

Sonderdruck aus:



Band 2

Symposium Schluép

Querbezüge zwischen Kommunikations-  
und Wettbewerbsrecht

Rolf H. Weber (Hrsg.)

Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und  
Kommunikationsrecht der Universität Zürich

---

HANS CASPAR VON DER CRONE

ROGER GRONER

Marktmacht- und  
Zusammenschlusskontrolle  
im Medien- und Filmbereich

---

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1998

# Marktmacht- und Zusammenschlusskontrolle im Medien- und Filmbereich

Hans Caspar von der Crone\* / Roger Groner\*\*

<b>I. Medien und Wettbewerb</b> .....	46
<b>II. Presse</b> .....	48
A. Marktstrukturen im Pressebereich .....	48
B. Relevanter Markt im Pressebereich .....	50
1. Allgemeines .....	50
2. Lesermarkt .....	51
a) Unterscheidung nach Inhalt .....	51
b) Unterscheidung nach Form .....	52
c) Unterscheidung nach zeitlicher Erscheinungsweise .....	52
d) Substitutionswettbewerb .....	53
3. Anzeigenmarkt .....	53
C. Marktmachtkontrolle im Pressebereich .....	54
1. Allgemeines .....	54
2. Marktbeherrschende Stellung .....	55
3. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung .....	55
D. Zusammenschlusskontrolle .....	57
1. Meldepflicht .....	57
2. Beurteilung von Zusammenschlüssen .....	59
<b>III. Radio und Fernsehen</b> .....	61
A. Marktstrukturen im Radio- und Fernsehbereich .....	61
B. Vorbehaltene Vorschriften .....	62
C. Der relevante Markt im Radio- und Fernsehbereich .....	63
D. Marktmachtkontrolle im Radio- und Fernsehbereich .....	64
1. Marktbeherrschende Stellung .....	64
2. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung .....	64
<b>IV. Filmverleih</b> .....	67
A. Marktstrukturen im Filmverleih .....	67
B. Der relevante Markt im Filmverleih .....	68
C. Marktmachtkontrolle im Filmverleih .....	69
1. Allgemeines .....	69
2. Marktbeherrschende Stellung .....	70
3. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung .....	70
<b>V. Schlussbemerkung</b> .....	71

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Rechtsanwalt, Zürich.

\*\* Lic. iur., Assistent an der Universität Zürich, Rechtsanwalt, Zürich.

## I. Medien und Wettbewerb

Die freie Meinungsbildung ist die Grundlage einer demokratischen Staatsordnung. Im Prozess der Meinungsbildung kommt den Medien eine bedeutende Funktion zu<sup>1</sup>. Wegen dieser zentralen staatspolitischen Funktion geht die einschlägige wettbewerbspolitische Diskussion teilweise von einer besonderen wettbewerbsrechtlichen Schutzbedürftigkeit der Medien nicht nur mit Bezug auf ihre Stellung als Wirtschaftsteilnehmer, sondern auch mit Bezug auf die Erhaltung des publizistischen Wettbewerbs aus<sup>2</sup>.

Wir möchten dieser Annahme die These entgegenstellen, dass die Eigenheiten des Produktes der Medien den publizistischen Wettbewerb inhärent fördern, so dass gerade nicht von einer besonderen Schutzbedürftigkeit ausgegangen werden muss. Ein Vergleich des Medienmarktes mit dem Markt für Computerbetriebssysteme und -software soll diese These untermauern.

Der Markt für Betriebssysteme und Software ist durch einen Trend zur Standardisierung geprägt. Der Konsument gewinnt, wenn er das gleiche Produkt verwendet wie sein Nachbar: Breites Know how steht zur Verfügung; Daten gleichen Formats lassen sich leicht austauschen. Konsequenz ist das Phänomen des «tipping», der sich nach der einen oder anderen Seite neigenden Waage: Erreicht ein Produkt einmal einen Marktanteil von mehr als 40%, so verläuft die weitere Zunahme des Marktanteils oft exponentiell. So wies beispielsweise Microsoft Excel 1991 einen Marktanteil von 32%, 1993 einen solchen von 56%, heute einen solchen von über 90% auf, dies zu Lasten von starken Konkurrenzprodukten wie Lotus 1.2.3, die in die Be-

deutungslosigkeit verwiesen wurden<sup>3</sup>. Hinzu kommt als zweites Phänomen die «path dependency», die Präjudizierung von Innovation und Wettbewerb durch den Lauf der Dinge: Die Anordnung der Tasten auf der Schreibmaschine steht heute nicht zur innovativen Disposition, weil sich in einem frühem Stadium der Entwicklung eine Norm herausgebildet hat, von der abzuweichen sich angesichts der unzähligen investierten Ausbildungsstunden auch dann nicht lohnen würde, wenn – was behauptet wird – bessere Anordnungen denkbar wären.

Computerbetriebssysteme und -software weisen wegen dieser beiden Eigenheiten eine natürliche Tendenz zur Bildung von Monopolen auf. Im Medienbereich dagegen will der Konsument nicht Einheit, sondern Vielfalt. Unterschiedliche Ideologien und Vorlieben auf Seiten der Leser, Zuhörer und Zuschauerinnen schaffen ein Bedürfnis nach unterschiedlicher Darstellung von Informationen<sup>4</sup>. Ja: viele Konsumenten haben für sich selbst das Bedürfnis um – am Zürcher Beispiel – nicht nur die Sicht der NZZ, sondern auch diejenige des Tages-Anzeigers zu erfahren. Im Medienbereich fördern die Marktkräfte damit tendenziell den publizistischen Wettbewerb, sie wirken prokompetitiv<sup>5</sup>. Erweist sich diese These als zutreffend – genauer: lässt sie sich nicht falsifizieren – so ist dem publizistischen Wettbewerb in der wettbewerbsrechtlichen Analyse weder direkt noch indirekt Rechnung zu tragen.

<sup>1</sup> Vgl. WEBER ROLF H., Meinungskonzentration und Meinungspluralismus, Zürich 1995, 1; HEINZELMANN WILFRIED, Kartelle und Medien, in: AJP 1996, 943–949, 946. Die staatspolitische Bedeutung der Medien wird allerdings durch eine im Januar/Februar 1998 durchgeführte Befragung relativiert, wonach das Vertrauen in alle Medien, mit Ausnahme der Nachrichtenmagazine, gegenüber 1997 um 10% gesunken ist. 84% der Befragten vertrauen dem Radio, gefolgt von den Tageszeitungen mit 81% (vgl. Neue Zürcher Zeitung, 30. April 1998, S. 14).

<sup>2</sup> Vgl. HEINZELMANN (FN 1), 945; SCHÜRMANNS LEO/NOBEL PETER, Medienrecht, 2. Aufl., Bern 1993, 319 f.; KRESSE HERMANN, Marktöffnung und Pluralitätssicherung, in: KRESSE HERMANN (Hrsg.), Pluralismus, Markt und Medienkonzentration: Positionen, Berlin 1995, 11–94, 13 ff.; BINDER HERBERT, Kartellrecht und Medien, in: WITTMANN HEINZ (Hrsg.), Kartellrecht und Medien in Europa, 1–6, 3. BECKER JÜRGEN, Konzentrationstendenzen im Bereich des Rundfunks und ihre Rechtsprobleme, in: ZUM 1993, 1–2, 1.

<sup>3</sup> Vgl. Business Week, 28. September 1992; Business Week, 16. August 1993; Fortune Magazin, 26. Mai 1998.

<sup>4</sup> Eine Vielzahl von Medienunternehmen oder Medienerzeugnissen muss allerdings nicht zwangsläufig eine Erweiterung der Pluralität mit sich bringen, sondern kann auch zu einem «more of the same» führen (vgl. KRESSE [FN 2], 15; HENDRIKS BIRGER, Zum Wettbewerb im dualen Rundfunk, in: ZUM 1988, 209–216, 216).

<sup>5</sup> Vgl. MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, Baden-Baden 1978, 11.

## II. Presse

### A. Marktstrukturen im Pressebereich

Seit Mitte der achtziger Jahre geht im Pressemarkt die Zahl der Zeitungstitel durch Übernahmen, Zusammenschlüsse und Betriebseinstellungen von Presseunternehmen kontinuierlich zurück<sup>6</sup>. Ursachen dafür sind

- der Rückgang der Anzeigeneinnahmen<sup>7</sup>;
- die zunehmende Erwartungshaltung des Publikums an die Medien, die grössere Investitionen notwendig machen<sup>8</sup>;
- die höheren Produktionskosten<sup>9</sup> sowie
- die Tatsache, dass die meisten Preetitel die kritische Grösse einer Auflage von 100'000 Stück nicht erreichen<sup>10</sup>.

Diese Entwicklung ist als normaler Restrukturierungsprozess zu werten. Die Schweiz ist im europäischen Vergleich «over-newspapered»<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Vgl. RATHGEB JÜRIG, Medienstatistik Schweiz. Strukturdaten der Schweizer Massenmedien, Zürich 1996, 217; Die wirtschaftliche Lage der Schweizer Presse, Verband Schweizer Presse (Hrsg.), Zürich 1998, Entwicklung der Zeitungstitel und Zeitungsaufgaben seit 1939, S. 22; Geschäftsbericht der AG für die Neue Zürcher Zeitung, S. 4. Diese Titelreduktion wird allerdings durch eine deutliche Steigerung der Auflagenzahlen begleitet (vgl. Die wirtschaftliche Lage der Schweizer Presse, S. 22; VKK 1969, 171 ff.; VKK 1971, 125 ff.; VKK 1972, 25 ff.; VKK 1974, 251 ff.; VKK 1981, 41 ff.; VKK 1982, 35 ff.; VKK 1983, 85 ff.; VKK 1993, 21 ff.; SCHÜRMAN/NOBEL [FN 2], 321 ff.).

<sup>7</sup> Vgl. MEIER WERNER A., Medienpolitik im nationalen und internationalen Kontext, unveröffentlichtes Manuskript des Seminars für Publizistikwissenschaften der Universität Zürich, WS 96/97, Zürich 1996, 66; DUCREY PATRIK, Wettbewerbsrecht – Verhinderung oder Förderung der Monopolisierung bei den Medien, unveröffentlichtes Referat vor dem Seminar für Publizistikwissenschaft der Universität Zürich, 2. Die Werbeindustrie orientiert sich bei der Vergabe ihrer Aufträge an den Marktanteilen der Medienunternehmen und meidet kleinere oder regionale Medienunternehmen (vgl. RPW 1997, 191; HOLZNAGEL BERND, Konzentrationsbekämpfung im privaten Rundfunk, in: ZUM 1991, 263–271, 265).

<sup>8</sup> Vgl. Geschäftsbericht NZZ (FN 6), S. 5.

<sup>9</sup> Vgl. MEIER (FN 7), 66.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 1997, 187.

<sup>11</sup> Vgl. MEIER (FN 7), 66; RPW 1997, 189; Votum Strahm, Amtliches Bulletin NR 1995, 1098.

Begleitet wird die Verminderung der Zeitungstitel von zunehmender Kooperation unter lokal tätigen Presseunternehmen<sup>12</sup>. Umgekehrt legen nationale Tageszeitungen vermehrt Gewicht auf die Regionalberichterstattung<sup>13</sup>. Schliesslich engagieren sich die grossen Presseunternehmen in Radio, Fernsehen, Internet etc.<sup>14</sup>

Konzentrationsprozesse können zu einer Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führen. Die wettbewerbsrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten, die für solche Fälle zur Verfügung stehen, sollen an Hand zweier Szenarien dargestellt werden, nämlich

- erstens dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Verweigerung der Informationsübertragung, namentlich mittels eines Inserateboykotts, und
- zweitens dem Zusammenschluss eines Presseunternehmens mit einem anderen Unternehmen.

<sup>12</sup> Namentlich teilen sich Presseunternehmen den sogenannten Mantel, d.h. den aktuellen politischen und wirtschaftlichen Teil, mit anderen Blättern («Kopfblassystem») oder lokale Presseunternehmen bilden Anzeigenpools, um Inserenten eine grössere Abdeckung einer Region mit Anzeigen zu ermöglichen (vgl. DUCREY [FN 7], 2; Geschäftsbericht NZZ [FN 6], S. 20).

<sup>13</sup> Vgl. «Tages-Anzeiger» neu mit Winterthurer Seite, Neue Zürcher Zeitung, 10. April 1998, S. 53.

<sup>14</sup> Vgl. Eine Quelle täglicher Informationen für Millionen. Sollen Presse Web-Sites für ihre Angebote Geld verlangen?, Neue Zürcher Zeitung, 24. Februar 1998, S. 55; Momentaufnahme einer boomenden Branche. Stellenzahl und Verdienstmöglichkeiten bei Web-Sites der Presse, Neue Zürcher Zeitung, 23. Januar 1998, S. 53; Das Internet und die Presse. Von der Euphorie zur Realität, Neue Zürcher Zeitung, 28. Februar 1997, S. 55; Aggressives Wachstum der Edipresse, Finanz und Wirtschaft, 3. Juni 1998, S. 21.

## B. Relevanter Markt im Pressebereich

### 1. Allgemeines

Ausgangspunkt der Marktmacht- und der Zusammenschlusskontrolle ist der relevante Markt<sup>15</sup>.

Nach Art. 11 Abs. 3 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüsse («VKU») bestimmen sich die sachlichen und räumlichen Märkte wie folgt:

- Der sachliche Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (lit. a).
- Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (lit. b)<sup>16</sup>.

Diese Definition entspricht dem unter altem Recht verwendeten «Bedarfsmarktkonzept»<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Vgl. KLEINALTENKAMP MICHAEL, Die Abgrenzung des sachlich-relevanten Marktes von Zeitungen und Zeitschriften, in: WuW 1988, 732–751, 733; WESSELY KARIN, Die Abgrenzung des relevanten Marktes bei der Medienfusionskontrolle, in: Medien und Recht 1993, 206–210, 206. Art. 11 Abs. 3 VKU ist ein allgemeiner kartellrechtlicher Grundsatz, der auch zur Feststellung des relevanten Marktes bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG und bei unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG anwendbar ist (vgl. zu Art. 5 KG MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, in: AJP 1996, 811–825, 817; zu Art. 7 KG RUFFNER MARKUS, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, in: AJP 1996, 834–846, 836; zu Art. 9 KG WATTER ROLF/LEHMANN URS, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, in: AJP 1996, 855–875, 866). Je nach dem, ob man viele oder wenige Produkte einbezieht, fällt der Marktanteil des beteiligten Unternehmens kleiner oder grösser aus. Die Unternehmen drängen deshalb in der Regel auf eine Ausweitung der einzubeziehenden Produkte. Nur ausnahmsweise werden sich zusammenschliessende Unternehmen geltendmachen, der Markt sei klein, nämlich dann, wenn ihre Produkte nicht einen gemeinsamen Markt bilden, so dass sie tendenziell keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 KG begründen.

<sup>16</sup> Das deutsche und das österreichische Kartellrecht enthalten dagegen keine Bestimmungen darüber, wie der relevante Markt festgestellt wird (vgl. aber die Bekanntmachungen der Kommission vom 3. Oktober 1997 über die Bestimmung des relevanten Marktes im EG-Wettbewerbsrecht, ABl. 1997 C 372/5 ff.).

<sup>17</sup> Nach diesem Konzept gehören einem relevanten Markt diejenigen Produkte an, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der durchschnittliche Abnehmer sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und als gegeneinander austauschbar ansieht (vgl. BGE 91 II 491 = VKK 1966, 337 f.; SCHÜRMAN LEO/SCHLUEP WALTER R., Kartellge-

setz. Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988, 255 ff.; BALDI MARINO/BORER JÜRIG, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, in: WuW 1998, 343–356, 349 f.; MEIER-SCHATZ [FN 15], 817; WATTER/LEHMANN [FN 15], 866 f.; VKK 1967, 337 f.; VKK 1978, 199 f.; VKK 1986, 116 f.; RPW 1997, 522.). Nach amerikanischem Recht umfasst der relevante Markt alle Produkte, welche die Abnehmer auch beziehen würden, wenn die Preise für dieses steigen würden (vgl. SULLIVAN THOMAS E./HARRISON JEFFREY L., Understanding Antitrust and Its Economic Implications, 2. Aufl., New York 1994, 269).

### 2. Lesermarkt

Die Wettbewerbskommission differenziert den relevanten Lesermarkt nach Inhalt, Form und zeitlicher Erscheinungsweise der Presstitel<sup>19</sup>.

#### a) Unterscheidung nach Inhalt

Nach inhaltlichen Kriterien sind einmal Publikationen mit *speziellem* und mit *allgemeinem Inhalt* zu unterscheiden. Publikationen mit speziellem Inhalt, sogenannte «Special-Interest»-Titel, sind Teil abgegrenzter Märkte, wenn sie fach-, branchen- oder hobbyspezifische Informationen verbreiten<sup>20</sup>. So bilden etwa Magazine, die sich an Tennisspieler richten, einen eigenen Markt, da sich diese im Inhalt grundlegend von anderen Presseerzeugnissen unterscheiden.

<sup>18</sup> Vgl. SPIELER EKKEHARD, Fusionskontrolle im Medienbereich, Berlin 1988, 37; Décision de la Commission de la Concurrence du 1er décembre 1997 concernant le projet de concentration «Le Temps», Proc. No 41-0065, S. 6 Rz. 27 (RPW 1998, 40 ff.); RPW 1997, 182. In RPW 1997, 522, unterschied die Wettbewerbskommission allerdings den Pressemarkt nicht in einen Anzeigen- und Lesermarkt, sondern behandelte nur den Lesermarkt. Anzeigen- und Lesermarkt hängen (theoretisch immer, praktisch nicht zwangsläufig) insofern zusammen, als ein Presseunternehmen um so erfolgreicher im Anzeigengeschäft sein wird, je mehr Leser es hat. So kann ein Presseunternehmen, dessen Leserzahl zunimmt, höhere Anzeigentarife verlangen und mit diesen Einnahmen können qualitative Verbesserungen im optischen und inhaltlichen Bereich erfolgen. Dies führt wiederum zu einer für die Leserschaft erhöhten Attraktivität, was wiederum zu mehr Lesern und mehr Anzeigen führt usw. («Leser-Anzeigen-Spirale», vgl. WESSELY [FN 15], 207).

<sup>19</sup> Vgl. RPW 1997, 184 ff.

<sup>20</sup> Vgl. VKK 1993, 140 f.; Werbeaufwand Schweiz, Stiftung Werbestatistik Schweiz (Hrsg.), S. 21.

Publikationen mit *allgemeinem Inhalt* teilt die Wettbewerbskommission abhängig davon ein, ob lokale, regionale oder internationale Informationen verbreitet werden<sup>21</sup>. Diese Differenzierung ist unserer Ansicht nach nicht gerechtfertigt. Zwar bestehen inhaltliche Unterschiede zwischen Lokalzeitungen und nationalen Presseerzeugnissen. Diese sollten aber aufgrund der zunehmenden Vermischung lokaler, nationaler und internationaler Berichterstattung und aufgrund der Entwicklung hin zu Kopfblättern nicht überbewertet werden<sup>22</sup>. Lokale und nationale Presstitel sind deswegen als austauschbar anzusehen und bilden einen gemeinsamen relevanten Markt<sup>23</sup>.

#### b) Unterscheidung nach Form

Die Märkte für Presstitel werden nach der Praxis der Wettbewerbskommission weiter danach unterschieden, ob die Informationen dem Leser in unterhaltender oder analytischer Form unterbreitet werden<sup>24</sup>. Je nach dem, ob die Leserschaft «*plutôt aisé, cultivé et universitaire*» ist oder nicht, nimmt die Wettbewerbskommission einen Markt für Analyse- und einen Markt für Boulevardtitel an<sup>25</sup>. Mangels zuverlässigen statistischen Erhebungen haftet einer derartigen Unterscheidung jedoch etwas aleatorisches an. Darum erscheint die Annahme verschiedener Märkte nur in den Fällen vertretbar, in denen die Presstitel auch inhaltlich unterschiedliche Informationen anbieten, was beispielsweise bei einer Gegenüberstellung von «*Neuer Zürcher Zeitung*» und «*Blick*» zu bejahen wäre.

#### c) Unterscheidung nach zeitlicher Erscheinungsweise

Die Wettbewerbskommission unterscheidet die relevanten Lesermärkte schliesslich nach dem Kriterium der zeitlichen Erscheinungsweise. So sind Sonntagszeitungen keine Konkurrenten von Tageszeitungen. Umgekehrt sind Tageszeitungen marktgleiche Wettbewerber von Sonntagszeitungen, da die Samstagsausgaben der Tageszeitungen aufgrund ihres Umfangs mit Sonntagszeitungen als austauschbar anzusehen sind.

#### d) Substitutionswettbewerb

Nach dem Bedarfsmarktkonzept besteht kein Wettbewerb zwischen Produkten verschiedener Märkte wie Presseerzeugnissen, Radio- und Fernsehprogrammen und Internetseiten. Praktisch geht von solchen marktnahen Produkten jedoch ein Wettbewerb aus, dessen Intensität vom Preis und vom Zugang zu diesen Produkten abhängt<sup>26</sup>. Die Konkurrenz marktnaher Produkte wird – im Gegensatz zum sog. «*Marktwettbewerb*» marktgleicher Produkte – «*Substitutionswettbewerb*» genannt<sup>27</sup>. Die Wettbewerbskommission vertritt die Auffassung, dass Radio, Fernsehen oder Internet die Tagespresse kaum konkurrenzieren<sup>28</sup>. Dem kann nicht vorbehaltlos gefolgt werden, berichtet doch die Presse selber über einen «*harten Wettbewerb alter und neuer Medien*»<sup>29</sup>. Ein Informationskanal wie «*CNN*» kann denn auch durchaus als marktnaher Konkurrent einer international vertriebenen englischsprachigen Tageszeitung wie etwa der «*Herald Tribune*» angesehen werden.

Produkte, von denen ein Substitutionswettbewerb ausgeht, werden nicht bei der Marktabgrenzung, sondern erst bei der Beurteilung der Marktbeherrschung eines Unternehmens berücksichtigt<sup>30</sup>. Dies kann theoretisch zur Folge haben, dass ein Unternehmen zwar als Monopolist auf einem bestimmten Markt gilt, aufgrund der Konkurrenz durch marktnahe Produkte allerdings nicht als marktbeherrschend angesehen wird.

### 3. Anzeigenmarkt

Neben dem Lesermarkt ist auch ein Anzeigenmarkt im Rahmen der Prüfung einer allfälligen Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bestimmen. Inserenten wählen den Anzeigenraum nach Massgabe der Zielgruppe aus, die angesprochen werden soll, so dass verschiedene Teilmärkte entstehen<sup>31</sup>. Beispielsweise wird ein Magazin für Tennisspieler von durchschnittlichen Inserenten aufgrund der Streuverluste bei einer Anzeigenplatzierung in allgemeinen Presstitel nicht mit einer Tageszeitung als austauschbar angese-

<sup>21</sup> Vgl. RPW 1997, 185; RPW 1997, 522.

<sup>22</sup> Zum «Kopfblatt» vorn FN 12.

<sup>23</sup> Vgl. «*Tages-Anzeiger*» neu mit Winterthurer Seite (FN 13), S. 53.

<sup>24</sup> Vgl. Décision «*Le Temps*» (FN 18), S. 7 Rz. 30 und 31; WESSELY KARIN, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, Wien 1995, 148.

<sup>25</sup> Vgl. Décision «*Le Temps*» (FN 18), S. 7 Rz. 30 und 31.

<sup>26</sup> Vgl. Neue Zürcher Zeitung, Umkämpftes Geschäft für Kleinanzeigen, 20. Februar 1998, S. 51; Neue Zürcher Zeitung, Eine Quelle täglicher Informationen für Millionen. Solen Presse-Web-Sites für ihre Angebote Geld verlangen?, 24. Februar 1998, S. 52.

<sup>27</sup> Vgl. WESSELY (FN 15), 207.

<sup>28</sup> Vgl. RPW 1997, 184.

<sup>29</sup> Vgl. Geschäftsbericht NZZ (FN 6), S. 5.

<sup>30</sup> Vgl. RPW 1997, 193 und 195.

<sup>31</sup> Vgl. WESSELY (FN 24), 162.

hen. Hingegen bilden Abonnement- und Kaufzeitungen oder Tages- und Sonntagszeitungen denselben Anzeigenmarkt, sofern das gleiche Zielpublikum angesprochen wird<sup>32</sup>.

Auch auf dem Anzeigenmarkt existiert ein Substitutionswettbewerb, da die Werbeindustrie abhängig vom konkreten Produkt, von ihrer Werbestrategie und von Streuverlusten mehr oder weniger leicht auf Fernseh-, Radio-, Internetwerbung oder Sponsoring ausweichen kann. Stellengesuche oder Wohnungsinserate beispielsweise werden schon heute auf Internetseiten zu vergleichbaren Tausender-Kontakt-Preisen wie in Tageszeitungen publiziert<sup>33</sup>. Dieser Druck auf die herkömmlichen Werbeträger wird sich noch verstärken, da aufgrund des Konkurrenzkampfes und der vorteilhaften Produktionskosten die Anzeigentarife im Internet in Zukunft voraussichtlich nicht steigen werden<sup>34</sup>.

## C. Marktmachtkontrolle im Pressebereich

### 1. Allgemeines

Wenden wir uns nun dem Szenario einer Verweigerung der Informationsübertragung durch ein Presseunternehmen als Beispiel für die Marktmachtkontrolle im Pressebereich zu. Nach Art. 7 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen 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. Ist der relevante Markt bestimmt, ist deshalb als nächstes zu prüfen, ob ein Unternehmen

- erstens eine beherrschende Stellung auf diesem Markt hat und ob es
- zweitens durch den Missbrauch dieser Stellung andere Unternehmen behindert.

<sup>32</sup> Vgl. SPIELER (FN 18), 57.

<sup>33</sup> Vgl. RPW 1997, 194; Zunahme der Personalvermittlung via Internet, Neue Zürcher Zeitung, 9. Juni 1998, S. B 10. Gemäss dem Marktforschungsunternehmen Forrester Research wird sich bis ins Jahr 2001 rund 25% des amerikanischen Kleininserategeschäfts ins Internet verlagern (vgl. Umkämpftes Geschäft für Kleinanzeigen, Neue Zürcher Zeitung, 20. Februar 1998, S. 65).

<sup>34</sup> Vgl. In Cybershops gibt es alles ausser Kunden, Finanz und Wirtschaft, 3. Juni 1998, S. 39.

## 2. Marktbeherrschende Stellung

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten nach Art. 4 Abs. 2 KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. «Sich unabhängig verhalten» bedeutet, dass ein Unternehmen die Preise, die Qualität oder die Quantität seiner Produkte festlegen kann, ohne mit wesentlichen Marktverlusten rechnen zu müssen<sup>35</sup>.

Ein wichtiges Indiz für eine marktbeherrschende Stellung ist ein Marktanteil von über 45%, wobei nach der Praxis der Wettbewerbskommission unter Umständen auch ein Unternehmen mit einem geringeren Marktanteil wirksamen Wettbewerb verhindern kann<sup>36</sup>. Weitere Kriterien für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung eines Presseunternehmens sind die Zahl und Qualität der Konkurrenten, sein technischer oder redaktioneller Vorsprung, seine Finanzkraft, die in absehbarer Weise zur Stärkung seiner Stellung eingesetzt werden kann, und die Zutrittsschranken zum Markt<sup>37</sup>. Die Zutrittsschranken zum Pressemarkt gelten als hoch, weil es eine gewisse Zeit braucht, bis ein Leserstamm aufgebaut ist<sup>38</sup>.

Aufgrund der heutigen Struktur des schweizerischen Pressemarktes kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass einzelnen Presseunternehmen in Teilmärkten eine beherrschende Stellung zukommen.

## 3. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

Marktbeherrschung ist nicht per se unzulässig. Ein wettbewerbsrechtlicher Eingriff rechtfertigt sich vielmehr erst dann, wenn durch die marktbeherrschende Stellung andere Wettbewerber behindert werden. Massstab für die Abgrenzung der zulässigen von den unzulässigen Wettbewerbsbehinderun-

<sup>35</sup> Vgl. SCHMIDHAUSER BRUNO, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, N. 66 zu Art. 4 KG.

<sup>36</sup> Beispielsweise wenn ein Unternehmen in einem vorgelagerten Markt, der auf einen weiteren Markt Auswirkungen hat, eine Monopolstellung hat. So ist der Internet-Provider-Markt aus strukturellen Gründen abhängig vom vorgelagerten Telefoniemarkt (vgl. RPW 1997, 166).

<sup>37</sup> Vgl. SULLIVAN/HARRISON (FN 17), 193; COX HELMUT, Kartelle, in: COX HELMUT/JENS UWE/MARKERT KURT, Handbuch des Wettbewerbsrechts, München 1981, 236.

<sup>38</sup> Vgl. RPW 1997, 189.

gen ist, ob sachliche Gründe oder englisch «*legitimate business reasons*» für ein bestimmtes Verhalten vorliegen oder nicht<sup>39</sup>.

Ein Inerateboykott durch ein marktbeherrschendes Unternehmen lässt sich nicht durch «*legitimate business reasons*» rechtfertigen, wenn er auf eine Verdrängung eines Unternehmens vom Markt oder auf die Errichtung von Marktzutrittschranken gerichtet ist. Die Verweigerung der Informationsübertragung ist diesfalls als unzulässiger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren.

In der Praxis sind solche Fälle allerdings selten. Einzig 1992 hatte die Kartellkommission unter dem alten Kartellgesetz einen vergleichbaren Sachverhalt zu beurteilen. Damals weigerte sich ein Presseunternehmen, welches das einzige nationale Tennismagazin verlegte und damit eine marktbeherrschende Stellung hatte, die Inserate eines Tennisartikelverkäufers zu veröffentlichen<sup>40</sup>. Der Grund für diesen Inerateboykott lag darin, dass der Tennisartikelverkäufer mittels Parallelimporten eine Tiefstpreispolitik betrieb. Das Presseunternehmen hatte damit zu rechnen, dass sein wichtigster Inserent, ein Vertreiber von Markenartikeln im Tennisbereich, keine Anzeigen mehr plazieren würde, wenn es die Inserate des Konkurrenten drucken würde. Das Presseunternehmen verschloss durch den Inerateboykott dem Tennisartikelverkäufer den werbemässigen Zugang zum Zielpublikum der Tennisspieler. Dieser Wettbewerbsausschluss auf dem Anzeigenmarkt hatte somit eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung auf dem Markt für Tennisartikel zur Folge<sup>41</sup>. Die Kartellkommission erachtete

<sup>39</sup> Vgl. BALDI/BORER (FN 17), 353. Beispielsweise ist beim Verkauf eines gefährlichen Produkts unter der Bedingung des Abschlusses eines Wartungsvertrages ein sachlicher Grund für diesen Koppellungsvertrag die Sicherstellung des einwandfreien Funktionierens dieses Produkts, wenn kein anderes Unternehmen dieses einwandfrei warten kann (vgl. AREEDA PHILLIP/KAPLOW LOUIS, *Antitrust Analysis*, 4. Aufl., Boston/Toronto 1988, 709). Bei den sachlichen Gründen handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit auszufüllen ist. Es gibt keine konkreten Kriterien, marktbedingte und damit wettbewerbsimmanente von marktbedingten Behinderungen Dritter zu unterscheiden (vgl. MARKERT KURT, *Die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen*, in: COX/JENS/MARKERT [FN 37], 310; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I, 468–663, 519). Aus diesem Grund sollte eine klar wettbewerbswidrige Verhaltensweise als unzulässig angesehen werden, in Zweifelsfällen aber die Zulässigkeit bejaht werden.

<sup>40</sup> Vgl. VKK 1993, 135.

<sup>41</sup> Genau genommen liegen in solchen Fällen sogar Beschränkungen auf zwei Märkten vor (vgl. den Blue Window-Fall, RPW 1997, 161). Dementsprechend kam der Europäische Gerichtshof am 6. April 1995 zum Schluss, dass drei irische Fernsehprogrammveranstalter ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchten, als sie gestützt auf das Urheberrecht Presseunternehmen, die Programmzeitschriften verlegen wollten, ver-

den Inerateboykott zu Recht als unzulässige Wettbewerbsbehinderung und das Verhindern von Parallelimporten als keinen sachlichen Grund, der den Inerateboykott rechtfertigen würde. Unter dem geltenden Recht wird nun in Art. 13 lit. b KG eine Kontrahierungspflicht zur Beseitigung derartiger unzulässiger Wettbewerbsbehinderungen statuiert<sup>42</sup>.

## D. Zusammenschlusskontrolle

### 1. Meldepflicht

Während gegenwärtige Missbräuche marktbeherrschender Unternehmen von Art. 7 KG erfasst werden, soll die präventive Fusionskontrolle nach Art. 9 und 10 KG zukünftige Wettbewerbsbeeinträchtigungen verhindern. Zusammenschlüsse, die durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wirksamen Wettbewerb beseitigen können, sollen dadurch verhindert werden.

Nach Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten. Nach Art. 9 Abs. 2 KG – der einzigen Sondervorschrift des Kartellgesetzes für den Medienbereich – ist bei Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften besteht oder die ganz oder teilweise als Veranstalter von Programmen im Sinne des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen tätig sind, das Zwanzigfache der tatsächlich in diesem Berei-

boten, ihr komplettes wöchentliches Programm abzudrucken. Durch dieses Verbot wurde nämlich jeglicher Wettbewerb auf dem angrenzenden Markt für Programmzeitschriften verhindert (vgl. WESSELY KARIN, *Die Magill-Entscheidung des EuGH*, in: *Medien und Recht* 1995, 45–48).

<sup>42</sup> Vgl. SCHLUEP WALTER R., *Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation*, in: *WuR* 1969, 193–214, 208; DALLAFIOR ROBERTO, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz* (FN 35), N. 100 zu Art. 7 KG.

chen getätigten Umsätze massgebend<sup>43</sup>. Mit der Herabsetzung der Umsatzschwellen um das Zwanzigfache werden auch Fusionen von Medienunternehmen auf lokalen und regionalen Märkten der Zusammenschlusskontrolle unterworfen<sup>44</sup>. Art. 9 Abs. 2 KG orientiert sich an deutschen und österreichischen Bestimmungen. Dabei ist der Faktor 20 des schweizerischen Kartellgesetzes der gleiche wie in § 23 Abs. 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), aber deutlich kleiner als der Faktor 200 in § 42c Abs. 3 des österreichischen Kartellgesetzes<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Diese Bestimmung wurde auf Antrag der Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK) in das Gesetz aufgenommen (vgl. WEBER ROLF H., Zur Medienrelevanz des neuen Kartellgesetzes, in: *medialex* 1996, 19–25, 24; Neue Zürcher Zeitung, 8. Juni 1995, S. 17 f.). Hinter der Absicht, die Fusionskontrolle auch auf lokale und regionale Pressemärkte zu erstrecken, stehen wirtschafts- bzw. medienpolitische Gründe (vgl. Votum Simmen, Amtliches Bulletin StR 1995, 859; HEINZELMANN [FN 1], 945). Damit widerspricht Art. 9 Abs. 2 KG dem Zweckartikel von Art. 1 KG, wonach einzig der wirtschaftliche Wettbewerb geschützt werden soll, jedoch nicht die Medienvielfalt (vgl. Votum Büttiker, Amtliches Bulletin StR 1995, 860). Allerdings kann argumentiert werden, dass Art. 9 Abs. 2 KG den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes erweitert und daher den Wettbewerb besser schützt, so dass Art. 9 Abs. 2 KG dem Zweck des Kartellgesetzes doch entspricht. Ob die Zusammenschlusskontrolle nach Art. 9 und Art. 10 KG tatsächlich zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs beiträgt, war in den parlamentarischen Beratungen allerdings umstritten (vgl. Voten Blocher und Jaeger, Amtliches Bulletin NR 1995, 1097 und 1099). Eine präventive Fusionskontrolle, bei der Kartellbehörden Fusionen und Akquisitionen aufgrund von Annahmen und Schätzungen über die künftige Entwicklung von Märkten und Technologien beurteilen, ist in hohem Masse fehleranfällig. Sie kann damit Strukturanpassungen und Innovation behindern. Es scheint keineswegs klar, dass es sich gesamtwirtschaftlich rechtfertigt, dieses Fehlerrisiko in Kauf zu nehmen.

<sup>44</sup> Bei nur teilweise im Medienbereich tätigen Unternehmen werden nach Art. 7 VKU die im Medienbereich erzielten Umsätze mit dem Faktor 20 multipliziert und die ausserhalb des Medienbereichs erzielten Umsätze hinzugezählt. Als im Pressebereich erzielte Umsätze gelten die aus dem Verkauf von Zeitungen und Anzeigenraum erzielten Erlöse, während die aus dem Verkauf von Drucksachen, aus Internet, aus Mailing, aus Druckaufträgen für Dritte, aus Finanzanlagen und Beteiligungen etc. erzielten Erträge ausserhalb dieser Bereiche getätigt sind. Denn nach dem Zweck von Art. 9 Abs. 2 KG, im «besonders sensiblen Pressebereich [zum Schutz der lokalen und regionalen Presse] die Umsätze stärker zu gewichten», sollten nur die im traditionellen Medienbereich erzielten Umsätze verzwanzigfacht werden (vgl. WEBER [FN 43], 24). Diese Ansicht vertritt wohl auch die Wettbewerbskommission (vgl. RPW 1997, S. 182 FN 2 und 3; zum deutschen Recht vgl. LANGEN EUGEN/BUNTE HERMANN-JOSEF, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Aufl., Berlin 1994, N. 109 ff. zu § 23 GWB). Nach dem Zweck von Art. 9 Abs. 2 KG sind unter einer «Zeitung» oder «Zeitschrift» im Sinne von Art. 9 Abs. 2 KG nur massenweise produzierte Titel gemeint, die sich regelmässig an einen unbestimmten Personenkreis richten.

<sup>45</sup> Vgl. LANGEN/BUNTE (FN 44), N. 109 zu § 23 GWB; BARFUSS WALTER/WOLLMANN HANNO/TAHEDL RAINER, Österreichisches Kartellrecht, Wien 1996, 130 ff.

## 2. Beurteilung von Zusammenschlüssen

Besonderheiten bestehen bei der «Medienfusionskontrolle» nur in Bezug auf die Berechnung der für die Meldepflicht massgebenden Umsätze. Die materielle Überprüfung von Medienezusammenschlüssen unterliegt hingegen den allgemeinen Beurteilungskriterien von Art. 10 KG.

Dabei kann nach Art. 10 Abs. 2 KG die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt. Andere Ziele wie etwa die Förderung der Meinungsvielfalt verfolgt die Wettbewerbskommission nicht<sup>46</sup>. Diese Praxis entspricht der eingangs aufgestellten These, wonach der Markt selber für Meinungspluralität sorgt.

Die Wettbewerbskommission prüft in erster Linie die Marktanteile der sich zusammenschliessenden Presseunternehmen sowohl auf dem Leser- als auch auf dem Anzeigenmarkt. Begründet oder verstärkt der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf mindestens einem der beiden Märk-

<sup>46</sup> Die Revision des Schweizer Wettbewerbsrechts brachte einen Paradigmawechsel mit sich: Das neue Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 schützt den Wettbewerb nicht mehr indirekt unter dem Titel des Persönlichkeitsschutzes des Wettbewerbsteilnehmers. Stattdessen soll es nach Art. 1 KG direkt volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung fördern. Das Kartellgesetz schützt einzig den wirtschaftlichen Wettbewerb. Meinungsvielfalt und Auswahlfreiheit sind von der Wettbewerbskommission weder zu berücksichtigen noch zu verfolgen (vgl. BALDI/BORER [FN 17], 344; DUCREY [FN 7], 8; SCHLUEP WALTER R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, in: *AJP* 1996, 795–810, 807; Décision «Le Temps» [FN 18], S. 6 Rz. 23; a. M. HEINZELMANN [FN 1], 947). Die unter dem alten Kartellgesetz verwendete Saldo-methode berücksichtigte demgegenüber auch andere Interessen (vgl. SCHMID CHRISTOPH, Gratisanzeiger und Pressewettbewerb, Diss. Bern 1983, 231; SCHÜRMAN/NOBEL [FN 2], 319 und 324 FN 18). Ebenso hat nach § 35 Abs. 2 lit. b österreichisches Kartellgesetz das Kartellgericht einem marktbeherrschenden Unternehmen, das die Medienvielfalt beeinträchtigt, Massnahmen aufzutragen. Auch nach Art. 11 Abs. 1 Bundesgesetz über das Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 (RTVG) und nach Art. 18 Abs. 2 Bundesgesetz über das Filmwesen vom 28. September 1962 (FiG) prüfen Verwaltungsbehörden die Gewährleistung der Angebotsvielfalt als Voraussetzung einer Konzessions- oder Bewilligungserteilung. Bei der Konzessionsvergabe für Radio- und Fernsehprogrammveranstalter wird namentlich darauf geachtet, nur so viele Veranstalter zuzulassen, wie in einer Region überleben können (vgl. Grundsätze für die Konzessionierungspraxis des Bundesrates bei Radio und Fernsehen, in: *medialex* 1998, 116–122, 116). Solche staatlichen Marktzutrittsschranken widersprechen dem Konzept einer freien Marktwirtschaft und führen zu einer ungerechtfertigten Bestandesgarantie für die Programmveranstalter, die über eine Konzession verfügen.

te, hat die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss zu untersagen oder nur mit Auflagen zuzulassen. Hohe Marktanteile sind allerdings bloss ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung. Hat beispielsweise ein Presseunternehmen im Falle der Erhöhung seiner Abonnements- oder Einzelpreise mit Marktanteilsverlusten zu rechnen, so verneint die Wettbewerbskommission auch bei Marktanteilen über 50% die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung<sup>47</sup>.

Wie ausgeführt sollten nationale und lokale Tageszeitungen als austauschbar angesehen werden. Konsequenterweise begründet ein Zusammenschluss lokaler Presseunternehmen regelmässig keine marktbeherrschende Stellung. Zieht man nämlich die Marktanteile der nationalen Konkurrenzblätter mit in Betracht, so werden die lokalen Presseunternehmen kaum je hohe Marktanteile erzielen<sup>48</sup>. Zudem können nationale Tageszeitungen mit Hilfe von lokal ausgerichteten Beilagen relativ leicht in lokale Märkte eindringen, wenn sie ein Bedürfnis der Leser nach lokaler Information feststellen. Beispiel dafür ist die Seite im Tages-Anzeiger, auf der seit kurzem täglich über Ereignisse in Winterthur berichtet wird<sup>49</sup>.

Da «unterhaltende» und «analysierende» Pressetitel – wie zuvor begründet – einen gemeinsamen Markt bilden, sind zwar bei einem Zusammenschluss solcher Pressetitel deren Marktanteile zusammenzurechnen, aber auch die Marktanteile «unterhaltender» und «analysierender» Konkurrenzblätter zu berücksichtigen. Deshalb wird wohl nur ausnahmsweise ein Zusammenschluss eines «unterhaltenden» und eines «analysierenden» Presseunternehmens untersagt oder nur mit Auflagen zugelassen werden.

Aufgrund des zunehmenden Substitutionswettbewerbs durch Lokalradios und durch das Internet wird weiter auch im Anzeigenmarkt nur ausnahmsweise die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch eine Fusion von Presseunternehmen angenommen werden können.

<sup>47</sup> Vgl. RPW 1997, 189.

<sup>48</sup> Aufgrund des Verdrängungswettbewerbs im Pressebereich machen sich zusammenschliessende Unternehmen regelmässig geltend, ihr Markt sei zu klein für eine gewinnbringende Herausgabe zweier Pressetitel und die Nichtgenehmigung des Zusammenschlusses führe zum Verschwinden mindestens eines Titels («failing company defense»). Die Wettbewerbskommission verneint in solchen Fällen die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung allerdings nur, wenn ein Unternehmen in absehbarer Zeit den Markt verlässt und das andere Unternehmen wahrscheinlich den grössten Teil seiner Marktanteile übernimmt (vgl. Décision «Le Temps» [FN 18], S. 15 f.).

<sup>49</sup> Vgl. «Tages-Anzeiger» neu mit Winterthurer Seite (FN 13), S. 53.

### III. Radio und Fernsehen

#### A. Marktstrukturen im Radio- und Fernsbereich

Gemäss Art. 55bis Abs. 1 BV ist die Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen ein bundesrechtliches Monopol<sup>50</sup>. Nach der staatlich verordneten kartellistischen Abschottung des Radio- und Fernsbereichs zugunsten der SRG bis in die 80er Jahre erteilt heute der Bundesrat Konzessionen zur Radio- und Fernsehprogrammverbreitung nach den Bestimmungen des Radio- und Fernsehgesetzes vom 21. Juni 1991 («RTVG»)<sup>51</sup>. Das RTVG sieht ein sogenanntes «Drei-Ebenen-Modell» mit einer lokalen/regionalen<sup>52</sup>, einer nationalen/sprachregionalen<sup>53</sup> sowie einer internationalen<sup>54</sup> Ebene vor. Eine Konzession berechtigt zur Programmveranstaltung auf der jeweiligen Ebene<sup>55</sup>.

Zum jetzigen Zeitpunkt sind 47 Radioprogrammveranstalter und 84 Fernsehprogrammveranstalter auf lokaler/regionaler Ebene konzessioniert<sup>56</sup>. Die hohe Zahl von Fernsehprogrammveranstaltern ist allerdings insofern zu relativieren, als zahlreiche Fernsehprogrammveranstalter nur Bildschirmtext und keine bewegten Bilder ausstrahlen.

Eine Konzession für die Ausstrahlung eines nationalen und sprachregionalen Rundfunkprogrammes wird nach Art. 31 Abs. 1 lit. b RTVG nur erteilt, wenn durch die Konzession die Möglichkeiten der SRG, ihre konzessions-

<sup>50</sup> Vgl. HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1998, 3. Aufl., N. 1992; SCHÜRMAN/NOBEL (FN 2), 79.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 RTVG. Der völlige Ausschluss privater Veranstalter von der Rundfunkübertragung wäre unverhältnismässig und würde die Meinungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 EMRK verletzen (Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 24. November 1993, in: Medien und Recht 1993, 169).

<sup>52</sup> Art. 21–25 RTVG.

<sup>53</sup> Art. 26–32 RTVG.

<sup>54</sup> Art. 33–38 RTVG.

<sup>55</sup> Vgl. Grundsätze für die Konzessionierungspraxis des Bundesrates bei Radio und Fernsehen (FN 46), 116–122.

<sup>56</sup> Da die Konzessionen so verteilt wurden, dass regelmässig bloss ein Lokalrundfunkveranstalter in einem bestimmten Gebiet tätig ist, existieren abgesehen von den Ballungsräumen auf den lokalen/regionalen Märkten nur geringe Wettbewerbs- oder Konzentrationserscheinungen (vgl. vorn FN 46; Radio-,TV- und BTX-Veranstalter. Adressliste des Bundesamtes für Kommunikation, Stand April 1998, 5–25; RATHGEB [FN 6], 51 f.; WEBER [FN 1], 19).

gemässen Leistungen zu erbringen, nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Aufgrund dieses Heimatschutzartikels zugunsten der SRG wurden bisher erst 11 Konzessionen für Radio- und Fernsehveranstalter auf nationaler und sprachregionaler Ebene erteilt<sup>57</sup>. Zusammenschlüsse von lokalen Radio- oder Fernsehprogrammveranstaltern sind soweit ersichtlich keine geplant. Aus diesem Grund wird auf die Behandlung der Zusammenschlusskontrolle im Radio- und Fernsbereich verzichtet. Demgegenüber gehen Branchenkenner davon aus, dass in Zukunft die SRG durch private Radio- und Fernsehprogrammveranstalter verstärkt konkurrenziert werden wird<sup>58</sup>. Deswegen ist zu prüfen, wie einer allfällige Behinderung von Programmveranstaltern durch einen marktmächtigen Konkurrenten (wie namentlich die SRG) wettbewerbsrechtlich zu begegnen wäre. Aufgrund der Bedeutung eines attraktiven Programms zur Erzielung hoher Einschaltquoten soll dies anhand der exklusiven Übertragung von Senderechten wie etwa von Sportübertragungsrechten aufgezeigt werden.

## B. Vorbehaltene Vorschriften

Nach Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung schliessen solche Vorschriften die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes aus<sup>59</sup>. Da das RTVG wettbewerbsbeschränkende Bestimmungen wie etwa die erwähnte Konzessionspflicht enthält, stellt sich die Frage, ob das Kartellgesetz anwendbar ist.

Vorschriften, die Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nicht zulassen, liegen dann vor, wenn eine Absicht des Gesetzgebers zur Verhinderung

<sup>57</sup> Vgl. Adressliste (FN 56), 3 f.

<sup>58</sup> Vgl. TA und TV: Eile mit Weile, Neue Zürcher Zeitung, 30. April 1998, S. 30.

<sup>59</sup> Art. 3 Abs. 1 KG ist nicht in sich konsistent. Einerseits wird der Ausdruck «vorbehalten» (und nicht «gehen vor») verwendet, woraus man schliessen könnte, dass diese Vorschriften neben dem Kartellgesetz anwendbar sind. Andererseits handelt es sich um Vorschriften, die «auf einem Markt [...] Wettbewerb nicht zulassen». Wenn aber der Wettbewerb von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist, kann das Kartellgesetz mangels schützenswertem Objekt nicht anwendbar sein. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist das zweite Auslegungsergebnis das richtige. Es sollen nämlich jene Vorschriften in den Fällen ausschliesslich anwendbar sein, in denen der Gesetzgeber der Meinung war, die staatliche Intervention in bestimmten Bereichen erbringe bessere Resultate als ein wirksamer Wettbewerb (vgl. SCHMIDHAUSER [FN 35], N. 12 zu Art. 3 KG).

eines wirksamen Wettbewerbs feststeht und wenn kein Spielraum für die Marktkräfte zur Gestaltung der Preise, der Produktequantität und -qualität mehr verbleiben<sup>60</sup>. Die Konzessionierung der Programmverbreitung nach Art. 10 Abs. 1 RTVG aber erfolgte, weil die administrative Verteilung der Sendelizenzen aufgrund deren Knappheit als erforderlich erachtet wurde und nicht, um einen wirksamen Wettbewerb zu verhindern<sup>61</sup>. Aus diesem Grund ist das Kartellgesetz auf alle Bereiche des Radio- und Fernsbereiches, also auch auf die Konzessionierung, den Erwerb von Senderechten und den Kauf von Werbezeit, anwendbar.

## C. Der relevante Markt im Radio- und Fernsbereich

Im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der exklusiven Übertragung von Programmen ist in einem ersten Schritt der relevante Markt zu bestimmen. In diesem Markt stehen sich als Anbieter Produzenten, Sportvereine, Sportverbände oder Filmverleiher, als Nachfrager Radio- und Fernsehprogrammveranstalter gegenüber<sup>62</sup>. Aus Sicht der Radio- und Fernsehprogrammveranstalter sind Spielfilme, Hörspiele, Nachrichten, Sportübertragungen, Shows usw. aufgrund des unterschiedlichen Inhalts nicht austauschbar, so dass eine Vielzahl von Programmmärkten besteht. Diese Märkte werden im Einzelfall nach dem Bedarfsmarktkonzept noch weiter unterteilt; beispielsweise bilden Sportübertragungsrechte jeder publikumsattraktiven Liga einer Sportart eigenständige Märkte<sup>63</sup>. Der Appellationshofes des Kantons Bern ging in einem Entscheid von 1994 sogar soweit, den Markt für die Übertragungsrechte der Champions League aufgrund der ausserordentlich hohen Einschaltquoten als eigenen vom Markt für Verwertungsrechte an-

<sup>60</sup> Vgl. CARRON BENOIT, Le régime des ordres de marché du droit public en droit de la concurrence, Diss. Freiburg 1994, 57.

<sup>61</sup> Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September 1987, BBl. 1987 III 689–778, 719.

<sup>62</sup> Im Falle von Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen sind auch Sportrechteagenturen als Nachfrager möglich.

<sup>63</sup> So sieht eine Sportrechteagentur oder ein Fernsehprogrammveranstalter die Übertragungsrechte der deutschen Fussballbundesliga wohl kaum als austauschbar mit den Übertragungsrechten der Schweizer Nationalliga oder gar der schweizerischen Badmintonliga an (vgl. SIDLER OLIVER, Exklusivberichterstattung über Sportveranstaltungen im Rundfunk, Diss. Bern 1995, 267 f.).

derer internationaler und nationaler Fussballspiele getrennten Markt zu behandeln<sup>64</sup>.

## D. Marktmachtkontrolle im Radio- und Fernsehbereich

### 1. Marktbeherrschende Stellung

Nach der Festlegung des relevanten Marktes ist wiederum zu prüfen, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist. Ein Anbieter von Sportübertragungsrechten ist marktbeherrschend, wenn er zur Vermarktung der Übertragungsrechte aller oder der meisten Sportereignisse einer Liga berechtigt ist, wie dies beispielsweise bei einem Sportverband der Fall ist<sup>65</sup>. Keine marktbeherrschende Stellung hat hingegen ein Sportverein, der über die Übertragungsrechte seiner eigenen Heimspiele verfügen kann, wenn noch genügend andere Sportvereine als Wettbewerber vorhanden sind.

### 2. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

Die marktbeherrschende Stellung eines Programmanbieters kann insbesondere zum Abschluss von Exklusivabreden benutzt werden, mit denen Ra-

dio- und Fernsehprogrammveranstalter in der Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. In einem Exklusivvertrag wird einem vertragsschliessenden Programmveranstalter unter Ausschluss anderer Programmveranstalter gegen Entgelt die Erlaubnis erteilt, eine Sportveranstaltung aufzunehmen und zu verbreiten<sup>66</sup>. Exklusive Übertragungsrechte sind für einen Programmveranstalter deshalb wertvoll, weil er mit der langfristigen Übertragung attraktiver Sportereignisse hohe Einschaltquoten und einen Prestigeerfolg erzielt<sup>67</sup>.

Ob der Programmanbieter und der vertragsschliessende Programmveranstalter durch einen Exklusivvertrag die übrigen ausgeschlossenen Programmveranstalter in der Ausübung des Wettbewerbs behindern, ist in Würdigung der konkreten Umstände, insbesondere von Art und Umfang der Exklusivklausel, zu beurteilen. Da die Übertragungsrechte für Sportereignisse jeder einzelnen Liga einer bestimmten Sportart wie erwähnt einen eigenen Markt bilden, führt die Übertragung der *Erst- und Zweitverwertungsrechte* der Meisterschafts- und Cupspiele für mehrere Jahre an einen einzigen Programmveranstalter zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf die-

<sup>64</sup> Vgl. Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern vom 14. November 1994, Nr. 797/II/94, S. 22 f.

<sup>65</sup> Vgl. Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern (FN 64), S. 26. Auf die praktisch ebenfalls relevante Frage, ob die Sportverbände überhaupt die Verwertungsrechte zentral vermarkten dürfen oder ob die Heimvereine ihre Verwertungsrechte vermarkten müssen, wird an dieser Stelle nicht eingegangen (vgl. dazu SPRINGER ULRICH, Die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten im Ligasport nach deutschem und europäischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen Antitrust-Rechts, in: WRP 1998, 477–486, 481 ff.; Bundesgerichtshof, Beschluss vom 11. Dezember 1997, in: WRP 1998, 188–193). Ein Verband, der zur Schaffung des vermarktungsfähigen Produkts «Ligasport» durch organisatorische oder werbende Massnahmen wesentlich beigetragen hat, kann u. E. auch aus eigenem Recht (als Mitveranstalter) über die Übertragungsrechte verfügen.

<sup>66</sup> Die Exklusivitätsklausel wird regelmässig zeitlich nach der Dauer der exklusiven Nutzung, sachlich nach Erst- und Zweitverwertungsrechten und räumlich nach Sendegebiet beschränkt (vgl. SIDLER [FN 63], 156). Erstverwertungsrechte sind Übertragungsrechte mit einem gesicherten zeitlichen Vorsprung, Zweitverwertungsrechte sind Übertragungsrechte für Programme, die nach der erstmaligen ausführlichen Berichterstattung ausgestrahlt werden dürfen.

<sup>67</sup> Zur Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit sind Programmveranstalter deshalb darauf angewiesen, über Sportveranstaltungen zu berichten. Um die Informationsfreiheit des Publikums zu sichern, haben die durch die Exklusivitätsklausel ausgeschlossenen Programmveranstalter ein Recht auf Berichterstattung oder Kurzberichterstattung. So müssen nach Art. 7 Abs. 1 RTVG Veranstalter, die mit Dritten Verträge über die exklusive Wiedergabe von öffentlichen Ereignissen in ihren Programmen abschliessen, die Zulassung anderer Veranstalter dulden, welche über das Ereignis berichten wollen (lit. a), oder anderen Veranstaltern die von ihnen gewünschten Teile der Wiedergabe zu angemessenen Bedingungen zur Verfügung zu stellen (lit. b). Bei dem Recht auf Kurzberichterstattung nach Art. 7 Abs. 1 lit. b RTVG handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Kontrahierungspflicht. Da diese Bestimmung den Wettbewerb um Programmrechte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG weiterhin zulässt, ist das Kartellgesetz anwendbar (vgl. SIDLER [FN 63], 274).

sem Markt:<sup>68</sup> Andere Programmveranstalter werden am Erwerb aller attraktiven Produkte dieses Marktes gehindert<sup>69</sup>.

Eine Exklusivabrede ist auch dann unzulässig, wenn noch weitere Übertragungsrechte, deren Marktwert aber erheblich unter demjenigen der exklusiv übertragenen Rechte liegt, zu erwerben sind. So ändert beispielsweise die Verfügbarkeit von Übertragungsrechten für Hallenfußballturniere oder Freundschaftsspiele nichts daran, dass eine exklusive Einräumung der Übertragungsrechte aller Fussballmeisterschaftsspiele der obersten Liga für mehrere Jahre den Wettbewerb auf dem Markt für Übertragungsrechte über Fussballspiele erheblich beeinträchtigen würde.

<sup>68</sup> Vgl. Entscheidung des Appellationshofes des Kantons Bern (FN 64), S. 23. Das Recht auf Kurzberichterstattung nach Art. 7 Abs. 1 lit. b RTVG genügt aufgrund der maximal bloss dreiminütigen Dauer nicht, den Wettbewerb aufrechtzuerhalten. Auch das deutsche Bundeskartellamt erachtete 1987 einen Vertrag über die exklusive rundfunkmässige Verwertung von Sportveranstaltungen für unzulässig. Durch den Vertrag waren ARD und ZDF berechtigt, bestimmte publikumsattraktive Sportarten für die Dauer von fünf Jahren vorrangig vor anderen Programmveranstaltern für Übertragungszwecke auszuwählen. Der Globalvertrag wurde später von allen weiteren Instanzen als unzulässig angesehen (vgl. WuW/E BKartA 2273; WuW/E OLG 4267; WuW/E BGH 2627 [= BGHZ 101 371]; SPRINGER [FN 65], 477; HENDRIKS [FN 4], 215). Ein langjähriger Exklusivvertrag über alle bedeutenden Sportereignisse einer Liga widerspricht somit dem Zweck von Art. 7 KG, der Erhaltung von Wettbewerbsfreiheit durch Offenhaltung der Märkte (vgl. WOHLMANN HERBERT, Bekämpfung des Missbrauchs von Marktmacht, SZW 1996, Sondernummer – Das neue schweizerische Kartell- und Wettbewerbsrecht, 22–24, 22). Kein sachlicher Grund für die Wettbewerbsbeschränkung ist eine allfällige Reduzierung des organisatorischen Aufwands für den Sportveranstalter oder den Sportverband, weil dieses Argument in allen Fällen von Exklusivvereinbarungen als Rechtfertigungsgrund verwendet werden kann.

<sup>69</sup> Vgl. SULLIVAN/HARRISON (FN 17), 182. Demgegenüber vertrat das Sekretariat der Wettbewerbskommission in einem vergleichbaren Fall, in dem die Stadt und der Kanton Genf das Recht zur Plakatierung auf dem gesamten öffentlichen Grund exklusiv einer Gesellschaft übertragen hatten, die Auffassung, der Exklusivvertrag wäre keine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens. Obwohl gemäss Schweizerischer Depeschagentur, 20. März 1997, die Konzessionsdauer 15 Jahre betrug, hielt das Sekretariat eine Aufteilung der Konzession nicht für erforderlich, weil dadurch die Realisierung eines neuen Konzepts der öffentlichen Plakatierung verunmöglicht würde (RPW 1997, 137). Das Sekretariat verkannte dabei, dass durch die ausschliessliche Übertragung der Plakatierungsrechte der Wettbewerb auf dem Markt der öffentlichen Plakatierung beseitigt wurde. An der Sache vorbei geht das Argument, dass das Verfahren der Konzessionsvergabe allen Bewerbern offensteht und deshalb keine Unternehmen vom Wettbewerb ausgeschlossen werden (vgl. RPW 1997, 137). Denn nicht nur der Marktzutritt, sondern auch die Betätigungsmöglichkeiten eines Unternehmens auf einem Markt (im vorliegenden Fall die Möglichkeit eines Unternehmens, Plakate gegen Entgelt auszuhängen) werden vom Kartellgesetz geschützt. Der Entscheid des Sekretariats hat zur Folge, dass einem Unternehmen, das nach Abschluss des Submissionsverfahrens den Markt für Plakataushang betreten will, der Zutritt versperrt ist.

Gering ist die Wettbewerbsbehinderung dagegen, wenn einem Programmveranstalter die Verwertungsrechte für *einzelne* Sportereignisse ausschliesslich eingeräumt werden. Zulässig ist auch die Übertragung der Erstverwertungsrechte einer Sportliga für ein Jahr, sofern die Zweitverwertungsrechte einem anderen Programmveranstalter eine attraktive Programmgestaltung möglich machen<sup>70</sup>. Ausserdem muss aufgrund des Substitutionswettbewerbs eine ausschliessliche Übertragung der Erstverwertungsrechte einer Sportliga zulässig sein, wenn die dadurch ausgeschlossenen Programmveranstalter die ausschliesslichen Verwertungsrechte anderer bedeutender Sportereignisse erwerben können. Hat beispielsweise die SRG die Übertragungsrechte für die Champions League und ihr Konkurrent die Übertragungsrechte für alle Grand Slam Tennisturniere eines Jahres ausschliesslich erworben, müssten beide Exklusivabreden als zulässig erachtet werden.

## IV. Filmverleih

### A. Marktstrukturen im Filmverleih

Der Kinofilmbereich in der Schweiz besteht praktisch aus den Verleihern und den Kinobesitzern, die seit rund zwanzig Jahren 95–99% aller Filme aus dem Ausland beziehen oder vorführen<sup>71</sup>. Trotz massiver staatlicher und privater Alimentierung hat sich – abgesehen vom Dokumentarfilm – keine nennenswerte schweizerische Filmproduktion entwickelt<sup>72</sup>.

Auf Seiten der Verleiher existieren sechs Gesellschaften, die 1997 einen Umsatz von über CHF 15 Mio. erzielten<sup>73</sup>. Die Marktanteile der vier schwei-

<sup>70</sup> Eine exklusive Übertragung von Verwertungsrechten ist nicht von vorneherein unzulässig, in Art. 7 Abs. 1 RTVG wird der Exklusivvertrag sogar vorausgesetzt. Es besteht deshalb keine kartellrechtliche Pflicht, alle Radio- und Fernsehprogrammveranstalter zu den gleichen Bedingungen mit den nachgesuchten Sportübertragungsrechten zu versorgen (a. M. WEBER [FN 43], 22).

<sup>71</sup> Vgl. RATHGEB (FN 6), 198 f.

<sup>72</sup> Gemäss Gutes Schweizer Kinojahr, Neue Zürcher Zeitung, 22. Mai 1998, S. 47 kommen schweizerische Produktionen nur dank dem Dokumentarfilm auf statistisch relevante Daten. Dies trotz den CHF 21 Mio., die im Jahre 1997 zur Förderung der schweizerischen Filmherstellung ausbezahlt wurden (vgl. 21 Millionen für den Schweizer Film, Neue Zürcher Zeitung, 19. Juni 1998, S. 47). Für das Jahr 1998 ist ein Betrag in gleicher Höhe zur Verteilung geplant (vgl. Filmförderung des Bundesamtes für Kultur, Bern 1998, S. IV).

<sup>73</sup> Vgl. Procinéma. Schweizerischer Verband für Kino und Filmverleih, Statistiken 1997, S. 56.

zerischen Tochtergesellschaften grosser amerikanischer Verleiher, der «Majors», nahmen in den letzten Jahren ab. Während im Jahre 1993 noch rund drei Viertel aller Kinogänger ihre Filme sahen, betrug der Anteil im letzten Jahr nur noch 59%<sup>74</sup>.

Seit Anfang der neunziger Jahre findet eine stärkere Konzentration auf Seiten der Kinoeigentümer statt<sup>75</sup>. So gab es im Jahre 1997 in der Schweiz bereits 14 Kinoketten mit je über 2000 Sitzplätzen<sup>76</sup>.

Aufgrund dieser sich verändernden Marktstrukturen kann einem Filmverleiher, aber auch einem Kinobetreiber, abhängig von seinen Marktanteilen und vom konkreten Filmangebot eine beherrschende Stellung zukommen. Deswegen kann es sowohl zur missbräuchlichen Ausnutzung der Angebots- als auch der Nachfragemacht kommen<sup>77</sup>.

Die wettbewerbsrechtliche Erfassung des Filmmarktes soll am Beispiel des Blockbuchens behandelt dargestellt werden<sup>78</sup>. Unter Blockbuchen wird der Abschluss von Filmveranstaltungsverträgen zwischen Verleiher und Kinobesitzer über mehrere Filme mit einem Spitzenfilm und einem oder mehreren weniger attraktiven Filmen, die nur zusammen übernommen werden können, verstanden<sup>79</sup>.

## B. Der relevante Markt im Filmverleih

Zur Abklärung, ob einem Filmverleiher eine marktbeherrschende Stellung zukommt, ist zuerst der relevante Filmmarkt zu bestimmen. Nach dem Bedarfsmarktkonzept fragen die Kinos – seien es Studio- oder Mainstreamkinos – nach Filmen, die bei ihrem spezifischen Publikum gute Erfolgsaussichten haben. Deshalb bilden Dokumentarfilme, ältere Filme für Retrospektiven und Studiofilme aus unbekanntem Filmländer einen eigenen Markt

<sup>74</sup> Vgl. RATHGEB (FN 6), 181; Gutes Schweizer Kinojahr, Neue Zürcher Zeitung, 22. Mai 1998 S. 47; Procinéma, Statistiken 1997 (FN 73), S. 29 und 57.

<sup>75</sup> Vgl. Das GATT und der Schweizer Film: keine tödliche Bedrohung – Probleme im Verleih, Ciné-Bulletin 12/1993, 12.

<sup>76</sup> Vgl. Procinéma. Statistiken 1997 (FN 73), S. 48.

<sup>77</sup> Je nach Verleiher und nach Kinobetreiber kann dem einen oder dem anderen eine marktbeherrschende Rolle zukommen (vgl. Showdown in der Zürcher Verleihlandschaft, Tages-Anzeiger, 12. Juni 1998, S. 66).

<sup>78</sup> Vgl. Showdown in der Zürcher Verleihlandschaft (FN 77), S. 66; Ciné-Bulletin (FN 75), 12; Ein vierter -Major – die Buena Vista Theatrical, Ciné-Bulletin 6/93, 7.

<sup>79</sup> Vgl. Botschaft zum Filmgesetz vom 28. November 1961, BBl 1961 II 1050 f.; WEBER (FN 43), 23.

für Studiokinos. Dieser ist vom Markt der aktuellen Spielfilme zu trennen. Denn ein Studiokino sieht Filme, die ein Mainstreamkino zeigt, nicht als austauschbar an und umgekehrt<sup>80</sup>. Immerhin sind Filme, die sowohl von Studio- als auch von Mainstreamkinos gezeigt werden können, wie beispielsweise «The Big Lebowski» oder «The Full Monty», in beiden Märkten vertreten.

## C. Marktmachtkontrolle im Filmverleih

### 1. Allgemeines

Das Filmgeschäft ist durch das Filmgesetz stark reglementiert, dies mit dem Ziel, die Angebotsvielfalt im Filmbereich sicherzustellen. Das Blockbuchen wird deshalb sowohl durch das Filmrecht als auch durch das Kartellrecht erfasst<sup>81</sup>.

So sind gemäss Art. 37 Filmverordnung (FiV) Vertragspraktiken unzulässig, die den kultur- und staatspolitischen Interessen zuwiderlaufen und mit denen die Inhaber von Verleih- oder Vorführlizenzierungen zu einem Verhalten gezwungen werden können, das ihre Programmfreiheit oder die Angebotsvielfalt einschränkt. Unzulässig ist insbesondere das Blockbuchen bei Verleih oder Abnahme der Filme. Zuständig für die Prüfung der Zulässigkeit dieser Vertragspraktiken ist das Bundesamt für Kultur<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Einen dritten Markt bilden wiederum Kinos, die auf die Vorführung pornographischer Filme spezialisiert sind, da diese Kinos aufgrund des Publikumsgeschmacks und oft aufgrund der Infrastruktur nicht auf andere Filme ausweichen können (vgl. Body Double – zwei Seiten des Pornographischen, Neue Zürcher Zeitung, 29. Mai 1998, S. 47).

<sup>81</sup> Nach Art. 38 Abs. 3 FiV sind die Befugnisse der Wettbewerbskommission in kartellrechtlichen Fragen vorbehalten. Die Kartellkommission beharrte bei Erlass der Filmverordnung darauf, in massgeblicher Weise am Vollzug des in der Filmverordnung statuierten Spezialkartellrechts beteiligt zu werden. Die vorliegende Fassung der Filmverordnung mit einer Konsultationspflicht in Art. 38 Abs. 1 FiV und dem Vorbehalt der Befugnisse der Wettbewerbskommission in Art. 38 Abs. 3 FiV ist ein Kompromiss zwischen dem Bundesamt für Kultur und der Kartellkommission (vgl. VKK 1993, 15 f.; RIEDER PIERRE, Wettbewerb und Kultur, Europäische Hochschulschriften Bd. 2459, Bern 1998, 210).

<sup>82</sup> Das Bundesamt kann einen Filmverleiher, der ein unzulässiges Blockbuchen betreibt, nach Art. 22a FiG mit einer Busse bis CHF 2'000.– bestrafen und nach Art. 34 Abs. 2 lit. b FiV die Bewilligung zum Verleih von Filmen widerrufen. Im Gegensatz zur Wettbewerbskommission zieht das Bundesamt für Kultur auch die Kriterien der Angebotsvielfalt und der Auswahlfreiheit bei der Prüfung der Zulässigkeit des Blockbuchens bei (vgl. WEHRLIN MARC, Vielfalt und Qualität des Filmangebots, in: medialex 1998, 5–7, 6).

Demgegenüber untersucht die Wettbewerbskommission nach Art. 7 Abs. 2 lit. f KG, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs behindert, indem es den Abschluss von Verträgen an die Bedingung koppelt, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen<sup>83</sup>.

## 2. Marktbeherrschende Stellung

Erste Voraussetzung eines unzulässigen Blockbuchens in kartellrechtlicher Hinsicht ist, dass der Filmverleiher eine marktbeherrschende Stellung hat. Für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des Filmverleihers sind die erwähnten Kriterien massgebend, namentlich der Marktanteil des Filmverleihers sowie Zahl und Grösse der übrigen Wettbewerber. Zur Zeit dürfte auf dem schweizerischen Markt keiner der Filmverleiher permanent eine marktbeherrschende Stellung haben. Immerhin dürften einzelne Majors phasenweise über ein Portefeuille von Filmen verfügen, das es ihnen erlaubt, sich weitgehend unabhängig von der Konkurrenz zu verhalten. Ist dies der Fall, so liegt zumindest temporär eine marktbeherrschende Stellung vor.

## 3. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

Zweite Voraussetzung für ein unzulässiges Koppelungsgeschäft sind zwei Leistungen, nämlich die vom Abnehmer gewollte und die ungewollte. Im Filmverleihbereich gelten zwei Filme grundsätzlich als zwei Leistungen. Ein Angebot beinhaltet allerdings eine Leistung, wenn die Abnehmer zwei grundsätzlich verschiedene Produkte aus funktionellen Gründen als zusammengehörig betrachten müssen<sup>84</sup>. Mehrere Filme von Alfred Hitchcock, etwa «Vertigo», «Psycho» und «The Birds», bilden eine einzige Leistung, wenn

sie im Rahmen von Hitchcock Retrospektiven gezeigt werden sollen<sup>85</sup>. Überträgt ein Filmverleiher die Vorführrechte dieser Filme nur zusammen, liegt kein unzulässiges Koppelungsgeschäft vor.

Umgekehrt heisst dies noch nicht, dass ein Filmveranstaltungsvertrag per se zulässig ist, wenn das Vorführrecht für einen Blockbuster alleine, d.h. ohne einen ungewollten Film, erworben werden kann. Die Filmverleiher könnten sonst nämlich das Blockbuchen indirekt über die Preis- und Rabattpolitik durchsetzen.<sup>86</sup> Kann das Vorführrecht für den Film einzeln erworben werden, muss daher der Preis zu marktgerechten Bedingungen festgesetzt werden. Der Preis hat sich mit anderen Worten an Preisen für vergleichbare Filme, an der Zahl der Vorführungen und an der Platzzahl des Kinos zu orientieren. Zulässig bleibt immerhin ein marktüblicher Mengenrabatt.

## V. Schlussbemerkung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in den drei angeschnittenen Bereichen wettbewerbsrechtliche Fragen durchaus aktuell sind. Eigentliche «wettbewerbsrechtliche Notstände» aber sind keine zu konstatieren. Zudem sollte nicht übersehen werden, dass der Wettbewerb in den Bereichen Radio und Fernsehen sowie Film nach wie vor primär durch staatliche Eingriffe beeinflusst – um nicht zu sagen verzerrt – wird.

<sup>83</sup> Weder das Bundesamt für Kultur noch die Kartell- oder Wettbewerbskommission hat soweit ersichtlich jemals einen Entscheid über das Blockbuchen gefällt. Der Grund dafür liegt vor allem in den Schwierigkeiten, das Blockbuchen nachzuweisen, sowie in der Zurückhaltung, gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen, mit dem auch nach einem Prozess weiterhin Geschäftsbeziehungen bestehen sollen, vorzugehen.

<sup>84</sup> Vgl. Botschaft zum Kartellgesetz (FN 39), 576, wonach ein sachlicher Zusammenhang zwischen der zusätzlichen Leistung und dem Grundgeschäft vorliegen muss (vgl. auch BURKERT THOMAS O. J., Die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, Baden-Baden 1992, 42).

<sup>85</sup> Als weiteres Beispiel für ein Produkt können Filmserien wie Star Wars I, II und III genannt werden.

<sup>86</sup> Vgl. AREEDA/KAPLOW (FN 39), 724.