mit – ausländischer oder inländischer – Literatur ist geeignet, das Beweisergebnis zu stützen.

## **9.2.4 Geschäftsverweigerung**

### **9.2.4.1 Überblick über die vorgeworfenen Geschäftsverweigerungen**

Die Vorinstanz erachtete das Tatbestandselement der Geschäftsverweigerung in folgender Hinsicht als erfüllt:

- Zugang zu *eingeschränktem* Teleclub-Sportangebot (vgl. nachfolgende E. 9.2.4.2 ff.): Hierzu gehören
  - TV-Plattformanbieter, die von Teleclub zwar keine Möglichkeit bekamen, Teleclub in ihre TV-Plattform zu integrieren, ihren Kunden aber mittels Signalanlieferung beschränkten Zugang zu Teleclub, namentlich zu den Sportkanälen 1-3, verschaffen konnten (vgl. Verfügung, Rz. 623)
  - Sunrise, die ihren Kunden ab Juni 2012 wenigstens die Teleclub-Sportkanäle 1-3 anbieten konnte (vgl. Verfügung, Rz. 159 und 622);
- *Vollständige* Verweigerung des Teleclub-Sportangebots (vgl. nachfolgende E. 9.2.4.3 ff.): TV-Plattformanbieter, die vergeblich versucht haben, mit Teleclub eine Geschäftsbeziehung einzugehen, die es ihnen ermöglicht hätte, ihren Kunden das Sportangebot von Teleclub zugänglich zu machen (vgl. Verfügung, Rz. 622)
- Verweigerung des *französischsprachigen* Teleclub-Sportangebots (vgl. nachfolgende E. 9.2.4.4 ff.): TV-Plattformanbieter, die vergeblich versucht haben, das französischsprachige Teleclub-Angebot zu erhalten (vgl. Verfügung, Rz. 624).

#### **9.2.4.2 Zugang zu eingeschränktem Teleclub-Sportangebot**

**9.2.4.2.1** Nach den Sachverhaltsermittlungen der Vorinstanz erhielt im massgeblichen Untersuchungszeitraum kein KNU (abgesehen von Cablecom und den Partnern der DCG) das Teleclub-Programm für seine Plattform. Verschiedene KNU hätten dabei selber um die Bereitstellung nachgefragt, insbesondere Finecom. Zudem habe der Branchenverband Swisscable ein Verhandlungsmandat gehabt (vgl. Verfügung, Rz. 623).

Die Beschwerdeführerinnen machen hierzu geltend, eine Geschäftsverweigerung sei erst zu bejahen, wenn eine Geschäftsbeziehung gänzlich verweigert oder eine bestehende Geschäftsbeziehung eingeschränkt oder abgebrochen werde. Teleclub habe aber sein Angebot auf Teleclub 1 – 3 für die KNU und Sunrise über den gesamten Untersuchungszeitraum ausgebaut und erweitert. Zudem misslinge der Vorinstanz nachzuweisen, dass es überhaupt eine Anfrage gegeben habe, die Teleclub hätte erfüllen können. Pauschale Ausführungen, verschiedene Plattformbetreiber hätten wiederholt die Bereitstellung nachgefragt (vgl. Beschwerde, Rz. 736 ff.;

Replik, Rz. 201 f.), genügten nicht. Denn alle von der Vorinstanz genannten KNU und Kabelnetzverbände hätten während des ganzen Untersuchungszeitraums Geschäftsbeziehungen mit Teleclub unterhalten, weil Teleclub in den Kabelnetzen das umfassende Teleclub-Angebot inklusive Sportpaket übertrage (vgl. Beschwerde, Rz. 740). So übertrage Yplay, das sich ursprünglich für Teleclub auf IPTV interessiert habe, das Teleclub-Angebot per RF-TV in den FTTH-Netzen im gleichen Vertriebsmodell wie über die Kabelnetze (vgl. Beschwerde, Rz. 742).

Entgegen diesen Bemerkungen beschränkte sich die Vorinstanz allerdings nicht auf pauschale Ausführungen zu Nachfragen von Plattformbetreibern, sondern verweist auf Abschnitt A.4.3.5.8, in welchem sie die Anfragen von KNU und des Branchenverbands Swisscable nach Erweiterung des Sportangebots mit Aussagen aus der Marktbefragung belegt (vgl. Verfügung, Rz. 623, mit Verweis auf Rz. 222 ff.). Der über Glasfasernetze verfügende TV-Plattformanbieter YplaY verfolgte das Ziel, Teleclub sowohl via RF-TV (Radio Frequency-Television, vgl. Rz. 66 der Verfügung) als auch via die eigene IPTV-Plattform zu verbreiten (act. 27, Antwort auf Fragen 8 und 10 und Beilage "Ablauf der Verhandlungen zwischen [...] und Herrn [...]"). Die Aufschaltung des Teleclubsignals via RF-TV gelang, während die Verhandlungen zur Verbreitung von Teleclub über IPTV abgebrochen wurden (vgl. Verfügung, Rz. 218; Beschwerde, Rz. 742; act. 252, Antwort auf Frage 1). Von welcher Seite die Verhandlungen abgebrochen wurden, ist aufgrund der Akten unklar (vgl. act. 252, Antworten von YplaY auf Frage 1):

"Nachdem wir Teleclub auf dem RF-TV bekommen haben, haben wir unverzüglich die Gespräche für IP-TV aufgenommen. Es fanden 2 Meetings zwischen Herrn [...] und Herrn [...] statt. Im Prinzip ist Teleclub auf dem Standpunkt, dass wir die Verschlüsselung wie Sunrise oder Swiscom lösen müssen. Die Verhandlungen sind im Moment auf Eis gelegt, da keine kommerziell vernünftige Lösung gefunden werden konnte. Eine eigene Verschlüsselung ist unter den gegebenen Umständen nicht machbar."

"Die Verhandlungen wurden abgebrochen - eine Weiterführung scheint nicht viel Sinn zu machen und ist nicht geplant. Es wurde auch geprüft, inwieweit Teleclub eine eigene IP-TV Box vertreiben könnte indem sie dann wie heute ihre Box in das Netz des Providers stellt. Auch dieser Ansatz scheint nicht sinnvoll zu sein aus der Sicht des Teleclub."

**9.2.4.2.2** Eine ähnliche Situation ist bei der Stafag Communications AG (kurz: Stafag), die ihr TV-Angebot sowohl über Kabel-, als auch über Glasfasernetze vertreibt (vgl. act. 39, Antworten auf Fragen 2 und 5), festzustellen. Sie konnte ihren Kunden das digitale Teleclub-Programm mittels eines

alternativen Zugangs – vorliegend via HF Overlay – anbieten (vgl. act. 227, Antwort auf Frage 3), indessen trotz Nachfragen nicht über ihre eigene TV-Plattform (act. 39, Antwort auf Frage 10):

"Telefongespräch mit Hr. [...], CEO Teleclub, das letzte Gespräch fand Ende 2011 statt. Erneute Absage für die Einspeisung in die eigene TV-Plattform."

Teleclub habe die Absage wie folgt begründet (vgl. act. 227, Antwort auf Frage 1):

"Es gäbe einen Firmenbeschluss, keinen weiteren Netzen die Verbreitung über die eigene Plattform zu bewilligen. Deutliches und unabrückbares NoGo seitens Teleclub. Es wurde in Aussicht gestellt, dass allenfalls wieder CI-Module zugelassen würden."

Des Weiteren erklärte Stafag am 10. Juli 2013, ohne indessen ihre Aussage mit einem Vertragsentwurf oder einer Bestätigung durch Teleclub dokumentieren zu können (vgl. act. 227, Antwort auf Frage 2; act. 317):

"Es liegt ein Angebot der Teleclub vor, bei welchem wir die ganze Sportpalette (nicht nur 3 Sender) übertragen könnten. Das Angebot beinhaltet jedoch kein Einzelabruf sowie keine Uebertragung für die IP-TV-Netze.

Die Stafag hat das Teilangebot abgelehnt, da wir die Programme auf unserer IP-TV-Plattform nicht übertragen dürfen (können)."

**9.2.4.2.3** Wie die vorgenannten YplaY und Stafag hatten auch die KNU nur die Möglichkeit, ihren Kunden mittels eines alternativen Zugangs (in casu mittels Signalanlieferung) Zugang zu den Teleclub-Sportkanälen 1-3 zu gewähren (vgl. Verfügung, Rz. 623 und 647). Diesbezüglich wird den Beschwerdeführerinnen keine (vollständige) Geschäftsverweigerung zu Lasten der KNU vorgeworfen (vgl. Verfügung, Rz. 620). Fakt ist, dass Teleclub Geschäftsbeziehungen mit diesen Unternehmen unterhielt, wenn auch nicht im gewünschten Umfang und in der von diesen Unternehmen favorisierten Form. Insofern handelt es sich bei dieser Sachverhaltsvariante weder um die Nichtaufnahme potentieller Geschäftsbeziehungen noch um die Einschränkung oder den Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen (vgl. vorne, E. 9.2.1.2), sondern um eine bloss teilweise Geschäftsverweigerung. Diese ist angesichts der Tatsache, dass in casu eine Geschäftsbeziehung vorhanden ist, nachstehend unter dem Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern zu prüfen (vgl. hinten, E. 9.3).

Abgesehen davon kann es genügen, ein Verhalten auf Verletzung eines einzigen Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 KG zu prüfen (vgl. Urteil des BGer

2C\_113/2017 E. 6.3, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"). Entsprechend des vorliegenden Beweisergebnisses werden auch die Fälle YplaY, Stafag und Sunrise (bezüglich des deutschsprachigen Angebots) unter diesem Aspekt zu beurteilen sein (vgl. hinten, E. 9.3).

#### **9.2.4.3 Vollständige Verweigerung des Teleclub-Sportangebots**

**9.2.4.3.1** Die Möglichkeit, das Teleclub-Programm mittels Signalanlieferung zugänglich zu machen, fehlt aus technischen Gründen Betreibern einer IPTV-Plattform, die ein regionales Glasfasernetz oder das Kupferanschlussnetz der Swisscom nutzen. Sie sind darauf angewiesen, das Teleclub-Programmangebot als Vorleistung beziehen und in die eigene TV-Plattform integrieren zu können (vgl. Verfügung, Rz. 648). Diesen TV-Plattformbetreibern ist nach den Ermittlungen der Vorinstanz das Teleclub-Sportangebot vollständig verweigert worden; davon ausgenommen sei Sunrise TV und seit Februar 2013 die Partner der DCG (vgl. Verfügung, Rz. 622).

Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, Teleclub habe gegenüber Unternehmen wie Quickline, Netstream, Deep, TV Factory oder Netplus keine Geschäfte verweigert, denn diese Unternehmen stellten Netzbetreibern wie Sunrise eine TV-Plattform im Wholesale bereit. Da Teleclub weder über ein Wholesale-Angebot noch über die erforderlichen Lizenzen dazu verfüge, sei eine Verweigerung ausgeschlossen (vgl. Beschwerde, Rz. 743 f.). Im Übrigen bestreiten die Beschwerdeführerinnen nicht, dass Teleclub kleineren IPTV-Plattformen das Teleclub-Angebot nicht zur Verfügung gestellt hat (vgl. Replik, Rz. 203 a.E.); sondern sie berufen sich dafür auf Rechtfertigungsgründe (vgl. Beschwerde, Rz. 852 ff.).

**9.2.4.3.2** Teilt sich bei der Weitergabe von TV-Signalen von der Content- bis zur Konsumentenebene (vgl. vorne, E. 6.1) die Distributionsebene in eine Wholesale- und eine Retailstufe, verlängert dies zwar die Weitergabekette, nicht aber die Leistungen der inhalteproduzierenden Content- und Programmebenen, die sich dafür ausschliesslich an der Nachfrage der Zuschauer orientieren und ihr Signal gegen Entgelt in die Kette einspeisen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen über fehlende Wholesale-Angebote und Lizenzrechte ändern darum nichts an der Tatbestandsmässigkeit ihrer Verweigerung, die ihr fehlendes Wholesale-Angebot gerade

manifestiert (vgl. auch Vernehmlassung, Rz. 73). Indessen sind allfällige Rechtfertigungsgründe zu prüfen (vgl. E. 9.2.8).

**9.2.4.3.3** Bei der GGA Maur, welche zu den Partnern der Digital Cable Group (DCG) gehört, betrifft die vorgeworfene Geschäftsverweigerung nicht die Bereitstellung für das Kabelnetz (vgl. Verfügung, Rz. 623; Beschwerde, Rz. 740), sondern für verschiedene Glasfasernetze (vgl. Verfügung, Rz. 622 und 191 ff.). Am 15. Oktober 2010 wandte sich die GGA Maur mit folgender E-Mail an Teleclub (vgl. act. 106, Beilage):

"Die GGA Maur verbreitet seit 2006 das Angebot des Teleclub in ihrem Versorgungsgebiet. Seit 2009 bietet die GGA Maur auch in den so genannten Open-access Glasfasernetzen der EW's in Zürich, Winterthur und Meilen ihre Dienstleistungen. Selbstverständlich würden wir in diesem Zusammenhang auch das Angebot des Teleclub in diesen Gebieten unseren Kunden anbieten. Ich möchte Sie deshalb anfragen, ob dies möglich ist und wir uns über einen Vertrag zur Gebietserweiterung unterhalten können."

Nachdem ein Gespräch zwischen der GGA Maur und Teleclub stattgefunden hatte, antwortete Teleclub der GGA Maur mit E-Mail vom 4. April 2011 (vgl. act. 106, Beilage):

"Nach entsprechenden Abklärungen technischer und lizenzrechtlicher Fragen sowie einer Diskussion innerhalb der Geschäftsleitung muss ich Ihnen mitteilen, dass eine Gebietserweiterung im gewünschten Sinne gegenwärtig nicht möglich ist. Wie ich Ihnen bereits anlässlich unseres Gespräches mitgeteilt habe, stehen dem Vorhaben insbesondere lizenzrechtliche Gründe entgegen. Der Aufwand, diese Hindernisse aus dem Weg zu räumen (sofern dies überhaupt möglich wäre), stünde in keinem Verhältnis zum Ertrag, selbst bei einer erfolgreichen Vermarktung auf der neuen Plattform."

Im Februar 2013 schloss Teleclub mit einer Teilgruppe der DCG (GGA Maur, Sasag Kabelkommunikation AG, Stadtantennen AG Baar, WWZ Telekom AG) einen Vertrag, der die Verbreitung von Teleclub, darunter Teleclub Sport 1-3, auch auf dem FTTH-Netz ermöglichte (vgl. act. 223, Beilage "Vereinbarung betreffend Teleclub Digital", Ziff. 1.1 und 2.1).

**9.2.4.3.4** Bereits die Mygate AG, deren Kunden YplaY am 1. März 2012 übernommen hat, hatte versucht, Teleclub für die Verbreitung auf ihren FTTH-Netzen zu gewinnen (vgl. Schreiben vom 9. November 2009 [act. 27, Beilage]):

"(...) Verschiedene Kunden fragen uns an, ob es möglich wäre, Teleclub anzubieten. Technisch wäre es bei uns gut möglich und einer Zusammenarbeit mit Ihnen steht aus unserer Sicht nichts im Wege. Ich bitte Sie, mir mitzuteilen, ob

und allenfalls unter welchen Bedingungen Teleclub unseren Schweizer Kunden angeboten werden kann."

Von Teleclub erhielt sie mit E-Mail vom 18. Dezember 2009 folgenden Bescheid (vgl. act. 27, Beilage):

"Aufgrund der mir damals nicht vorliegenden kurzen Dokumentation gehe ich davon aus, dass eine Zusammenarbeit aufgrund des verfolgten Geschäftsmodells eher nicht in Frage kommt, wir müssten allerdings, vielleicht doch im Rahmen eines Gespräches oder zumindest Telefonates die Einzelheiten klären."

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass Mygate bis zur Übernahme durch YplaY keine Möglichkeit erhielt, Teleclub auf ihren Netzen zu übertragen (vgl. Verfügung, Rz. 219). Der Hinweis der Beschwerdeführerinnen, dass die Verhandlungen abgebrochen worden seien (vgl. Replik, Rz. 203), bezieht sich auf YplaY (vgl. Verfügung, Rz. 220, mit Verweis auf act. 252, Antwort auf Frage 1).

**9.2.4.3.5** Die Finecom Telecommunications AG, eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Besonet AG, betreibt für die Partner im sog. "Quickline-Verbund" zwei verschiedene TV-Plattformen. Einerseits die digitale TV-Plattform "QL-DTV", die über verschiedene Kabelnetze betrieben wird, andererseits die interaktive TV-Plattform "QL Verte!", welche mittels Glasfasernetzen verfügbar gemacht wird (vgl. act. 58, Antworten auf Fragen 2b und 4). Über keine dieser Plattformen kann Teleclub bezogen werden. Der Empfang von Teleclub-Programmen ist für die Kunden lediglich mittels separater Set-Top Box von Teleclub möglich; in diesem Fall übertragen die Quickline-Partner lediglich das Teleclub-Signal (vgl. act. 58, Antwort auf Frage 9, und Beilage "Signalanlieferungsvertrag für das Abonnementsfernsehprogramm Teleclub Digital" vom 15. Dezember 2009/25. Februar 2010 zwischen Teleclub und Finecom Telecommunications AG).

In Bezug auf die angestrebte Integration von Teleclub auf ihrer TV-Plattform erklärte Finecom gegenüber Teleclub mit E-Mail vom 28. Januar 2011 (vgl. act. 58, Beilage):

"Unter anderem habe ich Ihnen erläutert, dass unser Partner allenfalls die Integration von Teleclub auf unserer interaktiven Verte-STB anstreben. Ich habe ihnen versprochen, dass ich mich bei Ihnen melden werde, sobald diesbezüglich im Quickline-Verbund eine klare Haltung besteht. Nachdem wir nun das Thema im Dezember ausführlich besprochen haben, freut es mich Ihnen mitzuteilen, dass wir gern Teleclub integrieren möchten (gleiches Modell wie bei den DCG-Partnern)."



Am 31. Januar 2011 antwortete Teleclub zunächst folgendermassen (vgl. act. 58, Beilage):

"Vielen Dank für ihre tolle Nachricht. Wir sind überzeugt, mit der Integration der Teleclubkanäle auf ihrer Settopbox ein für ihre Kabelnetzkunden absolut spannendes und attraktives Angebot zu bieten und freuen uns schon jetzt auf eine erfolgreiche Zusammenarbeit."

Am 4. April 2011 liess Teleclub indessen verlauten (vgl. act. 58, Beilage):

"Nach wie vor sind wir sehr zurückhaltend, was die Erweiterung der Gebiete mit einer parallelen Vermarktung des Teleclub-Angebotes anbelangt. (...) Wir sind deshalb zum Schluss gekommen, dass wir Erweiterungen solcher parallelen Vermarktungsstrukturen nur dort eingehen möchten, wo die für uns resultierenden Nachteile durch steigende Abonnentenzahlen wettgemacht werden und diese steigenden Abonnentenzahlen durch entsprechende Minimumgarantien abgesichert sind. Sofern Sie Ihr Projekt auf dieser Basis weiterführen möchten, bitte ich um Angabe der nach Ihren Prognosen zu erwartenden Steigerung der Abonnentenzahlen im von Finecom versorgten Gebiet in den nächsten fünf Jahren -basierend auf dem bestehenden Teleclub Angebot, so dass wir die Eckpunkte einer solchen Kooperation prüfen könnten."

Mit E-Mail vom 15. April 2011 bekräftigte Finecom ihr Interesse, das Projekt umzusetzen und die Bereitschaft, gewisse Formen von Minimumgarantien abzugeben (vgl. act. 58, Beilage). Dass Teleclub darauf nicht mehr geantwortet hat, wie Finecom in ihrer Antwort auf den Fragebogen vom 12. Juni 2013 erklärt (vgl. act. 238, Antwort auf Frage 1), bestreiten die Beschwerdeführerinnen nicht.

**9.2.4.3.6** Die netplus.ch SA (nachfolgend: netplus) mit Sitz in Sierre bietet mittels verschiedener Partner Telekommunikationsdienstleistungen über Kabel- und Glasfasernetze an (vgl. Verfügung, Rz. 206; act. 242, Beilage 1). Einer dieser Partner, Sierre-Energie SA (kurz: Siesa), beabsichtigte, der deutschsprachigen Kundschaft auf ihrem neu entwickelten Glasfasernetz Teleclub-Programme anbieten zu können und teilte Teleclub mit Schreiben vom 10. November 2006 Folgendes mit (vgl. act. 48, Beilage):

"(...) Nous serions intéressés à savoir si votre société pourrait envisager un partenariat commercial avec notre entité et à quelles conditions il serait possible de le mettre sur pied."

Im selben Schreiben erklärte Sierre-Energie, dass sie auch ein VOD-System anbieten werde, welche mit einer Verschlüsselung versehen sei und sich deshalb für Pay-TV wie Teleclub eignen würde (vgl. act. 48, Beilage):

"Parallèlement, nous allons également mettre en ligne une offre de vidéo à la demande. Pour ce faire, nous avons dû mettre en place une DRM que nous allons utiliser pour crypter certains programmes TV qui seront offerts sous forme de bouquets payants. Ce système a été validé par notre fournisseur de contenus. En cas d'accord avec votre société, ce même système servirait aussi à protéger vos programmes."

Auf dieses Schreiben hat Sierre-Energie SA nach eigener Aussage eine negative Antwort erhalten (vgl. act. 48, Antwort auf Frage 19).

Die Anfrage seitens Swisscom, einen Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz von Sierre-Energie SA zu erhalten (vgl. Schreiben vom 26. August 2010, Beilage zu act. 48), nutzte Sierre-Energie SA, um im Gegenzug nach einer Teleclub-Offerte zu fragen (act. 48, Beilage):

"Après réflexion, nous sommes ouverts à discuter d'un accès sur nos fibres nues au niveau 'Layer 1' à la condition que de votre côté, vous nous donniez l'accès à l'offre Teleclub Sport live ainsi qu'aux chaînes en option Teleclub basic, Teleclub movie, Teleclub Sport et Teleclub Family."

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2011 an Swisscom stellte Sierre-Energie SA fest, dass sie auf ihre Teleclub-Offertanfrage keine Antwort bekommen habe (vgl. act. 48, Beilage):

"Or, à ce jour, nous n'avons jamais reçu de réponse sur la possibilité pour nous de commercialiser l'offre Teleclub."

In der Tat hatte Swisscom weder im Schreiben vom 18. November 2011 noch vom 12. Dezember 2011 auf die Teleclub-Offertanfrage Bezug genommen (vgl. act. 48, Beilage). Wie einem Schreiben von Sierre-Energie SA vom 5. März 2012 zu entnehmen ist, habe Swisscom schliesslich anlässlich eines Treffens vom 10. Februar 2012 erklärt, dass eine Zusammenarbeit in Bezug auf Teleclub nicht vorgesehen sei (vgl. act. 48, Beilage).

**9.2.4.3.7** Auch der Internet Service Provider Ticinocom SA, der Internetdienstleistungen, Telefon und TV über DSL in der ganzen Schweiz anbietet, war an einer Zusammenarbeit mit Teleclub interessiert und gelangte am 5. Oktober 2010 mit folgender E-Mail an Teleclub (vgl. act. 1):

"Wir sind daran interessiert, einen Teil oder das gesamte Teleclub Paket in unser IPTV-Angebot aufzunehmen bzw. zu wiederverkaufen. Ist das möglich, und wenn ja, unter welchen Bedingungen?"

Darauf erhielt Ticinocom am 5. Dezember 2010 folgende abschlägige Antwort von Teleclub (vgl. act. 1):

"Teleclub wird nicht für den Wiederverkauf auf anderen IPTV-Plattformen angeboten."

Am 5. Juli 2012 bekundete Ticinocom ein weiteres Mal Interesse an Teleclub (vgl. act. 117, Beilage):

"Wir sind sehr daran interessiert, einen Teil oder besser das gesamte Teleclub Paket in unser IPTV Angebot aufzunehmen."

Eine Antwort von Teleclub ist nicht dokumentiert (vgl. Verfügung, Rz. 230); es wird indessen auch keine Antwort geltend gemacht. Im Laufe des Verfahrens teilte Ticinocom der Vorinstanz mit E-Mail vom 19. Februar 2014 mit, dass "in einigen Monaten" Teleclub für ihre Kunden mittels eigener Set-Top Box und separatem Teleclub-Vertrag zugänglich gemacht würde (vgl. act. 334).

#### **9.2.4.4 Verweigerung des französischsprachigen Teleclub-Sportangebots**

**9.2.4.4.1** Sunrise erhielt nach den Feststellungen der Vorinstanz das französischsprachige Teleclub-Angebot während des Untersuchungszeitraums trotz entsprechender Anfragen nicht (vgl. Verfügung, Rz. 120 und 624). Die Beschwerdeführerinnen erklären, Sunrise habe von sich aus auf das französischsprachige Teleclub-Sportangebot verzichtet (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 109). In den Akten befindet sich, nebst undokumentierten Antworten von Sunrise (act. 262, Antworten auf Fragen 1, 6 und 12) namentlich eine Offertanfrage von Sunrise vom 8. Juli 2013 (vgl. act. 262, Beilage 1):

"Konkret interessieren wir uns für das lineare Angebot Sportsender 4-29 und das Angebot Teleclub Live Sport (Pay per View) sowie für das Paket Sports des französischsprachigen Teleclubangebots. Wir bitten Sie, uns bis zum 18. Juli 2013 ein entsprechendes schriftliches Angebot zu unterbreiten bzw. eine abschlägige Antwort entsprechend schriftlich zu begründen."

Mit Schreiben vom 16. Juli 2013 erklärte Teleclub Sunrise, dass sie kein entsprechendes Angebot unterbreiten könne (vgl. act. 262, Beilage 2):

"(...) haben wir Ihnen bereits zu Beginn unserer Gespräche und Zusammenarbeit mitgeteilt, dass das Sunrise zur Verfügung gestellte Teleclub-Angebot, insbesondere was den Bereich Sport anbelangt, demjenigen Programmangebot entsprechen würde, welches wir auf der CATV-Plattform verbreiten und

eine Ausdehnung nicht möglich sei. (...) Aus diesem Grund steht das gegenüber dem Kabelangebot erweiterte Sportangebot auf der Swisscom TV-Plattform nicht zur Disposition, wofür wir um Verständnis bitten."

Zwar haben die Beschwerdeführerinnen auf Ziff. 1 Abs. 3 der Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung vom 22. Mai 2017 verwiesen und erklärt, dass Sunrise auf das französischsprachige Teleclub-Angebot verzichtet habe (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 109, mit Verweis auf Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 37). Nach der Vereinbarung sind die Parteien "auf Wunsch" der Beschwerdegegnerin übereingekommen, dass die Verbreitung und Vermarktung durch die Beschwerdegegnerin auf das deutschsprachige Teleclub-Angebot beschränkt sein solle (vgl. Beilage 9 zur Beschwerdeantwort). Aus dieser Vertragsklausel aus dem Jahr 2017 lässt sich jedoch nicht schliessen, Sunrise habe im Jahr 2013 aus freien Stücken auf das französischsprachige Teleclub-Angebot verzichtet, zumal sie aus dem vorzitierten Schreiben vom 16. Juli 2013 schliessen musste, dass sie kein solches Angebot erhalten werde.

**9.2.4.4.2** Auch die netplus.ch SA, welche die über FTTH, Kabel und DSL verfügbare TV-Plattform "netBox" betreibt (vgl. act. 242, Antwort auf Frage 2), ersuchte Teleclub um eine Zusammenarbeit betreffend das französischsprachige Angebot von Teleclub (vgl. act. 242, Antwort auf Frage 7; Verfügung, Rz. 210). Mit Schreiben vom 19. November 2012 wandte sich netplus.ch mit folgender Erklärung an Teleclub (vgl. act. 242, Beilage 4):

"Pour accompagner une belle croissance, nous cherchons sans cesse à enrichir notre offre TV. Teleclub étant incontestablement un leader de la diffusion de contenu notamment sportif en Suisse, nous serions très intéressés à discuter d'une éventuelle collaboration."

Am 1. März 2013 erteilte Teleclub gegenüber netplus.ch eine Absage (vgl. act. 242, Beilage 6):

"(...) Aus oben genannten Gründen sehen wir leider keine Möglichkeit, dass Sie Ihren Kunden auf Ihrer Plattform netBox das Teleclub Programmangebot, oder Teile davon, anbieten können. Sollte sich die Ausgangslage in Zukunft ändern, so nehmen wir gerne wieder mit Ihnen Kontakt auf."

Am 9. Juli 2013 fand ein von Teleclub angeregtes Treffen zwischen Vertretern von Teleclub und netplus.ch statt, an welchem Teleclub nach Angaben von netplus.ch nochmals auf die Unmöglichkeit, Teleclub-Inhalte an die TV-Plattform von netplus.ch zu liefern, hinwies. Die Verbreitung des linearen Teleclub-Programmangebots sei strategisch nicht vorgesehen. Zudem erlaube die Grösse des Markts in der Romandie und die Höhe der Kosten

keine Ausdehnung der Ausbreitung auf weitere Anbieter (vgl. act. 242, Antwort auf Frage 7b und Beilage 8).

#### **9.2.4.5 Fazit**

Zusammenfassend kann bezogen auf den massgeblichen Untersuchungszeitraum festgehalten werden, dass zahlreiche Unternehmen einen auf die Sportkanäle 1-3 eingeschränkten Zugang zum Teleclub Sportangebot hatten oder bekamen: Dazu gehören KNU (nur via Signalanlieferung), Sunrise (IPTV), Yplay (nur via RF-TV), sowie Stafag (nur via HF Overlay). Hervorzuheben sind Cablecom und die Partner der DCG, welche als einzige KNU das Teleclub-Programm für ihre Plattform erhielten (vgl. Verfügung, Rz. 623).

Folgende Unternehmen hatten vergeblich versucht, Zugang zu Teleclub zu erhalten: Mygate AG und Sierre-Energie SA (Verbreitung über FTTH), Ticinocom SA (IPTV), Sunrise und netplus.ch (bezüglich Teleclub en français). Diese Unternehmen hatten gar keinen Zugang zu Sportkanälen von Teleclub, d.h. auch nicht einen auf die Sportkanäle 1-3 eingeschränkten Zugang. Bei Ticinocom SA dauerte die Verweigerung ab Dezember 2010.

#### **9.2.5 Unerlässlichkeit / Objektive Notwendigkeit des Inputs**

##### **9.2.5.1 Argumente der Parteien**

Nach Ansicht der Vorinstanz sind Schweizer Fussballübertragungen und Eishockeyübertragungen im Pay-TV objektiv notwendig als Inputs für TV-Plattformanbieter, welche Angebote auf der Basis der IPTV-Technologie unterbreiten wollten (vgl. Verfügung, Rz. 651). In ihrer Duplik stellt die Vorinstanz klar, dass von der hier noch zu prüfenden Geschäftsverweigerung nicht nur das erweiterte Teleclub Sport-Programm, sondern das vollständige Teleclub Sport-Programm (Teleclub Sportkanäle 1-29) betroffen ist (vgl. Duplik, Rz. 80).

Die Beschwerdeführerinnen vertreten die Ansicht, selbst wenn Teleclub Geschäftsverweigerungen vorzuwerfen wären, wäre kein objektiv notwendiger Input betroffen. Jede Plattform habe ihr eigenes Sportangebot produzieren können. Zudem habe sich nur ein ganz kleiner Teil der Zuschauer überhaupt für das (erweiterte) Teleclub Sport-Programm interessiert. Ob die wenigen Fans des (erweiterten) Teleclub Sport-Programms deswegen

die TV-Plattform gewechselt hätten, sei fraglich; den Kunden seien Umstände wie Service und Qualität der Plattform wichtig (vgl. Beschwerde, Rz. 763 ff.; Replik, Rz. 204 ff.).

### **9.2.5.2 Relevanz verschiedener Leistungen und Inhalte für TV-Plattformen**

**9.2.5.2.1** Die Vorinstanz hat keine Marktbefragung unter TV-Zuschauern durchgeführt, wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend festhalten (vgl. Beschwerde, Rz. 707 ff.; Replik, Rz. 54). Bei der Befragung der TV-Plattformanbieter wurden ihr indessen Marktforschungsstudien und Kundenbefragungen zugänglich gemacht, worauf sie sich in der Folge abgestützt hat (vgl. Verfügung, Rz. 629 ff.).

**9.2.5.2.2** Im Rahmen der ersten Marktbefragung vom 30. Mai 2012 hat die Vorinstanz folgende Frage gestellt (vgl. act. 3, Frage 14):

"Nennen Sie bitte die für die Kundengewinnung bzw. Kundenbindung wichtigsten Leistungen und Inhalte, die ein Angebot im Bereich Digital TV enthalten muss."

Weiter wurden die TV-Plattformanbieter gefragt (vgl. act. 3, Frage 15):

"Beschreiben Sie bitte, welche Bedeutung der Live-Ausstrahlung exklusiver Sportereignisse für Kundengewinnung bzw. Kundenbindung auf Ihrer TV-Plattform zukommt."

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 598 ff.) ist die erstgenannte Frage 14 nicht ungeeignet formuliert; sie lässt mit den verwendeten Begriffen "Kundengewinnung", "Kundenbindung", "Leistungen und Inhalte" und "im Bereich Digital TV" viele Antworten zu, nicht nur die von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Aussagen betreffend die Bedeutung für die Vermarktung des eigenen TV-Programmangebotes (vgl. Beschwerde, Rz. 600). Dies belegt Swisscom selbst mit ihrer Auskunft zu Frage 14 ("Preis/Leistung, Servicequalität, Alles aus einer Hand => Bundle mit Internet, Sprachtelefonie und Mobilfunk, Aufnahmefunktion, einfache Bedienung, Inhalte: Sportinhalte [z.B. Live-Ausstrahlungen] etc., [lineares] Pay TV, Video on Demand, Pay-per-View, Übertragungsqualität", vgl. act. 101). Zudem weisen die Beschwerdeführerinnen auf zahlreiche weitere TV-Plattformbetreiber hin, die ebenso mehrere für die Kundengewinnung und -bindung wichtige Leistungen und Inhalte aufzählten (vgl. Beschwerde, Rz. 604). Da die TV-Plattformen ihr An-

gebot auf die Kundenpräferenzen ausrichten, ist es letztlich kaum von Relevanz, auf welche Weise die Frage 14 tatsächlich verstanden wurde. Davon scheinen auch die Beschwerdeführerinnen auszugehen, indem sie Antworten auf Frage 14 zitieren, ohne zu differenzieren, in welchem Sinn das befragte Unternehmen die Frage verstanden haben könnte (vgl. Beschwerde, Rz. 639).

Die Beschwerdeführerinnen kritisieren jedoch in Bezug auf die Frage 14 des Auskunftsbegehrens zu Recht, dass weder eine Gewichtung verlangt, noch gefragt worden sei, ob einzelne Leistungen und Inhalte im Falle ihres Fehlens kompensiert werden könnten (vgl. Beschwerde, Rz. 607). Indessen war es der Vorinstanz zumindest möglich, aufgrund der konkreten Auskünfte oder der Häufigkeit einer Antwort die Bedeutung einer Leistung oder eines Inhalts zu eruieren. Zudem ergibt sich aufgrund von Formulierungen wie "müssen Bestandteil eines Angebots sein" (vgl. act. 94; vgl. auch act. 47 und 68) die Antwort auf die Frage, welche Leistungen oder Inhalte nicht kompensiert werden können. In diesem Sinne erklären einige TV-Plattformanbieter ausdrücklich, dass das TV-Geschäft ihr Kerngeschäft sei (vgl. act. 36, 38, 39, 44, 45, 47, 51, 60, 63, 68, 70, 89, 90, 95, 106).

Des Weiteren fehlt in den Fragebögen in der Tat eine Definition, was unter "TV-Plattformanbieter" zu verstehen ist (vgl. Beschwerde, Rz. 606). Da die angefragten Unternehmen indessen darauf hingewiesen wurden, dass für Rückfragen zwei namentlich genannte Mitarbeitende der Vorinstanz zur Verfügung stünden, hätte bei einem Zweifel über die Erfüllung der TV-Plattformanbieter-Eigenschaft eine entsprechende Nachfrage getätigt werden dürfen. Dass trotzdem einige Fragebögen nicht ausgefüllt wurden, ist zu bedauern, lässt aber noch nicht den Schluss zu, dass die Marktbefragung unvollständig war.

Als wichtige Leistungen/Inhalte wurden von den TV-Plattformanbietern 30 Mal "Sport" oder bestimmte Sportübertragungen genannt (vgl. act. 15, 21, 22, 24, 30, 35, 36, 38, 39, 40, 44, 47, 48, 51, 55, 58, 60, 63, 67, 68, 70, 84, 90, 93, 94, 95, 97, 104, 106, 108), teilweise sogar als einzige Antwort (vgl. act. 15, 24), nur wenige TV-Plattformanbieter nannten Bündelangebote (vgl. act. 40, 47, 94) und kein einziger Anbieter die Art der Vermarktung. Weiter wurden aufgezählt: 28 Mal das Programmangebot respektive die Programmvierfalt (vgl. act. 13, 22, 26, 27, 36, 38, 39, 42, 44, 45, 47, 48, 55, 58, 60, 61, 63, 68, 70, 90, 93, 94, 95, 97, 101, 104, 105, 106), je 16 Mal die Bild- und Tonqualität/Übertragungsstabilität (vgl. act. 13, 27, 39, 44, 47, 51, 55, 60, 66, 67, 70, 84, 90, 93, 101, 106) und Video on Demand (vgl. act. 21, 22, 30, 35, 36, 40, 47, 51, 55, 59, 61, 63, 94, 95, 97, 101), 12 Mal

zeitversetztes Fernsehen wie Catch-up TV und Live-Pause (vgl. act. 21, 35, 36, 38, 40, 47, 48, 55, 61, 63, 93, 95), 10 Mal Pay-TV-Angebote (vgl. act. 24, 27, 35, 39, 55, 59, 68, 94, 101, 105), 9 Mal der (Endkunden-)Preis respektive das Preis-/Leistungsverhältnis (vgl. act. 13, 27, 47, 55, 60, 66, 68, 93, 101), 7 Mal Plattformfunktionen wie Multiscreen, Sprachauswahl, einfache Bedienbarkeit und Registrierung (vgl. act. 21, 48, 51, 59, 61, 93, 101), je 5 Mal Aufnahmefunktionen/Personal Video Recorder (vgl. act. 38, 55, 93, 97, 101) und Servicequalität (vgl. act. 26, 47, 60, 101, 106), 3 Mal EPG (vgl. act. 47, 59, 61), je 2 Mal "keine Grundverschlüsselung" (vgl. act. 14, 66) und "alle Inhalte aus einer Hand" (vgl. act. 67, 101) sowie je 1 Mal Hybrid Broadcasting Broadband TV (vgl. act. 55) und Vertragslaufzeit (vgl. act. 13).

**9.2.5.2.3** Nach Ansicht von Swisscable kann eine digitale Pay-TV-Plattform nur mit einem breiten (live) Sportprogramm langfristig wirtschaftlich rentabel betrieben werden (vgl. act. 108, Antwort auf Frage 6). Aus von Swisscable in Auftrag gegebenen und der Vorinstanz eingereichten Marktforschungsstudien aus den Jahren 2010 bis 2013 ergibt sich, dass im Jahr 2010 [...] % (2011: [...] %; 2012: [...] %) der Nicht-Nutzer von Swisscom TV als Grund, zu Swisscom TV wechseln zu wollen, das grössere Live-Sportangebot bei Swisscom TV angeben; [...] % (2011: [...] %; 2012: [...] %; 2013: [...] %) der Swisscom-TV-Nutzer begründen ihren Wechsel mit dem Live-Fussball-Angebot und [...] % (2011: [...] %; 2012: [...] %; 2013: [...] %) mit dem Live-Eishockey-Angebot; für [...] % (2011: [...] %; 2012: [...] %) der Swisscom-TV-Nutzer war das Live-Fussball-Angebot der wichtigste Wechselgrund (vgl. act. 108, Beilage 31, S. 54 ff.; Beilage 32, S. 52 ff.; Beilage 33, S. 34 ff.; act. 223, Auszug aus "Digital-TV Penetration 2013 – Ergebnisse Basisstudie"). Auf diese Studien berief sich auch die Digital Cable Group zur Untermauerung ihrer Aussage, wonach Liveübertragungen von Fussball- und Eishockeyspielen (entweder als Pay-per-Channel oder im Einzelabruf als Pay-per-View) eine grosse Bedeutung hätten (vgl. act. 223, Antwort auf Frage 17).

Auch Swisscom hat ihre neuen Kunden nach den Gründen gefragt, weshalb sie zu Swisscom-TV gewechselt haben. Aus den vorgelegten Neukundenbefragungen, die im relevanten Untersuchungszeitraum durchgeführt wurden, ergibt sich, dass im Jahr 2012 [...] % (2013: [...] %) der Neukunden "exklusive Sportinhalte" als Grund für den Wechsel genannt haben; für [...] % waren die exklusiven Sportinhalte der Hauptgrund für den Wechsel (vgl. Beschwerdebeilage 27, S. 8 f.).



Cablecom zitiert eine von ihr im Dezember 2012 in Auftrag gegebene Marktforschungsstudie; danach geben [...] von 1033 Befragten an, dass der Zugang von Sportinhalten bei Swisscom der Grund dafür sei, dass sie sich für ein Swisscom-Fernsehangebot entschieden haben (vgl. act. 260, Antwort auf Frage D.3). Das Sportangebot von Swisscom generiert gemäss der Meinung von Cablecom zudem einen erheblichen wirtschaftlichen Mehrwert, der [...] Mal höher liege als der Mehrwert, den Cablecom mit dem eingeschränkten Sportangebot erzielen könne (vgl. act. 260, Antwort auf Frage D.3).

Sunrise liess im September 2013 eine Marktbefragung durchführen. Die Untersuchungsfrage lautete: "Welche Bedeutung haben Sportprogramme (Pay per view oder Sportpakete) sowie die Verfügbarkeit einzelner Sportereignisse bei der Auswahl eines Digital-TV Providers?". Danach erklärten [...] % aller Befragten und [...] % der befragten Männer zwischen 20 und 39 Jahren, dass Sportpakete eine wichtige oder sehr wichtige Rolle beim Entscheid für einen Digital-TV Provider spielten. Weiter hat sich ergeben, dass bei der Auswahl des TV-Providers die Verfügbarkeit von Hollywood-Spielfilmen, Serien und Dokumentationen für die Kunden wichtiger als Sport ist (vgl. act. 327, S. 61 ff.).

Nach Auskunft der Wasserwerke Zug hat [...] von 100 Kunden, deren Anschluss im Februar 2011 plombiert worden ist, angegeben, wegen des Live-Sports zu Swisscom gewechselt zu haben (vgl. act. 232, Antwort auf Frage 7). Das beigelegte Auswertungsblatt zeigt, dass [...] von 27 Kunden, die ihre Kündigung begründet haben, als Grund den fehlenden Live-Sport angeführt haben (vgl. act. 232, Beilage "Plombierungen Februar 2011, WWZ Rückfragen").

Auch die GGA Maur reichte bei der Vorinstanz eine Statistik zur Entwicklung der Plombierungen ein. Danach sind bei den seit 2008 erfolgten Kündigungen (Plombierungen) [...] % wegen des Sportangebots auf Swisscom TV erfolgt (vgl. act. 258, Beilage 1 zu Frage 3).

Eine ähnliche Zahl nennt die Finecom Communications AG. Sie erklärte, aufgrund von regelmässigen Kundenumfragen zu wissen, dass bei rund [...] % der Kunden, welche sich für Swisscom TV und gegen ihr Angebot entschieden, der "Live Sport" (vor allem Schweizer Eishockey- und Fussballspiele) das entscheidende Kriterium sei (vgl. act. 58, Antwort auf Frage 15). Stafag schätzte den entsprechenden Anteil auf "ca. [...] der Kunden" ein (vgl. act. 39, Antwort auf Frage 15), Swisscom auf "schätzungsweise [...] Prozent", wobei ungefähr [...] % der Swisscom TV-Kunden bereit

seien, für Sportinhalte zusätzlich zu bezahlen (vgl. act. 101, Begleitschreiben S. 2 und Antwort auf Frage 15). Auf die Relevanz von Fussball- und Eishockeyübertragungen, insbesondere von Spielen der lokalen Fussball- oder Eishockeymannschaft (z.B. FC Sion), wiesen auch andere Anbieter wie Sinergy Infrastructure SA (vgl. act. 253, Antwort auf Frage 5) und Sierre-Energy (vgl. act. 261, Antwort auf Frage 5) hin, die sich auf Erfahrungen mit Kunden berufen.

Ticinocom reichte zahlreiche Formulare ein, in welchen ehemalige Kunden ihre Kündigung bei Ticinocom begründeten. Daraus ergibt sich, dass die meisten Kunden zu Swisscom gewechselt haben, wobei hauptsächlich deren Bündelangebote Grund für den Wechsel waren. Vereinzelt wurde die Kündigung explizit mit dem fehlenden Live Sport (Hockey und Fussball) begründet (vgl. act. 117).

Nach Aussage von YplaY ist die Live-Ausstrahlung exklusiver Sportereignisse für Kundengewinnung bzw. Kundenbindung "enorm wichtig", daher habe sie beharrlich versucht Teleclub auf das Netz zu bekommen (vgl. act. 27, Antwort auf Frage 15). Die GIB-Solutions erklärte: "Wenn wir Kunden an unseren Hauptkonkurrenten Swisscom verlieren, dann meistens wegen den dort angebotenen Sportprogrammen mit den damit verbundenen exklusiven Ereignissen" (vgl. act. 90, Antwort auf Frage 15).

**9.2.5.2.4** Die von der Vorinstanz eingeholten Auskünfte belegen, dass der generelle Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe die für den Plattformmarkt relevanten Wettbewerbsparameter nicht untersucht (vgl. Beschwerde, Rz. 594 ff.; Replik, Rz. 161 ff.; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 37 ff.), nicht zutrifft. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen verkennt die Vorinstanz auch nicht, dass TV-Plattformen "nur eine Anwendungsform eines Kommunikationsnetzes darstellen, neben welcher gleichzeitig auch Internet und Telefon als weitere Anwendungen nachgefragt werden" (vgl. Beschwerde, Rz. 617). So hält die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung etwa fest, dass für den Entscheid der Endkunden für eine bestimmte TV-Plattform verschiedene Kriterien bestünden, z.B. das Programmangebot, Plattformfunktionen, Servicequalität sowie etwaige Bündelangebote wie Triple-Play (vgl. Verfügung, Rz. 286, 643).

**9.2.5.2.5** Aus der Marktbefragung vom 30. Mai 2012 ergibt sich, dass "Sport" sowie ein breites respektive vielfältiges Programmangebot" die mit Abstand am meisten genannten Wettbewerbsparameter sind. Dieses Er-

gebnis deckt sich mit den zitierten Kundenbefragungen und Marktforschungen sowie Äusserungen aus der Literatur, wonach Inhalte als sehr wichtig ("content is king") angesehen werden, was selbst Swisscom in einer Medienmitteilung vom 31. Oktober 2006 bei der Lancierung von Bluewin TV betonte (vgl. act. 448, Beilage 4). Nach OSTERWALDER sind massenattraktive Inhalte, namentlich Sportveranstaltungen, Key Ingredient für den wirtschaftlichen Multimedia-Erfolg; sie stellen nicht nur für traditionelle Fernsehveranstalter, sondern auch für die Anbieter von Telekommunikations- und Netzwerkdienstleistungen einen erheblichen Marketing- und Strategiewert dar (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 27 f.). Dies gilt namentlich auch für den Pay-TV-Bereich: Neue Programmangebote sind nach HOLTSMANN die einzigen Mehrwerte, die eine "echte emotionale Komponente" in die Marketingbotschaften der Pay-TV-Plattformen einbringen könnten, daher sei eine Plattform-Kommunikation, die primär technische Vorteile in den Vordergrund der Kommunikation stelle, weniger erfolgreich als eine "Emotionalisierung durch beliebte, hochwertige Inhalte" (vgl. HOLTSMANN, a.a.O., S. 191). Zu diesen Inhalten gehört namentlich der Fussball. Er weckt starke Gefühle wie Leidenschaft, Freude und Wut und ermöglicht quasi ein "Probeschnuppern an der Wechselhaftigkeit des Lebens", um aus der aktuellen Alltagskultur auszubrechen (vgl. MARC SASSERATH, Fussball ist unser Leben und König Fussball regiert die [Marken-]Welt!, in: Kai-Uwe Hellmann/Rüdiger Pichler, Ausweitung der Markenzone, Wiesbaden 2005, S. 133, mit Verweis auf Kooperationsstudie 'Fussball ist unser Leben'; TIM SCHMIDT/DIRK WENTZEL, Ökonomische Fragen der Talentförderung im Fussball, in: Budzinski/Haucap/Stöhr/Wentzel [Hrsg.], Zur Ökonomik von Sport, Entertainment und Medien, Berlin 2021, S. 47). Auch für die Endkunden wird das TV-Angebot als "massgebliches Entscheidungskriterium" und "Basisprodukt und Kernelement des modernen Triple-Play" beschrieben wird (vgl. PARM SANDHU, Der Weg zum Triple Play im Breitbandkabel – Erfolgsfaktor für die Zukunft, in: Kaumanns/Siegenheim/Sjurts, Auslaufmodell Fernsehen?, Wiesbaden 2008, S. 322 f.). Es wird daher ein steigendes Engagement der Infrastrukturbetreiber beim Erwerb von Inhalten festgestellt, um den Endkunden einen Kabel- oder DSL-Anschluss schmackhaft zu machen (vgl. FERDINAND KAYSER, Die Rolle des Satelliten im Wettbewerb der Infrastrukturen, in: Kaumanns/Siegenheim/Sjurts, Auslaufmodell Fernsehen?, Wiesbaden 2008, S. 344).

Auch Swisscom, die in ihrer Antwort auf Frage 14 des Auskunftsbegehrens vom 30. Mai 2012 die Live-Ausstrahlung von Sportereignissen als "ein Element unter vielen zur Förderung der Kundengewinnung bzw. -bindung" nannte, räumte ein, dass der Live-Sport in der Werbung für Swisscom TV

"im Moment" eine wichtige Rolle spiele (vgl. act. 101, Antwort auf Frage 15) und ein Kundenanteil von [...] % bis [...] % Sportinhalte als wichtig erachte (vgl. Verfügung, Rz. 286; act. 101, Antwort auf Frage 15; Beschwerdebeilage 27, S. 26). Entsprechend waren "Exklusive Sportinhalte" die einzigen TV-Inhalte, die anlässlich von Neukundenbefragungen als Bestellgrund für Swisscom TV angegeben wurden (vgl. Beschwerdebeilage 27, S. 4 ff.).

**9.2.5.2.6** Soweit schliesslich die Beschwerdeführerinnen geltend machen, dass gemäss einer Präsentation von Swisscable aus dem Jahr 2010 (vgl. Beschwerde, Abbildung 20 in Rz. 671) exklusive Sportinhalte nicht von zentraler Bedeutung für den Erfolg einer TV-Plattform seien (vgl. Beschwerde, Rz. 804 ff.), übersehen sie, dass sich die entsprechende Aussage von Swisscable auf "Inhalte für Sport und Video on Demand" und nicht generell auf Sportinhalte auf einer TV-Plattform bezog.

**9.2.5.2.7** Als Zwischenfazit aus den vorzitierten Marktbefragungen, Kundenbefragungen, Marktforschungen und Literaturmeinungen kann festgehalten werden, dass Sportinhalte nicht alleine entscheidend für die TV-Plattformwahl sind. Wichtig sind aber generell attraktive Programminhalte, wobei exklusive Fussball- und Eishockeyübertragungen eine herausragende Stellung einnehmen.

### **9.2.5.3 Relevanz von Fussball- und Eishockeyübertragungen für Pay-TV-Plattformen**

**9.2.5.3.1** Im Rahmen der vorliegend abgegrenzten Märkte ist weiter zu untersuchen, ob konkret Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie ausländische Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs wichtige Inputs für Pay-TV-Plattformen darstellen.

**9.2.5.3.2** In der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013 stellte die Vorinstanz folgende Frage:

"Wie wichtig ist die Verfügbarkeit der folgenden Sport-Ligen auf Ihrer TV-Plattform für die Kundengewinnung und Kundenbindung?"

21 Unternehmen erachteten die Super League (Fussball Schweiz) und 18 Plattformanbieter die National League A (Eishockey Schweiz) als "sehr wichtig"; unter den als "sehr wichtig" genannten (und hier relevanten) ausländischen Fussballligen war die Bundesliga mit lediglich 6 Nennungen die

bedeutendste (vgl. act. 214, 216, 218, 221, 222, 223, 227, 228, 234, 235, 236, 238, 242, 251, 252, 253, 257, 259, 260, 261, 262, 279).

Die Beschwerdeführerinnen halten diese Befragung indessen für mangelhaft, da die befragten Konkurrenten ein strategisches Interesse an der Befragung gehabt hätten, wie sie mehrfach betonen (vgl. Beschwerde, u.a. Rz. 9, 37, 270, 805). Dass einzelne Antworten strategisch motiviert waren, ist nicht ausgeschlossen. Dessen ungeachtet ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Antworten lediglich bestätigen, worauf bereits hingewiesen wurde, nämlich dass Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen einer Liga wichtige TV-Inhalte sind (vgl. vorne, E. 9.2.5.2.7).

**9.2.5.3.3** Die Beschwerdeführerinnen wenden weiter ein, das Teleclub-Sportabonnement werde insgesamt über alle TV-Plattformen nur von einer sehr geringen Prozentzahl der TV-Kunden, nämlich weniger als [...] % beansprucht. Selbst wenn zu den Teleclub-Sport-Abonnenten die PPV-Kunden hinzugerechnet würden, zeige sich, dass nur ein geringer Teil vom Sportangebot tangiert werde, denn rund [...] % der Kunden von Swisscom TV nutzten das PPV-Angebot überhaupt nicht (vgl. Beschwerde, Rz. 769 ff., 799 ff.). Aus Abbildung 14 der angefochtenen Verfügung ist ersichtlich, dass zwischen Mai 2010 und Mai 2013 der Anteil von Sport-Abonnements gemessen am Total von Teleclub-Abonnements zunahm (vgl. Verfügung, Rz. 389). Dieser Umstand spricht wiederum für die Bedeutung des Teleclub-Sportangebots.

**9.2.5.3.4** Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen trifft es somit nicht zu, dass sich nur ein ganz kleiner Teil der Zuschauer überhaupt für das Teleclub Sport-Programm interessiert und nur wenige Sportfans wegen des Teleclub Sport-Programms die TV-Plattform gewechselt haben: Aus den Antworten der TV-Plattformanbieter ergibt sich, dass Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs für Pay-TV-Plattformen wichtig sind und zahlreiche TV-Abonnenten wegen des Sportprogramms zu Swisscom TV gewechselt haben. Ausländische Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) dürften dagegen von weniger grosser Wichtigkeit sein.

Angesichts dieses Beweisergebnisses erweist es sich nicht mehr als nötig, auf die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Aussage der Beschwerdegegnerin im Verfahren "Eishockey im Pay-TV" einzugehen, wonach das Interesse an Eishockey gering sei (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 1. April 2022, mit Verweis auf Eingaben von Sunrise).

**9.2.5.3.5** Auch die von den Beschwerdeführerinnen aufgezeigten nachträglichen Marktentwicklungen (vgl. Replik, Rz. 9 ff.; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 30 ff.) vermögen an der Relevanz von Fussball- und Eishockeyübertragungen nichts zu ändern. Zwar sind nachträgliche Entwicklungen zu berücksichtigen, jedoch nur, soweit sie zwingende Schlüsse auf die frühere Situation zulassen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.2, "Publigroupe"). Die Beschwerdeführerinnen haben aufgezeigt, wie sich konkurrierende TV-Plattformen zwischen 2016 und 2019 entwickelt haben. Namentlich UPC habe trotz Lancierung von "MySports" TV-Abonnenten verloren (Replik, Rz. 19 ff.; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 36), und bei Sunrise habe sich das Wachstum verlangsamt, obwohl auf Sunrise TV seit Ende 2017 das erweiterte Teleclub Sportangebot zur Verfügung stehe (Replik, Rz. 38). In einer späteren Stellungnahme wiesen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass sowohl sie als auch Sunrise trotz gegenteiliger Behauptungen selbst ohne den exklusiven Eishockey-Content von UPC die Zahl ihrer TV-Abonnenten hätten steigern können (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 36, 104). Bereits aufgrund des Umstands, dass zwischen dem relevanten Untersuchungszeitraum (bis 2013) und den von den Beschwerdeführerinnen dargelegten Marktentwicklungen (2016 – 2019) mindestens 3 Jahre liegen, lassen sich keine zwingenden Rückschlüsse auf den relevanten Untersuchungszeitraum ziehen. Hinzu kommt, dass die Marktverhältnisse in den Jahren 2016 – 2019 nicht mit denjenigen aus den Jahren 2006 – 2013 vergleichbar sind, zumal UPC 2016 die TV-Übertragungsrechte für die Schweizer Eishockeyligen NLA und NLB erworben hat (vgl. Replik, Beilagen 2 und 3), Sunrise seit Ende 2017 das vollständige Teleclub Sportangebot übertragen darf (vgl. Replik, Beilage 19) und 2018 mit Salt TV ein neuer Anbieter in den Markt getreten ist (vgl. Replik, Beilage 21). Immerhin belegt die beiden erstgenannten Umstände, dass die Beliebtheit von Sportübertragungen offenbar ungebrochen ist.

#### **9.2.5.4 Umfang des objektiv notwendigen Inhalts**

Fraglich ist indessen weiter, ob das vollständige Teleclub-Sportprogramm (Kanäle 1-29) respektive die auf diesen Kanälen ausgestrahlten Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs zum objektiv notwendigen Inhalt gehört oder ob es lediglich objektiv notwendig ist, die Sportkanäle 1-3 mit der entsprechend reduzierten Anzahl Fussball- und Eishockeyübertragungen bereitzustellen, wie es Teleclub gegenüber KNU und Sunrise praktizierte.

Hierzu führt die Vorinstanz aus, das auf die Sportkanäle 1-3 reduzierte Angebot komme zumindest als Alternative zum Vollangebot in Frage; jedenfalls könne nicht gesagt werden, die Kanäle 4-24 (resp. 29) seien für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit unerlässlich (vgl. Verfügung, Rz. 620).

Die Vorinstanz errechnete anhand des Teleclub "Programm Guides", welche Spiele exklusiv auf den Kanälen 4-29 übertragen wurden respektive den Swisscom TV-Abonnenten vorbehalten waren (sog. "Exklusivitätsgrad für verschiedene Programmtypen", vgl. Tabelle 13):

Pro-grammtyp	Saison 2006/07	Saison 2007/08	Saison 2008/09	Saison 2009/10	Saison 2010/11	Saison 2011/12	Saison 2012/13
Bundesliga	71.9 %	77.4 %	80.7 %	49.2 %	45.4 %	43.9 %	53.0 %
Copa del Rey	-	-	-	-	--	-	6.9 %
Primera División (La Liga)	-	-	-	21.2 %	19.3 %	23.7 %	29.9 %
Schweizer Eishockey	31.7 %	25.6 %	27.5 %	47.1 %	45.1 %	47.2 %	49.7 %
Schweizer Fussball	0.0 %	13.2 %	12.7 %	25.3 %	14.6 %	13.7 %	6.0 %
Serie A	-	-	34.1 %	66.0 %	67.3 %	68.1 %	71.5 %

Quelle: angefochtene Verfügung, Tabelle 13 "Exklusivitätsgrad für verschiedene Programmtypen"

Die Beschwerdeführerinnen beschreiben die Sport-Kanäle 4 bis 24 bzw. 29 als "Spill Over Kanäle" (vgl. Beschwerde, Rz. 911), da diese wegen ihrer untergeordneten, oft auch nur regionalen Bedeutung und Zeitüberschneidungen für das Angebot auf den Hauptkanälen 1-3 nicht geeignet seien bzw. nicht ausgestrahlt werden könnten; auf diesen Kanälen werde kein lineares Programm ausgestrahlt, sondern einzelne Spiele (vgl. act. 201, Rz. 26; Replik, Rz. 13). Insofern seien diese Kanäle objektiv für den Betrieb einer TV-Plattform nicht notwendig (vgl. Beschwerde, Rz. 911).

Wie aus der obigen Tabelle erhellt, weisen die ausländischen Fussballligen (abgesehen von der Copa del Rey), der Schweizer Eishockey (Exklusivitätsgrad von 25.6 bis 49.7 %) und der Schweizer Fussball während einer

Saison (Exklusivitätsgrad von 25.3 % in der Saison 2009/10) einen sehr hohen Exklusivitätsgrad auf. Da die ausländischen Fussballligen aufgrund des Beweisergebnisses nicht als notwendiger Input zu qualifizieren sind, spielen sie vorliegend keine Rolle mehr.

Die Beschwerdeführerinnen bemängeln, dass Spiele in den Zweitligen, welche auf geringes Publikumsinteresse stiessen und auch nicht zu den abgegrenzten Märkten zählten, in die Exklusivitätsberechnungen (Challenge League und NLB) geflossen seien (vgl. Beschwerde, Rz. 908). Dass die Vorinstanz die Zweitligen einberechnet hat, ist nicht zu beanstanden, da sie entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zum relevanten Markt gehören. Ohnehin spielen die Challenge League und die NLB für die Berechnungen nur eine untergeordnete Rolle, da Cinetrade die entsprechenden Übertragungsrechte erst für die Saison 2012/13 erwarb.

Aufgrund der vorliegenden Auswertung ist erstellt, dass Eishockeyfans, die lediglich im Free-TV und auf den Teleclub-Sportkanälen 1-3 Schweizer Eishockeyübertragungen konsumieren konnten, von einem Viertel bis zur Hälfte aller Übertragungen ausgeschlossen waren. Die auf diese Kanäle beschränkten Fussballfans verpassten während einer Saison ein Viertel aller Übertragungen, in den übrigen Saisons deutlich weniger. Für eingefleischte Eishockey- und Fussballfans dürfte dies eine hohe Quote sein. Indessen ist zu bedenken, dass ihnen immer noch deutlich mehr Spiele als auf Free-TV zugänglich waren (vgl. E. 8.5.1.2). Die TV-Plattform Yplay, welche nach längeren Verhandlungen mit Teleclub letztlich die Sportkanäle 1-3 übertragen konnte, erklärte in diesem Sinne: "Wir waren schon froh, das Grundangebot zu bekommen" (vgl. act. 27, Antwort auf Frage 11b). Die Spiele im Grund- respektive Kernangebot wurden den Zuschauern zudem im Rahmen von linearen Programmen (im Free-TV und auf den Teleclub Sportkanälen 1-3) zugänglich gemacht. Die verpassten Spiele wurden auf den weniger attraktiven, weil nur einzelne Spiele ausstrahlenden Teleclub Sportkanälen 4-29 gesendet.

#### **9.2.5.5 Möglichkeit der Eigenproduktion**

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 764 ff.) war es den TV-Plattformen aufgrund der Cinetrade zustehenden Exklusivitäten und erheblichen finanziellen und unternehmerischen Risiken, die mit der Herstellung eines eigenen Pay-TV-Angebots verbunden sind, auch nicht oder nur erschwert möglich, ein eigenes Sportangebot zu produzieren. Auf diese Umstände wurde bereits im Rahmen der Marktabgrenzung hingewiesen (vgl. E. 7.2.6). Insofern hat die Vorinstanz zu Recht



die Möglichkeit für die konkurrierenden TV-Plattformen, das fragliche Sportangebot selbst zu produzieren, verneint (vgl. Verfügung, Rz. 649).

#### **9.2.5.6 Fazit zur Unerlässlichkeit des Inputs**

Insgesamt ist mit der Vorinstanz und den Beschwerdeführerinnen dafür zu halten, dass die auf den Teleclub-Sportkanälen 4-24 (resp. 29) ausgestrahlten Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Gegensatz zu den entsprechenden Übertragungen auf den Kanälen 1-3 nicht zum objektiv notwendigen Inhalt einer TV-Plattform gehören.

Daher sind diejenigen Unternehmen, welchen mit den Teleclub-Sportkanälen 1-3 ein Kernangebot bereitgestellt wurde (vgl. E. 9.2.4.2.3 ff.: KNU wie Cablecom, Sunrise, Yplay und Stafag) von der hier untersuchten Geschäftsverweigerung nicht betroffen. Die entsprechenden Fälle werden, wie bereits ausgeführt, unter dem Tatbestand der Diskriminierung behandelt werden (vgl. E. 9.3).

### **9.2.6 Wettbewerbsbehinderung**

#### **9.2.6.1 Argumente der Parteien**

Die Vorinstanz untersuchte die Wettbewerbswirkung von exklusiven Verträgen in zweiseitigen Plattformmärkten, die Wirkungen im TV-Plattformmarkt und in benachbarten Fernmeldemärkten und kam zum Schluss, dass eine Wettbewerbsbehinderung im TV-Plattformmarkt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sei. Diese Wettbewerbswirkung werde zudem durch das Zusammenspiel mit den Fernmeldemärkten verstärkt (vgl. Verfügung, Rz. 660 ff.). Damit habe sie nachgewiesen, dass die Geschäftsverweigerung beziehungsweise der exklusive Vertrieb von Premium Sport-Content im TV-Plattformmarkt eine Wettbewerbswirkung entfalte. Sodann seien keine technischen Hindernisse für die Lieferung der fraglichen Sportinhalte festgestellt worden. Dies gelte erst recht für die von der Verweigerung betroffenen IPTV-Plattformen, welche auf derselben Technologie wie die Technologie der Beschwerdeführerinnen basierten (vgl. Duplik der Vorinstanz, Rz. 73 und 90).

Auch die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass sowohl ihre TV-Plattform als auch diejenige der Beschwerdeführerinnen auf der IPTV-Technologie beruhen. Namentlich bestünden im IPTV-Netz keine durch begrenzte

Bandbreiten bedingten Kapazitätsprobleme, wie sie in Kabelnetzen vorliegen könnten. Zudem wäre die Umsetzung von PPV während des Untersuchungszeitraums technisch machbar gewesen. Dies zeige sich daran, dass das von Netstream für sie entwickelte PPV-Angebot heute (mit Anpassungen) auf der gleichen Plattform laufe, wie sie die Beschwerdegegnerin bereits während des Untersuchungszeitraums in Betrieb gehabt habe. Der Umstand, dass sie gewisse Technologien wie PPV erst später implementiert habe, hänge damit zusammen, dass sie kein PPV-Angebot von den Beschwerdeführerinnen erhalten habe. Auch die Ausstrahlung des vollständigen Premium-Sportangebots wäre ohne weiteres möglich gewesen (vgl. Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 40 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen vertreten dagegen die Ansicht, es habe gar keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegen können, denn aufgrund der technischen Schranken für die Übertragung des erweiterten Sportangebots und von PPV fehle es an der Kausalität zwischen vermeintlich missbräuchlichem Verhalten und angeblich wettbewerbswidrigen Auswirkungen (vgl. Replik, Rz. 222). Weiter weisen sie darauf hin, dass Wechselgründe und Nutzerzahlen eine geringe Bedeutung des Sportangebots zeigten (vgl. Beschwerde, Rz. 795 ff.). Diese geringe Bedeutung werde auch durch die Marktforschungen von Swisscable belegt (vgl. Beschwerde, Rz. 804 ff.). Drittplattformen wiesen einen ungebrochen guten Geschäftsverlauf auf (vgl. Beschwerde, Rz. 806 ff.). Schliesslich sei das Teleclub-Sportangebot in der Romandie fehlerhaft empirisch untersucht worden (vgl. Beschwerde, Rz. 809 ff.).

#### **9.2.6.2 Kausalität zwischen missbräuchlicher Verhaltensweise und Wettbewerbsbehinderung**

Wenn andere Wettbewerbsteilnehmer wirtschaftliche Massnahmen treffen, um die durch eine unangemessene Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens auftretenden Einschränkungen abzumildern, entsteht eine komplexe Gemengelage von verschiedensten ökonomischen Wirkungsgründen und lassen sich die tatsächlichen Auswirkungen des unangemessenen Verhaltens nicht einwandfrei identifizieren. Ein monokausaler Nachweis tatsächlicher Auswirkungen allein aufgrund der unangemessenen Verhaltensweise kann damit nicht vorausgesetzt werden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1211, "Six Group").

In diesem Sinne erklärte die Vorinstanz, dass es beispielsweise nicht möglich sei, den Kundenverlust von Ticinocom aufgrund des fehlenden Sportangebots zu ermitteln, obwohl der Kundenverlust insgesamt erheblich und

keine offensichtliche (anderweitige) Erklärung hierfür ersichtlich sei (vgl. Verfügung, Rz. 666). Dass die Vorinstanz keine Aussage darüber treffen konnte, welcher Anteil am wettbewerblichen Erfolg einer TV-Plattform überhaupt auf das Sportangebot zurückgeführt werden könne (vgl. Beschwerde, Rz. 796), kann ihr daher nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, aufgrund der technischen Schranken für die Übertragung des erweiterten Sportangebots und von PPV fehle es an der Kausalität zwischen vermeintlich missbräuchlichem Verhalten und angeblich wettbewerbswidrigen Auswirkungen (vgl. Replik, Rz. 222), täuschen sie über den Umstand hinweg, dass sie gar nie beabsichtigt haben, anderen TV-Plattformen als Swisscom TV (früher Bluewin TV genannt) das vollständige Sportangebot bereitzustellen. In der Vereinbarung zwischen Swisscom und Cinetrade vom 28. November / 14. Dezember 2006 betreffend Beschaffung, Produktion und Aufbereitung von Event-Content im Bereich Sport (Sportübertragungen und "Teleclub Live [Event]") haben die Parteien Folgendes festgehalten (vgl. act. 101, Beilage 2):

"Die Parteien beabsichtigen, den Kunden des IPTV-Services von FX ("Bluewin TV") unter Nutzung der Teleclub-Veranstalterkonzession ein umfangreiches und attraktives Angebot an [exklusiven] Live-Sportübertragungen und gegebenenfalls begleitenden Inhalten anzubieten. Ein Teil dieser Sportübertragungen soll im Rahmen des bestehenden Teleclub-Programmangebots von CT bzw. ihrer Tochtergesellschaft Teleclub AG, das via Kabel verbreitet wird, angeboten werden. Ein umfassenderes Angebot an solchen Sportübertragungen soll im Rahmen eines erweiterten Teleclub-Programmangebotes den Kunden von Bluewin TV angeboten werden."

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021) kann aus dieser Vereinbarung eine Behinderungsstrategie nicht nur zu Lasten der KNU abgeleitet werden, sondern auch gegenüber anderen mit Bluewin TV konkurrierenden IPTV-Plattformen. Zu diesem Schluss kam implizit auch die Vorinstanz (vgl. Vernehmlassung, Rz. 77), die auch zu Recht darauf hinwies, dass Art. 7 KG keine Behinderungsstrategie oder -absicht voraussetzt (vgl. Duplik, Rz. 70). Der Nachweis einer Ausbeutungs- oder Behinderungsabsicht erleichtert lediglich die Beurteilung der konkreten Wettbewerbshandlung (vgl. MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1644; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 133, 135).

Die Beschwerdegegnerin erkennt im Verhalten der Beschwerdeführerinnen sogar eine viel umfassendere Behinderungsstrategie als die vorgenannte: Sie hätten mehrere wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen – Angebotsverweigerung, diskriminierende Konditionen, Angebotskopplung, Akquisitionsverbot – zu einer Gesamtstrategie gegenüber praktisch der gesamten Konkurrenz verknüpft, um dank ihrer vertikal integrierten Konzernstruktur – Swisscom, Cinetrade/Blue Entertainment, Teleclub – mehrere Wertschöpfungsstufen zu kontrollieren und ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Pay-TV-Markt einerseits durch Behinderung der konkurrierenden Plattformanbieter, andererseits durch Abschottung des vorgelagerten Markts der Rechtevergabe zu festigen, mit Auswirkung auf die eng mit dem Pay-TV-Markt verbundenen Providermärkte (Festnetz, Internet, Mobilfunk) auf denen der Konzern ebenfalls eine starke Stellung innehatte (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 12).

Da im vorliegenden Fall eine Behinderungsstrategie nicht nur abstrakt nachgewiesen werden kann, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit dem Urteil des Gerichts der Europäischen Union (EuG) vom 26. Januar 2022 in Sachen Intel (Rechtssache T-286/09, u.a. Rz. 125, 144 f.), auf welches die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 1. April 2022 im Zusammenhang mit der Untersuchung von Wettbewerbsnachteilen hingewiesen haben.

Die Frage, ob es gerechtfertigt war, die Bereitstellung der Teleclub-Kanäle 1-3 aus technischen Gründen zu verweigern, wird nachfolgend unter dem Titel der Rechtfertigungsgründe behandelt werden (vgl. E. 9.2.8.1).

### **9.2.6.3 Anreize für exklusiven Betrieb bei vertikaler und zweiseitiger Marktstruktur**

Die Vorinstanz erklärt in der angefochtenen Verfügung, für ein vertikal integriertes Unternehmen könne der exklusive Vertrieb eine lohnende Strategie sein, z.B. aufgrund hoher Wechselkosten (lange Kündigungsfristen, Bündelprodukte, einmalige Set-Up-Kosten, Hardware- und Softwareunterschiede). Im vorliegenden Fall hätten Swisscom und Cinetrade eine gemeinsame Strategie bezüglich der Beschaffung und Verwertung von Premium Content verfolgt; insbesondere hätten sie die exklusive Verwertung von Sportinhalten über Swisscom TV beschlossen. Exklusivität könne nicht nur bei einer vertikalen Marktstruktur, sondern auch bei einer zweiseitigen Marktstruktur eine lohnende Strategie darstellen, die dazu geeignet sei, den Wettbewerb im TV-Plattformmarkt langfristig zu behindern (vgl. Verfügung, Rz. 660 ff.).

Die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Frage, diese Erwägungen seien für die Untersuchung, ob das Teleclub-Sportangebot eine wettbewerbliche Bedeutung auf dem Plattformmarkt habe, irrelevant (vgl. Beschwerde, Rz. 778; Replik, Rz. 221), muss nicht abschliessend beantwortet werden. Denn die Ausführungen der Vorinstanz geben zumindest mögliche Erklärungen dafür, weshalb ein Pay-TV-Anbieter ein Angebot exklusiv vertreibt, obwohl er grundsätzlich an einer möglichst grossen Zahl von Abonnenten interessiert sein müsste, da jeder zusätzliche Pay-TV-Abonnent die Pro-Kopf-Kosten des produzierten Programms reduziert (vgl. MESSMER, a.a.O., S. 142; HEINEMANN, Sportübertragungsrechte, Rz. 338; SIEVERS, a.a.O., S. 225).

#### **9.2.6.4 Wirkungen im TV-Plattformmarkt und in benachbarten Fernmeldemärkten**

**9.2.6.4.1** Die Vorinstanz stellte fest, die Geschäftsverweigerung habe in erster Linie Unternehmen betroffen, die mit der gleichen Technologie wie Swisscom TV (IPTV) im Markt tätig seien; sie seien in der Ausübung des Wettbewerbs auf dem Plattformmarkt behindert (vgl. Verfügung, Rz. 658). Nach Durchführung einer Untersuchung in Bezug auf Teleclub en français kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das Teleclub-Sportangebot mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einen starken Einfluss auf die Neukundengewinnung habe (vgl. Verfügung, Rz. 666 ff.). Zudem sei der exklusive Pay-TV-Content dazu geeignet, den Wettbewerb auf den benachbarten Fernmeldemärkten zu behindern. Denn wenn ein TV-Plattformbetreiber aufgrund des nicht erhältlichen Teleclub-Sportangebots einen TV-Kunden verliere, verliere er diesen wahrscheinlich auch für die benachbarten Märkte (Breitbandinternet, Festnetztelefonie, evtl. auch Mobilfunk; vgl. Verfügung, Rz. 675 ff.).

Auch die Beschwerdegegnerin betont die Auswirkung des Verhaltens der Beschwerdeführerinnen auf die eng mit dem Pay-TV-Markt verbundenen Providermärkte, auf denen der Konzern ebenfalls eine starke Stellung innehat (Festnetz, Internet, Mobilfunk). Diesen Märkten komme angesichts weitreichender Bündelung von TV-, Internet- und Mobilfunkdienstleistungen strategische Bedeutung zu (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 4, 8).

Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, die Vorinstanz habe keine Wettbewerbsbehinderung auf dem TV-Plattformmarkt beweisen können. Dies erstaune nicht, da die Wechselgründe und Nutzerzahlen eine geringe Bedeutung des Sportangebots zeigten, diese geringe Bedeutung auch

durch die Marktforschungen von Swisscable belegt würden, Drittplattformen einen hervorragenden Geschäftsverlauf hätten und die Empirische Analyse der Vorinstanz zum Teleclub-Sportangebot in der Romandie fehlerhaft sei (vgl. Beschwerde, Rz. 794 ff.).

**9.2.6.4.2** In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Verfügung über exklusive Rechte Auswirkungen auf den Wettbewerb hat; wer über exklusive Sportübertragungsrechte verfügt, hat einen Vorteil anderen Programmplattformen gegenüber (vgl. HANS HEGE, Medienpolitik und Regulierung vor den Herausforderungen der Digitalisierung, in: Kaumanns/Siegenheim/Siurts, *Auslaufmodell Fernsehen?*, Wiesbaden 2008, S. 401 ff., S. 409; KLAMBAUER, a.a.O., S. 90; OSTERWALDER, a.a.O., S. 27 f.). Fraglich ist, ob diese Aussage auch auf TV-Plattformen übertragbar ist, d.h. vorliegend, ob Swisscom TV mit seinen exklusiven Inhalten einen wettbewerblichen Vorteil vor anderen TV-Plattformen hat.

**9.2.6.4.3** Ob TV-Plattformen in der Romandie im Wettbewerb behindert waren, untersuchte die Vorinstanz in einer Empirischen Analyse (act. 421): Die Vorinstanz hat sich bei der Analyse der Wettbewerbswirkungen der Geschäftsverweigerung den Umstand zu Nutze gemacht, dass Swisscom in der französischsprachigen Schweiz im Gegensatz zur Deutschschweiz der einzige Anbieter von Teleclub Sport war. Die Hypothese lautete: Sofern das Sportangebot bei der Wahl der TV-Plattform eine Rolle spielt, müsste Swisscom TV in der Romandie im Verhältnis signifikant erfolgreicher sein als in der Deutschschweiz. Die empirische Auswertung hat nach Aussage der Vorinstanz ergeben, dass Swisscom TV in der französischsprachigen Schweiz wesentlich erfolgreicher in der Neukundengewinnung war als in der Deutschschweiz. Es könne daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass das Teleclub-Sportangebot einen starken Einfluss auf die Neukundengewinnung habe (vgl. Verfügung, Rz. 668 ff.). Dagegen wenden die Beschwerdeführerinnen ein, dass die Entwicklung der Teleclub-Kundenzahlen (vgl. Abbildung 20 der Verfügung) nicht auf einen besonderen Erfolg von Teleclub in der Romandie hinweise: Dass die Kundenzahlen mit Einführung eines neuen Angebots, konkret von Teleclub en français im September 2012, emporschnellen, überrascht in der Tat nicht (vgl. Beschwerde, Rz. 814). Zudem trifft es zu, dass sich der Kabelfernsehmarkt in der Westschweiz teilweise von demjenigen in der Deutschschweiz unterscheidet: So hatte das grösste KNU in der Westschweiz, die Services Industriels de Lausanne, im Jahr 2010 20 Mal weniger Kunden als das grösste KNU der Deutschschweiz, Cablecom (vgl. ANDREA ZANZI, "Kabelfernsehpreise in der Schweiz", Bern 2010, S. 8). Indessen gibt es sowohl in der West- als auch in der Deutschschweiz zahlreiche

kleine KNU; insofern muss von einer schweizweiten, und nicht nur auf die Romandie bezogenen Zersplitterung der Kabelinfrastruktur gesprochen werden (vgl. ZANZI, a.a.O., Anhang 1 "Daten der Kabelnetzbetreiber mit mehr als 5'000 Abonnenten"). Auch war nach einem von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Dokument Ende 2009 der DOCSIS 3.0-Standard in der Westschweiz, abgesehen von Lausanne, noch nicht eingeführt (vgl. Beschwerdebeilage 41). Entgegen der Aussage der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 820) unterschieden sich die Deutsch- und Westschweiz indessen bezüglich der von UPC angebotenen HD-Optionen für Teleclub nicht. Im Untersuchungszeitraum waren in keinem der beiden Landesteile HD-Optionen verfügbar. Für die Deutschschweiz wurden diese erst im Juli 2015 eingeführt (vgl. Beschwerdebeilage 12). Der Umstand, dass Cablecom gemäss einer Untersuchung aus dem Jahr 2015 von Westschweizern in Bezug auf Netzqualität und Zukunftstauglichkeit des Netzes schlechter benotet wurde (vgl. Beschwerde, Rz. 826; Beschwerdebeilage 42), spielt im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle, da diese Untersuchung ausserhalb des Untersuchungszeitraums gemacht wurde. Somit konnten die Beschwerdeführerinnen ihre Behauptungen, wonach Qualität und Netzausbau von Kabel in der Romandie hinterherhinken (vgl. Beschwerde, Rz. 818), nur teilweise belegen. Gar nicht belegen konnten die Beschwerdeführerinnen Unterschiede zwischen der Romandie und der Deutschschweiz, was die geltend gemachten Qualitäts- und Imageprobleme bei Cablecom betrifft, da die entsprechenden Beschwerdebeilagen 27-35 nicht zwischen diesen Sprachregionen unterscheiden. Im Gegenzug führte die Vorinstanz nicht aus, weshalb "bei den TV-Plattformen bezüglich Sendervielfalt, Funktionalität und Bedienung kein wesentlicher Unterschied festzustellen ist" (vgl. Empirische Analyse, S. 11), während die Beschwerdeführerinnen immerhin auf ihr "viel breiteres Basispaket an Ethno-Sendern" hinwiesen (vgl. Beschwerde, Rz. 828). Dass solche Sender namentlich in der international geprägten Genferseeregion relevant sind, darf angenommen werden. Zudem weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass sich die Präferenzen beim Sportkonsum zwischen der Deutschschweiz und der Romandie unterschieden; so sei in der Deutschschweiz Fussball bedeutender (vgl. Beschwerde, Rz. 829), während die Vorinstanz keine signifikanten Unterschiede zwischen den beiden Landesteilen festgestellt hat (vgl. Empirische Analyse, S. 12), wobei sie sich auf die Auswertung der Zuschauerzahlen der SRG bezieht (vgl. act. 279, Antwort auf Fragen 7 und 8). Entgegen der Aussage der Vorinstanz lässt die "Übersicht Zuschauerzahlen / Ratings Fussball" der SRG auf sprachregionale Unterschiede bei der Beliebtheit von Fussballübertragungen schliessen: So waren, gemessen an den Marktanteilen, die von der SRG übertragenen

Spiele der Super League in den Saisons 2005/06 bis 2012/13 in der Deutschschweiz beliebter als in der Romandie und im Tessin (vgl. act. 279, S. 305). Hinzu kommt, dass in der Romandie im Gegensatz zur Deutschschweiz mit französischsprachigen Canal+ ein zweiter Pay-TV-Anbieter nebst Teleclub tätig ist (vgl. Empirische Analyse, S. 12), was die Vergleichbarkeit trotz grundsätzlicher Verfügbarkeit von Canal+ in der Deutschschweiz weiter erschwert. Es ist somit aufgrund der festgestellten Unterschiede festzuhalten, dass die Empirischen Berechnungen bezüglich der Wettbewerbswirkung (vgl. Empirische Analyse, S. 11 ff.) nur bedingt aussagekräftig sind.

**9.2.6.4.4** Dennoch kann folgende Feststellung getroffen werden: Aufgrund des Beweisergebnisses ist erstellt, dass die auf den Teleclub Sportkanälen 1-3 übertragenen Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen zum – merkantilistisch gesehen – objektiv notwendigen Inhalt einer Pay-TV-Plattform gehören (vgl. E. 9.2.5.6). TV-Plattformen, die ihren Abonnenten im Untersuchungszeitraum diese Übertragungen nicht anbieten konnten, war es im Gegensatz zu TV-Plattformen, die über diese Inhalte verfügten, nicht möglich, Neukunden unter Anpreisung von attraktiven Sportereignissen als neue Abonnenten zu gewinnen. Demzufolge waren die Geschäftsverweigerungen von Teleclub geeignet, die konkurrierenden TV-Plattformen, insbesondere IPTV-Plattformen, im Wettbewerb zu behindern.

**9.2.6.4.5** Zudem vertritt die Vorinstanz die Ansicht, dass die Wettbewerbswirkung des fehlenden Sportangebots durch den Umstand verschärft werde, dass der TV-Plattformmarkt und die benachbarten Fernmelde Märkte aufgrund von langen Kündigungsfristen, Bündelprodukten, einmaligen Set-Up-Kosten sowie Hardware- und Softwareunterschieden hohe Wechselkosten aufweise (vgl. Verfügung, Rz. 657 f., 674). Dagegen wenden die Beschwerdeführerinnen ein, die Wechselkosten seien im relevanten Zeitraum äusserst gering, wenn nicht sogar "negativ"; Wechselkosten könnten in der Schweiz keine Rolle gespielt haben, was auch der Kundenzuwachs von Swisscom belege (vgl. Beschwerde, Rz. 787 f.). Zudem weisen sie auf eine Analyse des Preisüberwachers betreffend die Marktstellung von UPC hin. Danach stellten der administrative Aufwand und die Risiken, die mit einem Anbieterwechsel verbunden seien, keine erheblichen Hürden für einen Anbieterwechsel dar (vgl. (vgl. Analyse des Preisüberwachers vom 17. August 2015 "Marktstellung UPC Cablecom", Rz. 122). Dies



ändert indessen nichts daran, dass ein Anbieterwechsel mit den von der Vorinstanz genannten Wechselkosten verbunden ist.

**9.2.6.4.6** Was die Auswirkungen auf die benachbarten Fernmeldemärkte betrifft, ist Folgendes auszuführen. Zwischen 2007 und 2012 hat sich in der Schweiz die Anzahl Verträge für Pakete mit Telefonie, Breitbandinternet und Fernsehen (sog. Triple-Play auf Festnetz) mehr als verzehnfacht. Zwischen 2007 und 2011 stieg auch die Anzahl Verträge mit Paketen für Breitbandinternet und Fernsehen respektive Telefonie und Fernsehen (sog. Double-Play auf Festnetz), allerdings deutlich weniger stark als im Triple-Play-Bereich und mit sinkender Tendenz ab 2011 (vgl. "Amtliche Fernmeldestatistik 2012", S. 49, <[www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch)>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022). Hinzu kommt, dass IPTV nur mit einem Breitbandanschluss des IPTV-Anbieters genutzt werden kann (vgl. Analyse des Preisüberwachers vom 17. August 2015 "Marktstellung UPC Cablecom", Rz. 33). Insofern stieg während des Untersuchungszeitraums die Wahrscheinlichkeit, dass ein mit dem TV-Angebot seines Anbieters unzufriedener Kunde zu einem Anbieter mit dem gewünschten TV-Angebot, der zugleich Festnetztelefon- und Internetdienstleistungen anbot, wechselte. Denn das TV-Angebot ist massgebliches Entscheidungskriterium für die Kunden; mit einem attraktiven TV-Angebot werden den Kunden die anderen, profitableren Bestandteile des Triple-Play-Angebots schmackhaft gemacht (vgl. PARM SANDHU, a.a.O., S. 322 ff.; KAYSER, a.a.O., S. 344; OSTERWALDER, a.a.O., S. 26 ff.; Verfügung, Rz. 676, mit Verweis auf Tagesanzeiger vom 26. April 2012 "Das grosse Geld im Wohnzimmer"). Für die Konkurrenten von Swisscom TV bedeutet dies der Verlust von Internet-, Telefon- und TV-Vertragsbeziehungen gleichzeitig, bei Quadruple-Play auch das Ende der Mobilfunk-Vertragsbeziehungen (vgl. NZZ vom 31. Juli 2015 "Vom Stadion in die Stube"). Damit ist ein fehlendes Sportangebot im TV-Programm dazu geeignet, den Wettbewerb in den benachbarten Fernmeldemärkten (Internetzugang, Festnetztelefonie, Mobilfunk) zu behindern, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat.

## **9.2.7 Verhinderung eines neuen Erzeugnisses?**

**9.2.7.1** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass ihre Verweigerungshaltung kein *neues Erzeugnis* verhindert habe. Die angefochtene Verfügung bewirke sinngemäss eine Zwangslizenz, indem die Auffassung vertreten werde, Te-leclub hätte das Sportangebot lizenzieren müssen. Der Europäische Gerichtshof verlange für einen solchen Eingriff aber, dass durch die Geschäftsverweigerung ein neues Erzeugnis verhindert worden sei. Bei der

Verbreitung von Teleclub durch andere Plattformen handle es sich um kein neues Erzeugnis; es gehe nur um kartellrechtlich verpöntes Freeriding. Folglich sei der Tatbestand der Verweigerung der Geschäftsbeziehungen schon deshalb nicht erfüllt (vgl. Beschwerde, Rz. 839 ff.; Replik, Rz. 224 ff.).

Die Vorinstanz hält ihr entgegen, es gehe vorliegend nicht um eine Lizenz-, sondern um eine Lieferverweigerung, obwohl die angefochtene Verfügung an verschiedenen Stellen die Terminologie "Zugang zu Sportinhalten" verwende (vgl. Duplik, Rz. 15 und 91).

**9.2.7.2** Bei der Missbrauchsvariante der Lizenzverweigerung an Immaterialgüterrechten wird in der Tat gefordert, mit der Geschäftsverweigerung müsse nicht bloss ein Parallelverkauf derselben Ware, sondern ein neues Produkt respektive eine für die Konsumenten vorteilhafte Entwicklung verhindert worden sein, deren Verwirklichung die Lizenz am Immaterialgut zwingend voraussetze (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 259; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 261). Allerdings wird diese Bedingung mit keinem kartellrechtlichen Nachahmungsverbot des "Freeriding", wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, sondern mit der Anwendungsbeschränkung für gestützt auf Spezialgesetze des Immaterialgüterrechts gewährte und von Art. 3 Abs. 2 KG teilweise vorbehaltene Ausschliesslichkeitsrechte an Immaterialgütern begründet (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 261). Solche Immaterialgüterrechte bilden Ausnahmen der wettbewerbsrechtlich geschützten Nachahmungsfreiheit. In ihrem Schutzbereich ist der Tatbestand der Lizenzverweigerung auf Fälle beschränkt, da nicht bloss der Parallelverkauf oder die Nachahmung, sondern darüber hinaus eine vorteilhafte Weiterentwicklung des strittigen Produkts verhindert wird.

**9.2.7.3** Vorliegend sind Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die Bereitstellung von Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV zu untersuchen. Fraglich ist, ob an diesen Übertragungen Immaterialgüterrechte bestehen bzw. für die Bereitstellung der entsprechenden Signale Lizenzen vergeben und Lizenzverträge abgeschlossen werden müssen.

In den Signalanlieferungsverträgen von Teleclub als Pay-TV-Veranstalterin mit Kabelnetzbetreibern wird der Zugriff auf das technisch geschützte Sendesignal (zu den technischen Schutzmöglichkeiten vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 44) ohne Lizenzerteilung (im eigentlichen oder uneigentlichen

chen Sinn) versprochen. Vertragsgegenstand ist die Distribution von Signalen. Dass es sich bei den Verträgen mit den IPTV-Plattformen, zu deren Abschluss sich Teleclub weigerte, anders verhalten hätte, ist nicht ersichtlich (vgl. act. 115, Beilage [13]; act. 68, Beilage [9.5], Ziff. 5.1 f.; act. 93, Beilage [10 ff.], Ziff. 1.1).

Auch aus den von Cinetrade abgeschlossenen Medienrechtsverträgen ergibt sich nicht, dass zur Bereitstellung der Sendesignale (Sub-)Lizenzen an TV-Plattformen respektive Kabelnetzbetreiber vergeben werden müssen: So hat Cinetrade im Sommer 2012 mit der Swiss Football League des Schweizerischen Fussballverbandes einen Vertrag betreffend "Übertragung der Medien- und Marketingrechte an der Super League und der Challenge League" abgeschlossen (vgl. act. 115, Beilage 23a). Nach dessen Ziffer 2.1.1 übertrug die Swiss Football League Cinetrade "die umfassenden und exklusiven Medienrechte einschliesslich des Rechts zur Sublizenzierung an den vertragsgegenständlichen Spielen". Cinetrade verpflichtete sich namentlich zur Live-Ausstrahlung aller 180 Spiele der Super League im Pay-TV sowie zur Verwertung all dieser Spiele in Form von Highlights auf ausgewählten Plattformen von Cinetrade bzw. ihr verbundener Unternehmen (z.B. Kabel, IPTV, Online- und Mobile-Plattformen; vgl. Ziff. 3.3.2.4). Cinetrade verpflichtete sich zudem, einen Teil der ihr übertragenen Rechte an die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft im Rahmen einer Sublizenz weiter zu übertragen und mit ihr einen Vertrag abzuschliessen. Dieser Vertrag sollte unter anderem das Recht und die Pflicht zur Ausstrahlung von 36 (Free-TV) Live-Spielen auf den eigenen Sendern zum Inhalt haben (vgl. Ziff. 2.1.3). Der Vertrag verleiht Cinetrade somit das Recht und die Pflicht, mit der SRG einen Sublizenzvertrag betreffend die Free-TV-Ausstrahlung abzuschliessen. Die Vergabe von Sublizenzen an TV-Plattformen betreffend die Bereitstellung der Ligaspiele schreibt der Vertrag nicht vor.

**9.2.7.4** Auch aus den Spezialgesetzen des Immaterialgüterrechts lässt sich kein abweichender Schluss ziehen. Die Vorinstanz führt richtig aus, dass den Aufzeichnungen von Fussballspielen, was die Beschwerdeführerinnen betrifft, unabhängig von vielleicht bestehenden Immaterialgüterrechten an Teilinhalten und am Sendesignal vor allem vertraglich erworbene Nutzungsbefugnisse zugrunde liegen (vgl. vorne, E. 3.3.2.4; angefochtene Verfügung, Rz. 336). Der Missbrauchsvorwurf betrifft nicht das Teleclub-Sendesignal, das nach Art. 37 URG Schutz genießt und als "Abonnementsfernsehen" der individuellen Verwertung unterliegt (vgl. Art. 22 Abs. 3 URG; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 37, Rz. 5). Sondern allein die Weigerung die erworbenen Tonbildaufnahmen weiterzugeben, an

welchen die Beschwerdeführerinnen – weder originär noch, wie eben ausgeführt, vertraglich, geschweige denn "ausschliesslich" im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG – ein Immaterialgüterrecht besessen haben oder besitzen, das ihnen ein exklusives Nutzungsrecht einräumt (vgl. schon E. 3.3.2).

**9.2.7.5** Die Vorinstanz hat den Sachverhalt somit zu Recht unter dem Titel der Lieferverweigerung, nicht der Lizenzverweigerung, geprüft und hatte nicht zu untersuchen, ob mit der Geschäftsverweigerung ein neues Produkt verhindert worden wäre.

## **9.2.8 Rechtfertigungsgründe**

### **9.2.8.1 Technische Gründe**

**9.2.8.1.1** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Erstellung eines Pay-TV-Angebots auf IPTV sei technisch und rechtlich komplex und nicht mit der herkömmlichen Signalbereitstellung für Kabelnetze zu vergleichen. Noch im Jahr 2012 habe IPTV als Prototyp gegolten; technologisch sei vieles ungewiss und instabil gewesen. Die Vorinstanz hätte die Realisierbarkeit von IPTV von unabhängiger Seite nachprüfen lassen müssen. Es hätte sich herausgestellt, dass die Anbindung, Homologierung und der Betrieb einer IPTV-Plattform teuer und aufwändig gewesen sei und bleibe, weil es an einheitlichen Standards fehle. Selbst im Jahr 2016 sei Sunrise nicht in der Lage, für das Teleclub-Angebot die erforderlichen Plattformfunktionen vereinbarungsgemäss zu gewähren. Probleme bestünden namentlich, wenn IPTV-Anbieter einen "Managed Service" nutzten (vgl. Beschwerde, Rz. 852 ff.; Replik, Rz. 227). Weiter reichten die Beschwerdeführerinnen die Expertise "Übertragung des erweiterten Sportangebots von Teleclub 2006 bis 2013" ein.

Die Vorinstanz schloss aus tatsächlichen Überlegungen technische Hindernisse als Rechtfertigungsgrund aus; auch den betroffenen Plattformanbietern seien keine technischen Gründe für die Verweigerung bekannt. Ob sich ein Plattformanbieter die Homologisierung finanziell leisten könne oder wolle, müsse er selber beurteilen. Gemäss TV-Factory und Netstream, die auf die Bereitstellung eines Wholesale-TV-Signals für IPTV spezialisiert seien, bestünden keine Probleme mit der Signalsicherheit und dem Rechteclearing. Netstream habe zudem für Sunrise bereits eine Plattform erstellt, die offensichtlich sämtlichen Anforderungen von Teleclub bzw. den Rechteinhabern genügt habe (Verfügung, Rz. 685 ff.).

Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass ihre TV-Plattform auf IPTV und damit auf derselben Technologie wie jene der Beschwerdeführerinnen basiere. Damit sei eine systembedingte Unmöglichkeit der Umsetzung bereits ausgeschlossen. Sie habe bereits im Juni 2006 ein eigenes Internet-TV-Paket mit 20 IPTV-Kanälen auf einer Webseiten-Plattform angeboten. Zudem macht sie geltend, zwischen der Leistungsfähigkeit einer selbst entwickelten Lösung und einer Lösung mit einer Partnerin wie Netstream bestehe kein systematischer Unterschied. Schliesslich bezeichnet sie die Qualifizierung ihres TV-Angebots als Prototypen als falsch und irreführend. Ein Prototyp-Angebot sei nie Bestandteil der Verhandlungen gewesen. Im Gegenteil sei es das erhoffte Verhandlungsziel der Beschwerdegegnerin gewesen, endlich ein vollständiges und umfassendes Angebot zu erhalten (vgl. Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 40 ff.).

**9.2.8.1.2** Zunächst ergibt sich aus Antworten der beteiligten Akteure, dass Teleclub Mygate AG nicht aus technischen Gründen, sondern aufgrund des verfolgten Geschäftsmodells die Zusammenarbeit verweigerte (vgl. vorne, E. 9.2.4.3.4; act. 27, Beilage). Auch bei Ticinocom waren keine technischen Gründe ausschlaggebend (vgl. act. 15, Antwort auf Frage 10a), sondern nach Aussage von Teleclub das fehlende Wholesale-Angebot (vgl. vorne, E. 9.2.4.3.7; act. 1). Seitens Sierre-Energie SA spielten technische Gründe ebenfalls keine Rolle (vgl. vorne, E. 9.2.4.3.6; act. 48, Antwort auf Frage 10a und Beilage). Des Weiteren scheiterte die Bereitstellung des Sportpakets von "Teleclub en français" an netplus.ch und Sunrise offenbar aus strategischen Gründen (vgl. vorne, E. 9.2.4.4; act. 242, Antwort auf Frage 7b und Beilage 8; act. 262, Beilage 2).

Die von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Expertise vom 28. Juni 2019 befasst sich nur mit der Bereitstellung des erweiterten Teleclub Sportangebots; dieser Umstand ist auf die entsprechende Fragestellung (vgl. S. 3) zurückzuführen:

"Wäre es Teleclub möglich gewesen, das 'erweiterte Teleclub Sportangebot' über andere TV-Anbieter als über Swisscom TV in der Schweiz im Untersuchungszeitraum zu vermarkten?"

Daher sind keine Rückschlüsse betreffend die hier relevanten Teleclub Sportkanäle 1-3 möglich.

**9.2.8.1.3** Die von der Geschäftsverweigerung betroffenen TV-Plattformen basieren auf IPTV und damit auf derselben Technologie wie die TV-Platt-

form von Swisscom, wie die Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz übereinstimmend festhalten (vgl. act. 202, S. 21; Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 40; Verfügung, Rz. 658). Die von den Beschwerdeführerinnen aufgezählten Umstände, die trotzdem gegen die Bereitstellung der Teleclub-Sportkanäle sprächen (Kosten und Aufwände bei Anbindung, Homologierung und Betrieb sowie bei Bezug eines "Managed Services"), machen die Bereitstellung der fraglichen Sender nicht unmöglich, sondern höchstens aufwändig respektive teuer (vgl. auch Schreiben Teleclub an Netplus.ch vom 1. März 2013 [act. 242, Beilage 6]). In diesem Sinne weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass jeder Plattformbetreiber selbst entscheiden muss, ob er die entsprechenden Kosten tragen könne oder wolle. Dies gilt auch für die Aufwände und Risiken, die bei Bezug eines "Managed Services" entstehen. Solche haben offenbar Ticinocom, das sein TV-Angebot über TV Factory bezieht, davon abgehalten, auf seiner TV-Plattform Canal+ aufzuschalten (vgl. Beschwerde, Rz. 865, mit Verweis auf act. 334, S. 1). Hingegen ist nicht bekannt, dass die Bereitstellung der Teleclub-Sportkanäle lediglich an der fehlenden Bereitschaft der IPTV-Plattformen, die Kosten und Aufwände auf sich zu nehmen respektive sich daran zu beteiligen, gescheitert wäre (vgl. etwa Schreiben von Netplus.ch an Teleclub vom 13. Mai 2013 [act. 242, Beilage 7]). Die Berufung der Beschwerdeführerinnen auf fehlende technische Machbarkeit und fehlendes Interesse der Plattformbetreiber verfängt damit nicht.

### **9.2.8.2 Investitionsschutz**

**9.2.8.2.1** Soweit sich die Beschwerdeführerinnen auf eine Abgeltung ihrer hohen Investitionen respektive Investitionsschutz berufen (vgl. Beschwerde, Rz. 869 ff.; Replik, Rz. 228 ff.; Verfügung, Rz. 684), der zumindest für die Dauer des Markteintritts gewährt werden sollte (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 8), anerkennt die Vorinstanz, bei einem fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerb könne jede Investition im Zusammenhang mit einer neuen Ausschreibung unter gewissen Umständen eine Geschäftsverweigerung rechtfertigen. Nach langjähriger europäischer Praxis bestehe ein fairer und regelmässiger Ausschreibungswettbewerb dann, wenn die Übertragungsrechte in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren für nicht länger als 3 Jahre vergeben würden. Zudem werde teilweise verlangt, dass die Übertragungsrechte in einzelne Pakete unterteilt seien. Diese Anforderungen erfüllten die vorliegenden Ausschreibungsverfahren jedoch nicht, sondern die Rechte für Pay-TV seien jeweils in einem einzigen Paket für einen Zeitraum von 5 Jahren vergeben worden. Die Aus-

schreibungsbedingungen seien sodann angesichts der Cinetrade eingeräumten Erstverhandlungs- und Vorkaufsrechte nicht fair gewesen. Hinzu komme, dass Cinetrade die wohl finanzstärksten potentiellen Mitwerber vertraglich zu einem Verzicht auf den Contenterwerb verpflichtet habe (vgl. Verfügung, Rz. 698 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen bemängeln, die Vorinstanz übernehme damit ungeprüft die europäische Praxis. Sie hätte auch die mitgliedstaatliche Praxis in der EU, etwa in Deutschland, berücksichtigen müssen. Letztlich müsse jeder Einzelfall neu beurteilt werden. In der Schweiz habe vor dem Auftreten von Teleclub der geringe Entwicklungsstand der Sportübertragungen Investitionen in überproportionalem Umfang notwendig gemacht. Da die Ligen das Ziel hätten, mit den Sportveranstaltungen möglichst viele Marktteilnehmer anzusprechen, sei es nicht problematisch, dass es die Verbände in der Schweiz vorzögen, die Rechte nur an einen Pay-TV-Veranstalter und über eine längere Zeitperiode zu vergeben. Weiter stellten die Beschwerdeführerinnen klar, dass Cinetrade anlässlich der Rechtevergabe im Jahr 2006 über keine Erstverhandlungs- und Vorkaufsrechte verfügt habe; auf die späteren Vergaben in den Jahren 2011 und 2012 hätten sie zudem keinen Einfluss gehabt. Schliesslich sei die Content-Akquisitionsklausel mit Sunrise erst im 2012 und damit nach den Rechtevergaben von 2011/12 vereinbart worden. Die mit Cablecom vereinbarte Content-Akquisitionsklausel sei von der Vorinstanz als "unproblematisch" beurteilt worden; ausserdem habe sich Cablecom darüber hinweggesetzt (vgl. Beschwerde, Rz. 848 ff.).

Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, die Beschwerdeführerinnen könnten sich vorliegend nicht auf Investitionsschutz berufen. Einerseits fehle es an einem fairen und regelmässigen Ausschreibungsverfahren, andererseits gelte der Investitionsschutz ohnehin nur für die ersten 3 Jahre nach dem Markteintritt (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 8, 38).

**9.2.8.2.2** Die Lancierung neuer Produkte ist häufig mit erheblichen Kosten, namentlich für die Marktforschung, das Marketing und den Aufbau eines Vertriebsnetzes, verbunden. Da diese Investitionen, wenn das Produkt scheiterte, verloren gingen, wird in der Lehre die Auffassung vertreten, ein Unternehmen könne eine Geschäftsverweigerung unter Umständen mit einem auf die Anfangsphase der Produkteinführung limitierten Investitionsschutz rechtfertigen (vgl. SIEVERS, a.a.O., S. 142; ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 412). Dieser Effizienzgrund entspricht der Vertikalbekanntmachung der Vorinstanz vom 28. Juni 2010 (VertBek), wonach Unternehmen im Rahmen

der in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Rechtfertigungsgründe einen zeitlich begrenzten Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte geltend machen können (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek; ROLF H. WEBER/ADRIAN BIERI, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. A. 2021, VertBek Ziffer 16, Rz. 8 f.). Doch ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht nicht beantwortet hat, ob sich ein Verhalten durch die Einrede der Effizienz bzw. überwiegender wettbewerbsfördernder Wirkung der eigenen Markttätigkeit unter Art. 7 KG überhaupt rechtfertigen lässt (vgl. vorne, E. 9.1.2), so dass auch das Vorbringen des Investitionsschutzes als Anwendungsfall der Effizienzeinrede einer volkswirtschaftlichen Überprüfung bedarf.

**9.2.8.2.3** Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Investitionen erfolgten im Zusammenhang mit Ausschreibungswettbewerben um Übertragungsrechte.

In England, Italien und Spanien werden Live-Übertragungsrechte, entsprechend den Entscheidungen der Europäischen Kommission i.S. Premier League und Bundesliga, für eine (maximale) Laufzeit von 3 Jahren vergeben, in Frankreich und Deutschland beträgt die Laufzeit 4 Jahre (vgl. Beschluss des deutschen Bundeskartellamts B6-32/15 vom 11. April 2016 Rz. 119, "Verwertungsrechte an Fussballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga", Rz. 9 und 46 ff.; Entscheidungen der Europäischen Kommission COMP/C-2/38.173 vom 22. März 2006, Rz. 32 "Joint selling of the media rights to the FA Premier League"; COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003 "UEFA Champions League"; ANDREAS POLK, Zur Vergabe der Medienrechte in der Fussball-Bundesliga, in: Budzinski/Haucap/Stöhr/Wentzel [Hrsg.], Zur Ökonomik von Sport, Entertainment und Medien, Berlin 2021, S. 15).

In der Schweiz hat sich noch keine behördliche oder gerichtliche Praxis zu den Bedingungen bei der Vergabe von medialen Übertragungsrechten entwickelt (vgl. auch Verfügung, Rz. 699). Immerhin ist bekannt, was von den massgeblichen Akteuren gewünscht wird: Am 16. März 2016 haben sich Vertreter von Rechteinhabern, Rechtevermittlern und Rechthenutzern mit der damaligen Bundesrätin Doris Leuthard zur Vergabe von Rechten von Sportübertragungen ausgesprochen und möglichst transparente und offene Vergabeverfahren gewünscht. Die vergebenen Rechte sollten verhältnismässig lange (5 Jahre) bei den Rechthenutzern verbleiben, da "eine Amortisation der Investitionen gerade im kleinen und im internationalen



Vergleich weniger lukrativen schweizerischen Sportrechtemarkt" bei Laufzeiten von "beispielsweise 3 Jahren" schwierig wäre (vgl. Replik-Beilage 43).

**9.2.8.2.4** Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 8.5.1.1), wurden mit dem ersten Vertrag zwischen dem Schweizerischen Fussballverband und Cinetrade Exklusivrechte für insgesamt 6 Spielsaisons (Saisons 2006/07 bis 2011/12), mit dem nachfolgenden Vertrag für 5 Saisons (Saisons 2012/13 bis 2016/17) vergeben. Auch die Medienrechte für die exklusive Übertragung der Schweizer Eishockeyligen (vgl. E. 8.6.1) erhielt Cinetrade für zunächst sechs (Saisons 2006/07 bis 2011/12), danach für 5 Spielsaisons (2012/13 bis 2016/17). Damit übertrafen die Laufzeiten für die exklusiven Medienrechte in der Schweiz die im europäischen Umfeld vereinbarten Laufzeiten von 3 bis 4 Jahren deutlich. Insofern kann im vorliegenden Fall kaum mehr von einem regelmässigen Ausschreibungswettbewerb im Sinne der europäischen Praxis gesprochen werden.

In der Schweiz werden längere Vertragslaufzeiten wie erwähnt akzeptiert und zugleich, international betrachtet, relativ viele Fussball- und Eishockeyspiele im Free-TV ausgestrahlt. Der Schweizerische Fussballverband hat darauf hingewiesen, dass in England, Frankreich oder Italien im Gegensatz zur Schweiz (36 Spiele plus Highlight-Berichterstattung) keine und in Deutschland nur vereinzelte Spiele der nationalen Meisterschaften im Free-TV übertragen werden. Zudem werde auf der Webseite der Swiss Football League kostenlos ein exklusiver Zusammenschnitt der besten Szenen und aller Tore der fünf Partien der jeweiligen Runde der Challenge League veröffentlicht (vgl. act. 371, S. 1 f.). Dies spricht für erhebliche Markteinführungskosten, um ein ausreichendes Publikum aufzubauen, das noch weitere Fussball- und Eishockeyspielübertragungen regelmässig im Bezahlfernsehen nachfragt.

**9.2.8.2.5** Dass Cinetrade in Bezug auf Erstvergaben für die Fussballligasaisons ab 2006/07 über keine Erstverhandlungs- und Vorkaufsrechte verfügte, trifft zu, doch wurde bei der Erstvergabe jeweils ein Erstverhandlungs- und Vorkaufsrecht für die nächste Vergabe vereinbart (vgl. Vertrag SFL-Cinetrade vom 11. Mai 2006 S. 2 [act. 371, Beilage 12]). Dass sich die SFL über das Erstverhandlungsrecht von Cinetrade hinweggesetzt hat und nicht beabsichtigte, Cinetrade das Vorkaufsrecht zu gewähren, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, ändert daran nichts, da Cinetrade auf ein gerichtliches Verfahren zur Durchsetzung dieser Rechte verzichtete. Dies gilt auch für die mit Cablecom nach den Erstvergaben (Mai 2006) im Oktober 2006 vereinbarte Content-Akquisitions Klausel, die für die

Vergaben in den Jahren 2011/2012 Wirkung entfalten (vgl. bereits E. 8.5.2.2).

**9.2.8.2.6** Die Frage, ob sich die Beschwerdeführerinnen zumindest für die Erstvergaben auf Investitionsschutz berufen können, kann vorliegend jedoch offengelassen werden. Denn wie sich noch erweist, vermochten die Beschwerdeführerinnen nicht darzutun, inwiefern ihr Angebot an Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im gesamtwirtschaftlichen Sinne effizient ist, zumal es vor allem ihren eigenen Kunden zugutekommt, während andere Endkonsumenten von diesem Angebot komplett ausgeschlossen werden (vgl. nachfolgende E. 9.3.5.3). Insofern war ihre Verweigerung der Zusammenarbeit mit anderen IPTV-Plattformen auch unverhältnismässig. Als milderer Mittel hätten sie diesen Plattformen, wie bei den KNU, das Basis-Sportangebot von Teleclub (Kanäle 1-3) bereitstellen können, ohne ihre Investitionen zu gefährden.

### **9.2.8.3 Weitere Argumente**

Die Beschwerdeführerinnen rechtfertigen ihr Verhalten des Weiteren damit, dass Teleclub weder ein Wholesale-Angebot offeriert (Beschwerde, Rz. 743 ff.) noch die erforderlichen Lizenzrechte für die Romandie gehabt habe (vgl. Beschwerde. Rz. 746 ff.). Quickline, Netstream, Deep, TV Factory und Netplus stellten Netzbetreibern wie Sunrise eine TV-Plattform im Wholesale bereit, führen sie aus. Mit ihnen könne Teleclub ohne eigenes Wholesale-Angebot und ohne die erforderlichen Lizenzrechte keine Geschäftsbeziehung eingehen (Beschwerde, Rz. 743 ff.).

Von den genannten Unternehmen ist Netplus.ch erwiesenermassen von der Geschäftsverweigerung betroffen (vgl. E. 9.2.4.4.2). Aus der Korrespondenz zwischen Netplus.ch und Teleclub ergibt sich indessen nicht, dass die Geschäftsverweigerung etwas mit einem Wholesale-Angebot von Netplus.ch zu tun hatte; begründet wurde die Verweigerung mit dem hohen Aufwand, welchen die Homologierung und die technische Signalaufbereitung mit sich bringen würden (vgl. Korrespondenz zwischen Netplus.ch und Teleclub [act. 242, Beilagen 4-8]). Hinzu kommt, dass Teleclub Sunrise trotz Beizugs eines "Managed Services" (Netstream) die Sportkanäle 1-3 bereitgestellt hat. Sunrise erkennt zudem auch keinen systematischen Unterschied zwischen der Leistungsfähigkeit einer selbst entwickelten Lösung und einer Lösung in Zusammenarbeit mit einer Partnerin (vgl. Duplik, Rz. 43).

Näher substantiieren die Beschwerdeführerinnen das Argument der fehlenden Lizenzrechte für die Romandie nicht. Aus den einschlägigen Medienrechtsverträgen (vgl. act. 370 [Beilagen d1 und d3] und act. 371 [Beilagen 11 und 12]) ergibt sich nicht, dass die Exklusivrechte für Sportübertragungen auf die Deutschschweiz oder auf die deutsche Sprache eingeschränkt wären. Das Problem der fehlenden Lizenzrechte für die Romandie ist offenbar auf Spielfilme und Fernsehserien beschränkt. Wie die Vorinstanz ausführt, hat Teleclub (bzw. Cinetrade) als deutschsprachiger Pay-TV-Anbieter diese Lizenzen nur für die deutschsprachige Schweiz erworben. Seit dem Zusammenschluss mit Swisscom hätten Cinetrade und Teleclub hingegen die Sportrechte wenn möglich für alle Sprachregionen der Schweiz erworben (vgl. Verfügung, Rz. 128). Indirekt bestätigen dies die Beschwerdeführerinnen, indem sie pauschal festhalten, Teleclub verfüge in der Romandie über den gesamten Untersuchungszeitraum nicht über die erforderlichen Lizenzrechte, um "die Teleclub Pakete einschliesslich des Sportpakets mit Teleclub Sport 1 bis 3" zu verbreiten" (vgl. Beschwerde, Rz. 748; Replik, Rz. 203).

Soweit die Beschwerdeführerinnen schliesslich geltend machen, sie hätten keine Strategie gehabt, Drittplattformen das Teleclub-Angebot vorzuenthalten (vgl. Beschwerde, Rz. 848 ff.; Replik, Rz. 226), ist auf die Vereinbarung zwischen Swisscom und Cinetrade vom 28. November / 14. Dezember 2006 betreffend Beschaffung, Produktion und Aufbereitung von Event-Content im Bereich Sport (vgl. act. 101, Beilage 2) zu verweisen, aus dem sich eindeutig strategische Absichten ergeben (vgl. E. 9.2.6.2).

Als Ergebnis besteht kein Rechtfertigungsgrund für das beschwerdeführende Verhalten.

### **9.2.9 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen: Fazit**

Es ist somit erstellt, dass Teleclub ihre marktbeherrschende Stellung im untersuchungsrelevanten Zeitraum missbraucht hat, indem sie mehreren Unternehmen keinen Zugang zu den als unerlässlich qualifizierten Inhalten der Teleclub-Sportkanäle 1-3 respektive von "Teleclub en français" (Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs) gewährt hat. Dieses Verhalten war dazu geeignet, diese TV-Plattformen gegenüber Swisscom TV, das über diese Inhalte verfügte, im Wettbewerb zu behindern. Die Beschwerdeführerinnen können sich auf keine Gründe stützen, die ihr Verhalten rechtfertigen. Damit ist der Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (in Form der Lieferverweigerung) erfüllt (Art. 7 Abs. 1 Bst. a KG).

## **9.3 Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG**

### **9.3.1 Rechtliche Grundlagen**

Der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ist erfüllt, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

- a) die Marktbeherrschung durch ein Unternehmen, das
- b) seinen Handelspartnern
- c) durch Diskriminierung
- d) einen Wettbewerbsnachteil zufügt, ohne dass
- e) objektive Rechtfertigungsgründe vorliegen (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.625; AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, Art. 7, Rz. 299; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., Art. 7, Rz. 291).

Diskriminiert werden Handelspartner – vertraglich oder durch anderes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens. Handelspartner sind Personen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.2.2 "Publigruppe").

Diskriminierung bedeutet eine sachwidrige Benachteiligung der Handelspartner eines beherrschenden Unternehmens, ohne dass ihnen adäquate Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Damit wird deren Stellung im Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten beeinträchtigt, worin der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gesehen wird (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.2.2 "Publigruppe"). Eine Diskriminierung entsteht insbesondere dadurch, dass gleichartige Sachverhalte ungleich oder ungleichartige Sachverhalte gleichbehandelt werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.2.3 "Publigruppe"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., Art. 7, Rz. 288; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.623; BORER, a.a.O., Art. 7 KG, Rz. 16). Diskriminierungsgegenstand sind Preis- oder Geschäftsbedingungen; dabei ist der Begriff "sonstige Geschäftsbedingungen" weit zu verstehen (vgl. Botschaft KG 95, S. 572).

Es wird zwischen direkter und indirekter Diskriminierung unterschieden. Direkte Diskriminierung bedeutet, dass das marktbeherrschende Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet, indirekte Diskriminierung dagegen, dass gleiche Geschäftsbedingungen auf nicht gleichartige Situationen angewendet werden (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 301 und 306; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.623; MICHAEL TSCHUDIN, Diskriminierung als kartellrechtlicher Aufgreiftatbestand, in: Jusletter vom 25. März 2013, Rz. 33).

Im Falle von Preisen wird weiter zwischen Preisdiskriminierung und anderen Fällen von Preisdifferenzierung unterschieden (vgl. hierzu: ADRIAN RAASS, Preisdifferenzierung und Preisdiskriminierung im Kartellgesetz, in: Jusletter vom 24. September 2018).

Zudem wird zwischen der sog. "primary line discrimination" und der sog. "secondary line discrimination" unterschieden. Bei der "primary line discrimination" differenziert ein vertikal integriertes Unternehmen die Preise zwischen eigenen nachgelagerten Einheiten und deren Konkurrenten. Bei der "secondary line discrimination" differenziert ein Unternehmen die Preise zwischen Abnehmern, welche miteinander im Wettbewerb stehen (vgl. RAASS, a.a.O., Rz. 43).

Sachlich gerechtfertigt können Differenzierungen nach der Marktstufe (Grossisten-, Detaillisten- oder Konsumentenstufe), nach den Handelsusancen, nach den Nutzungsraten des Produktes oder nach unterschiedlichen Transport- und Distributionskosten sein (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 332; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.636). Als Effizienzgründe werden etwa Einsparungen des marktmächtigen Unternehmens, bessere Zahlungsmodalitäten oder der Aufbau von langfristigen Kooperationsprojekten genannt (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.636).

### **9.3.2 Vorgebrachte Argumente zur Diskriminierung**

Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen eine Diskriminierung

- durch unterschiedlichen Umfang der weitergegebenen Sportangebote (vgl. Verfügung, Rz. 726 ff.)
- durch Koppelung von Basis- und Sportpaket (vgl. Verfügung, Rz. 731 ff.)
- durch ungleiche Erlaubnis der Direktvermarktung (vgl. Verfügung, Rz. 727)

vor. Zwar sei das umfangreichere Sportangebot auf Swisscom TV mit Fr. 12.90 teurer als das reduzierte Sportangebot auf den anderen Plattformen, das Fr. 9.90 koste. Indessen könne das Teleclub-Sportangebot (PPC) nur zusammen mit dem Teleclub-Basisangebot bezogen werden. Dieses koste bei Swisscom TV Fr. 29.90, statt der von Teleclub empfohlenen Fr. 39.90. Im Ergebnis zahle ein Zuschauer für das umfangreichere Teleclub-Sportangebot im Bündel mit dem Teleclub-Basisangebot auf Swisscom TV somit weniger als bei den anderen Plattformen, welche zudem nur das beschränkte Teleclub-Sportangebot übertragen könnten. Hinzu komme, dass Swisscom im Gegensatz zu den anderen Plattformen ihren Kunden den Bezug der Sportinhalte im Rahmen von PPV anbieten könne; Swisscom sei somit von der Koppelung nicht betroffen. Schliesslich mache Teleclub auch Unterschiede bezüglich der Vertriebsstruktur: Swisscom, Sunrise, Cablecom und die Partner der DCG könnten Teleclub im Gegensatz zu den anderen Plattformen über die eigene Set-Top Box vermarkten.

Die Beschwerdeführerinnen halten dagegen, die Preisdifferenz sei ausschliesslich darauf zurückzuführen, dass Swisscom von Teleclub niedrigere Entgelte erhalte. Die Unterschiede in der Vertriebsstruktur respektive die bei einzelnen Plattformen praktizierte Parallelvermarktung diene weder Teleclub noch den Endkunden, sondern den partikulären Interessen der jeweiligen Plattform, da diese einen direkten Zugang zu den Kundendaten von Teleclub und damit zu potentiellen Kunden für sein eigenes Pay-TV-Angebot erhalte. Was die vorgeworfene Koppelung betreffe, sei festzuhalten, dass die deutschsprachigen Basis- und Sportpakete von Teleclub auf allen TV-Plattformen einschliesslich Swisscom TV nur gekoppelt angeboten würden. Hauptgrund für die Koppelung von Basis- und Sportpaket sei das international branchenübliche "buy through"-Modell, mit dem Teleclub Verbundvorteile realisiere. PPV sei keine Umgehung der Koppelung, sondern ein alternatives, differenziertes Produkt auf demselben Markt. Im Verhältnis zu PPC sei der Einzelabruf ab einer gewissen Nutzungshäufigkeit viel teurer. Schliesslich seien die von der Vorinstanz behaupteten Ungleichbehandlungen, aus denen keine Wettbewerbsbehinderung resultiere, sachlich gerechtfertigt (Beschwerde, Rz. 878 ff.; Replik, Rz. 230 ff.). In Bezug auf die Beschwerdegegnerin bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass deren Angebot im Jahr 2012 bloss als Prototyp angesehen worden sei. Zudem verweisen sie für die technische Machbarkeit auf das von ihnen eingereichte Gutachten. Schliesslich erklären sie, dass gemäss den Vorbemerkungen zur Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung vom 22. Mai 2017

der Beschwerdegegnerin ein diskriminierungsfreies Angebot unterbreitet worden sei (vgl. Replik, Rz. 298 ff.).

Die Beschwerdegegnerin kritisiert, dass ein Kunde von Swisscom TV das umfangreichere Teleclub-Sportangebot günstiger beziehen konnte als auf den anderen TV-Plattformen. Zudem erklärt sie, dass die Ungleichbehandlung mindestens bis zum Verfügungszeitpunkt sowie darüber hinaus ange-dauert habe. Erst die "Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung" vom 22. Mai 2017 habe ein PPV-Angebot auch für die Kunden von Sunrise TV vorge-sehen. Das weiterhin zwingend mit dem Movie-Paket gekoppelte Kombi-Sportpaket auf Sunrise TV sei aber auch nach der Änderung aufgrund der Ergänzungsvereinbarung immer noch teurer als das Kombi-Angebot von Swisscom TV gewesen. Allerdings sei der Beschwerdegegnerin weder im Rahmen der Ergänzungsvereinbarung 2017 noch später das volle Pro-gramm an Kanälen von Teleclub zur Verfügung gestellt worden (vgl. Be-schwerdeantwort, Rz. 36 ff.). Weiter führt sie aus, dass sowohl die Umset-zung von PPV als auch die Ausstrahlung des vollständigen Premium-Sportangebots während des Untersuchungszeitraums technisch machbar gewesen wäre. Des Weiteren könne nicht der Wortlaut eines Vertrages darüber entscheiden, welches Verhalten diskriminierend sei; dies sei der Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörden überlassen (vgl. Duplik, Rz. 36, 39 ff.).

### **9.3.3 Diskriminierung**

#### **9.3.3.1 Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Tele-club-Sportangebots**

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Abonnenten von Swisscom-TV das vollständige Teleclub-Sportprogramm (Kanäle 1-29) zum Preis von Fr. 12.90 beziehen konnten. Dagegen bezahlten die Abonnenten der an-deren TV-Plattformen für das eingeschränkte Teleclub-Sportprogramm (Kanäle 1-3) Fr. 9.90 (vgl. Verfügung, Rz. 122 und 729). Da das deutsch-sprachige Teleclub-Sportprogramm im Untersuchungszeitraum nur zusam-men mit dem Basispaket bezogen werden konnte, ist der kombinierte Preis (Preis für Basis- und Sportpaket) massgebend: Dieser beläuft sich für Swisscom-TV-Kunden auf Fr. 42.80 (Fr. 29.90 für das Basispaket + Fr. 12.90 für das Sportpaket), für Kunden anderer TV-Plattformen auf Fr. 49.80 (Fr. 39.90 für das Basispaket + Fr. 9.90 für das Sportpaket; vgl. Verfügung, Rz. 122 und 729; act. 68 [Vertrag zwischen Teleclub und Cablecom, Ziff. 8.1]; act. 93 [Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise, Ziff. 7.2 f.]). Die Kunden anderer TV-Plattformen bezahlten somit für das

kombinierte Basis- und Sportpaket von Teleclub Fr. 7.– mehr, hatten aber weniger Sportkanäle zur Verfügung. Dabei ist irrelevant, dass es sich bei den Sportkanälen 4-29 um sog. "Spill Over Kanäle" (vgl. Beschwerde, Rz. 911) handelt; Fakt ist, dass auf diesen Sendern zusätzliche Spiele gezeigt werden, nach Aussage der Beschwerdegegnerin handelt es sich um Programminhalte des eigentlichen Kernangebots aus führenden Fussball- und Eishockey-Ligen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 27. April 2021, Rz. 44). TV-Abonnenten, welche diese Spiele sehen wollten oder preissensible Konsumenten, die weniger für das kombinierte Basis- und Sportpaket von Teleclub zahlen wollten, waren gezwungen, auf die Swisscom-TV-Plattform zu wechseln. Insofern sind nicht nur Endkonsumenten, sondern auch die TV-Plattformen als direkte Handelspartner von Teleclub von der unterschiedlichen Preisgestaltung von Teleclub betroffen (vgl. auch Verfügung, Rz. 767).

Das von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Argument der unterschiedlich hohen Provisionen und Entgelte, die Teleclub den TV-Plattformen und Kabelnetzbetreibern für die Übertragung des Teleclub-Programms entrichtete (vgl. Beschwerde, Rz. 886), hat auf die Endkundenpreise von Teleclub keinen Einfluss, da diese einheitlich von Teleclub vorgegeben werden (vgl. Verfügung, Rz. 756, mit Verweis auf die eingereichten Verträge mit Teleclub; act. 68 [Vertrag zwischen Teleclub und Cablecom, Ziff. 8.1]; act. 93 [Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise, Ziff. 7.2]). Für die Partner der DCG ist kein Endkundenpreis, sondern ein Bezugspreis von Fr. [...] für das Basisangebot vorgegeben (vgl. act. 67 [Vertrag zwischen Teleclub und den DCG-Partnern, Ziff. 4.1.1]); angesichts des von Teleclub empfohlenen Verkaufspreises von Fr. 39.90 für das Basisangebot und Fr. 9.90 für das Zusatzpaket Sport sowie der übrigen Vorgaben von Teleclub bezüglich der Preisgestaltung (vgl. act. 67 [Vertrag zwischen Teleclub und den DCG-Partnern, Ziff. 4.1.1 und 5.2.1]) dürfte dieser Umstand indessen kaum eine Rolle spielen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Abonnenten von Swisscom TV für das kombinierte Basis- und Sportpaket von Teleclub einerseits weniger als Abonnenten von konkurrierenden TV-Plattformen zahlten und andererseits im Gegensatz zu diesen Abonnenten das vollständige Teleclub-Sportprogramm beziehen konnten.

### **9.3.3.2 Diskriminierung durch Koppelung von Basis- und Sportpaket**

Was den bereits erwähnten Umstand betrifft, dass sowohl bei Swisscom TV als auch bei den anderen TV-Plattformanbietern in der Deutschschweiz



das Sportpaket nur zusammen mit dem Basispaket bezogen werden konnte (vgl. Verfügung, Rz. 731; Beschwerde, Rz. 892), macht die Vorinstanz geltend, dass die Kunden von Swisscom TV dieser Koppelung von Basis- und Sportpaketen durch PPV-Bezüge entgehen konnten (vgl. Verfügung, Rz. 733). Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, dass PPV keine Umgehung der Koppelung, sondern ein alternatives, differenziertes Produkt auf demselben Markt sei. Für den Preis, den ein Kunde monatlich für das PPC-Sportpaket zahle (Fr. 12.90), könne er nur vier Sportveranstaltungen per PPV sehen (vgl. Beschwerde, Rz. 898); er habe also eine nicht vergleichbare Auswahl zur Verfügung. Insofern trifft zu, dass der Konsum von Sportveranstaltungen per PPV ab fünf Bezügen pro Monat im Vergleich zum PPC-Angebot preislich unattraktiv ist. Dies ändert indessen nichts am Umstand, dass der Konsum von Sportübertragungen per PPV im Untersuchungszeitraum nur für Kunden von Swisscom TV möglich war, da Teleclub den Konkurrenten von Swisscom TV diese Form des Konsums vorenthielt (vgl. Verfügung, Rz. 731), was auch die Antworten auf Frage 9c des ersten Auskunftsbegehrens belegen (vgl. act. 14, 22, 24, 26, 27, 39, 42, 44, 45, 47, 55, 58, 60, 66, 67, 68, 70, 84, 90, 93, 94, 95, 101, 105, 106).

### **9.3.3.3 Diskriminierung bei der Erlaubnis zur Direktvermarktung**

Was schliesslich die nur teilweise zugelassene Direktvermarktung betrifft (vgl. Verfügung, Rz. 727), haben entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 619 ff.) Untersuchungen stattgefunden; selbst die Beschwerdeführerinnen weisen darauf hin, dass einige Unternehmen zur Direktvermarktung, und Finecom zu den Vorteilen der Direktvermarktung befragt worden sind (vgl. act. 185, 214, 227, 235).

Unbestritten ist, dass Swisscom, Cablecom und die Partner der DCG im Gegensatz zu den anderen TV-Plattformanbietern Teleclub parallel vermarkten durften, d.h. das Teleclub-Angebot wurde in die TV-Plattform des jeweiligen Anbieters integriert und von diesem vermarktet (vgl. Verfügung, Rz. 94 und 103; Beschwerde, Rz. 888; act. 68 [Vertrag zwischen Teleclub und Cablecom, Ziff. 6]; act. 67 [Vertrag zwischen Teleclub und den DCG-Partnern, Ziff. 5.3]). Die Beschwerdeführerinnen machen nicht geltend, die nicht zur Parallelvermarktung zugelassenen TV-Plattformanbieter wären nicht in der Lage gewesen, Teleclub in ihre TV-Plattformen zu integrieren. Die Abonnenten dieser Plattformanbieter waren daher auf separate Set-Top Boxen von Teleclub angewiesen, um die Teleclub-Programme empfangen und weitergeben zu können (vgl. Verfügung, Rz. 727).

### **9.3.3.4 Fazit zu den vorgeworfenen Diskriminierungen**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz bezüglich des Umfangs des Teleclub-Sportangebots, der Koppelung von Basis- und Sportpaket sowie der Erlaubnis zur Direktvermarktung zu Recht eine Diskriminierung festgestellt hat.

### **9.3.4 Wettbewerbsnachteil**

#### **9.3.4.1 Argumente der Parteien**

Nach Ansicht der Vorinstanz führen die diskriminierenden Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen zu einer Marktverschliessung. Sie argumentiert, der je nach Plattform unterschiedliche Umfang des Teleclub-Sportangebots sowie das unterschiedliche Preisniveau des Gesamtpakets werde auch von der überwiegenden Mehrheit der Plattformanbieter als Wettbewerbsnachteil qualifiziert. Da die Ligaberichterstattung auf den Teleclub-Sportkanälen 1-3 erheblich weniger umfangreich sei als auf den Teleclub-Sportkanälen 1-29 und das aufgrund der Koppelung reduzierte Sportangebot im Endeffekt teurer als das vollständige, liege ein Wettbewerbsnachteil für die betroffenen TV-Plattformanbieter auf der Hand (vgl. Verfügung, Rz. 741 ff.). Während Teleclub auf allen Plattformen bei den Abonnenten von Teleclub-Set-Top-Boxen einen massiven Kundenrückgang verzeichne, sei bei der Direktvermarktung eine Zunahme oder zumindest kein Verlust zu beobachten (vgl. Verfügung, Rz. 746). Aufgrund der Verfügbarkeit von PPV sei Swisscom von der Koppelung von Basis- und Sportpaket im Ergebnis nicht betroffen; dies beeinträchtige den Wettbewerb zwischen den Plattformanbietern (vgl. Verfügung, Rz. 748 ff.). Auch nach Ansicht der Beschwerdegegnerin stellt die Überlassung von lediglich 3 von 29 Kanälen eine rechtserhebliche Ungleichbehandlung dar, aus der sich unmittelbar eine Wettbewerbsverzerrung ergebe (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021 Rz. 46).

Die Beschwerdeführerinnen halten dagegen, der Wettbewerb unter den TV-Plattformen habe im Untersuchungszeitraum nicht die geringste Beeinträchtigung gezeigt, vielmehr seien fortlaufend neue Wettbewerber in den Markt eingetreten, während es keinen einzigen Marktaustritt gegeben habe (vgl. Beschwerde, Rz. 901, 906). Es könne keine Marktverschliessung gegeben haben, denn auf den überall verfügbaren Sendern 1-3 erscheine ein umfassendes, hochwertiges Sportangebot. Die Vorinstanz hätte daher die Frage untersuchen müssen, ob eine Wettbewerbsbehinderung auf dem

TV-Plattformmarkt resultiere, weil Plattformen nicht das zusätzliche, erweiterte Sportangebot hätten übertragen können (vgl. Beschwerde, Rz. 904 f.). Dieses erweiterte Sportangebot sei objektiv nicht notwendig, wie die Vorinstanz im Rahmen der behaupteten Geschäftsverweigerung festgestellt habe; im Rahmen der behaupteten Diskriminierung könne kein anderer Massstab gelten (vgl. Beschwerde, Rz. 911 f.). Die Vorinstanz habe zudem fälschlicherweise den Endkundenpreis beurteilt; selbst wenn auf diesen abzustellen sei, sei angesichts von lediglich Fr. 7.– Preisunterschied bei monatlichen Triple-Play-Kosten von bis zu Fr. 130.– keine Wettbewerbswirkung festzustellen. Die mit Swisscom im Wettbewerb stehenden Plattformen erhielten höhere Provisionen und hätten entsprechend höhere Erträge; diese könnten sie im Wettbewerb einsetzen (vgl. Beschwerde, Rz. 916 f.). Eine Wettbewerbswirkung der Parallelvermarktung sei schon deswegen auszuschliessen, weil der Inhalt des Teleclub-Angebots immer gleich sei (vgl. Beschwerde, Rz. 918). Schliesslich sei eine Wettbewerbswirkung aufgrund des fehlenden PPV-Angebots auszuschliessen. Bei Swisscom TV seien die Abrufzahlen für PPV stark rückläufig, während die Zahl der Sport-Abonnemente angestiegen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 922).

#### **9.3.4.2 Prüfung der Wettbewerbsverfälschungen**

**9.3.4.2.1** Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, es habe im Untersuchungszeitraum keinen einzigen Marktaustritt gegeben, ist festzuhalten, dass sich eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb nicht mit sofortigen Marktaustritten von Wettbewerbern äussern muss. Vielmehr werden sie den Versuch unternehmen, durch geeignete und ihnen mögliche sonstige wirtschaftliche Massnahmen geschäftlichen Druck zu umgehen oder zumindest abzufedern (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1211, "Six Group").

**9.3.4.2.2** Aufgrund des Umstands, dass Teleclub die Endkundenpreise festlegte (vgl. E. 9.3.3.1), konnten die mit Swisscom TV konkurrierenden TV-Plattformen das auf die Kanäle 1-3 reduzierte Sportangebot nicht günstiger anbieten. Zudem konnten sie Gelegenheitskonsumenten von Sportübertragungen, welche das kombinierte Basis- und Sportangebot von Teleclub als zu teuer erachten, angesichts eines fehlenden PPV-Angebots auch nicht auf eine Alternative zum PPC-Angebot von Teleclub verweisen. Sie waren daher im Wettbewerb um Kunden gegenüber Swisscom dreifach

eingeschränkt, worauf bereits UPC Cablecom in ihrer Stellungnahme vom 2. Juli 2012 hingewiesen hat (vgl. act. 68, S. 10):

	Swisscom TV	Andere TV-Plattformanbieter
Umfang des Teleclub-Sportangebots (PPC)	Kanäle 1-29	Kanäle 1-3
Preis des kombinierten Basis- und Sportangebots von Teleclub (PPC)	Fr. 42.80	Fr. 49.80
Möglichkeit, anstelle eines gekoppelten Basis- und Sportangebots Sportübertragungen mittels PPV anzubieten	Ja	Nein

Diese Unterschiede haben nach Aussage von UPC Cablecom dazu geführt, dass UPC Cablecom seit dem Beginn des Vertriebs von Teleclub-Produkten über ihre Digital TV-Plattform im Sommer 2007 und dem Start der digitalen TV-Plattform von Swisscom bis zum Jahr 2012 ca. [...] % der Teleclub-Kunden verloren hat. Sie hätten aufgrund der attraktiveren kommerziellen Angebote auf die Swisscom-Plattform gewechselt (act. 68, S. 9 f.). Aus der entsprechenden Beilage ist ersichtlich, dass ihre Teleclub-Teilnehmerzahlen zwischen Januar 2007 und Mai 2012 tatsächlich von [...] auf [...] gesunken sind (vgl. act. 68, Beilage 6.6).

Auch andere TV-Plattformanbieter weisen auf Kundenrückgänge hin, die auf das unvollständige Teleclub-Sportangebot oder die fehlende Möglichkeit, Teleclub-Sportübertragungen per PPV zu konsumieren, zurückzuführen sind. Dabei handelt es sich ausschliesslich um Unternehmen, die ihren Kunden die Sportkanäle 1-3 von Teleclub zur Verfügung stellen (vgl. die Antworten auf Frage 7 des Auskunftsbegehrens vom 30. Mai 2012 [act. 3]), womit entgegen der Kritik der Beschwerdeführerinnen die "wettbewerbliche Relevanz des Deltas", d.h. des erweiterten Sportangebots (Kanäle 4-29) untersucht wurde (vgl. Beschwerde, Rz. 903 ff., 907 ff.). So wurde namentlich ausgeführt:

"Kunden welche das Pay per View Angebot haben möchten, sind gezwungen, auf das Swisscom TV Angebot zurückzugreifen. Damit sind wir Kabelnetzanbieter per se benachteiligt" (act. 24, Antwort auf Frage 18).

"Nach unseren Kundenbefragungen bei einem Anbieterwechsel zu Swisscom haben ca. 1/3 der Kunden angegeben, dass der Hauptentscheidungsgrund der Abruf der Sportveranstaltungen sei" (...) "Dabei ist zu bemängeln, dass (...) keine Sportkanäle on Demand bezogen werden können" (act. 39, Antworten auf die Fragen 15 und 18).

"Die allermeisten Wechsel zu Swisscom-TV werden mit den fehlenden Sportangeboten, insbesondere auch die fehlende Übertragung von Eishockeyspielen, begründet" (act. 42, Antwort auf Frage 15).

"In der Region Basel hat der Fussballclub FC Basel eine sehr grosse Bedeutung, daher ist auch das Interesse an den Spielen gross. In der Vergangenheit wurden wir sehr oft von Abonnenten angefragt, ob wir nicht auch über ein Angebot wie Swisscom mit den Live-Spielen verfügen. Wir sind davon überzeugt, dass – wenn wir ebenfalls Live-Spiele anbieten würden – neue Kunden hinzugewinnen könnten und bestehende Kunden mehr Dienste bei uns abonnieren würden. Zudem sinkt die Zahl der Teleclub-Abonnenten in unserem Einzugsgebiet in den letzten Jahren kontinuierlich. Mit zusätzlichen Exklusiv-Angeboten via Teleclub könnte dieser Trend sicherlich gestoppt bzw. ins Gegenteil gekehrt werden" (act. 47, Antwort auf Frage 15).

"Es geht (...) im Zusammenhang mit dem Teleclub vor allem um die Möglichkeit 'Live Sport' anzubieten. Die interaktive TV-Plattform QL Verte! kann technisch auch das Modell, 'pay per view' abbilden und gerade dies ist im Wettbewerb mit der Swisscom der entscheidende Faktor im Zusammenhang mit der Digitalisierung im TV-Bereich" (...) "Kunden, die sich gegen QL entscheiden, tun dies vornehmlich auf Grund des fehlenden sportlichen Inhalts. Ein weiteres wichtiges Feature ist die Sendervielfalt" (...) "Aufgrund von regelmässigen Kundenumfragen wissen wir, dass bei rund [...] % der Kunden, welche sich für Swisscom TV und gegen das QL-DTV-Angebot entscheiden, der 'Live Sport' (vor allem Schweizer Eishockey- und Fussballspiele) das entscheidende Kriterium ist" (...) "Es ist aus unserer Sicht nicht problematisch, dass Teleclub gewisse Rechte am Schweizer Sport exklusiv erwirbt. Es ist jedoch inakzeptabel, dass diese Rechte im relevanten Bereich - sprich der Möglichkeit auf 21 Kanälen alle Spiele zu sehen bzw. 'pay per view' - von Teleclub exklusiv der Swisscom für deren TV-Angebot zur Verfügung gestellt werden (act. 58, Antworten auf Fragen 12b, 14, 15 und 18).

"Pay-per-View wird nur im swisscom tv angeboten. Der hbbtv-Standard würde sich eignen, um ein solches Angebot für alle Anbieter zu starten" (...) "Wir können die Wünsche der Kunden nach grösserer Vielfalt nicht erfüllen. Wir sind beschränkt auf die 3 Sportkanäle von Teleclub und das in schlechter Bildqualität" (act. 60, Antwort auf Fragen 11, 12, 15 und 18).

"Sport kann nur live die ganze Spannung und Emotionen auslösen und den Kunden begeistern. 20 - 30 Prozent des Kundenpotenzials sind langfristig nicht zu halten, wenn ein Konkurrent Sport live exklusiv anbieten kann" (act. 67, Antwort auf Frage 15).

"Wenn wir Kunden an unseren Hauptkonkurrenten Swisscom verlieren, dann meistens wegen den dort angebotenen Sportprogrammen mit den damit verbundenen exklusiven Ereignissen" (act. 90, Antwort auf Frage 15).

"Für einen signifikanten Teil des Endkundenmarkts sind diese exklusiven Sportereignisse der entscheidende Faktor bei der Auswahl des Anbieters. Wer diese Ereignisse nicht anbieten kann, ist nicht in der Lage, den gesamten Markt anzusprechen. Zudem verlieren Anbieter, welche die fraglichen Sportereignisse nicht im Angebot führen, auch bestehende Festnetz- oder Internetkunden an Swisscom, da letztere ihr TV-Angebot nur im Paket mit Festnetztelefonie und Internet vermarktet" (act. 93, Antwort auf Frage 15).

"Viele Kunden begründen die Kündigungen immer wieder mit dem im Kabelnetz fehlenden Angeboten von Live Sport Übertragungen. In unserem Gebiet verstärkt Spiele der Tigers, etc." (act. 94, Antwort auf Frage 18).

"Für Swisscom TV bedeutet die Live-Ausstrahlung exklusiver Sportereignisse ein entscheidender Wettbewerbsvorteil, der nachweislich dazu führt, dass viele Kunden der GGA Maur aus diesem Grund kündigen" (act. 106, Antwort auf Frage 15).

**9.3.4.2.3** Es trifft zwar zu, dass die Sportkanäle 4-29 bei der Beurteilung der Geschäftsverweigerung als nicht objektiv notwendig qualifiziert wurden, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen (vgl. Beschwerde, Rz. 911). Dennoch wurden die fehlenden Sportkanäle von den TV-Plattformen als Nachteil im Wettbewerb mit Swisscom TV kritisiert, wie soeben gezeigt wurde. Zudem sind im vorliegenden Zusammenhang die Nachteile des höheren Preises und der fehlenden PPV-Ausweichmöglichkeit, zu berücksichtigen; diese Umstände spielten bei der Geschäftsverweigerung keine Rolle.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen wird die fehlende Verfügbarkeit von Sportübertragungen per PPV von den TV-Plattformanbietern als Wettbewerbsnachteil erachtet, wie verschiedene Stellungnahmen zeigen (vgl. namentlich die vorzitierten Stellungnahmen von act. 24, 39, 58 und 60). Dies ist nachvollziehbar, stellt diese Funktion doch eine interessante Alternative zum gekoppelten Basis- und Sportangebot dar, die entsprechend vermarktet werden kann, z.B. als Einsteigerangebot (vgl. "Swisscom entdeckt den TV-Sport", 2. September 2008, <[www.werbewoche.ch](http://www.werbewoche.ch)>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022).

Dagegen werden die höheren Endkundenpreise von den Plattformanbietern nur vereinzelt kritisiert (vgl. act. 68, S. 9 f.; act. 84, Antwort auf Frage 18) und dürften demnach aus deren Sicht kein entscheidender Wettbewerbsfaktor sein. Aus Endkundensicht darf aber nicht davon ausgegangen werden, dass der Preisunterschied von Fr. 7.– vernachlässigbar ist, wie die Beschwerdeführerinnen argumentieren (vgl. Beschwerde, Rz. 917), summiert sich doch der Preisunterschied bei gleichzeitig geringerem Umfang des Sportangebots auf Fr. 84.– pro Jahr.

**9.3.4.2.4** Was des Weiteren die Parallelvermarktung betrifft, vermögen die Beschwerdeführerinnen keine Wettbewerbswirkung zu erkennen, weil der Inhalt des Teleclub-Angebots der gleiche bleibe (vgl. Beschwerde, Rz. 918). Die Vorinstanz stellte dagegen fest, dass bei Plattformen mit Direktvermarktung eine Zunahme oder zumindest kein Verlust von Teleclub-Abonnenten zu beobachten sei, ohne dies weiter zu substantiieren (vgl. Verfügung, Rz. 746). Dies trifft indessen namentlich nicht auf Cablecom zu, die einen Kundenrückgang zwischen [...] und [...] zu beklagen hatte, wie bereits ausgeführt wurde (vgl. E. 9.3.4.2.2). Hinzu kommt, dass die Parallelvermarktung primär einen Komfortvorteil für die Kunden darstellt. So erklärte Finecom auf die Frage, welche Vorteile die Endkunden haben, wenn

Teleclub vom Plattformanbieter vermarktet wird (act. 238, Antwort auf Frage 10):

"Für den Endkunden besteht der grosse Vorteil, dass er nicht zwei STB und somit auch nur eine zusätzliche Fernbedienung benötigt. Diese Erleichterung macht das Fernseh-Erlebnis in vielen Bereichen wie bspw. dem Zapping deutlich kundenfreundlicher. Zudem hat der Kunde einen Ansprechpartner bei Fragen oder Problemen, was die Kommunikation mit dem Kunden vereinfacht und die Servicequalität verbessert. Auch erhält der Kunde so nur eine Rechnung von einem Anbieter. Nicht zuletzt profitiert er bei Bündel-Angeboten von einem attraktiveren Preis-Leistungsverhältnis. Überdies schlagen sich die tieferen Kosten in günstigeren Konditionen für die Endkunden nieder."

Nebst dem Komfortvorteil für die Endkunden erschliesst sich aus der Antwort von Finecom, dass die Parallelvermarktung angesichts der direkten Kommunikationsmöglichkeit mit den Endkunden auch für die Plattformbetreiber von Vorteil ist oder zumindest sein kann. Diese Möglichkeit können sie grundsätzlich für eigene Informationen, Werbung oder andere Leistungen nutzen.

Der wettbewerbliche Effekt des genannten Komfortvorteils sowie der direkten Kommunikationsmöglichkeit dürfte jedoch angesichts der Tatsache, dass im Übrigen der gleiche Inhalt ausgestrahlt wird, kaum bestimmbar sein. Abgesehen davon erachtet es das Bundesverwaltungsgericht als erwiesen, dass bereits die Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Teleclub-Sportangebots und durch die unterschiedliche Verfügbarkeit von Teleclub-Sportübertragungen per PPV zu einer Wettbewerbsbehinderung auf dem TV-Plattformmarkt führt.

### **9.3.5 Rechtfertigungsgründe**

#### **9.3.5.1 Technische Gründe**

**9.3.5.1.1** Dass nur Swisscom TV die PPC-Übertragung des erweiterten Sportangebots von Teleclub sowie von einzelnen Fussball- und Eishockeyspielen per PPV anbieten durfte, rechtfertigen die Beschwerdeführerinnen mit technischen Gründen (vgl. Beschwerde, Rz. 880, 899, 924 ff.). Hierzu reichten sie das Gutachten "Übertragung des erweiterten Sportangebots von Teleclub 2006 bis 2013" vom 28. Juni 2019 ein. Dieses kommt zum Schluss, während des gesamten Untersuchungszeitraums sei Swisscom



die einzige TV-Anbieterin in der Schweiz gewesen, die das erweiterte Teleclub-Sportangebot einschliesslich PPV für Live-Sport den Endkunden überhaupt bereitstellen können (vgl. Gutachten, S. 6).

Entscheidend sei gewesen, ob die konkrete Belegung des verfügbaren Bandbreitenspektrums es zuliess, zusätzlich das erweiterte Teleclub-Sportangebot neben den weiteren Diensten zu übertragen (vgl. Gutachten, S. 27). Die Prämisse des Gutachtens, dass bei den Kabelnetzen eine totale Bandbreite von 5 bis 862 MHz zur Verfügung stehen muss (vgl. Gutachten, S. 26, Bild 5), ist aufgrund der technischen Literatur nachvollziehbar (vgl. ULRICH FREYER, Nachrichten-Übertragungstechnik, München 2017, S. 472). Das Gutachten nimmt zudem an, dass das erweiterte Teleclub-Sportprogramm im Umfang von 26 Kanälen (ab September 2010) einen Bandbreitenbedarf von 80 MHz hat, und im Jahr 2014 ca. 60 MHz für den Rückkanal, ca. 20.5 MHz für UKW, ca. 300 MHz für analoge TV-Programme, ca. 350 MHz für digitale TV-Programme und ca. 100 MHz für Internet und Telefonie beansprucht wurden (vgl. Gutachten, S. 26, Bild 5). Dabei setzt es die Implementierung des DOCSIS 3.0-Standards (vgl. hierzu: ANDRES KELLER, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 2. Aufl., Heidelberg 2011, S. 334 ff.) sowie des DVB-C-Standards voraus (vgl. Gutachten, S. 20 ff.). Folgende KNU haben laut dem Gutachten DOCSIS 3.0 während des Untersuchungszeitraums implementiert, wobei sich das Gutachten diesbezüglich auf die Untersuchung von Cablecom und KNU des Quickline-Verbunds beschränkt hat: WWZ (anfangs 2008), Cablecom (2009), Flims Electric (2011) sowie EWA und EBL im Jahr 2013 (vgl. Gutachten, S. 23 [Bild 4] und S. 40 [Tabelle 13]). Diese und andere Unternehmen verfügten über Bandbreiten von 856 MHz respektive 860 MHz (vgl. Gutachten, S. 40, 53 f.): Cablecom (856 MHz ab 2009), EBL (860 MHz ab 2013), Energie Seeland (856 MHz ab 2013), InterGGA (856 MHz ab 2013), WWZ (860 MHz ab 2007), Renet (856 MHz ab 2008), Flims Electric (856 MHz ab 2010), GBM (860 MHz ab 2011), EWA (856 MHz ab 2012) und Valaiscom (860 MHz ab 2011). Mindestens diese vom Gutachten genannten Unternehmen hätten somit grundsätzlich, d.h. unter Umständen unter Verzicht auf die Übertragung anderer Programme, über die erforderliche Bandbreite verfügt, um das erweiterte Teleclub-Sportprogramm zu übertragen.

**9.3.5.1.2** Zwar waren Kabelnetzbetreiber, die Radio- und Fernsehprogramme analog und digital anboten, bis zum Ende des Untersuchungszeitraums verpflichtet, gewisse in- und ausländische Programme in beiden Technologien zu verbreiten (Art. 59 und 60 RTVG), was entsprechende

Übertragungskapazitäten erforderte. Denn ein analoges TV-Programm beansprucht einen Kanal von 7 oder 8 MHz (vgl. ERIC KARSTENS, Fernsehen digital, S. 64 und 66; Gutachten der Beschwerdeführerinnen, S. 26, Bild 5; "Wie funktioniert digitales Fernsehen?", S. 29, <[www.suissegital.ch](http://www.suissegital.ch)>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022), während durch die digitale Datenkompression pro Frequenz oder Kanal über zehnmal mehr Signale übertragen werden können (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 22; Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 20. März 2003 i.S. Cablecom/Teleclub, Sachverhalt Bst. A., in: RPW 2003/2 S. 406 ff.; Entscheid des Bundesrats vom 5. Juni 2001, in: VPB 65.88 E. 2; KAUMANN/SIEGENHEIM/SJURTS [Hrsg.], Auslaufmodell Fernsehen?, a.a.O., S. 188, 222, 334). Die analoge Verbreitungspflicht (Must Carry-Pflicht) wurde in zwei Schritten aufgehoben (vgl. Verordnung des UVEK vom 5. Oktober 2007 über Radio und Fernsehen [SR 784.401.11], Änderung vom 13. Mai 2013): Per 1. Juni 2013 entfiel die Aufschaltverpflichtung für die ausländischen Programme (ARD, ORF 1, France 2, Rai Uno, ARTE, 3 Sat, TV5, Euronews), ab 1. Januar 2015 konnte auch auf die analoge Verbreitung der inländischen Must-Carry-TV-Programme verzichtet werden (SRG-Programme, regionale, konzessionierte Programme). Bei Abgabe eines kostenlosen Digital/Analog-Wandlers (Konverter) für den Empfang eines gleichwertigen digitalen Grundangebots wurden Kabelnetzbetreiber schon vor diesem Zeitpunkt von allen analogen Must-Carry-Pflichten entbunden (vgl. "Kabelnetzbetreiber können analoge Programme frei wählen", <[www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch)>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022). 2011 strahlten die KNU nach Angaben von Swisscable 54 analoge Programme aus (vgl. Stellungnahme Swisscable vom 15. Oktober 2012 S. 7 [act. 119]). Da die Must-Carry-Pflichten je nach Region lediglich 18 bis 20 analoge TV-Programme betraf (vgl. Stellungnahme Swisscable vom 15. Oktober 2012 S. 7 f. [act. 119]; "Übersicht Must-Carry-Programme", <[www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch)>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022), hätten die KNU die Bandbreite für analoge Programme bis auf 126 bis 160 MHz reduzieren können. Die so freigewordene Kapazität von 140 bis 174 MHz hätten sie grundsätzlich für das erweiterte Teleclub-Sportprogramm mit einer geschätzten Bandbreite von 80 MHz beanspruchen können (vgl. Stellungnahme Swisscable vom 15. Oktober 2012 S. 7 [act. 119]). Zu diesem Schluss kam offenbar auch das Gutachten, wenn es etwa in Bezug auf Quickline festhält, dass die Kapazitäten "nicht auf allen zum Verbund gehörenden Kabelnetzen" vorhanden gewesen seien (vgl.

Gutachten, S. 57). Mit anderen Worten mussten einige KNU des Quickline-Verbands genügend Kapazitäten aufgewiesen haben.

**9.3.5.1.3** Hinsichtlich des DVB-C-Standards präzisiert das Gutachten, dass dieser vor 2013 keine PPV-Funktionalität vorgesehen habe, so dass der Einzelabruf der Live-Events auf Kabel nur in einer technisch proprietären, sehr aufwändigen Lösung zu realisieren gewesen wäre (vgl. Gutachten, S. 28). UPC habe PPV während des ganzen Untersuchungszeitraums nicht angeboten (vgl. Gutachten, S. 40 ff. und S. 66, Tabelle 14 "Entwicklung der TV und VoD-Angebote von UPC von 2005-2013"). Zu Quickline hält das Gutachten fest, dass die ab August 2010 vermarktete TV-Plattform "Quickline Verte!" zwar Funktionen wie Videos auf Abruf ermöglicht habe; damit sei aber der Einzelabruf von Live-Inhalten nicht möglich gewesen (vgl. Gutachten, S. 52 ff.). Dagegen erklärte ein KNU gegenüber der Vorinstanz, der hbbtv-Standard würde sich eignen, um ein Angebot für Live-Spiele von Teleclub zu starten (vgl. act. 60, Antwort auf Frage 12a). Des Weiteren führte Cablecom an der Anhörung vom 7. März 2016 vor der Vorinstanz aus, seit die Übertragungen im Kabelnetz für digitale TV-Inhalte nach DVB-Standard erfolgten, hätten Kabelnetzbetreiber auch die Möglichkeit PPV-Inhalte anzubieten. Der Umstand, dass dies nicht getan werde, liege eher an den fehlenden Inhalten als an den fehlenden Funktionalitäten der Plattformen (vgl. act. 476, S. 4).

**9.3.5.1.4** Da während des Untersuchungszeitraums offenbar weder Cablecom noch der Quickline-Verband über ein PPV-Angebot für Live-Spiele verfügten und der entsprechende DVB-C-Standard erst 2013 eingeführt wurde, muss davon ausgegangen werden, dass für die KNU keine oder nur eine erschwerte Möglichkeit bestanden hätte, Live-Spiele per PPV anzubieten.

**9.3.5.1.5** Hinsichtlich Sunrise stellte das Gutachten fest, dass es Sunrise durch die Implementierung von ADSL 2+, den Einsatz von VDSL und Partnerschaften mit anderen Netz-Anbietern seit anfangs 2012 möglich gewesen sei, eine höhere Anzahl an TV-Kanälen in SD (17 Kanäle ab Mai 2012) und HD (20 Kanäle ab September 2012) zu transportieren und zusätzliche TV-Applikationen zu vermarkten (vgl. Gutachten, S. 59 f.). Die TV-Plattformen von Swisscom und Sunrise beruhten zwar beide auf DSL, doch seien die TV-Angebote völlig unterschiedlich aufgebaut und implementiert; so sei Sunrise auf Netstream angewiesen, um den Endkunden einen IPTV-Service anbieten zu können ("Managed Service"). Sunrise bzw. ihre Partner hätten ein PPV-Angebot erst auf der 2016 eingeführten Sunrise TV Box UHD als Funktion ermöglicht und ab Dezember 2017 kommerziell realisiert

(vgl. Gutachten, S. 62 f.). Die Funktion "PPV von Live-TV" habe während des gesamten – langen – Untersuchungszeitraums (2005-2013) nur Swisscom angeboten (vgl. Gutachten, S. 14). Das Gutachten kommt zum Schluss, "dass auch die IPTV-Plattform von Sunrise während des gesamten Untersuchungszeitraums nicht in der Lage war, das erweiterte Teleclub Sportangebot einschliesslich PPV für Live-Inhalte zu übertragen" (vgl. Gutachten, S. 64). Das Gutachten macht indessen keine explizite Aussage darüber, ob Sunrise das erweiterte Sportangebot von Teleclub *ohne* PPV für Live-Inhalte hätte übertragen können (vgl. Gutachten, S. 64). Die Beschwerdegegnerin macht diesbezüglich geltend, sie hätte das vollständige Teleclub-Sportangebot im Untersuchungszeitraum ohne Weiteres ausstrahlen können, da ihre IPTV-Plattform systembedingt nicht allfälligen Bandbreitenbeschränkungen der Kabelnetze unterlegen wäre. Des Weiteren ist in der Tat nicht ersichtlich, weshalb der Beizug eines "Managed Service" im Vergleich zu einer selbst entwickelten IPTV-Lösung die Qualität oder den Umfang des Angebots grundsätzlich negativ beeinflussen sollte (vgl. Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 43, 46). Zudem weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass das von Netstream für sie entwickelte PPV-Angebot heute (mit Anpassungen) auf der gleichen Plattform wie während des Untersuchungszeitraums laufe. Das Parteigutachten unterliege der irrigen Vorstellung, PPV habe erst mit der "Aruba" Set-Top Box ("STB") implementiert werden können, demgegenüber laufe PPV einwandfrei und nachweislich auch auf der älteren "Entone" STB. Spätestens mit der Einführung von ADSL2+ in ihrem Netz ab 2008 sei die Übertragung von PPC und PPV ohne weiteres möglich gewesen (vgl. Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 44 und Fn. 6). Dass diese Anwendungsmöglichkeiten bestanden, bestreiten die Beschwerdeführerinnen nicht substantiiert. Sie weisen auf einen Widerspruch der Beschwerdegegnerin betreffend den für die Entwicklung der PPV-Funktion nötigen Aufwand sowie erneut auf das Gutachten hin (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 111 ff.). Das Gutachten erwähnt zwar die von der Beschwerdegegnerin genannte "Entone" STB (vgl. Gutachten, Tabelle S. 14), äussert sich aber weder zur "Aruba" STB noch zu allenfalls inexistenten PPV-Möglichkeiten der "Entone" STB. Hinzu kommt, dass selbst das Gutachten davon ausgeht, dass Sunrise Abrufe von Live-TV-Sendungen hätte anbieten können, wenn sie Netstream mit der Implementierung dieser Funktion beauftragt hätte (vgl. Gutachten, S. 60). Schliesslich qualifiziert das Gutachten Sunrise TV anders als die Beschwerdeführerinnen respektive der von ihnen zitierte SRF-Beitrag nicht als Prototypen. Damit vermochten die Beschwerdeführerinnen die über-

zeugende Darlegung der Beschwerdegegnerin, dass sie das erweiterte Teleclub-Sportangebot in Form von PPC hätte übertragen und Live-Sport als PPV anbieten können, nicht zu entkräften.

**9.3.5.1.6** Als Fazit ist festzuhalten, dass entgegen den Schlüssen des Privatgutachtens zahlreiche KNU durch Kapazitätserweiterungen und Sunrise durch Einführung von ADSL+ im Laufe des Untersuchungszeitraums die Möglichkeit gehabt hätten, auch das erweiterte Sportprogramm von Teleclub auszustrahlen. Dagegen hätten die KNU im Gegensatz zu Sunrise PPV für Live-Sport mutmasslich nur unter erschwerten Bedingungen anbieten können.

### **9.3.5.2 Höhere Provisionen bei den Drittplattformen**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Preisunterschiede gegenüber Swisscom TV seien angesichts der höheren Provisionen für die Drittplattformen gerechtfertigt; diese seien das Ergebnis von Verhandlungen und reflektierten die unterschiedlichen Kosten der vielen verschiedenen Plattformen (vgl. Beschwerde, Rz. 939 ff.).

Die Vorinstanz weist darauf hin, dass die Provisionen der Vertragspartner stark variierten, demzufolge müssten auch die Endkundenpreise bei allen betroffenen Plattformanbietern unterschiedlich sein, dies sei aber – ausser bei Swisscom – nicht der Fall. Somit erfolge die Festlegung des Endkundenpreises nicht in Abhängigkeit von der Provision (vgl. Verfügung, Rz. 755).

Aus den Akten ergibt sich beispielhaft, dass Teleclub sowohl Sunrise als auch UPC eine umsatzabhängige Provision bezahlt: Die Grundprovision beträgt bei Sunrise [...] % und erhöht sich mit steigender Abbonnentenzahl (vgl. Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise betreffend Teleclub Digital vom 11./21. Mai 2012, Ziff. 8.1 [act. 93]), bei UPC [...] % (bei Verbreitung über die Teleclub-Plattform) respektive [...] % (bei Verbreitung über die Plattform von UPC), wobei sie sich nur beim Modell "Verbreitung über die Plattform von UPC" mit steigender Abbonnentenzahl erhöht (vgl. act. 68, Antwort auf Frage 9a, Beilagen 9.4 [Ziff. 9.3] und 9.5 [Ziff. 7.1]). Ungeachtet dieser Unterschiede in der Provision sind die Teleclub-Endkundenpreise bei Sunrise und UPC gleich hoch (vgl. E. 9.3.3.1). Wie die Vorinstanz kann auch das Bundesverwaltungsgericht keine Abhängigkeit des Endkundenpreises von der durch Teleclub geleisteten Provision feststellen. Der Rechtfertigungsgrund überzeugt nicht.

### 9.3.5.3 Investitionsschutz

Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, Swisscom habe sich massgeblich an der Realisierung und Produktion des Inhalts beteiligt und dabei namhafte finanzielle Beiträge geleistet (vgl. Beschwerde, Rz. 880). Vorliegend seien alle Effizienzkriterien erfüllt: Es werde ein zusätzliches Angebot realisiert, das den Kunden ohne die Zusammenarbeit nicht zur Verfügung stünde. Die Zusammenarbeit sei unverzichtbar, um dieses erweiterte Angebot zu realisieren, negative Auswirkungen auf den TV-Plattformmarkt seien nicht ersichtlich und der TV-Plattformwettbewerb werde durch die Zusammenarbeit von Swisscom und Teleclub sehr belebt. Zu berücksichtigen sei namentlich auch, dass Swisscom TV in seinen Anfangszeiten ein gerichtlich festgestelltes Gebietsmonopol der Kabelnetze habe aufbrechen müssen, um überhaupt als TV-Plattform Fuss zu fassen (vgl. Beschwerde, Rz. 943 ff.). Schliesslich weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass die Koppelung des Sportpakets an das Basispaket gerechtfertigt sei: Hauptgrund für die Koppelung sei das international branchenübliche "buy through"-Modell, mit dem Teleclub Verbundvorteile realisiere, die es erst ermöglichen, dass das Sportpaket für lediglich Fr. 12.90 respektive Fr. 9.90 angeboten werden könne (vgl. Beschwerde, Rz. 893 ff.).

Nach Auffassung der Vorinstanz kann weder die Kombination von Angebots- und Preisdifferenzierung noch die Koppelung von Basis- und Sportpaket volkswirtschaftlich effizient sein. Zudem stehe einem allfälligen wettbewerbsfördernden Effekt durch den Neueintritt in den TV-Markt ein wettbewerbsverzerrender Effekt im Breitbandinternet gegenüber. Es lägen daher keine Effizienzgründe vor, welche eine Diskriminierung rechtfertigen könnten (vgl. Verfügung, Rz. 761 ff.).

Zu berücksichtigen ist, dass es sich bei den geltend gemachten Effizienzvorteilen nicht um rein betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit handeln darf. Nötig ist eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung, d.h. die Effizienzvorteile müssen zumindest teilweise über den Markt an weitere Marktteilnehmer weitergegeben werden (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905 S. 3943; BORER, a.a.O., Art. 5, Rz. 46; PATRICK L. KRAUSKOPF / FELIX SCHRANER, Kartellrechtliche Compliance: Praxistipps für Unternehmen und Manager, Schulthess Manager Handbuch 2017, S. 65; KRAUSKOPF/KAUFMANN, Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden, S. 71; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.376). So können etwa verbesserte Produkte Effizienzvorteile darstellen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5, Rz. 48; SCHWALBE/ZIMMER,

Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl. 2011, S. 426, 439), allerdings nur unter der soeben erläuterten Voraussetzung, dass sie nicht nur der eigenen Kundschaft, sondern dem Markt insgesamt zugutekommen.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihren Investitionen in ein breites Sportangebot im Pay-TV ein Angebot geschaffen haben, das den (sportbegeisterten) Endkonsumenten zugutekommt, aber mit einer kombinierten Angebots- und Preisdifferenzierung sowie letztlich mit Marktverlusten anstatt zusätzlicher Nachfrage bei den Konkurrentinnen von Swisscom einhergeht. Hinzu kommt, dass Swisscom-Kunden für den Bezug des neuen TV-Angebots einen Breitband-Internetanschluss von Swisscom benötigen (vgl. act. 101, Antwort auf Frage 17; act. 448, Beilage 4), was die ohnehin starke Stellung von Swisscom auf dem Markt für Breitbandinternet (vgl. etwa das Gutachten der WEKO vom 3. September 2007, "Schneller Bitstromzugang", in: RPW 2008/1 S. 222 ff., S. 229) und damit verbundenen Märkten verstärkte. Daher hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass die Kombination von Angebots- und Preisdifferenzierung trotz Schaffung eines neuen TV-Angebots volkswirtschaftlich nicht effizient sein kann. Des Weiteren gelang es den Beschwerdeführerinnen auch nicht darzulegen, inwiefern es verhältnismässig sein sollte, eine geringere Anzahl Sportkanäle mit einem höheren Endkundenpreis zu kombinieren; als milderer Mittel wäre etwa die Bereitstellung einer höheren Anzahl Sportkanäle, das Senken des Endkundenpreises auf Swisscom-Niveau oder zumindest eine zeitliche Limitierung der kombinierten Angebots- und Preisdifferenzierung in Frage gekommen. Dieselbe Überlegung hindert die Rechtfertigung als neu geschaffenes Produkt gegenüber dem Vorwurf der Geschäftsverweigerung (vgl. vorne, E. 9.2.8.2.2).

Was die Koppelung von Basis- und Sportpaket betrifft, haben die Beschwerdeführerinnen zu Recht darauf hingewiesen, dass das Sekretariat der Vorinstanz im Verfügungsantrag eine solche als branchenüblich bezeichnet hat. Zudem hat es argumentiert, die mit der Koppelung verbundenen Effizienzgewinne (Verbundvorteile und tiefere Transaktionskosten, die zu tieferen Endkundenpreisen und besserem Spielfilmangebot führen könnten) vermöchten möglicherweise die Abschottungswirkung der Koppelung aufzuwiegen (vgl. Verfügungsantrag vom 21. Juli 2015, Rz. 606 [act. 407]). In der angefochtenen Verfügung werden nunmehr keine "legitimate business reasons" hinsichtlich der diskriminierenden Koppelung anerkannt, da sie auf einem von hohen Wechselkosten und neuen Netzwerktechnologien geprägten Markt zu Gunsten von Swisscom eine grosse Wettbewerbsbeeinträchtigung entfalte (vgl. Verfügung, Rz. 763).

Es trifft zu, dass die deutschsprachigen Basis- und Sportpakete auf allen TV-Plattformen einschliesslich Swisscom TV nur gekoppelt angeboten werden (vgl. Verfügung, Rz. 731; Beschwerde, Rz. 892). Insofern betreffen Vor- und Nachteile der Koppelung alle TV-Plattformen und deren Kunden. Im vorliegenden Fall sind aber nicht allfällige Effizienzgewinne aufgrund der Koppelung, sondern aufgrund der sich aus der Koppelung ergebenden Diskriminierung zu beurteilen. Dabei geht es wie bereits ausgeführt um die Möglichkeit der Swisscom-Kunden, der Koppelung mittels Bezug von PPV-Sportinhalten zu entgehen. Diesbezüglich vermochten die Beschwerdeführerinnen nicht darzulegen, inwiefern die damit erzielten Effizienzgewinne im eingangs genannten Sinne wettbewerbsfördernd sind.

#### **9.3.5.4 Abwehrhandlung**

Schliesslich erklären die Beschwerdeführerinnen, Teleclub sei von verschiedenen KNU, allen voran Cablecom und Finecom, bei der Aufschaltung des HD-Programmangebots und auch mit der Verwendung unsicherer Verschlüsselungsmethoden diskriminiert und im Wettbewerb behindert worden. In einer solchen Situation könne Teleclub kein Diskriminierungsvorwurf gemacht werden (vgl. Beschwerde, Rz. 949 f., mit Verweis auf act. 362). Dabei verweisen sie auf das Urteil des BGer 2A.142/2003 in Sachen "Cablecom/Teleclub". Danach ist es nicht zum Vornherein ausgeschlossen, dass eine marktbeherrschende Unternehmung ihre beanstandete Verhaltensweise damit rechtfertigt, dass sie eine in einem anderen Bereich marktbeherrschende Anbieterin daran hindern will, ihrerseits Marktzutrittsschranken zu errichten und dort wirksamen Wettbewerb zu verunmöglichen (vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 E. 5.2.2, "Cablecom/Teleclub"). Inwiefern die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Verhalten eine allenfalls unzulässige Verhaltensweise der von ihnen genannten KNU verunmöglichen können (im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung), ist nicht ersichtlich.

Soweit sie sich mit ihrem Argument implizit auf Notwehr als (übergesetzlichen) Rechtfertigungsgrund berufen (vgl. KRAUSKOPF/KAUFMANN, Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden, a.a.O., S. 68 ff. [nachfolgend: Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden]) und ein solcher überhaupt anerkannt werden kann, sind verschiedene Voraussetzungen zu erfüllen; so ist eine Notwehrhandlung ausgeschlossen, wenn staatliche Behörden (Wettbewerbsbehörden oder Gerichte) einen hinreichend effektiven Rechtsschutz gewährleisten (vgl. KRAUSKOPF/KAUFMANN, Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden, a.a.O., S. 70). Dass dies vorliegend nicht der Fall ist, wird von den Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht



geltend gemacht. Demzufolge können sie sich nicht auf eine legitime Abwehrhandlung als Rechtfertigungsgrund stützen.

#### **9.3.5.5 Fazit Rechtfertigungsgründe**

Die Beschwerdeführerinnen können sich daher weder auf Effizienzgründe noch auf andere Gründe berufen, um ihr diskriminierendes Verhalten zu rechtfertigen.

#### **9.3.6 Diskriminierung von Handelspartnern: Fazit**

Es ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen ihre marktbeherrschende Stellung im untersuchungsrelevanten Zeitraum missbraucht haben, indem Teleclub den mit Swisscom TV konkurrierenden TV-Plattformen das kombinierte Basis- und Sportpaket zu einem für die Endkonsumenten im Vergleich zu Swisscom TV teureren Preis bei gleichzeitig auf die Sportkanäle 1-3 eingeschränkter Auswahl bereitstellte. Des Weiteren hatten die Abonnenten der mit Swisscom TV konkurrierenden Plattformen keine Möglichkeit, der Koppelung von Basis- und Sportpaketen durch PPV-Bezüge zu entgehen. Schliesslich bot Teleclub nur vereinzelt TV-Plattformen die Möglichkeit, das Teleclub-Programm selbst (direkt/parallel) zu vermarkten. Zumindest die Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Teleclub-Sportangebots und durch die unterschiedliche Verfügbarkeit von Teleclub-Sportübertragungen per PPV waren dazu geeignet, die mit Swisscom TV konkurrierenden TV-Plattformen im Wettbewerb gegenüber Swisscom TV zu behindern. Schliesslich können sich die Beschwerdeführerinnen auf keine Gründe stützen, die ihr Verhalten rechtfertigen. Damit ist der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern erfüllt (Art. 7 Abs. 1 Bst. b KG).

### **9.4 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG**

#### **9.4.1 Rechtliche Grundlagen**

Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erlaubt eine Intervention durch die Wettbewerbsbehörden, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

- a) Marktbeherrschung durch ein Unternehmen, das
- b) durch Erzwingung gegenüber der Marktgegenseite (d.h. dem Vertragspartner als Nachfrager)

- c) unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen durchsetzen kann,
- d) ohne dass objektive Rechtfertigungsgründe vorliegen (vgl. BVGE 2011/32 E. 12.1, "Terminierungspreise Mobilfunk"; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 374 ff.).

Das Merkmal des "Erzwingens" ist unter Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG selbständig zu prüfen und ergibt sich nicht bereits aus der marktbeherrschenden Stellung (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.4, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Ein Zwang liegt in der Regel vor, wenn für die betroffene Marktgegenseite keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zu den Produkten oder Dienstleistungen bestehen, die unangemessenen Preisen oder Geschäftsbedingungen unterliegen (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.668 f.). Teilweise wird gefordert, dass nur marktbezogene Ausweichmöglichkeiten für die Beurteilung einer Erzwingung in Betracht fallen. Andere, z.B. rechtliche Ausweichmöglichkeiten (Rechtsbehelfe), stünden den Marktteilnehmern üblicherweise nicht unmittelbar als angebots- und nachfragegesteuerte Transaktionsmöglichkeiten zur Verfügung (vgl. etwa: MICHAEL VLCEK, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht, Zürich 2013, Rz. 469 und 473; implizit auch WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.669, welche zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu "Produkten und Dienstleistungen" nennen). Indessen lässt das Bundesgericht auch rechtliche Ausweichmöglichkeiten wie das vorne erwähnte fernmelderechtliche Interkonkurrenzverfahren (nach aArt. 11 Abs. 3 FMG [AS 1997 2187]) genügen (vgl. BGE 137 II 199 E. 5.4, "Terminierungspreise Mobilfunk").

Preise oder Geschäftsbedingungen sind unangemessen, wenn sie offensichtlich missbräuchlich sind, nämlich in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Wert der Leistung stehen (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.662; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rz. 731). Ziel der Missbrauchskontrolle ist der Schutz des Wettbewerbs, nicht der Schutz einzelner Unternehmen, welche sich selbstverschuldet von einem marktbeherrschenden Unternehmen übervorteilen lassen (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.662; DUCREY, a.a.O., Rz. 1679). Geschäftsbedingungen sind grundsätzlich unangemessen, wenn sie das marktbeherrschende Unternehmen exzessiv begünstigen (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 403). Die Unangemessenheit ist somit im Rahmen einer Abwägung zwischen den Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens und der Wirtschaftsfreiheit des Geschäftspartners zu bestimmen und hat sich am Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu orientieren (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 404; WEBER/VOLZ,

a.a.O., Rz. 2.682 und 2.686; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 413).

#### **9.4.2 Vorgebrachte Argumente**

Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen vor, Teleclub habe mit Cablecom und Sunrise eine sog. Content-Akquisitionsklausel vereinbart bzw. auferlegt. Diese verbiete es den grössten Konkurrentinnen von Swisscom im TV-Plattformwettbewerb, Content zu akquirieren, was einem Konkurrenzverbot auf einem vorgelagerten Markt gleichkomme. Cablecom und Sunrise hätten nicht auf ein anderes Produkt ausweichen können, sondern seien zwingend auf Teleclub für den Bezug von Live-Übertragungen der Schweizer Fussball- und Eishockeymeisterschaft angewiesen gewesen. Es bestehe auch kein Austausch von Leistung und angemessener Gegenleistung (vgl. Verfügung, Rz. 783 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen halten dagegen, die Content-Akquisitionsklausel sei von der Vorinstanz im Rahmen der Untersuchung i.S. Teleclub/Cablecom/Swisscom als kartellrechtlich unbedenklich eingestuft worden. Abgesehen davon sei sie angemessen, da sie Teleclub keineswegs stark begünstige und weder Cablecom noch Sunrise offensichtlich ausgebeutet würden; sie stelle einen angemessenen Gegenwert zum Ausdünnungsverbot und des Verbots zur Kundenabwerbung dar. Die Klausel sei weder gegenüber Cablecom noch gegenüber Sunrise erzwungen worden, sondern das Ergebnis von Verhandlungen, bei denen Teleclub wenig Spielraum gehabt habe. Cablecom sei mit der Klausel explizit einverstanden gewesen und Sunrise sei sie gleichgültig gewesen. Des Weiteren sei in Bezug auf Sunrise eine Wettbewerbsbehinderung schon deshalb ausgeschlossen, weil sich Sunrise nicht um Content für eigene Pay-TV-Angebote im Sportbereich bemühe; in Bezug auf Cablecom sei sie ausgeschlossen, weil sich Cablecom nicht an die Klausel gehalten habe. Schliesslich sei die Content-Akquisitionsklausel aus wirtschaftlichen und Effizienzgründen gerechtfertigt, da ohne sie das Geschäftsmodell von Teleclub sinnentleert und die wirtschaftliche Existenz von Teleclub in Frage gestellt sei (vgl. Beschwerde, Rz. 952 ff.; Replik, Rz. 234 ff.). Zudem weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass die Content-Akquisitionsklausel während des untersuchungsrelevanten Zeitraums nie zur Anwendung habe kommen können, da in diesem Zeitpunkt keine Versteigerungen stattgefunden hätten. Entsprechend werde in der Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung mit Sunrise festgehalten, dass die Klausel nicht zur Anwendung gelangt sei und ersatzlos gestrichen werde (vgl. Replik, Rz. 304 f.).

Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass der Content-Akquisitions-klausel keine Gegenleistung der Beschwerdeführerinnen gegenüberge-standen habe. Insofern sei diese Bestimmung in ihrem Falle einseitig erz-wungen worden. Das Content-Akquisitionsverbot habe einzig der Verhin-derung von Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten für exklusive Pay-TV Übertragungsrechte gedient. Die Klausel habe ihren Verhaltensspiel-raum insofern beschränkt, als sie ihre Geschäftspolitik auf die vereinbarte Klausel habe ausrichten müssen und damit eine eigenständige Akquisition von Übertragungsrechten gar nicht als Option in Betracht habe ziehen kön-nen. Insofern habe sich das Content-Akquisitionsverbot (zumindest) bis zum Zeitpunkt ausgewirkt, als es von der Vorinstanz ausdrücklich als nichtig bezeichnet worden sei, was (frühestens) im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung geschehen sei (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 56 ff.). Die in der Ergänzungsvereinbarung 2017 enthaltene Erklärung, wonach die Klau-sel nicht zur Anwendung gelangt sei, sei inhaltlich weder korrekt noch vermöchte sie die durch die Klausel erreichte Wettbewerbsverzerrung rück-wirkend zu relativieren (vgl. Duplik, Rz. 51).

### **9.4.3 Beweiswürdigung**

#### **9.4.3.1 Die Vertragsklauseln betreffend den Content-Erwerb**

In Ziffer 4.2 des Vertrags vom Oktober 2006 "über die Verbreitung und Ver-marktung des Teleclubprogrammangebots durch Cablecom" hat sich Cablecom gegenüber Teleclub für mindestens 5 Jahre (Ziff. 13) verpflichtet, "keine Contentakquisition hinsichtlich der im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrags im Teleclub-Kabelangebot enthaltenen Programme zu be-treiben, solange und soweit der betreffende Content im Teleclub Kabelan-gebot enthalten ist" (act. 68, Beilage 9.5, Ziff. 4.2). Im Gegenzug verpflichtete sich Teleclub, von einer Ausdünnung des Programmangebots zugunsten von Teleclub-Angeboten auf anderen Verbreitungsplattformen Abstand zu nehmen und das Teleclub-Kabelangebot in den Programmsegmenten "Premium-Spielfilm" und "Sportfarben" mindestens im bestehenden Rah-men zu erhalten (act. 68, Beilage 9.5, Ziff. 4.2; nachfolgend: "Ausdünnungs-verbot").

In vergleichbarer Weise hat sich Sunrise in Ziffer 3 der Vereinbarung vom Mai 2012 betreffend "Teleclub Digital" gegenüber Teleclub für mindestens 3 Jahre (Ziff. 13) verpflichtet, keine Content-Akquisition hinsichtlich der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im "Teleclub Digital"-Angebot enthal-tenen SD-Programme zu betreiben oder solchen Content auf der "Sunrise TV"-Plattform zu vertreiben, solange und soweit der betreffende Content

im "Teleclub Digital"-Angebot enthalten ist (Beilage act. 93, Ziff. 3). Im Gegenzug hat Teleclub die Absicht bekundet, das Teleclub Digital-Angebot in den Programmsegmenten "Premium Spielfilm" und "Sportfarben" mindestens im bei Vertragsschluss bestehenden Rahmen zu erhalten" (Beilage act. 93, Ziff. 3).

In der Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise vom 22. Mai 2017 wurde festgehalten, dass die vorgenannte Ziffer 3 betreffend die Erhaltung des Kernangebots nicht zur Anwendung gelangt sei und als ersatzlos gestrichen gelte (vgl. Beilage 9 zur Beschwerdeantwort, Ziff. 12).

#### **9.4.3.2 Prüfung der faktischen Ausweichmöglichkeiten**

Die Beschwerdeführerinnen machen nicht geltend, dass Cablecom und Sunrise eine andere Möglichkeit gehabt hätten, als die Inhalte der Teleclub-Sportkanäle 1-3 über Teleclub zu beziehen. Stattdessen führen sie aus, die Content-Akquisitionsklausel sei bei Cablecom das Ergebnis von Verhandlungen gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 960), und Sunrise sei die Klausel gleichgültig gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 972), zudem sei sie nicht zur Anwendung gelangt (vgl. Replik, Rz. 304).

Die Vorinstanz befragte sowohl Cablecom als auch Sunrise zu den Verhandlungen, die letztlich zur Content-Akquisitionsklausel geführt haben (vgl. Auskunftsbegehren vom 12. Juni 2013, act. 186 f. [je Fragenkomplex A.]). Die Vorinstanz erhielt folgende Antworten: Cablecom erklärte, angesichts der marktbeherrschenden Stellung von Teleclub im Premium Pay-TV-Geschäft habe die konkrete Befürchtung bestanden, dass Teleclub sein Angebot über die Kabelnetze systematisch ausdünnen könnte, um so der in den Markt eintretenden konzernverbundenen Swisscom einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen; daher sei das Ausdünnungsverbot von fundamentaler Bedeutung gewesen. Cablecom habe nur die Wahl gehabt, auf die Verpflichtung zum Erhalt des Kernangebots zu verzichten, was aus damaliger Sicht nicht akzeptabel gewesen sei, oder das Akquisitionsverbot zu akzeptieren. Anders wäre es nicht zu einer vertraglichen Einigung gekommen (act. 260, Antwort auf Frage 2d). Nach Aussage von Sunrise wäre ein Zustandekommen des Vertrages ohne die das Content-Akquirierungsverbot enthaltende Ziffer 3 "wohl gescheitert" (vgl. act. 262, Antwort auf Frage 8e). Dass dies zumindest bei Cablecom der Fall gewesen wäre, wird durch eine Aussage von Teleclub im Rahmen der Untersuchung "32-0153: Teleclub/Cablecom/Swisscable" ("Die in Ziffer 4.2 vorgesehenen Garantien

sind eine Grundvoraussetzung für die Zusammenarbeit zwischen Cablecom und Teleclub im Rahmen der abgeschlossenen Verträge") bestätigt (vgl. act. 448, Beilage 2, Rz. 4).

Diese Aussagen zeigen den Druck auf, dem Cablecom und Sunrise angesichts des Umstands, dass die Teleclub-Sportkanäle 1-3 respektive die entsprechenden Sportübertragungen nur via Teleclub erhältlich waren, ausgesetzt waren.

#### **9.4.3.3 Prüfung der rechtlichen Ausweichmöglichkeiten**

Die Beschwerdeführerinnen weisen darauf hin, eine Erzwingung sei auch ausgeschlossen, weil eine behördliche Überprüfung bei der Vorinstanz im Rahmen des Untersuchungsverfahrens 32-0153 in Sachen Teleclub/Cablecom/Swisscable angestrengt worden sei (vgl. Beschwerde, Rz. 964 und 968; act. 448, Rz. 588 ff.).

Diese Sachlage präsentiert sich wie folgt: Mit Schreiben vom 16. November 2006 beantragte Teleclub bei der Vorinstanz die Einstellung des von Teleclub angestregten Untersuchungsverfahrens 32-0153 gegen Cablecom (vgl. act. 448, Beilage 1). Nach einer entsprechenden Aufforderung der Vorinstanz erörterte Teleclub mit Eingabe vom 2. April 2007 die Hintergründe bezüglich Ziffer 4.2 des Vertrags über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom (vgl. act. 448, Beilage 2). Schliesslich stellte die Vorinstanz das Verfahren 32-0153 am 4. Juni 2007 ein (vgl. RPW 2007/3, S. 400). Im Begleitschreiben vom 5. Juni 2007 zur Einstellungsverfügung teilte das Sekretariat Teleclub mit, "dass die uns mit dem Anzeigenrückzug eingereichten Verträge nach Auffassung des Sekretariats aufgrund der vorliegenden Umstände und der von Ihnen gemachten Erläuterungen keine Klauseln enthalten, die wettbewerbsrechtlich problematisch erscheinen" (vgl. act. 448, Beilage 3).

Es trifft somit zu, dass die mit Cablecom vereinbarte Content-Akquisitionsklausel behördlich überprüft worden ist. Soweit die Beschwerdeführerinnen jedoch die Auffassung vertreten, mit der Überprüfung der strittigen Klausel durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission sei eine rechtliche Ausweichmöglichkeit geschaffen worden, irren sie sich: Das Bundesgericht anerkannte im Fall "Terminierungspreise Mobilfunk" lediglich ein ausserhalb der Kartellrechtsordnung stehendes Verfahren, in jenem Fall war es das Interkonkurrenzverfahren, als rechtliche Ausweichmöglichkeit (vgl. BGE 137 II 199 E. 5.4, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Ein solches Verfahren ist im vorliegenden Verfahren nicht ersichtlich.

#### 9.4.4 Rechtliche Würdigung

Bei den strittigen Content-Akquisitions Klauseln handelt es sich um eine Geschäftsbedingung, die einem Konkurrenzverbot auf einem vorgelagerten Markt gleichkommt, wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat (vgl. Verfügung, Rz. 783), wurden doch Cablecom und Sunrise vertraglich daran gehindert, bei zukünftigen Vergaben von Spielfilm- und Sportübertragungsrechten mitzubieten (vgl. Verfügung, Rz. 794).

Zwingt ein marktbeherrschendes Unternehmen einem Geschäftspartner für einen bestimmten Geschäftsbereich ein Konkurrenzverbot auf, so kann darin unter Umständen eine nach Art. 7 KG unzulässige Verhaltensweise liegen (vgl. BGE 124 III 495 E. 2a, mit Verweis auf DALLAFIOR, in: Homburger et al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 7, Rz. 122 f.; URS EGLI, Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis [2. Teil], in: recht 2014 S. 67, S. 72).

Teleclub bezweckte mit den Content-Akquisitions Klauseln, sein Angebot zu schützen, indem TV-Plattformbetreiber wie Cablecom daran gehindert werden, die wichtigsten Programme von Teleclub in ihr Programm zu übernehmen (vgl. Beschwerde, Rz. 985). Ansonsten würden in den Worten von Teleclub "die Vermarktungsanstrengungen und schlussendlich auch das Geschäftsmodell von Teleclub zu Nichte gemacht" (vgl. Schreiben vom 2. April 2007 von Teleclub an die Vorinstanz, act. 448, Beilage 2, Rz. 5 ff.). Durch die Content-Akquisitions Klauseln war es Swisscom möglich, das Teleclub-Angebot auf ihrer Plattform weiter auszubauen, während das Teleclub-Angebot bei Cablecom und Sunrise eingeschränkt blieb.

Obwohl Cinetrade aufgrund der Verträge vom 11. Mai 2006 mit der Swiss Football League und vom 31. Mai 2006 mit der Schweizerischen Eishockey Nationalliga bereits über Erstverhandlungs- und Vorkaufsrechte für die nächste Vergabe der Fussball, und Eishockey-Verwertungsrechte verfügte (vgl. Vorakten act. 371, Beilage 12, S. 2; act. 370, Beilage d1, S. 2), auferlegte Teleclub Cablecom und Sunrise ein weitreichendes Content-Akquisitionsverbot. Damit sicherten sich Cinetrade und Teleclub mehrfach gegen allfällige Content- oder Rechte-Übernahmen durch Cablecom oder Sunrise ab. Cablecom wurde im Gegenzug lediglich ein Ausdünnungsverbot hinsichtlich des Teleclub-Programms zugesichert; Sunrise musste sich sogar mit einer entsprechenden Absichtserklärung zufriedengeben, die Sunrise aber offenbar nicht anrufen musste (vgl. Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung vom 22. Mai 2017, Ziff. 12 [Beilage 9 der Beschwerdeantwort]). Mit anderen Worten verfügten die Beschwerdeführerinnen zusammen über

mehrere Instrumente zur Sicherung der Investitionen, während das Ausdünnungsverbot nur den status quo zu Gunsten von Cablecom sicherstellte und damit für Teleclub kaum mit Nachteilen verbunden war. Damit erweist sich das mit Cablecom und Sunrise vereinbarte Content-Akquisitionsverbot als unverhältnismässig streng, um die Interessen der Beschwerdeführerinnen zu schützen; es ist deshalb als unangemessene Geschäftsbedingung zu qualifizieren.

Um ein Pay-TV-Basisangebot im Bereich des Sports (Teleclub-Sportkanäle 1-3) aufrechtzuerhalten, war Cablecom auf eine Vertragsbeziehung mit Teleclub angewiesen. Im Fall von Sunrise war die Vertragsbeziehung nötig, um überhaupt ein entsprechendes Angebot aufzubauen. Soweit die Beschwerdeführerinnen umgekehrt geltend machen, Teleclub sei für die Verbreitung seiner Programme von Cablecom abhängig (vgl. Beschwerde, Rz. 963), ist darauf hinzuweisen, dass dies in Bezug auf Sunrise nicht der Fall sein konnte; dennoch hat Teleclub mit beiden Parteien ähnliche Klauseln vereinbart. Der Umstand, dass Cablecom und Sunrise die fragliche Geschäftsbedingung durch Unterzeichnung des Vertrags akzeptierten, ändert nichts am ökonomischen Druck, dem Cablecom und Sunrise ausgesetzt waren (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 377).

Wie ausgeführt erweist sich die Prüfung der strittigen Klausel durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission nicht als rechtliche Ausweichmöglichkeit. Zudem weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass das Verfahren nach dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20) nicht zur Anwendung gelangen kann, da vorliegend nicht Preise, sondern sonstige Geschäftsbedingungen zu prüfen sind.

Mit der strittigen Klausel wurden Cablecom und Sunrise daran gehindert, durch den Erwerb von medialen Verwertungsrechten ein eigenes Pay-TV-Basisangebot im Bereich des Sports aufzubauen, womit sie in ihrer Wettbewerbsfreiheit behindert wurden. Für Sunrise, das sich nach den Aussagen der Beschwerdeführerinnen nicht um Content für eigene Pay-TV-Angebote im Sportbereich bemühte (vgl. Beschwerde, Rz. 977; Replik, Rz. 305), war das Content-Akquisitionsverbot zumindest geeignet, sie im Wettbewerb zu behindern, was nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts genügt (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1202 ff., "Six Group"). In diesem Sinne erklärt die Beschwerdegegnerin, dass die Klausel ihren Verhaltensspielraum insofern beschränkt habe, als sie ihre Geschäftspolitik auf die vereinbarte Klausel habe ausrichten müssen und damit eine eigenständige Akquisition von Übertragungsrechten gar nicht als Option habe in Betracht ziehen können (vgl. Beschwerdeantwort,



Rz. 58). Auch für Cablecom wirkte sich das Verbot zumindest potentiell nachteilig aus (vgl. Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 27. April 2021, Rz. 47), selbst wenn sich Cablecom teilweise nicht an das Verbot gehalten hat, wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen (vgl. Beschwerde, Rz. 979), was indessen angesichts der Gegenmassnahmen der Beschwerdeführerinnen zu relativieren ist (vgl. E. 8.5.2.2).

#### **9.4.5 Rechtfertigungsgründe**

Die Content-Akquisitionsklausel ist nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen aus wirtschaftlichen und Effizienzgründen gerechtfertigt, da ohne die Content-Akquisitionsklauseln das Geschäftsmodell "sinnentleert und die wirtschaftliche Existenz von Teleclub in Frage gestellt" wäre (vgl. Beschwerde, Rz. 984 ff.). Sie substantiieren jedoch nicht, weshalb einzig die strittigen Klauseln zur Erhaltung ihres Geschäftsmodells beitragen konnten, zumal Cinetrade bereits über ein Erstverhandlungs- und Vorkaufsrecht für weitere Vergaben von medialen Verwertungsrechten verfügte (vgl. vorstehende E. 9.4.4). Zudem wären andere, weniger in die Wirtschaftsfreiheit der Konkurrentinnen eingreifende Mittel denkbar gewesen, z.B. die Zusage von Sublizenzen an die Beschwerdeführerinnen oder zumindest ein zeitlich oder sachlich weiter eingeschränktes Content-Akquisitionsverbot.

Wie bereits unter dem Tatbestand der Diskriminierung festgehalten (vgl. E. 9.3.5.4), können sich die Beschwerdeführerinnen zur Rechtfertigung ihres Verhaltens auch nicht darauf berufen, dass sie damit auf Gegenmassnahmen von Cablecom reagieren (vgl. Beschwerde, Rz. 966 f.).

#### **9.4.6 Vertrauensschutz**

Weiter weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass das vorgeworfene Verbot der Content-Akquisition bereits in der Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscom beurteilt und für kartellrechtlich unproblematisch befunden worden sei (vgl. Beschwerde, Rz. 953 ff.) und berufen sich damit wie vor der Vorinstanz (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 29. Oktober 2015 Rz. 585 ff., act. 448) auf den Vertrauensschutz.

Die Vorinstanz hält dagegen, Swisscom könne nichts zu ihren Gunsten aus jenem Verfahren ableiten, da das Verhalten von Swisscom nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen sei (vgl. Verfügung, Rz. 272 ff.).

Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (BGE 143 V 341 E. 5.2.1; 129 I 161 E. 4.1). Vorausgesetzt wird, dass die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn sie der Bürger aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten konnte, der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte, er zudem im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und die gesetzliche Ordnung seit der Auskunfterteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 143 V 341 E. 5.2.1; 121 II 473 E. 2c; 117 Ia 285 E. 2b).

Im Rahmen der Untersuchung "32-0153: Teleclub/Cablecom/Swisscable" hatte das Sekretariat mit Begleitschreiben vom 5. Juni 2007 zur Einstellungsverfügung vom 4. Juni 2007 Teleclub mitgeteilt, "dass die uns mit dem Anzeigenrückzug eingereichten Verträge nach Auffassung des Sekretariats aufgrund der vorliegenden Umstände und der von Ihnen gemachten Erläuterungen keine Klauseln enthalten, die wettbewerbsrechtlich problematisch erscheinen" (vgl. act. 448, Beilage 3).

Da sich dieses Schreiben des Sekretariats auf Klauseln bezog, die Teleclub und Cablecom miteinander vereinbart hatten, können die Beschwerdeführerinnen von vornherein nichts zu ihren Gunsten in Bezug auf die mit Sunrise vereinbarten Klauseln, die sich inhaltlich und vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses unterscheiden, ableiten.

In Bezug auf die mit Cablecom abgeschlossenen Klauseln ist zu berücksichtigen, dass das Sekretariat seine diesbezügliche Erklärung unter Vorbehalt abgab, wies es doch ausdrücklich darauf hin, dass die rechtliche Einschätzung der "Auffassung des Sekretariats" (und damit nicht der Gesamtbehörde) entspreche und aufgrund der "vorliegenden Umstände" und der "von Ihnen gemachten Erläuterungen" erfolgte. Die Berufung auf den Vertrauensschutz scheitert auch daran, dass die Beschwerdeführerinnen nicht substantiieren, welche Dispositionen sie aufgrund der behördlichen Auskunft getroffen haben, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Der vorgebrachte Verzicht auf die Ausdünnung des Pay-TV-Angebotes auf den Kabelnetzen (vgl. Beschwerde, Rz. 1029) erfolgte mit der Vertragsunterzeichnung mit Cablecom und damit erst nach dem Schreiben des Sekretariats.

#### **9.4.7 Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen: Fazit**

Die von Teleclub mit Cablecom und Sunrise vereinbarte Content-Akquisitionsklauseln sind im Verhältnis zu den von Teleclub zugesicherten Gegenleistungen als unangemessen zu werten. Cablecom und Sunrise waren hinsichtlich der Inhalte der Teleclub-Sportkanäle 1-3 auf Teleclub angewiesen. Sie hätten weder auf Angebote anderer Anbieter ausweichen können noch standen ihnen rechtliche Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung, um dem ökonomischen Druck von Teleclub zu entgehen. Dadurch waren sie in ihrer Wettbewerbsfähigkeit benachteiligt. Die Beschwerdeführerinnen können sich schliesslich weder auf Rechtfertigungsgründe noch auf den Vertrauensschutz stützen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen gegenüber Cablecom und Sunrise unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwungen haben.

#### **9.5 Fazit zum missbräuchlichen Verhalten gemäss Art. 7 KG**

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen somit zurecht:

- eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch Lieferverweigerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG,
- eine Diskriminierung von Handelspartnern durch unterschiedliche Sportangebote, Koppelung von Basis- und Sportpaket und ungleiche Erlaubnis der Direktvermarktung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG,
- die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen durch Vereinbarung von Content-Akquisitionsklauseln im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG

vorgeworfen.

### **10. Massnahmen**

Erachtet die Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig, ordnet sie auf Antrag des Sekretariats die notwendigen Massnahmen an (Art. 30 Abs. 1 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O, Rz. 3.168). Die zu treffenden Massnahmen dienen dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 KG) nach einem Verstoss gegen das Wettbewerbsrecht (vgl. Urteil

des BVGer B-5161/2019 E. 4.2.4, "Bauleistungen Graubünden" [angefochten beim BGer]). Als Massnahmen können Unterlassungen oder ein aktives Handeln, z.B. das Abschliessen eines Vertrags oder die Verpflichtung, Abnehmer unter bestimmten Bedingungen zu beliefern, angeordnet werden (vgl. Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 14.3, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.168; BEAT ZIRLICK / CHRISTOPH TAGMANN, BSK-KG, Art. 30, Rz. 59; PATRICK KRAUSKOPF / OLIVIER SCHALLER / SIMON BANGERTER, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, Rz. 12.85; GOHARI, a.a.O., S. 743; BILGER, a.a.O., S. 360).

Die Vorinstanz verzichtete im vorliegenden Fall auf die Anordnung von Massnahmen. Diesen Verzicht begründete sie im Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung und den Diskriminierungen mit der Ungewissheit der nächsten Vergaben und der kurzen Restdauer der laufenden Vergabeperiode (vgl. Verfügung, Rz. 824 ff., 841). Hinsichtlich der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen erübrige sich die Anordnung einer Massnahme, da die strittigen Vertragsklauseln kartellrechtswidrig und damit zivilrechtlich nichtig seien (Art. 20 OR). Insofern ergebe sich die Nichtigkeit von Gesetzes wegen und müsse nicht speziell im Dispositiv angeordnet werden (vgl. Verfügung, Rz. 834 ff.).

Nachdem die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren noch die Anordnung von Massnahmen gefordert hatte (vgl. Verfügung, Rz. 839), verzichtete sie im Beschwerdeverfahren auf entsprechende Anträge. Der Verzicht auf die Anordnung von Massnahmen ist somit unbestritten und muss vorliegend nicht weiter geprüft werden.

## **11. Sanktionierung**

Ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten 3 Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet, wobei sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG).

Die Belastung entfällt unter anderem, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als 5 Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

## 11.1 Sanktionierbarkeit und Vertrauensschutz

Die Beschwerdeführerinnen bringen auch in diesem Zusammenhang vor, ihr Verhalten sei aufgrund des Vertrauensschutzes nicht sanktionierbar. Sie könnten sich auf zwei Vertrauensgrundlagen in Form der behördlichen Auskunft berufen: einerseits auf die Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable, welche mit Einstellungsverfügung der Vorinstanz vom 4. Juni 2007 abgeschlossen worden sei, und andererseits auf die Marktbeobachtung Lieferverträge, welche mit Schreiben des Sekretariats der Vorinstanz vom 5. Juni 2007 eingestellt worden sei (vgl. Beschwerde, Rz. 994-1041).

Dass sich die Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit der Untersuchung "32-0153: Teleclub/Cablecom/Swisscable" nicht auf den Vertrauensschutz berufen können, wurde bereits ausgeführt (vgl. E. 9.4.6).

Was die Marktbeobachtung Lieferverträge betrifft, ist erstellt, dass das Sekretariat der Vorinstanz aufgrund einer Anzeige der damaligen Cablecom GmbH gegen die Teleclub AG vom 21. September 2004 eine Marktbeobachtung einleitete (Marktbeobachtung "Lieferverträge Teleclub"; vgl. act. 436). Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen ging es bei der Marktbeobachtung um Exklusivlizenzen für einen grossen Teil der verfügbaren "Premium"-Inhalte für Pay TV; während des Zeitraums der Marktbeobachtung hätten Cinetrade/Teleclub die exklusiven Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte erworben, was dem Sekretariat habe bekannt sein müssen (vgl. Beschwerde, Rz. 1015 ff.). Im Rahmen der Untersuchung "32-0153: Teleclub/Cablecom/Swisscable" teilte die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 5. Juni 2007 Folgendes mit (vgl. Beschwerdebeilage 7):

"In Bezug auf die Angelegenheit 21-0224 betreffend Lieferverträge Teleclub verzichtet das Sekretariat auf die Eröffnung eines Verfahrens und stellt die Marktbeobachtung ein."

Aufgrund dieser Aussage des Sekretariats und dem zeitlichen Zusammenhang mit der Vergabe der exklusiven Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte durfte Teleclub entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht davon ausgehen, dass die damals kürzlich erworbenen exklusiven Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte kartellrechtlich nicht zu beanstanden seien (vgl. Beschwerde, Rz. 1020). Es handelte sich lediglich um eine Auskunft zum Stand der Marktbeobachtung "Lieferverträge Teleclub". Dies ergibt sich auch aus dem Schreiben des

Sekretariats vom 11. September 2015, in welchem den Beschwerdeführerinnen mitgeteilt wurde, dass das Sekretariat im Rahmen dieser Marktbeobachtung keine eigenen Ermittlungen vorgenommen habe; das Dossier enthalte lediglich den Rechtsschriftenwechsel in Bezug auf die Anzeige der Cablecom GmbH (vgl. act. 436). Hätte das Sekretariat einen Zusammenhang mit der Vergabe der Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte im Jahr 2006 herstellen wollen, hätte es zwingend weitere Ermittlungen tätigen müssen, da die Marktbeobachtung durch eine Anzeige der Cablecom aus dem Jahr 2004 ausgelöst worden war. Auch die Vorinstanz vertrat in der (rechtskräftigen; vgl. Verfügung, Rz. 37) Zwischenverfügung vom 5. Oktober 2015 die Meinung, dass die Marktbeobachtung "Lieferverträge Teleclub" keine weitere Interpretation der Ausführungen des Sekretariats vom 5. Juni 2007 zulassen würden (act. 443, Rz. 22).

Nach dem Gesagten fehlt es an einem Anhaltspunkt dafür, dass das Sekretariat der Vorinstanz mit ihrer Aussage zur Marktbeobachtung "Lieferverträge Teleclub" zugleich die exklusiven Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte kartellrechtlich qualifiziert hat; mithin können sich die Beschwerdeführerinnen auch nicht auf diese Aussage als Vertrauensgrundlage berufen.

## **11.2 Grundsatz ne bis in idem**

Zudem rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe mit der angefochtenen Verfügung den Grundsatz von "ne bis in idem" missachtet. Denn die Vorinstanz und ihr Sekretariat hätten die Content-Akquisitionsklausel im Rahmen der rechtskräftig eingestellten Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable bereits beurteilt und im Rahmen der Marktbeobachtung Lieferverträge bereits die Vergabe exklusiver Pay TV-Rechte untersucht. Damit würden bereits geprüfte und beurteilte Sachverhalte erneut geprüft und sanktioniert (vgl. Beschwerde, Rz. 1042-1064).

Nach dem Grundsatz "ne bis in idem" (Verbot der Doppelbestrafung) darf niemand wegen einer Straftat, für welche er nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden (vgl. u.a. Art. 4 Ziff. 1 zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 22. November 1984; SR 0.101.07). Das Prinzip ist nur verletzt, wenn derselbe Sachverhalt in zwei voneinander unabhängigen Strafverfahren verfolgt und beurteilt wird (vgl. BGE 137 I 363 E. 2.1; Urteile des BGer 1C\_26/2018 vom 15. Juni 2018 E. 6.1; 6B\_1053/2017 vom 17. Mai 2018 E. 4.1).

Die im Rahmen der Untersuchung "32-0153: Teleclub/Cablecom/Swisscable" erläuterte Content-Akquisitions-klausel, die zwischen Cablecom und Teleclub vereinbart worden war, respektive das entsprechende Verhalten der Beschwerdeführerinnen waren nicht Gegenstand jenes Untersuchungsverfahrens. Gegenstand war das Verhalten von Swisscable und Cablecom, dementsprechend lautete das Dispositiv der abschliessenden Verfügung: "Die Untersuchung gegen Cablecom und Swisscable wird eingestellt" (vgl. RPW 2007/3, S. 409, Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable). Der Vertrag mit der strittigen Content-Akquisitions-klausel wurde lediglich gegen Ende des Verfahrens vom Sekretariat im Hinblick auf die Einstellung des Untersuchungsverfahrens eingefordert (vgl. Vernehmlassung, Rz. 95). Hinzu kommt, dass die im Zusammenhang mit der Content-Akquisitions-klausel gemachten Äusserungen des Sekretariats mit Vorbehalten erfolgten (vgl. bereits vorne, E. 9.4.6). Was den Fall "Lieferverträge Teleclub" betrifft, verzichtete das Sekretariat der Vorinstanz auf die Eröffnung eines Verfahrens und stellte die Marktbeobachtung ein (vgl. Schreiben vom 5. Juni 2007; Beschwerdebeilage 7).

Somit kam es in keinem der genannten Fällen zu einem eigentlichen Untersuchungsverfahren (nach Art. 27 ff. KG) mit einer vollständigen und verbindlichen Prüfung des Marktverhaltens der Beschwerdeführerinnen. Entsprechend ist der Grundsatz "ne bis in idem" mangels rechtskräftiger Entscheidung gar nicht anwendbar (vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 E. 7.1, "Publigruppe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]).

### **11.3 Vorwerfbarkeit**

#### **11.3.1 Allgemeines**

Eine Sanktionierung nach Art.49a Abs.1 KG setzt ein Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit des sanktionierten Unrechts gegenüber dem beschuldigten Unternehmen als subjektives Tatbestandsmerkmal voraus (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C\_484/2010 E.12.2.2, "Publigruppe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.1.1, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-771/2012 und B-880/2012 des BVGer E. 9.3.1 resp. E. 11.1.1, "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau", mit Hinweisen auf die jüngere kartellrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts). Massgebend ist eine Sorgfaltspflichtverletzung (durch aktives Handeln oder Unterlassung) oder ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer

2C\_484/2010 E.12.2.2, "Publigruppe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.1.2, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-831/2011 Rz. 1488, "Six Group"; BORER, a.a.O., Art. 49a KG, Rz. 11; PATRICK L. KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 26; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.220). Musste einem Unternehmen bzw. den Organen aufgrund der Umstände bewusst gewesen sein, dass ein Verhalten heikel war und eine Sanktionierung drohte, und sah es gleichwohl nicht von seiner Verhaltensweise ab, liegt regelmässig ein solcher Mangel vor (vgl. Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.1.2, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 26, mit Verweis auf Urteil des BGer 2C\_484/2010 E.12.2.2, "Publigruppe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]), da die Unternehmen über die Regeln des KG, die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein müssen (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL", mit Verweisen).

Soweit ein Konzern als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren ist, sind Sorgfaltspflichtverletzungen, die im Konzern eintreten, auch ohne Weiteres diesem als massgeblichem Kartellrechtssubjekt zuzurechnen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 678, "Preispolitik ADSL", mit Verweis auf Urteil des BGer 2C\_484/2010 E.3.4, "Publigruppe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1494, "Six Group"; BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL", mit Verweisen).

### **11.3.2 Vorgebrachte Argumente**

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, sie seien bezüglich der sachlichen Marktabgrenzung einem unvermeidbaren Sachverhaltsirrtum unterlegen, da die vorgenommene Marktabgrenzung mangels entsprechender Praxis der Vorinstanz und Rechtsprechung nicht vorhersehbar gewesen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 1072 ff.). Zudem hätten sie sich in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum befunden. Denn mit dem Verhalten der Vorinstanz im Rahmen der Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable und den Lieferverträgen Teleclub sei bei ihnen hinsichtlich der vermeintlichen Wettbewerbswidrigkeit der Content-Akquisitions Klausel und der mit den Ligaverbänden vereinbarten Exklusivität eine Fehlvorstellung hervorgerufen worden. Sie seien auch in keiner Weise auf den in Frage kommenden Tatbestand von Art. 7 KG oder die entsprechende Fallpraxis hingewiesen worden. Sie hätten weder gewusst, noch hätten sie wissen können, dass sie sich nicht rechtmässig verhalten hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 1078 ff.).



Die Vorinstanz vertritt demgegenüber die Ansicht, weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz enthalte eine Regelung hinsichtlich eines solchen Sachverhaltsirrtums. Abgesehen davon habe Swisscom gewusst, dass eine Nachfrage der TV-Plattformanbieter nach dem Teleclub-Sportangebot und mithin auch ein entsprechender Markt bestanden habe und dass sie als einzige Anbieterin die fraglichen Inhalte bereitgestellt habe. Dabei sei es unerheblich, dass in der bisherigen Praxis kein entsprechender Bereitstellungsmarkt abgegrenzt worden sei. Ein Sachverhaltsirrtum liege somit nicht vor respektive sei vermeidbar gewesen (vgl. Verfügung, Rz. 851 ff.). Swisscom habe auch nicht aus zureichenden Gründen annehmen können, sie sei zur Erzwingung der vorliegenden Geschäftsbedingungen berechtigt. Ein Rechts- bzw. Verbotsirrtum sei deshalb zu verneinen (vgl. Verfügung, Rz. 855 ff.).

### **11.3.3 Zum Sachverhalts- und Rechtsirrtum im Kartellrecht**

In der Literatur wird gefordert, ein entschuldbarer Sachverhalts- oder Rechtsirrtum sei im Kartellrecht unter Umständen zu berücksichtigen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49a, Rz. 13; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in: sic! 2004 553, 565). Bisher ist aber nach der Rechtsprechung noch nicht anerkannt, ob sich ein Unternehmen überhaupt, und allenfalls unter welchen Voraussetzungen, auf falsche Vorstellungen über den Sachverhalt oder die Rechtslage berufen kann. Insbesondere ist unklar, ob und inwieweit allenfalls strafrechtliche Grundsätze für die Beurteilung herangezogen werden können (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 700, "Preispolitik ADSL").

### **11.3.4 Vorwerfbarkeit im vorliegenden Fall**

Ein Sachverhaltsirrtum würde voraussetzen, dass bei den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe eine Fehlvorstellung über relevante Aspekte des Sachverhalts bestanden hätte (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 701, "Preispolitik ADSL").

In Bezug auf die Marktabgrenzung können sich die Beschwerdeführerinnen nicht in einem Sachverhaltsirrtum befunden haben. Denn durch ihre Tätigkeit im Pay-TV-Geschäft wussten sie um die Vielschichtigkeit dieses Geschäfts, was sich auch an den komplexen Verträgen zeigt, welche sie mit TV-Anbietern wie Sunrise abgeschlossen haben. So werden in der Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise betreffend Teleclub Digital (vgl.

act. 93, Beilage) namentlich folgende technischen und wirtschaftlichen Vorgänge erwähnt: Anlieferung und Bereitstellung des (Fernseh-)Signals (Ziff. 1.1, 4.1), Übernahme, Aufbereitung, Verschlüsselung, Zuführung und Verbreitung des Signals (Ziff. 4.2, 4.4, 4.6), Vermarktung und Vertrieb eines Abonnementsfernsehangebots (Ziff. 1.1, 7 ff.), Übertragung eines Programms über eine TV-Plattform und die Ermöglichung dessen Empfangs (Ziff. 1.2, 4.2, 4.4), Bestimmung des Umfangs des Programmangebots und dessen Zusammenfassung in Paketen durch den Programmanbieter (Ziff. 2.1, 2.3, 7.3), Abonnieerung von Programmpaketen durch Kunden (Ziff. 2.2, 7.4) sowie Integration eines EPG (Ziff. 4.8). Dass diese und weitere Bereiche des Pay-TV-Geschäfts zumindest theoretisch von Missbräuchen betroffen sein können, was im Hinblick auf die entsprechende Untersuchung eine Marktabgrenzung erforderlich macht, liegt auf der Hand und musste auch den Verantwortlichen der Beschwerdeführerinnen bewusst sein. Auch aufgrund der zahlreichen Anfragen von TV-Plattformanbietern wussten sie, dass eine Nachfrage nach dem Teleclub-Sportangebot und somit auch ein entsprechender Markt bestanden hat. Insofern spielt es keine Rolle, dass die Vorinstanz, wie bereits erwähnt, noch nie einen Bereitstellungsmarkt betreffend Pay-TV-Inhalte abgegrenzt hat (vgl. E. 7.2.4.1)

Was die übrigen Sachverhaltselemente betrifft, wussten die Beschwerdeführerinnen insbesondere, dass sie die hier strittigen Fussball- und Eishockeyrechte exklusiv innehatten, und dass sie die daraus produzierten Inhalte in unterschiedlichem Ausmass und zu unterschiedlichen Preisen an Swisscom, andere IPTV-Unternehmen und KNU zur Verfügung stellten, wenn sie diese überhaupt zur Verfügung stellten (vgl. E. 9.2 ff., insb. 9.3.3). Zudem schlossen sie bewusst Verträge mit Cablecom und Sunrise ab, die diese Unternehmen daran hindern sollten, selbst exklusiven Content zu erwerben (vgl. E. 9.4). Die Beschwerdeführerinnen waren sich somit der relevanten Sachverhaltselemente bewusst, weshalb ihnen die vorgehend geprüften missbräuchlichen Verhaltensweisen zum Vorwurf zu machen sind.

Was den geltend gemachten Rechtsirrtum betrifft, berufen sich die Beschwerdeführerinnen wiederum auf das Verhalten der Vorinstanz (respektive seines Sekretariats) in der Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable und in der Marktbeobachtung Lieferverträge Teleclub. Diese Umstände konnten die Beschwerdeführerinnen indessen mangels einer vollständigen und verbindlichen Prüfung des Marktverhaltens nicht in einen Rechtsirrtum versetzen (vgl. E. 11.2).

## 11.4 Sanktionsbemessung

### 11.4.1 Allgemeines

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt, ist das Unternehmen zu sanktionieren; die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (maximale Sanktion; Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 7 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004, SVKG, SR 251.5; BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 2 Abs. 1 SVKG). Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten – in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten – maximalen Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten bestimmt (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.2, "Bayerische Motoren Werke"; Urteil des BGer 2C\_484/2010 E. 12.3.1, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]): Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG; vgl. nachstehend), Berücksichtigung der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) sowie erschwerender und mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 BV).

Der Basisbetrag bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (vgl. Art. 3 SVKG) und wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte, Umsatz auf diesen und Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.2, "Bayerische Motoren Werke"; vgl. auch: FRANZ BÖNI/ALEX WASSMER, Die Höhe des erwirtschafteten Gewinns als Parameter bei der Festlegung von Kartellgeldbussen, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht [EWS] 2017 S. 241 ff.; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 30 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.232 ff.).

Grundsätzlich entspricht der für die Sanktionierung massgebliche relevante Markt dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben ist. Wirkt

das marktbeherrschende Unternehmen darüber hinaus mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise auf sonstige Märkte (Sekundär- oder Tertiärmärkte) ein, so sind diese ebenfalls in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen. Dies gilt insbesondere für diejenigen Missbrauchsformen des Art. 7 KG, die sich bereits aufgrund ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung auf mehrere Märkte erstrecken. Ansonsten könnte eine sich auf verschiedenen Märkten einstellende Kartellrendite gar nicht abgeschöpft werden (vgl. Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.3.5, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-831/2011 Rz. 1569 ff., "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 723, "Preispolitik ADSL", bestätigt durch BGE 146 II 217 E. 9.2.1).

In zeitlicher Hinsicht ist eine Sanktionierung nach Sinn und Zweck der Regelung in Art. 49a KG an den Umsatz anzuknüpfen, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten am engsten in Zusammenhang steht. Dabei handelt es sich regelmässig um den Umsatz, der bei Beendigung des jeweils untersuchten wettbewerbswidrigen Verhaltens erzielt wurde. Dadurch kommt dem Unternehmen keine Möglichkeit zu, den Umsatz zwischen einer Beendigung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise und dem Abschluss des Kartellsanktionsverfahrens durch geeignete Massnahmen zu vermindern, um eine Busse möglichst gering zu halten (vgl. Urteile des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.1.2, "Flügel und Klaviere"; B-581/2012 E. 9.2.3, "Nikon"; B-831/2011 Rz. 1584, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 727, "Preispolitik ADSL"). Auf einen anderen Zeitpunkt ist nur in Ausnahmefällen dann abzustellen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies nahelegen. So wäre der Abschluss des Beschwerdeverfahrens als massgeblicher Zeitpunkt zu qualifizieren, wenn ein Unternehmen angesichts der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde das wettbewerbswidrige Verhalten während des Beschwerdeverfahrens fortgeführt hat, um die sich aus der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise ergebenden Vorteile maximal auszunutzen (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1585, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 728, "Preispolitik ADSL").

Die Schwere des Verstosses (vgl. Art. 3 SVKG) ist objektiv, d.h. verschuldensunabhängig, zu berücksichtigen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke"; Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.4.1, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; DOSS, a.a.O., Rz. 285; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, S. 230; ROLF DÄHLER / PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kar-

tellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, S. 139). Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential, und zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses und die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 146 II 217, E. 9.2.3.2 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke"; Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.4.1, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"). Die Erläuterungen zu Art. 3 Bst. d SVKG gehen davon aus, dass sich bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG der Basisbetrag "regelmässig im oberen Drittel des Rahmens", d.h. bei 7-10 %, bewegt (vgl. DOSS, a.a.O., Rz. 285 Fn. 800; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 55). Es ist jedoch im Einzelfall zu beurteilen (vgl. Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.4.2, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-2977/2007 E. 8.3.4, "Publigroupe"; B-7633/2009 Rz. 713, "Preispolitik ADSL"; DOSS, a.a.O., Rz. 285; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 54).

Der Basisbetrag wird um bis zu 50 Prozent erhöht, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen 1 und 5 Jahren dauerte. Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als 5 Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je bis zu 10 Prozent erhöht (vgl. Art. 4 SVKG). Unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus und des Verhältnismässigkeitsprinzips ist es nicht bundesrechtswidrig, den Basisbetrag um jeweils 10 Prozent pro angefangenes Jahr für die Dauer von 1 bis 5 Jahren stufenweise zu erhöhen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C\_484/2010 E. 12.3.4, "Publigroupe", in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung).

Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrages kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.4, "Publigroupe"; DOSS, a.a.O., Rz. 278; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 29; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 18). In dieses dürfen die Rechtsmittelinstanzen nicht leichthin, sondern nur bei pflichtwidriger Ermessensausübung eingreifen (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.7, "Publigroupe").

#### **11.4.2 Vorgebrachte Argumente**

Die Vorinstanz legte die Maximalhöhe der Sanktion auf Fr. [...] (10 % des in den Geschäftsjahren 2012 bis 2014 erzielten Gesamtumsatzes in der Schweiz) und die Obergrenze des Basisbetrags auf Fr. [...] (10 % des mit

Swisscom TV inkl. Teleclub in den Jahren 2011 bis 2013 generierten Umsatzes) fest. Da sie die Geschäftsverweigerung als mittelschweren Verstoss qualifizierte, setzte sie den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von [...] % an (Fr. 35'205'155.–). Ausgehend von einer Dauer des Verstosses von rund 7 Jahren (Oktober 2006 bis mindestens Sommer 2013) errechnete sie einen Zuschlag von 70 % (+ Fr. 24'643'609.– = Fr. 59'848'764.–). Da sie im gleichen Verfahren mehrere Tathandlungen zu beurteilen hatte, erhob sie unter dem Titel "wiederholter Verstoss" einen weiteren Zuschlag von 20 % (+ Fr. 11'969'753.–). Auf diese Weise errechnete die Vorinstanz eine Verwaltungssanktion in der Höhe von Fr. 71'818'517.–. Dieser Betrag sei für den Swisscom-Konzern zumutbar (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 861 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen argumentieren zusammenfassend, die Maximalsanktion und der Basisbetrag seien falsch berechnet, die Art und Schwere des angeblichen Verstosses falsch beurteilt und die Dauer des angeblichen Verstosses unzutreffend bestimmt worden. Des Weiteren werde fälschlicherweise von einem wiederholten Verstoss ausgegangen und hätten mildernde Umstände berücksichtigt werden sollen. Schliesslich sei die Sanktion unverhältnismässig (vgl. Beschwerde, Rz. 1082 ff.).

Für die Beschwerdegegnerin wiegen die Verstösse der Swisscom-Gruppe schwer (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 17 f.). Zudem kritisiert sie, für die Bestimmung des relevanten Umsatzes zur Festlegung des Basisbetrags müssten die drei Geschäftsjahre vor dem Entscheiddatum der Vorinstanz (2013-2015) respektive vor dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts herangezogen werden. Zudem müsse der Dauerzuschlag aufgrund des fortgesetzten missbräuchlichen Verhaltens auf mindestens 100 % angehoben werden (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 103 ff.; Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 51 ff.).

#### **11.4.3 Berechnung der Maximalsanktion**

Zur Berechnung der Maximalsanktion hat die Vorinstanz auf die Umsätze der Jahre 2012 bis 2014 ([...] Mio. Fr.) abgestellt (vgl. Verfügung, Rz. 860 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, für die Berechnung der Maximalsanktion seien entsprechend der Praxis der Vorinstanz die letzten drei Geschäftsjahre vor Erlass der angefochtenen Verfügung massgebend. Da die angefochtene Verfügung im Jahr 2016 erlassen worden sei, wären die Jahre 2013 bis 2015 relevant gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 1083 f.).

In ihrer Vernehmlassung räumt die Vorinstanz ein, dass sie korrekterweise den Umsatz von 2013 bis 2015 hätte berücksichtigen müssen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 97). Soweit gemäss dem Vorgesagten auf die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre abzustellen ist (vgl. etwa TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 12a), wären in der Tat diese Umsatzjahre massgebend. Die so korrigierte Berechnung würde jedoch, wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht, zu einer höheren Maximalsanktion führen ([...] Mio. Fr.), da statt des Umsatzes von 2012 ([...] Mio. Fr.) der Umsatz von 2015 ([...] Mio. Fr.) heranzuziehen wäre. Hinzu kommt, dass diese Umsatzjahre nicht mit den massgebenden Umsatzjahren für die Berechnung des Basisbetrags übereinstimmen würden (vgl. hinten, E. 11.4.5.2). Wird wie im Urteil "Swisscom ADSL" für die Berechnung der Maximalsanktion und des Basisbetrags auf dieselbe Regelung und damit auf die gleichen Geschäftsjahre abgestellt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 785, "Preispolitik ADSL"), wären für die Berechnung der Maximalsanktion vorliegend die Jahre 2011 bis 2013 relevant. In diesen Jahren ergab sich ein kumulierter Umsatz von [...] Mio. Fr. (vgl. act. 385 Ziff. 1).

Letztlich kann die Frage, ob auf die Geschäftsjahre 2011 bis 2013, 2012 bis 2014 oder 2013 bis 2015 abzustellen ist, offenbleiben, da sich – wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt – am konkreten Sanktionsbetrag nichts ändert (vgl. Vernehmlassung, Rz. 97; Duplik, Rz. 102).

#### **11.4.4 Bestimmung der für die Sanktionsbemessung relevanten Märkte**

Die Vorinstanz stellte zur Umsatzberechnung auf die mit Swisscom TV (inkl. Teleclub) in den Jahren 2011 bis 2013 generierten Umsätze ab (vgl. Verfügung, Rz. 865 ff.). Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht verweist die Vorinstanz auf die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts und Bundesverwaltungsgerichts, wonach nicht nur der Markt massgebend sei, auf dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben sei. Vielmehr seien auch vor- oder nachgelagerte Märkte sowie sonstige, von der Verhaltensweise betroffene Märkte in die Sanktionsbemessung einzubeziehen (vgl. Duplik, Rz. 103).

Die Beschwerdeführerinnen kritisieren, die Vorinstanz ziehe zur Berechnung des Basisbetrags fälschlicherweise die Umsätze von Swisscom mit Swisscom TV und Teleclub bei, statt auf diejenigen auf den relevanten Pay-TV-Bereitstellungsmärkten abzustellen. Indem die Vorinstanz zudem das

gesamte Swisscom TV- bzw. Teleclub-Angebot berücksichtige, dehne sie diese auch sachlich zu weit aus (vgl. Beschwerde, Rz. 1085 ff.).

Im vorliegenden Fall haben sich die Beschwerdeführerinnen auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie von bestimmten ausländischen Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV missbräuchlich verhalten (vgl. E. 8.8, 9.2.9, 9.3.6, 9.4.7 und 9.5). Relevant für die Sanktionsbemessung sind aber nicht nur die Märkte, wo die relevanten Handlungen zwar begangen wurden, auf welchen die Beschwerdeführerinnen aber gerade auch aufgrund der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen einen relativ geringen Umsatz erzielt haben (vgl. Verfügung, Rz. 866). Vielmehr wirken sich die missbräuchlichen Verhaltensweisen auch auf die Pay-TV- und Free-TV-Endkundenmärkte aus: Kunden, die Übertragungen auf Teleclub-Sportkanälen konsumieren wollen, die ihr TV-Plattformanbieter nicht zur Verfügung stellt, müssen zu Swisscom TV, welches das vollständige Teleclub-Programmangebot zur Verfügung stellt, wechseln. Damit hat das missbräuchliche Verhalten Auswirkungen auf die unter Umständen kostenpflichtigen Free-TV-Angebote von Swisscom TV sowie auf Teleclub-Angebote ausserhalb der hier relevanten Sportübertragungen und sind auch diese Märkte für die Sanktionsbemessung relevant (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.1 "Swisscom ADSL", vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. a und b VKU). Darum ist es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 1104 ff.) sachgerecht und entspricht es der aktuellen Rechtsprechung, dass die Vorinstanz auf alle Umsätze abgestellt hat, die Swisscom mit Teleclub und Swisscom TV generiert hat (vgl. Verfügung, Rz. 867 ff.).

Zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen hat die Vorinstanz darauf verzichtet, die Umsätze der benachbarten Fernmeldemärkte (Breitbandinternet, Festnetztelefonie, evt. auch Mobilfunk) einzubeziehen, auf die sich das missbräuchliche Verhalten der Beschwerdeführerinnen aufgrund der branchenüblichen Triple- und Quadruple-Play-Angebote ebenfalls nachteilig ausgewirkt hat (vgl. E. 9.2.6.4.6; vgl. Verfügung, Rz. 871). Insofern stösst die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe für die Umsatzberechnung einen zu weiten Markt herangezogen, ins Leere (vgl. auch Duplik der Vorinstanz, Rz. 103).



### **11.4.5 Obergrenze des Basisbetrags**

**11.4.5.1** Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vorinstanz habe für die Berechnung des Basisbetrags zu Unrecht auf die Umsätze der Jahre 2011 bis 2013 abgestellt, massgebend wären aber, wenn überhaupt und im Zweifel ("in dubio pro reo") die Umsätze der Jahre 2010 bis 2012, da ihr angeblicher Kartellrechtsverstoss maximal bis Ende Mai 2013 gedauert habe (vgl. Beschwerde, Rz. 1118 ff.).

Die Vorinstanz hält die von ihr als massgeblich erachteten Umsatzjahre (2011 bis 2013) nach wie vor als korrekt, da das missbräuchliche Verhalten bis ins Jahr 2013 angedauert habe (vgl. Vernehmlassung, Rz. 99).

Demgegenüber geht die Beschwerdegegnerin davon aus, dass das missbräuchliche Verhalten der Beschwerdeführerinnen im Verfügungszeitpunkt noch nicht beendet gewesen sei; der Zeitpunkt der Beendigung sei von Amtes wegen festzustellen. Es sei auf die drei Geschäftsjahre vor dem Entscheiddatum der Vorinstanz (2013-2015) oder spätere Geschäftsjahre abzustellen. Werde an der Abgrenzung eigenständiger relevanter Märkte für Fussball und Eishockey festgehalten, seien die drei Geschäftsjahre vor Erlass des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts massgebend, da in diesem Fall die marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe bis im Sommer 2017 (im Fall der Eishockeyübertragungen) respektive bis zum heutigen Tag (im Fall der Fussballübertragungen) fortgedauert habe (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 103 ff.; Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 51 ff.).

**11.4.5.2** Soweit der Vorwurf der Beschwerdegegnerin zutrifft, die Beschwerdeführerinnen hätten das wettbewerbswidrige Verhalten auch nach Erlass der angefochtenen Verfügung weitergeführt, und soweit "besondere Umstände des Einzelfalls" vorliegen, würde es die aktuellere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nahelegen, auf Umsätze abzustellen, die spätestens bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens generiert worden sind (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1585, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 728, "Swisscom ADSL"). Da in den genannten Urteilen das jeweilige wettbewerbswidrige Verhalten vor Erlass der angefochtenen Verfügung beendet wurde (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1587, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 730, "Preispolitik ADSL"), hatte das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung, die Thematik des in

das Beschwerdeverfahren hinein fortgesetzten wettbewerbswidrigen Verhaltens genauer zu untersuchen.

Wie Swisscom in ihrem Geschäftsbericht 2016 zutreffend schreibt, hat im Jahr 2016 die Wettbewerbsdynamik vor allem im Bereich der Fernsehhalte zugenommen, da nationale Kabelanbieter die Übertragungsrechte der Schweizer Eishockeyligen ab der Saison 2017/2018 erworben hätten, die zurzeit noch bei Teleclub lägen (vgl. Geschäftsbericht Swisscom 2016, S. 43). Damit hat sich die Situation der Beschwerdeführerinnen im Bereich der Schweizer Eishockeyübertragungen grundlegend verändert (vgl. Replik, Rz. 275). Es ist durchaus möglich, dass die Untersuchung und Verfügung der Vorinstanz eine Zurückhaltung der Beschwerdeführerinnen bei der Rechtevergabe von 2016 und die damit verbundene bessere Verteilung der Übertragungsrechte unter den Wettbewerbern beeinflusst haben. Damit können die mit Swisscom TV (inkl. Teleclub) ab Saison 2017/2018 gemachten Umsätze nicht mehr repräsentativ für das wettbewerbswidrige Verhalten in den Jahren 2006 bis 2013 sein (vgl. auch Urteil des BVGer B-846/2015 vom 19. Dezember 2017 E. 9.2.2, "Hors-Liste Medikamente"). Hinzu kommt, dass das Abstellen auf während des Beschwerdeverfahrens generierte Umsätze entsprechende Instruktionsmassnahmen des Bundesverwaltungsgerichts oder eine Rückweisung an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung des sanktionsrelevanten Sachverhalts nötig machen würden (vgl. Urteil des BGer 2C-149/2018 vom 4. Februar 2021 E. 8.5.2, "Hors-Liste Medikamente"). Dies würde zu einer Verfahrensverzögerung führen, die angesichts der bereits sehr langen Verfahrensdauer nicht zielführend ist.

**11.4.5.3** Für die Umsatzberechnung ist somit an den Umsatz anzuknüpfen, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten am engsten in Zusammenhang steht. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz das Verhalten der Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2006 bis 2013 untersucht und in diesen Jahren Zuwiderhandlungen festgestellt (vgl. Verfügung, Rz. 817). Den Beginn der Geschäftsverweigerung hat die Vorinstanz zu Recht auf die erste klar belegte Verweigerung und damit auf den Dezember 2010 festgelegt. Dabei handelt es sich um den Fall Ticinocom SA (vgl. E. 9.2.4.3.7). Die Verweigerung dauerte mindestens bis zum Ende des Untersuchungszeitraums im Sommer 2013 (vgl. Verfügung, Rz. 626, 720). Die Diskriminierung ist für den ganzen Untersuchungszeitraum (Oktober/November 2006 bis Sommer 2013) belegt, da Teleclub Swisscom seit der Lancierung von Swisscom TV im November 2006 gegenüber den konkurrierenden TV-Plattformen bevorzugte (vgl. Verfügung, Rz. 730; E. 9.3). Schliesslich dau-

erte auch die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen während des ganzen Untersuchungszeitraums, wurde doch die Vereinbarung zwischen Teleclub und Cablecom im Oktober 2006 abgeschlossen und galt bis Ende Juni 2013 (vgl. E. 8.5.2.2, mit Verweis auf Vereinbarung vom April 2012 betreffend "Vorsorgliche Verlängerung des von UPC Cablecom per 23. Juli 2012 gekündigten "Vertrags über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom"). Die entsprechende Vereinbarung mit Sunrise galt ab Mai 2012 (vgl. E. 8.5.2.2). Dass im Jahr 2013 keine Ausschreibungen stattfanden, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen (vgl. Beschwerde, Rz. 1119), ist vorliegend nicht von Relevanz, mussten die Parteien doch ihre Geschäftspolitik auf die vereinbarte Klausel ausrichten und konnten damit keine eigenständige Akquisition von Übertragungsrechten betreiben (vgl. Beschwerdeantwort Sunrise, Rz. 58). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen trifft es auch nicht zu, dass das Ende der Kartellrechtsverstösse in der angefochtenen Verfügung nicht genau bestimmt sei (vgl. Beschwerde, Rz. 1119), ist doch hinsichtlich der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen belegt, dass die im Oktober 2006 abgeschlossene Vereinbarung zwischen Cablecom und Teleclub bis Ende Juni 2013 galt, und die entsprechende Vereinbarung zwischen Sunrise und Teleclub vom Mai 2012 betreffend "Teleclub Digital" auf eine Laufzeit von mindestens 3 Jahren, d.h. bis mindestens 2015, angelegt war (vgl. E. 8.5.2.2). Mindestens bis zu diesem Zeitpunkt dauerten auch noch die ab Dezember 2010 belegten Geschäftsverweigerungen und die Diskriminierung an. Somit stehen die Umsätze der Geschäftsjahre 2011 bis 2013 mit dem untersuchten wettbewerbswidrigen Verhalten am engsten in Zusammenhang und die entsprechende Umsatzberechnung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden.

Ausgehend von den relevanten Umsätzen der Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2011 (Fr. [...]), 2012 (Fr. [...]) und 2013 (Fr. [...]) ist mit der Vorinstanz von einer oberen Grenze des Basisbetrags von Fr. [...] auszugehen (vgl. Verfügung, Rz. 874 ff.).

#### **11.4.6 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses**

**11.4.6.1** Unter dem Titel "Art und Schwere des Verstosses" fokussierte die Vorinstanz auf den Tatbestand der Geschäftsverweigerung, da sie die entsprechende Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen als die schwerwiegendste unter den drei vorgeworfenen Verhaltensweisen qualifizierte (vgl. Verfügung, Rz. 880). Dies ist aufgrund der wettbewerbspolitisch zentralen Bedeutung dieses Tatbestandes (vgl. vorne, E. 9.2.1.7) nicht zu be-

anstanden. Die Vorinstanz bezeichnet die Geschäftsverweigerung der Beschwerdeführerinnen als nicht besonders schwerwiegend respektive mittelschweren Verstoss und setzte den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von [...] % an. Zwar stelle der hier relevante Sport-Content einen sehr wichtigen Faktor im Plattformwettbewerb dar und seien insbesondere die neuen IPTV-Technologien bzw. die neuen Wettbewerber auf den Glasfaserinfrastrukturen betroffen. Doch sei gemäss ihren Beobachtungen kein Konkurrent aufgrund der missbräuchlichen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen aus dem Markt ausgeschieden und habe Swisscom mit dem Eintritt in den TV-Plattformmarkt überhaupt erst Wettbewerb auf diesem Markt geschaffen (vgl. Verfügung, Rz. 879).

Die Beschwerdeführerinnen halten dagegen, es handle sich allenfalls um leichte Verstösse, weshalb der Basisbetrag deutlich unterhalb von [...] % anzusetzen sei. Im Entscheid in Sachen "Badezimmer" habe die Vorinstanz zudem bei der Art und Schwere des Verstosses ausdrücklich auch eine subjektive Komponente berücksichtigt; entsprechend wären die für die Beschwerdeführerinnen nicht vorhersehbare Marktabgrenzung sowie der Vertrauensschutz basisbetragsmindernd zu berücksichtigen gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 1110 ff.; Replik, Rz. 252 f.). Unter Hinweis auf den Fall Eishockey im Pay-TV machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass der Prozentsatz höchstens [...] % betragen dürfe (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 22 ff., 101).

Die Beschwerdegegnerin argumentiert, die Verstösse der Swisscom-Gruppe wögen schwer. Nicht nur hätten die Beschwerdeführerinnen fast die gesamte Konkurrenz auf dem TV-Plattformmarkt über Jahre hinweg durch eine Kombination verschiedener unzulässiger Verhaltensweisen systematisch behindert und dadurch den Wettbewerb auch auf benachbarten Märkten geschwächt, die Beschwerdeführerinnen hätten darüber hinaus auch für eine eigentliche Abschottung des vorgelagerten Beschaffungsmarkts gesorgt. Erschwerend komme hinzu, dass die Beschwerdeführerinnen ihr Verhalten selbst nach Erlass der angefochtenen Verfügung nur teilweise aufgegeben hätten (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 17 f.).

**11.4.6.2** Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts sind subjektive Gründe bei der Schwere des Verstosses nicht zu berücksichtigen (vgl. BGE 146 II 217, E. 9.2.3.2 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke" e contrario), dies gilt somit auch für die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Gründe (überraschende Marktabgrenzung, Vertrauensschutz). Selbst wenn subjektive

Komponenten eine Rolle spielen würden, wäre hier kein vergleichbarer Fall gegeben wie im Entscheid in Sachen "Badezimmer": Dort bezog die Vorinstanz den Umstand einer eingestellten Vorabklärung vor einer erneuten Untersuchungseröffnung in die Beurteilung der Schwere des Verstosses ein (vgl. RPW 2019/3b, 927 ff., Rz. 2599, "Badezimmer [2. Teil]" [nicht rechtskräftig]).

Von der (vollständigen) Geschäftsverweigerung waren mindestens fünf IPTV-Unternehmen betroffen (vgl. E. 9.2 ff.), welchen mit den Fussball- und Eishockeyübertragungen von Teleclub ein wichtiger Pay-TV-Content vorerhalten wurde. Da zwei dieser Unternehmen (Mygate AG und Sierre-Energie SA) Fernsehen via Glasfaser verbreiten und bereits im November 2006 (Sierre-Energie SA) respektive im November 2009 (Mygate AG) Anfragen bei Teleclub tätigten, kann den Beschwerdeführerinnen nicht gefolgt werden, dass die verweigerte Verbreitung über FTTH bereits in zeitlicher Hinsicht weniger ins Gewicht fallen. Da sich andere TV-Anbieter mit einem eingeschränkten Teleclub-Angebot respektive mit einer blossen Signalanlieferung (statt einer Bereitstellung auf ihrer TV-Plattform) begnügen mussten, waren letztlich alle TV-Plattformen ausser Swisscom von den Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen betroffen, wenn auch in unterschiedlichem Ausmass. Positiv ins Gewicht fällt jedoch, dass Swisscom mit dem Eintritt in den TV-Plattformmarkt überhaupt erst Wettbewerb auf diesem Markt geschaffen hat, wie die Vorinstanz zu Recht hervorhebt. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einem mittelschweren Verstoss und einem Basissatz von [...] % ausging.

**11.4.6.3** Daran ändert auch der parallel hängige Fall "Eishockey im Pay-TV" nichts. Dort war nachweislich nur ein Unternehmen (Swisscom), beschränkt auf einen Markt (nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV), von der Geschäftsverweigerung durch UPC betroffen. Zudem dauerte das UPC durch die Vorinstanz vorgeworfene Verhalten deutlich weniger lang. Insgesamt ging die Vorinstanz von einem leichten bis mittelschweren Verstoss aus (vgl. Verfügung der WEKO vom 7. September 2020, Rz. 360, 417, "Eishockey im Pay-TV"). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist es daher bereits aufgrund des unterschiedlichen Ausmasses der Wettbewerbsbeschränkung nicht angezeigt, den Basissatz auf das Niveau des Falles "Eishockey im Pay-TV" zu senken.

Der Basisbetrag beträgt somit Fr. 35'205'155.–.

#### **11.4.7 Zuschlag für die Dauer des beanstandeten Verhaltens**

Die Vorinstanz hat für die Dauer von 7 Jahren (Oktober 2006 bis mindestens Sommer 2013) Wettbewerbsverstösse festgestellt und daraus einen Zuschlag von 70 % errechnet (vgl. Verfügung, Rz. 883).

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die von der Vorinstanz festgestellte Dauer der Verstösse treffe nicht zu. So könnten ihnen mangels marktbeherrschender Stellung im Jahr 2006 in diesem Jahr gar keine missbräuchlichen Verhaltensweisen vorgeworfen werden. Auch habe die erst nach der Vergabe der schweizerischen Fussball- und Eishockeyrechte im Frühjahr 2006 vereinbarte Content-Akquisitions Klausel in jenem Jahr noch gar keine Wirkung erzielen können. Zudem habe die Vorinstanz das Ende der missbräuchlichen Verhaltensweise fälschlicherweise auf Ende 2013 angesetzt. Im Jahr 2013 hätten aber gar keine Ausschreibungen stattgefunden. Schliesslich hätte die Vorinstanz die Dauer der Kartellrechtsverstösse nach Monaten bestimmen müssen (vgl. Beschwerde, Rz. 1121 ff.). In einer weiteren Eingabe weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass die Vorinstanz den Sachverhalt lediglich für die Zeit von 2006 bis (Sommer) 2013 untersucht habe, daher müsse sich die Dauer des im vorliegenden Verfahren sanktionierbaren Verhaltens auf die Dauer dieses Untersuchungszeitraums beschränken, da eine Aussage über die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nach diesem Zeitraum ohne vertiefte Untersuchung nicht möglich sei (vgl. Replik, Rz. 271 ff., 278 ff.).

Auch nach Auffassung der Beschwerdegegnerin trifft die der Sanktionsberechnung zugrunde gelegte Dauer des Verstosses nicht zu. Die Beschwerdeführerinnen hätten ihre missbräuchliche Verhaltensweise während der gesamten Zeitdauer des Untersuchungsverfahrens und darüber hinaus fortgeführt. Die missbräuchlichen Verhaltensweisen seien zumindest bis zum Mai 2016 zu berücksichtigen. Aufgrund der Exklusivrechte sei die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen unverändert geblieben, weshalb keine vertiefte Untersuchung des Sachverhalts mehr nötig sei. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt weitgehend auch für die Jahre nach 2013 erhoben (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 106 ff.; Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 17 ff., 28). Für den effektiven Dauerzuschlag, der von Amtes wegen zu bestimmen sei, sei auf das Datum des Gerichtsurteils abzustellen (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 108; Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 27. April 2021, Rz. 58).

Was die Forderung der Beschwerdegegnerin betrifft, für die Dauer des rechtswidrigen Verhaltens auch die Verhaltensweisen ab dem Jahr 2013

zu berücksichtigen, ist auf E. 2.3.4 zu verweisen, wonach der Streitgegenstand auf den Zeitraum von 2006 bis 2013 beschränkt ist.

Wie bereits festgestellt wurde, haben sich die Beschwerdeführerinnen mindestens von Oktober 2006 bis Ende 2013, d.h. 7 Jahre, missbräuchlich verhalten (vgl. E. 11.4.5.3). Der von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Einwand, dass die Content-Akquisitionsklausel erst nach den Vergaben der Schweizer Fussball- und Eishockeyrechte (Frühjahr 2006) vereinbart worden sei und erst später Wirkung entfaltete, spielt ebenso wenig eine Rolle wie der Umstand, dass im Jahr 2013 keine entsprechenden Ausschreibungen stattfanden (vgl. E. 11.4.5.3). Der von der Vorinstanz bestimmte Zuschlag von 70 % für die Dauer der Wettbewerbsverstösse (vgl. Art. 4 SVKG) ist somit nicht zu beanstanden.

#### **11.4.8 Mehrere Tathandlungen als erschwerender Umstand**

**11.4.8.1** Die Vorinstanz erhöhte den gemäss Art. 3 und 4 SVKG errechneten Sanktionsbetrag um 20 %, weil die Beschwerdeführerinnen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hätten (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG). Ihnen seien vier unterschiedliche Verhaltensweisen vorzuwerfen. Da die Geschäftsverweigerung und die beiden Diskriminierungshandlungen in einem engen Sachzusammenhang stünden, könne von zwei "Tatkomplexen" gesprochen werden (vgl. Verfügung, Rz. 885 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen wenden ein, ein Wiederholungszuschlag sei nur dann zulässig, wenn das betreffende Unternehmen von der Vorinstanz bereits einmal rechtskräftig für eine gleichartige Tat verurteilt worden sei, was nicht zutreffe. Zudem sei die Vorinstanz fälschlicherweise von zwei Tatkomplexen (Verweigerung/Diskriminierung und Content-Akquisitionsverbot) ausgegangen; es liege aber nur ein Tatkomplex vor, zumal die Content-Akquisitionsklausel in einem engen Zusammenhang mit den anderen Missbrauchsvorwürfen stehe. Soweit die Vorinstanz in ihrer bisherigen Praxis mehrfache, den gleichen Markt betreffende Kartellverstösse sanktioniert habe, habe sie diese stets in einem Verfahren unter Festsetzung eines einmaligen Basisbetrags beurteilt. An diese in früheren Jahren angewendete Sanktionsbemessungsmethode sei die Vorinstanz gebunden. Schliesslich übersehe die Vorinstanz, dass entsprechend den EU-Bussgeldleitlinien gleichartige Zuwiderhandlungen vorliegen müssten, was vorliegend nicht der Fall sei (vgl. Beschwerde, Rz. 1133 ff.).

**11.4.8.2** Aus dem Verweis auf die EU-Bussgeldleitlinien (vgl. Ziff. 28 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung [EG] Nr. 1/2003 [2006/C 210/02]) können die Beschwerdeführerinnen von vornherein nichts zu ihren Gunsten ableiten, da sich die EU-Leitlinien – anders als Art. 5 Abs.1 Bst. a SVKG – ausdrücklich auf ein erneutes Begehen einer "gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung" beziehen.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen können zudem nicht nur wiederholte Fälle nach einer rechtskräftigen Feststellung eines Kartellrechtsverstosses unter den erschwerenden Umständen gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG (wenn das Unternehmen "wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat") erschwerend berücksichtigt werden, sondern auch mehrere Kartellrechtsverstösse, die innerhalb eines Verfahrens zu sanktionieren sind (vgl. Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.4.12, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-8386/2015 vom 24. Juni 2021, E. 10.4.6 "Swisscom WAN" [beide Entscheide angefochten beim BGer]; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG Art. 49a Rz. 67; Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016, in: RPW 2020/3, S. 1201, Rz. 524 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen" 3/3; Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, in: RPW 2013/4 S. 524 ff., Rz. 977, "Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich"; a. A. PETER G. PICT, OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 5 SVKG, Rz. 6).

**11.4.8.3** Die Vorinstanz geht von zwei Tatkomplexen (Verweigerung/Diskriminierung und Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen), die Beschwerdeführerinnen von einem Tatkomplex aus. Da die vorne festgestellte Diskriminierung (vgl. E. 9.3 ff.) darin bestand, dass bestimmten TV-Plattformen die Bereitstellung zwar nicht aller, aber eines Teils der Teleclub-Sportkanäle verweigert wurde, ist die Zusammenfassung der von den Beschwerdeführerinnen praktizierten Geschäftsverweigerungen (vgl. E. 9.2 ff.) und Diskriminierungen in einem Tatkomplex nachvollziehbar. Die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (vgl. E. 9.4 ff.) hat dagegen das Cablecom und Sunrise auferlegte Verbot, bestimmten eigenen TV-Content zu akquirieren, und nicht die Bereitstellung von Teleclub-Sportkanälen, zum Gegenstand. Die entsprechenden Verhaltensweisen hätte die Vorinstanz ohne Weiteres in einem separaten Untersuchungsverfahren beurteilen können; sie stehen somit nicht in einem unauflösbaren Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung und der Diskriminierung.



Die Zusammenfassung der missbräuchlichen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen in zwei Tatkomplexen ist insofern zutreffend.

Im Zusammenhang mit ihrer Rüge, die Vorinstanz habe bezüglich Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG ihre Praxis geändert, verweisen die Beschwerdeführerinnen auf Verfügungen der Vorinstanz und erklären, soweit die Vorinstanz in ihrer bisherigen Praxis mehrfache, den gleichen Markt betreffende Kartellverstösse sanktioniert habe, habe sie diese stets im gleichen Verfahren unter Festsetzung eines gemeinsamen Basisbetrags beurteilt (vgl. Beschwerde, Rz. 1144). Dabei verkennen sie, dass die von ihnen genannten Fälle anders als der vorliegende Fall gelagert waren. So hat im Fall "Publication von Arzneimittelinformationen" das sanktionierte Unternehmen lediglich einen Tatbestand, den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), durch zwei unterschiedliche Verhaltensweisen erfüllt (vgl. RPW 2008/3, S. 385 ff., Rz. 170, 215). Im Fall "Hors-Liste Medikamente" wurden betreffend drei von unterschiedlichen Herstellern produzierte Medikamente drei nebeneinander bestehende vertikale Wettbewerbsabreden (abgestimmte Verhaltensweise) im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG festgestellt, wobei jedes der drei herstellenden Unternehmen separat sanktioniert wurde (vgl. RPW 2010/4, S. 649 ff., Rz. 302, 380 f.). Im Fall "Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking" erfüllte das sanktionierte Unternehmen den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, wobei dessen Verhalten gegenüber einem anderen Unternehmen auch als Diskriminierung von Handelspartnern hätte qualifiziert werden können, was die Vorinstanz letztlich offenliess (vgl. RPW 2006/4, S. 625 ff., Rz. 195, 210, 275). Insofern muss in jenem Fall von einem Tatkomplex ausgegangen werden. Aus den von den Beschwerdeführerinnen genannten Fällen lässt sich daher nicht der Schluss ziehen, die Vorinstanz habe ihre Praxis geändert. Vielmehr kommt darin zum Ausdruck, dass die Praxis auf fallspezifischen Besonderheiten beruht, wie die Beschwerdeführerinnen bezüglich anderer Verfahren selbst eingestehen (vgl. Beschwerde, Rz. 1143).

**11.4.8.4** Im Fall von zwei im gleichen Untersuchungszeitraum praktizierter Abreden erhob die Vorinstanz gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG einen Zuschlag von 20 % (vgl. Verfügung der WEKO vom 18. Oktober 2010, in: RPW 2010/4 S. 717 ff., Rz. 413 f., "Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren"). Noch höhere Zuschläge (50 bis 200 %) erhob die Vorinstanz in anderen Fällen mit drei bis mehr als 20 horizontalen Abreden, die in den gleichen Untersuchungszeitraum fielen und im gleichen Verfahren beurteilt wurden (vgl. Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, in: RPW 2013/4 S. 524 ff., Tabelle in Rz. 978, 981, "Wettbewerbsabreden im Strassen- und

Tiefbau im Kanton Zürich"; Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011, in: RPW 2012/2 S. 270 ff., Rz. 1126 ff., "Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau"). In einem jüngst ergangenen Entscheid erachtete das Bundesverwaltungsgericht einen Zuschlag von 12 % im Falle einer Koppelung (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) und Einschränkung des Absatzes der Konkurrenten (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) im Rahmen von zwei voneinander getrennten Handlungen als angemessen (vgl. Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.6.21, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"). Im vorliegenden Fall sind missbräuchliche Verhaltensweisen im Rahmen von zwei Tatkomplexen zu sanktionieren. Ein Zuschlag von 20 % ist angesichts der vorstehend genannten Zuschlagspraxis nicht zu beanstanden. Da beide Tatkomplexe über den gesamten Untersuchungszeitraum begangen wurden, ist es gerechtfertigt, diesen Zuschlag auf dem um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbetrag zu erheben.

#### **11.4.9 Besonders hoher Gewinn als erschwerender Umstand**

Da die Vorinstanz keinen über den "Normalgewinn" hinausgehenden besonders hohen Gewinn (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG) erkannte, unterliess sie eine Sanktionserhöhung (vgl. Verfügung, Rz. 890), was unbestritten geblieben ist.

#### **11.4.10 Mildernde Umstände**

Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens beendet, wird der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 vermindert (vgl. Art. 6 Abs. 1 SVKG). Daneben kommen weitere, nicht genannte mildernde Umstände in Betracht, z.B. eine einvernehmliche Regelung oder Kooperation (vgl. Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.7.8, 15.2.7.12, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 14.4.6, "Gaba"; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 143; DOSS, a.a.O., Rz. 304; DAVID BRUCH / BEAT ZIRLICK, Schadenersatz und Sanktionsbemessung, in: Jusletter 2. März 2020, Rz. 12; PICHT, a.a.O., Art. 6 SVKG, Rz. 1, 8 ff., 14 ff., 17 ff.), nicht aber abgebrochene Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung (vgl. Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.7.11, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen").

Die Vorinstanz hat keine mildernden Umstände festgestellt, da die Beschwerdeführerinnen die missbräuchlichen Verhaltensweisen weder eingestellt hätten noch eine überdurchschnittliche Kooperation vorliege (vgl. Verfügung, Rz. 892). Dies wird von den Beschwerdeführerinnen zwar nicht bestritten. Sie machen aber geltend, die Vorinstanz hätte im vorliegenden Fall mildernde Umstände berücksichtigen müssen, da sie trotz Kenntnis der Art und Weise der Rechtevergabe sowie des Cablecom-Vertrags bei der Regelung der Rechtevergabe untätig geblieben und den Markt auf nicht vorhersehbare Weise abgegrenzt habe. Zudem habe sie nicht berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerinnen Wettbewerb geschaffen und das Monopol der KNU durchbrochen hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 1148 ff.).

Dass die Vorinstanz darauf verzichtet hat, die Rechtevergabe zu regeln, kann nicht zu einer Minderung der Sanktion führen, da von der Vorinstanz – auch angesichts ihrer eingeschränkten Kapazität – nicht überall und jederzeit Markteingriffe zur Vermeidung von Wettbewerbsverstössen erwartet werden können. Auch die von den Beschwerdeführerinnen als überraschend bezeichnete Marktabgrenzung kann nicht sanktionsmildernd berücksichtigt werden. Vielmehr wurde bereits dargelegt, dass sie mit einer solchen rechnen mussten (vgl. E. 11.3.4; vgl. auch BGE 146 II 217 E. 9.4 "Preispolitik Swisscom ADSL", in welchem die Erstmaligkeit einer Kosten-Preis-Schere nicht als mildernder Umstand qualifiziert wurde). Des Weiteren hat die Vorinstanz den Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen Wettbewerb in den TV-Plattformmarkt gebracht haben, bereits bei der Beurteilung der Schwere des Verstosses berücksichtigt (vgl. E. 11.4.6). Somit ist eine Verminderung des Sanktionsbetrags nicht angezeigt.

#### **11.4.11 Verhältnismässigkeit**

Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen, die Sanktion sei unverhältnismässig (vgl. Art. 2 Abs. 2 SVKG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 BV). So sei es nicht angemessen, dass die Vorinstanz bei der Berechnung des Basisbetrages auf einen viel breiteren Markt als den von ihr für das vorgeworfene missbräuchliche Verhalten als relevant bezeichneten Markt abstelle. Zudem beziehe sich das vorgeworfene Verhalten auf einen Bruchteil des gesamten von Teleclub bereitgestellten Programms. Die Sanktion betrage praktisch [...] von Teleclub; dies sei ein zu korrigierendes Missverhältnis (vgl. Beschwerde, Rz. 1150 ff.; Replik, Rz. 259 f.).

Wie bereits ausgeführt, hat die Vorinstanz im vorliegenden Fall zu Recht auf weitere betroffene TV-Märkte abgestellt und entsprechend höhere Umsätze (Swisscom TV inkl. Teleclub) festgestellt (vgl. E. 11.4.1 und 11.4.4).

Da die Vorinstanz des Weiteren zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen darauf verzichtet hat, die Umsätze der benachbarten Fernmeldemärkte einzubeziehen (vgl. E. 11.4.4) und die Beschwerdeführerinnen nicht geltend machen, die Sanktion sei im Sinne der finanziellen Tragfähigkeit unverhältnismässig (vgl. Urteil des BVGer B-823/2016 E. 6.1.1, "Flügel und Klaviere", mit Verweisen), stösst die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Sanktion sei unverhältnismässig, ins Leere.

#### 11.4.12 Ergebnis zum Sanktionsbetrag

Der von der Vorinstanz verfügte Sanktionsbetrag von Fr. 71'818'517.– ist somit zu bestätigen. Er setzt sich gemäss den vorstehenden Ausführungen wie folgt zusammen:

Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	Fr. [...].–
Basisbetrag unter Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses (Art. 3 SVKG)	Fr. 35'205'155.–
Erhöhung des Basisbetrags aufgrund der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)	Fr. 24'643'609.–
Zuschlag wegen erschwerender Umstände: Wiederholter Verstoss (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG)	Fr. 11'969'753.–
<b>Total</b>	<b>Fr. 71'818'517.–</b>

#### 12. Ergebnis betreffend materielle Prüfung und Sanktion

Als Ergebnis folgt, dass die Beschwerdeführerinnen ihre beherrschende Stellung auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV und auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV

missbraucht haben, indem sie gegenüber verschiedenen TV-Plattformanbietern keinen Zugang zu den als unerlässlich qualifizierten Inhalten der Teleclub-Sportkanäle 1-3 respektive von "Teleclub en français" gewährt und damit Geschäftsbeziehungen verweigert (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), andere TV-Plattformen durch unterschiedlichen Umfang des Teleclub-Sportangebots und durch die unterschiedliche Verfügbarkeit von Teleclub-Sportübertragungen per PPV diskriminiert (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) sowie gegenüber Cablecom und Sunrise mit einer Klausel betreffend das Verbot der Contentakquirierung unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen haben (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Dafür sind sie von der Vorinstanz zu Recht mit einer Verwaltungssanktion in der Höhe von Fr. 71'818'517.– nach Art. 49a KG belastet worden. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

### **13. Verfahrenskosten und Parteientschädigung**

#### **13.1 Vorinstanzliche Verfahrenskosten**

**13.1.1** Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen aufgrund ihres Zeitaufwandes von 1'931,7 Stunden eine Gebühr von Fr. 381'817.50 auferlegt (vgl. Verfügung, Rz. 918).

Diese Kostenrechnung verletzt nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen das Äquivalenzprinzip. Zudem rügen sie, dass die Kosten, die auf die Untersuchung des eingestellten Sachverhalts (Untersuchungshandlungen gegen den ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten und CEO von Cinetrade) zurückgingen, nicht ausgesondert worden seien (vgl. Beschwerde, Rz. 1173 ff., Duplik, Rz. 263 f.).

Aufgrund letzterer Rüge korrigierte die Vorinstanz den Zeitaufwand auf 1'902.45 Stunden und reduzierte entsprechend die vorinstanzlichen Verfahrenskosten auf Fr. 376'492.50 (vgl. Vernehmlassung, Rz. 102; Duplik, Rz. 112).

Dies führt zu einer entsprechenden Korrektur von Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung und somit zu einer teilweisen Gutheissung der Beschwerde.

**13.1.2** Die Vorinstanz erhebt unter anderem Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Die Gebühr wird im Detail durch den Bundesrat geregelt

(Art. 53a Abs. 3 KG). Gestützt hierauf hat der Bundesrat die Gebührenverordnung KG vom 25. Februar 1998 erlassen (GebV-KG, SR 251.2). Gemäss dieser ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat (Art. 2 GebV-KG). Die Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (Art. 53a Abs. 2 KG; Art. 4 Abs. 1 GebV-KG), wobei ein Stundenansatz von Fr. 100.– bis Fr. 400.– gilt (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

Das Äquivalenzprinzip verlangt in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes insbesondere, dass eine Gebühr in keinem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung steht und sich in vernünftigen Grenzen bewegt (vgl. BGE 139 III 334 E. 3.2.4; 128 I 46 E. 4a; Urteil des BVGer B-105/2019 vom 1. September 2020 E. 4.3.1).

Die Gebühr erscheint selbst mit dem korrigierten Wert von Fr. 376'492.50 zwar hoch, ist jedoch mit der Anzahl Stunden und dem angewandten Stundensatz ausgewiesen (vgl. Verfügung, Rz. 918; Vernehmlassung, Rz. 112, Fn. 251; Beilage zur Vernehmlassung "Abrechnung nach KG-Gebührenverordnung – Cinetrade AG"). Die Stundensätze von Fr. 130.– bis Fr. 290.– bewegen sich im unteren bis mittleren Rahmen dessen, was Art. 4 Abs. 2 GebV-KG vorgibt. Den geltend gemachten Stundenaufwand erklärt die Vorinstanz zu Recht mit der Komplexität der Untersuchung und der Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes, was sich auch am Umfang der eingereichten Eingaben zeige (vgl. Duplik, Rz. 112). Des Weiteren ist auf den Umfang der angefochtenen Verfügung (219 Seiten) sowie auf die Anzahl der teilweise äusserst umfangreichen Aktenstücke (491) hinzuweisen. Die korrigierte Gesamthöhe der Gebühr erscheint insgesamt als verhältnismässig und verletzt somit das Äquivalenzprinzip nicht (vgl. Urteil des BVGer B-105/2019 E. 4.3.4).

### **13.2 Verfahrenskosten und Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren**

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über 5 Mio. Fr. eine Gerichtsgebühr zwischen

Fr. 15'000.– und Fr. 50'000.– vor. Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (Sanktionsbetrag von 71,8 Mio. Fr.) ist die Gerichtsgebühr (inkl. Kosten für Zwischenverfügung vom 21. März 2017) streitwertabhängig auf Fr. 50'000.– festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Diese ist den nur minimal obsiegenden Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen. Diese Gebühr wird nach Rechtskraft des Urteils dem am 23. August 2016 von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 50'000.– entnommen.

Da die Beschwerdegegnerin bei diesem Ausgang des Verfahrens als grösstenteils obsiegend gilt und in ihrem subsubeventualiter gestellten Rechtsbegehren auf Beschwerdeabweisung (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 4 der Beschwerdeantwort vom 6. Dezember 2019) Recht bekommt, ist ihr zulasten der Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 18'500.– zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, und die Verfahrenskosten gemäss Ziffer 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 werden auf Fr. 376'492.50 reduziert.

**2.**

Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

**3.**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 50'000.– werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt und nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

**4.**

Der Beschwerdegegnerin wird zulasten der Beschwerdeführerinnen für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 18'500.– zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Kathrin Bigler Schoch



**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 7. Juni 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0243; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)