

Bundeskartellamt
7. Beschlussabteilung
Az. B7 – 200/07

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

1. Kabel Deutschland GmbH, Unterföhring
- Beteiligte zu 1.-

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte Hengeler Mueller
RA Dr. Christoph Stadler
RA Dr. Nicolas Kredel
Benrather Straße 18-20
40213 Düsseldorf

2. Orion Cable GmbH, Augsburg
- Beteiligte zu 2. –

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte Hogan & Hartson Raue
RA Dr. Christoph Wagner
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

3. pepcom GmbH, Klein-Weinheim
- Beigeladene zu 1. -

Verfahrensbevollmächtigte
Nörr Stiefenhofer Lutz
RA Dr. Karsten Metzloff
Charlottenstr. 57
10117 Berlin

4. FRK Fachverband für Rundfunkempfangs- und Kabelanlagen, Lauchhammer
- Beigeladene zu 2. -

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
Schalast & Partner

RA Prof. Dr. Christoph Schalast
Mendelsohnstr. 75-77
60325 Frankfurt a. M.

5. Unitymedia GmbH, Köln
- Beigeladene zu 3. -

Verfahrensbevollmächtigte
Oppenländer Rechtsanwälte
RA Dr. Albrecht Bach
Börsenplatz 1
70174 Stuttgart

6. RTL Television GmbH, Köln
- Beigeladene zu 4. -
Aachener Str. 1044
50858 Köln

7. Lettra GmbH
Wikingerufer 7
10555 Berlin
- Beigeladene zu 5 -

8. Eutelsat Services und Beteiligungen GmbH
- Beigeladene zu 6 -

Verfahrensbevollmächtigte
Heuking Kühn Lüer Wojtek
RA Dr. Rainer Velte
Cecilienallee 5
40474 Düsseldorf

9. ProSiebenSat.1 Media AG
Medienallee 7
85774 München
- Beigeladene zu 7 -

10. MTV Networks Germany GmbH
Stralauer Allee 7
10245 Berlin
- Beigeladene zu 8 -

11. NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH
- Beigeladene zu 9 -

Verfahrensbevollmächtigte
Juconomy Rechtsanwälte
RA Dr. Jens Schulze zur Wiesche
Graf-Recke Str. 82
40239 Düsseldorf

12. Deutsche Telekom AG
Postfach 20 00
53105 Bonn
- Beigeladene zu 10 -

wegen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 3. April 2008 beschlossen:

- I. Das von den Beteiligten zu 1 und 2. am 7. Dezember 2007 beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlussvorhaben wird nicht untersagt.

- II. Die Gebühr für die Anmeldung und Entscheidung wird auf

[.....] Euro

(in Worten: [...] Euro)

festgesetzt.

Gebührensschuldner sind nach § 80 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, 2 GWB die im Rubrum genannten Beteiligten zu 1. und 2.

Gründe

A. Sachverhalt

I. Verfahren

1. Die Kabel Deutschland GmbH, Unterföhring (KDG) hat mit Schreiben vom 7. Dezember 2007, eingegangen beim Bundeskartellamt am selben Tag, die Absicht angemeldet, von der Tele Columbus GmbH, Hannover, und der EWT Holding GmbH, Berlin, die von diesen gehaltenen Anteile an sieben Gesellschaften zu erwerben. Die Tele Columbus GmbH und die EWT Holding GmbH sind mittelbare Tochtergesellschaften der Orion Cable GmbH, Augsburg. Bei den sieben zu erwerbenden Gesellschaften handelt es sich um die
 - Tele Columbus Nord GmbH, Hamburg („TC Nord“), einschließlich ihrer Beteiligungen an der AEP Plückerhahn Kabel GmbH, Stralsund, Urbana Teleunion Rostock GmbH & Co., Rostock, und Verwaltung Urbana Teleunion Rostock GmbH, Rostock;
 - KMG Kabel-Fernsehen Hannover GmbH, Hannover („KMG“), einschließlich ihrer Beteiligungen an der RKS Niedersächsische Kabel-Servicegesellschaft mbH & Co. KG, Hannover, und der RKS Niedersächsische Kabel-Service-Beteiligungsgesellschaft mbH, Hannover (zusammen: „RKS Niedersachsen“);
 - KABELCOM Braunschweig GmbH, Braunschweig („KCB“);
 - KABELCOM Wolfsburg GmbH, Wolfsburg („KCW“);
 - NewCo I - Nord;
 - NewCO II - West; und die

- NewCo III - Süd.

2. An der RKS Niedersachsen, der KCB und der KCW sind derzeit sowohl die Orion als auch die KDG beteiligt. Ungeachtet der Höhe der Kapitalbeteiligung übt die KDG keine Kontrolle über die fraglichen Gesellschaften aus. Das gilt insbesondere auch für die RKS Niedersachsen. An dieser Gesellschaft hält die KDG zwar die Mehrheit, allerdings gilt dies nur hinsichtlich der Kommanditanteile. Im Hinblick auf die geschäftsführende Komplementär-GmbH gilt dies nicht. Über diese aber wird das operative Geschäft gesteuert, so dass KDG auch bei der RKS Niedersachsen über eine Minderheitsgesellschafterstellung nicht hinauskommt.¹
3. Die Zielgesellschaften und ihre Tochtergesellschaften betreiben Breitbandkabelnetze in Hamburg, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Bremen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Bayern. Bei den Zielgesellschaften handelt es sich um vier Gesellschaften der ehemaligen Tele Columbus-Gruppe und drei Gesellschaften, denen Kabelnetze der ehemaligen Gruppe der EWT multimedia GmbH gehören. Es ist beabsichtigt, die Kabelnetze und Kundenverträge der EWT multimedia GmbH erst vor dem Zusammenschluss in diese Zielgesellschaften (NewCos) einzubringen.
4. Die Beschlussabteilung hat mit Schreiben vom 18. Dezember 2007 das Hauptprüfverfahren gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 GWB eingeleitet.
5. Mit Beschluss vom 11. Februar 2008 wurden die Pepcom GmbH, Klein-Weinheim (Pepcom), der Fachverband für Rundfunkempfangs- und Kabelanlagen, Lauchhammer (FRK), die Unitymedia GmbH, Köln (Unitymedia), die RTL Television GmbH, Köln, die lettra GmbH, Berlin, die Eutelsat Services und Beteiligungen GmbH, Köln, ProSiebenSat1 Media AG, München sowie die MTV Networks Germany GmbH, Berlin, beigelegt. Mit Beschluss vom 29. Februar 2008 wurden die NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Köln, sowie die Deutsche Telekom AG, Bonn, beigelegt.

¹ Einzelheiten dazu finden sich im Schriftsatz der KDG vom 20. Februar 2008, S. 3f., (Blatt 139 d.A.)

6. Mit Schreiben vom 10 März 2008 wurden den Zusammenschlussbeteiligten und den Beigeladenen die Gründe der beabsichtigten Freigabe mitgeteilt.
7. Ebenfalls mit Schreiben vom 10. März 2008 wurde der Bundesnetzagentur (BNetzA) die Gründe für die beabsichtigte Freigabe mitgeteilt und die Möglichkeit zur Stellungnahme gemäß § 123 Absatz 1 Satz 3 TKG gegeben.
8. Die BNetzA hat mit Schreiben vom 28. März 2008 von diesem Stellungnahmerecht Gebrauch gemacht. Auf telefonische Nachfrage am 1. April 2008 bestätigte sie, dass sie mit der Beurteilung der Beschlussabteilung übereinstimme und sich der vorgeschlagenen Freigabe anschließe. In ihrer Stellungnahme führt die BNetzA aus, dass sie die im Zusammenhang mit VDSL und ADSL2+-Anschlüssen sich stellenden Probleme der Marktabgrenzung bislang nicht analysiert habe. Im Rahmen der Behandlung der Bitstromzugangsmärkte wurden beide Anschlussarten als korrespondierende Endkundenmärkte mit in die Bewertung einbezogen. Die BNetzA kündigte an, dass ihre Präsidentenkammer bei der im Jahr 2008 anstehenden Überprüfung der Marktdefinition und der Marktanalyse der Bitstromzugangsmärkte diese Frage aus ihrer Sicht umfassend auf Basis der dann vorliegenden Erkenntnisse bewerten werde.

II. Beteiligte Unternehmen

1. Die Zusammenschlussbeteiligten

a. Die Erwerberin KDG

9. **KDG** ist die Obergesellschaft der Kabel Deutschland-Gruppe. Mehr als 90 % der KDG-Anteile werden indirekt von drei Private Equity Fonds gehalten, die von Unternehmen verwaltet und kontrolliert werden, die mit Providence Equity Partners, Inc., verbunden sind. Den Erwerb der Kabel Deutschland-Gruppe durch die Providence-Fonds hat das Bundeskartellamt am 20. Januar 2006 freigegeben (Gesch.Z.: B7 - 275/05). Die KDG betreibt das ehemalige Breitbandkabelnetz der Deutschen Telekom AG in den sechs Regionen Hamburg/Schleswig-Holstein/Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen/Bremen, Berlin/Brandenburg, Sachsen/Sachsen-

Anhalt/Thüringen, Rheinland-Pfalz/Saarland und Bayern. Neben dem Betrieb von Breitbandkabelnetzen der Netzebene (im Folgenden: NE) 3 und NE 4 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 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 (im Folgenden: WE) versorgt.

10. Im Geschäftsjahr 2006/2007 (1. April 2006 bis 31. März 2007) betrug der konsolidierte Gesamtumsatz von KDG ca. EUR 1,093 Mrd. Nahezu der gesamte Umsatz wurde in Deutschland erzielt.
11. **Providence Equity Partners, Inc.**, ist ein Private Equity Investment-Unternehmen, das Möglichkeiten für Kapitalbeteiligungen identifiziert und Beteiligungsfonds verwaltet. Die verschiedenen Beteiligungsfonds der Providence-Gruppe (zusammen mit Providence Equity Partners, Inc.: „Providence“) halten zahlreiche Beteiligungen an Unternehmen in verschiedenen Bereich, insbesondere im Medien-, Telekommunikations-, IT- und Internetsektor.

b. Die Zielgesellschaften

12. Die Zielgesellschaften sind Gesellschaften der Orion-Gruppe, die in erster Linie Kabelnetze der NE 4 betreiben. Sie betreiben Breitbandkabelnetze in Hamburg, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Bremen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Bayern. Hinzu kommen einige Netze in anderen Gebieten, die auf Basis für ganz Deutschland abgeschlossener Endkundenverträge der Zielgesellschaften betrieben werden. Ungefähr ein Drittel der von den Zielgesellschaften versorgten Netze sind reine NE 4-Netze in den Gebieten Hannover, Wolfsburg und Braunschweig. In einigen Netzen bieten die Zielgesellschaften darüber hinaus eigene Breitbandprodukte (Internet und Telefonie) an.
13. Vier der Zielgesellschaften, nämlich die TC Nord, KMG, KCB und KCW, sind ehemalige Gesellschaften der Tele Columbus-Gruppe. Die TC Nord ist eine 100%ige

Tochtergesellschaft der Tele Columbus GmbH. An der KCB und der KCW dagegen sind derzeit sowohl Orion als auch die KDG beteiligt. Eine gemeinsame Beteiligung zwischen Orion (hier: über TC Nord) und der KDG besteht darüber hinaus bei der RKS Hannover (mit unterschiedlichen Beteiligungshöhen bei Komplementärin und KG).

c. Die Veräußerin

14. Die Orion Cable GmbH, Augsburg, ist die Obergesellschaft der ehemals unabhängigen Kabelnetzbetreiber Tele Columbus, ewt und Primacom. Bei der Orion Cable GmbH handelt es sich um eine Tochter der Escaline S.à r.l., Luxemburg, einer Gesellschaft, hinter der zahlreiche Finanzinvestoren (Aletheia Capital Partners Limited, ABN AMRO Ventures B.V., Kingsbridge Capital Management GP Limited, Quilvest, Alcentra und Société Générale) stehen. Orion versorgt auf der NE 3 und 4 rund 3,8 Mio. WE mit Fernsehsignalen.

2. Die Beigeladenen (Beteiligte gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB)

15. Der **FRK** ist eine Unternehmensvereinigung mit ca. 80 Mitgliedern. Bei den Mitgliedern handelt es sich um auf dem Gebiet der Empfangsantennen und Kabelanlagen tätige Unternehmen, vorrangig um Betreiber von Breitbandkabelnetzen der NE 4 aus dem ganzen Bundesgebiet. Die Mitglieder des FRK sind Wettbewerber und zugleich Nachfrager nach Signallieferungsleistungen der Kabelnetzbetreiber insbesondere der KDG. Die Mitgliedsunternehmen versorgen ca. 1 Mio. WE und beziehen dabei ca. 70 % der Signale von der KDG bzw. einem der anderen regional zuständigen Betreiber der NE 3.
16. **Pepcom** betreibt Breitbandkabelnetze auf der NE 3 und 4 in den Bundesländern Rheinland-Pfalz, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen, Sachsen, Brandenburg und Bayern. Sie zählt zu den kleinen bis mittelgroßen Netzbetreibern. Pepcom ist Wettbewerber und zugleich Nachfrager nach Signallieferungsleistungen der Kabelnetzbetreiber insbesondere der KDG.

17. **Unitymedia** betreibt über ihre Tochtergesellschaften Unitymedia NRW GmbH und Unitymedia Hessen GmbH & Co KG das ehemalige Breitbandkabelnetz der DTAG in den Regionen Nordrhein-Westfalen und Hessen. Über die genannten Tochtergesellschaften sowie über die arena Sportrechte und Marketing GmbH bietet Unitymedia darüber hinaus Pay-TV an. Das Unternehmen gehört mehrheitlich den Finanzinvestoren Finakabel Holdings (BC Partners) und Apollo Managements.
18. **RTL** gehört zur RTL Group S.A., Luxemburg, deren Anteile wiederum von der Bertelsmann AG, Gütersloh und der BW TV und Film Verwaltungs GmbH gehalten werden. RTL betreibt die werbefinanzierten Fernsehkanäle RTL, RTL II, Super RTL, Vox und n-tv und hält zahlreiche Beteiligungen an anderen Unternehmen der Medienbranche. Ihre Programme werden bundesweit über Breitbandkabel, Satellit und z.T. terrestrisch übertragen.
19. **Lettra** unterhält einen digitalen Pay-TV Kanal zu den Themen Bücher und Lesen, welcher aktuell u.a. über das Breitbandkabelnetz der Unitymedia sowie über Premiere Star per Satellit ausgestrahlt wird.
20. **Eutelsat** versorgt über ihre Satelliten und ihre digitale Programmplattform KabelKiosk zahlreiche Kabelnetzbetreiber in Deutschland mit TV- und Radioprogrammen sowie Multimediadienstleistungen.
21. Die **ProSiebenSat1 (P7S1)** betreibt die werbefinanzierten Fernsehkanäle Sat.1, ProSieben, Kabel 1 und N24 und 9live. P7S1 hält zahlreiche Beteiligungen an anderen Unternehmen der Medienbranche. Ihre Programme werden bundesweit über Breitbandkabel, Satellit und z.T. terrestrisch übertragen. P7S1 wird von der Lavena Holding 4 GmbH kontrolliert, an der die Finanzinvestoren KKR und Permira beteiligt sind.
22. **MTV** ist Teil der börsennotierten Viacom Inc. MTV ist u.a. für die Verbreitung und Vermarktung der Musikspartenkanäle MTV und ViVa verantwortlich. Die Programme werden in Deutschland über Kabel und Satellit verbreitet und deshalb auch in das Breitbandkabelnetz der KDG eingespeist.

23. **NetCologne** betreibt ein integriertes Kabelnetz im Raum Köln/Bonn und ist zudem als Signallieferant für Kabelnetzbetreiber auf der NE 4 tätig.
24. Die **Deutsche Telekom** (im Folgenden: DTAG) ist das größte und mit Abstand umsatzstärkste Telekommunikationsunternehmen in Deutschland. Seit Ende 2006 beliefert es über ihr Telefonnetz Endkunden mit Fernsehsignalen.

III. Stellungnahmen der Beigeladenen

25. Die **DTAG** trägt vor, dass der Zusammenschluss nicht nur zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der KDG auf den Kabelmärkten führte, sondern die bereits bestehenden asymmetrischen Wettbewerbsbedingungen bei der Vermarktung von Triple Play Produkten verschärfen würde. Triple Play Produkte würden einen eigenen sachlichen Markt bilden. Dieser würde sich jedenfalls innerhalb des Prognosezeitraums bilden. So sei bereits aktuell ein eindeutiger, auch von der Beschlussabteilung festgestellter Markttrend festzustellen. Von der Beschlussabteilung angenommene positive Auswirkungen auf die Märkte für Breitband- und Schmalbandanschlüsse durch das Zusammenschlussvorhaben seien demgegenüber nicht spürbar bzw. wegen des Fehlens einer marktbeherrschenden Stellung der DTAG nicht berücksichtigungsfähig.
26. **NetCologne** wendet sich ebenfalls gegen die Anwendung der Abwägungsklausel durch die Beschlussabteilung. Die von der Beschlussabteilung angeführten Zugangssperre zu den Absatzmärkten existiere überhaupt nicht. In der Praxis gebe es eine Vielzahl möglicher Kooperationsformen. Auch sei nach Erfahrung von Netcologne an der Kooperationsbereitschaft von NE4-Betreibern aufgrund des stetig wirkenden Nachfragerdrucks nicht zu zweifeln. Infolge dessen stelle die vertikale Integration per Zusammenschluss auch kein geeignetes Mittel zum Abbau einer solchen Sperre dar. Selbst bei unterstellter Zugangssperre stelle die Netzintegration im Übrigen kein Mittel dar, welches für den Abbau eines solchen Zugangshindernisses kausal sei. Etwasige Strukturverbesserungen ließen sich nicht „durch“ den Zusammenschluss erreichen. Sie könnten vielmehr unabhängig von einem solchen eintreten oder ausbleiben.

27. **MTV Networks** erklärte, dass nach eingehender Begutachtung keine Einwände gegen die Einschätzung des Bundeskartellamtes vorzubringen seien.

28. **Pepcom** hält den Nachweis durch die Zusammenschlussbeteiligten für nicht erbracht, wonach der Zusammenschluss zu Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt für Breitbandanschlüsse sowie auf dem Markt für schmalbandige Anschlüsse führe. Anders als von der Beschlussabteilung angenommen, rentiere sich die Abkoppelung von Teilnetzen bereits ab einer Größe von 1.000 WE, so dass die Verstärkungswirkung höher als von der Beschlussabteilung angenommen sei. Die im Rahmen der Abwägung vorgenommene räumliche Marktabgrenzung des Breitband- und Schmalbandnetzes sei inkonsistent. Diese dürfe nicht anders ausfallen als die auf dem Breitbandkabelmarkt. Widersprüchlich sei es zudem, überhaupt zwischen Endkundenmarkt einerseits und einem Markt für breitbandige Anschlussprodukte andererseits zu differenzieren. Dabei handele es sich um einen einzigen Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse. Da aber Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen bereits bei der Prüfung der Untersagungs Voraussetzungen berücksichtigt wurden, scheidet die nochmalige Berücksichtigung im Rahmen der Abwägungsklausel aus. Außerdem schliesse der von der Beschlussabteilung festgestellte „wirksame Infrastrukturwettbewerb“ zwischen DSL-Netzen und Fernsehkabelnetzen auf dem Endkundenmarkt einen erheblichen Verbesserungsbedarf auf dem (identischen) Markt für Breitbandanschlüsse gerade aus. Weiterhin berücksichtige die Beschlussabteilung nicht, dass der (Regulierungs-)wettbewerb auf dem Breitband- und Schmalbandmarkt bereits funktioniere. Schließlich verkenne die Beschlussabteilung, dass der Zusammenschluss keine strukturellen Verbesserungswirkungen erwarten lasse.

29. **Eutelsat** rügt, dass die Beschlussabteilung nicht alle sachlich relevanten Märkte korrekt erfasst habe. So sei im Rahmen der Abwägung versäumt worden, die Folgen des Zusammenschlusses für die alternative Signallieferung via Satellit zu berücksichtigen. Dabei handelt es sich nach Ansicht von Eutelsat zumindest um einen Parallelmarkt des Signallieferungsmarktes. Mit Erwerb der Zielgesellschaften verringere sich die Anzahl potentieller Nachfrager auf diesem Markt. Verkannt habe die Beschlussabteilung zudem, dass KDG auf dem Markt für den Erwerb von Pay-TV Spartenkanäle bereits marktbeherrschend sei. Die KDG habe wegen ihrer hohen Reichweite eine überragende Machtposition, welche sie auch durch den Abschluss von Exklusivitäts-

verträgen mit Pay-TV Spartenkanälen ausnutze. Daran ändere auch die Existenz von Premiere nichts. Dieses Unternehmen sei nämlich von den Vorleistungen der KDG abhängig. Infolge des Zusammenschlusses werde die marktbeherrschende Stellung der KDG verstärkt. Neben dem Reichweitenzuwachs übernehme die KDG Bestandskunden eines Wettbewerbers. Auch verstärke sie die Abschottungswirkung ihrer Exklusivitätsverträge, denn deren Geltungsbereich vergrößere sich.

B. Formelle Prüfung

30. Der beabsichtigte Zusammenschluss hat Inlandsauswirkungen gem. § 130 Abs. 2 GWB. KDG und die Zielgesellschaften erzielen fast ausschließlich im Inland Umsätze.
31. Das Vorhaben ist kontrollpflichtig. Der Erwerb der sieben zur Orion-Gruppe gehörenden Gesellschaften durch die KDG erfüllt den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs gem. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB und des Anteilserwerbs gem. § 37 Abs. 1 Nr. 3a GWB.
32. Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle sind nach § 35 Abs. 1 GWB anwendbar, da die beteiligten Unternehmen weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. € und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsätze von mehr als 25 Mio. € erzielt hat. Die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB werden im Übrigen schon allein durch die Gesellschafter der KDG erreicht.
33. Die de-minimis-Klausel des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB ist nicht einschlägig. Auch § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ist nicht anwendbar, da Märkte betroffen sind, bei denen es sich nicht um Bagatellmärkte handelt.
34. Der Zusammenschluss fällt nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung des Rates (EG) Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (im Folgenden „FKVO“). Die Zielgesellschaften erzielten im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr insgesamt weniger als 250 Mio. € Umsatz innerhalb der Europäischen Union. Damit werden die Umsatzschwellen von Art. 1

Abs. 2 nicht erreicht. Auch die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 3 FKVO sind nicht erfüllt. Das Vorhaben hat somit keine gemeinschaftsweite Bedeutung.

C. Wettbewerbliche Beurteilung

35. Der Zusammenschluss lässt die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Einspeisemarkt, Endkundenmarkt und Signallieferungs- markt erwarten. Er ist aber unter Anwendung der Abwägungsklausel freizugeben.

I. Markt für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in das Breitbandkabelnetz der KDG

36. Vom Zusammenschluss betroffen ist der Markt für die analoge und digitale Einspei- sung von Rundfunksignalen in das Breitbandkabelnetz der KDG. Auf diesem Markt verfügt KDG über eine marktbeherrschende Stellung. Durch die Reichweitenausdeh- nung bzw. die Sicherung vorhandener Reichweite kommt es durch den Zusammen- schluss zu einer Verbesserung der wettbewerblichen Position von KDG auf diesem Markt und damit zur Verstärkung der bestehenden Marktbeherrschung.

1. Sachliche Marktabgrenzung

37. Die Zusammenschlussbeteiligten sind Betreiber von Breitbandkabelnetzen der NE 3 und Anbieter einer entgeltlichen technischen Dienstleistung, der so genannten Ein- speisung. Sie nehmen dabei die Fernsehsignale von Fernsehveranstaltern entgegen und transportieren diese zu anderen Punkten, insbesondere Hausübergabepunkten zu Netzen der NE 4. Über diesen Vorgang schließen die Netzbetreiber Vereinbarungen mit den Fernsehsendern ab und erhalten auf deren Basis ein Entgelt, das „Einspeise- entgelt“. Der Markt schließt die digitalen Plattformdienstleistungen der KDG ein und ist auf das Netz der KDG zu beschränken. Eine weitere Unterscheidung zwischen der Einspeisung von Free- und Pay-TV sowie zwischen analogen und digitalen Signalen

ist – entgegen der in der Anmeldung nicht weiter begründeten Ansicht der KDG² – nicht vorzunehmen.

a. Trennung von Free-TV und Pay-TV bei der Nachfrage nach Einspeiseleistungen nicht erforderlich

38. Bislang hat weder die Praxis des Bundeskartellamtes noch die der Kommission bei der Marktabgrenzung zwischen der Einspeisung von werbe- bzw. gebührenfinanziertem (Free-TV) und dem entgeltfinanziertem (Pay-TV) Rundfunk unterschieden. Die Trennung der Einspeisemärkte in Free-TV und Pay-TV würde im Ergebnis dazu führen, dass für verschiedene Gruppen von Nachfragern jeweils verschiedene Märkte angenommen werden, obwohl die Leistung dieselbe ist bzw. sein kann. Eine derartige Marktabgrenzung nach Nachfragergruppen ist zwar dann möglich, wenn für die verschiedenen Nachfragergruppen unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse gelten.³
39. Wie in früheren Verfahren auch, haben die Ermittlungen der Beschlussabteilung jedoch ergeben, dass im vorliegenden Fall weder zwischen der Einspeisung von Free-TV und Pay-TV, noch der analogen und digitalen Einspeisung zu differenzieren ist.⁴ Die Beschlussabteilung ist sowohl bei der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, als auch bei der wettbewerblichen Beurteilung hinsichtlich Free-TV/Pay-TV sowie analoger/digitaler Einspeisung jeweils zu demselben Ergebnis gelangt. Zudem geht sie davon aus, dass sich auch die Einspeisebedingungen für Free-TV und Pay-TV in der Prognose nicht wesentlich unterscheiden werden.

b. Einordnung der Einspeisung als Angebot einer technischen Dienstleistung

40. Zunächst ist sowohl für die Einspeisung von Free-TV, als auch für die Einspeisung von Pay-TV nach wie vor davon auszugehen, dass KDG hier Anbieter einer technischen Dienstleistung ist.

² Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rz. 48. (Blatt 22 d.A.)

³ Vgl. Immenga/Mestmäcker-Möschel, GWB-Kommentar, 3. Auflage 2001, § 19, Rz. 25. m.w.N.; KG, Beschluss vom 1.12.1976, *Sachs*, WuW/E 1745, 1748 ff.

⁴ Vgl. BKartA, Beschluss vom 20.6.2005, *iesy/ish*, B7–22/05, Rz. 41.

41. Der Einordnung der Einspeiseleistung als *Angebot* steht dabei zunächst nicht entgegen, dass Kabelnetzbetreiber im Zusammenhang mit dem Signaltransport für die Kabelweitersendung Entgelte nach § 20 b UrhG vor allem an die Verwertungsgesellschaften GEMA und VG Media zahlen. Die Verwertungsgesellschaften GEMA und VG Media ihrerseits schütten einen Teil dieser Gelder an die Fernsehsender aus, einen anderen Teil an sonstige Schutzrechtsinhaber. Dafür, den entgeltlichen Erwerb von Kabelweitersenderechten einem anderen Markt neben dem Markt für die Einspeisedienstleistung zuzuordnen, spricht schon, dass an den Rechtsgeschäften nicht auf beiden Seiten Sender und Kabelnetzbetreiber beteiligt sind. Selbst wenn man aber in Anbetracht der Tatsache, dass die Verwertungsgesellschaften letztlich einen Teil ihrer Einnahmen an die Sender ausschütten, eine wirtschaftliche Betrachtung und hier einen Zahlungsstrom zwischen Kabelnetzbetreiber und Sender zu Grunde legt, ist insgesamt von einem Einspeisemarkt auszugehen. Wie die Ermittlungen der Beschlussabteilung ergeben haben, übersteigen die von der KDG erzielten Einspeiseentgelte die von der KDG gezahlten Entgelte nach § 20 b UrhG bei weitem. An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn man die übrigen Zahlungen der KDG an private Sender berücksichtigt.
42. Dasselbe gilt für die Einspeisung von Pay-TV-Programmen. Hierbei ist allerdings nur die Einspeisung von Pay-TV-Programmbouquets als Angebot einer technischen Dienstleistung einzuordnen. Davon zu unterscheiden ist der Erwerb von Inhalten für eine – von der KDG hier selbst betriebenen – Programmplattform, wie sich bereits in früheren Verfahren gezeigt hat.⁵ Bei dem Betrieb einer Programmplattform ist die KDG als Nachfrager der Inhalte anzusehen, die von KDG an den Endkunden vermarktet werden und die technische Dienstleistung der Einspeisung dabei intern erbracht wird. Dieses entspricht auch den festgestellten Zahlungsströmen. Bei der Nachfrage der Einspeisung von Rundfunksignalen bezahlt der Programmanbieter üblicherweise Einspeiseentgelte an den Betreiber der Infrastruktur. Bei der Nachfrage nach Pay-TV-Kanälen zahlt dagegen der Betreiber der Programmplattform ein Entgelt an den Anbieter des Kanals für dessen Überlassung. Dies besteht in der Regel aus einem Grundentgelt sowie einer Umsatzbeteiligung an den Abonnentenentgelten.

⁵ BKartA, Abmahnung B7-70/04 – KDG/KBW, B7-80/04 – KDG/Ish, B7-90/04 – KDG/Iesy, jeweils vom 23.8.2004, S. 19.

c. Beschränkung des sachlich relevanten Marktes auf den Übertragungsweg Breitbandkabel

43. Es entspricht der bisherigen ständigen Praxis von Bundesgerichtshof, Kommission, Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt, die Einspeisung von Rundfunksignalen in Breitbandkabel gegenüber den Übertragungswegen Satellit und Terrestrik und IPTV über xDSL einem eigenen Markt zuzuordnen. Auch daran hält die Beschlussabteilung vorliegend fest.⁶
44. Die technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen der letzten Jahre rechtfertigen es ebenso wenig wie die gegen diese Praxis vorgebrachten Argumente, von dieser Marktabgrenzung für die Einspeisemärkte abzuweichen. Kabel-, Satelliteneinspeisung, Terrestrik und IPTV über DSL stehen sich im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage auch heute nicht so nahe, dass der verständige Abnehmer (hier: Fernsehprogrammanbieter) sie für die Deckung eines bestimmten Bedarfs als gegeneinander austauschbar ansieht. Sie sind aus der Sicht des nachfragenden Fernsehsenders vielmehr komplementär und als Infrastruktur für die Weiterverbreitung des TV-Signals unverzichtbar.

aa. Einspeisung Free-TV

45. Für einen Free-TV-Sender folgt die Unverzichtbarkeit des Übertragungsweges Breitbandkabel zunächst daraus, dass er eine möglichst 100%ige technische Reichweite erzielen muss, d.h. er muss in möglichst allen Fernsehhaushalten empfangen werden können.
46. Für private Free-TV-Sender ergibt sich dieser Bedarf aus ihrem Finanzierungsmodell. Sie finanzieren sich allein aus Werbeerlösen. Diese wiederum richten sich nach den Ermittlungen insbesondere nach der technischen Reichweite und dem Zuschaueranteil einer Sendung, der wiederum von der technischen Reichweite abhängt. Eine Ver-

⁶ Im Einzelnen dazu bereits: BKartA, Beschluss vom 20.6.2005, *iesy/ish*, B7-22/05, Rz. 42ff., jüngst auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2006, „*SES/DPC*“, WuW DE-R 1845-1856.

ringerung der Reichweite bedeutet dementsprechend für einen privaten Free-TV-Sender eine Beeinträchtigung der Finanzierungsgrundlage.

47. Für öffentlich-rechtliche Free-TV-Sender ergibt sich der Bedarf nach Sichtbarkeit in einer möglichst großen Anzahl von Fernsehhaushalten schon aus ihrem Grundversorgungsauftrag. Darüber hinaus sind einige öffentlich-rechtliche Fernsehsender auch teilweise werbefinanziert. Dieses Element verstärkt noch einmal den Bedarf nach einer möglichst großen technischen Reichweite.
48. Ein Free-TV-Sender kann den wesentlichen Teil der Kabelhaushalte nicht über Satellit und den wesentlichen Teil der Satellitenhaushalte nicht über Kabel erreichen. Gleiches gilt für die Übertragung von IPTV über DSL oder die terrestrische Übertragung. Dies liegt daran, dass der Endkundenhaushalt typischerweise nur für eine Empfangsart ausgerüstet ist. Dabei ist hervorzuheben, dass es aus der Sicht des Fernsehsenders für die Einspeisung primär darauf ankommt, welche Haushalte er *aktuell* auf welchen Wegen erreicht. Denn die Programmveranstalter leiten ihren Bedarf an der Einspeiseleistung nicht von dem Bedarf der Zuschauer ab, sondern von dem Bedarf der Werbekunden bzw. den verfassungsrechtlichen Grundversorgungsvorgaben. Der Bedarf der Werbekunden richtet sich aber auf die Erreichbarkeit aller Zuschauer, die ihre (potenziellen) Kunden und Abnehmer der beworbenen Produkte sind. Die Werbeeinnahmen des Fernsehsenders richten sich demgemäß danach, wie viele Haushalte die gesendeten Werbespots über einem bestimmten Übertragungsweg *aktuell* sehen können und tatsächlich sehen, nicht ob diese zu einem späteren Zeitpunkt auch über einen anderen Übertragungsweg erreichbar sind.
49. Auch wenn daher eine erhebliche tatsächliche Austauschbarkeit im Hinblick auf technische und rechtliche Entwicklungen aus der Sicht der Endkunden bzw. der insoweit maßgeblichen Verbrauchsdисponenten (Wohnungswirtschaft) heute anzunehmen ist, wirkt sich dieses auf die Sicht der Programmveranstalter nicht aus. Denn es besteht dennoch ein zeitlicher „Lock-in-Effekt“, der zumindest eine Reaktionsverzögerung der Verbrauchsdисponenten/Endkunden zur Folge hat. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung bestehen nach wie vor sehr lange Vertragslaufzeiten bei Gestattungsverträgen mit der Wohnungswirtschaft. Die mietrechtliche Lage für eine abweichende Entscheidung des einzelnen Mieters von der Entscheidung des Vermieters

ist tendenziell restriktiv, so dass ein Wechsel, selbst wenn er gewollt ist, nur mit erheblicher zeitlicher Verzögerung möglich wäre.⁷

(1) *Satellitenübertragung*

50. Satellitenhaushalte können häufig nicht ohne Weiteres auf einen Breitbandkabelanschluss wechseln, weil es dafür an einem in der Nähe liegenden NE-3-Netz mangelt. In Mehrfamilienhäusern ist es zudem der Vermieter, der von den Mietern erst einmal vom Aufbau einer Breitbandkabelverteilanlage überzeugt werden muss. Daran kann er zudem – selbst wenn er wollte - noch durch länger laufende Wartungsverträge der Satellitenanlage gehindert sein. Ähnlich stellt sich die Situation für den umgekehrten Fall des Wechsels vom Satelliten zum Kabel dar. Auch hier kann in Mehrfamilienhäusern der Vermieter durch langlaufende Gestattungsverträge mit dem bisherigen Kabelnetzbetreiber an einem Wechsel in absehbarer Zeit gehindert sein. Die einzelnen Mieterhaushalte selbst können regelmäßig nicht ohne Einverständnis des Vermieters wechseln. Letzterer wird – wie schon die umfangreiche Rechtsprechung zur Thematik zeigt⁸ – häufig seine Zustimmung verwehren. In einer ähnlichen Situation können sich Wohnungseigentümer nach dem Wohnungseigentumsgesetz befinden. Hier kann die Teilungserklärung oder eine Vereinbarung der Eigentümer der Aufstellung einer Satellitenantenne entgegenstehen.
51. Selbst von den Haushalten, die zum Satellitenempfang wechseln könnten, wird dies ein erheblicher Teil nicht tun. Denn allenfalls ein Teil der Haushalte wird nach der Lebenserfahrung im Bereich des frei empfangbaren Fernsehens seine Entscheidung für einen bestimmten Empfangsweg von der Empfangbarkeit eines einzelnen Senders über diesen Weg abhängig machen. Für die meisten Haushalte werden hingegen allein mehrere Sender zusammen von wesentlichem Interesse sein. Ihre Entscheidung für einen Empfangsweg – so sie denn überhaupt eine Wahl haben – wird daher davon abhängen, ob sie die Mischung der empfangbaren Sender insgesamt als hinreichend attraktiv bewerten.

⁷ Vgl. unten, Rz. 131ff.

⁸ Allein „Juris“ gibt 985 miet- und wohneigentumsrechtliche Urteile mit dem Kurztext-Stichwort „Satellitenantenne“ aus. Vgl. auch unten, Rz. 131ff.

52. Aus der Sicht eines Free-TV-Senders ist auch keiner der beiden Übertragungswege einzeln verzichtbar. Denn der Verlust an Reichweite wäre jeweils so hoch, dass die Folgen im Bereich der Werbefinanzierung mit dem Geschäftsmodell unvereinbar, im Bereich des öffentlich-rechtlichen Grundversorgungsauftrages mit eben diesem inkompatibel wären. Über Breitbandkabel erreichbar sind derzeit etwa 54% aller Fernsehhaushalte. Der Versorgungsgrad über Satellit liegt bei etwa 43%, auf terrestrischen Empfang entfallen zur Zeit rund 12% und IPTV über xDSL können höchstens 25% empfangen. In absoluten Zahlen ausgedrückt bedeutet dies, dass bei knapp 37 Mio. Fernsehhaushalten 19,9 Mio. Haushalte das Fernsehsignal über Kabel empfangen, 15,7 Mio. Haushalte eine Satelliten nutzen und rund 4 Mio. die Terrestrik.⁹ IPTV nutzen aktuell tatsächlich nur einige 10.000 Fernsehhaushalte. Aus Sicht der Free-TV-Sender ist jedoch nach den bisherigen Ermittlungen der Beschlussabteilung allenfalls ein Reichweitenverlust in der Größenordnung von maximal 5% bis 10% hinnehmbar, bevor ihre wirtschaftliche Grundlage entfiele.

(2) *Terrestrik*

53. Wie die Übertragung von Free-TV-Signalen über Satelliten ist auch die Übertragung von Free-TV-Signalen über terrestrische Sendeeinrichtungen nicht zu demselben Markt wie die Einspeisung Free-TV-Signale in Breitbandkabelnetze der NE 3 zu rechnen.
54. Die terrestrische analoge Übertragung ist in weiten Teilen Deutschlands bereits eingestellt. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass bis Ende 2008, und damit innerhalb des Prognosezeitraums, die terrestrische analoge Abstrahlung in Deutschland flächendeckend eingestellt wird,¹⁰ Ungeachtet der Wahrscheinlichkeit, dass DVB-T bis Ende 2008 so ausgebaut sein sollte, dass tatsächlich 90% der Bevölkerung dieses empfangen können, nutzen gegenwärtig nur 3,6 Mio. Haushalte DVB-T,¹¹ so dass DVB-T aus Sicht der Programmanbieter keine Alternative darstellt. Die Empfangsmöglichkeit für 90% der Bevölkerung gilt zudem nur für den Empfang mit Hausan-

⁹ Digitalisierungsbericht 2007, S. 50.

¹⁰ Digitalisierungsbericht 2007, S. 57.

¹¹ Digitalisierungsbericht 2007, S. 56. Der Branchenverband BitCom hat im Rahmen einer Umfrage anlässlich einer der IFA 2007 festgestellt, dass der prozentuale Anteil der Digital-Haushalte innerhalb der Terrestrik mit 77 Prozent vergleichsweise hoch liegt. Gleichzeitig hat er ermittelt, dass die Zahl der Digital-Haushalte, die terrestrisch empfangen – also über Fernsehsender auf der Erde – allerdings nur bei 1,5 Millionen liegt. http://www.bitkom.org/de/presse/49914_47789.aspx .

tenne. Ohne eine solche Hausantenne – nur mit Zimmerantenne – können deutlich weniger Haushalte Fernsehsignale über DVB-T empfangen. Die tatsächliche technische Reichweite dürfte sogar noch deutlich geringer sein, denn der DVB-T-Empfang erfordert auch noch den Kauf einer Set-Top-Box (im Folgenden: STB) durch den Fernsehhaushalt – und zwar pro Fernsehgerät.

55. Selbst von denjenigen Zuschauern, die zum Empfang über DVB-T wechseln könnten, wird – wie im Falle des Satellitenempfangs – ein großer Teil dies für einen einzelnen Sender nicht tun. Denn viele Zuschauer werden das Angebot über DVB-T gegenüber dem Angebot über Breitbandkabel und Satellit als wesentlich eingeschränkt empfinden. Über DVB-T werden auch mittelfristig nur durchschnittlich 24 Fernsehsender empfangbar sein. Hinzu kommt, dass in zahlreichen Regionen ausschließlich öffentlich-rechtliche Programme empfangbar sind.¹² Bereits das analoge, nicht ausgebaute Kabelnetz bietet demgegenüber 30 bis 35 Sender. In Ausbauregionen sind es – digital – auch schon deutlich mehr. Wie viele es künftig sein können, zeigt der Empfangsweg „Satellit“, über den mehrere hundert Sender empfangbar sind, davon allein mindestens hundert für den deutschen Markt interessante. Kaum Platz gibt es nach den derzeit absehbaren Planungen im DVB-T-System für ausländische Sender, Spartenprogramme und Mediendienste. Ebenso wenig ist erkennbar, dass es ein Pay-TV-Angebot über DVB-T geben wird. Neben den erheblichen Kosten für den Ausbau liegt das in erster Linie auch an fehlenden Frequenzressourcen für DVB-T, namentlich in Ballungszentren. Im Gegenteil wurde der Druck auf das Frequenzspektrum dort durch die Bedarfsanmeldung für DVB-H-Übertragungskapazitäten noch verschärft. Frequenzen, die ursprünglich für DVB-T vorgesehen waren, mussten zugunsten einer bundesweiten DVB-H-Bedeckung umgeplant und verlagert werden.

(3) *IPTV über xDSL*

56. Auch der Transport der Fernsehsignale von Free-TV-Sendern über das Telefonnetz auf der Basis des Internet Protokolls (IPTV) ist für den Prognosezeitraum nicht dem-

¹² Hintergrund ist, dass die privaten Sender die Ausweitung der DVB-T-Abstrahlung in seit 2005 neu erschlossenen DVB-T-Regionen weitgehend eingestellt haben, nachdem eine Anschubfinanzierung der Ausstrahlungskosten durch die Landesmedienanstalten aufgrund von Klagen der Kabelnetzbetreiber nicht mehr möglich ist. Digitalisierungsbericht 2006, S. 36.

selben Markt wie die Einspeisung analoger Free-TV-Signale in Breitbandkabelnetze der NE 3 zuzurechnen.

57. Ungeachtet des zu konstatierenden Ausbaus bestehender Telefonleitungen für die Nutzung breitbandiger Anwendungen bestehen aktuell noch erhebliche technische und rechtliche Probleme für die massenhafte Nutzung von IPTV. Dies lässt bereits Zweifel zu, dass sich IPTV innerhalb des Prognosezeitraums überhaupt als bedeutsame alternative Übertragungsinfrastruktur etabliert. Jedenfalls aber kann angesichts der Bedeutung der technischen Reichweite für Free-TV-Sender ausgeschlossen werden, dass IPTV das Breitbandkabelnetz der KDG substituieren kann.
58. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung beziehen aktuell weniger als 100.000 Kunden ein Fernsehsignal über IPTV. Gegenwärtig bieten drei Telekommunikationsunternehmen (DTAG, HanseNet und Arcor) den Bezug von Fernsehsignalen über das Telefonkabel an. Die Beschlussabteilung hat weitere Telekommunikationsunternehmen befragt. Keines der übrigen befragten Unternehmen hat die Absicht erkennen lassen, innerhalb des Prognosezeitraums mit einem entsprechenden Angebot auf den Markt zu gehen.
59. Während sich IPTV in einigen europäischen Ländern mit erheblichen Zuwachsraten entwickelt, kann in Deutschland von einer solchen Entwicklung, selbst nach Einschätzung der auf dem deutschen Markt tätigen Unternehmen, nicht ausgegangen werden. Anders als im europäischen Ausland spricht bereits die hohe Verbreitung von Free-TV Angeboten, die für den Endkunden kostenfrei sind, dagegen. Dies hemmt die Wechselbereitschaft. Weitere Gründen lassen sich benennen. So gibt es beispielsweise in Frankreich, anders als in Deutschland, entbündelte Anschlüsse, so dass der Endkunde keinen Telefonanschluss des IPTV-Anbieters benötigt. Dort ist ebenfalls die Penetration von Kabelnetzen deutlich geringer und es besteht ein generelles Verbot des Anbringens von Parabolantennen an Gebäuden in Ballungsgebieten.¹³ Insgesamt handelt es sich um Bedingungen, die man so in Deutschland derzeit nicht vorfindet. Erschwerend kommt die langjährige Exklusivbindung großer Teile der Wohnungswirtschaft durch Kabelnetzbetreiber über Gestattungsverträge hinzu.

¹³ Siehe zu den Gründen im Einzelnen auch die Studie der Landesmedienanstalt NRW zu IPTV. Unter <http://www.lfm-nrw.de/downloads/iptv.pdf> S. 15ff.

Diese erschwert den Markteintritt nachhaltig. In diesem Zusammenhang ist auch auf die durch die in der Betriebskostenverordnung vorgesehene Möglichkeit hinzuweisen, Kabelentgelte als Betriebskosten zu berücksichtigen. Folge ist, dass dem Einzelnen, welcher ungeachtet bestehender Versorgung über einen Kabelanschluss IPTV-Fernsehen empfangen möchte, Zusatzkosten – für ein Angebot, welches preislich ohnehin oberhalb gängiger Kabelnetzangebote liegt – entstehen.

60. Technisch begegnet die Übertragung aus der Sicht des Inhabers eines breitbandigen Internet-Anschlusses keinen grundsätzlichen Problemen mehr. Anders als im Jahre 2005, in dem die Beschlussabteilung bereits dieser Frage nachgegangen ist,¹⁴ ist Ende des Jahres 2007 von knapp 20 Mio. Breitbandanschlüssen in Deutschland auszugehen.¹⁵ Allerdings ist nicht jeder Breitbandanschluss geeignet, IPTV zu empfangen. Die Teilnehmeranschlussleitung (TAL) muss mindestens ADSL 2+ gewährleisten. Dabei wird eine Übertragungsgeschwindigkeit von max. 24 MBit/s – und mindestens 18 Mbit/s – in Empfangs- und bis zu 3,5 MBit/s in Senderichtung erreicht. Festzustellen aber ist, dass die TAL vielfach sehr unterschiedliche Qualitäten haben und häufig gar nicht für die erforderlichen Bandbreiten ausgelegt sind. Zudem muss die Infrastruktur oberhalb der TAL (DSLAM, Konzentratornetze) für IPTV ausgelegt sein. Hinzu kommen, verglichen mit dem Empfang über das Breitbandkabelnetz, längere Bereitstellungs- und Entstörungsfristen.
61. Nach Ansicht des Bundesverbandes deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen (GdW) wird wegen der unzureichenden technischen Verfügbarkeit von IPTV-Angeboten, welche noch lang kein flächendeckendes Ausmaß erreicht hat, ein möglicher Gestaltungswettbewerb zwischen Kabelnetz- und Telefonnetzbetreibern nur für einzelne Wohn- und Siedlungsbereiche und damit partiell stattfinden. Auch sei die tatsächliche Datenübertragungsgeschwindigkeit über Breitbandkabel im Regelfall der Geschwindigkeit über Telefonnetze überlegen. So mögen IPTV-Angebote zwar im Programmumfang aber nicht hinsichtlich Bildqualität und Komfort der hohen Qualität von TV-Kabelprodukten vergleichbar sein. Hier könnten nur technische Fortschritte Unterschiede egalisieren. Der GdW sieht IPTV Anbieter kurz- und langfristig nicht in der Lage, eine ausschließliche TV-Versorgung solcher Wohngebäude zu

¹⁴ BKartA, Beschluss vom 20.6.2005, *iesy/ish*, B7–22/05, Rz. 67.

¹⁵ BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich Telekommunikation, S. 13.

übernehmen, die vorher ausschließlich durch Kabelnetzbetreiber versorgt wurden.¹⁶

Auf die begrenzte Verbreitung von IPTV weisen auch Programmanbieter hin. In gleichen Versorgungsgebieten ist die Anzahl der mit IPTV über DSL potenziell erreichbaren Haushalte wesentlich geringer als die Anzahl der von den Zusammenschlussbeteiligten versorgten Haushalte.

62. Folge ist, dass gegenwärtig nur rund 9 Mio. IPTV taugliche Breitbandanschlüsse zur Verfügung stehen. Im Übrigen könnten diese Haushalte nicht alle gleichzeitig IPTV nutzen. Nach Auskunft eines befragten Unternehmens liegt diese Quote zwischen 20% und 50%. Bei paralleler Nutzung sog. Video on Demand Angebote, verringert sich die Zahl demgegenüber noch einmal deutlich (5%). Während die Kabelnetze für den parallelen Empfang sämtlicher versorgter Wohneinheiten ausgelegt sind, ist dies bei IPTV nicht der Fall.
63. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass für den Empfang von IPTV eine spezielle STB erforderlich ist. Wie bei jedem digitalen Übertragungsstandard ist eine Box in allen Räumen notwendig,¹⁷ in denen Fernsehprogramme über ein TV-Gerät angeboten werden sollen. Der GdW weist darauf hin, dass aufgrund bisheriger Wohnstandards die Standorte für TV-Geräte und der Telefonanschluss innerhalb einer Wohnung in der Regel nicht deckungsgleich ist, so dass sich Mieter auch aus ästhetischen Gründen einer solchen Lösung verschließen könnten.
64. Auch aus anderen Gründen ist für den Prognosezeitraum nicht mit einer massenhaften Verbreitung des Empfangs von Fernsehprogrammen über DSL-IPTV zu rechnen. Alle drei Anbieter stehen vor dem Problem, ihr Produkt auch im Gestattungswettbewerb vermarkten zu müssen. Denn nur auf diese Weise lassen sich größere Wohnungsbestände erreichen. Von den auf dem Markt aktiven Unternehmen hat sich bislang allerdings keines am Gestattungswettbewerb beteiligt. Auch dem GdW ist aktuell kein Fall bekannt, in dem sich ein IPTV-Anbieter um die Gestattung für die Versorgung von WE mit Fernsehsignalen in Konkurrenz zu Kabelnetzbetreibern beworben hätte.

¹⁶ Fragebogen vom 4. Januar 2008, Antwortschreiben des GdW S. 12 (Fach 37 der Antworten WW S. 12).

¹⁷ Fragebogen vom 4. Januar 2008, Antwortschreiben des GdW S. 12 (Fach 37 der Antworten WW S. 12).

65. Hintergrund der fehlenden Präsenz im Gestattungswettbewerb sind die unterschiedlichen Ansichten zwischen Telekommunikationsunternehmen, namentlich der DTAG und der Wohnungswirtschaft über Nutzungsrechte am Telefonkabel. Mit Urteil vom 19. September 2003 entschied der BGH,¹⁸ dass dem Betreiber eines hausinternen Breitbandkabelnetzes gegenüber Anbietern digitaler Programme und Mediendienste ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB zustehe, wenn diese gegen seinen Willen Programme oder Signale in sein (Haus-)Netz einleiten. Ungeklärt ist, inwieweit dieses Urteil auch auf Vermittlungsnetze, wie sie von der DTAG betrieben werden – im Gegensatz zu Breitbandkabelnetzen (Verteilnetzen) – anzuwenden ist. Unter Berufung auf dieses Urteil ist die Wohnungswirtschaft nur gegen eine Umsatzbeteiligung bereit, Telekommunikationsunternehmen in ihrem Bemühen der Kundenakquise zu unterstützen. Im Gegenteil droht die Wohnungswirtschaft auch hinsichtlich einzelner gewonnener Mieter mit rechtlichen Schritten gegen Telekommunikationsunternehmen. Eine Berücksichtigung als Gestattungsnehmer ist unter diesen Umständen nur schwer denkbar.
66. An diesen unterschiedlichen Rechtsauffassungen hat auch die jüngste Kooperationsvereinbarung zwischen dem GdW und der DTAG nichts verändert. GdW und DTAG haben sich im Herbst 2007 darüber verständigt, bei der Verbreitung von IPTV zu kooperieren.¹⁹ Der Streit aber konnte nicht beigelegt werden. Die Klärung dieser Frage ist bedeutsam. Sie hat Einfluss auf die Kalkulation der IPTV-Anbieter. So hängt davon unter anderen ab, ob und in welchem Umfang die Wohnungswirtschaft am Umsatz beteiligt wird.

bb. Einspeisung Pay-TV

67. Oben dargestellte Überlegungen gelten im Ergebnis auch für die Einspeisung von Pay-TV-Signalen. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung hat die technische Reichweite bei der Veranstaltung von Pay-TV eine vergleichbare Bedeutung wie bei der Veranstaltung von Free-TV, so dass auch hier eine Komplementarität der Verbreitungswege anzunehmen ist.

¹⁸ BGH, NJW 2003 S. 3762ff.

¹⁹ Gemeinsame Pressemitteilung von GdW und Deutscher Telekom vom 23. Oktober 2007 (Anlage 11 der Anmeldung); [http://www.gdw.de/db/presse.nsf/5BBD0DC4B03E52CDC125737D002EDCCD/\\$file/PM_Kooperatio n%20GdW%20DTAG%20181007.pdf?OpenElement](http://www.gdw.de/db/presse.nsf/5BBD0DC4B03E52CDC125737D002EDCCD/$file/PM_Kooperatio n%20GdW%20DTAG%20181007.pdf?OpenElement)

68. Derzeit gibt es in Deutschland mit Premiere lediglich einen relevanten Nachfrager nach Einspeiseleistungen für Pay-TV. Zwar existieren im Satellitenbereich eine Reihe weiterer Pay-TV-Anbieter, die sich jedoch auf die Satellitenübertragung von so genanntem „special interest content“ (insbesondere preiswerte Erotikprogramme) beschränken. Diese Programmveranstalter können nicht als typische Pay-TV-Nachfrager nach Einspeiseleistungen angesehen werden; ihre Programme stellen lediglich Nischenprodukte dar. Vielmehr ist Pay-TV gekennzeichnet durch Inhalte von hoher „Qualität“, d.h. insbesondere aktuelle Spielfilme (Hollywood; 1. u. 2. Verwertungsstufe) und Live-Berichterstattung über Spitzensportereignisse (sogenannter „Premium Content“).²⁰ Auf den Zugang zu derartigen Inhalten kommt es nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung und der bisherigen kartellrechtlichen Praxis für die erfolgreiche Veranstaltung von Pay-TV ganz wesentlich an.²¹ Im Hinblick auf die in Deutschland vorherrschende, von Free-TV geprägte Medienlandschaft, kann nur die Ausstrahlung hochwertiger Programme das Interesse potenzieller Abonnenten wecken.²² Denn Anbieter von Pay-TV müssen, wenn sie in Deutschland langfristig erfolgreich sein wollen, ihren Abonnenten einen spezifischen Zusatznutzen in Form von Premium-Spielfilmen, Live-Spitzensportereignissen und Erotik bieten, welche die Zuschauer im Free-TV entweder gar nicht oder nur mit zeitlicher Verzögerung sehen können.²³ Der Anreiz für die Fernsehzuschauer, zusätzlich Pay-TV zu abonnieren, ist um so geringer, je vielfältiger und attraktiver das Free-TV-Programm ist.²⁴
69. Bei dieser Sachlage spielt die technische Reichweite für einen Pay-TV-Anbieter eine wesentliche Rolle, da namentlich der Erwerb von sog. Premium-Content (Hollywood Blockbuster, Sportveranstaltungen) besonders kostenintensiv ist und die Pay-TV-Anbieter zur Refinanzierung ihrer Pay-TV-Rechte auf eine ausreichende Anzahl von Abonnenten angewiesen sind. Hierbei kann der Pay-TV-Anbieter unter keinen Umständen auf ca. 54 % der erreichbaren Fernsehhaushalte (Kabelhaushalte) für die Akquisition von Abonnenten verzichten. Um eine ausreichende Abonnentenzahl zu erhalten, müssen deshalb für einen Pay-TV-Sender sowohl die Satelliten- als auch die

²⁰ Kommission, 29.12.2003, *Telenor/Canal+/Canal Digital*, COMP/C.2-38.287, Rz. 26.

²¹ Kommission, 27.5.1999, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, IV/M.993, ABl. vom 27.2.1999, L 53/1, Rz. 34.

²² Kommission, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, IV/M.993, ABl. vom 27.2.1999, L 53/1, Rz. 48.

²³ BKartA, Beschluss vom 1.10.1998, *Premiere*, B6-72/98, WuW/E DE-V 53, 60.

²⁴ Kommission, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, IV/M.993, ABl. vom 27.2.1999, L 53/1, Rz. 48.

Kabelkunden erreichbar sein. Die Verteilung der Abonnenten von Premiere auf diese Übertragungswege bestätigt dieses Ergebnis.

70. Eine eventuell anzunehmende Austauschbarkeit der Übertragungswege aus Endkundensicht wirkt sich hier ebenfalls nicht auf den komplementären Reichweitenbedarf des Pay-TV-Anbieters aus. Zwar leitet der Pay-TV-Anbieter anders als der Free-TV-Anbieter seinen Bedarf an der Einspeiseleistung unmittelbar von den Abonnenten ab. Es muss jedoch auch hier berücksichtigt werden, dass ein Wechsel des Abonnenten vom Kabel zu Satellit nach wie vor mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist und nicht in einem für die Refinanzierung ausreichenden Zeitraum realisiert werden kann. Es ist darüber hinaus auch hier nach der Lebenserfahrung kaum anzunehmen, dass der Endkunde im Hinblick auf ein einzelnes Pay-TV-Programm den Übertragungsweg wechseln würde.
71. Im Gegensatz zu den Free-TV-Anbietern muss ein Pay-TV-Anbieter allerdings auf die terrestrische Übertragung verzichten. Dies ergibt sich bei der analogen terrestrischen Verbreitung bereits aus technischen (fehlende Kapazitäten) und medienrechtlichen (must-carry-Belegung der vorhandenen Kapazitäten) Gründen. Auch bei DVB-T sind die Übertragungskapazitäten derzeit auf maximal 24 bis 28 Programme beschränkt, was die Verbreitung von Pay-TV ausschließt. Darüber hinaus verursacht die Einspeisung von DVB-T nach wie vor hohe Kosten. Wirtschaftlich ist aus Sicht eines Pay-TV-Anbieters der Verzicht auf einen Übertragungsweg daher nur dann möglich aber auch notwendig, wenn die zu erwartenden Abbonnentenerlöse geringer sind als die Kosten der Übertragung und des Fixkostenanteils für den Premium-Content.
72. Die Feststellungen über die fehlende Austauschbarkeit der Übertragungswege Kabel, Satellit und Terrestrik gelten auch für die IPTV über xDSL. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben ergeben, dass zahlreiche Pay-TV Programme mittlerweile auch auf diesem Übertragungsweg verbreitet werden. Allerdings sind die aktuellen Zahlen bzw. die im Prognosezeitraum zu erwartenden Abbonnentenzahlen viel zu gering, um für Pay-TV Anbieter eine Alternative zur Einspeisung in das Kabelnetz darzustellen. Selbst bei günstiger Entwicklung der Abbonnentenzahlen des IPTV ist deshalb für den Pay-TV-Anbieter die Verbreitung über IPTV allenfalls komplementär im Verhältnis zur Einspeisung in die Kabelnetze.

d. Übergang zur digitalen Einspeisung

73. Bei der Abgrenzung der Einspeisemärkte ist im Hinblick auf die anstehende Digitalisierung zu prüfen, ob die digitale Einspeisung von der analogen Einspeisung getrennt und insoweit ein eigener Markt für die analoge Einspeisung von Free-TV angenommen werden muss. Pay-TV wird schon jetzt ausschließlich digital eingespeist. Eine Trennung der Märkte ist jedoch im Rahmen der auch bei der Marktabgrenzung vorzunehmenden Prognose der Weiterentwicklung der Märkte zu verneinen.
74. Nach derzeitiger Situation muss streng genommen auf der Grundlage des Bedarfsmarktkonzepts davon ausgegangen werden, dass die analoge Einspeisung nicht durch eine digitale Einspeisung ersetzt werden kann. So ist eine ausreichende Anzahl von STB bei den Endkunden weiterhin noch nicht vorhanden. Aktuell steht in 14,8 Mio. Haushalten ein digitales Empfangsgerät. Allerdings nutzen nur 3,2 Mio. Haushalte das digitale Kabel. Mit anderen Worten sind nur 16% aller Kabelhaushalte digitalisiert und rund 16 Mio. Kabelhaushalte müssten noch auf den digitalen Empfang wechseln.²⁵ Dementsprechend gilt weiterhin, dass sich die meisten Endkunden erst ein Zusatzgerät, die STB anschaffen müssten, um die digitalen Signale umzuwandeln. Unter diesen Umständen gelten die Ausführungen über alternative Übertragungstechniken (Satellit, Terrestrik, IPTV über xDSL) entsprechend: Bei gegenwärtig (deutschlandweit) knapp 19 Mio. Kabelkunden, wovon rund 9 Mio. durch die KDG versorgt werden²⁶, wäre die Abschaltung derzeit und innerhalb des Prognosezeitraums inakzeptabel für die Programmanbieter. Die Abschaltung der analogen Programme ohne ausreichende STB-Basis bei den Endkunden hätte eine erhebliche und existenzgefährdende Reichweitenverkürzung für die Free-TV-Anbieter zur Folge und wird deshalb von diesen abgelehnt.

²⁵ Digitalisierungsbericht 2007, S. 50, 52.

²⁶ Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rz. 13 (Blatt 10 d.A.), 14 (Blatt 11 d.A.), Siehe im Übrigen auch die von KDG im Internet veröffentlichten Zahlen.
<http://www.kabeldeutschland.com/de/unternehmen/zahlen-fakten.html>

75. Die Einspeisemärkte befinden sich jedoch nach wie vor in der Übergangsphase. Während das Pay-TV schon jetzt ausschließlich digital eingespeist wird, hat für das Free-TV in den letzten Jahren die Umstellung auf die digitale Einspeisung begonnen. Einige Free-TV-Sender werden bereits digital eingespeist, insbesondere die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind schon seit einiger Zeit (auch) mit einem Digital-Bouquet im Kabel vertreten. Von einigen kleinen Programmanbietern abgesehen, die nur noch digital ausgestrahlt werden, erfolgt die Umstellung der bislang analog verbreiteten Free-TV Programme, namentlich die der großen Senderfamilien, aktuell in einem sog. Simulcast-Betrieb. Damit ist gemeint, dass die Programme sowohl analog als auch digital eingespeist werden und grundsätzlich einheitlichen Einspeisebedingungen unterliegen. An diesem Zustand, welcher durch die Beschlussabteilung im Jahre 2005 bereits berücksichtigt wurde, hat sich im Wesentlichen nichts verändert.
76. Auch aktuell lässt sich festhalten, dass der Simulcast-Betrieb innerhalb des Prognosezeitraums nicht der ausschließlichen digitalen Verbreitung weichen wird. So sind die meisten Inhaber analoger Kabelplätze nicht bereit, sich auf die digitale Verbreitung ihrer Programme zu beschränken und damit auf den überwiegenden Teil ihrer Reichweite zu verzichten. Anders als in der Vergangenheit erwartet, als für die vollständige Umstellung von analogen auf digitale Signale der Zeitpunkt 2007 bzw. 2010 genannt wurde, lässt sich aktuell überhaupt kein solcher Zeitpunkt benennen. Der Zeitpunkt des „analogen Switch-Off“ ist deshalb nicht absehbar.²⁷
77. Auch wenn die zeitliche Perspektive für die tatsächliche Abschaltung der analogen Einspeisung noch unklar ist, ist das Ziel der ausschließlichen digitalen Einspeisung bei der Beurteilung der Märkte und der Marktentwicklung bereits zu berücksichtigen, zumal ein Netzausbau für die Digitalisierung nicht erforderlich ist. Für die Pay-TV-Einspeisung gilt diese Betrachtung ohnehin schon jetzt. Die Betrachtung eines analogen Einspeisemarktes getrennt von einem digitalen Einspeisemarkt würde dem Zusammenhang dieser Vorgänge, insbesondere im Hinblick auf den Simulcast-Betrieb, nicht gerecht werden und die Wettbewerbsverhältnisse nicht zutreffend abbilden.²⁸ Insbesondere kommt eine getrennte Betrachtung der digitalen Einspeisung nicht wegen des Fortschritts der Digitalisierung und der dabei angeblich bestehenden, von der

²⁷ So auch der Digitalisierungsbericht 2007, S. 29.

²⁸ Vgl. auch die Bewertung der Digitalisierung bei der Satellitenübertragung in BKartA, Beschluss vom 28.12.2004, *SES Astra/DPC*, B7-150/04, Rz. 59 ff.

analogen Einspeisung abweichenden Wettbewerbsverhältnisse in Betracht.²⁹ Die Wettbewerbspositionen bei der digitalen Einspeisung werden nach wie vor massiv von der Tatsache getragen, dass gleichzeitig auch noch analog eingespeist wird. Nicht nachvollziehbar ist daher der Vortrag der KDG, dass die Gegenmacht der Programmveranstalter mit fortschreitender Digitalisierung zunehmen soll. Soweit Gegenmacht ersichtlich ist, kann sich diese bestenfalls aus der fortbestehenden analogen Einspeisung ergeben, die den Reichweitenbedarf der Programmveranstalter weitestgehend erfüllt. Die Digitalisierung verstärkt dagegen die Verhaltensparameter der KDG im Hinblick auf die gekoppelten Leistungen der digitalen Plattform erheblich.

e. Einbeziehung der technischen Dienstleistungen für die digitale Plattform im Netz von KDG

78. Wie bereits in der Vergangenheit dargelegt, ist in den Einspeisemarkt auch die technische Dienstleistung für die digitale Plattform im Netz von KDG mit einzubeziehen.³⁰ Derartige Dienstleistungen sind infolge der (bereits begonnenen) Digitalisierung des KDG-Netzes sowohl für Pay-TV- als auch für Free-TV-Programme erforderlich.

aa. Bestandteile einer digitalen Plattform

79. In der kartellrechtlichen Praxis hat der Begriff der digitalen Plattform bisher nur im Zusammenhang mit dem Angebot von Pay-TV eine Rolle gespielt.³¹ Dabei handelt es sich um die technischen Voraussetzungen zur Umsetzung des für Pay-TV erforderlichen Abonentensystems. Im Kern besteht eine digitale Plattform für Pay-TV aus der

²⁹ Vgl. KDG, Schriftsatz vom 19. März 2008, S. 3 (Blatt 363 d.A.), bei dem allerdings die hierfür bemühten Argumente durchweg als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet wurden und daher hier nicht im Einzelnen behandelt werden.

³⁰ BKartA, Abmahnung B7-70/04 – KDG/KBW, B7-80/04 – KDG/Ish, B7-90/04 – KDG/Iesy, jeweils vom 23.8.2004, S. 25 ff.

³¹ Vgl. insbesondere Kommission, 9.11.1994, *MSG Media Service*, IV/M.469, ABl. vom 31.12.1994, L 364/1.

Bereitstellung des Verschlüsselungssystems (Conditional Access System, CAS), der Smart-Card-Verwaltung und dem Zugang zu einer kompatiblen STB-Basis.³²

80. Die Bereitstellung des CAS umfasst den Erwerb der Rechte an der Verschlüsselungstechnologie (Lizenzen), die Vorhaltung der notwendigen Hard- und Software, die Verschlüsselung der Rundfunksignale, und die Übertragung der Daten, welche die Informationen über die jeweils abonnierten Programme oder Programmpakete sowie über die Empfangsberechtigung enthalten und zusammen mit dem verschlüsselten TV-Signal ausgesendet werden.
81. Eine Smart-Card, die dem Abonnenten zur Verfügung gestellt wird und in den entsprechenden Leser der STB gesteckt werden muss, ermöglicht es, die Autorisierungsdaten zu überprüfen und an die STB zu übermitteln. Die Smart-Card-Verwaltung erfordert vom Betreiber der technischen Plattform insbesondere den Erwerb und die Ausgabe der Smart-Cards an die Abonnenten sowie deren Freischaltung und ggf. die Einziehung der Smart-Cards.
82. Die STB muss in der Lage sein, die im Datenstrom mitgesendeten Autorisierungsdaten auszuwerten und die verschlüsselten Rundfunksignale zu entschlüsseln. Hierfür muss verschlüsselungs- und entschlüsselungsseitig grundsätzlich dasselbe CAS verwendet werden. Entscheidend ist somit, dass das CAS, die Smart-Card und die STB-Infrastruktur aufeinander abgestimmt sind.
83. Die STB enthält darüber hinaus eine Reihe weiterer Funktionen, die durch die implementierte Software ermöglicht werden. Eine STB muss über eine Betriebssoftware verfügen, damit Anwendungen wie ein Elektronischer Programmführer (Electronic Program Guide, EPG)³³ oder sonstige interaktive Dienste funktionieren können. Dazu ist es erforderlich, dass das Betriebssystem eine Software-Schnittstelle besitzt, auf welche diese Anwendungen zugreifen können und welche die notwendigen Funktio-

³² Kommission, 27.5.1998, *Deutsche Telekom/BetaResearch*, IV/M.1027, ABl. vom 27.2.1999, L 53/31, Rz. 16; Kommission, 27.5.1998, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, IV/M.993, ABl. vom 27.2.1999, L 53/1, Rz. 19 f.; ausführlich Kommission, 9.11.1994, *MSG Media Service*, IV/M.469, ABl. vom 31.12.1994, L 364/1, Rz. 19 ff.

³³ Ein EPG ist ein Navigationssystem, das Programme und Dienstleistungsangebote auflistet und dem Zuschauer hilft, zwischen verschiedenen angebotenen Programmen oder Dienstleistungen auszuwählen und hin- und herzuschalten. Der EPG ist insbesondere in der digitalen Welt, die eine erhöhte Programmauswahl bietet, ein wichtiges Bedienelement.

nen bereitstellt (Application Program Interface, API). Ferner werden durch die Software in der STB und das Aussenden der entsprechenden Signale auch Jugendschutz und Kopierschutz gewährleistet.

bb. Verhältnis zur Einspeisung

84. Grundsätzlich können die technischen Dienstleistungen getrennt von der Ausstrahlung über Satellit und der Einspeiseleistung in das Breitbandkabel bezogen oder erbracht werden. Technisch sind diese Dienstleistungen auch nicht an einen bestimmten Übertragungsweg gebunden. Die digitale Plattform kann damit grundsätzlich von einem anderen Anbieter als dem Kabelnetzbetreiber, in dessen Netz eingespeist wird, bezogen werden.
85. Das Verhältnis der technischen Plattform zur Bereitstellung des Übertragungswegs ist nach der Praxis des Bundeskartellamtes jedoch differenziert und anhand des tatsächlichen Angebots zu beurteilen. Auf dieser Grundlage ist die Beschlussabteilung für die Bereitstellung der Satelliten-Transponderkapazität für die direkte Übertragung an Haushalte „Direct to Home (DTH)“ zu dem Ergebnis gekommen, dass die digitale Plattform nicht Bestandteil der Übertragungsleistung ist, da eine tatsächliche Koppelung nicht stattfindet und die Marktverhältnisse eine solche grundsätzliche Koppelung auch in der Prognose nicht nahelegten³⁴.
86. Für das Netz der KDG hat die Beschlussabteilung dagegen bereits in der Vergangenheit in der Prognose einen Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in das Breitbandkabel unter Einbeziehung der digitalen Plattform angenommen, da die KDG insbesondere eine Grundverschlüsselung der Free-TV-Programme beabsichtigte und zur Einspeisebedingung auch für Free-TV-Anbieter erhob.³⁵ Dieses Konzept hat die KDG für den Bereich der digital eingespeisten Free-TV-Programme, mit Ausnahme der öffentlich-rechtlichen, mittlerweile auch umgesetzt. KDG verschlüsselt das digitale Free-TV mit dem eigenen Verschlüsselungssystem, das nur mit entsprechenden STB empfangen werden kann. Die Grundverschlüsselung aber macht für die Einspei-

³⁴ BKartA, Beschluss vom 28.12.2004, *SES-Astra/DPC*, B7-150/04, Rz. 108 ff.

³⁵ BKartA, Abmahnung B7-70/04 – *KDG/KBW*, B7-80/04 – *KDG/Ish*, B7-90/04 – *KDG/Iesy*, jeweils vom 23.8.2004, S. 25 ff. So auch schon im Ergebnis BKartA, Beschluss vom 22.02.2002, *Liberly/KDG*, B7-168/01, Rz. 88.

sung die Inanspruchnahme von technischen Dienstleistungen – einer technischen Plattform – erforderlich.

87. Hierbei sind die Programmanbieter schon faktisch wegen des eigenen Verschlüsselungssystems der KDG und der hierauf abgestimmten proprietären STB-Basis gezwungen,³⁶ die digitale Plattformleistung der KDG zusätzlich zur Einspeisung in Anspruch zu nehmen. Vorliegend sorgt außerdem die Vertragspraxis der KDG für eine Bündelung der Einspeisung mit der digitalen Plattform sowohl bei Free-TV als auch bei Pay-TV. In den Einspeiseverträgen der KDG wird häufig auch nicht zwischen der Einspeisung selbst und der technischen Dienstleistung differenziert. Mit dem jeweils vereinbarten Entgelt werden zumeist beide Leistungen abgegolten, ohne dass sich aus dem jeweiligen Einspeisevertrag ergibt, wie die Leistungen im Einzelnen vergütet werden.

2. Räumliche Marktabgrenzung

88. Nach Auffassung der Beschlussabteilung bildet für die räumliche Abgrenzung bei der Einspeisung von Free- und Pay-TV-Programmen jedes Kabelnetz einer Regionalgesellschaft einen eigenen Markt.
89. Dieses steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung *Pay-TV-Durchleitung*.³⁷ An dieser Auffassung ist auch nach Überprüfung festzuhalten.

a. Free-TV

90. Nach den Ermittlungen sind die Free-TV-Anbieter – wie oben dargestellt – auf mindestens 95 % Reichweite und damit auf die Einspeisung in jedes Netz angewiesen. Es

³⁶ Die Proprietarität der STB ergibt sich insbesondere aus daraus, dass sämtliche KDG-Boxen über ein festinstalliertes CAS zur Entschlüsselung der Programme verfügen und dieses nur auf das CAS der KDG abgestimmt ist. Eine Entschlüsselung von Programmen, die mit anderen CAS verschlüsselt sind, ist mit diesen Boxen nicht möglich.

³⁷ BGH, Urteil vom 19.3.1996, *Pay-TV-Durchleitung*, WuW/E BGH 3058.

besteht daher auch hier eine Komplementarität der Netze, die nicht gegeneinander austauschbar sind.

91. Dieses gilt gerade für das Netzgebiet der KDG, bei dem es sich mit über 9 Mio. angeschlossenen WE um das mit Abstand größte Breitbandkabelnetz in Deutschland handelt.

b. Pay-TV

92. Für die Einspeisung von Pay-TV ist der Bundesgerichtshof von einer Netzbezogenheit der Märkte ausgegangen, weil der Pay-TV-Anbieter bestimmte Endkunden „im Auge“ hat, die er nur über die Einspeisung gerade desjenigen Netzes erreichen kann, an das der Kunde angeschlossen ist. Eine Austauschbarkeit mit anderen Netzen kann hiernach nicht angenommen werden. Hier ist also der Ort, an dem der Bedarf entsteht, und die dann aus der Sicht des Pay-TV-Anbieters vorhandenen Austauschmöglichkeiten für die Befriedigung dieses Bedarfs das entscheidende Kriterium. Diese ökonomisch zutreffende Betrachtungsweise führt zu einer engen Marktabgrenzung, die allerdings ähnlich wie im Bereich der Telekommunikation genau genommen bedeutet, dass jeder Kabelanschluss einen Markt bildet, da der angeschlossene Haushalt nicht gegen einen anderen Haushalt austauschbar ist. Darüber hinaus geht diese Sichtweise von dem Bestehen einer konkreten Bedarfssituation im Rahmen von § 20 GWB aus. Bei der Fusionskontrolle, die eine Strukturprognose erfordert, stehen die konkreten Bedarfssituationen jedoch noch nicht fest.
93. Aus der Sicht der Beschlussabteilung ist es daher für die Fusionskontrolle auch im Pay-TV-Bereich geboten, auf die Komplementarität der Kabelnetze als das entscheidende Kriterium für die räumliche Marktabgrenzung abzustellen.
94. Die Komplementarität der Netze ergibt sich daraus, dass der Pay-TV-Anbieter darauf angewiesen ist, für alle Kabelkunden erreichbar zu sein, auch wenn ein Vertragsschluss mit allen Kunden für die Finanzierung seiner Programme nicht erforderlich ist. Die Einspeisung seiner Programme ermöglicht dem Pay-TV-Anbieter überhaupt erst das Angebot seiner Programme. Gerade weil nicht zu erwarten ist, dass alle Kun-

den auch ein Abonnement abschließen würden und regionale Unterschiede hierbei nicht ersichtlich sind, ist der Pay-TV-Anbieter auf das bundesweite Angebot seiner Programme angewiesen, um eine ausreichende Anzahl von Abonnenten für die Finanzierung seines Unternehmens akquirieren zu können.

3. Marktbeherrschung

95. KDG verfügt auf dem Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in ihr Breitbandkabelnetz über eine marktbeherrschende Stellung.³⁸
96. Dies ergibt sich daraus, dass die an das Netz von KDG angeschlossenen Kunden nur über das KDG-Netz erreicht werden können und KDG insoweit über ein Monopol verfügt.³⁹ Eine Kontrolle durch horizontalen Wettbewerb findet nicht statt. Letzterer kann derzeit allenfalls in Form von potenziellem Wettbewerb festgestellt werden, der jedoch nicht in der Lage ist, auf die Verhaltensspielräume von KDG derartig Einfluss zu nehmen, dass eine Marktbeherrschung entfällt. Potenzielle Neueinsteiger in den Markt sehen sich erheblichen Marktzutrittsschranken vor allem in Form der notwendigen Investitionen in eigene Kabelnetze gegenüber.
97. Auch die Betrachtung der KDG zur Verfügung stehenden Verhaltensparameter und ihre Ausübung durch die KDG bestätigt die monopolistische Struktur des Marktes.
98. Bereits in dem KDG-Verfahren im Jahre 2004 hat die Beschlussabteilung im Einzelnen untersucht, welche Verhaltensparameter dem Kabelnetzbetreiber auf dem Einspeisemarkt zur Verfügung stehen und diese insbesondere aus der Netzhoheit und der daraus folgenden Kontrolle über das „Ob“ und das „Wie“ der Einspeisung gefolgert. Dabei ist maßgeblicher Ausgangspunkt die bestehende Möglichkeit des – unkontrollierten – Einsatzes der Verhaltensparameter sowie die Feststellung, dass ihr Einsatz

³⁸ Die Beschlussabteilung weist vorsorglich im Hinblick auf die Ausführungen der KDG im Schriftsatz vom 19. März 2008, S. 2 ff. (Blatt 362 d.A.) ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei der Prüfung des Einspeisemarktes keineswegs um die Betrachtung eines hypothetischen „Worst-Case-Szenarios“ für die Zwecke der Abwägungsklausel handelt, sondern hier monopolistische Marktbeherrschung der KDG anzunehmen ist.

³⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 19.3.1996, *Pay-TV-Durchleitung*, WuW/E BGH 3058, 3062.

wirtschaftlich nicht sinnlos ist.⁴⁰ Wesentliche Parameter setzt die KDG darüber hinaus bereits ein. Entgegen der Ansicht der KDG⁴¹ sind die im damaligen Verfahren festgestellten unkontrollierten Verhaltensparameter auch nicht entfallen und werden daher nach wie vor auch dieser Bewertung zugrundelegt.

99. Hervorzuheben ist dabei insbesondere der oben dargestellte Betrieb einer eigenen technischen (digitalen) Plattform durch die KDG. Dieser beinhaltet zunächst den Betrieb eines eigenen Verschlüsselungssystems und eine hierauf abgestimmte STB-Population. Dieser Umstand beeinflusst bereits derzeit vor allem die Einspeisebedingungen für einen Pay-TV-Programmveranstalter, der die Einspeisung in das Kabelnetz nachfragt und dessen Interesse an einer transparenten Durchleitung der in der Regel bereits für die Satellitenübertragung verschlüsselten Programme häufig schon technisch nicht mehr durchsetzbar ist. Aber auch Free-TV-Veranstalter sind in der Prognose im Hinblick auf die bereits eingeführte Grundverschlüsselung bei Abschaltung der analogen Übertragung erheblich hiervon betroffen.
100. Die technische Plattform bietet der KDG dabei zunächst die – von ihr bereits praktizierte – Möglichkeit der vertraglichen Koppelung mit der Einspeiseleistung und damit die Übertragung des auf dem Netzmarkt bestehenden Monopols auf die digitalen Plattformleistungen. Dies führt zu der Möglichkeit, Bedingungen – insbesondere Entgelte für die Verschlüsselungsdienstleistung und die übrigen Plattformdienstleistungen – durchzusetzen, welche ohne die Koppelung an die Einspeisung nicht durchsetzbar wären.⁴² Denn in einem solchen Fall wäre die Inanspruchnahme einer alternativen Plattform – wie etwa diejenige von SES Astra – möglich. Darüber hinaus kann über die technische Plattform auch die Qualität und damit die Wertigkeit der Einspeiseleistung modifiziert werden. So beeinflussen beispielsweise die technischen Möglichkeiten der STB den Nutzen der Einspeisung für den Programmveranstalter.

⁴⁰ BKartA, Abmahnung B7-70/04 – *KDG/KBW*, B7-80/04 – *KDG/Ish*, B7-90/04 – *KDG/Iesy*, jeweils vom 23.8.2004, S. 33 ff.

⁴¹ KDG, Schriftsatz vom 19. März 2008, S. 3 f. (Blatt 363 d.A.)

⁴² Die Beschlussabteilung stützt diese Einschätzung insbesondere auf die hier vorliegenden Vertragsunterlagen mit Programmanbietern; vgl. den entsprechenden Einwand der KDG, Schriftsatz vom 19. März 2008, S. 5. (Blatt 365 d.A.)

101. Dem kann nicht entgegengesetzt werden, dass die vertragliche Koppelung den Nachfragerinteressen durchgängig entspricht.⁴³ Dieses wäre nur dann anzunehmen, wenn eine transparente Durchleitung für die Nachfrage nicht in Betracht käme. Dieses kann insbesondere für Premiere ausgeschlossen werden, die eigene Endkundenbeziehungen unterhalten und bereits die Verschlüsselungsdienstleistung für ihr Satellitensignal einkauft. Die Koppelung der technischen Plattform führt hier zu einer Verdoppelung der erforderlichen Verschlüsselungsdienstleistungen und zu erheblichen unkontrollierbaren Zusatzkosten, da Ausweichmöglichkeiten – wie z.B. die Möglichkeit der Eigenrealisierung – hiermit abgeschnitten werden. Der Einwand der KDG, dass es sich hierbei nicht um unkontrollierbare Zusatzkosten handele, da sie ohnehin anfallen würden⁴⁴, übersieht, dass die Dienstleistungen wie etwa das Smart Card Handling im Wettbewerb in Anspruch genommen werden könnten und außerdem eine Verdoppelung von Dienstleistern in der Regel nicht wirtschaftlich ist.
102. Die Koppelungspraxis wird darüber hinaus durch Abschottung der STB-Basis, die von den Programmanbietern angesprochen werden kann, abgesichert. Die KDG spezifiziert STB für ihr Kabelnetz und schaltet die Programme nur auf STB frei, die diesen Spezifikationen entsprechen. Zu diesen Spezifikationen gehört die Zulassung eines festinstallierten Verschlüsselungssystems. Die von der KDG selbst bezogenen und den Endkunden leihweise zur Verfügung gestellten STB enthalten durchgängig ein festinstalliertes Verschlüsselungssystem ohne ein sog. Common Interface, das den Einsatz eines sog. CI-Moduls und damit die Entschlüsselung von anderweitig verschlüsselten Programmen ermöglichen würde. Die Programmanbieter sind gezwungen, die Verschlüsselungsdienstleistung der KDG (u.U. zusätzlich) in Anspruch zu nehmen. Ob mit dieser STB-Strategie auch noch eine Wechselhürde beim Gestaltungswettbewerb geschaffen wird, ist für die Wirkung auf dem Einspeisemarkt nicht bedeutsam.⁴⁵

⁴³ KDG, Schriftsatz vom 19. März 2008, S. 5. (Blatt 365 d.A.)

⁴⁴ KDG, Schriftsatz vom 19. März 2008, S. 5. (Blatt 365 d.A.)

⁴⁵ KDG, Schriftsatz vom 19. März 2008, S. 6 (Blatt 366 d.A.); bei der Einschätzung der Abschottungswirkungen einer STB mit festinstalliertem CAS handelt es sich im Übrigen keineswegs um eine Vermutung, sie beruht vielmehr auf den auch im vorliegenden Verfahren angestellten Ermittlungen der Beschlussabteilung unter Berücksichtigung der Feststellungen im Satellitenbereich.

103. Eine etwaige gegengewichtige Marktmacht der großen Sendergruppen kann nach Auffassung der Beschlussabteilung die Marktbeherrschung von KDG nicht beseitigen.
104. Die Rechtsprechung hat schon die Berücksichtigung von Gegenmacht als solche bei der Beurteilung der Marktmacht insoweit ausgeschlossen, als durch sie der Handlungsspielraum des zu beurteilenden Unternehmens nur in gleicher Weise begrenzt wird, wie der seiner Wettbewerber.⁴⁶ Darüber hinaus definiert das Gesetz die marktbeherrschende Stellung in erster Linie im Verhältnis zu den Wettbewerbern. Schon hieraus wird erkennbar, dass die gegengewichtige Marktmacht für die Frage der Marktbeherrschung allenfalls einen Aspekt in der Gesamtbetrachtung darstellen kann. Es ist daher schon im Ausgangspunkt fraglich, ob gegengewichtige Marktmacht die strukturellen Probleme eines natürlichen Monopols gänzlich ausräumen kann. Dieses ist aus Sicht der Beschlussabteilung allenfalls im Ausnahmefall anzunehmen,⁴⁷ welcher aber vorliegend, wie bereits in früheren Verfahren, zu verneinen ist. Die hierzu nunmehr von der KDG vorgetragene Argumente ändern an dieser Einschätzung nach wie vor nichts.⁴⁸ Hierbei ist zunächst auf die sehr unterschiedliche Nachfragerstruktur hinzuweisen, die keineswegs nur aus den beiden großen privaten Sendergruppen besteht.⁴⁹ Auch ist zweifelhaft, dass die beiden großen privaten Sendergruppen 80 % des Nachfragevolumens auf dem Einspeisemarkt auf sich vereinigen, so dass auch nach der angeführten Kommissionspraxis keine hinreichende Gegenmacht angenommen werden dürfte. Auf die Marktanteile auf dem Fernsehwerbemarkt kann es dabei offenkundig nicht ankommen. Die der Beschlussabteilung im Einzelnen vorliegenden Verhandlungsergebnisse der verschiedenen Programmanbieter zeigen im Übrigen erneut die Verteilung der Verhandlungsgewichte zugunsten der KDG, so dass es auch an der tatsächlichen Ausübung der angeblichen Gegenmacht fehlt.

⁴⁶ KG, Beschluss vom 7.2.1978, *Thyssen/Hüller*, WuW/E OLG 1921, 1924; vgl. auch BGH, Beschluss vom 21.2.1978, *Kfz-Kupplungen*, WuW/E BGH 1501, 1504; Beschluss vom 2.12.1980, *Klöckner/Becorit*, WuW/E 1749, 1754.

⁴⁷ Vgl. auch Kommission, Entscheidung vom 17. Mai 2005, Sache DE/2005/0144: Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten, Rz. 32 f.; im Internet abrufbar unter <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/ecctf/library>; Kommission, „Ernsthafte-Zweifel-Mitteilung“ vom 11.03.2005, Sache DE/2005/0144: Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten, S. 5, 8; im Internet abrufbar unter <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/ecctf/library>.

⁴⁸ KDG, Schriftsatz vom 19. März 2008, S. 7 f. (Blatt 367 d.A.)

⁴⁹ Die Beschlussabteilung hat bisher eine ausgleichende Gegenmacht allenfalls bei Vorliegen eines bilateralen Monopols erwogen, das auf dem Einspeisemarkt ganz offenkundig nicht gegeben ist.

4. Wirkungen des Zusammenschlusses

105. Der Zusammenschluss führt zu einer Verstärkung der bestehenden marktbeherrschenden Stellung von KDG auf dem Markt für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in ihr Breitbandkabelnetz. Bei Märkten, die durch eine hohe Konzentration geprägt sind, reicht nach der Rechtsprechung des BGH bereits eine geringe Beeinträchtigung des Restwettbewerbs oder des potenziellen Wettbewerbs aus, um eine Verstärkung der beherrschenden Stellung des Erwerbers zu bejahen.⁵⁰ Je stärker der Grad der durch Konzentration eingetretenen Wettbewerbsbeschränkung ist, desto nachhaltiger ist der verbleibende oder – bei monopolistischen Märkten – potenziell aufkeimende Wettbewerb zu schützen. Für die Bejahung einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung genügen daher bereits verhältnismäßig geringfügige Vorteile, die der KDG durch den Zusammenschluss zuteil werden.
106. Nach der Praxis der Beschlussabteilung ist dabei für die Verstärkungswirkungen zu unterscheiden, ob der Zusammenschluss die Integration der getrennten NE 3 und NE 4 betrifft oder ob es sich um den Erwerb von integrierten Netzen handelt. Im vorliegenden Fall erwirbt die KDG sowohl Netze auf der NE 4, die von der KDG aus der NE 3 bereits versorgt werden („gekoppelte Netze“), als auch bereits integrierte Netze („abgekoppelte Netze“). Der Zusammenschluss betrifft hier insgesamt eine Reichweite von über einer Million WE. Dabei handelt es sich um diejenigen WE, die aktuell von den Zielgesellschaften versorgt, d.h. tatsächlich ein TV-Signal erhalten und einen Vertrag über den Signalbezug (nicht notwendig direkt mit dem Kabelnetzbetreiber, sondern z. B. mit der Wohnungsgesellschaft) abgeschlossen haben.⁵¹ Über 800.000 WE befinden sich in sog. gekoppelten Netzen und werden bereits aktuell von der KDG auf der NE 3 versorgt. Die übrigen WE liegen in – vom NE 3-Netz der KDG – abgekoppelten Netzen (maximal 250.000 WE) bzw. werden durch Dritte auf der NE 3 versorgt (weniger als 25.000 WE).
107. Verstärkungswirkungen sind dabei nach den Grundsätzen der Beschlussabteilung dann anzunehmen, wenn mit der Integration von gekoppelten Netzen eine Abkoppe-

⁵⁰ BGH WuW BGH DE-R 24, 31 – *Stromversorgung Aggertal*.

⁵¹ Davon zu unterscheiden sind die angeschlossenen WE. An das Netz der Zielgesellschaften sind laut Anmeldung über 1,2 Mio. WE angeschlossen. Eine Wohneinheit ist an ein Netz angeschlossen, wenn der TV-Signalempfang allein vom Abschluss eines Vertrags über den Signalbezug abhängt, in technischer Hinsicht aber alles getan ist, um dem Empfang unverzüglich zu gewährleisten.

lungsmöglichkeit der Netze beseitigt wird und mit dem Erwerb von gekoppelten oder abgekoppelten Netzen eine Reichweitungsausdehnung verbunden ist.⁵² Beides ist im vorliegenden Fall anzunehmen.

a. Gekoppelte Netze

108. Mit der vertikalen Integration durch Erwerb der von der NE 3 getrennten NE 4 ist allerdings also solche noch keine Strukturverschlechterung durch eine Absicherung des Absatzwegs verbunden. Hierfür ist insbesondere maßgeblich, dass im Hinblick auf den Gestattungswettbewerb eine Garantie der Reichweite mit dem Erwerb nicht verbunden ist und es aus der Sicht der Programmanbieter nicht darauf ankommt, ob der Kabelnetzbetreiber direkte oder indirekte Reichweite anbietet.
109. Der Aufbau eines Kabelnetzes in den zu versorgenden Gebäuden erfordert regelmäßig Installationsarbeiten. Soweit sich die Wohnungsbaugesellschaft entschieden hat, selbst keine Satellitenanlage (SMATV oder Sat-ZF) zu betreiben, vergibt sie sogenannte Gestattungsverträge, die mit Kabelnetzbetreiber beider NE geschlossen werden können und die die Errichtung und den Betrieb des Kabelnetzes für einen bestimmten zur Amortisation der Investitionen erforderlichen Zeitraum gestatten. Nach Beendigung eines Gestattungsvertrages (durch Zeitablauf oder Kündigung) wird der Vertrag regelmäßig neu ausgeschrieben oder informell verhandelt.⁵³
110. Die Beschlussabteilung geht auch für das KDG-Gebiet davon aus, dass in nicht unerheblichem Umfang Ausschreibungen bzw. informelle Verhandlungsverfahren für Gestattungsverträge stattfinden. In den letzten beiden Jahren hat sich die KDG nach eigenen Angaben an mehreren tausend Ausschreibungen und Verhandlungen über Gestattungsverträge beteiligt. Festzustellen ist allerdings, dass diese Ausschreibungen hinsichtlich der betroffenen WE nur einen relativ geringen Umfang ausmachen. Darüber hinaus werden auch weiterhin sehr langjährige Gestattungsverträge geschlossen.
111. Dennoch ist eine Absicherung der Reichweite nicht anzunehmen, da der Verlust des Gestattungsvertrages hiermit nicht ausgeschlossen wird. Darüber hinaus gaben auch

⁵² Vgl. insbesondere BKartA, Beschluss vom 21. Juni. 2005 – *BC Partners/Ish*, Rdnr. 151 ff.

⁵³ Vgl. bereits, BKartA, Beschl. vom 21. Juni 2005, B7-38/05 – *BC Partners/ish*, Rz. 156.

im aktuellen Fall viele der befragten Programmanbieter erneut an, dass die indirekte oder direkte Versorgung der Kunden aus ihrer Sicht unmaßgeblich sei. Zudem zeigen auch die Einspeiseverträge aus der jüngeren Zeit, dass Einspeiseentgelte nicht danach berechnet werden, ob ein Endkunde direkt oder indirekt versorgt wird.

112. Etwas anderes gilt jedoch nach der Praxis der Beschlussabteilung, wenn mit der gesellschaftsrechtlich abgesicherten Bindung die Beseitigung der Abkoppelungsmöglichkeit durch Aufbau einer eigenen Kabelkopfstation (SMATV) bewirkt wird. Denn hierdurch wird Infrastrukturwettbewerb und damit eine potenzielle Ausweichmöglichkeit für die Programmveranstalter beseitigt. Hierbei kann jedoch nicht von einer generellen Abkoppelungsmöglichkeit eines jeden NE-4-Netzes ausgegangen werden, wenn es auch grundsätzlich jedem NE-4-Betreiber technisch möglich ist, sich durch den Aufbau von eigenen Kabelkopfstationen (SMATV) von der NE 3 unabhängig zu machen. Der Aufbau einer Kabelkopfstation erfordert jedoch nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung erhebliche Investitionen, die sich erst bei einer bestimmten kritischen Masse lohnen.

113. Die Ermittlungen in dem Verfahren B-7 38/05 haben ergeben, dass grundsätzlich bei einem an die NE 3 angeschlossenen Teilnetz mit mehr als 250 WE von einer Abkoppelbarkeit, also die Möglichkeit, sich vom Lieferanten auf der NE 3 mit Hilfe eines eigenen Signals unabhängig zu machen, auszugehen ist.⁵⁴ Zugleich konstatierte die Beschlussabteilung, dass sich das Angebot weiterer Dienste wirtschaftlich erst bei größeren Clustern rechnet,⁵⁵ ohne indes eine genaue Grenze zu nennen.

114. Hiernach ist eine Verstärkungswirkung durch den Zusammenschluss im Umfang von mehr als 500.000 WE zu verneinen. Dabei handelt es sich um WE die bereits aktuell von der KDG auf der NE 3 versorgt und in Teilnetzen mit 250 und weniger WE liegen. Die übrigen, auf der NE 3 von KDG versorgten WE liegen laut Anmeldung in Teilnetzen mit mehr als 250 WE:

⁵⁴ BKartA, Beschluss vom 21 Juni 2005, B7-38/05 – *BC Partners/ish*, Rz. 162. Auf dieser Basis wäre vorliegend von weniger als 300.000 aber mehr als 250.000 abkoppelbaren WE auszugehen.

⁵⁵ BKartA, Entscheidung vom 21 Juni 2005, B7-38/05 – *BC Partners/ish*, Rz. 162.

- Mehr als 400 Teilnetze mit mehr als 150.000 WE bestehen aus Netzen zwischen 250 und 3000 WE.
- Weniger als 10 Teilnetze mit mehr als 70.000 WE bestehen aus Netzen mit mehr als 3.000 WE.

115. Die Zusammenschlussbeteiligten bestreiten hierbei, dass bereits bei einer Anzahl von 250 WE von einer Abkoppelbarkeit auszugehen ist. So sei es in neu abgeschlossenen Gestattungsverträgen Voraussetzung, sich neben der Lieferung des TV-Signals auch – auf einzelvertraglicher Basis – zur Versorgung mit Breitbandinternet und -telefonie zu verpflichten. Dafür aber seien deutlich größere Cluster als 250 WE erforderlich. Die Zusammenschlussbeteiligten sprechen von mindestens 3.000 erforderlichen WE. Auf dieser Basis kommen sie zu dem Ergebnis, dass nur die WE in den Teilnetzen mit mehr als 3000 WE überhaupt abkoppelbar wären.
116. Die Ermittlungen der Beschlussabteilungen haben ergeben, dass die Wohnungswirtschaft zum überwiegenden Teil tatsächlich Angebote nachfragt, die es dem Mieter gestatten, im Bedarfsfalle auch Breitbandinternet und -telefonie vom Kabelnetzbetreiber zu erhalten. So erklärte der GdW, dass es aktuell erforderlich sei, dass Kabelnetzbetreiber zumindest optional ein Triple-Play Angebot offerieren können.⁵⁶ Bestätigt wird dies durch die Antworten der weit überwiegenden Anzahl der befragten Wohnungsbaugesellschaften selbst. Die meisten erklärten ein solches Angebot für erforderlich. KDG selbst legte die Auswertung von mehreren tausend Gestattungsverträgen in den Jahren 2006 und 2007 vor. Danach wurde in 75% der Fälle ein Angebot unter Einschluss von Telefonie und Internet verlangt.
117. Nicht eindeutig zu beantworten ist demgegenüber die Frage, aber welcher Anzahl von WE sich ein solches Angebot für den Kabelnetzbetreiber rechnet. Der Kabelnetzbetreiber trägt im Regelfall das wirtschaftliche Risiko des Angebots von Breitbandinternet und -telefonie. Die Verträge mit dem Wohnungswirtschaftsunternehmen sind regelmäßig so ausgestaltet, dass – unabhängig von Vereinbarungen über das TV-Signal – der Kabelnetzbetreiber mit den Mietern individualvertragliche Vereinbarungen über den Bezug von Internet und Telefonie schließen kann. Gleichzeitig sind für

⁵⁶ Fragebogen vom 4. Januar 2008, Antwortschreiben des GdW S. 12. (Fach 37 der Antworten WW S. 12).

ein Breitbandinternet- und Breitbandtelefonieangebot Investitionen zu tätigen. So ist für die bidirektionale Verbindung neben einer Kopfstation bzw. Stichleitung zur Heranführung der TV-Programme eine leistungsfähige Datenanbindung über ein Backbone erforderlich.

118. Die Kalkulation der Kabelnetzbetreiber variiert. Nicht jeder Mieter entschließt sich für ein solches Angebot. Regelmäßig wird über einen mehrjährigen Zeitraum mit Penetrationsraten zwischen 15% und 20% gerechnet. Das aber macht einen Ausbau erst ab einer bestimmten Zahl von angeschlossenen und versorgten WE wirtschaftlich. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben insoweit ein uneinheitliches Bild ergeben. Die pepcom GmbH erklärte, dass die Anzahl notwendiger WE für ein Triple Play Angebot stark vom Einzelfall abhängt.⁵⁷ Vielfach bereits realisierte Teilnetze der übrigen befragten Kabelnetzbetreiber variierten zwischen 5.000 und 6.000 WE. KDG hält nach eigenem Vortrag eine noch höhere Zahl an versorgten WE für erforderlich und hat diese Zahl auch anhand von Beispielfällen dokumentiert. Auch kleine Kabelnetzbetreiber nannten entsprechende höhere Zahlen.
119. Der Branchenverband FRK erklärte, dass bei einem zusätzlichen Angebot von Internet (Double Play), die Anforderungen an das Breitbandkabel nicht so hoch seien, da man es insoweit mit asymmetrischen Verbindungen zu tun habe. Unter diesen Umständen sei eine Anzahl von 1.500 WE realistisch. Bei Triple Play sei dagegen eine symmetrische Verbindung erforderlich. Die volle Bandbreite müsse nicht nur für die Hinführung, sondern auch die Rückführung des Signals, mithin in beiden Richtungen, verfügbar sein. Hinzu komme, dass Kunden eine hohe Ausfallsicherheit erwarteten und die Kundenbetreuung viel anspruchsvoller sei (bspw. Wunsch nach Einzelabrechnungen trotz Flatrate). Unter diesen Umständen sei eine Zahl von 5.000 WE je Teilnetz für ein rentables Angebot von Triple Play durchaus erforderlich.⁵⁸

⁵⁷ Der Vortrag von pepcom in ihrer Stellungnahme vom 28. März 2008 S. 4 (Blatt 398 d.A.), wonach in der Regel ein Teilnetz ab 1.000 WE wirtschaftlich abgekoppelt werden kann, überrascht insoweit, als ihre Tochtergesellschaft KMS München im Jahr 2006 in der Festlegung der BNetzA zum Markt 18 mit der Aussage zitiert wird, dass „erheblich über 1000 – 2000 Wohneinheiten“ für die Abkoppelung erforderlich seien. <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/7740.pdf> (S. 63).

⁵⁸ Gespräch mit FRK, Telefonvermerk vom 25.01.2008. (Blatt 84 d.A.)

120. Im Ergebnis lässt sich damit zunächst nur festhalten, dass die Frage der Abkoppelbarkeit einzelfallabhängig ist. Das entbindet die Beschlussabteilung allerdings nicht davon, jedenfalls Näherungswerte für die wettbewerbliche Beurteilung zu bilden. Unter diesen Umständen erscheint eine Mindestgröße von 3.000 WE für die Realisierung von Triple Play realistisch. Insbesondere im Hinblick auf die tatsächliche Praxis der Veräußerin bzw. der Zielgesellschaften konnte sich die Beschlussabteilung davon überzeugen, dass sich die Zahl von 3.000 WE als Kenngröße für die Abkoppelbarkeit eignet.
121. Vorliegend verfügen weniger als 10 Teilnetze der Zielgesellschaften über mehr als 3000 WE. Dies betrifft weniger als 70.000 WE. Danach führt jedenfalls im Umfang von weniger als 70.000 WE die direkte Versorgung durch KDG zum Verlust der Möglichkeit der Abkoppelung und stellt daher insoweit eine Verstärkung der Marktposition durch Absicherung des Absatzweges dar.

b. Abgekoppelte Netze

122. Durch den Zusammenschluss vergrößert sich die Reichweite der KDG unmittelbar um maximal 275.000 WE. Dabei handelt es sich um an eigene Satellitenempfangsanlagen angeschlossene Teilnetze der Zielgesellschaften, die deshalb aktuell auch nicht durch ein KDG-Signal auf der NE 3 versorgt werden. Eine geringe Anzahl von WE werden aktuell zudem durch Dritte auf der NE 3 versorgt.
123. Mit der Reichweitemausdehnung werden die vorhandenen Verhaltensspielräume und Digitalisierungsstrategien der KDG auf weitere Netze übertragen. Eine Verstärkungswirkung ist im Hinblick auf die dadurch gegenüber den Programmanbietern vergrößerte Basis anzunehmen.
124. Die Reichweitemausdehnung hat zunächst einen Effekt auf den bereits bestehenden unkontrollierten Verhaltensspielraum hinsichtlich der Einspeiseentgelte. Denn nach den Ermittlungen gibt es einen deutlichen Zusammenhang zwischen der Größe des Kabelnetzbetreibers und den erzielten Einspeiseentgelten, der über ein Proportionalitätsverhältnis zur Zahl der letztlich versorgten Haushalte hinausgeht. Wie oben bereits dargestellt, erzielen nur die großen Regionalgesellschaften Einspeiseentgelte in

relevantem Umfang. Die übrigen – auch die großen, bundesweit tätigen – integrierten Netzbetreiber erhalten dagegen entweder keine oder allenfalls geringfügige Entgelte von einzelnen Sendern. Nach Angaben der Zusammenschlussbeteiligten beträgt der Reichweitzuwachs infolge des Zusammenschlusses maximal 300.000 WE. Das entspricht einem Zuwachs um [1% bis 5%]⁵⁹ bezogen auf die Anzahl der von der KDG insgesamt versorgten WE. Dafür dass ein solcher Zuwachs auch aus Sicht der Zusammenschlussbeteiligten und der Programmanbieter bedeutsam ist, spricht im Übrigen die Tatsache, dass dies nach den Vortrag der Zusammenschlussbeteiligten selbst zu einem erhöhten Einspeiseentgelt führt.⁶⁰ Mit anderen Worten ist der Zuwachs aus Sicht der Vertragsparteien der Einspeiseverträge so relevant, dass er ein erhöhtes Einspeiseentgelt rechtfertigt.

125. Darüber hinaus ist auf die Koppelungsstrategie und die proprietäre Boxenstrategie hinzuweisen, die nunmehr auf weitere Netze übertragen werden. Die Vergrößerung der Reichweite verstärkt den Abschottungseffekt der Strategien und ist damit als weitere Strukturverschlechterung anzusehen.
126. Dabei ändert die Tatsache, dass es sich dabei nach der *Liberty*-Entscheidung des Bundeskartellamts um einen „relativ geringen“ Reichweitzuwachs handelt – so die Zusammenschlussbeteiligten auf S. 28 ihrer Anmeldung –,⁶¹ nichts daran, dass der Zuwachs eine hinreichende Beeinträchtigung i.S.d. der höchstrichterlichen Rechtsprechung darstellt.⁶² Nur konnte in der *Liberty*-Entscheidung der strukturelevante Reichweitzuwachs dahingestellt bleiben, da er jedenfalls mit 450.000 bzw. 950.000 WE – wenn man die abkoppelbaren, aber noch nicht abgekoppelten Netze mit einbezieht – überschritten war.
127. Untauglich ist ebenfalls der Hinweis auf die *BC Partner/ish*-Entscheidung des BKartA.⁶³ Denn insoweit war die Bewertung der Beschlussabteilung eng mit dem Geschäftsmodell der Zielgesellschaft Tele Columbus verbunden, welcher als reiner NE-

⁵⁹ Die genauen Marktanteile sind ein Geschäftsgeheimnis und werden deshalb hier und im Weiteren nur in Bandbreiten angegeben.

⁶⁰ Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rz. 72. (Blatt 29 d.A.)

⁶¹ BKartA, Entscheidung vom 22. Februar 2002, B7-168/01 – *Liberty/KDG*, Rz. 93.

⁶² BGH WuW BGH DE-R 24, 31 – *Stromversorgung Aggertal*.

⁶³ BKartA, Entscheidung vom 21 Juni 2005, B7-38/05 – *BC Partners/ish*, Rz. 166.

4 Betreiber gerade nicht die Strategie verfolgte, sich von der NE 3 abzukoppeln,⁶⁴ was vorliegend bei der Orion Cable Gruppe erkennbar nicht der Fall ist. Auch ging es um einen Zuwachs um 200.000 WE zu einem vorhandenen Bestand von 5,2 Mio. WE. Die KDG aber versorgt rund 9 Mio. WE mit dem TV-Signal, so dass es zu einem Zuwachs zu einem bedeutend größeren Bestand kommt. Schließlich betraf der Reichweitzuwachs jeweils Teilnetze außerhalb des angestammten Gebiets. Auch das ist vorliegend nicht der Fall, da sämtliche abgekoppelten bzw. durch Dritte versorgten Teilnetze im Netzgebiet der KDG selbst liegen.

II. Markt für die Belieferung von Endkunden mit Signalen („Endkundenmarkt“)

128. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass der Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung von KDG auf dem Markt für die Belieferung von Endkunden mit Rundfunksignalen verstärkt.

1. Sachliche Marktabgrenzung

129. Der Endkundenmarkt ist der Markt, auf dem die Bereitstellung eines Rundfunkanschlusses und die Belieferung mit Fernseh- und Hörfunksignalen (zumindest für eine beschränkte Anzahl von Sendern) angeboten und nachgefragt werden. Aus der Sicht der Beschlussabteilung ist dieser Markt im Rahmen der Marktdefinition auf den Übertragungsweg Breitbandkabel und IPTV zu beschränken. Der von den alternativen Übertragungswegen Satellit und DVB-T ausgehende Substitutionswettbewerb ist demgegenüber erst im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung zu berücksichtigen. Der Substitutionswettbewerb aber vermag die Marktbeherrschung von KDG nicht zu verhindern.

a. Bestimmung der Marktgegenseite

130. Die Beschlussabteilung hat in ihrer Entscheidung *ish/iesy* festgestellt, dass „Endkunden“ im Sinne des Endkundenmarktes je nach den konkreten Umständen die Eigentümer, Vermieter oder Mieter der jeweiligen Wohneinheit sind. Das folgt aus dem

⁶⁴ BKartA, Entscheidung vom 21 Juni 2005, B7-38/05 – *BC Partners/ish*, Rz. 167.

Bedarfsmarktkonzept,⁶⁵ wonach die Marktabgrenzung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verbrauchsdisponenten zu erfolgen hat. Das aber sind diejenigen Personen, die auf der Nachfragerseite über die Ausgestaltung der Empfangseinrichtung für Rundfunksignale im Einzelfall zu entscheiden haben. Dies können je nach den Umständen der oder die Eigentümer, Vermieter oder Mieter der jeweiligen Wohneinheit sein. Die einzelnen Haushalte sind für die Beurteilung der Wechsellmöglichkeiten mithin nur dann relevant, wenn sie selbst über die Ausgestaltung der Empfangseinrichtung für Rundfunksignale entscheiden.

131. Dies führt insbesondere bei Mehrfamilienhäusern dazu, dass für die Nachfragersicht nicht auf die einzelnen (Mieter-)Haushalte, sondern auf die Vermieter, Eigentümer oder Eigentümergemeinschaften abzustellen ist. Dafür spricht, dass bei vermieteten Wohnungen in Mehrfamilienhäusern ein Rundfunkanschluss, über den ein großes Sortiment an Programmen empfangen werden kann, mittlerweile zum Standard und damit aus wirtschaftlicher Sicht als integrierter Bestandteil zur Wohnung selbst gehört.⁶⁶
132. Dies zeigt sich u.a. darin, dass im Fall des Kabelanschlusses der Hauseigentümer bzw. die Eigentümergemeinschaft zu einem hohen Anteil neben dem (unentgeltlichen) Gestattungsvertrag auch einen entgeltlichen Betreibervertrag mit dem Kabelnetzbetreiber abschließt und im Wege des sog. Sammelinkasso die Entgelte, die an den Kabelnetzbetreiber entrichtet werden, als Rechnungsposten der Miete von den Mietern eingezogen werden. Der Mieter hat in den Fällen des Sammelinkassos bei Anmietung der Wohnung keine Möglichkeit, auf den Anschluss zu verzichten und so die Miethöhe um den jeweiligen Rechnungsposten zu verringern.⁶⁷ Der Eigentümer bzw. die Eigentümergemeinschaft trifft die relevante Auswahlentscheidung zwischen den Übertragungswegen Kabel und Satellit demnach bereits vor der Vermietung der Wohnung. Der Anteil dieser über Sammelinkassoverträge versorgten WE an sämtlichen versorgten WE beträgt nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung insbesondere bei den größeren Netzbetreibern weit über 50 %.

⁶⁵ BGH, Beschluss vom 3. Juli 1976, *Vitamin-B-12*, WuW/E 1435, 1440; KG, Beschluss vom 19. März 1975, *Vitamin B 12*, WuW/E OLG 1599, 1603.

⁶⁶ So schon BVerfG, NJW 1994, 1147 (1148).

⁶⁷ AG Schöneberg, Urteil vom 17. November 2004 – Az. 103 C 350/04; AG Charlottenburg, Urteil vom 13. Januar 2005 – Az. 214 C 426/04.

133. Die tatsächlichen Wechselmöglichkeiten der Mieter im Übrigen legen ebenfalls ein Abstellen auf den Vermieter oder Eigentümer als Verbrauchsdisponenten nahe. Denn weitgehend ist der Mieter auch während des Mietverhältnisses schon rechtlich nicht in der Lage, ohne Zustimmung des Vermieters den Empfangsweg zu wechseln und etwa Satellitensignale zu empfangen. Die hierzu ergangene Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht in einem Nichtannahmebeschluss vom 24. Januar 2005 im Ergebnis verschärft.⁶⁸ Nach dieser Rechtsprechung kann selbst einem ausländischen Mieter regelmäßig zugemutet werden, die Kabelanlage statt einer Satellitenempfangsanlage zu nutzen, wenn auf diese Weise Zugang zu mehreren Programmen in der Sprache des ausländischen Mieters besteht.⁶⁹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht das Bundesverfassungsgericht nur für den Fall, dass die Kosten für den Bezug der Fremdsprachenprogramme über das Kabel so hoch sind, „dass sie nutzungswillige Interessenten typischerweise davon abhalten, das Programmpaket zu beziehen“.⁷⁰
134. Die rechtlichen Wechselhindernisse der einzelnen Haushalte sprechen damit in erster Linie für ein Abstellen auf den Vermieter oder Eigentümer als Verbrauchsdisponenten und Marktgegenseite, zumal die im vorliegenden Verfahren ermittelten Zahlungsströme und Leistungsbeziehungen auch für diese Betrachtungsweise sprechen. Die Tatsache, dass der Vermieter an einer Steigerung der Attraktivität seiner Wohnungen für die Mieter interessiert ist und daher die Wünsche der Mieter bei seiner Entscheidung über den Bezug von Rundfunksignalen reflektiert⁷¹, ändert nichts daran, dass der Vermieter die Auswahlentscheidung trifft.

⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 2005, Az: 1 BvR 1953/00, im Internet unter www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen. 17.03.2005

⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 2005, Az: 1 BvR 1953/00, im Internet unter www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen m.w.N. Im konkreten Fall konnte die türkische Mieterin sechs verschiedene türkischsprachige Programme über Kabel empfangen. Entsprechend hat nun auch der BGH in einem Fall, in dem fünf Programme in der Sprache des Mieters über Kabel empfangen werden konnten entschieden, dass in diesem Fall dem ausländischen Mieter die Benutzung des Kabelanschlusses zugemutet werden könne; BGH, Urteil vom 2. März 2005, Az: VIII ZR 118/04.

⁷⁰ Im konkreten Fall, in dem das Fremdsprachenprogrammpaket monatlich 8 € kostete, ging das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis darauf, dass die Zusatzkosten für die beiden Übertragungswege im übrigen ähnlich hoch seien (STB für Pay-TV-Fremdsprachenprogramm über Kabel einerseits und Anschaffung und fachmännische Installation einer Parabolantenne andererseits) davon aus, dass nutzungswillige Interessenten bei dieser Kostenstruktur typischerweise nicht davon abgehalten werden, solche Kabel-Pakete aus Programmen in der eigenen Landessprache zu beziehen.

⁷¹ BKartA, Beschluss vom 22.02.2002, *Liberty/KDG*, B7-168/01, Rz. 47.

135. Ebenfalls zum sachlich relevanten Markt in der Prognose gehört IPTV. Aktuell gehen zwar keine feststellbaren wettbewerblichen Auswirkungen von IPTV auf den Endkundenmarkt aus. Als Übertragungsinfrastruktur aber ist IPTV in der Prognose technisch grundsätzlich geeignet, das Breitbandkabel als Übertragungsmedium des TV-Signals aus der Sicht des Endkunden zu substituieren. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, dass bestehende rechtliche Schwierigkeiten, welche der Teilnahme von IPTV-Anbietern am Gestattungswettbewerb noch entgegenstehen, innerhalb des Prognosezeitraums überwunden werden.
136. Gegen eine Berücksichtigung als Teil desselben sachlich relevanten Marktes könnte zwar sprechen, dass IPTV lediglich als Bündelprodukt gemeinsam mit einem Telefonanschluss vertrieben wird. Da aber jedenfalls in der Prognose Triple Play eine immer größere Bedeutung zukommen wird, mag diese Tatsache aus Sicht des Gestattungsgebers kein wesentlicher Nachteil darstellen. Für die Berücksichtigung spricht, dass sich mit DTAG, Arcor und HanseNet aktuell drei Anbieter von IPTV auf dem Markt befinden, deren Geschäftsmodell die Lieferung von Fernsehsignalen an einzelne Haushalte vorsieht. Auch ist nicht auszuschließen, dass mit der vereinbarten Kooperation zwischen DTAG und GdW im Oktober 2007 die Rahmenbedingungen verbessert wurden, um nunmehr auch am Gestattungswettbewerb selbst teilzunehmen. Zwar bleibt abzuwarten, ob es tatsächlich dazu kommen wird – aktuell ist der Beschlussabteilung kein einziger Fall einer Teilnahme am Gestattungswettbewerb bekannt –, die Kooperation aber macht dies wahrscheinlicher.

b. Abgrenzung zu den alternativen Übertragungswegen Satellit und DVB-T

137. Dagegen hält die Beschlussabteilung daran fest, dass die Zugrundelegung des Verbrauchsdisponenten auf der Marktgegenseite nicht zur Folge hat, dass der vom Satellitenempfang und DVB-T ausgehende Substitutionswettbewerb ebenfalls in der Marktabgrenzung zu berücksichtigen wäre. Bereits in den Entscheidungen *Liberty/KDG* und *iesy/ish* hatte die Beschlussabteilung bei der Abgrenzung des Marktes für die Bereitstellung eines Rundfunkanschlusses und die Belieferung mit Fernseh- und Hörfunksignalen über Breitbandkabel die Rundfunkübertragung über Satellit und

DVB-T als nicht zum sachlich relevanten Markt gehörend angesehen.⁷² An dieser Auffassung hält die Beschlussabteilung nach erneuter Prüfung weiterhin fest. Das Bedarfsmarktkonzept gebietet auch auf der Grundlage des soeben definierten Nachfragerkreises keine weitergehende Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes.

138. Der Empfang der Rundfunksignale über Satellit kann nicht dem gleichen sachlich relevanten Markt zugeordnet werden wie der Empfang über Kabel, weil die Bereitstellung der Satellitensignale für den DTH-Empfang (*direct to home*) keine entgeltliche Leistung darstellt. Eine Austauschbeziehung besteht hier nicht zwischen dem oben definierten Endkunden und dem Betreiber der zum Signaltransport eingesetzten Satellitentransponder, sondern allein zwischen Letzterem und dem Programmanbieter. Anders als beim Kabelempfang zahlt der Endkunde für den Satellitenempfang kein Entgelt, sondern investiert in die eigene Empfangsinfrastruktur. Diese Infrastruktur wird auf einem separaten Markt eingekauft (Satellitenanlagen, STB). Die Anbieter dieser Infrastruktur stehen nicht im Wettbewerb mit dem Kabelnetzbetreiber. Eine Wettbewerbsbeziehung existiert nur im Verhältnis zu dem – unentgeltlich – DTH abstrahlenden Satellitenbetreiber. Eine unentgeltliche Leistung kann jedoch nicht als Marktleistung angesehen werden, da letztere begrifflich eine entgeltliche Austauschbeziehung voraussetzt.⁷³
139. Aus demselben Grund ist auch der Empfang von Fernsehprogrammen über DVB-T nicht zum relevanten Markt zu zählen. Darüber hinaus wird DVB-T auch langfristig nicht in allen Regionen Deutschlands verfügbar sein. Zudem kann das Angebot mit maximal 24 bis 28 Sendern nicht mit dem Kabel verglichen werden, das bereits analog durchschnittlich 30-35 Sender bietet und digital heute bis zu 100 Programme sowie mittelfristig Raum für ein Mehrfaches davon aufweisen wird. Zudem sind in einigen Regionen auch nur die öffentlich-rechtlichen Programme über DVB-T zu empfangen. So haben wegen der mit dem DVB-T-Ausbau verbundenen Kosten die privaten Sendergruppen auf den weiteren Ausbau verzichtet und planen dies auch nicht innerhalb des Prognosezeitraums zu tun. Pay-TV wird über DVB-T auch in Zukunft nicht empfangbar sein, ebenso fehlt es an Sendeplätzen für ausländische Sender.

⁷² BKartA, Beschluss vom 22.02.2002, *Liberty/KDG*, B7-168/01, Rz. 35; BKartA, Beschluss vom 20.6.2005, *iesy/ish*, B7-22/05, Rz. 215f.

⁷³ Vgl. BGH, Beschluss vom 23.10.1979, *Berliner Musikschule*, WuW/E BGH 1661, 1663; BGH, Beschluss vom 21.02.1978, *Kfz-Kuppelungen*, WuW/E BGH 1501, 1503.

Zwar haben einige Kabelnetzbetreiber gegenüber der Beschlussabteilung angegeben, dass die Einführung von DVB-T „spürbare“ bis „sehr erhebliche“ Auswirkungen auf ihre Tätigkeit habe. Wie in vorangegangenen Verfahren aber haben die Ermittlungen der Beschlussabteilung ergeben, dass die Einführung von DVB-T – wenn überhaupt – nur bei kleinen Kabelnetzbetreibern, deren Netz sich im Wesentlichen auf einen geographischen Bereich beschränkt, in dem DVB-T vorhanden ist, einen erheblichen Einfluss auf die Entwicklung der Endkundenzahlen hatte. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass DVB-T nicht in einer Weise angeboten wird, die es gestattet, das Fernsehsignal via DVB-T mit Telefonie und Internet zu kombinieren (Triple Play). Das aber ist nach übereinstimmender Ansicht aller Marktteilnehmer aktuell, insbesondere aber in Zukunft immer wichtiger. DVB-T kann daher allenfalls als Randsubstitution in die wettbewerbliche Beurteilung einfließen.⁷⁴

2. Räumliche Marktabgrenzung

140. Der räumlich relevante Markt ist auf der Grundlage des oben definierten Verbrauchsdisponenten als Nachfrager abzugrenzen. Aus der Sicht des Verbrauchsdisponenten ist die Entscheidung für einen Netzbetreiber und dessen Netz das für die räumliche Marktabgrenzung entscheidende Marktgeschehen.
141. Soweit es um die Versorgung von Mehrfamilienhäusern mit Rundfunkanschlüssen und die Belieferung mit Fernseh- und Hörfunksignalen geht, dürfte es sich räumlich mindestens um regionale Märkte handeln. Die Versorgung solcher Mehrfamilienhäuser wird von größeren Wohnungsbaugesellschaften in der Regel – in Form von sog. Gestattungsverträgen – ausgeschrieben bzw. in informellen Verhandlungsverfahren vergeben. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung werden potenzielle Gestattungsnehmer teilweise bundesweit gesucht bzw. Gestattungsgeber von nicht ortsansässigen Kabelnetzbetreibern kontaktiert. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass sich der räumlich relevante Markt auf das gesamte Bundesgebiet erstreckt. Zum einen haben viele Wohnungsgesellschaften geantwortet, sich lediglich lokal bzw. in der Region um potenzielle Gestattungsnehmer zu bemühen. Insbesondere aber findet der Verbrauchsdisponent nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung für seine zu versorgenden Gebäude je nach geographischer Lage im Bundesgebiet eine unterschiedli-

⁷⁴ Vgl. schon BKartA, Beschluss vom 22.02.2002, *Liberty/KDG*, B7-168/01, Rz. 42.

che Anbieterstruktur vor. So kann der jeweilige Verbrauchsdisponent als Nachfrager etwa, wenn sein zu versorgendes Mehrfamilienhaus im Netzgebiet der KDG liegt, mit keinem Angebot einer anderen Regionalgesellschaft (Unitymedia, Kabel BW) rechnen.

142. Grund dafür ist, dass sich die sog. Regionalgesellschaften, also die KDG, Unitymedia und Kabel BW nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung praktisch ausschließlich um die Versorgung von Haushalten in ihrem Netzgebiet bewerben. So ist der Beschlussabteilung kein einziger Fall einer Bewerbung zweier Regionalgesellschaften auf denselben Gestattungsvertrag einer Wohnungsbaugesellschaft bekannt. Die Wettbewerbsverhältnisse ändern sich daher erheblich an den Grenzen der Tätigkeitsgebiete der großen Regionalgesellschaften auf der NE 3. Ein aktuelles Wettbewerbsverhältnis zwischen den großen Regionalgesellschaften auf den Endkundenmärkten kann praktisch nicht festgestellt werden.
143. Zwar beteiligen sich viele NE 4-Betreiber bzw. integrierte NE 3/NE 4-Betreiber an Ausschreibungen und informellen Verhandlungsverfahren im gesamten Bundesgebiet. Die Tätigkeit der jeweiligen Regionalgesellschaft prägt mit ihrem auf ihr jeweiliges Netzgebiet beschränktes Verhalten das Wettbewerbsgeschehen jedoch entscheidend. Die Regionalgesellschaft ist für die sich um die Gestattungsverträge bewerbenden reinen NE 4-Betreiber durchgängig der Vorlieferant und bestimmt damit in nicht unerheblicher Weise das Leistungsangebot mit.
144. Im Hinblick auf die Versorgung von Einfamilienhäusern mit Rundfunkanschlüssen und die Belieferung mit Fernseh- und Hörfunksignalen stellt sich nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung die Situation allerdings nach wie vor anders dar. Die Eigentümer als maßgebliche Verbrauchsdisponenten schreiben die Versorgung ihres Hauses nicht bundesweit aus, sondern holen das Angebot desjenigen Kabelnetzbetreibers ein, der über eine NE 3 – Strecke in räumlicher Nähe verfügt. Meist ist dies nur ein Anbieter. An Orten, an denen IPTV verfügbar ist, könnte zudem auf ein solches Angebot zurückgegriffen werden.
145. Es spricht daher einiges dafür, den Endkundenmarkt nochmals zu unterteilen in die regelmäßig lokalen Endkundenmärkte, auf denen private Vermieter und Eigentümer

als Nachfrager auftreten, und die regionalen Endkundenmärkte, die insbesondere durch die Verhandlung von Gestattungsverträgen gekennzeichnet sind und die durch diese Eigenschaft auch andere Wettbewerbsverhältnisse aufweisen.

3. Wettbewerbliche Beurteilung

146. Jedenfalls für Zwecke der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1, 2 HS GWB geht die Beschlussabteilung von der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der KDG aus. Auch die tatsächlichen Ermittlungsergebnisse der Beschlussabteilung sprechen überwiegend für eine Marktbeherrschung der KDG auf dem Endkundenmarkt. Eine marktbeherrschende Stellung der KDG kann allerdings nicht schon damit begründet werden, dass KDG während der Laufzeit der Gestattungsverträge eine Alleinstellung innehat und die Endkundenmärkte damit monopolistisch geprägt sind. Anders als auf dem Einspeisemarkt können derartige Feststellungen nur unter Berücksichtigung des Wettbewerbs um Gestattungsverträge und des von dem Satelliten ausgehende Substitutionswettbewerbs getroffen werden.
147. Der Marktanteil von KDG auf dem Endkundenmarkt lässt sich nur schwer ermitteln. Die genaue Anzahl von Breitbandkabelanschlüssen ist angesichts hunderter Betreiber und einer in Teilen unklaren Abgrenzung zum Satelliten-Gemeinschaftsempfang nicht feststellbar. KDG schätzt die Gesamtzahl der in ihrem Netzgebiet versorgten WE auf 11 Mio. Auf Grundlage dessen gehen die Zusammenschlussbeteiligten von einem gemeinsamen Marktanteil auf dem gesamten Endkundenmarkt von [60 bis 80%] aus. Zum aktuellen Marktanteil der KDG in Höhe von [50 bis 60%] käme der Marktanteil der Zielgesellschaften von [5 bis 10%] hinzu.
148. Würde man entsprechend der in Rz. 144 angedachten Differenzierung weiter nach einem Teilmarkt für Einfamilienhäuser und kleineren Mehrfamilienhäuser einerseits, welche nicht am Gestattungswettbewerb teilnehmen und Mehrfamilienhäuser andererseits unterscheiden, so wäre nach Ansicht der KDG von einem geringeren gemeinsamen Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten auf dem Teilmarkt für Mehrfamilienhäuser auszugehen. Dieser aber läge auch nach eigener Einschätzung immer noch oberhalb der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 S. 1 GWB. Folge wäre zudem, dass der Marktanteil auf dem Teilmarkt für Einfamilienhäuser

und kleinere Mehrfamilienhäuser noch höher als auf dem gesamten Endkundenmarkt läge. Auch wenn man unter diesen Umständen dem Marktanteil eine geringere Bedeutung beimisst,⁷⁵ sprechen die weiteren Gründe gleichwohl für eine Marktbeherrschung der KDG.

a. Bedeutung und Ausmaß des Gestattungswettbewerbs

149. Nach Auffassung der Beschlussabteilung ist der Wettbewerb um Gestattungsverträge bei der wettbewerblichen Beurteilung als wesentliches Marktgeschehen in den Vordergrund zu rücken.
150. Wie bereits oben erörtert, erfordert der Aufbau eines Kabelnetzes in den zu versorgenden Gebäuden regelmäßig Installationsarbeiten. Soweit sich die Wohnungsbaugesellschaft entschieden hat, selbst keine Satellitenanlage zu betreiben (SMATV oder SAT-ZF, s.u. b.), schreibt sie die bereits erwähnten Gestattungsverträge aus, die mit Kabelnetzbetreibern der NE 4 abgeschlossen werden und die die Errichtung und den Betrieb des Kabelnetzes für einen bestimmten, zur Amortisation der Investitionen erforderlichen Zeitraum gestatten. Nach Beendigung eines Gestattungsvertrages (durch Zeitablauf oder Kündigung) wird der Vertrag regelmäßig neu verhandelt. Verhandlungen finden in der Weise statt, dass Wohnungsunternehmen potenzielle Gestattungsnehmer ansprechen oder aber potenzielle Gestattungsnehmer auf das Wohnungsunternehmen zugehen und ein Angebot unterbreiten. Um den Abschluss des neuen Gestattungsvertrages kann sich der bisherige Gestattungsinhaber ebenso wie jeder andere Kabelnetzbetreiber bemühen. So hat sich gezeigt, dass auch kleinere Kabelnetzbetreiber – ggf. mit Hilfe Dritter – in der Lage sind, die zur Aufrüstung der Netze notwendigen Investitionen zu tätigen und über das Know-how für die Erbringung und Abrechnung von Diensten wie digitaler Rundfunk, Internetzugang und Sprachtelefonie verfügen.⁷⁶
151. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben ergeben, dass Verhandlungen über Neuverträge stattfinden. Allerdings gestalten sich Aussagen über das tatsächliche

⁷⁵ Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 1. Aufl. 2006, S. 79f.

⁷⁶ Vgl. dazu auch die Presseerklärung des ANGA vom 29. November 2007. Abzurufen unter [http://www.anga.de/index.php?id=detail&tx_ttnews\[tt_news\]=208&tx_ttnews\[backPid\]=1&cHash=d9527bd879](http://www.anga.de/index.php?id=detail&tx_ttnews[tt_news]=208&tx_ttnews[backPid]=1&cHash=d9527bd879).

Wettbewerbsgeschehen um Gestattungsverträge – die Intensität – schwierig. Trotz Nachfrage der Beschlussabteilung sah sich keiner der befragten Verbände bzw. Unternehmen in der Lage, die Anzahl der jährlich neu zu vergebenden Gestattungsverträge im Netzgebiet der KDG zu schätzen. Das dürfte der Tatsache geschuldet sein, dass es sich beim Gestattungswettbewerb, anders als beispielsweise im Bereich der Verkehrsdienstleistungen, eben nicht um ein förmliches, transparentes Verfahren handelt. Die KDG hat die Auswertung einer Datenbank vorgelegt, aus der sich für ihr Netzgebiet in den letzten beiden Jahren ergibt, dass sie sich an mehreren tausend Ausschreibungen von Gestattungsverträgen beteiligt hat. Zudem hat die Beschlussabteilung in Ihrem Fragebogen vom 4. Januar 2008 um detaillierte Auskunft über sämtliche Teilnahmen am Gestattungswettbewerb in den Jahren 2006 und 2007 gebeten. Aus den der Beschlussabteilung zur Verfügung gestellten Unterlagen ergibt sich, dass die KDG im Zeitraum 2006/2007 zwischen 300.000 und 500.000 versorgte WE verloren und es bei weiteren 100.000 bis 300.000 WE trotz Bemühens zu keinem Vertragsschluss kam. Ungefähr 50.000 bis 150.000 WE hat die KDG hinzugewonnen, ohne zuvor der Gestattungsnehmer gewesen zu sein. Bei den übrigen gewonnenen Verträgen (ca. 100.000 bis 200.000 WE) war die KDG dagegen auch schon „alter“ Gestattungsnehmer.

152. Betrachtet man indes die Anzahl der vom Gestattungswettbewerb umfassten WE relativiert sich dieses Ergebnis. Die Beteiligung der KDG am Wettbewerb um 500.000 bis 1.000.000 WE in den Jahren 2006 und 2007 entspricht bei einem Gesamtmarkt von ca. 11 Mio. WE einem Anteil von [5 bis 10%]. KDG ist mit mindestens [50 bis 70%] Marktanteil der mit Abstand wichtigste Breitbandkabelnetzbetreiber auf dem Markt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass es weitere Gestattungswettbewerbe gab, so dürften innerhalb von zwei Jahren die Versorgung von nicht mehr als 10% aller WE im Gestattungswettbewerb neu vergeben worden sein. Auch unter der Prämisse, dass das Wettbewerbsgeschehen selbst intensiv ist, ist deshalb festzustellen, dass dies zeitlich immer nur einen ganz geringen Teil des (Gesamt-) Marktes betrifft und die überragende Stellung der KDG nicht nachhaltig gefährdet.
153. In ihrer Stellungnahme vom 3. März 2008 bzw. 19. März 2008 hat die KDG die Aussagekraft ihrer eigenen Datenbank relativiert. Der Übersendung am 29. Januar 2008 war eine „Anmerkung zur Datenbank“ vorangestellt. Darin heißt es, dass die KDG

nicht ausschließen könne, dass nicht alle relevanten Vorgänge in der Datenbank erfasst seien. Das gelte namentlich für kleinere Vorgänge. Es handele sich aber um die „beste und umfassendste Datenquelle“, um die vom Bundeskartellamt angefragten Information zu den Gestattungsverträgen zu liefern. Nunmehr erklärt die KDG, dass die Datenbank nur Geschäftskunden betreffe, die weniger als ein Viertel aller KDG Kunden ausmachten und im Übrigen auch nur den Zeitraum bis September 2007 berücksichtigt worden sei.⁷⁷ Die Ausführungen der KDG sind nicht geeignet, die Feststellungen der Beschlussabteilung zu erschüttern. Die Ausführungen der KDG gehen von der Prämisse aus, dass eine jede WE in einem Mehrfamilienhaus am Gestattungswettbewerb teilnimmt. Das aber hat die Beschlussabteilung nicht feststellen können. Auch liegen der Beschlussabteilung keine Erkenntnisse vor, wonach innerhalb des Gestattungswettbewerbs noch zwischen großen Geschäftskunden einerseits und kleineren und mittleren Geschäftskunden andererseits zu differenzieren wäre. Im Gegenteil spricht die Tatsache, dass die KDG diesen Geschäftsbereich nicht in derselben Weise dokumentiert, dafür, dass kleine und mittlere Geschäftskunden für das Wettbewerbsgeschehen weniger bedeutsam sind. Unter diesen Umständen aber kommt der Datenbank erhebliche Bedeutung für die Beurteilung der Wettbewerbsintensität zu. Selbst bei einem unterstellten höheren Anteil „umgeschlagener WE“ von 20% oder 25% innerhalb von zwei Jahren wäre unter Berücksichtigung der weiteren Umständen noch nicht von nachhaltigem Wettbewerb zu sprechen. Dem Vortrag der Zusammenschlussbeteiligten ist im Übrigen zu entnehmen,⁷⁸ dass auch sie – ungeachtet der von ihnen nunmehr behaupteten beschränkten Aussagekraft der Datenbank – von einem jährlichen Umschlag von 15% bis 20% ausgehen. Diesen Anteil als zutreffend unterstellt, käme die Beschlussabteilung ebenfalls zu dem Ergebnis eines nicht hinreichend intensiven Wettbewerbsgeschehens.

154. Denn zu berücksichtigen sind ebenfalls bestehende Marktzutrittsschranken. Die geringe Anzahl von Wohnungen im Gestattungswettbewerb ist Folge der weiterhin sehr langen Laufzeiten der Gestattungsverträge. Diese haben im Regelfall eine Laufzeit zwischen 5 und 15 Jahren. Insbesondere hat die Beschlussabteilung auch wenig Anzeichen dafür gefunden, dass sich die Laufzeit der Verträge tatsächlich reduziert. In fast der Hälfte der Fälle, in denen sich KDG um die Gestattung in den Jahren 2006 und 2007 bemühte, wurden Gestattungsverträgen mit Laufzeiten von 10 Jahren oder

⁷⁷ Schriftsatz vom 3. März 2008 (Blatt 162 d.A.).

⁷⁸ Schriftsatz vom 19. März 2008 S. 12. (Blatt 372 d.A.)

mehr geschlossen. In knapp einem Drittel der Fälle betrug die Laufzeit sogar 15 Jahre.

155. Auch in dem Geschäftsmodell „Triple Play“ liegt nach Einschätzung der Beschlussabteilung eine Marktzutrittsschranke. Ein Anbieterwechsel ist für Nutzer von Zusatzpaketen mit organisatorischen und zeitlichen Aufwand verbunden. Der Verbrauchsdiskont könnte deshalb bereits aus diesem Grund von einem Anbieterwechsel absehen. Selbst wenn Kabelnetzbetreiber und die Wohnungswirtschaft übereinstimmend davon ausgehen, dass der Anbieterwechsel rechtlich einen außerordentlichen Kündigungsgrund für solche Zusatzpakete darstellt – nicht jeder Einzelnutzervertrag sieht dies indes ausdrücklich vor –, geht die Beschlussabteilung nicht davon aus, dass ein Anbieterwechsel unter diesen Umständen ohne Probleme vollzogen werden kann. Die Vielzahl der die Beschlussabteilung erreichenden Beschwerden über die Praxis der Kabelnetzbetreiber, namentlich der großen Regionalgesellschaften, lassen die Beschlussabteilung daran zweifeln. Auch wenn dies einen Wechsel nicht ausschließt, führt Triple Play aus Sicht des Verbrauchsdiskonten zu höheren Transaktionskosten, welche bei Beibehaltung des aktuellen Vertragspartners vermieden werden können.
156. Schließlich könnte auch die STB-Strategie der KDG in der Prognose die Hürden für einen Wechsel des Gestattungsnehmers erhöhen. In dem Maße, in dem STB für den Empfang von Free-TV erforderlich werden, müsste ein Wechsel des Gestattungsnehmers mit einem umfangreichen Austausch von STB einhergehen.
157. Das Bemühen der Kabelnetzbetreiber um – alte bzw. neue – Gestattungsverträge übt Wettbewerbsdruck auf diese aus. Der bisherige Netzbetreiber hat nur dann Aussicht auf Abschluss eines neuen Gestattungsvertrages, wenn sein bisheriges Verhalten den Vorstellungen des Gestattungsgebers entspricht. Hierbei wird der Vermieter sich vor allem an seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse, eine attraktive Mietwohnung anbieten zu können, ausrichten und in diesem Zusammenhang auch Mieterwünsche berücksichtigen, soweit hier einheitliche oder vorherrschende Vorstellungen feststellbar sind. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass eine laufende Geschäftsbeziehung die Fortführung des Gestattungsverhältnisses erleichtert. Berücksichtigt man zudem, dass wegen der weiterhin extrem langen Vertragslaufzeiten jährlich nur ein kleiner Teil

des Gesamtmarktes zur Disposition steht und das Angebot von „Triple Play“ die laufende Geschäftsbeziehung noch weiter vertieft, so ist der Verhaltensspielraum von KDG auf dem Markt nur unzureichend beschränkt.

b. Berücksichtigung des Satellitenwettbewerbs

158. An dieser Beurteilung der Marktverhältnisse ändert auch der Substitutionswettbewerb, der bei der Auswahlentscheidung des Verbrauchers vom Satelliten ausgeht, nichts.
159. Die EU-Kommission hat schon in der Entscheidung *Telia/Telenor* ausgeführt, dass nach ihren Ermittlungen zahlreiche Aspekte für eine Substitutionsbeziehung zwischen den Übertragungswegen Kabel und Satellit sprechen.⁷⁹ Die zweifellos bestehenden Unterschiede in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht zwischen den beiden Übertragungswegen seien nicht notwendig weitgehender als etwa zwischen zwei konkurrierenden Kabelnetzbetreibern.⁸⁰ Diese Unterschiede würden wahrscheinlich durch die Digitalisierung weiter an Bedeutung verlieren.⁸¹ Die Kommission konnte im damaligen Fall die Entscheidung über die Marktabgrenzung, in deren Rahmen sie diese Frage diskutierte, allerdings letztlich offen lassen.⁸²
160. Die Substitutionsbeziehung der beiden Übertragungswege Kabel und Satellit beruht auf den Wechsellmöglichkeiten der maßgeblichen Verbrauchers, d.h. derer, die über die Ausgestaltung der Empfangseinrichtungen für Rundfunksignale auf der Endkundenstufe entscheiden.
161. Bei Einfamilienhäusern, die durch den Eigentümer selbst bewohnt werden, entscheidet dieser über den gewählten Übertragungsweg. Diese Entscheidung ist Ausfluss seines Eigentumsrechts. Dadurch, dass ihm die gesamte Fläche des Hauses für die Positionierung einer Satellitenantenne zur Verfügung steht, stellt sich ihm nur selten das Abschattungsproblem oder das Problem der falschen Ausrichtung der Wohnung. Ähnliches gilt in der Regel für Mieter von Einfamilienhäusern. Mietrechtliche Prob-

⁷⁹ Kommission, 13.10.1999, *Telia/Telenor*, IV/M.1439, Rz. 279.

⁸⁰ Kommission, 13.10.1999, *Telia/Telenor*, IV/M.1439, Rz. 270.

⁸¹ Kommission, 13.10.1999, *Telia/Telenor*, IV/M.1439, Rz. 276.

⁸² Kommission, 13.10.1999, *Telia/Telenor*, IV/M.1439, Rz. 279.

leme gibt es hier in der Regel nicht. Entgegenstehende Satzungen zum Ortsbildschutz sind allerdings sowohl vom Eigentümer als auch vom Mieter von Einfamilienhäusern zu beachten.

162. Hinsichtlich der Bewohner von Mehrfamilienhäusern sind üblicherweise nicht die Mieter, sondern die Hauseigentümer die dispositionsbefugten Nachfrager auf diesem Markt. Denn letztlich entscheidet der Hauseigentümer kraft seines Eigentums, mit welchen Empfangsvorrichtungen das Gebäude ausgestattet wird. Anders als seine Mieter ist er dabei ähnlich frei wie die Bewohner eines Einfamilienhauses. Dies wird u.a. durch die oben dargestellte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Installation von Parabolantennen an Mehrfamilienhäusern unterstrichen.⁸³
163. Auch die Tatsache, dass die Kostenstruktur für einen Kabelanschluss einerseits und einen Satellitenanschluss andererseits unterschiedlich sein mag, kann die Annahme von Substitutionswettbewerb nicht ausschließen.⁸⁴ Beim Satellitenempfang fallen einmalige Anschaffungskosten an, während – abgesehen von Reparaturkosten – danach keine Folgekosten mehr entstehen. Beim Kabelempfang muss der angeschlossene Haushalt hingegen ein monatliches Kabelentgelt entrichten. Ob der Nachfrager den Rundfunkanschluss und den Bezug der Fernseh- und Hörfunksignale sofort durch den Kauf einer Satellitenanlage finanziert oder ob er die Zahlung gleichmäßiger monatlicher Beiträge vorzieht, macht für die Nachfrage nach dem Produkt selbst keinen wesentlichen Unterschied. Die Auswahlentscheidung des Verbrauchsdisponenten ist insoweit stets das Ergebnis einer Gesamtkalkulation, bei der auch die in Zukunft entstehenden Kosten im Rahmen des Vorhersehbaren antizipiert und miteinkalkuliert werden.
164. Von Nachteil für derartige Eigenlösungen dürfte allerdings in Zukunft sein, dass über den Satelliten üblicherweise kein Rückkanal zur Verfügung steht. Soweit über das Kabel Internet- und Sprachtelefonie-Dienstleistungen angeboten werden, sind diese anderen sachlich relevanten Märkten zuzuordnen. Auch im Rahmen sog. Triple Play Angebote schließt der Verbrauchsdisponent nämlich keine Verträge über den Bezug entsprechender Dienste mit dem Gestattungsnehmer. Gegenstand der vertraglichen

⁸³ BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 2005, Az: 1 BvR 1953/00, im Internet unter www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen.

⁸⁴ Vgl. BKartA, Beschluss vom 22.02.2002, *Liberty/KDG*, B7-168/01, Rz. 36.

Abrede zwischen Verbrauchsdisponent und Gestattungsnehmer ist vielmehr, dass letzterer das Recht hat, im Wege der Einzelvermarktung entsprechende Dienstleistungen Dritten anzubieten. Trifft es allerdings zu, dass bei einem Gestattungsnehmerwechsel Produktangebot und -qualität nicht hinter dem Standard vorhergegangener Vereinbarungen bleiben können, wird sich der Verbrauchsdisponent bei Versorgung mit einem Triple Play Angebot in Zukunft regelmäßig daran gehindert sehen, einen Satellitenempfang zu realisieren. Ein Ausweichen über eine Eigenlösung für eine kleine Anzahl von WE (Sat-ZF-Anlagen) scheidet danach generell aus. Die Abkoppelung mit Hilfe einer eigenen Kabelkopfstation (SMATV) ist zwar technisch bei größeren Teilnetzen weiterhin möglich, allerdings dürfte sich der Verbrauchsdisponent regelmäßig außer Stande sehen, die übrigen Dienstleistungen – Internet- und Telefonieverkehr müssten über separate Leitungen zu- und abgeführt werden – selbst zu erbringen. Fraglich ist ebenfalls, was hinsichtlich der um interaktive Elemente angereicherten fernsehähnlichen Dienste wie Pay-per-View und interaktives Teleshopping gilt. Aktuell sind kaum technischen Lösungen verfügbar, welche eine Nutzung in derselben Weise wie über das Breitbandkabelnetz gestatten.

165. Der Substitutionswettbewerb durch den Satellitenempfang ist nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung durchaus bedeutsam, könnte aber wegen der eben skizzierten Entwicklung möglicherweise in seiner Bedeutung nachlassen. Die Zahl der Satellitenhaushalte in Deutschland stieg nach einer Marktstudie von Infratest im Jahr 2004 um über eine Million auf insgesamt 15,47 Millionen, während die Anzahl der Kabelhaushalte auf 19,35 Millionen sank.⁸⁵ Gegenwärtig nutzen 15,7 Mio. Haushalte den Satelliten.⁸⁶ Die Zusammenschlussbeteiligten schätzen diesen Anteil unter Berufung auf die Bundesnetzagentur sogar auf 16,2 Mio.⁸⁷ Die Wechselbewegungen sind dabei nicht unerheblich. So tragen die Zusammenschlussbeteiligten vor, dass KDG in den vergangenen zwei Jahren mehrere tausend WE, die über das eigene NE 4-Netz versorgt wurden, durch Kündigung verloren hat, während andererseits die Zahl der monatlich hinzugewonnenen WE z.T. ähnlich hoch war. Da solche Kundenwanderungen bereits vor Einführung von DVB-T in Netzgebiet der KDG zu beobachten waren, kann dies nur auf eine Tendenz der Nachfrager zur Abwanderungen zum Satellitenempfang zurückgeführt werden. Auch nach der Einführung von DVB-T hat sich der

⁸⁵ INFOSAT 4/2005, S. 142.

⁸⁶ Digitalisierungsreport 2007, S. 51.

⁸⁷ BNetzA, Jahresbericht 2006/2007 für den Bereich der Telekommunikation, S. 74.

abnehmende Trend bei den von den Kabelnetzbetreibern versorgten WE fortgesetzt. Festzustellen ist, dass aktuell bundesweit rund 3,6 Mio. Haushalte DVB-T nutzen, womit sich die Zahl gegenüber dem Vorjahr nahezu verdoppelt hat. Dabei soll es sich bei 3 Mio. Haushalten auch um den Empfang für das Erstgerät im Haushalt handeln.⁸⁸ Unter diesen Umständen kann zwar nicht mehr im Einzelnen geklärt werden, zu welchen Anteilen sich die Abwanderung durch die Substitutionswirkung des Satelliten einerseits und von DVB-T andererseits erklären lässt. Auch soweit die Einführung von DVB-T hier die Ursache für diese Bewegung ist, handelt es sich dabei aber nur um (Rand-) Substitutionswettbewerb. Insgesamt aber dürften diese Wechselbewegungen zu einem großen Teil Einfamilienhäuser und kleinere Mehrfamilienhäuser betreffen. Auch deshalb hält die Beschlussabteilung dies nicht für hinreichend, um von einer wettbewerblichen Kontrolle des Verhaltensspielraums der KDG auszugehen.

c. Verstärkungswirkung

166. Bei dieser Betrachtungsweise führt der Zusammenschluss zwischen KDG und den Zielgesellschaften zu einer Verstärkung der bestehenden Marktbeherrschung im Sinne einer Strukturverschlechterung. Zwar bleibt die Veräußerin grundsätzlich als Wettbewerberin im KDG Netzgebiet erhalten. Allerdings wird ihre Möglichkeit beschränkt, am Gestattungswettbewerb im Netzgebiet der KDG teilzunehmen. Dazu wäre sie insbesondere wegen der bestehenden Kooperationsvereinbarung zwischen der KDG und den Zielgesellschaften in der Lage gewesen.
167. In der Entscheidung *ish/iesy* hat die Beschlussabteilung ausgeführt, dass bestehender Gestattungswettbewerb jedenfalls dann ausreichend gesichert ist, wenn das Zusammenschlussvorhaben die Integration eines reinen NE-4-Betreibers, der nur nicht abkoppelbare Netze auf der NE 4 betreibt, zum Gegenstand hat. Dies ist bei den Zielgesellschaften zum weit überwiegenden Teil – wie bereits dargestellt – der Fall. So werden zwischen [70 und 80%] der Kunden in den Netzen der Zielgesellschaften über reine NE-4 Netze versorgt. KDG und die Zielgesellschaften stehen zwar grundsätzlich in einem aktuellen Wettbewerbsverhältnis um die Gestattungsverträge im

⁸⁸ Digitalisierungsreport 2007, S. 56.

Netzgebiet. Dieser Wettbewerb ist jedoch aufgrund der für die Netzeinseln der Zielgesellschaften bestehenden Signallieferungsbeziehungen zu KDG nicht so ausgeprägt wie im Falle des Wettbewerbs zwischen integrierten NE 3/NE 4-Betreibern.

168. Denn im Falle des Infrastrukturwettbewerbs auf beiden NE bezieht sich der Wettbewerb auf alle Glieder der Wertschöpfungskette, auf denen die Netzbetreiber tätig sind. Der Wettbewerb umfasst dann auch die Inhalte (Programme, Programmpakete, zusätzliche Dienste) sowie die Bereiche Marketing, Kundenverwaltung, Netzqualität und Markenbildung und entspricht damit dem sog. „Inter-Brand-Wettbewerb“, dem allgemein eine höhere wettbewerbliche Bedeutung zuzusprechen ist. An dieser bereits in der *Liberty*-Entscheidung maßgeblich zugrundegelegten Überlegung und in der *BC Partners/ish* bekräftigten Auffassung hält die Beschlussabteilung grundsätzlich weiterhin fest.⁸⁹ Der Gestattungswettbewerb ist bei dieser Sichtweise erst dann gefährdet, wenn integrierte NE 3-/NE 4-Betreiber als aktuelle Wettbewerber um Gestattungsverträge an dem Zusammenschluss beteiligt sind. Allerdings ergibt sich vorliegend die Besonderheit, dass mehr als 75% der von den Zielgesellschaften auf der NE 4 versorgten WE von einer Kooperationsvereinbarung aus dem Jahr 2004 mit KDG umfasst sind. In dieser Vereinbarung verpflichten sich die Vertragspartner, ihre jeweilige NE soweit auszubauen, damit dort auch Internet und Telefonie durch die Zielgesellschaften angeboten werden kann. Der Vertrag hat noch eine mehrjährige Laufzeit. Die Zusammenschlussbeteiligten geben an, dass die Kooperation in der Praxis nicht funktioniert, so dass sie nicht geeignet sei, die Trennung beider NE im Interesse der Durchdringung von Internet und Telefonie über das Breitbandkabel zu überwinden.
169. Allerdings hat KDG vorgetragen, dass ein Großteil der eigenen NE 3 bereits in einer Weise ausgebaut wurde, der es den Zielgesellschaften durch einen eigenen Ausbau – dort, wo die NE 4 ebenfalls ausgebaut ist, durch stärkeres Bewerben dieses Produktes – ermöglichte, derartige Dienste zu erbringen. Aus diesem Grund geht die Beschlussabteilung davon aus, dass die Zielgesellschaften bei entsprechendem Geschäftsinteresse in der Lage wären, Triple Play zu realisieren. Darin aber – Erfordernis von Triple Play im Gestattungswettbewerb und Möglichkeiten der Zielgesellschaften für eine einfache technische Realisierung – liegt die Besonderheit des vorliegenden Fal-

⁸⁹ Vgl. BKartA, Beschluss vom 22.02.02, *Liberty/KDG*, B7-168/01, Rz. 53; BKartA, Beschluss vom 22.03.2005, *BC Partners/Ish*, B7-38/05, Rz. 218.

les gegenüber den in der Vergangenheit entschiedenen Fällen. Unter Berücksichtigung der bisherigen Ausbaustrategie der Veräußerin wäre zu vermuten, dass diese in kleineren nicht abkoppelbaren Netzen ohne die vereinbarte Kooperation keine Möglichkeit sieht, ein solches Angebot zu machen. Mit dem Angebot, Triple Play zu realisieren, wäre unter den gegebenen Umständen allerdings spätestens zu rechnen, wenn die Verlängerung eines bestehenden Gestattungsvertrags anstünde. Dass die Zielgesellschaften sich unter diesen Umständen nicht zumindest teilweise um eine Verlängerung bestehender Gestattungsverträge bemühten, hält die Beschlussabteilung für unwahrscheinlich. Im Angebot dieser Zusatzdienste läge im Übrigen auch ein Teil der Wertschöpfung, welcher die eingeschränkte Bedeutung des bloßen Wiederverkaufs des Fernsehsignals auf der NE 4 – wie im Regelfall – übersteigt.

170. Diese Überlegung gilt ebenfalls für die bereits abgekoppelten Netze. Zwar handelt es sich dabei überwiegend um sehr kleinteilige Netze. Zwischen [70 und 90%] der Netze umfassen weniger als 250 WE. Wegen ihrer räumlichen Trennung konnten diese Netze nicht hinter einer neuen NE 3 zusammengeführt werden. Der ständigen Praxis der Beschlussabteilung gemäß kommt integrierten Netzen aber unabhängig von ihrer Größe Bedeutung im Gestattungswettbewerb zu. Ob diese Ansicht weiterhin für Teilnetze jeder Größe aufrecht zu halten ist, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Dafür spricht, dass unabhängig von ihrer Größe auch in diesen Netzen teilweise bereits Triple Play realisiert wurde. Im Übrigen wird für Zwecke der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1, 2 HS GWB jedenfalls von einer solchen Verstärkungswirkung ausgegangen.

171. Mit Übernahme der gekoppelten und abgekoppelten Netze sichert KDG die errungene Marktposition und baut sie weiter aus. Ungeachtet der Tatsache, dass die Veräußerin als Wettbewerberin im KDG Netzgebiet erhalten bleibt, wird ihre Möglichkeit beschränkt, am Gestattungswettbewerb im Netzgebiet der KDG teilzunehmen. Die aktuell vorhandenen Netze bilden nämlich in jedem Fall eine Basis, um mit neu gewonnenen Netzen größere Cluster bilden zu können. Mit Übernahme stärkt KDG die eigene Fähigkeit nachhaltig, nachstoßenden Wettbewerb abzuwehren bzw. mindert den von der Veräußerin und den Zielgesellschaften ausgehenden Wettbewerbsdruck.

172. Diese Feststellungen gelten allein für den Gestattungswettbewerb um Mehrfamilienhäuser. Für den Bereich der Eigentümer und Vermieter von Einfamilienhäusern, in dem Gestattungswettbewerb nicht stattfindet, kann die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Endkundenmarkt nicht festgestellt werden. Zum einen besteht mit IPTV, jedenfalls innerhalb des Prognosezeitraums und soweit xDSL mit hinreichenden Bandbreiten bei Einfamilienhäusern verfügbar ist, eine alternative Infrastruktur. Zum anderen geht auch weiterhin vom Satellitenempfang erheblicher Wettbewerbsdruck aus. Triple Play stellt insoweit keine Notwendigkeit dar. Ob unter diesen Umständen in Bezug auf Einfamilienhäuser von einer Entstehung bzw. Verstärkung der Marktbeherrschung auszugehen ist, ist zumindest fraglich und bedürfte noch weiterer Ermittlungen. Allerdings braucht dies im vorliegenden Fall nicht abschließend entschieden werden. Die Beschlussabteilung geht jedenfalls für Zwecke der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1, 2 HS GWB auch insoweit davon aus, dass eine Verstärkungswirkung eintritt.

III. Signallieferungsmärkte

173. Der Zusammenschluss lässt ebenfalls die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den Signallieferungsmärkten erwarten. Durch den Zusammenschluss kommt es auch insoweit zu einer Strukturverschlechterung.

1. Sachliche Marktabgrenzung

174. Auf dem Signallieferungsmarkt stehen sich nach bisheriger Betrachtungsweise der Beschlussabteilung Kabelnetzbetreiber der NE 3 als Anbieter und der NE 4 als Nachfrager von Signalen gegenüber. Die Existenz eines eigenen Marktes für die Lieferung von Signalen gegen Entgelt zwischen NE 3- und NE 4-Betreibern ist im Ursprung Ergebnis der historisch-politischen Trennung von NE 3 und NE 4.
175. Die NE 4 umfasst den Betrieb des Kabelnetzes im Haus selbst. Dieser Teil wurde in den 80er Jahren von dem Netz der damaligen Deutschen Bundespost abgetrennt und kleinen und mittleren Unternehmen übergeben (sog. Handwerkererklärung). Die Unternehmen der NE 4 beziehen die Signale zum größten Teil nach wie vor von den

Nachfolgegesellschaften der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Telekom AG. Dabei handelt es sich um die drei Regionalgesellschaften KDG, Unitymedia, Kabel BW. Allerdings hat sich ein Teil der NE 4-Betreiber von der Leistung der Regionalgesellschaften im Laufe der Jahre unabhängig gemacht, in dem sie eigene NE-3-Abschnitte (mittels eigener Kabelkopfstationen, sog. SMATV-Anlagen) aufgebaut haben („integrierte Netze“, ca. 2-3 Mio. Haushalte). Hieraus sind einige größere Netzbetreiber entstanden (z.B. Orion, pepcom), die über ganz Deutschland verteilt integrierte Netze betreiben.

176. Aus dieser politisch motivierten Trennung der NE 3 von der NE 4 ist der Signallieferungsmarkt entstanden, der im Hinblick auf das damit vorgegebene Geschäftsmodell des NE-4-Betreibers von der Beschlussabteilung bisher in ständiger Praxis als eigener Markt angesehen wird.⁹⁰ Mit Beschluss vom 17. April 2007 hat die 3. Beschlusskammer der Bundesnetzagentur (Az. BK 3b-06-014/R) diesen Markt, soweit er die Belieferung von 500 und weniger WE betrifft, sogar der Regulierung unterworfen. Auch vor diesem Hintergrund hält die Beschlussabteilung nach erneuter Prüfung an dieser Marktabgrenzung grundsätzlich fest.
177. Der alternative Signalbezug vom Satelliten durch den Aufbau einer eigenen Kabelkopfstation (SMATV) oder den Aufbau einer Satelliten-Gemeinschaftsanlage (Sat-ZF) ist aus Sicht der Beschlussabteilung – wie beim Endkundenmarkt – auch bei der Signallieferung nicht bereits bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen.
178. Dies kommt deshalb nicht in Betracht, weil der NE 4-Betreiber durch den Aufbau solcher eigener Anlagen die Signale gerade nicht mehr auf einem Markt nachfragt. Vielmehr wird die Dienstleistung „Signallieferung für die Einspeisung in die NE 4“ durch vertikale Integration des NE 4-Betreibers unternehmensintern im Wege der Eigenrealisierung erbracht. Zu einem marktmäßigen Austausch dieser Dienstleistung gegen Entgelt kommt es bei integrierten NE 3/NE 4-Netzen gerade nicht mehr. Die Eigenrealisierung kann daher nicht im Rahmen der Marktabgrenzung, wohl aber als Ausweichmöglichkeit im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung von IPTV – bei der Marktabgrenzung bzw. der wettbewerblichen Beurteilung – scheidet aus diesem Grunde ganz aus. Der NE-4 Betrei-

⁹⁰ BKartA, Beschluss vom 22.02.2002, *Liberty/KDG*, B7-168/01, Rz. 96.

ber kann bereits aus technischen Gründen kein Signal über ein breitbandiges Telefonkabel erhalten.

179. Gegen die Einbeziehung des Aufbaus einer sog. Sat-ZF-Anlage in den relevanten Markt spricht weiterhin, dass den Haushalten mit einer solchen Anlage kein kabelkonformes, sondern ein dem Satellitenstandard entsprechendes Signal an ihren Anschlussdosen zur Verfügung gestellt würde. Die Haushalte müssten eine Satelliten-STB anschaffen, und zwar für jedes Fernsehempfangsgerät. Die Signallieferung über eine Sat-ZF-Anlage ist demnach vorerst noch aus der Sicht eines NE 4-Betreibers, der ein Kabelnetz betreibt, nicht gegen die Lieferung eines kabelkonformen Signals über ein NE-3-Netz austauschbar. Der Betrieb einer solchen Anlage durch NE 4-Betreiber tritt nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung bislang auch nur vereinzelt auf. Mittelfristig allerdings wird der Aspekt des nicht kabelkonformen Signals an Gewicht verlieren. Denn mit zunehmender Digitalisierung werden sich die Haushalte unabhängig vom Übertragungsweg jeweils STB beschaffen müssen.

2. Räumliche Marktabgrenzung

180. In räumlicher Hinsicht sind die Signallieferungsmärkte grundsätzlich regional bzw. lokal abzugrenzen. Aus der Sicht des NE 4-Betreibers ist eine Belieferung mit Signalen nur in einem relativ engen Umkreis um das jeweilige NE 4-Netz denkbar. Die NE 3 - Abschnitte müssen regelmäßig in unmittelbarer Nähe der NE 4-WE liegen, um als wirtschaftlich sinnvolle potenzielle Bezugs- bzw. Absatzmöglichkeit gelten zu können. Eine Stichleitung über eine längere Strecke von einer alternativen Bezugsquelle ist auch hier wiederum nur lohnenswert, wenn damit eine „kritische Masse“ an WE erreicht wird, die den wirtschaftlichen Aufwand amortisieren kann. Bei konsequenter Betrachtungsweise hat jedes NE 4-Netz einen eigenen, sehr individuellen geographischen Bezugsradius, so dass an sich eine Vielzahl von sich überschneidenden kleinen Märkten angenommen werden müsste, die jeweils Bagatellmärkte darstellen und gemäß § 35 Abs. 2 GWB der Fusionskontrolle entzogen sein könnten.
181. Eine Anwendung der Bagatellmarktklausel im vorliegenden Fall entspricht jedoch nicht deren Normzweck. Denn die Bagatellmarktklausel will nur solche Märkte von der Fusionskontrolle ausnehmen, die gesamtwirtschaftlich keine Bedeutung haben.

Nach der Rechtsprechung kann ein Zusammenschluss aber auch dadurch gesamtwirtschaftliche Bedeutung erlangen, dass er sich auf mehrere sachlich gleichartige Märkte auswirkt, die räumlich nebeneinander liegen und die zwar nicht in der Einzelbetrachtung, jedoch in der Summe die Bagatellmarktschwelle überschritten wird.⁹¹

182. Das aber ist vorliegend der Fall. Ein jedes NE 4 Netz ist in die flächendeckende Organisationsstruktur der KDG – nämlich die flächendeckende NE 3 in den jeweiligen Versorgungsgebieten – eingebunden, so dass sich der Zusammenschluss auf das gesamte Netzgebiet der KDG und damit eine Vielzahl sachlich gleichgelagerter und räumlich nebeneinander liegender Märkte auswirkt.

3. Wettbewerbliche Beurteilung

183. Auf der Grundlage der oben dargestellten Marktabgrenzung ist davon auszugehen, dass KDG in ihrem Netzabdeckungsgebiet eine marktbeherrschende Stellung inne hat. Die Marktanteile liegen mengenmäßig und wertmäßig bei über 90 %. Alternative Signalanbieter auf der NE 3 sind in der betreffenden Region nur in geringfügiger Anzahl vorhanden. Keiner der neben der KDG befragten Kabelnetzbetreiber verfügte über nennenswerte Umsätze auf dem Signalliefermarkt. Bezogen auf die Zielgesellschaften haben die Lieferungen durch Dritte einen Anteil von [1 bis 5%]. Ein solches Verhältnis zwischen KDG-Lieferungen und Signallieferungen Dritter dürfte auch im Übrigen im Netzgebiet der KDG anzutreffen sein. Dafür spricht folgende Kontrollüberlegung. KDG schätzt in ihrem Netzgebiet die Anzahl der insgesamt angeschlossenen WE auf 11 Mio. WE. Davon versorgt sie direkt oder indirekt 9 Mio. WE, wobei die Lieferungen an reine NE 4 Betreiber mehr als 2,5 Mio. WE – Signallieferumsätze – ausmachen. Die weit überwiegende Anzahl von WE, welche durch Dritte mit Fernsehsignalen versorgt werden, befindet sich in abgekoppelten Netzen (allein die Veräußerin kommt auf mehr als 2 Mio. abgekoppelte WE im Netzgebiet der KDG), so dass die Anzahl gekoppelter Netze, welche nicht durch die KDG versorgt werden, nach der Einschätzung der Beschlussabteilung bei unter 100.000 WE liegen muss. Daraus folgt ein Marktanteil der KDG von [90 bis 100%]. Von den übrigen Kabelnetzbetreibern der NE 3 geht allein potenzieller Wettbewerb durch Stichleitungsbau

⁹¹ BGH, Beschluss vom 19.12.1995, *Raiffeisen*, WuW/E BGH 3037, 3042 f.; BGH, Beschluss vom 11. Juli 2006, *Deutsche Bahn/KVS Saarlouis*, WuW/E DE-R 1797, 1798. Jüngst auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Februar 2008, Az. VI-Kart 18/07(V) S. 7.

in ein anderes Netzabdeckungsgebiet aus. Dieser Wettbewerb ist nicht geeignet, den Verhaltensspielraum von KDG in ihrem Versorgungsgebiet zu begrenzen.

184. Jedenfalls für die Zwecke der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1, 2 HS GWB geht die Beschlussabteilung von einer Verstärkungswirkung durch den Zusammenschluss aus.
185. Einerseits führt die vertikale Integration der Zielgesellschaften zu einer verringerten Zahl von Signalabnehmern. Zudem scheiden die Zielgesellschaften als Lieferanten entsprechender Signale aus. Er wäre zumindest nicht ausgeschlossen, dass durch Bau von Stickleitungen oder Miete solcher Leitungen, in Zukunft Dritte in stärkerem Umfang als die aktuell der Fall ist, versorgt würden.
186. Andererseits werden, mit Ausnahme von einigen Tausend WE, die gekoppelten Netze ausschließlich durch die KDG beliefert. Soweit es aber um die Lieferungen der KDG geht, wird infolge des Zusammenschlusses lediglich Marktvolumen herausgenommen. Die „Herausnahme“ von Marktvolumen aus dem Markt aber begründet nicht notwendigerweise eine Strukturverschlechterung, da die Größe eines Marktes für sich genommen kein wettbewerblicher Parameter ist.
187. Wegen der angenommenen Verstärkungswirkung kann im Übrigen auch dahingestellt bleiben, inwieweit bei der wettbewerblichen Beurteilung des Zusammenschlusses in Bezug auf den Signallieferungsmärkte die Ausweichmöglichkeit auf den Satelliten-signalbezug im Wege des Aufbaus einer eigenen SMATV-Anlage einzubeziehen sind.⁹²

IV. Markt für den Einkauf von Spartenprogrammen für Pay-TV Angebote („Pay-TV Spartenprogramm-Rechtemarkt“).

188. Vom Zusammenschluss betroffen ist der Markt für den Einkauf von Inhalt für Pay-TV Programmplattformen. Auf diesem Markt verfügt KDG weder aktuell über eine

⁹² Vgl. die Feststellungen der Beschlussabteilung zu derartigen Ausweichmöglichkeiten, BKartA, Beschluss vom 20.6.2005, *iesy/ish*, B7-22/05, Rz. 268ff.

marktbeherrschende Stellung, noch wird eine solche durch den Zusammenschluss geschaffen.

1. Sachliche Marktabgrenzung

189. Wesentliches Kennzeichen von Pay-TV ist die Finanzierung durch Abonnenten-Entgelte. In Abgrenzung zum Free-TV handelt es sich deshalb überall dort um Pay-TV, wo der Einzelne ein Entgelt für die Möglichkeit ein bestimmtes Fernsehprogramm bzw. bestimmte Fernsehprogramme zu sehen, entrichtet. Am gebräuchlichsten ist das Abonnement einer Vielzahl von Sendern (Pay-TV Bouquet). Ein solches Bouquet wird auf einer Pay-TV Programm-Plattform bereitgestellt. Dabei werden eigen- und/oder fremderstellte Fernsehprogramme, insbesondere Spartenprogramme, zu Programmpaketen gebündelt und vom Betreiber der Plattform im eigenen Namen vermarktet. Der Pay-TV Anbieter kauft vorproduzierte Spartenprogramme aber auch Übertragungsrechte an einzelnen Veranstaltungen oder z.B. Filmen ein.⁹³ Im vorliegenden Fall kann dahingestellt bleiben, ob es sich beim Erwerb vorproduzierter Spartenprogramme und dem Erwerb der Übertragungsrechte an einzelnen Veranstaltungen/Filmen um zwei verschiedene Märkte handelt.
190. Eine solche Differenzierung hat die Kommission in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 getroffen.⁹⁴ Die Kommission unterscheidet im Zusammenhang mit Pay-TV zwischen drei Märkten. Dem Endkundenmarkt für Pay-TV ist zum einen ein Markt für den Erwerb von Übertragungsrechten für Sendungen (Filme, Serien usw.) oder Veranstaltungen (insbesondere Sportveranstaltungen) vorgelagert. Dabei ist nach Art der Sendung, Übertragungsplattform und Übertragungstypus zu unterscheiden. Die Art der Sendung betrifft den fraglichen Inhalt des Rechts (Kinospießfilm, Sportrechte, Archivmaterial und kurzlebige Material). Die Übertragungsplattform bezieht sich auf die Infrastruktur, mit Hilfe derer übertragen werden darf (Kabel, Satellit, Terrestrik, IPTV und H-DSL). Übertragungstyp schließlich meint die Art der Verwertung, also die Frage, ob die Nutzung im Rahmen sog. klassischer Fernsehprogramme

⁹³ Dementsprechend steht im Vordergrund der vertraglichen Beziehung zwischen Pay-TV Anbieter und Programmanbieter die Vermarktung des Programmes auf der Pay-TV Plattform. Zwar verpflichtet sich der Plattformbetreiber nach den der Beschlussabteilung vorliegenden Vermarktungsverträgen gegenüber den TV-Spartenkanälen auch zur Einspeisung und Weiterverbreitung der Signale. Hierin kann jedoch keine unmittelbare Nachfrage nach der Einspeisung gesehen werden.

⁹⁴ Kommission, 18.07.2007, *SFR/Télé 2 France*, COMP/M.4504, Rz. 23ff.

(„linear“) oder aber in Form nicht linearer Fernsehdienste geschieht (bspw. Video on Demand und Pay per View). Zum anderen geht sie von einem Zwischenmarkt für die Vermarktung von Pay-TV-Programmen und -Diensten (Erwerb von Übertragungsrechten für Programme) aus, welche alle Übertragungsinfrastrukturen umfasst.⁹⁵

191. Vorliegend ist jedenfalls der Zwischenmarkt für die Vermarktung von Pay-TV Programmen und -Diensten betroffen. KDG erwirbt fertige Spartenkanäle für ihr Pay-TV Bouquet.

2. Räumliche Marktabgrenzung

192. Räumlich kommt ein bundesweiter Markt in Betracht. Aufgrund der der Beschlussabteilung vorliegenden Verträge wäre es ebenfalls denkbar, einen (größeren) deutschsprachigen Markt abzugrenzen. So werden Österreich, teilweise auch die Schweiz, Liechtenstein und Südtirol vielfach vom Vermarktungsrecht umfasst. Der sachlichen Marktabgrenzung entsprechend aber ist auch über die räumliche nicht abschließend zu entscheiden.

3. Wettbewerbliche Beurteilung

193. Pay-TV Plattformen werden in Deutschland vor allem von Premiere, den großen regionalen Kabelnetzbetreibern KDG („Kabel Digital Home“) und Unitymedia („Digital TV Plus“) und dem Satellitenbetreiber Eutelsat („Kabelkiosk“) betrieben.

194. Wie bereits oben beschrieben, braucht ein Spartenkanal Reichweite für seinen kommerziellen Erfolg. Die Vergütung des Senders bemisst sich im Regelfall nach der Anzahl der Abonnenten („cent per subscriber“). Je größer die Anzahl der angeschlossenen WE, desto größer aber ist auch die Anzahl der potenziellen und tatsächlichen Abonnenten. Während die Vermarktung über die Premiere Plattform hinreichend ist, ist die Vermarktung über das Netz einer einzigen Regionalgesellschaft nach übereinstimmender Ansicht aller befragten Sender nicht hinreichend. Nur soweit es sich um paneuropäisch verbreitete Pay-TV Sender handelt, beispielsweise Musiksender, bei

⁹⁵ Kommission, 18.07.2007, SFR/Télé 2 France, COMP/M.4504, Rz. 23ff..

der es auf die Sprache des Programms nicht entscheidend ankommt, mag dies anders sein. Anders als auf dem Einspeisemarkt aber kann ein Wettbewerber von KDG – Premiere – eine entsprechende Reichweite auch im Netzgebiet der KDG garantieren, so dass der wettbewerbliche Verhaltensspielraum von KDG innerhalb des eigenen Netzgebietes beschränkt ist.⁹⁶

195. Die Beschlussabteilung schätzt das Gesamtvolumen auf dem Markt für Pay-TV Spartenprogramme-Rechtemarkt auf mindestens 200 Mio. € Die KDG hat nach eigenen Angaben im Jahr 2007 [25 bis 50 Mio. €] für den Erwerb solcher Rechte ausgegeben. Das entspricht einem Anteil von [15 bis 30%]. Der Anteil von Unitymedia liegt bei [15 bis 30%]. Das Unternehmen gab im Jahr 2007 rund [25 bis 50 Mio €] für den Rechteerwerb aus. Der mit Abstand umsatzstärkste Anbieter einer Pay-TV Programm Plattform, welcher mit 4,3 Mio. über die meisten Abonnenten verfügte, ist die Premiere AG.⁹⁷ Dessen Ausgaben lagen im Jahr 2007 zwischen [50 und 150 Mio. €], was einem Marktanteil von [40 bis 60%] entspricht. Die Umsätze von Eutelsat liegen mit rund 0 bis 25 Mio. € im Jahr 2007 deutlich niedriger.
196. Durch den Zusammenschluss kommt es zu keinem gesteigerten Nachfragenvolumen der KDG. Die Zielgesellschaften bzw. die Veräußerin betreibt keine Pay-TV Plattform und ist dementsprechend auf dem Rechtemarkt überhaupt nicht unmittelbar als Nachfragerin von Inhalten aktiv.
197. Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Reichweite der Plattform für den einzelnen Pay-TV Sender könnte sich an der wettbewerblichen Beurteilung nur dann etwas ändern, wenn Premiere keine eigenen Endkundenbeziehungen mehr hätte – unter diesen Umständen handelte es sich um ein sog. Wiederverkaufsmodell – und dementsprechend über keine „Reichweite“ mehr verfügte. Das aber ist aktuell und auch innerhalb des Prognosezeitraums nicht zu erwarten.

⁹⁶ Die identische Reichweite infolge der Einspeisung verkennt Eutelsat in ihrem Schriftsatz vom 28.3.2008, S. 3 (Blatt 377 d. A.). Auch ist der von Eutelsat monierte Abschluss von Exklusivitätsvereinbarungen der KDG mit Spartenkanälen nicht in jedem Fall Ausdruck von Marktbeherrschung. Ein eindeutiges Indiz für das Bestehen einer Marktbeherrschung wäre das nur dann, wenn es sich bei den exklusiv gebundenen Programmen um die „attraktivsten und bekanntesten Programmveranstalter“ handelte. Das war der Fall in der von Eutelsat zitierten Kommissionsentscheidung (Kommission, 18.07.2007, *SFR/Télé 2 France*, COMP/M.4504, Rz. 61). Vorliegend betrifft die Vereinbarung von Exklusivität keine derartigen Programme.

⁹⁷ Vgl. sat+kabel vom 14.Februar 2008, S. 3a.

198. Angesichts der Abonnentenzahlen scheiden auch strukturelle Auswirkungen auf den Pay-TV Endkundenmarkt aus. In den an die NE 3 von KDG gekoppelten Netzen werden bereits aktuell die Pay-TV Pakete von KDG vertrieben. Folgen hat der Zusammenschluss insoweit nur für die abgekoppelten Netze. Den darin befindlichen WE wird gegenwärtig das Pay-TV Angebot des Kabelkiosks angeboten. KDG plant, diese Kunden auf die Pay-TV Plattform von KDG zu übernehmen. Dabei handelt es sich aktuell um nicht mehr als 20.000 Abonnenten. Schaut man sich indes die Gesamtzahl der Abonnenten an – KDG verfügt über rund 730.000 direkte Abonnenten⁹⁸ – dazu addieren sich noch knapp 150.000 bis 250.000 Abonnenten, die indirekt im Netzgebiet der Kabel BW mit Pay-TV versorgt werden, so hat der mögliche Zuwachs keinen Einfluss auf die wettbewerbliche Beurteilung der Stellung der KDG auf dem Endkundenmarkt für Pay-TV.

D. Abwägungsklausel

199. Der Zusammenschluss ist trotz Verschlechterung der Marktstrukturen auf dem Einpreisemarkt, dem Endkundenmarkt und dem Signallieferungsmarkt freizugeben, da die Zusammenschlussbeteiligten nachgewiesen haben, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für Breitbandanschlüsse und für schmalbandige Anschlüsse eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (Abwägungsklausel, § 36 Abs. 1, 2. Hs. GWB). Für die von der DTAG vorgeschlagenen Auflagen⁹⁹ besteht daher kein Raum. Sie betreffen im Übrigen Vertragsbedingungen, die mit der Wohnungswirtschaft ausgehandelt werden und den Zusammenschlussbeteiligten nicht einseitig auferlegt werden können.

I. Verbesserungsmärkte

200. Als Verbesserungsmärkte sind der Markt für Breitbandanschlüsse sowie der Markt für schmalbandige Anschlüsse betroffen.

⁹⁸ Handelsblatt vom 30. November 2007 S. 21.

⁹⁹ DTAG, Schreiben vom 25. März 2008, S. 12 ff. (Blatt 431 d.A.)

1. Sachliche Marktabgrenzung

201. Nach bisheriger Praxis der Bundesnetzagentur (BNetzA) im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt bilden Breitbandanschlüsse und schmalbandige Anschlüsse derzeit jeweils getrennte sachliche Märkte. Beide Anschlussformen verbinden die Endeinrichtung eines Teilnehmers physisch oder logisch mit einem Netzknoten im öffentlichen Telekommunikationsnetz. Breitbandige Anschlüsse sind dabei insbesondere durch Datenübertragungsraten von mehr als 128 kbit/s in beide Richtungen (Up- und Download) gekennzeichnet. Dabei handelt es sich gegenwärtig vor allem um ADSL-, ADSL2-, ADSL2+-, VDSL-Anschlussprodukte und breitbandige Kabelanschlussprodukte.¹⁰⁰ Schmalbandige Anschlussprodukte liegen hinsichtlich ihrer Geschwindigkeit unterhalb von 128 kbit/s und bestehen aus analogen Telefonanschlüssen, ISDN-Basis- und ISDN-PMX-Anschlüssen.

a) Schmalbandige und breitbandige Anschlussprodukte

202. Gegenüber den schmalbandigen Anschlussprodukten bilden die breitbandigen Anschlussprodukte sachlich derzeit noch einen eigenen Markt, da sie aus Sicht der Marktgegenseite funktional nicht austauschbar sind. Hierbei sind insbesondere die noch bestehenden, schwerpunktmäßigen Verwendungszwecke der jeweiligen Anschlussart bedeutsam. Die schmalbandigen Produkte sind in erster Linie auf Sprachtelefonie ausgerichtet und werden in der Regel im Paket mit Telefondiensten vermarktet.¹⁰¹ Schmalbandige Anschlussprodukte sind zwar auch für den Internetzugang grundsätzlich geeignet. Wegen der begrenzten Datenübertragungsrate sind Internetdienste jedoch nur eingeschränkt und gegenüber breitbandigen Anschlüssen nur mit erheblichen Einbußen bei der Geschwindigkeit verfügbar.

¹⁰⁰ Darüber hinaus existieren noch drahtlose Anschlussprodukte, Zwei-Wege-Satellitenanschlussprodukte und Powerline-Anschlussprodukte, die jedoch gegenwärtig kaum eine Rolle spielen, vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich Telekommunikation, S. 35, <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/12186.pdf> ; vgl. für die Marktabgrenzung BNetzA, Schreiben vom 29.02.2008, S. 1 (Blatt 148 d.A.), die darüber hinaus noch einen Premiummarkt abgrenzen, der im vorliegenden Fall mangels Betroffenheit jedoch außer Betracht bleiben kann.

¹⁰¹ BNetzA, Festlegung zum Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten und Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten S. 45, http://circa.europa.eu/Public/irc/info/ecctf/library?l=/germany/adopted_measures/de20050306-0307-0308-030&vm=detailed&sb=Title

203. Umgekehrt sind Breitbandanschlussprodukte als Zugangsprodukte für das Internet jedenfalls noch in erster Linie auf (IP-)Datendienste ausgerichtet und werden in der Regel mit den Internetnutzungsprodukten vermarktet. Mit einer Fortentwicklung und größerer Verbreitung von Voice over IP (VoIP), der über das Internet-Protokoll realisierten Sprachtelefonie wie sie auch KDG über das Kabelnetz anbietet, ist allerdings zu rechnen. Die meisten VoIP-Produkte setzen dabei einen breitbandigen Anschluss voraus.¹⁰² Tatsächlich beziehen die Nachfrager derzeit Sprachtelefonieanschlussprodukte und breitbandige Internetzugangprodukte ganz überwiegend noch getrennt voneinander. Im Bereich der vorherrschenden DSL-Technologie wird der DSL-Anschluss zudem noch überwiegend nur zusätzlich zum schmalbandigen Telefonanschluss vermarktet. Ein von dem schmalbandigen Anschluss getrennter Bezug von DSL-Produkten (sog. Naked-DSL oder All-IP-Anschlüsse) wird allerdings von Wettbewerbern, die auf der Basis der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung (TAL) tätig werden, und von Kabelnetzbetreibern bereits angeboten, und mit dem zukünftig möglichen Bitstromzugang¹⁰³ wird dies auch mit anderen Geschäftsmodellen grundsätzlich der Fall sein. Auch die DTAG plant einen entsprechenden Netzausbau bis 2012 und hat das Angebot von Naked-DSL –Produkten angekündigt.¹⁰⁴ Ein Zusammenwachsen der Märkte ist daher mittel- bis langfristig zu erwarten.¹⁰⁵

b) Internet- und Telefonie über Kabelanschlüsse

204. Entgegen der Ansicht der DTAG¹⁰⁶ ist die breitbandige Realisierung von Internet und Telefonie über Kabelanschlüsse in den Breitbandanschlussmarkt einzubeziehen. Ein eigener „Triple Play Markt“, der in „keiner relevanten Wettbewerbsbeziehung zu herkömmlichen Breit- und Schmalbandanschlüssen“ stehe, kann nicht angenommen werden. Dem steht bereits entgegen, dass der Kabelendkundenmarkt – wie oben dargestellt – vom Gestattungswettbewerb geprägt ist, bei dem die Wohnungswirtschaft

¹⁰² Die KDG realisiert ihr VoIP-Produkt ebenfalls über einen Breitbandanschluss, reserviert dabei aber eine feste Bandbreite für die Telefonie, vgl. Schriftsatz vom 3.3.08, S. 3 f. (Blatt 163 d.A.)

¹⁰³ Vgl. unten Rdnr. 218.

¹⁰⁴ Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/07 für den Bereich der Telekommunikation, S. 40.

¹⁰⁵ So auch BNetzA, Schreiben vom 29.2.2008, S. 4. (Blatt 151 d.A.).

¹⁰⁶ DTAG, Schriftsatz vom 25. März 2008, S. 2 ff. (Blatt 421 d.A.); Pepcom scheint insoweit eine ähnliche Auffassung zu vertreten allerdings mit der Konsequenz, dass wegen der Triple Play Angebote Kabel- und Breitbandanschlüsse insgesamt demselben Markt zuzuordnen seien, vgl. Pepcom, Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 7 f. (Blatt 401 d.A.).

nicht den Internet- und Telefonieprovider für ihre Mieter festlegt, sondern im Gegenteil von den Kabelnetzbetreibern das Vorhandensein eines solchen Angebots fordert, um den Mietern gerade eine Alternative zu den xDSL-Anschlüssen zu bieten. Die Möglichkeit, dass die KDG keine reinen Internet- und Telefoniedienste anbietet, sondern dieses nur zusätzlich zum TV-Angebot bereitstellt, rechtfertigt keine eigene Marktabgrenzung. Wie auch die DTAG selbst vorträgt, kann der Endkunde bei den Anschlussprodukten die Infrastruktur auswählen und ist mit Bezug der TV-Produkte hinsichtlich der TK-Anschlüsse nicht an KDG gebunden. Die Behauptung der DTAG, für den Kunden werde die Bedarfsdeckung aus einer Hand ein vorrangiges Entscheidungskriterium sein, ist durch nichts belegt und nach derzeitiger Praxis auch gerade nicht ersichtlich. Im Übrigen ist ein einzelnes Produkt nicht schon deswegen aus dem Markt zu nehmen, weil es mit weiteren Produkten gebündelt erhältlich ist. Dies gilt jedenfalls, solange es jeweils einzeln beziehbare Wettbewerbsprodukte gibt.

c) VDSL

205. Keine weitere Unterteilung der Breitbandanschlussprodukte ist – wiederum entgegen der Ansicht der DTAG¹⁰⁷ – für die neu entstehenden VDSL-Produkte vorzunehmen, da sie nach Eigenschaften, Verwendungszweck und Preislage den übrigen Breitbandanschlussprodukten so nahe stehen, dass der Abnehmer sie als für die Deckung seines bestimmten Bedarfs gleichfalls als geeignet ansieht.
206. Insbesondere kann hier keine sinnvolle Grenze bei bestimmten Übertragungsraten gezogen werden. VDSL-Anschlüsse erlauben beliebige Bandbreiten bis 100 Mbit/s je nach Qualität der Kupferleitung und der Entfernung vom DSLAM.¹⁰⁸ Standardmäßig wird bei diesen Anschlüssen eine maximale Anschlussgeschwindigkeit von 25 bzw. 50 Mbit/s zugrunde gelegt. Diese Produkte sind sowohl hinsichtlich des Downloads als auch des Uploads als technische Weiterentwicklung der ADSL-Produkte anzusehen. Die Anschlusskapazitäten sind von Entwicklungsschritt zu Entwicklungsschritt durchweg immer vervielfacht worden, ohne dass sich die Produkte als solche nach ih-

¹⁰⁷ DTAG, Schriftsatz vom 25. März 2008, S. 10 f. (Blatt 429 d.A.)

¹⁰⁸ *Digital Subscriber Line Access Multiplexer* - Der DSLAM sammelt (bzw. verteilt) auf örtlicher Ebene den DSL-Datenverkehr der Endkunden und reicht ihn über das sogenannte Konzentratorennetz an einen regionalen Server weiter. Je näher sich der DSLAM am Endkunden befindet, desto höhere Bandbreiten werden hiermit erzielt. Die DTAG verlegt diesen Teil der Infrastruktur für die Realisierung ihrer VDSL-Produkte daher von den Hauptverteilern (HVT – früher: Fernmeldeamt) in die sog. Kabelverzweiger (Kvz), die sich auf der Straße befinden („graue Kästen“).

ren Eigenschaften, Verwendungszweck und Preis im Übrigen wesentlich verändert haben.

207. Die hohe Bandbreite führt insbesondere nicht zu wesentlichen Veränderungen in den Verwendungsmöglichkeiten des VDSL-Anschlusses. Über alle Anschlussvarianten werden die gleichen Breitbanddienste wie Internet, VoIP, Video on Demand in der gleichen Art und Weise bereitgestellt. Die besonders hochbitratigen Anschlüsse ADSL2+- und VDSL-Anschlüsse ermöglichen lediglich zusätzliche (hochauflösende) Fernsehdienste, die auch über TV-Kabelanschlüsse ausgestrahlt werden. VDSL ist dabei in der Lage, mehrere Fernsehkanäle in HDTV-Qualität (hochauflösendes Fernsehen) gleichzeitig bereitzustellen, was über ADSL2+ nur sehr eingeschränkt möglich ist. Dieses führt nach dem Bedarfsmarktkonzept, nach dem Produkte zu einem Markt zuzuordnen sind, wenn ihre Verwendungszwecke *im Wesentlichen* übereinstimmen, hier – entgegen der Ansicht der DTAG nicht zur Abgrenzung eines eigenen Marktes. Im Übrigen ist auch anzunehmen, dass aus der Sicht des Endnutzers HDTV mit „einfachem“ TV im Wesentlichen austauschbar ist.
208. Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung ist zwar auch zu prüfen, ob mit dem betroffenen Produkt ein spezieller Verwendungszweck verbunden ist, der bei der Nutzung des Produktes aus Sicht der Nachfrager besonders im Vordergrund steht und der mit anderen Produkten nicht erreichbar ist. Solange jedoch – wie es bei den VDSL-Anschlüssen der Fall ist – eine Vielzahl von Verwendungsmöglichkeiten, zu denen auch die „traditionellen“ Nutzungsarten gehören, bestehen, kann das Hinzutreten eines einzigen neuen Dienstes, nämlich die gleichzeitige Bereitstellung von HDTV, allein keinen neuen Markt begründen. Im Übrigen ist auch anzunehmen, dass aus der Sicht des Endnutzers HDTV mit „einfachem“ TV im Wesentlichen austauschbar ist. „Einfaches“ TV ist aber auch mit ADSL2+-Anschlüssen realisierbar, wie es auch die DTAG selbst anbietet. Auch die zwangsweise Bündelung des VDSL-Anschlusses mit IPTV, die die DTAG nach eigener unternehmerischer Entscheidung vornimmt, führt deshalb nicht zur Abgrenzung eines eigenen Marktes, sondern stellt lediglich eine Produktdifferenzierung dar.
209. Schließlich trägt auch der Hinweis der DTAG auf bestehende Preisunterschiede zwischen einem „herkömmlichen“ DSL-Anschluss und einem VDSL-basierten Triple

Play Produkt nicht. Die Nachfrager entscheiden nicht isoliert nach der Qualität eines Produkt(teiles), sondern sie setzen den Preis in Relation zum Nutzen, zur Qualität oder etwa zur Leistung des gesamten Produktes. Zum einen stellt die HDTV-Qualität eines Fernsehanschlusses schon im Vergleich zu anderen Fernsehanschlüssen – wie erwähnt – bestenfalls einen geringen Mehrwert da. Zum anderen bezieht sich dieser Qualitätsvorsprung nur auf einen einzelnen Dienst, der über DSL-Anschlüsse möglich ist. Dieser spezielle Vorteil eines VDSL-Anschlusses ist daher nicht so wesentlich, dass der Endkunde keinen Preis-/Leistungsvergleich zwischen VDSL- und anderen DSL-Anschlüssen vornehmen wird. Auch bei Berücksichtigung dieses Einzelaspektes ist von einer engen Austauschbeziehung zwischen VDSL- und anderen DSL-Anschlüssen aus Endkundensicht auszugehen.

2. Räumliche Marktabgrenzung

210. Die Beschlussabteilung geht sowohl bei dem Markt für Breitbandanschlussprodukte, als auch bei dem Markt für schmalbandige Anschlussprodukte von bundesweiten Märkten aus. Für Regulierungszwecke hat die Beschlussabteilung die Annahme von bundesweiten Märkten im Hinblick auf die räumliche Tätigkeit der DTAG bei Schmal- und Breitbandprodukten regelmäßig unterstützt. Dieses ist auch für die Zwecke der Fusionskontrolle im Ergebnis die zutreffende Abgrenzung.
211. Das Bedarfsmarktkonzept fordert zwar in erster Linie die Abgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite, die vielfach regional unterschiedliche Strukturen und Anbieter vorfinden und ihre Schmal- und Breitbandprodukte überwiegend wohnortgebunden nachfragen müssen. Die Verfügbarkeit insbesondere von Breitbandprodukten ist dabei nicht an allen Wohnorten gewährleistet bzw. sehr unterschiedlich ausgeprägt. Dies ist zunächst darin begründet, dass eine flächendeckende Verfügbarkeit von (allen) Breitbandprodukten nur schwer erreichbar ist, da für den Aus- bzw. Aufbau der Netze und die Bereitstellung der Produkte zu wettbewerbsfähigen Preisen eine aus der Sicht der jeweiligen Anbieter schwankende kritische Masse erforderlich ist, die jedenfalls in der Fläche weitgehend nicht erreicht wird und z.T. auch in dichter besiedelten Gebieten straßenabhängig ist.¹⁰⁹ So ist auch die DTAG mit ihren DSL-

¹⁰⁹ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Breitbandatlas 2007_01, S. A26.

Produkten nicht flächendeckend tätig. Darüber hinaus sind vor allem die Stadt- und Kabelnetzbetreiber häufig nur regional beschränkt oder sogar nur lokal tätig, dagegen andere nicht unbedeutende Wettbewerber wie etwa Arcor und HanseNet („Alice“) grundsätzlich nicht auf eine bestimmte Region beschränkt.

212. Eine sinnvolle regionale Abgrenzung lässt sich hieraus jedoch nicht herleiten, noch würde sie die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse wiedergeben. Denn bei konsequenter Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts wäre jedes Haus auf seine Geeignetheit für Breitbandprodukte nach Lage und Technik zu überprüfen und es wären bereits Schwankungen hinsichtlich der Anbieterstruktur von Haus zu Haus feststellbar mit der Folge, dass sogar jedes Haus einen eigenen Markt bilden könnte. In einem solchen Fall ist – insbesondere wegen der mit der Fusionskontrolle vorrangig beabsichtigten Strukturkontrolle – das Bedarfsmarktkonzept im Hinblick auf die bestehenden strukturellen Zusammenhänge zu korrigieren. Hierbei ist vor allem das Konzept der (räumlichen) Angebotsumstellungsflexibilität von Bedeutung, die für eine Vielzahl der auf dem Markt vorhandenen oder (bei den Breitbandprodukten mit dem Bitstromprodukt) zukünftig zu erwartenden Geschäftsmodelle angenommen werden kann. So ist angesichts der Vorleistungspalette der DTAG das Angebot von Wettbewerbsprodukten überall dort möglich, wo die DTAG auch selbst tätig ist. Die DTAG prägt damit bundesweit das Wettbewerbsgeschehen, so dass auch hier – wie auch bei dem Kabel-Endkundenmarkt hinsichtlich der Tätigkeit der Regionalgesellschaften¹¹⁰ – das Tätigkeitsgebiet der DTAG das maßgebliche Kriterium darstellt. Eine Beschränkung der Wettbewerber auf bestimmte, nicht miteinander austauschbare oder kombinierbare Geschäftsmodelle, die eine regionale Abgrenzung zuließen, kann darüber hinaus nicht festgestellt werden.¹¹¹

3. Marktverhältnisse

213. Die DTAG ist auf beiden Märkten nach den vorliegenden Feststellungen marktbeherrschend.

¹¹⁰ Vgl. oben Rdnr 140ff.

¹¹¹ Pepcom bestreitet die räumliche Abgrenzung im Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 6 f. (Blatt 400 d.A.), ohne jedoch zu dem Aspekt der räumlichen Angebotsumstellungsflexibilität Stellung zu nehmen.

214. Die Beschlussabteilung geht insoweit weiterhin davon aus, dass im Rahmen des § 36 Abs. 1, 2 HS GWB nur beherrschte Märkte grundsätzlich abwägungsfähig sind, denn eine Verbesserung kann spiegelbildlich nur dann die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, wenn sie geeignet ist, Marktbeherrschung abzubauen oder zumindest abzumildern.¹¹² Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf¹¹³ spricht nicht gegen diese Sichtweise. Zwar hat das OLG Düsseldorf unter Hinweis auf den Wortlaut und die Gesetzesmaterialien das Erfordernis der Verbesserungswirkungen auf einem „beherrschten“ Drittmarkt verneint, die Frage der Beherrschung jedoch insofern für bedeutsam gehalten, als die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem beherrschten Drittmarkt bei der Abwägung stärker ins Gewicht falle, als eine Verbesserung auf einem Markt mit günstiger Wettbewerbsstruktur.¹¹⁴ Im Ergebnis kann die Frage jedoch dahingestellt bleiben, da von einer Marktbeherrschung der DTAG auf den Anschlussmärkten auszugehen ist.

a) Breitbandanschlüsse

215. Die Struktur der Anbieter auf dem Markt für Breitbandanschlüsse ist insbesondere im Bereich DSL durch unterschiedliche Geschäftsmodelle mit sehr unterschiedlicher Wertschöpfung geprägt. Infrastrukturwettbewerb findet im Wesentlichen nur durch Teilnehmernetzbetreiber statt, zu denen die DTAG und insbesondere die Stadtnetzbetreiber wie z.B. HanseNet gehören. Letztere können allerdings nur auf der Grundlage der TAL der DTAG – sog. letzte Meile – tätig werden, die von der DTAG gemietet wird. Der DSL-Wettbewerb ist auf Endkundenebene im Übrigen insbesondere durch sog. Resale geprägt, bei dem die Wettbewerber, die insoweit selbst keine eigene Infrastruktur betreiben – die Anschlussprodukte der DTAG (insbesondere T-DSL) ohne eigenen Einfluss auf die Qualität und die Produkteigenschaften des Anschlusses weitervermarkten.¹¹⁵

¹¹² Vgl. BKartA, Beschluss vom 28.12.1004 – B7-15/04 – *SES/DPC*, Rdnr. 158; BKartA, Beschluss vom 22.02.2003 – B 7-168/01 – *Liberty/KDG*, Rdnr. 103.

¹¹³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.2006, WuW DE-R 1845 ff. - *SES/DPC*.

¹¹⁴ OLG Düsseldorf a.a.O.

¹¹⁵ Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich der Telekommunikation, S. 35.

216. Das Marktvolumen betrug nach den Ermittlungen der BNetzA im Jahr 2006 und 2007 zwischen 2 und 4 Mrd. €¹¹⁶ Bei Behandlung des Resale-Umsatzes als eigenständiges Wettbewerbsergebnis ergeben sich für die Jahre 2005 und 2006 sowie das erste Quartal 2007 folgende wertmäßigen Marktanteile¹¹⁷:

Anbieter	2005	2006	Q1/2007
DTAG	65-75 %	55-65%	45-55%
United Internet	5-15%	5-15%	5-15%
Arcor	5-15%	5-15%	5-15%
HanseNet	1-10%	1-10%	1-10%
KDG	0 %	0-3%	0-3%
Übrige	25-40%	35-50%	45-60%

217. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch, dass den Umsätzen der Reseller (insbesondere United Internet, z.T. auch Arcor) keine eigene Wertschöpfung zugrundeliegt, sie vielmehr durch einen reinen Wiederverkauf der T-DSL-Anschluss-Produkte erzielt werden. Auf die Qualität und Eigenschaften des Produktes haben die Reseller keinerlei Einfluss. Mit einem feststehenden hohen Vorleistungskostenblock, der nicht individuell beeinflussbar ist, sind darüber hinaus bei Resale auch die Preissetzungsspielräume von vornherein begrenzt.¹¹⁸ Von den Umsätzen profitiert die DTAG im Rahmen ihres Resale-Vorleistungsproduktes daher in erheblichem Umfang. Ca. 70-80% der Wertschöpfung verbleiben bei der DTAG.¹¹⁹ Rechnet man die Resale-Umsätze heraus, steigt der Marktanteil der DTAG erheblich an. Mengenmäßig betrug der Anteil der Reseller im Jahr 2006 21 % und im Jahr 2007 18 %.¹²⁰

¹¹⁶ Das genaue Marktvolumen stellt ein Geschäftsgeheimnis dar, BNetzA, Schreiben vom 29. Februar 2008, S. 2 (Blatt 149 d.A.); für 2007 liegen bisher nur Zahlen für das 1. Quartal vor.

¹¹⁷ Die genauen Anteile sind Geschäftsgeheimnisse, BNetzA, Schreiben vom 29. Februar 2008, S. 2. (Blatt 149 d.A.)

¹¹⁸ Der Hinweis von Pepcom, Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 9 f. (Blatt 403 d.A.), auf die Bedeutung des Preises trägt daher nicht.

¹¹⁹ BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich Telekommunikation, S. 35.

¹²⁰ BNetzA, Schreiben vom 29. Februar 2008, S. 2. (Blatt 149 d.A.)

218. Mit den zukünftig von der DTAG anzubietenden sog. Bitstromprodukten wird allerdings für Wettbewerber auch bei der DSL-Anschlussvermarktung eine größere Wertschöpfung möglich werden.¹²¹ Der Bitstromzugang ist ein Vorleistungsprodukt, mit dem alternative Anbieter hochbitratige Teilnehmeranschlüsse realisieren können, wobei sie auf die letzte Meile und auf weitere Technik (DSLAM sowie Konzentratornetz) des marktbeherrschenden Netzbetreibers – anders als bisher – gemäß individuellen Vorgaben zurückgreifen. Die Infrastruktur des regulierten Bitstromzugangs wird von der DTAG installiert und betrieben. Dabei handelt es sich um die DSL-Verbindung über die Teilnehmeranschlussleitung und die Weiterführung des Verkehrs über ein nachfolgendes Konzentratornetz bis zu einem definierten Übergabepunkt, an dem der Verkehr dem alternativen Netzbetreiber übergeben wird. Über diesen Zugang kann der alternative Anbieter dann eigene hochbitratige Dienste dem Kunden zur Verfügung stellen.
219. Aber selbst bei Berücksichtigung sämtlicher auf dem Endkundenmarkt getätigter Umsätze ist der Marktanteilsabstand zum nächstgrößeren Wettbewerber exorbitant hoch. Dies gilt auch dann, wenn sich der von der DTAG behauptete Trend der Marktanteilsverluste fortsetzen sollte.¹²² Das Wettbewerbsfeld ist extrem zersplittert und in z.T. massivem Umfang von Vorleistungen der DTAG abhängig.¹²³ Darüber hinaus genießt die DTAG durch ihre nahezu flächendeckende Verbreitung von Festnetzanschlüssen einen überragenden Zugang zu den Absatzmärkten. Die Marktzutrittschranken sind wegen der Netzgebundenheit des Produktes sehr hoch. Bei der Bewertung der Marktzutrittschranken kann die Tatsache der bestehenden Regulierung nicht berücksichtigt werden, da diese gerade wegen der erheblichen Marktzutrittschranken erforderlich geworden ist.¹²⁴ Die Vorleistungsregulierung, die den Marktzutritt derzeit in erster Linie ermöglicht, kann nach gegenwärtigen Marktverhältnissen auch nicht wegfallen, ohne dass dieses eine starke Remonopolisierungstendenz auf den Endkundenmärkten zur Folge hätte.

¹²¹ Vgl. hierzu BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich der Telekommunikation, S. 45 f.

¹²² Der extreme Marktanteilsabstand wird von Pepcom, Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 9 f. (Blatt 403 d.A.), nicht gewürdigt.

¹²³ Warum nach Ansicht von Pepcom, Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 9 (Blatt 403 d.A.), die Abhängigkeit von Vorleistungen bei der Prüfung der Marktbeherrschung nicht zu berücksichtigen sei, ist nicht ersichtlich.

¹²⁴ Zur Berücksichtigung der Regulierung im Rahmen der Marktbeherrschungsprüfung vgl. BKartA, Beschl. vom 20.6.2005, B 7-22/05 – *Iesy/ish*, Rdnr. 156 ff.

220. Entgegen der Ansicht der DTAG¹²⁵ führt auch die Berücksichtigung der Anbieter von Infrastrukturkomponenten wie QSC, Telefonica oder Arcor nicht zu einer anderen Bewertung. Dieses Angebot mag zwar teilweise die Abhängigkeit der Wettbewerber wie United Internet von den Vorleistungsprodukten der DTAG abmildern. Die genannten Infrastrukturanbieter sind jedoch ihrerseits von regulierten Vorleistungen der DTAG abhängig und können keineswegs als eigenständiger (Vorleistungs-) Infrastrukturwettbewerb eingestuft werden, der die Marktbeherrschung der DTAG auf dem Anschlussmarkt in Frage stellen könnte.
221. Schließlich ist der Hinweis der DTAG darauf, dass die BNetzA bisher keine Regulierungsverfügung für den Breitbandanschlussmarkt erlassen habe¹²⁶, nicht relevant. Denn der Breitbandanschlussmarkt ist derzeit nach der Empfehlung der Kommission¹²⁷ nicht für die Regulierung vorgesehen, so dass eine Regulierung dieses Marktes auch bei bestehender Marktbeherrschung keineswegs zwingend ist. Auch § 10 Abs. 1 TKG wurde mit dem Marktanalyseverfahren zu Markt 1¹²⁸, mit dem breitbandige Anschlüsse aus dem relevanten Markt ausgenommen wurde, genügt.

b) Schmalbandprodukte

222. Die Marktsituation bei den Schmalbandprodukten ist enger als bei den Breitbandprodukten. Das Anbieterfeld besteht hier ausschließlich aus Teilnehmernetzbetreibern mit eigener Infrastruktur. Der Markt ist zunehmend Substitutionswettbewerb durch Breitbandanschlüsse und in gewissem Umfang auch durch Mobilfunkanschlüsse ausgesetzt. Das Marktvolumen betrug im Jahr 2006/2007 zwischen 7-10 Mrd. €¹²⁹

¹²⁵ DTAG, Schriftsatz vom 25. März 2008, S. 9 f. (Blatt 428 d.A.)

¹²⁶ DTAG, Schriftsatz vom 25. März 2008, S. 8. (Blatt 427 d.A.)

¹²⁷ Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und – dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung), http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/879/1_34420071228de00650069.pdf

¹²⁸ BNetzA, Festlegung zum Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten und Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten S. 45, http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/library?l=/germany/adopted_measures/de20050306-0307-0308-030&vm=detailed&sb=Title

¹²⁹ Das genaue Marktvolumen ist ein Geschäftsgeheimnis, BNetzA, Schreiben vom 29. Februar 2008, S. 3 (Blatt 150 d.A.); Umsätze für 2007 liegen für das erste Halbjahr vor. Die von den Beteiligten zugrun-

223. Nach den Feststellungen der BNetzA ergeben sich für die Jahre 2005, 2006 und das 1. Halbjahr 2007 folgende Marktanteile¹³⁰:

Anbieter	2005	2006	1. HJ. 2007
DTAG	70-90%	70-90%	65-85%
Arcor	1-10%	1-10%	1-10%
HanseNet	0-5 %	0-5%	0-5%
EWE TEL	0-5%	0-5%	0-5%
Übrige	10-20%	10-20%	10-20%

224. Hier ist bereits der sehr hohe Marktanteil der DTAG ein starkes Indiz für eine bestehende marktbeherrschende Stellung. Entgegen der Ansicht von Pepcom sind signifikante Marktanteilsverluste hier nicht feststellbar.¹³¹ Der Marktanteilsabstand zum nächstgrößeren Wettbewerber ist extrem hoch. Das Wettbewerbsfeld ist auch hier zersplittert und mit der TAL (sowie den Zusammenschaltungsleistungen) von Vorleistungen der DTAG abhängig. Darüber hinaus genießt die DTAG durch ihre nahezu flächendeckende Verbreitung von Festnetzanschlüssen einen überragenden Zugang zu den Absatzmärkten. Die Marktzutrittsschranken sind wegen der Netzgebundenheit des Produktes exorbitant hoch.

225. Zu berücksichtigen ist allerdings der bestehende Substitutionswettbewerb durch andere Infrastrukturen, die die Marktstellung der DTAG jedoch nur in geringem Umfang relativieren können. Die von VoIP ausgehenden Substitutionseffekte werden derzeit wesentlich ebenfalls von der DTAG getragen, so dass hierdurch die Marktposition eher weiter abgesichert wird. Substitutionswettbewerb geht allerdings nach Feststellungen der BNetzA zunehmend von den Mobilfunknetzen aus. Ca. ein Viertel des ge-

delegte Zahl von 37 Mrd. €bezieht offensichtlich auch alle Verbindungsumsätze ein. Die Verbindungen bilden jedoch eigene Märkte und werden von den Beteiligten auch nicht als Verbesserungsmärkte für die Darlegung der Abwägungsklausel in Anspruch genommen.

¹³⁰ Die genauen Anteile sind Geschäftsgeheimnisse, BNetzA, Schreiben vom 29. Februar 2008, S. 3. (Blatt 150 d.A.)

¹³¹ Vgl. Pepcom, Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 11. (Blatt 405 d.A.)

samten Gesprächsvolumens entfallen auf die Mobilfunknetze.¹³² Von einer hinreichenden Begrenzung des bestehenden Verhaltensspielraumes kann jedoch hier nicht gesprochen werden. Nur 10 % der Haushalte haben den Festnetzanschluss tatsächlich durch einen Mobilfunkanschluss ersetzt und nutzen nur noch letzteren. Im europäischen Vergleich ist dies – trotz hoher Mobilfunk-Penetrationsraten – ein eher niedriger Anteil.¹³³ Schließlich erfüllt Mobilfunk gegenüber der Festnetztelefonie noch schwerpunktmäßig einen anderen – mobilen und damit komplementären – Bedarf, der sich in dem Nutzungsverhalten deutlich niederschlägt.¹³⁴

II. Zusammenschlussbedingte Verbesserungswirkungen

226. Die Parteien haben nachgewiesen, dass es durch den Zusammenschluss zu Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf den Anschlussmärkten kommen wird.

1. Strukturelle Verbesserungen

227. Als Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen kommen nur solche Umstände in Betracht, die sich auf die Marktstruktur auswirken.¹³⁵ Grundlage für die vergleichende Betrachtung bilden damit grundsätzlich die gleichen Strukturmerkmale, welche nach § 36 Abs. 1 GWB für die Verschlechterung der Marktstruktur zugrunde zu legen sind.¹³⁶ Danach können Verbesserungen im vorliegenden Fall angenommen werden, weil mit der Integration der reinen NE 4-Teilnetze einerseits und der Zusammenführung zersplitterter Teilnetze andererseits eine spezifische Zugangssperre zu den Absatzmärkten in erheblichem Umfang abgemildert wird und hierdurch ein struktureller Nachteil gegenüber der DTAG und den Wettbewerbern auf den Anschlussmärkten

¹³² BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007 im Bereich der Telekommunikation, S. 33.

¹³³ BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007 im Bereich der Telekommunikation, S. 34.

¹³⁴ BNetzA, Schreiben vom 29. Februar 2008, S. 4f. (Blatt 151 d.A.)

¹³⁵ BGH, Beschluss vom 8.2.1994, *Anzeigenblätter II*, WuW/E BGH 2899, 2902f.; Beschl. v. 26.5.1987, *Niederrheinische Anzeigenblätter*, WuW/E BGH 2425, 2432.; BKartA, Beschl. v. 28.12.2004; B7-154/06 – *SES/DPC*; Rdnr. 176; *IM-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 321.

¹³⁶ *IM-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36 Rdnr. 321; *Bechtold*, GWB, § 36 Rdnr. 26; vgl. aber BKartA, Beschluss vom 6.6.2007, B 3 - 06/07, *LBK/Mariahilf*, Rdnr. 270 zur Berücksichtigung von Effizienzen. <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion07/B3-6-07.pdf>, gerade nicht zugrunde zulegen ist daher – entgegen der Ansicht von Pepcom. Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 12 (Blatt 406 d.A.), die Verbesserung einzelner Wettbewerbsparameter in Bezug Qualität oder Preis; hierbei handelt es sich nicht um strukturelle Wettbewerbsbedingungen..

beseitigt wird. Durch die Beseitigung bzw. Abmilderung dieser Hemmnisse wird im vorliegenden Fall das (direkte) Angebot von breitbandigen Internetzugängen für mehr als 800.000 WE für die Kabelbreitbandversorgung möglich und ist auch tatsächlich zu erwarten, so dass eine Intensivierung des Infrastrukturwettbewerbs auf den betroffenen Anschlussmärkten bewirkt wird.

a) Möglichkeit der direkten Vermarktung von Breitbandprodukten durch KDG

228. Durch den Zusammenschluss ergibt sich für die KDG in erheblichem Umfang die Möglichkeit der eigenen Vermarktung von Breitbandprodukten in den Zielnetzen sowie in eigenen, bisher nicht ausgebauten Netzen und damit ein verbesserter Zugang zu den Absatzmärkten der Breitbandprodukte.

aa) Zusammenführung der NE 3 und 4

229. Mit dem geplanten Erwerb der Anteile an den Zielgesellschaften werden insgesamt über 100.000 bisher von der NE 3 getrennte Teilnetze der NE 4 mit insgesamt zwischen 750.000 und 950.000 tatsächlich an das Kabelnetz angeschlossenen und inkassierten WE integriert. Auf der NE 4 wird dabei in Teilnetzen der Zielgesellschaften mit mehr als 700.000 anschließbaren WE ein breitbandiger Internetzugang bisher nicht bzw. nicht aktiv durch Tele Columbus/Orion vermarktet.¹³⁷

230. Mit der Zusammenführung der NE 3 und 4 erhält die KDG die Möglichkeit, das eigene Breitbandprodukt dem Endkunden direkt anzubieten und die hierfür nötigen Unternehmensentscheidungen über die erforderlichen Investitionen – zu denen u.a. auch der Ausbau der NE 4 gehört – selbst zu treffen.¹³⁸ Maßgeblich hierfür ist die Zusammenführung des Eigentums bzw. der rechtlichen und technischen Verfügungsmacht über die Netze.

¹³⁷ Vgl. Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Schaubild 1, S. 13, Rdnr. 16 (Blatt 11 d.A.)

¹³⁸ Vgl. bereits BKartA, Beschl. vom 4.4.2001 – B 7-205/00 – *Callahan/Netcologne*, S. 17 ff. http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion01/B7_205_00.pdf; *Monopolkommission*, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Tz. 857; *Monopolkommission*, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Tz. 456; *Monopolkommission*, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Rz. 633 ff.; *wik-consult*, Kabelinternet in Deutschland, Policy Paper für den Deutschen Kabelverband, November 2006, S. 44 ff., http://www.deutscherkabelverband.de/web/cms/upload/pdf/06-12-14_Studie_Kabelinternet_in_Deutschland.pdf

231. Die Kabelnetze in Deutschland weisen die Besonderheit auf, dass die NE 3 und 4 bezüglich der Eigentümerstruktur und der technischen Zuständigkeit in sehr vielen Fällen voneinander getrennt sind. Der Betreiber von Netzen auf der NE 3, die die Fernsehsignale von Fernsehveranstaltern entgegen nehmen und zu den Hausübergabepunkten zu Netzen der NE 4 transportieren, haben damit sehr häufig nicht selbst den Zugang zu den Hausnetzen. Die NE 4 umfasst den Betrieb des Kabelnetzes im Haus selbst. Dieser Teil wurde in den 80er Jahren von dem Netz der damaligen Deutschen Bundespost abgetrennt und kleinen und mittleren Unternehmen übergeben (sog. Handwerkererklärung). Die Unternehmen der NE 4 beziehen die Signale zum größten Teil nach wie vor von den Nachfolgegesellschaften der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Telekom AG (die heutigen Regionalgesellschaften KDG, Unity Media und KBW). Es handelt sich hierbei um eine stark fragmentierte Landschaft von bis zu 500 professionellen Kabelnetzbetreibern auf der NE 4, die über die Signallieferungsverträge mit den Regionalgesellschaften ca. 10,5 Mio. WE versorgen.¹³⁹
232. Einige NE 4-Betreiber mit Teilnetzen haben sich von der Leistung der Regionalgesellschaften im Laufe der Jahre unabhängig gemacht, in dem sie eigene NE-3-Abschnitte (mittels eigener Kabelkopfstationen, sog. SMATV-Anlagen) aufgebaut haben („integrierte Netze“). Hieraus sind einige größere Netzbetreiber entstanden – insbesondere die Veräúßerin Orion/PrimaCom/EWT – die über ganz Deutschland verteilt zu einem nicht unerheblichen Anteil integrierte Netze betreiben. Ca. 11 Mio. WE werden von professionellen alternativen integrierten Kabelnetzbetreibern versorgt, die aus der NE 4 heraus entstanden sind.
233. Grundsätzlich steht das Kabelnetz der NE 4 im Eigentum des Netzbetreibers, der es errichtet hat.¹⁴⁰ Wird das Hausnetz – wie es vor allem in größeren Mehrfamilienanlagen häufig der Fall ist – von einem professionellen Kabelnetzbetreiber betrieben, steht es – soweit er es selbst errichtet hat – im Eigentum des NE-4-Betreibers. Andernfalls schließen diese mit dem Hauseigentümer in der Regel eine Versorgungsvereinbarung ab, die ihnen auch das Eigentum oder jedenfalls die Verfügungsbefugnis

¹³⁹ vgl. FRK, Der Breitbandkabelmarkt in Deutschland, <http://www.kabelverband-frk.de/markt/markt.html>.

¹⁴⁰ Vgl. BGH NJW 2003, 3762 wonach das Hausnetz nur Scheinbestandteil gemäß § 95 BGB ist.

über das Hausnetz überträgt. Ist der Betreiber ein von dem NE-3-Betreiber unabhängiger reiner NE-4-Betreiber, der das Fernsehsignal (und sonstige Dienste) von einem Kabelnetzbetreiber auf der NE 4 bezieht, fallen die Eigentumsverhältnisse und Verfügungsbefugnisse auf der NE 3 und der NE 4 auseinander. Der Kabelnetzbetreiber auf der NE 3 hat keine eigene Zugangs- und Verfügungsberechtigung über das Hausnetz. Ihm ist darüber hinaus der Kundenzugang durch ein direktes Angebot eigener Produkte, für die das Hausnetz genutzt würde, in den Gestattungsverträgen untersagt.¹⁴¹

234. Ohne den direkte Endkundenzugang und die Verfügungsmacht über beide NE kann der Kabelnetzbetreiber die für die Vermarktung erforderlichen koordinierten Investitionen in den Ausbau von NE 3 und 4 und die Vermarktungsaktivitäten, die für Internet- und Telefonieangebote nötig ist, nicht selbst betreiben.
235. Auf der NE 3 müssen hierfür die herkömmlichen Verstärker gegen bidirektionale Verstärker ausgetauscht werden. So genannte Points of Presence (PoPs) und Cable Modem Termination Systems (CMTS) – die Schnittstellen für den Internetverkehr zwischen Kabelfernseh- und IP-Datennetz – müssen installiert werden, die Backbone-Anbindung der PoPs muss realisiert werden.¹⁴² Auf der NE 4 müssen ebenfalls die Verstärker ausgetauscht werden. Zudem ist es bei steigender Nutzungsintensität des Kabelinternet als sog. shared medium erforderlich, die Hausnetze mit Baum- bzw. Etagensternverkabelung mit einer Sternverkabelung auszurüsten. Dadurch dass es sich bei dem Breitbandanschlussprodukten um bidirektionalen Verkehr handelt, stellen Kabelmodem und CMTS ein integriertes System dar, das aufeinander abgestimmt sein muss. Darüber hinaus müssen über beide NE hinweg die gleichen technischen Qualitätsstandards gewährleistet sein. Die Entstörung erfordert die Lokalisierung der Störung und Zugang zu den Netzen über beide NE.¹⁴³
236. Soweit es bei getrennten NE zu einer Vermarktung von breitbandigen Internetzugängen kommt, erfolgt dies über Vermarktungsvereinbarungen zwischen dem NE-3 –

¹⁴¹ Vgl. BGH aaO und für den vorliegenden Fall KDG, Schriftsatz vom 20. Februar 2008 Anlage 2 (Fragebogen vom 15. Februar 2008), S. 5. (Geschäftsgeheimnis).

¹⁴² Vgl. im Einzelnen die auf das KDG-Netz bezogenen erforderlichen Ausbaumaßnahmen im Schriftsatz der KDG vom 15. Februar 2008, Anlage 1 (Fragebogen), S. 9 ff (Blatt 131 d.A.) und Anmeldung, Anlage 21 (Geschäftsgeheimnis).

¹⁴³ Vgl. zum Ganzen auch *wik-Consult* a.a.O. S. 44 f.

und dem NE-4 – Betreiber. Im Fall der KDG besteht eine entsprechende Kooperationsvereinbarung vom April 2004 mit der Tele Columbus Gruppe, die für die Zielgesellschaften TC Nord, KMG, KCB, RKS Niedersachsen und KCW gilt und auf deren Grundlage die Tele Columbus-Gesellschaften das Breitbandprodukt der KDG unter eigener Marke vertreiben und bewerben können.¹⁴⁴ Hierfür müssen in erheblichem Umfang die Aufgabenverteilung, Investitionen und Koordinierung der Vermarktungstätigkeit vertraglich festgelegt und durchgeführt werden. Der KDG ist dabei auch hier das direkte Angebot ihres Produkts an die Kunden der Zielgesellschaften untersagt¹⁴⁵ und – wie oben dargestellt – auch faktisch wegen der fehlenden technischen und rechtlichen Verfügungsbefugnis über die NE 4 nicht möglich. Die KDG hat damit nicht die Alternative, die Vermarktung selbst zu übernehmen, wenn die Zusammenarbeit mit dem Kooperations- und Vertriebspartner nicht erfolgreich betrieben werden kann.

237. Soweit Netcologne und wohl auch Pepcom einwenden, dass es im Hinblick auf diese Kooperationsmöglichkeiten von vornherein keine Zugangssperre zu den Absatzmärkten gebe¹⁴⁶, übersehen die Unternehmen, dass es bei der hier maßgeblichen strukturellen Verbesserung zunächst um den direkten Zugang geht, der bei getrennten Netzebenen durch den Netzbetreiber auf der NE 3 schon aus Rechtsgründen nicht besteht. Kooperationen mögen in vielfältigen Formen denkbar sein und ein Internet- und Telefonieangebot ermöglichen, sie gewähren jedoch immer nur die zwangsläufige indirekte Vermarktung über eine weitere Marktstufe.

bb) Angliederung integrierter Netze

238. Mit dem geplanten Erwerb der Anteile an den Zielgesellschaften übernimmt die KDG darüber hinaus zwischen 1500 und 3000 nicht ausgebaute integrierte Netze (sog. „Sat“-Netze) mit maximal 275.000 angeschlossenen und inkassierten WE. Bei diesem Zusammenschluss handelt es sich nicht um die Integration von bisher eigentumsrechtlich getrennten NE, sondern um die Übernahme bereits aus der NE 4 heraus integrierter Netze mit eigenen Kopfstationen. Ein direkter Zugang zu den Absatzmärkten

¹⁴⁴ Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rdnr. 191 ff. (Geschäftsgeheimnis).

¹⁴⁵ KDG, Schriftsatz vom 20. Februar 2008, Anlage 2 (Fragebogen vom 15. Februar 2008), S. 5. (Geschäftsgeheimnis).

¹⁴⁶ Netcologne, Schriftsatz vom 25. März 2008, S. 3 (Blatt 436 d.A.); Pepcom, Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 13. (Blatt 407 d.A.).

ten ist hier jedenfalls den Zielgesellschaften unter dem Gesichtspunkt der Verfügungsmacht über die NE möglich.

239. Es ergibt sich jedoch in diesen Fällen die sofortige Möglichkeit zur erstmaligen Vermarktung von Breitbandprodukten, wenn der Eigentümerwechsel zum Anschluss des bisher nicht ausgebauten integrierten Netzes an eine bereits ausgebaute NE 3 führt und das Hausnetz auf der NE 4 dann von dem NE-3-Betreiber im Rahmen seiner eigenen Vermarktung von Internet und Telefonie ebenfalls ausgebaut wird. Dieses ist bei einem Teil der integrierten Zielnetze für mehr als 100.000 WE der Fall.¹⁴⁷

b) Tatsächlicher Netzausbau und Angebot von TK-Anschlussprodukten

240. Es ist auch zu erwarten, dass die KDG Breitbandprodukte in den erworbenen Teilnetzen auf der NE 4 für insgesamt mehr als 800.000 anschließbare WE und darüber hinaus in eigenen Netzen im Umfang von max. 50.000 WE tatsächlich vermarkten und hierfür die Netze ausbauen wird. Soweit die KDG auf weitere eigene Kunden für die Verbesserungswirkungen verweist, kann dem nicht gefolgt werden, da nach eigenem Vortrag hier bereits das „Solo-Produkt“ direkt angeboten wird.

aa) Erforderlichkeit der tatsächlichen Vermarktung von Anschlussprodukten für Eintritt der Verbesserungswirkungen

241. Strukturelle Verbesserungswirkungen im Sinne des § 36 Abs. 1, 2. HS GWB können aus Sicht des Bundeskartellamtes im vorliegenden Fall erst dann angenommen werden, wenn zu erwarten ist, dass die Vermarktung von Anschlussprodukten auch tatsächlich erfolgen wird.¹⁴⁸ Insbesondere kann die Zusammenführung der NE allein nicht schon als strukturelle Verbesserungswirkung bezogen auf den Markt für Anschlussprodukte gesehen werden. Umgekehrt schließt die Tatsache, dass noch weiteres Verhalten für die Verbesserungswirkung notwendig ist, die Anwendung der Abwägungsklausel nicht prinzipiell aus.

¹⁴⁷ Vgl. Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rdnr. 156f. (Blatt 61 d.A.).

¹⁴⁸ Vgl. BKartA, Beschl. vom 4.4.2001, B7-205/00 – *Callahan/Netcologne*, S. 19 f.; BKartA, Beschl. 22.2.2002, B7-168/01 – *Liberty/KDG*, Rdnr. 203 ff.; aA wohl *Monopolkommission*, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Tz. 453 und 456.

242. Die Zusammenführung von Netzen der NE 4 mit Netzen der NE 3 kann eine nach § 36 Abs. 1, 2 HS GWB relevante Verbesserungswirkung allein nicht begründen. Die Verbesserungswirkungen müssen nach Wortlaut und Zweck der Norm zwingend auf einen Markt und die dortigen Wettbewerbsbedingungen bezogen sein. Das hier betroffene Strukturmerkmal des Zugangs zu den Absatzmärkten macht diesen Bezug deutlich. Der Zugang zu den Absatzmärkten ist aber nur dann tatsächlich betroffen, wenn ein Angebot von Breitbandanschlussprodukten an die mit der Integration der Netze direkt ansprechbar gewordenen Endkunden auch tatsächlich erfolgt.
243. Allein aus einer Netzzusammenführung kann noch nicht geschlossen werden, dass insbesondere der für die Vermarktung erforderliche Netzausbau auf den NE 3 und 4 auch ohne Weiteres erfolgt. Denn zum Einen machte jede Netzzusammenführung mit dem damit gewonnenen direkten Endkundenzugang nach den bisherigen Erfahrungen der Beschlussabteilung als solches auch schon für die Tätigkeit auf den Kabelmärkten Sinn, insbesondere wenn eigene Pay-TV-Interessen verfolgt werden. Zum Anderen erfordern der Netzausbau und das Angebot von Anschlussprodukten massive Investitionen, die sich außerdem nicht für jeden Netzcluster lohnen. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung kann sich die Aufrüstung der Netze mit dem Anschluss an einen Internet-Backbone sowie der Betrieb eines eigenen PoPs mit CMTS erst bei Netzcluster von mindestens 3000-5000 WE rentieren. KDG trägt vor, dass eine Netzaufrüstung auf der NE 3 für Internet- und Telefonie-Angebote sogar erst bei erheblich größeren Netzclustern wirtschaftlich sei.¹⁴⁹ Diese Berechnungen sind außerdem auf der Grundlage der nicht abgesicherten Prognose erstellt, dass mit dem Angebot der Anschlussprodukte auch eine bestimmte Anzahl von der erreichten Kunden ([5 bis 35%]) gewonnen werden. Der Erwerb von Teilnetzen, der nicht zumindest hinreichende Netzcluster entstehen lässt, kann daher von vornherein den Zugang zu den Anschlussmärkten nicht verbessern.

¹⁴⁹ Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rdnr. 166 (Geschäftsgeheimnis) und Schriftsatz der KDG vom 15. Februar 2008, Anlage 1 (Fragebogen), S. 14 (Geschäftsgeheimnis); vgl. auch *wik-consult* a.a.O., S. 52 f., die Beschlussabteilung weist darauf hin, dass bei Zugrundelegung des in diesem Punkt vehementen Vortrags von Pepcom, wonach bereits ab ca. 1000 WE Internet und Telefonie möglich seien, die Verbesserungswirkungen im vorliegenden Fall erheblich größer wären. Es kann hier im Übrigen nur auf die Vermarktungsbereitschaft der KDG ankommen und damit auf deren Aufrüstungskonzept.

244. Die Tatsache, dass der Netzausbau und das tatsächliche Angebot eine erneute Unternehmensentscheidung über erhebliche Investitionen und ein zusätzliches Verhalten nach dem Zusammenschluss für den Eintritt der Verbesserungswirkung erfordert, spricht jedoch umgekehrt nicht grundsätzlich gegen die Anwendbarkeit der Abwägungsklausel. Auch in der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Erforderlichkeit eines zusätzlichen Verhaltens für die strukturelle Verbesserung zunächst kein grundsätzliches Anwendungshindernis darstellt.¹⁵⁰
245. Allerdings können vorgetragene geplante Unternehmensentscheidungen und ein spezifischer Ressourceneinsatz als Folge eines Zusammenschlusses den Nachweisanforderungen für strukturelle Verbesserungswirkungen im Sinne der Abwägungsklausel allein nicht genügen. Ein Business Plan beeinflusst die Marktstruktur und die Wettbewerbsbedingungen auf einem Markt zunächst noch nicht. Derartige Verhaltenserwartungen sind außerdem mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Dies gilt insbesondere für umfangreiche Investitionsplanungen wie die im vorliegenden Fall betroffenen Unternehmensentscheidungen. Eine laufende Investitionsbereitschaft und die Fähigkeit dazu kann angesichts meist nicht vorhersehbarer Markt- und Unternehmensentwicklungen grundsätzlich nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit sichergestellt werden.¹⁵¹
246. Nach der Rechtsprechung ist daher bei der Frage des Ressourceneinsatzes im Rahmen der Abwägungsklausel maßgeblich, ob die wirtschaftlichen Verhältnisse auf dem betreffenden Markt es dem Marktteilnehmer derart nahe legen, seine Ressourcen für die Wettbewerbstätigkeit auf dem Markt einzusetzen, dass dieses Verhalten mit ausreichender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann.¹⁵² An die Voraussetzungen für diese Erwartung dürfen keine zu geringen Anforderungen gestellt werden, denn bei der Anwendung der Abwägungsklausel geht es darum, ob ausnahmsweise von der Untersagung eines Zusammenschlusses abgesehen werden kann, obwohl bereits die

¹⁵⁰ Vgl. z.B. BGH, Beschl. vom 08.02.1994, WuW/E BGH 2899, 2903 – *Anzeigenblätter II* zur Frage der Berücksichtigung eines Finanzkraftzuwachses bei einem Unternehmen, das diesen dann möglicherweise für Wettbewerbsimpulse auf einem Verbesserungsmarkt hätte verwenden können.

¹⁵¹ So auch *Monopolkommission*, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Tz. 453, mit Hinweis auf das Verbot von förmlichen Verhaltensauflagen, das informelle Zusagen im Rahmen der Abwägungsklausel als noch fraglicher erscheinen lassen. So auch *IM-Mestmäcker*, GWB, § 36, Rdnr. 322.

¹⁵² BGH a.a.O – *Anzeigenblätter II*.

Erwartung begründet ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.¹⁵³

bb) Hinreichende Wahrscheinlichkeit des Netzausbaus und der Vermarktung

247. Nach diesen Grundsätzen ist ein Netzausbau auf beiden NE und das Angebot von Breitbandanschlussprodukten inklusive Telefonie für mehr als 800.000 WE mit ausreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, da es die wirtschaftlichen Verhältnisse auf den Anschlussproduktmärkten der KDG nahelegen, ihre Ressourcen für die direkte Vermarktung von Breitbandprodukten und damit für den verbesserten Zugang zu diesen Absatzmärkten einzusetzen.
248. Hinsichtlich der Zusammenführung der zuvor getrennten NE ist für mehr als 600.000 WE die direkte Vermarktung von Breitbandprodukten in den hinzukommenden Netzen der NE 4 und deren Ausbau schon wegen der bereits getätigten Investitionen der KDG in die dort vorhandene NE 3 mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten.¹⁵⁴ Dies gilt auch für die Angliederung der bisher nicht ausgebauten integrierten Netze mit mehr als 100.000 WE an die ausgebauten NE 3 der KDG. Der Netzausbau auf der NE 3 erforderte dabei – wie oben dargestellt – neben dem Rückkanal und den Verstärkern die Installation von PoPs und CMTS sowie die Anbindung der PoPs an ein Backbone. Ein CMTS befindet sich in einer Kopfstelle und ist eine spezifische Komponente, die gerade für High Speed Datendienste, wie Internet oder VoIP eingesetzt wird. Hierauf entfällt auch ein erheblicher Anteil der Investitionen.¹⁵⁵ Unter diesen Umständen ist nach kaufmännisch vernünftigen, ökonomischen Erwägungen nicht zu erwarten, dass diese Investitionen nicht auch für die neu angeschlossenen Netze der NE 4 sofort nutzbar gemacht würden, da hierdurch eine erhebliche Vergrößerung der vermarktbareren Basis erreicht würde.
249. Soweit Netcologne darauf hinweist, dass insoweit bereits alle wesentlichen Investitionen getätigt seien und daher mit dem Zusammenschluss auch keine Verbesserungs-

¹⁵³ BGH a.a.O – *Anzeigenblätter II*.

¹⁵⁴ Mit Schriftsatz vom 20.2.08, Anlage 2, S. 12 (Geschäftsgeheimnis) hat die KDG bestätigt, dass der für Ende 2007 vorgesehene Ausbau von weiteren hier betroffenen NE-3-Abschnitten tatsächlich erfolgt ist, vgl. Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rdnr. 137. (Blatt 53 d.A.).

¹⁵⁵ Anmeldung, Anlage 20, S. 3; sowie Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rdnr. 194. (Geschäftsgeheimnis).

wirkungen mehr eintreten¹⁵⁶, übersieht das Unternehmen, dass die Verbesserungswirkungen nicht in der Ermöglichung von Investitionen liegt, sondern im den verbesserten Zugang zu den Absatzmärkten und der dadurch ermöglichten direkten Vermarktung von Anschlussprodukten. Wie oben dargestellt ist das Erfordernis eines weiteren Ressourceneinsatzes, der die verbesserten Zugang erst ermöglichen würde, vielmehr grundsätzlich ein Problem, das bei bereits ausgebauter NE 3 mit spezifischer Internet- und Telefoniertechnik jedoch keine Rolle spielt.

250. Für max. 150.000 WE an Netzen der Zielgesellschaften und max. 50.000 WE an eigenen Netzen der KDG wäre allerdings auch die NE 3 noch auszubauen. Dieses ist jedoch ebenfalls mit ausreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, da mit der Zusammenführung nach Darlegung der KDG hinreichende Netzcluster für das Angebot von Breitbandprodukten entstehen und die Marktverhältnisse der KDG den Ausbau auch nach dem eigenen Geschäftsmodell nahelegen.
251. Diese WE werden zusammen mit einer erheblichen Anzahl von WE am KDG-Netz in mehreren Teilnetzen an die NE 3 der KDG anschließbar und können wegen der damit erreichten Clustergrößen mit Internet und Telefonie versorgt werden. Verbesserungswirkungen sind hier daher für insgesamt knapp 200.000 WE nachgewiesen. Die KDG hat insoweit zunächst substantiiert dargelegt, dass für einen NE-3-Ausbau nach den von der KDG zugrundegelegten Wirtschaftlichkeitsberechnungen ausreichende Clustergrößen durch die Angliederung der NE-4-Teilnetze mit insgesamt mehr 100.000 Wohneinheiten erreicht werden.¹⁵⁷
252. Bedeutsam sind schließlich die sowohl auf den Kabelmärkten, als auch auf den Anschlussmärkten herrschenden Marktverhältnisse, die den Ausbau der NE 3 und das Angebot von Breitbandprodukten bei hinreichenden Netzclustern nahelegen. Dies gilt zunächst für den auf den Kabelmärkten bedeutsamen Gestattungswettbewerb, der nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung zunehmend auch von dem Angebot von Internet und Telefonie geprägt ist. Nach Auskunft der Wohnungswirtschaft bilden diese Angebote heute einen wesentlichen Gesichtspunkt bei der Auswahl des Kabelnetzbetreibers im Rahmen einer Ausschreibung oder eines informellen Verhand-

¹⁵⁶ Netcologne, Schriftsatz vom 25. März 2008, S. 6 f. (Blatt 439 d.A.).

¹⁵⁷ Hierzu im Einzelnen KDG, Schriftsatz vom 15. Februar 2008, Anlage 1/19 neu und Anlage 1/4d.) und 4e.) (Geschäftsgeheimnisse).

lungsverfahrens über die Vergabe von Gestattungs- und Versorgungsverträgen. Die Kabelnetzbetreiber werden daher zunehmend mit dieser Forderung konfrontiert und für ihre Wettbewerbsfähigkeit entsprechende Angebote entwickeln müssen. Die KDG hat das sog. „Triple Play“ auch bereits als Geschäftsmodell übernommen, so dass mit dem Erwerb der Zielgesellschaften der Ausbau der Internet- und Telefonieaktivitäten im Hinblick auf die Erfordernisse des Gestattungswettbewerbs zu erwarten ist.

253. Aber insbesondere die Marktverhältnisse auf dem Markt für Breitbandanschlussprodukte legen den möglichst zeitnahen Ausbau der Netze nahe. Denn der Markt befindet sich in der Expansionsphase mit einem ganz erheblichen Vorsprung der DSL-Technologie. Ca. 95 % der Breitbandanschlüsse werden derzeit mit DSL realisiert.¹⁵⁸ Wegen der vergleichsweise hohen Verfügbarkeit von DSL in Deutschland hat die Technologie einen erheblichen zeitlichen Wettbewerbsvorsprung, der praktisch nur während der noch anhaltenden Expansionsphase aufgeholt werden kann. Denn derzeit kann noch mit hohen Wachstumsraten gerechnet werden. Ende 2007 ist eine Breitbandpenetration von 50 % erreicht worden. Dies lässt darauf schließen, dass sich der Markt in den kommenden zwei bis drei Jahren der Sättigungsgrenze nähert.¹⁵⁹ Bei hohen Wachstumsraten ist der Auf- bzw. Ausbau einer alternativen Infrastruktur ökonomisch gut vertretbar, da nur dann mit einer hinreichenden Amortisation der erheblichen Investitionen gerechnet werden kann. Tritt dagegen der Markt in die Stagnations- oder Sättigungsphase, können Investitionen nur durch einen Wechsel der Bestandskunden auf die neue Infrastruktur amortisiert werden, was bei den hier betroffenen Dimensionen kaum möglich erscheint. Insbesondere die Expansionsphase des Breitbandmarktes legt daher den schnellen Ausbau der Netze nahe.
254. Darüber hinaus kann schließlich der Vorstoß der DTAG und anderer TK-Anbieter hinsichtlich des sog. „Triple Play“ berücksichtigt werden, die das eigene Angebot von Breitbandanschlüssen in Form des Triple Play auch der KDG nahelegen. Mit ADSL 2+ und mit VDSL wird IP-TV in zunehmend wettbewerbsfähiger Form möglich, wenn es auch mit derzeit bestehenden und in der Prognose auch weiterhin zu erwartenden erheblichen Einschränkungen hinsichtlich der Wechselmöglichkeiten der

¹⁵⁸ BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich Telekommunikation, S. 13.

¹⁵⁹ BNetzA, Schreiben vom 29. Februar 2008, S. 2f. (Blatt 149 d.A.); die Behauptung von Pepcom, Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 14 (Blatt 408 d.A.), dass es sich bei den Breitbandanschlüssen um einen bereits saturierten Markt handele, ist bei Wachstumsraten von 30 % und mehr schlechterdings nicht nachvollziehbar.

Nachfrager verbunden ist. Zur Absicherung der eigenen Marktposition auf den Kabelmärkten liegt der weitere Ausbau der Netze nahe.

255. Soweit Netcologne meint, dass eine „bedingungslose Vermarktungsbereitschaft“ der KDG nicht nachgewiesen sei und dabei die Verfügbarkeit der Anschlussprodukte von Liegenschaft zu Liegenschaft nachgewiesen werden müsse¹⁶⁰, verkennt das Unternehmen den Maßstab für diese Prognose. Wie oben dargestellt ist hierfür die „ausreichende Wahrscheinlichkeit“ erforderlich aber auch hinreichend.

2. Kausalität

256. Die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen werden auch kausal durch den Zusammenschluss bewirkt. Denn ohne den Zusammenschluss ist auf Grund der gegebenen und der zukünftig auf dem Markt zu erwartenden Marktverhältnisse unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und nach allgemeiner Erfahrung über wirtschaftliches Verhalten eine gleichwertige Verbesserung nicht zu erwarten.¹⁶¹ Hierbei ist vor allem bedeutsam, dass die Verbesserungen ohne den Zusammenschluss nicht mit der für die gegenwärtigen Marktverhältnisse auf dem Breitbandanschlussmarkt erforderlichen Geschwindigkeit eintreten.¹⁶²

a) Koordinierte Vermarktung durch Kooperationen mit Zielgesellschaften

257. Der koordinierte Ausbau von NE 3 und NE 4 durch Kooperationen mit den Zielgesellschaften ist keine gleichwertige Alternative für die Vermarktung von Anschlussprodukten über die Kabelinfrastruktur. Die Kooperationen mit Tele Columbus zeigen zwar, dass verschiedene Formen als Geschäftsmodell grundsätzlich in Betracht kommen und die Vermarktung von Anschlussprodukten in strukturell getrennten Netzen prinzipiell im Rahmen von Vermarktungsvereinbarungen erfolgen können.¹⁶³ Es ist jedoch nachgewiesen, dass die Schwierigkeiten der Koordinierung hinsichtlich der Investitionen und der Vermarktung erheblich sind, so dass es zu einer tatsächlichen

¹⁶⁰ Netcologne, Schriftsatz vom 25. März 2008, S. 7 f. (Blatt 440 d.A.).

¹⁶¹ BGH WuW/ E BGH 1533, 1541 „Erdgas Schwaben“; KG, Beschluss vom 7.11.1985, *Pillsbury – Sonnen-Bassermann*, WuW/E OLG 3759, 3767; IM-*Mestmäcker/Veelken*, § 36 GWB, Rz. 307.

¹⁶² BGH a.a.O.

¹⁶³ So auch *wik-consult* a.a.O., S. 49.

aktiven Vermarktung mit Ausbau der Netze auf beiden NE entweder nicht oder gegenüber der direkten Vermarktung durch den NE-3-Betreiber nur mit erheblicher Verzögerung kommt. Darüber hinaus ist eine Gleichwertigkeit der koordinierten Vermarktung gegenüber dem direkten Zugang zu den Absatzmärkten in diesem Zusammenhang auch deshalb zu verneinen, weil der NE-3-Betreiber in jedem Fall gezwungen bleibt, seine Produkte über eine weitere Vertriebsstufe zu vermarkten, auch wenn sich die Kooperation als erfolglos erweist.

258. Eine Koordinierung ist im Rahmen einer Kooperation an verschiedenen Punkten in erheblichem Umfang erforderlich. Hierzu gehören die Vereinbarung der verschiedenen Aufgaben, das Marketing und die Produktdefinition, das Vertragsmanagement, die Installation, der Kundenservice und die Abrechnung.¹⁶⁴ Bedeutsam ist nach den Darlegungen der KDG hierbei auch und vor allem die Frage der Investitionsbereitschaft und –koordinierung beider Vertragspartner. Der NE-4-Betreiber ist nach den Vereinbarungen in der Pflicht, die NE 4 auszubauen sowie entsprechende Kundengewinnungskosten aufzubringen. Umgekehrt ist der NE-3-Betreiber für die Aufrüstung der eigenen Netze zuständig. Es besteht dabei ein hohes Risiko beider Partner, dass die eigenen Investitionen aufgrund der Entscheidung des jeweils anderen Partners, eine Investition in den Ausbau seiner NE nicht zu tätigen, nicht mehr refinanziert werden können. Eine Netzaufrüstung insbesondere auf der NE 3 muss damit in hohem Maße im Vertrauen auf die Aufrüstung der NE 4 durch den Kooperationspartner erfolgen.¹⁶⁵
259. Dieses zeigt sich auch in erheblichem Umfang bei der Kooperation zwischen Tele Columbus und KDG, bei der Investitionen bereits durch die KDG zur Aufrüstung der NE 3 aufgewendet wurden, ohne dass dieses in vergleichbarem – und refinanzierendem – Umfang zur Aufrüstung und Vermarktung von Internet und Telefonie führte. Hierbei weisen die Beteiligten vor allem auf die hohen Upfront-Kosten hin, die durch die NE-4-Aufrüstung und die Kundengewinnungskosten bestimmt sind.¹⁶⁶ Anders als die KDG, die bereits umgesetzte Investitionen in die NE-3 mit einer möglichst großen vermarktbareren Basis amortisieren muss, haben NE-4-Betreiber im Übrigen häufig

¹⁶⁴ Vgl. *wik-consult* a.a.O., S. 50 f. und Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rdnr. 194 ff. (Geschäftsgeheimnis).

¹⁶⁵ Vgl. Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rdnr. 196. (Geschäftsgeheimnis).

¹⁶⁶ Vgl. Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rdnr. 195 (Geschäftsgeheimnis) und Fußnote 135. (Geschäftsgeheimnis).

nicht den Anreiz der zügigen Investition und Vermarktung von Internetzugangspunkten. Dieses gilt jedenfalls, solange die jeweiligen Gestattungsverträge für die Hausnetze laufen und eine Neuverhandlung nicht ansteht. Erst bei Auslaufen der Gestattungsverträge ist nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung für den Neuabschluss das Angebot von „Triple Play“ nicht unwichtig und stellt auch für den NE-4-Betreiber einen hinreichenden Anreiz dar.¹⁶⁷

260. Die übliche Vermarktungsstrategie der NE-4-Betreiber, die auch Tele Columbus verfolgt, unterscheidet sich außerdem deutlich von der Strategie, die der KDG möglich ist. Voraussetzung dafür, dass die an das Netz der KDG angeschlossenen und anschließbaren Haushalte ein Angebot zum Bezug der Internet- und Telefonieprodukte der KDG erhalten, ist nur ein aufgerüstetes Verteilnetz auf der NE 3. Für die Vermarktung ist nach Darlegung der KDG der Ausbauzustand der NE 4 unerheblich. Die für die Erbringung der Dienste noch erforderlichen Installationsarbeiten auf der NE 4 werden erst nach Bestellung durch den Kunden vorgenommen.¹⁶⁸ Eine solche Vermarktungsstrategie wird im Hinblick auf die hierfür zwingend anstehenden Investitionen von Tele Columbus nicht verfolgt. Insbesondere unterbleibt in vielen Fällen eine aktive Vermarktung der Produkte. Der Ausbau der Netze und die Lieferung der Produkte erfolgt dann nur auf tatsächliche Bestellung durch Kunden, die trotz fehlender Vermarktung an den Produkten interessiert sind.
261. Auch die bestehenden gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen der KDG an einem Teil der Zielgesellschaften beheben das Problem nicht. Allerdings kann angesichts der Höhe der Beteiligungen nicht davon ausgegangen werden, dass die KDG in den Gesellschaften keinerlei Gewicht hätte. Die Beteiligungen gewähren der KDG jedoch keinen hinreichenden Einfluss, um die eigenen Vorstellungen und Investitionserfordernisse in den Gesellschaften letztlich durchsetzen zu können.
262. Ob die Kooperationen, die Netcologne in seinem Netzgebiet betreibt, dagegen erfolgreich sind oder nicht, ist für den vorliegend zu entscheidenden Fall nicht maßgeblich.¹⁶⁹ Denn die Beschlussabteilung stellt hier im Rahmen der Gleichwertigkeit die-

¹⁶⁷ Vgl. oben Rdnr. 161ff.

¹⁶⁸ Vgl. KDG, Schriftsatz vom 20. Februar 2008, Anlage 2, S. 5 ff. (Geschäftsgeheimnis).

¹⁶⁹ Netcologne, Schriftsatz vom 25. März 2008, S. 3 f. (Blatt 436 d.A.); auch Pepcom weist im Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 13 (Blatt 407 d.A.) auf sein erfolgreiches Franchiseprodukt hin, das aber wohl

ser Lösungen zunächst vor allem auf den zeitlichen Aspekt ab. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass die Netzstrukturen, die dem vorliegenden Fall zugrundeliegen, mit denjenigen von Netcologne und seinen Fremdnetzbetreibern im Regierungsbezirk Köln vergleichbar sind. Auch der Einwand, dass das Scheitern der Kooperation eine „selbst verursachte Vertragssituation“ sei, die nicht berücksichtigungsfähig sei, greift nicht durch.¹⁷⁰ Dem liegt schon die wenig realistische Vorstellung zugrunde, dass Kooperationen bei Erfüllung der beidseitigen Pflichten auch immer erfolgreich funktionieren und keinerlei Schwierigkeiten zu erwarten seien. Bedeutsam ist hier im Übrigen, dass der Netzbetreiber – anders als andere Marktteilnehmer wie insbesondere die DTAG – bei auftretenden Schwierigkeiten nicht die Alternative hat, zur direkten Vermarktung überzugehen.

b) Andere Entwicklungsmöglichkeiten der Netze für die Breitbandvermarktung

263. Die im Übrigen denkbaren Möglichkeiten, die Netze der Breitbandvermarktung zuzuführen, sind ebenfalls nicht gleichwertig, da sie jedenfalls nur mit erheblicher Verzögerung den Zugang zu den Absatzmärkten herstellen könnten. In Betracht kommt insoweit der Ausbau der Netze durch Tele Columbus/Orion selbst oder die Übernahme der Netze durch die KDG im Rahmen des Gestattungswettbewerbs.

264. Die Netze haben jedoch zum ganz überwiegenden Teil keine hinreichenden Clustergrößen, die einen Ausbau der NE durch Tele Columbus /Orion erlauben würden. Bei den (nicht abgekoppelten) Netzen der NE 4 handelt es sich um mehr als 100.000 Einzelnetze. Die integrierten (Sat.-)Netze verteilen sich auf nahezu 1500 Einzelnetze. Die Cluster der Sat-Netze sind nur in 4 Fällen größer als 3000 Wohneinheiten. Bei den NE-4-Netzen sind weniger als 10 Netze vorhanden, die mehr als 3000 Wohneinheiten aufweisen und daher für eine Abkoppelung und einen Ausbau für Internet und Telefonie grundsätzlich in Betracht kommen.¹⁷¹ An dieser Stelle kommt es dabei nicht darauf an, wann nach den Wirtschaftlichkeitsrechnungen der KDG ein Ausbau der Netze für Internet und Telefonie erfolgt, sondern – wie auch die KDG zu Recht selbst ausführt – auf die bisherige Ausbaustrategie von Orion selbst. Hierbei ist

mit „unabhängigen NE-4-Betreibern“ vertrieben wird und damit offenbar nicht die abgetrennte NE 4 betroffen ist.

¹⁷⁰ Netcologne, Schriftsatz vom 25. März 2008, S. 6. (Blatt 439 d.A.).

¹⁷¹ Anmeldung vom 7. Dezember 2007, Rdnr. 65. (Blatt 27 d.A.).

an der Struktur der von Orion ausgebauten Netze erkennbar, dass der Ausbau bereits bei 3000-5000 WEs grundsätzlich in Betracht kommt.

265. Hinsichtlich dieser Netze mit grundsätzlich hinreichenden Clustergrößen hat Orion vorgetragen, dass ein Netzausbau derzeit nicht geplant sei. Eine bloße Planung kann allerdings allein nicht ausreichen, um die Kausalität der Verbesserungswirkungen zu begründen, zumal auch eine Substantiierung dieses Vortrags nicht erfolgt ist. Denn es ist angesichts des bestehenden Gestattungswettbewerbs, der nicht nur KDG das Angebot von Triple Play nahelegt, keineswegs ausgeschlossen, dass die Investitionsentscheidungen der durchaus nicht finanzschwachen Orion Gruppe anhand der Marktverhältnisse nochmals überprüft werden. Eine solche Entscheidung ist allerdings, solange die Gestattungsverträge noch laufen, nicht vordringlich. Es kann daher angesichts der Tatsache, dass die NE 3 der KDG bereits ausgebaut ist, davon ausgegangen werden, dass ein Angebot von Internet und Telefonie in diesen Clustern durch den Zusammenschluss mit KDG jedenfalls weitaus schneller ermöglicht wird. Dies gilt auch für die Möglichkeit der KDG, sich im Rahmen des Gestattungswettbewerbs nach Auslaufen der Verträge um die betroffenen Netze zu bewerben.

c) Prognose der Marktverhältnisse auf Verbesserungsmärkten ohne Zusammenschluss

266. Auch die Prognose der zukünftig auf dem Markt zu erwartenden Marktverhältnisse lässt gleichwertige Verbesserungswirkungen ohne den Zusammenschluss nicht erwarten.
267. Es ist allerdings in der Prognose auf den betroffenen Märkten ohne den Zusammenschluss ebenfalls mit einer weiteren Belebung des Wettbewerbs zu rechnen. Auf dem Breitbandanschlussmarkt ist – wie oben bereits ausgeführt – die Einführung der Bitstromprodukte zu erwarten, die einen nachhaltigeren Wettbewerb durch die Anschlussvermarktung mit einer höheren Wertschöpfung durch individuelle Qualitätsparameter versprechen. Auch kann – entgegen der Prognose der Beteiligten – weder nach dem derzeitigen Stand der Regulierungsverfügungen der BNetzA¹⁷², noch nach

¹⁷² Insbesondere die Regulierungsverfügung Markt 11, BK4a-07/002/R (Entbündelter Großkunden-Zugang zu Drahtleitungen und Teilleitungen für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten)

der äußerst deutlichen Haltung der Kommission¹⁷³ hinsichtlich der Abgrenzung des Breitbandmarktes von einer Regulierungsfreiheit der VDSL-Produkte der DTAG ausgegangen werden (§ 9 a TKG). Schließlich ist im Schmalbandbereich eine gewisse Ersetzungstendenz über die Mobilfunknetze erkennbar.¹⁷⁴

268. Eine Gleichwertigkeit dieser Verbesserungswirkungen kann jedoch zunächst schon deshalb nicht angenommen werden, weil sie die Wirkungen des Zusammenschlusses nicht ersetzen, sondern letztere vielmehr noch dazukommen würden. Bereits im Jahr 2006 konnten die Kabelnetzbetreiber ihren Marktanteil nach Absätzen verdoppeln.¹⁷⁵ Es kann daher mit erheblichen zusätzlichen Impulsen durch den Zusammenschluss gerechnet werden.
269. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Verbesserungswirkungen letztlich um die Intensivierung von Infrastrukturwettbewerb handelt, der von Vorleistungen der DTAG weitestgehend unabhängig sein wird. Dagegen sind bisher – mit Ausnahme der Mobilfunknetze – sämtliche Wettbewerber in erheblichem Umfang abhängig von regulierten Vorleistungen, so dass die DTAG in jedem Fall an der Wertschöpfung ihrer Wettbewerber in nicht unerheblichem Umfang teil hat. Die Mobilfunknetze sind zwar als Infrastrukturwettbewerb ähnlich unabhängig von der DTAG, sie werden jedoch eine vollständige Austauschbarkeit hinsichtlich der Sprachtelefonie und insbesondere des breitbandigen Internetzugangs nur schwer erreichen können.

schließt den Zugang zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger ausdrücklich ein, S. 16.

<http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/10590.pdf>

¹⁷³ Vgl. z.B. die Stellungnahme der Kommission in der Regulierungsverfügung zu Markt 11, S. 14.

¹⁷⁴ S.o. Rdnr195, 208 und 213.

¹⁷⁵ Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich Telekommunikation, S. 36.

III. Abwägung

270. Die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für Breitband- und Schmalbandanschlussprodukte überwiegen die Nachteile der Verschlechterung auf den von KDG beherrschten Einspeise-, Kabelndkunden- und Signallieferungsmärkten.
271. Maßgeblich für die Abwägung ist zunächst ein Vergleich der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der betroffenen Märkte, wie sie sich insbesondere im jeweiligen Marktvolumen niederschlägt.¹⁷⁶ Bei dieser rein quantitativen Betrachtungsweise wären die Anschlussmärkte mit einem Volumen von mindestens 10 Mrd. € gegenüber den Kabelmärkten mit insgesamt zwischen 1 – 2 Mrd. € wirtschaftlich erheblich bedeutsamer. Beide Anschlussmärkte sind zu berücksichtigen, obwohl die KDG die Sprachtelefonie mit einem VoIP-Produkt über den Breitbandanschluss realisiert. Dies gilt insbesondere wegen der erheblichen Substitutionsbeziehungen, die zwischen den Märkten im Hinblick auf VoIP bestehen.¹⁷⁷ Darüber hinaus ist der von der KDG realisierte Telefonieanschluss in seinen Eigenschaften den schmalbandigen Anschlüssen sehr nahe.¹⁷⁸
272. Darüber hinaus ist jedoch eine qualitative Bewertung der Verbesserung erforderlich, da Maßstab eine gravierende Wettbewerbsbeschränkung in Form der Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung ist.¹⁷⁹ Dieses gilt insbesondere im vorliegenden Fall, in dem der Vergleich der Marktvolumina über die Bedeutung der Kabelmärkte allein nichts aussagt. Denn insbesondere der Einspeisung kommt eine Schlüsselfunktion für die Medienverbreitung zu, die auf den Kabelübertragungsweg angewiesen ist.¹⁸⁰
273. Aber auch die qualitative Bewertung führt in der Abwägung zum Überwiegen der Verbesserungswirkungen gegenüber den Nachteilen der Marktbeherrschung. Denn es handelt sich um eine ins Gewicht fallende Verbesserung des Zugangs zu den Absatzmärkten für Anschlussprodukte, deren strukturelle Bedeutung für die Wettbe-

¹⁷⁶ Langen/Bunte-Ruppelt, *GWB*, § 36, Rdnr. 53.

¹⁷⁷ Vgl. oben Rdnr. 203.

¹⁷⁸ Vgl. KDG, *Schriftsatz* vom 3. März 2008, S. 3 f. (Blatt 163 d.A)

¹⁷⁹ Langen/Bunte-Ruppelt, *GWB*, § 36 Rdnr. 53; IM-Mestmäcker/Veelken, *GWB*, § 36 Rdnr. 303.

¹⁸⁰ Vgl. BKartA, *Beschl.* vom 22.02.2002, B 7-168/01 – *Liberty/KDG*, Rdnr. 189.

werbsintensität auf den betroffenen Märkten gegenüber den Verschlechterungen auf den Kabelmärkten wettbewerblich höher zu bewerten ist.

1. Intensivierung des Infrastrukturwettbewerbs

274. Die Verbesserungswirkungen fallen zunächst deshalb qualitativ besonders ins Gewicht, weil der verbesserte Zugang zu den Absatzwegen der Anschlussprodukte zu einer deutlichen Intensivierung von Infrastrukturwettbewerb auf den betroffenen, derzeit maßgeblich von Regulierung abhängigen Märkten führt.
275. Wie dargestellt, sind die Märkte für Breitband- und Schmalbandanschlüsse nur sehr bedingt durch Infrastrukturwettbewerb gekennzeichnet. Im Prinzip basiert derzeit jedes Wettbewerbsprodukt in unterschiedlichem Ausmaß auf der Monopolinfrastuktur der DTAG. Auch die an sich ebenfalls als Infrastrukturwettbewerb zu begreifende Tätigkeit der Teilnehmernetzbetreiber ist in erheblichem Umfang von den Vorleistungen der DTAG abhängig. Dazu gehört insbesondere die Bereitstellung der TAL und weitere Zugangsleistungen der DTAG. Die übrigen Geschäftsmodelle hängen z.T. nahezu vollständig von der Infrastruktur der DTAG ab, wie die Reseller oder Bitstrom-Nutzer im Breitbandmarkt, aber auch die Diensteanbieter von Call-by-Call und Preselection im Schmalbandbereich.
276. Dabei handelt es sich durchgängig um regulierungsbedingten Wettbewerb, da er dauerhaft abhängig ist von einer Gewährleistung des diskriminierungs- und behinderungsfreien Zugangs zu den Vorleistungsprodukten der DTAG durch umfassende Regulierungstätigkeit der BNetzA. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich dieser Wettbewerb ohne weitere intensive Regulierungstätigkeit selbst tragen könnte. Die Kommission hat daher bei der Überprüfung ihrer Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über regulierungsbedürftige Märkte die hier betroffenen Vorleistungsmärkte durchweg für weiterhin regulierungsbedürftig angesehen.¹⁸¹ Trotz inzwischen bereits 10jähriger Regulierung der Vorleistungen ist die bestehende hoch-

¹⁸¹ Vgl. Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung), Anhang, Märkte 2-4 http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/879/1_34420071228de00650069.pdf

gradige Marktbeherrschung der DTAG auf dem Markt für schmalbandige Anschlüsse letztlich nicht ernsthaft in Gefahr geraten. Die Kommission hat nur diesen Endkundenmarkt daher auch für die Regulierung weiterhin vorgesehen. Die übrigen Endkundenmärkte konnte sie von der Empfehlung ausschließen. Auch der Breitbandanschlussmarkt, der derzeit noch nicht der Regulierung unterliegt, ist trotz intensiver Vorleistungsregulierung von der DTAG beherrscht geblieben.

277. Das Breitbandangebot über die Kabelinfrastruktur ist dagegen von den regulierten Vorleistungen der DTAG weitestgehend unabhängig. Jedes Angebot von Sprachtelefonie benötigt allerdings Zusammenschaltungsleistungen insbesondere mit der DTAG, da die Teilnehmer aus dem DTAG-Netz anderenfalls nicht erreicht werden können.¹⁸² Jede Anbindung von Infrastrukturen an das Internet erfordert Mietleitungen, die noch in nicht unerheblichem Umfang von der DTAG bereitgestellt werden und z.T. noch der Regulierung unterliegen.¹⁸³ Der Zugang zum Kunden und der Verkehr wird jedoch bei einem Kabelnetzbetreiber über die eigene Infrastruktur realisiert und abgewickelt und unterliegt daher keinerlei Beschränkungen in der Wertschöpfung, den Qualitäts- und Produktmerkmalen und der Preissetzungsfreiheit. Nachhaltiger Infrastrukturwettbewerb durch die Kabelnetze wird daher zu einer erheblichen Intensivierung des Wettbewerbs beitragen und ist mittelfristig sogar geeignet, die Marktbeherrschung der DTAG dauerhaft abzubauen oder jedenfalls erheblich abzumildern, soweit der Ausbau der Netze zeitnah erfolgen kann. Eine Entlastung der Regulierung wäre zu erwarten.
278. Auch die konkrete Verbesserungswirkung hat für die Intensivierung des Infrastrukturwettbewerbs erhebliches Gewicht. Der fehlende direkte Zugang zu den Absatzmärkten durch die künstliche Trennung der NE hat sich als eines der Haupthindernisse für die Erschließung der Netze für die Breitbandversorgung erwiesen.¹⁸⁴ Dies hat sich im vorliegenden Fall erneut angesichts der nur schwer durchzuführenden Kooperation zwischen KDG und Tele Columbus bestätigt. Darüber hinaus hat die KDG mit der zwangsweisen indirekten Vermarktung über einen Vertriebspartner gegenüber den übrigen Wettbewerbern und vor allem gegenüber der DTAG einen deutlichen Wettbewerbsnachteil, der durch den Zusammenschluss beseitigt würde. Im Übrigen

¹⁸² Markt Nr. 2, 3 der Empfehlung der Kommission.

¹⁸³ Markt Nr. 6 der Empfehlung der Kommission.

¹⁸⁴ Vgl. z.B. *wik-consult*, a.a.O. S. 9 f. m.w.N.

ist für die Bewertung der Verbesserungswirkung von entscheidender Bedeutung, dass die Intensivierung des Infrastrukturwettbewerbs während der noch andauernden Expansionsphase erfolgt, da in dieser Phase mit einem zusätzlichen Angebot die Marktstruktur besonders nachhaltig beeinflusst werden kann und die erforderlichen massiven Investitionen wirtschaftlich gut darstellbar sind.

279. Mit dem vorliegenden Zusammenschluss wird auch mit deutlich über 800.000 anschließbaren Wohneinheiten eine erhebliche Zahl potenzieller Kunden für die Breitbandversorgung erschlossen. Dies gilt nicht nur für die Integration der NE, sondern auch für die Übernahme bereits integrierter Netze. Bedeutsam für das Gewicht der Verbesserungswirkung ist hierbei vor allem, dass mit dem Zusammenschluss die Verfügbarkeit von Breitbandprodukten über die Kabelinfrastruktur erstmals und sofort hergestellt und damit der auf dem betroffenen Markt erforderlichen Geschwindigkeit Rechnung getragen wird. Soweit Wohneinheiten in den erworbenen Netzen – auch indirekt über Tele Columbus – bereits mit Breitbandprodukten versorgt oder die Produkte in den Netzen jedenfalls aktiv vermarktet wurden, hat die Beschlussabteilung diese nicht als hinreichende Verbesserungswirkung berücksichtigt und haben die Beteiligten dieses auch weitestgehend nicht vorgetragen.

2. Bedeutung der Verschlechterungen auf den Kabelmärkten

280. Die zu erwartenden Verschlechterungen auf den Kabelmärkten können demgegenüber nach Grad und Bedeutung im vorliegenden Fall ausnahmsweise zurückstehen.
281. Auf dem für die Medien bedeutsamen *Einspeisemarkt* besteht allerdings nach wie vor ein Monopol, so dass hier nach der Rechtsprechung von einer besonderen Schutzwürdigkeit des bestehenden Restwettbewerb und der noch möglichen Einschränkungen der Verhaltensspielräume der KDG auszugehen ist.¹⁸⁵ Die Beschlussabteilung nimmt die bestehenden Probleme, die aus der Marktbeherrschung der KDG resultieren, nach wie vor sehr ernst. Hierbei ist vor allem auf die Koppelung der Einspeisung mit der Verschlüsselungsdienstleistung und mit einer proprietären STB-Strategie hinzuweisen.

¹⁸⁵ Vgl. OLG Düsseldorf WuW DE-R 665. 666 „Netcologne“.

282. Dieses Wettbewerbsproblem wird jedoch durch den vorliegenden Zusammenschluss nur geringfügig berührt. Die Verbesserungswirkungen resultieren ganz überwiegend aus der Integration der NE, die auf dem Einspeisemarkt keine nachteilige Wirkung entfaltet, da aus der Sicht der Programmanbieter nicht maßgeblich ist, ob die KDG direkte oder indirekte Reichweite anbietet und die Koppelungspraxis bereits jetzt auf die nachgelagerte NE 4 übertragen wird.¹⁸⁶ Bei den integrierten Netzen kommt es zu einer nur begrenzten Ausweitung der Reichweite und damit der Abschottungsstrategien, deren Hinnahme angesichts der unmittelbaren Verbesserungswirkungen und der Aufholproblematik bei den Breitbandprodukten vertretbar ist.
283. Auf dem *Endkundenmarkt* hat die Beschlussabteilung einen Konzentrationsgrad festgestellt, der maximal genauso hoch ist wie derjenige auf den Anschlussmärkten. Die Marktanteile sind mit deutlich über 60 % erheblich, spiegeln jedoch den jedenfalls bei Einfamilienhäusern recht erheblichen Einfluss des Satelliten nicht wider. Die festgestellte Verstärkungswirkung ist eher gering und genießt mangels monopolistischer Struktur hier auch keine erhöhte Schutzwürdigkeit. Insbesondere der von Tele Columbus ausgehende Qualitätswettbewerb mit dem KDG-Triple-Play-Produkt ist abgeleitet, und es bestehen hinsichtlich der Anschlussprodukte gerade oben dargestellte Probleme. Der hiervon ausgehende Druck im Rahmen des Gestattungswettbewerbs ist daher gegenüber den unabhängig agierenden integrierten Netzbetreibern zwar vorhanden, jedoch nur eingeschränkt.
284. Darüber hinaus lässt der vorliegende Zusammenschluss keinen Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt entfallen, da Orion Teilnetze als Vermögenswerte veräußert und weiterhin bundesweit am Gestattungswettbewerb teilnimmt. Nach eigenen Darlegungen erwachsen aus der Veräußerung der Netze keine regionalen oder lokalen Wettbewerbsverbote.¹⁸⁷ Im Übrigen besteht bereits an drei der Netzgesellschaften eine erhebliche Minderheitsbeteiligung der KDG, die die Einschränkungen des Gestattungswettbewerb nochmals geringer erscheinen lassen.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Vgl. oben Rdnr. 109.

¹⁸⁷ KDG, Schriftsatz vom 15. Februar 2008, Anlage 1, S. 16 (Geschäftsgeheimnis).

¹⁸⁸ Pepcom weist in diesem Zusammenhang auf „Bemühungen der BNetzA, den funktionsfähigen Wettbewerb um Gestattungsverträge zu verbessern“ hin, die durch die Abwägung konterkariert würden, Schriftsatz vom 28. März 2008, S. 19. (Blatt 413 d.A.) Um welche Bemühungen es sich hierbei handelt, bleibt jedoch unklar. Eine Regulierung des Kabel-Endkundenmarktes findet nicht statt.

285. Die volkswirtschaftliche Bedeutung der vielen kleinen *Signallieferungsmärkte* ist heute generell zweifelhaft, wenn es sich hierbei auch um hoch konzentrierte Märkte mit einem insgesamt hohen Marktvolumen handelt, die die BNetzA sogar für regulierungsbedürftig hält, soweit Netze mit weniger als 500 Wohneinheiten betroffen sind. Das Bundeskartellamt hat bei der Feststellung von Verstärkungswirkungen hierbei zwar nach wie vor eine wertfreie Beurteilung vorzunehmen und die Schutzwürdigkeit von bestehenden Märkten nicht zu überprüfen. Im Rahmen der Abwägungsklausel jedoch ist eine Gewichtung anhand der volkswirtschaftlichen Bedeutung gerade erforderlich, so dass hier die Schutzwürdigkeit zu beurteilen ist. Der Signallieferungsmarkt ist Ergebnis der politisch herbeigeführten Trennung der NE, die sich insbesondere hinsichtlich der kleinteiligen Netze nunmehr als volkswirtschaftlich problematisch herausgestellt hat, da die Weiterentwicklung der Infrastruktur hierdurch erheblich beeinträchtigt wird. Die Entwicklung der Infrastruktur zu einem Triple-Play-Produkt kann auf der kleinteiligen getrennten NE 4 kaum nachvollzogen werden.
286. Der Konzentrationsgrad ist auf den Signallieferungsmärkten darüber hinaus vor allem deshalb so hoch, weil die Signallieferung an eine getrennte NE 4 als Geschäftsmodell für die alternativen Wettbewerber und Betreiber von integrierten Netzen wirtschaftlich zumeist nicht sinnvoll ist. Der Wechsel zu einem alternativen integrierten Netzbetreiber als Signallieferant hat weitgehend keine praktische Bedeutung. Die Beschlussabteilung hat zwar einige wenige Signallieferungsumsätze der größeren alternativen integrierten Netzbetreiber ermittelt, diese stellen jedoch für die integrierten Netzbetreiber allenfalls ein Randgeschäft dar.
287. Dagegen spielt der direkte Absatzweg über die Gestattungsverträge für die Wettbewerber der Regionalgesellschaften die weitaus bedeutsamere Rolle. Denn die Netzbetreiber streben durchgängig die direkte Endkundenbeziehung und die vollständige Herrschaft über das eigene Netz für die Erbringung von digitalen Diensten an, die bei einer Lieferung an NE 4-Betreiber gerade nicht gegeben ist. Dies schließt zwar nicht aus, dass Netzbetreiber eine andere Strategie verfolgen und einen technisch einheitlichen Ausbau und eine akzeptable Dienstqualität in einem ausgebauten digitalisierten Netzwerk auch bei Trennung des Betriebs der NE für herstellbar halten.¹⁸⁹ Dies hat

¹⁸⁹ Dazu gehört offenbar Netcologne, Schriftsatz vom 25. März 2008, S. 1 f. (Blatt 434 d.A.).

nach den ermittelten Marktverhältnissen für die Wettbewerber gegenüber dem Direktvertrieb an den Endkunden jedoch keine wesentliche Bedeutung.

E. Gebühren

[.....]

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 des Beschlusses und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen - Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Topel

Dubberstein

Dr. Pampel

A.	Sachverhalt	4
	I. Verfahren.....	4
	II. Beteiligte Unternehmen	6
	1. Die Zusammenschlussbeteiligten	6
	a. Die Erwerberin KDG	6
	b. Die Zielgesellschaften	7
	c. Die Veräußerin.....	8
	2. Die Beigeladenen (Beteiligte gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB).....	8
	III. Stellungnahmen der Beigeladenen	10
B.	Formelle Prüfung.....	12
C.	Wettbewerbliche Beurteilung	13
	I. Markt für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in das Breitbandkabelnetz der KDG	13
	1. Sachliche Marktabgrenzung	13
	a. Trennung von Free-TV und Pay-TV bei der Nachfrage nach Einspeiseleistungen nicht erforderlich.....	14
	b. Einordnung der Einspeisung als Angebot einer technischen Dienstleistung	14
	c. Beschränkung des sachlich relevanten Marktes auf den Übertragungsweg Breitbandkabel	16
	aa. Einspeisung Free-TV	16
	(1) Satellitenübertragung.....	18
	(2) Terrestrik.....	19
	(3) IPTV über xDSL.....	20
	bb. Einspeisung Pay-TV	24
	d. Übergang zur digitalen Einspeisung.....	27
	e. Einbeziehung der technischen Dienstleistungen für die digitale Plattform im Netz von KDG.....	29
	aa. Bestandteile einer digitalen Plattform.....	29

bb. Verhältnis zur Einspeisung.....	31
2. Räumliche Marktabgrenzung	32
a. Free-TV.....	32
b. Pay-TV	33
3. Marktbeherrschung.....	34
4. Wirkungen des Zusammenschlusses	38
a. Gekoppelte Netze.....	39
b. Abgekoppelte Netze	43
II. Markt für die Belieferung von Endkunden mit Signalen („Endkundenmarkt“)..	45
1. Sachliche Marktabgrenzung	45
a. Bestimmung der Marktgegenseite	45
b. Abgrenzung zu den alternativen Übertragungswegen Satellit und DVB-T	48
2. Räumliche Marktabgrenzung	50
3. Wettbewerbliche Beurteilung.....	52
a. Bedeutung und Ausmaß des Gestattungswettbewerbs	53
b. Berücksichtigung des Satellitenwettbewerbs	57
c. Verstärkungswirkung.....	60
III. Signallieferungsmärkte.....	63
1. Sachliche Marktabgrenzung	63
2. Räumliche Marktabgrenzung	65
3. Wettbewerbliche Beurteilung.....	66
IV. Markt für den Einkauf von Spartenprogrammen für Pay-TV Angebote („Pay-TV Spartenprogramm-Rechtemarkt“)..	67
1. Sachliche Marktabgrenzung	68
2. Räumliche Marktabgrenzung	69
3. Wettbewerbliche Beurteilung.....	69
D. Abwägungsklausel.....	71

I. Verbesserungsmärkte	71
1. Sachliche Marktabgrenzung	72
a) Schmalbandige und breitbandige Anschlussprodukte.....	72
b) Internet- und Telefonie über Kabelanschlüsse	73
c) VDSL.....	74
2. Räumliche Marktabgrenzung	76
3. Marktverhältnisse	77
a) Breitbandanschlüsse	78
b) Schmalbandprodukte.....	81
II. Zusammenschlussbedingte Verbesserungswirkungen.....	83
1. Strukturelle Verbesserungen	83
a) Möglichkeit der direkten Vermarktung von Breitbandprodukten durch KDG	84
aa) Zusammenführung der NE 3 und 4	84
bb) Angliederung integrierter Netze.....	87
b) Tatsächlicher Netzausbau und Angebot von TK-Anschlussprodukten.	88
aa) Erforderlichkeit der tatsächlichen Vermarktung von Anschlussprodukten für Eintritt der Verbesserungswirkungen	88
bb) Hinreichende Wahrscheinlichkeit des Netzausbaus und der Vermarktung	91
2. Kausalität.....	94
a) Koordinierte Vermarktung durch Kooperationen mit Zielgesellschaften	94
b) Andere Entwicklungsmöglichkeiten der Netze für die Breitbandvermarktung	97
c) Prognose der Marktverhältnisse auf Verbesserungsmärkten ohne Zusammenschluss	98
III. Abwägung.....	100
1. Intensivierung des Infrastrukturwettbewerbs	101
2. Bedeutung der Verschlechterungen auf den Kabelmärkten	103

E. Gebühren 106