



6. Beschlussabteilung
Aktenzeichen: B6-94/10

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

1. ProSiebenSat.1 Media AG, Unterföhring
2. RTL interactive GmbH, Köln

- Beteiligte -,

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 und 2:

Dr. Ulrich Denzel
Dr. Moritz Holm-Hadulla
Gleiss Lutz
Maybachstraße 6
70469 Stuttgart

3. Kabel Baden-Württemberg GmbH & Co. KG, Heidelberg

- Beigeladene zu 1 -

Verfahrensbevollmächtigte:

SALANS
Dr. Jörg Karenfort
Markgrafenstraße 33
10117 Berlin

4. Deutsche Telekom AG, Bonn

- Beigeladene zu 2 -

Verfahrensbevollmächtigte:

Wilmer Hale
Dr. Stefan Ohlhoff
Dr. Oliver Fleischmann
Friedrichstraße 95
10117 Berlin

5. Netlantic GmbH, Unterföhring

- Beigeladene zu 3 -

Verfahrensbevollmächtigte:

CMS Hasche Sigle
Dr. Pietro Graf Fringuelli
Dr. Harald Kahlenberg
Krankenhaus 1/ Im Zollhafen 18
50678 Köln

6. Save.TV Ltd., Hamburg

- Beigeladene zu 4 -

Verfahrensbevollmächtigte:

HERTIN
RA Christlieb Klages
Kurfürstendamm 54/55
10707 Berlin

7. Kabel Deutschland GmbH
Betastraße 6-8
85774 Unterföhring

- Beigeladene zu 5 -

8. Westdeutscher Rundfunk, Köln

- Beigeladene zu 6 -

Verfahrensbevollmächtigte:

Haver & Mailänder
Prof. Dr. K. Peter Mailänder
Lenzhalde 83-85
70192 Stuttgart

9. Zweites Deutsches Fernsehen, Mainz

- Beigeladene zu 7 -

Verfahrensbevollmächtigte:

Haver & Mailänder
Prof. Dr. K. Peter Mailänder
Lenzhalde 83-85
70192 Stuttgart

10. Sky Deutschland AG
Medienallee 26
85774 Unterföhring

- Beigeladene zu 8 -

zur Prüfung eines Zusammenschlusses nach §§ 35 ff. GWB und §§ 1, 2 GWB, Art 101 AEUV hat die 6. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 17. März 2011 beschlossen:

1. Die auf der Grundlage des Memorandum of Understanding vom 7. Februar 2011¹ beabsichtigte Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens zwischen den Beteiligten wird untersagt.
2. Die Gebühr für diese Entscheidung wird unter Anrechnung der gesondert festgesetzten Gebühr in Höhe von [...] Euro für die an die Stelle der Anmeldung tretenden Verweisung des Zusammenschlussvorhabens auf

[...] Euro

(in Worten: [...] Euro)

festgesetzt und den Beteiligten zu 1 und 2 als Gesamtschuldern auferlegt.

Gründe

A. Sachverhalt

- 1 Die ProSiebenSat.1 Media AG, Unterföhring (Beteiligte zu 1), und die RTL interactive GmbH, Köln (Beteiligte zu 2), beabsichtigen, ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, das im Bereich Video on Demand via Internet tätig werden und zu diesem Zweck eine Plattform (nachfolgend auch: die Zielplattform) betreiben soll.

I. Zusammenschlussbeteiligte

1. ProSiebenSat.1 Media AG, Unterföhring

- 2 Die ProSiebenSat.1 Media AG (im Folgenden: P7S1) wird über mehrere Zwischenholdings von der Permira Holdings und der Kohlberg Kravis Roberts & Co („KKR“) gemeinsam kontrolliert.

¹ [...]

Die Mutter-Unternehmen sind Private-Equity-Gesellschaften. Permira erzielte im Jahr 2009 Umsätze von weltweit mehr als 5 Mrd. €, europaweit mehr als 250 Mio. € und in Deutschland mehr als 25 Mio. EUR. € Dies trifft auch auf KKR zu.

P7S1 fungiert als Holdinggesellschaft der Senderfamilie der privaten Fernsehprogramme Sat.1, ProSieben, Kabel 1, Sixx und 9Live. P7S1 ist jeweils Alleingesellschafterin der Veranstalter dieser Programme. Der ursprünglich ebenfalls zu P7S1 gehörende Nachrichtensender N24 ist im Juni 2010 an die neugegründete N24 Media GmbH verkauft worden.² Zu P7S1 gehört auch die Gesellschaft SevenSenses GmbH, die die Pay-TV-Kanäle „Sat.1. Comedy“ und „kabel eins classics“ und über die maxdome GmbH & Co. KG das Video-On-Demand-Portal via Internet „maxdome“ betreibt. Maxdome bietet in erster Linie eine große Online Videothek mit über 30.000 Titeln, darunter eine Vielzahl an Spielfilmen, Serien, Comedy, Musik und Cartoons, im Wege des Pay-Per-Views und damit kostenpflichtig an. Darüber hinaus betreibt P7S1 auf den Websites „ProSieben.de“, „Sat1.de/videocenter“ und „Kabeleins.de/videos“ Video-Portale, auf denen ein Großteil der in den Fernsehsendern ProSieben und Kabel1 bereits ausgestrahlten Sendungen kostenfrei nicht-linear abrufbar angeboten werden.³

- 3 Die Vermarktung von Werbezeiten der Sender Sat.1, ProSieben, Kabel 1 und 9Live sowie die Vermarktung der digitalen Plattformen von P7S1 (Pay-TV, Video-On-Demand, Online, Teletext und Mobile) erfolgt durch die SevenOne Media GmbH, bei der es sich ebenfalls um eine 100%ige Tochter von P7S1 handelt. Das Kerngeschäft liegt im Verkauf von klassischen Fernsehwerbespots und Sonderwerbformen (z.B. Sponsoring) sowie in der Entwicklung von integrierten und konvergenten Werbekonzepten. Das Spektrum der Vermarktung umfasst die gesamte Wertschöpfungskette der P7S1-Gruppe.

2. RTL interactive GmbH, Köln

- 4 RTL interactive gehört über die RTL Television GmbH und die UFA Film und Fernseh GmbH sowie die RTL Group Deutschland („Mediengruppe RTL Deutschland“) zur RTL Group Germany, eine 100%ige Tochtergesellschaft der CLT-UFA S.A., Luxemburg, die ihrerseits eine Toch-

² Die Gesellschafter sind die Geschäftsführer Torsten Rossmann, der ehemalige Spiegel-Chefredakteur Stefan Aust, Frank Meißner und Karsten Wiest sowie der ehemalige Spiegel-TV-Manager Thorsten Pollfuß und die MAZ&MORE-Geschäftsführerin Maria von Borcke.

³ Als nicht-lineares Fernsehen wird auch zeitversetztes Fernsehen bezeichnet. Wenn Zuschauer TV-Sendungen nicht dann sehen, wenn sie ausgestrahlt werden, spricht man von nichtlinearem Fernsehen. Typische Beispiele sind die Mediatheken der verschiedenen Programmveranstalter und diverse Angebote für Abruf-Fernsehen (Video on Demand). Siehe www.tv-plattform.de unter Glossar / Nicht-lineares Fernsehen.

tergesellschaft der von der Bertelsmann AG, Gütersloh beherrschten RTL Group S.A., Luxemburg ist. Der weltweite Umsatz der Bertelsmann AG betrug im Jahr 2009 15,3 Mrd. €, der EU-weite Umsatz belief sich auf mehr als 250 Mio. €, in Deutschland erzielte die Bertelsmann mehr als 25 Mio. €.

- 5 RTL interactive ist innerhalb der Mediengruppe RTL Deutschland für die Entwicklung neuartiger Produkte aus den Bereichen Online, Mobile, Teletext, IPTV, Media Services, Licensing und Games Publishing verantwortlich. Das Unternehmen betreibt u.a. die Video-On-Demand-Portale „RTLNow.de“ und „VoxNow.de“. Dabei handelt es sich um die Marken von RTL und Vox für nicht-lineares Fernsehen. Angeboten wird ein Großteil der in den Fernsehsendern RTL und Vox bereits ausgestrahlten Sendungen. Darüber hinaus bieten die Portale bei ausgewählten Formaten Sendungen vor der deutschen Erstausstrahlung gegen Bezahlung an.
- 6 Die Geschäftstätigkeit der Mediengruppe RTL Deutschland umfasst im Übrigen die Ausstrahlung von Fernseh- und Radiosendungen sowie die Programmproduktion und den Handel mit Ausstrahlungsrechten. Im Bereich der Ausstrahlung von Fernsehprogrammen gehören zur RTL-Group u.a. die Free-TV-Senderfamilie um die RTL Television GmbH in Deutschland (RTL Television, Vox, SuperRTL und n-tv⁴). An RTL 2 Fernsehen GmbH & Co. KG, die den Free-TV-Sender „RTL II“ betreibt, ist die RTL-Gruppe mit knapp 36 % beteiligt⁵. Die RTL Television GmbH veranstaltet darüber hinaus die Pay-TV-Spartenkanäle „RTL Living“ und „RTL Crime“. Das Pay-TV-Programm „Passion“ wird von der (mittelbaren) RTL-Television GmbH-Tochter Passion GmbH veranstaltet.
- 7 Die Werbezeiten der Sender RTL, VOX, Super RTL und n-tv werden von der IP Deutschland GmbH, Köln (IP), einer 100%igen Tochtergesellschaft der RTL Television GmbH, vermarktet. Dieses umfasst u.a. den Verkauf klassischer Werbespots oder vernetzter Werbeangebote (TV, Online) bzw. Crossmedia-Kooperationen. RTL II wird nicht von IP vermarktet, sondern von der El Cartel Media GmbH & Co. KG, einer 100%igen Tochter der RTL2 Fernsehen GmbH & Co. KG.

⁴ Die RTL Group Deutschland hält Beteiligungen an RTL Television GmbH (100 % UFA Film und Fernseh GmbH, Köln, eine 100%ige Tochter von RTL), n-tv (100 % RTL Television GmbH), VOX (99,7 % RTL Television GmbH über Vox Holding GmbH); SuperRTL wird von der RTL Disney Fernsehen GmbH & Co. KG betrieben, an der CLT-UFA S.A. 50 % hält. Die übrigen 50 % liegen bei Buena Vista International (BVI) Television Investments Inc (Disney).

⁵ 27,3 % liegen bei der CLT UFA S.A. und 8,6 % bei der UFA Film und Fernseh GmbH. Die übrigen Anteile halten die KG Heinrich Bauer Verlag (31,5 %), Tele-München Fernseh-GmbH & Co Medienbeteiligung KG (31,5 %) und der Burda GmbH (1,1 %).

II. Das Vorhaben

- 8 Auf der Grundlage eines zwischen den Beteiligten vereinbarten Memorandum of Understanding (nachfolgend: MoU) soll ein Gemeinschaftsunternehmen (im Folgenden: GU) gegründet werden, an dem die Beteiligten jeweils 50 % der Anteile halten und die gemeinsame Kontrolle ausüben sollen. Das GU soll im Bereich Video-on-Demand via Internet tätig werden und zu diesem Zweck auf einer Internet-Website eine Plattform betreiben.
- 9 Video-on-Demand beschreibt in technischer Hinsicht die Möglichkeit, digitales Videomaterial auf Anfrage über eine Datenverbindung, (z. B. eine Internetverbindung) von einem Anbieter oder Dienst herunterzuladen (Download) oder über einen Video-Stream direkt mit einer geeigneten Software über die Verbindung anzusehen. Bei letzterem werden die Daten gleichzeitig heruntergeladen und wiedergegeben. Der Anbieter benötigt dazu einen Streaming Server, und der Anwender eine spezielle Software, mit der der Videostream wiedergegeben werden kann (Player). Dies kann ein sogenanntes Plug-in sein, das z. B. in den Web-Browser auf dem zur Wiedergabe verwendeten Gerät integriert ist, oder auch ein eigenständiges Wiedergabeprogramm.
- 10 Das geplante GU soll für die Video on Demand-Plattform vor allem Leistungen der Kategorien Storage/Hosting⁶, Streaming/Content Delivery⁷, Shop-Template⁸-Erstellung, Qualitätskontrolle der Webseite und technischer Betrieb erbringen. Darüber hinaus werden nach dem MoU folgende Regelungen angestrebt:
- 11 Über die von dem GU neu zu schaffende Plattform sollen ausschließlich professionell erstellte Inhalte verbreitet werden, die bereits zuvor im TV gesendet wurden. Zielkunden sind nach diesen Angaben neben den Parteien die deutschen und österreichischen Inhaber von TV-Inhalten. Zielgebiete sind nach dem Vortrag der Beteiligten Deutschland und Österreich.
- 12 Die Plattform soll in verschiedene Auftraggeberbereiche unterteilt werden. Jeder Auftraggeberbereich soll ausschließlich von dem jeweiligen Auftraggeber redaktionell betreut werden. Auch

⁶ Hosting beschreibt die Unterbringung von Internet-Angeboten auf den benötigten Webservern.

⁷ Content Delivery meint die Auslieferung der – meist sehr großen – Mediendateien. Häufig erfolgt sie über ein Content Delivery Network. Dies ist ein Verbund netzgeografisch verteilter und über das Internet verbundener Server, mit dem die Inhalte möglichst effizient ausgeliefert werden sollen.

⁸ Ein Template dient der Erstellung von Dokumenten oder Dokumentteilen. Es stellt eine Art „Gerüst“ dar, die einen Teil des Inhaltes oder der Gestaltung des Dokumentes vorgibt. Shop-Templates sind Vorlagen für Online-Erwerbsvorgänge.

anderen Unternehmen als den Muttergesellschaften sollen Auftraggeberbereiche angeboten werden.

- 13 Die Beteiligten sollen sich verpflichten, in ihren jeweiligen Auftraggeberbereichen jeweils mindestens die Content-Einzelformate unentgeltlich zugänglich zu machen, die sie auch auf ihren Internetseiten dem Verbraucher entgeltfrei zugänglich machen. Bei schon vorhandener Lizenzware gilt dies nur, soweit das lizenzrechtlich möglich ist. Bei zukünftig zu erwerbender Lizenzware soll dies im Lizenzvertrag sichergestellt werden.
- 14 Das GU darf die Inhalte nicht vor deren TV-Ausstrahlung zum Abruf bereitstellen und darf dies nach der Ausstrahlung längstens für 7 Tage tun (sogenanntes „7-Tage-catchup-Angebot“).
- 15 Über die Plattform sollen die Inhalte für den Betrachter kostenfrei (d. h. werbefinanziert) zugänglich gemacht werden. Zu einer späteren entgeltlichen Vermarktung von Inhalten erklären die Beteiligten, dass gegenwärtig dies nicht vorgesehen sei. Eine Aussage dazu, ob künftig Anreize bestünden, das Geschäftsmodell hin zu einem für den Nutzer entgeltlichen Angebot zu ändern, sei den Beteiligten nicht möglich.
- 16 Die einzelnen Auftraggeberbereiche sollen über einheitliche Standardfunktionen verfügen, insbesondere einen einheitlichen Videoplayer, nutzergetriebene Empfehlungs- und Weiterleitungsfunktionen und Community Features.
- 17 Zusätzlich soll es jedoch einen übergreifenden Eingangsbereich der Plattform geben (Einzelheiten unter dem Vorbehalt einer noch durchzuführenden Marktrecherche). Dieser soll über eine Reihe von gemeinsam genutzten Funktionen verfügen, wie etwa eine plattformübergreifende Suche nach Formaten.
- 18 Die Vermarktung des in seinem Auftraggeberbereich zur Verfügung gestellten Contents, d. h. jedenfalls derzeit die Vermarktung der Werbeflächen, soll durch den jeweiligen Auftraggeber selbst im eigenen Namen und für eigene Rechnung erfolgen. Das GU soll weder den Content, noch den gemeinsamen Eingangsbereich noch die Auftraggeberbereiche vermarkten. Hinsichtlich der Werbeflächen sind primär Video-Werbespots vor, während und nach der Anzeige der bereitgestellten Video-Inhalte vorgesehen. In den einzelnen Auftraggeberbereichen soll ferner auch herkömmliche Display-Werbung (Werbepanner) platziert werden können.
- 19 Die Abgeltung der Leistungen des GU soll durch eine einmalige „Setup-Gebühr“ für die Integration in den Eingangsbereich, eine monatliche Pauschale für die Betreuung und den technischen Betrieb der Plattform sowie variable Vergütungen auf der Basis der für Storage, Streaming und Hosting entstehenden Kosten zzgl. einer festzulegenden Gewinnmarge erfolgen.

III. Gang des Verfahrens

- 20 Das Vorhaben ist mit Form CO vom 5. August 2010 zunächst bei der Europäischen Kommission (im Folgenden: Kommission) angemeldet worden. Auf den Verweisungsantrag des Bundeskartellamtes im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 24. August 2010 hat die Kommission mit Entscheidung vom 24. September 2010⁹, eingegangen im Bundeskartellamt am selben Tag, das angemeldete Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 der Fusionskontrollverordnung (FKVO) hinsichtlich der die Märkte in Deutschland betreffenden Aspekte an das Bundeskartellamt verwiesen.
- 21 Das Bundeskartellamt hat den Beteiligten mit Email vom 27. September 2010 den Zeitpunkt des Eingangs der Verweisungsentscheidung gemäß § 39 Abs. 4 Satz 2 GWB mitgeteilt. Die Beteiligten haben sich mit Schreiben vom 25. Oktober 2010 mit der Verwendung der sie betreffenden Unterlagen aus dem Kommissions-Verfahren M.5881 einverstanden erklärt. Die Beschlussabteilung hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass den Unterlagen nicht alle nach § 39 Abs. 3 GWB erforderlichen Angaben zu entnehmen sind, da nicht alle verbundenen Unternehmen einschließlich deren Sitz angegeben waren.¹⁰ Die Beteiligten haben die Angaben bisher nicht vervollständigt.
- 22 Die Beschlussabteilung hat das Hauptprüfverfahren mit Schreiben vom 21. Oktober 2010, den Beteiligten am gleichen Tag zugegangen, gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB eingeleitet. Mit Schreiben vom 25. November 2010, den Beteiligten am gleichen Tag zugegangen, hat die Beschlussabteilung den Beteiligten gemäß Art. 9 Abs. 6 FKVO das Ergebnis einer vorläufigen wettbewerbsrechtlichen Prüfung und gegebenenfalls von der Beschlussabteilung beabsichtigte Maßnahmen hinsichtlich des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens mitgeteilt.
- 23 Parallel hat die Beschlussabteilung mit Schreiben vom 3. Dezember 2010 ein Verfahren nach § 1 GWB und Art. 101 AEUV i.V.m. § 32 GWB zunächst gesondert eingeleitet (B6-115/10). In demselben Schreiben sind den Beteiligten gemäß § 32 b Abs. 1 GWB die nach vorläufiger Beurteilung bestehenden Bedenken der Beschlussabteilung mitgeteilt worden.
- 24 Das Verfahren ist mit Verfügung vom 27. Januar 2010 mit dem Fusionsverfahren formal verbunden worden und führt seither dasselbe Aktenzeichen. Dieses ist den Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 9. Februar 2011 mitgeteilt worden. Das Verfahren ist bezogen auf die

⁹ Kommission, Entscheidung vom 24.9.2010, Az. COMP/M.5881 – *ProSiebenSat.1/RTL interactive /JV*.

¹⁰ Telefonat vom 27. September 2010 ([...]), persönliches Gespräch mit RA Dr. Denzel im Bundeskartellamt am 6. Oktober 2010 ([...]), eMail vom 12. Oktober 2010 ([...]).

Prüfung auf der Grundlage von Art. 101 AEUV mit Mitteilung vom 9. Februar 2011 im European Competition Network (ECN) notifiziert worden.

- 25 Mit Schreiben vom 21. Dezember 2010 bzw. vom 22. Dezember 2010 haben sich die Beteiligten und die Beschlussabteilung einvernehmlich auf den 21. März 2011 als Fristende im Fusionskontrollverfahren (Hauptprüfverfahren) verständigt. Die Fristvereinbarung erstreckte sich nicht auf die Prüfung nach § 1 GWB, Art. 101 AEUV.
- 26 Mit verschiedenen Schriftsätzen hatten die Beteiligten Vorschläge für eventuelle Nebenbestimmungen eingereicht. Darüber hinaus hatten die Beteiligten den Inhalt der Nebenbestimmungen im Rahmen des Verfahrens nach § 1 GWB, Art. 101 AEUV iVm § 32 GWB als Verpflichtungszusagen angeboten, um die mitgeteilten Bedenken der Beschlussabteilung auszuräumen. Die Beschlussabteilung hat zu den Vorschlägen Stellung genommen mit Schreiben vom 26. Januar 2011 und die Anforderungen an die Nebenbestimmungen zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken dargelegt. Die Verhandlungen über die Nebenbestimmungen bzw. Verpflichtungszusagen sind im Ergebnis gescheitert. Wegen des letzten Stands der Vorschläge wird auf eMail-Schreiben der Beteiligten vom 11. Februar 2011 und vom 22. Februar 2011 sowie auf eMail-Schreiben der Beschlussabteilung vom 21. Februar 2011 und 22. Februar 2011 verwiesen.
- 27 Mit Schreiben vom 23. Februar 2011 bzw. im Falle der erst später hinzugekommenen Beigeladenen zu 8 mit Schreiben vom 28. Februar 2011 hat die Beschlussabteilung den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt, dass sie nach dem bis dahin erreichten Stand die mit dem obigen Tenor tatsächlich ausgesprochene Untersagung beabsichtigte. Zugleich hat die Beschlussabteilung den Verfahrensbeteiligten die tatsächlichen und rechtlichen Gründe für die in Aussicht genommene Entscheidung mitgeteilt und ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 10. März 2011 eingeräumt. Ebenfalls mit Schreiben vom 23. Februar 2011 hat die Beschlussabteilung den Landeskartellbehörden Nordrhein-Westfalens und Bayerns die in Aussicht genommene Entscheidung und die Gründe hierfür mitgeteilt sowie die Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 10. März 2011 gewährt. Von der Möglichkeit zur Stellungnahme haben die Beteiligten zu 1 und 2 mit Schreiben vom 10. März 2011 sowie die Beigeladene zu 2 mit Schreiben vom 10. März 2011 Gebrauch gemacht.
- 28 Am 23. Februar 2011 hat das Bundeskartellamt das Schreiben von diesem Tag nach Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003 an die Europäische Kommission übermittelt. Am 16. März 2011 hat die Europäische Kommission mitgeteilt, dass das Verfahren nach Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003 für sie abgeschlossen ist.

IV. Beigeladene

29 Mit Beschluss vom 6. Januar 2011 bzw. mit Beschluss vom 28. Februar 2011 hat die Beschlussabteilung folgende Unternehmen beigeladen:

1. Kabel Baden-Württemberg GmbH & Co. KG, Heidelberg

30 Die Beigeladene zu 1 betreibt das ehemalige Breitbandkabelnetz der DTAG in Baden-Württemberg. Neben dem Betrieb von Breitbandkabelnetzen der Netzebenen 3 und 4 in Baden-Württemberg umfasst ihre Tätigkeit die Übertragung und Vermarktung analoger und digitaler Rundfunksignale. Zudem erbringt die Kabel BW technische Dienstleistungen für Programmanbieter und bietet Endkunden Breitbandinternet und -telefoniedienste über ihr Kabelnetz an.

2. Deutsche Telekom AG, Bonn

31 Die Beigeladene zu 2 ist die Obergesellschaft der Deutsche Telekom-Gruppe (im Folgenden: DTAG). Die DTAG betreibt u. a. Festnetze, mit denen sie Telefoniedienstleistungen und breitbandigen Internet-Zugang für Endkunden anbietet. Ferner betreibt die DTAG das Video on Demand-Portal „videoload“ und ist auch über ihr IPTV-Angebot „Entertain“ im Video on Demand-Bereich tätig. An dem weiteren Video on Demand-Portal „sevenload“ war sie bislang mit einer Minderheitsbeteiligung beteiligt.¹¹

3. Netlantic GmbH, Unterföhring

32 Die Beigeladene zu 3 bietet seit dem 10. März 2005 auf der Internetseite www.shift.tv unter der Bezeichnung „shift.tv“ einen internetbasierten Videorecorder (PVR – Personal Video Recorder) zur Aufzeichnung von Fernsehsendungen an. Sie empfängt dazu über Satelliten-Antennen die in Deutschland frei empfangbaren Sendesignale mehrerer Fernsehsendeanstalten, darunter die Programme der Beteiligten. Ein bei der Beigeladenen zu 3 registrierter Kunde kann aus diesen Programmen über eine elektronische Programmzeitschrift Sendungen auswählen und diese auf seinem „persönlichen Videorecorder“, welchem Speicherplatz auf dem Festplattenverbund der Beigeladenen zu 3 zugewiesen wird, abspeichern. Der Kunde kann die auf dem PVR aufgezeichneten Sendungen über das Internet überall und jederzeit beliebig oft ansehen.

¹¹ Der Erwerb dieser Beteiligung durch eine Konzerngesellschaft des Burda-Verlags wurde kürzlich zur Fusionskontrolle angemeldet und freigegeben (Az. B6-10/11).

4. Save.TV Ltd., Hamburg

- 33 Die Beigeladene zu 4 – Save.TV – bietet auf der Internetseite www.save.tv unter der Bezeichnung „Save.TV“ seit dem Jahr 2005 ebenfalls einen internetbasierten Videorecorder (PVR) zur Aufzeichnung von Fernsehsendungen an. Das Geschäftsmodell gleicht demjenigen der Beigeladenen zu 3.

5. Kabel Deutschland GmbH, Unterföhring

- 34 Die Beigeladene zu 5 betreibt das ehemalige Breitbandkabelnetz der Deutschen Telekom AG in allen Bundesländern außer Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen. Sie bietet die Übertragung und Vermarktung von analogen und digitalen Rundfunksignalen, Pay-TV-Dienste sowie Telefonie- und Internet-Dienste an.

6. Westdeutscher Rundfunk, Köln

- 35 Die Beigeladene zu 6 veranstaltet das regionale Fernsehprogramm WDR Fernsehen. Darüber hinaus ist sie zusammen mit den übrigen Landesrundfunkanstalten an der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (im Folgenden: ARD) beteiligt. Über die ARD werden die Fernsehprogramme „Das Erste“, „EinsExtra“, „EinsFestival“, „EinsPlus“ veranstaltet. In Zusammenarbeit mit weiteren Kooperationspartnern veranstaltet die ARD zudem die Programme „Phoenix“ und „KiKa“ (in Kooperation mit dem ZDF), „3Sat“ (in Kooperation mit ZDF, ORF und SF) und mittelbar „ARTE“. Der WDR nimmt als Beigeladene zugleich stellvertretend die Interessen der übrigen Landesrundfunkanstalten wahr (während der nächsten zwei Jahre führe der WDR als geschäftsführende Anstalt den Vorsitz in der ARD). Der WDR strahlt seine Programme sowohl terrestrisch (digital) als auch über Satellit (analog und digital) und über Breitbandkabel- und DSL-Netze aus und lässt diese auch über das Internet zugänglich werden. Zusätzlich unterhält der WDR eine Mediathek mit Video on Demand-Angeboten.

7. Zweites Deutsches Fernsehen, Mainz

- 36 Die Beigeladene zu 7 ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts und Veranstalterin des Fernsehprogramms ZDF. Darüber hinaus bietet sie die digitalen Programme „ZDFneo“, „ZDFinfokanal“ und „ZDFtheaterkanal“ an, ist an den oben genannten Kooperationsprojekten mit der ARD beteiligt und ebenfalls mittelbar an „ARTE“ beteiligt. Die Beigeladene zu 7 strahlt ihre Programme sowohl terrestrisch (digital) als auch über Satellit (analog und digital) und über Breitbandkabel-

und DSL-Netze aus und lässt diese auch über das Internet zugänglich werden. Zusätzlich unterhält sie eine Mediathek mit Video on Demand-Angeboten.

8. Sky Deutschland AG, Unterföhring

- 37 Die Beigeladene zu 8 ist eine Konzerngesellschaft der News Corporation, New York/USA und der größte Pay-TV-Anbieter in Deutschland. Kerngeschäft des Unternehmens ist der Rechteerwerb, die Veranstaltung von Pay-TV-Programmen soweit die Vermarktung dritter Programmangebote. Die Programme von Sky werden bundesweit ausschließlich digital über Breitbandkabel, Satellit und in geringem Umfang im Wege des IPTV über xDSL übertragen. Sky unterhält mit „Sky Select Internet TV“ auch ein Video-On-Demand-Portal, auf dem Inhalte nicht-linear gegen Entgelt angeboten werden, ohne dass ein Abonnement abgeschlossen werden muss.

B. Fusionsprüfung

I. Formelle (fusionsrechtliche) Untersagungsvoraussetzungen

1. Zusammenschlusstatbestand

38 Die geplante Gründung eines von den Beteiligten gemeinsam kontrollierten Gemeinschaftsunternehmens erfüllt die Zusammenschlusstatbestände des Kontrollerwerbs (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und des Anteilserwerbs (§ 37 Abs. 1 Nr. 3a GWB und § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB).

2. Überschreiten der Umsatzschwellen

39 Der Zusammenschluss ist kontrollpflichtig, da die beteiligten Unternehmen – einschließlich der mit ihnen gemäß § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen – die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB überschreiten. Allein die Bertelsmann AG hat unter Einbeziehung der mit ihr verbundenen Unternehmen im Jahr 2009 einen konsolidierten Gesamtumsatz von rd. 15,3 Mrd. € und damit mehr als 500 Mio. € Umsatz erzielt. Die de-minimis-Klausel des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist nicht erfüllt, ebenso wenig liegt ein Bagatellmarkt im Sinne des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB vor.

40 Ebenso sind die Inlandsumsatzschwellen des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt. Denn im vorliegenden Fall hat mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen Euro erzielt.

3. Gemeinschaftsweite Bedeutung

41 Das Zusammenschlussvorhaben hat grundsätzlich gemeinschaftsweite Bedeutung, weil die Schwellenwerte des Art. 1 Abs. 2 FKVO überschritten werden. Die Kommission hat den Zusammenschluss gemäß Art. 9 Abs. 1 FKVO an das Bundeskartellamt verwiesen, so dass die formellen Vorschriften des GWB gelten (§ 35 Abs. 3 GWB).

II. Materielle Untersagungsvoraussetzungen

42 Das Zusammenschlussvorhaben ist gemäß § 36 GWB zu untersagen, weil es zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt führt.

1. Bestehende duopolistische Marktbeherrschung von RTL und P7S1

43 RTL und P7S1 bilden auf dem bundesweiten Markt für Fernsehwerbung ein marktbeherrschendes Duopol.

a. Marktabgrenzung

44 Der Zusammenschluss hat Auswirkungen auf den Markt für bundesweite Fernsehwerbung.

aa. Sachliche Marktabgrenzung

45 Veranstalter von Fernsehprogrammen wie insbesondere die Parteien des vorliegenden Zusammenschlusses stellen Werbezeiten in ihren Programmen für Dritte bereit. Weit überwiegend wird diese Zeit für die Ausstrahlung von Werbespots genutzt, zu einem geringeren Teil auch für andere Werbeformen wie z. B. das „Sponsoring“ von Sendungen.

46 In Übereinstimmung mit der ständigen Entscheidungspraxis der deutschen Gerichte¹² und des Bundeskartellamts¹³ ist diese Leistung (nachfolgend TV-Werbung) einem eigenen sachlich relevanten Markt zuzuordnen. Es existiert hingegen kein allgemeiner, alle Medien umfassender Werbemarkt. Anbieter auf dem Fernsehwerbemarkt sind mindestens die Veranstalter werbefinanzierter Fernsehprogramme (Free-TV). Als Anbieter in Betracht kommen auch Pay-TV-Sender bzw. deren Vermarktungsgesellschaften soweit sie Werbezeiten anbieten. Die Free-TV-Programme umfassen das werbefinanzierte privaten Fernsehen einerseits und das aus Gebühren und Werbeeinnahmen finanzierte öffentlich-rechtliche Fernsehen andererseits. Pay-TV-Sender finanzieren sich größtenteils aus den Entgelten, die ihre Abonnenten zu entrichten haben, bieten darüber hinaus auch allerdings in geringem Umfang Werbezeiten an. Ob Pay-TV

¹² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Dezember 2008, Az. VI Kart 7/06 (V) – *Springer/Pro7*, Bl. 9 der BA, verfügbar über www.olg-duesseldorf.nrw.de

¹³ Vgl. BKartA, Beschluss vom 19. Januar 2006, Az. B6-103/05 – *Springer/Pro7*, Bl. 25 der BA, verfügbar über www.bundeskartellamt.de

als Werbeträger in den Markt einzubeziehen ist, kann wegen des geringen Umfangs letztlich offenbleiben.¹⁴ Nachfrager auf diesem Markt ist die werbungtreibende Industrie, die sich ganz überwiegend von Media-Agenturen betreuen lässt, welche die Buchung der Werbezeiten bei den Fernsehveranstaltern für sie vornehmen.

Beurteilung von Radio-, Kino-, Print- und herkömmlicher Online-Werbung

- 47 Diesem Fernsehwerbemarkt gehören jedenfalls die bis vor kurzem bekannten anderen Werbeträger (Print, Radio, Plakate, Kino) nicht an.¹⁵ Diese haben andere Eigenschaften und sind aus Sicht der Werbekunden daher nicht mit TV-Werbung austauschbar. Die verschiedenen Werbeträger unterscheiden sich beispielsweise in den erzielbaren Reichweiten in den Zielgruppen und dem notwendigen Zeitaufwand für die Erzielung einer bestimmten Reichweite sowie in den Möglichkeiten zur Darstellung und Wahrnehmung der Werbung durch den Konsumenten. Dies beeinflusst ihre Eignung für die Übermittlung bestimmter Formen von Werbebotschaften. Sie stellen daher sich gegenseitig ergänzende Wege dar, die Werbebotschaft an die jeweils relevante Zielgruppe heranzutragen (Komplementarität). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die „Abnehmer“ der Werbebotschaft (d.h. die Zuschauer, Zuhörer oder Leser) im Hinblick auf die verschiedenen Plattformen in der Regel ein so genanntes „multihoming“ betreiben, d.h. verschiedene Medien komplementär zur Deckung ihrer Informations- oder Unterhaltungsbedürfnisse nutzen. Aus Sicht der werbenden Wirtschaft kann daher ebenfalls vor allem ein Mediamix (d.h. die Nutzung mehrerer unterschiedlicher Medien als Werbeträger) eine möglichst effektive Vermittlung der Werbebotschaft gewährleisten.
- 48 Dies gilt auch für herkömmliche Online-Werbung, d. h. für solche Online-Werbung, die im Kern aus der Einblendung von Texten und/oder Bildern in einen Kontext wie z. B. eine Webseite, ein Computerspiel o. ä. besteht.¹⁶ Die Marktuntersuchung der Beschlussabteilung hat dies im vorliegenden Fall erneut bestätigt. So haben die befragten Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten (TV-Sender) die Austauschbarkeit dieser Werbeform mit Fernsehwerbung auf einer fünfstufigen Skala von „gar nicht austauschbar“ (hier gleich 1 gesetzt) bis „vollständig aus-

¹⁴ Für Einbeziehung BKartA aaO; insoweit jedoch anders OLG Düsseldorf aaO, was in der Rechtsbeschwerde nicht beanstandet wurde, vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010 – KVR 4/09 – *Sprinter/ProSieben II*, Seite 7 der BA.

¹⁵ BKartA aaO; OLG Düsseldorf aaO

¹⁶ vgl. auch Kommission, Entscheidung vom 11. März 2008, Az. COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, Tz. 45ff

tauschbar“ (hier 5) für den gegenwärtigen Zeitpunkt im Durchschnitt mit ca. 1,5 bewertet.¹⁷ Für einen Zeitpunkt in drei Jahren sehen sie die Austauschbarkeit im Durchschnitt bei ca. 2,2. Ähnlich haben die befragten Kunden für Fernsehwerbung (werbende Unternehmen und Mediaagenturen) geurteilt, der Durchschnittswert der Antworten liegt hier bei ca. 1,7 (heute) bzw. ca. 2,1 (in drei Jahren). Warum dies so ist, wird auch deutlich, wenn man die Antworten der Befragten auf die Frage nach den Besonderheiten von Fernsehwerbung betrachtet. Audiovisuell angelegte und übertragene Werbung eignet sich nach den Angaben vieler befragter Nachfrager besonders gut zur emotionalen Ansprache, zur Imagebildung und zum Transport komplexerer Botschaften. Bei herkömmlicher Online-Werbung ist diese Form der Emotionalisierung nur schwer vorstellbar, zudem lassen sich in einem herkömmlichen Werbebanner nur schlecht komplexere Botschaften unterbringen.

Beurteilung von Video-Online-Werbung

- 49 Relativ neu sind die Werbeformen der online verbreiteten Video-Werbung. Erst seit kurzer Zeit sind hinreichend schnelle Internet-Zugänge in der Bevölkerung so weit verbreitet, dass das Ausspielen von online verbreiteter Video-Werbung, die eine vergleichsweise hohe Datenübertragungsrate im jeweiligen Übertragungsnetz benötigt,¹⁸ in einem größeren Umfang technisch möglich ist und als Basis für tragfähige Geschäftsmodelle betrachtet wird. Bei der Online-Video-Werbung ist das Werbemittel ein Video, z. B. ein Werbespot ähnlich wie bei der Fernsehwerbung. Typischerweise wird dieses Werbemittel entweder mit einem ebenfalls online verbreiteten Video verbunden, dem das eigentliche Interesse des Online-Nutzers gilt (nachfolgend: In-Stream-Video-Werbung) oder es wird wie eine herkömmliche Online-Werbeform an einer Stelle auf einer Webseite eingebunden (nachfolgend: In-Page-Video-Werbung).¹⁹
- 50 In ersterem Fall wird teilweise weiter unterschieden zwischen Werbevideos, die vor dem eigentlichen Inhalt gezeigt werden (pre-roll), solchen, die den eigentlich interessierenden Inhalt unterbrechen (mid-roll), und solchen, die nach dem eigentlich interessierenden Inhalt abgespielt werden (post-roll). Die technischen Umfelder können dabei durchaus verschieden sein. Gängig sind Webseiten, welche die eigentlich interessierenden Inhalte zum Download oder zum Strea-

¹⁷ Die Antworten der Beteiligten (1 bzw. 2) bewegen sich im selben Bereich ([...]).

¹⁸ So benötigt beispielsweise ein Audio/Video-Stream in herkömmlicher TV-Auflösung (SD) bei vergleichbarer Qualität mit dem heute typischen Kompressionsverfahren H.264/AVC eine Datenübertragungsrate von mindestens 1 – 2 Mbit/sek.

¹⁹ Dies entspricht einer im Markt gängigen Grundklassifizierung, vgl. <http://ovk2.bvdw.org/online-werbung/werbeformen.html>.

ming²⁰ anbieten, wie es beispielsweise die Angebote der Parteien unter www.rtlnow.de oder www.pro7.de tun. Es eignen sich aber auch Angebote wie Zattoo, welches über das Übertragungsmedium Internet herkömmliche TV-Kanäle im Streaming-Verfahren überträgt und beim Umschalten der Kanäle Werbespots einblendet. Allen diesen Ansätzen ist gemeinsam, dass sie das Internet als neuen Übertragungsweg nutzen können, um die Werbevideos und (meist auch) die eigentlich interessierenden Inhalte zu den Zuschauern zu transportieren.

In-Stream-Video-Werbung ist nächstes Substitut zu Fernsehwerbung

- 51 Im Hinblick auf die Werbeform der In-Stream-Video-Werbung wie sie im Fokus der Parteien für den Aufbau des Gemeinschaftsunternehmens steht, sprechen sowohl bestimmte Eigenschaften dieser Werbeform als auch bereits derzeit erkennbare Entwicklungen im Mediennutzungsverhalten und in der Endgerätetechnik dafür, dass sie aus Nachfragersicht das „nächste Substitut“ zu Fernsehwerbung darstellt, wenn sie nicht sogar – zumindest perspektivisch – dem Fernsehwerbemarkt zuzurechnen ist. Die weiteren Ergebnisse der Marktuntersuchung der Beschlussabteilung bestätigen dies ebenfalls.²¹
- 52 Schon von zentralen Eigenschaften her betrachtet steht sie herkömmlicher TV-Werbung sehr nahe. Sie verwendet die gleiche Form – das Video – als Werbemittel, das den Rezipienten mit Bild und Ton auf zwei Sinneskanälen zugleich anspricht. Dieser Form wird eine besondere Eignung zur emotionalen Ansprache und zur Imagebildung zugeschrieben.²² In der Gestalt der In-Stream-Video-Werbung verwendet sie darüber hinaus auch ein sehr ähnliches Umfeld (wiederrum Video). Sie teilt dabei mit TV-Werbung den aus der Sicht der Werbetreibenden bestehenden Vorzug, dass der Zuschauer, der primär den sie einrahmenden Inhalt konsumieren möchte, am Fortgang des Inhalts interessiert ist („bald geht's weiter“) und damit jedenfalls zu erheblichen Teilen zu motivieren ist, auch den Werbespot anzusehen. So betrachtet erscheint ein Vi-

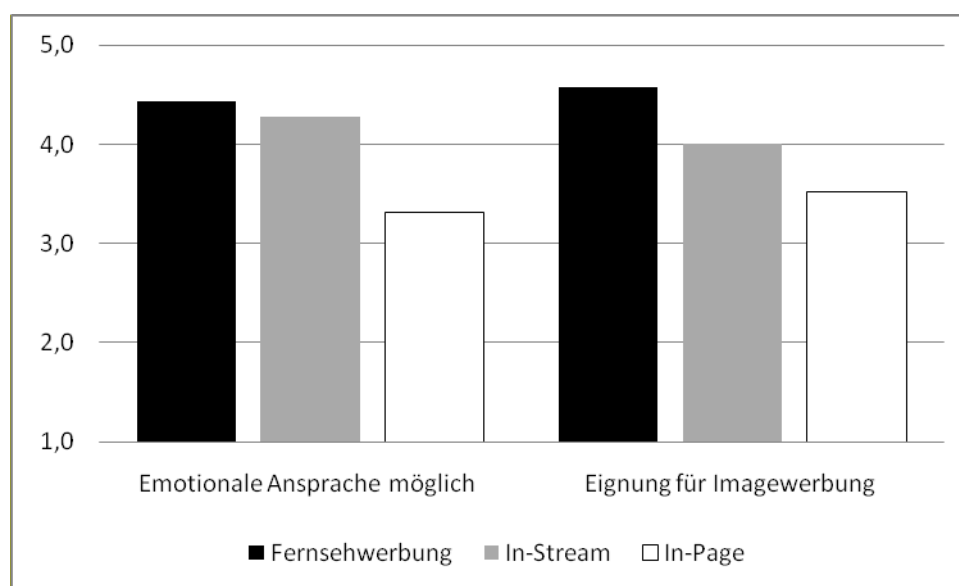
²⁰ Streaming bedeutet zunächst, dass die Audio-/Video-Daten bereits wiedergegeben werden, noch während die Datei zum Zielrechner übertragen wird, ggf. sogar in Echtzeit. D. h. der Nutzer muss nicht erst die Übertragung der gesamten Datei abwarten. Aus Anbietersicht kann Streaming zudem den Vorteil haben, dass sich damit das „Mitschneiden“ der Daten zumindest erschweren lässt.

²¹ In Ihrem Schreiben vom 10. März 2011 (Seite 4) wenden die Beteiligten sich ohne nähere Begründung gegen diesen Befund. An anderer Stelle hingegen wirbt beispielsweise die Beteiligte zu 2 mit Aussagen, die eben den angezweifelt Ermittlungsergebnissen entsprechen. So führt sie etwa in der Werbebroschüre „Bilder bewegen Menschen – im Internet und mobil / Werbewirkung von Bewegtbild“ (verfügbar über http://www.ip-deutschland.de/ipd/forschung_und_service/publikationen/imagebroschueren.cfm) aus: „[...] können Sie von Bewegtbild-Werbung prinzipiell die gleichen Wirkungsmechanismen erwarten, wie sie von klassischer TV-Werbung bekannt sind“ (Seite 7); „Die Schaltung von In-Stream-Bewegtbild-Spots entspricht der bekannten Mechanik vom linearen Fernsehen“ (Seite 14); „Bewegtbild-Werbung im Inrternet verfügt über die gleichen Stärken wie TV-Werbung“ (Seite 20).

²² vgl. die Antworten auf die Nachfragerbefragung (1. Phase) des Bundeskartellamtes ([...]).

deo on Demand-Portal wie das von den Parteien beabsichtigte vor allem als neuer Übertragungsweg für audiovisuelle Werbespots. Auch ansonsten wird aber im Fernsehwerbemarkt nicht zwischen Übertragungswegen unterschieden. Dementsprechend weisen, wie eine Durchsicht zeigt, die auf den verschiedenen Video on Demand-Portalen geschalteten In-Stream-Video-Werbespots von Ihrer Anmutung her große Ähnlichkeiten zu herkömmlichen Fernsehwerbespots auf.

- 53 Dieses Ergebnis bestätigen auch die Ermittlungen der Beschlussabteilung zur Ausprägung einzelner Eigenschaften bei unterschiedlichen Werbeformen. Auch hier zeigte sich, dass die Nähe zwischen Fernsehwerbung und In-Stream-Video-Werbung gerade hinsichtlich der beiden häufig genannten zentralen Eigenschaften der Fernsehwerbung deutlich größer ist als zwischen Fernsehwerbung und den übrigen Online-Werbeformen: Eignung zur emotionalen Ansprache und Eignung für Imagewerbung.²³ Bei beiden Faktoren erreicht Fernsehwerbung (in der Grafik jeweils links) bei der skalenorientierten Abfrage die höchsten Durchschnittswerte für die Ausprägung der Eigenschaft, eng gefolgt von In-Stream-Video-Werbung (jeweils mittig):



- 54 Gewisse Unterschiede zwischen Fernsehwerbung einerseits und In-Stream-Video-Werbung andererseits bestehen gegenwärtig insbesondere noch hinsichtlich der Reichweite, da In-Stream-Video-Werbung nach Einschätzung der Befragten derzeit noch weniger gut zur Erzielung einer hohen Reichweite geeignet ist als Fernsehwerbung. Nach Angaben vieler Befragter

²³ Auch diesen Befund macht sich die Beteiligte zu 2 in der oben genannten Broschüre (Fußnote 21) werblich zu eigen: „Durch den Einsatz von Bewegtbild-Spots müssen Sie bei Ihren Online-Kampagnen nicht mehr auf die Stärken von TV-Werbung, nämlich die Schlagkraft der audiovisuellen Ansprache und die Möglichkeit, Ihre Marke emotional zu inszenieren, verzichten“ (Seite 16, vgl. auch Seite 20).

dürfte In-Stream-Werbung jedoch aufgrund eines geänderten Mediennutzungsverhalten zukünftig an Reichweite gewinnen, so dass die Unterschiede zur Fernsehwerbung noch geringer werden. Zudem ist bei In-Stream-Video-Werbung eine Entwicklung zu beobachten, welche die (noch) bestehenden geringeren Reichweiten jeweils der einzelnen Online-Angebote im Vergleich zu Fernsehwerbung relativieren kann. Es entstehen hier – ähnlich wie schon bei herkömmlicher Online-Werbung – Werbenetzwerke, welche die Reichweiten einer Vielzahl einzelner Webangebote bündeln und den Werbekunde die Schaltung entsprechender Werbung über eine Vielzahl der gebündelten Seiten aus einer Hand anbieten. Zu den entsprechenden Anbietern zählen Unternehmen wie Smartclip und Tremor Media. Der noch bestehende Nachteil der geringeren absoluten Reichweiten wird zudem zumindest teilweise durch eine andere Eigenschaft von In-Stream-Video-Werbung kompensiert. Mit dem bei dieser Werbeform möglichen Targeting²⁴ wird es für enger gefasste Zielgruppen machbar, eine Vielzahl von Schaltungen bei verschiedenen Online-Angeboten so zu kombinieren, dass auch in dieser Zielgruppe hohe Reichweiten erzielt werden.

- 55 Das Näheverhältnis von In-Stream-Video-Werbung zu Fernsehwerbung befördern ferner aktuelle Entwicklungen im Mediennutzungsverhalten sowie in der Endgerätetechnologie.
- 56 Bereits heute nimmt insbesondere bei jüngeren Zielgruppen der Konsum audiovisueller Inhalte über das Internet zu einem vom Konsumenten selbst bestimmten Zeitpunkt (Video on Demand über das Internet) deutlich zu.²⁵ Die Entwicklung zeigt sich auch den sich entwickelnden Angeboten, von Portalen wie YouTube über die eigenen Video on Demand-Angebote der Beteiligten und praktisch aller anderen Fernsehsender bis hin zu den Mediatheken der öffentlich-rechtlichen Rundfunksender, die von den Privatsendern heftig bekämpft werden, gerade weil

²⁴ Unter *targeting* ist das zielgruppenorientierte Einblenden von Werbung auf einer Webseite zu verstehen. Es dient insbesondere der Verringerung von Streuverlusten. Online-Werbung bietet besonders umfangreiche Möglichkeiten einzugrenzen, welche Eigenschaften und Interessen der Aufrufer einer Webseite aufweist, d. h., zu welcher Zielgruppe er gehört. So lässt sich über die von ihm verwendete Internet-Adresse zusammen mit entsprechenden Datenbanken mit hoher Sicherheit feststellen, wo sich der Aufrufer befindet. Über sogenannte Cookies – kleine Informationsschnipsel, die auf Anforderung eines Webservers auf dem Computer des Aufrufers gespeichert werden und der individuelle Wiedererkennung eines Rechners dienen können – lässt sich bei sehr vielen Websurfern gut nachvollziehen, welche Seiten sie zuvor angesteuert haben, was wiederum etwas über ihre Interessen und ggf. über ihre Demografie (Alter, Geschlecht) aussagt. Auch die Internet-Adresse lässt sich eingeschränkt für die Verfolgung des Surfverhaltens verwenden. Vom Surfer verwendete Suchbegriffe geben ebenfalls Aufschluss über seine Interessen.

²⁵ Siehe Ergebnisse der ARD/ZDF-Onlinestudie 2010: Bewegtbild im Web – Multioptional im digitalen Zeitalter, Media Perspektiven 7-8/2010, Seite 350f. ([...])

sie darin Nachteile für ihre Geschäfte sehen.²⁶ Diese Entwicklung wird sich fortsetzen mit dem Nachwachsen weiterer junger Generationen. Der voranschreitende Ausbau breitbandiger Internet-Anschlüsse²⁷ wird die Entwicklung stützen und befördern. Das bedeutet nicht, dass herkömmliches lineares Fernsehen, das über die traditionellen Verbreitungswege terrestrische Sendung, Satellitensendung und Kabelweitersendung zu den Zuschauern gelangt, in absehbarer Zeit vollständig ersetzt wird. Noch sind die Kostenvorteile des herkömmlichen Modells in all den Fällen zu groß, in denen vergleichsweise viele Menschen sich zeitgleich für einen bestimmten Inhalt interessieren oder interessieren lassen. Zudem ist eine völlige Verschiebung der Mediennutzungsgewohnheiten nicht zu erwarten. Das gilt insbesondere für die Nutzung des Fernsehens als Medium für den rein passiven Konsum. Aber seine Bedeutung wird, soviel erscheint bereits heute sicher, abnehmen. Auch für Werbebotschaften werden damit mehr und mehr Menschen und Zielgruppen besser über das Internet als über das Fernsehen erreichbar sein. Fernsehen wird für diese Menschen tendenziell ein Dienst im Netz werden. Es ist zu erwarten, dass es interaktiver wird und sehr viel näher an Video on Demand heranrückt. Die Fernsehwerbung wird sich daher notwendigerweise ebenfalls in Richtung auf audiovisuelle Werbung in solchen Video on Demand-Angeboten wandeln. Das entspricht auch der Erwartung der von der Beschlussabteilung befragten Unternehmen zu der Marktentwicklung bei beiden Werbeformen: Bei Fernsehwerbung erwarten diese eine Stagnation, bei In-Stream-Video-Werbung jedoch ein deutliches Wachstum.

- 57 Parallel zu dieser Entwicklung läuft eine heute schon deutlich erkennbare Integration bei den Endgeräten. Hersteller von TV-Geräten wie Sony, Samsung, Panasonic und Philips statten ihre Produkte zunehmend mit Zugangsmöglichkeiten zum Internet aus. Entsprechende Geräte werden immer häufiger gekauft, so geht beispielsweise der IT-Branchenverband BITKOM davon aus, dass 41% der im Dezember 2010 abgesetzten Fernsehgeräte internetfähig sind.²⁸ Teilweise handelt es sich dabei um mehr oder weniger vollwertige WWW-Zugänge (durch Integration eines Web-Browsers), teilweise werden nur vom Hersteller ausgewählte Internetangebote zugänglich gemacht (darunter häufig YouTube oder die Angebote einzelner Fernsehsender). Die

²⁶ vgl. die Äußerungen des Verbandes der privaten Fernsehsender VPRT zu den sogenannten Telemedienkonzeption der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, <http://www.vprt.de/index.html/de/press/article/id/203/?or=1&page=2> und <http://www.vprt.de/index.html/de/press/article/id/200/?or=1&page=2>.

²⁷ Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2009, Seite 80 ff.: Im Jahr 2009 existierten 25 Mio. Breitbandanschlüsse in Deutschland; <http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/152206/publicationFile/9588/Jahresbericht2009Id18409pdf.pdf>

²⁸ c't – magazin für computertechnik, Heft 26/2010, Seite 33

Folge dieser Entwicklung ist in beiden Fällen, dass Internet-Inhalte mit wenigen Tastdrücken, mit demselben Gerät und in derselben Konsumsituation – der Fernseher ist anders als der Computer ein Wohnzimmergerät – wie Fernsehinhalte abgerufen werden. Der Zugriff auf Internet-Angebote rückt damit insgesamt auch aus der Perspektive der konkreten Nutzungssituation deutlich näher an den TV-Konsum heran, dies dürfte sowohl für die Nutzungshäufigkeiten als auch für die Nutzungsmuster gelten. Dies hat ebenfalls entsprechende Konsequenzen für die Bedeutung von eingebetteter In-Stream-Video-Werbung. Die Richtigkeit der vorstehenden Analyse bestätigen die Ergebnisse der Marktteilnehmerbefragungen der Beschlussabteilung. Gegenstand der Befragungen war u. a. die Austauschbarkeit von Fernsehwerbung mit herkömmlicher Online-Werbung, In-Stream-Video-Werbung, In-Page-Video-Werbung und Mischformen im Videoumfeld derzeit und perspektivisch in drei Jahren. Die Antworten messen den höchsten Grad an Austauschbarkeit mit Fernsehwerbung sowohl heute als auch perspektivisch in drei Jahren der In-Stream-Video-Werbung zu, wobei der Grad der Austauschbarkeit in der Drei-Jahres-Perspektive als steigend angesehen und dann mit größer 3 auf einer Skala von „gar nicht austauschbar“ (gleich 1 gesetzt) bis „vollständig austauschbar“ (gleich 5 gesetzt) als deutlich überdurchschnittlich eingeschätzt wird.

- 58 Als Gründe hierfür werden insbesondere die zunehmende Nutzung Internet-basierter Medien, die damit steigende Reichweite dieser Medien als Werbeträger und die Konvergenz der Endgeräte genannt. Die anderen Online-Werbeformen fallen im Hinblick auf den Grad an Austauschbarkeit mit Fernsehwerbung im Vergleich zur In-Stream-Video-Werbung ab.

Substitutionsbeziehung zwischen Fernsehwerbung und In-Page-Video-Werbung ist weniger eng

- 59 Der geringere Grad an Austauschbarkeit mit Fernsehwerbung gilt auch für die weitere Werbeform der In-Page-Video-Werbung. Hier wird zwar ebenfalls ein Video als Werbemittel verwendet. Dennoch wird ihre Austauschbarkeit mit Fernsehwerbung von den Befragten im Durchschnitt aktuell lediglich mit etwa 2,2 angegeben, bei einer Skala wiederum von „gar nicht austauschbar“ (1) bis „vollständig austauschbar“ (5). Perspektivisch in drei Jahren soll sie im Durchschnitt auf etwa 2,8 steigen und läge damit immer noch deutlich hinter dem der In-Stream-Werbung zugemessenen Grad. Betrachtet man die von den Befragten gegebenen Erläuterungen zu diesen Einstufungen, wird deutlich, warum in Page-Video-Werbung nicht das wird leisten können, was Fernsehwerbung und – jedenfalls perspektivisch – In-Stream-Video-Werbung zu erbringen in der Lage sind. Ein In-Page-Videospot, der nur in einem kleinen Teil einer Webseite läuft, bekommt bereits nicht dieselbe Aufmerksamkeit, wie ein Spot, der einem Inhaltsvideo vorangeht, das der Nutzer sehen möchte bzw. der ein entsprechendes Video unterbricht. Versucht der Werbetreibende, diese Aufmerksamkeit durch gleichzeitige Beschallung des

Nutzers zu erreichen, so dürfte dies auf hohen Widerstand stoßen, denn das Websurfen ist – im Gegensatz zum Fernsehen – typischerweise eine Form des Medienkonsums ohne Ton. Versucht der Werbetreibende, die Aufmerksamkeit dadurch zu erreichen, dass der Werbespot sich zunächst „vor“ den gesamten Seiteninhalt drängt, dürfte dasselbe gelten. Anders als beim Fernsehen ist es im Web kein „gelerntes“ Verhalten, dass man als Nutzer zwangsweise erst einen Werbespot ablaufen lassen muss, bevor man den eigentlich gewünschten Inhalt zur Kenntnis nehmen kann. Bei In-Stream-Werbung ist hingegen kein „Umlernen“ erforderlich. Diese entspricht von der Wahrnehmung her der „gelernten“ Unterbrecherwerbung aus dem Fernsehen.²⁹

bb. Räumliche Marktabgrenzung

- 60 Räumlich ist der Fernsehwerbemarkt entsprechend den Werbebelegungsmöglichkeiten abzugrenzen.³⁰ Zu unterscheiden sind dabei lokale oder regionale Fernsehwerbemärkte und der bundesweite Fernsehwerbemarkt.³¹ Erstere beschränken sich auf bestimmte Bundesländer oder auf Regionen mit hoher Bevölkerungsdichte („Ballungsraumfernsehen“) und sind teilweise nicht bundesweit empfangbar und jedenfalls nicht bundesweit von Interesse für die Zuschauer.
- 61 Der umfassendere, bundesweite Fernsehwerbemarkt umfasst Deutschland, nicht aber Österreich und die deutschsprachigen Gebiete der Schweiz, und erst recht nicht – schon im Hinblick auf die Sprachbarriere – andere Länder.
- 62 Für die Begrenzung auf Deutschland sprechen zunächst unterschiedliche nationale Rechtsvorschriften und kulturelle Besonderheiten, die sich in den Inhalten der Programme widerspiegeln, aber auch eine erkennbar unterschiedliche Marktstruktur. So sind beispielsweise in Österreich mit dem ORF und ATV sowie in der Schweiz mit der SRG Anbieter tätig, die sich speziell auf diese Märkte fokussieren und ein auf dieses Gebiet abgestimmtes Programm senden. Insbesondere der ORF in Österreich verfügt auf Bruttobasis über einen hohen Marktanteil in der Größenordnung von 40% bis 50%,³² wohingegen die Parteien in Deutschland einen gemeinsamen

²⁹ Damit wirbt beispielsweise auch die Beteiligte zu 2, vgl. Werbebroschüre (Fußnote 21), Seite 14: „Die Schaltung von In-Stream-Bewegt看bild-Spots in Bewegtbild-Umfeldern entspricht der bekannten Mechanik vom linearen Fernsehen“ (Seite 14).

³⁰ BKartA Beschluss vom 19. Januar 2006, Az. B6-103/05 – *Springer/Pro7*, Seite 25.

³¹ BKartA Beschluss vom 19. Januar 2006, Az. B6-103/05 – *Springer/Pro7*, Seite 25.

³² Dies entspricht auch der Schätzung der Parteien, vgl. Form CO, Seite 61 ([...]); vgl. auch <http://www.medialine.de/deutsch/wissen/medialexikon/medialexikon-oesterreich.php?snr=130>

Marktanteil in der Größenordnung von 80% erreichen, während die deutschen öffentlich-rechtlichen Sender auf dem Fernsehwerbemarkt nur eine untergeordnete Bedeutung haben. Die RTL-Gruppe bietet für Österreich eigene Werbefenster an, die nach ihren eigenen Angaben eine technische Reichweite von über 80% der Haushalte haben.³³ Dies erfolgt über eine eigene österreichische Vermarktungsgesellschaft, die IP Österreich. Die österreichischen Werbeblöcke ersetzen dabei die deutschen Werbeblöcke. Die ProSiebenSat.1-Gruppe verfährt für die Sender Pro7 und Sat.1 ähnlich. Bei digitaler Ausstrahlung überblenden einige Sender z. T. auch das eigentliche Programm mit Österreich-spezifischen Inhalten. Dieses verändert damit auch die Qualität des Werbefensters, die stark im Zusammenhang mit dem ausgestrahlten Inhalt steht.

- 63 Dem entspricht die Praxis bei der Konzeption und Buchung von Werbespots. So werden nach den Ergebnissen der Markterhebung der Beschlussabteilung bei verschiedenen Mediaagenturen im Durchschnitt lediglich 11% bis 20%³⁴ der Werbespots in identischer Form absichtlich in Deutschland und im deutschsprachigen Ausland geschaltet.³⁵ Auf die Frage, ob die Schaltung von Fernsehwerbung typischerweise national oder international geplant wird, haben die Befragten auf einer fünfstufigen Skala von „immer national“ bis „immer international“ im Durchschnitt angegeben, dass die Schaltung überwiegend national geplant wird.
- 64 Schließlich spricht auch die in Österreich für die bedeutsame Satellitenausstrahlung durchgängig praktizierte Verschlüsselung der Programme als solche für nationale Fernsehwerbmärkte. Diese dient dazu, den Zuschauerkreis für die über Satellit ausgestrahlten Sendungen auf Österreich zu beschränken. So können einerseits Lizenzgebühren für die eingekauften Programmteile gesenkt werden. Ein weiterer Grund für die Verschlüsselung ist jedoch, dass sich die privaten, durch Werbeunterbrechungen finanzierten Fernsehsender in Deutschland beeinträchtigt sähen, wenn die vielfach identischen Sendungen des ORF mit weniger störenden Formen der Werbung frei in Deutschland empfangbar wären. Die Verschlüsselung dient daher auch der Gebietsabgrenzung auf dem Werbemarkt und dem Ausschluss eines starken österreichischen Wettbewerbers.

³³ <http://www.ipa-plus.at/faqs-h-ufig-gestellte-fragen/>

³⁴ Durchschnittsangabe der Befragten. Vorgegeben war eine fünfstufige Skala mit den Skalenpunkten unter 5%, 6% bis 10%, 11% bis 20%, 21% bis 50% und über 50%.

³⁵ Unverschlüsselt ausgestrahlte deutsche TV-Programme sind via Satellit immer auch in Österreich empfangbar, das gilt auch für die mit ausgestrahlten Werbespots. Entscheidend für die Markt- abgrenzung ist jedoch, ob eine Schaltung für Deutschland und Österreich **beabsichtigt** war.

b. Bestehendes marktbeherrschendes Duopol auf dem Fernsehwerbemarkt

- 65 Die Beteiligten bilden auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt ein marktbeherrschendes Duopol.
- 66 Die Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB ist durch die Zusammenschlussbeteiligten erfüllt. Sie verfügen auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt gemeinsam über einen Marktanteil von 80-90%.³⁶ Ihre jeweiligen Marktanteile bewegten sich im gesamten Untersuchungszeitraum von Januar 2006 bis Oktober 2010 jeweils in der Bandbreite von ca. 42-47%. Die nächstgrößten Wettbewerber sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der ARD, das ZDF sowie RTL2, an dem die RTL Group S.A., Luxemburg, mit knapp 36% der Geschäftsanteile beteiligt ist. Sie verfügen jeweils über Marktanteile im Bereich von 3% bis 6% und sind dem Oligopol nicht zuzurechnen. Die Marktanteile der übrigen Wettbewerber liegen jeweils unterhalb von 2%.
- 67 Die Vermutung ist nicht widerlegt. Denn zwischen den Zusammenschlussbeteiligten herrscht nach den umfangreichen Ermittlungen der Beschlussabteilung kein wesentlicher Wettbewerb (kein Binnenwettbewerb) und sie verfügen in ihrer Gesamtheit im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern über eine überragende Marktstellung (kein Außenwettbewerb).

aa. Fehlender Binnenwettbewerb

- 68 Ein relevanter Binnenwettbewerb ist zwischen den Beteiligten nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung nicht anzunehmen.
- 69 Die Prognose, ob die Wettbewerbsbedingungen i. S. von § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB einen wesentlichen Binnenwettbewerb zwischen den Oligopolmitgliedern erwarten lassen, ist aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu treffen.³⁷ Dabei ist insbesondere von Bedeutung, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder des Oligopols zu rechnen ist, weil ein solches Verhalten aufgrund der Merkmale des relevanten Marktes und deren Änderung durch den Zusammenschluss wirtschaftlich vernünftig

³⁶ Die hier und im weiteren Verlauf aufgeführten Fernsehwerbemarktanteile basieren auf Umsatzangaben der befragten Unternehmen auf Netto-Basis, d. h. Bruttoumsätze abzüglich aller Rabatte und ohne MwSt.

³⁷ BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010 - KVR 4/09, Rz. 20 - *Springer/Pro Sieben II*.

und daher ratsam ist, um den gemeinsamen Gewinn durch Beeinflussung der Wettbewerbsfaktoren zu maximieren.³⁸

- 70 Ein einheitliches Verhalten ("implizite Kollusion") ist dabei zu erwarten, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit besteht. Entscheidende Indizien hierfür sind Markttransparenz und wirksame Abschreckungs- und Sanktionsmittel der beteiligten Unternehmen gegen Wettbewerbsvorstöße eines von ihnen. Es besteht kein Anreiz, von einem einheitlichen Verhalten abzuweichen, wenn eine auf Vergrößerung des eigenen Marktanteils gerichtete, wettbewerbsorientierte Maßnahme erfolglos bliebe, weil sie gleiche Maßnahmen der anderen Unternehmen auslösen würde. Weiter sind in diesem Zusammenhang etwa die Symmetrie der beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Produktpalette, der verwendeten Technologie und der Kostenstruktur, etwaige Marktzutrittsschranken, die Nachfragemacht der Marktgegenseite und die Preiselastizität der Nachfrage zu berücksichtigen.³⁹ Es kommt jedoch nicht darauf an, dass die genannten Kriterien sämtlich in dem Sinne erfüllt sind, dass die Analyse jedes einzelnen Strukturmerkmals für sich genommen auf Anreize für einheitliches Verhalten hindeutet. Maßgeblich bleibt vielmehr eine wertende Gesamtbetrachtung, bei der die einzelnen Strukturelemente im Hinblick auf ihre Bedeutung für den konkreten Markt zu gewichten und darauf zu untersuchen sind, ob und in welchem Umfang sie tatsächlich geeignet sind, ein (zumindest stillschweigendes) einheitliches Vorgehen der beteiligten Unternehmen zu erleichtern.⁴⁰

(1) *Strukturmerkmale des Fernsehwerbemarktes bieten Anreiz zu implizit kollusivem Verhalten*

- 71 Die Strukturmerkmale des Fernsehwerbemarktes lassen in einer Gesamtschau ein implizit koordiniertes Verhalten der Zusammenschlussbeteiligten erwarten.

³⁸ EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008 - C-413/06, Slg. 2008, I-4951 = WuW/E EU-R 1498 Rn. 121 f. - *Bertelsmann/Impala*; BGH, Beschluss vom 11. November 2008 - KVR 60/07, BGHZ 178, 285 Rn. 39 - *E.ON/Stadtwerke Eschwege*; Beschluss vom 20. April 2010 - KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 Rn. 55 - *Phonak/GN Store*.

³⁹ BGH, Beschluss vom 11. November 2008 - KVR 60/07, BGHZ 178, 285 Rn. 39 - *E.ON/Stadtwerke Eschwege*; Beschluss vom 20. April 2010 - KVR 1/09, WuW DE-R 2905 Rn. 55 - *Phonak/GN Store*.

⁴⁰ EuGH, WuW/E EU-R 1498 Rn. 125 f. - *Bertelsmann/Impala*.

(i) *Möglichkeit zur Koordinierung und Koordinierungsmechanismus*

- 72 Im Fernsehwerbemarkt liegen zahlreiche Faktoren vor, die es den beiden Oligopolisten erlauben und ihnen Anreize bieten, ihr Wettbewerbsverhalten aufeinander abzustimmen und auf wettbewerbliche Vorstöße zu verzichten.
- 73 Der Gewinn eines Fernsehsenders und damit auch das Wettbewerbsverhalten auf dem Fernsehwerbemarkt werden maßgeblich beeinflusst durch zwei Parameter. Zum einen stehen die Sender in direktem Preiswettbewerb um Werbekunden zueinander. Der Preis für Werbekontakte in einer bestimmten Zielgruppe (gemessen in 1000 Einheiten, Tausender-Kontakt-Preis, TKP) ist die wesentliche Zielgröße, auf derer Grundlage sich ein Werbekunden für die Schaltung eines bestimmten Werbevolumens bei einem Sender entscheidet.⁴¹ Der TKP stellt daher für einen Sender den wesentlichen Wettbewerbsparameter dar. Neben dem Preis hat auch die Zahl der Kontakte zu einer bestimmten Zielgruppe, die ein Sender den Werbekunden vermitteln kann, direkten Einfluss auf den Gewinn des Senders – die Zahl der Kontakte ist etwa vergleichbar mit der Absatzmenge in herkömmlichen Produktmärkten. Um seinen Gewinn zu maximieren, ist ein Sender somit versucht, eine möglichst hohe Zuschauerzahl zu erreichen, um eine große Kontaktzahl anbieten zu können. Die Zahl der Kontakte bzw. Zuschauer und deren Zusammensetzung beeinflusst ein Sender durch die Attraktivität des Programms für die jeweilige Zielgruppe. Die Attraktivität bemisst sich nach den Programminhalten, aber auch nach den Konditionen, zu denen das Programm empfangen werden kann.
- 74 Wettbewerbliche Vorstöße auf dem Fernsehwerbemarkt könnten mit beiden Wettbewerbsparametern durchgeführt werden. Sie können entweder dergestalt geschehen, dass eine Sendergruppe versucht, durch Preissenkungen bzw. zusätzliche Rabatte Kunden der Wettbewerber (des anderen Duopolisten oder von Außenseitern) zu gewinnen, oder sich bemüht, die Zahl der Zuschauer seiner Sender – meist zulasten der Wettbewerber – auszuweiten.
- 75 Auf dem Fernsehwerbemarkt sind die Voraussetzungen dafür gegeben, dass die Duopolisten stillschweigend zu einer Verständigung über den Einsatz dieser Wettbewerbsparameter kommen können. Zunächst sind mit den beiden Sendergruppen nur zwei Unternehmen an der Koordinierung beteiligt. Eine (implizite) Verständigung unter nur zwei Unternehmen fällt regelmäßig leichter als bei einer größeren Zahl von Unternehmen. Ferner sind die beiden

⁴¹ Siehe Antworten der Mediaagenturen auf Fragen 12 und 14 des Auskunftsbeschlusses vom 12.11.2010 sowie Antworten der Fernsehsender auf Frage 13 des Auskunftsbeschlusses vom 11.11.2010 ([...]).

Duopolisten weitgehend symmetrisch aufgestellt. Neben der zuvor dargestellten Symmetrie der Marktanteile herrscht zwischen den Duopolisten – was von den Beteiligten im Einzelnen nicht bestritten, sondern nur mit dem pauschalen Einwand, die beiden Sendergruppen seien auf jeder Ebene unterschiedlich aufgebaut⁴², kommentiert wird – auch ein sehr hohes Maß an Symmetrie hinsichtlich des Inhalteportfolios und der Kostenstrukturen. Beide Sendergruppen bestreiten ihr Programm in vergleichbaren Anteilen mit Eigen- oder Auftragsproduktionen und Fremdproduktionen. Dabei haben beide Sendergruppen jeweils einen Sender derart positioniert, dass er in den Jahren 2008 und 2009 durchschnittlich 60% bis 70% der Sendezeit mit Eigenproduktionen und nur 10% bis 20% mit Fremdproduktionen bestreitet und jeweils einen Sender, der 40% bis 50% der Sendezeit mit Eigen bzw. Auftragsproduktionen und 35% bis 45% der Sendezeit mit Fremdproduktionen gefüllt hat.⁴³ Auch die Sendekonzepte sind vergleichbar. Die Sendergruppen verfügen zudem über vergleichbare Kostenstrukturen. Die Ausgaben für Programminhalte stellen für einen Sender den wesentlichen Kostenblock dar. So gab P7S1 im Jahr 2009 875,8 Mio. Euro für Programminhalte aus, bei RTL belief sich der Bilanzwert der Programminhalte auf 938 Mio. Euro.⁴⁴ Ferner decken die Beteiligten, wie die Befragung gezeigt hat, weitgehend die gleichen Zielgruppen ab.⁴⁵ Dabei gibt es nahezu keine Zielgruppe, die nur über eine der Gruppen erreichbar wäre. Sie erzielen überdies insgesamt nahezu gleiche Zuschauerreichweiten.⁴⁶ Die Sendergruppen können deshalb leicht vergleichbare Zielvorstellungen von einem für beide optimalen Koordinierungsergebnis entwickeln. Unerheblich ist dabei, dass die einzelnen Sender der beiden Gruppen in gewissem Maße unterschiedliche Zuschauerreichweiten erzielen und RTL über einen Kindersender (SuperRTL) und P7S1 „im Gegensatz zur RTL-Gruppe über einen reinen Frauensender (sixx)“ verfügt, wie die Beteiligten vortragen.⁴⁷ Wie die Ermittlungen gezeigt haben, sind die Sendergruppen in ihrer Gesamtheit aus Sicht ei-

⁴² Siehe Schreiben vom 10. März 2011, Seite 5.

⁴³ Siehe Antwort der Zusammenschlussbeteiligten auf Frage 33 des Auskunftsbeschlusses vom 10.11.2010 ([...]).

⁴⁴ Siehe P7S1 Geschäftsbericht, Seite 76 ([...]), Bertelsmann-Geschäftsbericht, Seite 108 ([...]). Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass in diesen Zahlen in geringem Umfang auch Ausgaben für Pay-TV-Inhalte enthalten sind.

⁴⁵ Wie die Antworten der Mediaagenturen auf Frage 26 des Auskunftsbeschlusses vom 12.11.2010 ergeben haben, sind nahezu keine Zuschauerzielgruppe nur über eine der beiden Sendergruppen erreichbar ist. Die befragten Mediaagenturen schätzen das Maß der Überschneidung der Zielgruppen zwischen den beiden Sendergruppen durchschnittlichen auf mehr als 80%, wohingegen sie die Überschneidung etwa mit den öffentlich rechtlichen Sendern auf durchschnittlich nur 40-60% schätzen ([...]).

⁴⁶ Siehe Form CO, Seite 72f ([...]).

⁴⁷ Siehe Schreiben vom 10. März 2011, Seite 5

nes Werbetreibenden im Hinblick auf den Kontext, in dem die Werbung geschaltet wird, sowie die zu erreichenden Zielgruppen weitgehend vergleichbar.

- 76 Hinzu kommt, dass der der Fernsehwerbemarkt geprägt ist durch stabile, gut vorhersehbare Marktbedingungen. Produktinnovationen, die den Duopolisten einen Anreiz zu abweichendem Verhalten böten und auf die die Duopolisten mit einer Anpassung des Koordinationsergebnisses reagieren müssten, sind auf dem Fernsehwerbemarkt – wie sich in den vergangenen Jahren gezeigt hat – nicht zu erwarten. Die Einführung neuer Werbeformate führt nicht zu einer deutlichen Ausweitung der Werbezeiten und somit zu einer Veränderung der Wettbewerbsbedingungen. Selbst wenn sich durch neue Werbeformate die Reichweite und die Effektivität eines Werbespots erhöht, wären Wettbewerber in der Lage, kurzfristig darauf zu reagieren, denn alternative Werbeformate können von Wettbewerbern – nicht zuletzt aufgrund der hohen Markttransparenz – mit geringem Aufwand nachgeahmt werden, so dass ein Gleichlauf des Verhaltens leicht wieder herzustellen wäre und ein etwaiger Vorteil eliminiert würde. Gewerbliche Schutzrechte an neuen Werbeformaten bestehen nicht – schon für die Formate von Fernsehshows wird die Schutzfähigkeit verneint.⁴⁸ Auch konjunkturbedingte Schwankungen der Werbeausgaben von Unternehmen, die auch den Fernsehwerbemarkt in gewissem Maße treffen, führen nicht dazu, dass die Verhaltenskoordination destabilisiert wird. Konjunkturelle Schwankungen sind für alle Marktteilnehmer angesichts verfügbarer Konjunkturprognosen gut vorhersehbar. Zugleich sind, wie die Analyse des tatsächlichen Wettbewerbsverhaltens zeigt, die Preismechanismen der Sendergruppen offensichtlich so ausgestaltet, dass sich die Preise trotz Nachfrageschwankungen und Veränderungen der Zuschauerzahlen ohne Veränderungen der Preismodelle in enger Parallelität zueinander bewegen.⁴⁹

(ii) *Markttransparenz*

- 77 Eine hohe Markttransparenz ist eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass es auf einem Markt zu einer impliziten Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens der Oligopolmitglieder kommt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass alle Marktteilnehmer zu jedem Zeitpunkt genaue Kenntnis über das exakte Verhalten ihrer Wettbewerber haben – etwa über die Ergebnisse einzelner Verhandlungen zwischen Mediaagenturen und der jeweils anderen Sendergruppe. Notwendig ist lediglich, dass die Duopolisten in der Lage sind, Vorstöße ihres Wettbewerbers zeitnah zu erkennen,

⁴⁸ BGH, Urteil vom 26.06.2003, BGHZ 155,257, juris Tz. 26 – *Sendeformat*.

⁴⁹ Siehe hierzu ausführlich die Analyse der Preisentwicklung im Abschnitt zum tatsächlichen Wettbewerbsverhalten (B.II.1.b.aa(2)).

um in der Folge reagieren und damit die Vorstöße sanktionieren zu können.⁵⁰ Auf dem Fernsehwerbemarkt liegt ein solch hinreichend hohes Maß an Markttransparenz vor. Dabei ist unerheblich, ob die beiden Sendergruppen, wie die Beteiligten einwenden, nach eigenen Angaben seit einigen Jahren keine sender- oder unternehmensindividuellen Netto-Zahlen mehr veröffentlichen.⁵¹ Vielmehr ist, wie nachfolgend dargestellt, unabhängig von der Veröffentlichung von Netto-Zahlen aufgrund zahlreicher marktstruktureller Faktoren und der Verhaltensweisen der Marktteilnehmer eine hinreichend hohe Markttransparenz gegeben.

- 78 Zunächst ist naturgemäß das Verhalten von Fernsehsendern hinsichtlich ihrer Programminhalte höchst transparent. Bereits mit dem Abschluss von Lizenzverträgen für Fremdproduktionen, über die oftmals öffentlich berichtet wird, ist lange vor der Ausstrahlung bekannt, welcher Sender über welche Inhalte verfügt.⁵² Ferner ist aufgrund längerfristiger Programmankündigungen der Zeitpunkt der Ausstrahlung einer Sendung bereits einige Wochen im Vorhinein öffentlich bekannt.⁵³ Bei Senderechten für bestimmte Sportereignisse geht dies gar so weit, dass der genaue Zeitpunkt der Ausstrahlung bereits mit dem Erwerb des Senderechts bekannt ist. Nicht zuletzt werden Sendeformate auch aktiv beworben und bekannt gemacht. Somit sind Vorstöße im Wettbewerb um höhere Zuschauerreichweiten, die sich unmittelbar in Werbeeinnahmen widerspiegeln, für jeden Marktteilnehmer sehr frühzeitig transparent.
- 79 Auch die Erfolge einzelner Programme, die in den Zuschauerreichweiten zum Ausdruck kommen, sind aufgrund detaillierter Messverfahren zeitnah nach der Ausstrahlung beobachtbar. Die Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung (AGF), eine Kooperation der Sendergruppen RTL und P7S1 sowie der öffentlich-rechtlichen Sendergruppen ARD und ZDF, die zusammen nach eigenen Angaben 92% des Zuschauermarktes und 95% des Fernsehwerbemarktes auf sich vereinigen,⁵⁴ erhebt mit einem erheblichen methodischen Aufwand Fernsehnutzungsdaten und stellt diese Fernsehsendern zeitnah zur Verfügung. Dabei wird das Nutzungsverhalten mittels eigens entwickelter technischer Messgeräte von einem Tochterunternehmen der Gesellschaft für Konsumforschung, Nürnberg (GfK), sekundengenau und repräsentativ für die deutsche Bevölkerung erhoben. Diese Daten werden unter anderem den Fernsehsendern bereits am Folge-

⁵⁰ EuG, Urteil vom 13. Juli 2006 - T-464/04, Rn. 440 - *Impala/Kommission*.

⁵¹ Siehe Schreiben vom 10. März 2011, Seite 5.

⁵² Siehe beispielhafte die in der Akte befindlichen Presseberichte ([...]).

⁵³ Siehe Antworten der Mediaagenturen auf Frage 35 des Auskunftsbeschlusses vom 12. November 2010 ([...]).

⁵⁴ Siehe <http://www.agf.de/agf/mitglieder>, Abruf am 13.01.2011.

tag zur Verfügung gestellt, die in der Lage sind, die Daten auf vielfältige Art zu analysieren.⁵⁵ Die AGF-Daten ermöglichen es, wie auch die Beteiligten zugestehen,⁵⁶ den Zuschauer-Erfolg der Werbung schnell nachzuvollziehen. Der Einwand der Beteiligten, die den Zuschauerreichweiten zugrundeliegende Wettbewerbsentscheidung – der Einkauf bestimmter Inhalte oder die Produktion eines Programmformats – liege zum Zeitpunkt der Messung bereits zurück, steht der Transparenz nicht entgegen, weil wie oben dargestellt auch der Erwerb von Senderechten oftmals zeitnah bekanntgegeben wird.

- 80 Neben den Informationen über das Zuschauerverhalten ist es aufgrund der öffentlichen Ausstrahlung von Programmen und Werbespots auch unmittelbar möglich, das Wettbewerbsverhalten auf dem Fernsehwerbemarkt hinsichtlich Programmgestaltung und Werbeschaltungen zu verfolgen. Die Marktteilnehmer erhalten durch die Ausstrahlung der Fernsehspots genaue Informationen über die Gewinnung neuer Werbekunden, über mögliche Abwerbungen von Kunden sowie über den Umfang, in dem ein Kunde beim Wettbewerber Werbung geschaltet hat.
- 81 Kurz nach der Ausstrahlung ist zudem die Reichweite bekannt, die ein Kunde mit seiner Werbung erzielen konnte. Werbestatistische Daten werden auch von Marktforschungsunternehmen wie etwa Nielsen Media Research mit hoher Detailgenauigkeit erhoben.⁵⁷ Hieraus können die Beteiligten genaue Rückschlüsse daraus ziehen, in welchem Maße ein Kunde Werbezeiten zu Wettbewerbern verlagert hat.
- 82 Neben den beobachtbaren Programminhalten und Werbeschaltungen können die Sender auch Informationen über Veränderungen der Werbepreise bzw. der Rabattpolitik der Sender zeitnah erhalten. Zwar werden die Verhandlungen zwischen Werbetreibenden – zumeist beraten oder vertreten durch Mediaagenturen – und Sendern nicht öffentlich geführt. Dennoch können die Sender preisliche Vorstöße von Wettbewerbern erkennen. Wie die Ermittlungen gezeigt haben, führen Werbetreibende unterstützt durch Mediaagenturen Verhandlungen über die Platzierung

⁵⁵ Siehe zu allem AGF-Broschüre „Mediaguide Fernsehforschung – 20 Jahre AGF“, Seite 10-12 (http://www.agf.de/showfile.phtml/agf/broschueren/081008_mediaguide_09_fernsehforschung_komplett_final.pdf?foid=30108).

⁵⁶ Siehe Schreiben vom 10. März 2011, Seite 5.

⁵⁷ Wie Nielsen Media Research angibt, können „mit den werbestatistischen Daten [...] Aufwendungen für Werbemaßnahmen in allen Marktsegmenten bis auf die Ebene einzelner Produkte ermittelt und deren Verteilung auf die entsprechenden Medien und Werbeträger analysiert werden. Neben der Werbeaufwendungen sind auch sämtliche Details einer Werbekampagne auswertbar: Werbeform, Motivtext, Anzahl Schaltungen, Spotlänge, Anzeigenformat, Anzeigenfarbe, Anzahl Spots/ Werbeblock, Werbeblockposition, Heftseite, Heftausgabe etc.“ Siehe <http://www.nielsen.de/pages/template.aspx?level=1&treeViewID=2.0.0.0.0>, Abruf am 20.12.2010.

von Werbebudgets meist bei beiden Sendergruppen gleichzeitig oder zumindest zeitnah zueinander.⁵⁸ Gegenstand dieser Verhandlungen sind insbesondere auch Rabatte auf die Listenpreise. Im Rahmen der Verhandlungen kommt es zu mehrfachen schriftlichen, telefonischen oder persönlichen Kontakten.⁵⁹ Weil ein Werbetreibender mit beiden Sender gleichzeitig in Verhandlungen steht, kann er Angebote eines Senders als Drohpunkte in der Verhandlung mit dem anderen Sender nutzen. Aufgrund der engen Reaktionsverbundenheit und dem hohen Maße an Symmetrie zwischen den Sendergruppen ist es für einen Sender leicht, ein etwaiges Alternativangebot dem Wettbewerber direkt zuzuordnen und festzustellen, ob dieses Angebot glaubhaft ist. Da die Sender Verhandlungen kundenindividuell führen bzw. dem Sender auch bei Verhandlungen mit Mediaagenturen als Mittler jeweils bekannt ist, für welchen Werbetreibenden verhandelt wird, ist es zudem möglich festzustellen, bei welchem Kunden ein etwaiger Vorstoß unternommen wurde. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang der Einwand der Beteiligten,⁶⁰ die beiden Sendergruppen träten seit einigen Jahren nicht nur mit unterschiedlichen, sondern auch mit von der früheren Praxis abweichenden Rabattmodellen am Markt auf. Unabhängig von der genauen Ausgestaltung der Rabattsysteme sind die Sendergruppen in der Lage, etwaige Vorstöße des Wettbewerbers zeitnah zu erkennen.

- 83 Schließlich begünstigen auch verschiedene weitere Strukturfaktoren des Fernsehwerbemarktes eine hohe Markttransparenz. Begünstigend wirkt der Umstand, dass in einem Duopol – anders als in weniger konzentrierten Märkten – nicht das Verhalten einer größeren Zahl von Unternehmen, sondern nur das wettbewerbliche Verhalten eines einzigen Wettbewerbers beobachtet werden muss. Aufgrund der geringen Reichweite sowie der beschränkten Kapazitäten der übrigen Sender sind nennenswerte Vorstöße – wenn überhaupt – nur jeweils vom anderen Duopolmitglied zu erwarten, so dass auch nur dessen Verhalten intensiv zu beobachten ist. Anders als in Oligopolen mit mehr als zwei Unternehmen sind die Mitglieder eines Duopols in der Lage, Vorstöße direkt dem anderen Mitglied zuzuordnen.

⁵⁸ Siehe Antworten auf Frage 19 des Auskunftsbeschlusses an Mediaagenturen vom 12.11.2010. Sämtliche Antwortenden geben an, dass Verhandlungen zeitgleich oder zumindest zeitnah mit mehreren Sendergruppen geführt werden ([...]).

⁵⁹ Siehe Antworten auf Frage 16 des Auskunftsbeschlusses an Mediaagenturen vom 12. November 2010 ([...]).

⁶⁰ Siehe Schreiben vom 10. März 2011, Seite 7.

(iii) *Sanktionsmechanismus*

- 84 Die Duopolisten auf dem Fernsehwerbemarkt verfügen über wirksame und glaubhafte Sanktionsmittel. Als Sanktion ist es ausreichend, dass sich ein Duopolmitglied nicht mehr an das koordinierte Verhalten hält, wenn das andere Duopolmitglied davon abweicht. Die Duopolisten sind in der Lage, auf etwaige wettbewerbliche Vorstöße des anderen Duopolisten zeitnah und zielgerichtet zu reagieren und Vorstöße damit unprofitabel werden zu lassen. Diese Möglichkeit stellt eine glaubhafte Drohung dar und veranlasst die Duopolisten, auf Vorstöße von vornherein zu verzichten.
- 85 Wettbewerbliche Vorstöße können insbesondere über die gezielte Abwerbung einzelner Werbekunden (vollständig oder in gewissem Umfang) oder auch durch Ausstrahlung besonders attraktiver Inhalte mit dem Ziel, die Zahl der Zuschauer und damit der vermittelbaren Werbekontakte zulasten der Wettbewerber zu erhöhen, geschehen. Die Möglichkeit und der Anreiz, wettbewerbliche Vorstöße durch das Abwerben von Werbekunden zu unternehmen, sind für die beiden Sendergruppen von vornherein gering.⁶¹ Beiden Sendergruppen ist bekannt bzw. es ist für sie leicht feststellbar, dass Werbekunden in aller Regel Werbung bei beiden Sendergruppen schalten.⁶² Vorstöße sind daher auf die Umschichtung von Werbebudgets in einem beschränkten Umfang zwischen den Sendergruppen gerichtet – etwa durch das Abwerben einzelner Kunden vollständig oder in einem gewissen Umfang, wobei auch das vollständige Abwerben eines einzelnen Kunden nur geringen Einfluss auf die Marktposition einer der Sendergruppen hat. Ein Sender kann einen Werbetreibenden zu solch einer Umschichtung veranlassen, indem er ihm etwa höhere Rabatte (in Form niedrigerer Preise oder zusätzlichen Werbeschaltungen) gewährt.
- 86 Auf Vorstöße in Gestalt von Preissenkungen für Fernsehwerbung könnte die andere Sendergruppe jedoch unmittelbar reagieren und ihrerseits zusätzliche Rabatte gewähren. Weil Verhandlungen mit Werbekunden, wie die Ermittlungen gezeigt haben, meist in mehreren Runden ablaufen, in denen es wiederholt zu Kontakten zwischen Sendern und Werbetreibenden kommt und die zeitgleich bei beiden Sendergruppen geführt werden, kann eine Reaktion zeitnah und zielgerichtet erfolgen und wäre damit höchst wirksam. Eine derartige Sanktion kann zielgerichtet

⁶¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010 - KVR 4/09, Rz. 26 - *Springer/Pro Sieben II*.

⁶² Die befragten Mediaagenturen haben fast durchweg angegeben, in den Jahren 2008 und 2009 in weniger als 5% der von ihnen durchgeführten bzw. betreuten Werbekampagnen Werbeschaltungen nur bei einer der beiden Sendergruppen getätigt zu haben; siehe Antworten der Mediaagenturen auf Frage 20 des Auskunftsbeschlusses vom 12. November 2010. In 2009 haben die befragten Mediaagenturen in ca. 5% aller Kampagnen Werbung nur bei P7S1 und in ca. 3% Werbung nur bei RTL geschaltet ([...]).

erfolgen, weil sie denjenigen Vertrag beträfe, über den ein Vorstoß unternommen wurde. Eine Sanktion würde deshalb nicht dazu führen, dass das Preisniveau auch für andere Verträge sinkt. Zugleich hätte die Maßnahme aber eine spürbare Einbuße beim sanktionierten Unternehmen zur Folge. Die Reaktion wäre überdies glaubhaft, weil sich ein Sender im Falle der Sanktion besser stellt als bei einem Verzicht auf die Sanktion: Die Sanktion verminderte zwar den Erlös aus dem Vertrag, der sanktionierende Sender müsste jedoch nicht vollständig auf die Erlöse aus dem Vertrag verzichten.

- 87 Die Sanktionsmittel können zudem zeitnah eingesetzt werden. Weil es im Rahmen der Verhandlungen zur mehrfachen Kontakten zwischen dem Werbetreibendem und einem Sender kommt und Werbetreibende die Verhandlungen zeitgleich oder zeitnah mit beiden Sendergruppen führen, bestünde oftmals noch vor Vertragsabschluss die Möglichkeit, auf wettbewerbliche Vorstöße zu reagieren. Selbst wenn eine Reaktion auf den Vorstoß hinsichtlich eines bestimmten Werbekunden nicht zeitnah möglich sein sollte, weil etwa ein Vertrag bereits geschlossen wurde, besteht die Möglichkeit, bei den Verhandlungen mit einem anderen Kunden auf diesen Vorstoß zu reagieren. Zudem pflegen die Sender oft langjährige Geschäftsbeziehungen zu Werbetreibenden, so dass eine Reaktion hinsichtlich bestimmter Kunden auch zu einem späteren Zeitpunkt noch stattfinden kann.
- 88 Die Wirksamkeit der Sanktion wird ferner durch die große Symmetrie und die starke Homogenität der Sendergruppen gefördert. Beide Sendergruppen sind, wie die Befragung gezeigt hat und bereits dargestellt wurde, nahezu gleich aufgestellt. Beide verfügen über ein vergleichbares Portfolio an Inhalten und Sendekonzepten, das sich zu vergleichbaren Anteilen aus Eigen- bzw. Auftrags- und Fremdproduktionen zusammensetzt. Auch die Kostenstrukturen, die im Wesentlichen durch den Erwerb von Programminhalten geprägt sind, gleichen sich. Beide Sendergruppen decken weitgehend die gleichen Zielgruppen ab und erzielen insgesamt nahezu gleiche Zuschauerreichweiten. Dabei gibt es nahezu keine Zielgruppe, die nur über eine der Gruppen erreichbar wäre. Dadurch ist sichergestellt, dass die Duopolisten auf Vorstöße hinsichtlich nahezu alle Werbekunden reagieren können.
- 89 Ferner haben die Sendergruppen gleiche Kapazitäten und sind aus diesem Grund in gleicher Weise in der Lage, auf Vorstöße mit Sanktionen zu reagieren. Sie verfügen jeweils über vier werbefinanzierte Sender und konnten damit bis März 2010 monatlich jeweils rund 25.920 Minuten Werbung (9 Minuten / Stunde / Sender), seit April 2010 sogar 34.560 Minuten pro Monat

vermarkten.⁶³ Die öffentlich-rechtlichen Sendergruppen als nächstgrößten Wettbewerber verfügen über Werbekapazitäten von jeweils lediglich rund 600 Minuten monatlich.⁶⁴ Beide private Sendergruppen verfügen überdies in vergleichbarem Maße über freie Kapazitäten im Bereich der Fernsehwerbung. So war die nach dem jeweils geltenden Rundfunkstaatsvertrag (RStV) maximal zur Verfügung stehende Minutenkapazität im Zeitraum von Januar 2006 bis März 2010 bei beiden Sendergruppen im Durchschnitt monatlich nur zu 70% bis 80% ausgelastet, so dass durchschnittlich rund 20% bis 30% der theoretisch zur Verfügung stehenden Werbekapazität ungenutzt blieben.⁶⁵ Seit Inkrafttreten des 12. RStV zum 01. April 2010 erhöhte sich die freie Kapazität beider Sendergruppen auf durchschnittlich 50% bis 60% (ohne N24 für P7S1 60% bis 65%).

- 90 Unzutreffend ist der in diesem Zusammenhang der von den Beteiligten vorgebrachte Einwand,⁶⁶ dass freie Kapazitäten, hier nicht als ungenutzte Produktionskapazitäten zu verstehen seien, sondern vielmehr als eine dauerhafte Überproduktion. In einem solchen Fall sei von erheblichen Anreizen auszugehen, das produzierte Gut „an den Mann zu bringen“ und nicht ungenutzt zu lassen, was für und nicht gegen zwischen den Beteiligten herrschenden Wettbewerb spreche. Zwar bieten freie Kapazitäten im Sinne nicht genutzter Werbezeiten grundsätzlich einen Anreiz, etwa durch Preissenkungen die Kapazitäten auszulasten. In Märkten wie dem Fernsehwerbemarkt, auf dem erhebliche Anreize zu implizit kollusivem Verhalten bestehen, wirken freie Kapazitäten jedoch kollusionsstabilisierend. Denn Unternehmen können abweichendes Verhalten umso wirksamer sanktionieren, je mehr freie Kapazitäten ihnen zur Verfügung stehen. Überkapazitäten können somit die Glaubhaftigkeit einer Sanktionsdrohung und damit die Abschreckungswirkung erhöhen und stehen dem kollusiven Verhalten nicht entgegen.⁶⁷

⁶³ Nach 12. RStV (gültig bis 31. März 2010) konnten 15% der stündlichen Sendezeit für Werbespots genutzt werden. Begreift man den in der Frage genannten Begriff „Fernsehspots“ als Oberbegriff für Werbespots und Teleshopping-Spots, so sieht der RStV eine Obergrenze von 20% vor. Mit dem 13. RStV (in Kraft getreten am 01.04.2010) wurde die Obergrenze von 15% für Werbespots aufgehoben, sodass nur die 20%-Grenze für Werbe- und Teleshopping-Spots gilt.

⁶⁴ Siehe § 16 RStV, 20 Minuten werktäglich vor 20:00 Uhr im Jahresdurchschnitt und nicht mehr als 12 Minuten pro Stunde.

⁶⁵ Wird für P7S1 der inzwischen veräußerte Nachrichtensender N24 nicht mit berücksichtigt, so waren die freien Kapazitäten der P7S1-Gruppe mit durchschnittlich 80% bis 90% ausgelastet, so dass sich freie Kapazitäten von 10-20% ergeben hätten.

⁶⁶ Schreiben der Beteiligten vom 10. März 2011, Seite 6

⁶⁷ Siehe Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, Recht der Internationalen Wirtschaft, 2006, Seite 276.

91 Wettbewerbliche Vorstöße können daneben auch über eine Erhöhung der Zuschauerreichweite (Anzahl der Werbekontakte) zulasten des Wettbewerbers geschehen, indem ein Duopolist mittels der Programmgestaltung Zuschauer und in der Folge Werbeeinnahmen von seinem Wettbewerber abwirbt. Doch auch wettbewerbliche Vorstöße, die mittels der Programmgestaltung auf die Zuschauerreichweite (Anzahl der Werbekontakte) abzielen, können sanktioniert werden. So ist es einem Sender ohne weiteres möglich, sein Programm so zu planen, dass Vorstöße in Gestalt von besonders attraktiven Programminhalten durch entsprechende Platzierung vergleichbar attraktive Inhalte neutralisiert werden. Ermöglicht wird dies dadurch, dass beide Sendergruppen über vergleichbar werthaltige und attraktive Programminhalte verfügen. Beide Sendergruppen sind, wie sich an der durchschnittlichen Zuschauerreichweite und den weitgehenden Überschneidung der Zielgruppen zeigt, in der Lage, gleiche Zuschauerzahlen zu erreichen. Sie verfügen in gleichem Maße über attraktive Inhalte, mit denen sich Zuschauer unterschiedlicher Zielgruppen abwerben lassen. Angesichts dessen ist es möglich, programmliche Sanktionsmaßnahmen zielgenau gegen das abweichende Duopolmitglied zu richten. Die Sendergruppen können überdies kurzfristig auf Vorstöße reagieren, weil, wie dargestellt, die Programmplanung in der Regel mit einem Vorlauf von einigen Wochen erfolgt. Selbst wenn Programmänderungen nach Abschluss der Planungen nicht mehr möglich wären, könnten etwaige Sanktionen bereits kurze Zeit später in die Programmplanung eingefügt und umgesetzt werden.

(iv) Weitere Strukturmerkmale

- 92 Neben den bereits genannten begünstigen weitere Strukturmerkmale die Verhaltensabstimmung und die Stabilität der Koordination der Duopolisten auf dem Fernsehwerbemarkt.
- 93 So sind die beiden Sendergruppen engste Wettbewerber in dem Sinne, dass sie hinsichtlich der Zuschauerreichweite weitgehend **symmetrisch** aufgestellt sind. Sie verfügen in 2009 lt. Anmeldung in der Altersgruppe 3+ und in der Altersgruppe E 14-49 über sehr ähnlich hohe Zuschauermarktanteile.⁶⁸ Dabei erzielten in der Altersgruppe E14-49 die Sender der RTL-Gruppe Zuschaueranteile von 28,1% und die der P7S1-Gruppe von 30,2% (insgesamt 58,3%) und in der Altersgruppe 3+ P7S1 22,0 % und RTL 22,5% (insgesamt 44,5%). Auch wenn sich die Marktanteile der einzelnen Sender beider Gruppen in gewissem Maße unterscheiden, sind wie die Ermittlungen gezeigt haben aus Sicht der Werbetreibenden die Sendergruppen bei der Werbeschaltung im Hinblick auf den Kontext, in dem die Werbung geschaltet wird, sowie die zu errei-

⁶⁸ Form CO, S. 72f. ([...])

chenden Zielgruppen weitgehend vergleichbar.⁶⁹ Die Austauschbarkeit der Werbeplätze gegenüber den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als nächst größten Wettbewerbern und gegenüber den übrigen Sendern ist eingeschränkt, da letztere Sender oftmals über eine äußerst beschränkte Reichweite verfügen und als Spartensender meist nur bestimmte Zielgruppen ansprechen. Die hohe Marktkonzentration und die Enge der Wettbewerbsbeziehungen ermöglichen es den Duopolisten, leichter (implizit) zu einem gemeinsamen Verständnis über das Verhalten zu gelangen, weil eine Verständigung nur jeweils mit einem einzigen und sehr ähnlich aufgestellten Wettbewerber zu treffen ist. Sie garantieren zudem eine hohe Markttransparenz, weil ein Duopolist auf dem Markt beobachtete Vorstöße direkt dem anderen Duopolisten zuordnen und in der Folge sanktionieren kann.

94 Ferner begegnen sich die beiden Sendergruppen – neben dem hier betroffenen Fernsehwerbemarkt – **auf mehreren anderen Märkten als Wettbewerber**. Dies betrifft zunächst innerhalb Deutschlands die Märkte für die Einspeisung in Breitbandkabelnetze und DSL-Netze, über die die Sendergruppen ihre Inhalte verbreiten. Neben der Nachfrage nach Einspeiseleistungen machen die Sendergruppen bei Kabelnetzbetreibern und DSL-Netzbetreibern Entgelte für die Nutzung ihrer (verschlüsselten) Signale und Marken geltend und sind in diesem Bereich als Anbieter entsprechender „Signalnutzungsrechte“ tätig. Ferner sind beide Sendergruppen Nachfrager im Bereich der Anmietung von Transponderkapazität von Satellitenbetreibern. Im Bereich der Fernsehwerbung treten die Sendergruppen neben Deutschland auch in Österreich und der (deutschsprachigen) Schweiz als Anbieter auf den nationalen Fernsehwerbmärkten auf. Beide Sendergruppen sind darüber hinaus auch in den Niederlanden, Belgien und Ungarn im Bereich Free-TV tätig.⁷⁰ Diese vielfältigen Kontakte auf unterschiedlichen Märkten eröffnet den Duopolisten die Möglichkeit, auf wettbewerbliche Vorstöße auf dem deutschen Fernsehwerbemarkt nicht nur auf diesem, sondern auch in weiteren Märkten, in denen sich die Duopolisten als Wettbewerber aktiv sind, zu reagieren.⁷¹

95 Den Sendergruppen auf dem Fernsehwerbemarkt stehen zudem **keine hinreichend marktmächtigen Nachfrager** gegenüber, die durch ihr strategisches Beschaffungsverhalten die Koordination destabilisieren könnten. Nachfrager nach Werbeplätzen sind letztendlich die werbetreibenden Unternehmen, die Fernsehwerbung für ihre Produkte schalten. Mit der Planung und

⁶⁹ Siehe Antworten der Mediaagenturen auf Frage 26 des Auskunftsbeschlusses vom 12.11.2010 ([...]).

⁷⁰ Siehe Bertelsmann, Geschäftsbericht, Seite 42 ([...]) und P7S1 Geschäftsbericht, Seite 3-13 ([...]).

⁷¹ Siehe Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 55. Abl. vom

der Durchführung von Fernsehwerbekampagnen beauftragen Werbetreibende jedoch häufig Mediaagenturen. Mediaagenturen beraten Werbetreibende im Hinblick auf die Verteilung ihrer Werbebudgets auf unterschiedliche Werbeträger. Sie verhandeln für ihre Kunden – die Werbetreibenden – Verträge mit den Sendern und schließen diese Verträge zumeist auch in eigenem Namen ab, stellen die Ausgaben hierfür jedoch ihren Kunden in Rechnung. Gegenstand dieser Verhandlungen sind neben dem Umfang der Werbeschaltungen, der Verteilung auf die Sender einer Gruppe insbesondere auch Rabatte. Dabei ist dem Sender bereits während den Verhandlungen bekannt, für welchen Kunden eine Agentur verhandelt.⁷² Die Beauftragung von Mediaagenturen und die Verhandlung jeweils kundenbezogener Verträge führen dazu, dass es zu einer Vielzahl von Vertragsverhandlungen und Verträgen zwischen Mediaagenturen und Sendern kommt. Je Vertragsverhandlung finden rund 3 bis 10 Kontakte statt, wobei die Zahl der Kontakte stark schwankt und auch deutlich höher liegen kann.⁷³ An deren Ende hat in den Jahren 2008 und 2009 eine Mediaagentur durchschnittlich zwischen 50 und 90 Verträge mit jeder der beiden Sendergruppen jährlich abgeschlossen.⁷⁴

- 96 Neben den Verträgen zwischen Sendern und Mediaagenturen, die auf einen bestimmten Werbekunden bezogen sind, schließen die Agenturen auch Verträge ohne direkten Kundenbezug ab (Agenturverträge). Diese Verträge gewähren einer Agentur die Möglichkeit, über eine bestimmte Zahl an Werbeschaltungen zu verfügen und diese Werbekunden nach eigenem Ermessen zukommen zu lassen.
- 97 In begrenztem Umfang werden Verträge auch direkt zwischen Werbetreibendem und Sender abgeschlossen (Direktverträge). Dabei können Verträge entweder gänzlich ohne die Einschaltung einer Mediaagentur zustande kommen, oder aber die Agentur steht dem Sender beratend zur Seite. Die meisten befragten Mediaagenturen schätzen deren Anteil auf unter 10% des insgesamt geschalteten Volumens.⁷⁵

14.01.2011, C 11/1. Siehe auch Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, Recht der Internationalen Wirtschaft, 2006, Seite 290f.

⁷² Siehe Antwort der Mediaagenturen auf Frage 18 des Auskunftsbeschlusses vom 12.11.2010 ([...]). Demnach ist der Name des Kunden oftmals Gegenstand des Vertrages zwischen Mediaagentur und Sender. Überdies geben Sender häufig Angebote nur nach Nennung des Werbetreibenden ab. Die Befragung der Sener hat dies bestätigt. Demnach gegen die meisten befragten Sender an, dass ihnen in mehr als 80% der Fälle bekannt ist, für welchen Werbetreibenden eine Mediaagentur verhandelt.

⁷³ Siehe Antworten der Mediaagenturen auf Frage 16 des Auskunftsbeschlusses vom 12.11.2010 ([...]).

⁷⁴ Siehe Antworten der Mediaagenturen auf Frage 20 des Auskunftsbeschlusses vom 12.11.2010 ([...]).

⁷⁵ Siehe Antworten der Mediaagenturen auf Frage 25 des Auskunftsbeschlusses vom 12.11.2010 ([...]).

- 98 Den Werbekunden steht eine größere Zahl von Mediaagenturen als Dienstleister zur Verfügung. Im Rahmen der Marktermittlungen hat die Beschlussabteilung die zehn größten Agenturen befragt, die ein Buchungsvolumen über 75% des Fernsehwerbemarktes auf sich vereinen. Doch allein der Umstand, dass die Konzentration auf der Seite der Mediaagenturen relativ hoch ist und (kundenbezogene) Vertragsverhandlungen zwischen den Mediaagenturen und den Sendergruppen stattfinden, führt nicht ohne Weiteres dazu, dass die Stabilität der Verhaltenskoordination und die Marktposition der Sendergruppen durch Nachfragemacht beschränkt würde. Im Hinblick auf koordiniertes Verhalten zwischen Oligopolisten können Nachfrager eine Koordination nur durch strategisches Beschaffungsverhalten erschweren, indem sie ihre Aufträge zu wenigen, zeitlich lang auseinanderliegenden Großaufträgen bündeln.⁷⁶ In diesem Fall könnte die Aussicht, einen attraktiven Großauftrag zu erhalten, den Anreiz eines Duopolisten, von der Verhaltenskoordination abzuweichen, erhöhen. Gleichzeitig könnte die Möglichkeit, abweichendes Verhalten zu sanktionieren, erschwert werden, wenn Aufträge nur mit erheblichem zeitlichen Abstand vergeben werden.
- 99 Die Nachfrager auf dem Fernsehwerbemarkt sind trotz einer gewissen Konzentration auf eine beschränkte Zahl von Nachfragern⁷⁷ durch ihr Beschaffungsverhalten jedoch nicht in der Lage, die Koordinierung zwischen den Duopolisten zu stören oder gar zusammenbrechen zu lassen. Wie die Ermittlungen gezeigt haben, kommt es jährlich zu zahlreichen Kontakten und Vertragsabschlüssen zwischen den Sendergruppen einerseits und den Mediaagenturen andererseits. Dabei werden die Verhandlungen, nicht zuletzt auch auf Verlangen der Sender, kundenindividuell geführt. Zu einer Verhandlung von Verträgen durch Mediaagenturen für mehrere Werbetreibende gemeinsam kommt es nicht – abgesehen von Agenturverträgen, die Mediaagenturen für sich selbst ohne Beauftragung durch einen Werbetreibenden abschließen. Somit kommt es auf dem Fernsehwerbemarkt zu oft wiederholten Interaktionen und zahlreichen und – gemessen am Gesamtmarktvolumen – vergleichsweise kleinen Transaktionen zwischen den Marktteilnehmern. Dies mindert den Anreiz, – anders als in einem Markt, der nur wenige Großbestellungen gekennzeichnet ist – von der Verhaltenskoordination abzuweichen und erlaubt es den Sendern, etwaige Sanktionsmaßnahmen zeitnah durchzuführen.⁷⁸ Der Verhandlungsablauf und die Struktur der Transaktionen zwischen Mediaagenturen und Sendern sind deshalb – anders als

⁷⁶ Vgl. Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a.a.O. Tz. 57.

⁷⁷ Dies betonen die Beteiligten im Schreiben vom 10. März 2011, Seite 6 f.

⁷⁸ Vgl. Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a.a.O. Tz. 53.

von den Beteiligten vorgetragen⁷⁹ – dazu geeignet, die Koordinierung zwischen den Sendern zu stabilisieren.⁸⁰

(2) *Kein tatsächliches Wettbewerbsverhalten zwischen den Duopolisten*

- 100 Auf dem Fernsehwerbemarkt liegen Strukturmerkmale vor, die ein (implizit) koordiniertes Verhalten der Unternehmen erwarten lassen. Nach der BGH-Rechtsprechung ist ferner erforderlich, dass auch tatsächlich kein nennenswerter Wettbewerb zwischen den Duopolisten stattfindet.⁸¹ Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass auf dem Fernsehwerbemarkt tatsächlich ein funktionierender Preiswettbewerb zwischen den Duopolisten stattfindet oder dass ein wesentlicher Wettbewerb als Produktwettbewerb über die Inhalte der Fernsehprogramme besteht.
- 101 Zunächst ist die Marktanteilsverteilung zwischen den Duopolisten, wie in der nachfolgenden Abbildung 1 dargestellt, im Zeitraum von 2006 bis Oktober 2010 weitgehend konstant.⁸² Die Marktanteile der Duopolisten liegen im gesamten Zeitraum mit geringfügigen Schwankungen von wenigen Prozentpunkten zwischen 40% und 45%. Die Marktanteile der nächstgrößeren Wettbewerber RTL2, ARD und ZDF liegen weitgehend konstant bei 4-6%, 3,5-5% und 3-4%. Zu wesentlichen Marktanteilsverschiebungen zwischen den Duopolisten oder den Duopolisten und den übrigen Sendern ist es nicht gekommen. Die Schwankungen der Marktanteile der beiden Sendergruppen sind in den betrachteten Jahren geringfügig gewesen und beliefen sich auf weniger als 1,5%. Eine Ausnahme stellt hier lediglich, wie unten näher erläutert, das Jahr 2008 dar, in dem sich die Marktanteile von P7S1 und RTL um gut 4% bzw. rund 2% vermindert bzw. erhöht haben.⁸³

⁷⁹ Siehe Schreiben der Beteiligten vom 10. März 2011, Seite 7.

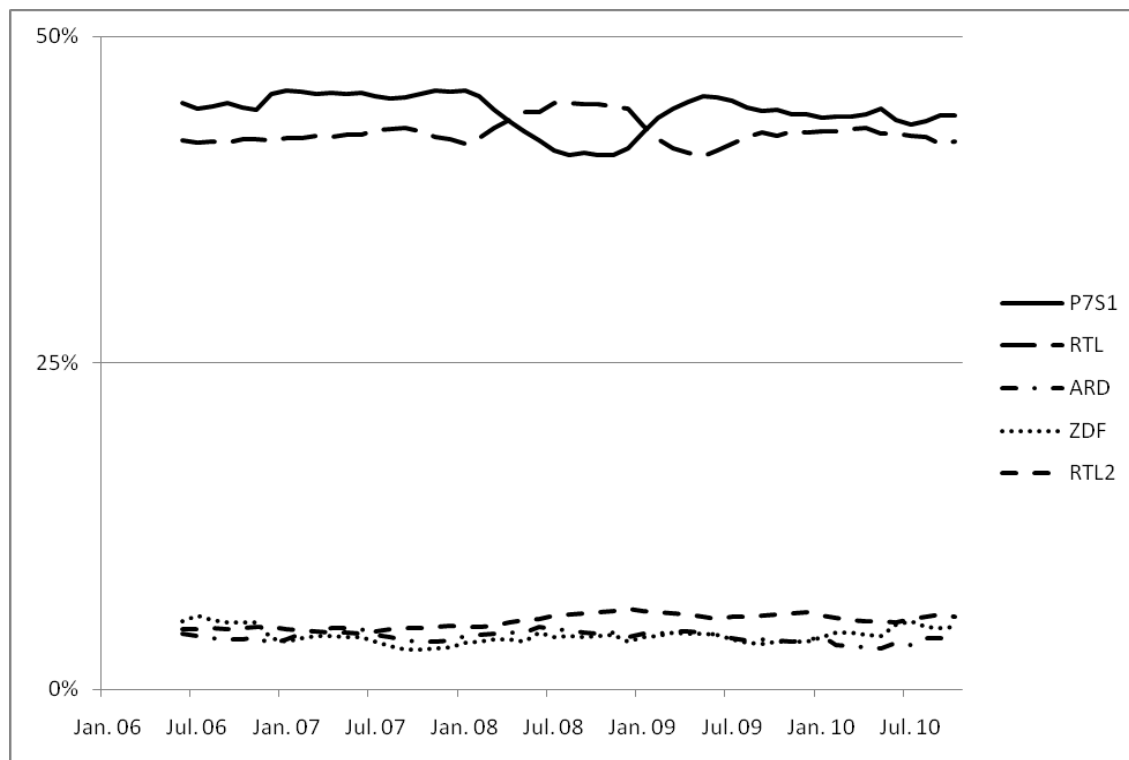
⁸⁰ Unzutreffend ist vor diesem Hintergrund der von den Beteiligten im Schreiben vom 10. März 2011 vorgebrachte Einwand, die Beschlussabteilung habe Nachfragemacht auf der Marktgegenseite *pauschal* abgelehnt (Seite 6).

⁸¹ BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010 - KVR 4/09, Rz. 32 - *Springer/Pro Sieben II*; BGH, Beschluss vom 11. November 2008 - KVR 60/07, BGHZ 178, 285 Rn. 39,41, 44 - *E.ON / Stadtwerke Eschwege*; Beschluss vom 20. April 2010 - KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 Rn. 72 - *Phonak/GN Store*.

⁸² Die aufgeführten Fernsehwerbemarktanteile basieren auf Umsatzangaben der befragten Unternehmen auf Netto-Basis, d. h. Bruttoumsätze abzüglich aller Rabatte und ohne MwSt..

⁸³ Die Beteiligten tragen vor, dass Schwankungen zwischen 40% und 45% nicht geringfügig seien, sondern bei der großen Nachfragebündelung durch die Mediaagenturen über den Erfolg oder Misserfolg eines Geschäftsjahres entscheiden würden. Zum einen kommt es jedoch, wie die Ermittlungen gezeigt haben (s.u.), im Wesentlichen nicht zur Bündelung von Nachfrage durch Mediaagenturen. Zum anderen

Abbildung 1: Marktanteilsentwicklung 2006 bis 2010⁸⁴



102 Wie die Abbildung ebenfalls zeigt, liegen die Marktanteile von P7S1 leicht über den Marktanteilen von RTL. Lediglich von Februar bis November 2008 sind die Marktanteile von P7S1 geringfügig unter die Anteile von RTL gefallen – schon im Jahre 2009 hat sich dieses Verhältnis wieder umgekehrt.

103 Die Beschlussabteilung hat diese Marktanteilsverschiebung zwischen den Sendergruppen im Jahre 2008 auf Basis der exakten, von den Beteiligten vorgelegten Angaben näher untersucht und festgestellt, dass sie nicht als Indiz für ein wettbewerbliches Verhalten in diesem Zeitraum angesehen werden kann. Wie bereits zuvor dargestellt, käme wettbewerbliches Verhalten darin zum Ausdruck, dass etwa ein Sender Marktanteile gewinnt durch die Gewährung höherer Rabatte. Dies käme in einer Veränderung der monatlichen Einnahmen mit Werbeschaltungen (ohne Sponsoring) pro geschalteter Minute zum Ausdruck. Die Beschlussabteilung hat zu diesem Zweck die Werbeeinnahmen und geschalteten Werbeminuten auf monatlicher Basis bei allen befragten Senderunternehmen erhoben. Anschließend wurden die Einnahmen pro Werbeminu-

lagen die Marktanteilsschwankungen innerhalb eines Geschäftsjahres im untersuchten Zeitraum stets unter 5%, mit Ausnahme des Jahres 2008 sogar nur unter 1,5%.

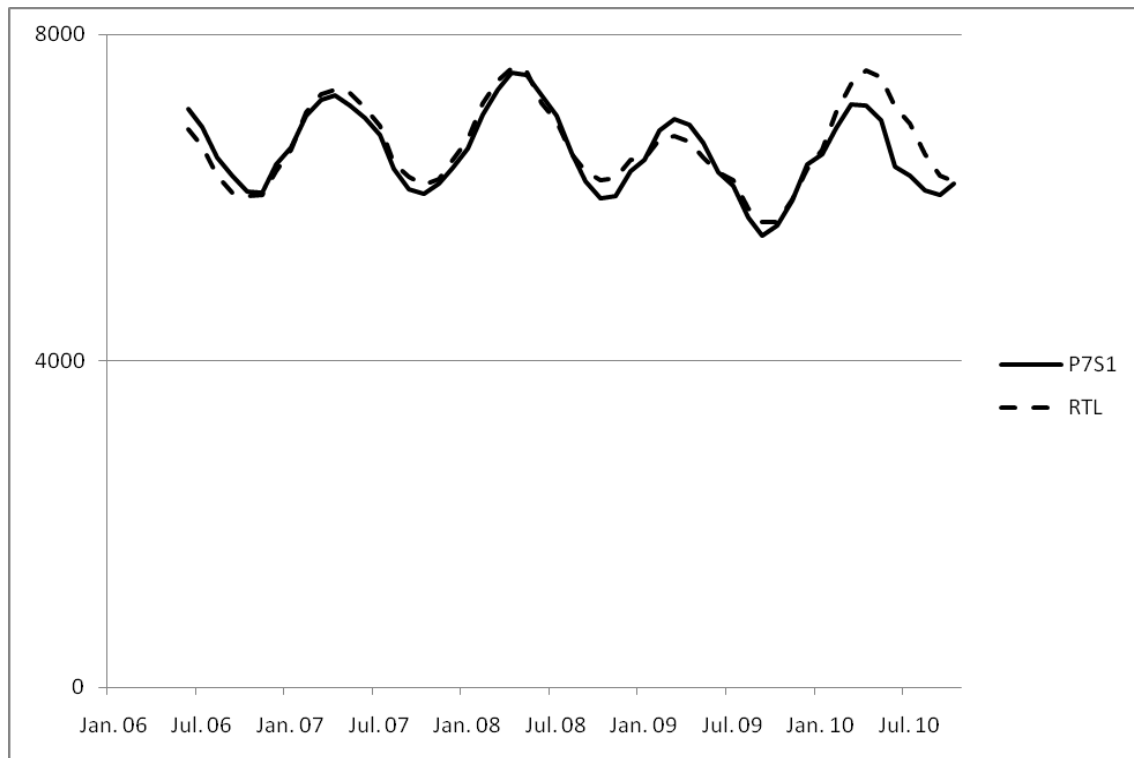
⁸⁴ Zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen handelt es sich bei der Abbildung um eine schematische Darstellung. Die Darstellung beruht darüber hinaus auf einem sechsmonatigen gleitenden Durchschnitt, um die Abbildung nicht durch saisonale Schwankungen zu verzerren.

te der Zusammenschlussbeteiligten untersucht und festgestellt, dass die Einnahmen pro Werbeminute bei P7S1 im Zeitraum 2008 nicht signifikant niedriger lagen als in den übrigen Jahren. Hierzu wurden für jeden in der Erhebung erfassten Monat die Werbeeinnahmen durch die Anzahl der geschalteten Werbeminuten dividiert. Die Ergebnisse sind in der nachfolgenden Abbildung 2 aufgeführt. Wie die Abbildung zeigt, verlaufen die Einnahmen pro Werbeminute weitgehend parallel zueinander. Beide Sender erzielen jeweils vergleichbare Einnahmen pro Minute. Zwar gibt es saisonale Schwankungen der Einnahmen pro Minute, die jedoch bei beiden Sendergruppen – ebenso wie auch andere Sender – in gleichem Maße auftreten. Wie von befragten Unternehmen erläutert wurde, ergeben sich saisonale Schwankungen insbesondere dadurch, dass sich die Zuschauerzahlen im Jahresablauf unterscheiden, mit der Folge, dass in Zeiten mit geringerer Zuschauerbeteiligung geringere Einnahmen erzielt werden.⁸⁵ Hinzu kommt, dass in solchen Zeiten auch die Nachfrage nach Werbeschaltungen geringer ist, was in tendenziell niedrigeren Werbeeinnahmen zum Ausdruck kommt.

- 104 Wie Abbildung 2 zeigt, erzielte RTL im Zeitraum von Februar bis November 2008 und auch in den davor oder danach liegenden Monaten keine deutlich niedrigeren Einnahmen pro Werbeminute als P7S1. Ein Abweichen der Einnahmen / Minute voneinander in diesem Zeitraum lässt sich bereits in einer graphischen Analyse nicht beobachten.

⁸⁵ So sind etwa die Zuschauerzahlen in den Sommermonaten typischerweise geringer als in den Wintermonaten.

Abbildung 2: Einnahmen pro Werbeminute 2006 bis 2010⁸⁶



105 Auch statistisch lässt sich ein Abweichen der Einnahmen pro Werbeminute bei RTL gegenüber P7S1 im betreffenden Zeitraum nicht feststellen. Die Beschlussabteilung hat hierzu mit Hilfe zweier unterschiedlicher Regressionsanalysen untersucht, ob sich das Verhältnis zwischen den Einnahmen pro Werbeminute von P7S1 und RTL im Zeitraum von Februar bis November 2008 signifikant verändert hat.⁸⁷ Dabei wurde auf die von den Unternehmen übermittelten Daten zu Werbeeinnahmen und geschalteten Werbeminuten zurückgegriffen, die auf monatlicher Basis vorlagen. Zum einen wurde für jeden Monat der Quotient aus den P7S1- und RTL-Werten berechnet. Wäre die Marktanteilsverschiebung im betreffenden Zeitraum durch einen Wettbewerbsvorstoß von RTL verursacht worden, so wäre zu erwarten gewesen, dass sich auch das Verhältnis der Werte von P7S1 und RTL in diesem Zeitraum verändert, d.h. der Quotient größer wird. Deswegen wurde mit Hilfe eines so genannten Dummy-Variablenansatzes überprüft, ob

⁸⁶ Zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen handelt es sich bei der Abbildung um eine schematische Darstellung; die obige Darstellung beruht darüber hinaus auf einem sechsmonatigen gleitenden Durchschnitt, um die Abbildung nicht durch saisonale Schwankungen zu verzerren. Bei der Auswertung hat sich die Beschlussabteilung, anders als ihr die Beteiligten vorhalten, nicht auf eine „schematische Darstellung zurückgezogen, sondern die Analyse mit den exakten Angaben der befragten Unternehmen durchgeführt. Die genauen Angaben werden zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse nicht offengelegt.

⁸⁷ Für eine ausführliche Darstellung des Ablaufs und der Ergebnisse der Regressionsanalyse wird auf den Vermerk vom 22. Februar 2011 [...] verwiesen.

sich diese Quotienten im betreffenden Zeitraum von Februar bis November 2008 signifikant von denen der übrigen Zeiträume unterscheiden.⁸⁸ Zum anderen wurde mit Hilfe eines vergleichbaren Ansatzes überprüft, ob sich die monatlichen Differenzen zwischen den Einnahmen pro Werbeminute der beiden Sendergruppen im Zeitraum von Februar bis November 2008 signifikant unterscheiden. Wäre es zu einem wettbewerblichen Vorstoß gekommen, wäre zu erwarten gewesen, dass die Differenz zwischen den P7S1-Werten und den RTL-Werten abnimmt oder gar negativ wird. Die Analysen haben jedoch weder statistisch signifikante Veränderungen der Quotienten noch der Differenzen bestätigen können, so dass nicht davon auszugehen ist, dass sich das in den Preisen zum Ausdruck kommende Wettbewerbsverhalten von RTL in diesem Zeitraum maßgeblich geändert hat.⁸⁹

- 106 Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die im Jahre 2008 zu beobachtende leichte Verschiebung der Marktanteile der Sendergruppen nicht auf einen wettbewerblichen Vorstoß, sondern vielmehr auf eine im Jahre 2008 infolge eines Bußgeldverfahrens eingeführte Änderung der Rabattsysteme zurückzuführen ist. Im November 2007 hat das Bundeskartellamt gegen die Werbezeitenvermarkter IP Deutschland (RTL) und SevenOne Media (P7S1) Bußgelder verhängt. Den Werbezeitenvermarktern der beiden Sendergruppen war vorgeworfen worden, mit den von ihnen praktizierte Rabattsystem gegen Art. 101 AEUV (vormals Art. 81 EG) und § 1 GWB verstoßen zu haben. Bei den Rabatten handelte es sich zum einen um sog. Anteils- bzw. Share-Rabatte, durch die den Mediaagenturen erhebliche Rabatt- und sonstige Rückvergütungen gewährt wurden, wenn diese Anteile ihres Werbebudgets in bestimmter Höhe bei der jeweiligen Sendergruppe platzieren. Die Mediaagenturen hatten aufgrund dieser Rabatte einen starken wirtschaftlichen Anreiz, die entsprechenden Anteile ihres Budgets bei den beiden großen Vermarktern und nicht bei kleineren Sendern zu platzieren, zumal die Rabatte rückwirkend für das gesamte Budget gewährt werden. Beide Sendergruppen haben daraufhin ihre Rabattsysteme mit Wirkung zum Jahr 2008 angepasst und insbesondere auf Share-Rabatte verzichtet. P7S1 änderte sein Rabattsystem dahingehend, dass Kunden nur noch inkrementelle Rabatte und reine Funktionsrabatte gewährt werden sollten. Agenturen sollten hingegen – anders als bei RTL geplant – überhaupt keine (Natural-)Rabatte mehr erhalten, sondern in Form von Ho-

⁸⁸ Da sich wettbewerbliche Vorstöße möglicherweise nicht mit sofortiger Wirkung in den Einnahmen/Minute, sondern erst mit einigen Monaten Verspätung widerspiegeln, wurden für beide Analyseansätze auch alternative Zeiträume in der Untersuchung berücksichtigt.

⁸⁹ Soweit die Beteiligten einwenden, die durchgeführten Regressionsanalysen und die Verwendung der erhobenen Daten sei nicht nachvollziehbar, wird nochmals auf den Vermerk vom 22. Februar 2011 [...] verwiesen.

noraren für von ihnen erbrachte Dienstleistungen vergütet werden.⁹⁰ Dieses Vermarktungsmodell insbesondere der Verzicht auf Naturalrabatte für Agenturen wurde vom Markt jedoch nicht akzeptiert. In der Folge ist es zu gewissen Marktanteilsrückgängen für P7S1 gekommen.⁹¹ P7S1 hat das Verkaufsmodell daher im ersten Halbjahr 2008 dahingehend modifiziert, dass den Agenturen wieder Naturalrabatte gewährt wurden. In der Folge sind auch die Fernsehwerbeanteile von P7S1 wieder angestiegen.

- 107 Darüber hinaus hat die Beschlussabteilung ermittelt, ob und in welchem Maße es im Zeitraum 2006 bis 2009⁹² zu Verschiebungen von Werbebudgets zwischen den Sendergruppen gekommen ist und dabei keine maßgeblichen Kundenwechsel festgestellt. Hierzu wurde der Nettoumsatz der beiden Sendergruppen in den Jahren 2006 bis 2009 ermittelt, den die Sendergruppen mit Mediaagenturen erzielt haben. Ferner wurde bei Mediaagenturen ermittelt, in welchem finanziellen Umfang sie Werbeschaltungen bei den jeweiligen Sendergruppen getätigt haben. Auf dieser Datengrundlage wurde untersucht, in welchem Maße Mediaagenturen Werbebudgets zwischen den Sendergruppen umgeschichtet haben. Dabei wurde festgestellt, dass die Verschiebungen von Werbebudgets zwischen den Sendergruppen nur sehr gering gewesen sind. Dies gilt sowohl für einzelne Mediaagenturen als auch für die Gesamtheit aller Mediaagenturen. So haben die fünf größten Mediaagenturen, deren Umsätze jeweils rund 70-80% des über Mediaagenturen des bei einem der Beteiligten insgesamt geschalteten Volumens ausmachen, ihre Werbeschaltungen bei den beiden Gruppen im gesamten Zeitraum 2006-2009 jeweils ungefähr hälftig (zwischen 45% und 55%) auf die beiden Sendergruppen aufgeteilt. Dabei war diese Aufteilung bei den fünf größten Agenturen im Zeitablauf weitgehend stabil. Von 2006 auf 2007 wurde bei keiner Agentur die Aufteilung um mehr als 1,1%-Punkte geändert. Von 2007 auf 2008 hat sich die Budgetaufteilung, wie sich auch aus der Marktanteilsverteilung ergibt, etwas stärker verändert, was jedoch – wie dargestellt – im Wesentlichen geringere Marktakzeptanz des im Jahre 2008 eingeführten P7S1-Rabattsystems zurückzuführen ist. Hier beliefen sich die Verschiebungen von Budgets auf bis zu 5%-Punkte, wobei drei der fünf größten Mediaagenturen ihre Werbebudgets zugunsten zu RTL verschoben haben. Diese Verschiebungen wurden jedoch von 2008 auf 2009 wieder rückgängig gemacht. Mit Ausnahme einer Mediaagentur beliefen sich die Veränderungen der Budgetaufteilung zwischen 2007 und 2009 auf nicht mehr als

⁹⁰ Siehe P7S1-Pressemeldung vom 11. Oktober 2007 ([...]).

⁹¹ Siehe P7S1-Geschäftsbericht 2008, Seite 41 und 44f. (abrufbar unter http://www.prosiebensat1.com/media/19397/de_GB_2008.pdf); siehe auch Presseartikel „Pro Sieben erschüttert TV-Branche“, Handelsblatt, 28. April 2008.

⁹² Da zum Zeitpunkt der Ermittlungen Daten für das Jahr 2010 noch nicht vollständig vorliegen konnten, wurden Daten für 2010 nicht erhoben.

3%-Punkte. Über den gesamten Zeitraum 2006 bis 2009 hinweg ergeben sich durchschnittliche jährliche Veränderungsraten der Budgetaufteilung bei vier der fünf größten Agenturen zwischen 0,3 und 1,5%-Punkten, bei einer Agentur lag die durchschnittliche jährliche Veränderung bei 3,8%-Punkten. Werden sämtliche über Mediaagenturen geschalteten Volumina berücksichtigt, so kam es zu jährlichen Veränderungen der Budgetverteilung zwischen 0,4 und 3,7%-Punkten und über den Zeitraum 2006 bis 2009 im jährlichen Durchschnitt zu Veränderungen um 0,5%-Punkte.

- 108 Dies bestätigt zum einen, dass Mediaagenturen im gesamten Zeitraum ihre Schaltungen in vergleichbarer Größenordnung auf beide Sendergruppen verteilt haben. Zwar ist es im Jahre 2008 durch die Änderung der Rabattsysteme zu gewissen Verschiebungen der Budgetaufteilung zugunsten von RTL gekommen. Diese Verschiebung ist jedoch im Jahr 2009 weitgehend rückgängig gemacht worden. Die durchschnittliche jährliche Budgetumschichtung im Gesamtzeitraum unter den größten fünf Mediaagenturen liegt unter 5%-Punkten, die Umschichtung unter sämtlichen Mediaagenturen nur bei 0,5%-Punkten. Dies deutet nicht auf hin, dass es im Gesamtzeitraum zwischen den Sendergruppen zu maßgeblichem Wettbewerb um die Budgets von Mediaagenturen gekommen ist. Zum anderen hat sich die Relation der Budgets, die die Mediaagenturen auf die Sendergruppen verteilen, im untersuchten Zeitraum nicht wesentlich verändert. Die Rangreihung der Mediaagenturen blieb weitgehend konstant, was darauf hindeutet, dass es nicht zu wesentlichen Kunden- und damit Budgetverschiebungen zwischen den Mediaagenturen gekommen ist. All dies spricht gegen wesentlichen Wettbewerb zwischen den beiden Sendergruppen.
- 109 Dass die Sendergruppen gegenüber der Situation im Fall Springer/ProSieben geänderte Rabattmodelle praktizieren, ist vor diesem Hintergrund – anders als die Beteiligten meinen⁹³ – nicht entscheidend. Denn die obigen Ausführungen machen deutlich, dass wesentlicher Wettbewerb trotz des geänderten Rabattmodelles nicht stattfindet, sondern der Preiswettbewerb hierdurch gerade nicht angestoßen wurde.
- 110 Nicht zuletzt ist auch der von den Zusammenschlussbeteiligten mit Email vom 15.12.2010 vorgelegt Presseartikel, demnach die RTL-Gruppe ihre Zielgruppen neu definiere – kein Beleg für einen wettbewerblichen Vorstoß und damit aktives Wettbewerbsverhalten. Sie tragen vor, in dem Artikel werde berichtet, dass die RTL-Gruppe im Bereich des linearen Free-TV's ihr Geschäftsmodell – im Gegensatz zur P7S1-Gruppe – teilweise umgestellt habe und mit den herkömmlichen Grundsätzen der Zielgruppendefinition (14-49) breche. Es handele sich um einen

⁹³ Schreiben der Beteiligten vom 10. März 2011, Seite 7.

Wettbewerbsvorstoß, der veranschauliche, dass sich die Parteien auch im Kernbereich ihrer Tätigkeit immer stärker auseinander entwickelten.

- 111 Das in dem Presseartikel beschriebene Vorgehen von RTL stellt jedoch kein Anzeichen für wettbewerbliches Verhalten dar, das einer Koordinierung entgegensteht, sondern dürfte – entgegen auch dem neuerlichen Vortrag der Beteiligten im Schreiben vom 10. März 2011 – im Gegenteil kollusionsstabilisierend wirken. Zunächst ergibt sich aus dem in dem Artikel angekündigten Vorgehen von RTL, Werbetreibenden ab sofort neben dem Marktanteil in der Zielgruppe zwischen 14 und 49 Jahren zusätzlich auch den Marktanteil in der Gruppe 20 bis 59 Jahren anzuzeigen, keine Veränderung des tatsächlichen Marktverhaltens. Entscheidend dafür, welche Zielgruppe ein Sender in welchem Maße erreicht, sind die gesendeten Inhalte. Hieran ändert sich durch die Ausweisung der Marktanteile in bestimmten Zuschauerzielgruppen gegenüber den Werbetreibenden jedoch nichts. Im Übrigen hat die Ankündigung zukünftigen Wettbewerbsverhaltens in kollusionsanfälligen Märkten wie dem deutschen Fernsehwerbemarkt kollusionsfördernde Wirkung, weil sie dem Wettbewerber Informationen über das eigene zukünftige Wettbewerbsverhalten gibt und erlaubt, sich hierauf einzustellen und das Verhalten seinerseits ebenfalls zu ändern, ohne die Stabilität der Kollusion zu gefährden.⁹⁴ So gibt die Ankündigung von RTL dem Wettbewerber P7S1 Informationen darüber, in welcher Weise RTL etwa auf den demographischen Wandel und die zunehmende Kaufkraft älterer Bevölkerungsgruppen reagiere und ermöglicht es P7S1 damit, sein Wettbewerbsverhalten in ähnlicher Weise anzupassen.

bb. Kein Außenwettbewerb und keine gegengewichtige Marktmacht

- 112 Die Zusammenschlussbeteiligten haben auch in ihrer Gesamtheit gegenüber Wettbewerbern eine überragende Marktstellung und sind keinem wesentlichen Außenwettbewerb ausgesetzt. Die Marktstellung der Beteiligten wird auch nicht durch die Marktmacht der Marktgegenseite oder durch Substitutionswettbewerb aus dem Bereich In-Stream-Video-Werbung relativiert.

(1) Kein Außenwettbewerb

- 113 Bereits die Marktstruktur und die Strukturmerkmale des Fernsehwerbemarkt sind starke Indizien dafür, dass die aktuellen Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten keinen wesentlichen Wettbewerbsdruck ausüben. Die beiden Sendergruppen sind mit Marktanteilen zwischen 42-

⁹⁴ Siehe Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a.a.O. Tz. 51, Schwalbe/Zimmer, aaO, Seite 303.

47% mit weitem Abstand marktführend auf dem Fernsehwerbemarkt. Die nächstgrößeren Wettbewerber waren im Jahre 2009 RTL2, an dem die RTL Group S.A., Luxemburg, mit knapp 36% der Geschäftsanteile beteiligt ist, sowie die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der ARD und das ZDF mit Werbemarktanteilen zwischen 3% bis 6%.⁹⁵ Die übrigen Sender erzielen Marktanteile auf dem Fernsehwerbemarkt von jeweils deutlich unter 1%.

- 114 In dieser Marktanteilsverteilung kommt zum Ausdruck, dass Werbeschaltungen bei den übrigen Sendern für viele Werbekunden nur eine sehr eingeschränkt geeignete Alternative zu Schaltungen bei den Duopolisten sind. Zunächst ist die Reichweite der übrigen Sendergruppen – mit Ausnahme der öffentlich-rechtlichen Sender – wesentlich geringer. Die tagesdurchschnittliche Zuschauerreichweiten der RTL-Sender lagen zwischen 2,5% und 12,5%⁹⁶ und die der P7S1-Sender zwischen 3,9% und 10,4%⁹⁷ in der Zuschauergruppe ab 3 Jahren.⁹⁸ In der Zuschauergruppe 14-49 Jahre lag die Reichweite der RTL-Sender zwischen 2,7% und 16,9% und die der P7S1-Sender zwischen 6,1% und 11,9%.⁹⁹ Die Zuschauerreichweite von RTL 2 lag bei 4% bzw. 6%. Alle übrigen Sender erzielen noch deutlich geringere Reichweiten von unter 2%. Wie die Marktermittlungen gezeigt haben, lässt sich die geringere Reichweite bei einem Sender auch nicht durch eine größere Zahl an Schaltungen bei einem Sender (wg. Mehrfachkontakten) oder bei der Schaltung bei mehreren kleineren Sendern kompensieren.¹⁰⁰ Da die Reichweite eines Senders, wie bereits ausgeführt, eines der wichtigsten Kriterien bei der Entscheidung über die Schaltung von Fernsehwerbung darstellt, sind Werbeschaltungen bei Wettbewerbern nur eine deutlich schlechtere Alternative. Wie die Ermittlungen gezeigt haben, werden Schaltungen bei kleineren Sendern und insbesondere bei Spartensendern, die nur bestimmte Zielgruppen adressieren, überwiegend komplementär zu Werbeschaltungen bei den Duopolisten vorgenommen.

⁹⁵ Umsatzangaben für 2009, Umsätze ohne Sponsoring.

⁹⁶ Dies umfasst die Sender RTL, Vox und SuperRTL. Der Nachrichtensender n-tv erzielte eine durchschnittliche Reichweite von 0,9%.

⁹⁷ Dies umfasst die Sender Sat.1, Prosieben und Kabeleins. Der Nachrichtensender N24 erzielte eine durchschnittliche Reichweite von 1,0%, der Sender 9live eine Reichweite von 0,1%.

⁹⁸ Siehe Form CO, Seite 72 ([...]).

⁹⁹ Siehe Form CO, Seite 73 ([...]).

¹⁰⁰ Wie die Ermittlungen gezeigt haben, ist halten es die befragten Mediaagenturen ganz überwiegend für nachteilig, Werbung bei mehreren kleineren Sendern mit geringer Reichweite anstatt bei einem großen Sendern mit höherer Reichweite zu schalten (siehe Antworten der Mediaagenturen auf Frage 27 des Auskunftsbeschlusses vom 12.11.2010 ([...])).

115 Zwar bieten die öffentlich-rechtlichen Sender ARD (ohne Dritte) und ZDF mit Zuschaueranteilen von jeweils etwa 13% die Möglichkeit zu Werbeschaltungen mit höheren Reichweiten als bei kleinen Sendern. Die öffentlich-rechtlichen Sender verfügen jedoch im Gegensatz zu den Privatsendern über sehr beschränkte Werbekapazitäten. Gemäß § 16 Abs. 1 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) ist die zulässige Gesamtdauer der Werbung auf durchschnittlich 20 Minuten pro Tag begrenzt. An Sonntagen sowie bundesweiten gesetzlichen Feiertagen dürfen Werbesendungen nicht ausgestrahlt werden. Auch in der Zeit nach 20 Uhr, in der die Zuschauerzahlen im höchsten sind, darf Werbung nicht ausgestrahlt werden. Damit beträgt die bei ARD und ZDF monatlich zur Verfügung stehende Werbekapazität rund 600 Minuten pro Monat.¹⁰¹ Die beiden Duopolisten verfügten hingegen jeder bis März 2010 über Werbekapazitäten von monatlich maximal jeweils 25.920 Minuten, seit April 2010 sogar über 34.560 Minuten monatlich. Die Werbekapazitäten der öffentlich-rechtlichen Sender beträgt damit nicht einmal 3% der Kapazität, die den beiden Duopolisten zur Verfügung steht. Überdies bieten sie keine Werbepätze zur besonders reichweitenintensiven Zeit zwischen 20:00 und 22:00 Uhr. Bereits aus diesen Gründen sind sie nicht in der Lage, die Verhaltensspielräume der Duopolisten zu beschränken.¹⁰²

(2) Hohe Marktzutritts- und Expansionsschranken

116 Auch von potenziellen Wettbewerbern geht kein Wettbewerbsdruck aus, der so stark ist, dass er die Marktposition der Duopolisten gefährden könnte. Die Marktzutritts- und Expansionsschranken sind hoch. Potenzielle Wettbewerber können den wettbewerblichen Verhaltensspielraum der auf dem Markt bereits tätigen Unternehmen nur dann kontrollieren, wenn ihr Zutritt hinreichend wahrscheinlich ist und ihr Marktzutritt rechtzeitig und in ausreichendem Umfang erfolgt. Im Fernsehwerbemarkt sind Marktzutritte in ausreichendem Umfang innerhalb des Prognosezeitraumes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit jedoch nicht zu erwarten. Ein Zutritt in den Fernsehwerbemarkt ist mit erheblichen Kosten und damit strukturellen Hürden verbunden. Zunächst sind mit einem Markteintritt Investitionen in die technische Ausstattung, die für den Betrieb eines Fernsehsenders notwendig ist, verbunden. Ferner muss ein Sender Übertragungskapazität erwerben. Hierzu sind Einspeiseverträge mit Kabelnetzbetreibern und DSL-Anbietern, Verträge über die Transpondermiete mit Satellitenbetreibern und ggf. Verträge über die terrestrische Ausstrahlung über DVB-T notwendig. Diese Ausgaben belaufen sich bei digita-

¹⁰¹ Siehe Antworten auf Frage 12 des Auskunftsbeschlusses vom 12.11.2010 ([...]).

¹⁰² Zwar gelten die Beschränkungen der öffentlich-rechtlichen Sender nicht für das Sponsoring. Sponsoring stellt jedoch, wie bereits bei der Marktabgrenzung dargestellt keine geeignete Alternative zur Fernsehwerbung dar.

ler Ausstrahlung und einer technischen Reichweite, die derjenigen der beiden Sendergruppen entspricht, auf jährliche Beträge in Millionenhöhe.

- 117 Eine weitere Hürde ergibt sich aus der Eigenschaft eines Free-TV-Fernsehsenders als Plattform, die Zuschauer und Werbetreibende zusammenbringt, und der damit einhergehenden wirtschaftlichen Beziehung zwischen dem Fernsehwerbemarkt und dem Zuschauerbereich. Für den dauerhaften Erfolg eines Free-TV-Senders im Fernsehwerbemarkt sind hohe Zuschauerreichweiten die wichtigste Voraussetzung.¹⁰³ Zugleich verursacht es einem Werbetreibenden oft höhere Transaktionskosten, Werbeschaltungen bei vielen Sendern mit geringer Reichweite anstelle bei wenigen Sendern mit hoher Reichweite zu schalten, so dass er tendenziell bereit ist, höhere Kontaktpreise bei größeren Sendern zu zahlen. Ein in den Markt eintretender Sender wird deshalb die Verhaltensspielräume nur dann wirksam beschränken können, wenn er in den relevanten Zielgruppen Zuschauerzahlen auf sich zieht, die denen der beiden Sendergruppen entsprechen.
- 118 Der Aufbau einer entsprechend hohen Zuschauerreichweite erfordert jedoch Investitionen in Programminhalte, die ihrerseits hohe Kosten verursachen. So geben, wie bereits aufgezeigt, P7S1 und RTL jährlich hohe dreistellige Millionenbeträge für Programminhalte aus.¹⁰⁴ Diese Investitionen stehen zugleich unter einer gewissen Unsicherheit, weil sich zum Zeitpunkt des Einkaufs von Programminhalten nicht mit Sicherheit prognostizieren lässt, ob mit dem Programm tatsächlich die erwartete Zuschauerzahl erreicht wird. Für einen neu in den Markt eintretenden Sender, der noch nicht über die Markenbekanntheit verfügt wie ein etablierter Sender, dürfte die Zuschauerzahl überdies erfahrungsgemäß schlechter zu prognostizieren sein.
- 119 Hinzu kommt, dass ein neu in den Markt eintretender Sender bereits vor dem Markteintritt mit etablierten Sendern im Wettbewerb um die Nachfrage nach attraktiven Programminhalten und insbesondere Fremdproduktionen steht und Investitionen in Programme vorab tätigen muss. Für jeden Sender ist die Zahlungsbereitschaft für Programminhalte umso höher, je mehr Zuschauer und in der Folge Werbeeinnahmen er mit dem Inhalt erreichen kann. Etablierte Sender sind eintretenden Sendern gegenüber im Vorteil, weil sie aufgrund ihrer Markenbekanntheit mit den gleichen Inhalten tendenziell höhere Zuschauerzahlen erreichen können. Ihre Zahlungsbereitschaft für attraktive Inhalte ist somit größer. Gleichzeitig ist es für einen Rechteinhaber wirtschaftlich sinnvoll, Senderechte exklusiv an nur einen Sender zu vergeben. Für neu eintretende

¹⁰³ Siehe P7S1-Geschäftsbericht, Seite 102 ([...]).

¹⁰⁴ Siehe P7S1 Geschäftsbericht, Seite 76 ([...]), Bertelsmann-Geschäftsbericht, Seite 108 ([...]).

Sender ist es somit schwerer, attraktive Fernsehinhalte zu erhalten. Erschwert wird der Erwerb von Rechten für eintretende Sendeanbieter ferner dadurch, dass etablierte Sender häufig langfristige exklusive Lizenzverträge für deutschsprachige Free-TV-Inhalte mit Rechteinhabern abschließen.¹⁰⁵

120 Neben den Ausgaben für Programminhalte fallen auch erhebliche Marketing-Aufwendungen an. Marketing ist einerseits notwendig, um einer breiten Öffentlichkeit Informationen über das aktuelle Programmangebot eines Senders zu geben. Andererseits dient das Marketing dazu, eine starke und bekannte Marke aufzubauen, die einen wichtigen Erfolgsfaktor für einen Sender darstellt, sowie potenzielle Zuschauer überhaupt über die Existenz und Auffindbarkeit eines Senders etwa in Elektronischen Programmführern (EPG) zu informieren.¹⁰⁶ So betragen allein die Marketingaufwendungen von P7S1, die bereits über eine hohe Markenbekanntheit verfügen, im deutschsprachigen Raum im Jahre 2009 rund 43 Mio. Euro.¹⁰⁷ Dabei ist zu berücksichtigen, dass beide Sendergruppen in Deutschland bereits über etablierte und starke Marken verfügen. Für einen neu in den Markt eintretenden Sender dürften die Marketingausgaben deswegen beträchtlich sein.

121 Nicht zuletzt ist es für einen neu eintretenden Fernsehsender vergleichsweise schwierig, Werbekunden zu gewinnen. Wie die Ermittlungen gezeigt haben, haben Werbetreibende – meist beraten durch Mediaagenturen – eine Präferenz dafür, Werbung bei reichweitenstarken Sendern zu schalten. Für einen eintretenden Sender ist es daher oft nicht möglich, Verträge über Werbeschaltungen mit Mediaagenturen abzuschließen. Hinzu kommt, dass viele Werbetreibende oft – sei es aus vertraglichen oder wirtschaftlichen Gründen – Schaltungen nur über eine Mediaagentur vornehmen und sich oft langjährig und exklusiv an eine Mediaagentur binden.¹⁰⁸ Eintretenden Fernsehsender ist deshalb ein erheblicher Teil der Werbetreibenden als Kunden von vornherein entzogen sind.

¹⁰⁵ So verfügt P7S1 etwa über mehrjährige Verträge mit Sony Pictures International, der New Regency-Tochter Monarchy, der Walt Disney Company, Twentieth Century Fox sowie mit der Tele München Gruppe. Siehe P7S1 Geschäftsbericht, Seite 77 ([...]).

¹⁰⁶ Siehe P7S1-Geschäftsbericht, Seite 88 ([...]).

¹⁰⁷ Siehe P7S1-Geschäftsbericht, Seite 88 ([...]). Dies umfasst allerdings auch Marketingaufwendungen für P7S1-Sender für Österreich und die deutschsprachige Schweiz.

¹⁰⁸ Siehe Antworten der Mediaagenturen auf Frage 31 des Auskunftsbeschlusses vom 12.11.2010 ([...]). Keine der befragten Mediaagenturen gab an, dass Werbetreibende mehrere Mediaagenturen beauftragen. Nur zwei befragte Mediaagenturen gaben an, dass Werbetreibende neben der Schaltung über Agenturen auch Direktverträge mit Fernsehsendern über Werbeschaltungen abschließen.

- 122 Überdies unterliegt der Fernsehwerbemarkt konjunkturellen Schwankungen, so dass die erwarteten Erträge eines Marktzutrittes unter einer gewissen Unsicherheit stehen. Der erwartete Gewinn aus einem Markteintritt wird sich auch zukünftig nicht maßgeblich verändern, weil der Fernsehwerbemarkt kein stark wachsender, sondern ein eher stagnierender Markt ist und die erwarteten Erträge eines Eintrittes daher zukünftig noch geringer ausfallen. Angesichts dessen ist nicht davon auszugehen, dass es innerhalb eines auch lang gewählten Prognosezeitraumes zu Markteintritten in einem Umfang kommt, der die Koordination der Duopolisten und die daraus resultierenden Verhaltensspielräume wirksam begrenzen kann.
- 123 Auch tatsächlich sind in den vergangenen Jahren, wie die Ermittlungen der Beschlussabteilung gezeigt haben, keine Marktzutritte in einem so wesentlichen Umfang erfolgt, dass die Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten beeinträchtigt worden wäre. Trotz einer Vielzahl kleiner Sender hat keiner der bereits im Markt tätigen Fernsehsender im Zeitraum zwischen Januar 2006 und Oktober 2010 Marktanteile von mehr als einem Prozentpunkt hinzugewonnen. Dies deutet darauf hin, dass eine Expansion oder gar der Eintritt eines neuen Senders in hinreichendem Umfang nicht profitabel möglich ist und der erwartete Ertrag eines Markteintritts die Kosten nicht übersteigt.

(3) Keine gegengewichtige Marktmacht

- 124 Auch von der Marktgegenseite – insbesondere den Mediaagenturen als Nachfrager – geht kein Wettbewerbsdruck aus, der so stark ist, dass er die gemeinsame Marktposition der Duopolisten in ihrer Gesamtheit relativieren würde. Nachfragemacht eines Abnehmers kann erst dann die Marktmacht von Anbietern relativieren, wenn mehrere Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁰⁹ Zum einen muss ein Nachfrager für einen Anbieter wirtschaftlich so bedeutsam sein, dass ein möglicher Verlust dieses Nachfragers kurzfristig durch die Akquirierung anderer Kunden nicht kompensiert werden kann. Zum anderen müssen dem Nachfrager alternative Bezugsquellen zur Verfügung stehen, die er gegenüber marktmächtigen Anbietern ins Spiel bringen kann. Alternative Bezugsquellen erhöhen die Verhandlungsstärke (Drohpoint) eines Nachfragers, weil er in Verhandlungen mit dem Bezug aus alternativen Quellen „drohen“ und somit ein günstigeres Verhandlungsergebnis durchsetzen kann. Eine solche Drohung entfaltet nur Wirkung, wenn sie glaubhaft ist, alternative Bezugsquellen also vergleichbare Konditionen und gleiche Qualität bieten, über ausreichende Kapazitäten verfügen und zeitnah tatsächlich verfügbar sind. Eine

¹⁰⁹ Siehe Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 65.

derartige Drohung könnte auch dann bestehen, wenn die Nachfrager in der Lage wären, durch vertikale Integration zur Eigenproduktion eines Produktes überzugehen.

- 125 Die Nachfrager auf dem Fernsehwerbemarkt können die Verhaltensspielräume der Duopolisten jedoch nicht maßgeblich beschränken. Wie die Befragung gezeigt hat, sind Werbetreibende zumeist auf Werbeschaltungen bei beiden Sendergruppen angewiesen, um eine hinreichend hohe Reichweite zu erzielen.¹¹⁰ Dementsprechend teilen sie ihr Werbebudget auf die beiden Sendergruppen und ggf. weitere Sender auf. Wie die Befragung gezeigt hat, wurden von Werbetreibenden im Jahre 2009 in über 90% der Werbekampagnen Schaltungen bei beiden Sendergruppen vorgenommen.¹¹¹ Für den weit überwiegenden Teil der Werbetreibenden sind weder eine der beiden noch beide Sendergruppen verzichtbar. Weil häufig die Werbetreibenden Einfluss darauf nehmen, bei welchem Sender Werbung geschaltet wird, kann auch eine Mediaagentur in Verhandlungen nicht damit drohen, keine Verträge mehr mit einer oder gar beiden Sendergruppen abzuschließen. Ebenso wenig können Werbetreibende oder Mediaagenturen damit drohen, zukünftig zur „Eigenproduktion“ überzugehen und eine eigene Werbeplattform aufzubauen. Aus Sicht einer Sendergruppe hingegen ist der Umsatzanteil, den ein einzelner Werbekunde ausmacht, gering. So erzielte in 2009 etwa P7S1 mit seinem größten Werbekunden einen Umsatz, der sich auf unter 5% der Gesamtwerbeerlöse von P7S1 belief. Kein Werbekunde ist deshalb für sich so bedeutsam, dass ein Sender den Verlust dieses Kunden nicht kompensieren könnte. Die Verhandlungsmacht der Nachfrager ist deshalb gegenüber der Verhandlungsposition der Sendergruppen beschränkt.

(4) Derzeit kein maßgeblicher Substitutionswettbewerb

- 126 Die Beteiligten sind derzeit und in der Prognose auch keinem Substitutionswettbewerb aus dem Bereich der In-Stream-Video-Werbung ausgesetzt, der den Verhaltensspielraum der Duopolisten wirksam begrenzen kann.
- 127 Zwar sind Fernseh- und In-Stream-Video-Werbung bereits derzeit, wie im Rahmen der Marktabgrenzung dargestellt, zu einem gewissen Grade austauschbar. Es sind auch Anbieter von In-Stream-Video-Werbung feststellbar, die nicht aus dem Bereich herkömmlicher Fernseh-

¹¹⁰ Siehe Antworten auf Fragen 21 und 22 des Auskunftsbeschlusses an Mediaagenturen vom 12.11.2010 ([...]).

¹¹¹ Siehe Antworten auf Frage 23 des Auskunftsbeschlusses an Mediaagenturen vom 12.11.2010 ([...]). Bei nur knapp 8% der von den befragten Mediaagenturen durchgeführten Kampagnen wurden Schaltungen nur bei einer Sendergruppe vorgenommen.

sender kommen. So finden sich Verlage, die in ihren Internet-Auftritten erste Video on Demand-Angebote einrichten und neuartige Aggregatoren, die mit speziell auf Video on Demand ausgerichteten Geschäftsmodellen auf dem Markt auftreten.

- 128 Der Wettbewerbsdruck, der von In-Stream-Video-Werbung auf den Fernsehwerbemarkt ausgeht, ist derzeit jedoch noch beschränkt. Im Vergleich zum Fernsehwerbemarkt steht nur eine geringe Kapazität an Werbeplätzen zur Verfügung, insbesondere weil die Reichweite von In-Stream-Video-Werbung derzeit noch gering ist. Während auf dem Fernsehwerbemarkt im Jahr 2009 für etwa 3,3 Mrd. Euro Werbung geschaltet wurde, beläuft sich das Volumen im Bereich In-Stream-Video-Werbung auf nur 60-90 Mio. Euro und beträgt damit nicht einmal 3% des Marktvolumens für Fernsehwerbung. Berücksichtigt man ferner, dass auch die Beteiligten in nicht unwesentlichem Umfang im Bereich der In-Stream-Video-Werbung tätig sind und mit ihren Video on Demand-Portalen Werbeplätze im Umfang von 30-50% des im Bereich In-Stream-Video-Werbung geschalteten Volumens auf sich vereinen, so verbleiben nur Anbieter mit einem Volumen von ca. 30-70 Mio. Euro an Werbeschaltungen, die derzeit wettbewerblichen Druck auf die Beteiligten ausüben können.
- 129 Auch innerhalb des Prognosezeitraumes wird der von In-Stream-Video-Werbung bzw. ihren Anbietern ausgehende Wettbewerbsdruck nicht in dem Umfang ansteigen, dass die marktherrschende Stellung der Beteiligten auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt eingeschränkt würde. Zwar ist mit einer deutlichen Erhöhung des Angebotes und auch des Marktvolumens insgesamt nach dem Ergebnis der Marktuntersuchung zu rechnen. Es spricht nach den gegenwärtig beobachtbaren Entwicklungen dabei einiges dafür, dass neben den Beteiligten drei Gruppen über Chancen verfügen, daran zu partizipieren: Die sich zu Medienhäusern hin entwickelnden Presseverlage, Inhaber audiovisueller Inhalte selber, die wie verschiedene deutsche Auftragsproduzenten darüber nachdenken, ihre Tätigkeit vertikal auf eine nachgelagerte Stufe auszudehnen¹¹² – ggf. im Verbund mit Werbenetzwerken, wie sie von herkömmlicher Online-Werbung bereits bekannt sind –, und neuartige Aggregatoren mit dem speziellen Fokus Video on Demand. Trotz allem wird von den größeren Kapazitäten bzw. Mengen aber schon allein aufgrund der bei Ihnen vorhandenen Inhalte ein großer Teil den Beteiligten selbst zufallen. Die im Unterschied dazu fehlenden professionellen Inhalte erschweren beispielsweise der von den

¹¹² Vgl. http://www.produzentenallianz.de/fileadmin/data/dokumente/Offizielle_Dokumente/ZDF_Eckpunkte_Web.pdf, Seite 6; auch die Vereine der Fußball-Bundesliga beispielsweise bieten unter www.bundesliga.de bereits Video-Inhalte an.

Beteiligten so hervorgehobenen Plattform „YouTube“¹¹³ den Markterfolg, insofern kann für diese keineswegs von einer sich „aufdrängenden Angebotsumstellungsflexibilität“ gesprochen werden. Den Werbekunden werden daher auf absehbare Zeit nicht in ausreichendem Maße Werbekapazitäten bei Dritten zur Verfügung stehen, um der Drohung, In-Stream- anstelle von Fernsehwerbung zu schalten, so viel Durchschlagskraft zu verleihen, dass sie die Preissetzungsspielräume der Duopolisten maßgeblich einschränken würde.

- 130 Entgegen der Ansicht der Beteiligten¹¹⁴ ist es auch nicht widersprüchlich, den Substitutionswettbewerb nicht als hinreichende Relativierung der Marktbeherrschung einzustufen, gleichzeitig jedoch eine Verstärkung der Marktbeherrschung bei dessen Einschränkung anzunehmen. Zunächst behaupten die Beteiligten hierbei zu Unrecht, dass die Beschlussabteilung den Substitutionswettbewerb mangels Nähe zum Fernsehwerbemarkt als nicht hinreichend zur Relativierung der Marktmacht ansieht. Dieses ist – wie aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich – nicht das Argument. Sie verkennen außerdem, dass die Frage, ob von einem Gut „B“ Substitutionswettbewerb auf ein Gut „A“ ausgeht, etwas anderes ist, als die Frage, ob dieser Substitutionswettbewerb ausreicht, eine marktbeherrschende Stellung beim Gut „A“ auszuschließen. Für letzteres müsste er ein sehr viel größeres Ausmaß aufweisen, als nötig ist, um seine Beschränkung als Verstärkungswirkung anzusehen. Denn nach ständiger Rechtsprechung genügt bei Märkten mit hohem Konzentrationsgrad – wie vorliegend dem Fernsehwerbemarkt – hierfür schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs.¹¹⁵

2. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung

- 131 Es ist zu erwarten, dass das angemeldete Zusammenschlussvorhaben zur Verstärkung der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt führen würde (§ 36 Abs. 1, 1. Hs. GWB).
- 132 Durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens und die nach dem Memorandum of Understanding angestrebten Joint Venture-Vereinbarungen zum Betrieb der Zielplattform wird

¹¹³ Vgl. Schreiben der Beteiligten vom 10. März 2011, Seite 9

¹¹⁴ Schreiben der Beteiligten vom 10. März 2011, Seite 4.

¹¹⁵ Vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, Az. KVR 4/09, Tz. 45 der Beschlussausfertigung – *Springer/ProSieben II*.

der von der In-Stream-Video-Werbung mindestens ausgehende Substitutionswettbewerb¹¹⁶ beschränkt, in dem nach dem beabsichtigten Vorhaben bedeutsame Parameter in diesem Segment beschränkt werden. Dies betrifft insbesondere reichweitenwirksame Parameter sowie Elemente des Geschäftsmodelles und technische Elemente der Zielplattform, die sich unmittelbar auf wesentliche Parameter der In-Stream-Video-Werbung auswirken. Darüber hinaus werden durch das Gemeinschaftsunternehmen neben den bereits bestehenden Möglichkeiten auch die Anreize zur Inhalteabschottung gegenüber Wettbewerbsplattformen verstärkt. Schließlich wird durch die gesellschaftsrechtliche Verflechtung der Beteiligten die Transparenz bezüglich wettbewerbsrelevanter Informationen und Verhaltensweisen weiter erhöht.

- 133 Die hierdurch bewirkte Verminderung des Substitutionswettbewerbs führt zur weiteren Stabilisierung des Duopolkonsenses und zur Verbesserung der strukturellen Voraussetzungen eines einheitlichen Verhaltens der Duopolisten auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt. Für ein Wiederaufleben aktuellen Wettbewerbs als Folge anderer vom Zusammenschluss ausgelöster Mechanismen ist demgegenüber nichts ersichtlich. Soweit die Beteiligten wettbewerbslich positive Wirkungen des Vorhabens geltend machen, gleichen sie die nachteiligen Stabilisierungswirkungen im Duopol nicht aus.

a. Erhöhung der Reichweiten

- 134 Die Beschlussabteilung berücksichtigt zunächst, dass es durch das Zusammenschlussvorhaben auch zu positiven Wirkungen auf den Werbemärkten kommen kann. Die gemeinsame Video on Demand-Zielplattform soll die Reichweiten der Angebote der Beteiligten verbessern.¹¹⁷ Mit Reichweite ist hierbei die Zahl der Zielpersonen gemeint, die durch einen Werbeträger – im konkreten Fall über das Internet verbreitete Videos – erreicht werden.¹¹⁸
- 135 Die erzielten Reichweiten sind in hohem Maß relevant für die zu erreichenden Werbeumsätze. Eine hohe Reichweite bedeutet, eine hohe Zahl (potenzieller) Empfänger der Werbung kontaktieren zu können. Im Verkauf dieser Kontakte an Werbekunden sowie dem Transport der Werbebotschaft zu diesen Kunden liegt der Kern des Werbegeschäfts. Eine höhere Zahl hergestellter Kontakte bedeutet demnach für den Betreiber eines Werbemediums typischerweise einen

¹¹⁶ Vgl. hierzu Abschnitt B.II.1.b.bb(4).

¹¹⁷ Vgl. Schreiben der Beteiligten vom 15.12.2010 ([...]).

¹¹⁸ Bei der Reichweite innerhalb einer Zielgruppe nur die Zahl der Personen, die auch der Zielgruppe angehören.

höheren Umsatz. Insofern entspricht die Zahl der vermittelten Kontakte in etwa der Absatzmenge in Produktmärkten, in denen körperliche Gegenstände gehandelt werden.

- 136 Das Gemeinschaftsunternehmen wird nach dem insoweit nachvollziehbaren Vortrag der Beteiligten¹¹⁹ einen positiven Einfluss auf die von den auf der Plattform vertretenen Anbietern jeweils erzielten Reichweiten haben. Verantwortlich hierfür wird zunächst die Konzentration sehr vieler aus dem Fernsehen bekannter und für breite Bevölkerungsschichten attraktiver Inhalte auf der Zielplattform sein („one stop shop“ für die Nutzer). Schon diese Attraktivität wird zu häufigen Aufrufen der Internet-Adresse (eigentlich: URL¹²⁰) der Zielplattform führen. Hinzu kommt, dass es für den Nutzer einfacher wird, gesuchte individuelle Inhalte aufzufinden, weil er sie auf weniger unterschiedlichen Plattformen suchen müssen und dies auch nicht mehr mit auf jeder Plattform anders ausgelegter Navigation. Die zu erwartende Bewerbung der Zielplattform und ihrer Marke wird diesen Effekt weiter verstärken.¹²¹ Angesichts dieser Effekte ist die von den Beteiligten vorgebrachte Annahme¹²² wahrscheinlich, dass die gemeinsame Zielplattform der Beteiligten insgesamt zu höheren Reichweiten führt, als die Summe der Reichweiten, die alle auf der Zielplattform vertretenen Sender erzielen würden, wenn sie weiterhin (nur) einzelne Plattformen/Angebote betreiben würden. Auch viele Marktteilnehmer gehen von einem Erfolg der Zielplattform aus.¹²³ Ein zusätzliches Indiz liefern die Aufmerksamkeit und die Nutzerzahlen, die das teilweise (insbesondere aus Nutzersicht) ähnliche US-amerikanische Video on Demand-Portal „Hulu“ in der kurzen Zeit seit seinem Markteintritt 2008 erreicht hat.¹²⁴

¹¹⁹ Schreiben der Beteiligten vom 15.12.2010 ([...]).

¹²⁰ URL steht für Uniform Resource Locator (Beispiel: <http://www.bundeskartellamt.de>), ein solcher identifiziert und lokalisiert eine Ressource im Netzwerk durch die Spezifikation der zu verwendenden Zugriffsmethode und des Ortes; siehe http://de.wikipedia.org/wiki/Uniform_Resource_Locator

¹²¹ Schon heute weisen die Beteiligten mit Einblendungen in ihren Fernsehsendungen Zuschauer häufig darauf hin, dass diese bestimmte Sendung *on demand* auf bestimmten Webseiten – bislang jeweils gruppeneigene – abrufen können.

¹²² Schreiben der Beteiligten vom 15.12.2010 ([...]).

¹²³ Vgl. Kommission, Verweisungsentscheidung im vorliegenden Fall, COMP/M.5581, Tz. 37 ([...]).

¹²⁴ Nach den Erhebungen des Marktforschungsunternehmens comScore hatte Hulu im Oktober 2010 knapp 30 Mio. „unique viewers“, von denen jeder im Durchschnitt 208 Minuten auf dem Portal verbracht hat ([...], siehe auch http://www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2010/11/comScore_Releases_October_2010_U.S._Online_Video_Rankings). „Unique viewers“ sind eine übliche Messgröße in der Online-Marktforschung. Bezogen auf Online-Videos ist ein „unique viewer“ jede Person, die im Messzeitraum eines oder mehrere Videos aus der jeweiligen Quelle angesehen hat.

- 137 Es ist mit einiger Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass ein Reichweitenzuwachs durch die Zielplattform positive Wirkungen für die Marktstruktur des Fernsehwerbemarktes hat. Mehr Reichweite durch die Schaffung der Zielplattform bedeutet aus struktureller Sicht einen Kapazitätszuwachs für In-Stream-Video-Werbung, d.h. bei dem mindestens nächsten Substitut zu Fernsehwerbung. Dieser Kapazitätszuwachs kann den Nachfragern zu Gute kommen. Das gilt insbesondere angesichts der derzeit eher knappen Kapazitäten für solche In-Stream-Video-Werbung,¹²⁵ diese Knappheit dürfte sich auch in den vergleichsweise hohen TKP für die Werbeform widerspiegeln. In-Stream-Video-Werbung bietet darüber hinaus den Nachfragern nach Werbepätzen einen qualitativen Vorteil gegenüber herkömmlicher Fernsehwerbung. Durch die auch der In-Stream-Video-Werbung eigenen verbesserten Targeting-Möglichkeiten¹²⁶ verringern sich die Streuverluste, welche die Nachfrager hinnehmen müssen. Zudem sind feinere Ausdifferenzierungen der Zielgruppen möglich.¹²⁷
- 138 Solche positiven Wirkungen innerhalb eines Marktes sind nach der Rechtsprechung im Rahmen des § 36 Abs. 1, 1. Hs. GWB gegen die negativen Strukturveränderungen durch den Zusammenschluss abzuwägen; wiegen sie die negativen Effekte zumindest auf, so liegt keine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung vor.¹²⁸ Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

b. Überwiegende negative wettbewerbliche Folgen

- 139 Es ist nicht zu erwarten, dass die oben dargelegten positiven Effekte die negativen Folgen des Zusammenschlussvorhabens aufwiegen können.

aa. Harmonisierung von Wettbewerbsparametern im Gemeinschaftsunternehmen

- 140 Dies gilt zunächst für die bereits qua Unternehmensstruktur vorgegebenen Rahmenbedingungen der Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens. Denn hiermit werden wichtige Wettbewerbspotenziale der In-Stream-Video-Werbung, die sich auf den bundesweiten Fernsehwerbe- markt auswirken würden, von vornherein beschränkt.

¹²⁵ Vgl. hierzu beispielsweise die Ausführungen in den Stellungnahmen der Befragten Allianz (Frage 10), Danone (Frage 5, 10), MediaCom (Fragebogen 1. Phase, Frage 10), jeweils [...].

¹²⁶ Siehe zum Targeting auch oben Seite 17.

¹²⁷ Eine Erläuterung der Möglichkeiten findet sich unter http://de.wikipedia.org/wiki/Semantisches_Targeting und http://de.wikipedia.org/wiki/Predictive_Behavioral_Targeting

141 Bei dem Gemeinschaftsunternehmen handelt es sich entgegen dem Vortrag der Beteiligten nicht um einen reinen technischen Dienstleister. Vielmehr setzt die gewählte Konstruktion ein Modell auf, durch das wichtige Wettbewerbsparameter zwischen P7S1 und RTL koordiniert und harmonisiert werden. Diese beziehen sich zwar in erster Linie auf In-Stream-Video-Werbung, haben jedoch unmittelbare Rückwirkungen auf den beherrschten Fernsehwerbemarkt. Denn bei der wachsenden In-Stream-Video-Werbung handelt es sich gerade um dasjenige Produkt, das wegen seiner besonderen Nähe zur Fernsehwerbung wie kein anderes geeignet erscheint, in Form des Substitutionswettbewerbs wettbewerblichen Druck auf den Fernsehwerbemarkt auszuüben.¹²⁹ RTL und P7S1 wären unter wettbewerblichen Umständen gefordert, individuelle Strategien zur Reaktion auf die steigenden Möglichkeiten der In-Stream-Video-Werbung zu entwickeln und umzusetzen. Mit dem Gemeinschaftsunternehmen setzen sie unter Verzicht auf den individuellen Einsatz bestimmter Wettbewerbsparameter stattdessen ein gemeinsames Konzept um, das ihnen einen gemeinsamen Vorteil gegenüber Wettbewerbern verschafft. Dabei haben diese Parameter Auswirkungen auf die von den Beteiligten erzielten Reichweiten, letztere werden daher auch in diesem Aspekt zwischen den Beteiligten harmonisiert. Eine Lockerung der oligopolistischen Marktstruktur auf dem Fernsehwerbemarkt wird damit behindert, das Oligopol stabilisiert und abgesichert.

142 Dabei geht es konkret um Wettbewerbsparameter in folgenden Bereichen:

- Die Entscheidung darüber, von wem (*Auftraggeberkreis*) welche Inhalte wann und wie lange werbefinanziert zur Verfügung stehen und welche Inhalte in Abgrenzung dazu gegen direkte Zahlungen der Nutzer (*Elemente des Geschäftsmodells*) zur Verfügung gestellt werden.
- Die Entscheidung über bestimmte technische Parameter der Verbreitung im Internet (*Harmonisierung bei technischen Wettbewerbsparametern*).

143 Die Angleichungen bei diesen Parametergruppen sind für eine Realisierung der positiven Wirkungen des Zusammenschlusses nicht erforderlich und haben angesichts der auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt herrschenden Konzentration ein erhebliches Gewicht. Denn bei Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad wie im vorliegenden Fall dem Fernsehwerbe- markt genügt schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs. Es reicht aus, wenn rechtliche oder tatsächliche Umstände dem marktbeherr-

¹²⁸ Immenga/Mestmäcker/Veelken, § 36 GWB, Rz. 327; MüKo/Becker/Knebel, § 36 GWB, Rz. 127

¹²⁹ siehe oben Abschnitt B.II.1.a.aa.

schenden Unternehmen oder Oligopol zwar nicht zwingend, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wettbewerbssituation verschaffen.¹³⁰ Entgegen der Ansicht der Beteiligten erfordert die Verstärkungswirkung damit nicht, dass sich der Wettbewerbsvorteil gerade auf den Hauptwettbewerbsparameter Preis bezieht. Darüber hinaus scheinen aber auch die Beteiligten selbst den Qualitätswettbewerbs, der über den Content geführt wird, als Hauptparameter anzusehen. Hierbei nennen die Beteiligten ausdrücklich die Schaffung von Reichweite als Ziel ihrer Wettbewerbsbemühungen, worin sogar die „Kunst und Schwierigkeit des Fernsehgeschäfts“ liege.¹³¹ Die von der Koordinierung betroffenen Parameter beziehen sich jedoch auch auf gerade diese Parameter.

(1) Auftraggeberkreis

- 144 Zunächst führen insbesondere die Zugangsbedingungen für Auftraggeber zur Zielplattform zu einer Beschränkung des Substitutionswettbewerbs, da von vornherein der Auftraggeberkreis auf Fernsehsender beschränkt ist. Der größte Teil des Kapazitätswachses wird unter diesen Umständen mit hoher Wahrscheinlichkeit bei den beiden Duopolisten RTL und P7S1 anfallen. Sie würden auch in der Perspektive den Großteil des Inhalteangebotes auf der Zielplattform stellen. Aus dem Fernsehbereich verfügen sie über ein unvergleichlich umfangreiches Reservoir an Inhalten, die für eine Video-on-Demand-Auswertung geeignet sind. Darunter finden sich viele bekannte Marken wie „Germanys next Topmodel“, „Deutschland sucht den Superstar“, „Bauer sucht Frau“, „Das Supertalent“, „Desperate Housewives“, „Greys Anatomy“ oder „CSI“. Die herausgehobene Stellung der Beteiligten spiegelt sich auch bereits heute in dem gemeinsamen Marktanteil, den diese hätten, wenn man das Segment der In-Stream-Video-Werbung als eigenen sachlich relevanten Markt ansehen würde: Er läge nach den vorliegenden Umsatzangaben und Marktstatistiken in der Größenordnung von 30% bis 50%.
- 145 Der Effekt auf die Kapazitäten wäre, anders als die Beteiligten es darstellen,¹³² auch nicht „marktneutral“. Dies folgt vor allem daraus, dass die Zielplattform nur Fernsehsendern offen steht.¹³³ Es ist aus der Sicht der Beschlussabteilung zwar offen, ob kleinere Fernsehsender im

¹³⁰ BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, Az. KVR 4/09 – *Springer/ProSieben II*, Seite 22 der Beschlussausfertigung; BGH, Beschluss vom 11. November 2008, Az. KVR 60/07 – *E.On/Stadtwerke Eschwege*, Seite 26 der Beschlussausfertigung m. w. N.

¹³¹ Schreiben der Beteiligten vom 10. März 2011, Seite 7, 9.

¹³² Schreiben der Beteiligten vom 15.12.2010 ([...]).

¹³³ Ziffern 2, 4.e des Memorandum of Understanding ([...]).

Verhältnis zu den Fernsehsendern der Beteiligten möglicherweise überproportional von der Plattform profitieren.¹³⁴ Ein solches würde jedenfalls voraussetzen, dass die Beteiligten ihre Diskriminierungsmöglichkeiten als kontrollierende Gesellschafter nicht nutzen. Andere Fernsehsender aber sind bereits auf dem Fernsehwerbemarkt – wie oben ausgeführt – nicht in der Lage, die Verhaltensspielräume der Beteiligten zu begrenzen. Entscheidend für den Gesamteffekt ist vor diesem Hintergrund die Ausgrenzung anderer Inhalteanbieter und Aggregatoren.¹³⁵ Durch diese wird der bisherige Wettbewerberskreis beibehalten und die von Video-On-Demand-Geschäftsmodellen und Video-On-Demand-Inhalteformaten ausgehenden Wettbewerbsimpulse von der Plattform ferngehalten.

- 146 Gerade solche Anbieter haben jedoch ein besonderes wettbewerbles Potenzial. Denn sie lösen sich unter Nutzung der neuartigen Möglichkeiten des Video on Demand im Internet von herkömmlichen Fernsehkonzepten und könnten damit erstmals die Marktstellung der Duopolisten erfolgversprechend angreifen. Darüber hinaus können hier auch hoch attraktive Inhalte betroffen sein, die auf den bisherigen Übertragungswegen werbefinanziert nur in geringerem Umfang zur Verfügung stehen und daher die Duopolisten bisher nur geringfügigem Wettbewerbsdruck aussetzen. Ihr Ausschluss von der Plattform bevorteilt daher die Duopolisten und stabilisiert den wettbewerbslosen Zustand.
- 147 Das Konzept eines Fernsehkanals stammt aus einer Zeit, in der es aus technischen und wirtschaftlichen Gründen allein mit dem Senderprinzip im herkömmlichen Sinne möglich war, audiovisuelle Inhalte an möglichst alle Einwohner eines Landes zu verbreiten. Wenige hatten die Gelegenheit zu senden, was alle Empfänger gleichzeitig zu dem vom Sender bestimmten Zeitpunkt sehen konnten. Zugleich war die Zahl möglicher Sender lange Zeit aufgrund von knappen Sendefrequenzen beschränkt. Selbst wo schon geraume Zeit ein wenig mehr Übertragungskapazität zur Verfügung stand, z. B. bei der Satellitenübertragung, war diese teuer. Unter diesen Bedingungen war es wirtschaftlich notwendig, verschiedene Inhalte so vorauszuwählen und zu mischen, dass sie für eine möglichst große Zielgruppe interessant waren und die Einzellelemente der Mischung dann in einem Zeitraster zu senden. Dass damit die Bedürfnisse der Nutzer nicht optimal befriedigt werden konnten, zeigt bereits die zunehmende Verbreitung von Videorekordern seit den späten siebziger Jahren. Mit dieser Gerätekategorie war es für den

¹³⁴ So die Beteiligten, Schreiben vom 10. März 2011, Seite 8; hierzu genauer unten zur Freistellung vom Kartellverbot, Rn.232.

¹³⁵ Ein „Aggregator“ ist ein Dienstleister – wie etwa ein Fernsehsender – der Medieninhalte sammelt und aufbereitet und für eine Zielgruppe neu zusammenstellt. Die Inhalte werden so für den Nutzer gebündelt verfügbar gemacht.

Nutzer erstmals möglich, audiovisuelle Inhalte in ein eigenes Archiv zu verlagern und sie zu einem individuell frei gewählten Zeitpunkt zu konsumieren. Mit zunehmenden Speicherkapazitäten und Bandbreiten im Internet werden – für mehr und mehr Nutzer – sehr viel konsequentere Umsetzungen dieses Ansatzes möglich. Soweit lizenzrechtliche Hindernisse nicht entgegenstehen wird es zunehmend einfacher sein, zu jedem beliebigen Zeitpunkt auf jeden weltweit verfügbaren audiovisuellen Inhalt zuzugreifen, so wie heute auf Milliarden klassischer Webseiten zugegriffen werden kann.

- 148 Es ist zwar zu erwarten, dass es auch weiterhin bzw. erst recht ein Bedürfnis nach Aggregation und Führung durch diese sehr große Menge an Inhalten geben wird. Es ist jedoch ebenso absehbar, dass Aggregation und Führung schon in der Anfangsphase nicht allein und im weiteren Zeitlauf immer weniger durch Angebote nach dem Konzept eines Fernsehkanals erfolgen werden. Perspektivisch kann mit einiger Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass es keiner eigenen herkömmlichen Sendekapazitäten mehr bedarf, um als Aggregator von audiovisuellen Inhalten auftreten und diese vermarkten zu können. Dies findet bereits heute statt.
- 149 Das Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“ unterhält in seinem Online-Angebot einen umfangreichen Videobereich¹³⁶ mit Schwerpunkt Informationen. Zwar gehören zum Verlag auch die beiden „Spiegel TV“-Sender herkömmlicher Prägung, mit dem genannten Videoangebot haben diese jedoch nur noch bedingt Berührungspunkte. Der Axel Springer Verlag betreibt unter der Marke „Bild“ ein umfangreiches Video-Angebot,¹³⁷ das auch bereits Unterhaltungselemente aufweist. Über einen herkömmlichen „Bild.TV“-Sender verfügt er jedoch nicht. Ein ähnliches Video on Demand-Angebot bietet das Fußballmagazin „kicker“ für den Sportbereich.¹³⁸ Auch wer bisher nicht vorrangig fremde Inhalte aggregiert hat, sondern selbst in der Produktion von Inhalten aktiv ist, steht angesichts der neuen Distributionsmöglichkeiten vor der Frage, ob nicht ein Eintritt in eine nachgelagerte Stufe sinnvoll ist. So denken beispielsweise die in der sogenannten Produzentenallianz zusammengeschlossenen deutschen Fernsehproduzenten darüber nach, gemeinsam mit dem ZDF selbst auf der Marktstufe der Video on Demand-Verwertung tätig zu werden, ggf. auch über eine gemeinsame Gesellschaft.¹³⁹ Auch die Vereine der Fuß-

¹³⁶ www.spiegel.de/video

¹³⁷ <http://www.bild.de/BILD/video/video-home/video-startseite.html>

¹³⁸ <http://www.kicker.de/news/video.html>

¹³⁹ http://www.produzentenallianz.de/fileadmin/data/dokumente/Offizielle_Dokumente/ZDF_Eckpunkte_Web.pdf, Seite 6

ball-Bundesliga, die über die Rechte an Videoinhalten mit besonders hoher Attraktivität verfügen, unterhalten bereits ein eigenes Video on Demand-Angebot.¹⁴⁰

(2) *Elemente des Geschäftsmodells für In-Stream-Video-Werbung durch Vorgabe der Inhalte und ihrer Verfügbarkeitsdauer*

- 150 Darüber hinaus sind Koordinierungswirkungen bezogen auf Elemente des Geschäftsmodelles für In-Stream-Video-Werbung von der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zu erwarten, die die Vorteile der Reichweitenerhöhung überwiegen. Diese Koordinierungswirkungen gehen dabei wesentlich über das hinaus, was zur Erreichung der mit der Gründung angestrebten Reichweitenvorteile notwendig ist.
- 151 Das Gemeinschaftsunternehmen zeichnet in der angemeldeten Ausgestaltung die Geschäftsmodelle der Beteiligten im Bereich der In-Stream-Video-Werbung in erheblichem Umfang vor. Insbesondere die im Gemeinschaftsunternehmen vorgesehenen Entscheidungen über die einzubeziehenden Video-on-Demand-Inhalte sind qualitative Wettbewerbsparameter, die deutlich über eine rein technische Ausrichtung des Gemeinschaftsunternehmens hinausgehen. Bei diesen Entscheidungen geht es vielmehr um eine zentrale Frage mit erheblicher Bedeutung für die Werbemärkte. Denn hier wird festgelegt, welche Inhalte für eine Werbefinanzierung und damit für den Substitutionswettbewerb auf dem Fernsehwerbemarkt überhaupt zur Verfügung stehen und wann und wie lange dies der Fall ist. Das hat Auswirkungen auf die Qualität des Werbemediums und bedeutet zusätzlich eine weitere Angleichung der Reichweite zwischen den Beteiligten. Denn durch die Vorgabe der Inhalte und ihrer Verfügbarkeitsdauer wird die Möglichkeit, mit anderen Inhalten oder Verfügbarkeit Reichweite zu erzielen, beschränkt. Die Reichweiten sind in hohem Maß relevant für die erzielbaren Werbeumsätze. Eine hohe Reichweite bedeutet, eine hohe Zahl potenzieller Empfänger der Werbung kontaktieren zu können. Im Verkauf dieser Kontakte an Werbekunden sowie dem Transport der Werbebotschaft zu diesen Kunden liegt der Kern des Werbegeschäfts.
- 152 Im Einzelnen sind in diesem Zusammenhang die folgenden nach dem Memorandum of Understanding der Beteiligten angestrebten Vereinbarungen und Entscheidungen des Gemeinschaftsunternehmens relevant:
- Die Vereinbarung über die mindestens von den Beteiligten auf der Zielplattform ausschließlich entgeltfrei (werbefinanziert) verfügbar zu machende Inhalte; dies umfasst

¹⁴⁰ <http://www.bundesliga.de/de/bundesliga-tv/index.php>

die Verpflichtung beider Beteiligten, über ihre auftraggeberindividuellen Bereiche auf der Zielplattform soweit lizenzrechtlich zulässig alle jene Video-Inhalte entgeltfrei zugänglich zu machen, die sie auch über ihre eigenen Webseiten entgeltfrei zugänglich machen sowie die Verpflichtung beider Beteiligte, beim künftigen Erwerb von Lizenzen an Video-Inhalten Dritter sicherzustellen, dass diese auch über die von dem Gemeinschaftsunternehmen zu schaffende Zielplattform entgeltfrei zugänglich gemacht werden können.¹⁴¹

- Die Vereinbarung, die Inhalte sämtlicher Auftraggeber über die Zielplattform nicht vor deren TV-Ausstrahlung beim jeweiligen Auftraggeber verfügbar zu machen.¹⁴²
- Die Vereinbarung, die Inhalte sämtlicher Auftraggeber über die Zielplattform zeitlich nur begrenzt entgeltfrei (werbefinanziert) zur Verfügung zu stellen und die damit verbundene Vereinbarung über den konkreten Zeitraum (längstens 7 aufeinanderfolgende Tage beginnend am Tag nach der TV-Ausstrahlung).¹⁴³

153 Gegenüber dem herkömmlichen Fernsehen bietet das Internet als Transportkanal für audiovisuelle Inhalte erhebliche Freiheitsgrade für die Entwicklung des künftigen Geschäftsmodells. Grundsätzlich kann ein Anbieter im Wettbewerb für jedes einzelne Video individuell eine Entscheidung darüber treffen, zu welchen Zeitpunkten und wie lange er es werbefinanziert und wann er es umgekehrt entgeltfinanziert zugänglich macht. Auch Mischformen sind möglich. Denkbar ist auch, mit unterschiedlichen technischen Qualitäten der Ausspielung zu experimentieren. Eine hochauflösende Fassung könnte dann z. B. nur gegen Zahlung eines Entgelts zugänglich gemacht werden, während eine Fassung in Standardauflösung entgeltfrei angesehen werden kann.¹⁴⁴ Es wäre sogar machbar, Targeting-Techniken¹⁴⁵ zu benutzen, um das Angebot in Abhängigkeit von soziodemografischen Merkmalen oder sogar der Identität des jeweiligen Nutzers zu variieren und so zu versuchen, Zahlungsbereitschaften optimal abzuschöpfen.

¹⁴¹ Ziffer 4.b des Memorandum of Understanding ([...]),

¹⁴² Ziffer 4.e des Memorandum of Understanding ([...]).

¹⁴³ Ziffer 4.e des Memorandum of Understanding ([...]), Seite 5f der Form CO ([...]).

¹⁴⁴ Vgl. z. B. das Angebot „Hulu+“ des US-amerikanischen Video on Demand-Plattform Hulu. Dieses im Unterschied zum Basisangebot entgeltpflichtige Angebot unterscheidet sich nicht nur durch erweiterte Inhalte und mehr unterstützte Endgeräte vom Basisangebot, sondern auch dadurch, dass die Inhalte in der HD-Auflösung 720p verfügbar sind. Siehe <http://www.hulu.com/plus>

¹⁴⁵ Zum Konzept des Targeting siehe oben Seite 17

- 154 Mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens verzichteten beide Beteiligten in erheblichem Umfang auf die Nutzung dieser Freiheitsgrade und etablieren stattdessen insoweit ein gemeinsames Modell.
- 155 Zusammengefasst bedeutet dies, das werbefinanzierte Video on Demand-Angebot der Beteiligten einheitlich als „umfassendes 7-Tage-catchup only“-Angebot auszugestalten. Da die „7-Tage-catchup“-Beschränkung nach dem Memorandum of Understanding der Beteiligten nicht nur für diese, sondern auch für das Portal selbst gilt, werden auch Wettbewerber, die nach dem Vortrag der Beteiligten auch auf dem Portal vertreten sein sollen, in dieses Modell hinein gelenkt. Die Rolle des Online-Angebotes wird auf einen „Annex“ zum Fernsehangebot reduziert. Es wird nicht zu einem wettbewerblichen Vorstoß – auch gegen TV-Angebote der jeweils anderen Gruppe – genutzt, sondern das Nutzungsmuster wird den Gegebenheiten des Mediums Fernsehens angepasst. Unter allen denkbaren Modellen wird so unter Einsatz des überragenden Inhalteportfolios beider Beteiligten zusammen gerade eines als Standard etabliert, das den wettbewerblichen Druck auf das etablierte Modell Fernsehen möglichst gering hält und so beiden Beteiligten hilft, ihre beherrschende Marktstellung auf dem Fernsehwerbemarkt zu sichern und möglichst weitgehend auf die neue, weniger lineare Fernsehwelt zu übertragen.
- 156 Soweit die Beteiligten darüber nachdenken, das Tätigkeitsfeld des Gemeinschaftsunternehmens auf Video on Demand gegen Nutzerentgelte zu erstrecken,¹⁴⁶ birgt dies zusätzlich die Gefahr der Koordinierung von Preisen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass das Gemeinschaftsunternehmen selbst entgeltliche Beziehungen zu Nutzern aufnehmen sollte oder mit anderen Plattformen in Geschäftsbeziehungen treten sollte.
- 157 Die Beteiligten führen an, dass die gefundenen Rahmenbedingungen lediglich dazu dienen, dem Angebot des Gemeinschaftsunternehmens ein einheitliches Erscheinungsbild zu geben, damit der Nutzer wisse, was er auf der Zielplattform erwarten könne.¹⁴⁷ Es stehe jedem Beteiligten und allen dritten Auftraggebern der Zielplattform frei, auf anderen Zielplattformen andere Modelle zu verfolgen.¹⁴⁸ Diese Einwände greifen jedoch nicht durch.
- 158 Dass die Verbraucher verwirrt würden, wenn ein Video bereits vor der TV-Ausstrahlung über die Zielplattform verfügbar wäre, ist nicht zu erwarten. Hier ist zunächst noch einmal darauf hinzuweisen, dass die Bindung an ein festes Senderaster im Ursprung nicht von einem Verbraucher-

¹⁴⁶ Siehe Form CO, Seite 7 ([...])

¹⁴⁷ Form CO, Seite 5 ([...])

¹⁴⁸ Form CO, Seite 7 ([...])

bedürfnis herrührt, sondern von – nunmehr vor der Überwindung stehenden – technischen Begrenzungen. Die mögliche vorherige Verfügbarkeit würde die Zugriffszahlen auf die Zielplattform durch diejenigen erhöhen, die sich für einen Inhalt besonders stark interessieren. Werden sie im konkreten Einzelfall nicht fündig, bestünde die Möglichkeit, dass ihnen bei dieser Gelegenheit ein anderer, sie interessierender Inhalt auf der Zielplattform auffällt. Die Attraktivität der Zielplattform und die damit in Verbindung gebrachte Reichweitenerhöhung würden daher nicht reduziert, sondern vielmehr noch erhöht. Soweit die Beteiligten befürchten, dass hierdurch auch Reichweiten von den Fernsehwerbemärkten abgezogen werden könnten, kann dies nicht eingewandt werden. Denn in der Verhinderung dieses Effekts liegt gerade die hier maßgebliche Beschränkung des Substitutionswettbewerbs.

- 159 Ebenso wenig ist es als für den Erfolg der Zielplattform wesentlich anzusehen, dass die Inhalte dort nicht länger als sieben Tage verfügbar sind. Auch hier könnte sich der Verbraucher, dessen Erwartung, einen Inhalt länger als sieben Tage vorzufinden, im Einzelfall enttäuscht wird, bei Gelegenheit seines Besuchs für einen anderen Inhalt interessieren. Es trifft im Übrigen auch nicht zu, dass die Frist von sieben Tagen einer allgemeinen Konvention im Markt entspricht, wie die Beteiligten unter Verweis auf die Mediatheken der öffentlich-rechtlichen Sender vortragen.¹⁴⁹ Für jene gelten nach den maßgeblichen Telemedienkonzepten ganz unterschiedliche Verweildauern für Inhalte, die von wenigen Stunden bis zu Monaten und Jahren reichen.¹⁵⁰
- 160 Es kann dem auch nicht entgegengehalten werden, dass die Beteiligten hinsichtlich dieser Parameter für ihre eigenen Plattformen oder Drittplattformen weiterhin frei bleiben. Denn es bestehen erhebliche Anreize für die Beteiligten, von dem Modell der gemeinsamen Zielplattform auch bei etwaigen anderen werbefinanzierten Angeboten nicht abzuweichen. Selbst wenn dies theoretisch erfolgen würde, wäre von diesen Differenzierungen nach der eigenen Darstellung der Beteiligten keine bedeutsame Wettbewerbswirkung zu erwarten. Denn die Beteiligten streben mit dem Gemeinschaftsunternehmen erklärtermaßen an, mit der Konzentration ihrer (und ggf. dritter Inhalte) unter einem Dach – dem des Gemeinschaftsunternehmens – eine erheblich höhere Reichweite zu erzielen. Diese Erwartung erscheint – wie oben bereits angesprochen – berechtigt, wenn man die Entwicklungen betrachtet, die auf dem US-amerikanischen Markt bereits stattgefunden haben. Dort konnte sich in Bezug auf In-Stream-Video-Werbung eine einzelne Zielplattform mit deutlichem Abstand vor allen anderen Anbietern positionieren.

¹⁴⁹ Schreiben der Beteiligten vom 15.12.2010 ([...]).

¹⁵⁰ Schreiben des ZDF vom 13. Dezember 2010, Seite 2 ([...])

161 Im Jahr 2008 ist das Unternehmen Hulu Inc. mit einem – anfangs ausschließlich werbefinanzierten – Video on Demand-Dienst in den Markt eingetreten.¹⁵¹ Hulu ist ein Gemeinschaftsunternehmen von NBC Universal, Fox Entertainment Group und ABC Inc. (Disney), d.h. seine Anteilseigner zählen zu den größten amerikanischen Medienunternehmen und Fernsehsender-Betreibern. Über die Webseite www.hulu.com¹⁵² sind sehr viele Fernsehinhalte on demand verfügbar, auch die von weiteren Unternehmen. Dies umfasst insbesondere populäre Fernsehserien und Fernsehshows, aber auch Spielfilme. Hulu bietet damit soweit ersichtlich die mit Abstand größte Konzentration professionell produzierter Videoinhalte in einem werbefinanzierten Umfeld als Video on Demand unter einer Marke und Web-Adresse auf dem amerikanischen Markt.¹⁵³ Die Folgen für den Bereich Online-Video-Werbung spiegeln die von dem Marktforschungsunternehmens comScore gemessenen Zahlen wieder:¹⁵⁴ Hulu ist zwar gemessen an der Zahl der „unique viewers“¹⁵⁵ bei weitem nicht die größte Zielplattform auf dem US-amerikanischen Markt. Dieser Rang kommt vielmehr den Angeboten von Google zu. Gemessen an der Zahl der ausgespielten Online-Video-Werbespots liegt Hulu nach diesen Zahlen jedoch weit vor Google und allen anderen erfassten Anbietern.

162 Hierin zeigt sich nach Auffassung der Beschlussabteilung die besondere Bedeutung des Zugriffs auf bekannte, professionell produzierte Inhalte für den Erfolg im Bereich Online-Video-Werbung. Google erreicht – insbesondere mit seiner Zielplattform YouTube – zwar die größte Reichweite. Auf dieser Zielplattform sind jedoch vorrangig nutzergenerierte Inhalte (User Generated Content – UGC) vertreten, die sich als Umfeld für In-Stream-Video-Werbung offensichtlich nur schlechter vermarkten lassen. Diese Einschätzung hat auch eine erhebliche Zahl von Befragten im Rahmen der Marktuntersuchung der Beschlussabteilung vertreten. Befragt nach der Austauschbarkeit von Fernsehwerbung mit In-Stream-Video-Werbung in Abhängigkeit vom programmlichen Umfeld haben die Befragten für ein Umfeld von nutzergenerierten Inhalten auf einer fünfstufigen Skala von „gar nicht austauschbar“ (hier gleich 1 gesetzt) bis „vollständig austauschbar“ (gleich 5 gesetzt) den niedrigsten aller Durchschnittswerte (2,1 heute und 2,6 in

¹⁵¹ Mittlerweile sind bestimmte Inhalte nur gegen Nutzerentgelt unter der Marke „Hulu Plus“ verfügbar.

¹⁵² Von Computern außerhalb der USA wird der Zugriff mit technischen Mitteln unterbunden.

¹⁵³ Unter Verstoß gegen das Urheberrecht über sogenannte peer to peer-Netzwerke oder Sharehoster verbreitete Videos nicht eingerechnet.

¹⁵⁴ Siehe http://www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2010/11/comScore_Releases_October_2010_U.S._Online_Video_Rankings

¹⁵⁵ Siehe oben Fußnote 124

drei Jahren) angegeben. Höhere Werte erreichten demgegenüber Free-TV-typische Inhalte (2,4 heute und 3,3 in drei Jahren) und Pay-TV-typische Inhalte (2,4 heute und 3,1 in drei Jahren), also professionell produzierter Inhalte. Diverse Befragte haben erläutert, warum nutzergenerierte Inhalte als problematisches Werbeumfeld betrachtet werden:¹⁵⁶ Es fehlt an einem kontrollierbaren Umfeld für den Werbespot, die Werbetreibenden befürchten daher Gefahren für das Markenimage.

- 163 Wird aber nach dem vorstehend Gesagten auch die Zielplattform des geplanten GU der erfolgreichste Anbieter für In-Stream-Video-Werbung in Deutschland, so würden alternative Angebote der Beteiligten zu anderen Bedingungen – etwa ein über 7 Tage hinausgehender Zugriff auf die Inhalte – deren wirtschaftlichen Erfolg gefährden. Für die Beteiligten besteht daher ein wesentlicher Anreiz, das vereinbarte Geschäftsmodell nicht durch dazu in Widerspruch stehende weitere Angebote zu untergraben.

(3) Harmonisierung bei technischen Wettbewerbsparametern

- 164 Eine weitere Harmonisierung des Einsatzes von Wettbewerbsparametern wird das Gemeinschaftsunternehmen hinsichtlich bestimmter im Ausgangspunkt technischer Parameter bewirken. Hier ist insbesondere an die eingesetzte Videoplayer-Lösung, den Einsatz von sogenannten DRM-Verfahren und den Einsatz von technischen Maßnahmen gegen das Überspringen von Werbespots (Anti-Adskipping) zu denken. Das Gemeinschaftsunternehmen soll die technischen Dienstleistungen für die Auslieferung der Videoströme für beide Beteiligten erbringen, es muss daher eine Entscheidung über diese Parameter treffen. Angesichts der vorgesehenen gemeinsamen Kontrolle von RTL und P7S1 über das GU impliziert dies, dass die Entscheidung effektiv zwischen den beiden Beteiligten koordiniert wird. Denn die Beteiligten werden sich in den Gremien des Gemeinschaftsunternehmens über diese Parameter einigen müssen. Entgegen der Ansicht der Beteiligten gibt es daher keine „autonomen“ Entscheidungen des Gemeinschaftsunternehmens. Die Parameter betreffen zudem keineswegs nur rein technische Aspekte, sondern bewirken im Ergebnis auch qualitative Einschränkungen der Video-on-Demand-Angebote und somit ebenfalls eine Harmonisierung der von den Beteiligten erzielten Reichweiten.

(v) Player-Lösung

¹⁵⁶ Vgl. z. B. die Stellungnahmen der Befragten Danone ([...]), Tele 5 ([...]) und DTAG ([...]).

- 165 Unter dem Begriff der Videoplayer-Lösung lassen sich einige technische Aspekte der Übertragung der Audio-/Videodatenströme und ihrer Darstellung beim Nutzer zusammenfassen. Es geht hierbei darum, mit welchen Verfahren die Datenströme komprimiert werden, mit welchem Protokoll¹⁵⁷ sie zum Endgerät des Nutzers übertragen werden und mit welchen technischen Mitteln das Endgerät des Nutzers dazu veranlasst wird, die Audio-/Video-Datenströme anzuzeigen. Es gibt unterschiedliche Videoplayer-Lösungen. Weit verbreitet ist derzeit die „Flash“-Lösung des Unternehmens Adobe, die bestimmte Videokompressionsverfahren¹⁵⁸ und Übertragungsprotokolle unterstützt, andere hingegen nicht. Sie verlangt über den eigentlichen Web-Browser hinaus eine spezielle Software auf dem Rechner des Nutzers,¹⁵⁹ die allerdings weit verbreitet ist. Alternative Videoplayer-Lösungen gibt es von Microsoft (Windows Media bzw. Silverlight), Apple (QuickTime) oder RealNetworks (Real Player). Künftig könnten auch die Videofähigkeiten hinzukommen, die Teil des kommenden Web-Standards HTML5 sind.¹⁶⁰
- 166 Die verschiedenen Lösungen haben eine unterschiedliche Verbreitung auf den Endgeräten der Nutzer. So ist das für die „Flash“-Lösung erforderliche Zusatzprogramm auf sehr vielen traditionellen PCs installiert, aber zum Beispiel nicht für die derzeit populären mobilen Endgeräte „iPhone“ und „iPad“ von Apple verfügbar.¹⁶¹ Windows Media wird mit jeder Windows-Installation verbreitet, QuickTime und Real Player finden sich deutlich seltener auf klassischen PC. Bei den wichtiger werdenden integrierten Endgeräten wie Fernsehern oder Set-Top-Boxen mit Internet-Einbindung finden sich sehr unterschiedliche Lösungen. Umgekehrt ist die Unterstützung der verschiedenen Videoplayer-Lösungen durch die Betreiber audiovisueller Angebote im Internet ebenfalls unterschiedlich. Googles „YouTube“ unterstützt Flash, bietet testweise aber auch HTML5 an.¹⁶² Netflix, ein in den USA verbreitetes, auf Nutzerentgelten basierendes Video on

¹⁵⁷ Das „Protokoll“ ist im Zusammenhang mit Datenübertragung die Vereinbarung, nach der die Verbindung, Kommunikation und Datenübertragung zwischen zwei Parteien ablaufen. In seiner einfachsten Form kann ein Protokoll definiert werden als die Regeln, die Syntax, Semantik und Synchronisation der Kommunikation bestimmen. Protokolle können durch Hardware, Software oder eine Kombination von beiden implementiert werden.

¹⁵⁸ Videokompression dient zur Reduzierung der Datenrate eines digitalisierten Videosignals, um es einfacher speichern oder übertragen zu können.

¹⁵⁹ Das sogenannte Flash-Plugin

¹⁶⁰ Der Standard ist insofern weniger umfassend als die oben genannten proprietären Player-Zielplattformen, als er das zu verwendende Videokompressionsverfahren offen lässt.

¹⁶¹ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Apple-erhaelt-Rueckenwind-in-Flash-Fehde-1005877.html>

¹⁶² vgl. <http://www.youtube.com/html5>

Demand-Angebot, nutzt die Silverlight-Lösung von Microsoft.¹⁶³ Die Mediathek des ZDF unterstützt Flash, Windows Media und QuickTime,¹⁶⁴ während es die Mediathek der ARD fallweise Flash und Windows Media voraussetzt.¹⁶⁵ Teilweise grenzen die Anbieter bestimmte Endgeräte im Rahmen ihrer wettbewerblichen Strategien sogar bewusst aus, obwohl die verwendete Technik der Nutzung mit diesen Endgeräten an sich nicht entgegenstünde. So schließen die Internet-Angebote großer US-amerikanischer Fernsehnetzwerke bewusst Endgeräte aus, die Googles System „GoogleTV“ zur Integration von herkömmlichen Fernsehangeboten und Internet-Videos verwenden.¹⁶⁶ Das bereits erwähnte US-amerikanische Angebot Hulu unterstützt andere Endgeräte als herkömmliche Computer nur bei seinem entgeltpflichtigen „Hulu Plus“-Angebot.¹⁶⁷

- 167 Am Vorstehenden wird deutlich, dass die Entscheidung, welche Player-Lösung ein Dienst unterstützt, entgegen dem zunächst entstehenden Eindruck keine rein technische Entscheidung ist. Sie kann vielmehr als Qualitätsparameter im Wettbewerb eingesetzt werden und wird dies auch. Insbesondere wird damit auch wieder Einfluss auf die Reichweite genommen: Wer mehr als eine Player-Lösung nutzt, kann Reichweite gewinnen. Umgekehrt impliziert der Verzicht auf bestimmte Player-Lösungen regelmäßig einen Verzicht auf bestimmte Reichweiten.

(vi) *DRM-Verfahren*

- 168 Ähnliches wie für die Player-Lösung gilt für die im Wettbewerb relevante Frage, ob ein Video on Demand-Anbieter ein DRM-Verfahren einsetzt, welches dies ist und mit welchem Funktionsumfang dies genutzt wird. Auch der Einsatz dieses Parameters wird durch das Gemeinschaftsunternehmen harmonisiert, wiederum auch mit Folgen für die Reichweite. DRM-Verfahren¹⁶⁸ lassen sich als verallgemeinerte Form von Kopierschutzverfahren verstehen. Sie beschränken die Nutzer durch den Einsatz technischer Mittel, insbesondere von Verfahren der Verschlüsselung und der Entschlüsselung nur unter kontrollierten Bedingungen, in der freien Weiterverwendung der übermittelten Videoinhalte, dies ist gerade ihr Zweck. Die Beteiligten haben solche Be-

¹⁶³ <http://tech.fortune.cnn.com/2010/05/24/why-you-should-care-about-html5/>

¹⁶⁴ <http://www.zdf.de/ZDFmediathek/hilfe?flash=off>

¹⁶⁵ <http://www.ardmediathek.de/ard/servlet/content/3620646> – Unterpunkt “Technische Anforderungen”

¹⁶⁶ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Gegenwind-fuer-Google-TV-1123338.html>

¹⁶⁷ <http://www.hulu.com/support/article/197541>

¹⁶⁸ DRM wird von den Verwendern als Abkürzung für “Digital Rights Management” verwendet, von den Gegnern dieser Technologie wird die Übersetzung “Digital Restrictions Management” bevorzugt.

schränkungen auf den Übertragungswegen Kabel, Satellit und xDSL-basiertes IPTV bereits eingeführt bzw. versuchen dies. Aus Sicht der Nutzer ist dies ein nachteiliges Vorgehen. Dies lässt sich leicht an den umfangreichen Diskussionen im Internet etwa zur Umgehung der Restriktionen solcher TV-Empfangsgeräte ablesen, die von Pay-TV-Anbietern für deren Nutzer vorgeschrieben werden.¹⁶⁹ Im Wettbewerb muss jeder Video-Anbieter für sich eine Entscheidung treffen, ob er ein DRM-Verfahren einsetzt und welche Nutzungsbeschränkungen er damit durchsetzt. Mit dem Einsatz läuft er das Risiko, Nutzer und damit Reichweite auf dem Werbemarkt zu verlieren. Diese muss er abwägen gegen den Ansatz, möglichst viele Nutzer zu gewinnen und dafür das Kopieren seiner Inhalte in Kauf zu nehmen. Eine Durchsetzung derartiger den Nutzer beschränkender Maßnahmen durch Koordinierung der reichweitenstärksten Fernsehsender ist dagegen nicht wettbewerbskonform und überträgt darüber hinaus im vorliegenden Fall wiederum den Duopolkonsens im Fernsehwerbemarkt auf das Video On Demand-Segment.

- 169 Ganz ähnlich stellt sich die Lage für Funktionen dar, die das Überspringen von Werbeblöcken verhindern. Die technische Basis hierfür bilden teilweise DRM-Systeme. Diese Einschränkungen sind aus Sicht des Nutzers ebenfalls problematisch, während sie zugleich ein besonderes Anliegen der Beteiligten darstellen.
- 170 Während die Sendergruppen im Wettbewerb gezwungen wären, solche Funktionen eigenständig durchzusetzen oder auf Reichweitenverluste durch entsprechend attraktivere Programmangebote zu reagieren, wären sie nunmehr durch gemeinschaftliches Handeln parallel und insgesamt besser in der Lage, Reichweitenverluste speziell für ihre Werbeblöcke zulasten des Nutzers dadurch zu vermeiden, dass sie das Überspringen von Werbespots unterbinden.

bb. Inhalteabschottung zulasten von Wettbewerbsplattformen

- 171 Durch das Zusammenschlussvorhaben erhalten die Duopolisten zu der bereits bestehenden Möglichkeit zusätzliche Anreize, alternativen Betreibern werbefinanzierter Video on Demand-Plattformen den Zugang zu Inhalten aus deutschen Fernsehigen- und Fernsehauftragsproduktionen sowie aus Fremdproduktionen Dritter zu erschweren. Hierdurch können sie den Aufbau oder die Expansion alternativer Plattformangebote beeinträchtigen, somit den Wettbewerb im Bereich der In-Stream-Video-Werbung, die das engste Substitut zu Fernsehwerbung darstellt, beschränken und dadurch die marktbeherrschende Stellung auf dem Fernsehwerbemarkt ver-

¹⁶⁹ Vgl. beispielsweise <http://forum.digitalfernsehen.de/forum/common-interface-codierung/>

stärken. Dabei ist es für eine relevante Verstärkungswirkung nicht erforderlich, dass alternative Plattformbetreiber vollständig aus dem Markt gedrängt werden. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Kosten- und Erlössituation von Wettbewerbern durch die zusätzlichen Möglichkeiten und Anreize verschlechtert werden und hierdurch die Wettbewerbsposition der Duopolisten mit einiger Wahrscheinlichkeit verbessert wird.

- 172 Wie dargestellt ist es das Ziel des Zusammenschlussvorhabens, die Position der beiden Sendergruppen als Betreiber einer Video on Demand-Plattform, die sie bereits heute sind, merklich auszuweiten. Es ist zu erwarten, dass durch eine zunehmende Nutzung von Video on Demand-Plattformen durch (heutige) Fernsehzuschauer die Bereiche Fernsehwerbung und In-Stream-Video-Werbung konvergieren. Video on Demand-Plattformen stellen deswegen für Zuschauer wie auch für Werbetreibende ein wesentliches Substitut zu Fernsehwerbung dar.¹⁷⁰
- 173 Für den Betreiber einer Video on Demand-Plattform bilden Video on Demand-Übertragungsrechte einen unverzichtbaren Inputfaktor.¹⁷¹ Der Anbieter einer werbefinanzierten Plattform benötigt attraktive Inhalte, um eine hinreichend hohe Zahl an Personen zur Nutzung der Plattform zu veranlassen und Werbekunden den Kontakt durch Werbespots zu diesen Nutzern zu verkaufen. Der Erwerb von Übertragungsrechten und der Verkauf von Werbeflächen sind deshalb in einer Wertschöpfungskette vertikal miteinander verbunden.
- 174 Wie die Ermittlungen gezeigt haben, stellen die Eigen- und Auftragsproduktionen der beiden Sendergruppen ein wichtiges Inputprodukt für den Anbieter werbefinanzierter Video on Demand-Plattformen dar, das nur schwer durch andere Inhalte ersetzt werden kann. Die Beschlussabteilung hat Plattformbetreiber, Fernsehsender, Inhalteanbieter und Werbetreibende zur Bedeutung des Rechteportfolios der beiden Sendergruppen befragt. Dabei hat sich gezeigt, dass gut 40% der Befragten den Aufbau einer werbefinanzierten Video on Demand-Plattform ohne Inhalte der beiden Sendergruppen für nicht möglich halten. Einige Befragte halten eine alternative Video on Demand-Plattform ohne die Inhalte zwar für überlebensfähig, aber weniger attraktiv, da zugkräftige Marken fehlen. Zwar stehen Plattformbetreibern, wie die Befragung gezeigt hat, theoretisch auch die Inhalte öffentlich-rechtlicher Anbieter oder ausländischer Anbieter zur Verfügung. Diese werden von den Befragten jedoch überwiegend nur für beschränkt austauschbar und eher komplementär gehalten.

¹⁷⁰ Siehe hierzu den Abschnitt zur sachlichen Marktabgrenzung, B.II.1.a.aa.

¹⁷¹ Dabei kann ein Plattformbetreiber selbst Übertragungsrechte bei Produzenten erwerben, wie etwa Sevenload oder Maxdome, und Nutzern diese Inhalte anbieten. Ein Plattformbetreiber kann aber auch

- 175 Die Ermittlungen haben ferner gezeigt, dass die beiden Sendergruppen für einen nicht unwesentlichen Teil ihres im Free-TV gesendeten Programms auch über exklusive Video on Demand-Rechte verfügen. So verfügen die beiden Sendergruppen über exklusive Video on Demand-Rechte für erhebliche Teile ihres Programms.¹⁷² Diese Rechte können sie dritten Plattformbetreibern nach eigenem Ermessen vorenthalten oder zu von ihnen bestimmten Konditionen anbieten.¹⁷³
- 176 Die beiden Sendergruppen haben bereits vor dem Zusammenschluss die Möglichkeit, von ihnen gehaltene Video on Demand-Rechte anderen Plattformbetreibern vorzuenthalten oder zu für sie vergleichsweise ungünstigen Konditionen zu lizenzieren. Wie die Ermittlungen bestätigt haben, sind die Inhalte der Beteiligten bereits derzeit auf werbefinanzierten Drittplattformen nur beschränkt verfügbar. Der Einwand der Beteiligten, dass Anreize vorhanden seien, ihren Content auf möglichst vielen anderen Plattformen zur Verfügung zu stellen, ist daher schon derzeit nicht plausibel. Er wird auch nur mit der Einschränkung vorgebracht, dass solche Plattformen „akzeptable Rahmenbedingungen“ bieten müssen, die offenbar bisher praktisch nicht existieren.
- 177 Durch den Zusammenschluss werden die Anreize, ihre Inhalte Dritten vorzuenthalten, weiter verstärkt. Bei der Entscheidung, eigene Inhalte dritten Plattformbetreibern zu lizenzieren, unterliegt ein Fernsehsender einem Trade-off. Einerseits hat er das Interesse, seine Inhalte einer möglichst großen Zielgruppe zugänglich zu machen, um seinen Werbekunden eine große Zahl an Kontakten zu vermitteln und Werbeeinnahmen zu erzielen.¹⁷⁴ Andererseits muss der Sender den Plattformbetreiber für die Nutzung der Plattform entlohnen, indem er ihn an den Werbeeinnahmen beteiligt¹⁷⁵ oder ihm gar die Werbevermarktung – gegen Entgelt – überlässt. Der Plattformbetreiber wiederum hat ein Interesse daran, eine möglichst hohe Zahl an Inhalteanbietern auf seiner Plattform zu ziehen, um wiederum eine hohe Zahl an Plattformnutzern / Zuschauern zu erreichen. Stellt ein Sender seine Inhalte zusätzlichen werbefinanzierten Plattformbetreibern zum Aufbau eines Video on Demand-Angebots zur Verfügung und überlässt er gar die Werbe-

Rechte von Fernsehsendern, die ihrerseits selbst eine Plattform darstellen, Nutzern anbieten, wie das im vorliegenden Fall geplant ist.

¹⁷² Diese Werte beruhen auf einer Stichprobe von 21 zufällig ausgewählten Wochentagen zwischen 1. Januar und 30. Oktober 2010.

¹⁷³ Nicht bestätigt hat sich die von Beigeladenen geäußerte Vermutung, dass durch die exklusive Bindung von Synchron-Sprechern an Sender die Möglichkeiten, Video on Demand-Rechte von ausländischen Produzenten direkt zu erwerben und in eigenem Auftrag zu synchronisieren, unterlaufen werden.

¹⁷⁴ So auch die Parteien im Schreiben vom 15.12.2010 ([...]).

¹⁷⁵ So z.B. bei iTunes. Daneben könnte er auch pauschale Entgelt für die Plattformnutzung zahlen, so wie etwa Einspeiseentgelte an Kabelnetzbetreiber gezahlt werden.

vermarktung dieser Plattform, droht ihm andererseits das Risiko, die Hoheit über seine originäre Funktion – die Aggregation von Inhalten zum einem „Programmangebot“ – und die Wahrnehmung seiner Marke zu verlieren. Dies unterscheidet die Verbreitung der Inhalte als Video on Demand-Angebot gegenüber der Verbreitung vollständiger Programme über einen Übertragungsweg. Ob ein Fernsehsender seine Inhalte dritten Video on Demand-Plattformen zur Verfügung stellt, hängt davon ab, wie er den wirtschaftlichen Nutzen, durch höhere Reichweite zusätzliche Einnahmen zu erzielen, abwägt gegen das wirtschaftliche Risiko aus dem Verlust der Aggregationsfunktion. Überwiegt der Nutzen das wirtschaftliche Risiko entscheidet er sich dafür, seine Inhalte dritten Video on Demand-Anbietern zur Verfügung zu stellen.

- 178 Durch den Zusammenschluss und den Betrieb einer gemeinsamen Video on Demand-Plattform sinkt der Nutzen für einen der Duopolisten, den er durch die Verbreitung der Inhalte auf dritten Video on Demand-Plattformen erzielen kann. Die geplante Plattform gewinnt durch die Bündelung der Inhalte der Beteiligten und dritter Fernsehsender in der Prognose – wie oben dargestellt – mit hoher Wahrscheinlichkeit eine große Zahl von Nutzern. Da Nutzer Inhalte zumeist nur auf einer Plattform und nicht mehrmalig abrufen, ist zu erwarten, dass diese Nutzer auf andere Plattformen nicht mehr zugreifen. Durch die Verbreitung über Drittplattformen kann ein Sender deshalb vergleichsweise geringere Werbeeinnahmen erzielen. Falls der Sender die mit seinen Inhalten verbundene Werbung auf Drittplattformen nicht selbst vermarktet, könnte er bei geringeren Nutzerzahlen niedrigere Entgelte für seine Inhalte vom Plattformbetreiber erlösen. Der wirtschaftliche Nutzen verringert sich deshalb je erfolgreicher die gemeinsame Videoplattform ist. Angesichts dessen nimmt durch den Zusammenschluss der Anreiz für beide Sendergruppen ab, ihre Inhalte dritten Plattformbetreibern zur Verfügung zu stellen. Da jedoch die Inhalte der Zusammenschlussbeteiligten einen wesentlichen Inputfaktor für alternative Plattformbetreiber darstellen, werden diese in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten im Bereich der In-Stream-Video-Werbung, in dem sie mit den beiden Sendergruppen im Wettbewerb stehen, beschränkt. Da In-Stream-Video-Werbung bereits derzeit das engste Substitut zu Fernsehwerbung darstellt und die Enge dieser Substitutionsbeziehung zukünftig zunehmen wird, wirkt sich die Beschränkung auf den Fernsehwerbemarkt aus und führt dort zu einer Abschwächung des Außenwettbewerbs und damit einer Verstärkung der gemeinsam marktbeherrschenden Stellung der beiden Sendergruppen.

cc. Transparenzerhöhung durch gesellschaftsrechtliche Verflechtung

- 179 Schließlich führt die mit dem Gemeinschaftsunternehmen einhergehende Verflechtung zwischen den Duopol-Mitgliedern P7S1 und RTL zu einer weiteren unternehmensstrukturellen Verengung des Duopols durch Erhöhung des Sanktionspotenzials. Das Gemeinschaftsunter-

nehmen erschließt mit dem zukunftssträchtigen Video on Demand einen zusätzlichen wichtigen Übertragungsweg und weitere bedeutsame Reichweite für die Fernsehwerbung oder jedenfalls deren nächstes Substitut. Wie oben bereits ausgeführt, lassen die Befragungsergebnisse aus den Marktuntersuchungen eine deutlich steigende Reichweite von In-Stream-Video-Werbung erwarten. Es ist plausibel, dass die Vorstoßmöglichkeiten im Wettbewerb, die dieses Projekt gefährden könnten, unterlassen werden.

- 180 Auch ist mit dem Zielplattformkonzept ein Informationsaustausch der Gesellschafter angelegt, der zwangsläufig wegen der in den von P7S1 und RTL gemeinsam kontrollierten Gremien des Gemeinschaftsunternehmens zu treffenden Entscheidungen erfolgen muss. Dies betrifft insbesondere wiederum oben genannte Entscheidungen über die auf der Plattform befindlichen Inhalte und die technischen Parameter. Auch wenn in erster Linie die technische Bereitstellung der Werbeflächen Gegenstand des Gemeinschaftsunternehmens ist, ist dieses in der gewählten Form von den Werbe-Geschäftsmodellen der Beteiligten nicht abtrennbar. Dieses ist u.a. an der von den Beteiligten für notwendig gehaltenen Definition des Geschäftsmodells des Gemeinschaftsunternehmens als TV-Plattform ablesbar. Für die Frage, ob ein Wettbewerber oder ein alternatives Geschäftsmodell Zugang zur Plattform erhält oder nicht, muss im Gemeinschaftsunternehmen abgeschätzt werden, inwieweit hier die Interessen beider Gesellschafter gewahrt bleiben. Gleiches gilt für die Entscheidungen über die auf der Plattform verfügbaren Inhalte der Beteiligten. Zu diesem Zwecke ist zwangsläufig ein Informationsaustausch über die strategischen Konzepte der Muttergesellschaften auf den betroffenen Märkten zu erwarten, der mit der Begründung der gemeinsamen Kontrolle eines Gemeinschaftsunternehmens gesellschaftsrechtlich institutionalisiert würde.
- 181 Dieses ist auch erkennbar an den beabsichtigten technischen Vorkehrungen bezüglich des Kopierschutzes (DRM) und des Überspringens von Werbeblöcken. Hierbei handelt es sich um Fragen, die das technische Zielplattformkonzept betreffen und gleichzeitig Bedeutung für das Geschäftsmodell und die Digitalisierungsstrategien der Sender im Bereich der traditionellen Übertragungswege hat. Die 7. Beschlussabteilung führt hierbei bereits verschiedene Kartellverfahren wegen des Verdachts der Absprache und des Informationsaustauschs bei den Digitalisierungsstrategien der Beteiligten in den traditionellen Übertragungswegen Kabel und Satellit. Auch hier ist ein wesentlicher Anknüpfungspunkt die Harmonisierung der Reichweiten und der Qualität der Inhalte beim Übergang von der analogen zur digitalen Ausstrahlung, den die Beteiligten hier mit einer gemeinsamen Durchsetzung der Grundverschlüsselung sowie der technischen Spezifikationen bezüglich DRM und des Überspringens von Werbeblöcken in den Empfangsgeräten vollziehen wollen. Die im Gemeinschaftsunternehmen zu treffenden Entscheidungen über DRM und das Überspringen von Werbeblöcken im Bereich von Video on

Demand würden damit einen grundsätzlichen Austausch über die strategischen Ausrichtungen in dieser Hinsicht herbeiführen und schlossen einen bisher von § 1 GWB und Art. 101 AEUV als Kernbeschränkung eingestuften Informationsaustausch bezüglich der Grundverschlüsselungsstrategien bei der digitalen Ausstrahlung ein.

3. Ungeeignetheit der Vorschläge der Nebenbestimmungen

- 182 Die von den Beteiligten eingereichten Vorschläge für Nebenbestimmungen konnten die Verstärkungswirkungen nicht beseitigen. Zwar sind die Beteiligten den von der Beschlussabteilung mit Schreiben vom 26. Januar 2011 dargelegten Anforderungen an Nebenbestimmungen in Teilen nachgekommen. Wesentliche Beschränkungen wären jedoch bestehen geblieben. Im Übrigen bestanden nach den Verhandlungen ernsthafte Zweifel an der Umsetzungsabsicht der Beteiligten.
- 183 Das Zusammenschlussvorhaben kann jedoch nur dann mit Nebenbestimmungen freigegeben werden, wenn diese dem Gebot der Geeignetheit entsprechen. Eine zulässige Nebenstimmung im Sinne der §§ 36 Abs. 1, 40 Abs. 3 Satz 1 GWB ist nur eine solche, bei der in objektiver Betrachtung keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass sie geeignet ist, eine den Kriterien des § 36 Abs. 1 entsprechende wettbewerbliche Marktstruktur zu sichern.¹⁷⁶ Dies war hier nicht der Fall.

a. Anforderungen an die Nebenbestimmungen

- 184 Die Beschlussabteilung sah grundsätzlich Nebenbestimmungen als geeignet an, mit denen die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auf einen technischen Dienstleister durch entsprechende Modifizierung des Vorhabens beschränkt würde. Dieses hätte durch eine entsprechende Vorgabe bezüglich der beabsichtigten Gesellschaftsverträge und sie begleitender Abreden grundsätzlich erreicht werden können.
- 185 Diese Nebenbestimmungen wären nicht darauf gerichtet, die Beteiligten einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. Das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle in § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB soll den Charakter der Fusionskontrolle als Strukturkontrolle sicherstellen.¹⁷⁷ Im Falle der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen wird die Marktstruktur vor allem durch

¹⁷⁶ Immenga/Mestmäcker/Veelken, § 40 GWB, Rz. 53.

¹⁷⁷ Immenga/Mestmäcker/Veelken, § 40 GWB, Rz. 62, 63

drei Dinge beeinflusst: Das dem Gemeinschaftsunternehmen durch die Gründungsvereinbarungen zugewiesene Tätigkeitsfeld, die Beteiligungsstruktur und die vorgesehenen Beziehungen des Gemeinschaftsunternehmens und seiner Muttergesellschaften. Hier setzten die von der Beschlussabteilung formulierten Anforderungen an die Nebenbestimmungen an. Sie sollten durch Vorgaben zu den Vereinbarungen über seine Gründung sicherstellen, dass das Gemeinschaftsunternehmen von Anfang an auf die freigabefähige Kernfunktion als technischer Dienstleister samt von ihm betriebener Website reduziert wird. Zu diesem Zweck würden der Gesellschaftsvertrag und die anderen Verträge, mit denen dem Gemeinschaftsunternehmen sein Tätigkeitsfeld zugewiesen wird, modifiziert, indem über den Kern der Tätigkeit hinausgehende Zuweisungen untersagt und auf diese Weise auch die Koordinationswirkungen auf das zur Erreichung der mit deren Gründung angestrebten Verbund- und sonstigen legitimen Vorteile notwendige Mindestmaß beschränkt werden.¹⁷⁸ Die Erfüllung solcher Nebenbestimmungen ist mit einer einmaligen Vorlage der im Einzelnen bestimmten Vertragsunterlagen überprüfbar. Eine Änderung dieser Verträge und Ausweitung der Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens würde ein neues Zusammenschlussvorhaben darstellen, das – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – erneut anmeldepflichtig wäre.

- 186 Solche Nebenbestimmungen setzen damit an dem Vorhaben als solches an und hätten die Qualität einer Teiluntersagung, die gerade auch mit der Einführung der Möglichkeiten nach § 40 Abs. 3 GWB mit abgedeckt werden sollte. Liegen die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB daher nur für bestimmte Teile eines – teilbaren – Zusammenschlusses vor, so sind die nicht untersagungsfähigen Teile des Zusammenschlusses unter der Bedingungen freizugeben, dass die nicht freigegebenen Teile des Zusammenschlusses aus ihm herausgenommen werden.¹⁷⁹
- 187 Eine solche Teilbarkeit hat die Beschlussabteilung grundsätzlich angenommen, da es nach dem vorgelegten Memorandum of Understanding möglich erschien, die beschränkenden Wirkungen durch Herausnahme aller derjenigen schon im Memorandum of Understanding geregelten Entscheidungen und Tätigkeiten des Gemeinschaftsunternehmens, die über die Bereitstellung der technischen Dienstleistungen hinausgehen, zu beseitigen.

¹⁷⁸ Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 522

¹⁷⁹ Vgl. Bechtold, GWB, 6. Auflage, § 40 Rz. 22.

b. Keine hinreichenden Vorschläge der Beteiligten

- 188 Die zuletzt vorgelegten Vorschläge der Beteiligten genügten den Anforderungen jedoch nicht.
- 189 Sie setzten insbesondere auch nach längeren Verhandlungen nicht die Anforderung um, die Zielplattform als offene technische Plattform zu positionieren, die ihr Geschäftsmodell unabhängig von den Inhalten und den Fernsehinteressen der Muttergesellschaften definiert. Denn nur dann kann das beabsichtigte Gemeinschaftsunternehmen als lediglich technischer Dienstleister angesehen werden und das wegen der Interessen der Muttergesellschaften bestehende Koordinierungs- und Diskriminierungspotenzial hinreichend begrenzt werden. Die Beschränkung auf den bisherigen Senderkreis, der schon bisher nicht in der Lage war, die Verhaltensspielräume der Beteiligten auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt zu begrenzen, ist – wie oben ausgeführt – eine wesentliche negative Wirkung des Vorhabens, deren Beseitigung für eine Freigabe zwingend erforderlich ist.¹⁸⁰
- 190 Auch die zuletzt von den Beteiligten vorgeschlagene Öffnung der Plattform für Auftraggeber, die über eine Zulassung als privater Rundfunkveranstalter nach § 20 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) verfügen, konnte nicht als ausreichend angesehen werden. Gegenüber der ursprünglich vorgesehenen Beschränkung auf „TV-Sender“ bedeutet dies keine Verbesserung. Im Gegenteil wäre der Kreis mögliche Auftraggeber gegenüber dieser Abgrenzung (die sprachlich ggf. auch TV-Sender mit linearer Sendefolge im Internet umfassen kann) eher noch weiter verringert worden, indem das Zulassungsverfahren als zusätzliche Hürde vorausgesetzt worden wäre. Gleichzeitig wären wichtige in Betracht kommende Anbieter weiter ausgeschlossen.
- 191 Mit den Merkmalen "linearer ... Kommunikationsdienst", "zum zeitgleichen Empfang" und "entlang eines Sendeplans" in der Rundfunkdefinition des Rundfunkstaatsvertrages (vgl. § 2 Abs. 1 RStV) wären alle diejenigen Anbieter vom Rundfunkbegriff und damit auch von der Zulassung als Auftraggeber für die Plattform ausgeschlossen, die ein "on Demand"-Geschäftsmodell verfolgen – und das ausgerechnet für eine Plattform, die ebenfalls "on Demand"-Dienste bieten soll. Gerade von dieser Anbietergruppe können jedoch besondere wettbewerbliche Impulse erwartet, weil sie sich von dem herkömmlichen Rundfunkmodell lösen. Das lineare Modell hat bereits bisher nicht zu wettbewerblichen Verhältnissen auf dem Fernsehwerbemarkt geführt. Zu erwarten, dass "on demand"-Anbieter zusätzlich zu ihrem eigentli-

¹⁸⁰ Wenn die Beteiligten nunmehr meinen, diese Forderung sei „überraschend“ (Schreiben vom 10. März 2011, Seite 3), so ist darauf hinzuweisen, dass die Beschlussabteilung die Beschränkung des Plattformzugangs auf Fernsehsender bereits in ihrem Schreiben zu den grundsätzlichen Anforderungen an Zusagen vom 26. Januar 2011 beanstandet hat ([...]). Die Beteiligten haben in den folgenden Wochen auch mehrfach über eine Lösung für eine Öffnung mit der Beschlussabteilung verhandelt.

chen Geschäftsmodell ein herkömmliches lineares Angebot mit Sendefolge erstellen, um für die Plattform zugelassen zu werden, ist vor diesem Hintergrund widersinnig. Ebenso ausgeschlossen gewesen wären weiterhin die Produzenten. Diese aber zählen zu den potenziellen Wettbewerbern, die im Video-On-Demand-Geschäft bedeutende Impulse geben können. Soweit die Beteiligten hiergegen einwenden, kleine TV-Sender würden durch den Zugang weiterer Aggregatoren zu der Zielplattform geschwächt,¹⁸¹ trifft dies nicht den entscheidenden Punkt. Kleine TV-Sender waren bereits bisher – auf dem klassischen Fernsehwerbemarkt – nicht in der Lage, den Verhaltensspielraum der Beteiligten einzuschränken. Der Substitutionswettbewerb, um dessen Schutz es hier geht, ist dementsprechend nicht von ihnen zu erwarten, sondern von eben jenen Medienhäusern, Produzenten und Aggregatoren, die unter Nutzung des technologischen Umbruchs durch das Internet neue Geschäftsmodelle verfolgen und welche die Beteiligten von der Zielplattform fernhalten möchten.

192 Insgesamt machte auch dieser Vorschlag deutlich, dass die Beteiligten nicht bereit sind, das Gemeinschaftsunternehmen tatsächlich als technischen Dienstleister auszugestalten. Stattdessen kam wieder die Konzeption eines "Fernsehmodells" zum Vorschein, das darauf ausgerichtet ist, die bestehenden Verhältnisse im Fernsehwerbemarkt möglichst zu konservieren und auf das Segment In-Stream-Werbung zu übertragen. Dies zeigt, dass die Beteiligten, entgegen ihren Ausführungen,¹⁸² gerade nicht bereit waren, sämtliche Aspekte des Zusammenschlusses aufzugeben, die aus der Sicht der Beschlussabteilung eine Harmonisierung von Wettbewerbsparametern darstellen. Der jüngste Vortrag der Beteiligten bestätigt das erneut. Sie führen in ihrer Stellungnahme zu dem Abmahnschreiben der Beschlussabteilung aus: *„Die Parteien wollen denjenigen Internetnutzern einen ‚one stop shop‘ anbieten, die eine TV-Ausstrahlung verpasst haben oder nochmals sehen wollen. [...] Sie soll sich nicht – oder jedenfalls nicht in erster Linie – an Nutzer wenden, die ziellos ein möglichst breit gefächertes Angebot an Inhalten jedweder Art vorfinden möchten.“*¹⁸³

193 Die Definition des Geschäftsmodells des Gemeinschaftsunternehmens über die Inhalteinteressen der Mütter stellt generell die Koordinierungsfreiheit im Gemeinschaftsunternehmen in Frage, da es mit dieser zentralen Definition den Bezug zu den Fernsehkonzeptionen generell herstellt und unter dem Gesichtspunkt TV-Plattform die Parameter des Unternehmen gewählt und eingesetzt werden.

¹⁸¹ Schreiben der Beteiligten vom 10. März 2011, Seite 9

¹⁸² Schreiben der Beteiligten vom 10. März 2011, Seite 9

¹⁸³ Schriftsatz der Beteiligten vom 10. März 2011, Seite 3

- 194 Dafür spricht schließlich auch, dass die Beteiligten im Laufe der Verhandlungen die Vorstellung äußerten, dass die in den Nebenbestimmungen zunächst ausgeschlossenen Entscheidungen durch „autonome Entscheidungen“ des Gemeinschaftsunternehmens dennoch getroffen werden dürften. Die Beschlussabteilung konnte unter diesen Voraussetzungen nicht mehr annehmen, dass mit den Nebenbestimmungen die Koordinierungswirkungen mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden. Denn das beabsichtigte Gemeinschaftsunternehmen sollte die Form einer GmbH & Co. KG erhalten, bei der eine „autonome Entscheidung“ nicht denkbar ist, sondern eine vollständige Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführung bezogen auf sämtliche Entscheidungen von den Gesellschaften besteht. Jede Entscheidung ist damit bei gemeinsamer Kontrolle eine koordinierte Entscheidung. Eine laufende Verhaltenskontrolle bezogen auf die Einzelentscheidungen des Gemeinschaftsunternehmens wäre damit die zwangsläufige Folge gewesen.
- 195 Dies unterschlagen die Beteiligten, wenn sie in Ihrem Schreiben vom 10. März 2011 (Seite 2) ausführen, die Beschlussabteilung stütze die beabsichtigte Untersagung einzig und allein darauf, dass sich die angemeldete Plattform an TV-Sender richte und die Zweifel an der Umsetzungsabsicht seien grundlos und blieben ohne Rechtfertigung.¹⁸⁴ Dies trifft jedoch nicht zu. Vielmehr war zu befürchten, dass sämtliche aus den Gesellschaftsverträgen und begleitenden generellen Vereinbarungen zunächst tatsächlich zwar die beanstandeten Regelungen zum Teil herausgenommen werden, dann jedoch in Einzelentscheidungen der Gesellschaft dennoch durchgeführt werden. Auch dieses wird erneut bestätigt mit dem oben bereits zitierten Vortrag der Beteiligten im Schreiben vom 10. März 2011, wonach den Nutzern verpasste TV-Sendungen verfügbar gemacht werden sollen. Das Catch-Up-Modell sollte damit nach wie vor weiter verfolgt werden. Dieses begründet ernsthafte Zweifel an der Umsetzungsabsicht, die die Eignung vorgeschlagener Nebenbestimmungen insgesamt ausschließen.¹⁸⁵

c. Keine Teiluntersagung ohne Angebot von Nebenbestimmungen

- 196 Die Beschlussabteilung konnte eine Teiluntersagung auch nicht ohne entsprechendes Angebot der Beteiligten aussprechen. Wie dargestellt sollte die Bestimmung des § 40 Abs. 3 GWB unter anderem auch den Fall der Teiluntersagung im Wege der Nebenbestimmungen erfassen. Geeignete Nebenbestimmungen sind jedoch von den Zusammenschlussbeteiligten anzubieten. Der Beschlussabteilung ist es lediglich möglich, ohne selbst dazu gezwungen zu sein, Anre-

¹⁸⁴ Schreiben der Beteiligten vom 10. März 2011, Seite 12.

¹⁸⁵ vgl. Immenga/Mestmäcker/Veelken, § 40 GWB, Rz. 51ff (56).

gungen und Vorgaben hierzu zu formulieren,¹⁸⁶ was im vorliegenden Fall auch geschehen ist. Eine Freigabe unter Nebenbestimmungen kann nicht gegen den Willen der Beteiligten erfolgen. Dies folgt auch nicht aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, da die Freigabe eines Zusammenschlusses, den die Beteiligten erklärtermaßen so nicht vollziehen und betreiben wollen, gegenüber der Untersagung offensichtlich kein milderer Mittel darstellt.

197 Darüber hinaus war nach den Verhandlungen die Teilbarkeit des Vorhabens zweifelhaft geworden, da auch nach dem eigenen Vortrag der Beteiligten das Geschäftsmodell einer technischen Plattform nicht losgelöst von den verfügbaren Inhalten definierbar ist. Damit ist ein solches Gemeinschaftsunternehmen jedoch in jedem Falle ein Koordinierungsinstrument der Beteiligten mit den dargestellten negativen Wirkungen auf den betroffenen Märkten.

C. Kartellverbot, §§ 1, 2 GWB, Art. 101 AEUV

198 Die beabsichtigte Gründung des Gemeinschaftsunternehmens verstößt unter Berücksichtigung der Gesamtheit der im Memorandum of Understanding vorgesehenen Bestimmungen gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV und ist nicht gemäß § 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt.

I. Tatbestand des Kartellverbots

1. Vereinbarungen

199 Im Einzelnen erfüllen folgende Bestimmungen des Memorandum of Understanding den Vereinbarungsbegriff und begründen daher bereits die ernsthafte Besorgnis eines Verstoßes gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV:

- Die Vereinbarung über die Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens zwischen den Beteiligten, dass unter einer einheitlichen Internet-Adresse und einer Marke eine technische Plattform für Video on Demand (Zielplattform) betreiben soll.¹⁸⁷
- Die Vereinbarung, die Zielplattform nur solchen dritten Auftraggebern zu öffnen, die Fernsehsender sind.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Immenga/Mestmäcker/Veelken, § 40 GWB, Rz. 61; Bechtold, § 40 GWB, Rz. 23

¹⁸⁷ Vgl. Ziffern 3, 4.a, 9.a des Memorandum of Understanding ([...]).

- Die Vereinbarung über die mindestens von den Beteiligten auf der Zielplattform ausschließlich entgeltfrei (werbefinanziert) verfügbar zu machende Inhalte; dies umfasst die Verpflichtung beider Beteiligter, über ihre auftraggeberindividuellen Bereiche auf der Zielplattform soweit lizenzrechtlich zulässig alle jene Video-Inhalte zugänglich zu machen, die sie auch über ihre eigenen Webseiten entgeltfrei zugänglich machen sowie die Verpflichtung beider Beteiligte, beim künftigen Erwerb von Lizenzen an Video-Inhalten Dritter sicherzustellen, dass diese auch über die von dem Gemeinschaftsunternehmen zu schaffende Zielplattform entgeltfrei zugänglich gemacht werden können.¹⁸⁹
- Die Vereinbarung, die Inhalte sämtlicher Auftraggeber über die Zielplattform nicht vor deren TV-Ausstrahlung bei dem jeweiligen Auftraggeber verfügbar zu machen.¹⁹⁰
- Die Vereinbarung, die Inhalte sämtlicher Auftraggeber über die Zielplattform zeitlich nur begrenzt entgeltfrei (werbefinanziert) zur Verfügung zu stellen und die damit verbundene Vereinbarung über den konkreten Zeitraum (längstens 7 aufeinanderfolgende Tage beginnend am Tag nach der TV-Ausstrahlung).¹⁹¹
- Die Vereinbarung über die Verlagerung der für den Player und das DRM relevanten technischen Dienstleistungen in das Gemeinschaftsunternehmen, soweit sie bewirkt, dass beide Beteiligte und Dritte einen einheitlichen Player benutzen.¹⁹²

200 Das Memorandum of Understanding hält zwar unter seiner Ziffer 1 fest, dass seine Regelungen (mit wenigen Ausnahmen) zwischen den Parteien nicht verpflichtend seien und keine rechtliche Bindungswirkung entfalteteten. Stattdessen gebe es lediglich die Absichten der Parteien wieder. Der Einstufung dieser Regelungen des „Memorandum of Understanding“ als Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB bzw. des Art 101 Abs. 1 AEUV steht das jedoch nicht entgegen. Die rechtliche Bindungswirkung einer Übereinkunft ist für die Annahme einer Vereinbarung im Sinne dieser Vorschriften nicht erforderlich,¹⁹³ sie wäre im Fall eines Kartellverstoßes wegen der unmittelbaren Geltung des Kartellverbots ohnehin nie gegeben. Eine Willenseinigung, wie sie aus

¹⁸⁸ Vgl. Ziffern 2 und 4.e des Memorandum of Understanding ([...]).

¹⁸⁹ Ziffer 4.b des Memorandum of Understanding ([...]).

¹⁹⁰ Ziffer 4.e des Memorandum of Understanding ([...]).

¹⁹¹ Ziffer 4.e des Memorandum of Understanding ([...]), Seite 5f der Form CO ([...]).

¹⁹² Ziffern 2, 3.b, 4.c des Memorandum of Understanding ([...]).

¹⁹³ Langen/Bunte, Art. 81 EG (jetzt: Art. 101 AEUV), Rz. 20 m. w. N.

dem „Memorandum of Understanding“ der der auf diesem basierenden Anmeldung des Zusammenschlusses durch beide Beteiligte hervorgeht, genügt.¹⁹⁴

- 201 Erweisen sich die festgestellten Vereinbarungen als spürbar wettbewerbsbeschränkend (dazu unten 3. bis 5.) und liegt eine Freistellung nicht vor (dazu unten II.), so besteht damit auch die objektiv begründete ernsthafte Besorgnis eines bevorstehenden Kartellverstoßes, die nach der Rechtsprechung für die Möglichkeit einer Untersagung auf der Grundlage des § 32 GWB ausreicht.¹⁹⁵ Hierfür spricht auch, dass die Beteiligten ihre gemeinsamen Absichten in dem „Memorandum of Understanding“ und in dem fusionskontrollrechtlichen Anmeldeschreiben bei der Europäischen Kommission (Form CO) bereits sehr weitgehend präzisiert haben. Sie haben das zuerst in dem Memorandum niedergelegte Konzept zudem zum Gegenstand einer fusionskontrollrechtlichen Anmeldung gemacht, das Fusionskontrollverfahren in Gang gesetzt und damit ihre ernsthafte Umsetzungsabsicht zusätzlich dokumentiert.¹⁹⁶

2. Wettbewerbsbeschränkung

- 202 Die vorgenannten Vereinbarungen bewirken aus den gleichen Gründen, aus denen sie den Duopolkonsens stabilisieren, Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne dieser Vorschriften. Denn insoweit führen sie zu einer Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Beteiligten RTL und ProSiebenSat.1, indem sie sich in eine selbständigkeitsmindernde Bindung hinsichtlich des Einsatzes von Wettbewerbsparametern mit Bedeutung für den Fernsehwerbemarkt begeben. Sie haben vor allem koordinierende Wirkungen zwischen den Duopolisten und stellen damit gleichzeitig horizontale Wettbewerbsbeschränkungen des Substitutionswettbewerbs im Sinne des § 1 GWB und des Art. 1 AEUV dar. Darüber hinaus führt dies bei Zugrundelegung eines Marktes für In-Stream-Video-Werbung zu Wettbewerbsbeschränkungen unmittelbar auf diesem Markt.
- 203 Die Vereinbarung über die Beschränkung des Auftraggeberkreises auf Fernsehsender stellt eine koordinierte Übertragung der bestehenden Fernsehwerbemarktverhältnisse auf die In-Stream-Video-Werbung dar. Anderen Auftraggebern soll der Zugang zur Plattform verwehrt bleiben, so dass der von ihnen ausgehende Wettbewerb beschränkt wird. Mit den Vereinbarun-

¹⁹⁴ Langen/Bunte, Art. 81 EG (jetzt: Art. 101 AEUV), Rz. 19

¹⁹⁵ vgl. BGH WuW/E DE-R 711, 718 – *Ost-Fleisch m. w. N.*; OLG Düsseldorf, Az. VI Kart 1/09 (V), Beschluss vom 16. September 2009, Bl. 10 der Beschlussausfertigung – *DFL*; MüKo/Keßler, § 32 GWB, Rz. 21 m. w. N.; Langen/Bunte/Bornkamm, § 32 GWB, Rz. 18 m. w. N.

¹⁹⁶ Vgl. auch BGH aaO

gen über die verfügbaren Inhalte und ihre Verfügbarkeitszeitpunkte wird das Geschäftsmodell in wesentlichen Punkten koordiniert. Hierdurch verzichten die Beteiligten auf bedeutsame Wettbewerbsparameter, die im Bereich von Video on Demand zur Verfügung stehen. Mit der Verpflichtung der Beteiligten, bestimmte Mindestinhalte der Plattform zur Verfügung zu stellen, werden unbeschränkte Bezugspflichten konstituiert, die sich einzeln betrachtet als vertikale Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, darüber hinaus jedoch vor allem eine Koordinierung der auf allen Plattformen der Beteiligten befindlichen Inhalte bewirkt. Mit den Vereinbarungen über die Player-Lösung werden bedeutsame Qualitätsparameter bezogen auf die als Werbeflächen dienenden Inhalte harmonisiert (siehe zu den Wirkungen im Einzelnen oben Ziffer B.II.2.).¹⁹⁷

- 204 Eine Koordinierung über Preise, die zu erwarten wäre, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auch im Bereich des entgeltlichen Video on Demand tätig werden sollte, würde sich gar als Hard Core-Kartell darstellen. Dieses gilt für den Fall, dass das Gemeinschaftsunternehmen selbst entgeltliche Endkundenbeziehungen aufnimmt und daher in der Gesellschaft – koordiniert durch die gemeinsam kontrollierenden Gesellschafter – die Preise hierfür bestimmt. Der Einwand der Beteiligten, dass die Beschlussabteilung selbst die Aufnahme von Pay-TV verlangt habe, geht daher fehl, da hierbei ausdrücklich klar gemacht wurde, dass das Gemeinschaftsunternehmen keine eigenen Nutzerbeziehungen aufbauen dürfe. Die Aufnahme von entgeltlichen Beziehungen kann im Hinblick auf die in der Form CO¹⁹⁸ enthaltenen Äußerungen hierzu nicht ausgeschlossen werden.
- 205 Eine Wettbewerbsbeschränkung wird aber auch durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens selbst – unabhängig von den darüber hinaus gehenden Einzelvereinbarungen des Memorandum of Understanding – bewirkt. Wie oben unter B.II.2.a ausgeführt, hat die Schaffung der gemeinsamen Plattform durch das Gemeinschaftsunternehmen zunächst negative wettbewerbliche Auswirkungen. Der größte Teil des Reichweitzuwachses durch die Plattform würde voraussichtlich bei den Beteiligten selbst anfallen, weil sie über das wichtigste Portfolio an bekannten Inhalten verfügen. Zugleich würde der Reichweitzuwachs zwischen den Beteiligten koordiniert, weil er auf einem Faktor – der gemeinsamen Plattform – beruht, der ihnen gemeinsam ist. Dies stellt sowohl eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Beteiligten um

¹⁹⁷ Zu diesem Selbständigkeitspostulat vgl. Langen/Bunte, Art. 81 EG (jetzt: Art. 101 AEUV), Rz. 29 m. w. N. zur Rechtsprechung des EuGH

¹⁹⁸ Form CO, Seite 7 ([...]).

die Gewinnung von Reichweite für In-Stream-Video-Werbung als auch eine Beschränkung des von Dritten ausgehenden Wettbewerbs dar.

- 206 Schließlich ist der mit dem Gemeinschaftsunternehmen notwendig verbundene Informationsaustausch über wettbewerbsrelevante Daten und die daraus folgende Transparenzerhöhung auch eine relevante Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV. Denn insbesondere in Situationen, in denen der Austausch von Marktinformationen Unternehmen Aufschluss über die Marktstrategien ihrer Wettbewerber geben kann, sind auch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zu befürchten. Wie oben dargestellt verändert sich hierdurch das Umfeld des relevanten Marktes derart, dass er koordinierungsanfällig wird.¹⁹⁹
- 207 Die zugleich positiven Wirkungen – der Kapazitätswachst an sich – können für die Frage der Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen der Prüfung nach § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht berücksichtigt werden.²⁰⁰ Es findet insoweit keine Abwägung statt. Sie sind vielmehr im Rahmen der Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV zu bewerten.

3. Kein Tatbestandsausschluss

a. Abgrenzung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen

- 208 Die vorgenannten Vereinbarungen fallen entgegen der Auffassung der Beteiligten²⁰¹ auch nicht aus dem Grunde, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens wegen eines konzentrativen Charakters der Fusionskontrolle unterliegt, aus dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. des § 1 GWB heraus. Auf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens finden nicht allein die Vorschriften über die Fusionskontrolle Anwendung, vielmehr sind immer auch die Voraussetzungen des § 1 GWB bzw. des Art. 101 AEUV zu prüfen.²⁰²

¹⁹⁹ Vgl. Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Abl. v. 14.01. 2011, C 11/1, Rz. 58.

²⁰⁰ vgl. EuG, Urteil vom 2. 5. 2006, Az. T-328/ 03 – O2

²⁰¹ Schreiben der Beteiligten vom 15. Dezember 2010, Seite 1ff ([...]).

²⁰² BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, Az. KZR 58/07 – *Gratiszeitung Hallo*, Seite 5 der Beschlussausfertigung

- 209 Das gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich bei dem angemeldeten Gemeinschaftsunternehmen um ein sogenanntes kooperatives oder um ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen handelt. Diese Unterscheidung dient ohnehin nur als Abgrenzungshilfe für die Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder nicht. Ein Gemeinschaftsunternehmen stellt sich dabei als konzentrativ dar, wenn es sämtliche Funktionen eines selbständigen Unternehmens wahrnimmt, marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf einer vor- oder nachgelagerten Stufe für die Muttergesellschaft sowie nicht auf demselben Markt wie die Mütter tätig ist.²⁰³ Typische kooperative Gemeinschaftsunternehmen sind dagegen solche, die für die Muttergesellschaften nur einzelne Unternehmensfunktionen wahrnehmen.²⁰⁴
- 210 Dass es sich – wie die Beteiligten vortragen – bei dem zu gründenden Gemeinschaftsunternehmen tatsächlich um ein konzentratives handelt, ist nicht anzunehmen. Eine Prognose, dass es nicht überwiegend für die Muttergesellschaften tätig wird, lässt sich angesichts der Überlegungen der öffentlich-rechtlichen Sender für eine eigene kommerzielle Video on Demand-Zielplattform²⁰⁵ jedenfalls heute nicht mehr abgeben. Denn wenden sich die öffentlich-rechtlichen Sender einer eigenen Plattform zu – und sei es auch nur zusätzlich –, so ist zu erwarten, dass das Gemeinschaftsunternehmen mehr als 80 % des Umsatzes mit den Muttergesellschaften erzielen würde.²⁰⁶ Von den verbleibenden kleinen privaten Fernsehsendern sind angesichts ihrer sehr beschränkten Marktposition auf absehbare Zeit nennenswerte Umsatzbeiträge nicht zu erwarten.
- 211 Unabhängig vom Vorstehenden bleibt das Kartellverbot aber auch deshalb auf die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens anwendbar, weil die Beteiligten, wie oben erläutert, mit seiner Gründung die Marktverhältnisse bei In-Stream-Video-Werbung (mit Rückwirkung auf Fernsehwerbung) in ihrem gemeinsamen Interesse zielgerichtet beeinflussen wollen. Gründen aber Unternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen und sind sich dabei einig, dass das Gemeinschaftsunternehmen mit seiner Tätigkeit die Interessen der Vertragsparteien koordinieren soll,

²⁰³ BGH, Beschluss vom 8. 5. 2001, Az. KVR 12/99 - *Ost-Fleisch*, Tz. 36 nach www.lexetius.com

²⁰⁴ BGH aaO

²⁰⁵ siehe

http://www.produzentenallianz.de/fileadmin/data/dokumente/Offizielle_Dokumente/ZDF_Eckpunkte_Web.pdf, Seite 6

²⁰⁶ Vgl. Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. v. 21.2.2009, C 43/10, Tz. 94 ff. zur Definition der Vollfunktion eine GUs, die z.T. mit derjenigen des konzentrativen GUs übereinstimmt.

um auf diese Weise die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen, so liegt ein Kartellverstoß selbst dann vor, wenn der Gesellschaftsvertrag an sich neutral wäre.²⁰⁷ Die über den Gesellschaftsvertrag als solchen hinausgehende Einigung der Vertragsparteien muss dabei nicht in dem schriftlichen Vertragstext Ausdruck gefunden haben oder auch nur Gegenstand des Vertrages geworden sein.

b. Kein Ausschluss des Kartellverbots durch FKVO

- 212 Die Anwendung des Kartellverbots ist auch nicht durch die FKVO ausgeschlossen, nach der ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Rahmen des Fusionsverfahrens abschließend bewertet wird. Nach einer Verweisung gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 1 lit. b FKVO ist das Wettbewerbsrecht des Mitgliedstaates anzuwenden.²⁰⁸ Unabhängig davon müsste auch nach der FKVO berücksichtigt werden, dass sich nach Erlass der Verweisungsentscheidung die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, die für die Einstufung des Gemeinschaftsunternehmens als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen durch die Kommission maßgeblich waren. Darüber hinaus sieht auch die FKVO in Art. 2 Abs. 4 die Prüfung des Kartellverbots bei Gemeinschaftsunternehmen vor. Diese hat lediglich nicht im Rahmen des Verfahrens nach der VO1/2003²⁰⁹ zu erfolgen, sondern im Verfahren und in den Fristen der Fusionskontrolle.
- 213 Selbst wenn entgegen der Bewertung der Beschlussabteilung das Gemeinschaftsunternehmen ein konzentratives wäre, so fielen damit nur diejenigen mit seiner Gründung verbundenen Vereinbarungen aus dem Anwendungsbereich des § 1 GWB, die erforderlich sind, um das im Übrigen kartellrechtsneutrale Gemeinschaftsunternehmen in seinem Bestand und seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten.²¹⁰ Dies entspricht auch der Rechtslage zu Art. 101 AEUV. Nach Rechtsprechung und Verwaltungspraxis der europäischen Gerichte und der Kommission sind einzelne, in der Vereinbarung über einen kartellrechtsneutralen Hauptgegenstand enthaltene Nebenabreden dann aus dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgeklammert, wenn

²⁰⁷ BGH, Beschluss vom 13. Januar 1998, Az. KVR 40/96 – *Carpartner*, Rdnr. 20 (zit. nach juris)

²⁰⁸ Vgl. auch MüKo/Schild, Art. 9 FKVO, Rz. 105

²⁰⁹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl. vom 4.1.2003, L 1/1.

²¹⁰ BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, Az. KZR 58/07 – *Gratiszeitung Hallo*, Seite 6 der Beschlussausfertigung

sie mit dem Hauptgegenstand unmittelbar verbunden und für diesen notwendig sind.²¹¹ Die unmittelbare Verbundenheit und die Notwendigkeit sind dabei objektiv zu bestimmen. Die Vereinbarungen sind konkret notwendig, wenn ohne sie der Zusammenschluss entweder gar nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte.²¹² Typisch für solche Vereinbarungen sind Maßnahmen, die den übertragenen Vermögenswert erhalten, die Versorgungssicherheit nach der Auflösung einer wirtschaftlichen Einheit gewährleisten oder den Start eines neuen Unternehmens ermöglichen sollen.²¹³ Dabei muss jedoch auch sichergestellt werden, dass die Beschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie hinsichtlich ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses erforderlich ist.²¹⁴

c. Keine notwendigen Nebenabreden

- 214 Die festgestellten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen sind im vorgenannten Sinne nicht notwendig.
- 215 Die Vereinbarung, die Zielplattform nur solchen dritten Auftraggebern zu öffnen, die Fernsehsender sind, hat bereits keinerlei Vorteile für das Gemeinschaftsunternehmen. Im Gegenteil beschränkt sie den Kreis seiner möglichen Kunden. Sie dient damit allein dem Interesse der Beteiligten an einer Beschränkung des Wettbewerbs seitens möglicherweise neu entstehender Aggregatoren mit Aggregationsmodellen, die sich vom hergebrachten Konzept eines Fernsehkanals unterscheiden. Die Vorteile der Videoplattform kommen dadurch überwiegend den Muttergesellschaften zugute. Hierdurch wird der kooperative Charakter der Plattform gerade unterstrichen.
- 216 Die Vereinbarung, die Inhalte sämtlicher Auftraggeber über die Zielplattform nicht vor deren TV-Ausstrahlung bei dem jeweiligen Auftraggeber verfügbar zu machen, ist für das Gemeinschafts-

²¹¹ EuG, Urteil vom 18. September 2001, Az. T-112/99 – *Métropole télévision*, Tz. 104ff; vgl. auch Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, Tz. 11ff; Langen/Bunte, Art. 81, Rz. 141

²¹² Kommission Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, Abl. v. 05.03.2005, C 56/24, Tz. 13

²¹³ Bekanntmachung der Kommission aaO

²¹⁴ EuG aaO

unternehmen ebenfalls schon nicht notwendig, sondern von Nachteil. Denn sie kann den Umfang der zu erbringenden technischen Dienstleistungen verringern. Ein unabhängiges Unternehmen hätte ein Interesse daran, möglichst viel Content und möglichst viele Dienstleistungsaufträge zu erzielen. Ihre Notwendigkeit kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, TV-catch-up-Angebote seien ein etablierter Standard im Online-Bereich und erfüllten ein bestimmtes Verbraucherbedürfnis.²¹⁵ Eine solche Verfestigung zu einem „Standard“ existiert nicht (siehe hierzu oben Seite 65). Die Anknüpfung an Sendezeiten im Fernsehen ist zudem für den Verbraucher nachteilig. Wie bereits erläutert, beruht das Konzept fester Sendezeiten auf den in der Vergangenheit begrenzten technischen Möglichkeiten, audiovisuelle Inhalte an Konsumenten zu übermitteln. Video on Demand unterliegt diesen Beschränkungen nicht, weil der Konsum von Video-Inhalten sich nach der Zeitplanung des Verbrauchers richten kann und nicht umgekehrt der Verbraucher sich einem vorgegebenen Zeitschema anpassen muss. Soweit nicht der Ausschnitt der Bedürfnisse betroffen ist, der sich allein auf rein passiven Konsum richtet, ohne dass der Inhalt selbst von Bedeutung ist, erfüllt Video on Demand die Verbraucherbedürfnisse daher wesentlich besser.

- 217 Die Vereinbarung, die Inhalte sämtlicher Auftraggeber über die Zielplattform zeitlich nur begrenzt entgeltfrei (werbefinanziert) zur Verfügung zu stellen und die damit verbundene Vereinbarung über den konkreten Zeitraum (längstens 7 aufeinanderfolgende Tage beginnend am Tag nach der TV-Ausstrahlung) hat ebenfalls keine Vorteile für das Gemeinschaftsunternehmen. Es gelten die Ausführungen zum letzten Punkt entsprechend.
- 218 Die Vereinbarung über die Verlagerung der für den Player und das DRM relevanten technischen Dienstleistungen in das Gemeinschaftsunternehmen, soweit sie bewirkt, dass beide Beteiligte und Dritte einen einheitlichen Player benutzen, ist ebenfalls nicht notwendig im Sinne der zitierten Rechtsprechung. Aus technischer Sicht sind zunächst keine Gründe gegen eine Lösung ersichtlich, bei der die Auftraggeber der Zielplattform für ihre Auftraggeberbereiche jeweils individuell entscheiden, welcher Player und welches DRM Verwendung finden soll. So wäre denkbar, dass der jeweilige Player bzw. der Programmcode zur Konfiguration und Feinsteuerung der auf den Computern der Nutzer installierten Player-Grundsoftware jeweils durch den Auftraggeber an das Gemeinschaftsunternehmen zugeliefert und durch letzteres in die Seiten des Web-Auftritts eingebaut wird. Allerdings ist den Beteiligten zuzugestehen, dass diese Lösung höhere Kosten für erhöhten Programmieraufwand und ggf. für zusätzlichen Speicherplatz für das Vorhalten des Contents in unterschiedlichen Formaten erfordern würde. Wären

²¹⁵ So Anlage 3 zum Schreiben der Beteiligten vom 15. Dezember 2010, Seite 2 ([...]).

diese zusätzlichen Kosten erheblich, könnte dies die Beschränkung grundsätzlich notwendig erscheinen lassen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Beschränkung nicht über das hinausgehen darf, was für die Durchführung des Zusammenschlusses – in diesem Fall: ohne wesentlich höhere Mehrkosten – erforderlich wäre. Die Wirkung der Beschränkung liegt hier vor allem darin, dass mit einem vollständig vereinheitlichten – nach den für andere Übertragungswege in der Vergangenheit von den Beteiligten geäußerten Vorstellungen sehr wahrscheinlich DRM-fähigen – Player den Auftraggebern der Zielplattform die Möglichkeit genommen werden kann, den reichweitenwirksamen Parameter „Nutzung des DRM“ individuell einzusetzen. Eine so weitgehende Beschränkung ist jedoch nicht erforderlich, um Mehrkosten zu vermeiden. Das Gemeinschaftsunternehmen kann auch, wenn es denn einen grundsätzlich DRM-fähigen Player einsetzt, einen solchen verwenden, bei dem das DRM und seine wesentlichen Funktionen vom Auftraggeber für jeden Content individuell ein- und ausgeschaltet werden können. Damit entstehen allenfalls vernachlässigbar geringe Mehrkosten für eine Umsetzung der vom jeweiligen Auftraggeber gewählten DRM-Funktionen. Unabhängig davon ist unter dem Gesichtspunkt wesentlicher Mehrkosten die Verwendung lediglich eines einzigen Players auch dann nicht notwendig, wenn sich ein Auftraggeber mit dem Wunsch nach der Unterstützung eines weiteren Players bereits erklärt, diese vollständig zu übernehmen.

- 219 Schließlich sind auch die Vereinbarung über die mindestens von den Beteiligten auf der Zielplattform ausschließlich entgeltfrei (werbefinanziert) verfügbar zu machende Inhalte, sowie die die Vereinbarung über die Verpflichtung beider Beteiligter, beim künftigen Erwerb von Lizenzen an Video-Inhalten Dritter sicherzustellen, dass diese auch über die von dem Gemeinschaftsunternehmen zu schaffende Zielplattform entgeltfrei zugänglich gemacht werden können, nicht notwendig in dem oben genannten Sinne. Zwar kann diesen Vereinbarungen nicht abgesprochen werden, dass sie (zumindest auch) darauf abzielen, den Start eines neuen Unternehmens zu ermöglichen. Sie sorgen bereits zu einem frühen Zeitpunkt für eine „Grundauslastung“ der Kapazitäten an technischen Dienstleistungen des Gemeinschaftsunternehmens und verschaffen ihm in dieser Phase Planungssicherheit. Zudem beschleunigen sie durch die mit ihnen einhergehende Konzentration von Inhalten auf der Zielplattform voraussichtlich den Aufbau von Reichweite durch das Gemeinschaftsunternehmen. Dies wiederum steigert die Attraktivität der Zielplattform für dritte Auftraggeber, was wiederum tendenziell die Auslastung von Kapazitäten beim Gemeinschaftsunternehmen sichert. Die Vereinbarungen gehen jedoch deutlich über das hinaus, was für eine „Anschubhilfe“ in der Startphase eines neuen Unternehmens erforderlich ist. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass nach den eigenen Planungen der Beteiligten die Kosten für den Betrieb des Gemeinschaftsunternehmens in absoluten Zahlen ohnehin begrenzt sind. Umso mehr, aber auch unabhängig davon ist aber nicht ersichtlich, warum die Vereinbarungen, die sich wirtschaftlich betrachtet als koordinierte Verpflichtungen zum

Bezug der technischen Dienstleistungen des Gemeinschaftsunternehmens darstellen, auf unbegrenzte Dauer eingegangen werden müssen. Sie stellen sich de facto als Verpflichtung zum Bezug unbegrenzter Mengen auf unabsehbare Zeit dar.²¹⁶ Dieser Charakter wird noch verstärkt durch jene Teilvereinbarung, die die Beteiligten zwingt, beim künftigen Erwerb von Lizenzen an Video-Inhalten Dritter sicherzustellen, dass diese auch über die von dem Gemeinschaftsunternehmen zu schaffende Zielplattform entgeltfrei zugänglich gemacht werden können.

4. Spürbarkeit

220 Die festgestellte Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist auch spürbar. Betroffen ist mit dem Fernsehwerbemarkt ein bundesweiter Markt mit einem Marktvolumen von deutlich mehr als EUR 3 Mrd. Die Marktanteile der Sendergruppen RTL und ProSiebenSat.1 auf dem Fernsehwerbemarkt liegen bei über 80%. RTL und P7S1 bilden auf dem Fernsehwerbemarkt ein marktbeherrschendes Duopol (siehe oben Ziffer B.II.1.b). Damit werden die in der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis aufgestellten Spürbarkeitsschwellen weit überschritten. Aber auch qualitativ handelt es sich um wesentliche Beschränkungen. Hierbei ist vor allem zu berücksichtigen, dass wie dargestellt der In-Stream-Video-Werbung besonderes Wettbewerbspotenzial innewohnt, das den hoch konzentrierten Fernsehwerbemarkt in der Prognose in Bewegung bringen kann. Dieses Wettbewerbspotenzial besteht insbesondere in den vielfältigen qualitativen Differenzierungsmöglichkeiten, die der neue Übertragungsweg WebTV auch durch seine technischen Möglichkeiten anbietet. Diese Parameter sind daher für sich gesehen bedeutsam, ihre Beschränkung daher spürbar im Sinne des § 1 GWB und Art. 101 AEUV.

5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

221 Die für die Anwendung des Art. 101 AEUV erforderliche Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels liegt vor. Die fraglichen Vereinbarungen sind unmittelbar geeignet, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann.²¹⁷ Das Merkmal der Beeinträchtigung ist dabei im Sinne von Beeinflussung zu verstehen, d. h. es ist zu prüfen, ob sich an Hand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrschein-

²¹⁶ Vgl. zur Bewertung auch Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, Tz. 44 i. V. m. Tz. 33, 34

²¹⁷ zu diesem Kriterium und zum folgenden vergleiche Langen/Bunte, Art. 81 EG – Generelle Prinzipien, Rz. 120 m. Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH

lichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung den Warenverkehr unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinflussen kann. Entscheidend ist dabei, ob sich infolge der zu beurteilenden Vereinbarung der Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten anders entwickelt hat oder entwickeln könnte als ohne die Vereinbarung. Bei einem Vertrag kommt es auf die Auswirkungen der gesamten Absprache an, nicht auf die einzelne Klausel. Bei Vereinbarungen, an denen Unternehmen aus ein- und demselben Mitgliedstaat beteiligt sind, kommt dies insbesondere in Betracht, wenn die Vereinbarungen geeignet sind, den betreffenden nationalen Markt abzuschotten. So liegt der Fall hier. Etablieren die Parteien über das Gemeinschaftsunternehmen die von ihnen angestrebte Zielplattform erfolgreich, so werden (potenzielle) Inhalteanbieter ebenso wie potenzielle Zielplattformbetreiber aus anderen Mitgliedstaaten sich einer zentralen Anlaufstelle gegenüber sehen, über die ihre potenziellen Nutzer einen Großteil der ihnen aus dem Fernsehen bekannten Inhalte *on demand* abrufen können. Die Beteiligten führen zur Motivation hinter der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens selbst aus, sie wollten „dem Vormarsch mächtiger Online-Player begegnen“, insbesondere Google/YouTube und Hulu.²¹⁸

II. Keine Freistellung der Vereinbarungen

222 Die Vereinbarungen sind nicht gemäß § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt. Sie fallen nicht unter eine Gruppenfreistellungsverordnung (unten 1.). Auch im Übrigen erfüllen sie nicht die Freistellungsvoraussetzungen (unten 2.).

1. Keine Freistellung per Gruppenfreistellungsverordnung

223 Die Vereinbarungen sind nicht nach der Verordnung über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen²¹⁹ (Vertikal-GVO) freigestellt. Es handelt sich bei ihnen nicht um vertikale Vereinbarungen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. a dieser Verordnung. Sie betreffen nicht allein das Verhältnis jeweils zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und den beiden Muttergesellschaften auf verschiedenen Ebenen der Produktionskette. Vielmehr handelt es sich um Vereinbarungen über das Gemeinschaftsunternehmen und den Rahmen für seine Tätigkeit, welche die Interessen der beiden Muttergesellschaften, die unmittelbare Wettbewerber auf dem Fernsehwerbemarkt sind, abbilden und koordinie-

²¹⁸ Form CO, Seite 10 ([...]).

²¹⁹ Abl. vom 23.04.10, L 102/1.

ren. Sie sind im Memorandum of Understanding – in einem Abkommen zwischen den beiden Muttergesellschaften – enthalten und begründen Rechte und Verpflichtungen der Gesellschafter untereinander zur Regelung des Wettbewerbsverhältnisses.

224 Auch aus der Verordnung über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (Spezialisierungs-GVO²²⁰) ergibt sich keine Freistellung der Vereinbarungen. Selbst wenn die man die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens als Maßnahme der gemeinsamen Produktion von technischen Dienstleistungen ansehen würde (Art. 1 Abs. 1 lit. d, f, g Spezialisierungs-GVO),²²¹ so scheidet die Freistellung in jedem Fall daran, dass die Beteiligten die Umsatzschwelle von gemeinsam 20% auf mindestens einem relevanten Markt (Art. 3 Spezialisierungs-GVO) weit überschreiten. Zu den relevanten Märkten im Sinne der Spezialisierungs-GVO gehört nicht nur der sachlich und räumliche relevante Markt, zu dem die Spezialisierungsprodukte – hier die technischen Dienstleistungen – gehören, sondern auch die Märkte für nachgelagerte Leistungen, zu deren Erstellung die Spezialisierungsprodukte von den Parteien verwendet werden (Art. 1 Abs. 1 lit. i Spezialisierungs-GVO). Hier werden die technischen Dienstleistungen für die Bereitstellung von Werbeflächen für In-Stream-Video-Werbung verwendet. Es kann dabei auch an dieser Stelle offen bleiben, ob solche In-Stream-Video-Werbung schon dem Fernsehwerbemarkt zuzurechnen ist oder einem gesonderten Markt für In-Stream-Video-Werbung. In beiden Fällen liegt der gemeinsame Marktanteil der Beteiligten deutlich über 20%. Auf dem Fernsehwerbemarkt erreicht er mehr als 80%, auf einem Markt für In-Stream-Video-Werbung läge er in der Größenordnung von 30% bis 50%.

2. Keine Einzelfreistellung, § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV

225 Das Gemeinschaftsunternehmen erfüllt unter Berücksichtigung der im Memorandum of Understanding vorgesehenen Bestimmungen auch nicht die Freistellungs Voraussetzungen

²²⁰ Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010, Abl. vom 18.12.2010, L 335/43

²²¹ Dies ist nicht zweifelsfrei. Nach MüKo/Völcker, Art. 1 GVO 2658/2000 (Vorläuferin der aktuell gültigen Spezialisierungs-GVO), Rz. 22 muss für die Annahme einer gemeinsamen Produktion die Herstellung der fraglichen Leistung für die Dauer des Gemeinschaftsunternehmensvollständig auf dieses übergehen, eine weitere Herstellung durch eine oder beide Muttergesellschaften ist nicht möglich. Erwägungsgrund 7 der aktuellen Spezialisierungs-GVO scheint dies aufzunehmen, indem er von der Verpflichtung der Spezialisierungsparteien spricht, bestimmte Waren nur gemeinsamen herzustellen oder bestimmte Dienstleistungen nur gemeinsam vorzubereiten. Dass die Beteiligten im vorliegenden Fall technische Dienstleistungen für (werbefinanziertes) Video on Demand künftig überhaupt nicht mehr selbst bereitstellen, ist jedoch nach ihrem Vortrag nicht ausgeschlossen.

nach § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV. Ob eine Freistellung der Gründung als solche bei Beseitigung der wettbewerbsbeschränkenden Klauseln und Öffnung der Plattform über den Kreis der TV-Sender hinaus in Betracht käme, kann offenbleiben. Die Beteiligten haben insbesondere letzteres abgelehnt und die Positionierung als TV-Plattform als einen unverzichtbaren Bestandteil ihres Vorhabens dargestellt. Eine Teiluntersagung kommt daher auch hier nicht in Betracht. Das Gemeinschaftsunternehmen ist damit insgesamt nicht freigestellt, da die Freistellungsvoraussetzungen für die unter 1. aufgeführten Vereinbarungen nicht nachgewiesen wurden.

226 Für eine Freistellung ist auch nichts erkennbar. Die von den Beteiligten behaupteten Effizienzvorteile der beschränkenden Vereinbarungen bestehen nur teilweise (hierzu unten a.). Soweit sie bestehen, sind die Wettbewerbsbeschränkungen bereits nicht unerlässlich bzw. führen jedenfalls nicht zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher (unten b).

a. Effizienzvorteile

227 Nach Auffassung der Beteiligten²²² führt die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens in der angestrebten Form zu folgenden Effizienzvorteilen: (a) Nicht-lineare Zugriffsmöglichkeit für Internet-Nutzer auf kostenfreien TV-Content, (b) Skalenvorteile bei den Kosten für die Auftraggeber der Zielplattform, die einigen Auftraggebern überhaupt erst eine Online-Präsenz ihres Contents ermöglichten sowie (c) Zugriffsmöglichkeit auf solchen Content über einen One-Stop-Shop, (d) zusätzliche attraktive Werbemöglichkeiten für Werbungtreibende und (e) verbesserte Chancen auf Wahrnehmung ihres Contents für kleinere Auftraggeber. Dies ist jedoch nur eingeschränkt richtig. Effizienzvorteile ergeben sich – für Nutzer und Werbekunden – plausibel nur aus der Schaffung eines „one stop shop“ durch das Gemeinschaftsunternehmen ((c) und (d)).

228 **(a)** Die nicht-lineare Zugriffsmöglichkeit für Internet-Nutzer auf kostenfreien TV-Content an sich ist keine kausale Folge der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens. Sie besteht bereits heute insbesondere über die bestehenden Internet-Präsenzen der Beteiligten und diejenigen anderer Fernsehsender sowie stellenweise über andere Plattformen wie „YouTube“.

229 **(b)** Dass die Etablierung der Zielplattform aufgrund von Skaleneffekten zu insgesamt mehr (TV-)Content im kostenfreien nicht-linearen Zugriff führt, erscheint nicht sicher. Wäre dem so, so dürfte darin eine Verbesserung der Warenerzeugung liegen. Die Beteiligten haben einen

²²² Schreiben der Beteiligten vom 15. Dezember 2010, Seite 5f sowie Anlage 6 zu diesem Schreiben ([...]).

solchen Effekt jedoch nicht, wie es erforderlich wäre,²²³ hinreichend substantiiert. Sie haben zwar ausgeführt, für kleinere Fernsehsender stelle sich ein eigener aufwendiger Internet-Auftritt in der Regel als nicht finanzierbar dar.²²⁴ Die von dem Gemeinschaftsunternehmen zu schaffende Zielplattform biete solchen Sendern hingegen aufgrund der entstehenden Skalenvorteile eine kostengünstige Lösung. In der Realität ist allerdings festzustellen, dass auch kleinere Sender wie „Das Vierte“²²⁵ und „DMAX“²²⁶, deren Zuschauermarktanteil 2% nicht übersteigt, sehr wohl eigene Video on Demand-Angebote unterhalten. Zudem liegen die von den Parteien in einer Modellrechnung vorgelegten Kostenschätzungen für eine Eigenrealisierung im Absolutbetrag gemessen an den Werbeeinnahmen, die kleinere Fernsehsender erzielen, nicht in einer Höhe, die prohibitiv erscheint.

- 230 **(c)** Beizupflichten ist den Beteiligten demgegenüber darin, dass die Etablierung der Zielplattform durch das Gemeinschaftsunternehmen die Auffindbarkeit der vorhandenen Video-on-Demand-Inhalte verbessern kann. Bislang sind diese über eine Vielzahl von Webseiten verteilt. Auch wenn der Nutzer zum Wechsel auf eine andere Webseite nur eine neue Internet-Adresse (URL) eingeben bzw. ein zuvor gesetztes „Lesezeichen“ aufrufen muss, erschwert diese Verteilung auf mehrere Webseiten doch die Orientierung. Hinzu kommt die für jede Webseite individuelle Navigation. Mit der Zielplattform des Gemeinschaftsunternehmens findet der Nutzer demgegenüber eine größere Zahl an Videoinhalten unter einer URL, mit einheitlicher Navigation. Die einheitliche URL lässt sich zudem effektiver bewerben, etwa durch Hinweise im laufenden Fernsehprogramm.
- 231 **(d)** Führt die bessere Auffindbarkeit zu mehr Nutzeraufrufen der vorhandenen Video on Demand-Inhalte, so ergibt sich – auch insoweit ist den Beteiligten beizupflichten – ein Mehr an Werbeplätzen für In-Stream-Video-Werbung, d. h. eine Kapazitätsausweitung bei einer derzeit eher knappen Leistung. Hierin liegt nach Auffassung der Beschlussabteilung der deutlichste Effizienzvorteil.
- 232 **(e)** Bei welchen Auftraggebern der Zielplattform – bei den Beteiligten oder bei eventuellen weiteren Auftraggebern – die zusätzlichen Kapazitäten vorrangig entstehen werden, ist nach

²²³ Vgl. Kommission, Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Abs. 3, Abl. v. 27.04.2004, C 101/97, Tz. 55f

²²⁴ Anlage 6 zum Schreiben vom 15. Dezember 2010, Seite 1 ([...]).

²²⁵ unter www.das-vierte.de/video.html

²²⁶ unter www.dmax.de/video/

Auffassung der Beschlussabteilung offen. Nach dem Vortrag der Beteiligten²²⁷ würde die neue Zielplattform insbesondere auch kleineren Sendern zu Gute kommen, weil die Zielplattform über Navigationshilfen nach „objektiven“ Kriterien wie „meist gesehen“ oder „neuester Content“ verfügen solle. Die Eingruppierung werde automatisiert und diskriminierungsfrei erfolgen. Für kleinere Sender bedeute dies eine Gleichbehandlung mit größeren Content-Inhabern. Sie profitierten davon überproportional, weil die Zielplattform wegen des „one stop shop“-Ansatzes insgesamt sehr viel mehr Nutzeranfragen auf sich ziehen werde und im Ergebnis damit wesentlich mehr Content kleinerer Sender Aufmerksamkeit bekommen könne, als auf deren eigenen Webseiten. Dies kann, muss aber nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht das Ergebnis der Entwicklung sein. Nicht auszuschließen ist, dass die Beteiligten als die das Gemeinschaftsunternehmen kontrollierenden Gesellschafter in der Lage sein werden, auch über die „objektiven“ Navigationshilfen bestimmte Inhalte subtil zu diskriminieren. Entscheidend dafür, ob diese Möglichkeiten eingesetzt werden, wird die Entwicklung der Interessenlage der Beteiligten sein. Einerseits haben sie das natürliche Interesse, den Abruf ihrer eigenen Inhalte zu fördern. Andererseits muss ihnen an möglichst vielen Inhalten auf der Zielplattform gelegen sein, um die Anziehungskraft der Zielplattform insgesamt zu stärken. Auch Inhalte Dritter sind geeignet, dieses Ziel zu fördern.

b. Unerlässlichkeit der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und angemessene Verbraucherbeteiligung

- 233 Unerlässlich für die Gewinnung der Effizienzvorteile – nämlich des einfacheren Zugriffs auf eine sehr große Menge audiovisueller Inhalte und des Kapazitätswachses für In-Stream-Video-Werbung – ist lediglich die Schaffung des Gemeinschaftsunternehmens an sich. Ohne dieses träten die Vorteile nicht ein.
- 234 Hinsichtlich dieser Effizienzvorteile käme es nur bei Beschränkung der Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auf diejenigen eines technischen Dienstleisters auch zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher. Der Begriff der Verbraucher umfasst dabei alle Nutzer der Produkte, auf die sich die Vereinbarung bezieht, nicht lediglich Verbraucher im Sinne von Endkunden.²²⁸ Dies sind hier die Internet-Nutzer und die Kunden für In-Stream-Video-Werbung. Unter angemessener Beteiligung dieser Verbraucher ist zu verstehen, dass die Weitergabe der Vorteile die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen mindestens aus-

²²⁷ Anlage 6 zum Schreiben vom 15. Dezember 2010, Seite 2 ([...]).

²²⁸ Kommission, Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Abs. 3, Abl. v. 27.04.2004, C 101/97, Tz. 84

gleicht, die den Verbrauchern durch die Wettbewerbsbeschränkung entstehen.²²⁹ Es ist jedoch nicht erforderlich, dass die Verbraucher an jedem einzelnen Effizienzgewinn beteiligt werden.²³⁰

- 235 Ein solcher Ausgleich könnte bei einem technischen Dienstleister angenommen werden. Die Endkunden profitierten direkt von einem breiten Angebot von Video-on-Demand-Inhalten unter einer einzigen Internet-Adresse mit einheitlicher Benutzerführung. Sie erhielten damit ein verbessertes Produkt und dies sofort und in vollem Umfang. Die Werbekunden für In-Stream-Video-Werbung profitierten von den durch die höhere Aufmerksamkeit für die Zielplattform geschaffenen zusätzlichen Flächen für In-Stream-Video-Werbung.
- 236 Zur Erzielung der genannten Effizienzvorteile sind hingegen die oben unter 1. aufgelisteten, hinausgehenden, wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nicht unerlässlich bzw. zumindest gewähren sie keine angemessene Verbraucherbeteiligung.
- 237 Unerlässlichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die einzelnen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen vernünftigerweise notwendig sind, um die Effizienzgewinne zu erzielen.²³¹ Es ist jedoch nicht nachgewiesen, dass ohne die Beschränkungen die sich aus der Schaffung des Gemeinschaftsunternehmens an sich ergebenden Effizienzgewinne beseitigt oder erheblich geschmälert oder unwahrscheinlich würden. Im Gegenteil ist für einige der Wettbewerbsbeschränkungen sogar festzustellen, dass sie selbst das Ausmaß der Effizienzgewinne verringern.
- 238 **(a)** Letzteres gilt vor allem für die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die Zielplattform nur solchen dritten Auftraggebern zu öffnen, die Fernsehsender sind. Dies beschränkt die Effizienzvorteile sowohl für die Internetnutzer als auch für die Werbekunden. Den Internetnutzern wird der vereinfachte Zugang zu Inhalten vorenthalten, die sie ohne die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung über die Zielplattform des Gemeinschaftsunternehmens erreichen könnten. Den Werbekunden werden damit zugleich mögliche weitere Kapazitäten für In-Stream-Video-Werbung vorenthalten, die auch noch bei anderen Unternehmen als den Beteiligten anfallen könnten. Auch die Zielplattform selbst wird in ihren Umsatzchancen eingeschränkt.
- 239 **(b)** Das gleiche gilt für die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die Inhalte sämtlicher Auftraggeber über die Zielplattform nicht vor deren TV-Ausstrahlung bei dem jeweiligen Auf-

²²⁹ Kommission, Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Abs. 3, Abl. v. 27.04.2004, C 101/97, Tz. 85

²³⁰ Kommission, Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Abs. 3, Abl. v. 27.04.2004, C 101/97 Tz. 86

²³¹ Vgl. Kommission, Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Abs. 3, Abl. v. 27.04.2004, C 101/97, Tz. 73ff

traggeber verfügbar zu machen. Dies begrenzt wiederum die für Internetnutzer und Werbekunden möglichen Effizienzvorteile, weil wiederum das Angebot für sie beschränkter ausfällt, als ohne die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, TV-catch-up-Angebote seien ein etablierter Standard im Online-Bereich und erfüllen ein bestimmtes Verbraucherbedürfnis.²³² Eine solche Verfestigung zu einem „Standard“ existiert, wie bereits oben auf Seite 65 ausgeführt, nicht. Die Anknüpfung an Sendezeiten im Fernsehen ist zudem für den Verbraucher nachteilig. Wie ebenfalls bereits erläutert, beruht das Konzept fester Sendezeiten auf den in der Vergangenheit begrenzten technischen Möglichkeiten, audiovisuelle Inhalte an Konsumenten zu übermitteln. Video on Demand erfüllt die Verbraucherbedürfnisse in vielen Fällen besser, weil der Content-Konsum sich nach der Zeitplanung des Verbrauchers richtet und nicht der Verbraucher sich einem vorgegebenen Zeitschema anpassen muss.

- 240 **(c)** Angebotsbegrenzend und damit effizienzmindernd wirkt sich auch die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die Inhalte sämtlicher Auftraggeber über die Zielplattform zeitlich nur begrenzt entgeltfrei (werbefinanziert) zur Verfügung zu stellen und die damit verbundene Vereinbarung über den konkreten Zeitraum (längstens 7 aufeinanderfolgende Tage beginnend am Tag nach der TV-Ausstrahlung) aus.
- 241 **(d)** Komplexer stelle sich die Lage hinsichtlich der Vereinbarung über die Verlagerung der für den Player und das DRM relevanten technischen Dienstleistungen in das Gemeinschaftsunternehmen, soweit sie bewirkt, dass beide Beteiligte und Dritte einen einheitlichen Player benutzen, dar. Insgesamt überwiegen aber die negativen Auswirkungen die Effizienzvorteile. Es ist daher jedenfalls keine angemessene Verbraucherbeteiligung an dem entstehenden Gewinn anzunehmen. Denn angemessen ist die Verbraucherbeteiligung nur dann, wenn die Weitergabe der Vorteile die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen (der Wettbewerbsbeschränkung) mindestens ausgleicht.²³³
- 242 Aus Sicht der Internetnutzer verringert die Vereinheitlichung des Players zunächst tendenziell die Vorteile der Zielplattform, weil derjenige – wenn auch möglicherweise kleine – Teil der Nutzer, dessen Gerät den von der Zielplattform einzig verwendeten Player nicht ohne weiteres unterstützt, Zusatzaufwand hat. Entweder sind diese Nutzer gezwungen, die Unterstützung nach-

²³² So Anlage 3 zum Schreiben der Beteiligten vom 15. Dezember 2010, Seite 2 ([...]).

²³³ Vgl. Kommission, Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Abs. 3, Abl. v. 27.04.2004, C 101/97, Tz. 85.

zurüsten oder ggf. sogar ein anderes Gerät zu beschaffen.²³⁴ Soweit die Vereinheitlichung des Players dazu führt, dass nur ein DRM-fähiger Player Verwendung findet, verringert dies aus Nutzersicht ebenfalls eher die Effizienzvorteile der Zielplattform, weil sich DRM gerade aufgrund seines Zweckes gegen ihn richtet, indem es Nutzungsmöglichkeiten des über die Zielplattform verbreiteten Contents einschränkt. So kann er beispielsweise bei aktiviertem DRM einen über die Zielplattform verbreiteten Videoinhalt nicht mehr lokal bei sich zum späteren wiederholten Konsum abspeichern, sondern ist darauf angewiesen, dass der Inhalt auch zu dem späteren Zeitpunkt noch über die Zielplattform verfügbar ist.

- 243 Aus der Sicht der Werbekunden bedeutet die Beschränkung auf nur einen Player tendenziell ebenfalls eine geringere Reichweite der Zielplattform, als sie mit mehreren Playern möglich wäre, und damit einen geringeren Zuwachs an Kapazitäten für In-Stream-Video-Werbung, als ohne diese Beschränkung möglich wäre. Ist der Player DRM-fähig, hat die Nutzung dieser Fähigkeiten für die Werbekunden im Hinblick auf die Kapazitäten ambivalente Folgen. Einerseits kann die Verwendung von DRM die Attraktivität der Zielplattform, damit deren Reichweite und die Intensität ihrer Nutzung und damit wiederum den möglichen Kapazitätszuwachs bei In-Stream-Video-Werbeflächen verringern. Andererseits kann das DRM dazu eingesetzt werden, das Überspringen von Werbespots zu verhindern. Dies wiederum würde erhaltend auf den Kapazitätszuwachs wirken.
- 244 **(e)** Schließlich sind auch die Vereinbarung über die mindestens von den Beteiligten auf der Zielplattform ausschließlich entgeltfrei (werbefinanziert) verfügbar zu machende Inhalte, sowie die die Vereinbarung über die Verpflichtung beider Beteiligter, beim künftigen Erwerb von Lizenzen an Video-Inhalten Dritter sicherzustellen, dass diese auch über die von dem Gemeinschaftsunternehmen zu schaffende Zielplattform entgeltfrei zugänglich gemacht werden können, nicht unerlässlich.
- 245 Den wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, die einen Mindestumfang an werbefinanziert zugänglich zu machenden Content-Elementen festlegen, zielen zwar zumindest auch darauf ab, die Attraktivität der Zielplattform und damit die Zugriffszahlen zu steigern. Denn sie sorgen dafür, dass die Nutzer von Anfang an davon ausgehen können, auf der Zielplattform eine größere Mengen ihn interessierenden Contents vorzufinden. Damit können sie zugleich bewirken, dass höhere Kapazitätszuwächse bei der In-Stream-Video-Werbung schneller eintreten,

²³⁴ Beispielsweise kann das derzeit populäre mobile Endgerät iPad von Apple keine Inhalte anzeigen, die für den Flash-Player aufbereitet sind. Siehe <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Apple-Chef-Flash-ist-von-gestern-990303.html>.

als wenn die Zielplattform sich ihren Ruf als Aggregator vieler interessanter Inhalte erst erarbeiten müsste. Dennoch gehen die Vereinbarungen deutlich über das hinaus, was für eine „Anschubhilfe“ in der Startphase der Zielplattform erforderlich wäre. Die Wettbewerbsbeschränkung ist nicht auf Dauer unerlässlich.²³⁵ Es ist nicht erkennbar, warum die Verpflichtung zur Zugänglichmachung bestimmter Content-Elemente auf unbestimmte Zeit eingegangen werden muss, wenn es darum geht, die Zielplattform in ihrer Startphase schnell bekannt zu machen. Am Beispiel der US-amerikanischen Zielplattform Hulu ist deutlich zu erkennen, dass auch ein Zeitraum von 2 bis 3 Jahren ausreicht, eine hohe Bekanntheit zu erreichen. Angesichts des ohnehin schon umfangreichen Portfolios an Inhalten der Beteiligten ist ferner nicht erkennbar, warum für dieses Ziel die zusätzliche Verpflichtung erforderlich wäre, beim künftigen Erwerb von Lizenzen an Video-Inhalten Dritter sicherzustellen, dass diese auch über die von dem Gemeinschaftsunternehmen zu schaffende Zielplattform entgeltfrei zugänglich gemacht werden können.

III. Untersagung nach § 32 GWB

- 246 Die Beschlussabteilung macht von ihrem Ermessen Gebrauch, die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zusätzlich gemäß § 32 GWB zu untersagen.
- 247 Dabei war nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kein gesonderter Untersagungs tenor auf der Grundlage des § 32 GWB auszusprechen. Denn das Bundeskartellamt ist für beide Untersagungen zuständig und kann über die auf § 1 GWB und Art. 101 AEUV gestützte Untersagung im Zeitrahmen der Fusionskontrolle entscheiden. Es besteht dann kein Anlass, zwei verschiedene Untersagungsakte zu erlassen.²³⁶
- 248 Die Untersagung auf dieser Grundlage zusätzlich zur fusionskontrollrechtlichen Untersagung trägt den stark kooperativen und koordinierenden Zügen des Gemeinschaftsunternehmens Rechnung. Die Bedeutung der Wettbewerbsbeschränkungen für den bundesweiten Fernsehwerbemarkt ist erheblich und rechtfertigt eine Doppelkontrolle nach § 36 GWB und § 1 GWB, Art. 101 AEUV.

²³⁵ Nur vorübergehend unerlässliche Wettbewerbsbeschränkungen können auch nur für den Zeitraum ihrer Notwendigkeit freigestellt sein, vgl. Kommission, Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, Abl. 27.04.2004, C 101/97, Tz. 81

²³⁶ BGH, Beschluss v. 8. Mai 2011, KVR 12/99 – *Ostfleisch*, Seite 10f. der Beschlussausfertigung.

249 Die mit eMail-Schreiben vom 11. Februar 2011 von den Beteiligten vorgelegten Verpflichtungszusagen, die die von der Beschlussabteilung bereits mit Schreiben vom 3. Dezember 2010 mitgeteilten Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vereinbarungen über den Zusammenschluss mit §§ 1, 2 GWB bzw. Art. 101 AEUV ausräumen sollten, sind nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht geeignet, die dargestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen. Denn sie tragen aus der Sicht der Beschlussabteilung wesentlichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen nicht hinreichend Rechnung. Die Beteiligten haben es letztlich abgelehnt, das Gemeinschaftsunternehmen als eine offene technische Plattform unabhängig von den Fernsehinteressen der Muttergesellschaften zu etablieren. Die Koordinierungswirkungen bleiben daher unverändert insoweit bestehen. Das weitere Koordinierungsrisiko ist bei dieser Ausrichtung des Unternehmens erheblich.

D. Gebühren

250 [...]

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Wird Antrag auf Erteilung der Erlaubnis nach § 42 GWB gestellt, so beginnt die Frist für die Beschwerde mit der Zustellung der Verfügung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt im gleichen Zeitpunkt wie die Frist für die Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Topel

Dr. Bongard

Dubberstein

A.	Sachverhalt	3
I.	Zusammenschlussbeteiligte.....	3
1.	ProSiebenSat.1 Media AG, Unterföhring.....	3
2.	RTL interactive GmbH, Köln.....	4
II.	Das Vorhaben.....	6
III.	Gang des Verfahrens	8
IV.	Beigeladene	10
1.	Kabel Baden-Württemberg GmbH & Co. KG, Heidelberg.....	10
2.	Deutsche Telekom AG, Bonn	10
3.	Netlantic GmbH, Unterföhring	10
4.	Save.TV Ltd., Hamburg.....	11
5.	Kabel Deutschland GmbH, Unterföhring.....	11
6.	Westdeutscher Rundfunk, Köln	11
7.	Zweites Deutsches Fernsehen, Mainz.....	11
8.	Sky Deutschland AG, Unterföhring.....	12
B.	Fusionsprüfung	13
I.	Formelle (fusionsrechtliche) Untersagungsvoraussetzungen	13
1.	Zusammenschlusstatbestand.....	13
2.	Überschreiten der Umsatzschwellen	13
3.	Gemeinschaftsweite Bedeutung.....	13
II.	Materielle Untersagungsvoraussetzungen	14
1.	Bestehende duopolistische Marktbeherrschung von RTL und P7S1	14
a.	Marktabgrenzung.....	14

aa.	Sachliche Marktabgrenzung	14
bb.	Räumliche Marktabgrenzung	22
b.	Bestehendes marktbeherrschendes Duopol auf dem Fernsehwerbemarkt	24
aa.	Fehlender Binnenwettbewerb	24
(1)	Strukturmerkmale des Fernsehwerbemarktes bieten Anreiz zu implizit kollusivem Verhalten.....	25
(2)	Kein tatsächliches Wettbewerbsverhalten zwischen den Duopolisten	39
bb.	Kein Außenwettbewerb und keine gegengewichtige Marktmacht.....	46
(1)	Kein Außenwettbewerb	46
(2)	Hohe Marktzutritts- und Expansionsschranken	48
(3)	Keine gegengewichtige Marktmacht.....	51
(4)	Derzeit kein maßgeblicher Substitutionswettbewerb	52
2.	Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung.....	54
a.	Erhöhung der Reichweiten.....	55
b.	Überwiegende negative wettbewerbliche Folgen	57
aa.	Harmonisierung von Wettbewerbsparametern im Gemeinschaftsunternehmen.....	57
(1)	Auftraggeberkreis.....	59
(2)	Elemente des Geschäftsmodells für In-Stream-Video-Werbung durch Vorgabe der Inhalte und ihrer Verfügbarkeitsdauer.....	62
(3)	Harmonisierung bei technischen Wettbewerbsparametern.....	67
bb.	Inhalteabschottung zulasten von Wettbewerbsplattformen	70
cc.	Transparenzerhöhung durch gesellschaftsrechtliche Verflechtung	73
3.	Ungeeignetheit der Vorschläge der Nebenbestimmungen.....	75

a.	Anforderungen an die Nebenbestimmungen.....	75
b.	Keine hinreichenden Vorschläge der Beteiligten.....	77
c.	Keine Teiluntersagung ohne Angebot von Nebenbestimmungen.....	79
C.	Kartellverbot, §§ 1, 2 GWB, Art. 101 AEUV	80
I.	Tatbestand des Kartellverbots	80
1.	Vereinbarungen.....	80
2.	Wettbewerbsbeschränkung.....	82
3.	Kein Tatbestandsausschluss.....	84
a.	Abgrenzung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen 84	
b.	Kein Ausschluss des Kartellverbots durch FKVO.....	86
c.	Keine notwendigen Nebenabreden.....	87
4.	Spürbarkeit.....	90
5.	Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.....	90
II.	Keine Freistellung der Vereinbarungen.....	91
1.	Keine Freistellung per Gruppenfreistellungsverordnung	91
2.	Keine Einzelfreistellung, § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV	92
a.	Effizienzvorteile	93
b.	Unerlässlichkeit der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und angemessene Verbraucherbeteiligung.....	95
III.	Untersagung nach § 32 GWB.....	99
D.	Gebühren.....	100