

## Beschwerdeentscheid

vom 27. September 2005

Es wirken mit:      Margareta Lauterburg, Reiner Eichenberger, Francesco Brentani,  
Richter  
Kathrin Bigler, juristische Sekretärin

in Sachen

**Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG**, Oberglatterstrasse 35,  
8153 Rümlang  
(Beschwerdeführerin)  
vertreten durch ...  
(Verwaltungsbeschwerde vom 19. Januar 2004)

gegen

**Wettbewerbskommission (WEKO)**, Monbijoustrasse 43, 3003 Bern  
(Vorinstanz)  
(Verfügung vom 1. Dezember 2003)

**Good News Productions AG**, Konzert- und Event-Veranstalter, Talackerstrasse 5,  
8152 Opfikon  
(Beschwerdegegnerin 1)  
vertreten durch ...

**Resaplus S. A.**, Rue du Lièvre 7, 1227 Les Acacias  
(Beschwerdegegnerin 2)  
vertreten durch ...

**Swiss Music Promoters Association SMPA**, Postfach, 9101 Herisau  
(Beschwerdegegnerin 3)

betreffend

## **Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung**

**hat sich ergeben:**

- A. In Folge einer Fernsehsendung vom 1. Mai 2001, aus welcher hervorging, dass die Preise für Tickets im Ausland generell günstiger als in der Schweiz sind, beobachtete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des Ticketverkaufs in der Schweiz. Dabei stellte es fest, dass die Beschwerdeführerin als spezialisiertes Ticketvertriebsunternehmen mit den Veranstaltern von Anlässen Exklusivverträge abschliesst. Die Standard-Verträge werden auf eine Dauer von erstmals drei Jahren abgeschlossen, mit Verlängerung um jeweils ein Jahr bei Nichtkündigung.

Die Verträge mit den Veranstaltern enthalten unter anderem folgende Bestimmungen:

### "1.1. Grundsatz

Die Parteien vereinbaren, dass Ticketcorner exklusiv als einziger Agent im Namen und auf Rechnung des Veranstalters gegen Bezahlung von Gebühren gemäss Anhang 1 Tickets für alle Veranstaltungen des Veranstalters vertriebt.

### 3.2. Exklusivvertrieb

Der Veranstalter räumt Ticketcorner für seine Veranstaltungen das ausschliessliche Recht zum Vorverkauf der Tickets über Vorverkaufsstellen, Call-Center und Internet ein und stellt Ticketcorner alle Veranstaltungsplätze zum Verkauf zur Verfügung. Der Veranstalter verpflichtet sich insbesondere, seine Veranstaltungen in der Schweiz über kein anderes elektronisches Ticketvorverkaufssystem als dasjenige von Ticketcorner abzuwickeln. Kontingentierungen sind ausschliesslich gemäss separater, schriftlicher Vereinbarung möglich."

Am 17. Juli 2001 erhielt das Sekretariat eine Anzeige der Beschwerdegegnerin 2, ihrerseits eine Ticketvertriebsdienstleisterin, welche sich über die Monopolstellung der Beschwerdeführerin und die vertraglichen Exklusivitätsklauseln beklagte.

Am 14. August 2001 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung, in deren Rahmen zirka 80 Veranstalter in der ganzen Schweiz und die Beschwerdeführerin selbst befragt wurden.

Gestützt auf die Ergebnisse der Vorabklärung eröffnete das Sekretariat am 15. April 2002 eine Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin. Dabei wurden drei Konkurrentinnen (TicTec AG, Klicket AG, Resaplus AG) und vier Veranstalter (Good News Productions AG, Swiss Music Promoters Association [SMPA], Octagon Worldwide Limited, AG Hallenstadion Zürich) als Parteien in das Verfahren einbezogen. Im Rahmen der Untersuchung wurden die Konkurrenten der Beschwerdeführerin sowie Veranstalter von Anlässen befragt.

Mit Schreiben vom 16. Mai 2003 wurde der Beschwerdeführerin und den anderen Parteien Gelegenheit gegeben, zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 14. Juli 2003 beantragte die Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass sie auf dem Markt für *Ticketing* (Vertrieb von Tickets aller Art) über keine marktbeherrschende Stellung verfüge. Eventualiter sei festzustellen, dass die mit den Veranstaltern vereinbarten Exklusivitätsklauseln keine unzulässige Verhaltensweise gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes darstellen.

Am 1. Dezember 2003 verfügte die Wettbewerbskommission Folgendes:

1. Ticketcorner verfügt im schweizerischen Markt für Ticketvertriebssysteme über eine marktbeherrschende Stellung.
  2. Sowohl die Auferlegung von Exklusivitäten durch Ticketcorner für den Vertrieb von Tickets aller Veranstaltungen eines Organisers (Exklusivität A) als auch jene für alle Tickets jeder Veranstaltung (Exklusivität B) bildet eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 lit. c KG.
  3. Ticketcorner wird untersagt, ihren Vertragspartnern eine oder beide Exklusivitäten gemäss Ziffer 2 des Dispositivs direkt oder indirekt aufzuerlegen oder ihnen gegenüber auf andere Weise durchzusetzen.
  4. Es wird Ticketcorner untersagt, sich auf die Exklusivitätsklauseln im Sinne von Ziffer 2 des Dispositivs in den Verträgen, die zur Zeit in Kraft sind, zu berufen.
  5. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
  6. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der unter Ziffer 3 des Dispositivs statuierten Anordnungen zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.
  7. Verfahrenskosten
- (...)

Die Wettbewerbskommission begründete ihren Entscheid damit, die Beschwerdeführerin verfüge im sachlich relevanten Markt über eine beherrschende Stellung. Sie habe einen Marktanteil von über 70 Prozent. Selbst wenn man den Eigenvertrieb der Veranstalter zum relevanten Markt zählen würde, betrüge ihr Marktanteil noch über 40 Prozent, was ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung sei. Die restlichen Marktanteile verteilten sich auf etliche weitere kleine Unternehmen. Mit 220 Vorverkaufsstellen in der Schweiz, einem modernen *call center*, einem Inter-

net- und einem WAP-Portal verfüge die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin über ein flächendeckendes Vertriebsnetz. Dieses sei für die meisten Nachfrager von Ticketvertriebsdienstleistungen der ausschlaggebende Grund einer Partnerschaft mit ihr. Gemäss den Aussagen der Veranstalter komme man für einen Anlass, bei dem eine landesweite Abdeckung erforderlich sei, nicht um die Beschwerdeführerin herum. Die auf regionaler Ebene konkurrierenden Unternehmen seien angesichts ihrer geringen Marktanteile nicht in der Lage, das Verhalten von der Beschwerdeführerin zu disziplinieren. Ein Veranstalter von Anlässen mit landesweiter Bedeutung, der auf die Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin angewiesen sei, sei wegen der Exklusivitätsklauseln gezwungen, auch die Tickets aller nur regional bedeutsamen Anlässe über die Beschwerdeführerin vertreiben zu lassen, auch wenn dafür Alternativlösungen bestünden. Die regionalen Konkurrenten könnten ihre Marktanteile daher nur sehr schwer erhöhen. Die Marktgegenseite sei nur teilweise und nach harten Verhandlungen in der Lage, die Exklusivbindung zu beschränken. Es könnten nur marginale Kontingente vergeben werden. Der aktuelle Wettbewerb sei daher schwach. Auch der potenzielle Wettbewerb sei ungenügend. Die meisten Konkurrenten seien erst seit sehr kurzer Zeit auf dem Markt. Zwar müsse die Beschwerdeführerin in nächster Zeit mit stärkerer Konkurrenz rechnen. Die Konkurrenten könnten wegen den Exklusivbindungen aber nicht am Markt bestehen und sich vergrössern. Der Vertrieb von Tickets über das Internet werde in den nächsten Jahren nicht relevant zunehmen. Der Erfolg neuer Technologien (*print at home* Verfahren) sei schwer abschätzbar. Beide Alternativen würden durch die Exklusivitätsklauseln beschränkt. Rasche Marktzutritte und Expansionen bestehender Unternehmen seien demnach nicht ausreichend wahrscheinlich.

Die Exklusivitätsklauseln würden bis auf wenige Ausnahmen erzwungen und durchgesetzt. Da die Beschwerdeführerin als einziges schweizweit tätiges Ticketingunternehmen ein unausweichlicher Partner im Eintrittskartenvertrieb sei, seien die Veranstalter gezwungen, die Exklusivitätsklausel zu akzeptieren und auf zusätzliche Vertriebspartner zu verzichten. Die Exklusivitätsklauseln benachteiligten daher die Marktgegenseite. Die meisten Veranstalter möchten ihre Eintrittskarten von weiteren Konkurrenten vertreiben lassen. Die Beschwerdeführerin behindere daher Konkurrenten bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs.

Die Marktdominanz sei für das wettbewerbsschädliche Verhalten kausal. Als sachliche Gründe für das Verhalten käme lediglich die Vermeidung von "Trittbrettfahrer-Verhalten" in Frage. Die praktischen Anliegen (Vermeiden von Mehrfachverkäufen der gleichen Eintrittskarte, Abwicklung der Rückerstattung des Preises bei Absage eines Anlasses) betreffen in erster Linie die Veranstalter und vermöchten eine Exklusivitätsklausel auf alle Anlässe eines Veranstalters nicht zu rechtfertigen. Das Argument, dank den Verträgen auf Zeit müsse nicht für jeden Anlass ein neuer Vertrag abgeschlossen werden, sei nicht stichhaltig, weil die Vertragsabschlusskosten beim Gebrauch von Standardverträgen gering seien. Eine sachliche Rechtfertigung scheide daher aus.

Das Ziel der Exklusivbindung (Bindung der Veranstalter an die Beschwerdeführerin) könne auch über weniger einschränkende Mittel erreicht werden. Da für die Exklusivitätsklauseln keine Gegenleistung erbracht werde, seien sie unverhältnismässig und missbräuchlich.

- B. Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin, vertreten durch ..., am 19. Januar 2004 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie beantragte, die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003 sei vollumfänglich aufzuheben, eventuell zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausserdem stellte sie folgende Verfahrensanträge:
1. Es sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, vor dem etwaigen Versand dieser Beschwerdeschrift an andere Verfahrensbeteiligte zu den Massnahmen zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse Stellung nehmen zu können.
  2. Es sei die Wettbewerbskommission anzuweisen, die der Octagon Worldwide Limited und der Resaplus AG zugestellten Exemplare der angefochtenen Verfügung (act. 177 und 178) einzuverlangen und durch Exemplare zu ersetzen, welche die Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin wahren, und es seien die Angaben zum Marktvolumen und Marktanteil der Beschwerdeführerin in den Exemplaren von act. 177 und 178 in den Akten der Wettbewerbskommission abzudecken.

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht aus, die Wettbewerbskommission habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör sowie den Untersuchungsgrundsatz verletzt. In materieller Hinsicht rügte sie, die Wettbewerbskommission habe den relevanten Markt nicht rechtsgenügend bestimmt und die methodischen und verfahrensrechtlichen Standards nicht eingehalten. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sei unzutreffend. Die Angebotssubstituierbarkeit sei ausser Acht gelassen worden. Der räumlich relevante Markt erstrecke sich auf Europa, nicht nur die Schweiz. Der aktuelle Wettbewerb und ihre Marktstellung seien falsch beurteilt worden. Die Marktstrukturen hätten sich in der Zwischenzeit erheblich verändert. Der Potenzielle Wettbewerb sei nicht oder zumindest ungenügend abgeklärt worden. Wichtige Potenzielle Konkurrenten seien nicht ermittelt und der Potenzielle Wettbewerb durch Veranstalter vernachlässigt worden. Das Fehlen von Marktzutrittsschranken sei nicht berücksichtigt worden. Der Stellung der Marktgegenseite, welche über Gegenmacht verfüge, sei nicht Rechnung getragen worden. Fehle es somit an einer beherrschenden Stellung, sei der Abschluss von Verträgen mit Exklusivitätsklauseln zulässig. Die Veranstalter seien trotz diesen Klauseln vollkommen frei, ihre Tickets im Eigenvertrieb abzusetzen. Mit Grossveranstaltern würden regelmässig Kontingente vereinbart, die von den Exklusivitätsklauseln ausgenommen seien. Die Grossveranstalter würden durch die Exklusivitätsklauseln nicht benachteiligt, da sie auf andere flächendeckend präsente Ticketvertriebsdienstleister ausweichen könnten. Für regionale Anlässe bestünden sogar nach Ansicht der Vorinstanz genügend Alternativen.

Selbst wenn man sie als marktbeherrschend auffassen wollte, wären die Exklusivitätsklauseln nicht als unzulässig zu qualifizieren. Sie stellen international einen Branchenstandard dar und seien auch in der Schweiz üblich. Zudem seien die Verträge auf erstmals drei Jahre mit Verlängerung um jeweils ein Jahr begrenzt. Die Exklusivitätsklauseln seien verhältnismässig, da sie für den Eigenvertrieb der Veranstalter nicht gelten würden, da für einen Drittvertrieb Kontingente vereinbart werden könnten und da die Exklusivitätsklauseln weder rechtlich noch faktisch durchgesetzt würden. In gewissen Fällen werde von den Exklusivitätsklauseln ganz abgesehen. Von einer Erzwingung und Durchsetzung der Exklusivitätsklauseln könne daher keine Rede sein. Das untersuchte Verhalten sei ökonomisch gerechtfertigt, weil es dem Schutz der Investitionen diene. Die Plattforminvestitionen (*hardware, software*) sowie das Vertriebsnetz erforderten ein minimales Umsatzvolumen. Die Gegenleistung für die Exklusivitätsklauseln bestehe in der stetigen Bereithaltung ausreichender Ressourcen.

- C. Mit Schreiben vom 22. Januar 2004 lud die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Resaplus AG, die AG Hallenstadion Zürich, die TicTec AG, die SMPA, die Klicket AG, die Octagon Worldwide Limited sowie die Good News Productions AG ein, allfällige Parteirechte anzumelden.

Hierauf beantragten die Resaplus AG mit Schreiben vom 27. Januar 2004, die SMPA mit Schreiben vom 3. beziehungsweise vom 19. Februar 2004 und die Good News Productions AG mit Schreiben vom 11. Februar 2004, als Parteien in das Verfahren einbezogen zu werden.

Am 17. Juni 2004 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Resaplus AG, der SMPA sowie der Good News Productions AG mit, dass sie als Parteien in das Verfahren einbezogen würden.

- D. Mit Vernehmlassung vom 5. April 2004 beantragt die Wettbewerbskommission die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte sie aus, das rechtliche Gehör sei gewährt worden. Falls die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine Gehörsverletzung bejahen sollte, wäre diese heilbar. Der Untersuchungsgrundsatz sei nicht verletzt worden. Man habe auf die aktuellsten Daten abgestützt und die Weiterentwicklung des Marktes berücksichtigt. Der relevante Markt sei nach dem schweizerischen Recht zu bestimmen, nicht nach dem europäischen, das höchstens als Auslegungshilfe dienen könne. Nach dem schweizerischen Recht werde auf das Konzept der funktionellen Austauschbarkeit abgestellt. Die Nachfragesubstituierbarkeit sei vertieft geprüft worden. Kino- und Messtickets gehörten nicht zum relevanten Markt, weil sie weder im Vorverkauf noch über eine Systemplatt-

form, sondern im Eigenvertrieb verkauft würden. Die Transporttickets gehörten nicht zum relevanten Markt, und die kombinierten Transport- und Eventtickets seien berücksichtigt worden, soweit sie durch Konkurrenten der Beschwerdeführerin oder über die Verkaufsstellen der SBB durch die Beschwerdeführerin selber verkauft worden seien.

Die Argumente der Beschwerdeführerin zum aktuellen Wettbewerb bezögen sich nur auf die Berechnung der Marktanteile, welche nur ein Indiz für die Marktbeherrschung seien. Der Nachweis der marktbeherrschenden Stellung sei durch die Befragung der Vertragspartner der Beschwerdeführerin erbracht worden. Die Berechnung der Marktanteile durch die Beschwerdeführerin beziehe sich auf einen anderen Markt, der nicht der Abgrenzung in der Verfügung entspreche. Die von der Beschwerdeführerin genannten weiteren Konkurrenten seien im Verfügungszeitpunkt entweder nicht aktuelle Konkurrenten gewesen oder aber sie gehörten nicht zum relevanten Markt. Die Marktstruktur habe sich seit der Befragung der Konkurrenten kaum verändert. Der Potenzielle Wettbewerb könne unabhängiges Verhalten nur verhindern, wenn er eine gewisse Wirkung entfalten könne. Aus dem Neueintritt von kleinen Unternehmen könne nicht auf eine Expansion des Marktes geschlossen werden. Der Aufbau eines Verkaufstellennetzes stelle eine erhebliche Marktzutrittsschranke dar, und der Anschluss an ein *call center* sei aufwändig. Der Internetvertrieb sei erst schwach entwickelt, und weitere neue Technologien würden bisher kaum angewendet.

Die Exklusivitätsklauseln behinderten die Veranstalter beim Eigenvertrieb, da sie keine anderen elektronischen Ticketvorverkaufssysteme zuließen. Die Möglichkeit der Grossveranstalter, mit der Beschwerdeführerin Kontingente für den Drittvertrieb zu vereinbaren, sei zu relativieren. Regionale Veranstalter hätten diese Möglichkeit nicht, und Kontingente könnten nur auf Grund zäher Verhandlungen ausgehandelt werden. Veranstalter von landesweit bedeutsamen Anlässen könnten Alternativen bei regionalen Veranstaltungen wegen der Exklusivbindung nicht nutzen. Die Beschwerdeführerin sei der einzige schweizweit präsente Ticketvertriebsdienstleister und eine unausweichliche Partnerin für die Veranstalter. Daher müssten diese die Exklusivitätsklausel akzeptieren.

Exklusivitätsklauseln seien in der Schweiz nicht üblich. Die Einschränkungen der Exklusivitätsklauseln seien zu relativieren. Die Beschwerdeführerin mache zwar geltend, die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen würden nicht durchgesetzt. Doch sei anzunehmen, dass sich die Veranstalter aus Angst vor Prozessen an den Grundsatz der Vertragstreue hielten. Allfällige ökonomische Rechtfertigungsgründe habe die Beschwerdeführerin nicht substantiiert. Ein allfälliger ökonomischer Nutzen durch die Exklusivitätsklauseln wäre im Vergleich zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs unverhältnismässig. Gegen die Verfahrensanträge der Beschwerdeführerin habe sie nichts einzuwenden. Die Unzulässigkeit der untersuchten Verhaltensweise sei zu Recht festgestellt worden.

- E. Mit Schreiben vom 16. August 2004 verzichtete die Beschwerdegegnerin 3 auf die Einreichung einer Stellungnahme.

Am 16. August 2004 liess sich die Beschwerdegegnerin 2 vernehmen. Sie beantragte, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, in der Hauptsache sei die Beschwerde abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, die Beschwerdeführerin habe ihr Verhalten nach der Verfügung der Wettbewerbskommission nicht geändert. Sie, die Beschwerdegegnerin 2, habe gegenüber verschiedenen Veranstaltern ihr Interesse an einer Zusammenarbeit signalisiert. Die Beschwerdeführerin habe die Veranstalter danach auf laufende Verträge hingewiesen, die dem entgegenstünden. Die Veranstalter hätten sich einschüchtern lassen und wagten nicht, sich gegen das missbräuchliche Verhalten zur Wehr zu setzen. Die Leistungen der Beschwerdeführerin seien zwar gleich gut, aber sicherlich teurer als die Leistungen anderer Anbieter. Da der Beschwerdegegnerin 2 der Zugang zum Markt verwehrt sei, sei ihre finanzielle Situation prekär. Der relevante Markt sei der Markt für den Verkauf und Vertrieb von Tickets durch Dritte. Der Eigenvertrieb gehöre nicht dazu. Deswegen gehörten Kino-, Zirkus-, Messe- und Sporttickets nicht in den relevanten Markt.

Am 30. August 2004 teilte Good News mit, sie verzichte auf eine Stellungnahme.

- F. Mit Zwischenverfügung vom 15. Oktober 2004 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch der Beschwerdegegnerin 2 um Entzug der aufschiebenden Wirkung ab.

- G. Mit Stellungnahme vom 23. November 2004 hielt die Beschwerdeführerin an den Anträgen der Beschwerde vollumfänglich fest und bezog Stellung zu den Vernehmlassungen der Wettbewerbskommission vom 5. April 2004 und der Beschwerdegegnerin 2.

Sie hielt im Wesentlichen fest, die Definition des relevanten Marktes durch die Vorinstanz sei sowohl in der Verfügung als auch in der Vernehmlassung verworren und unzureichend begründet. Die Wettbewerbskommission habe Gesamtmarkt und Marktanteil falsch berechnet und daran in der Vernehmlassung mit nicht nachvollziehbaren Begründungen festgehalten. Sie habe es unterlassen, repräsentative Umfragen und Datenerhebungen durchzuführen und die erhobenen Daten systematisch und nachvollziehbar zu analysieren. Sie sei zu Unrecht davon ausgegangen, der Markt habe sich in den letzten Jahren kaum verändert. Viel-

mehr seien in den letzten Jahren zahlreiche Unternehmen in den Markt eingetreten und hätten sich dort etabliert. Im *Ticketing*-Markt herrsche heute wie in der Vergangenheit starker Wettbewerb. Markteintritte heute erfolgreicher Unternehmen seien entgegen der Behauptung der Vorinstanz beim potenziellen Wettbewerb nicht gewürdigt worden. Der technologische Wandel sei weiter fortgeschritten. Physische Verkaufsstellen würden immer unbedeutender. Das Internet sei aus dem Ticketvertrieb nicht mehr wegzudenken. Ihr Marktanteil und der beschränkte Effekt der Exklusivitätsklauseln behinderten weder aktuelle noch potenzielle Wettbewerber und benachteiligten die Marktgegenseite nicht. Die Exklusivitätsklauseln hätten nur eine sehr beschränkte Wirkung und beträfen den Eigenvertrieb in keiner Weise. Kontingentierungen würden nicht ausschliesslich mit Grossveranstaltern, sondern auch mit kleineren Veranstaltern vereinbart. Die Veranstalter könnten aus einem breiten Spektrum an Ticketingunternehmen frei wählen.

- H. Mit Schreiben vom 18. Januar 2005 erklärte der Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin 2, er habe nach seinem Schreiben von Anfang 2004 an die Veranstalter im Nachgang an die Verfügung der Vorinstanz an eine ruhigere Zeit für sein Unternehmen geglaubt. Der Verweis der Beschwerdeführerin auf die laufenden Verträge habe bewirkt, dass nun alle Veranstalter auf einen Entscheid warteten, dass sie ihre Vertragspartner frei wählen könnten.

In seinem Schreiben vom 19. Januar 2005 verwies der Rechtsanwalt der Beschwerdegegnerin 2 auf die Stellungnahme vom 16. August 2004 und hielt an den Hauptanträgen fest.

- I. Mit Duplik vom 17. Januar 2005 liess sich die Vorinstanz erneut vernehmen und äusserte sich zu den formellen und materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin.
- J. Mit Eingaben vom 13. April 2005 und 7. Juli 2005 informierte der Anwalt der Beschwerdeführerin die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen über weitere Entwicklungen des Ticketvertriebs.

Am 1. Juli 2005 wies der Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin 2 die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf die aktuelle Situation in seinem geschäftlichen Umfeld hin. Mit Schreiben vom 17. August 2005 bekräftigte der Anwalt der Beschwerdegegnerin 2 diese Einschätzung. Zudem äusserte er sich zur Kostennote der Beschwerdeführerin.

Auf die einzelnen Vorbringen und die eingereichten Unterlagen wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

- K. Mit Schreiben vom 12. September 2005 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass von einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werde.

### **Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:**

#### 1. Prozessvoraussetzungen

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, ist von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGE 128 II 13 E. 1a, 128 I 46 E. 1a, 121 II 72 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003 ist eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. a). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 KG (zit. in E. 2) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31).

Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtmässig durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

## 2. Gesetzesbestimmungen

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freien und marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- und andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

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

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). Als solche Verhaltensweisen fallen unter anderem in Betracht die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbeziehungen, die Erzwingung unangemessener Preise und die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen, die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung sowie die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. a. - f. KG).

Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen (Art. 30 Abs. 1 KG). Die am Verfahren Beteiligten können schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Die Wettbewerbskommission kann eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG).

Auf das Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 anwendbar, soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht (Art. 39 KG). Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG). Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen

Unterlagen vorzulegen. Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Artikel 16 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 40 KG).

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG). Die Behörde hört die Partei an, bevor sie verfügt (Art. 30 VwVG). Bevor sie verfügt, würdigt sie alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien. Verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, kann sie trotz der Verspätung berücksichtigen (Art. 32 VwVG). Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG).

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen: a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens; b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes; c. Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

Die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, geht mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über (Art. 54 VwVG). Diese entscheidet in der Sache selbst oder weist sie ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

### 3. Präliminarien

#### 3.1 Keine vorbehaltenen Vorschriften

Dem Kartellgesetz vorbehalten sind Vorschriften, welche auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

Vorliegend bestehen keine solchen Vorschriften. Der Praxis der Stadt Lausanne, nach welcher mit Blick auf die Abrechnung der Billetsteuer pro Anlass eine einzige Abrechnung erstellt werden muss, liegen keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinn von Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes zugrunde (vgl. Ziffer 5.1.1).

#### 3.2 Verfahrens Antrag betreffend Geschäftsgeheimnisse in Beschwerde

Die Beschwerdeführerin beantragte, ihr sei vor der Zustellung der Beschwerde an andere Verfahrensbeteiligte Gelegenheit zu geben, sich zu Massnahmen zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse zu äussern.

Diesem Antrag wurde stattgegeben.

### 3.3 Verfahrens Antrag betreffend Rückforderung von Verfügungsexemplaren mit Geschäftsgeheimnissen an andere Beteiligte

Die Beschwerdeführerin beantragte, die Vorinstanz sei anzuweisen, die der Octagon Worldwide Limited und der Resaplus SA zugestellten Exemplare der angefochtenen Verfügung (act. 177 und 178) einzuverlangen und durch Exemplare zu ersetzen, welche die Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin wahren, und es seien die Angaben zu Marktvolumen und Marktanteil der Beschwerdeführerin in diesen Dokumenten in den Akten der Vorinstanz abzudecken.

Die Vorinstanz räumt ein, dass sie die Marktdaten in den genannten Dokumenten nicht abgedeckt hat, gibt aber zu bedenken, angesichts des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin entsprechende Angaben für ein früheres Jahr auf ihrer website publiziert habe, könne man sich fragen, ob sie ein Geschäftsgeheimnis darstellten.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass die Vorinstanz entsprechende Angaben der Konkurrenten in der Verfügung abgedeckt und damit als Geschäftsgeheimnisse behandelt hat. Ebenso hat sie die Zahlen zu Marktvolumen und Marktanteilen der Beschwerdeführerin in den Verfügungsexemplaren, die weiteren Beteiligten zugestellt wurden, behandelt.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen lässt offen, ob die genannten Marktdaten tatsächlich Geschäftsgeheimnisse darstellen. Unabhängig davon gilt angesichts des Gleichbehandlungsgrundsatzes, dass solche Daten hinsichtlich aller Beteiligten gleich zu behandeln sind. Dies wurde bei der Bekanntgabe der Daten der Beschwerdeführerin an die Octagon Worldwide Limited und die Resaplus AG nicht beachtet. Um eine Gleichbehandlung dieser Daten für die Zukunft sicherzustellen, wird die Vorinstanz angewiesen, die entsprechenden Angaben in ihren Akten abzudecken, falls sie sie als Geschäftsgeheimnisse wertet. Andernfalls sind die Marktdaten aller Konkurrenten offen zu legen.

Dem weiterführenden Verfahrens Antrag (Rückforderung der Aktenstücke 177 und 178 und Ersatz durch Exemplare ohne die Daten zu Marktvolumen und Marktanteil der Beschwerdeführerin) gibt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht statt, da dies nichts mehr daran zu ändern vermag, dass Oc-

tagon und Resaplust von den Daten Kenntnis erhalten haben und sich die erfolgte Ungleichbehandlung dadurch nicht mehr aus der Welt schaffen lässt.

In den bei ihr befindlichen Akten hat die Rekurskommission diese Marktdaten als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet.

#### 4. Formelles

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Verfahrensfehler begangen, indem sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe.

Die Verletzung des grundrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör ist gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts formeller Natur. Damit hat sie ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selbst die Aufhebung der angefochtenen Verfügung zur Folge (BGE 126 V 130 E. 2b; 125 I 113 E. 3; 121 I 230 E. 2a; 120 Ib 379 E. 3b). Die Rügen betreffend Verletzung des rechtlichen Gehörs sind daher vorab zu prüfen.

Wer vom Ausgang eines Verfahrens betroffen ist, hat verfassungsmässige Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- und Äusserungsrechte, welche die Fairness des Verfahrens garantieren sollen (J. P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 509). Artikel 29 Absatz 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) fasst diese Verfahrensrechte unter dem Begriff des Anspruchs auf rechtliches Gehör zusammen. Die Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation (zum Begriff vgl. J. P. Müller, a.a.O., S. 510) sollen sicherstellen, dass die Einzelnen nicht als Objekte, sondern als Subjekte wahr- und ernst genommen werden. Sie stehen damit im Dienst der Menschenwürde. Darüber hinaus soll der Einbezug der Rechtssubjekte in das Verfahren zur Richtigkeit des Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und zur besseren Akzeptanz des Entscheids beitragen (J.P. Müller, a.a.O., S. 510 f.; ferner U. Häfelin/W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2005, Rz. 835 ff.; P. Tschannen/U. Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, S. 254, Rz. 35 f.; A. Kölz/I. Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, S. 45 f., Rz. 129; L. Kneubühler, Gehörsverletzung und Heilung, in: ZBl 3/1998 S. 97 ff., S. 100).

Zu den Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation zählt zunächst der Anspruch auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung (Gehörsanspruch im engeren Sinn). Er umfasst den Anspruch auf Orientierung durch die Behörde, das Recht auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts (Beibringung geeigneter Beweise, Mitwirkung bei der Erhebung der Beweise, Äusserung zum Beweisergebnis) und den Anspruch auf ernsthafte Prüfung der Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidfindung. Letzteres bildet das

Kernstück des rechtlichen Gehörs (J. P. Müller, a.a.O., S. 520 ff.). Gegenstand der Prüfung und Berücksichtigung sind all jene Informationen, Argumente, Vorbringen und Anträge, die für die Entscheidungsfindung bedeutsam sind (M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 368, mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung). Ob die Behörde der Prüfungspflicht nachgekommen ist, ergibt sich in erster Linie aus der Begründung der Verfügung (BGE 117 Ib 481 E. 6b/bb, mit Verweis auf A. Häfliger).

Zentral ist ferner der Anspruch auf Begründung eines Entscheids. Die Begründungspflicht sichert die spezifisch juristische Qualität des Urteils; die Argumentation muss sich mit den verschiedenen rechtlich relevanten Gesichtspunkten auseinandersetzen (J. P. Müller, a.a.O., S. 537). Die Begründung soll den Rechtssubjekten zeigen, dass man sich mit ihren Eingaben und Interessen sorgfältig auseinandergesetzt hat, sie von der Legitimität des Entscheids überzeugen und ihnen die Sicherheit vermitteln, ernst genommen zu werden. Die entscheidende Behörde muss sich von Argumenten leiten lassen, die einer Nachprüfung standhalten. Dadurch reduziert sich die Gefahr des Abstellens auf unsachliche Motive. Nur wenn der Verfügungsadressat die Gründe der Entscheidbehörde kennt, kann er sich dagegen sachgerecht zur Wehr setzen. Die Begründung muss nur diejenigen Gründe nennen, die für den Entscheid von tragender Bedeutung sind. Sie muss umso einlässlicher sein, je intensiver ein Entscheid in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, je komplexer die zu beurteilenden Rechts- und Sachverhaltsfragen sind, und je weiter der Entscheidungsspielraum der Behörde ist. Ein mangelhaft begründeter Entscheid ist auf Beschwerde hin grundsätzlich aufzuheben; ein Nachschieben der Begründung im Rechtsmittelverfahren genügt in der Regel nicht, um davon abzuweichen (vgl. im Einzelnen J. P. Müller, a.a.O., S. 537 - 541, mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung). Die Begründung darf sich auf jene Aspekte beschränken, die von der Behörde willkürfrei als wesentlich betrachtet werden; allerdings muss aus der Motivierung ersichtlich sein, wieso die Behörde die vorgebrachten Äusserungen und Einwendungen für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig gehalten hat (M. Albertini, a.a.O., S. 369, mit Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung, und S. 404).

Weiter zählen zu den Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation der Anspruch auf Akteneinsicht, der sicherstellen soll, dass die Rechtsunterworfenen die Entscheidungsgrundlagen kennen (J. P. Müller, a.a.O., S. 525 ff.), sowie die hier nicht im Vordergrund stehenden Ansprüche auf einen Entscheid der richtig zusammengesetzten zuständigen Behörde und auf Ausschöpfung der Kognition (J. P. Müller, a.a.O., S. 510).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör bildet das individualrechtliche Korrelat zum Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsverfahren und dient wie dieser der Findung der materiellen Wahrheit (Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 30. Juni 2005 i. S. X. AG und Y. AG [FB/2004-2] E. 3.1). Die

Verwaltung hat von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des Sachverhalts zu sorgen. Die Abklärungspflicht bezieht sich auf den rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob so oder anders zu entscheiden ist. Zusätzliche Abklärungen sind vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn auf Grund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichend Anlass besteht (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a).

Der an die Behörde gerichtete Untersuchungsgrundsatz und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs sollen sicherstellen, dass der Sachverhalt korrekt und vollständig ist, dass die erheblichen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden und dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abstützt und in nachvollziehbarer Weise begründet ist (Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 30. Juni 2005 i. S. S. AG [FB/2004-2] E. 3.1).

#### 4.1 Stellungnahme zu Änderungen des Verfügungsentwurfs

Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Verfügungsantrag des Sekretariates der Wettbewerbskommission sei anschliessend an ihre Stellungnahme und an die Anhörung vom 6. Oktober 2003 in etlichen Punkten geändert worden. Betroffen seien nebst zahlreichen anderen Belangen (namentlich: Prozessgeschichte, Verzicht auf Unterteilung des Marktes nach Art, Grösse und Bedeutung eines Anlasses, Anzahl Verkaufsstellen von Tic Tec und Resaplus, nicht als Konkurrenten aufgefasste Unternehmen, Umschreibung des potenziellen Wettbewerbs, Nichtdurchsetzung der Exklusivitätsklauseln, Effizienz der Exklusivitätsklauseln, angebliche Quersubventionierung kleinerer Veranstaltungen) konkret die Marktabgrenzung (Einbezug des Eigenvertriebs), das Marktvolumen (keine Anpassung der Marktdaten entsprechend dieser Neudefinition des relevanten Marktes) sowie der Marktanteil beziehungsweise dessen Neuberechnung auf Grund von Daten der Beschwerdeführerin. Dass sie sich zur geänderten materiellen Würdigung und zum neuen Dispositiv nicht erneut habe äussern können, verletze ihren Gehörsanspruch.

Der kartellgesetzliche Anspruch auf Stellungnahme zum Verfügungsentwurf (Art. 30 Abs. 2 KG) erweitert den verwaltungsverfahrenrechtlichen Gehörsanspruch (Art. 29 und Art. 30 VwVG) (vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 17. Juni 2003, [2A.492/2002] E. 3.4, publiziert in: RPW 2003/3, S. 695 ff.). Gemäss Lehre und Rechtsprechung besteht ein Anspruch auf eine zweite Stellungnahme, wenn sich die Verfügung und der Antrag des Sekretariates in Dispositiv und materieller Würdigung unterscheiden (vgl. REKO/WEF [99/FB-011] E. 4.4, publiziert in: RPW 2001/2 S. 381 ff.; Richli, Kartellverwaltungsverfahren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [Hrsg.: von Büren/David], Band V/2: Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 467; Borer,

Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 30 Rz. 5; Carron, Art. 30 Rz. 5, 13 und 15, in: Droit de la concurrence, Commentaire Romand [Hrsg.: Tercier/Bovet], Genf/Basel/München 2002; Schmidhauser, Art. 30, Rz. 8, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Hrsg.: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey]; Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht, Diss., Freiburg i. Ue. 2002, S. 275 und 277 f.).

In den oben angeführten Punkten hat sich die Vorinstanz mit Vorbringen der Beschwerdeführerin befasst. Indem sie die Vorbringen der Beschwerdeführerin verwarf, hat sie zwar den Verfügungstext geändert, nicht jedoch ihre materielle Würdigung. Diese lautet zusammenfassend nach wie vor: "Relevanter Markt ist der Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU, aktueller und potenzieller Wettbewerb sind ungenügend, unzulässige Verhaltensweise liegt vor". Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet keinen Anspruch auf Übernahme der Auffassung der Beschwerdeführerin durch die Behörde. Hat diese die Vorbringen aus der Stellungnahme zum Antrag nach Auffassung der Beschwerdeführerin unzutreffend behandelt, betrifft dies weniger den Anspruch auf eine erneute Stellungnahme als die Frage der ernsthaften Prüfung von Parteivorbringen (vgl. Ziffer 4.4) sowie die materielle Würdigung.

Soweit das Verfügungsdispositiv geändert oder ergänzt wird und neue Erwägungen angestellt werden, stehen jedoch Änderungen einer Verfügung zur Diskussion, bei denen gemäss Lehre und Rechtsprechung eine erneute Anhörung angezeigt sein kann, soweit es dabei um wesentliche, nicht bloss die Kostenliquidation oder die Rechtsmittelbelehrung betreffende Elemente des Dispositivs geht (vgl. REKO/WEF [99/FB-011] E. 4.4, a.a.O.).

Was die Vorinstanz dagegen vorbringt, ist unzutreffend. Für das rechtliche Gehör beziehungsweise das Recht auf vorgängige Stellungnahme zur Verfügung ist irrelevant, ob die Verfügung im Untersuchungsverfahren vor dem Sekretariat oder im Entscheidverfahren geändert wird, und ob man die geänderte Fassung noch als Antrag beziehungsweise Verfügungsentwurf oder aber als Verfügung bezeichnet. Massgeblich ist allein, dass das untersuchte Unternehmen einen Anspruch hat, sich vor Erlass der Verfügung zu allen rechtserheblichen Punkten zu äussern (vgl. Art. 29 i.V.m. Art. 30 Abs. 1 VwVG) und zur Verfügung vorgängig Stellung zu nehmen (vgl. Art. 30 Abs. 2 KG). Wird der Entwurf nach der Anhörung im genannten Sinne ergänzt, ohne dass sich das untersuchte Unternehmen dazu äussern kann, sind diese Ansprüche verletzt. Folgt man der Auffassung der Vorinstanz, wäre es möglich, dass das Sekretariat eine oberflächliche oder Teiluntersuchung durchführt und die Verfügungsadressatin zum Ergebnis anhört, dass die Wettbewerbskommission anschliessend Nachbesserungen anordnet und echte Änderungen vornimmt, und dass der Anspruch auf

Äusserung zu allen rechtserheblichen Punkten und auf vorgängige Anhörung zur Verfügung so unterlaufen werden kann.

#### 4.2 Zusätzliche Untersuchungshandlungen, abgeändertes Dispositiv und neue materielle Erwägungen

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe im Anschluss an die Anhörung vom 6. Oktober 2003 weitere Untersuchungshandlungen vorgenommen (telefonische und schriftliche Befragung der FNAC), die bestätigt hätten, dass Tickets parallel durch die Beschwerdeführerin und FNAC vertrieben würden. Ausserdem habe die FNAC mitgeteilt, die Beschwerdeführerin sei im Begriff, die Exklusivitätsklauseln durch Preisdifferenzierungen zu ersetzen. Einem dem Sekretariat anschliessend zugestellten Schreiben von Fri-Son sei dasselbe zu entnehmen gewesen, und dieser Veranstalter habe die Vorinstanz unter Hinweis auf "die neuen drastischen Vertragsbedingungen" aufgefordert, die Untersuchung schnellstmöglich abzuschliessen, da er ansonsten erneut einen Exklusivvertrag mit der Beschwerdeführerin abschliessen müsse. In der Folge habe die Vorinstanz

- die Verfügung in Randziffer 77 f. mit Erwägungen zu zulässigen und unzulässigen Rabatten (Mengenrabatte nach Massgabe von Skalenerträgen) und unzulässigen Treuerabatten (Rabatt nach Massgabe der Deckung sämtlicher Bezüge beim marktbeherrschenden Unternehmen)
- und Ziffer 3 des Verfügungsdispositivs im Sinn eines Verbots der direkten oder indirekten Auferlegung der Exklusivitätsklauseln oder der anderweitigen Durchsetzung der Exklusivitätsklauseln ergänzt.

Die Informationen von FNAC und Fri-Son hätten ungeprüft Eingang in die Verfügung gefunden, ohne dass sie sich dazu und zur behaupteten Gestaltung der neuen Vertragsbedingungen je äussern können.

Zudem sei ihr mit Dispositiv Ziffer 4 neu auch verboten worden, sich auf Exklusivitätsklauseln in bestehenden Verträgen zu berufen.

##### 4.2.1 Befragung zum Parallelvertrieb

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie hätte sich zu den Fragen betreffend Parallelvertrieb, welche FNAC gestellt worden seien und zu welchen sich Fri-Son ihrerseits geäussert habe, ebenfalls äussern können müssen, liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die Beschwerdeführerin hat anlässlich der Anhörung selber auf den Parallelvertrieb als Art der

Nichtdurchsetzung der Exklusivitätsklauseln hingewiesen. Wenn die Vorinstanz diese Angaben überprüft und sie bestätigt findet, bedarf es keiner weiteren Anhörung der Beschwerdeführerin.

#### 4.2.2 Änderung von Dispositiv Ziffer 3 und Ergänzungen in Randziffer 77 f. der Verfügung

Soweit die Vorinstanz jedoch Dispositiv Ziffer 3 und die materiellen Erwägungen ergänzte, hätte sie die Beschwerdeführerin zu diesen Punkten vor Erlass der Verfügung anhören müssen. Indem sie dies nicht getan hat, hat sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt.

Was die Vorinstanz dagegen vorbringt, ist unzutreffend. Dass die Angaben von FNAC und Fri-Son zur Ablösung der Exklusivitätsklauseln durch Preisdifferenzierungen keinen Bezug zu den Randziffern 77 f. der Verfügung hätten, ist unglaubwürdig, denn diese Ziffern beziehen sich auf die Zulässigkeit preislicher Differenzierungen. Sie sagen ausdrücklich, Mengenrabatte seien nur nach Massgabe von Skalenerträgen zulässig, und Rabatte, die darauf abstellten, dass ein Geschäftspartner seinen Bedarf beim Marktbeherrscher deckten, seien unzulässig. Diese neuen Erwägungen beziehen sich nicht auf die untersuchten Exklusivitätsklauseln. Das gibt die Vorinstanz implizit auch zu, wenn sie argumentiert, mit den Randziffern 77 f. habe man der Beschwerdeführerin die Grenzen einer *Alternativlösung* zu den Exklusivitätsklauseln aufzeigen wollen. Im Übrigen hätte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zum geänderten Dispositiv und der ergänzten Würdigung auch dann anhören müssen, wenn diese keinen Zusammenhang mit der Befragung beziehungsweise der Interventionen von FNAC beziehungsweise Fri-Son gehabt hätten.

Steht fest, dass sich die neuen Ziffern und das ergänzte Dispositiv auf die Veränderung des Verhaltens der Beschwerdeführerin beziehen, ergibt sich, dass die Anpassung des Dispositivs nicht - wie von der Vorinstanz behauptet - eine geringfügige sprachliche Modifizierung ist. Die diesbezüglichen Äusserungen überschreiten den bisherigen Untersuchungsgegenstand. Es geht nicht an, dass sich die Vorinstanz "en passant" quasi im selben "Aufwasch" zu einer neuen Verhaltensweise äussert. Wenn sie deren Zulässigkeit beurteilen will, hat sie ihre Untersuchung auf den neuen Sachverhalt auszudehnen, diesen zu untersuchen und zu würdigen, und zwar unter Wahrung der Verfahrensgarantien.

Erledigt man die neue Verhaltensweise (Preiserhöhung für Veranstalter, die keine Exklusivitätsklausel wünschen und ergo Preisdifferenzierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, allenfalls Erzwingung unangemessener Preise ge-

mäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) als "indirekte Auferlegung einer Exklusivitätsklausel" oder "anderweitige Durchsetzung der Exklusivitätsklauseln", trägt dies dem Gebot der Bestimmtheit der Verfügung nicht Rechnung: Weder wird klar, welches Verhalten unzulässig ist, noch was allenfalls als Zuwiderhandlung gegen die Verfügung gelten und damit sanktioniert werden könnte (Dispositiv Ziffer 5). Die Androhung von Sanktionen setzt eine ausreichend klare Umschreibung des unzulässigen Verhaltens voraus.

#### 4.2.3 Neue Dispositiv Ziffer 4

Was schliesslich die nachträglich in die Verfügung aufgenommene Ziffer 4 des Dispositivs betrifft, welche es der Beschwerdeführerin verbietet, sich auf die bereits in Kraft stehenden Exklusivitätsklauseln zu berufen, konnte sich die Beschwerdeführerin hierzu ebenfalls nicht vorgängig äussern. Um eine geringfügige sprachliche Modifikation handelt es sich nicht. Denn der Verfügungsantrag enthielt in Dispositiv Ziffer 3 nur das Verbot, "exklusive oder sinngemässe Exklusivvereinbarungen abzuschliessen".

Die Beschwerdeführerin hat den Anspruch, sich vorgängig zur Verfügung äussern zu können. Eine Verfügung muss begründet werden. Der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin wurde verletzt, weil sie sich zur neuen Dispositiv Ziffer 4 nicht äussern konnte. Diese Ziffer wird in der Verfügung zudem nicht begründet.

Was die Vorinstanz dagegen vorbringt, ist unbehelflich. Das Recht der Beschwerdeführerin auf vorgängige Stellungnahme bezieht sich nicht auf die Stellungnahmen anderer Verfahrensbeteiligter. Dass die Beschwerdeführerin diese Stellungnahmen vor der Anhörung erhalten hat, ist irrelevant, denn sie konnte nicht wissen, ob sich die diesbezüglichen Äusserungen der anderen Beteiligten in der Verfügung niederschlagen würden. Die Zustellung solcher Stellungnahmen ersetzt die Möglichkeit der Äusserung zum Verfügungsentwurf nicht.

#### 4.3 Zustellung eines vervollständigten Aktenverzeichnisses

Die Beschwerdeführerin sieht eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs darin, dass ihr die Vorinstanz betreffend die Akten, die nach der Anhörung eingeholt worden beziehungsweise eingegangen sind, kein vervollständigtes Aktenverzeichnis zugestellt hat.

Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat der Verfügungsadressat einen Anspruch darauf, dass ihm mit dem Verfügungsentswurf ein Aktenverzeichnis zugestellt wird (REKO/WEF [98/FB-001] E. 3.2.2, publiziert in: RPW 1998/4, S. 655 ff.). Ist der Beschwerdeführerin eine abgeänderte Verfügung erneut zur Stellungnahme zu unterbreiten, ergibt sich, dass die Vorinstanz ihr bei dieser Gelegenheit auch ein aktualisiertes Aktenverzeichnis auszuhändigen hat. Die Eingaben von FNAC und Fri-Son betreffen die Abänderung einer Verhaltensweise (Preisdifferenzierung) und damit eine wesentliche Frage, weshalb das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt wurde dadurch, dass sie nicht nur den abgeänderten Entscheid, sondern auch das aktualisierte Aktenverzeichnis nicht vorgängig erhalten hat.

#### 4.4 Behandlung wesentlicher Parteivorbringen

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe sich mit diversen Vorbringen nicht ernsthaft und sorgfältig auseinandergesetzt und ihren Entscheid in verschiedener Hinsicht nicht ausreichend begründet.

#### 4.4.1 Nichtdurchsetzung der Exklusivitätsklauseln

Die Vorinstanz habe sich nicht mit dem von ihr angeführten Rechtfertigungsgrund auseinandergesetzt, dass sich die Veranstalter nicht an die Exklusivitätsklauseln hielten.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist der Ansicht, dass der Gehörsanspruch insofern nicht verletzt wurde. Sie stimmt mit der Vorinstanz überein, dass sich die Entscheidbehörde nicht mit jedem denkbaren Argument auseinandersetzen muss. Dass die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Exklusivbindung durch die Veranstalter kein sachlicher Rechtfertigungsgrund sein kann, ist offensichtlich.

#### 4.4.2 Marktabgrenzung und Marktstellung

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe sich nicht mit ihrer Angabe auseinandergesetzt, dass sie stetig Veranstalter an die Konkurrenz verliere. Das betrifft die Frage der Marktbeherrschung und ist daher wesentlich. Die Vorinstanz hat sich mit der Abwanderung von Veranstaltern zur Konkurrenz zu Unrecht nicht auseinandergesetzt. Die Randziffern 42 f. der Verfügung gehen auf diese Frage entgegen der Angabe der Vorinstanz nicht ein. Die Verfügung beschäftigt sich auch sonst nirgends mit der Entwicklung von Gesamtmarkt und Marktanteilen, obwohl entsprechende Daten für die Zeit ab 1999 erhoben wurden, so dass möglicherweise Schlussfolgerungen dazu hätten gezogen werden können, ob der Markt wächst oder schrumpft, ob die Konkurrenten wachsen können und ob die Beschwerdeführerin Marktanteile verliert (zu Einzelheiten vgl. Ziffer 5.3.6).

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe den Eigenvertrieb in der Verfügung zwar schliesslich teilweise dem relevanten Markt zugeordnet, daraus aber keine Folgerungen bezüglich Marktabgrenzung und Marktbeherrschung gezogen. Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen genügt eine Verfügung, die ein Parteivorbringen widersprüchlich behandelt (vgl. Ziffer 5.2), den Anforderungen an die ernsthafte Behandlung dieser Vorbringen und an die Begründungspflicht nicht. Diese Anforderungen sind bezüglich der Bedeutung des Eigenvertriebs als Ausweichmöglichkeit für die Veranstalter und der Berücksichtigung konkreter Unternehmen unter dem Titel des potenziellen Wettbewerbs nicht erfüllt (zu Einzelheiten vgl. Ziffern 5.1.2, 5.2 sowie 5.3.7).

#### 4.5 Schlussfolgerungen

Die Vorinstanz hat den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin dadurch verletzt, dass sie ihr die Ziffern 3 und 4 des Dispositivs sowie die Randziffern 77 f. vor dem Erlass der Verfügung nicht erneut zur Stellungnahme unterbreitet und ihr daher auch kein vervollständigtes Aktenverzeichnis zugestellt hat.

Ferner hat sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin dadurch verletzt, dass sie Parteivorbringen nicht ernsthaft prüfte beziehungsweise ihrer Begründungspflicht nicht ausreichend nachkam. Das zeigt sich in der widersprüchlichen Behandlung des Eigenvertriebs bei der Abgrenzung des relevanten Marktes, der ungenügenden Berücksichtigung der Entwicklung der Marktdaten zum aktuellen Wettbewerb sowie der Hinweise zur potenziellen Konkurrenz.

Weil die Garantie des Gehörsanspruchs formeller Natur ist, zieht seine Verletzung prozessuale Wirkungen nach sich: Die angefochtene Verfügung wird grundsätzlich aufgehoben, selbst wenn kaum Aussicht darauf besteht, dass die Behörde unter Beachtung der Garantie zu einer anderen Entscheidung gelangt (Albertini, a.a.O., S. 449, mit Verweisen auf die Rechtsprechung).

Vorliegend muss nicht geklärt werden, ob die festgestellten Verletzungen des Gehörsanspruchs oberinstanzlich geheilt werden können, da die Verfügung nicht nur wegen formellen Mängeln, sondern auch aus materiellen Gründen aufzuheben ist.

## 5. Materielles

Der Verhaltenskontrolle gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes unterstehen nur marktbeherrschende Unternehmen. Eine marktbeherrschende Stellung nehmen Unternehmen ein, die sich auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (Art. 4 Abs. 2 KG).

Die Frage, ob die Beschwerdeführerin eine beherrschende Stellung hat, setzt die Definition des relevanten Marktes voraus (Ziffer 5.2). Anschliessend wird ihre Möglichkeit zu im Wesentlichen unabhängigem Verhalten geprüft (Ziffer 5.3). Gegebenenfalls ist die Zulässigkeit der untersuchten Verhaltensweise zu beurteilen (Ziffer 5.4).

Vorab äussert sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen jedoch zu den Rügen betreffend Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Ziffer 5.1).

### 5.1 Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes

Die Beschwerdeführerin rügt unter dem Titel des rechtlichen Gehörs diverse Verletzungen des Untersuchungsgrundsatzes.

Der Untersuchungsgrundsatz betrifft die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Er verlangt Amtsermittlung (vgl. Art. 12 VwVG). Die urteilende Instanz soll in eigener Verantwortung beweismässig die tatsächlichen Geschehnisse und Gegebenheiten ermitteln, aus denen sich die Rechtsfolgen ergeben (Gygi, a.a.O., S. 206). Die Behörde hat nach der materiellen Wahrheit zu forschen (Gygi, a.a.O., S. 207). Der Untersuchungsgrundsatz mildert die Behauptungs- und Beweisführungslast der Parteien. In einem Verfahren, das sie durch ihr Begehren einleiten, sind die Parteien verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 VwVG). Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen und Beteiligte an Zusammenschlüssen haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (Art. 40 KG).

Die Parteien sind in die Sachverhaltsermittlung einzubeziehen, weil sie den tatsächlichen Begebenheiten näher stehen (Gygi, a.a.O., S. 209; vgl. auch Albertini, a.a.O., S. 32). Aus den genannten Bestimmungen des Verwaltungsverfahrens- und des Kartellgesetzes ergibt sich, dass ein Unternehmen, dessen Verhalten in einem kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren untersucht wird, bei der Mitwirkungs- und Auskunftspflicht insofern eine passive Rolle spielen darf, als es in erster Linie Fragen der für die Sachverhaltsermittlung und Beweisführung verantwortlichen Behörde beantworten und nicht selber aktiv für die Sachverhaltsermittlung sorgen muss.

Die Behörde trägt also die Verantwortung dafür, dass der rechtserhebliche Sachverhalt richtig und vollständig abgeklärt wird. Sie darf sich nur auf Sachumstände stützen, von deren Vorhandensein sie sich selbst überzeugt hat. Sie darf auch Sachumstände heranziehen, die von keiner Partei erwähnt werden (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel / Frankfurt a. M. 1996, Rz. 905). Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung namentlich, wenn der Verfügung falsche, aktenwidrige Tatsachen zugrunde gelegt worden oder wenn Beweise falsch gewürdigt worden sind, unvollständig etwa, wenn nicht alle entscheiderelevanten Tatsachen erhoben oder nicht alle erhobenen Tatsachen einer Beweiswürdigung unterzogen worden sind (Zimmerli/Kälin/Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 85).

Im Gegensatz zum Anspruch auf rechtliches Gehör, dessen Verletzung eine formelle Frage ist, auch wenn der Anspruch wegen dem engen Zusammenhang mit dem Untersuchungsgrundsatz oft mit materiellen Komponenten verbunden ist, ist die Rüge betreffend die Sachverhaltsermittlung stets eine materielle Frage (vgl. Albertini, a.a.O., S. 261, S. 370 ff.). Soweit ein Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör besteht, sind entsprechende Folgerungen in

den Ziffern 4.4.2 und 4.5 bereits gezogen worden. Die Einzelheiten zur Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes werden im Folgenden vorab geprüft. Dies rechtfertigt sich, weil die entsprechenden Rügen die Art und Weise der Verfahrensführung und damit methodische Fragen betreffen, und weil dies eine transparente Behandlung der Vorbringen der Beschwerdeführerin erlaubt.

#### 5.1.1 Keine repräsentative Auswahl der Veranstalter?

Die Beschwerdeführerin rügt, die Auswahl der Veranstalter durch die Vorinstanz (alle Veranstalter im Kanton Waadt, ein Teil der Mitglieder des SMPA) sei nicht repräsentativ. Beide Erhebungen seien methodisch falsch und führten zu unzutreffenden Ergebnissen. Die SMPA-Mitglieder seien fast nur im Segment Pop/Rock/Festivals tätig. Wenn man zuverlässige Angaben über den Ticketvertrieb bei Grossanlässen erreichen wolle, müsse man auch solche in den Bereichen Sport, Theater, Kino, Messen, Zirkus und Ausstellungen ausserhalb des Kantons Waadt erfassen. Der Kanton Waadt sei für Grossanlässe nicht repräsentativ: Die hohe Billetsteuer (14 %) bewirke, dass weniger solche Anlässe durchgeführt würden. Es gebe keine grosse gedeckte Konzerthalle. Weil der Kanton keinen grossen Fussballclub mehr habe und die Infrastruktur mangelhaft sei, würden auch weniger nationale oder internationale Sportveranstaltungen durchgeführt. Die Praxis der Stadt Lausanne, für jeden Anlass eine einzige Billetsteuer-Abrechnung zu verlangen, bewirke, dass der Veranstalter für einen Anlass nicht mehrere Ticketingunternehmen beauftrage. Davon sei die Mehrheit der Veranstalter betroffen, da die meisten Anlässe in Lausanne durchgeführt würden.

Diese Rügen sind berechtigt:

Die Mitglieder der SMPA mögen für die Verhältnisse im Bereich Pop/Rock/Festivals repräsentativ sein, da sie gemeinsam 80 % der in diesem Bereich verkauften Tickets generieren, aber nicht für die anderen Segmente des Ticketvertriebs. Dieser auf einen Teil der Realität eingeschränkte Blickwinkel beeinflusst die Erkenntnisse zu den Ausweichmöglichkeiten der Veranstalter und zu Möglichkeit und Bedeutung des Eigenvertriebs bei Grossanlässen.

Dass im Kanton Waadt wegen der Billetsteuer weniger Grossanlässe stattfinden, lässt sich auf Grund der Akten nicht definitiv festhalten, erscheint jedoch nicht unplausibel. Das Fehlen einer gedeckten Konzerthalle spricht ebenfalls dafür, dass hier weniger Grossanlässe stattfinden. Verlangt die Stadt Lausanne eine einzige Abrechnung pro Anlass, muss die Billetsteuer vorgängig abgeliefert werden (bei Rückerstattung für nicht verkaufte Billets) und haften Veranstalter und Vertriebsdienstleister solidarisch, führt dies faktisch dazu,

dass die Veranstalter ein einziges Vertriebsunternehmen wählen, auch wenn keine entsprechende gesetzliche Vorschrift besteht. Schon aus diesen Gründen sind die Verhältnisse im Kanton Waadt kaum repräsentativ.

Gemäss Verfügung wählte die Vorinstanz diesen Kanton, weil die Befragung sämtlicher Veranstalter von Anlässen in der Schweiz kaum zu bewältigen gewesen wäre (mit ihren Worten: aus "Effizienzgründen"). Bei der zu untersuchenden Region wurde auf folgende Kriterien abgestellt: Durchführung aller Arten von Veranstaltungen, Existenz mindestens eines Konkurrenten der Beschwerdeführerin, Existenz einer Liste aller Veranstaltungen innerhalb eines bestimmten Zeitraums. Der Kanton Waadt verfügt - wohl im Zusammenhang mit der dort erhobenen Billetsteuer - über eine solche Liste. Letztlich dürfte dies das ausschlaggebende Kriterium für die Wahl des Kantons Waadt gewesen sein. Eine Untersuchung in einem Kanton kann für die Verhältnisse in der ganzen Schweiz jedoch kaum je repräsentativ sein, vor allem dann nicht, wenn man die Argumentation zu einem so grossen Teil auf Grossveranstaltungen von landesweiter Bedeutung stützt, wie die Vorinstanz dies getan hat.

Die Übungsanlage (Befragung aller Veranstalter in einem Kanton - Befragung der Mitglieder des SMPA als Beispiel für Grossveranstalter) erweist sich unter dem Strich als wenig reflektiert. Sie hat bei der Abgrenzung des relevanten Marktes zu erheblichen Widersprüchen und Unklarheiten geführt (vgl. Ziffer 5.2). Die Auffassung der Beschwerdeführerin, das gewählte Vorgehen sei methodisch mangelhaft und kaum zielführend gewesen, wird dadurch bestätigt.

Die Vorinstanz bezeichnet die Rüge der mangelhaften Repräsentativität der befragten Veranstalter als verspätet und rechtsmissbräuchlich. Die Beschwerdeführerin hätte sie bei der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf oder in der Anhörung vorbringen müssen. Das ist unzutreffend. Die Möglichkeit, sich im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu äussern, schränkt die Rüge der unzutreffenden Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts im Rechtsmittelverfahren in keiner Weise ein.

#### 5.1.2 Unzutreffende Würdigung der Untersuchungsergebnisse?

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Schlussfolgerung in der Verfügung, nach welcher die Veranstalter keine Alternative zu ihren Dienstleistungen hätten und daher zwingend auf sie angewiesen seien, lasse sich nicht auf die Ergebnisse der Untersuchung im Kanton Waadt stützen, der gemäss Angabe der Vorinstanz für die Verhältnisse in der Schweiz repräsentativ sei. Die Überprüfung der Akten zeige, dass nur 22 der 83 Veranstalter in diesem Kanton (27 %) einen Vertrag mit der Beschwerdeführerin hätten. 75 Veranstalter (ca. 90 %) vertrieben ihre Tickets ganz oder teilweise selber, und 22 würden auch mit anderen Ticketingunternehmen arbeiten.

Laut der Vernehmlassung der Vorinstanz hat die Befragung im Kanton Waadt ergeben, dass Veranstalter von Anlässen mit einem Publikum aus der ganzen Schweiz ihre Tickets über die Beschwerdeführerin vertreiben würden. Andere Veranstalter, die ihre Tickets nicht im Vorverkauf absetzten, sondern nur an der Abendkasse, und die daher keine Vertriebsdienstleistungen benötigten, seien nicht Marktgegenseite.

Die Vorinstanz stützt ihre Folgerungen einerseits nicht auf die Angabe aller Veranstalter im Kanton Waadt, andererseits nicht nur auf die Angaben dieser Veranstalter, sondern auch auf diejenigen der Mitglieder der SMPA. Aus dem Umstand, dass die Befragung sämtlicher Veranstalter im Kanton Waadt mit den Schlussfolgerungen der Vorinstanz nicht übereinstimmt, kann daher nicht geschlossen werden, die Untersuchungsergebnisse seien falsch und aktenwidrig.

Unbefriedigend ist allerdings, dass die Folgerungen, die die Vorinstanz aus der Befragung im Kanton Waadt für die Definition der Marktgegenseite und damit die Marktabgrenzung offenbar gezogen hat, in der Verfügung keinen Niederschlag finden beziehungsweise dort widersprüchlich dargestellt werden (vgl. Ziffer 5.2).

#### 5.1.3 Veraltete Datenbasis

Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz habe für die Bemessung des Marktvolumens und ihres Marktanteils auf veraltete Daten abgestellt. Dieselbe Rüge wurde im Zusammenhang mit dem aktuellen Wettbewerb geäussert. Daher verweist die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf Ziffer 5.3.4.

#### 5.1.4 Fehlende Ermittlung von Rechtfertigungsgründen

Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, dass sich die Vorinstanz nicht mit dem sie entlastenden Argument befasst habe, dass die Exklusivitätsklauseln von ihr nicht durchgesetzt würden und dass sowohl Konkurrenten wie Veranstalter dies bestätigt hätten. Wenn die Klauseln nicht umgesetzt würden, könne auch keine unzulässige Verhaltensweise vorliegen.

Diese Rüge ist unbegründet. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verweist diesbezüglich auf die Ziffern 4.4.1 und 5.4.1.

#### 5.1.5 Schlussfolgerung

Die von der Vorinstanz gewählte Methode der Sachverhaltsermittlung beschränkt die Problemanalyse auf einen Teil der Realität. Sie ist mangels Repräsentativität der befragten Veranstalter nicht geeignet, den Vertrieb von Tickets insbesondere bei Grossanlässen korrekt zu erfassen, und führt daher zu einer nicht nachvollziehbaren Marktabgrenzung. Die Tendenz der Wettbewerbsbehörden zu einer engen Marktabgrenzung, mit ihren Folgen für eine schnellstmögliche Annahme einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, S. 261 Rz. 537; kritisch dazu Schmidhauser, a.a.O., Art. 4 Rz. 57) wird dadurch übersteigert.

### 5.2 Relevanter Markt

#### 5.2.1 Grundsätzliches zum sachlichen Markt

Unternehmen, die Leistungen anbieten, zu denen sich die Endkunden mittels eines Tickets Zutritt verschaffen (im Folgenden "primäre Leistung" genannt), können diese Tickets grundsätzlich entweder selber verkaufen (direkter Kundenkontakt) oder diese Aufgabe Dritten übertragen (kein direkter Kundenkontakt). Im ersten Fall ist der Ticketvertrieb vertikal in das Unternehmen integriert, das die primäre Leistung erbringt. Im zweiten Fall wird ein Händler, Intermediär oder Vertriebsdienstleister zwischen dieses und die Endkunden geschaltet und so eine weitere Marktstufe geschaffen. Die die primäre Leistung anbietenden Unternehmen und die Intermediäre können somit auf dem Endkundenmarkt als Konkurrenten auftreten.

Für gewisse Anbieter primärer Leistungen wird nur der Eigenvertrieb in Frage kommen, für andere ausschliesslich oder doch im Wesentlichen der Ver-

trieb über Dritte, und für eine dritte Gruppe werden beide Varianten in Frage kommen. Unterschiede können sich weiter daraus ergeben, welche konkreten Kanäle (*call centers*, vernetzte oder nicht vernetzte Verkaufsstellen, Internet etc.) oder welchen Mix dieser Kanäle die Veranstalter für ihre Zwecke für austauschbar befinden. Grundsätzlich können sowohl der Eigen- wie der Fremdvertrieb im Vorverkauf, unmittelbar vor der Inanspruchnahme der primären Leistung ("Abendverkauf", Kasserverkauf) oder kombiniert stattfinden und kann sowohl der Eigen- wie der Fremdvertrieb mit traditionellen oder technisch höher entwickelten Mitteln organisiert werden.

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 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4; Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept). Entsprechend dieser Definition setzt dessen Abgrenzung die Klärung der Fragen voraus, wer Marktgegenseite ist und wie diese die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle beurteilt.

Die Beschwerdeführerin ist ein spezialisiertes Ticketvertriebsunternehmen (im Folgenden: TU) mit einer diverse Vertriebskanäle umfassenden Systemplattform (Verkaufsstellen [*points of sale*, im Folgenden: POS], *call center*, Internet, WAP). Sie offeriert den Anbietern primärer Leistungen Vertriebsdienstleistungen. Marktgegenseite sind Anbieter primärer Leistungen, die solche Vertriebsdienstleistungen nachfragen. Entsprechend steht vorliegend die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle für Tickets aus der Sicht der Anbieter primärer Leistungen im Zentrum.

Die Beschwerdeführerin bietet den Anbietern primärer Leistungen zudem die Möglichkeit des Eigenvertriebs über ihre Plattform. Als Marktgegenseite fallen daher grundsätzlich auch Anbieter primärer Leistungen in Betracht, welche Eigenvertriebslösungen nachfragen.

#### 5.2.2 Bedeutung von Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit sowie potenziellem Wettbewerb für die Marktabgrenzung

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe den relevanten Markt unzulänglich abgegrenzt, indem sie die Angebotssubstituierbarkeit gar nicht und den potenziellen Wettbewerb sowie die Nachfragesubstituierbarkeit ungenügend veranschlagt habe.

Bei der Nachfragesubstituierbarkeit geht es um die Frage, ob tatsächlich Alternativangebote existieren, auf welche die Marktgegenseite ausweichen kann. Diese bilden den sachlich relevanten Markt. Die Angebotssubstituier-

barkeit beziehungsweise Angebotsumstellungsflexibilität betrifft die Frage, ob andere Unternehmen ihr Angebot kurzfristig und ohne spürbare Zusatzkosten und Risiken erweitern könnten. Wettbewerbsdruck erwächst dem zu beurteilenden Unternehmen diesfalls zwar nicht aus aktuell bestehenden Alternativen, aber doch aus dem Umstand, dass es solcher Konkurrenz Rechnung tragen muss, will es seine Stellung nicht erschweren oder gefährden. Der sachlich relevante Markt schliesst unter Umständen auch solche Angebote ein, und zwar selbst dann, wenn sie aus der Sicht der Endkunden nicht austauschbar sind. Beim potenziellen Wettbewerb geht es um die Frage, ob andere Unternehmen in der Lage sind, in absehbarer Zeit und mit ausreichendem Gewicht auf den Markt zu treten, um die Stellung des zu beurteilenden Unternehmens angreifen zu können. Der Unterschied zwischen Angebotsumstellungsflexibilität und potenziellem Wettbewerb liegt in Fristigkeit, Kosten und Risiko von Angebotserweiterung beziehungsweise Marktzutritt (vgl. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [Hrsg.: von Büren/David], Band V/2: Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 161 ff.).

Ist der relevante Markt aus der Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen und bilden Anbieter primärer Leistungen, die Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU nachfragen, Marktgegenseite, ist gemäss VKU sicher die Nachfragesubstituierbarkeit für die Marktabgrenzung massgeblich (Frage: welche Vertriebskanäle sind aus ihrer Sicht austauschbar?). Die Angebotssubstituierbarkeit beziehungsweise die Frage, ob andere Unternehmen ihrerseits kurzfristig Vertriebskanäle zur Verfügung stellen könnten, ist in erster Linie bei der Strukturkontrolle (Unternehmenszusammenschlüsse) von Bedeutung, bei der es um eine abstrakte Prognose künftiger Marktverhältnisse geht (Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 164; vgl. auch Clerc, in: Droit de la concurrence, Commentaire Romand [Hrsg.: Tercier/Bovet], Genf/Basel/München 2002, Rz. 6, 55 f. und 58 zu Art. 4 KG). Entsprechend hat die Vorinstanz die Angebotssubstituierbarkeit im *Ticketing*-Bereich im Zusammenhang mit einem Unternehmenszusammenschluss seinerzeit veranschlagt und bereits 1997 festgestellt, etwa Swisscom und die SBB könnten ihre Aktivitäten im Ticketvertrieb ohne weiteres ausbauen, da sie bereits über geeignete Verkaufsstellen verfügten (RPW 1997/4, S. 575). Dass die Angebotssubstituierbarkeit bei Fällen gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes weniger zentral ist, erscheint im Licht der zitierten Bestimmung der VKU auch deshalb richtig, weil eine theoretische, auch kurzfristig mögliche Alternative für die Marktgegenseite nicht ohne weiteres eine effektive aktuelle Ausweichmöglichkeit darstellt.

Zwar kann die Angebotsumstellungsflexibilität bei der Marktabgrenzung ein sinnvolles Kriterium sein, wenn es um Wettbewerbsbeschränkungen geht, von denen nicht nur ein bestimmtes, sondern alle Unternehmen der Marktgegenseite betroffen sind (Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender

Unternehmen, a.a.O., S. 165 [eine Begründung für diese Unterscheidung nennt der Autor nicht]). Sie wird auch als zusätzliches Kriterium der Markt-  
abgrenzung bezeichnet, wenn sie dieselbe disziplinierende Wirkung hat wie  
die Nachfragesubstitution (Clerc, a.a.O., Art. 4, Rz. 64). Doch argumentiert  
die Lehre hier eher mit der Beschränkung der Möglichkeit zu unabhängigem  
Verhalten. Diese wird bei der beherrschenden Stellung im Anschluss an die  
Marktabgrenzung geprüft.

Was schliesslich den potenziellen Wettbewerb angeht, ist dieser nicht bei  
der Bestimmung des relevanten Marktes, sondern bei der Prüfung einer be-  
herrschenden Stellung zu berücksichtigen. Das ergibt sich aus der oben an-  
geführten Umschreibung des potenziellen Wettbewerbs umso mehr als bei  
der Angebotssubstituierbarkeit und entspricht im Übrigen auch der Praxis  
der EG-Kommission (Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unter-  
nehmen, a.a.O., S. 163; Clerc, a.a.O., Art. 4, Rz. 59).

Daraus ergibt sich, dass der sachlich relevante Markt in Fällen gemäss Arti-  
kel 7 des Kartellgesetzes primär gestützt auf die Nachfragesubstituierbarkeit  
abzugrenzen ist. Angebotsumstellungsflexibilität und potenzieller Wettbe-  
werb brauchen hier nicht veranschlagt zu werden. Etwas anderes ergibt sich  
weder aus der für die Schweiz massgeblichen VKU noch aus der schweize-  
rischen Lehre, die die Nachfragesubstituierbarkeit als das zentrale Kriterium  
der Marktabgrenzung auffasst (Clerc, a.a.O., Art. 4, Rz. 60; Zäch, Verhal-  
tensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 149 ff., S. 161, S.  
164 f.). Wenn allerdings ausreichender potenzieller Wettbewerb genügt, um  
im Wesentlichen unabhängiges Verhalten eines marktbeherrschenden Un-  
ternehmens auszuschliessen, muss dies für die (aktuellere, kaum kosten-  
und risikobehaftete) Angebotsumstellungsflexibilität grundsätzlich umso  
mehr gelten. Inwiefern die Vorinstanz diese Aspekte korrekt gewürdigt hat,  
ist daher bei der Beurteilung der Marktbeherrschung zu prüfen.

Was nun die Nachfragesubstituierbarkeit angeht, bilden Angebote von Un-  
ternehmen eine Ausweichmöglichkeit, die hinsichtlich der Eigenschaften, des  
Verwendungszwecks und der Preise als gleichartig oder austauschbar an-  
gesehen werden. Dabei ist die Sicht tatsächlicher und möglicher Geschäfts-  
partner einzubeziehen (Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Un-  
ternehmen, a.a.O., S. 147). Zur Klärung der Frage, ob tatsächlich Alternativ-  
angebote bestehen, wird in methodischer Hinsicht etwa abzuschätzen ver-  
sucht, ob und in welchem Mass die Marktgegenseite bei einer geringfügigen,  
aber dauernden Preiserhöhung von 5 - 10 % auf andere Angebote auswei-  
chen kann (*small but significant non transitory increase in price* Test oder  
SSNIP-Test; vgl. Clerc, a.a.O., Art. 4, Rz. 63). Ist ein solches Ausweichen  
möglich oder anzunehmen, was sich durch Befragung der Nachfrager klären  
lässt, bestehen tatsächlich Substitutionsgüter, die als Alternativangebote  
zum relevanten Markt gehören (Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschenden-

der Unternehmen, a.a.O., S. 162). Den Ausführungen von Zäch lässt sich nicht entnehmen, dass der SSNIP-Test zwingend anzuwenden wäre. Derselbe Schluss ergibt sich aus dem *Commentaire Romand*, gemäss dem die Nachfragesubstituierbarkeit geklärt werden kann mittels Befragung der Marktteilnehmer, Prüfung der Kreuzpreiselastizität oder - entsprechend dem amerikanischen *antitrust*-Recht - mit dem SSNIP-Test, welcher auch in der Praxis der EG-Kommission Anwendung findet (Clerc, a. a. O., Art. 4, Rz. 30 und 60 ff.).

Die Vorinstanz selber hat den SSNIP-Test mindestens in einem Fall angewendet, in welchem ihre Marktabgrenzung - wie im vorliegenden Untersuchungsverfahren - von den Parteien als zu eng kritisiert worden war (vgl. RPW 2001/2, S. 243 ff., mit weiteren Verweisen). Daraus lässt sich noch nicht folgern, im Interesse der Gleichbehandlung und einer kohärenten Praxis wäre dasselbe auch in allen übrigen Fällen zu tun, in denen die Marktabgrenzung umstritten ist. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bezweifelt, dass der SSNIP-Test in einem dynamischen Umfeld wie dem *Ticketing* aussagekräftige Ergebnisse zu liefern vermöchte und ob er Erkenntnisse bringen könnte, die sich nicht auch mittels korrekter Befragung der Marktgegenseite und einer zutreffenden Beurteilung ihrer Ausweichmöglichkeiten gewinnen lassen.

Wie die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bereits verschiedentlich festgehalten hat, ist die Marktabgrenzung eine methodisch und verfahrensrechtlich anspruchsvolle Aufgabe, an welche hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. RPW 1998/4, S. 674; vgl. auch den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 30. Juni 2005 i. S. X. AG und Y. AG [FB/2004-2] E. 5.1.3). Das gilt nicht zuletzt mit Blick auf die Vermeidung unnötiger Beschwerdeverfahren. Vorliegend sind diese Anforderungen nicht erfüllt, auch wenn man von der Durchführung des SSNIP-Tests absehen konnte. Das ergibt sich erstens daraus, dass die Verfügung nicht klar macht, welche Anbieter primärer Leistungen als Marktgegenseite aufgefasst werden, aus deren Sicht der Markt abzugrenzen wäre: Einerseits nennt sie - ohne Differenzierung - die Veranstalter von Anlässen (Rz. 28), andererseits beschränkt sie die Marktgegenseite implizit auf Veranstalter, welche TU-Vertriebsdienstleistungen nachfragen (Rz. 26 und 27), und möglicherweise gar auf Veranstalter von Grossanlässen mit schweizweiter Bedeutung (Rz. 29, 30). Zweitens ergibt sich die ungenügende Marktabgrenzung daraus, dass nicht erläutert wird, wie die Marktgegenseite die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle beurteilt: Die Verfügung erläutert weder, welchen Gruppen von Veranstaltern mit welchen Tätigkeitsfeldern (z. B. nur Veranstaltungen von gesamtschweizerischer Bedeutung, nur lokal oder regional bedeutsame Veranstaltungen, Mix beider Arten) welche Vertriebskanäle, -dienstleistungen und -produkte mit welchen Preisen offen stehen beziehungsweise welche Vertriebsmöglichkeiten aus ihrer Sicht für austauschbar aufgefasst wer-

den, noch erfährt man, ob es Veranstalter gleichartiger Anlässe gibt, die diese Frage unterschiedlich beurteilen, und was für die Marktabgrenzung daraus zu folgern wäre. Drittens ergibt sich die ungenügende Marktabgrenzung daraus, dass die Fragebogen bezüglich der Nachfragesubstituierbarkeit nicht zweckdienlich formuliert sind ("Haben Sie bereits mit anderen Vertriebsunternehmen zusammengearbeitet oder dies erwogen?"). Entsprechend erlauben die Antworten der Veranstalter keine Schlüsse für die Bestimmung der Ausweichmöglichkeiten.

Tatsächlich stützt die Vorinstanz ihre Marktabgrenzung auf die Kriterien der Wahl eines spezialisierten TU:

- Rz. 26: die Art des Anlasses ist kein Kriterium für die Wahl eines TU.
- Rz. 27: Bedeutung und Grösse eines Anlasses können bei der Wahl eines TU eine Rolle spielen, eine Marktabgrenzung nach Grösse und Bedeutung erübrigt sich jedoch (die Feststellung in dieser Ziffer, nur landesweit tätige TU bildeten immer ein Substitut für regional tätige TU, spricht jedoch für die gegenteilige Schlussfolgerung: Wenn regional tätige TU keine Ausweichmöglichkeit sind für landesweit bedeutsame Anlässe, ist der Markt zu unterteilen und sind regional tätige TU keine aktuellen Konkurrenten der Beschwerdeführerin).
- Rz. 29: Vertriebsdienstleistungen der TU haben bei Grossveranstaltungen bestimmte Vorteile (Erfolg oder Misserfolg abschätzen, Beantwortung der Frage, ob noch Werbung nötig ist, Bezifferung des Personalaufwandes, Schlechtwetterversicherung bei *open air* Veranstaltungen, Verhinderung von Wartezeiten als kundenfreundliche Dienstleistung, Ticket- und Sitzplatzgarantie für Weithergereiste).
- Rz. 30: Existenz einer alle Vertriebskanäle integrierenden Systemplattform ist ein Kriterium der Wahl eines TU.

Aus dem Kriterium für die Wahl eines TU lässt sich hinsichtlich der für die Marktabgrenzung massgeblichen Frage ("wie beurteilt die Marktgegenseite die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle") jedoch nichts ableiten. Wählt ein Veranstalter ein spezialisiertes TU, bedeutet das zunächst vor allem, dass dieses eine gute Dienstleistung anbietet. Schliesst man aus diesem Kriterium direkt auf einen Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU, läuft dies darauf hinaus, den relevanten Markt abzugrenzen, bevor geklärt ist, ob Ausweichmöglichkeiten bestehen, die zu diesem Markt zu zählen sind.

Hätte die Vorinstanz die Ergebnisse der Befragung im Kanton Waadt, die wohl als eine Art Pilotstudie zu betrachten ist, und ihre Bedeutung für die Marktabgrenzung transparent gemacht, und hätte sie zu den Anlässen von

landesweiter Bedeutung nicht nur SMPA-Mitglieder, sondern auch Veranstalter anderer Grossanlässe befragt, hätten sich für die Austauschbarkeit der Vertriebswege echte Erkenntnisse ergeben.

Unter dem Strich ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung keine nachvollziehbare Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes aus der Sicht der Marktgegenseite enthält. Das zieht in den weiteren Überlegungen der Vorinstanz Widersprüche nach sich und erweckt den Eindruck, die Vorinstanz habe den Markt weniger aus der Sicht der Marktgegenseite als direkt aus der Tätigkeit der Ticketingunternehmen (bzw. aus einem Teil dieser Tätigkeit) abgegrenzt.

Ob die Vorinstanz - wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - auch gewisse "Schockereignisse" wie den Marktaustritt eines TU und seine Folgen oder eine Preiserhöhung der Beschwerdeführerin hätte veranschlagen müssen, mag angesichts der im Verhältnis zum Gesagten untergeordneten Bedeutung dieser Elemente hier offen bleiben. Dass sich daraus für Markt-abgrenzung und Marktstellung wesentliche Schlüsse ergeben können, liegt jedoch auf der Hand.

### 5.2.3 Vertriebsdienstleistungen oder Vertriebssysteme?

Die Beschwerdeführerin macht geltend, in der Verfügung werde verschiedentlich zu Unrecht der Markt für Ticketingvertriebssysteme als sachlich relevanter Markt bezeichnet. Ticketingvertriebssysteme dienen der elektronischen Verwaltung von Zutrittsberechtigungen für Veranstaltungen und seien nur Mittel zum Zweck des Vertriebs von Eintrittskarten. Vorliegend gehe es um den Vertrieb von Eintrittskarten. Da die Vorinstanz immer wieder andere Umschreibungen verwende (Markt für den Vertrieb von Tickets, Ticketvertriebssystem, Vertriebssystem, Markt für Ticketvertriebssysteme, Markt für den Vertrieb von Tickets, Vertrieb von Ticketingvertriebssystemen, Vertrieb von Eintrittskarten mittels Ticketingvertriebssystemen, Ticketingvertriebssysteme, Vertrieb von Eintrittskarten), sei fraglich, ob sie sich im Klaren darüber sei, um welchen relevanten Markt es gehe.

Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass ihre zusammenfassende Formulierung der Marktabgrenzung in Dispositiv Ziffer 1 und Randziffer 33 der Verfügung am Kern der Sache vorbeigeht. Es gehe um den Markt für den Vertrieb von Eintrittskarten mittels Ticketingvertriebssystemen (zur Unklarheit dieser Marktabgrenzung vgl. Ziffern 5.1.1 und 5.1.2). Dies ergebe sich trotz der beanstandeten Formulierung aus den Erwägungen.

Die Verfügung umschreibt in Randziffer 31, was die Vorinstanz unter dem Begriff "Vertriebssystem" versteht, nämlich ein Bündel von verschiedenen Vertriebskanälen, bestehend aus Vorverkaufsstellen, *call centers*, Internet und WAP, die über eine gemeinsame Plattform vernetzt sind, so dass unabhängig vom Absatzkanal, den die Endkunden benützen, jederzeit klar ist, wie viele Tickets oder welche Plätze verkauft sind. Der Begriff "Vertriebssystem" mag unglücklich gewählt sein, weil er auch für die beim Ticketvertrieb verwendete Technologie (Hard- und Softwarelösung) stehen kann. Inhaltlich bestehen diesbezüglich jedoch keine Differenzen zwischen Beschwerdeführerin und Vorinstanz, auch wenn letztere terminologisch nicht ausreichend differenziert.

#### 5.2.4 Eigenvertrieb als Vertriebsalternative?

Die Beschwerdeführerin argumentiert, der Eigenvertrieb mittels geeigneter Mittel stelle für die Veranstalter eine Ausweichmöglichkeit dar, weshalb er zum relevanten Markt zu zählen sei.

Die Verfügung führt zu dieser Frage einerseits aus, der Eigenvertrieb sei nur komplementär zum Vertrieb durch spezialisierte Dritte. Denn die Veranstalter verfügten nicht über Infrastruktur (Vertriebsnetz, Personal) und *know-how* zum ausschliesslichen Absatz der Tickets mittels Eigenvertrieb. Die Zusammenarbeit mit TU sei effizienter, kostengünstiger und weniger zeitaufwändig als der Aufbau eines eigenen Verkaufstellennetzes. Andererseits hält sie fest, der Eigenvertrieb könne nicht ganz aus dem relevanten Markt ausgeschlossen werden. Soweit er im Vorverkauf und über eine Systemplattform erfolge, gehöre er zum relevanten Markt.

Die Vorinstanz beurteilt die Substituierbarkeit somit bereits in der Verfügung widersprüchlich. In ihren Schriftsätzen finden sich weitere sich widersprechende Ausführungen ("Eigenvertrieb gehört klar nicht zum relevanten Markt" und "für Veranstalter, die nicht auf spezialisierte TU angewiesen sind, ist der Eigenvertrieb eine Alternative"). Diese Widersprüche lassen darauf schliessen, dass die Frage, ob der Eigenvertrieb für die Marktgegenseite eine Ausweichmöglichkeit darstellt, nicht zu Ende gedacht worden ist. Das wiederum ist darauf zurückzuführen, dass die Verfügung nicht definiert, wer Marktgegenseite ist, nicht konkretisiert, wie diese die Ausweichmöglichkeiten beurteilt, die Sicht von (Gross-)Veranstaltern, die ihre Tickets im Eigenvertrieb absetzen, nicht einbezieht und keine klaren Schlüsse zieht, wie der relevante Markt abzugrenzen ist.

Bei der Prüfung, ob der Eigenvertrieb zum sachlich relevanten Markt gehört, kann man folgenden Argumentationslinien folgen:

- Entweder fasst man entsprechende Veranstalter nicht als Marktgegenseite auf, weil sie keine Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU nachfragen (vgl. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 148, nach welchem sich die Marktabgrenzung in der Regel auf eine Marktstufe der Wertschöpfungskette konzentriert). Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, dass sich der Vertriebsdienstleister vom Veranstalter im Wesentlichen unabhängig verhalten kann. Die Möglichkeit des Eigenvertriebs muss in dieser Argumentationslinie mindestens bei der Prüfung der beherrschenden Stellung veranschlagt werden. Das hat die Vorinstanz nicht getan.
- Oder man zählt Veranstalter, die ihre Tickets im Eigenvertrieb verkaufen und die Anlässe organisieren, welche nach Art, Grösse und Bedeutung vergleichbar sind mit denjenigen von Veranstaltern, die Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU nachfragen, als mögliche Geschäftspartner zur Marktgegenseite (vgl. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 147, nach dem die für die Beurteilung der Ausweichmöglichkeiten die Sicht tatsächlicher und möglicher Geschäftspartner massgeblich ist). Diesfalls ist bei der Marktabgrenzung zu prüfen, ob der Eigenvertrieb mit Blick auf Verwendungszweck, Eigenschaften und Kosten dieser Lösung mit der Vertriebsdienstleistung austauschbar ist. Das hat die Vorinstanz ebenfalls nicht getan.

Die Frage der Austauschbarkeit von Eigen- und Fremdvertrieb muss somit in beiden Argumentationslinien geprüft werden. Blosser Behauptungen, der Eigenvertrieb gehöre nicht zum relevanten Markt oder er verursache Zusatzkosten, sind nicht ausreichend. Wird die Austauschbarkeit von Veranstaltern gleichartiger Anlässe unterschiedlich beurteilt, ist die Sicht derjenigen, die es enger sehen, wohl entsprechend zu relativieren. Solange die Vorinstanz auf eine Marktabgrenzung nach Grösse und Bedeutung des Anlasses verzichtet (Rz. 27 der Verfügung), kann sie für die Frage der Austauschbarkeit von Eigen- und Fremdvertrieb mit höher entwickelten technischen Mitteln jedenfalls nicht auf einen Teil der Veranstalter mit möglicherweise gesteigerten Bedürfnissen (Veranstalter von Grossanlässen) abstellen, z. B. mit dem Argument, nur der Fremdvertrieb durch spezialisierte TU garantiere ein flächendeckendes Verkaufstellennetz. Gibt es im übrigen (Gross-)Veranstalter, die ihre Tickets im Eigenvertrieb absetzen, zeigt dies, dass Eigenvertrieb und Vertriebsdienstleistung der TU weitgehend austauschbar sind beziehungsweise dass der Eigenvertrieb unabhängiges Verhalten des TU stark einschränkt.

Die Beschwerdeführerin liefert zahlreiche Beispiele dafür, dass selbst Veranstalter von Grossanlässen aus dem Bereich der Marktsegmente *Sport/events* und "andere" auf ihre Dienste verzichten können und dies auch

tun. Das gilt bereits für die Zeit vor Erlass der Verfügung und dürfte sich seither wesentlich akzentuiert haben, wie die aktuelle Werbung für Grossveranstaltungen verschiedener Art zeigt. Das spricht auch bei einer engeren Abgrenzung des Marktes (Ticketvertrieb bei Grossveranstaltungen) für den Eigenvertrieb als Vertriebsalternative beziehungsweise als Element, das unabhängiges Verhalten nicht gestattet.

Was die Vorinstanz gegen den Einbezug des Eigenvertriebs in den relevanten Markt vorbringt, überzeugt nicht:

Ihres Erachtens scheidet ein Veranstalter, der sich für den Eigenvertrieb entscheidet, aus dem Markt aus, wie auch ein Konsument aus dem Markt scheidet, der seine Mahlzeiten selber kocht, wenn das Restaurant zu teuer sei. Die Eigenproduktion von Mahlzeiten zu Hause ist jedoch im Gegensatz zum Eigenvertrieb von Tickets eine Form der Subsistenzwirtschaft. Der Eigenvertrieb mittels geeigneter Instrumente bleibt eine marktbezogene Tätigkeit. Der Veranstalter benötigt die Tickets nicht für seinen eigenen Bedarf, wie die Beschwerdeführerin zu Recht argumentiert. Treffender wäre z. B. ein Vergleich mit einem Landwirt, der seine Produkte direkt vermarktet und so auf einen anderen, für ihn einträglicheren Absatzkanal ausweicht.

Sodann will die Vorinstanz den Eigenvertrieb ausschliessen, weil der Veranstalter bei den diversen Formen des Eigenvertriebs auf Infrastruktur und *know-how* Dritter angewiesen sei. Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen spricht dies nicht gegen die Substituierbarkeit von Fremd- und Eigenvertrieb, sondern bestätigt allenfalls, dass der Eigenvertrieb eine marktbezogene Tätigkeit bleibt: Der Veranstalter kauft, anstatt den Ticketvertrieb einem TU zu übertragen, von einem der vielen Anbieter von Ticketvertriebssystemen *software* zum Eigenvertrieb ein (bzw. deren Benutzung in Zusammenarbeit mit einem solchen Anbieter). Ein Produkt ersetzt eine Dienstleistung. Der Eigenvertrieb mittels geeigneter Instrumente kann daher eine Vertriebsalternative darstellen, die auf derselben Marktstufe anzusiedeln ist. Zum relevanten Markt würden Ticketvertriebsdienstleistungen und Ticketvertriebssysteme gehören, letztere mit entsprechendem Support. Die Beschwerdeführerin bietet im Übrigen beides an, was zeigt, dass für sie auch Veranstalter Marktgegenseite sind, die ihre Tickets im Eigenvertrieb absetzen wollen.

Betreffend Effizienz, Kosten- und Zeitaufwand des Eigenvertriebs ist festzuhalten, dass die Verfügung weder die Preise der Vertriebsdienstleistungen von TU noch die Kosten des Eigenvertriebs beziffert. Die Aussage, der Eigenvertrieb sei zeit- und kostenaufwändiger, ist somit nicht belegt und von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht überprüfbar.

Was schliesslich die nach der Auffassung der Vorinstanz marginale Bedeutung des Eigenvertriebs angeht, ist vorzuschicken, dass dessen Ausmass nicht untersucht wurde. Wenn der Eigenvertrieb der Veranstalter über die Plattform der Beschwerdeführerin nahezu die Hälfte der Ticketzahl erreicht, welche die Beschwerdeführerin im Drittvertrieb absetzt, erscheint der Eigenvertrieb jedenfalls nicht als marginal.

Die unklare Marktabgrenzung und die Aktenlage erlauben keine abschliessende Beurteilung der Frage, ob der Eigenvertrieb mittels geeigneten Mitteln zum relevanten Markt gehört oder mindestens bei der Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten zu berücksichtigen ist. Die Vorinstanz wird diese Frage im Sinne der Erwägungen neu prüfen, dies jedenfalls dann, wenn sie eine beherrschende Stellung nicht bereits auf Grund des veränderten aktuellen Wettbewerbs im engstmöglichen Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU bei Grossanlässen von schweizweiter Bedeutung ausschliesst (vgl. Ziffer 5.3.2 ff.).

#### 5.2.5 Nur Vorverkauf über eine Systemplattform?

Nach Auffassung der Vorinstanz gehört nur der Vorverkauf in den sachlichen Markt, und dies nur soweit, als er über eine Systemplattform erfolge.

Die Beschwerdeführerin bemängelt, die Vorinstanz definiere den Begriff des Vorverkaufs nicht, und die zeitliche Abgrenzung sei unhaltbar und künstlich. Gerade bei grösseren Veranstaltungen werde sowohl der Vorverkauf wie der "Nicht-Vorverkauf" über eine Systemplattform abgewickelt. Es bleibe unklar, ob der Ticketkauf wenige Stunden vor der Veranstaltung noch unter den Vorverkauf falle oder dem Abendverkauf zuzuordnen sei, und wie es sich bei telefonischen Reservationen und beim Ticketvertrieb über das Internet mit Ausdruck des Tickets auf dem eigenen Drucker verhalte, bei welchem Verfahren der Ticketverkauf bis unmittelbar vor Beginn der Veranstaltung möglich sei. Wenn sowohl der Vor- wie der Abendverkauf über POS laufe, liessen sich diese Vertriebsarten auch mittels des gewählten Vertriebsweges nicht unterscheiden.

Diese Differenz erscheint der Rekurskommission von untergeordneter Bedeutung. Wenn die Vorinstanz den Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU untersucht (zu den Unklarheiten der Marktabgrenzung vgl. Ziffern 5.1.1 - 5.1.3), unterscheidet sie wohl selber nicht nach dem Zeitpunkt des Verkaufs eines Tickets.

Es trifft zu, dass die Terminologie der Vorinstanz auch in dieser Frage undifferenziert ist. Vorverkauf ist nicht nur im Fremd-, sondern auch im Eigenver-

trieb möglich, und er kann nicht nur mittels vernetzenden Systemplattformen, sondern auch auf traditionelle Weise oder mittels einzelner Verkaufskanäle erfolgen. Die Vorinstanz verwendet den Begriff "Vorverkauf" jedoch quasi als Synonym für "Vertriebsdienstleistung mittels Systemplattform" und beschreibt damit die Tätigkeit der spezialisierten TU.

Dass die Beschwerdeführerin den Begriff "Vorverkauf" in der ersten Stellungnahme selber eingeführt und als Verkauf bis wenige Tage vor Durchführung eines Anlasses definiert habe, heisst nicht, dass die für die Beurteilung der Marktstellung zuständige Vorinstanz nicht gehalten wäre, selber für eine nachvollziehbare Marktabgrenzung besorgt zu sein. Dazu gehört nicht zuletzt die Klärung der Begrifflichkeit. Dabei wird die Vorinstanz auch präzisieren, wie der Umstand einzuordnen ist, dass Systemplattformen nicht nur die Vorverkaufsstellen der Beschwerdeführerin vernetzen, sondern auch diese mit den Abendkassen der Veranstalter.

#### 5.2.6 Ausschluss von Kino- und Messtickets?

Die Verfügung schliesst den Vertrieb von Kino- und Messe-, evtl. Ausstellungstickets vom relevanten Markt aus (Rz. 39 Fn. 2 der Verfügung). Dies steht im Widerspruch zur Aussage, nach welcher in den Marktsegmenten "Events/Sport" und "andere" (Kino, Theater, Entertainment etc.) keine Unterteilung des Marktes vorzunehmen sei (Rz. 26 f. der Verfügung). Bezüglich des Ausschlusses von Kino- und Messtickets enthält die Verfügung keine Begründung, es sei denn, die Vorinstanz verweise auf ihre Begründung des Ausschlusses von Transporttickets (vgl. Ziffer 5.2.7).

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin gehören auch Kino- und Messtickets sowie die Tickets für die Expo 02 zum relevanten Markt. Diese Tickets würden gleich vertrieben wie die Tickets von Sportveranstaltungen oder Konzerten, nämlich im Vorverkauf und über diverse Vertriebskanäle (Internet, *call centers*, POS), was laut der Verfügung das entscheidende Kriterium der Marktabgrenzung sei. Die spezialisierten TU vertrieben auch Tickets für Messen, bedeutende Ausstellungen, *open air* Kinos und Kinofestivals, wofür die Beschwerdeführerin etliche Beispiele nennt.

Die Vorinstanz entgegnet in ihrer Vernehmlassung, Kino- und Messtickets würden weder im Vorverkauf noch über eine Systemplattform verkauft; entsprechende Umsätze seien daher nicht erfasst worden. Ihr Ausschluss sei kein Versehen, sondern eine Folge der Marktdefinition. Die Expo 02, deren Tickets durch das Verkaufstellennetz der SBB verkauft worden seien, sei im Übrigen keine Messe.

Diese Auseinandersetzung bringt weitere Konsequenzen der unklaren Marktabgrenzung und Terminologie zu Tage:

Zu den Kinotickets ist vorab zu sagen, dass sie zwar vielfach im Vorverkauf und über eine Systemplattform abgesetzt werden. Praktisch bei jedem Kino können Tickets für bestimmte Plätze im Vorverkauf (über Internet, telefonisch, Vorverkauf an der Kasse) erworben oder reserviert werden und werden Systemplattformen verwendet, um Doppelbelegungen zu vermeiden. Geht man von einem Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU aus (was von der Vorinstanz noch zu überprüfen sein wird), werden solche Dienstleistungen im "Kinonormalbetrieb" nicht erbracht. Daher kann man argumentieren, dass die Kinos wenigstens zur Zeit nicht Marktgegenseite der spezialisierten TU sind (vgl. Ziffer 5.2.4), auch wenn die Beschwerdeführerin sie als Teil der Marktgegenseite auffasst, weil sie diversen Kinoketten Angebote für den Ticketvertrieb unterbreitet hat.

Hinsichtlich "spezieller" Kinoveranstaltungen wie Festivals, *open air* Kinos etc. präsentiert sich die Lage insofern anders, als spezialisierte TU hier bereits im Ticketvertrieb engagiert sind, und als die von der Vorinstanz aufgezählten Vorteile des Vorverkaufs hier in gleicher Weise zutreffen wie bei anderen Anlässen. Daher ist nicht ersichtlich, wieso der diesbezügliche Ticketvertrieb nicht zum relevanten Markt gehören sollte, umso weniger, als die Vorinstanz eine Unterteilung des relevanten Marktes nach Art, Grösse und Bedeutung eines Anlasses ausdrücklich für nicht erforderlich bezeichnet hat. Selbst wenn man einen Markt für Vertriebsdienstleistungen bei Grossveranstaltungen abgrenzen wollte (was noch zu überprüfen sein wird und was die Vorinstanz nicht ausdrücklich, implizit aber mindestens teilweise dennoch tut), wären Anliegen wie besseres Management, gezielte Werbung, Abschätzen des Erfolgs, kundenfreundliche Dienstleistung, Vermeidung von Wartezeiten beim Absatz einer grossen Zahl von Tickets, Sitzplatzgarantie für zugereiste Gäste und eventuell Schlechtwetterversicherung gerade bei solchen Anlässen ebenso berechtigt und zentral wie bei grossen Konzertveranstaltungen.

Dasselbe gilt für Messen und grosse Ausstellungen, für die die Beschwerdeführerin und andere TU wie RailAway ebenfalls Tickets verkaufen. Ob die Expo 02 im Übrigen eine Messe ist oder eine Landesausstellung, tut dabei nichts zur Sache. Sie war auf jeden Fall ein Grossanlass von schweizweiter Bedeutung.

Entsprechend ist mindestens der Ticketvertrieb für spezielle Kinoveranstaltungen, Messen, grosse Ausstellungen, die Landesausstellung etc. zum sachlich relevanten Markt zu rechnen, jedenfalls solange die Vorinstanz gestützt auf eine klare Marktabgrenzung und transparente Beurteilung der Austauschbarkeit der Vertriebskanäle aus Sicht der zu definierenden Marktge-

genseite nicht überzeugende Argumente für einen gegenteiligen Schluss vorbringt.

## 5.2.7 Ausschluss von Transport- und Kombitickets?

### a) Transporttickets

Die angefochtene Verfügung schliesst das Segment "Transporte" vom relevanten Markt aus. Als Grund wird angegeben, der Ticketvertrieb unterscheide sich von demjenigen in den anderen beiden Segmenten: Er erfolge meist nicht im Vorverkauf, werde von den Transportunternehmen grösstenteils im Eigenvertrieb abgewickelt und spezialisierte TU seien hier nicht oder nur in geringem Mass tätig.

Das erste Argument (kein Vorverkauf) der Vorinstanz ist unzutreffend. Vorverkauf findet auch bei reinen Transporttickets statt (Fernreisen, Geschäftsreisen, Gesellschaftsreisen, Schlafwagen, General- und andere Abonnemente etc.).

Bezüglich des zweiten Arguments (Eigenvertrieb) ist festzuhalten, dass es bei der Marktabgrenzung darum geht festzustellen, wie die Marktgegenseite die Austauschbarkeit der Vertriebsmöglichkeiten beurteilt. Ob der Eigenvertrieb zum relevanten Markt gehört, muss geprüft werden, bevor man Transportdienstleistungen mit dem Verweis auf den Eigenvertrieb davon ausschliesst (vgl. Ziffer 5.2.4).

Das dritte Argument (keine oder geringe Tätigkeit der TU) ist insofern problematisch, als der relevante Markt nicht aus der Sicht des zu untersuchenden Unternehmens abgegrenzt wird. Er ergibt sich nicht direkt aus dessen Tätigkeitsfeld.

Dass die von der Vorinstanz angeführten Gründe wenig tragfähig sind, zeigt sich auch daran, dass sie in der Vernehmlassung und in der Duplik jeweils neue Gründe für den Ausschluss reiner Transportdienstleistungen aus dem relevanten Markt anführt:

So argumentiert sie, zwischen Transport- und Veranstaltungstickets bestehe keine Substitutionsbeziehung. Transporte seien ein Mittel zum Zweck und keine Freizeitbeschäftigung, weshalb es an der funktionellen Austauschbarkeit fehle. Dies ist aber weder zutreffend noch massgeblich, wie die Beschwerdeführerin zu Recht sagt: Transportdienstleistungen können sehr wohl eine Freizeitbeschäftigung sein (Schulreisen, Sonntagsausflüge, Seniorenreisen etc.), und die funktionelle Austauschbarkeit ist nicht aus der Sicht

der Endkunden zu beurteilen, da es um die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle geht.

Weiter bringt die Vorinstanz vor, die Identität des Vertriebssystems der SBB mit demjenigen der Beschwerdeführerin reiche für den Einbezug in den sachlichen Markt nicht, da die TU zur Kundenberatung im Bereich Transporte fachlich nicht kompetent seien. Das zeige sich daran, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag zum Betrieb eines *call centers* aus dem Verkehrsbereich nicht erhalten habe. Dieses Argument ist ebenfalls nicht stichhaltig. Dass sich die Beschwerdeführerin um solche Leistungen bewirbt, zeigt, dass sie Transportdienstleister als mögliche Geschäftspartner und damit als Teil der Marktgegenseite versteht. Aus dem Umstand, dass ein Unternehmen in einem bestimmten Fall den Zuschlag nicht erhält, kann jedenfalls nicht auf seine Fachkompetenz geschlossen werden. Im Übrigen ist die Fachkompetenz eines Unternehmens kein Kriterium der Marktabgrenzung.

Ob die Beschwerdeführerin die SBB selber als Konkurrentin angeführt hat, ist angesichts des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren unerheblich. Dass sie dies nicht getan hätte, ist unzutreffend. Wenn die Veranstalter die SBB nicht als Konkurrentin, sondern als Partnerin der Beschwerdeführerin beim Ticketvertrieb wahrnehmen, ist dies jedenfalls kein Argument, sie zum Ticketvertrieb nicht zu befragen.

Schliesslich argumentiert die Vorinstanz, Transportunternehmen unterlägen nicht denselben Einschränkungen wie die Veranstalter von Anlässen (Effizienzmängel bei Ticketkontingenten an verschiedene Verkaufsstellen, Unmöglichkeit, an einem einzigen Anlass eine Vielzahl von Tickets zu verkaufen, Ticketgarantie für Zugereiste), weshalb der Ticketvertrieb bei Transportleistungen und Veranstaltungen nicht vergleichbar sei. Mindestens für reservierte Plätze trifft dieses Argument nicht zu. Da die Verfügung auf eine Marktabgrenzung nach Grösse und Bedeutung der primären Leistung ausdrücklich verzichtet und da die Vorteile der TU-Dienstleistungen auch für die Veranstalter nicht immer im selben Mass zentral sind, vermag ein allfälliger solcher Unterschied den Ausschluss der Transportdienstleistungen aus dem relevanten Markt im Übrigen nicht zu rechtfertigen.

Der Ausschluss dieses Marktsegments aus der Untersuchung scheint eher historische als sachliche Gründe zu haben. Es wurde bereits in der Vorabklärung nicht berücksichtigt. Dennoch ist die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Auffassung, dass reine Transportdienstleistungen nicht zum relevanten Markt gehören, wenigstens soweit nicht, als die Transportunternehmen mindestens zurzeit nicht Marktgegenseite der TU sind.

Anders verhält sich dies immerhin in demjenigen Teilbereich, in dem spezialisierte TU Vertriebsdienstleistungen für Transportunternehmen übernommen

haben (z. B. von der Beschwerdeführerin genannter Vertrieb von Skipässen und Schifffahrten). Will die Vorinstanz diesen Bereich aus dem relevanten Markt ausschliessen, ist dies nur insoweit möglich, als sie eine nachvollziehbare Abgrenzung des Marktes nach Art, Grösse und Bedeutung der primären Leistung vornimmt.

b) Kombitickets

Transportunternehmen als Anbieter primärer Leistungen fallen nicht nur in ihrer Eigenschaft als Marktgegenseite der TU in Betracht, sondern auch als Konkurrenten beim Vertrieb von Tickets. Insofern macht die Beschwerdeführerin geltend, kombinierte Transport-/Eventtickets gehörten zum relevanten Markt. Solche Tickets, etwa aus den Bereichen Sport, Ausstellungen, Messen, Konzerte und Musicals, würden sowohl durch die SBB wie auch durch die TU vertrieben. Die SBB täten dies teilweise im Rahmen eines nicht exklusiven *franchising*-Vertrags unter dem *label* der Beschwerdeführerin, teilweise mittels der *software* von Vision One in eigenem Namen oder aber über ihre Tochter RailAway. Bei den kombinierten Tickets seien Transportunternehmen und spezialisierte TU direkte Konkurrenten. RailAway vertreibe zudem zunehmend reine Eventtickets.

Die Vorinstanz bestreitet in ihrer Vernehmlassung nicht, dass Kombitickets zum relevanten Markt zählen, übrigens auch nicht bezüglich der Messe- und Ausstellungstickets. Sie argumentiert, die entsprechenden Marktvolumina seien bei der Berechnung der Marktanteile berücksichtigt worden, soweit sie durch die Beschwerdeführerin, andere TU oder über die von der Beschwerdeführerin betriebenen SBB-Verkaufsstellen verkauft worden seien. Dies entspricht aber nur einer teilweisen Berücksichtigung der Kombitickets. Wenn Kombitickets und von RailAway oder anderen TU vertriebene reine Eventtickets zum relevanten Markt gehören, müssen konsequenterweise auch die Anteile dieser Konkurrenten veranschlagt werden. Daher ist zu prüfen, welche anderen Transportunternehmen ebenfalls Kombi- oder Eventtickets vertreiben und ist sicherzustellen, dass entsprechende Vertriebstätigkeiten richtig zugeordnet werden (dem Plattformlieferanten? dem Vertriebsdienstleister?) Die buchhalterische Behandlung in den Unternehmen kann diesbezüglich Aufschlüsse geben.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Marktabgrenzung auch hinsichtlich des Vertriebs eines Teils der Transporttickets sowie der Kombitickets zu überprüfen hat.

## 5.2.8 Räumlich relevanter Markt

Der räumliche 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 hat als räumlich relevanten Markt die Schweiz abgegrenzt, weil die Veranstalter als Marktgegenseite der Beschwerdeführerin Anlässe in der Schweiz organisierten und das Zielpublikum sich in der Schweiz befindet. Für Veranstaltungen im Ausland werde nur ein marginaler Teil der Tickets vertrieben.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, der Markt für den Vertrieb von Tickets umfasse mindestens Europa, da überall dieselben Systemplattformen eingesetzt würden. Die hiesigen TU böten ihre Dienstleistungen auch im Ausland an, und ausländische TU wie FNAC und CTS Eventim könnten und würden auch in der Schweiz tätig werden. Der Standort des TU werde mit dem technologischen Wandel (Internet, *print at home*, *call centers*, elektronische Tickets auf *mobile phones* etc.) immer unwichtiger. Soweit der Anschluss an Verkaufsstellen in Zukunft noch nötig sei, sei er in der Schweiz ohne weiteres möglich. Der räumliche Markt sei nicht durch die Befragung der Marktteilnehmer geklärt worden. Die Existenz von Marktzutrittsschranken (Notwendigkeit einer Gebietspräsenz, Zugang zu Vertriebswegen, Kosten eines Verkaufstellennetzes, regulatorische Schranken) sei nicht abgeklärt worden.

Zwar bringt die Beschwerdeführerin richtigerweise vor, für die Marktabgrenzung sei irrelevant, ob sich das Zielpublikum von inländischen Anlässen in der Schweiz oder auch im Ausland befindet. Die Vorinstanz wendet jedoch zu Recht ein, dass der relevante Markt aus der Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen ist. Marktgegenseite der TU seien Veranstalter von in der Schweiz stattfindenden Anlässen; diese hätten schweizerische oder ausländische TU mit POS in der Schweiz gewählt. Dass allenfalls auch ausländische Konkurrenten der Beschwerdeführerin den schweizerischen Markt bearbeiten können, bedeutet nicht, dass die Vorinstanz einen europäischen Markt für Ticketvertriebsdienstleistungen (oder je nach der Marktabgrenzung auch für Vertriebsdienstleistungsprodukte bzw. Ticketvertriebssysteme im eigentlichen Sinn) abgrenzen und untersuchen müsste. Für den räumlichen Markt ist ebenfalls nicht entscheidend, ob die in- und ausländischen TU überall dieselben Systemplattformen einsetzen, inwiefern Zutrittsschranken existieren und ob diese durch neue Technologien herabgesetzt werden. Inwiefern diese Unternehmen als Konkurrenten auf dem schweizerischen Markt in Betracht fallen, ist beim aktuellen und potenziellen Wettbewerb zu prüfen (vgl. Ziffer 5.3).

Die Vorinstanz hat den räumlich relevanten Markt daher korrekt abgegrenzt.

### 5.2.9 Schlussfolgerungen

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist unklar und widersprüchlich, weshalb Nachbesserungen unumgänglich sind, soweit eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin im von ihr abgegrenzten Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU nicht bereits angesichts der aktuellen Konkurrenz ausscheidet. Diese Nachbesserungen betreffen vor allem die Definition der Marktgegenseite und der aus ihrer Sicht austauschbaren Vertriebskanäle. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist nicht in der Lage, den sachlichen Markt im Rahmen des Beschwerdeverfahrens an Stelle der Vorinstanz zu definieren, es sei denn mit folgenden Hinweisen: Die Abgrenzung eines Marktes für Vertriebsdienstleistungen setzt die Klärung der Frage voraus, ob und zu welchen Kosten Eigen- und Fremdvertrieb austauschbar sind. Der Eigenvertrieb ist mindestens bei der Beurteilung der Möglichkeit der Beschwerdeführerin zu unabhängigem Verhalten zu veranschlagen. Lässt sich ein Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU abgrenzen und nimmt man keine nachvollziehbare Unterteilung des Marktes etwa nach Grösse und Bedeutung des Anlasses vor, gehören auch die Tickets für Messen, Ausstellungen, spezielle Kinoveranstaltungen, Kombitickets sowie ein Teil der Transporttickets zum relevanten Markt.

Möglicherweise geht die Vorinstanz entgegen ihrer Aussage in Rz. 26. f der Verfügung faktisch nicht von einem Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU unabhängig von Art, Grösse und Bedeutung der primären Leistung aus, sondern von einem Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU bei Grossveranstaltungen von landesweiter Bedeutung. Mindestens argumentiert sie immer wieder mit den Besonderheiten solcher Veranstaltungen und hat Tendenz, daraus für den Ticketvertrieb insgesamt verallgemeinernde Schlüsse zu ziehen.

Die Abgrenzung eines solchen Teilmarktes muss materiell nicht in jedem Fall unzutreffend sein. Ist der Vertrieb mittels einer bestimmten Art von Dienstleistungen von TU angesichts der Eigenschaften und des Verwendungszwecks aus den von der Vorinstanz genannten Gründen für einen Teil der Veranstalter effektiv nicht austauschbar mit anderen Vertriebsarten, was zu klären bleibt (vgl. Ziffer 5.2.4), könnte ein solcher Teilmarkt abgegrenzt werden. Diesem wären alsdann die für ihn massgeblichen Marktdaten im entsprechenden Gebiet (Grossanlässe von landesweiter Bedeutung in der ganzen Schweiz) zu Grunde zu legen.

### 5.3 Marktstellung

Angesichts der Ungereimtheiten in der Abgrenzung des relevanten Marktes muss sich die Überprüfung der Marktstellung der Beschwerdeführerin durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf den von der Vorinstanz abgegrenzten Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU beschränken.

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

Laut der angefochtenen Verfügung sind der aktuelle und der potenzielle Wettbewerb vorliegend so schwach, dass sie nicht disziplinierend auf die Beschwerdeführerin zu wirken vermögen. Die Beschwerdeführerin argumentiert demgegenüber, die Vorinstanz habe den aktuellen Wettbewerb nicht zutreffend gewürdigt: Sie habe nicht alle aktuellen Konkurrenten berücksichtigt und den Gesamtmarkt sowie ihren Marktanteil falsch berechnet. Seit Erlass der Verfügung seien zudem neue Konkurrenten in den Markt eingetreten, und die technologische Entwicklung sei weiter geschritten. Die Vorinstanz habe sodann den potenziellen Wettbewerb unzutreffend eingeschätzt. Sie definiere diesen unzutreffend, habe das Fehlen von Marktzutrittsschranken ausser Acht gelassen und die Angebotssubstituierbarkeit vernachlässigt. Schliesslich habe sie der Stellung der Marktgegenseite, die über Gegenmacht verfüge, nicht Rechnung getragen.

Im Folgenden wird zunächst geprüft, ob die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf die Verhältnisse im Verfügungszeitpunkt oder diejenigen im Zeitpunkt ihres Entscheids abzustellen hat (Ziffer 5.3.1), dann werden der aktuelle (Ziffern 5.3.2 - 5.3.6) und der potenzielle Wettbewerb (Ziffer 5.3.7) geprüft, und schliesslich wird auf weitere Elemente hingewiesen, die die Vorinstanz bei einem neuen Entscheid zu berücksichtigen haben wird (Ziffer 5.3.8).

### 5.3.1 Echte und unechte Noven

Die Beschwerdeführerin argumentiert in tatbeständlicher Hinsicht einerseits, die Vorinstanz habe nicht auf den im Verfügungszeitpunkt massgeblichen Sachverhalt abgestellt, indem sie diverse aktuelle Konkurrenten und ihre Marktanteile nicht berücksichtigt habe, andererseits bringt sie neue Sachverhaltselemente vor, indem sie auf Konkurrenten hinweist, die nach Erlass der Verfügung in den Markt eingetreten sind. Sie beruft sich im Rechtsmittelverfahren somit auf unechte und auf echte Noven. Basis des Entscheides der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sei der zutreffende aktuelle Sachverhalt, weshalb unechte wie echte Noven zu berücksichtigen seien.

Die Vorinstanz argumentiert bezüglich der bei Verfügungserlass bereits auf dem Markt tätig gewesenen weiteren TU, die Beschwerdeführerin hätte diese in der Antwort zum Fragebogen nicht genannt und sie somit selber nicht als Konkurrenten betrachtet. Unternehmen, die ihren Markteintritt damals erst angekündigt hätten, seien nicht aktuelle Konkurrenten gewesen, ebenso wenig wie Unternehmen, die sich aus dem Markt zurückgezogen hätten. Unternehmen, die ihre Geschäftstätigkeit 2003 aufgenommen hätten, befänden sich noch in der Aufbauphase und müssten am Markt bestehen können; als solche seien sie in der Entscheidungsfindung berücksichtigt worden. Diejenigen Unternehmen, welche ihre Tätigkeit nach Erlass der Verfügung aufgenommen hätten, seien im Rahmen der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz berücksichtigt worden. Ihr Marktzutritt stelle daher keine neue Tatsache dar, die im Rechtsmittelverfahren berücksichtigt werden könne. Selbst wenn es sich um neue Tatsachen handeln würde, könnten sie angesichts der kartellgesetzlichen Konzeption der Sanktionierung unzulässiger Verhaltensweisen im Rechtsmittelverfahren nicht berücksichtigt werden. Entscheidend seien die Marktverhältnisse im Verfügungszeitpunkt (Dezember 2003). Andernfalls müsste der Entscheid der Wettbewerbskommission und die damit verbundene Sanktionsandrohung aufgehoben werden, wenn das betreffende Unternehmen sein Verhalten seit dem Entscheid angepasst habe oder die Marktumstände sich verändert hätten. Massgeblich müsse daher sein, ob im Verfügungszeitpunkt eine beherrschende Stellung und eine unzulässige Verhaltensweise vorgelegen hätten. Das ändere sich auch durch eine nachträgliche Veränderung des Marktes nicht.

Dass unechte Noven im Rechtsmittelverfahren zu berücksichtigen sind, ergibt sich bereits aus dem Beschwerdegrund der unrichtigen oder unvollständigen Sachverhaltsfeststellung und wird von der Vorinstanz nicht bestritten. Solche Noven sind nur ausgeschlossen (bzw. unter erschwerten Bedingungen zugelassen), wenn die Sachverhaltsüberprüfung durch die Kognition der Beschwerdeinstanz eingeschränkt ist (Gygi, a.a.O., S. 258 f.). Die diesbezüglichen Argumente der Vorinstanz werden bei der aktuellen Konkurrenz zu veranschlagen sein.

Bezüglich der echten Noven argumentiert die Vorinstanz zweigleisig: Einerseits beansprucht sie, die nach Erlass der Verfügung eingetretenen Änderungen (Marktzutritte, technologische Weiterentwicklung) beim potenziellen Wettbewerb berücksichtigt zu haben; neue Tatsachen lägen somit nicht vor. Inwiefern dies tatsächlich der Fall ist, wird beim potenziellen Wettbewerb zu prüfen sein. Andererseits argumentiert die Vorinstanz, neue Sachverhaltselemente könnten im Rechtsmittelverfahren nicht geltend gemacht werden. Für den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen seien nur die Marktverhältnisse im Zeitpunkt des Verfügungserlasses massgeblich. Diese Frage ist vorab zu klären.

Die Vorinstanz stützt ihre Auffassung, echte Noven seien im Kartellverwaltungsbeschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen, auf Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 402. Dieser Autor will jedoch nur solche Sachverhaltsänderungen von der Berücksichtigung ausschliessen, die im Einflussbereich des eines unzulässigen Verhaltens überführten Unternehmens selber liegen: Dieses soll nach Erlass der Verfügung nicht sein Verhalten ändern, alsdann auf dem Beschwerdeweg die Aufhebung der Verfügung erreichen und so einer Sanktionsandrohung entgehen können. Gegen die Berücksichtigung von Veränderungen der übrigen Marktverhältnisse lässt sich daraus entgegen der Auffassung der Vorinstanz, die den Autor unzutreffend zitiert, nichts ableiten.

Das Novenrecht betrifft in erster Linie das Verwaltungsgerichts-, weniger das Verwaltungsbeschwerdeverfahren, da dieses der Sache nach ein erstinstanzliches Justizverfahren ist und teilweise Offizialprinzip gilt (Gygi, a.a.O., S. 255). Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung dürfen im Verwaltungsbeschwerdeverfahren im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte bekannte wie noch nicht gewürdigte neue Sachverhaltsumstände, die sich vor dem Rechtsmittelverfahren oder erst in dessen Lauf zuge tragen haben, denn auch vorgebracht werden (vgl. Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, S. 74). Dies ist im Sinne der Untersuchungsmaxime, nach welcher die entscheidende Behörde den Sachverhalt von sich aus abzuklären hat (vgl. Art. 12 VwVG; Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 105), sowie im Sinne des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG; Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 112). Entsprechend hat sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bisher für die Berücksichtigung echter Noven ausgesprochen, wenn sie ausschlaggebend erscheinen, und zwar selbst dann, wenn sie verspätet eingehen (vgl. REKO/WEF [99/FB-012] E. 3.2.4, publiziert in: RPW 2000/3, S. 461 ff., mit weiteren Hinweisen).

Implizit vertritt die Vorinstanz die Meinung, die Möglichkeit von Sanktionsandrohungen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen bewirke, dass Sachverhaltsänderungen nach Erlass der Verfügung (und damit die aktuellen Marktverhältnisse und das aktuelle Verhalten) im Rechtsmittelverfahren im Gegensatz zum Normalfall des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens nicht geprüft werden dürften. Sie seien vielmehr erst von ihr selber im Sanktionenverfahren nach Artikel 50 und 54 des Kartellgesetzes zu veranschlagen. Dass Sachverhaltsänderungen zwischen Verfügung und Sanktionenverfahren eine Sanktionierung ausschliessen können, zieht die Vorinstanz nicht in Zweifel. Das war nach der Sanktionsregelung gemäss Artikel 50 und 54 des Kartellgesetzes hinzunehmen und bildete im Übrigen einen der Gründe für die Novellierung der Sanktionsordnung in Artikel 49a des Kartellgesetzes (vgl. den an das Bundesgericht weitergezogenen Entscheid der Rekurs-

kommission für Wettbewerbsfragen vom 9. Juni 2005 i. S. Telekurs Multipay AG [FB/2003-4] E. 6.2.5, abrufbar unter [www.reko.admin.ch](http://www.reko.admin.ch)).

Die Vorinstanz verkennt mit ihrer Argumentation die Bedeutung des Streitgegenstandes. Dieser wird primär durch das Verfügungsdispositiv bestimmt; er ist das in der angefochtenen Verfügung geregelte oder zu regelnde, im Beschwerdeverfahren noch streitige Rechtsverhältnis (Gygi, a.a.O., S. 46). Entsprechend bilden im vorliegenden Verfahren die Fragen Streitgegenstand, ob die Beschwerdeführerin eine marktbeherrschende Stellung hat (Dispositiv Ziffer 1), ob eine unzulässige Verhaltensweise vorliegt (Dispositiv Ziffer 2) und ob der Beschwerdeführerin für die Zukunft verboten werden kann, die Exklusivitätsklauseln in ihre Verträge aufzunehmen beziehungsweise sich auf bestehende solche zu berufen (Dispositiv Ziffern 3 und 4).

Bei der Beurteilung dieser Fragen verfügt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen über volle Kognition. Beantwortet sie diese Fragen positiv, können Zuwiderhandlungen nach Artikel 50 und 54 des Kartellgesetzes sanktioniert werden (vgl. Dispositiv Ziffer 5), und zwar ab dem Zeitpunkt, in welchem ein entsprechender Entscheid in Rechtskraft erwächst. Andernfalls sind Sanktionsandrohungen nach diesen Bestimmungen obsolet und erübrigt sich ein Sanktionenverfahren. Die angefochtene Verbotserfügung ist daher darauf zu untersuchen, ob sie für die Zukunft Bestand hat. Aus der kartellgesetzlichen Möglichkeit der Androhung von Sanktionen nach Artikel 50 und 54 des Kartellgesetzes kann nicht gefolgert werden, dass die Beschwerdeinstanz ihre Befugnis, ihrem Entscheid den aktuellen Sachverhalt zugrunde zu legen, verlieren würde. Dass der Gesetzgeber mit der Sanktionsmöglichkeit eine Änderung der Kognition bewirken wollte, kann ausgeschlossen werden. Auch verfahrensökonomisch ist es nicht sinnvoll, einem veränderten Sachverhalt erst in einem nachfolgenden Sanktionenverfahren Rechnung zu tragen; dies würde Anlass zu weiteren Verfahren setzen (vgl. Gygi, a.a.O., S. 258). (Bei den neurechtlichen Sanktionen nach Artikel 49a des Kartellgesetzes dürfte sich dies insofern ändern, als die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen für die in der Verfügung angeordnete direkte Sanktion auf den Sachverhalt im Verfügungszeitpunkt, für grundsätzliche zukunftsgerichtete Fragen wie das Verbot einer Verhaltensweise auf die Verhältnisse im Zeitpunkt ihres Entscheides abzustellen haben wird [vgl. das diesbezügliche *obiter dictum* im Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 9. Juni 2005 i. S. Telekurs Multipay AG [FB/2003-4] E. 6.2.5, a.a.O.).

Vorliegend sind die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten echten (und unechten) Noven für den Ausgang des Verfahrens ausschlaggebend. Sie führen nicht zu einer Ausweitung oder qualitativen Veränderung des Streitgegenstandes (Bilger, a.a.O., S. 401 f.), was eine Einschränkung echter Noven rechtfertigen könnte. Angesprochen sind vielmehr Aspekte, die bereits in

der Untersuchung der Vorinstanz umstritten waren und die in der Beschwerde enthaltene Begehren begründen. Die echten Noven sind daher im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen. Eine gesonderte Überprüfung der angefochtenen Verfügung nach unechten und echten Noven erübrigt sich.

### 5.3.2 Allgemeines zum aktuellen Wettbewerb

Verfügen die Geschäftspartner des zu untersuchenden Unternehmens über sachlich, räumlich und zeitlich zumutbare Ausweichmöglichkeiten oder können sich die Konkurrenten einer Behinderung in zumutbarer Weise entziehen, liegt keine Marktbeherrschung vor (vgl. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 140). Ist der aktuelle Wettbewerb ausreichend, kann davon abgesehen werden, die potenzielle Konkurrenz zu prüfen.

Die aktuellen Wettbewerber, der Gesamtmarkt und der Marktanteil der Beschwerdeführerin lassen sich erst nach der Bereinigung der Marktabgrenzung definitiv bezeichnen. Das betrifft nicht zuletzt den Eigenvertrieb: Ob weitere Unternehmen als Konkurrenten mit ihren Produkten zum Markt gehören und wie sich Gesamtmarkt und Marktanteil der Beschwerdeführerin dadurch verändern, lässt sich heute nicht sagen. Sollte die Vorinstanz zum Schluss kommen, der Eigenvertrieb gehöre nicht zum relevanten Markt, weil entsprechende Veranstalter nicht zur Marktgegenseite der Beschwerdeführerin gehörten, bleibt bei der Beurteilung einer allfälligen beherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin dennoch zu prüfen, inwiefern die Möglichkeit des Eigenvertriebs ein von den Veranstaltern im Wesentlichen unabhängiges Verhalten ausschliesst. Fakt ist, dass etliche Veranstalter, auch solche, die Anlässe von landesweiter Bedeutung durchführen, ihre Tickets im Eigenvertrieb absetzen (*website*, Telefonnummern, Postversand etc.). Das spricht gegen die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, sich von den Veranstaltern im Wesentlichen unabhängig zu verhalten.

Im folgenden geht es erstens um die aktuellen Konkurrenten im Bereich von Ticketvertriebsdienstleistungen spezialisierter TU (Ziffer 5.3.3), zweitens um Fragen der Methodik in der Bemessung von Gesamtmarkt und Marktanteilen (Ziffer 5.3.4) und drittens um die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, sich von Veranstaltern und Konkurrenten im Wesentlichen unabhängig verhalten zu können (Ziffern 5.3.5 und 5.3.6).

### 5.3.3 Aktuelle Konkurrenten bei Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU

Die Vorinstanz hat bei der Bezifferung von Gesamtmarkt und Marktanteilen nicht alle Konkurrenten der Beschwerdeführerin berücksichtigt. Dass die Beschwerdeführerin selber keine weiteren Konkurrenten aufgezählt hätte, ist weder zutreffend noch massgeblich - unzutreffend, weil sie solche in der Befragung und der Stellungnahme zum Antrag erwähnt hat, irrelevant, weil die Ermittlung des Sachverhalts der Vorinstanz obliegt. Seit Erlass der Verfügung sind zudem weitere Konkurrenten in den Markt für Vertriebsdienstleistungen eingetreten und haben sich neue Vertriebstechnologien weiter entwickelt.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen geht mit der Vorinstanz einig darin, dass Unternehmen, die ihren Marktzutritt vor Erlass der Verfügung erst angekündigt haben, nicht als aktuelle Konkurrenten behandelt werden können. Denn sie weisen noch keine Tätigkeit aus, die sich bei der Berechnung von Gesamtmarkt und Marktanteilen erfassen liesse. Angekündigte Markteintritte sind jedoch sicher bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz zu würdigen.

Die Verfügung lässt nicht erkennen, welche Anforderungen die Vorinstanz an ein Unternehmen stellt, das Konkurrent der Beschwerdeführerin ist. Einerseits spricht sie von einem Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU mit einer alle Vertriebskanäle vernetzenden Systemplattform, andererseits führt sie in Randziffer 40 der Verfügung auch Konkurrenten auf, die nur einzelne Vertriebskanäle angeboten haben. Einerseits bezeichnet sie sodann für Veranstaltungen von landesweiter Bedeutung ein Vertriebsunternehmen mit flächendeckender Präsenz der POS als "notwendig" und nicht austauschbar mit Vertriebsdienstleistungen regional tätiger TU, andererseits umfasst ihre Auflistung der Konkurrenten vor allem regional tätige TU.

Da die Vorinstanz darauf verzichtet hat, eine Marktabgrenzung nach Grösse und Bedeutung der Veranstaltungen vorzunehmen, geht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Folgenden davon aus, auch regional präsente Vertriebsdienstleister seien Konkurrenten (in einem Markt für Vertriebsdienstleistungen für landesweit bedeutsame Grossveranstaltungen wären nur TU aufzuführen, die in der ganzen Schweiz oder doch in einem grossen Teil davon tätig sind). Weiter wird vorerst angenommen, dass physisch existierende POS für den Ticketvertrieb wesentlich sind, da je nach Art der Veranstaltung beziehungsweise nach der Zusammensetzung des Publikums mehr oder weniger Endkunden diesen Kanal einer Bestellung und Bezahlung über das Internet oder der Bestellung über ein *call center* gegen Rechnung und mit Postversand etc. vorziehen, auch wenn die technologische Entwicklung des *Ticketings* spektakulär verläuft und der Anteil der mittels solcher Technologien vertriebener Tickets künftig stark wachsen dürfte (inwiefern dies tatsächlich der Fall ist, wird die Vorinstanz unter Einbezug der-

jenigen [Gross-]Veranstalter, die ihre Tickets ausschliesslich im Eigenvertrieb absetzen, zu überprüfen haben).

Entsprechend diesen Kriterien existieren zahlreiche weitere aktuelle Konkurrenten:

Bei denjenigen mit einem schweizweiten Vertriebsnetz sind zusätzlich zu den von der Vorinstanz veranschlagten zu berücksichtigen: RailAway (POS mit Vision One / ShoWare an 210 Bahnhöfen), Star Ticket (mit über 100 POS) und Ticketino (120 POS bei Kuoni und Helvetic Tours). Einen grossen Teil der Schweiz decken sodann (die in der Verfügung einzeln aufgeführten) TicTec und Resaplus gemeinsam ab, ebenfalls mit einer grossen Anzahl Verkaufsstellen.

Sodann gibt es etliche von der Vorinstanz nicht veranschlagte regional tätige Konkurrenten wie z. B. ZüriTicket, TicinoCard, Billet Service Zug, Südostschweiz, Inszene-Tickets.

Zu bedenken ist weiter, dass Veranstalter, die ihre Tickets im Eigenvertrieb über eine Systemplattform verkaufen und die über diese Plattform für andere Veranstalter den Ticketvertrieb durchführen, zu Konkurrenten der TU werden. Das Argument der Vorinstanz, dies sei unerheblich, weil der Eigenvertrieb nicht zum relevanten Markt gehöre, ist schon deshalb falsch, weil es hier um Fremdvertrieb geht.

Schliesslich wird die Vorinstanz bei Erlass einer neuen Verfügung prüfen, inwiefern ausländische Ticketvertriebsdienstleister wie Ticket Online und CTS Eventim oder mit ihnen zusammenarbeitende POS im schweizerischen Markt aktiv sind, und inwiefern sie möglicherweise selbst als TU auftreten.

Im Zusammenhang mit neuen Vertriebsformen wird die Vorinstanz berücksichtigen, dass der Verkauf über das Internet heute zum Standard gehört und hinsichtlich Platzauswahl, Bestellung, Bezahlung und Ticketbezug in unzähligen Varianten angeboten wird. Bei den neuen Vertriebsformen wird sie prüfen, ob auch die Migros mit Tickets über die Cumulus-Karte, Swisscom / TicTec mit Tickets auf *mobile phones*, Swatch mit Tickets auf die Uhr, KABA mit Vision One sowie die Beschwerdeführerin gemeinsam mit der Post mit Tickets auf die PostCard zu veranschlagen sind.

Steht somit fest, dass weitere aktuelle Konkurrenten mit landesweitem und regionalem Vertriebsnetz den Markt für Vertriebsdienstleistungen bearbeiten, erweist sich die Darstellung der aktuellen Konkurrenz durch die Vorinstanz als unzutreffend. Für die Marktstellung der Beschwerdeführerin können folgende Schlussfolgerungen gezogen werden:

1. Der von der Vorinstanz festgestellte Marktanteil der Beschwerdeführerin ist unzutreffend (zu weiteren Mängeln in dessen Bemessung vgl. Ziffer 5.3.4). Aus dem Marktanteil sich ergebende Indizien für eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin sind auf Grund der Aktenlage nicht belegt.
2. Aus der Tatsache, dass weitere, auch schweizweit tätige Vertriebsdienstleister mit einer hohen Zahl von POS am Markt tätig sind, folgt, dass die Veranstalter über Ausweichmöglichkeiten verfügen, dies nicht nur in einem regionale und landesweite Veranstaltungen umfassenden Markt, sondern auch in einem allfälligen engeren Markt für Vertriebsdienstleistungen bei Grossveranstaltungen von landesweiter Bedeutung.

#### 5.3.4 Bemessung von Gesamtmarkt und Marktanteilen

##### a) Wahl der Masseinheit

Ausgehend von einem sachlichen Markt für Ticketvertriebsdienstleistungen spezialisierter TU bemisst die Vorinstanz Marktvolumen und -anteile auf Grund der Gesamtumsätze der von ihr berücksichtigten TU. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätten der Gesamtmarkt und die Marktanteile stattdessen auf Grund der Anzahl Tickets oder der Margenumsätze berechnet werden sollen.

Die Verfügung begründet nicht, weshalb auf die Gesamtumsätze abgestellt wurde. In der Vernehmlassung bezeichnet die Vorinstanz dieses Vorgehen als verlässlicher und gebräuchlicher als ein Abstellen auf die Anzahl Tickets, ohne dies allerdings zu substantzieren. Eine Begründung kann auch nicht indirekt aus ihrem weiteren Argument abgeleitet werden, die Anzahl Tickets bilde zufolge unterschiedlicher Ticketpreise keinen geeigneten Indikator. Denn die unterschiedlichen Ticketpreise wirken sich auch beim Abstellen auf die Grösse "Gesamtumsätze" aus.

Untersucht die Vorinstanz den Markt für Vertriebsdienstleistungen, nicht den nachgelagerten Endkundenmarkt, erschiene es an sich nahe liegend, auf die Umsätze abzustellen, die in diesem Markt generiert werden (Ticketzahl x Margen bzw. Dienstleistungsentgelte der TU). In ihrer Vernehmlassung bezeichnet die Vorinstanz diese Berechnung als problematisch, weil die TU unterschiedliche Margen und Rabatte verrechnen würden. Dazu ist einerseits zu sagen, dass sich solche Verfälschungen auch bei den anderen Kriterien ergeben können, und andererseits, dass es der Vorinstanz nicht verwehrt ist, unterschiedliche Entgelte der Vertriebsdienstleistung zu erfassen und in die Interpretation ihrer Daten einfließen zu lassen (Relativierung der resultie-

renden Marktanteile entsprechend der allenfalls unterschiedlichen Preisgestaltung der TU, wobei der Marktanteil von TU mit teuren Dienstleistungen tendenziell zu hoch wäre). Dass die Beschwerdeführerin nicht konkretisiert, inwiefern ein Abstellen auf die Margen zu einem anderen Resultat führen würde, heisst nicht, dass diese Art der Bemessung unbeachtlich ist. Dies zu ermitteln ist angesichts des Untersuchungsgrundsatzes Sache der Vorinstanz. Die Beschwerdeführerin vermöchte dies auch gar nicht, da die Konkurrenten ihr nicht zur Auskunft verpflichtet sind.

Auch die Bemessung von Gesamtmarkt und Marktanteil anhand der Anzahl Tickets bezieht sich direkt auf die Tätigkeit der spezialisierten TU. Wie die Beschwerdeführerin dartut, geben viele TU sowie Unternehmen, die Ticketingsoftware vertreiben, die Grösse des Marktes mittels der Anzahl Tickets an. Diese Grösse erscheint für die Bezifferung von Gesamtmarkt und Marktanteilen daher grundsätzlich ebenso geeignet wie die von der Vorinstanz gewählte. Dass die Ticketpreise unterschiedlich sind, wie sie in der Vernehmlassung schreibt, ist insofern irrelevant, als die TU alle Arten von Tickets vertreiben. Der Hinweis der Vorinstanz auf das extreme Beispiel unterschiedlicher Preise von Bus- und Operntickets ist insofern inkonsequent, als sie Transporttickets vom relevanten Markt selber ausgeschlossen hat.

Was die Bemessung anhand der Gesamtumsätze angeht, spricht grundsätzlich nichts dagegen, Gesamtmarkt und Marktanteile - wie die Vorinstanz - auch mittels einer grösseren Einheit zu bestimmen, die sich nicht direkt auf die Tätigkeit der TU bezieht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sichergestellt ist, dass die TU die Daten auf gleiche Weise bestimmen. Vorliegend wird nicht klar, ob die befragten TU den Begriff "Marktvolumen" (Anzahl Tickets x Ticketpreis) alle gleich verstanden haben, konkret ob sie den Ticketpreis einschliesslich oder exklusive ihre Margen berechnet haben. Der Fragebogen enthält dazu keine Präzisierung. Der Endkunde bezahlt dem TU einen Preis, der die Vertriebsdienstleistung einschliesst. Die Beschwerdeführerin hat ihren Umsatz exklusive Gebühren berechnet. Ihrem Vorbringen in der Beschwerde, die Verfügung stelle auf Bruttopreise ab, widerspricht die Vorinstanz nicht. Auf Grund der Akten wird somit nicht klar, ob die Gesamtumsätze von den TU einheitlich ermittelt wurden. Zudem bleibt unklar, ob ein allfälliger Eigenvertrieb der Veranstalter über die Plattformen der TU in den Gesamtumsätzen enthalten ist. Bei den Umsätzen der Beschwerdeführerin ist dies nicht der Fall. Auch hierzu äussert sich die Vorinstanz nicht. Weitere, wenn auch angesichts der beschränkten diesbezüglichen Umsätze nicht sehr gewichtige Unklarheiten betreffen die Frage, in welchem Ausmass die im Umsatz der Beschwerdeführerin veranschlagten Transporttickets und Tickets von in der Schweiz verkauften Plätzen an Veranstaltungen im Ausland zu einem überhöhten Marktanteil führen. Selbst wenn die Gesamtumsätze der TU nach einheitlichen Kriterien bestimmt werden, sind die Zahlen insofern interpretationsbedürftig, als der Vertrieb teurer Tickets zu einem tendenziell überhöhten Marktanteil führen kann. Aus diesen Gründen erweist sich

die Ermittlung der Marktdaten durch die Vorinstanz als mindestens ebenso problematisch wie eine Bestimmung auf Grund der Ticketzahlen oder der Leistungsentgelte der TU.

Unter dem Strich ist festzuhalten, dass sich Marktvolumen und Marktanteile grundsätzlich anhand unterschiedlicher Parameter bemessen lassen. Allen sind bestimmte Vor- und Nachteile eigen. Deshalb ist sorgfältig abzuwägen und zu begründen, weshalb welches Kriterium gewählt wird. Wenn verschiedene Kriterien zu unterschiedlichen Gesamtmarkt- und Marktanteilsdaten führen, sollte nicht nur eines veranschlagt werden, will man eine einigermaßen verlässliche Einschätzung erreichen. Dass der Marktanteil lediglich ein Indiz für eine beherrschende Stellung ist, ändert daran nichts. Wenn man Marktvolumen und -anteile bemisst, hat dies auch mit der erforderlichen Sorgfalt und Differenzierung zu geschehen und ist zu beachten, dass die Ergebnisse interpretationsbedürftig sind. Die angefochtene Verfügung ist daher bezüglich der Bemessung von Gesamtmarkt und Marktanteilen ungenügend.

b) Eventualargumentation der Vorinstanz betreffend Einbezug des Eigenvertriebs

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Aussage, selbst wenn man den Eigenvertrieb im Vorverkauf über eine Systemplattform zum relevanten Markt schlagen wollte, betrüge ihr Marktanteil noch über 40 %, was die Indizien für eine beherrschende Stellung bestätige. Diese Rüge ist berechtigt. Das ergibt sich schon daraus, dass die Vorinstanz bei der Referenzgrösse für den Gesamtmarkt nur die Bereiche Kultur und Sport veranschlagte, unter Ausschluss von Transporten, Messen, Ausstellungen, Kino etc., zur Bestimmung des Anteils der Beschwerdeführerin jedoch sämtliche Tickets anrechnete (inkl. solche für Messen, Transporte, Kino, internationale Veranstaltungen etc.). Veranschlagt man für den Gesamtmarkt nur schon die Bereiche Kultur, Sport und Ausstellungen, sinkt der Marktanteil der Beschwerdeführerin auf mehr oder weniger deutlich unter 20 %, je nachdem, ob man ihr nur den Drittvertrieb oder auch den Eigenvertrieb der Veranstalter über ihre Plattform anrechnet. Diese Werte berücksichtigen noch nicht, dass die Beschwerdeführerin auch Kinogrossveranstaltungen, Kombitickets und Skipässe vertreibt, weshalb ihr Marktanteil bei entsprechender Erhöhung der Gesamtmarktdaten noch tiefer ausfiele. Bei diesem korrigierten Ergebnis kann man zwar nicht von einer Bestätigung von Indizien einer beherrschenden Stellung sprechen. Allerdings bedeutet es auch nicht automatisch das Gegenteil, weil eine Aussage über die relative Stellung der Beschwerdeführerin gegenüber den anderen TU fehlt. Im Übrigen sind die Zahlen der Beschwerdeführerin zum Gesamtmarkt ihrerseits nicht transparent.

Umso unverständlicher ist jedoch, dass sich die Vorinstanz bei der Erhebung der Marktdaten mit den Angaben der von ihr befragten TU zufrieden gegeben und selber keine weiteren Zahlen erhoben hat. Die Beschwerdeführerin schätzt das Marktvolumen auf 103,8 Mio Tickets pro Jahr, in welcher Zahl wichtige Anlässe wie das Eidgenössische Schwingerfest mit 100 000 Sitzplätzen nicht enthalten seien. Veranschlagt man, dass ELCA/Secutix den Markt auf 120 Mio. Tickets (inkl. Transporttickets) schätzt, erscheint die Angabe der Beschwerdeführerin nicht unplausibel. Aus dem Umstand, dass ELCA nicht Vertriebsdienstleistungen, sondern eine Software zum Ticketvertrieb anbietet, kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass dieses Unternehmen nicht in der Lage sein sollte, die Zahl der insgesamt verkauften Tickets zuverlässig zu schätzen, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint.

c) Vergleich von Daten pro 2001 und 2002

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Marktanteilsberechnung durch die Vorinstanz insofern, als ihre Umsätze aus dem Jahr 2002 mit denjenigen der Konkurrenten aus dem Jahr 2001 verglichen worden seien. Für einen Vergleich müssten bei allen TU Daten aus dem gleichen Jahr verwendet werden. Diese Kritik ist berechtigt. Zwar hätte bei der Beschwerdeführerin für

2001 ein höherer Marktanteil resultiert, wenn man auf ihre Umsätze aus dem Jahr 2001 abgestellt hätte. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Vorinstanz fälschlicherweise auf verschiedene Zeiträume abgestellt hat. Wie sich der Marktanteil der Beschwerdeführerin im Jahr 2002 entwickelt hätte, lässt sich auf Grund der Akten nicht sagen, da für die Folgejahre von den Konkurrenten keine Daten erhoben wurden.

d) Veraltete Marktdaten

Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe auf veraltete Daten abgestellt. Ihr angeblicher Marktanteil von über 70 % betreffend das Jahr 2001 sei von der Vorinstanz beziehungsweise ihrem Sekretariat bereits im Juli 2000 ermittelt worden. Seither habe sich der Markt verändert. Dazu ist zu sagen, dass der Marktanteil der Beschwerdeführerin noch über dem von der Vorinstanz genannten Wert gelegen hätte, wenn sie auf dieselben Zeiträume abgestellt hätte. Entsprechend hätte sich 2001 gegenüber 2000 eine Veränderung ergeben. Grundsätzlich trifft zu, dass sich Verfügungen der Vorinstanz auf die bei Erlass der Verfügung aktuellen Verhältnisse stützen sollten. Es kann jedoch nicht gefordert werden, dass der Sachverhalt rollend stets neu zu erheben ist. Störender ist, dass die Vorinstanz entgegen ihren Aussagen in Vernehmlassung und Duplik die Entwicklung des Marktes nicht berücksichtigt hat. Jedenfalls lässt sich der Verfügung diesbezüglich nichts entnehmen. Ist ein Markt von wesentlichen technologischen Veränderungen geprägt, gibt es Anhaltspunkte dafür, dass er wachsen oder schrumpfen könnte oder macht das untersuchte Unternehmen unter Hinweis auf seine Umsätze geltend, dass sein Marktanteil sinkt, sei es wegen stärkerem Wachstum der Konkurrenten, sei es wegen zunehmender Bedeutung des Eigenvertriebs, ist dies in die Beurteilung der Marktverhältnisse einzubeziehen.

### 5.3.5 Von den Veranstaltern unabhängiges Verhalten

Verfügen die Veranstalter über Ausweichmöglichkeiten bei anderen TU mit Systemplattformen und flächendeckendem Vertriebsnetz (vgl. Ziffer 5.3.3), kann sich die Beschwerdeführerin von den Veranstaltern selbst in dem von der Vorinstanz mitunter genannten engsten Markt kaum unabhängig verhalten. Nebst solchen Vertriebsdienstleistern steht ihnen als Ausweichmöglichkeit ferner der Eigenvertrieb offen, wie zahlreiche aktuelle Beispiele zeigen (vgl. statt vieler: [www.vevefestival.ch](http://www.vevefestival.ch)).

Die Argumentation der Vorinstanz in Randziffer 44 der Verfügung ist insofern überholt, als die Beschwerdeführerin gerade bei *open air* Konzertveranstaltungen in letzter Zeit oft nur noch Kontingente vertreibt und als der Vertrieb

bei solchen Veranstaltungen vielfach parallel durch mehrere TU betreut wird (vgl. z. B. Heitere *open air* Zofingen, [www.heitere.ch](http://www.heitere.ch), mit Ticketvertrieb durch Ticketoffice, Helloyellow, Ticketcorner und RailAway). Für den Endkunden herrscht Transparenz, indem die *websites* solcher Veranstaltungen ausweisen, was sie für die Tickets bei welchem TU beziehungsweise bei Benutzung welcher Vertriebskanäle bezahlen müssen (vgl. statt vieler: [www.montsoleil.ch](http://www.montsoleil.ch)). Gibt es sodann Veranstalter, welche mit der Beschwerdeführerin keinen Vertrag abschliessen, weil sie zur Unterzeichnung der Exklusivitätsklauseln nicht bereit sind (z. B. Konzertfabrik Z7), ihre Tickets aber dennoch über die Beschwerdeführerin vertreiben, kann kaum zutreffen, dass die Beschwerdeführerin diese Klauseln gegen den Willen der Marktgegenseite durchzusetzen vermag. Die Vielfalt der Regelungen in den Verträgen (Abweichungen in der Vertragsdauer, Vereinbarung von Kontingenten) zeigt im Übrigen, dass die von der Vorinstanz untersuchten Klauseln bei weitem nicht in allen Verträgen stehen. Eine diesbezügliche Bestandesaufnahme hat die Vorinstanz offenbar nicht gemacht (bzw. von der der Beschwerdeführerin im Rahmen der Auskunftspflicht einverlangt); jedenfalls ist der Verfügung dazu nichts zu entnehmen.

Die Auffassung der Vorinstanz, nur diejenigen Veranstalter hätten bei den Vertriebsdienstleistungen Ausweichmöglichkeiten, die ausschliesslich lokale oder regionale Veranstaltungen durchführten, und soweit diese Veranstaltungen in Regionen stattfänden, in welchen ein Konkurrent vorhanden sei, ist somit unzutreffend. Auch Veranstalter von landesweit bedeutsamen Grossveranstaltungen haben Ausweichmöglichkeiten.

Angesichts der genannten Ausweichmöglichkeiten verzichtet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen darauf zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin von den Veranstaltern deshalb nicht unabhängig verhalten kann, weil diese über eine Gegenmachtposition verfügen. Die Vorinstanz wird darauf - je nach überarbeiteter Marktabgrenzung sowie neu bemessenen Marktanteilen - gegebenenfalls zurückzukommen haben.

#### 5.3.6 Von den Konkurrenten unabhängiges Verhalten

Da sich die Konkurrenzsituation anders als von der Vorinstanz angenommen präsentiert, ist der Schlussfolgerung, die Konkurrenten hätten nicht das erforderliche Gewicht, um disziplinierend auf die Beschwerdeführerin zu wirken, der Boden entzogen. Zwar bleibt zu bestimmen, wie sich die Marktanteile im neu festzulegenden relevanten Markt und unter Berücksichtigung der darin tätigen Konkurrenten verteilen, doch führt bereits die Existenz weiterer TU mit flächendeckendem Verkaufstellennetz zum Schluss, dass ernstzunehmende Konkurrenten, die die Handlungsspielräume der Beschwerdefüh-

rerin beschränken können, selbst in einem allfälligen Markt für Vertriebsdienstleistungen für Grossveranstaltungen von landesweiter Bedeutung vorhanden sind. Eine gegenteilige Folgerung würde voraussetzen, dass das Preis-/Leistungsverhältnis dieser Angebote ungünstiger ist als bei der Beschwerdeführerin.

Verschiedene TU konnten ihr Verkaufsstellennetz in vergleichsweise kurzer Zeit stark ausbauen (Beispiel: Star Ticket weist auf der *website* gegenwärtig über 100 POS aus, im Zeitpunkt der Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsentwurf im Juli 2003 waren es erst 12 POS), ihre Absätze wesentlich steigern (Beispiel: die Verkaufszahlen von TicTec haben im ersten Halbjahr 2004 gegenüber Vorjahr um 30 % zugenommen, das verfügbare Ticketvolumen ist um ein vierfaches gewachsen) oder den Ticketvertrieb für Grossveranstaltungen gewinnen (Beispiel: Gampel, das grösste *open air* Festival, vertreibt reine Event- wie auch vergünstigte Kombi-Tickets über SBB/RailAway, während StarTicket, Helloyellow, RailAway und Ticketcorner den *online*-Vertrieb übernehmen). Demgegenüber sind die Umsätze der Beschwerdeführerin zurückgegangen und hat sie den Vertrieb für etliche Veranstaltungen verloren beziehungsweise kann sie für diese nur noch Ticketkontingente vertreiben. Die Folgerung der Vorinstanz, die Exklusivitätsklauseln stünden der Entwicklung der Konkurrenten im Wege, ist daher fraglich.

### 5.3.7 Potenzieller Wettbewerb

Ist der aktuelle Wettbewerb ausreichend, erübrigt sich die Prüfung des potenziellen Wettbewerbs an sich. Im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens ist dennoch zu prüfen, ob die Vorinstanz den potenziellen Wettbewerb korrekt beurteilt hat, und wie er aus der Sicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zu beurteilen ist.

Potenzieller Wettbewerb ist zu bejahen, wenn andere Unternehmen in der Lage sind, in absehbarer Zeit und mit ausreichendem Gewicht auf den Markt zu treten, um die Stellung des zu beurteilenden Unternehmens angreifen zu können. Dies ist dann der Fall, wenn keine Marktzutrittsschranken bestehen, vor allem gesetzlicher beziehungsweise regulatorischer Art oder in Form von *sunk costs*, so dass im Falle eines nicht erfolgreichen Marktzutritts mit hohen Verlusten zu rechnen wäre. Sodann werden neue Wettbewerber nur auftreten, wenn Aussicht auf Gewinn besteht (vgl. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 163; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., Rz. 13 ff.; Thomas von Ballmoos, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, in: AJP 3/1999, S. 298). In zweiter Linie und zur Bestätigung eines Befunds auf Grund struktureller Schranken (bzw. zur Klärung der Situation, wenn diese

keine klare Schlussfolgerung erlauben) kann auch auf Marktzutrittschranken abgestellt werden, die im Verhalten des untersuchten Unternehmens begründet sind (vgl. Clerc, a.a.O., Art. 4, Rz. 105).

Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass potenzieller Wettbewerb geeignet ist, auf ein marktmächtiges Unternehmen disziplinierend einzuwirken, und dass er auch in Fällen gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes zu veranschlagen ist. Andernfalls hätte sie den potenziellen Wettbewerb gar nicht erst in ihre Überlegungen einbezogen. Wenn sie die disziplinierende Wirkung möglicher Marktzutritte mit ausreichendem Gewicht innert einem beschränkten Zeitraum grundsätzlich bejaht, muss sie dieselbe Wirkung grundsätzlich umso mehr bejahen, wenn es anderen Unternehmen kurzfristig und ohne wesentliche Kosten und Risiken möglich ist, ihr Angebot so zu erweitern, dass sie für die Kunden eines marktmächtigen Unternehmens als alternative Absatzkanäle einspringen können (Angebotsumstellungsflexibilität).

Diese Elemente werden im Folgenden geprüft.

a) Regulatorische Schranken

Regulatorische Schranken (z. B. Konzessionen, Bewilligungspflichten etc.) bestehen vorliegend nicht. Die Vorinstanz behauptet zwar nicht das Gegenteil, hat dem Fehlen solcher Schranken bei ihrer Beurteilung der potenziellen Konkurrenz jedoch auch nicht Rechnung getragen. Der Verfügung lässt sich dazu jedenfalls nichts entnehmen. In ihren Eingaben macht die Vorinstanz keine regulatorischen Zutrittschranken geltend.

b) sunk costs

Ebenfalls keine Aussagen enthält die Verfügung zu den Kosten eines Marktzutritts beziehungsweise zu allfälligen hohen Verlusten im Falle eines Misserfolgs. Die Beschwerdeführerin argumentiert zu Recht, dass die für den Ticketvertrieb erforderliche *software* angesichts etlicher Anbieter verfügbar ist, dass der Aufbau eines Verkaufsstellennetzes beziehungsweise eine Zusammenarbeit mit bestehenden Unternehmen (z. B. SBB, Grossverteiler, Post, Swisscom, Kioske), die bereits ein grosses Verkaufsstellennetz haben, ohne weiteres möglich ist, dass freier Zugang zu *call centers* besteht oder neue solche gegründet werden können, und dass all dies nicht mit hohen Kosten verbunden ist. Was die Vorinstanz dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Der Ticketvertrieb kann nicht als typisches Beispiel für einen Markt mit hohen *sunk costs* im Sinn einer Zutrittschranke herangezogen werden. Dass der Markteintritt mit einem "gewissen Aufwand" verbunden ist, wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung ausführt, trifft zwar sicher zu, gilt aber für jeden Marktzutritt und ist mit *sunk costs* im Sinne einer Marktzutrittschranke nicht gleichzusetzen. Weiter dürfte zutreffen, dass ein flächendeckender

Markteintritt POS in allen Kantonen erfordert und dass Vertragsverhandlungen geführt werden müssen, doch heisst auch dies nicht, dass hierin eine Zutrittsschranke zu erblicken wäre, zumal eine Zusammenarbeit mit Unternehmen möglich ist, die bereits schweizweit mit Verkaufsstellen vertreten sind. Der Verhandlungsaufwand ist daher beschränkt. In diesem Sinne sind keine "kontinuierlichen erheblichen finanziellen und zeitlichen Investitionen" erforderlich, wie die Vorinstanz in der Duplik schreibt. Der Anschluss an ein bestehendes oder die Schaffung eines neuen *call centers* schliesslich erscheint ebenfalls nicht als so aufwändig, dass darin eine Marktzutrittsschranke zu erblicken wäre.

c) Gewinnaussichten

Die Vorinstanz vertritt sodann weder in der Verfügung noch in ihren Schriftsätzen die Meinung, fehlende Gewinnaussichten im relevanten Markt würden weiteren - auch ausreichend gewichtigen - Marktzutritten entgegenstehen. Die Entwicklung der letzten Jahre (Markteintritte, Wachstum der POS-Netze und der Absätze der TU) zeigt denn auch, dass diverse Unternehmen solche Aussichten offenbar bejahen (bzw. sich aus einer Tätigkeit im Ticketing andere Vorteile erhoffen). Würde man trotz dieser Entwicklung von fehlenden Gewinnaussichten ausgehen, wäre - bei fehlenden Zutrittsschranken - nicht anzunehmen, dass ein bestehender grosser Anbieter eine Monopolrente abschöpft. Dann bestünde jedoch auch kaum Anlass für kartellrechtliche Interventionen. Wenn kleinere, nur regional tätige TU der Beschwerdeführerin gegenüber teilweise möglicherweise keinen leichten Stand haben, ist dies nicht unbedingt auf einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung zurückzuführen, sondern möglicherweise darauf, dass deren Unternehmensmodelle nicht marktkonform oder die Preise zu hoch sind, oder dass sie für Anlässe von landesweiter Bedeutung mangels flächendeckender Präsenz schlicht keine Ausweichmöglichkeit darstellen, wie die Vorinstanz in Randziffer 27 der Verfügung durchblicken lässt, allerdings ohne daraus Folgerungen für die Marktabgrenzung zu ziehen.

d) Angebotssubstituierbarkeit

Was schliesslich die Angebotsumstellungsflexibilität angeht, hat die Vorinstanz diese nicht berücksichtigt. Hätte sie das getan, hätte sie realisiert, dass ihre Argumentation zum potenziellen Wettbewerb mangelhaft ist, und gesehen, dass nicht in erster Linie zu prüfen ist, ob bestehende regional tätige Konkurrenten wachsen können, sondern vielmehr, ob Konkurrenten z. B. zusammen mit Unternehmen mit einer bestehenden Vertriebsstruktur kurzfristig und ohne wesentliche Kosten und Risiken in den Markt eintreten können (was in der Zwischenzeit denn auch geschehen ist; vgl. Ziffer 5.3.3). Dies hätte sie umso mehr berücksichtigen sollen, als sie selber bereits 1997 auf die Existenz von für den Ticketvertrieb geeigneten Verkaufsstellennetzen

hingewiesen hat (vgl. RPW 1997/4, S. 575). Dass Angebotssubstituierbarkeit gegeben ist, geht nicht zuletzt auch daraus hervor, dass die Beschwerdeführerin speziell für Endkunden, die nicht über einen Internetanschluss verfügen (bzw. die traditionelle POS bevorzugen), gemeinsam mit der Post für die Zeit ab 2006 die Aufnahme des Ticketvertriebs über die Poststellen plant. Unter diesem Titel oder beim potenziellen Wettbewerb sind schliesslich etwa die Pläne von Elca/Secutix und Naville beziehungsweise von Vision One und Valora, ins Ticketing-Geschäft einzusteigen, zu nennen.

e) Prüfung der Vorinstanz: Entfaltungsmöglichkeit aktueller Konkurrenten

Die Vorinstanz argumentierte zur Begründung mangelhaften potenziellen Wettbewerbs zunächst damit, bereits existierende regional tätige TU wie Klicket, In-Szene Tickets und Resaplus könnten auf dem Markt nicht bestehen und sich vergrössern (Rz. 48 der Verfügung). Diesbezüglich moniert die Beschwerdeführerin, die Expansion bestehender Konkurrenten entspreche nicht der Definition des potenziellen Wettbewerbs. Das ist insofern unzutreffend, als nach der Lehre auch die Möglichkeit aktueller Konkurrenten, sich zu entwickeln, beim potenziellen Wettbewerb zu prüfen sei (Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., S. 286, Rz. 584). Geht man aber davon aus, dass die regional tätigen TU bei den Grossanlässen von landesweiter Bedeutung an sich nicht Konkurrenten der Beschwerdeführerin sind, da sie die Voraussetzungen einer erfolgreichen Tätigkeit nicht erfüllen, hat dieses Element nur untergeordnete Bedeutung.

Die Vorinstanz nennt die abstrakten Kriterien des potenziellen Wettbewerbs in der Duplik zwar zutreffend. Was sie in der Verfügung geprüft hat, stimmt damit jedoch nicht (bzw. nur sehr partiell) überein. Das weitere Argument der Vorinstanz, sie hätte die von der Beschwerdeführerin genannten Konkurrenten (etwa RailAway, Star Ticket und Ticketino) im Rahmen des potenziellen Wettbewerbs gewürdigt, trifft nicht zu. Jedenfalls lässt sich der Verfügung diesbezüglich nichts entnehmen.

f) Prüfung der Vorinstanz: Exklusivitätsklauseln als Marktschranken

Die Vorinstanz beruft sich zur Begründung mangelhaften potenziellen Wettbewerbs im Wesentlichen auf die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen der Beschwerdeführerin mit den Veranstaltern, in welchen sie eine unüberwindliche Zutrittsschranke erblickt, die nicht nur anderen TU den Markterfolg verunmögliche, sondern auch die Entwicklung neuer Technologien verhindere (Rz. 48 - 50 der Verfügung).

Marktzutrittsschranken können nicht nur in staatlichen Regulierungen, hohen Anfangsinvestitionen, entsprechenden sunk costs sowie fehlenden Gewinnaussichten begründet sein, sondern auch im Verhalten eines marktmächti-

gen Unternehmens. Solche Schranken sind jedoch in der Regel im Verhältnis zu strukturellen Schranken von zweitrangiger Bedeutung und dienen vor allem der Bestätigung des Befunds aus der Strukturanalyse (Clerc, a.a.O., Art. 4, Rz. 105; zu Beispielen für strategische oder Verhaltensschranken vgl. Clerc, a.a.O., Art. 4, Rz. 130). Entsprechend sind sie nicht nur pauschal, sondern seriös und mit der erforderlichen Differenziertheit zu prüfen.

Diese Anforderung ist vorliegend nicht erfüllt. Die Vorinstanz hat sich nicht damit auseinandergesetzt, dass die Dauer der vertraglichen Bindung der Veranstalter an die Beschwerdeführerin beschränkt ist. Geht man für den Normalfall von erstmaligen dreijährigen Verträgen mit einjähriger Verlängerung aus und berücksichtigt man, dass die dreijährige Bindung bei einem grossen Teil der Geschäftspartner bereits abgelaufen ist, gibt es laufend Veranstalter, unter welchen aktuelle und potenzielle Konkurrenten ihre Kundschaft akquirieren können. Sollten praktische Probleme bestehen, weil sich mögliche bald frei werdende Geschäftspartner nicht identifizieren lassen, könnten die Konkurrenten über die Verbände an die Veranstalter gelangen, um ihr Angebot zu einem baldigen Wechsel zu unterbreiten. Die Vorinstanz wird sich mit dieser Thematik noch zu befassen haben, falls sie an ihrer Auffassung, die Beschwerdeführerin habe eine beherrschende Stellung, festhält. Erhellend dürfte diesbezüglich eine Befragung derjenigen aktuellen Konkurrenten sein, die in letzter Zeit stark wachsen konnten.

g) Schlussfolgerung

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen trifft für den Ticketvertrieb zu, was für Dienstleistungsmärkte als Regelfall anzunehmen ist, nämlich dass der Marktzugang für potenzielle Konkurrenten in der Regel leicht ist (vgl. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 181), im Gegensatz etwa zu Bereichen der Industrie, welche höhere Investitionen erfordern. Können andere Unternehmen ihr Angebot im Sinne der Angebotssubstituierbarkeit erweitern und sind Markteintritte mangels echter Zutrittsschranken möglich, finden sie aber dennoch nicht statt, bedeutet dies, dass Unternehmen vorhanden sind, welche unabhängiges Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens verhindern (vgl. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 165 f.).

Deshalb und in Anbetracht der oben stehenden Überlegungen kommt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Schluss, dass die Vorinstanz gestützt auf eine unzulängliche Prüfung folgerte, potenzieller Wettbewerb sei zu verneinen. Angesichts der Mängel dieser Prüfung erstaunt nicht weiter, dass ihre Einschätzung durch die seitherige Entwicklung widerlegt worden ist. Hat die Vorinstanz wesentliche Faktoren nicht oder nicht mit der nötigen Differenzierung geprüft, führt auch der Verweis auf den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht weiter. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfra-

gen verfügt über dieselbe Kognition und ist im Übrigen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verpflichtet, diesen auszuschöpfen (BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen).

### 5.3.7 Weitere Elemente der Beurteilung der Marktstellung

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist die Vorinstanz als erstinstanzliche Behörde gehalten, bei der Prüfung der Marktstellung möglichst alle sachdienlichen Elemente zu veranschlagen, und sich nicht auf diejenigen zu beschränken, welche schnellstmöglich zur Feststellung einer beherrschenden Stellung führen, wie dies in der Literatur teilweise vertreten wird.

Angesichts des Zeitablaufs und der nun einige Jahre dauernden Entwicklung der Konkurrenzverhältnisse im Ticketingbereich wird es der Vorinstanz bei der Neubeurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin nun möglich sein, weitere Elemente von Marktstruktur, -verhalten und -ergebnis zu veranschlagen und ihre Einschätzung so abzurunden (vgl. z. B. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 172 ff.; Schmidhauser, a.a.O., Art. 4, Rz. 65 ff.; zu den Elementen des Marktergebnistests ferner etwa Schluap, "Wirksamer Wettbewerb" - Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 1987, S. 85).

Nebst der Grösse des Gesamtmarktes und den Marktanteilen in einem bestimmten Zeitpunkt sollten insbesondere die Entwicklung des Gesamtmarktes (Wachstum, Stagnation, Schrumpfung) und die individuellen Absatzkurven veranschlagt werden. Aufschlussreich dürfte sodann die Entwicklung der Unternehmensstrukturelemente, wie der Grössenvorteile und des Renommés, sein (vgl. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a. a. O., S. 174 ff.). Ferner sind die Reaktionen der Marktgegenseite und der Konkurrenten auf das Verhalten des zu prüfenden Unternehmens zu veranschlagen (z. B. Ausweichen auf Eigenvertrieb, Aufnahme des Ticketvertriebs für Dritte, Entwicklung zum parallelen Ticketvertrieb durch mehrere TU etc.) und ist gestützt darauf zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerin effektiv über die Macht verfügt, ihre Bedingungen gegen den Willen dieser Marktteilnehmer am Markt durchzusetzen. Schliesslich wird die Vorinstanz die Kosten berücksichtigen, die der Marktgegenseite durch das Ausweichen auf Konkurrenten entstehen, und diese in Bezug setzen zu den Konkurrenzangeboten, ihren Preisen und Bedingungen.

### 5.3.8 Schlussfolgerung

Eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin im Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU ist somit nicht nachgewiesen. Der

aktuelle Wettbewerb und die Entwicklung der Marktverhältnisse in den letzten Jahren sprechen gegen eine solche Stellung.

Die Vorinstanz ist schon im Verfügungszeitpunkt zu Unrecht von einer beherrschenden Stellung ausgegangen, indem sie gestützt auf eine widersprüchliche Marktabgrenzung die Marktdaten mangelhaft erhob und berechnete, den potenziellen Wettbewerb unzutreffend und undifferenziert würdigte, die Angebotssubstituierbarkeit ausser Acht liess und die Stellung der Marktgegenseite, die gerade bei den Grossveranstaltern beträchtlich sein dürfte, da die TU mit diesen den grössten Teil ihrer Umsätze generieren, weitgehend ausblendete.

#### 5.4 Unzulässige Verhaltensweise

Wie in Ziffer 5.3 gezeigt wurde, ist die Folgerung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin verfüge über eine marktbeherrschende Stellung, auf Grund der mangelhaften Sachverhaltsabklärung und Rechtsanwendung nicht belegt und spricht die Entwicklung der Verhältnisse in dem von der Vorinstanz abgegrenzten relevanten Markt eher gegen die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, sich von anderen Marktteilnehmern im Wesentlichen unabhängig verhalten zu können. Die Vorinstanz wird diese Fragen nach der Klärung des relevanten Marktes neu zu prüfen haben.

In dieser Situation erübrigt sich an sich die weitere Prüfung, ob die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen zwischen der Beschwerdeführerin und den Veranstaltern eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 des Kartellgesetzes darstellen, die andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Behinderungsmissbrauch) oder die Marktgegenseite benachteiligen (Benachteiligungsmissbrauch). Dennoch rechtfertigen sich aus prozessökonomischen Gründen und angesichts des Anspruchs der Parteien auf Behandlung wesentlicher Vorbringen einige Hinweise zur Beurteilung der untersuchten Verhaltensweise.

#### 5.4.1 Vertragsklauseln und ihre Durchsetzung

Beschwerdeführerin und Vorinstanz sind uneins in der Frage, ob die vertraglichen Exklusivitätsklauseln als solche zu beurteilen sind oder deren tatsächliche Durchsetzung. Die Vorinstanz beurteilt - entsprechend dem Grundsatz *pacta sunt servanda* - die vertraglich vereinbarten Exklusivitätsklauseln. Die Beschwerdeführerin argumentiert sinngemäss, dieser Vertragsinhalt gelte nicht ohne Durchbrechungen und werde im Übrigen von ihr nicht durchgesetzt, weshalb nicht diese Klauseln, sondern die Realität zu untersuchen und beurteilen sei.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen spricht nichts dagegen, die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen zu untersuchen. Denn diese beeinflussen das Verhalten der Marktgegenseite zweifellos. Grundsätzlich ist von der Vertragstreue der Parteien auszugehen. Wenn die Beschwerdeführerin die Klauseln nicht durchsetzen will, könnte sie auf sie ohne weiteres verzichten. Dazu ist sie jedoch nicht bereit, wie ihr Verweis auf das Anliegen des Investitionsschutzes (und die von der Vorinstanz noch nicht untersuchte Änderung ihres Verhaltens [Preisdifferenzierung nach Massgabe des Eingehens einer Exklusivitätsbindung]) zeigt. Aus diesen Gründen ist die Frage, ob und inwieweit die Klauseln durchgesetzt werden, für die Beurteilung ihrer Zulässigkeit an sich nicht massgeblich.

Ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass sie die Zulässigkeit der Klauseln als solche beurteilen kann, ist es auch nicht in erster Linie ihre Pflicht zu klären, inwiefern sie in der Praxis durchgesetzt werden oder nicht. Dies zu substantiieren obliegt eher der Beschwerdeführerin selber, die aus ihrer abweichenden Meinung Schlüsse zu ihren Gunsten ableiten will.

Soweit sich die Vorinstanz bei der Beurteilung der Klauseln jedoch wesentlich auf das Argument stützt, die Veranstalter würden durch die Exklusivitätsklausel gezwungen, nebst Grossanlässen, bei denen sie auf die Dienstleistungen der Beschwerdeführerin angewiesen seien, auch Anlässe von regionaler Bedeutung über die Beschwerdeführerin zu vertreiben, ist jedoch die gesamte (Vertrags-)Realität einzubeziehen. Werden tatsächlich gerade in Verträgen mit Grossveranstaltern angesichts ihrer Gegenmacht regelmässig Ausnahmen von den Klauseln vereinbart, wie die Beschwerdeführerin behauptet, gehören solche Vereinbarungen ebenfalls zu den vertraglichen Regelungen und kann nicht behauptet werden, diese Veranstalter würden durch die Exklusivitätsklauseln gezwungen, die Beschwerdeführerin auch bei regionalen Anlässen beizuziehen (Exklusivitätsklausel A) beziehungsweise alle Tickets über sie abzusetzen (Exklusivitätsklausel B). Die Auffassung, von der Exklusivitätsklausel abweichende vertragliche Vereinbarungen seien nur von marginaler Bedeutung, bedarf einer entsprechenden sachverhältnismässigen Abstützung. Dabei kann nicht nur auf die absolute Zahl abwei-

chender Verträge abgestellt werden, sondern ist zu prüfen, welcher Anteil der Veranstaltungen beziehungsweise der Tickets davon betroffen ist (Untersuchungsgrundsatz).

#### 5.4.2 Ausbeutung der Marktgegenseite

Die Vorinstanz bezeichnet die Exklusivitätsklauseln als Benachteiligungsmisbrauch in der Form der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Die Veranstalter könnten mangels anderer TU mit flächendeckendem Vertriebsnetz nicht auf andere Anbieter ausweichen. Sie befänden sich im Dilemma, entweder eine Exklusivitätsbindung mit der Beschwerdeführerin einzugehen und deshalb auf eine Aufteilung des Vertriebs auf verschiedene TU verzichten zu müssen, oder aber regional tätige Konkurrenten zu berücksichtigen und für Veranstaltungen von landesweiter Bedeutung keinen flächendeckend präsenten Vertriebsdienstleister zu haben (Rz 58 - 62 der Verfügung).

Diese Argumentation ist unzutreffend, weil mit RailAway, Star Ticket und anderen TU weitere landesweit mit POS vertretene Vertriebsdienstleister am Markt tätig sind, wie in Ziffer 5.2 gezeigt wurde. Entsprechend ist kein Veranstalter gezwungen, die Bedingungen der Beschwerdeführerin zu akzeptieren.

Ob den Veranstaltern mit dem Eigenvertrieb noch eine zusätzliche Ausweichmöglichkeit zu Gebote steht, ist in dieser Situation nur noch von beschränkter Bedeutung. Die Aussage der Vorinstanz, das Verbot des Eigenvertriebs werde vom Wortlaut der Exklusivitätsklauseln ebenfalls erfasst, ist aktenwidrig und lässt sich nicht mehr vertreten, nachdem die Beschwerdeführerin auch gegenüber den Veranstaltern bereits vor Erlass der Verfügung klargestellt hat, der Eigenvertrieb sei davon nicht betroffen. Im Übrigen argumentiert die Vorinstanz beispielsweise in Randziffer 72 der Verfügung selber, eine Mehrheit der Veranstalter betreibe auch Eigenvertrieb, und der Eigenvertrieb sei von der Exklusivitätsklausel ausgenommen.

Die Exklusivitätsklauseln können daher nur noch insofern als Benachteiligung der Marktgegenseite in Betracht fallen, als die Handlungsfreiheit der Veranstalter während einer bestimmten Zeit (erstmal drei Jahre, Verlängerung ohne Kündigung um ein Jahr) eingeschränkt wird. Die Vorinstanz hat sich mit diesem Aspekt bisher nicht auseinandergesetzt. Dies ist nachzuholen, falls sie nach der Bereinigung des relevanten Marktes und der Neubeurteilung von aktuellem und potenziellem Wettbewerb sowie der Stellung der Marktgegenseite zum Schluss kommen sollte, die Beschwerdeführerin verfüge immer noch über eine beherrschende Stellung. Die zeitliche Beschränkung wird auch in der Verfügung vom 1. September 1999 (publiziert in: RPW

1999/1, S. 72 f.), auf den die Vorinstanz in Randziffer 82 der Verfügung verweist, nicht behandelt. Im übrigen macht die Vorinstanz nicht klar, inwiefern dieser Entscheid für die hier zu beurteilende Situation einschlägig ist, lässt sich ein ehemals staatlich konzessioniertes Monopolunternehmen mit einem Privaten, der seine Geschäftstätigkeit von Grund auf selbst aufgebaut hat, doch nicht ohne weiteres vergleichen.

Ist davon auszugehen, dass Ausweichmöglichkeiten auch im Bereich der Anlässe von landesweiter Bedeutung bestehen, erscheint sodann der Einfluss der Veranstalter auf Preise und Geschäftsbedingungen in einem neuen Licht. Sollte die Vorinstanz im Rahmen der zeitlich beschränkten Exklusivbindung auch weiterhin von einer relevanten Einschränkung der Handlungsfreiheit der Veranstalter bezüglich Preisen und Konditionen ausgehen, wäre dies gestützt auf die tatsächlichen Verhältnisse (Preis-/Leistungsverhältnis) zu beurteilen.

#### 5.4.3 Verhältnismässigkeit

Die Vorinstanz stellt in Randziffer 67 der Verfügung (vgl. ferner Rz. 57 der Verfügung) mit Verweis auf die Literatur richtig fest, dass Geschäftsbedingungen unangemessen sind, wenn sie unbillig oder unverhältnismässig sind, dass es zur Feststellung der Unbilligkeit einer Abwägung der Interessen der Beteiligten bedarf, dass den Interessen der Beteiligten dann Genüge getan wird, wenn das Interesse des Marktbeherrschers und der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der Handelspartner in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen und dass bei der Beurteilung der Unangemessenheit auch die Behinderungswirkung zu Lasten der Konkurrenten zu berücksichtigen ist (zum letztgenannten Punkt vgl. sogleich Ziffer 5.4.4). Daraus folgt, dass eine Benachteiligung der Marktgegenseite beziehungsweise Behinderung der Konkurrenten im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c des Kartellgesetzes nur dann vorliegen kann, wenn die Abwägung der genannten Interessen zum Schluss führt, die Geschäftsbedingung sei unbillig oder unverhältnismässig. Ist dies der Fall, stellt sich weiter die Frage, ob die unangemessene Geschäftsbedingung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt werden kann. Liegt eine unbillige oder unverhältnismässige Geschäftsbedingung nicht vor, erübrigt sich die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung mangels einer unzulässigen Verhaltensweise.

Die Vorinstanz hat diese Reihenfolge in ihrem Prüfungsschema nicht eingehalten, sondern in den Randziffern 58 - 65 zuerst auf Benachteiligung und Behinderung geschlossen, dann in den Randziffern 69 - 76 die Rechtfertigbarkeit aus sachlichen Gründen geprüft und schliesslich in Randziffer 77 ff. das Thema Verhältnismässigkeit angeschnitten. Dieses Vorgehen kann nicht

zu einem korrekten Resultat führen. Denn es kann darauf hinauslaufen, dass eine missbräuchliche Verhaltensweise angenommen wird, obwohl keine Erzwingung einer unangemessenen Geschäftsbedingung vorliegt.

Dies gilt vor allem dann, wenn die unter dem Titel der Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmende Abwägung der Interessen von Beschwerdeführerin, Marktgegenseite und Konkurrenten - wie vorliegend der Fall - gar nicht durchgeführt wird. Inhalt der Randziffern 77 ff. ist jedenfalls nicht diese Interessenabwägung. Dort steht vielmehr,

- dass das Anliegen der Bindung der Vertragspartner auch mit dem milderen Mittel des Mengenrabattes nach Massgabe allfälliger Skalenerträge angestrebt werden könnte (Rz. 77),
- dass Treuerabatte nach Massgabe der Deckung des gesamten Bedarfs (oder eines wesentlichen Teils davon) beim marktbeherrschenden Unternehmen unzulässig seien (Rz. 78),
- und dass eine Exklusivitätsklausel ohne Gegenleistung unverhältnismässig sei (Rz. 79).

Die ersten beiden Punkte beziehen sich nicht auf das untersuchte Verhalten und damit den Streitgegenstand, sondern auf eine künftige Alternative. Eine Interessenabwägung zum untersuchten Verhalten liegt schon deshalb nicht vor. Der dritte Punkt bezieht sich ausschliesslich auf das Verhältnis Beschwerdeführerin/Veranstalter und ist vorerst nur eine nicht begründete Behauptung, gegen welche sich die Beschwerdeführerin mit Argumenten wehrt, die von der Vorinstanz noch nicht behandelt wurden (Rz. 384 der Beschwerde). Daher enthält auch dieser Punkt die geforderte Interessenabwägung nicht.

Entsprechend wird die Vorinstanz die Abwägung der Interessen der Beschwerdeführerin, der Marktgegenseite und der Konkurrenz-TU noch vorzunehmen haben, falls sie zum Schluss kommen sollte, eine beherrschende Stellung sei gegeben.

#### 5.4.4 Behinderung der Konkurrenten

Die Vorinstanz argumentiert, die Exklusivitätsklauseln A (Beschwerdeführerin vertreibt alle Veranstaltungen) und B (Beschwerdeführerin vertreibt alle Tickets einer Veranstaltung) und ihre durch Kombination verstärkte Wirkung stellen eine Behinderung der Konkurrenten in Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs dar (Art. 7 Abs. 1 KG). Die Exklusivitätsklausel A behindere sie beim Aufbau eines Verkaufsstellennetzes und verunmögliche den Abschluss von Verträgen. Die Exklusivitätsklausel B schliesse den parallelen Vertrieb der Tickets durch schweizweit und regional tätige TU für eine Veranstaltung aus, und regionale TU könnten ihr Verkaufsstellennetz mangels Kontingenten nicht vergrössern.

Dazu ist vorab festzuhalten, dass die Entwicklung der letzten Jahre zeigt, dass die Exklusivitätsklauseln Marktzutritte, den Ausbau des Verkaufsstellennetzes und die Steigerung der Umsätze auf Seiten der aktuellen und potenziellen Konkurrenten nicht verhindert haben. Daraus kann noch nicht gefolgert werden, dass diese Klauseln nicht doch behindernd wirken. Denn wie die Entwicklung ohne die Existenz der Klauseln verlaufen wäre, lässt sich nicht feststellen.

Würden die beiden Klauseln nicht existieren, könnten Konkurrenz-TU jederzeit alle Veranstalter für eine baldige umfassende oder sofortige teilweise Zusammenarbeit zu gewinnen versuchen. Der Unterschied zwischen der Situation mit und derjenigen ohne die Exklusivitätsklauseln bezieht sich also auf die Menge der Veranstalter, die im Zeitpunkt X angesprochen werden können, und auf die Dauer, in welcher sich eine Zusammenarbeit realisieren lässt. Insofern stellen die Exklusivitätsklauseln eine Behinderung der Konkurrenten dar.

Bei der Abwägung der Interessen der Beschwerdeführerin, der Marktgegenseite und der Konkurrenten wird sich die Vorinstanz auch mit der Frage auseinandersetzen, ob das Interesse der Konkurrenten an einem jederzeitigen unbeschränkten Zugang zu allen Veranstaltern ausreicht, um eine zeitlich beschränkte Exklusivbindung zwischen Veranstaltern und TU, die sich in der Abwägung der Interessen dieser Vertragspartner als zulässig erweist, dennoch zu beanstanden. Mit anderen Worten wird sie prüfen, ob sich in der Option, dass die Exklusivitätsklausel *keine* Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen darstellt, überhaupt noch behaupten lässt, dass diese Vereinbarung deshalb unzulässig ist, weil sie indirekt oder reflexweise behindernde Wirkungen auf Konkurrenten haben kann.

Sinnvoll könnte mit Blick auf den Erlass einer allfälligen neuen Verfügung auch sein zu prüfen, welche Rolle Grössenvorteile und die Sortimentsbreite beim Ticketvertrieb spielen (die Attraktivität eine TU für die Endkunden dürfte

mit der Anzahl angebotener Veranstaltungen zunehmen, weshalb für TU Strategien zur Ausdehnung des eigenen Angebots und zur Einschränkung des Angebots der Konkurrenten besonders attraktiv werden).

#### 5.4.5 Rechtfertigungsgründe

Die Frage der *legitimate business reasons* stellt sich nur, wenn eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen zu bejahen ist, was zu prüfen bleibt.

Bezüglich der Rechtfertigungsgründe ist die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit der Vorinstanz der Auffassung, dass die von der Beschwerdeführerin genannten Elemente der angeblichen Nichtdurchsetzung der Exklusivitätsklauseln und der Möglichkeit der Vereinbarung von Kontingenten keine *legitimate business reasons* darstellen. Eine vereinbarte Ausschliesslichkeit lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass sie nicht durchgesetzt werde oder dass Ausnahmen vereinbart werden können. Ebenso wenig fällt der Umstand, dass die Exklusivitätsklauseln für den Eigenvertrieb nicht gelten, als *legitimate business reason* in Betracht.

Zu beanstanden ist jedoch, dass die Vorinstanz die Angabe der Beschwerdeführerin, der Schutz ihrer Investitionen bedinge ein minimales Umsatzvolumen, nicht geprüft hat. Der Hinweis, dies sei in Randziffer 77 ff. der Verfügung geprüft worden, ist unzutreffend; Gegenstand dieser Erwägungen ist etwas anderes (vgl. Ziffer 5.4.2).

#### 5.4.6 Schlussfolgerung

Die Folgerung der Vorinstanz, die Exklusivitätsklauseln stellten eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c. KG) dar, ist aus den genannten Gründen nicht nachgewiesen.

Sollte die Vorinstanz bei der erneuten Prüfung zum Schluss kommen, das untersuchte Verhalten sei unzulässig, wird sie auch erwägen, inwiefern aus Gründen der Verhältnismässigkeit neben einem Verbot dieser Verhaltensweise auch ein weniger starker Eingriff, beispielsweise eine Beschränkung der Vertragsdauer auf generell ein Jahr reicht, um die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen.

### 5.5 Ergebnis

Die Vorinstanz hat den massgeblichen Sachverhalt nicht korrekt und vollständig festgestellt, indem sie die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle aus der Sicht der Marktgegenseite nicht prüfte und nicht alle aktuellen Konkurrenten berücksichtigte. Sie hat das Recht unzutreffend angewendet, indem sie den sachlich relevanten Markt unklar und widersprüchlich abgrenzte, den aktuellen und potenziellen Wettbewerb unzutreffend beurteilte, daher zu Unrecht auf eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin schloss, und indem sie die von ihr untersuchte Verhaltensweise unzulänglich beurteilte.

Die Verwaltungsbeschwerde ist daher gutzuheissen und die Verfügung aufzuheben. Die Vorinstanz wird zu entscheiden haben, ob die Untersuchung weiterzuführen und eine neue Verfügung im Sinne der Erwägungen zu treffen ist, oder ob die Untersuchung mittels einer einvernehmlichen Regelung abzuschliessen oder allenfalls einzustellen ist.

## 6. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von ihr am 27. Januar 2004 geleistete Kostenvorschuss von Fr. ... ist ihr zu Lasten der Bundeskasse zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0).

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Auf die Kosten der Vertretung und Verbeiständung finden nach Artikel 8 Absatz 3 Kostenverordnung sinngemäss die Bestimmungen über die Anwaltskosten im Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (Tarif, SR 173.119.1) Anwendung. Gemäss Artikel 8 Absatz 1 der Kostenverordnung hat die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, der Beschwerdeinstanz vor ihrem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; reicht sie diese nicht rechtzeitig ein, setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen fest.

Mit Kostennote vom 19. Mai 2005 beziffert der Vertreter der Beschwerdeführerin seine Honorarforderung, unter Verweis auf Artikel 4 Absatz 1 des Tarifs und mangels eines in Franken bestimmbaren Streitwerts unter Berücksichtigung der Elemente der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie des hohen zeitlichen Aufwandes (ca. ... Stunden) auf Fr. ..., wobei er mit Verweis auf Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im

Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) einen Stundenansatz von Fr. ....- einsetzt, der beträchtlich unter den Ansätzen seiner Kanzlei liege.

Das Honorar richtet sich in der Regel nach dem Streitwert. Es wird im Rahmen des in diesem Tarif vorgesehenen Höchst- und Mindestbetrags nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts bemessen (Art. 4 Abs. 1 Tarif). Der danach in der Regel zulässige Höchstbetrag der Entschädigung für das Honorar des Vertreters vermindert sich für Beschwerden an eidgenössische Rekurskommissionen um einen Viertel (Art. 8 Abs. 4 der Kostenverordnung). Lässt sich hingegen der Streitwert nicht ziffernmässig bestimmen, ist die Entschädigung unter Berücksichtigung der Wichtigkeit der Streitsache (einschliesslich des wirtschaftlichen Interesses an der Streitsache), ihrer Schwierigkeit sowie des Umfangs der Arbeitsleistung und des Zeitaufwands des Anwalts zu bestimmen (vgl. BGE 120 V 215 E. 4b und 5).

Für den Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung ist in der Regel keine eingehende Begründung erforderlich (BGE 111 Ia 1 E. 2a). Für die Bemessung des Honorars ist Folgendes in Betracht zu ziehen. Betreffend die Wichtigkeit der Sache ist anzuerkennen, dass der Ausgang des Verfahrens für die Beschwerdeführerin von grundlegender und wirtschaftlicher Bedeutung ist. Ferner waren eingehende Abklärungen für das Verständnis der wirtschaftlichen Abläufe und die Überprüfung der von der Vorinstanz ermittelten Sachverhalte notwendig. In Bezug auf den Umfang der Arbeitsleistung muss man sich indessen fragen, ob es tatsächlich notwendig war, in den Rechtsschriften derart weit auszuholen, nachdem bereits vor der Wettbewerbskommission ein aufwändiges Verfahren stattgefunden hat.

Vorliegend wurde keine detaillierte Kostennote eingereicht. Der Stundenansatz von Fr. ....- ist nicht zu beanstanden. Der im Einzelnen nicht belegte Zeitaufwand von ... Stunden erscheint jedoch als sehr hoch. In Bezug auf vergleichbare Fälle erweist sich die Forderung von Fr. ... klar als zu hoch.

Die Parteientschädigung ist im Total auf Fr. ... festzusetzen, wobei in dieser Summe nebst dem Honorar (inkl. Mehrwertsteuer) auch die übrigen Aufwendungen abgegolten sind.

Vorliegend hat sich die Beschwerdegegnerin 2 mit den Begehren am Verfahren beteiligt, der Verwaltungsbeschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen, die Beschwerde sei abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz zu bestätigen. Eigene Anträge stellte sie vor allem hinsichtlich des Entzugs der aufschiebenden Wirkung. Zur Hauptsache äusserte sie sich nicht einlässlich. Daher beschränkt sich ihre Kosten- und Entschädigungspflicht auf das Zwischenverfügungsverfahren, wo sie unterlegen ist.

**Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003 wird aufgehoben.
  
2. Die Vorinstanz wird angewiesen, die Angaben der Beschwerdeführerin zu Marktvolumen und Marktanteil in den Aktenstücken 177 und 178 abzudecken, sofern sie die entsprechenden Angaben der Beschwerdeführerin und der anderen Marktteilnehmer mangels Geschäftsgeheimnisqualität nicht generell offen legt.
  
3. *Rückerstattung des Kostenvorschusses.*
  
4. *Kosten für die Zwischenverfügung.*
  
5. *Parteientschädigung für das Zwischenverfügungsverfahren.*
  
6. *Parteientschädigung für das Hauptverfahren.*
  
7. *Rechtsmittelbelehrung.*
  
8. *Eröffnung.*

REKURSKOMMISSION  
FÜR WETTBEWERBSFRAGEN

Der Präsident  
H. Urech

Die juristische Sekretärin  
K. Bigler