



## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

1. Kabel Deutschland Holding AG,  
vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Adrian v. Hammerstein, Dr. Manuel  
Cubero del Castillo-Olivares, Erik Adams, Dr. Andreas Siemen  
Betastraße 6-8  
85774 Unterföhring  

– Beteiligte zu 1) –
2. Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH,  
vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Adrian v. Hammerstein, Dr. Manuel  
Cubero del Castillo-Olivares, Erik Adams, Dr. Andreas Siemen  
Betastraße 6-8  
85774 Unterföhring  

– Beteiligte zu 2) –
- Verfahrensbevollmächtigte zu 1) und 2):  
Rechtsanwälte Hengeler Mueller  
Dr. Albrecht Conrad  
Dr. Wolfgang Spoerr  
Dr. Christoph Stadler  
Behrenstr. 42  
10117 Berlin –
3. RTL Television GmbH,  
vertreten durch die Geschäftsführerin Anke Schäferkordt  
Picassoplatz 1  
50679 Köln

– Beteiligte zu 3) –

- Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer  
Dr. Michael Esser  
Dr. Fabian Dietrich  
Im Zollhafen 24  
50678 Köln –

4. RTL 2 Fernsehen GmbH & Co. KG,  
vertreten durch den Geschäftsführer Jochen Starke,  
Lii-Dagover-Ring 1  
82031 Grunwald

- Beteiligte zu 4) –

5. RTL Disney Fernsehen GmbH & Co. KG,  
vertreten durch den Geschäftsführer Claude Schmit,  
Picassoplatz 1  
50679 Köln

- Beteiligte zu 5) -

6. ProSiebenSAT.1 Media AG,  
vertreten durch den Vorstand Thomas Ebeling, Axel Salzmann, Conrad Albert,  
Dr. Christian Wegner, Heidi Stopper,  
Medienallee 7  
85774 Unterföhring

– Beteiligte zu 6) –

- Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Gleiss Lutz  
Dr. Ulrich Denzel  
Dr. Moritz Holm-Hadulla  
Maybachstr. 6  
70469 Stuttgart –

7. Fachverband für Rundfunkempfangs- und Kabelanlagen (FRK)  
Bergmannstraße 26  
01979 Lauchhammer

– Beigeladene zu 7) –

- Verfahrensbevollmächtigter:  
MMR Müller Müller Rößner Rechtsanwälte  
Sören Rößner  
Mauerstr. 6610117 Berlin –

8. Eutelsat VisAvision GmbH  
Im Mediapark 6a  
50670 Köln

– Beigeladene zu 8) –

- Verfahrensbevollmächtigter:  
Rechtsanwälte Heuking Kühn Lüer Wojtek  
Dr. Philip Kempermann  
Georg-Glock-Str. 4  
40474 Düsseldorf –

9. Sky Deutschland AG  
Medienallee 4  
85774 Unterföhring

– Beigeladene zu 9) –

10. Vodafone D2 GmbH  
Am Sestern 1  
40547 Düsseldorf

– Beigeladene zu 10) –

11. Mitteldeutscher Rundfunk  
Kantstraße 71-73  
04227 Leipzig

– Beigeladene zu 11) –

12. Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF)  
ZDF-Straße 1  
55127 Mainz

– Beigeladene zu 12) –

- Verfahrensbevollmächtigter zu 11) und 12):  
Rechtsanwälte Haver & Mailänder  
Prof. Dr. K. Peter Mailänder  
Lenzhalde 83-85  
70192 Stuttgart –

13. Deutsche Telekom AG (DTAG)  
Friedrich-Ebert-Allee 140  
53113 Bonn

– Beigeladene zu 13) –

zur Prüfung möglicher Verstöße gegen § 1 GWB, Art. 101 AEUV hat die 7. Beschlussabteilung am 27. Dezember 2012 beschlossen:

**I. Die folgenden Zusagen der Beteiligten zu 3), 4), 5) und 6) werden für bindend erklärt:**

**1. Unverschlüsselte Verbreitung der SD-Signale:**

**RTL, RTL 2, SuperRTL und P7S1 verpflichten sich, die digitalen Programmsignale ihrer Programme RTL: RTL Television, VOX und n-tv; RTL 2; SuperRTL; P7S1: Sat.1, ProSieben und Kabel 1 in SD-Qualität auf den Übertragungswegen Kabel, Satellit und leitungsbasiertes Fernsehen über Internet (letzteres mit Ausnahme von IP-TV-Plattformen, die von Unternehmen ohne eigenes Netz oder von Unternehmen mit eigenem Netz, aber außerhalb ihres Netzes betrieben werden) ab dem 01.01.2013 unverschlüsselt zur linearen Verbreitung bzw. Weitersendung in Deutschland zur Verfügung zu stellen und keine Verschlüsselung dieser Signale zu verlangen. Sie werden das unverschlüsselte SD-Angebot ab diesem Zeitpunkt für einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren aufrecht erhalten.**

**RTL, RTL 2, SuperRTL und P7S1 verpflichten sich zu diesem Zweck, gegenüber Betreibern der oben genannten Übertragungswege in die Verbreitung ihrer Programme – in jedweder Übertragungsqualität – nur dann einzuwilligen oder eine Verbreitung durch diese nur dann zu dulden, wenn auch die in Satz 1 genannte unverschlüsselte SD-Übertragung sichergestellt ist.**

**Sofern gegenüber dem Betreiber eines Übertragungswegs die unverschlüsselte Verbreitung der SD-Signale erst zu einem späteren Zeitpunkt durchgesetzt werden kann, beginnt die 10-Jahres-Frist gegenüber diesem Betreiber mit diesem Zeitpunkt.**

**Die verbreiteten SD-Signale der o.g. Programme von RTL, RTL 2, SuperRTL und P7S1 müssen dabei jeweils mindestens der Bildqualität entsprechen, die die Programme am 31.12.2011 besessen haben.**

- 2. Diese Verpflichtungen entfallen, sofern ein Übertragungsweg- oder Plattformbetreiber dazu übergeht, sämtliche in seinem Netz verbreiteten SD-Programmsignale zu verschlüsseln. Voraussetzung für eine verschlüsselte Verbreitung in diesem Sinne ist jedoch, dass a) der Übertragungsweg- oder Plattformbetreiber alle so verbreiteten SD-Programmsignale verschlüsselt, b) die Freischaltung der verschlüsselten SD-Programmsignale der unter Ziff. 1 genannten Sender immer im Anschluss bzw. Zugang des Endkunden enthalten ist und keine zusätzlichen Entgelte für den Endkunden anfallen.**
  - 3. Im Falle einer Verschlüsselung der Programmsignale der oben genannten Programme in SD-Qualität auf IP-TV-Plattformen, die von Unternehmen ohne eigenes Netz oder von Unternehmen mit eigenem Netz, aber außerhalb ihres Netzes betrieben werden, darf diese nicht mit Beschränkungen der Aufzeichnungs-, Sprung- und Vorlauffunktion bei der Wiedergabe einhergehen.**
- II. Das Verfahren wird nach Maßgabe des § 32b Abs. 1 S. 2 GWB eingestellt.**
  - III. Der Widerruf der Verfügung bleibt vorbehalten.**
  - IV. Die Gebührenfestsetzung bleibt einer gesonderten Entscheidung vorbehalten.**

#### **A.**

#### **Sachverhalt**

Nach vorläufiger Beurteilung geht die Beschlussabteilung davon aus, dass sich RTL und P7S1 spätestens Anfang des Jahres 2005 verständigt haben, ihre bisher unentgeltlich und unverschlüsselt empfangbaren Free-TV-Programme für ihr gesamtes Geschäft und alle Übertragungswege künftig nur noch verschlüsselt und gegen ein zusätzliches Entgelt zu verbreiten. Im Zusammenhang mit dieser Grundsatzentscheidung haben die beiden Sendergruppen zusätzlich verschiedene flankierende Vereinbarungen, insbesondere zur Durchsetzung von Signalnutzungsbeschränkungen, getroffen. In späteren Verhandlungen mit Übertragungswegbetreibern haben die beiden Sendergruppen dann versucht, ihre Grundvereinbarung umzusetzen. Die Vereinbarungen über die Programmverbreitung mit dem Kabelnetzbetreiber KDG wurden 2005/2006 umgesetzt, weitere Verbreitungsverträge mit anderen Übertragungswegbetreibern folgten. Die Vereinbarungen sind – mindestens teilweise – auch heute noch Gegenstand von Verträgen mit Übertragungswegbetreibern, wobei die Vereinbarungen – insbesondere bei der Entgelthöhe und dem Umfang der Signalnutzungsbeschränkungen – teilweise bisher nicht praktiziert werden.

Die Grundverschlüsselung liegt dabei im allseitigen wirtschaftlichen Interesse, da alle Beteiligten – auch KDG als Übertragungswegbetreiber – zusätzliche Einnahmen durch die Verschlüsselung von den Endkunden erzielen.

## **I. Beteiligte Unternehmen**

### **1. Kabel Deutschland GmbH und Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH, Unterföhring**

Die Kabel Deutschland GmbH, Unterföhring (im Folgenden: **KDG**), betreibt das ehemalige Breitbandkabelnetz der Deutschen Telekom AG im gesamten Bundesgebiet mit Ausnahme der Länder Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg. Neben dem Betrieb von Breitbandkabelnetzen der Netzebene (NE) 3 und NE4 in den genannten Regionen umfasst die Tätigkeit der KDG die Übertragung und Vermarktung analoger und digitaler Rundfunksignale. Zudem erbringt die KDG technische Dienstleistungen für Programmanbieter, insbesondere die Einspeisung von Rundfunksignalen in das Kabelnetz, und bietet Endkunden Breitbandinternet- und -telefoniedienste über ihr Kabelnetz an. Über die Netze von KDG werden insgesamt ca. 9 Mio. Wohneinheiten versorgt. Im Geschäftsjahr 2010/2011 erzielte KDG einen konsolidierten Gesamtumsatz von 1.599 Mio. EUR.

Der Großaktionär Providence Equity Partners, Inc. hat zwischenzeitlich seine Anteile an KDG veräußert. Die Anteile befinden sich im Streubesitz. KDG wird von keinem einzelnen Unternehmen mehr kontrolliert.

KDG gehören sämtliche Anteile an der Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG, Unterföhring, die Vertragspartner der hier zu beurteilenden Verträge ist. Das Unternehmen führt einen großen Teil der operativen Geschäfte von KDG. Sie betreibt das Kabelnetz, die digitale Plattform und hält die wesentlichen Vertragsbeziehungen zu Kunden und Lieferanten. Die Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG ist aufgrund einer internen Umstrukturierung im Sommer 2011 erloschen; ihre Rechtsnachfolgerin firmiert jetzt unter dem Namen Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH (im Folgenden: **KDVS**). KDVS führt seit dem 01.08.2011 die Aufgaben der früheren Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG aus.

## 2. RTL Group Deutschland GmbH, Köln

Die Geschäftstätigkeit der RTL Group Deutschland GmbH, Köln (im Folgenden: **RTL**), umfasst die Ausstrahlung von Fernseh- und Radiosendungen sowie die Programmproduktion und den Handel mit Ausstrahlungsrechten.

RTL gehört zu 100% der RTL Group Germany S.A., Luxemburg, die eine 100%ige Tochtergesellschaft der CLT-UFA S.A., Luxemburg, ist. Diese ist ihrerseits eine 99,72%-ige Tochtergesellschaft der RTL Group S.A., Luxemburg, die zu 90,94% der Bertelsmann Capital Holding GmbH, Gütersloh, gehört, bei der es sich um eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Konzernmutter Bertelsmann AG, Gütersloh, handelt.

RTL hält über ihre 100%-ige Tochtergesellschaft UFA Film und Fernseh GmbH, Köln, sämtliche Anteile an der RTL Television GmbH, Köln, die das Vollprogramm RTL Television veranstaltet. Die RTL Television GmbH, Köln, hält zudem sämtliche Anteile an dem Nachrichtensender n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH, Köln sowie – über ihre alleinige Tochtergesellschaft VOX Holding GmbH, Köln – 99,7% der Anteile an der VOX Television GmbH, Köln, die das Vollprogramm VOX veranstaltet.

RTL verfügt darüber hinaus über ihre alleinige Tochter RTL Group Vermögensverwaltungs GmbH über 50% der Anteile an der RTL Disney Fernsehen GmbH & Co. KG, Köln (im Folgenden: **SuperRTL**), die das Kinderprogramm Super RTL veranstaltet. Insoweit besteht jedenfalls keine Alleinkontrolle, die RTL eine alleinige Gestaltung der Vertragsverhältnisse erlauben würde. An der RTL 2 Fernsehen GmbH & Co. KG, Grünwald (im Folgenden: **RTL II**), die das Vollprogramm RTL II veranstaltet, hält die Bertelsmann-Gruppe insgesamt 35,9% der Anteile. Das Unternehmen ist damit größter Gesellschafter, verfügt aber ebenfalls zumindest nicht über Alleinkontrolle. Dabei ist Bertelsmann über zwei Stränge an RTL II beteiligt: Zum einen hält RTL über die UFA Film und Fernseh GmbH, Köln 8,6% der Anteile an der RTL 2 Fernseh GmbH & Co. KG, zum anderen liegen 27,3% der Anteile an diesem Unternehmen bei der (mittelbaren) RTL-Muttergesellschaft CLT-UFA S.A., Luxemburg. An der RTL 2 Fernseh GmbH & Co. KG sind daneben noch die Kommanditgesellschaft Heinrich Bauer Verlag, Hamburg, sowie die Teile-München Fernseh-GmbH & Co. Medienbeteiligungs KG, München, mit je 31,5% der Anteile sowie die Hubert Burda Media GmbH mit einer Beteiligung von 1,1% beteiligt. Beide Unternehmen sind auch an den hier zu prüfenden Vereinbarungen beteiligt. RTL fungiert dabei als sog. "Garant" für eine zentrale Vereinbarung, in der die Modalitäten der Grundverschlüsselung geregelt werden, aus der die einzelnen Sendeunternehmen Rechte ableiten können.

Überdies veranstaltet RTL durch seine alleinige mittelbare Tochter RTL Television GmbH, Köln, die Pay-TV-Programme RTL Crime und RTL Passion. Die RTL Television GmbH, Köln, hält zudem 50,4% der Anteile an der Passion GmbH, die den Pay-TV-Kanal RTL Passion veranstaltet; die übrigen Anteile gehören ebenfalls zur RTL-Gruppe.

Für eine graphische Darstellung der Beteiligungsverhältnisse wird auf die Homepage der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich verwiesen (vgl. <http://www.kek-online.de/cgi-bin/esc/beteiligung.html#Sendergruppierungen>, Link "RTL Group").

### 3. P7S1

Die ProSiebenSat.1 Media AG, Unterföhring (im Folgenden: **P7S1**), ist ähnlich wie RTL im Bereich der Ausstrahlung von Fernsehsendungen sowie der Programmproduktion und dem Handel mit Ausstrahlungsrechten tätig. P7S1 sind die Fernsehprogramme Sat.1, ProSieben, Sixx und Kabel 1 sowie bis August 2011 der Transaktionssender 9Live zuzurechnen, der den Sendebetrieb mittlerweile eingestellt hat. Das Unternehmen fungiert als Holdinggesellschaft der Senderfamilie im In- und Ausland.

Über seine 100%-ige Tochtergesellschaft ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH hält das Unternehmen jeweils sämtliche Anteile an der Sat.1 Satelliten-Fernsehen GmbH, Unterföhring, die das Vollprogramm Sat.1 veranstaltet, an der kabel eins Fernsehen GmbH, Unterföhring als Veranstalter des Vollprogramms kabel eins sowie an der ProSieben Television GmbH, Unterföhring, die das Vollprogramm ProSieben veranstaltet.

Das Unternehmen veranstaltet außerdem über seine 100%-ige Tochter SevenSenses GmbH, Unterföhring, die Pay-TV-Sender Sat.1 Comedy sowie kabel eins classics.

P7S1 wird von einem Konsortium der Finanzinvestoren Kohlberg Kravis Roberts & Co. (KKR) und Permira kontrolliert. Beide Private-Equity-Unternehmen sind darüber hinaus im Fernsehbereich in Deutschland derzeit nicht tätig.

Für eine graphische Darstellung der Beteiligungsverhältnisse wird auf die Homepage der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich verwiesen (vgl. <http://www.kek-online.de/cgi-bin/esc/beteiligung.html#Sendergruppierungen>, Link "ProSiebenSat.1 Media AG").

## **II. Entstehung der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen**

Zunächst hatte es im Bereich der kabelgebundenen Fernsehübertragung Bestrebungen des Kabelnetzbetreibers KDG gegeben, die Verschlüsselung der TV-Signale in seinem Netz einzuführen und zur Einspeisebedingung für die TV-Sender zu erheben, was von den beiden Sendergruppen jedoch zunächst abgelehnt wurde. Nach vorläufiger Beurteilung der Beschlussabteilung entwickelten RTL und P7S1 gleichwohl in der Folgezeit gemeinsam die Idee, ihre Programmsignale zu verschlüsseln. Zu diesem Zwecke beabsichtigten RTL und P7S1 zunächst die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zur verschlüsselten Satellitenverbreitung. In der Folge begannen die Sendergruppen damit, diesen Plan umzusetzen und ihre Ziele in Verhandlungen mit Übertragungswegbetreibern durch die Ausarbeitung entsprechender Verträge zu verwirklichen. Teilweise verliefen die Handlungsstränge zeitlich parallel, insbesondere die Überlegungen zur Ausgestaltung der Verschlüsselung der Satellitenübertragung (Projekte „Blue“ und „Dolphin“) und die Verhandlungen mit KDG.

Trotz dieser Verknüpfung der Verhandlungen und den daraus resultierenden Wechselwirkungen wird der Ablauf der Verhandlungen im Interesse besserer Verständlichkeit der Vereinbarungen im Folgenden für den Bereich der Satellitenübertragung und der Übertragung im Kabelnetz von KDG getrennt dargestellt.

### **1. Projekt Blue: Geplantes Gemeinschaftsunternehmen von RTL und P7S1**

Im Verlauf des Jahres 2004 begannen die beiden Sendergruppen RTL und P7S1 mit einem Gedankenaustausch darüber, wie man den wirtschaftlichen Risiken durch die Digitalisierung begegnen könne; in dessen Verlauf entstand die Idee einer gemeinsamen Digital-Plattform. Als praktische Umsetzung vereinbarte RTL mit P7S1 für den Bereich der Satellitenverbreitung zunächst, eine eigene technische Plattform aufzubauen und hierzu ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen. Dem Plan, ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen und fusionskontrollrechtlich anzumelden, stimmten die Gremien der Sendergruppen zu Beginn des Jahres 2005 zu. Am 07.02.2005 wurde die Europäische Kommission über das Vorhaben, ein Gemeinschaftsunternehmen zum Aufbau einer digitalen Plattform zu gründen, informiert. Nach Vorgesprächen und der Übersendung eines Anmeldeentwurfs verneinte die Kommission die sog. Vollfunktion des geplanten Gemeinschaftsunternehmens (Art. 3 Abs. 4 FKVO). Deshalb legten die beiden Sendergruppen am 15.04.2005 dem Bundeskartellamt den Entwurf einer Anmeldung vor. Am 27.04.2005 fand ein Gespräch mit Vertretern der beiden Sendergruppen und Vertretern der 6. und 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts statt. In diesem Gespräch wurde den

Vertretern signalisiert, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben voraussichtlich nicht genehmigungsfähig sei.

In der Folge wurde das Vorhaben deshalb nicht angemeldet und nach Angaben der Sendergruppen nicht mehr weiterverfolgt.

## **2. Projekt Dolphin**

Bereits im Rahmen der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Blue hatten die Sendergruppen zum Zwecke der Einführung der Grundverschlüsselung nach vorläufiger Erkenntnis der Beschlussabteilung einen detaillierten Alternativplan erarbeitet und miteinander abgestimmt, der ein Vorgehen im Wege bilateraler vertikaler Verträge mit Astra vorsah. Unmittelbar im Anschluss an die Besprechung im BKartA am 27.04.2005, in der den Unternehmen von der 6. und 7. Beschlussabteilung mitgeteilt wurde, dass das Gemeinschaftsunternehmen voraussichtlich keine Aussichten auf kartellrechtliche Genehmigung hätte, verständigten sich Vertreter von RTL und P7S1 darauf, diesen Alternativ-Plan („Plan B“), wieder aufzugreifen.

Nach Ansicht der Beschlussabteilung wurde bei beiden Sendergruppen Einvernehmen darüber erzielt, dass der Abschluss bilateraler Verträge mit Astra bzw. KDG als Verschlüsselungsdienstleister die nunmehr beste Option sei. In der Folgezeit kam es parallel zu den Vertragsverhandlungen mit Astra zu zahlreichen Treffen und persönlichen oder telefonischen Kontakten zwischen Vertretern der Sendergruppen mit dem Zweck, die Vertragsverhandlungen mit Astra zu koordinieren, den Wettbewerber über Verhandlungsziele und Verhandlungserfolge in Kenntnis zu setzen, anstehende Verhandlungsschritte zu planen sowie über Verhandlungsangebote der Marktgegenseite zu informieren. Ziel der Abstimmungen war neben dem Schutz des bestehenden Fernsehwerbe-geschäfts und der gemeinsamen Umsetzung von Verschlüsselungs- und Signalbeschränkungsmaßnahmen – wie auch schon im Projekt Blue – einen zusätzlichen Erlösstrom zu schaffen.

Zwischen Juni und August 2005 übersandte Astra den beiden Sendergruppen verschiedene Angebote und Konzeptpapiere zur Umsetzung der Verschlüsselungs- und Entgelterhebungspläne und zugehörige Finanzierungsmodelle. Mit Bezug auf die von Astra angebotenen Finanzierungsmodelle kam es im Juli 2005 zu einem Gespräch zwischen Vertretern von RTL und der ProSiebenSat.1 Media AG, in dem sie ihre jeweilige Einschätzung der Finanzierungsmodelle austauschten. Am 10.08.2005 übersandte Astra den beiden Sendergruppen ein überarbeitetes Angebotsschreiben. In diesem kam Astra den Vorstellungen der Sendergruppen entgegen und schlug nunmehr ein Umsatzbeteiligungsmodell vor. Am 30.08.2005 gab es nach der bisherigen Erkenntnis der Beschlussabteilung ein weiteres Gespräch zwischen Vertretern der beiden Sen-

dergruppen über das Finanzierungsmodell und die Aufteilung der Erlöse, in dem beide die gegenwärtige Astra-Verhandlungsposition und ihre möglichen Reaktionen darauf austauschten. Insbesondere ging es dabei um die Aufteilung der Einnahmen zwischen den Projektbeteiligten Astra, RTL und P7S1. Am 02.09.2005 fand bei Sat.1 in Berlin ein Treffen zwischen Vertretern der Sendergruppen statt, das sich dem weiteren Vorgehen in den Bereichen Satellit und Kabel widmete. Bei dem Treffen verständigten sich beide Seiten auf die Empfehlung, bis spätestens 2009, jedoch nicht vor Ablauf der bestehenden Verträge, auch die DVB-T-Ausstrahlung zu verschlüsseln. Zudem verständigten sich die Vertreter der Sendergruppen – wahrscheinlich ebenfalls bei diesem Treffen – darüber, wie das Verhältnis der Satelliten-Plattform zu Premiere ausgestaltet werden solle. Dies umfasste sowohl die Entgelte, die Premiere der Satelliten-Plattform zahlen sollte, sowie die Aufteilung dieser Entgelte unter den Sendergruppen.

Zu Beginn des Jahres 2006 kamen die Umsetzungsverhandlungen zwischen Astra und den beiden Sendergruppen ins Stocken. Zwar planten beide Sendergruppen, noch im Januar 2006 einen Vertrag mit Astra abzuschließen. Jedoch sah sich P7S1 unmittelbar vor dem geplanten Abschluss nicht in der Lage, die Verträge mit Astra zu unterzeichnen. Durch den geplanten Erwerb von P7S1 durch Springer und die damit einhergehenden kartellrechtlichen Probleme verlangsamte sich das Tempo bei P7S1 so sehr, dass Anfang 2006 zwischen den Unternehmensspitzen von P7S1 und RTL die Möglichkeit eines einseitigen Vertragsschlusses durch RTL diskutiert wurde; RTL war dazu aber nicht bereit.

Am 25.01.2006 teilte Astra dann P7S1 mit, dass man das Projekt in der gegenwärtigen Ausgestaltung zeitweilig stoppen und realistischer Weise erst im ersten Quartal 2007 starten werde.

Am 03.02.2006 teilte das BKartA den beiden Sendergruppen und Astra mit, dass gegen sie von Amts wegen ein Kartellverwaltungsverfahren wegen des Verdachts auf Verstoß gegen § 19 GWB und Art. 82 EG durch das Projekt "Dolphin" eingeleitet wurde. Am 24.03.2006 wurde den Sendergruppen mittgeteilt, dass nunmehr auch wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen § 1 GWB und Art. 81 EG ermittelt werde. Auch während dieses Verwaltungsverfahrens verhandelten die Sendergruppen weiter mit Astra.

RTL und Astra unterzeichneten die Verträge am 31.07.2006. P7S1, die noch keine Verträge unterzeichnet hatte, erklärte im Dezember 2006 gegenüber der Beschlussabteilung, dass das Unternehmen von dem Projekt Abstand nehme. Astra erklärte schließlich im Frühjahr 2007 ebenfalls die Verschlüsselungspläne für beendet. Kurz vor dieser Bekanntgabe von Astra hatte am 17.01.2007 ein Gespräch zwischen Astra und P7S1 darüber stattgefunden, wie es mit dem gemeinsamen Plattformprojekt weitergehen könne. Danach sehe das „neue“ Entavio Modell (das Projekt Dolphin hatte kurz zuvor seinen Namen zu Entavio gewechselt) vor, dass Entavio

das „Gateway“ zu einer „value added service world“ sein solle, wobei diese Mehrwertdienste, insbesondere HD und Pay-TV sein sollten. Die bisherigen SD-Signale sollten unverschlüsselt verbreitet werden, jedoch auf längere Sicht ebenfalls verschlüsselt werden. Ein Vorstandsmitglied von P7S1 stellte daraufhin in Aussicht, dass sich auch P7S1 mit seinen Programmen daran beteiligen und auch Werbung für die Plattform machen würde.

### **3. Verhandlungen mit KDG**

Im Verlauf des Jahres 2005 fanden intensive Verhandlungen zwischen KDG und den beiden Sendergruppen über die weitere Verbreitung der Programme statt. Im Jahr 2003 hatte die Deutsche Telekom die Verträge zwischen KDG sowie den anderen Kabelnetzbetreibern und den Sendern zum 31.12.2005 gekündigt, die die Telekom noch vor der Veräußerung ihrer Breitbandnetze als Betreiberin über die Einspeisung geschlossen hatte. Die drei Regionalgesellschaften, die aus der Aufteilung und Veräußerung der Kabelnetze durch die Telekom hervorgegangen waren, mussten zu diesem Termin neue Einspeiseverträge abschließen.

Für den Bereich der kabelgebundenen Fernsehübertragung kam es nach Auffassung der Beschlussabteilung erstmals im Dezember 2004 zu einem Gespräch zwischen RTL und P7S1 unter Anwesenheit von KDG. Dabei wurde erörtert, unter welchen Bedingungen im Bereich der Kabelübertragung eine Verschlüsselung der Signale stattfinden könnte. Im Verlauf des Jahres 2004 war dem der Versuch von KDG vorausgegangen, selbst eine Verschlüsselung der TV-Signale in ihrem Netz einzuführen, was jedoch nicht zuletzt am Widerstand der beiden Sendergruppen gescheitert war.

Nach diesem gemeinsamen Termin der Sendergruppen mit KDG wurden die Verhandlungen mit der KDG und später mit den übrigen großen NE3-Kabelnetzbetreibern bilateral geführt. Während dieser bilateralen Verhandlungen bestand zwischen den Verhandlungsbeteiligten beider Sendergruppen ein durchweg enger Kommunikationsfaden, dessen Ziel es war, die Umsetzung wesentlicher – und oft auch kleinteiliger – Details der ursprünglichen Ziele abzustimmen, aber auch Erfolge bei der Umsetzung der vereinbarten Ziele mitzuteilen.

Am 14.02.2005 trafen sich Unternehmensleiter von RTL und P7S1 und besprachen – neben anderen Punkten – auch den weiteren Ablauf der Kabelverhandlungen. Während die Frage der verschlüsselten Ausstrahlung zu diesem Zeitpunkt zwischen KDG und den Sendergruppen unstrittig war, drehten sich die Verhandlungen in der Folgezeit insbesondere um die Höhe der monatlichen haushaltsbezogenen sowie die jährlich garantierten Entgelte, die ab einem Meilenstein an die Sender zu zahlen waren. Dementsprechend kam es zu einem engeren Austausch

insbesondere über finanzielle Verhandlungsdetails. Beispielsweise wurde am 03.05.2005 – eine Woche nach der Ablehnung des Bundeskartellamts hinsichtlich des Gemeinschaftsunternehmens Blue – von RTL an P7S1 das Dokument „Head of Agreements“ weitergeleitet, das RTL von KDG erhalten hatte. Dieses Dokument, datiert auf den 28.04.2005, fasste den Stand der Verhandlungen zwischen KDG und RTL zusammen. Es enthielt Informationen über Zeitpläne und als Anlage 3 auch eine Aufstellung der konkreten Entgelte, die für die einzelnen Meilensteine vorgesehen waren. RTL wies zugleich darauf hin, dass dieser Stand für RTL noch nicht akzeptabel sei.

Im Sommer 2005 begannen die Sendergruppen die Verhandlungen mit den übrigen großen Kabelnetzbetreibern. Auch über diese Verhandlungen tauschten sie sich aus. Beispielsweise erhielt RTL im Juli 2005 Informationen von P7S1 über deren Verhandlungsposition gegenüber Unitymedia.

Um die Verhandlungsstrategie gegenüber den Kabelnetzbetreibern abzustimmen, fand am 25.07.2005 ein ausführliches Gespräch zwischen RTL- und P7S1-Vertretern zur Abstimmung der Verhandlungspositionen im Detail statt. In diesem Gespräch wurde der Verhandlungsstand der beiden Sendergruppen hinsichtlich der Einspeiseverträge mit KDG im Speziellen, aber auch mit anderen Kabelnetzbetreibern im Allgemeinen ausgetauscht. Gegenstand dieses Gespräch waren insbesondere die Entgelte, die ab bestimmten Meilensteinen verlangt werden sollten, sowie die Verhandlungsstrategie, mit der man den Kabelnetzbetreibern gegenüber auftreten wollte.

Eine Einigung mit den Kabelnetzbetreibern wurde in diesem Stadium der Verhandlungen noch nicht erzielt. Während die Verhandlungen nach Darstellung von KDG im August und September zunächst nicht fortgesetzt wurden, wurden die Verhandlungen zwischen den Sendergruppen und Unitymedia sowie KBW zu diesem Zeitpunkt intensiviert.

Währenddessen ruhten die Kontakte zwischen den Sendergruppen nicht. Auch im Herbst 2005 wurden mehrfach Informationen über den jeweiligen Verhandlungsstand sowie die aktuellen Zielsetzungen ausgetauscht.

Am 21.12.2005 wurden die Verträge zwischen KDG und RTL geschlossen, die Verträge zwischen KDG und P7S1 folgten am 02.02.2006. Die geschlossenen Verträge wurden in der Folge umgesetzt und über mehrere Jahre hinweg praktiziert. Sie enthielten die vier wesentlichen Elemente der Grundvereinbarung, nämlich die Verschlüsselungspflicht, Vorgaben zum gemeinsamen Vorgehen und zur Paketierung, Entgeltlichkeit sowie – wenn auch in reduziertem Umfang – Regelungen zu Signalnutzungsbeschränkungen (dazu im einzelnen sogleich). Tatsächlich

praktiziert wurden zwischen 2006 und 2011/2012 die Verschlüsselung in SD-Qualität sowie diesbezügliche Entgelte, nicht aber die Signalnutzungsbeschränkungen. Aktuell berechnet KDG ihren Endkunden, deren Kabelanschlussgebühren über die Mietnebenkosten abgerechnet wird, lt. Mitteilung auf der KDG-Website 2,90 EUR pro Monat für den Bezug des SD-Digitalpakets.

Die Verträge zwischen KDG und den Sendergruppen aus 2005/2006 bestehen im Wesentlichen jeweils aus dem Standardangebot von KDG, das als solches jeweils nur unwesentlich modifiziert wurde. Darüber hinaus wurden jeweils Zusatzvereinbarungen geschlossen, die Vorrang gegenüber den Regelungen im Standardangebot besitzen und in einigen Bereichen wesentliche Abweichungen von den Regelungen dort aufweisen.

Die 2005 geschlossenen Verträge zwischen KDG und RTL bestehen zunächst aus einem Einspeisevertrag mit vier Anlagen. Dieser Teil des Vertragswerks entspricht weitgehend dem Standardangebot von KDG aus Herbst 2005. In Anlage 1 sind dabei die technischen und betrieblichen Anforderungen an das einzuspeisende Fernsehsignal spezifiziert, Anlage 2 enthält die Maßnahmen zum Programmschutz, die KDG sicherzustellen hat, und Anlage 3 die Höhe der an KDG zu zahlenden Einspeiseentgelte. Anlage 4 enthält eine Kabelweisersendelizenz für KDG. Daneben wurde ein Zusatzvertrag geschlossen (im Folgenden: **RTL-ZV**), in dem verschiedene Modifikationen des Standardangebots, insbesondere auch die Entgelte zugunsten von RTL, enthalten sind. Der RTL-ZV beinhaltet in Anlage 1 eine Vereinbarung über die Nutzung der RTL-Marken, Anlage 2 enthält eine sog. Protokollnotiz, die das gemeinsame Verständnis des Einspeisevertrags enthält und dessen Modifikation in einigen Punkten anordnet.

Die Verträge zwischen KDG und P7S1 enthalten ebenfalls einen Einspeisevertrag mit den Anlagen 1 bis 3. Dieser Teil des Vertragswerks entspricht wiederum weitgehend dem Standardangebot von KDG aus Herbst 2005; Anlage 4 fehlt allerdings. In Anlage 1 sind die technischen und betrieblichen Anforderungen an das einzuspeisende Fernsehsignal spezifiziert, Anlage 2 enthält die Maßnahmen zum Programmschutz, die KDG sicherzustellen hat, und Anlage 3 regelt die Höhe der an KDG zu zahlenden Einspeiseentgelte. Daneben wurde zwischen KDG und P7S1 ein sog. Vertrag über die Markennutzung und Verschlüsselungssysteme (im Folgenden: **P7S1-MuVV**) geschlossen, der insbesondere die Regelungen über die Entgelte für P7S1 enthält. In Anlage 1 sind die lizenzierten Marken aufgeführt, Anlage 2 enthält Korrekturen an den Regelungen des Einspeisevertrags, und Anlage 3 regelt die Konditionen für Werbebuchungen der KDG bei P7S1. Darüber hinaus wurden zwei Änderungsvereinbarungen zum P7S1-MuVV geschlossen, durch die insbesondere die Zahlungsmodalitäten der sog. Media-Leistungen (dabei handelte es sich um eine Bezahlung in Gestalt der Buchung von Fernsehwerbung) verändert wurden.

Inhaltlich enthalten beide Vertragswerke Regelungen zur Verschlüsselung, zur Entgeltlichkeit, zur gemeinsamen Verbreitung und Paketierung („Most Basic Digital Tier“) und zu Signalnutzungsbeschränkungen. Die Regelungen zur Verschlüsselung befinden sich in den Verträgen mit RTL in Ziff. [...]. [...]

In Bezug auf P7S1 galten diese Regelungen bis zum 01.07.2011. Zu diesem Zeitpunkt wurden die alten Einspeiseverträge durch neue Verträge abgelöst. Diese wurden mit den einzelnen Sendeunternehmen der P7S1-Gruppe geschlossen (im Folgenden gemeinsam: **P7S1-EV 2011**). Darüber hinaus wurden überwiegend zwischen allen beteiligten Unternehmen einschließlich der Muttergesellschaften ein "Zusatz- und Rahmenvertrag" (im Folgenden: **P7S1-RahmenV 2011**), der im Wesentlichen die Motive der Parteien festhält und die Vertragseinheit sicherstellt, sowie ein "Kooperationsvertrag" (im Folgenden: **P7S1-KoopV 2011**), der die zentralen Bedingungen der verschlüsselten Verbreitung enthält, geschlossen. Hinzu kommt ein "Vertrag über die digitale Einspeisung und Verbreitung der ProSiebenSat.1 HD-Programme" (im Folgenden: **P7S1-HD 2011**). Darüber hinaus wurden ein Pay-TV-Vertrag sowie ein Markenlizenz- und Dienstleistungsvertrag für VOD geschlossen, die jedoch nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind.

In den neuen Verträgen finden sich Regelungen zur Verschlüsselung für SD in Ziff. [...]. [...]

Bei RTL waren die Verträge aus dem Jahr 2005 ein Jahr länger, nämlich bis 01.07.2012, in Kraft. Auch dort wurden die Vereinbarungen durch Anschlussverträge ersetzt, die einerseits aus den Einspeiseverträgen mit den einzelnen RTL-Sendeunternehmen, andererseits aus einem übergreifenden Rahmenvertrag zwischen KDG und allen beteiligten Sendeunternehmen der RTL-Gruppe bestehen. Hinzu kommen ein „Vertrag über die digitale Einspeisung und Verbreitung der RTL HD-Programme“ (im Folgenden: **RTL-HD 2011**). Auch hier sind die übrigen Vereinbarungen zwischen den Parteien, insbesondere ein „Vertrag über Video on Demand Dienste („VoD-Vertrag“) sowie ein Pay-TV-Vertrag („Agreement for the digital Distribution of the Pay-TV Channel“), im vorliegenden Verfahren nicht weiter zu prüfen.

Bei RTL sind Regelungen zur Verschlüsselung für SD in den nunmehr gültigen Verträgen in Ziff. [...]. [...]

### **III. Verfahrensgeschichte**

Das Verfahren ist durch Schreiben der Beschlussabteilung vom 02.02.2007 an KDG, RTL und P7S1 von Amts wegen eingeleitet worden. Im weiteren Verlauf des Jahres 2007 haben Verhandlungen zwischen KDG und den Sendergruppen über eine Modifikation der Verträge statt-

gefunden. Am 29.01.2008 hat eine Besprechung mit KDG und P7S1 im Bundeskartellamt stattgefunden, in dem die Beschlussabteilung den Stand ihrer Überlegungen mitgeteilt und mit den Beteiligten über Abhilfemöglichkeiten gesprochen hat. Zu einer Abstellung der beanstandeten Verhaltensweisen ist es jedoch nicht gekommen.

Die Beschlussabteilung hat mit Schreiben vom 11.07.2008 an KDG und P7S1 mitgeteilt, dass vorläufig nicht mehr beabsichtigt sei, die Beschränkungen gegenüber Satellitenbetreibern weiterzuverfolgen. In gleicher Weise hat die Beschlussabteilung für die Vereinbarungen zur Begrenzung des Reichweitenrisikos angekündigt, dass dem Verdacht einer horizontalen Abrede zwischen den Sendern nicht weiter nachgegangen werde, allerdings nur, wenn die ausdrückliche Nennung der RTL-Programme in den Regelungen zum Most Basic Tier bei P7S1 beseitigt werde. Fortgeführt werden sollte das Verfahren hinsichtlich dieses letztgenannten Punkts sowie der vertikal wirkenden Beschränkungen gegenüber anderen Kabelnetzbetreibern und der Pflicht zur Implementation von Set-Top-Boxen-Beschränkungen auf anderen Übertragungswegen. Zugleich hat die Beschlussabteilung formlose Auskunftersuchen an KDG und P7S1 sowie am 14.07.2008 einen Auskunftsbeschluss an RTL gerichtet.

Mit Schreiben vom 31.07.2008 hat KDG mitgeteilt, dass auf Basis der vorgeschlagenen Änderungen der Verträge eine Einigung mit den Sendern für KDG nicht akzeptabel sei. Das Unternehmen hat den Änderungsvorschlag zum Most Basic Tier, insbesondere die Streichung der Bezugnahme auf RTL im Vertrag mit P7S1, ebenso abgelehnt wie einen Verzicht auf die Regelungen zur Beschränkung von konkurrierenden Kabelnetzbetreibern sowie zur Implementierung von Signalnutzungsbeschränkungen.

Da der Einigungsvorschlag der Beschlussabteilung aus dem Schreiben vom 11.07.2008 damit obsolet geworden war, ist das Verfahren im Sommer 2009 nach einem Bearbeiterwechsel einer erneuten Überprüfung unterzogen worden, um über eine Einstellung oder Fortführung des Verfahrens zu befinden. Nach der Entscheidung über die Fortführung des Verfahrens sind zu Beginn des Jahres 2010 daraufhin mehr als 200 Kabelnetz- und andere Übertragungswegbetreiber, Fernsehsender und Gerätehersteller durch Auskunftersuchen und Auskunftsbeschlüsse befragt worden.

Im Zuge der Ermittlungen hat sich der Verdacht erhärtet, dass es zu Absprachen zwischen den Sendergruppen gekommen ist. Die Beschlussabteilung hat daraufhin unter dem Aktenzeichen B7-34/10 zusätzlich ein Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet, das den Verdacht zum Gegenstand hat, dass RTL und P7S1 bereits 2004 eine umfassende Absprache getroffen haben, ihre bisher unentgeltlich verbreiteten Programme künftig auf allen wesentlichen Übertragungs-

wegen nur noch verschlüsselt und gegen Entgelt übertragen zu lassen. Am 19. Mai 2010 sind daraufhin im Verfahren B7-34/10 die Geschäftsräume mehrerer Unternehmen durchsucht worden. Am 7. und 8. Februar 2011 haben im selben Verfahren bei zwei Unternehmen Nachdurchsuchungen stattgefunden. Die Beschlussabteilung hat im Dezember 2011 zahlreiche Dokumente aus dem Verfahren B7-34/10 beigezogen.

Mit Schreiben vom 05.07.2011 hat KDG das neue Vertragswerk mit P7S1 übersandt. Die Beschlussabteilung hat gegen KDG am 31.10.2011 einen weiteren Auskunftsbefehl erlassen, um den Verhandlungsstand zwischen KDG und RTL über die neuen Einspeiseverträge zu ermitteln. Durch weiteren Auskunftsbefehl vom 17.08.2012 hat die Beschlussabteilung bei KDG die Inhalte der neuen Verträge zwischen KDG und RTL erhoben.

Mit Beschluss vom 23. März 2010 hat die Beschlussabteilung den Fachverband für Rundfunkempfangs- und Kabelanlagen (im Folgenden: **FRK**) beigezogen. Mit weiterem Beschluss vom 20. April 2010 hat die Beschlussabteilung die Eutelsat VisAvision GmbH (im Folgenden: **Eutelsat**) beigezogen. Durch Beschluss vom 18. Mai 2010 sind die Sky Deutschland AG, Unterföhring (im Folgenden: **Sky**) sowie die Vodafone D2 GmbH, Düsseldorf (im Folgenden: **Vodafone**) zum Verfahren beigezogen worden. Schließlich sind der Mitteldeutsche Rundfunk, Leipzig (im Folgenden: **MDR**) und das Zweite Deutsche Fernsehen, Mainz (im Folgenden: **ZDF**) durch Beschluss vom 26. November 2010 beigezogen worden. Am 25. Oktober 2012 erfolgte die Beizugung der **DTAG**.

Durch Schreiben vom 17. Januar 2012 hat die Beschlussabteilung den Beteiligten ein Schreiben mit ihren rechtlichen Bedenken i.S.d. § 32b Abs. 1 GWB übersandt. Daraufhin haben die Beteiligten – nach inhaltlichen Abstimmungen mit der Beschlussabteilung – mit Schreiben vom 17. September 2012 und vom 20. September 2012 Verpflichtungszusagen vorgelegt. Durch Schreiben vom 20. September 2012 hat die Beschlussabteilung die übrigen Verfahrensbeteiligten sowie einige weitere Marktteilnehmer nach ihrer Einschätzung zur Wirksamkeit dieser Zusagen befragt.

Die Beschlussabteilung hat den Beteiligten durch Übersendung von Kopien der um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigten Verfahrens- und Befragungsakten Akteneinsicht gewährt, soweit sie dies beantragt haben.

## **B. Rechtliche Würdigung**

Nach vorläufiger Beurteilung durch die Beschlussabteilung erfüllt die koordinierte Einführung der Verschlüsselung durch RTL und P7S1 die Tatbestände des § 1 GWB und des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass diese Kooperation nicht freistellungsfähig ist. Mit ihren Zusagen verpflichten sich RTL und P7S1 zu einem Verbreitungsmodell für ihre Programme, welches geeignet ist, die nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten wettbewerblichen Bedenken auszuräumen, so dass die Beschlussabteilung in Ausübung ihres Ermessens die Verpflichtungszusagen für diese Unternehmen für bindend erklärt und von ihren Befugnissen nach § 32 und § 32a GWB keinen Gebrauch machen und das Verfahren einstellen wird.

### **I. § 1 GWB/Art. 101 Abs. 1 AEUV**

Die Verhaltensweisen der beiden Sendergruppen erfüllen nach vorläufiger Bewertung die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen § 1 GWB sowie Art. 101 Abs. 1 AEUV.

#### **1. Kartellverbot**

##### **a. Unternehmen**

Bei den beteiligten Sendeunternehmen (RTL, RTL Disney, RTL II sowie P7S1) handelt es sich um Unternehmen i.S.d. § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV.

##### **b. Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise**

RTL und P7S1 haben eine komplexe, aus einzelnen Elementen bestehende Vereinbarung über die Einführung des sog. "amerikanischen Modells" sowie von Signalnutzungsbeschränkungen getroffen. Die Unternehmen haben dabei eine Vielzahl einzelner, jeweils für sich tatbestandsmäßiger Vereinbarungen getroffen, die zusammen den Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen bilden. Die Vereinbarungen bauen dabei aufeinander auf, ergänzen und modifizieren die ursprüngliche Vereinbarung und sind vielfach nicht isoliert zu verstehen.

RTL und P7S1 haben nach Ansicht der Beschlussabteilung spätestens Anfang des Jahres 2005 eine grundsätzliche Einigung über die Umstellung ihres Geschäftsmodells auf das "amerikani-

sche Modell" getroffen. Die dabei getroffene Grundvereinbarung beinhaltet vier Elemente: Erstens Verschlüsselung, zweitens Entgeltlichkeit, drittens gemeinsames Vorgehen bei der Verschlüsselung samt Paketierungsvorgaben (Verbreitung in einem "Most Basic Tier", im Folgenden kurz: „Gemeinsamkeit“) sowie viertens Signalnutzungsbeschränkungen. Dazu ist zunächst die Umsetzung im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens („Blue“) geplant gewesen, die nach der Ablehnung dieses Vorhabens durch das Bundeskartellamt in ein Modell paralleler Vertikalverträge mit Übertragungswegbetreibern überführt worden ist.

Der Vorwurf der Beschlussabteilung betrifft dabei nicht das Vorhaben als solches, das Gemeinschaftsunternehmen Blue als technischen Dienstleister zu gründen. Der Kartellverstoß liegt allein in dem Umstand, dass die in diesem Rahmen vereinbarten Ziele – Verschlüsselung, Entgelterhebung, gemeinsames Vorgehen samt Paketierungsvorgaben sowie Signalnutzungsbeschränkungen – nach Aufgabe des Vorhabens der Gemeinschaftsunternehmens-Gründung nicht aufgegeben, sondern statt dessen über eine verdeckt geschlossene und praktizierte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung weiterverfolgt worden sind.

In diesem – aber auch nur in diesem – Sinne erlangen die Vereinbarungen Bedeutung, die im Rahmen des Projekts Blue getroffen worden sind: RTL und P7S1 haben in diesem Rahmen eine Willensübereinstimmung getroffen, durch die die Sendergruppen beabsichtigt haben, ihr gegenseitiges Verhalten festzulegen und den Wettbewerb untereinander zu regeln. Die fertig ausgehandelten Verträge sind zwar nach dem Eingreifen des Bundeskartellamts in der Besprechung am 27.04.2005 nie unterzeichnet worden und haben damit keine rechtliche Bindungswirkung erlangt. Eine solche ist für eine Kartellvereinbarung aber auch nicht erforderlich, es genügt vielmehr der tatsächliche Bindungswille der Beteiligten. Dieser hat auf Seiten beider Unternehmen hinsichtlich der Umstellung ihres Geschäftsmodells auch nach der Aufgabe des Projekts Blue unverändert fortbestanden: Aufgegeben worden ist lediglich der Plan zur Gründung des Gemeinschaftsunternehmens, also der konkreten rechtlichen Ausgestaltung des Vorhabens, nicht aber das Vorhaben als solches.

Die Verträge mit KDG bilden die erste Umsetzung der in diesem Kontext getroffenen Vereinbarungen. Im Ergebnis haben sich auf dem Weg von der Grundvereinbarung zu den umsetzenden Vertragswerken mit KDG nicht die Inhalte, sondern nur die Formen der Absprache verändert: Die Absprache ist von einer strukturell abgesicherten Vereinbarung zu einem verborgenen Gentlemen's Agreement mit vertraglicher Absicherung durch die Vertikalverträge mit KDG und anderen Übertragungswegbetreibern umgewandelt worden. Diese Entwicklung wird im Folgenden nachgezeichnet.

#### **aa. Grundvereinbarung**

RTL und P7S1 haben nach Einschätzung der Beschlussabteilung im Lauf des Jahres 2004, spätestens Anfang 2005, eine grundsätzliche Einigung über die Umstellung ihres Geschäftsmodells erzielt. Die Unternehmen haben sich darauf verständigt, ihre bisherigen Free-TV-Programme erstens über alle Übertragungswege verschlüsselt zu verbreiten, zweitens Geld für die Nutzung der Programmsignale zu verlangen, drittens eine gemeinsame Verbreitung sicherzustellen und viertens Signalnutzungsbeschränkungen einzuführen.

Bereits im Rahmen der frühen Gespräche zwischen RTL und P7S1 im April 2004 ist die Zielsetzung entwickelt worden, die digitalen Programmsignale über alle Verbreitungswege zu verschlüsseln und das sog. "amerikanische Modell" einzuführen. Die gemeinsame Verschlüsselung bildet das zentrale Element der Abstimmung und ist Voraussetzung für alle weiteren Vereinbarungen. Auch die Entgeltzahlung ist bereits früh fest geplant gewesen. Dabei haben die Sendergruppen mit erheblichen Einnahmen durch diesen sog. „zweiten Erlösstrom“ gerechnet. In frühen Überlegungen auf Senderseite wird von jährlichen Einnahmen zwischen 100 und 400 Mio. EUR pro Sendergruppe im Endausbaustand der Vereinbarungen ausgegangen.

Die gemeinsame Verbreitung der beiden Sendeunternehmen in einem einheitlichen Paket ist nach Einschätzung der Beschlussabteilung ebenfalls bereits früh vereinbart worden. Ein isoliertes Vorgehen haben beide Sendergruppen für so teuer und riskant gehalten, dass sie sich bewusst für die Kooperation entschieden haben. Im Vordergrund haben dabei die befürchteten Einnahmeverluste im Bereich der Fernsehwerbung gestanden, die sich aufgrund des Reichweiteverlusts bei einer isolierten Vorgehensweise durch eine einzige Sendergruppe mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben hätten. Ähnliches gilt für die Signalnutzungsbeschränkungen: Auch diese sind bereits in der Gründungsphase von Projekt „Blue“ in ihren Kernbestandteilen vereinbart worden.

#### **bb. Umsetzung im KDG-Netz**

Nach Einschätzung der Beschlussabteilung haben RTL und P7S1 die Grundvereinbarung im KDG-Netz umgesetzt und sich dabei untereinander über die Vertragsverhandlungen mit KDG im Detail abgestimmt. Dadurch ist die Grundvereinbarung in Details modifiziert und konkretisiert worden, beispielsweise hinsichtlich der angestrebten Entgelte und Signalnutzungsbeschränkungen; diese wurden dann nur teilweise gegenüber Endkunden praktiziert.

Die Sendeunternehmen haben sich vom Beginn der Verhandlungen bis zu ihrem Ende ausgetauscht. Die Kontakte haben bereits im Dezember 2004 begonnen und bis unmittelbar vor den

Vertragsschluss angehalten. Beispielhaft erwähnt sei hier insbesondere ein Treffen am 25.07.2005 in größerem Kreis, an dem mehrere Verantwortliche von P7S1 und von RTL teilgenommen haben. Bei dieser Gelegenheit haben sich die Sendergruppen über zahlreiche offene Fragen der Verhandlungen abgestimmt, aber auch Fragen jenseits der konkret zu verhandelnden Verbreitung im Netz von KDG erörtert.

Umstände, die seit der grundlegenden Vereinbarung im Jahr 2005 in der Folgezeit dazu geführt haben könnten, dass die Unternehmen von ihrem Vorhaben abgerückt wären, sind aus Sicht der Beschlussabteilung nicht erkennbar. Eine solche Zäsur liegt insbesondere nicht in dem Hinweis des Bundeskartellamts im Frühjahr 2005 gegenüber den beiden Sendergruppen, dass die beabsichtigte Kooperation im Projekt Blue kartellrechtlich voraussichtlich nicht zulässig sei. Dass die Ablehnung der Zusammenarbeit durch das Bundeskartellamt die betroffenen Unternehmen nicht dazu gebracht hat, von ihrer Kooperation Abstand zu nehmen, wird schon an dem Umstand deutlich, dass danach verschiedene weitere Treffen stattgefunden haben, in denen sich die betroffenen Unternehmen über ihr neues Geschäftsmodell ausgetauscht haben, darunter auch das Treffen am 25.07.2005. Nach der Besprechung im Bundeskartellamt haben die Sender in der Folge zwar das Projekt Blue aufgegeben. Beendet worden ist dabei aber nur die ursprünglich geplante rechtliche Form, mit der sie dieses Ziel hatten erreichen wollen, nicht das inhaltliche Ziel selbst: Die beiden Sendergruppen haben sich noch am Tag der Besprechung im Bundeskartellamt nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung darüber abgestimmt, auf "Plan B" überzugehen, d.h. künftig die Ziele durch bilaterale Verhandlungen mit Übertragungswegbetreibern durchzusetzen. Die beiden Sendergruppen haben das Konzept bilateraler Verträge in der Folge umgesetzt. Wie eng die Konstruktion bilateraler Verträge dabei mit der ursprünglichen Blue-Konzeption verbunden gewesen ist, wird auch an dem Umstand erkennbar, dass nicht einmal SES Astra die Veränderung im Konzept nach der Besprechung am 27.04.2005 erkannt hat: Das Angebot von SES Astra vom 03.06.2005 richtet sich weiterhin an "Blue", obwohl dieses Vorhaben zu diesem Zeitpunkt angeblich bereits aufgegeben war.

Dass die Verhandlungen im Juli 2005 aus Sicht von KDG zunächst "gescheitert" waren, ist für die Entscheidung ohne Belang. Zwar mag für KDG der Eindruck entstanden sein, dass die Verhandlungen mit RTL und P7S1 tatsächlich abgebrochen worden seien. Für das Unternehmen ist aber nicht erkennbar gewesen, ob und wie sich die Absprachen zwischen den Sendergruppen im Binnenverhältnis entwickelt haben. Hier ist keine Unterbrechung zu erkennen.

Die Beschlussabteilung geht nach vorläufiger Prüfung davon aus, dass auch die HD-Vereinbarungen in 2011/2012 von der hier verfahrensgegenständlichen Vereinbarung aus 2005/2006 insofern beeinflusst waren, als sie ebenso wie die vorangegangenen Vereinbarun-

gen Verschlüsselung, Entgeltlichkeit, gemeinsames Vorgehen bei der Verschlüsselung und Paketierungsvorgaben sowie Signalnutzungsbeschränkungen enthalten, ohne dass es im Zusammenhang mit dem Abschluss der HD-Vereinbarungen zu weiteren nachgewiesenen Kontakten zwischen den Sendergruppen gekommen wäre. Die Unsicherheit über das wettbewerbliche Verhalten der anderen Sendergruppe ist aufgrund der vorangegangenen Kontakte erheblich reduziert gewesen. Auch ist das abgesprochene Verbreitungsmodell in wesentlichen Punkten im Netz von KDG bis zum Tag des Inkrafttretens der neuen Verträge praktiziert worden. Auf eine genaue rechtliche Einordnung des Verhaltens der Sendergruppen bei den HD-Vereinbarungen kommt es im Rahmen dieser Entscheidung nach § 32b GWB jedoch nicht an.

### **c. Wettbewerbsbeschränkung**

Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass die Sendeunternehmen ihre wettbewerblichen Handlungsfreiheiten aufgrund der Vereinbarungen hinsichtlich mehrerer Handlungsparameter beschränkt haben. Die Verschlüsselung des Fernsehsignals sowie die vereinbarten Signalnutzungsbeschränkungen stellen eine Qualitätsbeschränkung auf dem Fernsehwerbemarkt dar. Zugleich liegt in der Vereinbarung der Unternehmen über die Entgeltlichkeit der Rechteeinräumung eine Beschränkung der Preissetzungsfreiheit auf dem Markt für die Erteilung von Senderechten an Fernsehprogrammen. Hinzu kommen verschiedene Drittwirkungen, die beispielsweise die Wettbewerbsbedingungen für Gerätehersteller verschlechtern.

#### **aa. Fernsehwerbemarkt**

Die Vereinbarungen der Sender stellen nach Auffassung der Beschlussabteilung eine bezweckte Qualitätsbeschränkung auf dem Fernsehwerbemarkt dar. Durch die Absprache binden sich die Sender hinsichtlich ihres Verhaltens bei der Ausübung des Qualitätsparameters "Verschlüsselung". Die Verschlüsselung reduziert bei beiden Sendergruppen die Zuschauerreichweite, wodurch die Kontaktwahrscheinlichkeiten auf dem Fernsehwerbemarkt in ähnlicher Weise sinken. Die Sender verpflichten sich zu einem gemeinsamen Vorgehen bei der Verschlüsselung und beeinflussen dadurch koordiniert die Wertigkeit bzw. Qualität eines Werbespots in ihrem Programm. Durch dieses Vorgehen haben die beiden Sendergruppen die Risiken für ihre Stellung auf dem Fernsehwerbemarkt vermeiden wollen, die mit einem isolierten Verhalten einhergegangen wären. Diese Beschränkung ihrer Handlungsfreiheiten ist auch spürbar.

## (1) Marktverhältnisse

Sachlich betroffen ist hier der Fernsehwerbemarkt. Der Markt umfasst die Bereitstellung von Werbezeiten der Veranstalter von Fernsehprogrammen an Dritte.

Anbieter auf diesem Markt sind nach der Rechtsprechung die Veranstalter werbefinanzierter Free-TV Fernsehprogramme bzw. deren Vermarktungsgesellschaften, nicht aber Pay-TV-Sender. Der Free-TV-Markt setzt sich zusammen aus dem werbefinanzierten privaten Fernsehen einerseits und dem aus Gebühren und Werbeeinnahmen finanzierten öffentlich-rechtlichen Fernsehen andererseits. Pay-TV-Sender finanzieren sich demgegenüber größtenteils aus den Entgelten, die ihre Abonnenten zu entrichten haben, bieten darüber hinaus allerdings auch in geringem Umfang Werbezeiten an und sind insoweit in den Fernsehwerbemarkt einzubeziehen.

In den Fernsehwerbemarkt sind die übrigen traditionellen Werbeträger (Print, Radio, Plakate, Kino) nicht einzubeziehen. Auch Online-Werbung – die in Gestalt von Werbung auf Web-Seiten (In-Page-Werbung) oder Video-Online-Werbung vor, während und nach Video-Streams (In-Stream-Werbung) auftreten kann, ist jedenfalls derzeit nicht mit Fernsehwerbung austauschbar (vgl. *BKartA* v. 17.03.2011, B6-94/10, Rn. 49 – *Amazonas*; *OLG Düsseldorf* v. 08.08.2012, VI-Kart 4/11 (V), UA S. 16 ff.).

Räumlich wird der Fernsehwerbemarkt entsprechend der Werbebelegungsmöglichkeiten abgegrenzt. Zu unterscheiden sind dabei der bundesweite Fernsehwerbemarkt und regionale Fernsehwerbemärkte. Im Hinblick auf unterschiedliche nationale Rechtsvorschriften, bestehende Sprachbarrieren und kulturelle Besonderheiten geht die Beschlussabteilung grundsätzlich von einem nationalen Markt aus (ebenso *OLG Düsseldorf* v. 08.08.2012, VI-Kart 4/11 (V), UA S. 25). Von dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt abzugrenzen sind lokale Fernsehsender („Ballungsraumfernsehen“), da diese sich auf Regionen mit hoher Bevölkerungsdichte beschränken und nicht bundesweit empfangbar sind. Sie erzielen den ganz überwiegenden Teil ihrer Werbeeinnahmen mit in den Ballungsräumen ansässigen Werbekunden.

Der Fernsehwerbemarkt wird von den beiden großen privaten Sendergruppen duopolistisch beherrscht. Die Strukturmerkmale des Fernsehwerbemarkts bieten dabei nach den Feststellungen des Bundeskartellamts den Anreiz zu implizit kollusivem Verhalten der beiden Sendeunternehmen. Der *BGH* hat diesen Befund für das Jahr 2006 in der Entscheidung *Springer/Pro Sieben II* (*BGH* v. 08.06.2010, KVR 4/09) höchstrichterlich bestätigt. Für die Gegenwart ist die kollektive Marktbeherrschung vom Bundeskartellamt und dem *OLG Düsseldorf* im Verfahren *Amazonas* erst kürzlich erneut festgestellt worden (*BKartA* v. 17.03.2011, B6-94/10, Rn. 65 ff. – *Amazonas*; *OLG Düsseldorf* v. 08.08.2012, VI-Kart 4/11 (V), UA S. 33). Auf dem Markt ist eine

geringe Zahl von Wettbewerbern tätig, die Marktanteile von RTL und P7S1 sind weitgehend symmetrisch verteilt, die gegengewichtige Marktmacht ist gering, der Markt ist sehr transparent und es bestehen effektive Sanktionsmittel. Auch das tatsächliche Wettbewerbsverhalten spricht für eine gemeinsame Marktbeherrschung. Sie verfügen auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt gemeinsam über einen konstanten Marktanteil von 80-90% (vgl. *BKartA v. 17.03.2011*, B6-94/10, Rn. 71 ff. – *Amazonas*; *OLG Düsseldorf v. 08.08.2012*, VI-Kart 4/11 (V), UA S. 36 ff.). Ihre jeweiligen Marktanteile haben sich im gesamten Zeitraum von Januar 2006 bis Oktober 2010 jeweils in der Bandbreite von ca. 42-47% bewegt. 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%. Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf die Entscheidung des *OLG Düsseldorf v. 08.08.2012*, VI-Kart 4/11 (V) verwiesen.

Die Umsätze der beiden großen privaten Sendergruppen auf dem Fernsehwerbemarkt lagen in den Jahren 2007 bis 2009 mit gewissen Schwankungen bei jeweils etwa 1,5 Mrd. EUR.

## **(2) Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit**

Die beiden Sendergruppen binden sich nach Einschätzung der Beschlussabteilung durch ihre Vereinbarungen in zweierlei Hinsicht im Einsatz wettbewerbsrelevanter Handlungsfreiheiten beim Absatz von Fernsehwerbung: Zum einen wird der Einsatz des Qualitätsparameters "Verschlüsselung" dahingehend koordiniert, dass RTL und P7S1 gemeinsam verschlüsseln und sich nur zusammen vermarkten lassen. Zum anderen legen sich die Sendeunternehmen auf die Einführung bestimmter Signalnutzungsbeschränkungen fest.

Beide Verhaltensweisen beeinflussen die Qualität des Mediums, auf dem die Fernsehwerbung dargeboten wird, nämlich der Fernsehprogramme der beiden Gruppen. Sie nehmen – über die Ausschließungsfunktion, die der Verschlüsselung innewohnt – Einfluss auf die Möglichkeit der Fernsehzuschauer, den Werbeträger wahrzunehmen, sowie – über die Beschränkungen des Vorspulens – auf die Art und Weise des Konsums der darin dargebotenen Fernsehwerbung. Auf diesem Weg wirken sich die Vereinbarungen auf die Zuschauerreichweite aus, die eines der beiden zentralen Wettbewerbsparameter des Fernsehwerbemarkts ist (vgl. *OLG Düsseldorf v. 08.08.2012*, VI-Kart 4/11 (V), UA S. 36 f.). Zugleich stellen die Fernsehsender durch ihr gemeinsames Vorgehen sicher, dass die Ausweichmöglichkeiten von Werbekunden als Reaktion auf die Verschlüsselung begrenzt sind, wodurch ihnen gewisse Verhaltensspielräume bei der Preissetzung eröffnet werden können.

Dies geschieht auf folgendem Wege: Das Wettbewerbsverhalten auf dem Fernsehwerbemarkt wird maßgeblich beeinflusst durch zwei Parameter (vgl. *OLG Düsseldorf v. 08.08.2012*, VI-Kart 4/11 (V), UA S. 36 f.): Zum einen stehen die Sender in direktem Preiswettbewerb um Werbekunden zueinander. Der Preis für Werbekontakte in einer bestimmten Zielgruppe (meist gemessen in 1000 Einheiten, Tausender-Kontakt-Preis, TKP) ist die wesentliche Zielgröße, auf deren Grundlage sich ein Werbekunde für die Schaltung eines bestimmten Werbevolumens bei einem Sender entscheidet. Zum anderen hat die Zahl der Kontakte zu einer bestimmten Zielgruppe, die ein Sender den Werbekunden vermitteln kann, direkten Einfluss auf die Einnahmen des Senders. Im Wettbewerb ist ein Sender versucht, eine möglichst hohe Zuschauerzahl zu erreichen, um eine große Kontaktzahl anbieten zu können. Der Preis von Werbung steigt mit der Zahl der erreichbaren Kontakte. Die Kontaktzahl ist ein Qualitätsparameter, das wesentlichen Einfluss auf den Preis einer Werbeminute hat. Dabei hat ein Werbespot für einen Werbetreibenden eine umso höhere Wertigkeit bzw. Qualität, je größer die Zahl der erreichbaren Kontakte ist. Beschränkt ein Sender durch die verschlüsselte Ausstrahlung die Zahl der erreichbaren Kontakte, schränkt er die Wertigkeit bzw. Qualität eines Werbespots in seinem Programm ein.

Die Zahl der erreichbaren Kontakte spiegelt sich in der Zuschauerreichweite wider. Diese wiederum ist unmittelbar von der technischen Reichweite abhängig: Denn ein Fernsehzuschauer, der schon technisch ein Programm in Ermangelung der nötigen technischen Einrichtungen oder eines erforderlichen Abonnements nicht empfangen kann, kommt nicht als tatsächlicher Zuschauer in Betracht, der die ausgestrahlte Werbung wahrnehmen könnte; die Sender können solche Zuschauer im Wettbewerb mit unverschlüsselten Programmen selbst durch das attraktivste Programm nicht erreichen.

Sollen Einnahmeverluste durch die Einführung der Grundverschlüsselung vermieden oder zumindest begrenzt werden, ist erforderlich, dass die Verluste an Reichweite so klein wie irgend möglich gehalten werden. Dem unvermeidlichen Verlust an technischer Reichweite durch die Einführung der Grundverschlüsselung kann durch die Beschränkungen hinsichtlich der Paketierung von Programmen sowie der Einführung von Signalnutzungsbeschränkungen begegnet werden.

Nicht alle Beschränkungen weisen aber ausschließlich negative Auswirkungen auf den Fernsehwerbemarkt auf. Bei einigen der vereinbarten Verhaltensweisen sind zumindest auch Verbesserungen für die Werbekunden denkbar. Welcher Effekt überwiegt, spielt für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung aber keine Rolle: die Wirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung werden erst im Rahmen der Spürbarkeit relevant und werden auch in diesem Zusammenhang behandelt. Für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung kommt es lediglich darauf

an, ob sich die Unternehmen hinsichtlich des Einsatzes wettbewerblich relevanter Handlungsparameter gebunden haben. Dies ist nach vorläufiger Prüfung zu bejahen.

Im Folgenden wird die Wettbewerbsrelevanz für die Gemeinsamkeit der Verbreitung einschließlich der Paketierung sowie für die Signalnutzungsbeschränkungen als den beiden Maßnahmen, die auf den Fernsehwerbemarkt gerichtet sind, im Einzelnen aufgezeigt.

*(i) Gemeinsames Vorgehen bei der Verschlüsselung und Paketierungsvorgaben*

Der koordinierte Übergang zur Verschlüsselung bindet RTL und P7S1 hinsichtlich wettbewerblich relevanter Verhaltensweisen bei der Ausübung des Qualitätsparameters "Verschlüsselung". Jede der beiden Sendergruppen hätte ohne ein gemeinsames Vorgehen erhebliche Einnahmeverluste auf dem Fernsehwerbemarkt befürchten müssen. Dies gilt unter zwei Aspekten: Einerseits haben die Sender versucht, durch ein gemeinsames Vorgehen Reichweitenverluste zu minimieren, indem eine Art "Zwangswirkung" auf die Zuschauer ausgeübt wird, ein verschlüsseltes Digitalpaket zu abonnieren. Andererseits haben die Sender durch ihr koordiniertes Vorgehen sichergestellt, dass ihr Wettbewerber die Einführung der Verschlüsselung nicht für wettbewerbliche Vorstöße auf dem Fernsehwerbemarkt nutzen kann, sodass ihre Verhaltensspielräume erhalten bleiben.

Die Frage der Verschlüsselung der Programme hat erheblichen Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der beiden Sendergruppen. Eine Verringerung der Zuschauerreichweite hätte – im Wesentlichen gleichbleibende Tausender-Kontakt-Preise vorausgesetzt – proportionale Einnahmeverluste zur Folge gehabt. Die Sendergruppen haben auch damit gerechnet, dass durch die Verschlüsselung ein Teil der Haushalte das digitale Basis-TV-Paket nicht bucht und so ihre Reichweite sinkt. Dabei haben sie die Risiken für den Fernsehwerbemarkt als so erheblich angesehen, dass sie jedes zusätzliche Wettbewerbselement zwischen sich aufgrund der Grundverschlüsselung vermeiden wollten. Auch gingen die Sender davon aus, dass ein gemeinsames Vorgehen den Anreiz für die Fernsehzuschauer steigern würde, das verschlüsselte Angebot zu abonnieren.

Dieses Verhalten der Sendergruppen ist nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung nicht aus sich heraus stabil. Der isolierte Schritt in die Verschlüsselung wäre für jede der beiden Sendergruppen wirtschaftlich irrational, da bei einem alleinigen Vorgehen einer Sendergruppe sowohl bei der Einführung der Verschlüsselung als auch danach eine Abweichung zu erwarten wäre. Denn eine Sendergruppe, die alleine eine Verschlüsselung wagt, verliert Werbeeinnahmen und schafft zugleich externe Effekte insofern, als die andere Sendergruppe durch einen Reichweitenzuwachs profitieren kann. Diese Folgen einseitigen Vorgehens bergen das Potenti-

al, die bisherigen stabilen Verhältnisse auf dem duopolistisch beherrschten Fernsehwerbemarkt zu stören, da ohne Absprache für jede der beiden Sendergruppen ein Anreiz zur Abweichung von der Verschlüsselung bestünde.

Dies ergibt sich aus Folgendem: Die Verschlüsselung des Programmsignals führt für einen Sender zunächst zu einem Reichweite- und Einnahmeverlust. Durch die Verschlüsselung des Signals und erst recht die Abschaltung des unverschlüsselten Signals ist ein technischer Reichweitenverlust zu erwarten, da nicht alle Haushalte bereit sind, die zusätzlichen Entgelte für den digitalen Empfang sowie die Kosten für die erforderliche technische Ausrüstung (neue Set-Top-Box mit CA-System) aufzubringen. Dies reduziert als direkte Wirkung die technische Reichweite, was sich proportional in einen Verlust an Zuschauerreichweite übersetzt: Die "Verweigerer"-Haushalte sind zunächst für einen verschlüsselnden Sender nicht mehr zu erreichen. Dadurch sinken die Zuschauerzahlen, und die betroffenen Haushalte können auch nicht mehr die Werbung der Fernsehwerbekunden konsumieren. Mit der Zuschauerreichweite sinken dann auch die Fernsehwerbeeinnahmen.

Wie viele Haushalte nach Einführung einer Grundverschlüsselung ein entgeltpflichtiges, verschlüsseltes Basis-TV-Abonnement abschließen, hängt vom Preis des Angebots, seiner Qualität und der individuellen Zahlungsbereitschaft der Fernsehzuschauer ab. Aufgrund der verschiedenen Präferenzen der einzelnen Nutzer ist für die Größe des Verlusts insbesondere entscheidend, wie gut die verbleibenden unverschlüsselten Angebote sind. Dies hängt nicht zuletzt von der Zahl der Sender und deren Beliebtheit ab, die sich gegen eine Grundverschlüsselung entscheiden; dies erklärt auch die Bedeutung eines gemeinsamen Vorgehens der Sender: Hier ist die Kooperation zweier Sendergruppen vereinbart worden, die in den letzten Jahren jeweils knapp die Hälfte des Zuschauermarkts und 80-90% des Fernsehwerbemarkts auf sich vereint haben, wobei jede Sendergruppe allein über 20% der Zuschauer auf sich zieht. Das kostenlose Angebot einer der beiden Sendergruppen hätte für zahlreiche Haushalte die Frage aufgeworfen, ob das Angebot der anderen Sendergruppe denn nicht entbehrlich ist.

Entscheidet ein Sender isoliert über die Verschlüsselung, muss er zusätzlich die Schaffung externer Effekte befürchten: Sobald Zuschauer ihr gewohntes Programm aufgrund einer Verschlüsselung nicht mehr empfangen können, schauen sich diese Zuschauer nach Alternativen um. Gibt es zum Zeitpunkt der Verschlüsselung Wettbewerber, die weiterhin unverschlüsselt ausstrahlen, so kann es ihnen gelingen, die Zuschauer ohne Basis-TV-Abonnement zumindest teilweise auf sich ziehen. Je nach Trägheit der Zuschauer kann ein Wettbewerber diese unter Umständen auch langfristig an sich binden, selbst wenn die Entscheidung über die Verschlüsselung wieder rückgängig gemacht würde. Die Entscheidung über die Verschlüsselung führt auf

diesem Wege zu zusätzlichen Einnahmen bei den Wettbewerbern; es entsteht ein positiver externer Effekt (sog. Trittbrettfahrer-Effekt) für den Wettbewerber. Die Wettbewerber haben dadurch einen zusätzlichen Anreiz, auf die Verschlüsselung zu verzichten, um Zuschauer von verschlüsselnden Sendern an sich zu binden.

Die Fortführung der unverschlüsselten analogen Verbreitung ändert an diesen beiden Effekten nichts Wesentliches. Denn der reichweitenverkürzende Effekt der Verschlüsselung wird dadurch allenfalls reduziert, nicht aber ausgeschlossen. Das Programmsignal eines Senders, der sein digitales Programmsignal verschlüsselt, kann ein Haushalt mit modernen digitalen Geräten nur noch empfangen, wenn weiterhin ein Analogumwandler vorgehalten wird. Und selbst wenn ein solcher analoger Receiver vorhanden ist, ist die Bildqualität analoger Signale auf modernen Flachbildschirmen deutlich schlechter als das SD-Signal. Darin unterscheiden sich die modernen Fernsehgeräte, die sich gerade mit großer Geschwindigkeit in den Fernsehhaushalten verbreiten, von alten Röhrenfernsehern, auf denen der Unterschied zwischen analogem und digitalem Signal wesentlich weniger deutlich zu sehen gewesen ist. Würde nun eine Sendergruppe isoliert verschlüsseln, hätte diese bei der Bildqualität einen Nachteil gegenüber der anderen Sendergruppe, der sich mit dem Aussterben der alten Röhrenfernseher zusehends verstärkt. Es ist zu erwarten, dass jedenfalls diejenigen Zuschauer ohne eine klare inhaltliche Präferenz für die eine oder die andere Sendergruppe das schlechte Analogbild der verschlüsselnden Sendergruppe nicht als Alternative ansehen und sich abwenden würden.

Dies lässt ohne Koordinierung erwarten, dass zumindest einzelne private Free-TV-Sender in digitaler Qualität frei empfangbar bleiben wollen, sei es aufgrund grundsätzlicher Überlegungen zur Wirtschaftlichkeit des Geschäftsmodells, sei es mit dem Ziel der Ausnutzung von Trittbrettfahrer-Effekten. Mit der Zahl der privaten Sender, die sich der Verschlüsselung verweigern, wachsen die Einnahmeverluste des verschlüsselnden Senders auf dem Fernsehwerbemarkt. Dies birgt die Gefahr, dass die vorgefundenen stabilen Marktanteile in Bewegung geraten. Sollte sich sogar nur eine Sendergruppe dazu entschließen, ihr Programm zu verschlüsseln, so wäre mit erheblichen Zuschauer-Wanderbewegungen zu rechnen.

Die Beschlussabteilung ist der Auffassung, dass die drohenden Verluste an Werbeeinnahmen jede der beiden Sendergruppen von einer Verschlüsselung ohne Koordination abgehalten hätte. Der drohende Verlust an technischer Reichweite würde bei einem isolierten Vorgehen nur einer Sendergruppe sehr schnell dafür sorgen, dass die daraus resultierenden Verluste an Werbeeinnahmen die zusätzlichen Einnahmen aus den Senderechten übersteigen. Diese Gefahr wird an den 2005/2006 geschlossenen Einspeiseverträgen mit KDG augenfällig: Die zusätzlichen Einnahmen der Sender aus der Überführung ihrer Programme ins entgeltspflichtige, verschlüs-

selte digitale Basis-TV sind nach den geschlossenen Verträgen so gering, dass gerade einmal 2% der Zuschauer verloren gehen dürften, ohne dass eine einseitige (Grund-)Verschlüsselung Verluste verursachen würde. Ein so geringer Verlust an Reichweite ist sogar bei einer koordinierten Einführung der (Grund-)Verschlüsselung des Free-TV aber unrealistisch, und erst recht bei einer nicht-koordinierten, einseitigen Verschlüsselung. Auch die befragten Sendeunternehmen hielten den zu erwartenden Verlust an Reichweite durch eine Verschlüsselung für eher bedeutsam, die Auswirkungen sind auf einer Skala von 1 (sehr gering) bis 7 (sehr bedeutsam) im Durchschnitt mit 5,53 bewertet worden, der Medianwert hat 6 betragen (vgl. Auswertungsbericht Programmveranstalter, S. 14).

Eine zusätzliche Minimierung der Reichweitenverluste und damit der Einnahmeverluste bei der Fernsehwerbung wird durch das sog. Buy-Through-Modell erreicht, auf das sich RTL und P7S1 als zusätzliches Element des Most Basic Tier verständigt haben: Dies beinhaltet, dass der Most Basic Tier immer mitverkauft werden muss, wenn ein Fernsehzuschauer ein beliebiges entgeltpflichtiges Programmpaket (z.B. Kabel Digital Home von KDG) bei seinem Plattformbetreiber abonnieren möchte. Konkret bedeutet dies, dass ein Übertragungswegbetreiber einem Kunden kein Pay-TV-Paket verkaufen kann, ohne dass dieser zusätzlich zuvor auch das davon verschiedene Paket mit RTL und P7S1 abonniert hat. Die Sendergruppen partizipieren auf diese Weise an den Vermarktungserfolgen von Pay-TV-Anbietern, insbesondere den eigenen Pay-TV-Paketen der Übertragungswegbetreiber. Auch auf diesem Weg werden die Auswahlmöglichkeiten der Kunden beschränkt. Denn auch diejenigen Kunden, die kein Interesse an dem verschlüsselten Angebot der beiden Sendergruppen, sondern nur an echten, werbefreien Pay-TV-Inhalten haben, müssen den Most Basic Tier mit abonnieren, wenn sie bereit sind, den Preis für beide Pakete zu bezahlen. Damit wird auch die Zahlungsbereitschaft von Kunden abgeschöpft, die überhaupt nicht am Bezug des entgeltpflichtigen Angebots der beiden Sendergruppen interessiert sind. Bei einem anderen Teil der Fernsehhaushalte bleibt ihre Nachfrage nach Pay-TV dagegen aufgrund der zusätzlichen Entgelte für den Most Basic Tier unbefriedigt.

#### *(ii) Signalnutzungsbeschränkungen*

Auch bei der Vereinbarung, die Schaffung der technischen Voraussetzungen für bestimmte Beschränkungen der Signalnutzung bei den Übertragungswegbetreibern durchzusetzen, handelt es sich um einen wettbewerbsrelevanten Parameter. Diese Maßnahmen beeinflussen die Reichweite auf dem Fernsehwerbemarkt, hier in Gestalt der Zuschauerreichweite.

Dabei sind zwei Maßnahmen in den Vereinbarungen zu unterscheiden, da sie unterschiedliche Wirkungen erzielen: Einerseits DRM-Funktionen wie die Begrenzung der Zahl der Wiedergabevorgänge einer Aufnahme oder eine zeitliche Begrenzung der Wiedergabemöglichkeit einer

Aufnahme, beispielsweise auf drei Tage nach der Sendung, andererseits die Möglichkeit zum Unterbinden des schnellen Vorlaufs von Aufzeichnungen (sog. No-Ad-Skipping).

Die DRM-Maßnahmen reduzieren die tatsächlich erzielte Zuschauerreichweite. Die Möglichkeit zur Begrenzung der Wiedergabevorgänge oder der zeitlichen Wiedergabemöglichkeit durch das DRM führt dazu, dass einige Nutzungen nicht mehr stattfinden und die entsprechenden Programme einschließlich der darin enthaltenen Werbung im Ergebnis tatsächlich von weniger Zuschauern gesehen werden. Dies führt zu einer reduzierten Zuschauerreichweite gegenüber dem Zustand ohne die vereinbarten DRM-Maßnahmen.

Die zwischen den Sendergruppen abgesprochenen DRM-Maßnahmen sind auf den beschriebenen Effekt der scheinbaren Reichweitensteigerung grundsätzlich ohne Einfluss, sie erlauben den Sendern nur, für nicht über den Fernsehwerbemarkt abgegoltene Nutzungen ein zusätzliches Entgelt zu erheben: Nutzungen bis zu drei Tage nach der Ausstrahlung werden in den jeweiligen Leistungswert einbezogen und zählen damit zur gemessenen (und vom Werbekunden zu bezahlenden) Reichweite, spätere Nutzungen können über das DRM unterbunden und von der Zahlung eines zusätzlichen Entgelts – beispielsweise als Video on Demand – abhängig gemacht werden. Dies stellt für die Sender sicher, an jeder Nutzung partizipieren zu können.

Nebeneffekt dieser neuen Möglichkeit zur trennscharfen Abrechnung von Nutzungen ist, dass Werbekunden die Kontakte zu denjenigen Zuschauern verloren gehen, die eine aufgezeichnete Sendung ohne das DRM angesehen hätten, aber nicht bereit sind, die zusätzlichen Entgelte für die spätere Wiedergabe an die Sender zu bezahlen (sofern nicht ohnehin andere Werbung durch die Sender in die Video on Demand-Abrufe eingestellt wird). Auf diesem Weg wird die tatsächlich erzielte Reichweite aufgrund der vereinbarten DRM-Maßnahmen gegenüber dem vorher bestehenden Zustand verkürzt und die Qualität der angebotenen Werbemöglichkeiten reduziert.

Die ebenfalls vereinbarte Möglichkeit, das Überspringen von Werbung durch Vorspulen oder automatische Werbeblocker zu unterbinden (No-Ad-Skipping), führt grundsätzlich zu einer Vergrößerung der tatsächlichen Reichweite. Jedoch hat die Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung (AGF) scheinbar schon in der Vergangenheit erwogen, auch zu erheben, ob bei zeitversetzten Nutzungen Werbeblöcke übersprungen ("Ad-Skipping") oder Programmelemente im schnellen Vorlauf ("Time Shift") angesehen werden (vgl. Brechtel, Auf neuen Wegen zum Fernsehnutzer, Mediaguide 09/2008, S. 21). Damit könnten die abgesprochenen Maßnahmen künftig in die Reichweitenmessung eingehen.

### **(3) Bezwecken oder Bewirken**

Nach Einschätzung der Beschlussabteilung sind Qualitätsbeschränkungen auf dem Fernsehwerbemarkt von den Beteiligten bezweckt.

Von der Rechtsprechung wird dem Begriff des "Bezweckens" ein objektiviertes Verständnis in dem Sinne beigelegt, dass die gemeinsame Erwartung kaufmännisch vernünftiger Beteiligter bei der geschlossenen Vereinbarung auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet sein muss (vgl. *Bunte* in Langen/Bunte, *GWB* 11. Aufl., § 1 Rn. 224 f. m.w.N.).

Dies ist hier der Fall. Die Verschlüsselung liegt im expliziten Interesse beider Sendeunternehmen, denen es gleichermaßen darauf angekommen ist, ein verschlüsseltes Fernsehangebot im Markt zu etablieren, um davon wirtschaftlich zu profitieren. Der Verzicht auf den Einsatz bestimmter wettbewerbslich relevanter Verhaltensparameter hat dem Zweck gedient, die wettbewerblichen Risiken ihres Vorhabens zu minimieren sowie die Einnahmen der Unternehmen zu steigern. Dem haben insbesondere das gemeinsame Verhalten im Hinblick auf die Einführung der Verschlüsselung, die Paketierungsvorgaben und die Durchsetzung von Signalnutzungsbeschränkungen gedient.

Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung ihrer Vereinbarungen ist den Beteiligten dabei bekannt gewesen, und es ist ihnen gerade darauf angekommen, die Verschlüsselung gemeinsam umzusetzen und zu diesem Zweck auf den Einsatz der Qualitätsparameter Verschlüsselung, Paketierung und Signalnutzungsbeschränkungen zu verzichten.

### **(4) Spürbare Außenwirkung**

Die Qualitätsabsprachen über die Verschlüsselung und die Art und Weise ihrer Umsetzung entfalten spürbare Außenwirkungen.

Die Verhaltensbindungen beschränken sich nicht allein auf das Innenverhältnis der Sender. Sie sind auch nicht völlig unbedeutend, sondern entfalten Wirkungen auf die wirtschaftlichen Beteiligungsmöglichkeiten der Beteiligten und Dritter. Dass manche Absprachen auch Vorteile für den Werbekunden bewirken und damit auch positive Wirkungen hervorrufen, lässt die spürbare Außenwirkung nicht entfallen: Alle drei der für den Fernsehwerbemarkt relevanten vereinbarten Maßnahmen – Verschlüsselung, Gemeinsamkeit, Signalnutzungsbeschränkungen – besitzen nämlich nicht nur positive, sondern auch negative Wirkungen, wobei auch solche Wirkungen zu berücksichtigen sind, die in anderen Märkten entstehen.

Solche Drittwirkungen entstehen einerseits – wie bereits beschrieben – durch die Regelungen zum Most Basic Tier (Gemeinsames Vorgehen bei der Verschlüsselung und Paketierung) auf dem Pay-TV-Endkundenmarkt, indem die Plattformbetreiber durch die Paketierungsvorgaben daran gehindert werden, einen bestimmten Teil der Nachfrage – nämlich den nach echten, werbefreien Pay-TV-Angeboten ohne zugleich den Most-Basic-Tier abonnieren zu müssen – zu befriedigen. Andererseits greifen die Sender durch ihre Vereinbarungen zu Signalnutzungsbeschränkungen in die Marktchancen neuer Funktionen der Endgeräte ein, die von den Zuschauern sehr geschätzt werden und die entsprechend gefragt sind, nämlich Timeshift und PVR. Diese Beschränkungen treten insbesondere bei innovativen, hochwertigen Geräte auf, wodurch der Innovationswettbewerb unter den Geräteherstellern gebremst und zugleich auch die Absatzchancen für diese hochpreisigen Geräte gemindert werden.

Unabhängig davon wird die Spürbarkeit aber bereits an der Stellung der Beteiligten auf dem Fernsehwerbemarkt sichtbar, ohne dass es überhaupt noch einer näheren Betrachtung bedürfte: Beide Unternehmen beherrschen diesen Markt, wie oben ausgeführt (s. S. 23 ff.), gemeinsam. Und selbst ohne diese besonderen wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Fernsehwerbemarkt lägen die Marktanteile jedes Unternehmens schon für sich genommen um die 40% und damit weit über dem Schwellenwert der Bagatellbekanntmachung der KOM für die Spürbarkeit horizontaler Vereinbarungen.

## **bb. Senderechtemarkt**

Die Sendeunternehmen haben ihre Preissetzungsfreiheit auf dem Markt für die Erteilung von Senderechten an Free-TV-Fernsehprogrammen beschränkt, indem sie sich auf die Erhebung eines zusätzlichen Entgelts geeinigt haben.

### **(1) Marktverhältnisse**

Von den Verhaltensweisen betroffen ist der Markt für die Einräumung von Senderechten an Free-TV-Programmen gegenüber Betreibern von Programmplattformen in Deutschland.

Dieser Markt umfasst die Zahlungen für Sende- und Kabelweitersenderechte an Free-TV-Programmen. Davon zu unterscheiden ist der Markt für Senderechte an Pay-TV-Programmen. Die KOM hat zuletzt im Verfahren *News Corp / BSKyB* (M.5932 v. 21.12.2010) im Bereich der Senderechte getrennte Märkte für Senderechte an Free-to-Air- und Pay-TV-Kanälen abgegrenzt, wobei nur offen blieb, ob der Pay-TV-Markt noch weiter in Basis- und Premium-Pay-TV unterschieden werden muss (KOM v. 21.12.2010, M.5932, Rn. 85 - *News Corp / BSKyB*, ähnlich KOM v. 25.06.2008, M.5121, Rn. 29 - *News Corp / Premiere*; *BKartA* v. 03.04.2008, B7-200/07,

Rn. 189 - *KDG / Orion*). Nicht Bestandteil des Marktes sind Fremdsprachenpakete, da diese aufgrund der abweichenden Sprache einen ganz speziellen Bedarf befriedigen.

Basis-Pay-TV und das hier den Verfahrensgegenstand bildende digitale Basis-TV, d.h. das kostenpflichtige Free-TV in einem Most Basic Tier, sind dabei nicht miteinander zu verwechseln: Zum Basis-Pay-TV zählen Kanäle wie 13th Street, Discovery HD, Sat 1 Comedy u.ä., die in Paketen wie Sky Welt (Sky) oder Kabel Digital Home (KDG) vermarktet werden. Die Basis-Pay-TV-Angebote sind dabei im Wesentlichen werbefrei. Bei diesen Bouquets handelt es sich um die Pay-TV-Angebote, die Plattformbetreiber jenseits von Sky (beispielsweise KDG, Eutelsat, Unitymedia etc.) als ihr Pay-TV anbieten. Sky führt darüber hinaus noch seine Premium-Pakete Film, Sport und Fußball Bundesliga. Basis-TV ist demgegenüber lediglich das bisherige Free-TV, das nunmehr verschlüsselt und gegen Entgelt verbreitet wird, ohne dass sich an den Inhalten etwas geändert hätte.

Die von der Beschlussabteilung und der KOM in früheren Verfahren vorgenommene Unterscheidung der Märkte in Senderechte für Free-TV und Senderechte für Pay-TV ist auch nach den Feststellungen im vorliegenden Verfahren geboten. Auch hier kann offenbleiben, ob der Pay-TV-Bereich noch weiter unterteilt werden muss; denn dieses Segment ist von den vorliegenden Vereinbarungen gar nicht betroffen. Free-TV- und Pay-TV-Sender verfolgen unterschiedliche Geschäftsmodelle, die zu wesentlich voneinander abweichenden Preisen für die Einräumung der Senderechte führen. Während sich Pay-TV-Veranstalter praktisch ausschließlich über die Lizenzgebühren für die Senderechte finanzieren müssen, erzielen Free-TV-Sender einen erheblichen Teil ihrer Einnahmen über Werbung. Dementsprechend sind die Senderechte für Pay-TV-Sender vergleichsweise hoch bezahlt. Im Bereich des Free-TV hingegen haben die Plattformbetreiber den Programmveranstaltern in vielen Fällen gar nichts oder – oft auf dem Umweg über Verwertungsgesellschaften – nur einen geringen Betrag für die Einräumung der Senderechte bezahlt. Einen nennenswerten Wert haben daher traditionell nur die Senderechte an Pay-TV-Programmen besessen. Bei Free-TV-Programmen, die angesichts ihrer Finanzierung durch Werbung auf maximale Reichweite angewiesen sind, hat dagegen schon immer die Verbreitung im Vordergrund gestanden, was dazu geführt hat, dass die Sender in der Summe für die Verbreitung – je nach Übertragungsweg als Einspeisedienstleistung oder Transpondermiete bezeichnet – teilweise signifikante Beträge haben aufwenden müssen. Dies schließt allerdings nicht aus, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen auch dem Senderecht ein Wert zugemessen worden ist. Jedoch ist dieser Betrag in den schließlich abgeschlossenen Verträgen häufig nicht mehr erkennbar gewesen, da er von den Kosten für die Einspeisedienstleistung bzw. die Transpondermiete überstiegen worden ist.

Free-TV und Pay-TV unterscheiden sich darüber hinaus auch in einigen qualitativen Aspekten. Sofern ein Programm keine Ausschließungsmöglichkeit besitzt, indem es über ein geschlossenes Netz (Beispiel: IP-TV) oder verschlüsselt verbreitet wird, kann es sich nur um Free-TV handeln. Denn die Verfügbarkeit des Programms wird dann nicht verknüpft, sodass an seinen Empfang kein Preis angeknüpft werden kann. Unverschlüsselte Programme fallen damit immer in die Kategorie Free-TV. Darüber hinaus hat die Marktbefragung ergeben, dass für Free-TV Werbung, auch in Gestalt von Unterbrecherwerbung, typisch ist; dieses Merkmal wurde in 37,7% der Fälle genannt (s. Auswertungsbericht Übertragungswegbetreiber, S. 42). Die weiteren denkbaren Kriterien erscheinen für die Zwecke der Marktabgrenzung als nicht hinreichend operabel. Häufig genannt wurden in der Marktbefragung Aspekte der Programmqualität (17,9%). Als mögliche Unterscheidungskriterien wurden beispielsweise die Ausrichtung auf ein Massenpublikum, die Vollprogramm-Eigenschaft sowie die Stellung im Verwertungsfenster angeführt. Alle diese Kriterien sind aber auf zu umfangreiche Wertungen bei der Abgrenzung angewiesen, als dass sie einigermaßen trennscharf die Einordnung eines Senders als Free-TV zulassen würden. Ebenfalls häufig genannt wurde die Unentgeltlichkeit bzw. jedenfalls die Abwesenheit eines programmbezogenen Entgelts (16,0% der Nennungen). Angesichts der auch bisher schon erfolgenden Zahlungen an Verwertungsgesellschaften sowie der vehementen Versuche von RTL und P7S1, programmbezogene Entgelte zu fordern, aber nicht als solche erscheinen zu lassen, ist auch dieses – eigentlich sehr naheliegende – Kriterium nicht hinreichend klar.

In den Markt werden Zahlungen für die Einräumung sämtlicher nötigen Rechte eines Free-TV-Programmveranstalters gegenüber einem Plattformbetreiber einbezogen, um ein Fernsehprogramm senden zu dürfen, d.h. nicht nur direkte Zahlung vom Plattformbetreiber an die Programmveranstalter (unabhängig von ihrem Leistungsgrund), sondern auch Ausschüttungen von Verwertungsgesellschaften. An direkten Zahlungen von Plattformbetreibern werden nicht nur die Zahlungen für das Urheberrecht selbst, sondern auch alle anderen vertraglichen Ausgestaltungen erfasst, durch die eine Zahlung des Plattformbetreibers im Gegenzug für die Einräumung des Rechts zur (verschlüsselten) Ausstrahlung erfolgt.

Das Marktvolumen im Markt für Free-TV-Rechte belief sich im Jahr 2009 auf 38,4 Mio. EUR. Die größten Marktteilnehmer sind P7S1 mit [10-20] Mio. EUR und RTL Group Deutschland GmbH mit [10-20] Mio. EUR, gefolgt von ARD, ZDF und MTV mit je [0-5] Mio. EUR. Die übrigen Marktteilnehmer erzielten allesamt Umsätze von weniger als 1 Mio. EUR. Die beiden größten Marktteilnehmer erzielten damit Marktanteile von jeweils mehr als 30%.

## **(2) Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit**

Nach Ansicht der Beschlussabteilung zielt die Vereinbarung zwischen den Sendern auf die Erhebung eines weiteren Entgelts von Übertragungswegbetreibern ab, das neben die bereits existierenden Zahlungen an Verwertungsgesellschaften getreten ist. Darin liegt eine Abstimmung über eine Entgeltkomponente. Diese bestimmt zwar erstmalig einen Preis für ein Wirtschaftsgut, dem bisher kein positiver Preis zugeordnet war; insoweit unterscheidet sich die vorliegende Vereinbarung von sonstigen Preisabsprachen, die üblicherweise die Erhöhung von Preisen betreffen. Dennoch haben sich die Sender ihrer Handlungsfreiheit hinsichtlich dieses ganz zentralen Wettbewerbsparameters begeben und vereinbart, die Senderechte an ihren Programmen nicht mehr unentgeltlich einräumen zu wollen.

Unbeachtlich ist dabei, dass durch die koordinierte entgeltliche Einräumung der Rechte auch Übertragungswegebetreiber die Möglichkeit erhielten, zusätzliche Entgelte gegenüber Endkunden zu erzielen.

## **(3) Bezwecken oder Bewirken**

Die Beschränkung ist nach Einschätzung der Beschlussabteilung von den Sendeunternehmen bezweckt, Ziel der gesamten Maßnahmen zur Einführung der Verschlüsselung war die Vereinbarung dieses zusätzlichen Entgelts.

## **(4) Spürbare Außenwirkung**

Die Beschränkungen sind auch spürbar. Bei der Vereinbarung über Entgelte handelt es sich um eine Kernbeschränkung, die im Regelfall spürbar ist. Deren Wirksamkeit wird nicht zuletzt auch daran ersichtlich, dass es RTL und P7S1 trotz ihres Fokus auf Free-TV gelungen ist, im gesamten Segment für Senderechte (Free-TV und Pay-TV) mit Hilfe der Einnahmen für ihre Free-TV-Sender zweit- bzw. drittgrößter Anbieter von Senderechten gegenüber Plattformbetreibern zu werden. Dem entsprechen zugleich Marktanteile jenseits der Spürbarkeitsschwelle von 10%, wobei es darauf angesichts der Schwere der Beschränkung nicht mehr ankommt.

## **cc. Keine Arbeitsgemeinschaft**

Die Vereinbarungen zwischen den Sendergruppen können nicht mit dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken gerechtfertigt werden.

Der Arbeitsgemeinschaftsgedanke schließt nach der Rechtsprechung des BGH einen Verstoß gegen das Kartellverbot aus, wenn keines der an einer Arbeitsgemeinschaft beteiligten Unter-

nehmen den Auftrag selbständig hätte erbringen können (BGH v. 13.12.1983, WuW/E BGH 2050 – Bauvorhaben Schramberg). Die Arbeitsgemeinschaft führt dann zu zusätzlichem Wettbewerb, nicht zu seiner Beschränkung. Dabei stehen die Beteiligten nicht im Wettbewerb, wenn sie nicht über die nötigen Kapazitäten zur Ausführung eines Auftrags verfügen oder zwar die erforderliche Kapazität besitzen, aber erst durch die Arbeitsgemeinschaft in die Lage versetzt werden, ein wirtschaftlich konkurrenzfähiges Angebot abzugeben. Ein Wettbewerbsverhältnis besteht schon dann nicht, wenn es wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig gewesen wäre, ein entsprechendes Angebot abzugeben (BGH v. 13.12.1983, WuW/E BGH 2050 – Bauvorhaben Schramberg; Bechtold, GWB 6. Aufl., § 1 Rn. 94).

Zwar lässt sich argumentieren, dass die Vereinbarungen zur Umwandlung ihrer bisherigen Free-TV-Programme in ein digitales Basis-TV-Angebot den beiden Unternehmen ermöglichen, eine Art neues Pay-TV-Produkt anzubieten. Auch die zweite Voraussetzung wäre erfüllt, dass es aller Wahrscheinlichkeit nach für jedes der beiden Sendeunternehmen aufgrund drohender Reichweite- und Einnahmeverluste auf dem Fernsehwerbemarkt unmöglich wäre, ein solches Angebot individuell einzuführen. Jedoch kann man nur bei einer sehr technischen Betrachtungsweise von einem neuen Produkt sprechen: Die Sender beabsichtigen, für ihr bisher kostenloses Programmangebot künftig ein Entgelt zu erheben. An der Produktqualität soll sich dabei nichts ändern (abgesehen von der Verschlüsselung und der Einführung einiger für den Verbraucher nachteiliger Signalnutzungsbeschränkungen). Insbesondere sollen keine Pay-TV-typischen Umgestaltungen des Programmformats vorgenommen werden, wie beispielsweise der Verzicht auf Unterbrecher-Werbung. Im Kern dient die Kooperation damit nicht der Einführung eines neuen Produkts, sondern schlicht der Einführung einer Zahlungspflicht für ein bisher kostenfreies Angebot. Darin liegt aber kein neues Produkt, sondern nur eine Preisabsprache hinsichtlich eines bestehenden Produkts. Es handelt sich nicht um eine Zusammenarbeit ohne Koordinierungswirkungen, im Gegenteil sind die wettbewerbsbeschränkenden Koordinierungswirkungen Hauptzweck der Vereinbarung.

Nichts anderes ergibt sich aus den Horizontalleitlinien der KOM (Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rn. 163). Danach kann eine Produktionsvereinbarung zwischen Wettbewerbern dann zulässig sein, wenn infolge der Zusammenarbeit ein neuer Markt entsteht, d. h. wenn die Vereinbarung die Parteien in die Lage versetzt, eine neue Ware oder Dienstleistung einzuführen, was den Parteien aufgrund objektiver Faktoren, zum Beispiel wegen ihrer technischen Möglichkeiten, andernfalls nicht möglich gewesen wäre (ähnlich auch EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, 281, 304 - Société Technique Minière (LTM)/Maschinenbau Ulm (MBU); v. 08.06.1982, Slg. 1982,

2015, 2069). Hier liegt – wie oben ausgeführt – aber gerade nicht der Fall eines neuen Produkts vor.

## **2. Freistellung**

Die Beschlussabteilung geht nach vorläufiger Prüfung davon aus, dass eine Freistellung der koordinierten Verhaltensweisen weder als Gruppen- noch als Einzelfreistellung in Betracht kommt.

### **a. Gruppenfreistellung**

Die Vereinbarungen zwischen den Sendern werden nicht von einer der Gruppenfreistellungsverordnungen über horizontale Zusammenarbeit erfasst. Weder die Spezialisierungs-Gruppenfreistellungsverordnung (VO 1218/10) noch die Forschungs- und Entwicklungs-Gruppenfreistellungsverordnung (VO 1217/10) sind hier einschlägig.

### **b. Einzelfreistellung, § 2 GWB/Art. 101 III AEUV**

Eine Einzelfreistellung kommt nach gegenwärtiger Einschätzung der Beschlussabteilung für die Vereinbarungen, für die bisher frei empfangbaren Programme künftig Entgelte zu erheben sowie die Reichweite im Bereich der Fernsehwerbung konstant zu halten, schon aufgrund der Natur der Vereinbarungen nicht in Betracht. Aber auch die Einführung von DRM und Signalnutzungsbeschränkungen sind nicht freistellungsfähig. Es fehlt insoweit schon an Effizienzvorteilen. Überdies ist eine angemessene Verbraucherbeteiligung nicht erkennbar.

#### **aa. Effizienzvorteile**

Die Vereinbarungen führen im Ergebnis nicht zu überwiegenden Effizienzgewinnen.

Als Effizienzvorteile können nur objektive Vorteile Berücksichtigung finden, die subjektive Beurteilung durch die Beteiligten ist nicht maßgeblich. Kosteneinsparungen infolge der bloßen Ausübung von Marktmacht sind nicht zu berücksichtigen. Die Vereinbarung muss zudem kausal für die Erzielung der Vorteile sein.

#### **(1) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung**

Eine Verbesserung der Warenerzeugung kann durch die Vereinbarungen nicht erreicht werden.

Bei der Entgeltvereinbarung auf dem Senderechtemarkt handelt es sich um eine Kernbeschränkung, die nicht freistellungsfähig ist. Der vorliegende Fall weist insoweit keine Besonderheiten auf.

Aber auch die Abreden über Qualitätsbeschränkungen – gemeinsame Verschlüsselung sowie Signalnutzungsbeschränkungen – führen nicht zu einer besseren Auslastung vorhandener Produktionskapazitäten oder der Erzielung von Skalenvorteilen. Auch die Warenverteilung wird durch die Abreden nicht beeinflusst, da weder die Verteilungsgeschwindigkeit verbessert noch die Lieferbereitschaft erhöht wird. Teilweise wird unter den Begriff der "Warenverteilung" auch eine Verbesserung der Qualität gefasst (vgl. Bunte in Langen/Bunte, GWB 11. Aufl., § 2 Rn. 37). Eine solche käme hier zumindest theroretisch in Betracht; die damit zusammenhängenden Fragen werden unten im Zusammenhang mit der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts behandelt.

Auch soweit RTL und P7S1 behaupten, die Vereinbarungen seien erforderlich, um ein attraktives werbefinanziertes Free-TV zum Nutzen von Fernsehzuschauern und Werbekunden in Deutschland aufrecht erhalten zu können, ist keine freistellungsfähige Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung erkennbar. RTL argumentiert, die Digitalisierung stelle Free-TV-Sender vor existentielle Probleme, die ohne Grundverschlüsselung nicht zu beheben seien, insbesondere durch zunehmende Werbeumgehungsmaßnahmen wäre hochqualitatives Fernsehen allein mit Werbung künftig nicht mehr finanzierbar. Die Verschlüsselung sei dafür erforderlich, dass das Geschäftsmodell des werbefinanzierten Fernsehens weiterhin Bestand hat und nachhaltig zukunftsfähig bleibt. Dem Verbraucher würden dadurch auf mittlere Sicht eine Vielzahl qualitativ hochwertige Fernsehprogramme mit Premium-Inhalten wie Spielfilmen und Sportereignissen zur Verfügung stehen, ohne dass er hierfür ein programmbezogenes Entgelt zu entrichten hätte. Auch P7S1 behauptet, neue technische Möglichkeiten aufgrund der Digitalisierung könnten zu einer existenziellen Bedrohung des Geschäftsmodells der Werbefinanzierung von Fernsehprogrammen werden.

Versucht man diesen Vortrag in kartellrechtliche Kategorien zu fassen, so liegt darin im Kern die Behauptung einer Strukturkrise des deutschen Privatfernsehens. Die Voraussetzungen eines Strukturkrisenkartells liegen aber nicht vor, insbesondere ist eine Strukturkrise nicht ansatzweise erkennbar:

Es fehlt bereits an einer zentralen Voraussetzung für ein Strukturkrisenkartell, nämlich dem Auftreten wesentlicher Verluste über einen längeren Zeitraum hinweg (vgl. Braun, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2, Art. 81 Fallgruppen Rn. 181 m.w.N.). Die behaupteten negati-

ven Auswirkungen der technischen Entwicklung sind bislang hypothetisch geblieben und haben keine nennenswerten Effekte auf die Werbeeinnahmen der beiden Sendergruppen hervorgerufen. Auch nachdem die Digitalisierung in den vergangenen Jahren Fortschritt gemacht hat und der Prozess der Digitalisierung mittlerweile seit acht Jahren läuft, haben sich die Wettbewerbsverhältnisse insbesondere bei der Fernsehwerbung nicht wesentlich geändert: Der Fernsehwerbungsmarkt wird von einem stabilen Duopol der beiden großen privaten Sendergruppen dominiert (s. dazu oben in der Rechtlichen Würdigung unter I.1.c.aa(1), S. 23 ff.).

Zudem sind beide Unternehmen sehr profitabel. Die RTL Group erzielte im Jahr 2011 bei einem Umsatz von 5.765 Mio. EUR einen Gewinn von [600-800] Mio. EUR, was einer Umsatzrendite von [10-14] % entspricht. Gegenüber dem Krisenjahr 2009 hat sich der Gewinn damit mehr als verdreifacht. Der Umsatz von P7S1 lag bei 2.756 Mio. EUR, wobei ein Gewinn von [240-300] Mio. EUR erzielt werden konnte. Die Umsatzrendite lag bei [10-14] %, und auch bei P7S1 hat sich das Ergebnis gegenüber 2009 nahezu verdoppelt.

## **(2) Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschrittes**

Die Vereinbarungen bewirken auch keine Effizienzen durch Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts. Zwar kommt bei verschiedenen Vereinbarungen prima facie in Betracht, dass diese einen Effizienzgewinn bewirken. An den Stellen, an denen Effizienzgewinne auftreten, erweisen sich diese jedoch bei näherem Hinsehen als nicht geeignet, um die mit den Wettbewerbsbeschränkungen verbundenen Nachteile aufzuwiegen.

Eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts kann insbesondere durch eine Qualitätsverbesserung eintreten. Voraussetzung für einen derartigen Effizienzgewinn wäre die Entstehung tatsächlich spürbarer, objektiver Vorteile durch die Vereinbarung, die die mit einer Kartellvereinbarung einhergehenden Nachteile deutlich überwiegen (EuGH v. 06.10.2009, Slg 2009-I, 9291, Rdnrn. 92 - GlaxoSmithKline). Nicht erforderlich ist, dass die Vorteile auf dem beeinträchtigten Markt auftreten, sondern es sind auch Wirkungen einzubeziehen, die auf anderen Märkten eintreten (vgl. EuG v. 27.09.2006, WuW/E EU-R 1151, 1161 (Rn. 248) - Glaxo Smith Kline). Maßgeblich ist dafür eine objektive Betrachtung, nicht die subjektive Sicht der Beteiligten. Die Vereinbarung muss schließlich kausal sein für die zu erwartenden Vorteile. Die Darstellungs- und Beweislast für das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen tragen die Beteiligten der Vereinbarung (vgl. EuGH v. 06.10.2009, Slg 2009-I, 9291, Rdnrn. 92 - GlaxoSmithKline). Sie sind verpflichtet, so detailliert und nachvollziehbar Tatsachen vorzutragen, dass die Beurteilung möglich ist, ob die in Rede stehenden Vorteile die mit der Wettbewerbsbeschränkung verbundenen Nachteile überwiegen (vgl. OLG Düsseldorf v. 12.09.2009, VI-Kart 5/09, Beschlussausfertigung S. 25 f.).

Die Vereinbarungen rufen zunächst keinen Effizienzgewinn durch eine schnellere Digitalisierung hervor. Zwar mag die Digitalisierung zu verschiedenen positiven Effekten führen, die grundsätzlich als Effizienzvorteil einzustufen sein könnten. Jedoch sind die Vereinbarungen der beiden Sendergruppen nicht kausal für eine schnellere Digitalisierung. Die hier vereinbarte Verschlüsselung der Programme führt für sich genommen im Gegenteil zu einer langsameren Umstellung der Haushalte auf die digitale Übertragungstechnik im Vergleich zur unverschlüsselten Digitalisierung. Angesichts dessen kann offenbleiben, wie bedeutsam etwaige Verbesserungen sind.

Ein Effizienzvorteil tritt auch nicht unter dem Aspekt der Innovationsförderung bei Empfangsgeräten ein. Zwar führt die Vereinbarung dazu, dass technische anspruchsvollere Geräte in großer Anzahl in den Haushalten verbreitet werden, wodurch der technische Fortschritt im Ausgangspunkt gefördert wird. Es ist unter dem Blickwinkel des technischen Fortschritts anzuerkennen, dass Geräte verkauft werden, die über ein CA-System sowie DRM- und Signalschutzfähigkeiten verfügen. CA-System, DRM-Fähigkeiten und Signalnutzungsbeschränkungen sind schon für sich genommen technisch anspruchsvollere Lösungen, als sie in einer einfachen Zapping-Box zu finden sind. Die Verschlüsselung sorgt so für die Verbreitung einer neuen Technologie. Zugleich entstehen durch die Vereinbarungen aber so gravierende Nachteile, die die vorgenannten objektiv vorteilhaften Wirkungen nicht kompensieren können. Denn zum einen zwingen die Beteiligten die Fernsehhaushalte durch ihr koordiniertes Vorgehen zur Beschaffung eines neuen Gerätes, ohne dafür zugleich die Kosten zu übernehmen. Bereits diese Externalisierung der Kosten der Vereinbarung wiegt die positiven Effekte der Vereinbarung auf; in die Entscheidungsfreiheit der Zuschauer, ob ihnen der Zusatznutzen der neuen Funktionen den Preis dafür wert ist, wird hier übermäßig eingegriffen. Zum Anderen greifen die Spezifikationen in den Innovationswettbewerb bei Set-Top-Boxen ein und lenken diesen in eine bestimmte Richtung, die für den Verbraucher nicht vorteilhaft ist. Es spricht einiges dafür, dass durch die Vereinbarungen der Innovationswettbewerb kanalisiert wird und dass bedeutsamere Innovationen als die von den Parteien geförderten beeinträchtigt werden wird. Nach den Ergebnissen der Marktbefragung Gerätehersteller besteht hinsichtlich verschiedener innovativer Funktionalitäten die Gefahr, dass Spezifikationen die Einführung einiger innovativer Funktionen behindern (vgl. Auswertungsbericht Gerätehersteller, S. 7). Dabei handelt es sich insbesondere um die Entwicklung interoperabler Geräte, die Nutzung von Festplatten-Rekorderfunktionen (PVR und Timeshift) sowie die Fähigkeit, mit Hilfe der Empfangsgeräte auf Internet-Inhalte zuzugreifen.

Schließlich ist durch die Vereinbarungen auch kein Effizienzvorteil in Gestalt einer Verbesserung der Einkaufsbedingungen bei Senderechten zu erkennen. Zwar sind Vorteile beim Einkauf hochwertiger Inhalte für die Programme grundsätzlich denkbar. Denn die Verhandlungsposition der Beteiligten könnte sich dadurch verbessern, dass aufgrund der Vereinbarungen über die

gemeinsame Verschlüsselung sowie den Signalschutz künftig der von den großen Hollywood-Studios gewünschte gesteigerte Signalschutz gewährleistet werden kann. Allerdings sind die dadurch zu erwartenden Vorteile nicht bedeutsam und können die mit der Vereinbarung verbundenen Nachteile nicht überwiegen. Denn die zu erwartenden Vorteile sind nach Einschätzung der Beschlussabteilung nur vorübergehend und zudem nur in begrenztem Umfang zu erwarten. Diese Einschätzung stützt sich insbesondere auf die Marktbefragung bei Fernsehsendern, die ergeben hat, dass die Sendunternehmen aufgrund der Verschlüsselung nicht mit einer wesentlichen Verbesserung ihrer Position beim Rechteeinkauf rechnen. Insbesondere werden etwaige Vorteile nicht für dauerhaft gehalten (vgl. Auswertungsbericht Programmveranstalter, S. 16 f.). Vorteile beim Rechteeinkauf durch die Existenz eines DRMs (Frage 15 der Marktbefragung Programmveranstalter) versprechen sich danach nur 9 der insgesamt 77 antwortenden Unternehmen (entspricht 12%). 68 Unternehmen (entspricht 88%) erwarten hingegen keine besseren Konditionen. Auf die Frage nach der Dauerhaftigkeit etwaiger Einsparungen gaben von den 20 Unternehmen, die auf diese Frage antworteten, 5 an, mit dauerhaften Einsparungen zu rechnen (entspricht 25%), während 15 dies nicht erwarten (entspricht 75%). Überdies weisen die Beigeladenen MDR und ZDF darauf hin, dass für sie sogar die Gefahr einer Verschlechterung ihrer Verhandlungsposition besteht, indem Rechteinhaber bei einer flächendeckenden Verfügbarkeit von Receivern mit CA-System in Deutschland die Verschlüsselung zur Bedingung für den Rechteerwerb machen könnten (Ss v. 18.06.2011, S. 3). Eine Verschlüsselung kommt für die öffentlich-rechtlichen Sender auf absehbare Zeit aber nicht in Betracht. Sollte die – von der Beschlussabteilung geteilte – Prognose der befragten Fernsehsender zutreffen, dass die Vorteile beim Rechteeinkauf aufgrund der Verschlüsselung nur geringfügig (womit 88% der Unternehmen rechnen) und temporär eintreten (womit drei Viertel der Unternehmen rechnen), wäre damit zu rechnen, dass die öffentlich-rechtlichen Sender nach einer Übergangsphase sogar höhere Preise bezahlen müssen als im Moment.

Träte diese Entwicklung ein, würde ein nur unbedeutender oder temporärer Vorteil der beiden Sendergruppen mit einem dauerhaften Nachteil für die öffentlich-rechtlichen Sender erkaufte.

Zugleich sind mit den Vereinbarungen über die gemeinsame Verschlüsselung und den Signalschutz die bereits oben angesprochenen Nachteile verbunden: Die Beteiligten zwingen die Fernsehhaushalte, sich neue Receiver zu beschaffen, und verlagern die Kosten dafür auf die Haushalte bzw. Übertragungswegbetreiber. Zudem greifen die Signalschutzvereinbarungen in den Innovationswettbewerb ein und gefährden die Entwicklung und Diffusion neuer Komfortfunktionen.

In der Zusammenschau erscheint keine der zwischen den beiden großen privaten Sendergruppen getroffenen Vereinbarungen geeignet, hinreichend große Effizienzvorteile hervorzurufen, die die Nachteile überwiegen könnten, die mit der Vereinbarung verbunden sind.

#### **bb. Verbraucherbeteiligung**

Eine Freistellung scheitert nach vorläufiger Prüfung auch daran, dass eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an den Vorteilen der Vereinbarung nicht ersichtlich ist. Als Verbraucher sind dabei mehrere Gruppen von Marktteilnehmern zu verstehen, insbesondere Kabelnetzbetreiber, Werbetreibende sowie Endkunden.

Gegen eine Weitergabe der Verbrauchervorteile spricht schon die Marktstruktur. Auf dem Fernsehwerbemarkt besteht eine oligopolistische Marktstruktur, der Markt wird von RTL und P7S1 gemeinsam beherrscht (vgl. *BKartA* v. 17.03.2011, B6-94/10, Rn. 65 ff. - Amazonas). Etwaige Vorteile können dabei allenfalls auf dem Fernsehwerbemarkt an Werbetreibende oder Zuschauer weitergegeben werden.

Die Weitergabe etwaiger Effizienzgewinne beim Rechteeinkauf an die Fernsehzuschauer ist nicht zu erwarten. Zwar ist die Stellung auf dem Fernsehwerbemarkt vom Erfolg der Programme beim Zuschauer in Gestalt des Zuschauermarktanteils abhängig. Es bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür, dass für die Sendergruppen unter den bestehenden oligopolistischen Rahmenbedingungen ein Anreiz besteht, als Folge von Einsparungen beim Rechteeinkauf die Programmqualität zu steigern. Die Verwendung freiwerdender Mittel zum Einkauf hochwertigerer Inhalte wäre als wettbewerblicher Vorstoß zu werten. Ein solcher wettbewerblicher Vorstoß ist angesichts der festgestellten Marktverhältnisse im Bereich der Fernsehwerbung nicht erforderlich und auch nicht zu erwarten; die Entwicklung der Gewinnzahlen belegt im Übrigen, dass die Sender nicht lediglich auf höhere Einnahmen warten, um wertvolle Senderechte einkaufen zu können. Anderenfalls wäre ein Gewinnsprung wie in den vergangenen beiden Jahren mit zweistelligen Umsatzrenditen nicht zu beobachten gewesen, sondern es wäre eine massive Steigerung der Ausgaben für Inhalte erfolgt.

Im Übrigen ist eine Verbraucherbeteiligung an den zusätzlichen Einnahmen der Sender für ihre Senderechte nach dem Zweck der Vereinbarungen gerade ausgeschlossen, da diese dazu dienen sollen, zusätzliche Einnahmen für die Sendeunternehmen zu generieren. Die zusätzlich erzielten Entgelte für die Senderechte sollen weder an Zuschauer noch an Werbetreibende von den Sendern zurückgegeben werden.

## II. Ermessen

Die Beschlussabteilung hat in Ausübung ihres Ermessens die nach vorläufiger Prüfung verbotenen und noch immer praktizierten Verhaltensweisen zum Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens gemacht.

Entscheidend dafür ist die Schwere der Wettbewerbsverstöße, die eine Einstellung des Verfahrens ohne Abstellungsmaßnahmen verbietet.

## III. Rechtsfolgen

Die von RTL und P7S1 angebotenen Zusagen werden für verbindlich erklärt. Die Zusagen sind geeignet, die rechtlichen Bedenken der Beschlussabteilung so weit auszuräumen, dass auf ein Eingreifen verzichtet werden kann.

Nach § 32b GWB kann die Kartellbehörde Zusagen der betroffenen Unternehmen über bestimmte Verhaltensweisen entgegennehmen, die darauf abzielen, die rechtlichen Bedenken hinsichtlich des beanstandeten Verhaltens zu beseitigen. Dabei können sowohl Verhaltens- als auch Strukturzusagen abgegeben werden (vgl. *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, GWB 11. Aufl., § 32b Rn. 7). Bei der Entscheidung über die Entgegennahme der Verpflichtungszusagen verfügt die Beschlussabteilung über Ermessen. Die Behörde muss sich im Rahmen dieser Entscheidung nicht abschließend dazu äußern, ob in dem Verhalten ein Verstoß zu sehen ist (*Bornkamm*, in: Langen/Bunte, GWB 11. Aufl., § 32b Rn. 13; ähnlich *Bechtold*, GWB 6. Aufl., § 32b Rn. 3). Maßstab für die Reichweite der Zusagen sind die Maßnahmen, die in einer Entscheidung nach § 32 GWB erlassen werden könnten.

Eine wirksame Abstellung des verbotenen Verhaltens müsste hier einerseits die weitere Durchführung der geschlossenen Verträge unterbinden und aufgrund drohender Fortsetzung des verbotswidrigen Verhaltens durch die Sendergruppen andererseits auch den Abschluss ähnlicher Vereinbarungen für die Zukunft untersagen.

In Ausübung ihres Ermessens hält die Beschlussabteilung die angebotenen Zusagen für erforderlich, aber auch hinreichend, um die rechtlichen Bedenken zu beseitigen.

Die Zusage in Ziff. 1 Satz 1 und Satz 2 enthält die Verpflichtung für die beiden Sendeunternehmen, die SD-Ausstrahlung ihrer im Einzelnen genannten Programme auf den genannten Übertragungswegen für zehn Jahre unverschlüsselt und in gleichbleibend guter Bildqualität aufrecht zu erhalten. Durch diese Maßnahme werden die Wettbewerbsbeschränkungen weitestgehend abgestellt, soweit sie sich auf den SD-Bereich beziehen. Zugleich würden etwaige Auswirkun-

gen der Vereinbarung auf den HD-Bereich adressiert, indem den Zuschauern ein unbeschränktes, kostenfreies SD-Signal in guter Qualität als Alternative zur Verfügung steht. Erst in jüngerer Zeit eingeführte Sender, z.B. RTL Nitro oder Sixx, waren von der damaligen Vereinbarung nicht erfasst und unterfallen deshalb nicht der Zusage der Nichtverschlüsselung. Ebenso war der Übertragungsweg DVB-T von der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung seinerzeit nicht erfasst und fand hier auch zu keinem Zeitpunkt eine SD-Verschlüsselung statt, so dass er nicht der Zusage unterfällt.

Im Bereich der SD-Verschlüsselung entfaltet die Zusage weitreichende Folgen. Für Verbraucher und Übertragungswegbetreiber entfällt der Aufwand, der durch das CA-System und entsprechende Receiver entsteht. Durch den Verzicht auf die Verschlüsselung bewirken die Zusagen zugleich, dass DRM-Maßnahmen und Signalnutzungsbeschränkungen in Bezug auf SD nicht mehr umsetzbar sind. Die Zusage der Nichtverschlüsselung lässt zugleich auch die Basis für die Entgelterhebung entfallen, so dass mit der Umsetzung der Zusage auch erreicht wird, dass die Endkunden das SD-Signal ohne ein zusätzliches Entgelt empfangen können. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass selbst wenn im Ausnahmefall DRM-Maßnahmen und Signalnutzungsbeschränkungen auch ohne Verschlüsselung technisch möglich wären, diese im SD-Bereich nicht mehr umgesetzt werden. Theoretisch denkbar wäre zwar, die Zusage über den Weg der HD-Verbreitung zu umgehen. Jedoch erscheint eine solche Möglichkeit ausgesprochen unwahrscheinlich, da nicht zu erwarten ist, dass Übertragungswegbetreiber einen überhöhten Preis für die HD-Programme zahlen, nur weil die SD-Programme der beiden Sendergruppen unverschlüsselt ausgestrahlt werden.

Für den Bereich der HD-Verbreitung entfaltet die Zusage eine mittelbare Wirkung. Diese ist durchaus bedeutsam, da durch die Erhaltung des SD-Signals eine kostenfreie Alternative zum Bezug der Inhalte besteht. Die Entscheidung des Fernsehzuschauers, das HD-Paket zu abonnieren, bezieht sich damit allein auf dessen bessere Bildqualität, nicht auf den Zugang zu den Inhalten der Sender. Damit wird eine wesentliche Zielsetzung der Vereinbarungen ausgeschaltet, nämlich die beabsichtigte Zwangswirkung auf die Zuschauer, die durch die gemeinsame Umstellung auf eine verschlüsselte Verbreitung auf diese ausgeübt werden sollte.

Da die Bildqualität der SD-Signale bei diesem Modell zentrale Bedeutung besitzt, wird diese gesondert abgesichert. Gemäß Ziff. 1 Satz 1 und Satz 5 müssen die verbreiteten SD-Signale der betreffenden TV-programme jeweils mindestens der Bildqualität entsprechen, die die Programme am 31.12.2011 besessen haben. Für die Übertragungswegbetreiber wird durch die Zusage sicher gestellt, dass SD-Signale in gleichbleibend hoher Qualität von den Sendern zur Verfügung gestellt werden. Dafür ist insbesondere erforderlich, die Qualität der Satellitenver-

breitung beizubehalten. Die Sender verpflichten sich, eine dem Stand Ende 2011 entsprechende und gleichbleibend hohe Signalqualität sicherzustellen und insbesondere auf Maßnahmen zur Verschlechterung des SD-Signals zu verzichten. Konkrete Parameter, insbesondere quantitative Festlegungen, mit denen eine Verletzung dieser Verpflichtung festzustellen ist, können angesichts unterschiedlicher genutzter und sich im übrigen permanent entwickelnder Messmethoden nicht vorgegeben werden. Der Markttest der Beschlussabteilung zu den Zusagen ergab allerdings, dass der von den Sendergruppen zunächst benannte PAL-Standard als ungeeignet zur Messung der SD-Bildqualität angesehen wird. Mögliche, hier nicht abschließend zu beurteilende Parameter könnten stattdessen das Bildformat, die Bildauflösung, eine bestimmte – ggf. über die Sendergruppe oder pro Sender durchschnittliche – Video- und Audiodatenrate (Mbit/s.) des digitalen Signals, die GOP-Struktur oder Kompressionsverfahren sein. Auch objektive Messungen mit DVB-Geräten oder subjektive Testverfahren gemäß den Standard ITU-R BT.500 wurden als Messmethoden genannt. Schließlich könnte eine Herunterskalierung von HD-Signalen durch den Sender samt späterer Einfügung des Sender-Logo durch den Übertragungswegbetreiber ein Mittel zur Sicherung gleichbleibender SD-Qualität sein. Über die geeigneten Parameter wäre im Falle konkreter Beschwerden wegen verschlechterter Bildqualität zu entscheiden. Mit dem Maßstab „Qualität wie Ende 2011“ ist jedenfalls eine feste und jederzeit überprüfbare Vergleichsgrundlage gegeben.

Die Zusagen müssen durch die Sender gegenüber den Übertragungswegbetreibern durchgesetzt werden. Sie verpflichten sich, in Verhandlungen mit Übertragungswegbetreibern eine gleichbleibend hochwertige unverschlüsselte SD-Übertragung durchzusetzen. Zur Erreichung dieses Ziels dürfen die Unternehmen dabei ihre Programmsignale, insbesondere in HD-Qualität, nur zur Verfügung stellen, wenn die qualifizierte Übertragung in SD-Qualität gesichert ist (Ziff. 1 Satz 3).

Sofern eine Einigung mit einem Übertragungswegbetreiber nicht zustande kommt, dürfen die Sender dort überhaupt keines ihrer Signale verbreiten. Durch das Interesse der Sender, ihr kostenpflichtiges HD-Angebot zu vermarkten und die Reichweite aller Übertragungswege auszunutzen, ist faktisch hinreichend sichergestellt, dass sie sich ihrer Verpflichtung zur unverschlüsselten SD-Verbreitung nicht entziehen werden. Eine nach Auffassung einer anderen Verfahrensbeteiligten durch die vorliegende Entscheidung vorgegebene Zwangskopplung liegt hierin aber nicht, da die Entscheidung über einen gekoppelten Vertrieb von SD- und HD-Senderechten weiterhin bei den Sendern liegt. Derartige Koppelangebote sind dann Gegenstand vertraglicher Verhandlungen mit der Marktgegenseite, u.a. mit Kabelnetzbetreibern. Von daher wird durch die vorliegende Entscheidung keinerlei – ggf. unzulässige, weil in Recht Dritter eingreifende – Rechtspflicht auferlegt. Kann die unverschlüsselte SD-Verbreitung bei einem

Übertragungswegbetreiber aufgrund bestehender vertraglicher Vereinbarungen nicht sofort umgesetzt werden, verschiebt sich der 10-Jahres-Zeitraum entsprechend nach hinten (Ziff. 1 Satz 4).

Eine Ausnahme von der SD-Nichtverschlüsselung ist in Ziff. 2 für den Fall vorgesehen, dass ein Übertragungswegbetreiber sämtliche Programmsignale der von ihm übertragenen TV-Sender verschlüsselt. Diese Regelung dient dem Schutz des Übertragungswegbetreibers, dessen berechtigtem Interesse Rechnung getragen werden soll, den Zugang zu seinen Angeboten nur solchen Nutzern zu gewähren, die hierfür die vereinbarten Entgelte zahlen, und nicht-zahlende Nutzer (sog. „Schwarznutzer“) vom Zugang auszuschließen. Ein solcher Ausschluss kann durch die physische Trennung einzelner Anschlüsse vom Netz oder durch eine Verschlüsselung sämtlicher im Netz verbreiteter Programmsignale erfolgen. Ein berechtigtes Interesse des Übertragungswegbetreibers besteht nach Auffassung der Beschlussabteilung jedoch nur dann, wenn er durch eine Verschlüsselung sämtliche nicht-zahlende Nutzer von seinen Angeboten ausschließen kann. Solange einzelne Programmsignale unverschlüsselt verbreitet werden, ist ein effektiver Ausschluss sog. „Schwarznutzer“ nicht gegeben. Voraussetzung für das Freiwerden der beiden Sendergruppen von der SD-Nichtverschlüsselungs-Verpflichtung gem. Ziff. 1 wäre demnach, dass das *gesamte* FreeTV-Programm verschlüsselt übertragen wird und die Freischaltung der verschlüsselten Sender immer bereits im Anschluss enthalten ist. Ein zusätzliches Entgelt für ein digitales SD-Basis-Paket, wie es derzeit noch häufig erhoben wird, führt zum Wegfall dieser Ausnahme.

Eine Sonderregelung gilt für IP-basierte TV-Verbreitungplattformen, die nicht vollständig in einem Netz verbreitet werden, zu dem der Zugang durch den Plattformbetreiber kontrolliert werden kann (Ziff. 3). Dies trifft auf Unternehmen zu, die über gar kein Netz verfügen (beispielsweise im offenen Internet operierende TV-Plattformen wie Zattoo) oder die (teilweise) außerhalb ihres eigenen Netzes verbreitet werden (beispielsweise ein Angebot eines TV-Kabelnetzbetreibers oder IPTV-Übertragungswegbetreibers, das auch über mobile Endgeräte in Mobilfunknetzen und/oder heimischen WLAN/LAN-Netzen genutzt werden kann). In diesen Fällen ist kann RTL und P7S1 zwar die Zustimmung zu einer Verschlüsselung erteilen, es dürfen aber keine Signalnutzungsbeschränkungen und auch keine Beschränkung der Aufnahmefunktion als solcher stattfinden. Dies macht deutlich, dass sowohl bei unverschlüsselter SD-Verbreitung gemäß der Zusage in Ziff. 1 als auch im Ausnahmefall der Ziff. 3 die aus der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung resultierenden SD-Signalnutzungsbeschränkungen zu unterbleiben haben.

Nicht von den Zusagen erfasst ist im Übrigen eine verschlüsselt erfolgende Zuführung oder ein verschlüsselt erfolgender Transport der Signale durch den Netzbetreiber selbst oder durch Dritte, solange sichergestellt ist, dass diese Signale für den Endkunden unverschlüsselt, ohne Signalnutzungsbeschränkungen und ohne Zusatzentgelt nutzbar sind.

Die Beschlussabteilung hält die Zusagen für erforderlich, aber auch für ausreichend, um das Verfahren auf dieser Basis einzustellen. Dabei ist der Beschlussabteilung bewusst, dass die tatsächlichen Auswirkungen der Vereinbarungen auf die HD-Verbreitung nicht in vollem Umfang beseitigt werden. Für die Hinnahme dieses Umstandes ist maßgeblich, dass durch die langfristige und unverschlüsselte SD-Verbreitung die Auswirkung des gemeinsamen Vorgehens aufgehoben wird und für den Bereich der SD-Verbreitung eine sehr weitgehende Zusage abgegeben worden ist. Für die aktuelle Einspeisung digitaler FreeTV-Programme sind im Übrigen die Einspeiseverträge der beiden Sendergruppen mit KDG aus 2011 bzw. 2012 nicht deckungsgleich. Diese Abstellungsmaßnahmen sind bei einer Gesamtwürdigung – bei allen Prognoserisiken – wirksam, und die Beschlussabteilung ist der Überzeugung, dass die Zusagen das Potenzial besitzen, die Koordinierungsfolgen zu einem wesentlichen Teil zu beseitigen.

Hinzu treten verfahrensökonomische Überlegungen, da mit den Zusagen im vorliegenden Verfahren nicht nur die verbotenen Verhaltensweisen der Sender im Netz der KDG, sondern auch gegenüber den anderen von der Absprache betroffenen Übertragungswegbetreibern adressiert werden. Dies erspart der Beschlussabteilung die Durchführung einer Vielzahl weiterer Verfahren betreffend die übrigen Übertragungswegbetreiber, die mit erheblichem Aufwand verbunden gewesen wären. Hinzu kommt, dass die zugesagten Maßnahmen aus der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung sofort wirksam werden und nicht erst nach Abschluss entsprechender Gerichtsverfahren. Dies stellt auch für die Fernsehzuschauer einen Vorteil dar.

#### **IV.    Widerrufsvorbehalt**

Zusätzlich erachtet es die Beschlussabteilung für notwendig, die Verfügung mit einem Widerrufsvorbehalt zu versehen.

Der Widerrufsvorbehalt stützt sich auf § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Danach kann die erlassende Behörde einen in ihrem Ermessen stehenden Verwaltungsakt mit einem Widerrufsvorbehalt versehen. Die hier angeordneten Maßnahmen stehen sowohl im Aufgreif- als auch im Auswahlermessen der Beschlussabteilung, die erforderliche Ermessensentscheidung liegt somit vor.

Der Erlass eines Widerrufsvorbehalts ist hier aus Sicht der Beschlussabteilung erforderlich, um bisher nicht absehbaren Entwicklungen der Wettbewerbsbedingungen während der 10-jährigen

Geltungsdauer dieser Verfügung Rechnung tragen zu können. Bei einer so langen Laufzeit einer Verfügung erachtet es die Beschlussabteilung für notwendig, die Voraussetzungen zu erhalten, um auf Änderungen der Sach- oder Rechtslage durch eine Abänderung der Verfügung reagieren zu können. Um diese Reaktionsmöglichkeiten uneingeschränkt sicherzustellen, erachtet es die Beschlussabteilung als erforderlich, die Entstehung von Vertrauen in etwaige begünstigende Wirkungen der Verfügung bei anderen Verfahrensbeteiligten zu verhindern.

Denn es ist nicht auszuschließen, dass die Verfügung in einzelnen Teilen für andere Verfahrensbeteiligte begünstigende Wirkungen besitzt, die ohne Erlass eines Widerrufsvorbehalts die (teilweise) Aufhebung erschweren könnten. Welche begünstigenden Wirkungen eintreten könnten, ist derzeit noch nicht vollständig absehbar. Denkbar ist beispielsweise, dass im Vertrauen auf die fehlende SD-Verschlüsselung eine besondere Gerätebasis aufgebaut wird. Grundsätzlich geeignet für die Begründung begünstigender Wirkungen sind das Verbot der Verschlüsselung der Programme der beiden Sendergruppen in SD-Qualität sowie das korrespondierende Verbreitungsgebot. Auf diese Maßnahmen können sich KDG oder andere Verfahrensbeteiligte strategisch einstellen und gegebenenfalls auch Investitionen tätigen.

Eine Änderung der Sach- und Rechtslage könnte insbesondere dann vorliegen, wenn sich die Marktverhältnisse während der zehnjährigen Geltungsdauer der Verfügung grundlegend verändern, sodass die Zusagen keine Bedeutung für die geschützten Marktteilnehmer mehr haben. Ein Festhalten der Sender an ihren Zusagen wäre unter diesen Umständen nicht zumutbar. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn nur noch ein unbedeutender Teil der Fernsehzuschauer die Programme der betreffenden Sendergruppe in SD-Qualität nutzt. Als „unbedeutend“ im vorgenannten Sinne dürfte aus jetziger Sicht anzusehen sein, wenn ein Anteil von weniger als 20% der Zuschauer von RTL und P7S1 deren Programme noch in SD-Qualität nutzt. Entscheidend ist für diese Beurteilung allerdings die Nutzung der Angebote der konkreten Sendergruppe, nicht der Zuschauer insgesamt. Dafür ist maßgeblich, dass die Entwicklung der HD-Nutzung insgesamt, die aus derzeitiger Sicht mittelfristig die SD-Nutzung ersetzen wird, unter Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Sender ein verzerrtes Bild von der Bedeutung der SD-Verbreitung von RTL und P7S1 vermitteln könnte. Denn aufgrund der abweichenden Verschlüsselungsstrategien könnte der Anteil der Haushalte, die die Programme in HD-Qualität ansehen, in einigen Jahren bei den öffentlich-rechtlichen Sendern erheblich höher sein als bei RTL und P7S1, die von den Haushalten neben höheren Anschaffungskosten für einen Receiver mit dem passenden CA-System auch laufende Entgelte für die HD-Nutzung verlangen. Die Betrachtung der konkreten Verhältnisse bei RTL und P7S1 vermeidet diese Probleme.

## **V. Kosten**

Die Gebührenfestsetzung bleibt einer gesonderten Entscheidung vorbehalten.

### **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.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung 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.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

Dr. W a g e m a n n

Dr. B u ß m a n n

Dr. B o n g a r d

## Gliederung

A. Sachverhalt.....	5
I. Beteiligte Unternehmen .....	6
1. Kabel Deutschland GmbH und Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH, Unterföhring .....	6
2. RTL Group Deutschland GmbH, Köln.....	7
3. P7S1 .....	8
II. Entstehung der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen .....	9
1. Projekt Blue: Geplantes Gemeinschaftsunternehmen von RTL und P7S1 .....	9
2. Projekt Dolphin.....	10
3. Verhandlungen mit KDG .....	12
III. Verfahrensgeschichte .....	15
B. Rechtliche Würdigung .....	18
I. § 1 GWB/Art. 101 Abs. 1 AEUV .....	18
1. Kartellverbot.....	18
a. Unternehmen.....	18
b. Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise .....	18
aa. Grundvereinbarung.....	20
bb. Umsetzung im KDG-Netz .....	20
c. Wettbewerbsbeschränkung.....	22
aa. Fernsehwerbemarkt.....	22
(1) Marktverhältnisse .....	23
(2) Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit .....	24
(i) Gemeinsames Vorgehen bei der Verschlüsselung und Paketierungsvorgaben .....	26
(ii) Signalnutzungsbeschränkungen .....	29
(3) Bezwecken oder Bewirken .....	31
(4) Spürbare Außenwirkung.....	31
bb. Senderechtemarkt .....	32
(1) Marktverhältnisse .....	32
(2) Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit .....	35
(3) Bezwecken oder Bewirken .....	35
(4) Spürbare Außenwirkung.....	35
cc. Keine Arbeitsgemeinschaft .....	35
2. Freistellung .....	37
a. Gruppenfreistellung.....	37
b. Einzelfreistellung, § 2 GWB/Art. 101 III AEUV.....	37
aa. Effizienzvorteile .....	37
(1) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung .....	37
(2) Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschrittes .....	39

bb. Verbraucherbeteiligung.....	42
II. Ermessen .....	43
III. Rechtsfolgen .....	43
IV. Widerrufsvorbehalt .....	47
V. Kosten .....	49