
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts
B-3618/2013 vom 24. November 2016
Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich

Prozessuale und Materielle Anmerkungen

Studienvereinigung | Semesteraussprache
Zürich, 10. April 2017

I. Worum geht es?

A. Was ist das relevante Verhalten?

- › Vermieter stellen Veranstaltern **Veranstaltungsortlichkeiten** zur Verfügung. In casu, das **Hallenstadion**
- › Für Veranstaltungen werden Tickets verkauft. Den Verkauf von Tickets an die Besucher einer Veranstaltung (**Ticketing**) übernimmt für den Veranstalter häufig ein Ticketingunternehmen (sog. **Fremdvertrieb**)

I. Worum geht es?

A. Was ist das relevante Verhalten?

- › AGH verwendete in ihren AGB gegenüber Veranstaltern unter anderem eine sog. „**50%-AGB-Klausel**“ oder „Ticketingklausel“
 - 50%-AGB-Klausel sieht vor, dass der Veranstalter ein Kontingent von mindestens 50% der fremdvertriebenen Tickets der AGH zum Vertrieb zur Verfügung stellen muss
- › AGB geht auf eine Kooperationsvereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner zurück, die unter anderem eine sog. „**50%-Vereinbarung**“ oder „Ticketing-Kooperationsklausel“ enthält
 - Ticketcorner hat das Recht, mindestens 50% aller fremdvertriebenen Tickets der AGH zu vertreiben
 - Im Gegenzug musste von Ticketcorner eine jährliche Marketingzahlung an die AGH geleistet werden

I. Worum geht es?

B. Was ist das wettbewerbsrechtliche Problem?

› **Faktische 100% Wirkung** der 50%-AGB-Klausel?

- Feststellung der WEKO: 50%-AGB-Klausel wirkt sich faktisch - jedenfalls in den allermeisten Fällen - wie eine 100%-ige Klausel aus (**single-homing**)
- Argument: Zwar möglich, aber zusätzlicher Aufwand (Zuteilung von Kontingenten, die fehleranfällig sei (bspw. Gefahr von Doppelbuchungen)

› Wettbewerbsbeschränkende Effekte?

- **Veranstalter**: Beschränkung anderer Veranstalter in ihrer Wahlfreiheit zur Bestimmung des von ihnen erwünschten Ticketingpartners (**Kontrahierungspflicht** zu Lasten Dritter)?
- **Ticketingunternehmen**: Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Ticketingmarkt, indem 50%-AGB-Klausel verhindert, dass Ticketingunternehmen überhaupt Kunden gewinnen können, die ihr den Ticketvertrieb für im Hallenstadion stattfindende Anlässe übertragen?

I. Worum geht es?

C. Verstoss gegen Kartellgesetz?

> **Marktmachtmissbrauch?**

- Missbrauchten AGH und Ticketcorner jeweils ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von **Art. 7 KG**, indem sie die 50%-AGB-Klausel gegenüber Veranstaltern durchgesetzt haben?

> **Unzulässige Wettbewerbsabrede?**

- Stellt die 50%-Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von **Art. 5 Abs. 1 KG** dar?

I. Worum geht es?

D. Verfahrensgang

- › **April 2009:** Eröffnung einer **Vorabklärung**
- › **Februar 2010:** Eröffnung einer **Untersuchung**
- › **November 2011:** **Einstellung der Untersuchung**
- › **Januar 2012:** **Beschwerde** gegen Einstellungsverfügung u.a. durch Starticket und ticketportal
- › **17. November 2016:** **Sistierungsgesuch** von Starticket wegen Zusammenschlussvorhaben mit Ticketcorner
- › **24. November 2016:** **Aufhebung** der Verfügung der WEKO und **Rückweisung zur Neubeurteilung**

II. Prozessuales

Beschwerdelegitimation?

- › Endentscheid oder Zwischenentscheid?

445. Aufgrund der Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung der Angelegenheit einschliesslich einer eigenen Ermessensentscheidung handelt es sich beim vorliegenden Urteil gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um einen **Zwischenentscheid** (vgl. BGE 138 I 143 E. 1.2; WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, zit. WW-VwVG, Art. 61 Rn. 31). Gemäss Art. 93 BGG steht den Parteien demzufolge nur dann ein Recht zur Geltendmachung einer Beschwerde gegen diesen Entscheid zu, wenn dieser einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte.

II. Prozessuales

Beschwerdelegitimation?

› **Endentscheid?**

- Rückweisungsentscheide regelmässig als Zwischenentscheide zu qualifizieren
- **Ausnahme:** Wenn der Vorinstanz an die zurückgewiesen wird, aufgrund der Erwägungen des Rückweisungsentscheids **kein Entscheidungsspielraum** verbleibt (blosse Umsetzung des Rückweisungsentscheid)

II. Prozessuales

Beschwerdelegitimation?

› **Endentscheid?**

VIII. GESAMTBEURTEILUNG DER BESCHWERDE

443. Das Beschwerdeverfahren hat bestätigt, dass zumindest im Sinne des Eventualantrags der Beschwerdeführerinnen aufgrund des vorliegenden Sachverhalts entgegen der Ansicht der Vorinstanz von einem wettbewerbswidrigen Verhalten der AGH und Ticketcorner auszugehen ist. Dabei handelt es sich im Einzelnen um ein marktmissbräuchliches Verhalten der AGH in Form einer Koppelung und einer Erzwingung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c und f KG, einer unzulässigen Wettbewerbsabrede zwischen der AGH und Ticketcorner gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sowie um ein von der Generalklausel erfasstes marktmissbräuchliches Verhalten von Ticketcorner in Form einer Durchsetzung von Kontrahierungspflichten gegenüber Geschäftspartnern gemäss Art. 7 Abs. 1 KG.

II. Prozessuales

Beschwerdelegitimation?

- › **Zwischenentscheid?**
- › **Nicht wieder gutzumachender Nachteil** (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG)?
 - Verletzung des Anspruchs auf **angemessene Verfahrensdauer**?
 - «Leerlauf der Instanzen»: Voraussichtliche Verfahrensdauer von mehr als 10 Jahren
 - Rechtlicher Nachteil wegen mehrfacher Verletzung des Anspruchs auf **rechtliches Gehör**?
 - Überraschendes Urteil?
 - Zustellung eines unvollständigen Urteils?
 - Fehlende Stellungnahmemöglichkeit zum Sistierungsgesuch?
 - Ausnahmsweise zu berücksichtigender tatsächlicher Nachteil?
 - Unzumutbare Rechtsunsicherheit?

II. Prozessuales

Beschwerdelegitimation?

› **Anekdotisches**

- Rückweisungsentscheid mit 177 Seiten?
- Taktische Erwägungen: «**Rechtskraft- Dilemma**»

II. Materielles

A. Marktabgrenzung

› Sachliche Marktabgrenzung

- **WEKO:** Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen abzugrenzen, welcher neben dem Hallenstadion andere Hallen, aber auch Stadien und offene Veranstaltungsplätze einschliesst (**Gesamtmarkt**)
- **BVGer:** Markt der Veranstaltungslokalitäten für öffentliche „**Mega-Einzel-Bühnenshows**“, das heisst Veranstaltungsräumlichkeiten für einmalig aufgeführte, allgemein zugängliche Veranstaltungen mit einem Besucheraufkommen von 6'500 bis 17'000 Zuschauern (**Einzelmarkt**)

II. Materielles

A. Marktabgrenzung

› Sachliche Marktabgrenzung

- **BVGer:** Allgemeinstruktureller Mangel

(c) Allgemeinstruktureller Mangel der vorinstanzlichen Marktabgrenzung

62. Unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten Grundsätze zur Abgrenzung des sachlich relevanten Markts weist die Marktabgrenzung der vorinstanzlichen Verfügung einen wesentlichen allgemeinstrukturellen Mangel auf.

63. Die Abgrenzung eines einzigen **Alles-in-einem-Markts** von allen Lokalitäten für alle Arten von kulturellen, sportlichen, geschäftlichen und sonstigen Veranstaltungen durch die Vorinstanz würde in allgemeinstruktureller Art voraussetzen, dass das Hallenstadion für alle Arten von Veranstaltungen, die in dessen Räumlichkeiten durchgeführt werden (können), durch jede andere dem relevanten Markt zugeordnete Lokalität ersetzt werden könnte. Da die Vorinstanz weder eine Differen-

II. Materielles

A. Marktabgrenzung

› Sachliche Marktabgrenzung

- **Rechtsanwendungsfehler: BVGer verlangt wechselseitige Substituierbarkeit**

(4) *Würdigung durch das Gericht*

(a) Grundlagen der Beurteilung

52. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen (nachfolgend: Produkte), die aufgrund ihrer **wechselseitigen Substituierbarkeit** eine eigenständige Produktgruppe bilden. Massgebend für die Qualifizierung der jeweiligen Substituierbarkeit ist hierbei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Zusammenfassung bestimmter Produkte als eigenständige Produktgruppe und die Zuordnung eines einzelnen Produkts hierzu sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt dabei keinem der prin-

II. Materielles

A. Marktabgrenzung

› Räumliche Marktabgrenzung

- BVGer schliesst sich **scheinbar** der räumlichen Marktabgrenzung der WEKO an

156. Der räumlich relevante Markt ist daher nach Sprachregionen in die Gebiete Deutschschweiz, Romandie und Tessin einzuteilen. Dies gilt ungeachtet dessen, dass sich die Feststellungen der Vorinstanz auf einen umfassenden Alles-in-einem-Markt an Veranstaltungsorten beziehen, vorliegend aber eine engere Marktabgrenzung erfolgt.

157. Als Folge der räumlichen Marktabgrenzung sind nur die Grosshallen PostFinance Arena Bern, Hallenstadion Zürich und St. Jakobshalle Basel für die weitere Beurteilung der Marktstellung der AGH im relevanten Markt der Veranstaltungsorten von Bedeutung, während den Grosshallen Arena Genf, Patinoire de Malley und Forum Fribourg keine Bedeutung zukommt.

II. Materielles

A. Marktabgrenzung

› Räumliche Marktabgrenzung

- Aber WEKO behielt sich für besonders attraktive Künstler, das heisst den vom BVGer abgegrenzten Megaevents eine weitere räumliche Marktabgrenzung vor

127. Ein weiteres wichtiges Kriterium für die Veranstalter bei der Wahl einer geeigneten Lokalität für einen bestimmten Anlass bildet die geografische Lage der Lokalität. Dabei ist der Anreiseweg massgebend, welchen die Veranstaltungsbesucher in Kauf zu nehmen bereit sind. Generell kann gesagt werden, dass der Anreiseweg um so weniger ins Gewicht fällt, je beehrter der entsprechende Anlass beim Publikum ist.³²⁰ So dürfte für spezielle Anlässe mit besonders attraktiven Künstlern, die selten und jeweils nur an einem Veranstaltungsort in der Schweiz auftreten, der Anreiseweg eine untergeordnete Rolle spielen. Für diese speziellen Anlässe dürfte das Einzugsgebiet die ganze Schweiz, ja sogar grenznahe Gebiete im Ausland umfassen.³²¹ Bei der grossen Mehrheit der Anlässe ist das Einzugsgebiet allerdings enger und daher unter Berücksichtigung der nachfolgenden Ausführungen insgesamt eine regionale Abgrenzung sinnvoll.

II. Materielles

A. Marktabgrenzung

> Anekdotisches

- Marktabgrenzung des BVGer nach **Veranstaltungskategorien** führte zu rund **100 neuen Märkten**
 - o Neben Markt für „Mega-Einzel-Bühnenshows“ gäbe es jeweils separate Märkte für „Giga-Einzel-Bühnenshows“, „Top-Einzel-Bühnenshows“, „Standard-Einzel-Bühnenshows“, „Klein-Einzel-Bühnenshows“; „Giga-Rahmen-Bühnenshows“, „Mega-Rahmen-Bühnenshows“, „Top-Rahmen-Bühnenshows“, „Standard-Rahmen-Bühnenshows“, „Klein-Rahmen-Bühnenshows“; „Giga-Wettbewerbsveranstaltungen“, „Mega-Wettbewerbsveranstaltungen“, „Top-Wettbewerbsveranstaltungen“, „Standard-Wettbewerbsveranstaltungen“, „Klein-Wettbewerbsveranstaltungen“; „Giga-Dauerveranstaltungen“, „Mega-Dauerveranstaltungen“, „Top-Dauerveranstaltungen“, „Standard-Dauerveranstaltungen“, „Klein-Dauerveranstaltungen“
 - o Ausserdem müsse man all diese Veranstaltungstypen weiter nach Gegenstand und Zweck der Veranstaltung unterteilen, also ob es sich um „Motivveranstaltungen“, „Blankettveranstaltungen“, „öffentliche Veranstaltungen“, „Verkaufsveranstaltungen“, „Fachveranstaltungen“ oder „geschlossene Veranstaltungen“ handelt

II. Materielles

A. Marktabgrenzung

> Anekdotisches

- BVGer zaubert «**Bühnenshows**» aus dem Ärmel (somit neben Musikgrossanlässen auch Comedyshows)
- Verletzung des **Untersuchungsgrundsatzes**?
 - o Urteil des BVGer beruht auf einer Vielzahl neuer Sachverhaltsannahmen **ohne jegliche Quellenangaben**
 - o Einzige „Beweismittel“ sind anekdotische, nicht in den untersuchungsrelevanten Zeitraum (2009 bis 2011) fallende Internetmeldungen

gen handelt. So waren beispielsweise bei einem Konzert von Beyonce im Stadion Letzigrund in Zürich im Juli 2016 acht Aufbautage zur Errichtung der Bühne und der notwendigen Veranstaltungstechnik notwendig (vgl. Bericht des Tagesanzeigers vom 14.7.2016 unter www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/der-auftritt-der-fast-goettin-im-letzigrund/story/18858020, zuletzt abgerufen am 1.9.2016), während für nahezu alle Musikgrossanlässe im Hallenstadion keine zusätzlichen Aufbautage vorgesehen waren. Bei den Stadien kommt hinzu, dass

II. Materielles

B. **Per se Erheblichkeit** von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG?

- › Die Beurteilung der Erheblichkeit der 50%-Vereinbarung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erfordert eine **Gesamtbeurteilung** der in qualitativer und quantitativer Hinsicht
- › Auch die Vorinstanz nimmt vordergründig eine solche Gesamtbeurteilung vor. Diese erfolgt aber nur *pro forma*

II. Materielles

B. **Per se Erheblichkeit** von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG?

- › Ausgangspunkt der Vorinstanz ist die Feststellung, dass sich aus der mündlichen Begründung des Bundesgerichts zu Gaba nicht ergebe, ob, wie bei den Vermutungsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, bei Wettbewerbsabreden, die **ähnlich schwerwiegende Einwirkungen** auf den Wettbewerb aufweisen, ebenfalls von der qualitativen Erheblichkeit auf die Gesamterheblichkeit geschlossen werden könne (E. 349)
- › Gericht wendet (jedenfalls teilweise) Gaba Entscheid des Bundesgerichts **analog** auf Art. 5 Abs. 1 KG an

II. Materielles

B. Per se Erheblichkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG?

380. Diese Festlegung bildet unter Berücksichtigung des Regelungszwecks des Erheblichkeitsmerkmals als Bagatellklausel nunmehr auch für sonstige Sachverhalte die sachliche Ausgangslage für eine Klassifizierung der übrigen Wettbewerbsabreden anhand einer Zuordnung von Schweregrad und Marktanteil sowie einer sich daraus ergebenden Abstufung.

381. Bei Wettbewerbsabreden, die im jeweiligen Geschäftsbereich gleich schwerwiegende nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb wie Vermutungsabreden aufweisen, muss auch eine entsprechende Geringfügigkeitsschwelle Anwendung finden. Signifikanten Wettbewerbsabreden, die auf einen zentralen Wettbewerbsparameter im jeweiligen Geschäftsbereich ausgerichtet sind, kommt eine gleich schwerwiegende Einwirkung auf den Wettbewerb zu wie Vermutungsabreden. Da die Geringfügigkeitsschwelle für Vermutungsabreden unabhängig von einem bestimmten Marktanteil vorliegt, ist für signifikante Wettbewerbsabreden demzufolge jedenfalls eine minimale Einwirkung auf den Wettbewerb für die Bejahung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreichend.

II. Materielles

B. Per se Erheblichkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG?

- › Das heisst, BVGer führt eine neue Kategorie der „**signifikanten Wettbewerbsabreden**“ mit gleich schwerwiegenden nachteiligen Einwirkungen wie „Vermutungsabreden“ für welche das Erheblichkeitsmerkmal ebenfalls als blosse Bagatellklausel gilt

II. Materielles

B. Per se Erheblichkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG?

› Anekdotisches

- Ausufernde **Selbstzitate** des verantwortlichen Gerichtsschreibers

355. Unlängst wurde in der Literatur ein Vorschlag für eine umfassende generelle Kategorisierung der qualitativen – und quantitativen – Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden vorgelegt, welche auf der Grundlage der Ausgestaltung des schweizerischen Kartellrechts unter Verweis auf den strikten Bagatelcharakter des Erheblichkeitsmerkmals gründet, dabei die im EU-Wettbewerbsrecht bereits gefestigte Unterscheidung zwischen Zweckabreden und Effektabreden aufnimmt und die sich aus den verschiedenen EU-Gruppenfreistellungsverordnungen bzw. den Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission ergebende Strukturierung von allgemeinen und bereichsspezifischen Wettbewerbsabreden abbildet (STRAUB, *Erheblichkeit*, 576 f.). Diese Kategorisierung führt zu einem nach Erheblichkeit abgestuften Katalog an Wettbewerbsabreden, der sich aus Vermutungsabreden, signifikanten Zweck- und Effektabreden, prioritären Zweckabreden, prioritären Effektabreden, sekundären Zweck- und Effektabreden sowie sonstigen Wettbewerbsabreden zusammensetzt. Ob und inwieweit diese Kategorisierung sachgerecht ist, wird sich im Rahmen der zukünftigen Beurteilung von einzelnen Wettbewerbsabreden weisen.

II. Materielles

B. Per se Erheblichkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG?

> Anekdotisches

- «Auflösend bedingtes Urteil» bzw. Urteil mit «Verfallsdatum»
 - BVGer stützt das Urteil immer wieder auf die „*mündliche Verhandlung*“ oder sogar die „*mündliche Begründung*“ des Bundesgerichts in Sachen Gaba
 - Problem: In mündlicher Beratung äusserten die **fünf Einzelrichter fünf unterschiedliche Rechtsansichten**

346. Aufgrund der mündlichen Verhandlung des Bundesgerichts in Sachen Gaba ist von Seiten des Gerichts nunmehr davon auszugehen und einer Neuurteilung durch die Vorinstanz zugrunde zu legen – soweit die schriftliche Urteilsbegründung keine gegenteiligen Schlussfolgerungen erfordert –, dass dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit der Regelungszweck einer Bagatellklausel beizumessen ist.

Fragen/Diskussion

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Kontakt

Frank Bremer

Dr. iur., Attorney at Law, LL.M.

Tel: +41 58 450 80 00

frank.bremer@lenzstaehelin.com

Lenz & Staehelin

Bleicherweg 58, CH-8027 Zurich
