Bundeskartellamt

Beschluss

in dem Verwaltungsverfahren

1. Liberty Global Europe Holding B.V., Schiphol-Rijk, Niederlande
   - Beteiligte zu 1) -
   Verfahrensbevollmächtigte
   Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer
   RA Dr. Michael Esser
   RA Sascha Schubert
   Marsveldplein 5
   1050 Brüssel / Belgien

2. Kabel Baden-Württemberg GmbH
   - Beteiligte zu 2) -
   Verfahrensbevollmächtigte
   Rechtsanwälte Hengeler Mueller
   RA Dr. Alf-Hendrik Bischke
   De Meeûssquare 40
   1000 Brüssel / Belgien

3. VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH
   - Beigeladene zu 1) -
   Verfahrensbevollmächtigte
   Rechtsanwälte Nörr Stiefenhofer Lutz
   RA Prof. Dr. Karsten Metzlaff
   RA Dr. Fabian Badtke
   Charlottenstr. 57
   10117 Berlin

4. ProSiebenSat.1 Media AG
   - Beigeladene zu 2) -
   Verfahrensbevollmächtigte
   Rechtsanwälte Milbank, Tweed, Hadley & McCloy
   RA Dr. Alexander Rinne
   RA Dr. Andreas Boos
   Maximilianstraße 15
   80539 München

5. NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH
   Am Coloneum 9
   50829 Köln

- Beigeladene zu 3) -

6. Sky Deutschland AG
   - Beigeladene zu 4) -
   Verfahrensbevollmächtigte
   Rechtsanwälte Hogan Lovells
   RA Dr. Andreas Grünwald
   RA Dr. Falk Schöning
   Potsdamer Platz 1
   10785 Berlin

7. Kabel Deutschland GmbH
   Betastr. 6-8
   85774 Unterföhring
   - Beigeladene zu 5) -

8. Fachverband Rundfunkempfangs- und Kabelanlagen (FRK) e.V.
   - Beigeladener zu 6) -
   Verfahrensbevollmächtigte
   Rechtsanwälte Müller Müller Rößner
   RA Sören Rößner
   Mauerstraße 66
   10117 Berlin

9. GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V.
   Mecklenburgische Straße 57
   14197 Berlin
   - Beigeladener zu 7) -

10. Deutsche Netzmarketing GmbH
    - Beigeladene zu 8) -
    Verfahrensbevollmächtigte
    Rechtsanwälte CMS Hasche Sigle
    RA Dr. Markus Schöner
    RA Dr. Nantje Johnston
    Stadthausbrücke 1-3
    20355 Hamburg

11. Deutsche Telekom AG
    Friedrich-Ebert-Allee 140
    53113 Bonn
    - Beigeladene zu 9) -

12. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.
    Oberländer Ufer 180-182
    50968 Köln
    - Beigeladener zu 10) –

13. Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. (BREKO)
    Reuterstraße 159
    53113 Bonn
    - Beigeladener zu 11) -

14. Eutelsat visAvision GmbH
    - Beigeladene zu 12) -
    Verfahrensbevollmächtigte
    Rechtsanwälte Heuking Kühn Lüer Wojtek
    RA Dr. Philip Kempermann
    Georg-Glock-Straße 4
    40474 Düsseldorf

15. 01051 Telecom GmbH
    - Beigeladene zu 13) -
    Verfahrensbevollmächtigte
    Juconomy Rechtsanwälte
    RA Dr. Marc Schütze
    Graf.Recke-Straße 82
    40239 Düsseldorf

16. Mediengruppe RTL Deutschland GmbH
    Picassoplatz 1
    50679 Köln
    - Beigeladene zu 14) –

17. Südwestrundfunk (SWR)
    - Beigeladene zu 15) -
    Verfahrensbevollmächtigte
    Rechtsanwälte Haver & Mailänder
    RA Prof. Dr. K. Peter Mailänder
    Lenzhalde 83-85
    70192 Stuttgart

18. BFW – Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen e. V.
    Kurfürstendamm 57
    10707 Berlin
    - Beigeladene zu 16) –

wegen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 15. Dezember 2011 beschlossen:

I. Das von den Beteiligten zu 1. am 11. Juli 2011 beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlussvorhaben wird freigeben.

II. Die Freigabe ergeht mit den folgenden Nebenbestimmungen.

1. Sonderkündigungsrechte

a. Die Freigabe ist dadurch auflösend bedingt, dass es die Beteiligte zu 1. unterlässt, bis zum 31. Januar 2012 den Vertragspartnern ihrer nach Wohneinheiten bemessenen 50 größten Gestattungsverträge (näher identifiziert in **Anlage 1** zu dieser Entscheidung) ein unbefristet und unwiderruflich geltendes Sonderkündigungsrecht zur Beendigung des Gestattungsvertrags einzuräumen. Die Einräumung des Sonderkündigungsrechts hat zu erfolgen unter Verwendung des dieser Entscheidung als **Anlage 3** beigefügten Musterschreibens. Die Beteiligten weisen der Beschlussabteilung die Einräumung des Sonderkündigungsrechts in geeigneter Weise nach.

b. Die Freigabe ist dadurch auflösend bedingt, dass es die Beteiligte zu 2. unterlässt, bis zum 31. Januar 2012 den Vertragspartnern ihrer nach Wohneinheiten bemessenen 17 größten Gestattungsverträge (näher identifiziert in **Anlage 2** zu dieser Entscheidung) ein unbefristet und unwiderruflich geltendes Sonderkündigungsrecht zur Beendigung des Gestattungsvertrags einzuräumen. Die Einräumung des Sonderkündigungsrechts hat zu erfolgen unter Verwendung des dieser Entscheidung als **Anlage 3** beigefügten Musterschreibens. Die Beteiligten weisen der Beschlussabteilung die Einräumung des Sonderkündigungsrechts in geeigneter Weise nach.

c. Die Freigabe ist dadurch auflösend bedingt, dass es die Beteiligten unterlassen, bis zum 31. Januar 2012 die vorstehend benannte Einräumung von Sonderkündigungsrechten durch Platzierung eines deutlich erkennbaren Links auf ihren jeweiligen Internet-Homepages öffentlich anzuzeigen. Die Veröffentlichung hat zu erfolgen unter Verwendung der **Anlagen 1 und 2** zu dieser Entscheidung, wobei an-

stelle der genauen Anzahl der betroffenen Wohneinheiten eine Bandbreite angegeben werden darf. Die Beteiligten dürfen die Veröffentlichung beenden, wenn sämtliche von der Einräumung des Sonderkündigungsrechts betroffenen Verträge beendet sind.

2. Exklusivitätsrechte

   a. Den Beteiligten wird auferlegt, bis zum 31. Januar 2012 hinsichtlich aller von ihnen abgeschlossenen Gestattungsverträge gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner den Verzicht auf sämtliche Exklusivitätsrechte zu erklären, die über das von ihnen zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen genutzte Koax-Hausverteilnetz hinausgehen. Der Verzicht auf die Exklusivitätsrechte hat zu erfolgen unter Verwendung des dieser Entscheidung als **Anlage 4** beigefügten Musterschreibens.

   b. Die Freigabe ist dadurch auflösend bedingt, dass es die Beteiligten unterlassen, bis zum 31. Januar 2012 den Verzicht auf die vorstehend benannten Exklusivitätsrechte durch Platzierung eines deutlich erkennbaren Hinweises und Verlinkung des dieser Entscheidung als **Anlage 4** beigefügten Musterschreibens auf ihren jeweiligen Internet-Homepages öffentlich anzuzeigen. Die Beteiligten dürfen die Veröffentlichung zum 1. Januar 2014 beenden.

3. Eigentum und Rückbaurechte am Hausverteilnetz

   a. Den Beteiligten wird auferlegt, bis zum 31. Januar 2012 hinsichtlich aller von ihnen abgeschlossenen Gestattungsverträge gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner den Verzicht auf Regelungen zu erklären, die zur Folge haben, dass das Eigentum am Koax-Hausverteilnetz auch nach Ablauf einer mit erstmaligem Vertragsschluss oder im Zuge einer Netzmodernisierung vereinbarten Mindestlaufzeit bei ihnen verbleibt. Die Erklärung des Verzichts hat zu erfolgen unter Verwendung des dieser Entscheidung als **Anlage 5** beigefügten Musterschreibens.

   b. Den Beteiligten wird auferlegt, bis zum 31. Januar 2012 hinsichtlich aller von ihnen abgeschlossenen Gestattungsverträge gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner den Verzicht auf jedwede Rückbaurechte am Koax-Hausverteilnetz für die Zeit nach Ablauf einer mit erstmaligem Vertragsschluss oder im Zuge einer Netzmodernisierung vereinbarten Mindestlaufzeit zu erklären. Die Erklärung des Verzichts hat zu erfolgen unter Verwendung des dieser Entscheidung als **Anlage 5** beigefügten Musterschreibens.

c. Die Freigabe ist dadurch auflösend bedingt, dass es die Beteiligten unterlassen, bis zum 31. Januar 2012 den Verzicht auf die vorstehend benannten Eigentums- und Rückbaurechte durch Platzierung eines deutlich erkennbaren Hinweises und Verlinkung des dieser Entscheidung als **Anlage 5** beigefügten Musterschreibens auf ihren jeweiligen Internet-Homepages öffentlich anzuzeigen. Die Beteiligten dürfen die Veröffentlichung zum 1. Januar 2014 beenden.

4. Einspeisung von unverschlüsselten Free-TV-Signalen

a. Die Freigabe ist dadurch auflösend bedingt, dass die Beteiligten nach dem 3. Januar 2013 in ihren Netzen verschlüsselte digitale Free-TV Programme im SD-Format verbreiten. Free-TV Programme sind solche Programme, die in Deutschland nicht als Pay-TV vermarktet werden.

b. Die Freigabe ist dadurch auflösend bedingt, dass die Beteiligten nach dem 3. Januar 2013 in ihren Netzen verschlüsselte digitale Free-TV Programme im HD-Format verbreiten, sofern nicht der jeweilige Programmanbieter die Verschlüsselung ausdrücklich zur Voraussetzung der Einspeisung des betreffenden Free-TV Programms gemacht hat. Free-TV Programme sind solche Programme, die in Deutschland nicht als Pay-TV vermarktet werden.

c. Der vollständige oder teilweise Widerruf sowie die Modifikation der vorstehend unter a) und b) benannten auflösenden Bedingungen bei Änderung der Sach- oder Rechtslage bleiben vorbehalten.

d. Die Freigabe ist dadurch auflösend bedingt, dass es die Beteiligten unterlassen, bis zum 31. Januar 2012 zur Umsetzung der vorstehend unter a) und b) genannten Unterlassungsverpflichtungen allen Free-TV Programmveranstaltern, deren Programme in den Netzen der Beteiligten derzeit verschlüsselt oder unverschlüsselt verbreitet werden, den Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur zukünftigen und dauerhaften Sicherung der unverschlüsselten Einspeisung von digitalen Free-TV Signalen unter Verwendung des dieser Entscheidung als **Anlage 6** beigefügten Musterschreibens anzubieten.

e. Die Freigabe ist dadurch auflösend bedingt, dass es die Beteiligte zu 1. unterlässt, bis zum 31. Januar 2012 zur Umsetzung der vorstehend unter a) und b) genannten Unterlassungsverpflichtungen den Anbietern der derzeit in ihrem Netzgebiet verschlüsselt verbreiteten digitalen Free-TV Programme (näher identifiziert in **Anlage**

7 zu dieser Entscheidung) ein unwiderrufliches und unbefristetes Angebot zur Änderung des derzeit geltenden Einspeisevertrags hin zur unverschlüsselten Einspeisung des SD- und HD-Programmsignals zu unterbreiten unter Verwendung des dieser Entscheidung als **Anlage 8** beigefügten Musterschreibens.

f. Der Beteiligten zu 1. wird auferlegt, bis zum 31. Januar 2012 zur Umsetzung der vorstehend unter a) und b) genannten Unterlassungsverpflichtungen den von ihnen derzeit mit dem Programmsignal belieferten Betreibern von Kabelnetzen der Ebene 4 (NE 4) die Belieferung mit dem unverschlüsselten digitalen Programmsignal unter Verwendung des dieser Entscheidung als **Anlage 9** beigefügten Musterschreibens anzubieten.

III. Im Falle des Eintritts einer auflösenden Bedingung gilt der Zusammenschluss als untersagt.

IV. Die Gebühr für die Anmeldung und Entscheidung wird auf

[…],-- Euro

(in Worten: […] Euro)

festgesetzt.

Gebührenschuldner ist nach § 80 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, 2 GWB die im Rubrum genannten Beteiligte zu 1.

A. Sachverhalt

I. Verfahren

1. Die Liberty Global Europe Holding B.V., Schiphol-Rijk, Niederlande („Liberty“), hat am 19. April 2011 bei der Europäischen Kommission das Vorhaben angemeldet, indirekt durch Erwerb von 100% der Anteile der Kabel BW Musketeer GmbH, Heidelberg, die alleinige Kontrolle über die von dieser kontrollierte Kabel BW GmbH & Co KG, Heidelberg, zu erwerben. Seit dem 1. Mai 2011 ist die Kabel BW GmbH („Kabel BW“) Gesamtrechtsnachfolgerin der Kabel BW GmbH & Co KG, so dass das Vorhaben nunmehr im Erwerb der mittelbaren alleinigen Kontrolle über die Kabel BW besteht.

2. Mit Schreiben vom 16. Mai 2011 hat die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundeskartellamt, bei der Kommission gemäß Artikel 9 Abs. 2 a) FKVO beantragt, den Zusammenschluss an die zuständigen deutschen Behörden zu verweisen.

3. Mit Beschluss vom 16. Juni 2011 hat die Europäische Kommission den angemeldeten Zusammenschluss gemäß Artikel 9 Abs. 3 b) FKVO an die zuständigen Behörden der Bundesrepublik Deutschland verwiesen und dabei ausgeführt, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für TV-Dienste erheblich zu beeinträchtigen drohe, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes innerhalb Deutschlands aufweise.

4. Mit Schreiben vom 11. Juli 2011 haben die Anmelder die nach § 39 Abs. 4, Abs. 3 GWB erforderlichen Angaben zum Zusammenschluss in deutscher Sprache gemacht.

5. Die Beschlussabteilung hat mit Schreiben vom 1. August 2011 das Hauptprüfverfahren gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 GWB eingeleitet.

6. Mit Beschluss vom 1. August 2011 hat die Beschlussabteilung die VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH, Berlin („VG Media“), die ProSiebenSat.1 Media AG, Unterföhring („P7S1“), die NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Köln („NC“), die Sky Deutschland AG, Unterföhring („Sky“), die Kabel Deutschland GmbH, Unterföhring („KDG“), den Fachverband Rundfunkempfangs- und Kabelanlagen e. V., Lauchhammer („FRK“), den GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e. V., Berlin („GdW“), die Deutsche Netzmarketing GmbH, Köln („Netzmarketing“), die Deutsche Telekom AG, Bonn („DTAG“) und den Verband der Anbieter von Telekommunikations- und

Mehrwertdiensten e.V., Köln („VATM“), beigeladen. Mit weiterem Beschluss vom 5. September 2011 hat die Beschlussabteilung den Bundesverband Breitbandkommunikation e. V., Bonn („BREKO“), die Eutelsat visAvision GmbH, Köln („Eutelsat“), die 01051 Telecom GmbH, Heinsberg („01051“) und die Mediengruppe RTL Deutschland GmbH, Köln („RTL“), beigeladen. Schließlich hat die Beschlussabteilung mit weiterem Beschluss vom 12. Oktober 2011 den Südwestrundfunk („SWR“) und den BFW – Bundesverband freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen e. V. („BFW“) beigeladen.

7. Am 26. August 2011 haben die Anmelder der Beschlussabteilung ein ökonomisches Gutachten der Institute RBB Economics und E.CA Economics vorgelegt, das die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Gestattungsmarkt analysiert (das „Gutachten“). Die Inhalte des Gutachtens waren am 9. September 2011 Gegenstand einer Besprechung im Bundeskartellamt zwischen Vertretern der Beschlussabteilung, Vertretern des Referats „Ökonomische Grundsatzfragen“ des Bundeskartellamts, den Verfassern des Gutachtens und den Zusammenschlussbeteiligten.

8. Am 19. September 2011 hat die Beschlussabteilung den Zusammenschlussbeteiligten in einem Gespräch im Bundeskartellamt mündlich ihre vorläufige Einschätzung zur wettbewerblichen Beurteilung des Vorhabens nach § 36 Abs. 1 GWB mitgeteilt. Dieses Gespräch diente nach beiderseitigem Verständnis auch der Information der Zusammenschlussbeteiligten gemäß Artikel 9 Abs. 6 FKVO.

9. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2011 hat die Beschlussabteilung den Zusammenschlussbeteiligten und den Beigeladenen ihre vorläufige rechtliche Würdigung des Vorhabens schriftlich mitgeteilt.

10. Die Verfahrensbevollmächtigen zu 1. haben mit Schreiben vom 26. Oktober 2011 Abhilfemaßnahmen angeboten, die nach ihrer Auffassung geeignet und verhältnismäßig sind, um die von der Beschlussabteilung vermuteten Wettbewerbsnachteile des geplanten Zusammenschlussvorhabens zu kompensieren.

11. Nachdem die Beschlussabteilung den Zusammenschlussbeteiligten am 25. November 2011 mitteilte, dass die mit Schreiben vom 26. Oktober 2011 angebotenen Abhilfemaßnahmen nicht hinreichend sind, haben die Zusammenschlussbeteiligten mit Schreiben vom 29. November 2011 ein erweitertes Zusagenangebot unterbreitet („erweitertes Zusagenangebot“). Am 7. Dezember 2011 teilte die Beschlussabteilung den Zusammenschlussbeteiligten mit, dass ein Zusagenangebot unter Einschluss eines Sonderkündigungsrechts für größere Gestattungsverträge zwar im Grundsatz geeignet

ist, das erweiterte Zusagenangebot in seiner konkreten Ausgestaltung aber nicht hinreichend ist, um die wettbewerblichen Bedenken der Beschlussabteilung zu beseitigen. Zugleich führte die Beschlussabteilung aus, in welcher Weise das zugesagte Sonderkündigungsrecht durch die Zusammenschlussbeteiligten ausgestaltet werden müsste, damit das Gesamtzusagenangebot aus Sicht der Beschlussabteilung das Zusammenschlussvorhaben freigabefähig machen würde. Ein weiteres Zusagenangebot, welches die Hinweise der Beschlussabteilung vom 7. Dezember vollumfänglich aufgenommen hatte, erreichte die Beschlussabteilung am 8. Dezember 2011 („finales Zusagenangebot“).

12. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2011 informierte die Beschlussabteilung die Beigeladenen darüber, dass das finale Zusagenangebot nach Auffassung der Beschlussabteilung hinreichend ist, um die wettbewerblichen Bedenken der Beschlussabteilung zu kompensieren. Zugleich teilte sie ihrer Absicht mit, das Zusammenschlussvorhaben mit Nebenbestimmungen freizugeben.

II. Beteiligte Unternehmen

1. Zusammenschlussbeteiligte

1.1. Erwerberin

13. Liberty ist die europäische Holdinggesellschaft des internationalen Technologie- und Kommunikationsunternehmens Liberty Global, Inc. („Liberty Global“), das hauptsächlich Kabelnetze in Europa sowie Chile betreibt sowie Satellitenfernsehen in Australien anbietet. Liberty Global erzielte im Geschäftsjahr 2010 weltweite Umsätze von etwa 6,8 Milliarden Euro, EU-weite Umsätze von etwa 4,5 Milliarden Euro und deutschlandweite Umsätze von etwa 866 Millionen Euro. In Europa betreibt Liberty Kabelnetze in elf Ländern (Belgien, Deutschland, Irland, Niederlande, Österreich, Polen, Rumänien, Slowakei, Schweiz, Tschechische Republik, Ungarn). In Deutschland kontrolliert Liberty die Unitymedia GmbH, Köln („Unitymedia“), die in den Bundesländern Nordrhein-Westfalen und Hessen das ehemalige Breitbandkabelnetz der DTAG betreibt. Neben dem Betrieb von Breitbandkabelnetzen der Netzebene 3 (im Folgenden: NE 3)[1] und Netzebene 4 (im Folgenden: NE 4)[2] in den genannten Regionen umfasst die Tätigkeit von Unitymedia die

[1] Mit NE 3 sind Breitbandkabelnetze gemeint, welche, abgehend von den Hauptverteilern, über die Kabelverzweiger innerhalb von Ortschaften die Signale bis zum Hausübergabepunkt transportieren.

[2] Mit NE 4 ist das Breitbandkabelnetze innerhalb eines Gebäudes (Hausverteilnetz) – vom Hausübergabepunkt oder der Empfangsstation im Gebäude bis hin zu den Anschlussdosen in den einzelnen Wohneinheiten gemeint.

Übertragung und Vermarktung analoger und digitaler Rundfunksignale. Zudem erbringt Unitymedia technische Dienstleistungen für Programmanbieter (insbesondere die Einspeisung von Rundfunksignalen in das Kabelnetz) und bietet Endkunden Breitbandinternet und Telefoniedienste über ihr Kabelnetz an. Über eine eigene Pay-TV Plattform vermarktet Unitymedia zudem Pay-TV und Basis TV-Programme.

14. Daneben bietet Liberty über ihre Tochtergesellschaft Chellomedia weltweit, auch in Deutschland, TV-Kanäle und -Inhalte an. Der größte Minderheitsaktionär der Liberty Global, Dr. John Malone, hält außerdem Stimmrechtsanteile in signifikanter Höhe an den Gesellschaften Liberty Media Corporation („LMC“) und Discovery Communications, Inc. („Discovery“), die ebenfalls TV-Kanäle und -Inhalte anbieten. Die Anmelder vertreten allerdings die Ansicht, […]. Jedenfalls seien die Umsätze von LMC und Discovery in Deutschland gering.

1.2. Zielunternehmen

15. Kabel BW betreibt in Baden-Württemberg das ehemalige Breitbandkabelnetz der DTAG. Ihre Tätigkeit ist der von Unitymedia weitgehend vergleichbar, allerdings verschlüsselt Kabel BW im Unterschied zu Unitymedia ihr Basis TV-Programm bislang nicht. Kabel BW erzielte im Geschäftsjahr 2010 Umsätze von etwa 563 Millionen Euro. Sämtliche Umsätze wurden in Deutschland erzielt.

1.3. Veräußerin

16. Kabel BW wird derzeit mittelbar von der EQT Funds Management Limited, Guernsey, kontrolliert, einer Gesellschaft der Private Equity-Gruppe EQT.

2. Die Beigeladenen

17. VG Media nimmt als Verwertungsgesellschaft die Kabelweitersenderechte für die Sendergruppe der P7S1 sowie für ca. 100 weitere TV- und Hörfunkunternehmen wahr, unter anderem gegenüber den Zusammenschlussbeteiligten, und führt die hierbei vereinnahmten Vergütungen an die Wahrnehmungsberechtigten ab.

18. P7S1 ist Holdinggesellschaft der ProSiebenSat.1-Gruppe, die in Deutschland die werbefinanzierten Free-TV Sender Sat.1, ProSieben, Kabel 1, sixx und 9Live und die Pay-TV Sender Sat.1 Comedy, Kabel 1 Classics und ProSiebenSat.1 Welt veranstaltet. P7S1 hält auch eine Mehrheitsbeteiligung am Pay-TV Sender Deutsches Wetterfernsehen. Sie fragt bei den Zusammenschlussbeteiligten die Einspeisung in deren Kabelnetze nach.

19. NC ist eine regionale Betreiberin von Breitbandkabelnetzen im Raum Köln, die Endkunden über ihr Netz Fernsehen, Telefonie und Internetzugang anbietet. Sie ist damit Wettbewerberin von Unitymedia und Kabel BW.

20. Sky bietet Endkunden Pay-TV Programme an. Sie hält unter anderem exklusiv die Rechte zur Livebildübertragung der Fußball-Bundesliga. Sie fragt bei den Zusammenschlussbeteiligten die Einspeisung in deren Netze nach.

21. KDG betreibt das ehemalige Breitbandkabelnetz der DTAG in den Regionen Hamburg/Schleswig-Holstein/Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen/Bremen, Berlin/Brandenburg, Sachsen/Sachsen-Anhalt/Thüringen, Rheinland-Pfalz/Saarland und Bayern. Sie bietet dort vergleichbare Leistungen wie Unitymedia und Kabel BW an.

22. Der FRK vertritt die Interessen von etwa 170 mittelständischen Betreibern von Kabelnetzen auf den NE 3 und 4. Die Mitglieder des FRK sind Wettbewerber und, soweit Betreiber von Kabelnetzen allein auf der NE 4, zugleich Nachfrager nach Signallieferungsleistungen der Zusammenschlussbeteiligten bzw. der KDG.

23. Der GdW ist der größte Branchendachverband der deutschen Wohnungswirtschaft und vertritt rund 3.000 kommunale, genossenschaftliche, kirchliche, privatwirtschaftliche, landes- und bundeseigene Wohnungsunternehmen. Seine Mitglieder vermieten etwa 30% aller Mietwohnungen in Deutschland. Die Mitglieder des GdW schließen mit Kabelnetzbetreibern wie den Zusammenschlussbeteiligten regelmäßig sogenannte Gestattungsverträge ab, die den Kabelnetzbetreibern gegen die Errichtung oder Aufrüstung des hausinternen Kabelnetzes regelmäßig gestatten, die im Haus belegenen Wohneinheiten gegen Entgelt mit TV-Signal zu versorgen.

24. Netzmarketing ist ein Gemeinschaftsunternehmen von etwa 150 mittelständischen Kabelnetzbetreibern und Wohnungswirtschaftsunternehmen mit eigenen Kabelfernsehnetzen. Sie vertritt die Interessen ihrer Gesellschafter gegenüber den Veranstaltern von TV-Sendern und versucht dabei insbesondere, für die Einspeisung in die Netze ihrer Gesellschafter Vergütungen zu erzielen. Insofern steht sie im Wettbewerb zu den Zusammenschlussbeteiligten, die ebenfalls von TV-Sendern Einspeiseentgelte verlangen.

25. DTAG ist das größte deutsche Telekommunikationsunternehmen, das Endkunden bundesweit über ihr eigenes Netz Telefonie, Internetanschluss und in zunehmendem Maße auch Fernsehen über Internet (IPTV) anbietet. DTAG beliefert daneben mit ihrem Produkt „TV-Grundversorgung“ in geringem Umfang Objekte der Wohnungswirtschaft mit

Programmsignal. Mit diesen Angeboten steht sie in Wettbewerb zu den Zusammenschlussbeteiligten.

26. Der VATM vertritt etwa 100 im deutschen Markt tätige Telekommunikations- und Mehrwertedienstunternehmen. Seine Mitglieder bieten Endkunden Telefonie, Internetzugang und teilweise auch IPTV an und sind dabei typischerweise mangels eigener Netzinfrastruktur auf Vorleistungen der DTAG angewiesen. Damit stehen sie mit ihrem Angebot in Wettbewerb zu den Zusammenschlussbeteiligten.

27. Die Mitglieder des BREKO sind 83 infrastrukturbasierte, regional tätige Festnetzanbieter, die über eigene Netze verfügen, über die sie ihren Kunden Telefonie und zum Teil auch „Triple-Play“ Produkte bestehend aus Fernsehen, Telefonie und Internetzugang anbieten. Zu den Mitgliedern zählen insbesondere City- und Regionalcarrier sowie Stadtwerke. Die Mitglieder greifen für den Zugang zum Endkunden teilweise auf die Teilnehmeranschlussleitung der DTAG zurück, bauen aber zunehmend auch eigene Glasfaseranschlussnetze zu den Teilnehmern aus. Bei Letzterem verfolgen sie als unterschiedliche Geschäftsmodelle den Ausbau bis zu Kabelverzweigern bzw. Schaltverteilern („Fiber-to-the-Curb“, FTTC), bis in das Gebäude („Fiber-to-the-Building“, FTTB) oder bis in die Wohnung des Endkunden („Fiber-to-the-Home“, FTTH). Die Mitglieder des BREKO stehen mit ihrem Angebot von Telefonie, Internet und Fernsehen in Wettbewerb zu den Zusammenschlussbeteiligten.

28. Eutelsat ist eine Tochtergesellschaft der Eutelsat S.A., die ein Satellitennetzwerk zur europaweiten Ausstrahlung von TV-Signalen betreibt. Eutelsat bietet unter anderem kleineren Kabelnetzbetreibern und IPTV-Betreibern die digitale Programmplattform „KabelKiosk“ an, die aus den Programmen diverser TV-Sender besteht. Kleinere Kabelnetz- und IPTV-Betreiber können diese Plattform in ihre Netze einspeisen und so ihren Endkunden die enthaltenen Programme verfügbar machen. Eutelsat steht mit diesem Angebot in Wettbewerb zu den Zusammenschlussbeteiligten bei der Signalbelieferung von Netzbetreibern der NE 4.

29. 01051 bietet den durch Teilnehmeranschlüsse der DTAG angeschlossenen Endkunden sogenannte Call-by-Call Telekommunikationsdienste an. Der DTAG ist regulierungsrechtlich aufgegeben, die sogenannte Betreiberauswahl zuzulassen, durch die ihre Anschlusskunden durch Wählen einer bestimmten Vorwahl Telefongespräche etwa über die 01051 führen können. Die Netze der Zusammenschlussbeteiligten unterliegen keiner entsprechenden Regulierung.

30. RTL veranstaltet über verbundene Unternehmen Fernsehsender im Free-TV (RTL, Vox, n-tv, Super RTL, RTL 2) für deren Verbreitung sie von den Beteiligten die Einspeisung in deren Netze nachfragt. Daneben bietet RTL Pay-TV Kanäle an (RTL Crime, RTL Living, Passion).

31. Der SWR ist eine der in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten. Er verfolgt seinen Antrag auf Beiladung stellvertretend und interessenwahrend für die übrigen Landesrundfunkanstalten der ARD. Er liefert Beiträge für die von der ARD angebotenen Fernsehprogramme sowie veranstaltet in eigener Verantwortung die dritten Programme SWR Fernsehen BW und SWR Fernsehen RP sowie diverse Hörfunkprogramme. Für die Verbreitung seiner Fernsehprogramme fragt der SWR die Einspeisung in Kabelnetze unter anderem der Zusammenschlussbeteiligten nach.

32. Der BFW ist ein Spitzenverband der Wohnungswirtschaft, der vor allem die Interessen freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen vertritt. Seine Mitglieder verwalten etwa 3,1 Millionen Wohnungen und schließen mit Kabelnetzbetreibern wie den Zusammenschlussbeteiligten regelmäßig Gestattungsverträge über die Versorgung ihrer Objekte mit Rundfunksignal ab.

B. Formelle Prüfung

33. Der beabsichtigte Zusammenschluss hat Inlandsauswirkungen gem. § 130 Abs. 2 GWB. Unitymedia und Kabel BW erzielen ihre Umsätze im Inland. Daneben erzielt die von Liberty kontrollierte Chellomedia nicht ganz unbeträchtliche Umsätze im Inland.

34. Das Vorhaben ist kontrollpflichtig, wobei sich die Kontrollpflicht aufgrund der Verweisung der Prüfung des Vorhabens an die Bundesrepublik Deutschland nach den Vorschriften des GWB richtet (vgl. Artikel 9 Abs. 3 b) FKVO). Offen bleiben kann, ob auch nach der Verweisung des Zusammenschlusses an die Bundesrepublik Deutschland durch die Europäische Kommission sämtliche formellen Voraussetzungen der deutschen Zusammenschlusskontrolle erfüllt sein müssen. Denn das Zusammenschlussvorhaben erfüllt diese Voraussetzungen jedenfalls: Der beabsichtigte Erwerb von 100% der Anteile an der Kabel BW Musketeer GmbH erfüllt den Zusammenschlusstatbestand des Anteilserwerbs nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 a) GWB ebenso wie den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Die Umsätze von Liberty Global und Kabel BW übersteigen die Schwellenwerte des § 35 Abs. 1 GWB. Die Umsätze von Kabel BW übersteigen den Schwellenwert in § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB. Außerdem sind von dem Zusammenschlussvorhaben diverse Märkte betroffen, die mit einem Gesamtvolumen

von über 15 Millionen Euro keine Bagatellmärkte im Sinne von § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB sind.

C. Wettbewerbliche Beurteilung

35. Der Zusammenschluss lässt nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung die Verstärkung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussbeteiligten und KDG auf dem Endkundenmarkt für Mehrnutzerverträge zur leitungsgebundenen Versorgung mit Rundfunksignalen erwarten. Auf dem Markt für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in die Breitbandkabelnetze von Unitymedia kommt es ebenfalls zu einer Verstärkung der bestehenden marktbeherrschenden Stellung. Zu keiner Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Unitymedia führt das Vorhaben auf dem Markt für Einzelnutzerverträge zur leitungsgebundenen Versorgung mit Rundfunksignalen (die Belieferung von (Einzel)-Endkunden mit Rundfunksignalen) und auf dem Markt für die Signallieferung an Netzbetreiber der NE 4. Schließlich führt der Zusammenschluss auch nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Unitymedia auf dem Markt für den Einkauf von Spartenprogrammen für Pay-TV Angebote.

I. Endkundenmarkt für Mehrnutzerverträge

36. Vom Zusammenschluss betroffen ist der Endkundenmarkt für Mehrnutzerverträge zur leitungsgebundenen Versorgung mit Rundfunksignalen, im Folgenden auch als Gestattungsmarkt bezeichnet.[3] Auf diesem Markt tritt als Nachfrager auf, wer für ein Wohnobjekt mit einer Mehrzahl von Haushalten[4] die Versorgung mit analogem oder digitalem TV-Signal nachfragt, hierfür ein Entgelt entrichtet und dem Anbieter den Zugang zum ei-

---

[3] Der Begriff „Gestattungsmarkt“ erscheint der Beschlussabteilung als zulässige Verkürzung des tatsächlichen Geschehens. Strenggenommen ist zwischen Gestattung und (Mehr-)nutzervertrag zu differenzieren. Während die Gestattung nur das Recht des Kabelnetzbetreibers meint, eine Breitbandkabelanlage auf dem Grundstück zu errichten und zu betreiben, ist Gegenstand des Mehrnutzervertrages die tatsächliche Versorgung mit dem TV-Signal. Beides kann in der Praxis auseinanderfallen. Regelmäßig aber wird sowohl „gestattet“ als auch die Belieferung mit dem Programmsignal vereinbart.

[4] Das statistische Bundesamt differenziert in seiner Erhebung „Bestand an Wohnungen“ zwischen Gebäuden mit „1“,„2“ und „mit 3 oder mehr als 3 Wohnungen“. Danach gab es im Jahr 2010 rund 3 Mio. Wohngebäude mit „3 oder mehr als 3 Wohnungen“. In diesen Wohngebäuden befinden sich knapp 21 Mio. Wohnungen. S.. insofern: http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Fachveroeffentlichungen/BauenWohnen/Wohnsituation/BestandWohnungen2050300107004,property=file.pdf.

genen Objekt „gestattet“.[5] Als Nachfrager treten auf dem Markt für Mehrnutzerverträge insbesondere Unternehmen der Wohnungswirtschaft auf, daneben etwa Eigentümergemeinschaften.[6] Auf dem bundesweit abzugrenzenden Mehrnutzermarkt halten die Beteiligten gemeinsam mit der KDG eine marktbeherrschende Stellung, die durch den Zusammenschluss verstärkt würde. Auch bei hypothetischer räumlicher Begrenzung der Gestattungsmärkte auf die Netzgebiete der Zusammenschlussbeteiligten und der KDG würde die im Netzgebiet bestehende marktbeherrschende Stellung von Unitymedia durch den Wegfall potenziellen Wettbewerbs verstärkt.

1. Sachliche Marktabgrenzung

1.1. Differenzierung zwischen Einzelnutzer- und Mehrnutzerverträgen

37. Die Beschlussabteilung hat in der Vergangenheit bei der Nachfrage von Endkunden nach Versorgung mit dem TV-Signal zwischen Ein- und Mehrfamilienhäusern differenziert, ohne diese beiden Segmente klar voneinander abzugrenzen.[7] Die Zusammenschlussbeteiligten sind der Auffassung, eine Differenzierung des Endkundenmarktes zwischen Einzelnutzer- und Gestattungsverträgen sei auch weiterhin und insbesondere für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht angezeigt. Denn sowohl Einzelnutzer- als auch Gestattungsvertrag bezögen sich letztlich auf dieselbe Leistung, nämlich die Versorgung mit TV-Signal. Aus der Sicht der Kabelnetzbetreiber als Anbieter stehe der Endkunde als Nachfrager im Vordergrund, nicht der Vertragspartner des Gestattungsvertrags. Denn der Endkunde treffe die Entscheidung, von den Kabelnetzbetreibern über die Versorgung mit dem TV-Signal hinausgehende Leistungen wie Triple-Play-Angebote und Pay-TV abzunehmen. Außerdem versorgten sämtliche Kabelnetzbetreiber grundsätzlich sowohl Einzel- als auch Mehrnutzer.[8] Im Übrigen verlaufe die Grenze nicht zwischen Einzelnutzer- und Gestattungsverträgen, sondern zwischen Gestattungsverträgen bestimmter Größenordnung, wobei es sich dabei um eine Grenze handele, die praktisch gar nicht zu ziehen sei, da der Übergang fließend sei.[9]

38. Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten handelt es sich beim Mehrnutzermarkt um einen sachlich vom Markt für die Belieferung von Einzelendkunden mit TV-

---

5 Zu unterscheiden ist der Gestattungsvertrag von der Versorgungsvereinbarung, bei der der Nachfrager dem Anbieter gestattet, direkt mit Endkunden im Objekt Einzelverträge über die Versorgung mit Programmsignal zu schließen. Hierfür schuldet der Nachfrager regelmäßig kein Entgelt.

6 Im Folgenden wird der Begriff „Wohnungswirtschaft“ synonym für die Nachfrageseite auf dem Gestattungsmarkt verwandt.

7 BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, Az. B7-200/07 - KDG/Orion, Rz. 144 f.

8 Schreiben vom 11. Juli 2011, Rz. 25ff. (Bl. 83ff. d. Akte).

9 Schreiben vom 17. November 2011 (Bl. 2173 d. Akte).

Signal zu trennenden Markt. Es bestehen signifikante Unterschiede im Wettbewerbsgeschehen auf beiden Märkten. Im Übrigen differenzieren auch die Zusammenschlussbeteiligten intern zwischen beiden Kundengruppen.

39. Zunächst geht es im Mehrnutzermarkt um andere Volumina als im Einzelendkundenmarkt. Unternehmen der Wohnungswirtschaft verhandeln Gestattungsverträge über die Versorgung von bis zu 20.000 Wohnungseinheiten; der Beschlussabteilung sind daneben auch Fälle bekannt, in denen das verhandelte Volumen bei über 30.000 Wohneinheiten lag. Eine Reichweitenausdehnung in derartigem Umfang mit unter Umständen nur einem Vertrag ist für die auf dem Gestattungsmarkt tätigen Unternehmen naturgemäß deutlich attraktiver als der Vertragsabschluss mit einem Einzelkunden. Die höhere Attraktivität führt dazu, dass Gestattungsgeber regelmäßig deutlich günstigere Entgelte für die Versorgung mit dem TV-Signal aushandeln können. Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung liegt der Preis insofern beim Gestattungsvertrag pro versorgtem Haushalt um bis zu 80% niedriger als im Einzelkundensegment.[10]

40. Ein weiterer bedeutsamer Unterschied zwischen Gestattungs- und Einzelnutzervertrag ist das nur beim Gestattungsvertrag gegebene regelmäßige Auseinanderfallen von Vertragspartner und wirtschaftlich Betroffenem. Vermieter, die mit Kabelnetzbetreibern Gestattungsverträge abgeschlossen haben, nutzen gewöhnlich die ihnen durch § 2 Nr. 15 b) BetrKV eingeräumte Möglichkeit, die Gebühren für das von den Kabelnetzbetreibern gelieferte TV-Signal im Rahmen der Nebenkostenabrechnung auf ihre Mieter abzuwälzen („Sammelinkasso“).[11] Insofern stellt das nach dem Gestattungsvertrag geschuldete Entgelt für die Wohnungswirtschaft nur einen durchlaufenden Posten dar, die wirtschaftlichen Folgen des Abschlusses des Gestattungsvertrags trägt der Mieter. Dieser wird aber in aller Regel die Entscheidung für eine bestimmte Wohnung nicht von den Betriebskosten für die TV-Versorgung abhängig machen und auch die Entscheidung des Vermieters für eine bestimmte Versorgungsart oder einen bestimmten Kabelnetzbetreiber nicht in Frage stellen. Damit besteht ein vergleichsweise geringer Anreiz für die Wohnungswirtschaft als Nachfragerin im Gestattungsmarkt, besonders günstige Konditi-

---

10 Die Beschlussabteilung hat insgesamt 181 Unternehmen der Wohnungswirtschaft angeschrieben, von denen 110 geantwortet haben (61%). Auf die antwortenden Unternehmen entfällt ein Bestand von über 1,6 Mio. Wohneinheiten.

11 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben ergeben, dass 69% der antwortenden Gestattungsgeber von der Möglichkeit Gebrauch machen, das Entgelt für das Programmsignal über die Nebenkostenabrechnung von den Mietern einzuziehen.

onen für die TV-Versorgung auszuhandeln.[12] Der Einzelnutzer hingegen hat eine stärkere Motivation, die Konditionen für die TV-Versorgung bei Verwendung verschiedener Infrastrukturen (Kabel, Satellit, IPTV, DVB-T) oder – soweit verfügbar – die Angebote verschiedener Anbieter innerhalb einer Infrastruktur zu vergleichen und günstigeren Angeboten nachzugehen. Denn er trägt die wirtschaftlichen Folgen seiner Entscheidung zur Gänze und unmittelbar selbst.

41. Des weiteren unterscheiden sich Gestattungsverträge von Einzelkundenverträgen in der Vertragsdauer. Je nach der Kostenkalkulation des Kabelnetzbetreibers (im Folgenden auch: Gestattungsnehmer) wird ein Gestattungsvertrag über eine Laufzeit von bis zu 15 Jahren vereinbart. Oft ist nach Ablauf der Laufzeit eine automatische Verlängerung des Vertrags vorgesehen, falls der Gestattungsgeber nicht kündigt. Einzelnutzerverträge haben hingegen in der Regel eine feste Laufzeit von nur einem Jahr und eine anschließende automatische Verlängerungsmöglichkeit um denselben Zeitraum. Die längere Laufzeit von Gestattungsverträgen ist wesentlich dadurch bedingt, dass Gestattungsverträge im Gegensatz zu Einzelkundenverträgen häufig auch eine Verpflichtung des Kabelnetzbetreibers beinhalten, das Koaxial-Verteilnetz in den über den Gestattungsvertrag versorgten Objekten (die NE 4) im Rahmen einer zumeist individuell auf den Gestattungsgeber zugeschnittenen technischen Lösung entweder neu zu errichten oder aufzurüsten. Die hierfür erforderlichen Investitionskosten amortisieren sich nur über einen längeren Vertragszeitraum, in dem der Gestattungsnehmer das Objekt über sein Kabelnetz mit dem TV-Signal beliefern darf und zusätzlich die Möglichkeit hat, mit Endkunden im Objekt Verträge über die kabelgebundene Versorgung mit Telefonie und Internet abzuschließen (sog. „upselling“).

42. Zudem erhalten nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung Gestattungsgeber von Gestattungsnehmern zum Teil Zahlungen für den Abschluss eines Gestattungsvertrags, beispielsweise in Form von Marketingentschädigungen. 17% der Unternehmen der Wohnungswirtschaft, welche geantwortet haben, gaben an, schon einmal derartige Zahlungen erhalten zu haben. Einzelkunden haben dagegen keine Möglichkeit, derartige Gegenleistungen von Kabelnetzbetreibern zu erhalten.

---

[12] Dabei ist sich die Beschlussabteilung bewusst, dass die Höhe der Nebenkosten auch Einfluss auf den Mieterhöhungsspielraum des Vermieters hat, weshalb der Vermieter auch ein Eigeninteresse an niedrigen Entgelten hat (vgl. dazu Gesprächsvermerk GdW, Bl. 285 Markttest Gestattungsmarkt); Stellungnahme der Zusammenschlussbeteiligten vom 17. November 2011 (Bl. 2172 d. Akte).

43. Die räumliche Dimension der Nachfrage bei Gestattungsverträgen unterscheidet sich grundlegend von derjenigen von Einzelnutzern. 24% der antwortenden Wohnungsunternehmen haben angegeben, bundesweit nach Gestattungsnehmern zu suchen. 43% haben angegeben, dass der räumliche Tätigkeitsschwerpunkt eines Gestattungsnehmers für sie ohne Bedeutung sei. Gleichzeitig gaben 13% der antwortenden Kabelnetzbetreiber an, bundesweit nach Gestattungsgebern zu suchen. Einzelnutzer dehnen ihre Nachfrage dagegen nicht über den lokalen Raum aus und fragen die TV-Versorgung – im Falle einer Entscheidung für den TV-Empfang über Kabel – von ihrem lokalen Netzbetreiber nach. Kabelnetzbetreiber würden für einen Einzelanschluss auch keinen Netzausbau zum Endkunden hin unternehmen.

44. Das von den Zusammenschlussbeteiligten angeführte Argument, letztlich komme es Kabelnetzbetreibern auf die Endkundenbeziehung für den Verkauf von Pay-TV und Triple-Play-Produkten an, kann vor diesem Hintergrund nicht zur Annahme eines einheitlichen sachlich relevanten Marktes führen, der den Gestattungs- und Endkundenmarkt umfasst. Der erfolgreiche Abschluss eines Gestattungsvertrags bedeutet, dass der erfolgreiche Gestattungsnehmer erst die Möglichkeit erhält, Einzelnutzern in den versorgten Objekten überhaupt Angebote im Bereich Pay-TV und Triple-Play anbieten zu können. Denn ein solches Angebot ist aufgrund der gewährten Exklusivität regelmäßig nicht möglich, wenn ein konkurrierender Kabelnetzbetreiber den Gestattungsvertrag gewinnt. Insofern ist der Wettbewerb um Gestattungsverträge dem Wettbewerb um Endkunden vorgelagert. Die Zusammenfassung von vorgelagertem und nachgelagertem Markt erscheint auch aufgrund der konkreten Umstände wenig sachgerecht. Aktuell machen weniger als 30% aller Mieter vom Bezug multimedialer Zusatzdienste bzw. von Pay-TV Angeboten der Kabelnetzbetreiber Gebrauch. Das von den Zusammenschlussbeteiligten genannte Argument trifft danach auch nur auf rund ein Drittel aller Kunden zu. Insofern muss weiter davon ausgegangen werden, dass beim Gestattungsvertrag die kollektive Versorgung mit dem Rundfunksignal und nicht die Endkundenversorgung mit Pay-TV oder Triple-Play-Produkten im Vordergrund steht.

45. Schließlich ist auch die Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten zurückzuweisen, wonach allenfalls zwischen verschiedenen Gestattungsverträgen sachlich zu unterscheiden wäre. Zutreffend ist, dass unterhalb einer bestimmten Anzahl von Wohneinheiten, kein überregionales Angebot eines Kabelnetzbetreibers zu erwarten ist.[13] Das macht aber die Einbeziehung kleinerer Mehrnutzerverträge nicht sachwidrig. Diese können nämlich im

[13] Stellungnahme von 17. November 2011 (Bl. 2191, 2192 d. Akte).

Wege des sog. Onselling vom Kabelnetzbetreiber adressiert und nach Gewinnung eines großen benachbarten Gestattungsvertrages mit dem Programmsignal versorgt werden.[14] Auch die Zusammenschlussbeteiligten weisen auf die Möglichkeit hin, Endkunden in benachbarten Gebäuden zu gewinnen.[15] Sie bezeichnen diesen sogar als „ökonomisch wichtigen Parameter".[16] Die Möglichkeit des Onselling verknüpft sachlich kleinere und größere Gestattungsverträge miteinander, so dass es sachgerecht ist, für Zwecke der Marktabgrenzung auch kleinere Gestattungsobjekte in den Endkundenmarkt für Mehrnutzerverträge einzubeziehen.

1.2. Einzubeziehende Infrastrukturen

46. In den sachlich relevanten Markt einzubeziehen sind Mehrnutzerverträge, die die Versorgung von Haushalten mit TV-Signal über Breitbandkabel oder IPTV vorsehen. Eigenrealisierte Satellitenlösungen der Wohnungswirtschaft und DVB-T zählen nicht zum sachlich relevanten Markt.

47. Nach Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten müssen sowohl IPTV über xDSL (also die Übertragung von TV-Signalen im IP-Standard über die Kupferleitung, im Folgenden: IPTV), DVB-T und Breitbandkabel als auch die Versorgung mit TV-Signal über Satellit bei der Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Gestattungsmarkt umfassend gewürdigt werden. Ob dies bedeutet, dass sämtliche Infrastrukturen auch im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung zu berücksichtigen sind, haben die Zusammenschlussbeteiligten offen gelassen.

48. Die Beschlussabteilung hat schon in der Vergangenheit den sachlich relevanten Markt auf die Infrastrukturen Breitbandkabel und IPTV beschränkt.[17] Diese Marktabgrenzung ist auch weiterhin sachgerecht.

---

14 Darauf hat die Beschlussabteilung bereits in der Abmahnung vom 28. Oktober 2011 hingewiesen (Bl. 1785R Rz. 100Bl. 1807 R. Rz. 222), was den Zusammenschlussbeteiligten offenbar entgangen ist.

15 E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 16 (Bl. 629 d. Akte).

16 a.a.O (Bl. 587 d. Akte)

17 BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, Az. B7-200/07 - KDG/Orion, Rz. 129 ff.

DVB-T

49. Schon ungeachtet der Differenzierung zwischen Gestattungs- und Einzelkundenmarkt kann das Angebot über DVB-T nicht zum sachlich relevanten Markt gerechnet werden. Die TV-Versorgung über DVB-T ist derjenigen über Breitbandkabel jedenfalls insofern technisch unterlegen, als eine Versorgung mit höchstens 35 TV-Kanälen möglich ist. Daneben ist die räumliche Verfügbarkeit von DVB-T begrenzt. Aus den von den Zusammenschlussbeteiligten im Kommissionsverfahren vorgelegten Unterlagen ergibt sich, dass in Baden-Württemberg – mit Ausnahme der Region Stuttgart – keine privaten Free-TV Programme zu empfangen sind.[18] Auch in fünf von sieben Regionen in Netzgebiet von Unitymedia sind ausweislich der im Kommissionsverfahren von den Zusammenschlussbeteiligten beigefügten Anlagen keine privaten Free-TV Programme zu empfangen.[19]

50. DVB-T kann außerdem wegen der fehlenden Angebote ausländischer Sender keine Alternative für Gestattungsgeber sein, die ihre Liegenschaften über eine Kollektivlösung mit TV-Signal versorgen wollen. Der grundrechtlich geschützte Anspruch ausländischer Mieter auf den Empfang von TV-Kanälen in ihrer Sprache,[20] würde bei einer Versorgung allein über DVB-T bedeuten, dass Vermieter ausländischen Mietern das Aufstellen eigener Satellitenschüsseln nicht verwehren könnten. Die hiermit einhergehende optische Entwertung der Hausfassade ist aber regelmäßig von Vermietern nicht gewollt.[21]

IPTV

51. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung kann an der Praxis festgehalten werden, IPTV in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen,[22] und das auch, soweit es um den Gestattungsmarkt geht. Die befragten IPTV-Anbieter haben angegeben, dass sie technisch in der Lage seien, auf der Grundlage von Verträgen mit der Wohnungswirtschaft deren Objekte kollektiv mit TV-Signal über den DSL-Anschluss zu versorgen. Insbesondere sei bei entsprechender Ausbaustufe des Netzes und damit einhergehender Bandbreite auch eine Versorgung mit HD-Programmsignal möglich. Ein befragter Anbieter hat auch angegeben, schon an der konkreten Ausschreibung eines Gestattungsvertrags

---

18 Anmeldung vom 19. April 2011, Annex 6.3.1.12 d. (Bl. 1570 d. Akte).

19 Anmeldung vom 19. April 2011, Annex 6.3.1.12 b. (Bl. 1563ff. d. Akte).

20 Siehe etwa BVerfG, Beschluss vom 9. Februar 1994, Az. 1 BvR 1687/92, NJW 1994, 1147.

21 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben ergeben, dass es in weniger als 1% aller Fälle Mietern der antwortenden Gestattungsgeber gestattet ist, eine Satellitenschüssel an der Hausfassade anzubringen.

22 BKartA, B7-200/07, Beschluss vom 3. April 2008 - KDG/Orion, Rz. 135.

teilgenommen zu haben. Vor diesem Hintergrund müssen IPTV-Lösungen zum sachlich relevanten Markt gerechnet werden.

Satellit

52. Das Bundeskartellamt hat in der Vergangenheit Infrastrukturbetreiber, welche das Gestattungsobjekt mittels Kabelkopfstation oder Sat-ZF-Anlage versorgen, bei der sachlichen Marktabgrenzung berücksichtigt.[23] Statt das Fernsehsignal über die NE 3 (drahtgebunden) zu empfangen, holen sie sich diese Anbieter das Programmsignal vom Satelliten. Dies macht deutlich, dass die Beschlussabteilung den Satelliten auch schon in seiner bisherigen Praxis – jedenfalls teilweise – bei der Marktabgrenzung mitberücksichtigt hat.[24]

53. An dieser Praxis hält die Beschlussabteilung fest. Bereits aus der Abgrenzung eines gesonderten Gestattungsmarktes, auf dem die Wohnungswirtschaft Mehrnutzerverträge zur TV-Versorgung nachfragt, folgt, dass individuell von Endkunden mittels Erwerb und Installation einer Satellitenempfangsanlage realisierter Empfang von TV-Signal nicht in den relevanten Markt einbezogen werden kann. Denn hier ist schon begrifflich kein Mehrnutzervertrag gegeben.

54. Ebenfalls nicht in den sachlich relevanten Markt einbezogen werden kann die von der Wohnungswirtschaft teilweise vorgenommene Eigenversorgung ihrer eigenen Objekte durch Installation einer zentralen Satellitenempfangsanlage, von der das TV-Signal dann über die hausinterne Verkabelung an den einzelnen Haushalt weitergeleitet wird. Die Bereitstellung der Satellitensignale für den DTH-Empfang (*direct to home*) stellt keine entgeltliche Leistung dar. Eine Austauschbeziehung besteht hier nicht zwischen dem „Gestattungsgeber“ und dem Betreiber der zum Signaltransport eingesetzten Satellitentransponder, sondern allein zwischen letzterem und dem Programmanbieter. Anders als beim Kabelempfang zahlt der „Gestattungsgeber“ kein Entgelt für den Satellitenempfang. Er investiert allein in die eigene Empfangsinfrastruktur. Diese Infrastruktur wird auf einem separaten Markt eingekauft (Satellitenanlagen, Set-Top-Boxen). 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 an-

---

23 Nach den Kenntnis der Beschlussabteilung bedient sich auch Unitymedia im Einzefall sog. Sat-ZF Anlagen, ohne dass Unitymedia nach dem Verständnis der Beschlussabteilung dadurch zum Satellitenbetreiber würde bzw. entsprechend versorgte Wohneinheiten bei Ermittlung des Marktanteils von Unitymedia unberücksichtigt blieben.

24 BKartA, B7-200/07, Beschluss vom 3. April 2008 - KDG/Orion, Rz. 107, 227.

gesehen werden, da letztere begrifflich eine entgeltliche Austauschbeziehung voraussetzt.[25]

55. Selbst wenn man den Satelliten auch insoweit dem sachlichen Markt zurechnen wollte, würde es an einem Angebot fehlen. Vielmehr „produziert“ die Wohnungswirtschaft durch Zugriff auf das für sie unentgeltlich verfügbare Satellitensignal das TV-Signal selbst. Begrifflich handelt es sich damit nicht um Anbieterwettbewerb, sondern um Eigenproduktion. Güter bzw. Dienstleistungen für den Eigenverbrauch gelangen nicht auf den Markt und können demgemäß auch nicht Gegenstand eines Anbieterwettbewerbs sein. Die für die Eigenproduktion vorhandenen Herstellungskapazitäten bzw. die Möglichkeit der Eigenrealisierung ist danach allein bei der Gesamtwürdigung der wettbewerblichen Verhältnisse zu berücksichtigen, und zwar insbesondere unter dem Aspekt, ob von der Eigenproduktion Wettbewerbsdruck auf die Anbieter auf dem Gestattungsmarkt ausgeht.[26]

2. Räumliche Marktabgrenzung

56. Beim Endkundenmarkt für Mehrnutzerverträge handelt es sich um einen überregionalen und damit bundesweiten Markt. Die Beschlussabteilung ist in der Vergangenheit bei Abgrenzung eines einheitlichen Endkundenmarktes von regionalen Endkundenmärkten ausgegangen.[27] Entgegen des Vorbringens der Zusammenschlussbeteiligten,[28] hat die Beschlussabteilung allerdings bereits im Jahr 2008 für den Fall, dass sachlich zwischen Einzel- und Mehrnutzerverträgen abgegrenzt wird, die Abgrenzung eines bundesweiten Endkundenmarktes für Mehrnutzverträge für möglich erachtet.[29] Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten ist die Annahme eines bundesweiten Marktes deshalb auch mit der bisherigen Praxis konsistent.[30] Die Anmelder vertreten die Auffassung, der Gestattungsmarkt sei regional abzugrenzen, soweit bei seiner sachlichen Abgrenzung allein die Infrastrukturen Kabel und IPTV einbezogen würden. Allein im Falle der sachlichen Abgrenzung eines einheitlichen Endkundenmarktes, der sowohl Einzelkunden- als auch Gestattungsverträge umfasst, sei der räumlich relevante Markt bundesweit abzugrenzen.

---

25 Vgl. BGH, Beschluss vom 23.10.1979, *Berliner Musikschule,* WuW/E BGH 1661, 1663.

26 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, WuW/E DE-R 2463, 2469 – *A-TEC/Norddeutsche Affinerie.*

27 BKartA, B7-200/07, Beschluss vom 3. April 2008 - KDG/Orion, Rz. 141.

28 Stellungnahme vom 17. November 2011 (Bl. 2178 d. Akte).

29 BKartA, B7-200/07, Beschluss vom 3. April 2008 - KDG/Orion, Rz. 141, dort heißt es ausdrücklich, dass es sich bei der Versorgung von Mehrfamilienhäusern „mindestens um regionale Märkte“ handelt.

30 Stellungnahme vom 17. November 2011 (Bl. 2179 d. Akte).

57. Die Beschlussabteilung geht hingegen für die Zwecke der vorliegenden Entscheidung davon aus, dass der Endkundenmarkt für Mehrnutzerverträge Gestattungsmarkt im Falle der oben ausgeführten sachlichen Marktabgrenzung bundesweit abzugrenzen ist.

58. Zunächst sind technisch keine Gründe ersichtlich, weshalb sich Kabelnetzbetreiber bei der Versorgung von Mehrparteienobjekten mit dem Rundfunksignal auf ein bestimmtes Gebiet beschränken müsste, etwa auf dasjenige, in dem sie bereits über ausgebaute Netze auf der NE 3 verfügen.[31] Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung kann die Zuführung von Daten (etwa zum Angebot von Telefon- und Internetdienstleistungen im Rahmen eines Triple-Play-Produkts) über die NE 3 bei außerhalb des eigenen „Footprint“[32] gewonnenen Gestattungsprojekten kurzfristig auch über weite Distanzen mittels Mietleitungen erfolgen. Die Versorgung mit dem Rundfunksignal kann ebenfalls über eine angemietete NE 3 durch Verbindung mit der eigenen NE 3 sichergestellt werden, oder es kann alternativ eine Satellitenkopfstation in der Nähe der zu versorgenden Objekte aufgebaut werden. Das der Wohnungswirtschaft angebotene Rundfunksignal unterscheidet sich in technischer Hinsicht in unterschiedlichen Regionen Deutschlands nicht, es müssen gegebenenfalls nur aufgrund von regional unterschiedlichen Einspeisevorgaben („must carry“)[33] unterschiedliche Inhalte übertragen werden.

59. Den technischen Möglichkeiten entsprechend verfolgen auch diverse Kabelnetzbetreiber, die nicht über ein „angestammtes“ Regionalnetz verfügen, ein bundesweites, d.h. überregionales Geschäftsmodel.l[34]. Zu nennen ist hier insbesondere das Unternehmen

---

31 Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten handelt es sich dabei auch um den zutreffenden Ausgangspunkt für die räumliche Marktabgrenzung (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2176 d. Akte). Nur wenn die technische Möglichkeit besteht, bundesweit das Programmsignal anzubieten, stellt sich überhaupt die Frage nach einem nationalen Markt. Andernfalls wäre bereits aus „objektiven Gründen“ (BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008, WuW/E DE-R 2327, 2336 *Sanacorp Anzag*) eine engere Marktabgrenzung zwingend. In diesem Zusammenhang ist den Zusammenschlussbeteiligten auch in ihrer Ansicht zu widersprechen, wonach die Regionalgesellschaften aufgrund der Mehrkosten bei der Versorgung von Objekten außerhalb des eigenen Netzgebietes regional beschränkt seien (a.a.O. Bl. 2182 d. Akte). Wäre dies zutreffend, so dürfte es bereits keine integrierten Kabelnetzbetreiber geben, welche sich im Gestattungswettbewerb gegen die jeweilige Regionalgesellschaft durchsetzen und bestehende Netze einer Regionalgesellschaft überbauen.

32 Der Footprint bezeichnet das traditionelle Versorgungsgebiet eines Kabelnetzbetreibers, also im Falle der Regionalgesellschaften Baden-Württemberg (Kabel BW), Nordrhein-Westfalen und Hessen (Unitymedia) und das übrige Bundesgebiet (KDG).

33 § 52b Abs. 1 Rundfunkstaatsvertrag i. V. m. den Bestimmungen der Mediengesetze der Länder (etwa Landesmediengesetz Nordrhein-Westfalen, Hessisches Privatrundfunkgesetz, Landesmediengesetz Baden-Württemberg).

34 Die Zusammenschlussbeteiligten übersetzen „bundesweites Geschäftsmodell“ in unzulässiger Weise mit bundesweiten Lieferströmen (Stellungnahme vom 17. November 2011 Bl. 2186 d. Akte). Dieses Bild ist falsch. Beim Gestattungsmarkt geht es um die Versorgung mit dem Programmsignal über eine netzgebundene Infrastruktur. Eine Infrastruktur, welches ggf. erst im Be-

Pepcom.[35] Daneben betreiben auch TeleColumbus, die Deutsche Telekabel und Primacom Kabelnetze in den Gebieten der drei Regionalgesellschaften (KDG, Unitymedia, Kabel BW). Die geographische Ausdehnung ihrer jeweiligen Netze deckt und beschränkt sich gerade nicht auf das Netz einer Regionalgesellschaft. Allen vier genannten Unternehmen ist gemeinsam, dass ihre Netze über die Netze aller drei Regionalgesellschaften hinausgreifen. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung vereinen sie einen nach Endkundenzahlen berechneten Marktanteil am Gestattungsmarkt von knapp 20%. Anders als in den in der Vergangenheit von der Beschlussabteilung zu entscheidenden Fällen, bietet mittlerweile auch die DTAG mit ihrem Produkt „TV-Grundversorgung“ der Wohnungswirtschaft bundesweit die Versorgung ihrer Objekte mit dem Rundfunksignal an. Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung hat sie sich auch bereits in den Netzgebieten der drei Regionalgesellschaften im Konkurrenz zur jeweiligen Regionalgesellschaft um Gestattungsverträge bemüht.[36]

60. Die Wettbewerbsstruktur auf dem Gestattungsmarkt ist stark durch das Angebotsverhalten der anbietenden Kabelnetzbetreiber geprägt, während sich die nachfragenden Gestattungsgeber eher passiv verhalten.[37] 79% der antwortenden Unternehmen der Wohnungswirtschaft haben angegeben, dass Kabelnetzbetreiber auf sie zugehen und Ange-

---

darfsfall, d.h. bei erfolgreichem Gebot um einen Gestattungsvertrag errichtet wird. Um von einem bundesweiten, präziser: überregionalem Geschäftsmodell zu sprechen, ist es deshalb hinreichend, das bundesweit bei entsprechendem Vertragsschluss ein Programmsignal herangeführt wird. Das aber findet nach den Feststellungen der Beschlussabteilung tatsächlich statt.

35 Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten (Stellungnahme vom 17. November 2011 Bl. 2190 d. Akte), lässt sich die Bedeutung von Pepcom nicht lediglich anhand der Anzahl hinzugewonnener Verträge bzw. Wohneinheiten messen. Entscheidend ist vielmehr die Anzahl von Gestattungsobjekten, um die sich Pepcom ggf. erfolglos bemüht hat. Auf Nachfrage erklärte Pepcom, dass es sich allein im Netzgebiet von Kabel BW in den letzten drei Jahren um mehr als [50.000-100.000] Wohneinheiten beworben hat. Die derzeitige Bearbeitungsliste umfasst [100 bis 200] Gestattungsverträge in ganz Deutschland mit [400.000 bis 500.000] Wohneinheiten, die im Zeitraum bis 2015 entscheidungsreif werden (Stellungnahme vom 7. Dezember 2011, Bl. 2744 d. Akte).

36 Die Zusammenschlussbeteiligten weisen im Zusammenhang mit der räumlichen Marktabgrenzung nicht auf das bundesweite Angebot der DTAG. An anderer Stelle derselben Stellungnahme betonen sie hingegen den von der DTAG auf die Zusammenschlussbeteiligten ausgehenden Wettbewerbsdruck (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2221ff. d. Akte). Dass die Beschlussabteilung der DTAG keine den Verhaltensspielraum der Oligopolisten begrenzende Wirkung zuspricht, hat nicht zur Folge, dass die Tätigkeit der DTAG bei der Abgrenzung des räumlichen Marktes unberücksichtigt bleiben muss. Bei gegenteiliger Auffassung dürfte die Marktabgrenzung ausschließlich unter Berücksichtigung der Tätigkeit der Oligopolisten selbst bestimmt werden, da keiner der Außenwettbewerber geeignet ist, dass Oligopol spürbar zu stabilisieren.

37 Da das Wettbewerbsgeschehen durch die Initiative der Anbieter geprägt ist, erscheint es nicht sachgerecht, für die räumliche Marktabgrenzung auf das für den Markt weniger charaktertische Nachfrageverhalten abzustellen. Ausschließlich darauf aber stützen die Zusammenschlussbeteiligten ihre Argumentation (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2179f. d. Akte).

bote zur Rundfunkversorgung der von ihnen gehaltenen Liegenschaften machen.[38] Bei der Minderheit von Gestattungsgebern, die nicht passiv auf Angebote wartet, kommt es allerdings durchaus vor, dass auf Gestattungsnehmer zugegangen wird, die nicht bereits in der Nähe der zu versorgenden Liegenschaft tätig sind. So haben in der von der Beschlussabteilung durchgeführten Befragung sechs Unternehmen angegeben, auf eine andere als die ansässige Regionalgesellschaft zugegangen zu sein, um ein Angebot zum Abschluss eines Gestattungsvertrags zu erhalten. Vier befragte Unternehmen haben angegeben, entsprechende Angebote auch erhalten zu haben. In einem Fall hat sich eine Regionalgesellschaft nach Kenntnis der Beschlussabteilung tatsächlich zur deutschlandweiten Versorgung mit dem Programmsignal sowie zur Aufrüstung der NE 4 für den Empfang multimedialer Dienstleistungen verpflichtet.[39] Vertragsgemäß werden dabei mehrere knapp tausend bzw. mehrere tausend Wohneinheiten im Netzgebiet der beiden übrigen Regionalgesellschaften versorgt.

61. Für eine bundesweite Abgrenzung des Gestattungsmarktes spricht schließlich, dass die Anbieter der einzigen mit dem Breitbandkabel im Gestattungsmarkt unmittelbar um Nachfrage konkurrierenden Infrastruktur, IPTV, sämtlich bundesweit tätig sind. Ihre Möglichkeit, der Wohnungswirtschaft ein Angebot für die Rundfunkversorgung zu machen, hängt von der Ausbaustufe des Netzes ab, über das IPTV angeboten werden soll, nicht aber von der Belegenheit der zu versorgenden Liegenschaft in einem bestimmten Netzgebiet[40].

---

38 In diesem Zusammenhang hat die Beschlussabteilung nicht davon gesprochen, dass die Gestattungsgeber passiv verhielten, weil sie mangels Angeboten anderer Kabelnetzbetreiber bei ihrem bisherigen Anbieter bleiben (So aber die Stellungnahme der Zusammenschlussbeteiligten vom 17. November 2011, Bl. 2181 d. Akte). Diese Schlussfolgerung ist rein spekulativ. Die Beschlussabteilung hat lediglich ermittelt, dass das Marktgeschehen davon geprägt ist, dass Kabelnetzbetreiber auf die Gestattungsgeber zugehen und nicht umgekehrt, d.h. vom Kabelnetzbetreiber geht nach den Feststellungen der Beschlussabteilung in der Regel die Initiative zum Vertragsschluss aus.

39 Dass die Beschlussabteilung lediglich einen Fall einer deutschlandweiten Versorgung ermittelt hat, dürfte auch der Tatsache geschuldet sein, dass die zu versorgenden Gestattungsobjekte sich im Regelfall allenfalls im Umkreis von einigen Kilometern befinden, weshalb die Unternehmen der Wohnungswirtschaft nur in wenigen Fällen überhaupt eine bundesweite Bedarfsdeckung anstreben. Bereits aus diesem Grund lässt sich aus der Feststellung der Beschlussabteilung kein Argument gegen einen überregionalen Markt ableiten (Stellungnahme vom 17. November 2018, Bl. 2180 d. Akte). Im Übrigen hat die Deutsche Annington laut FAZ vom 9. Dezember 2011 einen bundesweiten Gestattungsvertrag über die Versorgung von 170.000 Wohneinheiten mit der DTAG geschlossen (Bl. 2797 d. Akte).

40 Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten ist es für die Berücksichtigung von IPTV im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung bereits hinreichend (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2193 d. Akte), dass IPTV Teil des sachlichen Marktes ist. Die Tatsache, dass es bislang kein erfolgreiches Angebot gab, ist demgegenüber sekundär.

62. Die räumliche Marktabgrenzung ist mit der bisherigen Praxis konsistent. In der Vergangenheit wurde nicht klar zwischen dem lokal bzw. regional geprägten Einzelnutzerendkundenmarkt und dem Gestattungsmarkt differenziert, so dass die Beschlussabteilung bei wertender Gesamtbetrachtung zum Ergebnis einer regionalen Marktabgrenzung kommen konnte.

63. Entgegen der Ansicht der Anmelder ist für die Annahme eines nationalen Marktes auch nicht erforderlich, dass das Wettbewerbsgeschehen bereits durch nationale, in allen Regionen gleichzeitig tätige Anbieter geprägt ist. Es genügt, dass national tätige Anbieter von Rundfunksignalen über Breitbandkabel bzw. IPTV für die Wohnungswirtschaft als Ausweichmöglichkeit gegenüber dem Angebot der Regionalgesellschaften in Betracht kommen.[41]

64. Nichts anders folgt auch aus der von der Zusammenschlussbeteiligten zur Widerlegung der Auffassung der Beschlussabteilung zitierten Entscheidung des BGH in Sachen *Strom und Telefon I*.[42] Bereits im Ausgangspunkt sind beide Fälle nicht miteinander vergleichbar. Anders als bei der Belieferung mit Strom sind das Programmsignal der jeweiligen Regionalgesellschaft und das Programmsignals des um den Gestattungsvertrag konkurrierenden integrierten Anbieters nicht identisch. Mit erfolgreichem Gebot des integrierten Anbieters hört rein tatsächlich die Versorgung durch die Regionalgesellschaft auf. Der entscheidende Unterschied liegt darüber hinaus im Folgenden: Auf dem Gestattungsmarkt sind tatsächlich Wechselvorgänge zu verzeichnen und diese betreffen auch Wechsel zu Anbietern, welche sich gerade aus ihrem bisherigen Tätigkeitsgebiet heraus in ein neues Gebiet begeben.[43]

3. Wettbewerbliche Beurteilung

65. Auf dem Gestattungsmarkt verfügen die Zusammenschlussbeteiligten gemeinsam mit KDG über eine marktbeherrschende Stellung. Der Zusammenschluss würde zu einer Verstärkung dieser marktbeherrschenden Stellung führen.

3.1. Gemeinsame marktbeherrschende Stellung

66. Die Regionalgesellschaften beherrschen den Gestattungsmarkt gemeinsam. Sie halten einen Marktanteil, der für sich genommen eine gemeinsame marktbeherrschende Stel-

---

41 Vgl. BGH, Beschl. vom 13. Juli 2004, KVR 2/03 – *Sanacorp/ANZAG*, Beschlussausfertigung S. 6.

42 Stellungnahme vom 17. November 2011 (Bl. 2180f. d. Akte) unter Berufung auf BGH, Urteil vom 4. November 2003, WuW/DE-R 1206, 1207 – *Strom und Telefon I*

43 Auch die Zusammenschlussbeteiligten konstatieren, dass es zu Angeboten im Umfeld vorhandener Cluster und damit außerhalb des aktuellen Tätigkeitsgebiets kommt (Stellungnahme vom 17. November 2011 Bl. 2186 d. Akte).

lung vermuten lässt. Zwischen ihnen besteht tatsächlich kein Binnenwettbewerb, und sie sind auch keinem wesentlichen Außenwettbewerb durch Dritte ausgesetzt.

3.1.1. Marktdaten

67. Die Beschlussabteilung hat durch Befragung der wesentlichen in Deutschland tätigen Kabelnetzbetreiber ermittelt, dass die Gesamtzahl der über einen Gestattungsvertrag mit Programmsignal versorgten Haushalte ca. 11,3 Millionen beträgt.[44] Von diesen Haushalten versorgte im Jahr 2010 KDG ca. [4-5] Millionen, Unitymedia ca. [2-3] Millionen, Kabel BW ca. [1-2] Millionen, TeleColumbus ca. [1-2] Millionen,[45] Pepcom ca. [<1] Millionen, NetCologne ca. [<500.000], Deutsche Telekabel ca. [<500.000] und Primacom ca. [<500.000]. Hieraus errechnen sich folgende Marktanteile:[46]

---

44 Die Beschlussabteilung hat insgesamt 100 Kabelnetzbetreiber angeschrieben, von denen 70 geantwortet haben. Die antwortenden Kabelnetzbetreiber versorgen rund 18,9 Mio. WE mit dem Programmsignal.

45 TeleColumbus sah sich außer Stande, bei der Angabe der Anzahl ihrer versorgten Kunden zwischen Gestattungsverträgen und Einzelkundenverträgen zu differenzieren. Die Beschlussabteilung geht deshalb davon aus, dass [60-70]% der von TeleColumbus versorgten Wohneinheiten über Gestattungsverträge versorgt werden. Dieser Wert entspricht dem Anteil der über Gestattungsverträge versorgten Endkunden der Zusammenschlussbeteiligten.

46 Nichts anderes dürfte bei umsatzmäßiger Betrachtung der Marktanteile gelten. Etwas anderes wäre nur dann der Fall, wenn es kleinere Kabelnetzbetreiber gäbe, welche in der Regel deutlich höhere Entgelte als die Regionalgesellschaften von den Gestattungsgebern für die Belieferung des Programmsignals erzielten. Dafür aber sind überhaupt keine Anzeichen erkennbar. Das Gegenteil dürfte der Fall sein. Ohne Bieterwettbewerb lassen sich deutlich höhere Entgelte erzielen. In einer Vielzahl von Fällen sind ausschließlich die Regionalgesellschaften mit einem Netz vor Ort. Einem Bieterwettbewerb sind demgegenüber gerade die kleineren Netzbetreiber ausgesetzt, welche sich regelmäßig gegen ein konkurrierendes Angebot der ansässigen Regionalgesellschaft durchsetzen müssen. Bereits diese Überlegung spricht dafür, dass die umsatzbezogenen Marktanteile der kleinen Kabelnetzbetreiber nicht signifikant größer wären.

Anbieter	Marktanteil
KDG	[35-45]%
Unitymedia	[15-25]%
Kabel BW	[5-15]%
TeleColumbus	[5-15]%
Pepcom	[<5]%
NetCologne	[<5]%
Deutsche Telekabel	[<5]%
Primacom	[<5]%
Sonstige Anbieter	[5-10]%

68. Hieraus ergibt sich ein gemeinsamer haushaltsbezogener Marktanteil der drei Regionalgesellschaften KDG, Unitymedia und Kabel BW von über [65-75]%. Nach der Vermutungsregel des § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB gelten die drei Regionalgesellschaften KDG, Unitymedia und Kabel BW damit als marktbeherrschend.

3.1.2. Funktionsweise des Gestattungsmarktes

69. Wie bereits in Rz. 36 beschrieben, ist Gegenstand des Gestattungsvertrags die entgeltliche Versorgung einer Mehrzahl von Wohneinheiten mit dem Programmsignal. Unternehmen treten auf dem Gestattungsmarkt in Wettbewerb, indem sie sich um den Abschluss von Gestattungsverträgen mit der Wohnungswirtschaft bemühen. Als Gestattungsnehmer kommen dabei insbesondere reine NE 4-Betreiber oder aber integrierte Kabelnetzbetreiber in Betracht. Während letztere das Programmsignal über eine eigene Kabelkopfstation vom Satelliten abgreifen bzw. über eine eigene NE 3 drahtgebunden heranführen, erwerben erstere das Programmsignal von einem NE 3-Betreiber.[47] Tech-

[47] Betreiber der NE 3 ist regelmäßig die jeweilige Regionalgesellschaft. Die Belieferung mit dem Programmsignal im Verhältnis zwischen NE4-Betreiber und NE-3 Betreiber ist Gegenstand des sog. Signalliefervertrags.

nisch übernimmt der NE 4-Betreiber das Signal am Hausübergabepunkt und muss dementsprechend keine Investitionen in vorgelagerte Netzebenen tätigen.

70. Aus der Sicht eines Kabelnetzbetreibers gibt es in technischer Hinsicht keine Gründe, sein Angebot auf eine bestimmte Region zu beschränken. Das bestreiten auch die Zusammenschlussbeteiligten weder in der Anmeldung[48] noch in dem vorgelegten ökonomischen Gutachten.[49] In dem ökonomischen Gutachten wird sogar explizit erwähnt, dass „Regionalnetzbetreiber [..] hypothetisch über eine Vielzahl von technischen Lösungen Geschäftsbeziehungen mit Endkunden außerhalb des eigenen Netzgebietes aufbauen [..]“[50] können. Auch der laufende Betrieb lässt sich über Fremdfirmen steuern.[51] Beim „Tätigkeitsgebiet“ handelt es sich deshalb um einen Wettbewerbsparameter auf dem Gestattungsmarkt, nicht etwa um einen gegebenen und für die Zukunft feststehenden Tatbestand.

71. Ein erfolgreiches Bieten um einen Gestattungsvertrag macht, je nach Ausbaustand der vorgefundenen Netze im zu versorgenden Objekt, Investitionen in die NE 4 des Objekts erforderlich. Beschafft sich der Kabelnetzbetreiber das Signal selbst, sind in Abhängigkeit von der Heranführung des Signals weitere Investitionskosten zu tragen.[52]

72. Wenngleich beim Abschluss eines Gestattungsvertrags gegenwärtig noch die Versorgung des jeweiligen Objekts mit dem Rundfunksignal im Vordergrund steht, verlangt die Wohnungswirtschaft zunehmend zusätzlich die Versorgung mit multimedialen Zusatzdiensten, insbesondere mit Telefonie und/oder Internet. Die Versorgung mit den Zusatzdiensten wird, anders als die Versorgung mit dem Rundfunksignal, dabei regelmäßig nicht zentral über den Gestattungsgeber vergütet. Vielmehr haben die einzelnen Haushalte im Objekt die Möglichkeit, mit dem Gestattungsnehmer Einzelverträge über die Versorgung mit Zusatzdiensten neben dem Rundfunksignal abzuschließen. In der von der Beschlussabteilung durchgeführten Befragung haben knapp 70% der antwortenden Unternehmen der Wohnungswirtschaft angegeben, beim Abschluss eines Gestattungsvertrags Wert auf das zusätzliche Angebot multimedialer Dienstleistungen für die Mieter

---

48 Vgl. Anmeldung bei der Europäischen Kommission vom 19. April 2011, Rn. 399 (Bl. 1528 d. Akte)

49 Vgl. E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 3f. (Bl. 539ff d. Akte).

50 E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 85. (Bl. 539ff d. Akte).

51 Einzelheiten dazu unter Rz. 83.

52 Bau bzw. Ausbau einer eigenen NE 3, laufende Kosten in Form einer Mietleitung, Bau einer Kabelkopfstation etc.

zu legen. Triple-Play-Dienstleistungen erfordern allerdings die Möglichkeit, auch vom Endkunden ausgehende Signale in das Netz rückübertragen zu können (sogenannte Rückkanalfähigkeit). Netzbetreiber der NE 4, die das Rundfunksignal über eine Kabelkopfstation vom Satelliten beziehen, müssen für ein Triple-Play-Angebot ihr Netz an den eigenen „Backbone“ anbinden.[53] Anbieter, die das Signal über die NE 3 heranführen, müssen hierfür gegebenenfalls ihre Leistungskapazitäten vergrößern.

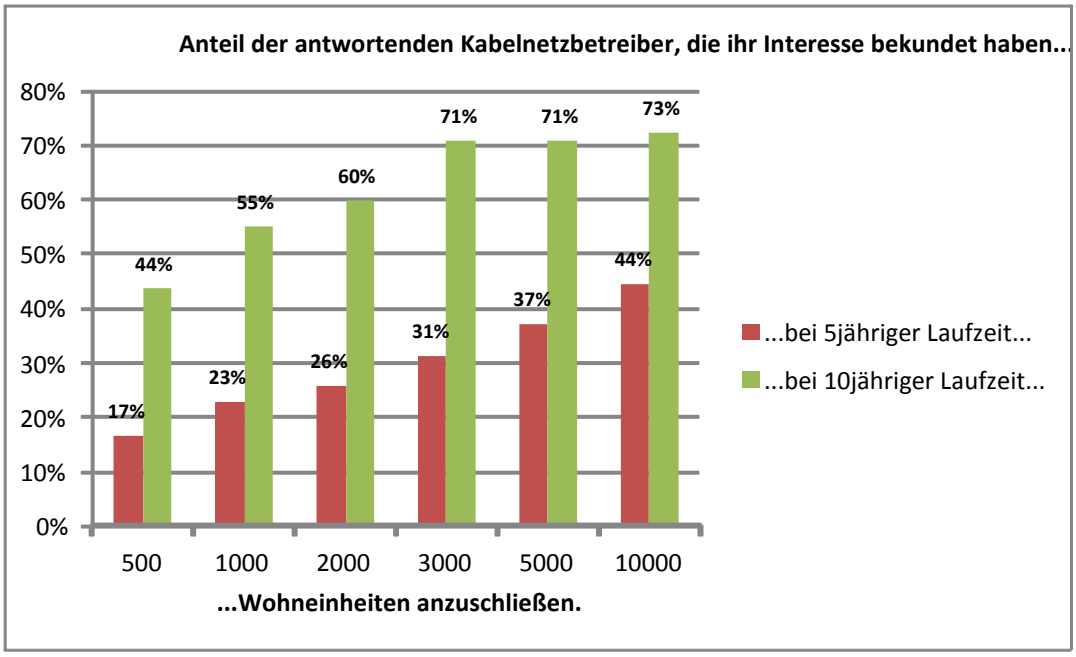
73. Daneben sind für die Wohnungswirtschaft nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung als weitere Parameter bei der Vergabe eines Gestattungsvertrags Preis und Qualität der Versorgung mit Rundfunksignal ausschlaggebend.

74. Das Bemühen um einen Gestattungsvertrag und damit auch das Wettbewerbsverhalten auf dem Gestattungsmarkt werden aus Anbietersicht bei einem gegebenen Effizienzniveau (d.h. bei einem gegebenen, zwischen den Anbietern aber ggf. unterschiedlichen *Niveau* der Kosten für den Anschluss und die Versorgung eines Objekts) maßgeblich durch zwei Parameter beeinflusst: Anzahl der versorgten Wohneinheiten und Vertragsdauer. Neben einer Deckung der laufenden Kosten der Versorgung des betroffenen Objekts (operative Kosten) muss der Kabelnetzbetreiber insbesondere die erforderlichen Investitionen (Kapitalkosten) für den Anschluss eines Objekts aufgrund eines Gestattungsvertrags über dessen Laufzeit amortisieren. In dieser Hinsicht sind als wirtschaftliche Parameter für den einen Gestattungsvertrag abschließenden Kabelnetzbetreiber vor allem relevant die Menge der von ihm umfassten Haushalte und seine Laufzeit. Je mehr Haushalte angeschlossen werden, desto höher ist das dem Kabelnetzbetreiber für die Amortisierung seiner Investition zufließende Entgelt. Je länger die Laufzeit des Gestattungsvertrags bis zur ersten Kündigungsmöglichkeit, desto länger ist der Zeitraum, in dem der Kabelnetzbetreiber im Objekt vor konkurrierenden Anbietern von Rundfunksignal geschützt ist, seine Anfangsinvestition amortisieren und anschließend einen Gewinn erzielen kann.Die Parameter „Zahl der versorgten Wohneinheiten“ und „Vertragsdauer“ sind damit zwei wichtige „Stellschrauben“, welche darüber entscheiden, ob sich die Versorgung eines Gestattungsobjekts mit dem Programmsignal rechnet. Dabei muss der Kabelnetzbetreiber für jedes einzelne Objekt kalkulieren, ob sich die Versorgung rentiert. Die Marktbefragung hat insoweit ergeben, dass bei einer Laufzeit von zehn Jahren 44%

---

53 „Backbone“ bezeichnet den verbindenden Kernbereich eines Telekommunikationsnetzes mit sehr hohen Bandbreiten, welches regelmäßig aus Glasfaserleitungen besteht. Für das Angebot von Internet und Telefonie ist ein IP-Backbone-Netz zwingend erforderlich, um die notwendige Konnektivität zu anderen IP-Netzen und in das öffentliche Telefonnetz (PSTN) gewährleisten zu können.

der antwortenden Kabelnetzbetreiber Interesse an einem Gestattungsvertrag über die Versorgung von 500 Wohneinheiten außerhalb eines schon bestehenden Netzclusters bekunden. Bei 10.000 zu versorgenden Haushalten zeigten sich sogar über 70% der antwortenden Kabelnetzbetreiber interessiert. Im Gegensatz dazu waren Kabelnetzbetreiber an Verträgen mit einer Laufzeit von fünf Jahren deutlich weniger interessiert. Selbst an einem Vertrag über 10.000 WE waren weniger als die Hälfte der antwortenden Kabelnetzbetreiber interessiert. Eine Übersicht über das abgefragte Interesse in Abhängigkeit der Laufzeit und Objektgröße ist in der nachfolgenden Abbildung dargestellt.



3.1.3. Fehlender Binnenwettbewerb zwischen den Regionalgesellschaften

75. Es existiert kein relevanter Binnenwettbewerb zwischen den drei Regionalgesellschaften.

76. Die Prognose, ob die Wettbewerbsbedingungen i. S. von § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB einen wesentlichen Binnenwettbewerb zwischen den Oligopolmitgliedern erwarten lassen, ist aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu treffen.[54] Dabei ist insbesondere von Bedeutung, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder des Oligopols zu rechnen ist, weil ein solches Verhalten aufgrund der Merkmale des relevanten Marktes und deren Änderung durch den Zu-

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

sammenschluss wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam ist, um den gemeinsamen Gewinn durch Beeinflussung der Wettbewerbsfaktoren zu maximieren.[55]

77. Ein einheitliches Verhalten („implizite Kollusion") ist dabei zu erwarten, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit besteht. Entscheidende Indizien hierfür sind Markttransparenz und wirksame Abschreckungs- und Sanktionsmittel der beteiligten Unternehmen gegen Wettbewerbsvorstöße eines von ihnen. Es besteht kein Anreiz, von einem einheitlichen Verhalten abzuweichen, wenn eine auf Vergrößerung des eigenen Marktanteils gerichtete, wettbewerbsorientierte Maßnahme erfolglos bliebe, weil sie Reaktionen der anderen Unternehmen auslösen würde, die insgesamt eine Gewinnschmälerungen zur Folge hätten. Weiter sind in diesem Zusammenhang etwa die Symmetrie der beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Produktpalette, der verwendeten Technologie und der Kostenstruktur, etwaige Marktzutrittsschranken, die Nachfragemacht der Marktgegenseite und die Preiselastizität der Nachfrage zu berücksichtigen.[56] Es kommt jedoch nicht darauf an, dass die genannten Kriterien sämtlich in dem Sinne erfüllt sind, dass die Analyse jedes einzelnen Strukturmerkmals für sich genommen auf Anreize für einheitliches Verhalten hindeutet. Maßgeblich bleibt vielmehr eine wertende Gesamtbetrachtung, bei der die einzelnen Strukturelemente im Hinblick auf ihre Bedeutung für den konkreten Markt zu gewichten und darauf zu untersuchen sind, ob und in welchem Umfang sie tatsächlich geeignet sind, ein (zumindest stillschweigendes) einheitliches Vorgehen der beteiligten Unternehmen zu erleichtern.[57] Im Gestattungsmarkt liegen zahlreiche Faktoren vor, die es den Regionalgesellschaften erlauben und ihnen Anreize bieten, ihr Wettbewerbsverhalten aufeinander abzustimmen und auf wettbewerbliche Vorstöße zu verzichten. Insbesondere sind die Voraussetzungen dafür gegeben, dass die Oligopolisten stillschweigend zu einem gleichförmigen Verhalten in Bezug auf den Wettbewerbsparameter „Tätigkeitsgebiet“ kommen können.

---

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

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

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

Koordinationsparameter „Tätigkeitsgebiet“

78. Mit dem Koordinationsparameter „Tätigkeitsgebiet“ steht den Regionalgesellschaften ein historisch überkommener Parameter zur Verfügung, anhand dessen sie den bundesweiten Gestattungsmarkt stillschweigend unter sich aufteilen können.[58] Die Tätigkeitsgebiete der Regionalgesellschaften entsprechen gegenwärtig den Gebieten, auf die die Regionalgesellschaften nach der Aufteilung der jeweiligen Teile des Kabelnetzes der DTAG fokussiert waren. Ende der 1990er Jahre teilte die DTAG ihr Breitbandkabelgeschäft in neun Regionalgesellschaften auf und veräußerte in der Folge die drei Regionalgesellschaften in Hessen („Ish“), Nordrhein-Westfalen („Iesy“) und Baden-Württemberg (Kabel BW) sowie die übrigen sechs Regionalgesellschaften („KDG“) an Finanzinvestoren. Unitymedia, im Jahr 2005 durch einen Zusammenschluss von „Ish“ und „Iesy“ entstanden, beschränkt ihre Aktivitäten auf Nordrhein-Westfalen und Hessen, Kabel BW ihre Aktivitäten auf Baden-Württemberg, KDG auf verbleibenden Rest des Bundesgebiets. Die in dem Veräußerungsprozess angelegte Gebietsaufteilung stellt den „focal point“ dar, welcher den Regionalgesellschaften die Koordination über den Aktionsparameter „Tätigkeitsgebiet“ seither ermöglicht.

Homogenes Produkt der Regionalgesellschaften

79. Eine implizite Koordination ist bei homogenen Gütern einfacher als bei einer Vielzahl differenzierter Erzeugnisse.[59] Die drei Regionalgesellschaften bieten ein fast identisches Produkt an. Zwar handelt es sich beim Fernsehsignal um kein völlig homogenes Gut. Allerdings unterscheiden sich die eingespeisten Programme nur graduell. In technischer Hinsicht unterscheidet sich das der Wohnungswirtschaft angebotene Rundfunksignal in unterschiedlichen Regionen Deutschlands nicht, es müssen gegebenenfalls nur – wie bereits dargelegt – aufgrund von regional unterschiedlichen must carry-Vorgaben unterschiedliche Inhalte übertragen werden. Bei Telefonie und Internet gilt ebenfalls, dass die angebotenen Produkte im Wesentlichen identisch sind, auch wenn es bei letzerem in Abhängigkeit vom Ausbaustand des Netzes Unterschiede in der angebotenen Bandbreite geben mag.

80. Die Tatsache, dass es sich bei den von den drei Regionalgesellschaften angebotenen Produkten um ein in technischer Hinsicht weitgehend homogenes Produkt handelt

---

58 Siehe zur Relevanz historisch bedingter Gebietsaufteilung im Oligopol die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. C 31/5 vom 5. Februar 2004, Rz. 40 mit Fußnote 56.

59 Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. C 31/5 vom 5. Februar 2004, Rz. 45.

schließt nicht aus, dass sich das Angebot der drei Unternehmen in qualitativer Hinsicht durchaus unterscheiden kann. Denn bei dem betroffenen Produkt handelt es sich um eine Dienstleistung (Versorgung einer Liegenschaft mit Fernsehsignalen). Diese (weitgehend homogene) Leistung kann jedoch von unterschiedlichen Anbietern in unterschiedlicher Qualität (u.a. Sicherheit der Versorgung, Servicequalität, Wartung etc.) angeboten werden. Soweit die Verfahrensbeteiligten in dieser offenkundigen Tatsache einen „unauflöslichen Widerspruch“ in der Argumentation sehen[60], ist dies nicht nachvollziehbar. Denn es ist offenkundig und bedarf keiner weiteren Erklärung, dass – selbst wenn ein Produkt in technischer Hinsicht homogen ist – dennoch erkennbare Qualitätsunterschiede beim Angebot dieses homogenen Produktes durch verschiedene Anbieter bestehen können. Dies gilt insbesondere für Dienstleistungen. Diese Tatsache macht jedoch das Produkt noch nicht zu einem heterogenen Produkt, für die ein implizite Kollusion nach wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen tendenziell schwerer zu erreichen (aber keineswegs ausgeschlossen) ist.

Stabile Marktbedingungen

81. Bei stabilen Marktbedingungen lassen sich Abweichungen vom gemeinsamen Vorgehen (d. h. Regelverstöße) problemlos von Angebotsanpassungen als Reaktion auf Wachstum oder Schrumpfen des volatilen Marktes unterscheiden und somit leicht entdecken.[61] Die Nachfrage nach dem Programmsignal im Mehrnutzermarkt ist – wegen der langen und sicheren Vertragslaufzeiten – jedenfalls kurzfristig, extrem unelastisch. Betrachtet man die Anzahl der durch die Zusammenschlussbeteiligten versorgten Wohneinheiten zwischen 2006 und 2010 ist im Übrigen festzustellen, dass die Nachfrage auch mittelfristig extrem einheitlich. So kam es in den letzten Jahren, trotz signifikanter Preiserhöhungen der beiden Zusammenschlussbeteiligten – und damit einhergehendem Sonderkündigungsrecht des Gestattungsgebers – zu keiner erkennbaren Wechselbewegung.[62]

Regelmäßige Interaktion

82. Wegen der neu zu schließenden Gestattungsverträge besteht wiederholt und regelmäßig eine Gelegenheit zu wettbewerblicher Interaktion unter nahezu gleichen Bedingungen zwischen den Oligopolmitgliedern.

---

60 Stellungnahme vom 17. November 2011 (Bl. 2180f. d. Akte).

61 Auch nach Ansicht des EuG bietet eine stabile und somit nur geringfügig schwankende Nachfrage einen Anhaltspunkt für die Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung. EuG, Urteil vom 6. Juni 2000, Rs. T-342/99, Slg. 2002, II-2585 – Airtours/Kommission – Rz. 139.

62 Einzelheiten dazu unter Rdnr. 142f.

Ähnliche Kostenstruktur

83. Die Zusammenschlussbeteiligten haben auch angegeben, dass ihr kommerzielles und technisches Geschäft zu einem großen Teil über beauftragte Fremdfirmen gesteuert wird. Beim Netzausbau griff Unitymedia im ersten Halbjahr 2011 für [70-80%] des Arbeitsaufwandes auf Fremdfirmen zurück,[63] Kabel BW je nach Netzebene (NE 4 bzw. NE 2 und 3) für [>70%] bzw. [>70% des Arbeitsaufwandes].[64] Beim technischen Kundendienst lag der Anteil der Fremdfirmen bei beiden Beteiligten bei etwa [BuGG: [35-45%].[65] Ähnliches gilt nach den Feststellungen der Beschlussabteilung auch für die KDG.[66]

84. Die Tatsache, dass zumindest die beiden Zusammenschlussbeteiligten über sehr ähnliche Kostenstrukturen verfügen, wird auch in der ergänzenden Stellungnahme des von den Verfahrensbeteiligten beauftragten ökonomischen Gutachtern im Rahmen der Erwiderung auf die Abmahnung erneut bestätigt und sogar besonders hervorgehoben.[67] Allerdings stellen die Gutachter dabei die Tatsache gleicher Kosten*strukturen* in einen direkten Zusammenhang mit der Frage der relativen *Effizienz* der Anbieter.[68] Die Effizienz eines Anbieters ist jedoch keine Frage der Kosten*struktur*, sondern in erster Linie eine Frage des Kosten*niveaus*. Unternehmen können eine sehr ähnliche Kosten*struktur* (z.B. im Hinblick auf den Anteil von Kapitalkosten und verschiedener Arten operativer Kosten an den Gesamtkosten) aufweisen, sich aber hinsichtlich der jeweils maßgeblichen Kostenniveaus (d.h. ihrer Effizienz) deutlich unterscheiden. Bei identischer Kostenstruktur (wie sie hier vorliegt) sind es jedoch gerade die Unterschiede im Kosten*niveau,* die einem Kabelnetzbetreiber entsprechende Effizienzvorteile und damit auch eine größere Wettbewerbsfähigkeit verschaffen.

---

63 Antwort 8, Unitymedia-Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 443 d. Akte).

64 Antwort 7, Kabel BW-Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 494 d. Akte).

65 Antwort 10, Unitymedia Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 443 d. Akte); Antwort 9, Kabel BW-Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 495 d. Akte).

66 Antwort 48, 50, KDG-Fragebogen.

67 RBB Economics / E.CA Economics, Stellungnahme zur Abmahnung vom 28.10.2011, zum Vermerk vom 11.10.2011 und zum Vermerk vom 25.10.2011, S. 7 und Appendix 3.

68 Dies ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass die Gutachter in Appendix 3 ihrer Stellungnahme eine Graphik der Boston Consulting Group mit dem Titel „Both companies with high margins and similar **cost structure**“ (Hervorhebung hinzugefügt) unter der Überschrift „**Effizienz**vergleich durch Boston Consulting Group“ (Hervorhebung hinzugefügt) abbilden. Auch die Tatsache, dass die identischen Kostenstrukturen der Zusammenschlussbeteiligten unter der Überschrift „Es gibt keine Hinweise auf firmenspezifische Effizienzunterschiede zwischen KBW und UM“ thematisiert werden, bestätigt diese ökonomisch verfehlte Perspektive der Gleichsetzung der klar definierten Begriffe „Kostenstruktur“ und „Effizienz“.

Ähnliche Finanzsituation von KDG und Unitymedia

85. Die beiden größeren Regionalgesellschaften befinden sich daneben auch in einer vergleichbaren finanziellen Lage, wie sich aus ihren jeweiligen Jahresabschlüssen ergibt. KDG weist in ihrer Konzernbilanz zum 31. März 2011 Vermögenswerte in Höhe von etwas über 2 Milliarden Euro aus, denen kurz- und langfristige Verbindlichkeiten in Höhe von über 3,5 Milliarden Euro gegenüberstehen. Unitymedia hat ebenfalls eine negative Eigenkapitalquote: Hier weist die Bilanz zum 31. Dezember 2011 Vermögenswerte von 4,3 Milliarden Euro gegenüber Verbindlichkeiten in Höhe von 4,5 Milliarden Euro aus.[69] Allein bei Kabel BW, der kleinsten der Regionalgesellschaften, übersteigen nach der Bilanz zum 31. Dezember 2010 die Vermögenswerte deutlich die Verbindlichkeiten (knapp 2 Milliarden Euro gegenüber knapp 1,4 Milliarden Euro).

Markttransparenz

86. Eine Gebietsaufteilung stellt keine hohen Anforderungen an die Überwachung. Ob und wo ein Kabelnetzbetreiber tätig wird, lässt sich ohne weitere Schwierigkeiten beobachten, insbesondere weil der Gestattungsgeber regelmäßig selbst die örtlich bereits ansässige Regionalgesellschaft mit dem Angebot eines Wettbewerbers konfrontieren wird, um einen Bieterwettbewerb herbeizuführen. Hierdurch wird der regional ansässigen Regionalgesellschaft bekannt, ob der Wettbewerbsvorstoß von einem gebietsfremden Kabelnetzbetreiber ausgeht. Abseits einer solchen gezielten Information durch die Wohnungswirtschaft verfügen die Regionalgesellschaften auch über Außendienstmitarbeiter, die das Wettbewerbsgeschehen auf dem Gestattungsmarkt im eigenen Footprint verfolgen und Wettbewerbsvorstöße zeitnah bemerken dürften. Kabel BW hat insofern bestätigt, dass sie über ihre Vertriebsmitarbeiter jedenfalls bei größeren Gestattungsverträgen (über […] erfasste Haushalte) regelmäßig deren Auslaufzeitpunkt erfährt.[70]

87. Nichts anderes ergibt sich auch aus dem von den Parteien eingereichten Gutachten. Dort wird die Transparenz sogar explizit bejaht: „Jedenfalls scheint es unstrittig zu sein, dass Kabelnetzbetreiber in der Regel Kenntnis über die (Anzahl der) an einem Bieterprozess beteiligten anderen Anbieter haben.“[71]

---

69 Liberty als Muttergesellschaft von Unitymedia weist in ihrer konsolidierten Bilanz für das Jahr 2010 eine knapp positive Eigenkapitalquote auf – Vermögenswerten von ca. 33 Milliarden USD stehen Verbindlichkeiten in Höhe von knapp 30 Milliarden USD gegenüber.

70 Antwort 21. Kabel BW-Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 502 d. Akte).

71 E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 49 (Bl. 539ff d. Akte).

Sanktionsmöglichkeit

88. Voraussetzung für die Existenz eines stabilen koordinierten Gleichgewichts ist die Möglichkeit, ein Abweichen von diesem Gleichgewicht durch geeignete Maßnahmen zu sanktionieren.[72] Das hängt davon ab, dass Vergeltungsmaßnahmen in einem nahen zeitlichen Abstand ergriffen werden können und die anderen koordinierenden Unternehmen einen Anreiz haben, Vergeltungsmaßnahmen anzuwenden. Diese Voraussetzungen sind auf dem Gestattungsmarkt anzutreffen: Die Regionalgesellschaften haben die Möglichkeit, das Bemühen einer anderen Regionalgesellschaft um den Abschluss von Gestattungsverträgen in ihrem Footprint zu sanktionieren, indem sie sich ihrerseits im Footprint der eindringenden Regionalgesellschaft auf Gestattungsprojekte bewerben.[73] Hierzu besteht ausreichend Gelegenheit, denn es laufen permanent Gestattungsverträge (unterschiedlicher Größe) aus. Aus einer von Unitymedia übersandten Aufstellung der Restlaufzeiten der von ihr abgeschlossenen Gestattungsverträge ergibt sich etwa, dass innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr [55-65]% der in Gestattungsverträgen „gebundenen" Endkunden durch Auslaufen bzw. Kündbarwerden des jeweiligen Gestattungsvertrags wieder (über die vermietende Wohnungswirtschaft als Nachfrager) bestreitbar werden.[74] Zwar handelt es sich hierbei zum überwiegenden Teil ([>90%])[75] um Kunden im für eine Sanktionierung wohl nicht unmittelbar geeigneten Segment von Gestattungsverträgen, die eine Versorgung von weniger als 500 Wohneinheiten umfassen. Bei Gestattungsverträgen zur Versorgung von über 500 Wohneinheiten werden aber innerhalb eines Jahres absolut betrachtet auch noch deutlich über [10.000-30.000] bisher von Unitymedia versorgte Haushalte bestreitbar. Dies stellt ein hinreichendes Po-

---

72 Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. C 31/5 vom 5. Februar 2004, Rz. 52.

73 Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten ist auch eine Sanktionierung im engen zeitlichen Zusammenhang möglich (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2202 d. Akte). Was darunter zu verstehen ist, ist in Abhängigkeit von der in Rede stehenden Industrie zu ermitteln, weshalb Vergleiche mit dem Tankstellenmarkt wenig sachgerecht sind. Erfolgreiches Verhandeln über Gestattungsverträge hat einen erheblichen zeitlichen Vorlauf. Verhandlungen dauern teilweise länger als ein Jahr. Beim Wechsel des Gestattungsnehmers sind zudem noch vor Vertragsbeginn regelmäßig Arbeiten an der NE 3 und ggf. auch an der NE 4 vorzunehmen. Diese können ebenfalls mehrere Monate erfordern. Innerhalb dieses Zeitraums ist es ohne weiteres möglich, vorstoßenden Wettbewerb zu sanktionieren.

74 Annex 6 zu Antwort 53, Unitymedia Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 492 d. Akte).

75 Schlicht falsch ist die Behauptung der Zusammenschlussbeteiligten (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2201 d. Akte), die Beschlussabteilung hätte diese Tatsache unerwähnt gelassen. Sie fand sich bereits in der Abmahnung vom 28. Oktober 2011.

tenzial dar, sollte eine andere Regionalgesellschaft Unitymedia für ein Eindringen in ihren Footprint sanktionieren wollen.[76]

89. Der beschriebene Sanktionsmechanismus erzeugte auch nur geringe Folgekosten. Jeder gewonnene Gestattungsvertrag, welcher die Kosten über die Dauer der Laufzeit amortisiert, verursacht keinen Schaden, sondern liefert einen – wenn auch geringen – positiven Deckungsbeitrag. Im Übrigen könnten auch Scheinangebote im Gestattungswettbewerb abgegeben werden, die einen Preisverfall in den konkreten Vertragsverhandlungen zur Folge haben. Prohibitive Kosten, etwa im Hinblick auf die technische und räumliche Analyse der anzuschließenden Gestattungsobjekte, stehen Geboten außerhalb des eigenen Footprint nicht entgegen. Dies haben die Zusammenschlussbeteiligten bei dem Gespräch mit der Beschlussabteilung vom 9. September 2011 selbst eingeräumt.

3.1.4. Kein tatsächliches Wettbewerbsverhalten zwischen den Oligopolisten

90. Wie nach der vorgefundenen Marktstruktur zu erwarten bewerben sich die Zusammenschlussbeteiligten auch tatsächlich nicht um Gestattungsprojekte in den Netzgebieten der jeweils anderen Regionalgesellschaften. Sie koordinieren damit über den Parameter „Tätigkeitsgebiet“ ihr Wettbewerbsverhalten auf dem Gestattungsmarkt implizit, um im eigenen Netzgebiet aufgrund des fehlenden Wettbewerbsdrucks durch die anderen Regionalgesellschaften höhere Preise erzielen zu können. Dabei hat die Beschlussabteilung keine Anzeichen dafür, dass diesem Verhalten explizite, kartellrechtlich verbotene Absprachen oder abgestimmte Verhaltensweisen zugrunde liegen. Vielmehr handelt es sich aus Sicht der Beschlussabteilung bei der Entscheidung, das Netzgebiet der jeweils anderen Regionalgesellschaft zu respektieren, jeweils um eine autonom getroffene Unternehmensentscheidung. Die erzielte Koordination ist stabil, wie nach den oben dargelegten Strukturfaktoren zu erwarten.

---

76 Entgegen der Behauptung der Zusammenschlussbeteiligten hat die Beschlussabteilung die mangelnde Transparenz der Marktverhältnisse außerhalb des existierenden Footprint nicht als Eintrittshürde für neue Wettbewerber dargestellt (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2201 d. Akte). Insbesondere hat sie sich zu keinen Zeitpunkt einen entsprechenden Sachvortrag der DTAG zu Eigen gemacht, wie von den Zusammenschlussbeteiligten unterstellt. Falsch ist auch die an selber Stelle aufgestellte Behauptung, wonach die Beschlussabteilung selbst ermittelt habe, dass die Marktverhältnisse innerhalb des fremden Netzgebietes nicht transparent seien. Würde die Beschlussabteilung von einem derart starken Grad an Intransparenz ausgehen, hätte sie bereits die Möglichkeit der Sanktionierung verneinen müssen. In ihrer Auffassung von hinreichender Transparenz sieht sie sich u.a. durch Stellungnahmen der Wohnungswirtschaft bestätigt (Gesprächsprotokoll GdW, Ordner Markttest Bl. 285).

91. Wie bereits oben dargelegt, entsprechen die Tätigkeitsgebiete der Regionalgesellschaften den Gebieten, auf die die Regionalgesellschaften nach der Aufteilung der jeweiligen Teile des Kabelnetzes der DTAG fokussiert waren. Die Zusammenschlussbeteiligten sind der Auffassung, die Beschränkung der Tätigkeit auf ihr jeweiliges Stammgebiet ergebe sich aus legitimen betriebswirtschaftlichen Erwägungen und sei nicht Ausdruck einer impliziten, den Wettbewerb im Gestattungsmarkt behindernden Koordinierung. Hierzu berufen sie sich insbesondere auf das vorgelegte ökonomische Gutachten, das ebenfalls zu dem Schluss kommt, die Beschränkung der Zusammenschlussbeteiligten auf die Tätigkeit in ihrem jeweiligen Stammgebiet sei ökonomisch rational. Die Gutachten versuchen mit Hilfe von Modellrechnungen nachzuweisen, dass Investitionen außerhalb des angestammten Gebiets immer oder doch zumindest „regelmäßig" aufgrund bestehender Kostennachteile und der zu erwartenden Preisreaktion des etablierten Anbieters nicht profitabel (oder „absolut unvorteilhaft") seien. Selbst wenn sie jedoch im Einzelfall profitabel sein sollten, wären Investitionen außerhalb des angestammten Gebiets immer oder doch zumindest „in der Regel" weniger profitabel als Investitionen in dem eigenen angestammten Gebiet (d.h. „relativ unvorteilhaft").[77] Daneben berufen sich die Zusammenschlussbeteiligten auf einen Beschluss des Kammergerichts vom 9. Dezember 1981, der zur Frage Stellung nimmt, wie die territoriale Selbstbeschränkung eines Unternehmens fusionskontrollrechtlich zu werten ist.[78]

92. Das Geschäftsmodell von integrierten Kabelnetzbetreibern wie Pepcom und NetCologne, die mit den etablierten Regionalgesellschaften in deren angestammten Netzgebieten um Gestattungsverträge konkurrieren, zeigt aber, dass mit dem Verfolgen von Gestattungsprojekten im Wettbewerb zur etablierten Regionalgesellschaft Gewinne erzielt werden können. Die Zusammenschlussbeteiligten verweisen hinsichtlich der Expansionsstrategie von City-Carriern wie NetCologne zwar darauf, dass ihre Expansionsmöglichkeiten außerhalb des eigenen, regionalen Footprint (im Falle von NetCologne außerhalb Kölns) wesentlich auf der Möglichkeit zur Kooperation mit Kommunen beim

---

77 Die Argumentation sowohl in den ökonomischen Gutachten als auch in den hierauf Bezug nehmenden Stellungnahmen der Zusammenschlussbeteiligten ist teilweise unklar und nicht vollkommen konsistent. Denn zum Teil wird wohl die Ansicht vertreten, dass Investitionen außerhalb des angestammten Gebiets generell und immer unprofitabel seien. So heißt es z.B. in der Stellungnahme der Zusammenschlussbeteiligten vom 17. November 2011: ohne jede Einschränkung: „Investitionen außerhalb des Footprint sind absolut unvorteilhaft" (Stellungnahme vom 17. November 2011, Seite 57, Bl. 2209 d. A.). Sowohl in den ökonomischen Gutachten als auch in den Stellungnahme der Zusammenschlussbeteiligten wird jedoch an anderer Stelle einschränkend die Ansicht vertreten, solche Investitionen seien nur „in der Regel" oder „regelmäßig" unprofitabel (vgl. z.B. Stellungnahme vom 17. November 2011, S. 63 Bl. 2215 d. Akte).

78 KG, Beschluss vom 9. Dezember 1981, WUW OLG 2633 – *Bituminöses Mischgut*.

Netzausbau beruhten, etwa durch die seitens kommunaler Gesellschaften zugestandene Nutzung von Leerrohren beim Netzausbau. Allerdings ist zweifelhaft, ob diese Möglichkeit tatsächlich in bedeutendem Umfang besteht bzw. welche Bedeutung in Bezug auf die Gesamtkosten einer solchen Kooperation überhaupt zukommt. So liegt nach Angaben von NetCologne die „Mitverlegungsrate“ bei unter [5-15]%.[79] Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten können daraus auch nicht Einsparungen von [60-80]% der marktüblichen Infrastrukturkosten resultieren,[80] da Tiefbauarbeiten insgesamt schon nicht [60-80]% der gesamten Infrastrukturkosten ausmachen.

93. Im Übrigen dürften Unitymedia und Kabel BW in gleicher Weise die Möglichkeit haben, ihre Investitionskosten für den Netzausbau durch Kooperationen zu senken. Die Regionalgesellschaften haben nämlich selbst angegeben, beim Netzausbau im eigenen Footprint mit Kommunen zu kooperieren, um Investitionskosten zu senken.[81]

94. Die Bewertung der Rentabilität von Projekten innerhalb und außerhalb des eigenen Footprint erfolgt nach betriebswirtschaftlichen, präziser nach investitionsrechnerischen Kriterien. Dabei werden die (Anfangs-)Investitionen der Versorgung einer Liegenschaft mit (zumindest) einem Fernsehsignal[82] und die laufenden Aufwendungen für den Gestattungsvertrag (Wartung, Marketing, etc.), den zu erwartenden Erlösen gegenübergestellt. Nur wenn sich ein Überschuss der (diskontierten) Einzahlungen über die (diskontierten) Auszahlungen im Betrachtungszeitraum (ggfs. unter Berücksichtigung von Steuern, Risiko, Inflation, Liquidationserlös und/oder Erhaltungsinvestitionen) ergibt, kann sich ein Gestattungsvertrag aus unternehmerischer Perspektive lohnen (absolute Vorteilhaftigkeit). Die absolute Vorteilhaftigkeit ist eine notwendige Bedingung für eine positive Bewertung aus Sicht eines rational handelnden Kaufmanns. Hinreichende Bedingung im Sinne der ökonomischen Vorteilhaftigkeit ist, dass eine (Gruppe von) Investition(en) auch im Vergleich zu anderen Projekten – unter der Nebenbedingung, dass eine

---

79 Schreiben von NetCologne vom 8. September 2011, S. 3. Die genaue Höhe stellt ein Geschäftsgeheimnis dar (Bl. 861 d. Akte).

80 E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 16 (Bl. 539ff d. Akte).

81 Antwort 21, 22, Kabel BW-Fragebogen v. 9. September 2011 (Bl. 963, 964 d. Akte); Antwort 24, 25, Unitymedia-Fragebogen vom 9. September 2011 (Bl. 889, 890 d. Akte).

82 Bei weitergehenden Investitionen zur Realisierung von Telefonie- und Internetdienstleistungen sind die hierfür notwendigen (Anfangs-)Investitionen ebenfalls zu berücksichtigen.

etwaige Budgetrestriktion zu keinem Zeitpunkt verletzt wird – vorteilhaft ist (relative Vorteilhaftigkeit).[83]

95. Insofern scheinen die Zusammenschlussbeteiligten auf der einen Seite nicht zu bestreiten, dass Gestattungsprojekte außerhalb ihres eigenen Footprint im Einzelfall absolut vorteilhaft sein können. Das ergibt sich z.B. auch aus dem eingereichten ökonomischen Gutachten.[84] Dort wird in beiden maßgeblichen Modellberechnungen von einem positiven Gewinnbeitrag von Projekten außerhalb des Footprint ausgegangen. Die Zusammenschlussbeteiligten sind aber in jedem Fall der Auffassung, im eigenen Footprint lukrativere Möglichkeiten für die Investition der ihnen zur Verfügung stehenden Mittel zu finden. Projekte im eigenen Footprint seien daher zumindest relativ vorteilhafter als Projekte außerhalb des angestammten Gebiets. Zum einen bestehe ein hoher Investitionsbedarf im eigenen Footprint der Zusammenschlussbeteiligten. Daneben gebe es in den jeweiligen Footprints ferner noch ein großes Potenzial für das „Upselling“ von Multimediadienstleistungen an Endkunden in bereits von der jeweiligen Regionalgesellschaft mit dem Rundfunksignal versorgten Gestattungsobjekten.

96. Auch in der Stellungnahme zur Abmahnung vom 17. November 2011 wiederholen die Zusammenschlussbeteiligten lediglich ihre Ansicht, dass entscheidend sei, dass ein Markteintritt im Gebiet eines anderen Anbieters bereits „regelmäßig“ bzw. „in aller Regel“ absolut unvorteilhaft (d.h. nicht profitabel) sei. Neben den Mehrkosten, die das eintretende Unternehmen zu tragen habe, sei hierfür insbesondere die preisliche Reaktion des etablierten Anbieters auf das Konkurrenzangebot ausschlaggebend. Auf die Frage der relativen Vorteilhaftigkeit von Projekten innerhalb und außerhalb des eigenen Gebiets komme es vor diesem Hintergrund im vorliegenden Fall nicht entscheidend an; die diesbezüglichen Erwägungen auch in den eingereichten ökonomischen Gutachten seien lediglich hilfsweise Erwägungen.[85] Dennoch gehen die Gutachter auch im Rahmen dieser ergänzenden Stellungnahme nochmals auf die Frage der relativen Vorteilhaftigkeit von Projekten innerhalb und außerhalb des angestammten Gebiets ein.[86]

---

83 Vgl. zu einer detaillierten Auseinandersetzung den Vermerk des ökonomischen Grundsatzreferates vom 11.10.2011, Abschnitt 4,6 und 8 (Bl. 1473ff. d Akte).

84 Vgl. E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 48 und 61f (Bl. 539ff d. Akte).

85 RBB Economics / E.CA Economics, Stellungnahme zur Abmahnung vom 28.10.2011, zum Vermerk vom 11.10.2011 und zum Vermerk vom 25.10.2011, S. 3 f.

86 RBB Economics / E.CA Economics, Stellungnahme zur Abmahnung vom 28.10.2011, zum Vermerk vom 11.10.2011 und zum Vermerk vom 25.10.2011, S. 9 ff.

97. Die Beschlussabteilung folgt bei der Bewertung der von den Zusammenschlussbeteiligten vorgetragenen Argumentation folgendem Grundansatz: Die Zusammenschlussbeteiligten vertreten offenkundig die Ansicht, dass die Beschränkung der Regionalgesellschaften auf den eigenen Footprint generell wirtschaftlich sinnvoll und geboten sei und nicht als das Ergebnis einer implizit kollusiven Gebietsaufteilung interpretiert werden könne oder dürfe. Dabei ist unstreitig, dass es bisher zu keinen wettbewerblichen Vorstößen der drei Regionalgesellschaften in das Gebiet der jeweils anderen Gesellschaften gekommen ist.[87] Die von den Zusammenschlussbeteiligten und den von ihnen beauftragten ökonomischen Gutachtern angebotene alternative Erklärung für diese unbestrittene Tatsache ist nach Auffassung der Beschlussabteilung nur unter zwei Bedingungen anzuerkennen: (1.) Die Zusammenschlussbeteiligten unterliegen finanziellen Beschränkungen („Budgetrestriktionen"), die es ihnen unmöglich machen, externen Gestattungsprojekten nachzugehen, die einen positiven Ertrag bringen und damit grundsätzlich profitabel (d.h. absolut vorteilhaft) wären. (2) Die Rentabilität eines Gestattungsprojekts im eigenen Footprint ist stets und typischerweise höher als diejenige eines Projekts außerhalb des eigenen Footprint. Da in diesem Zusammenhang grundsätzlich nur Projekte berücksichtigt werden können, die grundsätzlich profitabel (d.h. absolut vorteilhaft) sind, wird in diesem Kontext zugleich die Behauptung der Zusammenschlussbeteiligten und ihrer Gutachter überprüft, dass Projekte außerhalb des eigenen Footprints deshalb von den drei Regionalgesellschaften nicht angestrebt oder realisiert würden, weil sie generell (oder auch nur „regelmäßig" oder „in der Regel") nicht profitabel und daher bereits absolut unvorteilhaft seien.

Keine Budgetrestriktionen

98. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung ist die erste Bedingung nicht gegeben.[88] Die Zusammenschlussbeteiligten unterliegen keinen finanziellen Einschränkungen, die

---

87 Die Kritik der ökonomischen Gutachter in ihrer ergänzenden Stellungnahme, dass das Bundeskartellamt „keine empirischen Belege für die bestehende Koordinierung" vorgelegt habe (RBB Economics / E.CA Economics, Stellungnahme zur Abmahnung vom 28.10.2011, zum Vermerk vom 11.10.2011 und zum Vermerk vom 25.10.2011, S. 15), ist vor diesem Hintergrund wenig nachvollziehbar. Der Schluss der Gutachter, dass diese Tatsache belege, dass „eine andere Erklärung für die beobachteten Verhaltensweisen der Regionalgesellschaften [...] wahrscheinlicher" sei, ist jedenfalls unzulässig.

88 In Ihrer Stellungnahme vom 17. November 2011 gehen die Zusammenschlussbeteiligten auf die Frage von Budgetrestriktionen nicht ein. Sie erklären lediglich, dass dem keine Bedeutung zukäme (Stellungnahme vom 17. November 2011 Bl. 2218). Diese Auffassung überrascht insofern, als die Zusammenschlussbeteiligten an anderer Stelle geäußert haben, dass das wichtigste Argument gegen Investitionen außerhalb des eigenen Footprint Opportunitätskosten in Form von unterbleibenden Investitionen im eigenen Footprint wären [Anmeldung bei der Europäischen

sie an der Verfolgung von einen positiven Ertrag bringenden Gestattungsprojekten hindern würden. Unitymedia und Kabel BW haben jeweils angegeben, […].[89] […]

99. Dahingestellt kann bleiben, wie viele Gestattungsverträge mit positivem Deckungsbeitrag die Zusammenschlussbeteiligten unter Berücksichtigung des zur Verfügung stehenden Fremdkapitals durchführen könnten. Vorliegend geht es allein um die Frage von Budgetrestriktionen hinsichtlich eines zusätzlichen Projekts. Die Möglichkeit der Durchführung eines solchen Projekts aber wäre angesichts der verfügbaren und aktuell nicht ausgeschöpften Finanzierungsmöglichkeiten in jedem Fall zu bejahen.

Beteiligte prüfen absolute und relative Vorteilhaftigkeit in der Praxis nicht

100. Selbst wenn man zugunsten der Zusammenschlussbeteiligten unterstellt, dass Budgetrestriktionen sie an der Durchführung jedes weiteren Projekts hinderten, gibt es keine Gesetzmäßigkeit, wonach Gestattungsprojekte im eigenen Footprint stets einen höheren Ertrag bringen, als solche außerhalb des eigenen Footprint.

101. Die Zusammenschlussbeteiligten berufen sich insofern auf eine „heuristische Herangehensweise“, wonach Projekte im eigenen Netzgebiet als generell profitabler als Projekte im fremden Netzgebiet gelten.[90] Diese kann aber die konkrete Kalkulation und Gegenüberstellung von Projekten innerhalb und außerhalb des Footprint nicht ersetzen. Selbst nach Aussage der von den Zusammenschlussbeteiligten beauftragten Gutachter ist normalerweise davon auszugehen, dass potenzielle Projekte nach Profitabilität priorisiert werden.[91] […] Sowohl Unitymedia als auch Kabel BW haben angegeben, […].[92]

102. Projekte außerhalb des eigenen Footprint werden nicht nach einer Kalkulation verworfen, sie werden vielmehr schon gar nicht ernsthaft in Erwägung gezogen.[93] So hat Kabel BW bei dem im Jahr 2007 erfolgten Erwerb von Netzen der TeleColumbus, die zum Teil

---

Kommission vom 19. April 2011, Rn. 399 (Bl. 1528 d. Akte)]. Entsprechende Opportunitätskosten aber setzen Budgetrestriktionen notwendigerweise voraus.

89 Antwort 40, Unitymedia Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 467 d. Akte), Antwort 35, Kabel BW-Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 506 d. Akte).

90 Vgl. E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 56 (Bl. 539ff d. Akte).

91 CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 56 (Bl. 539ff d. Akte).

92 Antwort 26, Unitymedia Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 463 d. Akte); Antwort 23, Kabel BW-Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 503 d. Akte).

93 Vgl. E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 56 (Bl. 539ff d. Akte).

im Netzgebiet der KDG lagen, […]. Dabei hätte im damaligen Fall, der die Grenzregion Ludwigshafen/Mannheim betraf, die an der Schnittstelle der Footprints von Kabel BW und KDG liegt, insbesondere eine Versorgung der [10.000-20.000] WE, welche sich in abgekoppelten Netzen befanden, über eine vom Kabel BW-Footprint herübergezogene Stichleitung nahe gelegen. Diese Weigerung der Regionalgesellschaften, Projekte außerhalb des eigenen Footprint überhaupt auf ihren möglichen Ertrag durchzurechnen, kann schwerlich anders erklärt werden als durch die Befürchtung, hierdurch Wettbewerb der anderen Regionalgesellschaft(en) im eigenen Footprint zu provozieren, der die dort zu erzielenden hohen Margen bedrohen würde.

Vorgelegte Modellrechnungen belegen nicht, dass Invesitionen außerhalb des Footprints generell absolut und relativ unvorteilhaft sind

103. Auch der Versuch der Zusammenschlussbeteiligten, im Wege eines ökonomischen Gutachtens nachzuweisen, dass Projekte außerhalb des eigenen Footprint (1.) in der Regel oder regelmäßig unprofitabel sind bzw. (2.) zumindest stets weniger rentabel als solche innerhalb des eigenen Footprint sind, gelingt nicht.

104. Zur Bewertung sowohl der absoluten als auch der relativen Vorteilhaftigkeit einer Investition außerhalb des Footprint trägt das von den Parteien eingereichte Gutachten zunächst vor, dass ein eintretendes Unternehmen zum einen projektspezifische Mehrkosten zu tragen habe und zum anderen zusätzlich – nicht zuletzt aufgrund seines geringeren „Bekanntheitsgrades“ – auch mit niedrigeren Erlösen rechnen müsse.[94] Sodann wird argumentiert, dass das eintretende Unternehmen ferner damit rechnen müsse, dass der etablierte Anbieter auf das Konkurrenzangebot mit einer Preissenkung reagiere. Auch dies senke die zu erwartenden Erlöse. Aufgrund der Mehrkosten und niedrigeren Erlöse könne der etablierte Kabelnetzbetreiber den eintretenden Kabelnetzbetreiber stets unterbieten. und vor diesem Hintergrund sei jeder Eintrittsversuch einer Regionalgesellschaft in das Gebiet eines anderen Kabelnetzbetreibers regelmäßig nicht profitabel. In jedem Fall sei aber davon auszugehen, dass Investitionen außerhalb des eigenen Footprint regelmäßig weniger profitabel seien als Investitionen innerhalb des eigenen Footprint.

105. Eine eingehende Analyse der in dem Gutachten vorgestellten Berechnungen zeigt jedoch, dass diesen sehr angreifbare Annahmen zugrunde liegen. Die vorgestellten Be-

---

94 Vgl. E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 44 bis 52 (Bl. 539ff d. Akte).

rechnungen sind ferner insgesamt wenig robust und reagieren extrem sensitiv auf die getroffenen Annahmen.

106. E.CA Economics und RBB Economics stellen in ihrem gemeinsamen Gutachten zwei verschiedene Berechnungsmodelle vor. Die von E.CA Economics präsentierte, auf Daten von KBW basierende Modellrechnung konnte mit den im Gutachten beschriebenen Annahmen detailliert nachvollzogen werden, und E.CA Economics hat Excel-Dateien übermittelt, die eine Abschätzung der Sensitivität der getroffenen Annahmen erlaubte. In diesem Sinne erfüllt das Modell von E.CA Economics die (allgemeinen) Forderung der Nachvollziehbarkeit, Vollständigkeit und Transparenz der „Standards für ökonomische Gutachten“ vom 20.10.2010.[95]

107. Den Berechnungen von E.CA Economics liegen jedoch zahlreiche Annahmen zugrunde, die der Marktrealität nur unzureichend gerecht werden. Besonders kritisch ist dabei z.B. die Modellierung der Mietleitungskosten als Durchschnitt der bei Kabel BW anfallenden Mietkosten zu bewerten. Diese Annahme ignoriert, dass die Kosten einer Mietleitung nicht (ausschließlich) entfernungsabhängig sind. Die Ermittlungen haben vielmehr ergeben, dass die Kosten für Mietleitungen neben der Leitungslänge auch stark von der Anzahl der Glasfaserpaare und der Art der Verbindung abhängen. Aufgrund der Wettbewerbssituation und der Auslastung der Infrastrukturen werden Leitungen zwischen Metropolregionen mit hoher Wahrscheinlichkeit regelmäßig günstiger sein als Leitungen zwischen Peripherie-Regionen. Gerade solche relativ „günstigeren“ Mietleitungen kämen aber für den Anschluss von Objekten in dicht besiedelten Metropolregionen in Betracht.[96]

108. Insgesamt ergibt eine Detailanalyse der Berechnungen ferner, dass die abgeleiteten Ergebnisse wenig robust sind. Das Bundeskartellamt hat die zahlreichen von E.CA Economics verwendeten Annahmen (insbesondere Annahmen zur Entfernung des Gestattungsobjekts, zur Höhe der Tiefbaukosten oder zur Anzahl der Wohneinheiten) parametrisch variiert und eine so genannte Sensitivitätsanalyse durchgeführt. Die mangelnde Robustheit der Analyse des Gutachtens ergibt sich vor diesem Hintergrund bereits aus der Tatsache, dass die von den Gutachtern abgeleiteten projektspezifischen Mehrkosten

---

95 Soweit die Gutachter in ihrer ergänzenden Stellungnahme zur Abmahnung den Eindruck zu erwecken versuchen, ihre Berechnungen erfüllten nach Ansicht des Bundekartellamtes generell die in diesen Standards niedergelegten Grundsätze, so ist dies offenkundig unzutreffend. Wie im Folgenden dargelegt wird, liegen den Berechnungen insbesondere angreifbare Annahmen zugrunde und es mangelt ihnen an der erforderlichen Robustheit.

96 Zu dieser und weiteren kritischen Annahmen über die Kosten vgl. Vermerk des ökonomischen Grundsatzreferates vom 11.10.2011, Abschnitt 8a (Bl. 1473ff d. Akte).

eines eintretenden Unternehmens bei einer nur sehr geringfügigen Änderungen der Annahmen und ansonsten unveränderter Berechnungslogik im Vergleich zu den von E.CA Economics präsentierten Ergebnissen mehr als halbiert werden konnten.[97]

109. Den gesamten Berechnungen von E.CA Economics liegt ferner implizit die Annahme zugrunde, dass das eintretende Unternehmen und der etablierte Kabelnetzbetreiber gleich effizient sind. Damit schließt das Gutachten durch eine Annahme aus, dass das eintretende Unternehmen aufgrund seiner höheren Effizienz die hier betroffene Dienstleistung generell zu niedrigeren Kosten produzieren kann als der etablierte Anbieter. Aufgrund dieser höheren Effizienz (im Sinne eines generell niedrigeren Kostenniveaus) kann ein Anbieter daher auch möglicherweise existierende projektspezifische Mehrkosten, die bei der Anbindung von Projekten außerhalb seines eigenen Gebiets anfallen können, kompensieren. Diese Situation ist sogar schon unter den – wie bereits dargelegt – sehr kritisch zu beurteilenden und extrem zugunsten der Zusammenschlussbeteiligten wirkenden Kostenannahmen der Gutachter selbst nicht ausgeschlossen, wie die nachfolgende Berechnung zeigt: Angenommen, die Kosten des Markteintritts werden gemäß der im Gutachten getroffenen Annahme auf 15 Jahre verteilt und es soll ein Objekt mit 5000 Wohneinheiten angeschlossen werden, so belaufen sich die projektbedingten Mehrkosten auf 2,06€ pro Wohneinheit und Monat. Wiederum angenommen, die variablen Kosten des etablierten Kabelnetzbetreibers belaufen sich (wie im Gutachten angenommen) auf 5,38€ pro Wohneinheit und Monat. Angenommen der eintretende Kabelnetzbetreiber habe (z.B. aufgrund effizienter betrieblicher Abläufe, Kooperationen im Marketing oder bei der Wartung) geringere variable Kosten in Höhe von 3,22€ pro Wohneinheit und Monat, so könnte der etablierte Kabelnetzbetreiber keinen (gewinnbringenden) Preis setzen, der den nicht-etablierten Anbieter vom Markteintritt abhält oder abschreckt.

110. In ihrer ergänzenden Stellungnahme auf die Abmahnung vertritt E.CA Economics erneut die Ansicht, dass ein eintretendes Unternehmen keineswegs über Effizienzvorteile, sondern generell über Effizienznachteile verfüge.[98] In diesem Zusammenhang wiederholt E.CA Economics jedoch zunächst lediglich sämtliche Einzelaspekte, die bereits an anderer Stelle in ihrer Berechnung als projektspezifische „Mehrkosten“ des eintretenden Unternehmens berücksichtigt wurden. E.CA Economics erkennt zudem in der ergänzen-

---

97 Ein detaillierter Überblick über die durchgeführte Sensitivitätsanalyse findet sich in dem Vermerk des ökonomischen Grundsatzreferates vom 11.10.2011, Abschnitt 8a (Bl. 1473 d. Akte).

98 RBB Economics / E.CA Economics, Stellungnahme zur Abmahnung vom 28.10.2011, zum Vermerk vom 11.10.2011 und zum Vermerk vom 25.10.2011, S. 6 ff.

den Stellungnahme grundsätzlich an, dass generelle Effizienzvorteile eines Anbieters diese projektspezifischen Mehrkosten bei der Anbindung eines Projekts außerhalb des angestammten Footprint durchaus kompensieren können. Der Gutachter kritisiert in diesem Zusammenhang jedoch, dass das Bundeskartellamt es versäumt habe, solche generellen Effizienzunterschiede der Anbieter auch zu belegen.[99]

111. Damit verkennt E.CA Economics jedoch sowohl die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Nachweisanforderungen als auch die dem Bundeskartellamt vorliegenden Ermittlungsergebnisse. Die Zusammenschlussbeteiligten vertreten im vorliegenden Verfahren die Ansicht, dass wettbewerbliche Vorstöße in das Gebiet einer anderen Regionalgesellschaft nur deshalb unterbleiben, weil sie sich generell nicht lohnen. Es obliegt daher auch den Zusammenbeteiligten, diese vermeintlich alternative Erklärung für das Fehlen wettbewerblicher Vorstöße hinreichend zu begründen und auch zu belegen. Sie vermögen ihre Behauptung jedoch lediglich mit Hilfe der wenig plausiblen und im Ergebnis nicht tragfähigen Annahme zu untermauern, dass zwischen den drei Regionalgesellschaften keinerlei Effizienzunterschiede bestünden. Belege dafür, dass dies auch tatsächlich der Fall ist, tragen sie nicht vor. Die Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamtes beinhalten vielmehr im Gegensatz zur Behauptung von E.CA Economics klare Indizien für bestehende Effizienz- und Kostenunterschiede. So ist bereits vor dem Hintergrund der von den Gutachtern selbst verwendeten Kostendaten und den relevanten Antworten der drei maßgeblichen Anbieter auf die vom Bundeskartellamt durchgeführte Marktbefragung von einem sehr unterschiedlichen Kostenniveau der drei Regionalgesellschaften auszugehen. Diese Effizienz- und Kostenunterschiede werden sogar auch von den von E.CA selbst im Rahmen der ergänzenden Stellungnahme zur Abmahnung vorgelegten Unterlagen und Kostendaten erneut bestätigt. So verweist E.CA Economics auf einen von Boston Consulting durchgeführten Unternehmensvergleich zwischen den Zusammenschlussbeteiligten.[100] Die vorgelegte tabellarische Übersicht verweist jedoch unter anderem ausdrücklich darauf, dass KBW aufgrund seiner […]-Strategie generell über ein vorteilhafteres Personalkostenniveau verfügt („KBW with lower cost due to […] strategy“). Auch das erheblich niedrigere Kostenniveau im Bereich des […] wird ausdrücklich hervorgehoben („KBW with lower […] cost“). Ebenso führe eine unterschiedliche […]strategie zu niedrigeren Kapitalkosten von KBW im Vergleich zu UnityMedia

---

99 RBB Economics / E.CA Economics, Stellungnahme zur Abmahnung vom 28.10.2011, zum Vermerk vom 11.10.2011 und zum Vermerk vom 25.10.2011, S. 7 f

100 RBB Economics / E.CA Economics, Stellungnahme zur Abmahnung vom 28.10.2011, zum Vermerk vom 11.10.2011 und zum Vermerk vom 25.10.2011, Annex 3.

(„Difference in […] approach; UM with higher total […] cost“). Die Ausführungen von E.CA Economics an dieser Stelle sind vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar.

112. RBB-Economics hat eine eigene, die Modellrechnung von E.CA Economics ergänzende Modellrechnung vorgelegt, die auf unternehmensinternen Daten von Unitymedia basiert. Diese beruht auf einem Vergleich der Amortisationsdauer für Investitionen innerhalb und außerhalb des angestammten Gebiets. Diese Berechnungen konnten jedoch mit den im Gutachten beschriebenen Annahmen zunächst nicht detailliert nachvollzogen werden. Erst auf entsprechende Nachfragen und der späteren Einreichung der zugrundeliegenden Excel-Dateien konnten die Berechnungen detailliert nachvollzogen werden. In diesem Sinne erfüllte das Modell von RBB Economics daher zunächst nicht die (allgemeinen) Forderung der Nachvollziehbarkeit, Vollständigkeit und Transparenz der „Standards für ökonomische Gutachten“ vom 20.10.2010.[101]

113. Auch die Berechnungen von RBB Economics beruhen auf einer Reihe von aus ökonomischer Sicht problematischen Annahmen.[102] Die wesentliche Schwachstelle aus ökonomischer Sicht sind erneut die Kostenannahmen. Zunächst ist dabei anzumerken, dass RBB Economics (bis auf eine Ausnahme) an keiner Stelle die im Einzelnen jeweils berücksichtigten Kostenarten im Einzelnen erwähnt. Es bleibt daher weitgehend unklar, welche Kosten im Einzelnen wo berücksichtigt werden. Stattdessen werden pauschal direkte und indirekte Kosten unterschieden und diese werden (wie aber erst aus der nachgereichten Excel-Tabelle hervorgeht) nicht in ihrer absoluten Höhe, sondern indirekt als Anteil an den durch ein Projekt erzielbaren Einnahmen modelliert.[103] Unabhängig von der Höhe der Kosten ist es aus ökonomischer Perspektive jedoch nur sehr selten gerechtfertigt, die Kosten als festen prozentualen Wert der Einnahmen zu modellieren. Mit einer solchen Modellierung werden nämlich insbesondere auch die Gewinne (die sich als Differenz der Erlöse und Kosten ergeben) faktisch bereits vorab fixiert.

114. Die einzelnen Annahmen sind aber zudem auch im Detail extrem angreifbar. Eine Annahme betrifft z.B. die Höhe des Marketingbudgets (das ebenfalls als fester Anteil der Einnahmen modelliert wird): Außerhalb des Footprint müsse dieses Budget nach Ansicht von RBB Economics für ein eintretendes Unternehmen doppelt so hoch sein (30% statt 15%), da der geringere Bekanntheitsgrad zu höheren Marketingkosten führe. Dies ist

---

101 Vgl. Standards für ökonomische Gutachten vom 20.10.2010, S. 2f.

102 Vgl. zu einer detaillierten Auseinandersetzung mit den getroffenen Annahmen den Vermerk des ökonomischen Grundsatzreferates vom 11.10.2011, Abschnitt 8b (Bl 1473 d. Akte).

103 Dazu werden in einer Zahlungsreihe in jeder Periode Anteile der Einnahmen als Kosten modelliert und schließlich per Mittelwert (also unverzinst und entgegen der korrekten finanzmathematischen Arithmetik) verdichtet.

zunächst jedoch keine zwingende Annahme. Noch schwerwiegender ist jedoch, dass RBB Economics den hier behaupteten Effekt an anderer Stelle nochmals berücksichtigt. So gehen die Gutachter von höheren Marketingkosten wegen des geringeren Bekanntheitsgrads aus, berücksichtigen diesen Effekt aber gleichzeitig in ihren Berechnungen nochmals in Form einer niedrigeren Penetrationsrate beim Verkauf multimedialer Zusatzdienstleistungen (Telefonie, Internet).[104] Dieses Problem wurde bei dem Gespräch mit den Gutachtern am 09.09.2011 im Bundeskartellamt ausdrücklich angesprochen. Daraufhin hat RBB Economics das Gutachten nachgebessert und eine Abschätzung der Sensitivität der beiden Annahmen nachgereicht.[105] Aus diesem Dokument ist ersichtlich, dass eine ausschließliche Berücksichtigung des Effekts bei den Kosten in der im Gutachten angeführten Höhe (30% anstatt 15%) einer ca. 75%igen (!) Reduktion der Penetrationsrate entspricht. Die Berechnungen von RBB Economics beruhen damit auf der Annahme, dass ein eintretendes Unternehmen nur in der Lage wäre, jedem vierten Kunden, der vom etablierten Anbieter entsprechende Dienstleistungen nachfragen würde, erfolgreich ergänzende Internet- und Telefoniedienste anzubieten. Argumente, die diese drastische Annahme irgendwie begründen könnten, liefert RBB Economics jedoch nicht.

115. Die mangelnde Robustheit der Berechnungen wird zudem durch die Tatsache belegt, dass – ebenso wie die Berechnungen von E.CA Economics - die Ergebnisse bereits auf geringfügige Änderungen der Annahmen äußerst sensitiv reagieren. So war es schon bei leichter Modifikation einzelner Annahmen möglich, die Amortisationszeit außerhalb des Footprint – bei ansonsten unveränderten Annahmen) um 1,7 Jahre zu verringern.[106] Damit sänke die ursprüngliche Amortisationszeit von 5,1 Jahre auf 3,4 Jahre und wäre damit deutlich näher an dem von den Gutachtern ausgewiesen Wert für in-Footprint-Projekte i.H.v. [2 bis 3] Jahren.[107] Ebenso wie die Berechnungen von E.CA Economics schließt auch die Berechnung von RBB Economicsin ferner unzulässiger Weise generell aus, dass das eintretende Unternehmer effizienter sein kann als der etablierte Anbieter und damit in der Lage ist, die Nachteile möglicher projektspezifischer Mehrkosten einer Investition außerhalb des angestammten Gebiets zu kompensieren. Insoweit kann je-

---

104 Eine pauschale Annahme, die ohnehin fragwürdig ist, weil die Penetrationsrate vom konkreten Gestattungsobjekt abhängt. Siehe insoweit auch Antwort 22, KDG Fragebogen.

105 Vgl. RBB Economics: Ergänzungen zum ökonomischen Gutachten, 16.09.2011, S. 9.

106 Ein detaillierter Überblick über die durchgeführte Sensitivitätsanalyse findet sich in dem Vermerk des ökonomischen Grundsatzreferates vom 11.10.2011, Abschnitt 8b (Bl. 1473ff. d. Akte).

107 Vgl. E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 61 (Bl. 539ff d. Akte).

doch auf die entsprechenden Ausführungen oben zu den von E.CA Economics präsentierten Modellrechnungen verwiesen werden.

116. Für die Würdigung der absoluten und relativen Vorteilhaftigkeit einer Investition außerhalb des Footprint eines Kabelnetzbetreibers ist die (angenommene) Reaktion des (dort) etablierten Kabelnetzbetreibers von großer Bedeutung. Auch in dieser Hinsicht beruhen die Modellrechnungen von E.CA Economics und RBB Economics auf extremen, die Marktrealität nur sehr unzureichend abbildenden Annahmen. Die Gutachter gehen grundsätzlich davon aus, dass der etablierte Kabelnetzbetreiber in *jedem Fall* den eintretenden Kabelnetzbetreiber unterbieten könne. Dabei unterstellen sie, dass der etablierte Anbieter seinen Preis bei einem wettbewerblichen Vorstoß stets auf das Niveau der für ihn relevanten durchschnittlichen projektspezifischen Zusatzkosten absenken könne und würde.[108] Diese Annahme geht aber aus mehreren Gründen fehl.[109]

117. Insbesondere schließt das Gutachten unzulässigerweise aus, dass zwischen den Angeboten des eintretenden und des etablierten Anbieters Qualitätsunterschiede bestehen können. Das vorliegend zu betrachtende Produkt ist die Versorgung der Gestattungsgeber mit (zumindest) einem TV-Signal. Darüber hinaus kann auch die Versorgung mit weiteren Diensten (Internet und Telefondienstleistungen) Gegenstand der Versorgung sein. Damit ist das in Rede stehende Produkt eine Dienstleistung. In technischer Hinsicht handelt es sich dabei zwar um ein weitgehend homogenes Produkt. Das schließt aber nicht aus, dass es beim Angebot dieses weitgehend homogenen Produkts Qualitätsunterschiede geben kann. Kann ein Anbieter eine überlegene Kombination von Qualitätsparametern (Vertragslaufzeit, Art der Infrastruktur, Qualität von Service und War-

---

108 Das Gutachten verwendet in diesem Zusammenhang durchgängig den Begriff der Grenzkosten. Die Grenzkosten sind die Kosten der Erzeugung einer weiteren Einheit des betrachteten Produktes, im vorliegenden Fall also die Kosten des Anschlusses einer weiteren Wohneinheit. Hiervon zu unterscheiden sind die projektspezifischen Kosten. Diese geben die Summe der fixen und variablen Kosten an, die für ein spezifisches (Investitions-)Projekt benötigt werden. Sie werden üblicherweise in der Ökonomie als inkrementelle Kosten bezeichnet. Das Gutachten setzt diese projektspezifischen (inkrementellen) Kosten den Grenzkosten (häufig) gleich, was jedoch eine unzulässige Vereinfachung ist und zu ökonomisch nicht plausiblen Schlussfolgerungen führt. Zwar werden in der Ökonomie teilweise die variablen Kosten als Approximation der Grenzkosten genutzt, in dem von dem Gutachten analysierten Investitionskalkül spielen jedoch auch die Fixkosten eine große Rolle. Aus diesem Grund ist der Begriff der „inkrementellen Kosten“, der auf das Inkrement eines zusätzlichen Gestattungsvertrages abstellt, sachgerechter. Da viele ökonomische Aussagen aus der modellbasierten Mikroökonomie auf die Grenzkosten (besser den Vergleich von Grenzkosten und Preisen) bezogen sind, treffen viele Schlussfolgerungen des Gutachtens auf Basis der Prämisse, dass die projektspezifischen (inkrementellen) Kosten den Grenzkosten gleichzusetzen seien, nicht zu bzw. stellen den Stand der ökonomischen Theorie und dessen Anwendung auf den konkreten Einzelfall lediglich verzerrt dar.

109 Vgl. hierzu ausführlich den Vermerk des ökonomischen Grundsatzreferates vom 11.10.2011, insb. Abschnitt 7 und 8 (Bl. 1473ff. d. Akte).

tung) anbieten, würde dies es ihm erlauben, sogar bei einem höheren Preisniveau den etablierten Kabelnetzbetreiber erfolgreich „anzugreifen“.

118. Desweiteren ignoriert das Gutachten die Möglichkeiten des sogenannten „Onselling“, also der Möglichkeit nach einem erfolgten Eintritt in dem neuen Gebiet (auch kleinere) weitere Objekte anzuschließen.[110] Schließlich werden mögliche (erzwungene) Preisnachlässe des etablierten Kabelnetzbetreibers bei benachbarten Gestattungsverträgen aufgrund des Wettbewerbsvorstoßes des „Neueintretenden“ nicht in Betracht gezogen.[111] Wegen der Reaktionsverbundenheit des räumlichen Umfelds und daraus resultierenden Folgen beim Bieterwettbewerb kann sich aber der Incumbent im Interesse der Pflege dieses Preisniveaus am Unterbieten gehindert sehen. An dieser Stelle nimmt das Gutachten an, dass eine Reduzierung des Preises in einer Liegenschaft des etablierten Kabelnetzbetreibers keine Auswirkungen auf die anderen Liegenschaften hat.[112] Wird abweichend von einer möglichen Reaktion der anderen Gestattungsgeber (im Umfeld) ausgegangen, würde dies aber zu einer Verringerung des Preisniveaus für mehr als die vom Wettbewerb (zunächst) betroffene Liegenschaft führen und mithin die Gewinne des etablierten Kabelnetzbetreibers schmälern. Die preisliche Reaktion des etablierten Kabelnetzbetreibers ist also von daher schon aufgrund der Anreize und des unternehmerischen Kalküls selbst begrenzt. Wird dieser Effekt zusätzlich beachtet, so ergeben sich zusätzliche Spielräume für einen Markteintritt.[113]

119. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die von den ökonomischen Gutachten vorgelegten Modellrechnungen keine hinreichenden Belege dafür liefern, dass der Verzicht

---

110 In der Ursprungsversion des Gutachtens wird nur auf kurzfristige Reaktionen der etablierten Kabelnetzbetreiber eingegangen. Diese Überlegungen werden zwar durch einen Nachtrag vom 05.10.2011 von den Gutachtern erweitert, führen aber im Ergebnis zu keiner anderen Aussage. Vgl. dazu im Übrigen den Vermerk des ökonomischen Grundsatzreferates vom 11.10.2011, Abschnitt 7 (Bl. 1473ff. d. Akte).

111 Die Gutachter unterstellen perfekte Preisdiskriminierung.

112 Realiter wird dies schon deshalb nicht der Fall sein, da der eintretende Kabelnetzbetreiber auch die „benachbarten“ Liegenschaften (vermutlich zu vergleichbaren Kosten) anschließen könnte.

113 Diesem Argument könnte zwar entgegengehalten werden, dass die Möglichkeit deshalb nicht besteht, da der benachbarte Gestattungsgeber keine Verhandlungsmacht gegenüber dem etablierten Kabelnetzbetreiber hat und demzufolge keine Preisnachlässe realisieren kann. In dieser Situation muss der etablierte nur den „ersten Schlag“ abwehren und könnte ansonsten das Preisniveau beibehalten. In der ökonomischen Terminologie bestünde die Möglichkeit der perfekten Preisdiskriminierung. Dies ist aber vorliegend wenig überzeugend, da die Situation sich nach einem Eintritt des neuen Kabelnetzbetreibers grundlegend ändert und er dann – wie beschrieben – im Wege des Onselling Wettbewerbsdruck auf die „Nachbarschaft“ der neu angeschlossenen Liegenschaft ausüben kann. Dies scheinen die Gutachter auch als problemtisch zu sehen, da sie in ihrer letzten Eingabe diese langfristigen Perspektive explizit thematisieren. Vgl. E.CA Economics / RBB Economics: Eingabe im Nachgang an die Gespräche mit Vertretern der ökonomischen Grundsatzabteilung, 05.10.2011, S. 2.

auf Investitionen außerhalb des angestammten Footprint für die Kabelnetzbetreiber aus zwingenden betriebswirtschaftlichen Erwägungen folgt. Nach Ansicht der Beschlussabteilung behalten die Regionalgesellschaften die Fokussierung auf ihr angestammtes Netzgebiet unabhängig davon bei, dass es weder technische noch rechtliche Hinderungsgründe für eine über das ursprüngliche Netzgebiet hinausgehende Versorgung von Gestattungsobjekten gibt, dass betriebswirtschaftlich in einer Vielzahl von Gestattungsprojekten absolut ein positiver Deckungsbeitrag zu erwarten ist, und dass auch im Einzelfall ein Gestattungsprojekt außerhalb des eigenen Footprint lukrativer sein kann als ein Projekt im eigenen Footprint.

120. Die Beibehaltung der Gebietsaufteilung stellt nach Auffassung der Beschlussabteilung vor diesem Hintergrund eine vom strategischen Motiv der Erhaltung der koordinationsbedingt erhöhten Preise getragene Entscheidung dar, die durch allgemeine betriebswirtschaftliche Erwägungen nicht gerechtfertigt werden kann.

Aufrüstung im Rahmen laufender Gestattungsverträge

121. Gegen eine grundsätzlich niedrigere Ertragschance außerhalb des eigenen Footprint spricht auch ein konzeptionelles Argument. Kabel BW investiert nach eigenen Angaben auch in die Aufrüstung von NE 4-Netzen in Objekten, die bereits von einem laufenden Gestattungsvertrag erfasst sind, und zwar ohne dass dies zu einer Verlängerung des jeweiligen Gestattungsvertrags führen würde.[114] Dabei ist der Ausbau auch nicht von einer bestimmten Restlaufzeit des Gestattungsvertrags abhängig.[115] Es ist zu erwarten, dass eine solche Investition im laufenden Gestattungsvertrag regelmäßig einen geringeren Ertrag als eine Investition in die Versorgung eines neuen Gestattungsobjekts außerhalb des eigenen Footprint erbringen wird. Denn im Falle der Investition in ein Hausnetz, das bereits aufgrund eines laufenden Gestattungsvertrags von Kabel BW mit dem TV-Signal versorgt wird, stehen als zusätzliche Einnahmemöglichkeiten für Kabel BW aufgrund der Investition nur die Versorgung der dort ansässigen Endkunden mit Internet

---

114 Antworten 19, 20, Kabel BW-Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 500 d. Akte); Antwort 13, Kabel BW-Fragebogen vom 9. September 2011 (Bl. 961 d. Akte).

115 Antwort 15, Kabel BW-Fragebogen vom 9. September 2011 (Bl. 962 d. Akte). Die Zusammenschlussbeteiligten fühlen sich an dieser Stelle unvollständig zitiert, da ein Hinweis auf die dreijährige Laufzeit der Modernisierungsvereinbarung selbst fehlt (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2218 d. Akte), Fraglich aber ist, ob die Modernisierungsvereinbarung tatsächlich eine faktische Bindungswirkung bei einem ausgelaufenen Gestattungsvertrag bewirkt. Das dürfte entscheidend von der vertraglichen Ausgestaltung des Eigentums am Hausverteilnetz bei Auslaufen des Gestattungsvertrags abhängen und damit einzelfallabhängig sein. Selbst wenn man die faktische Bindungswirkung für den Regelfall hält, verlagert sich lediglich das konzeptionelle Argument: Höhere Einnahmen und Erträge wären unter diesen Umständen jedenfalls bei neuen Gestattungsverträgen mit einer Laufzeit von mehr als drei Jahren zu erwarten.

und Telefonie zur Verfügung. Bei dem Neuanschluss eines Objekts außerhalb des Footprint hingegen würde Kabel BW zusätzlich Einnahmen durch die erstmalige Versorgung mit TV-Signal erzielen können. Mit anderen Worten: Die zusätzlichen Einnahmen durch Internet und Telefonie, die die Beteiligten bei Projekten in ihrem eigenen Footprint erwarten, kommen bei den Projekten außerhalb ihres angestammten Gebiets zu den Einnahmen für das Fernsehsignal hinzu. Aus den im Kommissionsverfahren von Unitymedia vorgelegten Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen für einzelne Gestattungsprojekte ergibt sich, dass die aus der Belieferung mit dem Programmsignal ergebenden Erträge mehr als [40-60]% des operativen Gewinns ausmachen. In einem der drei vorgelegten Fälle lag dieser Anteil sogar bei [65-85]% des operativen Gewinns.[116] Prima facie spricht dies eher für höhere Einnahmen und Erträge bei Projekten außerhalb des eigenen Footprint.[117]

Keine Relevanz der Rechtsprechung „Bituminöses Mischgut“

122. Schließlich geht der Verweis der Zusammenschlussbeteiligten auf den Beschluss des Kammergerichts in der Sache „Bituminöses Mischgut“ fehl.[118] Vollständig wiedergegeben hat das Kammergericht an der von den Beteiligten in Bezug genommenen Stelle ausgeführt:[119]

> *„In aller Regel ist es eine kartellrechtlich nicht zu beanstandende Entscheidung von Unternehmen, wie weit sie ihr Tätigkeitsgebiet erstrecken und ob sie von einer Erweiterung absehen, weil die Wettbewerbsverhältnisse in dem weiteren Gebiet ihnen nicht günstig erscheinen. Solche autonomen Entscheidungen können dazu führen, daß räumlich expandierende Unternehmen darauf verzichten, in das jeweils andere Tätigkeitsgebiet eines als gleich stark oder überlegen angesehenen Unternehmens derselben Branche einzudringen. Eine solche Entwicklung wäre wettbewerbsbedingt und könnte nicht dazu führen, die jeweiligen Bereiche als ein einheitliches Gebiet anzusehen. Beruht diese Abgrenzung nicht auf den Wettbewerbsverhältnissen, sondern auf einem abgestimmten Verhalten oder einer Ab-*

---

116 Anmeldung vom 19. April 2011, Annex 1 zur Anlage 6.3.1.15a (Bl. 1560-1562 d. Akte)

117 Die Zusammenschlussbeteiligten halten diese Betrachtung für unzulässig, weil ihr keine gesamtwirtschaftliche Betrachtung zugrundeliege. sondern lediglich eine isolierte Teilbetrachtung der TV Entgeltumsätze vor Abzug ebenfalls vereinbarter Kostenpositionen (Stellungnahme vom 17. November 2011 Bl. 2216 d. Akte). Dieser Einwand greift nur dann durch, wenn die Kostenpositionen einseitig den Erträgen aus dem TV Signal gegenüber gestellt werden und die übrigen multimedialen Zusatzangebote dementsprechend kostenfrei bzw. nahezu kostenfrei erfolgen. Das aber erscheint wenig sachgerecht.

118 Schreiben vom 11. Juli 2011, Rz. 58 (Bl. 83ff. d. Akte).

119 KG, Beschluss vom 9. Dezember 1981, WUW OLG 2633, 2638 – *Bituminöses Mischgut*.

sprache der in Betracht kommenden Unternehmen, so ist dieser Umstand unter den Gesichtspunkten der §§ 25 Abs. 1, 1 GWB zu würdigen; es führt aber nicht dazu, im Rahmen der Fusionskontrolle, bei der die Wettbewerbsstruktur im Vordergrund steht, zwei unterschiedliche Tätigkeitsgebiete als ein einheitliches anzusehen, wenn zwischen den beiden Gebieten Substitutionslücken bestehen und sie daher verschiedenen räumlichen Märkten zuzuordnen sind.“

123. Die Argumentation des Kammergerichts an der zitierten Stelle ist, wie am letzten zitierten Satz deutlich wird, darauf ausgelegt, bei der räumlichen Marktabgrenzung die Entscheidung von in regional unterschiedlichen Märkten tätigen Unternehmen zu würdigen, nicht in das Tätigkeitsgebiet eines anderen Anbieters vorzudringen. In dem vom Kammergericht zu entscheidenden Fall ging es um Märkte für bituminöses Mischgut, die räumlich einen Umkreis von nicht mehr als 25 km um das jeweilige Mischwerk umfassen. Eine Lieferung von bituminösem Mischgut über eine größere Distanz rechnet sich wegen prohibitiver Transportkosten nicht.[120] Bei diesem Sachverhalt wies das Kammergericht mit der oben wiedergegeben Argumentation die Auffassung des Bundeskartellamts zurück, aus der Entscheidung der Unternehmen, sich auf ihr jeweiliges Gebiet zu beschränken, ergebe sich die Möglichkeit der Abgrenzung eines bundesweiten Marktes.

124. Die Grundsätze der Entscheidung „Bituminöses Mischgut“ sind nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar, da hier – anders als in dem vom Kammergericht zu entscheidenden Fall – mit dem Gestattungsmarkt ein Markt betroffen ist, der schon aufgrund anderer Faktoren als der Selbstbeschränkung der Regionalgesellschaften auf ihr jeweiliges Netzgebiet bundesweit abzugrenzen ist. Im vorliegenden Fall ist es – um in der Diktion des Kammergerichts zu bleiben – nicht so, dass zwischen den Tätigkeitsgebieten der Kabelnetzbetreiber „Substitutionslücken“ bestehen; vielmehr gibt es, wie schon dargelegt, bundesweit tätige Anbieter im Gestattungsmarkt, und auch für die Regionalgesellschaften wäre es sowohl technisch möglich als auch gewinnbringend, Gestattungsprojekte außerhalb des eigenen Footprint zu verfolgen. Das Kammergericht hat in seinem Beschluss für eine derartige Konstellation keinerlei Grundsätze aufgestellt und insbesondere nicht der Möglichkeit die Grundlage entzogen, dass in oligopolistisch geprägten Märkten die Koordination der Marktbeherrscher über die ausschließliche Tätigkeit eines jeden Anbieters in einem bestimmten Teil des Marktes erfolgen kann.

---

120 KG, Beschluss vom 9. Dezember 1981, WUW OLG 2633, 2639 – *Bituminöses Mischgut*.

3.1.5 Fehlender Außenwettbewerb durch Dritte

125. Die Koordinierung der Regionalgesellschaften wird auch nicht durch Dritte destabilisiert. Von den Anbietern im Gestattungsmarkt sind gegenwärtig weder die konkurrierenden Kabelnetzbetreiber noch die IPTV-Anbieter und die DTAG in der Lage, hinreichenden Wettbewerbsdruck auf die Regionalgesellschaften auszuüben. Entsprechendes gilt für die Möglichkeit der Nachfrageseite, das heißt der Wohnungswirtschaft, die eigenen Objekte selbst über Satellit mit dem Rundfunksignal zu versorgen.

Fehlender Wettbewerbsdruck durch kleinere Kabelnetzbetreiber

126. Die kleineren, bundesweit tätigen Kabelnetzbetreiber (TeleColumbus; Pepcom) und Citycarrier wie NetCologne üben keinen hinreichenden Druck auf die Regionalgesellschaften aus, um das zwischen diesen bestehende Oligopol von Außen zu destabilisieren. Ihnen fehlt es insbesondere an den erforderlichen Ressourcen, um die Regionalgesellschaften über punktuelle Gebote auf Gestattungsverträge hinaus in ihren jeweiligen Footprints anzugreifen.

127. TeleColumbus gibt an, in den vergangenen Jahren außerhalb ihrer existierenden Cluster [200-300] Gestattungsverträge neu gewonnen zu haben, bei denen die Gestattungsobjekte an die eigene NE 3 angeschlossen wurden.[121] Außerdem gibt TeleColumbus an, dass ein Gestattungsvertrag über die NE 3-Anbindung eines neuen Gestattungsobjekts außerhalb des eigenen Footprint über eine hohe Zahl an anzuschließenden Haushalten und eine lange Laufzeit verfügen muss, um sich zu rechnen ([Einzelheiten Geschäftsgeheimnis]), und dass die Entscheidung über den Abschluss eines solchen neuen Gestattungsvertrags auch entscheidend von der Entfernung zum eigenen Backbone von TeleColumbus abhängt. Gegenwärtig versorgt TeleColumbus vor allem Gestattungsobjekte im südlichen Ostdeutschland und daneben punktuell in Nordrhein-Westfalen (Bochum, Leverkusen) und Hessen (Frankfurt am Main). Schließlich hat TeleColumbus auch angegeben, in der Aufnahme von weiterem Fremdkapital limitiert zu sein.[122] Insgesamt erscheint es damit denkbar, dass TeleColumbus im ostdeutschen Teil des Gestattungsmarkts einigen Wettbewerbsdruck auf KDG ausübt, und daneben unter Umständen ihre lokalen Präsenzen in Nordrhein-Westfalen und Hessen weiter ins Umland vortreiben könnte. Diese Wettbewerbsvorstöße würden allerdings nur das attraktivste Segment der Gestattungsverträge mit einer Vielzahl anzuschließender Haushalte und einer langen

---

121 Antwort 8 Fragebogen TeleColumbus.

122 Antwort 45 Fragebogen TeleColumbus: Noch weitere EUR [<50] Millionen können aufgenommen werden.

Laufzeit betreffen. Daneben dürfte es TeleColumbus für einen nachhaltigen Wettbewerbsvorstoß auch an finanziellen Mitteln fehlen. Insgesamt dürfte TeleColumbus damit zu einer Destabilisierung des bundesweiten Oligopols der Regionalgesellschaften nicht in der Lage sein.

128. Pepcom hat nach eigenen Angaben über die vergangenen fünf Jahre [<100] neue Gestattungsverträge über mehr als 800 Haushalte hinzugewonnen, von denen [<20] außerhalb von Pepcoms existierenden NE 3-Clustern lagen und über Netzausbau oder Mietleitungen an die bestehende NE 3 angeschlossenen wurden. Dabei verteilten sich die außerhalb der eigenen Cluster gewonnenen Verträge auf das ganze Bundesgebiet: [<10] gewann Pepcom im Netzgebiet von KDG, [<10] im Netzgebiet von Unitymedia, [<10] im Netzgebiet von Kabel BW. Dabei umfassten die einzelnen gewonnen Verträge zwischen 800 und mehreren tausend Wohneinheiten. Dies zeigt zwar, dass für Kabelnetzbetreiber ein bundesweites Angebot von Rundfunksignal über die eigene NE 3 möglich und gewinnbringend und insofern auch die Abgrenzung eines bundesweiten Gestattungsmarktes geboten ist. Die Wettbewerbsvorstöße von Pepcom sind aber in absoluten Zahlen betrachtet noch nicht bedeutend genug, um die Koordinierung der Regionalgesellschaften wirksam zu destabilisieren. Eher wahrscheinlich erscheint, dass die jeweilige Regionalgesellschaft versuchen wird, Pepcom bei denjenigen Projekten, auf die sie vorstoßend bietet, gezielt zu unterbieten, den Wettbewerbsvorstoß aber nicht zum Anlass nehmen wird, in gleicher Weise wie Pepcom ihre Aktivitäten über ihr angestammtes Netzgebiet auszudehnen. Denn solange Pepcom in den einzelnen Netzgebieten nur punktuell Wettbewerbsdruck ausübt, verbleibt den Regionalgesellschaften ein hinreichendes Gebiet, in dem sie keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind und damit höhere Margen erzielen können.

129. NetCologne macht als City Carrier gegenwärtig kein bundesweites Angebot. Sie expandiert aus ihrem angestammten Netzgebiet Köln heraus aber in angrenzende Regionen. Insofern kann NetCologne punktuell Wettbewerbsdruck auf Unitymedia ausüben, der in ihrem angestammten Netzgebiet Köln sogar erheblich ist. Sie kann allerdings auf diese Weise nicht das bundesweite Oligopol der Regionalgesellschaften destabilisieren, solange Unitymedia noch hinreichend große Gebiete verbleiben, in denen sie keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist und höhere Margen erzielen kann.

130. Die weiteren Anbieter Primacom und Deutsche Telekabel haben in den vergangenen fünf Jahren nach eigenen Angaben – bis auf eine Ausnahme – ausschließlich Gestattungsverträge im Raum Ostdeutschland gewonnen. Damit kann auch von ihnen kein die

Koordinierung destabilisierender Wettbewerbsdruck ausgehen. Ebenso wenig kommt dies für die Vielzahl der weiteren Kabelnetzbetreiber in Betracht, die zu einem großen Teil nur lokal tätig sind und allein Netze der NE 4 betreiben.

Fehlender Wettbewerbsdruck durch DTAG

131. Die Zusammenschlussbeteiligten vertreten die Auffassung, von DTAG gehe bereits jetzt nicht zu unterschätzender Wettbewerbsdruck im Gestattungsmarkt aus.[123] DTAG könne Gestattungsgebern ein Angebot zur TV-Grundversorgung entweder nach FTTH-Ausbau machen, also nach Ausbau des Glasfasernetzes der DTAG bis zur jeweiligen zu versorgenden Wohneinheit, oder auch nach FTTB-Ausbau, also nach Ausbau des Glasfasernetzes bis zum Gebäude, wobei die DTAG für die letzte Strecke bis zur zu versorgenden Wohneinheit das im Gebäude verlegte Coaxialkabel verwenden könne.

132. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben hingegen ergeben, dass die DTAG bislang nur punktuell Wettbewerbsdruck auf die Regionalgesellschaften ausübt. So sind der Beschlussabteilung einzelne Gestattungsprojekte bekannt, für welche die DTAG erfolglos mitgeboten hat und bei denen es infolge des Bieterwettbewerbs zu einem, verglichen mit anderen Gestattungsprojekten, sehr niedrigen Preis kam. Es ist zwar nicht auszuschließen,[124] dass die DTAG auf längere Sicht und mit zunehmendem Netzausbau ein gewichtigerer Wettbewerber im Gestattungsmarkt wird; aber es fehlen Anhaltspunkte dafür, dass die DTAG in absehbarer Zeit die marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussbeteiligten derart wird destabilisieren können, dass die Kollusion bereits aktuell keinen Bestand mehr hätte.

133. Die Zusammenschlussbeteiligten wollen einen inneren Widerspruch darin erkennen, dass die Beschlussabteilung einerseits davon ausgehe, dass von der DTAG auch künftig kein erheblicher Wettbewerbsdruck im Gestattungsmarkt ausgehe ,und anderseits unterstelle, Kabel BW werde sich zu einem bundesweiten Wettbewerber entwickeln.[125] Wäre nämlich die DTAG aufgrund von Marktzutrittsschranken darin gehindert, müsste dies in derselben Weise für Kabel BW gelten. Dem ist zu widersprechen. Richtig ist, dass es in beiden Fällen zunächst um punktuelle Angriffe ginge. Entscheidend ist aber, dass es bei Ermittlung des von der DTAG ausgehenden Wettbewerbsdrucks darum geht, ob es der DTAG aktuell oder in Zukunft gelingt, das bestehende Oligopol von au-

---

123 Schreiben vom 11. Juli 2011, Rz. 91ff. (Bl. 83ff. d. Akte).

124 Ein Indiz dafür ist der am 8. Dezember 2011 verkündete Vertrag mit der Wohnungsbaugesellschaft Deutsche Annington über die Versorgung des gesamten Bestandes von 170.000 Wohneinheiten mit dem Programmsignal (FAZ vom 9. Dezember 2011, Bl. 2797 d. Akte).

125 Schreiben vom 29. September 2011, S. 2 (Bl. 1084 d. Akte).

ßen zu destabilisieren. Vorstoßender Wettbewerb durch Kabel BW führte demgegenüber zu Binnenwettbewerb zwischen den Oligopolisten und kommt daher einer Beendigung der impliziten Kollusion gleich. Dafür, dass das Oligopol von innen heraus beendet wird, reichen aber punktuelle Angriffe eher aus, als wenn diese durch einen Außenwettbewerber erfolgen. Denn vorstoßender Wettbewerb im Innenverhältnis stellt eine Aufkündigung des gleichförmigen Verhaltens und damit des bestehenden Systems als solchen dar.

134. DTAG hat im Rahmen der Ermittlungen der Beschlussabteilung angegeben, mit dem von ihr im Jahr 2011 neu eingeführten, an die Gestattungswirtschaft gerichteten Produkt „TV-Grundversorgung“ bislang [weniger als zehn Mal] erfolgreich einen Gestattungsvertrag akquiriert zu haben; [weniger als zehn Mal] ist DTAG im Wettbewerb um einen Gestattungsvertrag unterlegen, [<20] Bewerbungen um den Absatz von „TV-Grundversorgung“ an die Wohnungswirtschaft laufen noch.[126] Die für das Produkt „TV-Grundversorgung“ erforderliche Netzausbaustufe FTTB des Netzes der DTAG ist bislang aber nur bei [<1%] aller Wohneinheiten erreicht.[127] Für die Weiterleitung des über das Produkt „TV-Grundversorgung“ angelieferten Rundfunksignals wird ab dem Hausübergabepunkt die vorhandene NE 4, also das Koaxialkabel, verwendet. DTAG kalkuliert, bis 2015 [250.000-750.000] Wohneinheiten über TV-Grundversorgung mit Programmsignal zu versorgen.[128]

135. Unabhängig von dem Absatz des Produkts „TV-Versorgung“ im Markt verfolgt die DTAG den FTTH-Ausbau von Glasfasernetzen bis in den Haushalt des Endkunden. Bei der Zuführung von Rundfunksignal über Glasfaser ist kein Zugriff mehr auf die im Haus bereits errichtete NE 4 erforderlich, da mit dem Glasfaser eine Parallelinfrastruktur zur Verfügung steht. Zugleich schildert die DTAG, dass der Markteintritt in den Gestattungsmarkt mit dem Produkt „TV-Grundversorgung“ ebenso wie der FTTH-Ausbau zum Teil durch Kabelnetzbetreiber behindert werde, die auch nach Auslaufen eines diesbezüglichen Gestattungsvertrages das Eigentum an der in einem zu versorgenden Gebäude installierten NE 4 reklamieren (die für die Versorgung mit „TV-Grundversorgung“ nach dem oben Gesagten erforderlich ist), bzw. die während eines laufenden Gestattungsvertrags

---

126 Antwort 17, 27, 28, DTAG-Fragebogen vom 1. August 2011.
127 Antwort 23, DTAG-Fragebogen vom 1. August 2011.
128 Antwort 15, DTAG-Fragebogen vom 1. August 2011.

eine Exklusivität der von ihnen verlegten NE 4 auch gegenüber einem von der DTAG betriebenen FTTH-Glasfaserausbau behaupten.[129]

136. Schließlich ist zu beachten, dass DTAG bereits in der Vergangenheit erfolglos versucht hat, in den Gestattungsmarkt einzudringen. Eine im Jahr 2007 zwischen der DTAG und dem GdW vereinbarte Kooperation zur Einführung von Triple-Play-Angeboten bei Mitgliedsunternehmen der Verbände des GdW ist weitgehend erfolglos geblieben. Die DTAG gibt an, insgesamt nur 39 Einzelkooperationen mit Unternehmen der Wohnungswirtschaft abgeschlossen zu haben[130] Angesichts dieser sehr geringen Absatz- und Marktwirkung sehe die DTAG bis auf weiteres vom aktiven Abschluss weiterer Kooperation ab.

---

129 Antwort 27, DTAG-Fragebogen vom 1. August 2011.

130 Antwort 37, DTAG Fragebogen vom 1. August 2011. Die Zusammenschlussbeteiligten halten den Hinweis auf den früheren erfolglosen Versuch der DTAG für unzulässig, da dieser Versuch begrifflich auf den Endkundenmarkt für Einzelnutzerverträge abstellte (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2220 d. Akte). Diesem Argument ist zu widersprechen. Soweit die DTAG über die Kooperation mit der Wohnungswirtschaft versuchte, Einzelnutzerverträge zu schließen, bemühte sie sich gerade darum, bestehende Gestattungsverträge mit Kabelnetzbetreiber zu ersetzen. Insofern ist der damalige Versuch für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von Bedeutung. Im Übrigen dürfte entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten diese Vorgehensweise weniger der Unerfahrenheit der DTAG geschuldet gewesen sein als primär der Tatsache, dass Sammelinkassoverträge von der BetrKVO nicht gedeckt gewesen waren bzw. insoweit Rechtsunsicherheit bestand und die Wohnungswirtschaft nicht zum Abschluss entsprechender Verträge bereit gewesen war.

Fehlender Wettbewerbsdruck durch IPTV-Anbieter

137. Von IPTV-Anbietern geht gegenwärtig kein spürbarer Wettbewerbsdruck im Bereich Gestattungsverträge aus. IPTV-Anbieter sind damit nicht in der Lage, die Koordinierung der Regionalgesellschaften zu destabilisieren.

138. Das IPTV-Produkt der DTAG „T-Entertain“ ist strategisch als „Consumer-Produkt“ angelegt und zielt damit auf Einzelnutzer. Auf diese Konzeption ist der Rechteeinkauf für das Produkt ausgelegt, ebenso das im Produkt enthaltene Angebot von Diensten und Anwendungen neben dem TV.[131] [Ein IPTV-Anbieter] hat zwar angegeben, für die Zukunft am Abschluss von Mehrnutzerverträgen interessiert zu sein. Momentan beschränken sich die hierauf konkret gerichteten Aktivitäten aber auf nur ein Projekt […], wo über die Ablösung von […] verhandelt wird. […] hat im Übrigen Schwierigkeiten, geeignete Projekte ausfindig zu machen, da es nur wenige Ausschreibungen gibt und die Ausschreibungsprozesse nicht transparent sind.[132] [Ein weiterer IPTV-Anbieter] schließlich prüft gegenwärtig einen etwaigen Eintritt in den Gestattungsmarkt, hält nach den bisherigen Erkenntnissen aber einen Markteintritt aufgrund der langfristigen Verträge der Regionalgesellschaften mit der Wohnungswirtschaft für „grundsätzlich sehr schwierig“.[133] Im Übrigen plant […] eine Kooperation mit […] für ein sich nur an Einzelkunden richtendes Angebot von kombiniertem IPTV und Satelliten-TV.[134]

Fehlender Wettbewerbsdruck durch Satellit-Eigenrealisierungen

139. Von der Möglichkeit der Wohnungswirtschaft, sich durch Installation einer eigenen Satellitenempfangsanlage von der Zulieferung des Programmsignals durch Kabelnetzbetreiber unabhängig zu machen, geht kein Wettbewerbsdruck aus, der zureichend wäre, die Koordinierung der Regionalgesellschaften zu destabilisieren.

140. Die Selbstversorgung mit Rundfunksignal über eine selbst errichtete Satellitenempfangsanlage ist eine von der Wohnungswirtschaft verbreitet genutzte Option. Die genaue Anzahl der auf diese Art versorgten Endkunden ist allerdings nur schwer zu ermitteln, kann aber für die Zwecke der fusionskontrollrechtlichen Prüfung auch offen bleiben. Die Zusammenschlussbeteiligten schätzen, dass die Zahl der Endkunden, die über zentral errichtete Satellitenempfangsanlagen der Wohnungswirtschaft versorgt werden, die Zahl der durch die Regionalgesellschaften in Gestattungsobjekten versorgten Kunden – je

---

131 Antwort 47, DTAG-Fragebogen vom 1. August 2011.
132 Antwort 16, […]-Fragebogen vom 29. Juli 2011.
133 Antwort 15, […]-Fragebogen vom 29. Juli 2011.
134 Antwort 23, […]-Fragebogen vom 29. Juli 2011.

nach der unterstellten Relation individueller zu kollektiven Satellitenlösungen in Mehrfamilienhäusern – entweder beinahe erreicht oder sogar knapp übersteigt.

141. Demgegenüber gaben nur 2% der antwortenden Unternehmen der Wohnungswirtschaft an, ihre Wohneinheiten im Wege der Satelliten-Eigenrealisierung zu versorgen. Der GdW geht ebenfalls bei seinen Mitgliedsunternehmen von einem Eigenrealisierungsanteil von nur 2-3% aus.[135] Allerdings hat die befragte Wohnungswirtschaft nur für 90% ihrer Objekte die Frage, ob diese über einen Dienstleister mit Rundfunksignal versorgt werde, bejaht, so dass der Anteil der Satelliten-Eigenrealisierung gegebenenfalls etwas höher anzusetzen ist. Des Weiteren muss berücksichtigt werden, dass vornehmlich Wohnungswirtschaftsunternehmen befragt wurden, die eine Vielzahl von Objekten bewirtschaften. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei kleineren Unternehmen die Tendenz zur Eigenversorgung stärker ausgeprägt ist. Insofern mag der Anteil der Eigenrealisierung insgesamt höher liegen als die Ergebnisse der Ermittlungen ausweisen. Er liegt aber nicht in dem von den Anmeldern geschätzten Bereich.

142. Ungeachtet der exakten Prävalenz der Eigenrealisierung über Satellit ist diese aber ohnehin nicht geeignet, den Verhaltensspielraum der Regionalgesellschaften bei der Preissetzung für das Rundfunksignal wirksam zu beschränken. Der Entscheidung für einen zur Verfügung stehenden Verbreitungsweg kommt der Charakter einer Systementscheidung zu. Die grundsätzlich bestehende Austauschbarkeit der verschiedenen Verbreitungswege wird durch die einmal getroffene Systementscheidung überlagert. Nach der Systementscheidung können Kunden nur noch unter Abwägung der entstehenden Kosten zwischen den verschiedenen Übertragungswegen wählen. Bei Wechsel des Verbreitungswegs sind materielle und immaterielle Wechselkosten zu berücksichtigen. Der Wechsel zum Satelliten macht eine Set Top Box – für jeden Fernseher – erforderlich (Preis zwischen 50 und 400€). Hinzu kommen die Kosten für die Installation der Satellitenempfangsanlage und mögliche Eingriffe in die Außenfassade. Der Charakter der Systementscheidung zeigt sich allgemein in der Tatsache stabiler Übertragungswege. Nach dem Digitalisierungsbericht 2011 variierte der Anteil des Übertragungsweges Kabel im Zeitraum 2005 und 2011 zwischen 51,7% und 50,2%. Der Anteil des Satelliten lag im selben Zeitraum zwischen 43,1% und 44,7%. Der Anteil von DVB-T variierte zwischen 2007 und 2011 zwischen 11,5 und 11,8%. Der (neue) Verbreitungsweg IPTV gewann in den letzten Jahren stätig hinzu und liegt aktuell bei 3%.[136]

---

135 Schreiben des GdW vom 2. September 2011 (Bl. 782 d. Akte).

136 Digitalisierungsbericht 2011, S. 52.

143. Im Besonderen zeigt sich der Charakter der Systementscheidung, wenn man sich ausbleibende Kundenwechsel trotz der von den Zusammenschlussbeteiligten im Gestattungsmarkt vorgenommenen Preiserhöhungen im Zeitraum zwischen 2005 und 2010 anschaut.[137] Kabel BW hat angegeben, über die Jahre 2005 bis 2010 Preiserhöhungen im Umfang von [20-30]% vorgenommen zu haben,[138] Unitymedia nennt eine Preiserhöhung von [20-30]% bzw. [65-75]% (je nach angebotenem Tarif) für die im Netzgebiet der ehemaligen ish ansässigen Nachfrager der Wohnungswirtschaft, sowie eine Preiserhöhung von [5-15]% bzw. [50-60]% für die im Netzgebiet der ehemaligen iesy ansässigen Nachfrager.[139] Über denselben Zeitraum ist es trotz dieser signifikanten Preiserhöhungen nicht zu einer nennenswerten Abwanderung der Wohnungswirtschaft zur Eigenrealisierung über Satellit gekommen.

144. Dasselbe gilt, wenn man die Angaben von Unitymedia über die in den vergangenen fünf Jahren verlorenen Gestattungsverträgen prüft. Insgesamt handelte es sich um [<100] verlorene Verträge, die insgesamt [>100.000] Haushalte umfassten. Zwar ist für beinahe ein Viertel (23%) der verlorenen Verträge als Anschlussversorgung die Eigenversorgung über Satellit angegeben. Bei diesem Viertel der Verträge geht es aber nur um [<5.000]] Haushalte und damit um weniger als 5% aller verlorenen Haushalte.[140]

145. Schließlich ist zu beachten, dass eine satellitenbasierte Eigenrealisierung im Regelfall bedeutet, dass die Wohnungswirtschaft ihren Mietern den Bezug eines Triple-Play-Produkts nicht ermöglichen kann. Dabei aber handelt es sich um Möglichkeiten, welche von der Wohnungswirtschaft in immer stärkerem Maße nachgefragt werden.[141] Zwar bieten Astra und Eutelsat ein satellitenbasiertes Triple-Play-Produkt an, dessen technische Leistungsfähigkeit aber insbesondere im Hinblick auf die verfügbare Bandbreite (maximal 10 MBit/s) dem Angebot der Kabelnetzbetreiber (Bandbreite von bis zum 100 MBit/s) deutlich unterlegen ist. Der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit des Produkts steht ein höherer Preis gegenüber, so dass das Produkt letztlich nur in solchen

---

137 Die Zusammenschlussbeteiligten bestreiten sowohl die Richtigkeit der Feststellungen der Beschlussabteilung betreffend des Anteils von Satellitenlösungen für die kollektive Programmzuführung (Stellungnahme vom 17. November 2011 Bl. 2221ff), als auch die Feststellung hinsichtlich des fehlenden Wettbewerbsdrucks, welcher von Satellitenlösungen ausgeht (a.a.O. Bl. 2223 d. Akte). Sie behaupten lediglich, Kabelnetzbetreiber wüssten, dass die Eigenversorgungsquote bei Preiserhöhungen höher würde und würden deshalb von Preiserhöhungen absehen. Das aber trifft nach den Feststellungen der Beschlussabteilung auf die Zusammenschlussbeteiligten gerade nicht zu.

138 Antwort 5, Kabel BW-Fragebogen vom 9. September 2011 (Bl. 958 d. Akte).

139 Antwort 7, Unitymedia-Fragebogen vom 9. September 2011 (Bl. 884 d. Akte).

140 Anmeldung vom 19. April 2011, Anhang 2 zur Anlage 6.3.1.15.a. (Bl. 1526, 1527 d. Akte).

141 Einzelheiten dazu bereits in Rz. 72.

Regionen erfolgreich sein kann, in denen die netzgebundene Versorgung nicht oder nur unzureichend sichergestellt ist („weiße Flecken“).[142]

146. Die Zusammenschlussbeteiligten verweisen im Übrigen auf die Möglichkeit von Satellitenbetreibern, zum Angebot eines Triple-Play-Produkts Kooperationen mit DSL-Anbietern einzugehen. Von den befragten Satellitenbetreibern Astra und Eutelsat hat indes nur […] angegeben, in dieser Weise mit einem DSL-Anbieter, nämlich der DTAG, zu kooperieren; […] hat erklärt, von vornherein keine Endkundenbeziehungen eingehen zu wollen.[143] Die Kooperation von […] und DTAG bezieht sich nach Angaben von […] auf die Ergänzung des DSL-Angebots der DTAG (Internet und Telefonie) um das über […] ausgestrahlte Programmsignal für das Produkt „T-Entertain Sat“.[144] Auch insofern tritt […] also nicht als eigenständiger Anbieter am Markt auf. Perspektivisch nimmt die Bedeutung des Satelliten im „Triple Play“-Zeitalter auf dem Gestattungsmarkt damit noch weiter ab.

3.2. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung

147. Bei der Bewertung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses sind diejenigen Wettbewerbsbedingungen, die sich aus der angemeldeten Fusion ergeben, mit den Bedingungen, wie sie ohne den Zusammenschluss zukünftig herrschen würden, zu vergleichen.[145] Danach ist Prüfungsmaßstab für die Frage einer Verstärkungswirkung nicht lediglich ein „Vorher-Nachher-Vergleich“. Verglichen werden vielmehr zwei zukunftsgerichtete (Prognose-)Szenarien, d.h. ein „Mit-und-ohne-Vergleich" ist anzustellen.

148. Der Prognosezeitraum welcher diesem „Mit-und-ohne-Vergleich“ zugrundezulegen ist, kann nicht pauschal bestimmt werden. Der Zeitraum hängt vom jeweils betroffenen Markt ab.[146] So hat der BGH entschieden,[147] dass besondere Marktgegebenheiten, die zu einem langfristig feststehenden Marktgeschehen führen, bei der Bestimmung des Prognosezeitraums zu berücksichtigen seien. Nach Feststellung der Beschlussabteilung

---

142 Antwort 18, 19, Astra-Fragebogen; Antwort 18, 19, Eutelsat-Fragebogen.

143 Antwort 25, Eutelsat-Fragebogen.

144 Antwort 22 Astra-Fragebogen.

145 So auch Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. C 31/5 vom 5. Februar 2004, Rz. 9.

146 In der Literatur findet sich ein unterschiedliches Meinungsbild. Teilweise wird von einem drei bis fünfjährigen Prognosezeitraum ausgegangen, *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl., § 36, Rdnr. 45. Andere gehen von einem Regelfall von drei Jahren aus, ergänzen aber, dass den Besonderheiten des Marktes jeweils Rechnung zu tragen sei, sodass es etwa in festgefügten Märkten auch deutlich längere Prognosezeiträume geben könne. *Becker*/*Knebel*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 28.

147 BGH, Beschluss vom 15. Juli 1997 - KVR *33/96*, „*Stromversorgung Aggertal*", WuW DE-R 24, 29.

gibt es zahlreiche langlaufende Gestattungsverträge. Diese haben teilweise eine Laufzeit von bis zu 15 Jahren. Gestattungsverträge, welche die Erneuerung der Hausverkabelung (NE 4) und teilweise auch den Bau einer NE 3 voraussetzen, haben regelmäßig eine zehnjährige Vertragslaufzeit. Wegen der Umstände des vorliegenden Falles scheint es der Beschlussabteilung zwar nicht geboten, sich hinsichtlich des Prognosezeitraums nach Jahren festzulegen. Die genannten Umstände legen nach Ansicht der Beschlussabteilung aber einen längeren Prognosezeitraum von deutlich mehr als fünf Jahren nahe.

149. Im Übrigen kann es keinen in Jahren festgelegten Prognosezeitraum hinsichtlich der Frage geben, wann mit vorstoßendem Wettbewerb von Kabel BW zu rechnen ist.[148] Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung haben sich die drei Regionalgesellschaften über ihr jeweiliges Wettbewerbsgebiet koordiniert. Diese Koordinierung funktioniert. Ist der gegenwärtige Zustand aber gerade von fehlendem Wettbewerb und der Möglichkeit der Preissetzung oberhalb des Wettbewerbspreises geprägt, so gibt es in absehbarer Zeit für Kabel BW wenig Anreiz für vorstoßenden Wettbewerb,[149] ohne dass dieses Motiv als fusionskontrollrechtlich relevant anzuerkennen wäre.[150] Unter diesen Umständen kann der Zeitpunkt für den möglichen Wettbewerbsvorstoß von Kabel BW nicht abgeschätzt werden. Für die Prognoseentscheidung ist es hinreichend, dass die strukturelle Möglichkeit des Vorstoßes durch den Zusammenschluss genommen würde. Während es derzeit lediglich eine Frage der Geschäftspolitik ist, würde infolge des Zusammenschlusses ein solcher Vorstoß künftig unmöglich werden. Ein in naher Zukunft zu erwartender Eintritt in das Netzgebiet einer anderen Regionalgesellschaft ist demnach keine Voraussetzung für die Annahme einer Verstärkungswirkung. Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten geht die Beschlussabteilung deshalb auch

---

148 Die Zusammenschlussbeteiligten halten es für unrichtig, dass die Beschlussabteilung sich nicht auf einen Prognosezeitraum festlegt und begründen dies mit der Überlegung, dass es ihnen dadurch de facto unmöglich würde, sich gegen die Behauptung zu verteidigen, Kabel BW werde zukünftig zum potentiellen Wettbewerber (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2235 d. Akte). Diese Begründung ist schlicht unverständlich, da die Beschlussabteilung überhaupt keine derartige „Behauptung“ aufstellt.

149 Die von Kabel BW mit Schreiben vom 4. Oktober 2011 eingereichten Unterlagen (Schreiben der Geschäftsführung von Kabel BW, Schreiben der mit der Vendor Due Diligence beauftragten Berater, Schreiben der Veräußerin) lassen es sogar wahrscheinlich erscheinen, dass die Fokussierung auf den eigenen Footprint auch künftig beibehalten wird. (Bl. 1111ff der Akte).

150 Hierzu sogleich unter Rz. 167.

nicht davon aus, dass Kabel BW ohne den Zusammenschluss in einem Zeitraum von fünf Jahren wahrscheinlich in das Netzgebiet von Unitymedia eintreten würde [151]

150. Auch in ökonomischer Hinsicht wäre es verfehlt, einen sicher zu erwartenden wettbewerblichen Vorstoß von KBW zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Voraussetzung für die Annahme einer Verstärkungswirkung zu machen. Denn das der kollektiven Marktbeherrschung zugrunde liegende ökonomische Kalkül der Unternehmen beruht im Kern auf einer individuellen Abschätzung der Erfolgsaussichten eines abweichenden Verhaltens einzelner Marktteilnehmer einerseits und den möglichen Folgen einer Aufdeckung dieses Abweichens durch die übrigen Marktteilnehmer. Entscheidend für die im vorliegenden Fall anzunehmende Verstärkungswirkung ist daher bereits die Tatsache, dass die im Markt verbleibenden Anbieter KDG und Unitymedia nach dem Zusammenschluss *generell* nicht mehr davon ausgehen müssen, dass in der Zukunft von KBW ggf. wettbewerbliche Vorstöße zu erwarten sein könnten, welche die Stabilität der impliziten Kollusion gefährden. Auch ohne dass in konkret absehbarer Zeit der Eintritt mit Sicherheit erfolgt, würde daher die gemeinsame marktbeherrschende Stellung der Regionalgesellschaften durch den Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses verstärkt. Die Verstärkung läge zum einen in der erleichterten Koordinierung zwischen den dann verbleibenden zwei Oligopolmitgliedern, zum anderen im Wegfall von Kabel BW als eigenständigem Unternehmen mit dem Potenzial zur Destabilisierung des Oligopols durch Expansion aus dem eigenen Netzgebiet.

151. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung muss die durch den Zusammenschluss zu erwartende Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung nicht im Sinne von § 1 GWB spürbar sein. Zur Annahme einer Verstärkungswirkung bedarf es daher weder einer Ausweitung der bestehenden Marktanteile, noch ist ein sonstiger Ressourcenzuwachs erforderlich. Es genügt vielmehr, wenn die die Marktmacht ausgleichende Wirkung des Wettbewerbs durch eine Veränderung der markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war. Ein trotz Marktbeherrschung verbliebener oder potentieller Wettbewerb ist umso nachhaltiger zu schützen, je

---

151 So aber die Schriftsätze der Zusammenschlussbeteiligten vom 29. September 2011, S.1ff. (Bl. 1083 d. Akte) und 7. Oktober 2011 zum Zusagenangebot, S. 2 (Bl. 1346 d. Akte), sowie das Schreiben von Kabel BW vom 4. Oktober 2011 und seine diversen Anlagen (Bl. 1111ff d. Akte), deren Ausgangspunkt jeweils die missverstandene Rechtsansicht der Beschlussabteilung ist.

stärker der Grad der durch Konzentration eingetretenen Beschränkung des Wettbewerbs bereits ist.[152]

3.2.1. Erleichterung der Koordinierung

152. Grundsätzlich gilt, dass bereits die Verringerung der Zahl der in einem Markt tätigen Unternehmen ein Faktor sein kann, der die Koordinierung eines Oligopols erleichtert.[153] Im vorliegenden Fall würde sich bei Freigabe des angemeldeten Zusammenschlusses das aus den drei Regionalgesellschaften gebildete Oligopol auf ein Duopol verengen. Die fusionierten Unitymedia/Kabel BW und die KDG müssten jeweils nur noch überwachen, dass die jeweils andere Regionalgesellschaft keinen Wettbewerbsvorstoß in ihr Gebiet unternimmt, um die Koordination in Bezug auf das jeweilige Absatzgebiet stabil zu halten.

153. Gleichzeitig würde die Koordinierung dadurch erleichtert, dass die Duopolmitglieder Unitymedia/Kabel BW und KDG strukturell symmetrischer wären als es die drei Oligopolmitglieder Unitymedia, Kabel BW und KDG sind. Auf dem Gestattungsmarkt versorgt KDG gegenwärtig ca. [4-5] Millionen Haushalte, eine fusionierte Unitymedia/Kabel BW würde ca. [3-4] Millionen Haushalte versorgen. Im Bereich Triple Play würde eine fusionierte Unitymedia/Kabel BW [500.000-1.000.000][154] Triple Play-Kunden haben, die über einen Gestattungsvertrag das Rundfunksignal beziehen und individuell die weiteren Dienste vom Kabelnetzbetreiber hinzubuchen.[155] KDG hat gegenwärtig [500.000-1.000.000] solcher Triple Play-Kunden].[156]

154. Die in dem eingereichten ökonomischen Gutachten vorgetragenen Argumente, die nach Ansicht der Gutachter generell gegen einen Verstärkungseffekt des Zusammenschlusses im Sinne einer weiteren Stabilisierung der impliziten Gebietsaufteilung sprechen,[157] vermögen hingegen nicht zu überzeugen. Sie beruhen insbesondere auf einer grundlegenden Annahme, mit der die Analyse, wie sich der Zusammenschluss auf die verschie-

---

152 BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03 – *Deutsche Post / trans-o-flex*, WuW/E DE-R 1419, 1424; Beschluss vom 16. Januar 2007, KVR 12/06 - *National Geographic II*, WuW/E DE-R 1925.

153 Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rz. 41.

154 Ca. […] ihrer Triple Play-Kunden kann Kabel BW nicht eindeutig den Segmenten „Einzelnutzervertrag“ bzw. „Gestattungsvertrag“ zuordnen.

155 Antwort 3, Unitymedia-Fragebogen vom 9. September 2011 (Bl. 883 d. Akte); Antwort 3, Kabel BW Fragebogen vom 9. September 2011 (Bl. 958 d. Akte).

156 Antwort 4, KDG-Fragebogen.

157 Vgl. E.CA Economics / RBB Economics: Abschlussbericht, Zusammenschluss LGI / Kabel BW, Ökonomische Analyse der Auswirkungen auf den Gestattungsmarkt, 26.08.2011, S. 78ff (Bl. 539ff d. Akte).

.

denen Bausteine der Anreizrestriktion auswirkt, unzulässig verkürzt und ein Verstärkungseffekt von vorneherein ausgeschlossen wird. Einzelne Argumente im Rahmen der Analyse stehen ferner in klarem Widerspruch zu grundlegenden, an anderer Stelle im Gutachten vorgetragenen Argumenten. Die Analyse ist daher erkennbar inkonsistent.

155. Eine stabile explizite oder implizite Kollusion setzt voraus, dass für die Unternehmen ein Abweichen tendenziell unattraktiv ist. Dies ist der Fall, wenn der (erwartete) *zusätzliche* Gewinn, den ein Unternehmen durch ein Abweichen vom Parallelverhalten (oder der „Kartelldisziplin“) im Vergleich zum Kollusionsgewinn erzielen kann, gleich oder niedriger ist als die (erwartete) *Gewinndifferenz* zwischen dem Kollusionsgewinn und dem Gewinn, der sich in den Folgeperioden bei einem (gegebenenfalls nur temporären) Zerbrechen des Parallelverhaltens im Falle einer Entdeckung dieses Abweichens ergibt („Bestrafungsperioden“). Mit anderen Worten: Ein Parallelverhalten ist umso stabiler, je mehr die Unternehmen erwarten können, dass der Gewinn bei einem einmaligen Verstoß gegen die (implizite) Kartelldisziplin in den Folgeperioden aufgrund seiner Entdeckung und des in der Folge (ggf. auch nur temporären) Zusammenbrechens des Parallelverhaltens aufgezehrt würde.

156. Die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Stabilität der impliziten Kollusion (und damit die Frage von dessen Verstärkungswirkungen) können erfasst werden, indem die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die verschiedenen Gewinn-Bausteine der Anreizrestriktion beurteilt werden. Von einer Stabilisierung bzw. Verstärkungswirkung wäre dann auszugehen, wenn aufgrund der eintretenden Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen für KDG und Unitymedia die Anreizrestriktion in stärkerem Maße und mit größerer Wahrscheinlichkeit erfüllt wäre. Diesen Analyseansatz verfolgt letztendlich auch die dargelegte Argumentation des Gutachtens. Bei dieser Betrachtung sind allerdings stets die Auswirkungen auf *sämtliche* Bausteine der Anreizrestriktion zu berücksichtigen.

157. In dem Gutachten wird jedoch insbesondere die Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den von den Unternehmen vor und nach dem Zusammenschluss erwarteten Kollusionsgewinn verkürzt und damit stark verzerrt. Kern des Problems ist die – im Übrigen in dieser Form vollkommen unzutreffende – Behauptung, dass in *„Standardmodellen“* häufig angenommen werde, dass der Kollusionsgewinn *„im Gesamtmarkt dem eines Monopolisten entspricht“*. Maßgeblich sei – so die Behauptung der Gutachter – bei der Analyse der Verstärkungswirkungen daher nur, welchen *Anteil* die jeweiligen Unternehmen an diesem Monopolgewinn vor und nach dem Zusammen-

schluss hätten. Das Gutachten stützt seine gesamte Argumentation auf diese Aussage. Es wird unterstellt, dass der Zusammenschluss hinsichtlich des (erwarteten) Kollusionsgewinns ausschließlich einen „Marktanteilseffekt“ aber keinerlei Preiseffekt habe. Nur so kann das Gutachten die Behauptung ableiten, dass für das nicht am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen KDG der Anreiz zur Kollusion als Folge des Zusammenschlusses sogar abnehme, da sich genau dieser „Marktanteilseffekt“ bei ihm nicht einstelle.

158. Mit dieser (unzulässigen) Annahme vertritt das Gutachten jedoch nichts anderes als die Ansicht, dass sämtliche im Markt agierenden Unternehmen, insbesondere jedoch die führenden Anbieter KDG, UM und KBW, bereits vor dem Zusammenschluss in der Lage sind, von ihren aktuellen Abnehmern nicht nur wettbewerblich überhöhte Preise, sondern bereits Monopolpreise zu verlangen und entsprechende Gewinne zu realisieren. Mit dieser Behauptung schließen jedoch die Gutachter – da eine stärkere Marktposition und ein größerer Verhaltensspielraum als der eines Monopolisten denklogisch nicht möglich ist – durch eine ihrer Analyse zugrunde gelegte *Annahme* bereits jeglichen Verstärkungseffekt des Zusammenschlusses von vorneherein aus. Eine ökonomische Analyse, welche die Frage, die sie zu analysieren vorgibt, bereits durch eine Annahme abschließend beantwortet, ist jedoch abwegig und kann grundsätzlich nicht weiter berücksichtig werden.

159. Die Ausführungen des Gutachtens sind ferner erkennbar inkonsistent. Wie oben ausführlich diskutiert, stützt das Gutachten seine These, dass der Anreiz für Vorstöße in den Footprint eines anderen Kabelnetzbetreibers generell gering bzw. nicht vorhanden sei, unter anderem auf Aussagen zu der zu erwartenden Reaktion des etablierten Kabelnetzbetreibers auf einen solchen Vorstoß. Es wird unterstellt, dass der etablierte Anbieter mit einer Absenkung des Preises auf das Niveau der Grenzkosten (bzw. durchschnittlichen inkrementellen Kosten) reagiert. Technisch gesprochen unterstellt das Gutachten damit, dass der Wettbewerb im Gestattungsmarkt durch das Modell des sogenannten Bertrand-Wettbewerbs bei *homogenen* Produkten erfasst wird. Diese Ansicht vertreten die Gutachter ausdrücklich in ihrer am 05.10.2011 als Ergänzung des Gutachtens eingereichten Stellungnahme.[158]

160. Das Modell des Bertrand-Wettbewerbs bei *homogenen* Produkten weist als eine zentrale Besonderheit auf, dass die beschriebene Reaktion auf einen wettbewerblichen Vorstoß (Absenkung des Preises auf das Grenzkostenniveau) mit Ausnahme der Monopol-

---

158 Vgl. E.CA Economics / RBB Economics: Eingabe im Nachgang an die Gespräche mit Vertretern der ökonomischen Grundsatzabteilung, 05.10.2011 (Bl. 1543ff. d. Akte).

situation *immer* zu erwarten ist. Selbst eine Verringerung von z.B. drei auf zwei Anbieter ändert an dieser Reaktion nichts.[159] Im Rahmen der Analyse der Verstärkungswirkungen vertreten die Gutachter aber nunmehr die Ansicht, dass sich der Gleichgewichtspreis (und damit der Gewinn) in einer möglichen Bestrafungsphase vor und nach dem Zusammenschluss deutlich unterscheidet. Sie gehen davon aus, dass der Preis im Duopol (d.h. nach dem Zusammenschluss) höher liege als im Triopol (d.h. vor dem Zusammenschluss). Diese Behauptung ist auch zentral für die gesamte Argumentationslinie des Gutachtens. Sie bietet z.B. die Grundlage für die Ableitung eines so genannten „Preiseffekts“, der dazu führe, dass der Gewinn bei einem Zusammenbrechen der Kollusion (und damit auch der entsprechende Gewinn) nach dem Zusammenschluss höher sei als vor dem Zusammenschluss. Diese Aussage ist aber mit dem von dem Gutachten im Rahmen der übrigen Ausführungen unterstellten Modell des Bertrand-Wettbewerbs bei *homogenen* Gütern nicht vereinbar. Die Gutachter legen daher offenkundig bei der Analyse der Verstärkungswirkungen das Modell des Betrand-Wettbewerbs mit *differenzierten* Produkten zugrunde. Denn allein dieses weist den von den Gutachten hervorgehobenen „Preiseffekt“ bei einer Verringerung der Anzahl der Anbieter auf. Argumente, die diese offensichtliche Inkonsistenz in der Argumentation begründen könnten, tragen die Gutachter nicht vor, und sie sind auch nicht ersichtlich.

3.2.2. Besondere Bedeutung des Fortfalls von Kabel BW

161. Daneben würde mit Kabel BW dasjenige dem Oligopol angehörende Unternehmen seine Selbständigkeit verlieren, von dem nach Einschätzung der Beschlussabteilung am ehesten ein Vorstoß zu dessen Destabilisierung zu erwarten ist. Denn Kabel BW hat im eigenen Footprint kaum noch Wachstumsmöglichkeiten. Nach dem flächendeckenden Netzausbau auf 862 MHz sind dort Übertragungsbandbreiten von 100 MBit/s verfügbar. Gleichzeitig ist Kabel BW auch von allen Regionalgesellschaften am stärksten vertikal integriert. Die Endkundenbeziehung zum Kabelkunden werden in Baden-Württemberg nach den Angaben der Anmelder zu [90-100]% von Kabel BW und nur noch zu [<2]% von eigenständigen Netzbetreibern der NE 4 gehalten,[160] während letztere im Netzgebiet von Unitymedia [10-15]% ausmachen. Im Netzgebiet von KDG versorgen unabhän-

---

159 Vgl. zu den unterschiedlichen Wettbewerbsmodellen unter anderem: Münchner Kommentar zum deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Band 1, Einführung, Rz. 1285 ff. mit Nachweisen auf die maßgebliche Literatur.

160 Anmeldung vom 19. April 2011, Rz. 319 (Bl. 1571 d. Akte).

gige NE 4-Betreiber nach den Feststellungen der Beschlussabteilung aus dem Jahr 2008 sogar noch mehr als 20% der Endkunden.[161]

162. Kabel BW gibt an, im eigenen Netzgebiet insbesondere noch das Ziel zu verfolgen, die ca. [400.000-500.000] Haushalte in Mehrfamilienhäusern als Kunden zu gewinnen, die über die NE 3 bereits an ihr Netz angeschlossen sind, ihr TV-Signal aber zur Zeit anderweitig beziehen.[162] Insofern biete ihr sich im eigenen Footprint noch eine hinreichende Wachstumsperspektive. Auf Nachfrage erklärte Kabel BW, dass das entsprechende Kundensegment über das Marketingbudget für Geschäftskunden beworben wird.[163] Dieses betrug im ersten Halbjahr 2010 anteilsmäßig nur [<10]% des gesamten Marketingbudgets der Kabel BW, beziehungsweise in absoluten Zahlen etwas über [...] Euro. Gleichzeitig hat Kabel BW nach ihren Angaben die Anzahl der Zielhaushalte bisher nur einmal geschätzt.[164] Bei systematischer Bearbeitung dieses Kundensegments wären sowohl ein höheres Marketingbudget als auch eine detailliertere Kenntnis beziehungsweise Untersuchung des Erfolgs der Vermarktungsbemühungen zu erwarten. Nur auf diese Weise ließe sich der Erfolg der eigenen Bemühungen beurteilen.

163. Kabel BW weist im Übrigen auch die Zeichner der von ihr begebenen Anleihen darauf hin, dass ihr Geschäftsmodell auf den Zugewinn weiterer Kunden angewiesen ist. Ein von ihr herausgegebenes Offering Memorandum vom 23. März 2011 führt aus:

„Our growth and profitability depend, in part, on a continued increase in demand for TV (including Pay-TV), Internet and telecommunications services in Germany in the coming years and the addition of customers as a result of churn experienced by our competitors among other factors. Unless we gain demand from our competitors demand for our services in general does not remain at the same level or increase as expected and we therefore are not able to further maximize our revenues generated from existing customers …"

164. Die Beschlussabteilung ist sich bewusst, dass derartige Risikohinweise im Offering Memorandum ohne Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts, vor allem auch aus kapitalmarktrechtlichen Gründen gegeben werden.[165] Das bedeutet aber nicht, dass derartigen Hinweisen aus kartellrechtlicher Sicht überhaupt keine Bedeutung beizumessen wäre. So gilt hinsichtlich des ausdrücklichen Hinweises auf das Programmsignal im

---

161 BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, B7-200/07 - KDG/Orion, Rz. 147.
162 Schreiben vom 11. Juli 2011, Rz. 116 (Bl. 83ff. d. Akte).
163 Antwort 61, Kabel BW-Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 520 d. Akte).
164 Antwort 59, Kabel BW-Fragebogen vom 1. August 2011 (Bl. 519 d. Akte).
165 Schreiben von Kabel BW vom 4. Oktober 2011, S. 3 (Bl. 1113 d. Akte).

Anleiheprospekt, dass Kabel BW in ihrem Netzgebiet bereits heute keinen wesentlichen Wettbewerbern im Gestattungsmarkt mehr gegenüber steht. Insofern kann es sich bei dem Zugewinn an Kunden, auf den Kabel BW nach ihren Aussagen im Anleiheprospekt angewiesen ist, allein um einen Zugewinn außerhalb ihres eigenen Footprint handeln. Damit wird bereits aus der Beschreibung des mit der Zeichnung von Kabel BW-Anleihen verbundenen Risikos deutlich, dass diese eigentlich darauf angewiesen ist, perspektivisch aus dem eigenen Footprint hinaus zu expandieren.

165. Abstrakt gilt, dass bei ausschließlicher Fokussierung auf das vorhandene Netzgebiet alle Investitionen nur der Verdichtung des eigenen Angebots in einem selbst auferlegten, in sich geschlossenen Marktraum dienen können. Dies bedeutet, dass trotz der dort eingesetzten Investitionen der Zugewinn an Kunden für alle angebotenen Dienste mit fortlaufender Zeit immer schwerer wird: Bei einer bereits hohen, aber noch nicht 100%igen Penetrationsrate würden die Investitionen pro neu hinzugewonnenem Kunden beziehungsweise neu verkauftem Produkt überproportional steigen. Dies kann langfristig nicht im Sinne von Kabel BW sein.

166. Gleichzeitig ist zu beobachten, dass Kabel BW sein Angebot des digitalen Free-TV-Rundfunksignals als einzige der drei Regionalgesellschaften zur Zeit nicht verschlüsselt, so dass der Endkunde mit einem geeigneten Empfangsgerät ohne zusätzlichen Erwerb einer Set-Top-Box digitales Free-TV wiedergeben kann. Insofern bietet sie ein qualitativ hochwertigeres Produkt an, das von der Wohnungswirtschaft auch in den Netzgebieten der anderen Regionalgesellschaften nachgefragt werden dürfte. Die Wohnungswirtschaft lehnt die Grundverschlüsselung des digitalen Free-TV-Signals nach Kenntnis der Beschlussabteilung nämlich ab.[166] Insofern hätte Kabel BW einen eindeutigen Parameter, über den sie sich bei vorstoßendem Wettbewerb in das Netzgebiet der anderen Regionalgesellschaften positionieren könnte. Dass ein derartiger vorstoßender Wettbewerb technisch möglich ist und positive Deckungsbeiträge bringt, ist bereits oben dargelegt worden.[167]

167. Die Beschlussabteilung verkennt nicht, dass Kabel BW vor dem Hintergrund ihrer eigenen marktbeherrschenden Stellung im Teilmarkt Baden-Württemberg einen Anreiz haben kann, den dort aufgrund von fehlendem Wettbewerb bestehenden Spielraum bei der Setzung der eigenen Preise nicht durch Gebote außerhalb des eigenen Footprint und

---

166 Pressemittelung des GdW vom Mai 2010. http://www.gdw.de/index.php?mod=article_details&id_mnu=7&id_art=3592.

167 Siehe insoweit die Rz. 95ff.

mögliche Sanktionsmaßnahmen der anderen Regionalgesellschaften zu gefährden. Dies mag auch den aktuellen – der Beschlussabteilung vorgelegten – Business-Plänen von Kabel BW zugrunde liegen. Eine solche Motivation zur Nichtaufnahme von Wettbewerb kann allerdings nicht als relevanter Faktor gewertet werden, um eine Destabilisierung der Gebietskoordinierung durch Kabel BW auf Dauer unmöglich zu machen. Es liefe dem auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zweck der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB zuwider, stellte man bei der Frage nach einem möglichen „Ausbrechen“ eines Oligopolisten nicht auf objektive Faktoren ab, sondern auf die subjektive Motivation des Oligopolisten, wettbewerbslose Zustände zu erhalten. Auch aktuelle unternehmensinterne Business-Pläne sind gegenüber dauerhaften Strukturveränderungen, die einen wettbewerbslosen Zustand endgültig verfestigen, als nachrangig zu bewerten.[168]

168. Neben dem bereits in Rz. 165 dargestellten Zusammenhang sind langfristig auch Marktentwicklungen nicht auszuschließen, welche eine Fokussierung auf das vorhandene Netzgebiet weniger wahrscheinlich machen. Die Zusammenschlussbeteiligten haben in ihrer Anmeldung vorgetragen,[169] dass Web-TV es dem Programmanbieter ermögliche, am Infrastrukturbetreiber vorbei eine Endkundenbeziehung aufzubauen. Eine solche Entwicklung hätte sowohl Folgen für die Einspeiseentgelte als auch für den Gestattungsmarkt. So wäre es denkbar, dass Gestattungsgeber nicht länger die Belieferung mit dem Programmsignal nachfragten. Dies aber hätte zur Konsequenz, dass für die Regionalgesellschaften Erlöse aus Internet und Telefonie noch bedeutsamer würden und möglicherweise ein Umdenken hinsichtlich der Frage des eigenen Tätigkeitsgebiets in der nahen Zukunft bewirken.

---

168 Aus diesem Grund – und nicht, weil sie entsprechende Ausführungen nicht zur Kenntnis genommen hätte (so die Mutmaßung der Zusammenschlussbeteiligten in der Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2205 d. Akte) – misst die Beschlussabteilung dem Geschäftsmodell der Zusammenschlussbeteiligten in diesem Zusammenhang keine Bedeutung bei. Wie die Zusammenschlussbeteiligten selbst ausführen, handelt es sich beim Geschäftsmodell um eine Strategie [a.a.O. Bl. 2205 d. Akte „Die Gründe für die Wahl dieses Geschäftsmodells (…) liegen in einer grundsätzlichen strategischen Ausrichtung.“]. Müsste die Beschlussabteilung im Rahmen der Fusionskontrolle Unternehmensstrategien ohne Einschränkung akzeptieren, läge jeder Zusammenschluss im Belieben der Parteien. Dass das nicht zutreffend sein kann, bestätigten im Übrigen die Zusammenschlussbeteiligten selbst. So konstatieren diese, dass es für Zwecke der Oligopolprüfung plausibel erklärbar wäre, Geschäftspläne „hinwegzudenken“, wenn gerade der Vorwurf im Raume stehe, dass die Geschäftspläne Gegenstand einer impliziten Marktaufteilung seien, mithin eines Zustandes, der zwar kartellrechtlich nicht verboten sei, dem aber in der Zusammenschlusskontrolle vorgebeugt werden solle (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2234 d. Akte).

169 Anmeldung vom 19. April 2011, Rz. 306 (Bl. 1572 d. Akte).

169. Die stärkere Fokussierung auf multimediale Dienstleistungen unter Berücksichtigung des Zusammenwachsens der beiden Verbreitungswege xDSL und Breitbandkabel, eröffneten den Regionalgesellschaften weitere Absatzmöglichkeiten. Die von den Zusammenschlussbeteiligten angebotenen Zusagen stellen ausdrücklich auch auf Telekommunikationsanbieter ab.[170] Diese bedienen sich bis auf weiteres für die Heranführung eines Signals der xDSL Technologie. Nach Erwartung der Zusammenschlussbeteiligten wird dies künftig aber auch durch Bezug der auf HFC-Technologie basierenden Programmsignale der Zusammenschlussbeteiligten geschehen. Unter diesen Umständen wäre ebenfalls nicht auszuschließen, dass sich die Regionalgesellschaften ihrerseits auch der DSL-Technologie bedienten.[171] Wären für die Anbindung eines neuen GestattungsobjektsTiefbauarbeiten erforderlich, könnten diese gleichzeitig dafür genutzt werden, Kabelverzweiger (KvZ) der DTAG anzubinden[172]. Ausgehend von den KVZ, könnten dann allen Haushalten entlang der eigenen Glasfaserleitung durch Anmietung der TAL (letzten Meile) von der DTAG, Telefonie- und Internetdienstleistungen angeboten werden. Das Glasfasernetz der DTAG geht dagegen regelmäßig nur bis zum Hauptverteiler (HVT). Die Distanz vom HVT zur Wohneinheit selbst ist größer. Folge wäre, dass das Angebot des Kabelnetzbetreibers eine deutlich höhere Bandbreite hätte, als dasjenige der DTAG. Das Glasfaserkabel des Kabelnetzbetreibers läge deutlich näher an der einzelnen Wohneinheit. Zudem wäre das Vorleistungsprodukt der DTAG (letzte Meile) günstiger, als ein solches von der HVT an.

4. Hilfsweise wettbewerbliche Würdigung bei regionaler Marktabgrenzung

170. Auch wenn man mit den Anmeldern die Gestattungsmärkte räumlich regional abgrenzen würde, wäre der Zusammenschluss nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung zu untersagen. Denn er würde dann zur Verstärkung der jeweils bestehenden marktbeherrschenden Stellungen von Unitymedia und Kabel BW in den von ihnen versorgten Netzgebieten führen, da der potenzielle Wettbewerb im eigenen Netzgebiet durch den jeweils anderen Beteiligten wegfallen würde.[173]

---

170 Zu den Zusagen im Einzelnen die Rz. 304ff.

171 So wie kleinere Kabelnetzbetreiber wie NetCologne oder Wilhelm.tel.

172 Begrifflich handelte es sich dann um Fibre to the Curb (FTTC).

173 Die Zusammenschlussbeteiligten verneinen ein solches potentielles Wettbewerbsverhältnis (Stellungnahme vom 17. November 2011, Bl. 2229f. d. Akte). Die entsprechenden Ausführungen sind redundant. Der Unterschied zwischen der Oligopolprüfung im Hauptteil und den hilfsweisen Überlegungen liegt ausschließlich in der Frage der räumlichen Marktabgrenzung. Ökonomisch betrachtet geht es um dieselbe Wettbewerbsbeziehung zwischen den Zusammenschlussbeteiligten, woraus auch die exakt gleiche wettbewerbliche Beurteilung folgt.

171. Unitymedia und Kabel BW haben in ihren jeweiligen Netzgebieten (Hessen und Nordrhein-Westfalen für Unitymedia; Baden-Württemberg für Kabel BW) jeweils eine beherrschende Stellung auf dem Gestattungsmarkt inne, auch wenn man diesen räumlich auf das jeweilige Netzgebiet beschränkt. Von den ca. 11,2 Millionen über einen Gestattungsvertrag mit TV-Signal versorgten Haushalten im Bundesgebiet entfielen nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung im Jahr 2010 ca. 2,9 Millionen auf das Unitymedia-Netzgebiet und ca. 1,5 Millionen auf das Kabel BW-Netzgebiet. Unitymedia versorgte ca. [2-3] Millionen Haushalte über Gestattungsverträge im eigenen Footprint, Kabel BW ca. [1-2] Millionen. Hieraus ergibt sich für Unitymedia ein Marktanteil im hypothetisch auf den eigenen Footprint beschränkten Gestattungsmarkt von [75-85]%, für Kabel BW sogar von [90-100]%. Diese Marktanteile begründen gemäß § 19 Abs. 3 S. 1 GWB die Vermutung, dass Unitymedia und Kabel BW jeweils einzelmarktbeherrschend sind. Diese Vermutung bestätigt sich, betrachtet man den tatsächlich von anderen Kabelnetzbetreibern und anderen Infrastrukturbetreibern ausgehenden Wettbewerbsdruck. Hier gelten die in den Rz. 126 ff gemachten Ausführungen entsprechend.

172. Der jeweilige Grad der Marktbeherrschung ist indes verschieden. Im Unitymedia-Netzgebiet ist der eine Expansionsstrategie verfolgende City-Carrier NetCologne präsent, der trotz bisher weitgehender Beschränkung auf den Raum Köln einen Marktanteil von immerhin knapp [5-10]% erreicht hat. Die überregionalen Kabelnetzbetreiber Pepcom und Deutsche Telekabel halten mit jeweils über [1-5]% ebenfalls nicht völlig unbedeutende Marktanteile. Kabel BW hingegen hat seine Wettbewerber im eigenen Footprint weitgehend marginalisiert. Der nach Kundenzahl nächste Wettbewerber, Cable 4, hält einen Anteil von lediglich knapp über [0,5-1,5]%, und lässt sich dabei weitgehend das TV-Signal über die NE 3 von Kabel BW zuliefern. City-Carrier oder überregionale Kabelnetzbetreiber sind im Kabel BW-Fooprint kaum präsent. Insofern ist die marktbeherrschende Stellung von Kabel BW noch deutlicher ausgeprägt als diejenige von Unitymedia. Es ließe sich argumentieren, dass es sich bei der Stellung von Kabel BW im Gestattungsmarkt bereits um ein wettbewerbsloses Monopol handelt, Unitymedia ist hingegen noch – je nach Region mehr oder weniger starkem – Restwettbewerb im Footprint ausgesetzt, der jedoch den Verhaltensspielraum von Unitymedia insgesamt nicht zu begrenzen geeignet ist.

173. Die Anmelder sind der Ansicht, zwischen den Zusammenschlussbeteiligten bestehe kein potenzielles Wettbewerbsverhältnis. Das etablierte Geschäftsmodell der Parteien bestehe in der Fokussierung auf den eigenen Footprint, und diese Beschränkung sei auch

nach Durchführung einer betriebswirtschaftlichen Gegenprüfung wirtschaftlich sinnvoll. Insofern verweisen sie auf ihren Vortrag zum Nichtvorliegen einer Koordinierung zwischen den Regionalgesellschaften. Hiernach seien die Beteiligten nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf[174] und des Gerichts der Europäischen Union[175] keine potenziellen Wettbewerber, ihr Zusammenschluss könne daher auch nicht die Verstärkung einer im jeweiligen Fooptrint gegebenenfalls bestehenden marktbeherrschenden Stellung bewirken.

174. Demgegenüber würde die Beschlussabteilung bei einer regionalen Marktabgrenzung zu dem Ergebnis kommen, dass die Beteiligten potenzielle Wettbewerber sind und ihr Zusammenschluss insofern ihre im jeweiligen Fooprint bestehende marktbeherrschende Stellung verstärken würde.

175. Wie bereits erwähnt ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht erforderlich, dass die durch einen Zusammenschluss zu erwartende Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 1 GWB spürbar ist. Es genügt, wenn die Marktmacht ausgleichende Wirkung des Wettbewerbs durch eine Veränderung der unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war. Dabei kann die marktbeherrschende Stellung insbesondere in der Stärkung der Fähigkeit liegen, den von potentiellen Wettbewerbern zu erwartenden Wettbewerbsdruck zu mildern. Je stärker der Grad der durch Konzentration eingetretenen Beschränkung des Wettbewerbs bereits ist, umso nachhaltiger ist der verbliebene potenzielle Wettbewerb zu schützen.[176] Dabei verlangt der Bundesgerichtshof für die Annahme eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses nicht, dass ein anderes Unternehmen kurzfristig sein Geschäftsfeld auf den sachlich und räumlich relevanten Markt ausdehnen kann, auf dem das marktbeherrschende Unternehmen tätig ist. Ausreichend ist, dass das Unternehmen das wirtschaftliche Interesse und das Potenzial hat, sich mittelfristig zu einer Konkurrentin des marktbeherrschenden Unternehmens zu entwickeln.[177]

---

174 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2010, VI-Kart 4/09 (V).

175 EuG, Urteil vom 15. September 1998, verb. Rs. T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, Slg. 1998, S. II-3141 – European Night Services.

176 Bundesgerichtshof, Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03 – Deutsche Post / trans-o-flex, Rz. 28 m. w. N.

177 Bundesgerichtshof, Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03 – Deutsche Post / trans-o-flex, Rz. 30. Dies verkennt das OLG Düsseldorf in dem von den Anmeldern in Bezug genommenen Beschluss vom 22. Dezember 2010, VI-Kart 4/09 (V), indem es in Rz. 114 ausführt, für die Begründung eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses sei erforderlich, dass das betreffende Unternehmen „demnächst“ Wettbewerb aufnehmen wird.

176. Nach der – für die Auslegung von § 36 Abs. 1 GWB nicht unmittelbar bindenden – Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union ist für die Annahme eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses nicht allein hinreichend, dass der Aufnahme von Wettbewerb mit einem anderen Unternehmen keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Darüber hinaus muss der wirtschaftliche Kontext und die Merkmale des relevanten Marktes berücksichtigt werden.[178] Dabei sind insbesondere zu untersuchen, ob objektive Marktzutrittsschranken wie etwa prohibitive Investitionskosten einen Markteintritt behindern,[179] und ob andere Unternehmen bereits in vergleichbarer Weise in den Markt eingetreten sind.[180]

177. Nach diesen Kriterien wären die Zusammenschlussbeteiligten bei regionaler Abgrenzung des Marktes als potenzielle Wettbewerber auf dem Gestattungsmarkt anzusehen. Dabei wäre bereits im Ausgangspunkt mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insbesondere mit Blick auf Kabel BW keine hohen Anforderungen an die Intensität dieses potenziellen Wettbewerbsverhältnisses anzulegen. Denn Kabel BW ist, wie dargelegt, in Baden-Württemberg praktisch keinem wirksamen Wettbewerb mehr ausgesetzt. Vor diesem Hintergrund wäre sogar eine nur entfernte Möglichkeit potenziellen Wettbewerbs durch Unitymedia schutzbedürftig.

178. Wie bereits dargelegt wurde, ist davon auszugehen, dass sowohl Unitymedia als auch Kabel BW außerhalb ihres eigenen Footprint Gestattungsprojekte verfolgen und dabei einen gegenüber den Investitionskosten positiven Ertrag erzielen könnten. Daneben ist ebenfalls dargelegt worden, dass keine Gesetzmäßigkeit dahingehend besteht, dass die Verfolgung eines Gestattungsprojekts innerhalb des eigenen Footprint regelmäßig ertragreicher sein muss als die Verfolgung eines Gestattungsprojekts außerhalb des eigenen Footprint (relative Vorteilhaftigkeit). Diesen Feststellungen ist inhärent, dass keine objektiven Marktzutrittsschranken (rechtliche Hindernisse, prohibitiv hohe Investitionskosten) das Eindringen der einen Regionalgesellschaft in den Footprint einer anderen verhindern würden. Insofern legt der wirtschaftliche Kontext des Gestattungsmarkts nahe, dass die Regionalgesellschaften in den Wettbewerb um Gestattungsverträge außerhalb ihres eigenen Footprint treten.

---

178 EuG, Urteil vom 15. September 1998, verb. Rs. T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, Slg. 1998, S. II-3141 – European Night Services, Rz. 144.

179 Vgl. EuG, Urteil vom 15. September 1998, verb. Rs. T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, Slg. 1998, S. II-3141 – European Night Services, Rz. 145.

180 Vgl. EuG, Urteil vom 15. September 1998, verb. Rs. T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, Slg. 1998, S. II-3141 – European Night Services, Rz. 143, 145.

179. Des Weiteren belegt die Präsenz überregionaler, integrierter Kabelnetzbetreiber wie pepcom und die Tatsache, dass City Carrier wie NetCologne aus ihrem ursprünglich lokalen Footprint expandieren, dass ein Markteintritt in den Footprint anderer Kabelnetzbetreiber keine Theorie ist, sondern in der Realität vorkommt. Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zu dem Sachverhalt, der der Entscheidung European Night Services des EuG zugrunde lag. Dort war ein „überregionales“ (im dortigen Fall: EU-grenzüberschreitendes) Wettbewerbsverhalten der Unternehmen theoretisch möglich, aber in der Realität nicht festzustellen.

180. Objektiv betrachtet besteht bei den Zusammenschlussbeteiligten auch das vom Bundesgerichtshof verlangte wirtschaftliche Interesse an einem Tätigwerden außerhalb des eigenen Footprint. Denn dieses folgt unmittelbar aus der Möglichkeit, mit Investitionen außerhalb des eigenen Footprint im Einzelfall höhere Erträge erzielen zu können als innerhalb. Eine objektive Bewertung der Interessenlage ist dabei notwendig, denn das Vorliegen eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses kann nicht allein von den Auskünften eines Unternehmens über seine beabsichtigte Geschäftspolitik abhängig gemacht werden. Gleichzeitig gilt auch hier, dass bei der objektiven Bewertung des wirtschaftlichen Interesses der marktbeherrschenden Zusammenschlussbeteiligten das Interesse daran, im eigenen, beherrschten Footprint weiterhin möglichst wenig Wettbewerb ausgesetzt zu sein, keine Berücksichtigung finden kann. Eine Berücksichtigung des Motivs, im eigenen Footprint eine möglichst hohe Marktbeherrschungsrendite zu genießen, liefe dem auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zweck der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB zuwider.

II. Einspeisemarkt

181. Vom Zusammenschluss betroffen sind die Märkte für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in das Breitbandkabelnetz der Unitymedia einerseits und Kabel BW andererseits, die nach dem Zusammenschluss einen einheitlichen Einspeisemarkt bilden würden. Auf dem Einspeisemarkt verfügt Unitymedia derzeit über eine marktbeherrschende Stellung in seinem Netz in Nordrhein-Westfalen/Hessen. Dasselbe gilt aktuell für Kabel BW im Netz in Baden-Württemberg. Infolge des Zusammenschlusses mit Kabel BW käme es zu einer Reichweitenausdehnung. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung führt diese zu einer Verbesserung der wettbewerblichen Position von Unitymedia auf diesem Markt, so dass sich die bereits bestehende Markt-

beherrschung von Unitymedia infolge des Zusammenschlussvorhabens verstärken würde.[181]

1. Sachliche Marktabgrenzung

182. Die Zusammenschlussbeteiligten sind Betreiber von Breitbandkabelnetzen der NE 3 und Anbieter einer entgeltlichen technischen Dienstleistung, der so genannten Einspeisung. 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 „Einspeiseentgelt". Der Markt schließt digitale Plattformdienstleistungen mit ein. Eine weitere Unterscheidung zwischen der Einspeisung von Free- und Pay-TV sowie zwischen analogen und digitalen Signalen ist nicht vorzunehmen.

183. Anders als noch im Kommissionsverfahren formulieren die Zusammenschlussbeteiligten keine Einwände gegen die ständige sachliche und räumliche Marktabgrenzung der Beschlussabteilung. Sie verweisen allein darauf, dass Fragen der sachlichen Marktabgrenzung dahingestellt bleiben könnten, weil der Zusammenschluss weder zur Entstehung noch zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führe.[182]

1.1. Keine Trennung von Free-TV und Pay-TV

184. Bislang hat weder die Praxis der Beschlussabteilung noch die der Kommission bei der Marktabgrenzung zwischen der Einspeisung von werbe- bzw. gebührenfinanziertem (Free-TV) und entgeltfinanziertem (Pay-TV) Rundfunk unterschieden. Eine solche Trennung ist nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung auch vorliegend nicht geboten: Sowohl Pay-TV als auch Free-TV Anbieter zahlen eine Vergütung für die Überlassung von Übertragungskapazität an den jeweiligen Kabelnetzbetreiber, weshalb die nachgefragte Leistung jeweils dieselbe ist. In diesem Ergebnis sieht sich die Beschlussabteilung auch durch ihre Marktbefragung bestätigt, bei der eine Mehrzahl der antwortenden Unternehmen das Erfordernis einer Unterscheidung verneinten. Auch sind keine Anzeichen erkennbar, dass sich die Einspeisebedingungen für Free-TV und Pay-TV in der Progno-

---

181 Die nachfolgenden Überlegungen zur Frage der Marktbeherrschung gelten, mit Ausnahme der Ausführungen zur digitalen Plattform, auch für Kabel BW. Da aber infolge des Zusammenschlusses Kabel BW in Unitymedia aufginge bzw. Teil des Liberty-Konzerns würde, wird im Folgenden jeweils auf die Konzerntochter Libertys, Unitymedia, abgestellt.

182 Schreiben vom 11. Juli 2011, Rz. 138 (Bl. 83ff. d. Akte).

se wesentlich unterscheiden werden, so dass die Beschlussabteilung an ihrer bisherigen Marktabgrenzung festhält.

1.2. Einordnung der Einspeisung als Angebot einer technischen Dienstleistung

185. Nach wie vor ist davon auszugehen, dass Unitymedia für die Einspeisung von Free-TV, als auch für die Einspeisung von Pay-TV Anbieter einer technischen Dienstleistung („Einspeisedienstleistung“) ist. Die Beschlussabteilung hat insbesondere keine Anzeichen für die von Unitymedia im Kommissionsverfahren geäußerte These gefunden, wonach im digitalen Zeitalter nicht länger eine Nachfrage nach (ausreichend vorhandener) Übertragungskapazität bestünde, sondern umgekehrt Infrastrukturanbieter Inhalte bundesweit nachfragten. Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung ist weiterhin nicht von einem Nachfragemarkt, sondern von einem Angebotsmarkt auszugehen.[183]

186. Dasselbe gilt für die Einspeisung von Pay-TV-Programmen. Eine Einspeisedienstleistung erfolgt auch für denjenigen Pay-TV Programmanbieter, welcher durch die Einspeisung seine Endkunden mit seinem Pay-TV Programmsignal (Pay-TV-Programmbouquet) versorgen möchte. Davon zu unterscheiden ist der Erwerb von Inhalten für eine – von Unitymedia selbst betriebene – Programmplattform, wie sich bereits in früheren Verfahren gezeigt hat.[184] Bei dem Betrieb einer Programmplattform ist Unitymedia als Nachfrager der Inhalte anzusehen, die von Unitymedia dann an den Endkunden vermarktet werden; hier wird die technische Dienstleistung der Einspeisung intern erbracht. Dies 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. Das Entgelt besteht regelmäßig aus einer Umsatzbeteiligung an den Abonnentenentgelten, teilweise kommt noch ein Grundentgelt hinzu. Begrifflich handelt es sich dabei um den Pay-TV Rechtemarkt.[185]

---

183 Kabelnetzbetreiber zahlen im Zusammenhang mit dem Signaltransport für die Kabelweitersendung Entgelte nach § 20 b UrhG. Zahlungen nach § 20b UrhG sind einem anderen sachlichen Markt zuzuordnen. Die Zahlung erfolgt im Gegenzug für die Einräumung des Rechts, ein urheberrechtlich geschütztes Werk durch Kabelfunk öffentlich wiederzugeben. Sie hat damit nur mittelbar mit der Einspeisung zu tun, so dass im Sinne der sachlichen Marktabgrenzung zwischen Rechteeinräumung und Einspeisedienstleistung zu unterscheiden ist.

184 BKartA, Abmahnung B7-70/04 – *KDG/Kabel BW*, B7-80/04 –*KDG/Ish* , B7-90/04 – *KDG/Iesy*, jeweils vom 23.8.2004, S. 19.

185 Einzelheiten dazu unter Rz. 260ff.

1.3. Beschränkung auf den Übertragungsweg Breitbandkabel

187. Es entspricht der bisherigen ständigen Praxis von Bundesgerichtshof, Kommission, Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt, die Einspeisung von Rundfunksignalen in Breitbandkabel in Abgrenzung zu den Übertragungswegen Satellit und Terrestrik und IPTV einem eigenen Markt zuzuordnen.[186] Ungeachtet ihrer technischen Substituierbarkeit aber stehen die genannten Verbreitungswege 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 weiterhin unverzichtbar.

1.4. Einspeisung Free-TV

188. 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. Im Regelfall empfängt ein Haushalt das Programmsignal ausschließlich über einen Verbreitungsweg,[187] woraus sich bereits die Unverzichtbarkeit eines jeden Verbreitungswegs ergibt. Über Breitbandkabel werden in Deutschland ungefähr 19 Millionen von knapp 38 Millionen Fernsehhaushalten versorgt.[188]

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

---

186 Im Einzelnen dazu bereits: BKartA, Beschluss vom 20.6.2005, *iesy/ish*, B7–22/05, Rz. 42ff, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2006, *„SES/DPC“*, WuW DE-R 1845-1856; letztmals BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, *KDG/Orion*, B7–200/07, Rz. 45 und jüngst auch Kommission, Beschluss vom 25. Januar 2010, *Liberty Global Europe/Unitymedia*, COMP/M.5734, Rz. 30, wo die Kommission diese Frage mangels Entscheidungsrelevanz allerdings ausdrücklich offen ließ.

187 Einzige Ausnahme ist DVB-T, welches in einer Vielzahl von Haushalten als weiterer Verbreitungsweg genutzt wird.

188 Digitalisierungsbericht 2011, S. 53.

190. 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.

191. 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 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.

192. Auch wenn Verbreitungswege bereits in der Vergangenheit oder aufgrund technischer Entwicklungen nunmehr grundsätzlich austauschbar sind, kommt diesem Umstand in der Praxis kaum Bedeutung zu.[189] Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung wird selbst dort, wo ein Wechsel möglich wäre, der einmal gewählte Verbreitungsweg regelmäßig nicht mehr gewechselt. Im Übrigen gibt es zahlreiche Fälle, in denen ein Wechsel auch aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist.[190] Das gilt für den einzelnen Mieter in einem Mehrfamilienhaus, welcher im Regelfall gar nicht selbst über die Empfangsart bzw. ihren Wechsel bestimmen kann.[191] Auch gibt es Gebiete, in denen überhaupt kein Breitbandkabelnetz bzw. ausgebautes Telefonnetz verfügbar ist oder aber geographische und örtliche Besonderheiten dazu führen, dass kein Satellitenempfang möglich ist

---

189 Einzelheiten dazu unter Rz. 142ff.

190 Siehe dazu bereits die Ausführungen in BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, B7-200/07 – KDG/Orion, Rz. 50 ff.

191 So haben die antwortenden Wohnungsunternehmen nur für 0,19% ihres Wohnungsbestandes die Frage bejaht, ob dem einzelnen Mieter das Anbringen einer Satellitenschüssel an der Außenfassade gestattet ist.

(„Abschattungsgebiete“). Das gilt auch für DVB-T, über welches insbesondere eine flächendeckende Empfangsmöglichkeit privater Fernsehprogramme nicht möglich ist.[192]

1.5. Einspeisung Pay-TV

193. 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.

194. Derzeit gibt es in Deutschland mit Sky lediglich einen relevanten Nachfrager nach Einspeiseleistungen für Pay-TV in Breitbandkabelnetze. Bedeutsam für die Nachfrage nach Pay-TV ist insbesondere der von Sky verbreitete Premium Content, d.h. insbesondere aktuelle Spielfilme (Hollywood; 1. u. 2. Verwertungsstufe) und Live-Berichterstattung über Spitzensportereignisse.[193] 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.[194] Im Hinblick auf die in Deutschland vorherrschende, von Free-TV geprägte Medienlandschaft, kann nur die Ausstrahlung hochwertiger Programme das Interesse potenzieller Abonnenten wecken.[195] 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.[196] Der Anreiz für die Fernsehzuschauer, zusätzlich Pay-TV zu abonnieren, ist umso geringer, je vielfältiger und attraktiver das Free-TV-Programm ist.[197] An diesen bereits in der Vergangenheit getroffenen Feststellungen hält die Beschlussabteilung ausdrücklich fest.

195. 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

---

192 Einzelheiten dazu in Rz. 49.

193 Kommission, Entscheidung vom 29. Dezember 2003, *Telenor/Canal+/Canal Digital*, COMP/C.2-38.287, Rz. 26.

194 Kommission, Entscheidung vom 27. Mai 1999, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, IV/M.993, ABl. vom 27.2.1999, L 53/1, Rz. 34.

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

196 BKartA, Beschluss vom 1. Oktober 1998, *Premiere*, B6–72/98, WuW/E DE-V 53, 60.

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

Abonnenten angewiesen sind. Hierbei kann der Pay-TV-Anbieter unter keinen Umständen auf ca. 50 % der erreichbaren Fernsehhaushalte (Kabelhaushalte) bzw. auf das Netz der jeweiligen Regionalgesellschaft 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 Kabelkunden erreichbar sein. Die Verteilung der Abonnenten von Sky auf diese Übertragungswege bestätigt dieses Ergebnis.

196. 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 zum 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.

1.6. Analoge und digitale Einspeisung

197. Nach derzeitiger Situation muss auf der Grundlage des Bedarfsmarktkonzepts davon ausgegangen werden, dass die analoge Einspeisung nicht durch eine digitale Einspeisung ersetzt werden kann. Wenngleich die Anzahl digitaler Haushalte weiter zunimmt und mittlerweile bei knapp 43% liegt,[198] ist eine ausreichende Anzahl von STB bei den Endkunden weiterhin noch nicht vorhanden, Unter diesen Umständen aber wäre die analoge Abschaltung derzeit und auf absehbare Zeit 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 auch von diesen abgelehnt.

198. Während das Pay-TV schon jetzt ausschließlich digital eingespeist wird, ist es erklärtes Ziel der Landesmedienanstalten und Kabelnetzbetreiber, auch die Free-TV Programme ausschließlich digital einzuspeisen. Von einigen kleinen Programmanbietern abgesehen, die nur noch digital ausgestrahlt werden, erfolgt die Verbreitung aller Free-TV Programme aktuell allerdings 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 bereits im Jahre 2005 festgestellt wurde, und die daran anknüpfende

[198] Digitalisierungsbericht 2011, S. 53.

sachliche Markabgrenzung hat sich in Bezug auf das Breitbandkabel auch im Jahr 2011 im Wesentlichen nichts verändert.[199]

199. Auch lässt sich festhalten, dass der Simulcast-Betrieb in absehbarer Zeit 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.[200] Im Hinblick auf den Simulcast-Betrieb würde eine nach analoger und digitaler Einspeisung getrennte Betrachtung die Wettbewerbsverhältnisse nicht zutreffend abbilden. Die Wettbewerbspositionen bei der digitalen Einspeisung werden nach wie vor massiv von der Tatsache getragen, dass gleichzeitig auch noch analog eingespeist wird.

1.7. Einbeziehung der technischen Dienstleistungen für die digitale Plattform

200. Wie bereits in vergangenen Entscheidungen, ist in den Einspeisemarkt auch die technische Dienstleistung für die digitale Plattform im Netz von Unitymedia mit einzubeziehen.[201] Derartige Dienstleistungen sind sowohl für verschlüsselte Pay-TV- als auch für diejenigen Free-TV-Programme erforderlich, welche verschlüsselt übertragen werden.

1.7.1 Bestandteile einer digitalen Plattform

201. Bei der digitalen Plattform handelt es sich um die technischen Voraussetzungen zur Umsetzung des für verschlüsseltes Fernsehen erforderlichen Abonnentensystems. Im Kern besteht eine digitale Plattform aus der Bereitstellung des Verschlüsselungssystems (Conditional Access System, CAS), der Smart-Card-Verwaltung und dem Zugang zu einer kompatiblen STB-Basis.[202]

---

199 Dies entspricht auch der Ansicht der Mehrzahl der antwortenden Programmanbieter. 61% verneinten die Frage, ob eine Differenzierung zwischen analoger und digitaler Einspeisung geboten sei.

200 Die Situation unterscheidet sich damit von derjenigen des Satelliten, bei dem die analoge Abschaltung im April 2012 erfolgen wird.

201 BKartA, Abmahnung B7-70/04 – *KDG/Kabel BW*, B7-80/04 –*KDG/Ish* , B7-90/04 – *KDG/Iesy*, jeweils vom 23.8.2004, S. 25 ff.

202 Kommission, Entscheidung vom 27. Mai 1998, *Deutsche Telekom/BetaResearch*, IV/M.1027, ABl. vom 27.2.1999, L 53/31, Rz. 16; Kommission, Entscheidung vom 27.5.1998, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, IV/M.993, ABl. vom 27.2.1999, L 53/1, Rz. 19 f.; ausführlich Kommission, Entscheidung vom 9. November 1994, *MSG Media Service*, IV/M.469, ABl. vom 31.12.1994, L 364/1, Rz. 19 ff.

202. 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. 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.

203. 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)[203] 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 Funktionen bereitstellt (Application Program Interface, API). Ferner werden durch die Software in der STB und das Aussenden der entsprechenden Signale auch Jugendschutz und Kopierschutz gewährleistet.

1.7.2. Verhältnis zur Einspeisung

204. Grundsätzlich können die Plattform-Dienstleistungen getrennt von der Einspeiseleistung in das Breitbandkabel bezogen oder erbracht werden. Technisch sind diese Dienstleistungen nicht auf einen bestimmten Übertragungsweg ausgerichtet. Die digitale Plattform kann damit grundsätzlich von einem anderen Anbieter als dem Kabelnetzbetreiber, in dessen Netz eingespeist wird, realisiert werden. Für die Zwecke der Marktabgrenzung ist jedoch die tatsächliche Praxis maßgeblich.[204] Hiernach ist eine Trennung der Einspeisung und der digitalen Plattform nach derzeitiger Sachlage nicht vorzunehmen. Anders als z.B. im Satellitenbereich oder bei kleineren Kabelnetzbetreibern zeigt die vorliegende Vertragspraxis von Unitymedia mit Sky und den grundverschlüsselten Free-TV-

---

203 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.

204 BGH, Beschluss vom 13. Juli 2004, KVR 2/03 – *Sanacorp/Anzag*, Beschlussausfertigung S. 5, 6.

Anbietern einen gekoppelten Bezug von Einspeisung und digitaler Plattform bei verschlüsselten Programmen.

2. Räumliche Marktabgrenzung

205. 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. Dieses steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung *Pay-TV-Durchleitung.*[205] An dieser Auffassung ist auch nach Überprüfung festzuhalten. Die Kabelnetze von Unitymedia in NRW/Hessen und von Kabel BW in Baden-Württemberg stellen die räumlich relevanten Märkte (im Zeitpunkt vor dem Zusammenschluss) dar.

206. Dies gilt für die Einspeisung von FreeTV wie auch von PayTV. 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 besteht daher auch hier eine Komplementarität der Netze, die nicht gegeneinander austauschbar sind. Die Komplementarität der Netze im Pay-TV 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 Kunden auch ein Abonnement abschließen werden und regionale Unterschiede hierbei nicht ersichtlich sind, bietet der Pay-TV-Anbieter seine Programme bundesweit an, um eine ausreichende Anzahl von Abonnenten für die Finanzierung seines Unternehmens akquirieren zu können. Seine Nachfrage ist dann (u.a.) auf Einspeisung in jedes regionale Kabelnetz gerichtet.

3. Marktbeherrschung

207. Unitymedia verfügt auf dem Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in ihr Breitbandkabelnetz über eine marktbeherrschende Stellung. Die an das Netz von Unitymedia angeschlossenen Kunden können nur über das Unitymedia-Netz erreicht werden, so dass es sich um ein Monopol von Unitymedia handelt. Eine Kontrolle durch horizontalen Wettbewerb findet nicht statt.[206] Gleiches gilt für Kabel BW in Bezug auf

---

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

206 Siehe insoweit auch die Feststellungen der BNetzA, Entscheidung vom 7. Oktober 2010 (BK1-09/005), S. 89ff, welche in ihrer Deregulierungsverfügung ebenfalls die Marktbeherrschung von Unitymedia festgestellt hat.

den Einspeisemarkt in ihrem Netz in Baden-Württemberg und braucht deshalb nachfolgend für die einzelnen Parameter nicht jeweils wiederholt zu werden.

208. Die Betrachtung der Unitymedia zur Verfügung stehenden Verhaltensparameter und ihre Ausübung durch Unitymedia bestätigt die monopolistische Struktur des Marktes. Im Wesentlichen begründet die Netzhoheit und die daraus folgenden Kontrolle über das „Ob“ und das „Wie“ der Einspeisung den unkontrollierten Verhaltensspielraum. Entgegen der Ansicht von Unitymedia ist diese Möglichkeit auch nicht zwischenzeitlich entfallen.[207]

209. Hervorzuheben ist dabei insbesondere der oben dargestellte Betrieb einer eigenen technischen (digitalen) Plattform durch Unitymedia. Dieser beinhaltet zunächst den Betrieb eines eigenen Verschlüsselungssystems und eine hierauf abgestimmte STB-Population. Dieser Umstand beeinflusst sowohl 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 möglicherweise schon technisch nicht mehr durchsetzbar ist, als auch die Einspeisebedingungen für einen grundverschlüsselnden Free-TV Veranstalter.

210. Die technische Plattform bietet Unitymedia neben der – von ihr bereits praktizierten – Möglichkeit der Zwangskoppelung mit der Einspeiseleistung insbesondere die Möglichkeit, die Qualität und damit die Wertigkeit der Einspeiseleistung festzulegen. So beeinflussen beispielsweise die technischen Möglichkeiten der STB den Nutzen der Einspeisung für den Programmveranstalter.

211. Die Netzhoheit wird darüber hinaus durch Abschottung der STB-Basis abgesichert, die von den Programmanbietern nicht angesprochen werden kann. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass derzeit vermehrt Fernsehgeräte mit integrierter CI+Schnittstelle von Verbrauchern erworben werden.[208] Programmanbietern steht damit zwar mittelfristig eine große Population über diese Schnittstelle adressierbarer Fernsehhaushalte zur Verfügung, diese Tatsache aber dürfte kaum hinreichend für einen Verzicht auf die technische Dienstleistung von Unitymedia sein. Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung aus dem vergangenen Jahr nutzen über [85-95]% der Unitymedia-Kunden, die digitales Fernsehen empfangen, für den Empfang eine STB, welche ihnen Unitymedia vermietet. Sämtliche Mietboxen weisen in wesentlichen Funktionalitäten proprietäre Merkmale auf.[209] Folge ist, dass es allein Unitymedia möglich ist, diese STB zu adressieren.

---

207 Schreiben vom 11. Juli 2011, Rz. 165ff. (Bl. 83ff. d. Akte).

208 Schreiben vom 11. Juli 2011, Rz. 165 (Bl. 83ff. d. Akte).

209 Abmahnung B7-130/08, Rz. 137.

Nach den AGBs von Unitymedia ist die Freischaltung auf einer Fremd-STB, die eine entsprechende Schnittstelle aufweisen könnte, zwar nicht ausgeschlossen. Die Nutzung eines solchen Empfangsgerät, für welches man gleichwohl eine Smartcard von Unitymedia benötigt, wird jedoch mit einem Engelt in Höhe von 5 € monatlich sanktioniert. Der Anteil von Mietboxen wird durch die die bei Abnahme nur der Smartcard fällige monatliche Gebühr maßgeblich gefördert. Ein Kunde, welcher sowohl eine Smartcard als auch ein Empfangsgerät von Unitymedia in Empfang nimmt, zahlt monatlich 28% und damit fast ein Drittel weniger für seinen digitalen Kabelanschluss, als derjenige, welcher lediglich eine Smartcard benötigt.[210] An der hohen Verbreitung proprietärer STB wird sich nach Einschätzung der Beschlussabteilung deshalb auch innerhalb der kommenden Jahre nichts ändern.

212. Eine etwaige gegengewichtige Marktmacht der großen Sendergruppen kann nach Auffassung der Beschlussabteilung die Marktbeherrschung von Unitymedia nicht beseitigen. Auch insoweit ist deshalb dem Vortrag von Unitymedia zu widersprechen.[211] In einem früheren Verfahren wurde aus der Praxis der Kommission gefolgert, dass ein Marktanteil von 80% auf der Gegenseite hinreichend für die Annahme von Gegenmacht wäre.[212] Allerdings verfügt keiner der die Einspeisung nachfragenden Programmanbieter allein über einen derart hohen Marktanteil, so dass dahingestellt bleiben kann, ob dies tatsächlich hinreichend ist[213].

213. 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.[214] 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 gänzlich ausräumen kann. Dieses ist aus Sicht der Beschlussabteilung nur im Ausnah-

---

210 Abmahnung B7-130/08, Rz. 148.

211 Schreiben vom 11. Juli 2011, Rz. 162 (Bl. 83ff. d. Akte).

212 Kommission, Entscheidung vom 25. November 1998, COMP/M.1225 – *Enso/Stora*, Rn. 84ff.

213 Im Übrigen geht die Beschlussabteilung gegenwärtig dem Verdacht nach, ob sich die beiden großen privaten Sendergruppen bei Einführung der Grundverschlüsselung abgesprochen haben. Würde sich dieser Verdacht bestätigten, wäre eine sich aus der einer solchen Absprache ergebende Gegenmacht, weil rechtswidrig, ohnehin nicht berücksichtigungsfähig (Az. B7-34/10).

214 KG, Beschluss vom 7. Februar 1978, *Thyssen/Hüller,* WuW/E OLG 1921, 1924; vgl. auch BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, *Kfz-Kupplungen,* WuW/E BGH 1501, 1504; Beschluss vom 2. Dezember 1980, *Klöckner/Becorit,* WuW/E 1749, 1754.

mefall anzunehmen, dessen Vorliegen aber vorliegend, wie bereits in früheren Verfahren, zu verneinen ist. Hierbei ist auch auf die unterschiedliche Nachfragerstruktur hinzuweisen, die aus den beiden großen privaten Sendergruppen und den beiden öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten bestünde.[215]

4. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung

214. Der Zusammenschluss führt zu einer Verstärkung der bestehenden marktbeherrschenden Stellung von Unitymedia auf dem Markt für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in ihr – um das Breitbandkabelnetz von Kabel BW erweitertes – 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.[216] 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 Unitymedia durch den Zusammenschluss zuteilwerden.

215. Die Beschlussabteilung ging in der Vergangenheit davon aus, dass der bloße Reichweitenzuwachs hinreichend für die Annahme der Verstärkungswirkung ist.[217] Vorliegend würde Unitymedia das gesamte Breitbandkabelnetz von Kabel BW hinzuerwerben, so dass es zu einer Reichweitenausdehnung im Umfang von [2-3] Mio. WE käme. Allerdings ist auch das Netzgebiet von Kabel BW nach den Feststellungen der Beschlussabteilung aus Sicht eines Programmanbieters bereits derzeit unverzichtbar. Die Anzahl der von Kabel BW mit dem Programmsignal versorgten WE ist bereits aktuell so groß, dass weder ein Free-TV noch ein Pay-TV Anbieter darauf verzichten könnte. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob der Zusammenschluss tatsächlich die bestehende Verhandlungsmacht von Unitymedia vergrößert.

216. Nach Ansicht der Beschlussabteilung ist das der Fall. „Unverzichtbarkeit“ bedeutet nicht, dass jede Regionalgesellschaft über das gleiche Maß unkontrollierter Verhandlungsmacht gegenüber den Programmanbietern verfügte. Denn dabei handelt es sich um kei-

---

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

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

217 Vgl. insbesondere BKartA, Beschluss vom 21. Juni. 2005 – *BC Partners/Ish*, Rdnr. 151 ff, letztmals BKartA, B7-200/07, Beschluss vom 3. April 2008 - KDG/Orion, Rz. 107.

nen absoluten Wert. Bei Kabelnetzen handelt es sich um mehrseitige Märkte. Sie vermitteln zwischen zwei Nutzergruppen (Programmanbieter und Endkunde). Die Verhandlungsmacht des Kabelnetzbetreibers gegenüber dem Programmanbieter hängt dementsprechend von der Größe seines Kundenstamms (Endkunden) auf der anderen Seite ab. Je größer dieser Kundenstamm ist, desto bedeutsamer ist die Plattform für den die Einspeisung nachfragenden Programmanbieter. Entsprechend größer ist auch die Verhandlungsmacht des Kabelnetzbetreibers. Aus diesem Grund lässt auch die Charakterisierung als „unverzichtbar" Abstufungen im Hinblick auf die tatsächliche Größe zu. Der mögliche Einnahmeverlust des Programmanbieters bei Nichtverbreitung seiner Programme – ausbleibende Werbeerlöse bzw. ausbleibende Abonnentenentgelte – steigt mit der technischen Reichweite des in Frage stehenden Netzwerks. Insoweit macht es aus Sicht eines Programmanbieters durchaus einen Unterschied, ob die Einspeisung in das Netz von Kabel BW, die Einspeisung in das Netz von Unitymedia oder aber die Einspeisung in ein gemeinsames Netz – bestehend aus dem Unitymedia- und dem Kabel BW-Netzgebiet – Gegenstand der Nachfrage des Programmanbieters ist. Letzteres ist aus Sicht eines Programmanbieters gar nicht oder nur unter ungleich größeren Nachteilen „verzichtbar" als das von Kabel BW allein. Im Grundsatz geht die Beschlussabteilung deshalb davon aus, dass sich das in der vergrößerten technischen Reichweite liegende Drohpotential einer unterbleibenden Einspeisung erhöht.

217. Die von den Zusammenschlussbeteiligten beauftragten ökonomischen Gutachter nehmen in ihrer ergänzenden Stellungnahme zur Abmahnung erstmals zu der Frage der Verstärkungswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Einspeisemarkt Stellung.[218] Sie gehen in diesem Zusammenhang auf die verhandlungstheoretischen Hintergründe einer möglichen Zunahme der Verhandlungsmacht der Kabelnetzbetreiber ein und meinen belegen zu können, dass der Zusammenschluss *per se* nicht zu einer Verstärkung führen könne. Die Gutachter verweisen in diesem Zusammenhang ferner auf die Ergebnisse empirischer Untersuchungen für die USA, die nach ihrer Ansicht diese Behauptung untermauerten. Ausdrücklich Bezug genommen wird dabei auf die Untersuchung von *Chipty* und *Snyder* aus dem Jahre 1999.[219]

218. Die im Einzelnen vorgetragenen Argumente überzeugen jedoch in mehrfacher Hinsicht nicht: Im Rahmen ihrer theoretischen Erwägungen vernachlässigen die Gutachter insbesondere wesentliche Gesichtspunkte, die sich im Ergebnis negativ auf die Verhand-

---

218 E.CA Economics, Stellungnahme zur Abmahnung vom 28.10.2011, Einspeisemarkt, 17. November 2011 (Bl. 2241 d. Akte).

219 Chipty, Tasneen, Snyder, Christopher, The Role of Firm Size in Bilateral Bargaining: A Study of the Cable Television Industry, Review of Economics and Statistics, 1999, S. 326-340.

lungsposition der Fernsehsender auswirken können. E.CA Economics geht davon aus, dass sich die negativen Folgen, die sich für einen Fernsehsender bei einem Scheitern der Vertragsverhandlungen („outside options“) mit einem Kabelnetzbetreiber ergeben, durch den Zusammenschluss nicht verändern. Dies ist jedoch offensichtlich nicht der Fall. Vor dem Zusammenschluss verhandeln die Fernsehsender separat mit KBW und Unitymedia. Kommt ein Vertrag mit einem dieser Kabelnetzbetreiber nicht zustande, würde sich der Schaden für den Fernsehsender auf die negativen Folgen für seine Werbeerlöse beschränken, die sich aus der verringerten Reichweite bei nur einem dieser Anbieter ergeben. Maßgeblich ist hier also die Zuschauerreichweite, die entweder KBW oder Unitymedia zum gegenwärtigen Zeitpunkt mit ihrem Kundenstamm sicherstellen. Nach dem Zusammenschluss wäre hingegen der mögliche Schaden für ein Nichtabschluss eines Vertrages für die Fernsehsender erheblich höher, denn die Fernsehsender würden sämtliche Werberlöse verlieren, die sich aus der *gemeinsamen* Zuschauerreichweite von KBW und Unitymedia ergeben. Durch den Zusammenschluss verschlechtern sich demnach die Ausweichmöglichkeiten („outside options“) der Fernsehsender im Falle des Scheitern von Vertragsverhandlungen mit einem der Marktteilnehmer; der potentielle Schaden eines Nicht-Zustandekommens eines Vertrages mit einem der dann noch verbleibenden Anbieter (KDG und KBW/Unitymedia) steigt. Diese Tatsache schwächt die Verhandlungsmacht der Fernsehsender.

219. Auch die von dem Gutachter vorgelegten empirischen Ergebnisse überzeugen nicht. Zum einen muss berücksichtigt werden, dass empirische Ergebnisse für die USA nicht ohne Weiteres einfach auf den deutschen Markt übertragen werden können. Des Weiteren ist jedoch zu betonen, dass die Gutachter die entsprechende Diskussion in den USA lediglich äußerst selektiv darstellen. Die von dem Gutachter ausschließlich in Bezug genommene Studie von *Chipty* und *Snyder* aus dem Jahre 1999 wurde in der wissenschaftlichen Diskussion ausführlich diskutiert und zum Teil sehr kritisch gewürdigt und bewertet. In diesem Zusammenhang genügt es an dieser Stelle, beispielhaft auf eine wissenschaftliche Untersuchung von *Adilov* und *Alexander* aus dem Jahre 2003[220] zu verweisen, die den Ergebnissen der Studie von *Chipty* und *Snyder* fundamental und in vollem Umfang widerspricht. Die Autoren kommen sowohl auf der Grundlage ihrer theoretischen Erwägungen als auch im Rahmen ihrer empirischen Untersuchungen für die USA zu dem Ergebnis, dass – im Gegensatz zu dem von den Gutachtern herangezogenen wissenschaftlichen Quellen – Kabelnetzbetreiber nach einem Zusammenschluss in

[220] Adilov, Nodir, Alexander, Peter, Cable Ownership Rules: A Bargaining Theory Approach, Januar 2003, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com.

aller Regel über eine stärkere Verhandlungsmacht gegenüber den Fernsehsendern verfügen. Dies gelte insbesondere dann, wenn – wie auch im deutschen Markt aufgrund der unterschiedlichen Reichweite von KBW und Unitymedia – vor dem Zusammenschluss die Verhandlungsmacht der einzelnen Kabelnetzbetreiber relativ asymmetrisch verteilt ist.[221]

220. Aus den dargelegten Gründen ist die von E.CA Economics vertretenen Ansicht, dass der Zusammenschluss generell zur keiner Verstärkung der Verhandlungsmacht führen könne, nicht haltbar. In der Praxis ist eine solche Verstärkung allerdings nur schwer oder gar nicht messbar. Messbarkeit würde voraussetzen, dass sich die Regionalgesellschaften ausschließlich in ihrer technischen Reichweite unterscheiden und im Übrigen keine Unterschiede aufweisen Das aber ist nicht der Fall. So unterscheiden sich Unitymedia und Kabel BW nicht nur hinsichtlich ihrer Größe, sondern auch hinsichtlich ihres Geschäftsmodells.[222] Dementsprechend verfolgen sie auch (partiell) unterschiedliche Interessen. Daraus ergeben sich unterschiedliche Verhandlungsziele. Verhandlungsergebnisse der Regionalgesellschaften sind deshalb nur bedingt vergleichbar und sind nicht zwingend alleinige Folge ihrer jeweiligen technischen Reichweite. Neben unterschiedlichen Verhandlungszielen gibt es auch unterschiedliche Verhandlungssituationen. Selbst mit den großen Programmanbietern finden Verhandlungen nur alle paar Jahre statt, weshalb strategischen Überlegungen jenseits bestehender unbeschränkter Verhandlungsmacht Bedeutung zukommt. Die jeweilige Verhandlungssituation kann Besonderheiten aufwerfen und unabhängig von der Größe des Netzwerks Einfluss auf das Verhandlungsergebnis haben.[223]

221. Selbst wenn sich nach Auffassung der Beschlussabteilung das in der vergrößerten technischen Reichweite liegende Drohpotenzial einer unterbleibenden Einspeisung infolge des Zusammenschlusses erhöht, ist diese Aussage im konkreten Fall einzuschränken: Mit der KDG existiert eine Regionalgesellschaft, deren aktuelle technische Reichweite größer als diejenige der Zusammenschlussbeteiligten zusammen ist. Die größere Verhandlungsmacht der KDG aber macht sich im Vergleich mit den beiden übrigen Regio-

---

221 Hierzu auch: Adilov, Nodir, Alexander, Peter, Asymmetric Bargaining Power and Pivotal Buyers, Feceral Communication Commission, Research Paper, September 2002, abrufbar unter: http://transition.fcc.gov/ownership/materials/already-released/assymetric090002.pdf.

222 Beispielsweise ist Unitymedia vertikal integriert und produziert auch eigene Inhalte, welche über die eigene Pay-TV Plattform verbreitet werden.

223 So kann es für das konkrete Verhandlungsergebnis von Bedeutung sein, ob die Regionalgesellschaft über die technische Reichweite hinaus auch Verwertungsrechte für Sportereignisse besitzt (Arena, Tochtergesellschaft von Unitymedia) oder aber Schadensersatzansprüche wegen einer möglichen Pflichtwidrigkeit des Vertragspartners im Raum (Hack des Verschlüsselungssystems) stehen.

nalgesellschaften nicht konkret bemerkbar. So haben 68 % der antwortenden Free-TV Programmanbieter die Tatsache, dass es sich bei der KDG um die größte der drei Regionalgesellschaften handelt, für die im Einspeisevertrag vereinbarten Konditionen für unerheblich gehalten.[224] Das deckt sich auch mit den Erfahrungen aus dem Zusammenschluss iesy/ish.[225] Dieser führte im Verhältnis zu den Free-TV Programmanbietern zu keiner Entgelterhöhung. Hinsichtlich des Pay-TV Anbieters Sky kam es zwar in der Folgezeit zu Entgelterhöhungen, allerdings lassen sich diese nach Überzeugung der Beschlussabteilung nicht eindeutig auf einen Zuwachs an technischer Reichweite zurückführen.[226] Die Beschlussabteilung ist deshalb der Überzeugung, dass allein mit dem allgemeinen Erfahrungssatz eines vergrößerten Drohpotentials unter den gegebenen Umständen die Verstärkungswirkung nicht begründet werden könnte. Angesichts der Existenz eines größeren Kabelnetzbetreibers wäre für die Begründung der Verstärkungswirkung durch den vorliegenden Zusammenschluss vielmehr ein konkreter Parameter erforderlich, welcher sich zu Lasten der Marktgegenseite verschlechterte. Als einen solchen Parameter sieht die Beschlussabteilung die Einführung der Grundverschlüsselung im Kabel BW-Gebiet an (dazu unter 4.2). Dagegen lassen sich allein aus der Höhe des Einspeiseentgelts keine entsprechenden Feststellungen treffen (4.1). Dasselbe gilt hinsichtlich Frage einer Verringerung des Innovationswettbewerbs infolge des Zusammenschlusses.[227] Ungeachtet der Tatsache, dass die Einführung eines Produkts bzw. einer Innovation bei Kabel BW die Einführung bei Unitymedia sogar erleichtern könnte, kann dies nicht mit der Erweiterung des Verhaltensspielraums von Unitymedia gleichgesetzt werden. Im Übrigen haben die Ermittlungen der Beschlussabteilung schon keine Produktinnovation erbracht, bei welcher Unitymedia sich unter Hinweis auf die Praxis von Kabel BW gezwungen bzw. veranlasst sah, ein entsprechendes Produkt einzuführen.

4.1. Höhe des Einspeiseentgelts

222. Evident ist der Größenzusammenhang im Hinblick auf die drei Regionalgesellschaften im Verhältnis zu den übrigen Kabelnetzbetreibern. Letztere erzielen teilweise überhaupt keine Einspeiseentgelte bzw. das von ihnen bezogene Einspeiseentgelt ist – bezogen

---

224 Frage 29 des Fragebogens an die Programmanbieter. Die Beschlussabteilung hat insgesamt 25 Free- und Pay TV Anbieter angeschrieben, welche eine Einspeiseleistung nachfragen. 23 Programmanbieter haben den Fragebogen beantwortet.

225 BKartA, B7-22/05, Beschluss vom 20. Juni 2005 - iesy/ish.

226 Siehe dazu bereits Rz. 220 bzw. Fn. 223.

227 Einen solchen haben 10 von 23 antwortenden Programmanbietern bejaht. Dabei fragte die Beschlussabteilung danach, ob es einen Innovationswettbewerb zwischen Unitymedia und Kabel BW in der Weise gibt, dass diese durch Produktinnovationen der anderen Regionalgesellschaft sich veranlasst sehen, entsprechende Produkte ebenfalls einzuführen.

auf die einzelne angeschlossene WE - disproportional niedrig im Vergleich zu den Regionalgesellschaften. Im Verhältnis der Regionalgesellschaften untereinander gibt es keinen solchen Zusammenhang. Weder erzielen alle drei Regionalgesellschaften aufgrund ihres Charakters als „unverzichtbar“ identische Einspeiseentgelte bezogen auf die einzelne WE, noch sind die von ihnen erzielten Einspeiseentgelte proportional zu ihrer jeweiligen Größe. Im Gegenteil steht die tatsächliche Höhe in Bezug auf die einzelnen WE nach den Feststellungen der Beschlussabteilung nicht im unmittelbaren Zusammenhang zur Größe der Regionalgesellschaft.

223. Hinzu kommt, dass die relative Bedeutung der Einspeiseentgelte für alle Regionalgesellschaften abnimmt. Durch neue Angebote, namentlich multimediale Dienstleistungen wie Telefonie und Internet, haben sowohl Kabel BW als auch Unitymedia zwischenzeitlich neue Erlösquellen gefunden. Diese sind absolut wie auch relativ bedeutsamer als die Einspeiseentgelte.

224. Im Hinblick auf die beiden großen privaten Sendergruppen, RTL und Pro7Sat1, ist sogar fraglich, ob das Einspeiseentgelt überhaupt noch als Indikator für den unbeschränkten Verhaltensspielraum der jeweiligen Regionalgesellschaft herangezogen werden kann. Die Einspeiseentgelte, die diese beiden Sendegruppen zahlen, sind nämlich im Saldo, also unter Berücksichtigung markenrechtlicher und urheberrechtlicher Zahlungen der Kabelnetzbetreiber, fallend. In diesem Zusammenhang erscheint es der Beschlussabteilung auch bedeutsam, dass es der Sendergruppe Pro7Sat1 jüngst erstmals gelungen ist, im Verhältnis zu Kabel BW ein Entgelt für die Überlassung von Programminhalten im HD-Format zu erzielen.[228]

4.2 Digitalisierungsstrategie

225. Ausdruck der Digitalisierungsstrategie ist die Frage der Verschlüsselung des Free-TV.[229] Die mögliche Ausweitung der Verschlüsselung auf das Netzgebiet von Kabel BW verstärkte den Verhaltensspielraum von Unitymedia.

---

228 Handelsblatt vom 1. Juli 2011, S. 34 (Bl. 1530 der Akte).

229 Entgegen der Auffassung des Pay-TV Anbieters Sky (Stellungnahme vom 6. Dezember 2011, Bl. 2683 d. Akte) geht die Beschlussabteilung im Zusammenhang mit der Digitalisierungsstrategie von Unitymedia davon aus, dass FreeTV und PayTV-Programmanbieter in unterschiedlichem Maße infolge des Zusammenschlusses betroffen wären. Während Unitymedia die Grundverschlüsslung flächendeckend im Jahr 2006 eingeführt hat, ist dies bei Kabel BW bis zum heutigen Tag nicht der Fall. In ihrer Digitalisierungsstrategie in Bezug auf PayTV unterscheiden sich die Zusammenschlussbeteiligten demgegenüber nicht. Weder Unitymedia noch Kabel BW gestatten die transparente Durchleitung des verschlüsselten Sky Programmsignals (a.a.O., Bl. 2681 d. Akte). Dass Kabel BW bei der Verschlüsselung den Interessen von Sky „deutlich gerechter“ als Unitymedia wird (a.a.O., Bl. 2684 d. Akte), ist nach Auffassung der Beschlussabteilung demgegenüber für die Frage der Strukturverschlechterung nicht maßgeblich. Es ist nicht erkennbar,

226. Die Grundverschlüsselung als Teil der digitalen Strategie eröffnet dem Kabelnetzbetreiber einen erheblichen unkontrollierten Verhaltensspielraum. Dies gilt unabhängig von der Tatsache, dass die Einführung der Grundverschlüsselung (möglicherweise) auch im Interesse des Programmanbieters liegt. Eine Folge der Verschlüsselung wäre die zwingende Inanspruchnahme der technischen Dienstleistung von Unitymedia, da die dann im Markt befindlichen Empfangsgeräte (Set Top Boxen) größtenteils nur über sie adressiert werden könnten. Auf die Ausgestaltung der Empfangsgeräte und die technische Dienstleistung aber hat der Programmanbieter keinen Einfluss.

227. Während Unitymedia bereits seit 2006 sein digitales Free-TV verschlüsselt überträgt, ist das digitale Free-TV im Netz von Kabel BW unverschlüsselt zu empfangen.[230] Nach eigener Auskunft ist Kabel BW seit 2010 technisch in der Lage, das Free-TV zu verschlüsseln. Die Einführung wird nach Unternehmensangaben lediglich von entsprechenden Kundenwünschen abhängig gemacht.[231]

228. Laut Anmeldung plant Unitymedia, auch nach Zusammenschluss den *status quo* der Nichtverschlüsselung von SD-Signalen im Netzgebiet von Kabel BW beizubehalten.[232] Dabei handelt es sich um eine bloße Absichtserklärung, welche die Erwerberin in keiner Weise bindet. Die Absichtserklärung kann deshalb auch nicht zur Grundlage der wettbewerblichen Beurteilung der Beschlussabteilung gemacht werden, so dass die Beschlussabteilung in ihrer Prognose von der Einführung der Grundverschlüsselung ausgeht. Das ergibt sich nach Ansicht der Beschlussabteilung auch aus nachfolgender Überlegung:

229. Liberty plant die Einführung der STB „Horizon“ im Netzgebiet von Unitymedia Unitymedia ist gemessen an den Kundenzahlen die größte europäische Landesgesellschaft im Liberty-Konzern. Mit Kabel BW würde eine Gesellschaft erworben, welche zwar kleiner als Unitymedia wäre, aber in Bezug auf die Kundenzahl immer noch größer als alle sonstigen europäischen Liberty-Konzerntöchter. Bei Einführung der Horizon-Box

---

dass die kommerziellen Bedingungen der Verschlüsselung Ausdruck einer stärkeren Verhandlungsposition von Sky gegenüber Kabel BW sind. Der von Sky behauptete inzidente Zusammenhang zwischen Netzgröße und Marktmacht in Bezug auf die Digitalisierungstrategie wäre nur dann plausibel, wenn die kommerziellen Bedingungen der Verschlüsselung durch die KDG noch ungünstiger als die von Unitymedia durchgesetzten Bedingungen wären (in diesem Sinne auch die Stellungnahme der Zusammenschlussbeteiligten vom 2. Dezember 2011, Bl. 2487 d. Akte). Das aber ist nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht der Fall und wird nicht einmal von Sky behauptet.

230 Das gilt jedenfalls für Signale im digitalen SD-Standard. Digitale Signale im HD-Standard werden ebenfalls verschlüsselt.

231 Pressemeldung vom 29. Januar 2009 (Bl. 1531 der Akte). Digitalmagazin vom 28. Januar 2009 (Bl. 1532 d. Akte).

232 Schreiben vom 11. Juli 2011, Rz. 166 (Bl. 83ff. d. Akte).

auch im Netzgebiet von Kabel BW ließen sich demnach Skaleneffekte heben, welche die Einführung dieser Box auch dort betriebswirtschaftlich gebieten.[233] Nach Überzeugung der Beschlussabteilung gelänge dies am besten mit Einführung der Grundverschlüsselung auch im Netzgebiet der Zielgesellschaft. Der Verbreitungsgrad von (verschlüsseltem) Pay-TV in Deutschland ist sehr gering und liegt bei weniger als 10% aller Fernsehhaushalte. „Wachstumstreiber" für die Verbreitung propietärer STB, also solcher STB, welche nur durch Unitymedia selbst adressiert werden können, ist deshalb die Grundverschlüsselung des Free-TV. Ohne Verschlüsselung ließen sich digitale Programme mit einer bloßen „Zapping"-Box empfangen, welche überhaupt keine Programme entschlüsseln kann und damit auch nicht proprietär wäre. Unter diesen Umständen aber wäre die Nachfrage nach der „Horizon"-Box ungleich kleiner, als wenn eine solche Box zugleich für die Entschlüsselung des Free-TV benötigt würde.

III. Markt für die Belieferung von Einzelnutzern mit Signalen („Einzelnutzermarkt")

230. Die Beschlussabteilung geht nicht davon aus, dass der Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung von Unitymedia auf dem Markt für die Belieferung von Einzelnutzern mit Rundfunksignalen verstärkt.[234]

1. Sachliche Marktabgrenzung

231. Der Einzelnutzermarkt ist der Markt, auf dem Einzelne individualvertraglich die Bereitstellung eines Rundfunkanschlusses und die Belieferung mit Fernseh- und Hörfunksignalen nachfragen. Einzelnutzer im Sinne des Marktes ist derjenige, welcher über die Ausgestaltung der Empfangseinrichtung für Rundfunksignale im Einzelfall entscheidet und damit definitionsgemäß derjenige, welcher den Vertrag über den Empfang des Programmsignals mit dem Infrastrukturbetreiber schließt. Hier stehen sich Kabelnetzbetreiber und Haus- ggf. Wohnungseigentümer in einer Vertragsbeziehung gegenüber.

232. In ständiger Praxis ordnet die Beschlussabteilung hier die Übertragungswege Breitbandkabel und IPTV demselben sachlichen Markt zu.[235] IPTV ist als Übertragungsinfrastruktur technisch geeignet, das Breitbandkabel als Übertragungsmedium des TV-Signals zu substituieren. Anders als in der Vergangenheit gehen mittlerweile von IPTV auch feststellbare wettbewerbliche Wirkungen auf den Einzelnutzermarkt aus.

---

233 http://www.unitymedia.de/unternehmen/presse/pressemitteilungen/pressemitteilungen_lgi-praesentiert-auf-der-ibc-die-tv-plattform-der-naechsten-generation.html.

234 Die nachfolgenden Überlegungen gelten auch für Kabel BW. Da aber infolge des Zusammenschlusses Kabel BW in Unitymedia aufginge bzw. Teil des Liberty-Konzerns würde, wird im Folgenden jeweils auf die Konzerntochter Libertys, Unitymedia, abgestellt.

235 BKartA, B7-200/07, Beschluss vom 3. April 2008 - KDG/Orion, Rz. 135ff.

233. Wie bereits weiter oben ausgeführt, ist die Berücksichtigung des Satelliten bei der sachlichen Marktabgrenzung insoweit ausgeschlossen, als es sich dabei um „Eigenverbrauch“ handelt. Das ist immer dann der Fall, wenn ein Einzelnutzer mittels Erwerb und Installation einer Satellitenempfangsanlage das TV-Signal empfängt.[236] Unter diesen Umständen fehlt es bereits an einem Angebot, das dem sachlich relevanten Markt zugerechnet werden könnte. Auch der Einzelnutzer „produziert“ durch Zugriff auf das für ihn unentgeltlich verfügbare Satellitensignal das TV-Signal selbst. Begrifflich handelt es sich damit nicht um Anbieterwettbewerb, sondern um Eigenproduktion, die erst bei der wettbewerblichen Würdigung des Gestattungsmarkts im Hinblick darauf berücksichtigt werden kann, ob von der Eigenproduktion Wettbewerbsdruck auf die Anbieter auf dem Einzelnutzermarkt ausgeht.[237] Auch beim (unentgeltlichen) Empfang des Programmsignals über DVB-T handelt es sich begrifflich um „Eigenverbrauch“, so dass das soeben gesagte – keine Berücksichtigung bei der sachlichen Marktabgrenzung, aber Berücksichtigung des Verbreitungswegs im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung – gleichfalls gilt.

2. Räumliche Marktabgrenzung

234. Der räumlich relevante Markt ist auf der Grundlage des oben definierten Verbrauchsdisponenten als Nachfrager abzugrenzen. Aus der Sicht des Einzelnutzers als Verbrauchsdisponenten ist die Entscheidung für ein Netz das für die räumliche Marktabgrenzung entscheidende Marktgeschehen. Der Einzelnutzer bedient sich desjenigen Anbieters, welcher ein Netz vor Ort hat und damit technisch und wirtschaftlich in der Lage ist, die einzelne WE mit dem Programmsignal zu versorgen. Aus dieser Tatsache hat die Beschlussabteilung in dem Verfahren Liberty/KDG den Schluss gezogen, den Endkundenmarkt netzbezogen abzugrenzen.[238]

235. Zwischenzeitlich ist mit IPTV ein weiterer Verbreitungsweg geschaffen worden, welcher technisch und wirtschaftlich in der Lage ist, dass Kabelsignal zu substituieren. Nach Angaben der Zusammenschlussbeteiligten überlappen sich das Koaxialnetz von Unitymedia und das Telefonnetz (Kupferdoppelader) zu [65-75]%.[239] Haushalte, bei denen der Telefonanschluss hinreichend aufgerüstet ist, haben danach in einem bedeutenden Umfang die Möglichkeit, die Infrastruktur zu wechseln. Folge der Überlappung sind eine Vielzahl indirekter Austauschbeziehungen, welche dem Netzbetreiber eine

---

236 Einzelheiten dazu finden sich in Rz. 52ff.

237 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, WuW/E DE-R 2463, 2469 – *A-TEC/Norddeutsche Affinerie.*

238 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22. September 2002, B7-168/01 - Liberty/KDG, Rz. 44.

239 Anmeldung vom 19. April 2011, Rz. 226.

Preisdifferenzierung zwischen einzelnen Kunden unmöglich machen und die sich dabei auf das gesamte Verbreitungsgebiet von Unitymedia auswirken. Infolge dieser Substitutionskette ist von einem regionalen Markt, in den Grenzen des Netzgebiets von Unitymedia auszugehen. Da Unitymedia mangels eigenen Netzes über seine Netzgrenze hinaus keinen Einfluss auf die Preissetzung hat, endet der räumliche Markt auch dort. Demnach besteht der Markt aus den Bundesländern Hessen und Nordrhein-Westfalen.

3. Wettbewerbliche Beurteilung

236. Auf dem regionalen Einzelnutzermarkt ist Unitymedia marktbeherrschend. Infolge des Zusammenschlusses aber käme es zu keiner Verstärkung der bestehenden Marktbeherrschung. Der regionale Einzelnutzermarkt bestehend aus den Bundesländern Hessen und Nordrhein-Westfahlen umfasst rund 2,2 Mio. WE, welche von Kabelnetzbetreibern und IPTV-Anbietern mit dem Programmsignal versorgt werden. Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung ergeben sich auf diesem Markt folgende Marktanteile nach Anzahl der versorgten WE:

Anbieter	Marktanteil
Unitymedia	[65-75]%
DTAG	[20-25]%
Telefonica	[1-3]%
Primacom	[<1]%
Marienfelde Mulitmedia	[<1]%
GFKO Oberhausen	[<1]%
Medicom Dreieich	[<1]%

237. Auf dem regional abgegrenzten Einzelnutzermarkt ist Unitymedia marktbeherrschend. Die marktbeherrschende Stellung von Unitymedia unterliegt nur einer unzureichenden Kontrolle durch Wettbewerber und die alternativen Verbreitungswege Satellit und DVB-T. Sie würde aber durch den angemeldeten Zusammenschluss nicht verstärkt.

DTAG

238. Einziger bedeutender Wettbewerber auf dem Einzelnutzermarkt ist die DTAG. Ihr ist es gelungen, mit Hilfe des IPTV-Produkts „Entertain“ innerhalb von vier Jahren einen Marktanteil in Höhe von [20-25]% zu erreichen. Ungeachtet dessen liegt ihr Marktanteil weiterhin signifikant unter demjenigen von Unitymedia. Aus den im Anschluss genannten Gründen erscheint es der Beschlussabteilung sehr fraglich, ob in den kommenden Jahren damit zu rechnen ist, dass die Marktposition von Unitymedia durch die DTAG ernsthaft in Gefahr gerät.
239. Das IPTV Produkt der DTAG ist preislich dem von Unitymedia ebenbürtig. So bewirbt die DTAG ihr Produkt T-Entertain Comfort mit einem Preis von 44,95 € im Monat, während ein vergleichbares Bündelprodukt bei Unitymedia für Einzelnutzer 47,90 € kostet. Allerdings finden sich weiterhin deutliche Unterschiede bei der Bandbreite. Das Produkt von Unitymedia beinhaltet deutlich größere Bandbreiten. Damit ist es hinsichtlich seines Leistungsumfangs demjenigen der DTAG überlegen.
240. Ein Viertel der an das Netzwerk von Unitymedia angeschlossenen WE sind aktuell überhaupt nicht über IPTV zu erreichen, da sie über keine oder nicht hinreichend schnelle DSL-Leitungen verfügen. In zeitlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass sich an diesem Zustand nur sehr langsam etwas ändern wird.
241. Wie bereits mehrfach ausgeführt, stellt die Entscheidung für einen Verbreitungsweg eine Systementscheidung dar,[240] da der Wechsel des Verbreitungswegs mit Kosten verbunden ist. Für IPTV benötigt man für jeden Fernseher ein Empfangsgerät, Empfangsgeräte kosten bis zu 300 € bzw. können von der DTAG gemietet werden. In Abhängigkeit vom konkreten Objekt können auch weitere Kosten für die Installation des Anschlusses entstehen. Angesichts der Wechselkosten und der ansonsten zu beobachtenden Stabilität der Verbreitungswege ist davon auszugehen, dass diejenigen Einzelnutzer, welche den Empfangsweg ungeachtet der entstehenden Kosten wechseln wollten, dies innerhalb der letzten vier Jahr getan haben. Daraus folgt, dass sich der Marktanteil der DTAG in Zukunft deutlich langsamer vergrößert oder sogar stagnieren könnte. Allerdings kann die Frage nach der zu erwartenden Entwicklung letztlich dahinstehen. Aus den weiter unten genannten Gründen kommt es jedenfalls nicht zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Unitymedia auf dem Einzelnutzermarkt.

---

[240] Einzelheiten dazu in Rz. 142ff.

Satellit

242. Die Zusammenschlussbeteiligten gehen davon aus, dass für 67% aller WE im Netzgebiet von Unitymedia alternativ zum Breitbandkabel die Möglichkeit des Satellitenempfangs besteht.[241] Der vom Satelliten ausgehende Wettbewerbsdruck erscheint der Beschlussabteilung indes nicht so bedeutend, dass er den Verhaltensspielraum von Unitymedia hinreichend beschränkt. Auch insoweit ist auf den Charakter der Systementscheidung hinzuweisen. Besondere Bedeutung für die Qualifizierung des vom Satelliten ausgehenden Wettbewerbsdrucks kommt nach Ansicht der Beschlussabteilung den in den letzten Jahren vorgenommenen Preiserhöhungen von Kabelnetzbetreibern bei Einzelnutzerverträgen zu. Im Zeitraum zwischen 2006 und 2008 erhöhte Unitymedia den Netto-Preis für den Bezug des analogen Fernsehsignals um [10-20]%, wobei es sich im Wesentlichen um eine einzige Preiserhöhung zwischen 2007 und 2008 von [10-15]% handelte. Im selben Zeitraum nahm die Zahl der Kunden um [1-5]% ab und entsprach damit dem Umfang des jährlichen Kundenschwunds bei Einzelnutzern.

243. Vergleichbares geschah bei Kabel BW. Dort wurde im Zeitraum zwischen 2006 und 2008 der Preis um insgesamt [15-20]% erhöht (2006/2007 um [1-5]%, 2007/2008 um [10-15]%), ohne dass dies signifikante Auswirkungen auf die Kundenzahl gehabt hätte. Diese reduzierte sich zwischen 2007 und 2008 um [1-5]%, zwischen 2006 und 2007 nahm sie sogar leicht zu.[242] Selbst wenn man externe Effekte im Zeitraum zwischen 2006 und 2007 ausblendet, war auch in diesem Zeitraum der Kundenschwund nicht signifikant höher als in Jahren ohne Preiserhöhungen.

244. Im Übrigen eignet sich der Satellit, anders als IPTV, in einem entscheidenden Punkt nicht als Substitut. Mangels Rückkanal ist über den Satellit kein Triple Play möglich. Von der Möglichkeit des Triple Play machen derzeit [20-25]% und damit […] aller Einzelnutzer von Unitymedia Gebrauch. Für diesen Personenkreis scheidet ein Wechsel zum Satelliten per se aus, was den vom Satelliten ausgehenden Wettbewerbsdruck noch zusätzlich mindert.

***DVB*-T**

245. Das soeben Gesagte gilt auch für DVB-T. Mangels Rückkanalfähigkeit sind multimediale Dienstleistungen über DVB-T nicht verfügbar. Im Übrigen ist das Programmangebot ge-

---

241 Anmeldung vom 19. April 2011, Rz. 226 (Bl. 1528 d. Akte).

242 Die Beschlussabteilung vermutet, dass der Kundenzuwachs Folge von externem Wachstum aufgrund des Erwerbs von Netzen von Tele Columbus war.

genüber den übrigen drei Verbreitungswegen deutlich eingeschränkt,[243] weshalb von DVB-T auch aus diesem Grund kein erheblicher Wettbewerbsdruck auf Unitymedia ausgeht.

Keine Verstärkungswirkung

246. Der Zusammenschluss zwischen Unitymedia und Kabel BW führt zu keiner Verstärkung der bestehenden Marktbeherrschung im Sinne einer Strukturverschlechterung. Bei einem Netzwerk, welches Einzelnutzer mit dem Programmsignal versorgt, scheidet die Duplizierung einer vorhandenen Infrastruktur aufgrund der hohen irreversiblen Investitionskosten regelmäßig aus. Der Bau einer Stichleitung für eine einzelne WE wäre betriebswirtschaftlich niemals rentabel.
247. Ist kein paralleles Netzwerk vorhanden, ist der Anschluss einzelner WE deshalb allein im Wege des sog. Onselling möglich. Damit ist diejenige Situation gemeint, in welcher durch Errichtung eines Netzwerks für die Versorgung einer Liegenschaft mit mehreren hundert WE entlang einer dafür errichteten Leitung einzelnen Liegenschaften neu angeschlossen und auf diese Weise versorgt werden.
248. Diese Möglichkeit hätte auch Kabel BW, wenn es erfolgreich um Gestattungsverträge im Netzgebiet von Unitymedia konkurrierte. Allerdings ist das aktuell nicht der Fall, so dass die Möglichkeit des Onselling unter diesen Umständen nur eine theoretische Möglichkeit darstellt. Nach der Feststellung der Beschlussabteilung liegt die Ursache für den ausbleibenden Wettbewerb um Gestattungsverträge durch Kabel BW im Netzgebiet von Unitymedia in der impliziten Gebietsaufteilung zwischen den drei Regionalgesellschaften begründet. Nicht auszuschließen ist deshalb, dass ohne implizite Gebietsaufteilung die Möglichkeit des Onselling durch Kabel BW tatsächlich praktiziert würde. Allerdings schätzt die Beschlussabteilung den davon ausgehenden Effekt auf den Verhaltensspielraum von Unitymedia als sehr gering ein, weshalb der Wegfall dieser (theoretischen) Möglichkeit – ungeachtet des bestehenden Oligopols – keine Strukturveränderung auf dem Einzelnutzermarkt darstellte.

---

243 Einzelheiten dazu bereits unter Rz 49 f.

IV. Signallieferungsmärkte

249. Auf den im Netzgebiet von Unitymedia befindlichen Signalliefermarkten ist Unitymedia jeweils marktbeherrschend. Allerdings lässt der Zusammenschluss keine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf diesen Märkten erwarten.

1. Sachliche Marktabgrenzung

250. Auf dem Signallieferungsmarkt stehen sich 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.

251. 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“).

252. 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.[244] Anders als in der Vergangenheit, unterliegt der Signalliefermarkt seit 2010 nicht länger der Regulierung. Die BNetzA aber hat in ihrer Deregulierungsverfügung erneut die Marktbeherrschung der jeweiligen Regionalgesellschaft festgesellt.[245]

253. 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.

254. 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

---

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

245 BNetzA, Regulierungsverfügung vom 17. April 2007 (BK 3b-06-014/R), Deregulierungsverfügung vom 7. Oktober 2010 (BK1-09/005), S. 90ff.

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

2. Räumliche Marktabgrenzung

255. 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 jeweiligen NE 4 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.

256. 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.[246]

257. Das aber ist vorliegend der Fall. Ein jedes NE 4-Netz ist in die flächendeckende Organisationsstruktur von Unitymedia – nämlich die flächendeckende NE 3 in den jeweiligen Versorgungsgebieten – eingebunden, so dass sich der Zusammenschluss auf das ge-

[246] 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. S. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Februar 2008, Az. VI-Kart 18/07(V) S. 7.

samte Netzgebiet der Unitymedia und damit eine Vielzahl sachlich gleichgelagerter und räumlich nebeneinander liegender Märkte auswirkt.

3. Wettbewerbliche Beurteilung

258. Unitymedia ist auf dem Signallieferungsmarkt marktbeherrschend Die Marktanteile liegen mengenmäßig und wertmäßig bei über [85-95]%. Alternative Signalanbieter auf der NE 3 sind in der betreffenden Region nur in geringfügiger Anzahl vorhanden. Keiner der neben der Unitymedia antwortenden Kabelnetzbetreiber verfügte über nennenswerte Umsätze auf dem Signalliefermarkt. Die Zusammenschlussbeteiligten stellen vor allem darauf ab, dass selbst bei unterstellter Marktbeherrschung von Unitymedia diese mangels Überschneidung des Tätigkeitsgebiets der Zusammenschlussbeteiligten nicht verstärkt würde.[247]

259. Kabel BW ist auf dem Signalliefermarkt überhaupt nicht tätig und könnte dementsprechend nur durch Bau von Stichleitungen oder Miete solcher Leitungen, Dritte mit einem entsprechenden Signal versorgen. Das aber erscheint unwirtschaftlich. Dem Endkundenmarkt vergleichbar, käme eine Signallieferung nur dann in Betracht, wenn ohnehin eine Leitung im Zusammenhang mit der Versorgung einer größeren Liegenschaft in Betracht käme. Anders als auf dem Einzelnutzermarkt würde dies nicht lediglich einen Nachfrager voraussetzen, welcher von Kabel BW ein vordefiniertes Produkt beziehen möchte. Die Beziehungen zu einem NE 4-Betreiber sind ungleich komplexer. Die unternehmerische Trennung von NE 3 und NE 4 führt insbesondere zu praktischen Problemen beim „Upselling“ und ist aus Sicht einer Regionalgesellschaft deshalb betriebswirtschaftlich wenig erstrebenswert.[248] Selbst bei Vorstoß in den Footprint von Unitymedia bliebe diese Möglichkeit deshalb sehr theoretisch. Die theoretische Möglichkeit des Eintritts vermindert deshalb aktuell und auch potentiell nicht den Verhaltensspielraum von Unitymedia, so dass der Wegfall von Kabel BW die Marktbeherrschung nicht verstärkt.

V. Pay-TV Spartenprogramm-Rechtemarkt

260. Vom Zusammenschluss betroffen ist schließlich der Markt für Spartenprogramme für Pay-TV Angebote („Pay-TV Spartenprogramm-Rechtemarkt). Auf diesem Markt ist Unitymedia weder marktbeherrschend, noch drohte infolge des Zusammenschlusses die Entstehung von Marktbeherrschung.

---

247 Schreiben vom 21. Juli 2011, S. 3 (Bl. 322. d. Akte).

248 Zum Begriff des „Upselling“ siehe Rz. 41.

1. Sachliche Marktabgrenzung

261. 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 Filmen ein.[249]

262. Im Zusammenhang mit PayTV ist zwischen drei verschiedenen Märkten zu unterscheiden.[250] Neben dem Pay-TV Endkundenmarkt, existiert ein Markt für den Erwerb von Übertragungsrechten für Sendungen (Filme, Serien usw.) oder Veranstaltungen (insbesondere Sportveranstaltungen).[251] Auf diesem Markt stehen sich Programmanbieter und Produzent/Veranstalter gegenüber.

263. Daneben existiert zum dritten ein Markt, welcher auf Nachfrageseite den Kauf der Rechte an einem gesamten Programm zum „Vertrieb“, also zur Ausstrahlung des Kanals auf der eigenen Pay-Plattform umfasst. Anbieter sind auf diesem Markt die Programmanbieter, Nachfrager die Betreiber von Pay-TV Plattformen. Dabei stellt sich die Frage, ob dieser Markt sämtliche Übertragungsinfrastrukturen umfasst,[252] oder zwischen Verbreitungsarten bzw. Plattformen zu unterscheiden ist.

264. Anbieter von Spartenprogrammen sind nach den Feststellungen der Beschlussabteilung darum bemüht, ihre Kanäle möglichst weit zu verbreiten um auf diese Weise ihre Erträge

---

249 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.

250 Kommission, Entscheidung vom 18. Juli 2007, *SFR/Télé 2 France,* COMP/M.4504, Rz. 23ff.

251 Dabei ist nach Art der Sendung, Übertragungsplattform und Übertragungstypus zu unterscheiden. Die Art der Sendung betrifft den fraglichen Inhalt des Rechts (Kinospielfilm, Sportrechte, Archivmaterial und kurzlebiges Material). Die Übertragungsplattform bezieht sich auf die Infrastruktur, mit Hilfe derer übertragen werden darf (Kabel, Satellit, Terrestrik, IPTV). Übertragungstyp schließlich meint die Art der Verwertung, also die Frage, ob die Nutzung im Rahmen sog. klassischer Fernsehprogramme („linear“) oder aber in Form nicht linearer Fernsehdienste geschieht (bspw. Video on Demand und Pay per View).

252 Kommission, Entscheidung vom 18. Juli 2007, SFR/Télé 2 France, COMP/M.4504, Rz. 44., mangels Entscheidungsrelevanz offen gelassen in Kommission, Entscheidung vom 25. Juni 2008, News Corp./Premiere, COMP/M.5121, Rz. 35.

zu maximieren. Dem Vortrag eines Anbieters von Spartenkanälen gemäß, welcher Wert auf die Anonymität seiner Aussage legte, ist die Rechteveräußerung an jede Regionalgesellschaft für den Geschäftserfolg sogar unverzichtbar. Danach sei es für Pay-TV Spartenkanäle wirtschaftlich unverzichtbar, Teil eines jeden bedeutenden Pay-TV Bouquets in den Kabelnetzen zu sein. Folge sei, dass der Markt plattformbezogen abzugrenzen sei und sowohl Kabel BW als auch Unitymedia für sich genommen über ein Monopol verfügten. Diese Schlussfolgerung macht sich die Beschlussabteilung nicht zu eigen. Dahingestellt kann bleiben, ob tatsächlich die Verbreitung eines Spartenkanals über jede Pay-TV Plattform in den Kabelnetzen conditio sine qua non für die wirtschaftliche Existenz desselben ist. Bereits dies erscheint zweifelhaft. Entscheidend aber ist folgendes: Die wirtschaftliche Verfasstheit eines Anbieters kann nicht die nach dem Bedarfsmarktkonzept zu ermittelnde sachliche und räumliche Marktabgrenzung bestimmen, da dies keine Aussagen über die Austauschbarkeit eines Produkts bzw. einer Dienstleistung aus Sicht des Nachfragers zuließe. Wäre ein solches Kriterium maßgeblich, würde die Marktabgrenzung nicht länger anhand der Frage der Substituierbarkeit des nachgefragten Produkts bzw. der Dienstleistung erfolgen, sondern allein nach der wirtschaftlichen Potenz des Marktteilnehmers. Namentlich auf einem Beschaffungsmarkt aber kann das kein maßgebliches Kriterium für Zwecke der Fusionskontrolle sein.[253] Der Markt für PayTV-Spartenprogramme ist deshalb nicht plattformbezogen zu unterteilen.

265. Im Übrigen unterscheidet sich der Anbieter eines Spartenkanals auch von Free-TV und Pay TV-Anbietern mit eigener Endkundenbeziehung. Allen drei ist ein Interesse an der technischen Reichweite des Vertragspartners gemeinsam. Aus Sicht des Anbieters des Spartenkanals aber ist dieses Interesse nur mittelbar, denn seine Austauschbeziehung im Zusammenhang mit dem Spartenkanal beschränkt sich auf seinen unmittelbaren Vertragspartner. Vom Plattformbetreiber erzielt er ein Entgelt, durch das er sein Programm refinanziert. Anders dagegen Free-TV Programmanbieter, welche sich über Werbeerlöse refinanzieren, und Pay-Anbieter mit eigener Endkundenbeziehung: Aus ihrer Sicht ist die technische Reichweite unmittelbar bedeutsam, knüpft daran doch die sich aus einer anderen Austauschbeziehung ergebende Möglichkeit der Refinanzierung an.

---

253 Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit der Missbrauchsaufsicht in Fällen, in denen ein Anbieter von der Verbreitung über eine Mehrzahl von Plattformen abhängt. So ist für Zwecke der Missbrauchsaufsicht anerkannt, dass mehrere Unternehmen auf demselben Markt individuell marktbeherrschend sein können. Vgl. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 3. März 2009, Az. KZR 82/07, Reisestellenkarte, Beschlussausfertigung S. 13, vgl. auch Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 6. April 1995, Rs. C-241/91 und C-242/91, Magill.

266. Vorliegend ist der Markt für Pay-TV Spartenprogramme betroffen. Sowohl Unitymedia als auch Kabel BW erwerben fertige Spartenkanäle für ihr jeweiliges Pay-TV Bouquet. Auf dem ebenfalls im Zusammenhang mit Pay TV relevanten „Upstream-Markt“ für Übertragungsrechte von Sendungen/Veranstaltungen sind dagegen weder Unitymedia noch Kabel BW aktiv.

267. Mit Ausnahme von Sky, welches auch über den Satelliten Endkunden erreicht, der DTAG und Vodafone, welche jeweils ein IPTV-Recht erwerben. kaufen die übrigen Nachfrager nach den Feststellungen der Beschlussabteilung im Regelfall allein ein (nicht-exklusives) Kabelrecht. Die verbreitungswegspezifische Lizenzierung könnte für eine sachliche Unterscheidung nach Verbreitungswegen sprechen. Dagegen spricht aber, dass der Spartenkanal, unabhängig vom Verbreitungsweg, jeweils identisch ist. Allerdings kann diese Frage im konkreten Fall offen bleiben. Selbst bei Abgrenzung eines (engeren) Marktes für den Verbreitungsweg Kabel bliebe die wettbewerbliche Beurteilung dieselbe.

2. Räumliche Marktabgrenzung

268. Räumlich kommt ein bundesweiter Markt in Betracht. Der Erwerber erwirbt die Rechte regelmäßig für einen bundesweiten Markt. Aus der sachlichen Begrenzung auf einen Verbreitungsweg folgt zwar faktisch eine Begrenzung auf ein bestimmtes Gebiet, das aber ist nicht gleichzusetzen mit einer plattformbezogenen Marktabgrenzung. Aufgrund der der Beschlussabteilung aus diesem und anderen Verfahren bekannten 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 ist auch über die räumliche nicht abschließend zu entscheiden.

3. Wettbewerbliche Beurteilung

269. Pay-TV Plattformen werden in Deutschland von Sky, den drei Regionalgesellschaften, TeleColumbus, Primacom, den IPTV Anbietern DTAG und Vodafone, sowie dem Satellitenbetreiber Eutelsat („Kabelkiosk“) betrieben.[254]

270. Die Beschlussabteilung schätzt das Gesamtvolumen auf dem Rechtemarkt für Pay-TV Spartenprogramme auf mindestens 240 Mio. € im Jahr 2010. Unitymedia hat nach eigenen Angaben im Jahr 2010 [20-30] Mio. € für den Erwerb solcher Rechte ausgegeben. Kabel BW erwarb im selben Zeitraum Rechte im Umfang von [10-20] Mio. €. Das Ein-

[254] Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), 14. Jahresbericht 2011, S. 53ff.

kaufsvolumen von KDG belief sich auf [45-55] Mio. €. Anders als die drei Regionalgesellschaften ist der Pay-TV Anbieter Sky sowohl auf dem „Upstream-Markt“ für die Lizenzierung und dem Erwerb von Rechten an einzelnen Sendungen oder Veranstaltungen, als auch auf dem Pay-TV Rechtemarkt für Spartenkanäle tätig. Auf letzterem lag das Einkaufsvolumen im Jahr 2010 bei [100 bis 150 Mio €]. Die DTAG erwarb Rechte im Umfang von [20-30] Mio. €, Vodafone Rechte im Umfang von [<1 Mio.] €, Eutelsat Rechte im Umfang von [1-5] Mio. €. Daraus ergeben sich – über alle Verbreitungswege hinweg – folgende Anteile am Nachfragevolumen:

	Einkaufsvolumina in Mio. € im Jahr 2010	% Anteil am Nachfragevolumen
Sky	[100-150]	[55-65]
KDG	[40-60]	[20-30]
Unitymedia	[20-30]	[10-15]
DTAG	[20-30]	[10-15]
Kabel BW	[10-20]	[5-10]
Eutelsat	[1-5]	[<5]
Tele Columbus	k.A.	
Primacom	k.A.	
Vodafone	[<1]	[<1]

271. Durch den Zusammenschluss kommt es zu einem gesteigerten Nachfragevolumen der durch Erwerb von Kabel BW größeren Unitymedia. Kabel BW betreibt seit 2009 eine eigene Pay-TV Plattform und ist dementsprechend auf dem Rechtemarkt auch unmittelbar als Nachfragerin von Inhalten aktiv. Allerdings liegt der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten, d.h. ihr gemeinsames Nachfragevolumen, auf dem Pay-TV Rechtemarkt immer noch deutlich unterhalb der Marktbeherrschungsvermutung. Ihr gemeinsamer Anteil auf einem bundesweiten, alle Verbreitungswege umfassenden Markt, läge bei [15-20]%.

272. Grenzte man dagegen den Markt nach einem Verbreitungsrecht für Kabel ab, würden sich folgende Marktanteile ergeben. Unter diesen Umständen wäre von einem Marktvolumen von mindestens 145 Mio. € auszugehen:

	Einkaufsvolumina in Mio. € im Jahr 2010	% Anteil am Nachfragevolumen
Sky	[40-60]	[30-40]
KDG	[40-60]	[30-40]
Unitymedia	[20-30]	[15-20]
Kabel BW	[15-20]	[10-15]
Eutelsat	[1-5]	[<5]
Tele Columbus	k.A.	
Primacom	k.A.	

273. Der gemeinsame Marktanteil bliebe weiterhin unterhalb der Marktbeherrschungsvermutung. Insbesondere gäbe es mit Sky und KDG zwei weitere Nachfrager mit jeweils größeren Nachfragevolumina.

274. Nach Feststellung der Beschlussabteilung erwerben Unitymedia als auch Kabel BW sämtliche Rechte nicht-exklusiv, d.h. es ist ausgeschlossen, dass Dritte, welche entsprechende Pay-TV Rechte nachfragen, durch die Zusammenschlussbeteiligten am Erwerb entsprechender Rechte gehindert werden.[255] Auf die Frage der Exklusivität des Rechteerwerbs haben sämtliche Anbieter von Spartenkanälen, welche den Fragebogen der Beschlussabteilung beantwortet haben geantwortet, dass die mit Kabel BW bzw. Unitymedia ausgehandelten Verträge weder Exklusivität im Verhältnis zu anderen Kabelnetzbetreibern, noch im Verhältnis zu anderen Verbreitungswegen vorsehen. Dritte sind danach am Erwerb entsprechender Rechte nicht gehindert, so dass es infolge des Zusammenschlusses auch insoweit zu keinen nachteiligen Wettbewerbswirkungen auf dem Pay-TV Rechtemarkt für Spartenkanäle kommt.[256]

---

255 Anders dagegen im von der Kommission zu entscheidenden Fall Kommission, 18.07.2007, SFR/Télé 2 France, COMP/M.4504, Rz. 99. Dort hatte der dominante Satellitenbetreiber eine Vielzahl von Exklusivitätsvereinbarungen getroffen, welche IPTV Anbieter am Erwerb entsprechender Rechte hinderten.

256 Eutelsat hält die wettbewerbliche Würdigung der Beschlussabteilung für unzutreffend. Danach sei zu befürchten, dass es infolge des Zusammenschlusses durch Verwehrung an Rechten an Sendern der Liberty-Gruppe und ihr zuzurechnender Unternehmen zu einer Marktabschottung auf diesem Markt kommt (Schreiben vom 16. November 2011, Bl. 2124, 2125 d. Akte). Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben nichts Entsprechendes ergeben. Dieses Ergebnis entspricht dem Ermittlungsergebnis eines Missbrauchsverfahrens aus dem Jahr 2008 (B7-162/07). Damals konnten keine Spartenprogramme identifiziert werden, welche unbedingt im Pay-TV Bouquet enthalten sein müssen bzw. welche nur von einem Programmveranstalter hätten angeboten werden können. Diese Feststellungen sind nach den Ermittlungen aus dem Jahr 2011 weiterhin gültig. Insoweit decken sich die Ermittlungsergebnisse von Beschlussabteilung und Europäischer Kommission. Auch die Kommission konnte nicht feststellen, dass die Sender der Discovery-

VI. Abwägungsklausel

275. Der Zusammenschluss ist auch nicht aufgrund verbesserter Wettbewerbsbedingungen auf Drittmärkten freizugeben, welche die Nachteile der Marktbeherrschung auf dem Gestattungsmarkt und Einspeisemarkt überwiegen (Abwägungsklausel, § 36 Abs. 1, 2. Hs. GWB). Die Beschlussabteilung ist bereits nicht davon überzeugt, dass der Zusammenschluss zu verbesserten Wettbewerbsbedingungen auf Drittmärkten führt. Unter diesen Umständen stellt sich nicht die an festgestellte Verbesserungen anknüpfende Frage, ob diese die eintretenden Nachteile überwiegen.

276. Die Beteiligten haben vorgetragen, der Zusammenschluss werde auf folgenden Märkten die Wettbewerbsbedingungen strukturell verbessern: (1) Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für Geschäftskunden („B2B"); (2) Markt für breitbandiges Internet und Festnetztelefonie; (3) Markt für digitale interaktive Dienstleistungen; (4) Markt für Mobilfunkdienstleistungen.[257]

277. Für die Anwendung der Abwägungsklausel ist eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf anderen Märkten als denjenigen notwendig, auf denen durch den Zusammenschluss eine beherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.[258] Diese anderen Märkte müssen nach ständiger Praxis des Bundeskartellamtes beherrschte Märkte sein, da eine Verbesserung nur dann spiegelbildlich die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen kann, wenn sie geeignet ist, eine marktbeherrschende Stellung auf einem anderen Markt abzubauen oder zumindest abzumildern.[259] Als Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen kommen nur solche Umstände in Betracht, die sich auf die Marktstruktur auswirken.[260] Die 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.[261] Dabei bleiben unternehmensinterne Vorteile des Zusammenschlusses, etwa Kosteneinsparungen durch Ratio-

---

Gruppe notwendig für ein Pay-TV Programm Bouquet sind. (Verweisungsentscheidung vom 16. Juni 2011, COMP/M.5900, Rz. 161).

257 Schreiben vom 7. Oktober 2011 (Bl. 1199ff d. Akte).

258 *Ruppelt* in Langen/Bunte, GWB, 11. Aufl., § 36, Rn. 50.

259 Vgl. BKartA, Beschluss vom 28. Dezember 2004, B7-150/04 – SES/DPC, Rn. 158; Beschluss vom 22. Februar 2002, B7-168/01 – Liberty / KDG, Rn. 103 f. Eine andere Auffassung vertritt insoweit das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2006, WuW/E DE-R 1845, 1851 – SES/DPC. Die Frage ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt.

260 BGH, Beschluss vom 8. Februar 1994, *Anzeigenblätter II*, WuW/E BGH 2899, 2902f.; Beschluss vom 26. Mai 1987, *Niederrheinische Anzeigenblätter*, WuW/E BGH 2425, 2432.; BKartA, Beschluss vom 28. Dezember 2004; B7-154/06 – *SES/DPC*; Rdnr. 176; *Mestmäcker/Veelken*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rdnr. 321.

261 *Mestmäcker/Veelken*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rdnr. 321; *Bechtold*, GWB, 6. Aufl., § 36 Rdnr. 26.

nalisierung, grundsätzlich unberücksichtigt, soweit sie nicht mittelbar zu einer strukturellen Verbesserung des Wettbewerbs führen.[262] Ein durch den Zusammenschluss bedingter Finanzkraftzuwachs kann nur dann zu einer Strukturverbesserung führen, wenn hinreichend wahrscheinlich ist, dass das fusionierte Unternehmen die zusätzlichen Mittel auch auf dem Verbesserungsmarkt einsetzen wird.[263]

278. Schließlich sind nur kausal auf den Zusammenschluss zurückzuführende Verbesserungen zu berücksichtigen, also keine Verbesserungen, die ohne den Zusammenschluss ebenfalls eintreten würden. Dabei kann die Kausalität auch entfallen, wenn eine Verbesserungswirkung in ihrer konkreten Form zwar auf dem Zusammenschluss beruht, ohne den Zusammenschluss aber ebenfalls, wenn auch in anderer Weise, eingetreten wäre.[264]

1. Markt für B2B-Telekommunikationsdienstleistungen

279. Die Beteiligten tragen vor, der Zusammenschluss führe zu Verbesserungen auf dem Markt für B2B-Telekommunikationsdienstleistungen, und zwar insbesondere in dessen Segmenten (i) Dienstleistungen für kleine Unternehmen und Heimarbeitsplätze (Small Offices and Home Offices, „SOHO“); (ii) Dienstleistungen für mittelgroße und große Unternehmen (Medium to Large Enterprises, „MLE“); (iii) Dienstleistungen für Zwischenhändler, die diese weiter vermarkten (Wholesale Carrier Services, „WS“). Bislang sind die Zusammenschlussbeteiligten jeweils allein im SOHO-Segment tätig, nach Angaben der Beteiligten würde nach dem Zusammenschluss ebenfalls ein Eintritt in die Segmente MLE und WS erfolgen. Die Verbesserungswirkungen sehen die Beteiligten im Wesentlichen in den durch den Zusammenschluss ermöglichten Größenvorteilen, die es ihnen ermöglichten, die nach ihrer Ansicht im Bereich B2B-Telekommunikationsdienstleistungen marktbeherrschende DTAG stärker unter Druck zu setzen. Daneben verweisen sie auf die Neueinführung des Produkts […] durch Unitymedia, das es Kunden im SOHO-Segment ermöglicht, […] als Cloud-Dienstleistung zu beziehen. Zur Substantiierung ihres Vortrags haben die Beteiligten einen „Updated German B2B Plan“ vorgelegt, der das geplante Vorgehen der Beteiligten auf dem Markt für B2B-Telekommunikationsdienstleistungen nach dem Zusammenschluss darlegt.

280. Die von den Beteiligten vorgetragenen Verbesserungseffekte auf dem Markt für B2B-Telekommunikationsdienstleistungen tragen die Anwendung der Abwägungsklausel nicht.

---

262 *Ruppelt* in Langen/Bunte, GWB, 11. Aufl., § 36, Rdnr. 49 m. w. N.

263 BGH, Beschluss vom 8. Februar 1994, KVR 8/93, WuW/E BGH 2899, 2903 – Anzeigenblätter II.

264 Vgl. *Ruppelt* in Langen/Bunte, GWB, 11. Aufl., § 36, Rdnr. 54 m. w. N.

281. Hinsichtlich der Segmente MLE und WS folgt dies bereits daraus, dass die Beteiligten dort noch nicht tätig sind. Aus dem vorgelegten „Updated German B2B Plan“ ergibt sich, dass Unitymedia im Jahr […] in Deutschland einen „soft launch“ in den beiden Segmenten plant, der bis zum Jahr […] zu gemeinsamen Umsätzen der Beteiligten im MLE-Segment von [10-20] Millionen Euro und im WS-Segment von [10-20] Millionen Euro führen soll. Ob diese Umsatzerwartungen als Indiz für eine Strukturverbesserung in den betreffenden Segmenten gewertet werden können, kann dahinstehen. Denn jedenfalls beruhen sie derzeit nur auf einer Planungsentscheidung der Beteiligten, die nicht strukturell abgesichert ist und jederzeit rückgängig gemacht werden könnte.

282. Im SOHO-Segment sind die Beteiligten bereits tätig, so dass hier im Rahmen der Abwägungsklausel zu berücksichtigende Verbesserungseffekte zumindest denkbar sind. Allerdings führt bereits der vorgelegte „Updated German B2B Plan“ aus: „In the SOHO market additional scale will not necessarily by itself mean larger long term on-net market share […]“. Daneben qualifiziert er die durch den Zusammenschluss zu erzielenden Vorteile als „some scale effects (such as equipment, support, marcoms)“. Diese vorsichtigen Formulierungen machen nicht hinreichend glaubhaft oder wahrscheinlich, dass gerade der Zusammenschluss mit Kabel BW Unitymedia in die Lage versetzt, durch signifikante Kosteneinsparungen ein gewichtigerer Wettbewerber im SOHO-Segment zu werden. Gewisse Kosteneinsparungen gehen mit dem Zusammenschluss schon nach ökonomischen Denkgesetzen einher. Diese scheinen hier aber nicht das Gewicht zu haben, um als verbessernder Strukturfaktor qualifiziert werden zu können.

283. Im Gegenteil erwähnt der „Updated German B2B Plan“ seinerseits einen […], demzufolge Kabel BW ohne den Zusammenschluss ebenfalls mit einer starken Umsatzentwicklung bei B2B-Telekommunikationsdienstleistungen rechnet (bis auf über [30-40] Millionen Euro im Jahr […]). Auch vor diesem Hintergrund verbleiben substantielle Zweifel an der These, dass Kabel BW nur durch den Zusammenschluss in die Lage versetzt wird, nachhaltig im Markt für B2B-Telekommunikationsdienstleistungen tätig zu werden.

284. Hinsichtlich des Produktes […], das Unitymedia aufgrund eines Rahmenvertrags mit […] anzubieten plant, ist weder aus dem Vortrag der Parteien noch aus dem vorgelegten „Updated German B2B Plan“ ersichtlich, dass Kabel BW nicht auch ohne den Zusammenschluss ein vergleichbares Produkt anbieten könnte. Insofern ist auch hier eine strukturelle Wettbewerbsverbesserung nicht substantiiert dargelegt. Im Übrigen gelten hier dieselben Bedenken wie hinsichtlich des Markteinstiegs in die MLE- und WS-Segmente, da auch die Einführung von […] durch Unitymedia bisher nur geplant, aber noch nicht umgesetzt worden ist.

2. Markt für breitbandiges Internet und Festnetztelefonie

285. Hinsichtlich der Märkte für breitbandiges Internet und Festnetztelefonie tragen die Beteiligten vor, dass die durch den Zusammenschluss zu erwartenden Kosteneinsparungen zum einen zu niedrigeren Preisen für Breitbandinternetzugang im Kabel BW-Netzgebiet führen werden. Zum anderen werde das zusammengeschlossene Unternehmen von […] an stärker in das Kabel BW-Netz investieren, als Kabel BW dies alleine tun würde. Es sei geplant, von 2013 an erhebliche zusätzliche Investitionen in die Bereitstellung von […] zu tätigen, die gegenüber den gegenwärtig verwendeten […] leistungsfähiger seien. Beim Einkauf von […] habe Unitymedia deutliche Kostenvorteile gegenüber Kabel BW, die nach dem Zusammenschluss auch Kabel BW zugute kämen. Im Falle des Zusammenschlusses würden im Kabel BW-Netz auch deutlich höhere Investitionen in bestimmte Netzbestandteile ([…]) vorgenommen. Die zusätzlichen Investitionen in […] seien nur wegen der erheblichen zu erwartenden Synergieeffekte möglich. Insgesamt werde das zusammengeschlossene Unternehmen eine deutlich höhere Marktpräsenz haben und so den Druck auf den Marktführer DTAG verstärken. Zur Substantiierung ihres Vortrags haben die Anmelder Auszüge aus dem „Kabel BW Business Plan Detail“ von Liberty Global sowie ein Excel-Spreadsheet vorgelegt, das zusammenschlussbedingte Kosteneinsparungen den zusammenschlussbedingten Mehrkosten gegenüberstellt.

286. Auch in Bezug auf die Märkte für breitbandiges Internet und Festnetztelefonie tragen die vorgetragenen Verbesserungseffekte die Anwendung der Abwägungsklausel nicht.

287. Schon die Prämisse, der Zusammenschluss werde zu signifikanten Kosteneinsparungen führen, ist zweifelhaft. Die von den Anmeldern vorgelegten Unterlagen ergeben insofern kein eindeutiges Bild. Der „Kabel BW Business Plan Detail“ geht zwar für den Zeitraum […] von signifikanten Kosteneinsparungen aus (zwischen [15-25] und [35-45] Millionen Euro jährlich), wobei der Hauptanteil der erwarteten Einsparungen auf reduzierte Personalkosten zurückzuführen ist. In dem vorgelegten excel-Spreadsheet hingegen wird errechnet, dass die erwarteten Mehrausgaben für Betriebskosten („Opex“) und Anlageninvestitionen („Capex“) die erwarteten zusammenschlussbedingten Einsparungen im Zeitraum bis […] übersteigen werden. Zweifelhaft ist außerdem, ob der Einmaleffekt der Einsparung von Personalkosten einen dauerhaften, strukturell verankerten Wettbewerbsvorteil begründen kann.

288. Im Übrigen wäre aber selbst im Falle deutlicher Kosteneinsparungen der Vortrag der Anmelder, die ersparten Aufwendungen in das Netz zu investieren bzw. zur Senkung

der Kosten für Breitbandanschlüsse über das Kabel BW-Netz zu verwenden eine bloße, nicht strukturell abgesicherte Absichtserklärung.

289. Die von den Anmeldern herausgestellten zusätzlichen Investitionen in das Kabel BW-Netz ergeben sich nach den vorgelegten „Kabel BW Business Plan Detail“ im Hinblick auf die Investitionen in […] aus einer „unzureichenden Kapazitätsplanung“ von Kabel BW (im Original „insufficient capacity planning“). Diese Formulierung deutet eher auf eine fehlerhafte Planung bei Kabel BW als auf eine grundsätzliche Entscheidung, im Bereich […] weniger in das eigene Netz zu investieren, als dies das zusammengeschlossene Unternehmen tun würde. In diesem Fall kann aber von einer strukturellen Verbesserung keine Rede sein; vielmehr beruft sich die Anmelderin dann auf Investitionen, die Kabel BW auch ohne Zusammenschluss tätigen müsste.

290. Im Hinblick auf die Nachrüstung mit […] erscheinen die von den Beteiligten in Bezug genommenen Kosteneinsparungen als nicht signifikant genug, um einen strukturellen Wettbewerbsvorteil zu bejahen. Aus dem vorgelegten Excel-Spreadsheet ergeben sich insofern Einsparungen von etwa [1-5] Millionen Euro jährlich ab 2013. Zu berücksichtigen ist daneben, dass Kabel BW offensichtlich auch selbst die Nachrüstung mit […] betreibt, denn sonst stünde für einen Vergleich der Einkaufspreise kein Datenmaterial bereit. Insofern kann nicht ausgeschlossen werden, dass Kabel BW auch auf sich gestellt die Bereitstellung von […] forcieren würde. Hierfür würde schon die bisherige Erfahrung sprechen, da Kabel BW bisher im Allgemeinen als der innovativste Netzbetreiber mit dem höchsten Ausbaustand gilt.

291. Schließlich ist hervorzuheben, dass nach dem eigenen Vortrag der Parteien und einer von ihnen ebenfalls vorgelegten Studie der LBBW der Druck auf die DTAG, ihr eigenes Glasfasernetz auszubauen, ohnehin groß sein wird, sobald sich eine signifikante Nachfrage nach Bandbreiten von über 100 MBit/s entwickelt. Denn die VDSL-Produkte der DTAG können diese Nachfrage nicht befriedigen. Insofern erwartet die LBBW-Studie steigende Marktanteile der Kabelnetzbetreiber, sobald die Nachfrage nach größeren Bandbreiten steigt. Sie gibt aber keinerlei Hinweis darauf, dass die Regionalgesellschaften nicht auch ohne den beabsichtigten Zusammenschluss in der Lage wären, diese Nachfrage zu befriedigen und insofern erheblichen Gegendruck auf die DTAG auszuüben. Im Übrigen spricht bereits die Entwicklung der Internetanschlüsse über Kabelnetze in den vergangen Jahren dafür, dass die Regionalgesellschaften bereits jetzt und jeweils für sich erheblichen Druck auf die DTAG ausüben. Allein von 2008 bis 2010 hat die Anzahl der Breitbandanschlüsse über Kabel von 1,6 Millionen auf 2,9 Millionen zuge-

nommen, sich also beinahe verdoppelt.[265] Gleichzeitig hat die Beschlussabteilung Informationen aus dem Markt vorliegen, wonach bereits gegenwärtig etwa drei Viertel der Breitband-Neuanschlüsse auf die Kabelnetzbetreiber entfallen.[266]

3. Markt für digitale interaktive Dienstleistungen

292. Die Beteiligten berufen sich weiterhin auf Verbesserungswirkungen auf dem Markt für digitale interaktive Dienstleistungen, auf dem Endverbraucher über mit ihrem TV-Gerät verbundene Set-Top-Boxen eine Vielzahl von Dienstleistungen abrufen können.[267] LGI beabsichtigt hier, wie schon oben ausgeführt,[268] das neuartige Multimedia-Portal „Horizon“ auf den deutschen Markt zu bringen. Über dieses Portal könne der Endnutzer Bild-, Ton- und Dateninhalte empfangen und kleinere Software-Applikationen (Apps) ausführen. Dabei könnten die empfangenen Daten auf verschiedene Endgeräte übertragen werden, etwa Fernsehgeräte, Computer, Tablets oder Smartphones. Über den zusätzlichen Dienst „Horizon-Online“ könnten Endnutzer „on demand“-Videoinhalte abrufen. LGI beabsichtigt, im Netzgebiet von LGI [250.000-750.000] Set-Top-Boxen abzusetzen, die den Zugriff auf „Horizon“ bzw. „Horizon-Online“ erlauben. Demgegenüber plane Kabel BW den Absatz von [200.000-400.000] Boxen, mit denen ebenfalls […] werden könnten, die aber keinen Zugriff auf eine interaktive Plattform erlaubten. Kabel BW könne auf sich gestellt keine „Horizon“ vergleichbare Plattform anbieten.

293. Auch diese angeführten Verbesserungswirkungen rechtfertigen keine Anwendung der Abwägungsklausel.

294. Es ist nicht hinreichend dargelegt, dass Kabel BW nicht in der Lage wäre, eine „Horizon“ vergleichbare interaktive Plattform aufzubauen. Der pauschale Vortrag dahingehend, die Entwicklungskosten für eine solche Plattform seien erheblich und für Kabel BW als eigenständiges Unternehmen nicht zu realisieren, genügt hierfür nicht. Aus dem vorgelegten „Kabel BW Business Plan Detail“ ergibt sich nur, dass Kabel BW derzeit […]. Diese Entscheidung kann aber auf einer schlichten geschäftlichen Entscheidung beruhen und

---

265 Vgl. Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2010, S. 72 u. S. 80.

266 Vgl. Präsentation des Vorstandsvorsitzenden der KDG auf dem NGA Forum am 5. Oktober 2011, S. 3 (Bl. 1535 d. Akte). http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Telekommunikation/Regulierung/NGAForum/15teSitzung/NGAForum20111004_DrHammersteinKabelnetze.pdf?__blob=publicationFile

267 Zur Abgrenzung des relevanten Produktmarkts vgl. die Entscheidungen der Europäischen Kommission vom 15. September 1999, IV/36.539 *British Interactive Broadcasting/Open* und vom 20. Juli 2000, COMP/JV.48 *Vodafone/Vivendi/Canal Plus*.

268 S. Rz. 229.

nicht auf einer strukturbedingten Unfähigkeit zur Entwicklung einer interaktiven Plattform.

295. Schließlich ist es auch in grundsätzlicher Hinsicht unwahrscheinlich, dass Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt für digitale interaktive Dienstleistungen im Rahmen der Abwägungsklausel Berücksichtigung finden können. Bei dem Markt für digitale interaktive Dienstleistungen dürfte es sich um einen Wachstumsmarkt handeln, auf dem gegenwärtig noch kein Unternehmen eine starke oder gar beherrschende Stellung erreicht hat. Für die Anwendung der Abwägungsklausel ist aber, wie bereits eingangs dargelegt, nach ständiger Praxis des Bundeskartellamtes Voraussetzung, dass eine marktbeherrschende Stellung auf dem Verbesserungsmarkt abgebaut wird.

4. Markt für Mobilfunkdienstleistungen

296. Schließlich tragen die Beteiligten vor, der Zusammenschluss führe auch zu Verbesserungen auf dem deutschen Markt für Mobilfunkdienstleistungen, der wiederum aufzuteilen ist in die Märkte für mobile Sprachtelefonie (inklusive SMS) und für mobile Datenübertragung bzw. -kommunikation.[269] Bislang sei hier von den Beteiligten allein Kabel BW tätig, LGI beabsichtige aber, seine Tochtergesellschaften, einschließlich Unitymedia, als sogenannte […] aufzustellen. Ein […] hat nach dem Vortrag der Beteiligten gegenüber reinen Wiederverkäufern von Mobilfunkdienstleistungen über verschiedene Vorteile: […]. Die Beteiligten legen insofern eine interne Präsentation von LGI vor, der zufolge die „kritische Masse“ an Endkunden, ab der der Betrieb eines […] profitabel ist, bei […] Endkunden liegt. Unter Verweis auf den vorgelegten „Kabel BW Business Plan Detail“ führen sie aus, dass Unitymedia und Kabel BW bis […] nur gemeinsam diese Zahl an Mobilfunkendkunden erreichen werden. Das zusammengeschlossene Unternehmen könne dann im Kabel BW-Footprint eine höhere Penetrationsrate im Mobilfunkbereich erreichen als Kabel BW als eigenständiges Unternehmen nach seinen internen Planungen. Hierdurch werde insgesamt ein höherer Wettbewerbsdruck auf DTAG und Vodafone entstehen, die im Markt für Mobilfunkdienstleistungen nach Ansicht der Beteiligten zur Zeit gemeinsam marktbeherrschend sind.

297. Auch diese vorgetragenen Verbesserungswirkungen rechtfertigen keine Anwendung der Abwägungsklausel.

298. Zunächst ist zu konstatieren, dass die Beschlussabteilung bislang nicht festgestellt hat, dass DTAG und Vodafone gemeinsam den Markt für Mobilfunkdienstleistungen beherr-

---

269 Vgl. BKartA, Beschl. v. 13. August 2007, B7 – 61/07 *O2/T-Mobile/Vodafone*, Rdnr. 106.

schen. In den von den Anmeldern insofern angeführten Beschlüssen[270] hat sie zwar Anhaltspunkte hierfür gefunden, über diese Frage aber letztlich nicht entschieden. Insofern ist offen, ob Verbesserungen auf dem Markt für Mobilfunkdienstleistungen grundsätzlich für die Anwendung der Abwägungsklausel in Betracht kommen.

299. Weiter ist noch einmal hervorzuheben, dass bloße Absichtserklärungen ohne strukturelle Verankerung nicht im Rahmen der Abwägungsklausel Berücksichtigung finden können. Ob LGI beschließt, nach einem Zusammenschluss mit Kabel BW einen […] zu betreiben oder nicht, steht in ihrem freien Ermessen. Die jetzige Beurteilung, dass dies vorteilhaft sei, kann sich jederzeit ändern. Betrachtet man den Ist-Zustand, so ist zu konstatieren, dass von den Beteiligten allein Kabel BW (über eine Kooperation mit O2) im Markt tätig ist. Unitymedia bietet keine Mobilfunkdienstleistungen für Endkunden an.

300. Aber auch wenn man davon ausgeht, dass die Planungen von LGI mit Blick auf den Mobilfunkmarkt umgesetzt würden, sind die vorgetragenen Verbesserungswirkungen unzureichend substantiiert. Zunächst geht aus der vorgelegten Präsentation nicht hervor, dass LGI den Betrieb eines […] durch Unitymedia etwa von der erfolgreichen Durchführung des Zusammenschlusses mit Kabel BW abhängig machen würde. Dort heißt es: „LGI is in the process of rolling out full […] across its key markets […]“ und, hierauf bezogen, „Kabel BW will be able to leverage this platform […]“. Insofern ist nicht ersichtlich, dass die von den Anmeldern in Bezug genommene Endkundenzahl von […], die von Unitymedia und Kabel BW nur gemeinsam erreichbar sei, tatsächlich der entscheidende Faktor bei der Entscheidung zur Einrichtung eines […] ist.

301. Zugleich betreibt auch ein […] der vorgelegten Präsentation zufolge nicht etwa ein eigenes Mobilfunknetz und wird damit Infrastrukturwettbewerber, sondern bleibt zu einem erheblichen Teil auf die Vorleistungen der Mobilfunknetzbetreiber angewiesen. Die Beschlussabteilung hat insofern bereits in der Vergangenheit erhebliche Zweifel daran gehabt, dass auf Vorleistungen der Infrastrukturanbieter angewiesene Mobilfunkanbieter entscheidenden Wettbewerbsdruck auf diese ausüben könnten.[271] Diese Zweifel hat sie auch im vorliegenden Fall.

302. Zu berücksichtigen ist schließlich, dass Kabel BW der vorgelegten Präsentation zufolge auch für sich den Einstieg in den Mobilfunkmarkt mittels Einrichtung eines „Light […]“ plant, also offenbar noch über die bestehende Kooperation mit O2 hinausgehen möchte. Die Präsentation enthält daneben den ausdrücklichen Hinweis, dass die Errichtung ei-

---

270 BKartA, Beschl. v. 13. August 2007, B7-61/07 – O2/T-Mobile/Vodafone; Beschl. v. 28. Dezember 2009, B7-170/07 – T-Mobile/Vodafone.

271 Vgl. den Fallbericht zum Beschl. v. 28. Dezember 2009, B7-170/07 – T-Mobile/Vodafone, S. 2.

nes „Light […]“ einen Zwischenschritt zur Einrichtung eines „Full […]“ darstellen kann. Insofern scheint nicht ausgeschlossen, dass Kabel BW auch eigenständig zu einem erheblichen Faktor im Mobilfunkmarkt werden kann, nämlich zunächst über die Errichtung eines „Light […]“ und dann – bei Erreichen der kritischen Endkundenzahl – durch den technisch offenbar möglichen Übergang zum Betrieb eines „Full […]“. Insofern ist auch aufschlussreich, dass die erwarteten Penetrationsraten für Mobilfunk im „Kabel BW Business Plan Detail“ in den beiden betrachteten Szenarien (Kabel BW im Liberty-Verbund / Kabel BW eigenständig) nicht übermäßig voneinander abweichen. Für 2013 kalkuliert Kabel BW auf eigenständiger Basis eine Mobilfunkpenetrationsrate von [10-15]% ihrer Breitbandkunden, Liberty rechnet im Falle des Zusammenschlusses mit einer Penetrationsrate von [10-15]%. Erst für das Jahr 2015 ergibt sich mit [20-25]% gegenüber [15-20] % eine etwas deutlichere Varianz der Liberty-Planung gegenüber der eigenständigen Planung durch Kabel BW. Die relativ geringe und spät eintretende Varianz lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass eine strukturelle Wettbewerbsverbesserung die höhere Penetration ermöglicht.

303. Zu berücksichtigen ist schließlich, dass Kabel BW der vorgelegten Präsentation zufolge auch für sich den Einstieg in den Mobilfunkmarkt mittels Einrichtung eines „Light […]“ plant, also offenbar noch über die bestehende Kooperation mit O2 hinausgehen möchte. Die Präsentation enthält daneben den ausdrücklichen Hinweis, dass die Errichtung eines „Light […]“ einen Zwischenschritt zur Einrichtung eines „Full […]“ darstellen kann. Insofern scheint nicht ausgeschlossen, dass Kabel BW auch eigenständig zu einem erheblichen Faktor im Mobilfunkmarkt werden kann, nämlich zunächst über die Errichtung eines „Light […]“ und dann – bei Erreichen der kritischen Endkundenzahl – durch den technisch offenbar möglichen Übergang zum Betrieb eines „Full […]“. Insofern ist auch aufschlussreich, dass die erwarteten Penetrationsraten für Mobilfunk im „Kabel BW Business Plan Detail“ in den beiden betrachteten Szenarien (Kabel BW im Liberty-Verbund / Kabel BW eigenständig) nicht übermäßig voneinander abweichen. Für 2013 kalkuliert Kabel BW auf eigenständiger Basis eine Mobilfunkpenetrationsrate von [10-15]% ihrer Breitbandkunden, Liberty rechnet im Falle des Zusammenschlusses mit einer Penetrationsrate von [10-15]%. Erst für das Jahr 2015 ergibt sich mit [20-25]% gegenüber [15-20] % eine etwas deutlichere Varianz der Liberty-Planung gegenüber der eigenständigen Planung durch Kabel BW. Die relativ geringe und spät eintretende Varianz lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass eine strukturelle Wettbewerbsverbesserung die höhere Penetration ermöglicht.

VII. Nebenbestimmungen

304. Eine Freigabe unter Nebenbestimmungen ist nur zulässig, aber auch geboten, wenn dadurch die nach § 36 Abs. 1 GWB kritische Verschlechterung der Marktstruktur wirksam verhindert werden kann.[272] Die im Tenor verfügten auflösenden Bedingungen und Auflagen sind erforderlich, damit der Zusammenschluss nicht zur Verstärkung der bestehenden marktbeherrschenden Stellung auf dem Gestattungsmarkt und dem Einspeisemarkt führt. Ohne diese Nebenbestimmungen wäre das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen.

305. Bei der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung i. S. des § 19 Abs. 2 und 3 GWB handelt es sich nach höchstrichterlicher Rechtsprechung um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Daher unterliegt die Frage, ob eine angebotene Nebenbestimmung die Untersagungsvoraussetzungen entfallen lässt, grundsätzlich uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle und liegt nicht im Ermessen der Beschlussabteilung.[273] Die Beschlussabteilung hat dementsprechend von den Zusammenschlussbeteiligten vorgeschlagene Zusagen dann zu akzeptieren, wenn diese geeignet sind, die Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen. Das ist hinsichtlich der mit Schreiben vom 8. Dezember 2011 angebotenen Zusagen der Zusammenschlussbeteiligten zu bejahen.[274] Durch die Summe aller Zusagen werden Marktzutritts- und Marktexpansionsschranken verringert, wobei auf einzelne Elemente nicht verzichtet werden kann.

306. Die verfügten Nebenbestimmungen sind insoweit geeignet, als sie erwarten lassen, dass im Falle ihrer Umsetzung die Untersagungsvoraussetzungen beseitigt werden. Auf dem Gestattungsmarkt stärken die Nebenbestimmungen spürbar den Außenwettbewerb. Auf diese Weise wird die Verringerung des Binnenwettbewerbs kompensiert. Dabei berücksichtigt die Beschlussabteilung insbesondere die Tatsache, dass der Zeitpunkt und die Intensität des vorstoßenden Wettbewerbs durch Kabel BW schwer zu prognostizieren ist und erst auf längere Sicht wahrscheinlich erscheint. Mit Aufrechterhaltung der gegenwärtigen Struktur auf dem bundesweiten Gestattungsmarkt änderte sich innerhalb der nächsten Jahre nach Einschätzung der Beschlussabteilung nur wenig am Wettbewerbsgeschehen. Demgegenüber bietet die Summe der Zusagen im Netzgebiet der Zusammenschlussbeteiligten Wettbewerbern die Möglichkeit, langjährige größere Gestattungsverträge der Zusammenschlussbeteiligten abzulösen. Dabei haben Wett-

---

272 Ruppelt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. Aufl., § 40 GWB Rdn. 28 mit Hinweis auf BGH, Beschl. vom 7.2.2007 DB Regio/Üstra WuW/E DE-R 1681,1692

273 BGH, Beschluss vom 20. April 2010 (Az. KVR 1/09) – *Phonak/ReSound* Rz. 109.

274 Schreiben vom 8. Dezember 2011 (Bl. 2753f d. Akte).

bewerber die Möglichkeit, sich zeitweise oder dauerhaft eines unverschlüsselten digitalen Signals der Zusammenschlussbeteiligten zu bedienen bzw. werden mittel- bis langfristig mit einer deutlich geringeren Anzahl proprietärer Set Top Boxen der Zusammenschlussbeteiligten im Markt konfrontiert sein. Flankiert werden diese Maßnahmen durch die Nebenbestimmungen betreffend Exklusivitäts- und Eigentumsklauseln. Ebenfalls gesichert ist, dass Wettbewerber Kenntnis von den einzelnen im Wege des Sonderkündigungsrechts kündbaren Gestattungsverträgen erlangen.

307. Die vollständige Umsetzung der Nebenbestimmung zur Aufgabe der Grundverschlüsselung und der Nebenbestimmung zur Einräumung eines Sonderkündigungsrechts sowie die Ausgestaltung der Informationspflicht betreffend der Aufgabe von Exklusivitätsvereinbarungen und bestimmter Eigentums- und Rückbauklauseln in Form von auflösenden Bedingungen sind verhältnismäßig. Die Ausgestaltung als Bedingung ist notwendig, um die zeitnahe Umsetzung sicherzustellen, ohne dass ein weiteres Eingreifen des Bundeskartellamts erforderlich wird. Durch das Risiko des Wegfalls der Freigabe werden ausreichende Anreize für die Unternehmen gesetzt, die Maßnahmen umzusetzen. Dabei liegt es ausschließlich in der Sphäre der Zusammenschlussbeteiligten, ob sie den als auflösende Bedingung ausgestalteten Nebenbestimmungen entsprechen wollen. Danach ist die Ausgestaltung geeignet, erforderlich und für die Zusammenschlussbeteiligten auch verhältnismäßig im engeren Sinne.

308. Dagegen war es ausreichend, die übrigen Nebenbestimmungen als Auflagen auszugestalten. Dabei geht es um Anschreiben an eine große Anzahl von Gestattungsgebern, in welchen diesen Unternehmen Vertragsänderungen bzw. Klarstellungen betreffend Exklusivitäts- und Eigentumsregelungen angeboten bzw. überbracht werden. Wegen der Vielzahl von Schreiben kann nicht ausgeschlossen werden, dass in vereinzelten Fällen aus von den Zusammenschlussbeteiligten nicht zu vertretenden Gründen die Nebenbestimmung unzureichend umgesetzt wird. Bei Nichterfüllung solcher Nebenbestimmungen im Einzelfall aber von Rechts wegen den sofortigen Wegfall der Freigabeentscheidung anzuordnen, wäre unverhältnismäßig. Aus demselben Grund wurde auch das Angebot der Vertragsänderung an die NE-4 Betreiber als Auflage ausgestaltet (Anlage 9).

309. Die Beschlussabteilung hat – anders als die Beigeladenen Sky, Eutelsat und RTL[275] – keine Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit der Zusage zur Aufgabe der Grundverschlüsselung. Nach § 40 Abs. 3 S. 2 GWB sind Nebenbestimmungen unzulässig, welche eine laufende Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt erforderlich machen. Dabei ist es für die Frage der Unzulässigkeit weniger entscheidend, ob auf das Verhalten der Zusammenschlussbeteiligten eingewirkt wird, sondern ob durch das abverlangte Verhalten ein struktureller Effekt erzielt wird, der hinreichend wirksam und nachhaltig ist, um eine Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss zu verhindern oder zu kompensieren.[276] Dabei ist insbesondere von Bedeutung, dass die Überwachung des zugesagten Verhaltens keinen Verwaltungsaufwand erfordert, der über die punktuelle Kontrolle hinausgeht, die eine mit begrenzten Ressourcen ausgestattete Behörde leisten kann.[277]

310. Die Beschlussabteilung hat schon im Jahr 2008 die Grundverschlüsselung als Marktzutrittsschranke auf dem Gestattungsmarkt qualifiziert.[278] Diese ergibt sich aus den mit der Grundverschlüsselung einhergehenden erhöhten Kosten des Anbieterwechsels.[279] Je weniger proprietäre Empfangsgeräte in den TV-Haushalten stehen, desto leichter gelingt der Wechsel des Gestattungsnehmers.[280] Ein weiterer struktureller Effekt auf den Wettbewerb auf dem Gestattungsmarkt ist auch insoweit möglich, als durch den teilweisen Fortfall der verschlüsselten Einspeisung im Netzgebiet von Unitymedia Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten auf das unverschlüsselte Signal zurückgreifen können, um eigene Gestattungsverträge zu bedienen, bevor sie selbst durch Ausbau ihres Netzes oder Aufbau einer eigenen Kopfstation das Signal zuliefern können. Daneben entsteht der Beschlussabteilung nur ein vergleichsweise geringfügiger Aufwand, um festzustellen, ob im Unitymedia-Netzgebiet SD-Programmsignale verschlüsselt eingespeist werden. Dies kann stichprobenhaft schon daran festgestellt werden, ob Endnutzer zum Empfang des digitalen Programmsignals weiter eine Smartcard benötigen. Der von den Zusammenschlussbeteiligten den Programmanbietern angebotene Rahmenvertrag

---

275 S. für Sky Schreiben vom 15. November 2011, Bl. 2100ff. d. Akte, für Eutelsat Schreiben vom 16. November 2011, Bl. 2110ff d. Akte, und für RTL Schreiben vom 16. November 2011, Bl. 1998 d. Akte.

276 Bundesgerichtshof, Beschluss v. 7. Februar 2006, KVR 5/05 – DB Regio / üstra, Rz. 81.

277 Vgl. *Dubberstein* in Münchener Kommentar zum deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB, § 40, Rz. 48.

278 BKartA, B7-200/07, Beschluss vom 3. April 2008 - KDG/Orion, Rz. 156.

279 Beispielsweise im erforderlichen Austausch von Set Top Boxen. Diesen möglichen Effekt beschreibt auch die DTAG (Bl 1467 d. Akte). Auch Eutelsat (Stellungnahme vom 5. Dezember 2011, Bl. 2517 d. Akte) betont den Effekt proprietärer Set Top Boxen als Marktzutrittschranke.

280 Proprietär meint dabei, dass die Empfangsgeräte (Set Top Box) nicht ohne weiteres durch Dritte adressierbar und damit für den Empfang ihres Programmsignals nutzbar ist.

bietet eine zusätzliche Absicherung dafür,[281] dass die Verschlüsselung des SD-Signals tatsächlich aufgegeben wird. Sie geben dem kontrahierenden Programmanbietern einen zivilrechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Einspeisung nicht nur ihres, sondern sämtlicher Free-TV Programme in unverschlüsseltem SD-Format einräumt.

1. Unverschlüsselte Verbreitung digitaler Free TV Kanäle

311. Mit Wirkung zum 3. Januar 2013 ist die Verbreitung verschlüsselter digitaler Free TV Programme im SD-Format unbefristet und unwiderruflich in den Netzen von Unitymedia und Kabel BW einzustellen.[282] Zur Umsetzung ist bis zum 31. Januar 2011 allen derzeit im Unitymedia-Netzgebiet verschlüsselt verbreiteten digitalen FreeTV Programmanbietern schriftlich ein entsprechendes unwiderrufliches und unbefristetes Angebot zur Änderung des jeweiligen derzeit geltenden Einspeisevertrages zu machen (Anlage 8). Free-TV Kanäle sind solche Kanäle, die in Deutschland – unabhängig von der lizenzrechtlichen nicht als Pay-TV vermarktet werden.

312. Für den Fall, dass ein Programmanbieter der Vertragsänderung hin zur unverschlüsselten SD-Einspeisung nicht zustimmt, wird Unitymedia im selben Schreiben die Kündigung des derzeit geltenden Einspeisevertrags zum nächstmöglichen Termin aussprechen und dem Vertragspartner ein neues, modifiziertes Angebot zum Abschluss eines Einspeisevertrags ohne SD-Verschlüsselung unterbreiten. Zur zukünftigen und dauerhaften Absicherung des Fortfalls der Verbreitung von verschlüsselten SD-Signalen ist außerdem allen Free TV Programmveranstaltern ein unwiderrufliches Angebot zum Abschluss einer unbefristeten Rahmenvereinbarung zu übermitteln (Anlage 6). Der Rahmenvertrag ist nicht ordentlich kündbar und verpflichtet die Zusammenschlussbeteiligten, ab 3. Januar 2013 digitale SD Free TV Programme unverschlüsselt in ihre Netze einzuspeisen.[283] Schließlich hat die Beteiligte zu 1) den von ihr mit Programmsignal be-

---

281 Die Einräumung eines zivilrechtlich durchsetzbaren Anspruches ergänzt die als auflösende Bedingung statuierte Aufgabe der Grundverschlüsselung. Anders als von Sky behauptet, wird deshalb auch nicht etwa die nach § 40 Abs. 3 S. 2 GWB verbotene laufende Verhaltenskontrolle auf Dritte verlagert (Stellungnahme von Sky vom 13. Dezember 2011, Bl. 2842 d. Akte).

282 SD steht für Standard Definition und bezeichnet eine bestimmte Signalqualität. Entsprechende Signale werden in einem anderen Standard komprimiert (MPEG-2) als Signale im HD (High-Defintion) Standard (MPEG-4). Demnach handelt es sich um unterschiedliche Signale. Zwischen SD und HD besteht ein qualitativer Unterschied. Bilder in der Auflösung HD werden deutlich schärfer vom Betrachter wahrgenommen.

283 Während der ursprüngliche Zusagenvorschlag vom 26. Oktober 2011 noch eine Befristung von fünf Jahren vorsah, wurde die Befristung in dem erweiterten Zusagenangebot vom 29. November 2011 ausdrücklich aufgehoben (Stellungnahme vom 29. November 2011 Bl. 2425 d. Akte). Die von den Zusammenschlussbeteiligten für die fünfjährige Befristung genannte Begründung, dass eine entsprechende Vereinbarung andernfalls sittenwidrig wäre [Schreiben vom 26. Oktober 2011 (Bl. 1741 d. Akte)], überzeugt nicht. So hat der BGH (Az. VIII ZR 210/73) für Dauerschuldverhält-

lieferten NE 4-Betreibern eine Änderung ihrer Signallieferungsverträge hinsichtlich der Belieferung mit unverschlüsselten SD-Signalen anzubieten (Anlage 9).

313. Soweit das der Beschlussabteilung vorliegende Musterschreiben der Zusammenschlussbeteiligten (Anlage 8) auch Änderungen hinsichtlich des Abrechnungsmodells der digitalen Einspeisung gegenüber den Programmanbietern sowie eine Entgelthöhengarantie gegenüber den Free-TV Programmanbietern enthält, sind diese Bestimmungen nicht Bestandteil der auflösenden Bedingung. Die Änderung des Abrechnungsmodells und die Deckelung der Entgelte sind für die Beseitigung der wettbewerblichen Bedenken der Beschlussabteilung nicht unmittelbar erforderlich.

314. Dies Pflicht zur Nichtverschlüsselung gilt grundsätzlich auch für HD Free TV Programme. Allerdings ist eine verschlüsselte Einspeisung insoweit möglich, als der HD Programmveranstalter dies zur Voraussetzung der Einspeisung macht (Anlage 8).

1.1 Strukturelle Wirkung der Aufgabe der Grundverschlüsselung auf dem Gestattungsmarkt

315. Die strukturelle Wirkung der Aufgabe der Grundverschlüsselung auf dem Gestattungsmarkt ist begrenzt und deshalb für sich genommen nicht hinreichend für die Beseitigung der Untersagungsvoraussetzungen auf diesem Markt. Dass sie nur hinsichtlich des SD-Signal zwingend ist,[284] nimmt ihr indes nicht die (begrenzte) Wirkung. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Verbreitung von Signalen im SD-Format ohnehin in absehbarer Zeit eingestellt würde. Davon aber ist nach Einschätzung der Beschlussabteilung nicht auszugehen. Auch wenn die Verbreitung von Signalen im HD künftiger Standard werden wird, erwartet die Beschlussabteilung, dass in den kommenden Jahren SD und HD Signale parallel ausgestrahlt werden.[285] Für den Empfang des HD Signals ist sowohl ein HD-fähiger Receiver als auch ein HD-fähiger Fernseher erforderlich. Laut Ermittlungen der ZAK verfügten im Juli 2011 lediglich 16% aller Kabel Fernsehhaushalte über eine entsprechende Ausstattung.[286] Einem Kabelnetzbetreiber, welcher sich nur noch auf die Ausstrahlung von HD-Signale beschränkte, drohte folglich ein massiver Verlust an tech-

---

nisse entschieden, dass im Grundsatz das Recht zur ordentlichen Kündigung auch ohne zeitliche Begrenzung ausgeschlossen werden kann.

284 Nach Einschätzung der Beschlussabteilung ist es sehr wahrscheinlich, dass namentlich die großen privaten Sendergruppen, RTL und Pro7Sat1, an der verschlüsselten Ausstrahlung von HD Programmen auch in Zukunft festhalten werden.

285 Siehe insbesondere das Schreiben der ZAK vom 18. November 2011 (Bl. 2300A d. Akte).

286 Anlage 1 des Schreibens vom 18. November 2011 (Bl. 2302 d. Akte). Auch die RTL-Gruppe hat in ihrer Antwort im August 2011 angegeben, dass nach ihrer Einschätzung die Einspeisung von Signalen in SD Qualität in absehbarer Zeit nicht durch die EInspeisung in HD-Qualität ersetzt werden wird (Antwort Frage 4).

nischer Reichweite. Auch erscheint es äußert unwahrscheinlich, dass Gestattungsgeber unter Berücksichtigung der Interessen ihrer Mieter die ausschließliche Belieferung mit HD-Signalen nachfragen würden.

Reine NE 4 Betreiber

316. Nach Angaben der Zusammenschlussbeteiligten ermöglicht das Zusagenangebot reinen NE-4 Betreibern, stärkeren Wettbewerbsdruck auf die Regionalgesellschaften auszuüben.[287] Tatsächlich ist der Wettbewerbsdruck, welchen diese Anbieter auf die Zusammenschlussbeteiligten ausüben, nach Einschätzung der Beschlussabteilung sehr gering.[288]

317. Die Beschlussabteilung geht in ständiger Praxis davon aus,[289] dass reine NE 4 Betreiber zwar auch im Wettbewerb um die Gestattungsverträge im Netzgebiet der jeweiligen Regionalgesellschaft stehen. Dieser Wettbewerb aber ist aufgrund der bestehenden Abhängigkeit von Signallieferungen der jeweiligen Regionalgesellschaft bei weitem nicht so ausgeprägt, wie der Wettbewerb zwischen integrierten NE 3/NE 4-Betreibern.[290] Insbesondere der Preiswettbewerb ist gehemmt. Durch die bestehende Signallieferbeziehung ist der Preissetzungsspielraum des NE-4 Betreibers stark eingeschränkt. Das bezogene Programmsignal kann auch nicht verändert werden. Im Falle des Infrastrukturwettbewerbs über beide Netzebenen bezieht sich der Wettbewerb demgegenüber 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.[291] Dabei handelt es sich um eine Einschätzung, welche sich im Hinblick auf die zunehmende Vermarktung multimedialer Dienstleistungen über das Koaxialkabel noch verstärkt. Zu einem solchen Angebot sind reine NE-4 Betreiber bereits technisch nicht in der Lage.

---

287 Schreiben vom 21. Oktober 2011 (Bl. 1574 d. Akte).

288 Auf diesen Punkt weisen u.a. Eutelsat und NetCologne in ihrer jeweiligen Stellungnahme hin, (Eutelsat, Schreiben vom 16. November 2011 Bl. 2117 d. Akte), (NetCologne, Schreiben vom 15. November 2011, Bl. 2029 d. Akte).

289 Darauf hat die Beschlussabteilung die Zusammenschlussbeteiligten auch bereits mit Schreiben vom 17. Oktober 2011 hingewiesen (Bl. 1422 d. Akte).

290 Seit Wegfall der Ex-ante Regulierung im Oktober 2010 ist Unitymedia im Grundsatz auch nicht länger daran gehindert, sein Standardangebot für die Signallieferung, im Hinblick auf Leistung und Entgelt zu Ungunsten seiner Nachfrager zu verändern.

291 BKartA, B7-200/07, Beschluss vom 3. April 2008 - KDG/Orion, Rz. 167, 168; 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.

318. Der Markttest bestätigt die Einschätzung der Beschlussabteilung. Zwar haben drei befragte NE 4-Betreiber angegeben, der Wegfall der Grundverschlüsselung sei „sehr wichtig“ oder „wichtig“ für ihren Erfolg im Gestattungmarkt.[292] Die Antworten dieser Betreiber machen aber zugleich deutlich, dass sie den Vorteil des Wegfalls der Grundverschlüsselung in einer Stärkung ihrer Wettbewerbsposition im Verhältnis zu den Verbreitungswegen Satellit und DVB-T sehen.[293] Aus den Antworten ergibt sich nicht, dass die Anbieter im Fortfall der Grundverschlüsselung einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den das Signal liefernden Zusammenschlussbeteiligten sehen. Insofern scheint der Fortfall der Grundverschlüsselung grundsätzlich zu einer Stärkung der Wettbewerbsposition reiner NE 4-Betreiber gegenüber dem von Satellitenlösungen und DVB-T ausgehenden Substitutionsdruck durch Eigenversorgung geeignet zu sein, aber nicht zu einer Stärkung der Wettbewerbsposition gegenüber dem Oligopol der Regionalgesellschaften.

Integrierte Anbieter

319. Nach Angaben der Zusammenschlussbeteiligten liegt der Vorteil des Zusagenangebots für integrierte Anbieter vor allem darin, ohne eigene Investitionen auf ein unverschlüsseltes digitales SD Signal zurückzugreifen zu können um auf diese Weise eigene Investitionen zeitlich zu strecken.[294]

320. Der Markttest hat ergeben, dass kein integrierter Anbieter derzeit eine solche Strategie verfolgt. Nach Aussage von Pepcom bezieht diese das (verschlüsselte) Programmsignal von Unitymedia gegenwärtig lediglich zur Restversorgung bei größeren Verträgen, innerhalb derer einzelne Objekte nur mit unverhältnismäßigem Aufwand an die eigene NE 3 angeschlossen werden können.[295] Auch NetCologne bezieht derzeit punktuell Signale von Unitymedia, um Nutzerverträge bedienen zu können, sieht aber kein übergreifendes Geschäftsmodell darin, Projekte zunächst als reiner NE 4-Betreiber anzugehen und diese erst im Anschluss an die eigene NE 3 anzubinden.[296] Nach Angaben der DTAG bedient diese sich überhaupt keines Signals der Zusammenschlussbeteiligten.[297] Die im

---

292 Antwort 6 Wienholt&Horstmann, Bl. 109 Ordner Markttest; Antwort 6 Cable 4, Bl. 122 Ordner Markttest; Antwort 6 Allbau, Bl. 247 Ordner Markttest. Andere NE 4-Betreiber ordnen den Wegfall der Grundverschlüsselung allerdings als „unbedeutend“ ein, vgl. Antworten 6 von Immomedia, Volkswohnung und MET, Bl. 74, 82 und 96 Ordner Markttest.

293 Antwort 6 Wienholt&Horstmann (Bl. 109 Ordner Markttest); Antwort 6 Allbau (Bl. 247 des Ordners Markttest); Anlage 1 zur Antwort Cable 4 (Bl. 127 Ordner Markttest).

294 Schreiben vom 21. November 2011 (Bl. 2356 d. Akte).

295 Pepcom, (Bl. 152 Ordner Markttest).

296 Antwort von NetCologne vom 15. November 2011 (Bl. 357f Ordner Markttest). NetCologne verweist im Übrigen darauf, dass Unitymedia es im umgekehrten Fall ebenso hält und im Einzelfall vorübergehend ein Signal von NetCologne bezieht.

297 DTAG (Bl. 1467 d. Akte).

Rahmen des Markttests ausdrücklich gestellte Frage, ob ein Signalbezug von Unitymedia die Möglichkeit verleiht, Investitionen in die eigene NE 3 zeitlich zu strecken, hat keiner der antwortenden integrierten Netzbetreiber bejaht. Insgesamt sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Behauptung der Anmelder zutrifft, der zeitweise Bezug des Programmsignals bis zur Anbindung an die eigene NE 3 werde die integrierten Netzanbieter in die Lage versetzen, verstärkt in Wettbewerb zu den Zusammenschlussbeteiligten zu treten. Gesichert ist danach nur, dass die Aufgabe der Grundverschlüsselung ihre Position insoweit stärkt, als sie bei erfolgreichem Gebot um ein Gestattungsvertag gegen Unitymedia nicht gezwungen sein werden, sämtliche Set Top Boxen auszutauschen bzw. der Gestattungsgeber im Falle einer überschaubaren Anzahl von proprietären Set Top Boxen im Gestattungsobjekt – erforderlich sind diese künftig nur noch für den Empfang von Pay-TV – eher wechselgeneigt sein wird.

321. Diverse integrierte Betreiber betonen, dass der Wegfall der Grundverschlüsselung sogar wettbewerbshemmende Wirkung hätte.[298] Denjenigen Kabelnetzbetreibern, welche ihr Programmsignal über eine eigene Kabelkopfstation beziehen, würde ein wichtiges Argument im Gestattungswettbewerb mit Unitymedia genommen. Diejenigen Kabelnetzbetreiber, welche infolge der Einführung der Grundverschlüsselung bei den Regionalgesellschaften ebenfalls Einspeiseverträge über die verschlüsselte Einspeisung geschlossen haben und über den 1. Januar 2013 hinaus vertraglich daran gebunden sind, sehen sich insoweit sogar im Nachteil gegenüber einer ein unverschlüsseltes Signal anbietenden Unitymedia.[299] Letzteres scheint der Beschlussabteilung allerdings ein vorübergehendes Phänomen, so dass für die Beschlussabteilung auch unter diesen Umständen die positiven Wirkungen der Aufgabe der Grundverschlüsselung überwiegen.

Telekommunikationsanbieter

322. Die Zusammenschlussbeteiligten weisen ausdrücklich darauf hin, dass das unverschlüsselte Programmsignal auch Telekommunikationsunternehmen zur Verfügung stünde.[300] Danach können diese Unternehmen, die bislang auf der Basis der ADSL Technologie nur in geringem Umfang den Bedürfnissen der Gestattungsgeber nach einer Versorgung der Wohnungen mit unverschlüsselten digitalen TV Signalen nachkommen konnten, infolge der Zusage die digitale TV-Grundversorgung selbständig anbieten, ohne eigene Investitionen in die bestehende DSL-Infrastruktur vornehmen zu müssen. So wäre es

298 DTAG (Bl. 234 Ordner Markttest), Antwort Wilhelm.tel,(Bl. 170 Ordner Markttest).

299 Eutelsat, Schreiben vom 16. November 2011 (Bl. 2129 d. Akte).

300 Ergänzende Erläuterungen der Zusammenschlussbeteiligten vom 9. November 2011 (Bl. 1960 d. Akte).

diesen Unternehmen möglich, sofort ihre bisherigen DSL-Produkte mit dem unverschlüsselten Digital-TV-Signal zu bündeln und damit ein Triple-Play-Angebot abgeben.

323. Die Beschlussabteilung misst der Zusage auch im Hinblick auf Telekommunikationsanbieter – insbesondere kurzfristig – keine große Bedeutung für die Stärkung des Außenwettbewerbs bei. Telekommunikationsanbieter müssten, insoweit einem reinen NE-4 Betreiber vergleichbar, ein Vorleistungsprodukt der Zusammenschlussbeteiligten einkaufen und könnten damit im Hinblick auf wesentliche Wettbewerbsparameter nur eingeschränkt mit den Zusammenschlussbeteiligten konkurrieren.[301] Auch ist zu berücksichtigen, dass Telekommunikationsanbieter aktuell nicht über das erforderliche Know-how eines Kabelnetzbetreibers verfügen. Die Technologie, welche Grundlage der Angebote von Telekommunikationsunternehmen ist, unterscheidet sich von derjenigen Technologie, auf Basis derer ein Kabelnetzbetreiber seine Dienstleistungen erbringt.

1.2 Strukturelle Wirkung der Aufgabe der Grundverschlüsselung auf dem Einspeisemarkt

324. Nach Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten führt die Aufgabe der Grundverschlüsselung zur „Entkoppelung“ von Einspeisung und Verschlüsselung. Indem Unitymedia die unverschlüsselte Verbreitung von Free-TV Signalen anbietet, seien FreeTV Programmanbieter, die ihr Programm im Netzgebiet von Unitymedia verbreiten möchten, nicht länger verpflichtet, neben der reinen Transportleistung eine zusätzliche Leistung (die Verschlüsselung) in Anspruch zu nehmen.[302]

325. Mehrere Programmanbieter und weitere Verfahrensbeteiligte begrüßen im Grundsatz das Angebot zur Aufgabe der Grundverschlüsselung.[303] Allerdings werden zur Begründung an erster Stelle Verbraucherinteressen genannt.[304] Demgegenüber adressiert die Zusage nach Ansicht von RTL nicht die Bedenken der Beschlussabteilung in Bezug auf den Einspeisemarkt.[305] Auch die Pro7Sat1 Gruppe bemängelt, dass der Zusagenvorschlag die Einführung neuer Produkte und Dienste durch Programmanbieter

---

301 Einzelheiten dazu bereits unter Rz. 317. An dieser Stelle wurde auch schon auf mit Wegfall der ex-ante Regulierung geschaffene Möglichkeit hingewiesen, durch Verschlechterung der Bedingungen für den Signalbezug dem Nachfrager jeglichen wirtschaftlichen Anreiz zu nehmen bzw. stark zu beschränken.

302 Schreiben der Zusammenschlussbeteiligten vom 26. Oktober 2011 (Bl. 1734 d. Akte).

303 HSE 24 (Bl. 2141 d. Akte), SWR Schreiben vom 14. November 2011 (Bl. 2061 d. Akte), Stellungnahme des ZDF vom 9. November 2011 (Bl. 1976 d. Akte), QVC, Stellungnahme vom 16. November 2011 (Bl. 2139 d. Akte).

304 Demgegenüber hält der von den Zusammenschlussbeteiligten auf eigene Initiative hin über das Zusagenangebot vom 26. Oktober 2011 informierte Verbraucherverband Bundeszentrale in seiner gemeinsamen Stellungnahme mit dem Deutschen Mieterbund die Zusagen für unzureichend (Bl. 2333 d. Akte).

305 Stellungnahme vom 16. November 2011 (Bl. 1998 d. Akte).

– und damit das von der Beschlussabteilung angesprochene wettbewerbliche Bedenken eines reduzierten Innovationswettbewerbs – nicht adressiert.[306] Dezidiert ablehnend zum Zusagenvorschlag äußert sich der PayTV Anbieter Sky.[307] So würde das Problem der Zwangskoppelung hinsichtlich eines PayTV Programmanbieters überhaupt nicht adressiert.[308]

326. In Rz. 315ff. wurde bereits die strukturelle Wirkung der Aufgabe der Grundverschlüsselung auf dem Gestattungsmarkt beschrieben. Diese bewirkt zugleich eine strukturelle Verbesserung auf dem Einspeisemarkt. In dem Maße, in dem die Aufgabe der Grundverschlüsselung den Außenwettbewerb auf dem Gestattungsmarkt stärkt, verringert sich die technische Reichweite der Zusammenschlussbeteiligten auf dem Einspeisemarkt. Im Übrigen wird mit Aufgabe der Grundverschlüsselung ein Zuwachs an Verhandlungsmacht gegenüber Free-TV Programmanbietern wirksam beschränkt. Zukünftig ist die Verschlüsselung eines digitalen SD Signals ausgeschlossen. Unitymedia hat sich dieses Parameters begeben. Kein Free-TV Programmanbieter kann demnach künftig in die Verschlüsselung gezwungen werden. Dasselbe gilt im Grundsatz betreffend des HD-Signals. Auch insoweit erfolgt die Einspeisung unverschlüsselt, soweit nicht die Programmveranstalter auf Verschlüsselung als Voraussetzung der Einspeisung bestehen.

2. Aufgabe von Exklusivitätsrechten

327. Die Zusammenschlussbeteiligten verzichten auf alle etwaigen Exklusivitätsrechte in Gestattungsverträgen, welche über das spezifische, von den Zusammenschlussbeteiligten für die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten genutzte Koax-Hausverteilnetz hinausgehen. Zu diesem Zweck werden die Zusammenschlussbeteiligten bis zum 31. Januar 2012 ein Schreiben entsprechend der Anlage 4 an alle Gestattungsgeber versenden. Bis zum selben Zeitpunkt ist der Verzicht auf entsprechende Exklusivitätsrechte durch Platzierung eines deutlich erkennbaren Hinweises und Verlinkung des dieser Entscheidung als Anlage 4 beigefügten Musterschreibens auf ihren jeweiligen Internet-Homepages öffentlich

---

306 Stellungnahme vom 18. November 2011 (Bl. 2344 d. Akte).

307 Stellungnahme vom 15. November 2011 (Bl. 2088f. d Akte), Stellungnahme vom 6. Dezember 2011 (Bl. 2683f. d. Akte), Stellungnahme vom 13. Dezember 2011, (Bl 2841f. d. Akte).

308 Mit Nebenbestimmungen kann ausschließlich die Verschlechterung der Marktverhältnisse durch den Zusammenschluss kompensiert werden. Demgegenüber kann nicht verlangt werden, dass sich die Marktverhältnisse verbessern. Das aber wäre hinsichtlich von PayTV der Fall, wenn man – wie Sky – die Aufgabe der Zwangskoppelung verlangte. Die Zwangskoppelung findet sowohl im Netz von Unitymedia als auch in demjenigen von Kabel BW statt. Die Zwangskoppelung entsteht danach nicht erstmals infolge des Zusammenschlusses bzw. wird nicht infolge des Zusammenschlusses auf das Netzgebiet von Kabel BW ausgeweitet.

anzuzeigen. Die Beteiligten haben die Möglichkeit, die Veröffentlichung zum 1. Januar 2014 zu beenden.

328. Die Gestattungsverträge von Unitymedia enthalten zwei Arten von Exklusivitätsvereinbarungen.[309] Es handelt sich hierbei um enge Exklusivitätsklauseln einerseits und weite Exklusivitätsklauseln andererseits.[310] Gestattungsverträge, die eine enge Exklusivitätsklausel enthalten, sehen vor, dass Unitymedia exklusiv berechtigt ist, in den vertragsgegenständlichen Objekten ihre Multimedia-Produkte über das von Unitymedia errichtete Breitbandkabel an die Bewohner zu vermarkten und mit diesen individuelle, entgeltpflichtige Nutzungsverträge abzuschließen.[311] Die Errichtung paralleler hausinterner Infrastrukturen ist durch diese Art von Exklusivitätsklauseln somit nicht ausgeschlossen. Gestattungsverträge, die eine weite Exklusivitätsklausel enthalten, untersagen dem Gestattungsgeber die Errichtung einer parellelen (z.B. FTTH- oder Koax-) Infrastruktur zur Versorgung des Hauses. Diese Gestattungsgeber erlauben, so heißt es in der Klausel, ausschließlich Unitymedia bzw. den mit ihr verbundenen Unternehmen die Errichtung und den Betrieb einer [Hausverteil]Anlage und verpflichten sich, eine solche weder selbst zu errichten noch eine Errichtung durch Dritte zu genehmigen. Solche Exklusivitätsklauseln schließen nicht nur parallele Koax-Infrastrukturen und FTTH aus, sondern können sogar der kollektiven Satellitenversorgung durch einen Drittanbieter entgegenstehen, da diese für die Verteilung seiner Signale eine (parallele) Hausverteilanlage benötigt.

329. Auf Nachfrage sah sich Unitymedia außer Stande, mitzuteilen, wann weite Exklusivitätsklauseln letztmals verwendet wurden. Bekannt ist die Verwendung in einem Gestat-

---

309 Memorandum zum Fragebogen vom 14. November 2011(Bl. 313f. Ordner Markttest).
Im Übrigen verweist Unitymedia auf ein Urteil des OLG Köln vom 26. Februar 1996, in welchem dieses entschieden hat, dass Exklusivitätsklauseln zur Rundfunk-Versorgung über Koax-Netze nicht nur rechtlich zulässig sind, sondern sogar ohne ausdrückliche Vereinbarung dem Kabelnetzbetreiber ein exklusives Versorgungsrecht zusteht. Ob diese natürliche Exklusivität auch gegenüber der Versorgung der Hausbewohner mit Rundfunksignalen über das parallel bestehende Kupfernetz (IPTV über DSL) gilt, war damals nicht streitgegenständlich. Unitymedia versteht aber das Urteil im Sinne einer weiten Exklusivität (Memorandum zum Fragebogen vom 14. November 2011, Bl. 314 Ordner Markttest).

310 Im Übrigen verweist Unitymedia auf ein Urteil des OLG Köln vom 26. Februar 1996 (Az. 16 U 43/95), in welchem dieses entschieden hat, dass Exklusivitätsklauseln zur Rundfunk-Versorgung über Koax-Netze nicht nur rechtlich zulässig sind, sondern sogar ohne ausdrückliche Vereinbarung dem Kabelnetzbetreiber ein exklusives Versorgungsrecht zusteht. Ob diese Exklusivität auch gegenüber der Versorgung der Hausbewohner mit Rundfunksignalen über das parallel bestehende Kupferdrahtnetz (IPTV über DSL) gilt, war damals nicht streitgegenständlich. Unitymedia versteht aber das Urteil im Sinne einer weiten Exklusivität (Memorandum zum Fragebogen vom 14. November 2011, Bl. 314 Ordner Markttest).

311 Befindet sich das Netz im Eigentum des Kabelnetzbetreibers, dürfte sich die Rechtmäßigkeit einer solchen Vereinbarung bereits aus § 903 BGB ergeben.

tungsvertrag im Jahr 2000 und im Jahr 2003. Nach Einschätzung von Unitymedia sind ca.nur [< 20.000] WE von weiten Exklusivklauseln umfasst.[312]

330. Kabel BW lässt sich im Rahmen der sog. Multimediagestattung sowie der NE4-Modernisierungsvereinbarungen und der NE4- Kauf- und Mietvereinbarung eine Exklusivität bezüglich des verwendeten bzw. modernisierten Breitband-Hausverteilnetzes hinsichtlich des Angebots von Produkten über Breitbandkabelnetze sowie der Errichtung/Umrüstung/Modernisierung von Breitbandkabelnetzen einräumen. Diese endet spätestens mit Ende der zugrundeliegenden Verträge und bezieht sich nicht auf alternative Infrastrukturen (Nicht-Koax-Netze). Die Anzahl der von Exklusivitätsvereinbarungen betroffenen Wohneinheiten liegt bei [< 40.000].[313]

331. Die Beschlussabteilung hält weite Exklusivitätsklauseln für kartellrechtlich bedenklich. Sie behindern in erheblicher Weise Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt erscheint. Als sachliche Rechtfertigung scheidet insbesondere der Investitionsschutz bzw. das Amortisationsinteresse des Kabelnetzbetreibers aus. Diesem wird regelmäßig bereits durch die Länge der Vertragslaufzeit Rechnung getragen. Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung beurteilt der Kabelnetzbetreiber im Regelfall die absolute Vorteilhaftigkeit eines Gestattungsprojekts anhand der garantierten Einnahmen aus dem Verkauf des Programmsignals. Die darüber hinaus gehende Sicherung des Absatzes multimedialer Dienstleistungen wie Internet und Telefonie durch Exklusivitätsklauseln ist deshalb kartellrechtlich zweifelhaft, weil sie die Wettbewerbschancen Dritter zusätzlich beschränkt. Deren Möglichkeiten auf dem Gestattungsmarkt und benachbarten Märkten aber sind regelmäßig ohnehin schon aufgrund der langer Vertragslaufzeit und Sammelinkassoverträgen eingeschränkt, Eine noch weitergehende Minimierung des wirtschaftlichen Risikos des Gestattungsnehmers durch Exklusivitätsklauseln ist im Interesse des Wettbewerbs deshalb sachlich nicht geboten. Werden entsprechende Klauseln durch marktbeherrschende Kabelnetzbetreiber verwendet, verstoßen sie nach Auffassung der Beschlussabteilung deshalb regelmäßig gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB.

332. Unitymedia spricht im Zusammenhang von Exklusivitätsklauseln von einer objektiv bestehenden Rechtsunsicherheit, welche nunmehr beseitigt würde. Der Beschlussabteilung sin*d* aus der Praxis bislang keine Probleme mit entsprechenden Klauseln bekannt. Der Markttest hat nicht ergeben, dass Wettbewerber im Wegfall von Exklusivitätsklauseln einen signifikanten Vorteil im Gestattungsmarkt sehen würden. Sie weisen darauf

---

312 Email vom 24. November 2011 (Bl. 352 Ordner Markttest).

313 Antwort vom 14. November 2011,Frage 6 (Bl. 322 Ordner Markttest).

hin, dass das im Haus verlegte Koaxialkabel nur von einem TV-Signalanbieter genutzt werden kann,[314] so dass ein Wegfall von Exklusivität im laufenden Gestattungsvertrag für einen konkurrierenden Kabelnetzbetreiber nur dann Relevanz erlangt, wenn er im Haus eine eigene parallele Infrastruktur aufbaut.[315] Hierfür sehen die Wettbewerber aber wenig Anreize, da wegen des schon abgeschlossenen Gestattungsvertrags die eigene Versorgung von Hausbewohnern mit dem Rundfunksignal regelmäßig unmöglich ist[316] und somit eine wichtige Einnahmequelle wegfällt, die zur Refinanzierung der Alternativinfrastruktur benötigt würde.[317] Im Übrigen zweifelt wenigstens ein Wettbewerber auch daran, ob Hauseigentümer überhaupt die Gestattung für die Errichtung einer weiteren Kabelinfrastruktur im Haus erteilen würden, da hier – anders als bei einem etwaigen Glasfaserausbau – keine Verbesserung der Servicequalität in Aussicht stehe.[318]

333. Größere Bedeutung hat die Aufgabe gegebenenfalls für den Glasfaserausbau, worauf die Zusammenschlussbeteiligten[319] ebenso wie ein im Markttest befragtes Unternehmen hinweisen.[320] Allerdings hat das aus Sicht der Beschlussabteilung am Glasfaserausbau zum Endkunden (FTTH) am meisten interessierte Unternehmen, die DTAG, ebenfalls angegeben, dass ein FTTH-Ausbau in einem über Kabel mit Rundfunksignal vollversorgten Objekt nicht refinanzierbar ist.[321] Darüber hinaus ist unklar, inwieweit vom Glasfaserausbau Impulse auch auf den Gestattungsmarkt und nicht nur auf die Einzelkundenmärkte ausgehen würden.

334. Positiv äußert sich schließlich Vodafone. Dem Unternehmen zufolge soll der Verzicht auf Exklusivität den Abschluss von Gestattungsverträgen deutlich erleichtern, weil der Gestattungsgeber die Möglichkeit und den Anreiz hat, Alternativangebote einzuholen und zu verhandeln.[322] Auf Rückfrage hat Vodafone angegeben, insbesondere § 45a Abs. 3 TKG zeige, dass ein Gestattungsgeber zugleich mehrere Gestattungsverträge abschließen könne, so dass ein Anreiz zur Einholung von Alternativangeboten auch im laufen-

---

314 Wilhem.tel (Bl 168 Ordner Markttest).

315 Wilhem.tel (Bl 169 Ordner Markttest); NetCologne, (Bl. 226 Ordner Markttest).

316 Dies ist insbesondere auf das Nebenkostenprivileg für die Kabelanschlusskosten zurückzuführen. Ein Mieter, der bereits über die Nebenkosten für das Programmsignal bezahlt, wird kaum einen weiteren Vertrag hierüber abschließen, vgl. die Stellungnahme des BFW (Bl. 260 Ordner Markttest); ebenfalls, Telefonica (Bl. 116 Ordner Markttest)

317 Telefonica (Bl. 116 Ordner Markttest); Pepcom (Bl. 152 f Ordner Markttest); DTAG (Bl. 235 Ordner Markttest).

318 Wilhem.tel (Bl. 168 Ordner Markttest).

319 Schreiben vom 26. Oktober 2011 (Bl. 1742 d. Akte).

320 Pepcom (Bl. 153 Ordner Markttest).

321 DTAG (Bl. 235 Ordner Markttest),

322 Vodafone (Bl. 204 Ordner Markttest).

den Gestattungsvertrag bestehen könne.[323] Diese Ansicht überzeugt die Beschlussabteilung indes nicht. Ihr ist kein Fall bekannt, in dem die Anwendung von § 45a Abs. 3 TKG bereits einmal zum Abschluss paralleler Gestattungsverträge geführt hätte.

335. Nach Auffassung der Beschlussabteilung stellen Exklusivitätsklauseln eine Marktzutrittsschranke dar, deren praktische Bedeutung scheint aber bis auf weiteres gering, weshalb die Beschlussabteilung zwar einen Zusammenhang mit dem Außenwettbewerb sieht, auch dieser Nebenbestimmung aber nur eine begrenzte Bedeutung für die Stärkung des Außenwettbewerbs zumisst. Die Tatsache, dass mit der Nebenbestimmung eine Marktzutrittsschranke adressiert und beseitigt wird, macht diese dessen ungeachtet zu einem wesentlichen Element des Gesamtpakets, welches in der Summe geeignet und erforderlich ist, die wettbewerblichen Bedenken der Beschlussabteilung zu beseitigen.

3. Eigentum am Hausverteilnetz/ Rückbau

336. Die Zusammenschlussbeteiligten erklären gegenüber sämtlichen Gestattungsgebern den Verzicht auf etwaige Regelungen, die zur Folge haben, dass das Eigentum an dem Hausverteilnetz nach Ablauf der vertraglichen vereinbarten Mindestvertragslaufzeit weiterhin bei den Zusammenschlussbeteiligten bleibt. Zu diesem Zweck werden die Zusammenschlussbeteiligten bis zum 31. Januar 2012 ein Schreiben entsprechend der Anlage 5 an alle Gestattungsgeber versenden. Bis zum selben Zeitpunkt ist der Verzicht auf entsprechende Eigentums- und Rückbaurechte durch Platzierung eines deutlich erkennbaren Hinweises und Verlinkung des dieser Entscheidung als Anlage 5 beigefügten Musterschreibens auf ihren jeweiligen Internet-Homepages öffentlich anzuzeigen. Die Beteiligten haben die Möglichkeit, die Veröffentlichung zum 1. Januar 2014 zu beenden.

337. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist es möglich,[324] dass es sich beim Hausverteilnetz um einen Scheinbestandteil des Grundstücks gemäß § 95 Abs. 2 BGB handelt. Die sachenrechtliche Zuordnung des Hausverteilnetzes ist damit grundsätzlich der vertraglichen Ausgestaltung zugänglich.

338. Eine Reihe von kleineren Marktteilnehmern schätzt die Bedeutung der Eigentumsposition am Hausverteilnetz nach Ablauf des Gestattungsvertrags als wichtig oder sehr wichtig ein.[325] Allerdings scheinen diese Einschätzungen eher abstrakten Überlegungen als

---

323 E-Mail vom 22. November 2011 (Bl. 292 Ordner Markttest).

324 BGH, Urteil vom 19. September 2003 (Az. V ZR 319/01) Rz. 6.

325 Vgl. die Antworten von Immomedia, Bl. 78 Ordner Markttest; Volkswohnung, Bl. 86 Ordner Markttest; Wienholt, Bl. 113 Ordner Markttest; Deutsche Telekabel, Bl. 145 Ordner Markttest, Allbau, Bl. 251 Ordner Markttest. Das Unternehmen Wilhelm.tel schätzt die Bedeutung der Eigentumslage am Hausverteilnetz zwar ebenfalls als „sehr wichtig“ ein (Bl. 175 Ordner Markttest), betont

einer erhofften unmittelbaren Verbesserung der Wettbewerbsposition gegenüber den Regionalgesellschaften geschuldet zu sein. Als Begründung für die Bedeutung des Eigentums wird insofern etwa angegeben, das Eigentum an der Hausverteilanlage ermögliche die freie Wahl eines Signallieferanten;[326] stärke die Verhandlungsposition bei Auslaufen des Vertrags[327] bzw. gebe Sicherheit, weiter zu versorgen;[328] ermögliche dem Gestattungsgeber, „Herr im eigenen Haus“ zu seien.[329]

339. Dafür das die derzeitige Situation im Hinblick auf die Möglichkeit des Gestattungswettbewerb hinreichend ist, spricht das Ergebnis auf die Frage der Beschlussabteilung, inwieweit eine ungeklärte Eigentumslage in Bezug auf das Hausverteilnetz bzw. eine Klausel, nach der der Kabelnetzbetreiber das Eigentum am Hausverteilnetz nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit behält, die Gefahr einer Rückbaudrohung des ursprünglichen Netzbetreibers bei einem beabsichtigten Wechsel des Gestattungsnehmers birgt.[330] Lediglich zwei Kabelnetzbetreiber gaben an, im Gestattungswettbewerb häufig durch Rückbauandrohungen behindert zu werden. Die übrigen neun antwortenden Kabelnetzbetreiber gaben zur Antwort, dass das nie bzw. sehr selten der Fall sei.[331]

340. Diverse tendenziell größere Marktteilnehmer haben im Markttest demgegenüber angegeben, dass das Eigentum bzw. die ungeklärte Eigentumslage am Hausverteilnetz nach Auslaufen des Gestattungsvertrags keine wesentliche Bedeutung hat.[332] Hier wird insbesondere auf die Erneuerungsbedürftigkeit der Infrastruktur nach Vertragsablauf hingewiesen, insbesondere wenn das Hausverteilnetz nicht mehr den technischen Anforderungen des Triple Play Zeitalters entspricht (bspw. Baumverkabelung im Gegensatz zu Sternverkabelung). [333] NetCologne hat darauf hingewiesen, dass nach ihrer Erfahrung

---

aber zugleich, dass die Wohnungswirtschaft mittlerweile selbst die Wichtigkeit der Eigentumsposition erkannt haben und Wert auf einen vertraglich vereinbarten Eigentumsübergang nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit lege. In diesem Sinne hat sich auch der BFW in einem Gespräch mit der Beschlussabteilung geäußert (Bl. 288 Ordner Markttest).

326 Antwort Immomedia, a. a. O.

327 Antwort Volkswohnung, a. a. O.

328 Antwort Deutsche Telekabel, a. a. O.

329 Antwort Allbau, a. a. O.

330 Frage 21 des Fragebogens vom 31. Oktober 2011 (Bl. 12 Ordner Markttest)

331 Die Frage wurde insgesamt von 11 Unternehmen beantwortet, wobei auf einer Skala von 1 bis 7/ „nie“ bis „immer“ zu entscheiden war. Drei Unternehmen beantworteten die Frage mit „nie“ (1), zwei Unternehmen antworteten „sehr selten“ (2), ein Unternehmen antwortete „selten“ (3), ein Unternehmen antwortete „manchmal“ (4), ein Unternehmen antwortete „häufiger (5).

332 Vgl. Antwort MET, Bl. 20 Ordner Markttest; Cable 4 Bl. 128 Ordner Markttest; Pepcom, Bl. 154, 161 Ordner Markttest; Antwort NetCologne, Bl. 227 Ordner Markttest. Die Verbände der Wohnungswirtschaft stehen der vorgeschlagenen Auflage zwar grundsätzlich positiv gegenüber (Antwort BFW, Bl. 260 Ordner Markttest; Antwort GdW, Bl. 267); zumindest der GdW äußert aber ausdrückliche Zweifel daran, ob von ihr für sich genommen wesentliche wettbewerbliche Impulse im Gestattungsmarkt ausgehen können.

333 Antwort MET, Bl. 99 Ordner Markttest; Pepcom, Bl. 154 Ordner Markttest.

Unitymedia sich das Eigentum an Hausverteilanlagen nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit nicht vorbehalte, um Wettbewerber zu behindern.[334] Da NetCologne regelmäßig in direktem Wettbewerb um Gestattungsverträge mit Unitymedia steht, misst die Beschlussabteilung ihrer Aussage zu der tatsächlichen Praxis von Unitymedia in Bezug auf das Eigentum am Hausverteilnetz erhebliche Bedeutung zu. Die von NetCologne wahrgenommene tatsächliche Praxis von Unitymedia deckt sich im Übrigen mit der Einlassung der Zusammenschlussbeteiligten im Verfahren. Die Zusammenschlussbeteiligten haben erklärt, dass nach Auslaufen des Gestattungsvertrags bei Einwilligung des Gestattungsgebers Dritte die durch die Zusammenschlussbeteiligten errichtete NE 4 ungehindert nutzen können.[335] Weiter, heißt es, dass das Eigentum am NE-4 Netzwerk spätestens mit Vertragsende auf den Gestattungsgeber überginge.[336] Klarstellend wird fortgefahren, dass die Vereinbarung von Eigentumsvorbehalten nicht ihrer jeweiligen Geschäftsstrategie entspreche. Nach Auffassung der Beschlussabteilung ist schließlich aufgrund der ergänzenden Erläuterungen im Memorandum zum Fragebogen vom 14. November 2011 auszuschließen, dass Unitymedia entsprechende Klauseln verwendet bzw. Unitymedia ein Marktumfeld geschaffen hätte, welches nunmehr im Wege dieser Zusage verändert werden würde.[337]

341. Kabel BW hat in seiner Antwort auf den Fragebogen vom 14. November 2011 erneut erklärt, dass jedenfalls mit Vertragsende nach Kündigung das Eigentum auf den Gestattungsgeber übergeht.[338]

342. Demnach ist unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Markttests und der Einlassungen der Zusammenschlussbeteiligten festzustellen, dass das Eigentum am Hausverteilnetz eine mögliche, aber aktuell keine bedeutsame Marktzutrittsschranke auf dem Gestattungsmarkt darstellt. Dementsprechend begrenzt ist auch die Bedeutung der

---

334 Antwort NetCologne, Bl. 227 (Order Markttest).

335 Stellungnahme vom 19. September 2011 (Bl. 894 der Akte).

336 Stellungnahme vom 19. September 2011 (Bl. 899 d. Akte).

337 Memorandum zum Fragebogen vom 14. November 2011 (Bl. 315). Wörtlich heißt es darin: *„Unitymedia hat vormals Gestattungsverträge abgeschlossen, die in Übereinstimmung mit § 95 BGB explizit einen Verbleib des Netzeigentums bei Unitymedia über die Laufzeit des Vertrags hinaus vorsahen. In der Folgezeit wurde der Verbleib des Netzeigentums in der Regel nicht mehr ausdrücklich geregelt, so dass es nach Vertragsende durchaus zu unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der Eigentümerstellung kommen konnte. Deshalb gibt es mittlerweile auch Verträge, welche ausdrücklich einen Eigentumsübergang zu Gunsten der Wohnungswirtschaft regeln.“*

338 Antwort Frage 8, (Bl. 322 Ordner Markttest). Offenbar gab es vor 2005 eine entsprechende Praxis, seitdem aber wird eine entsprechende Klausel nur noch im Einzelfall verwendet (Antwort Frage 9,(Bl 323 Order Markttest). Vor 2005 aber dürften ohnehin nur Hausverteilnetze errichtet worden sein, die dem derzeitigen Erfordernissen im Hinblick auf multimediale Zusatzangebote nicht mehr entsprechen.

Zusage für die Stärkung des Außenwettbewerbs. Die Tatsache, dass mit der Nebenbestimmung eine Marktzutrittsschranke adressiert und beseitigt wird, macht diese dessen ungeachtet zu einem wesentlichen Element des Gesamtpakets, welches in der Summe geeignet und erforderlich ist, die wettbewerblichen Bedenken der Beschlussabteilung zu beseitigen.

4. Außerordentliches Kündigungsrecht für Gestattungsverträge

343. Die Zusammenschlussbeteiligten räumen im Netzgebiet von Unitymedia der 50 größten Gestattungsverträge mit einer Restvertragslaufzeit von mehr als drei Jahren ein Sonderkündigungsrecht ein.[339] Dasselbe geschieht hinsichtlich der 17 größten Gestattungsverträge im Netzgebiet von Kabel BW.[340] Zu diesem Zweck werden die Zusammenschlussbeteiligten bis zum 31. Januar 2012 ein Schreiben entsprechend der Anlage 3 an die jeweiligen Gestattungsgeber versenden.

344. Das Sonderkündigungsrecht kann unter den Vorbehalt gestellt werden, dass der Gestattungsgeber oder der neue Vertragspartner den Zusammenschlussbeteiligten bei Ausübung des Sonderkündigungsrechts eine Ablösesumme in Höhe von maximal 168 € je Wohneinheit im Unitymedia-Netzgebiet bzw. 118 € je Wohneinheit im Kabel BW-Netzgebiet zahlt, wobei sich der genaue Wert in Abhängigkeit von der bereits abgelaufenen Vertragslaufzeit bemisst. Das Sonderkündigungsrecht kann jährlich spätestens am 30. September mit dreimonatiger bzw. neunmonatiger Kündigungsfrist, d.h. zum 31. Dezember bzw. 30. Juni des Folgejahres, ausgeübt werden. Sämtliche mit Sonderkündigungsrecht ausgestattete Gestattungsverträge werden unter Angabe des Namens des Vertragspartners, seiner Anschrift und einer Bandbreite der von dem Vertrag umfassten Wohneinheiten auf der Internetseite von Unitymedia bzw. Kabel BW veröffentlicht. Zu diesem Zweck wird auf der jeweiligen Eingangsseite der Link „Zusagen UM/KBW“ aufgenommen, welcher zu einer gesonderten Seite mit Informationen zum Zusammenschluss führt, auf welcher der Link „Sonderkündigungsrechte für die Wohnungswirtschaft“ erscheint.

345. Die Beigeladenen und die zu dem erweiterten Zusagenangebot befragten Unternehmen haben sich unterschiedlich zu der Frage geäußert, ob die Einräumung eines Sonder-

---

339 Auswahlkriterium ist die Größe des Gestattungsobjekts. Anders als von der DTAG angenommen, ist das Auswahlkriterium damit klar und transparent (Stellungahme DTAG vom 5. Dezember 2011, Bl. 2532 d. Akte).

340 Nicht enthalten ist ein während des Zusammenschlussverfahrens im Bieterwettbewerb von Kabel BW gewonnener Vertrag mit einem NE-4 Betreiber über die Signallieferung für über 40.000 Wohneinheiten im eigenen Netzgebiet. Dabei handelt es sich auch begrifflich schon um keinen Gestattungsvertrag.

kündigungsrechts den Außenwettbewerb auf dem Gestattungsmarkt so beleben kann, dass die von der Beschlussabteilung dort angenommene Verstärkungswirkung behoben wird.

346. Die auf dem Gestattungsmarkt im Wettbewerb zu den Zusammenschlussbeteiligten stehenden IPTV-Anbieter Telefónica und Vodafone sowie der SWR haben sich zu dieser Frage jeweils pauschal positiv geäußert.

347. Der BFW und der BREKO sind im Grundsatz der Auffassung, dass die Einräumung des Sonderkündigungsrechts geeignet ist, den Wettbewerb im Gestattungswettbewerb zu beleben. Beide Beigeladene monieren aber die konkrete Ausgestaltung des Zusagenangebots.[341] Insbesondere sei die Kündigungsmöglichkeit zeitlich zu eng befristet und sollte idealerweise zeitlich unbeschränkt gewährt werden; daneben sei die für die Übernahme der NE 4 zu leistende Entschädigungssumme überhöht bzw. nicht in Anlehnung an die bereits verstrichene Vertragslaufzeit angesetzt, während derer die Beteiligten ihre Kosten für die Errichtung der NE 4 bereits amortisieren konnten. Auch betonen sie, dass der marktöffnende Effekt der Zusage mit der Anzahl der Verträge steige, für die ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt werde.

348. Grundsätzlich skeptischer äußern sich die DTAG, der konkurrierende Kabelnetzbetreiber NetCologne sowie Eutelsat. NetCologne sieht schon im Verhältnis der im Netzgebiet von Unitymedia von dem Sonderkündigungsrecht zu erfassenden Wohneinheiten zu den insgesamt von Unitymedia versorgten Wohneinheiten (171.000 zu 6,255 Millionen) einen Beleg für die Unwirksamkeit der Zusage. DTAG argumentiert in vergleichbarer Weise, dass ein marktöffnender Effekt ausgeschlossen sei, da nur ca. 4% des Gesamtbestandes der Beteiligten von dem Sonderkündigungsrecht erfasst seien. Daneben moniert NetCologne die Höhe der für die NE 4 zu leistenden Ablösesumme und weist in diesem Zusammenhang darauf hin, sie zahle derzeit für die Modernisierung einer NE 4 lediglich [100-150 Euro] pro Wohneinheit.[342] Auch DTAG hält die Ablösesumme für prohibitiv hoch und in unzulässigerweise – ohne Berücksichtigung des konkreten Abschreibungsstands – pauschalisiert.[343] Nach Ansicht von Eutelsat ist nicht davon auszugehen, dass die Wohnungswirtschaft in größerem Umfang Gebrauch von der Sonderkündigungsmöglichkeit machen würde. Gestattungsgeber seien ohnehin nur eingeschränkt

---

341 Die Stellungnahme beider Verbände bezieht sich auf das erweiterte Zusagenangebot vom 29. November 2011.

342 Stellungnahme vom 5. Dezember 2011 (Bl. 2505ff. d. Akte). Die Stellungnahme bezieht sich auf das Zusagenangebot der Zusammenschlussbeteiligten vom 29. November 2011.

343 Stellungnahme vom 5. Dezember 2011 (Bl. 2614 d. Akte). Die Stellungnahme bezieht sich auf das Zusagenangebot der Zusammenschlussbeteiligten vom 29. November 2011.

kündigungswillig. Jedenfalls seien die Anreize für die Wohnungswirtschaft höher, der etablierten Regionalgesellschaft zu gegebenenfalls besseren Konditionen erneut den Zuschlag zu erteilen. Konkurrierende Kabelnetzbetreiber dürften regelmäßig nicht in der Lage sein, dem Gestattungsgeber ein besseres Angebot vorzulegen. Insofern sieht Eutelsat es als zwingend an, dass die Beteiligten auch darauf verzichten, sich auf einen gekündigten Vertrag neu zu bewerben.[344]

349. Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung kommt der Anzahl versorgter Wohneinheiten besondere Bedeutung für den Abschluss eines Gestattungsvertrags zu. Je mehr Wohneinheiten ein Gestattungsobjekt umfasst, desto größer das Interesse eine Gestattungsnehmers an der Versorgung des Objekts.[345] Das kleinste von der Beschlussabteilung ermittelte Gestattungsobjekt, welches hinreichend groß für die Errichtung einer neuen (rückkanalfähigen) NE-3 war, lag bei 800 Wohneinheiten.

350. Genau dieses Segment adressiert die Nebenbestimmung. Sie betrifft rund [300.000-350.000] Wohneinheiten. Das entspricht einem Anteil von über [35-45]% aller Wohneinheiten der Zusammenschlussbeteiligten in Gestattungsverträgen mit mehr als 800 Wohneinheiten. Auf das Drängen der Beschlussabteilung hin wurde das finale Zusagenangebot, das der Nebenbestimmung zugrundeliegt, durch die Zusammenschlussbeteiligten um 25 Gestattungsverträge mit mehr als 800 im Netzgebiet von Unitymedia ergänzt. Damit wird der in Rz. 161 ff. beschriebenen Verstärkungswirkung des Zusammenschlussvorhabens wirksam begegnet. Nach Einschätzung der Beschlussabteilung wäre gerade im Segment „größer 800 Wohneinheiten“ längerfristig mit einem Wettbewerbsvorstoß von Kabel BW zu rechnen gewesen. Die jetzt geöffneten Gestattungsverträge stehen nun Drittanbietern potenziell zur Verfügung.

351. Darüber hinaus haben die Zusammenschlussbeteiligten auf Nachfrage eine Liste vorgelegt,[346] aus welcher sich ergibt, dass im Zeitraum bis 31. Dezember 2014 über 150 Gestattungsverträge mit mehr als 250.000 Wohneinheiten auslaufen, bei denen der einzelne Gestattungsvertrag mehr als 800 Wohneinheiten umfasst. Danach werden innerhalb der nächsten drei Jahre über [65-75]% aller Wohneinheiten in Gestattungsverträgen mit mehr als 800 Wohneinheiten bzw. [55-65%]% aller Gestattungsverträge mit mehr als 800 Wohneinheiten im gemeinsamen Netzgebiet von Unitymedia und Kabel BW bestreitbar.[347] Berücksichtigt man, dass dem Wechsel eines Gestattungsnehmers teilweise

---

344 Stellungnahme vom 5. Dezember 2011 (Bl. 2514ff. d. Akte). Die Stellungnahme bezieht sich auf das Zusagenangebot der Zusammenschlussbeteiligten vom 29. November 2011.

345 Einzelheiten dazu finden sich in den Rz. 74f.

346 Bl. 2672 d. A.

347 Fragen vom 5. Dezember 2011, Anlage 1 (Bl. 2723. d. Akte).

mehr als zwölfmonatige Verhandlungen und/oder Bauarbeiten vorangehen, hält die Beschlussabteilung die Zusage auch vor dem Hintergrund des Anteils regulär auslaufender Gestattungsverträge für substantiell.

352. Das Sonderkündigungsrecht wird nicht dadurch wirkungslos, dass den Zusammenschlussbeteiligten für den Fall der Ausübung des Sonderkündigungsrechts eine Ablösesumme zusteht. Eine Ablösesumme ist jedenfalls dann angemessen, wenn ein alternativer Gestattungsnehmer das Hausverteilnetz für die Programmzuführung und multimediale Zusatzdienste nutzen kann. Dies stellt auch keine Benachteiligung im Wettbewerb um das Gestattungsobjekt dar, da der neue Gestattungsnehmer andernfalls die Errichtung eines Hausverteilnetz ohnehin in seine Kalkulation mit aufnehmen müsste. Dabei steht der Wert des Hausverteilnetzes im Zusammenhang mit der bereits abgelaufenen Vertragslaufzeit. Der Grund für die Zahlung – Investitionsschutz – und der Wert der Hausverteilanlage vermindern sich insoweit, als bereits Einnahmen mit dem Hausverteilnetz erzielt wurden und damit Investitionskosten amortisiert werden konnten. Diesem Umstand trägt die Formel für die Berechnung der Abstandssumme Rechnung Danach wird die Abstandssumme von 168 € bzw. 118 € mit dem Quotienten aus der Restlaufzeit des Vertrags und dessen Mindestvertragslaufzeit multipliziert.[348]

353. Die Beschlussabteilung hält es in der Sache nicht für erforderlich, eine Laufzeitbeschränkung für künftige Gestattungsverträge zu verlangen. Zwar hält die Beschlussabteilung in ständiger Praxis lange Vertragslaufzeiten für eine entscheidende Marktzutrittsschranke auf dem Gestattungsmarkt. Allerdings ist die zulässige Vertragsdauer einzelfallabhängig. Sie hängt maßgeblich von den mit dem Vertragsschluss verbundenen Investitionen in die Netze zusammen. Im Hinblick auf den auch kartellrechtlich anzuerkennenden Investitionsschutz lassen sich lange Vertragslaufzeiten dementsprechend nicht pauschal beschränken. Kartellrechtlich problematisch und damit mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden sind nach Auffassung der Beschlussabteilung allerdings diejenigen Gestattungsverträge eines marktbeherrschenden Kabelnetzbetreibers, in denen ohne erhebliche Investitionen eine Laufzeit von mehr als zwei Jahren vereinbart wird.

---

348 Zahlreiche Beigeladene bemängelten, dass das Zusagenangebot der Zusammenschlussbeteiligten vom 29. November 2011 nur eine pauschale Ablösesumme losgelöst von der Restlaufzeit des Vertrags vorsah (DTAG, Bl. 2533 d. Akte, Sky. Bl. 2686 d. Akte).

D. Zusammenfassung

354. Die Beschlussabteilung ist zu dem Ergebnis gelangt, dass das angemeldete Zusammenschlussvorhaben die bestehende oligopolistische marktbeherrschende Stellung von Unitymedia auf dem Gestattungsmarkt verstärkt. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der marktbeherrschenden Stellung auf dem Einspeisemarkt. Es ist nicht ersichtlich, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Insoweit sind grundsätzlich die Untersagungs-voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB erfüllt.

355. Die im Verfügungstenor festgelegten Nebenbestimmungen sind von daher zur Beseitigung der Untersagungsvoraussetzungen erforderlich; sie sind aber auch geeignet und hinreichend.

356. Auf anderen betroffenen Märkten führt der Zusammenschluss nicht zu einer im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB erforderlichen Verschlechterung der Marktverhältnisse. Aus diesen Gründen hat das Bundeskartellamt entschieden, das angemeldete Zusammenschlussvorhaben unter den genannten Nebenbestimmungen freizugeben. Diese Verfügung ergeht nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB i.V.m. § 40 Abs. 3 GWB.

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.

Dr. Wagemann	Dr. Barth	Dr. Pampel

Es wird darauf hingewiesen, dass diese Entscheidung – dem Tenor nach – im Bundesanzeiger (§ 43 Abs. 2 GWB) sowie – im Volltext – im Internet unter www.bundeskartellamt.de veröffentlicht wird. Sie werden deshalb gebeten, der Beschlussabteilung **innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt** dieses Beschlusses mitzuteilen, ob die Entscheidung Geschäftsgeheimnisse enthält, die vor Veröffentlichung zu löschen sind. Bitte begründen Sie die von Ihnen gewünschten Löschungen.

A. Sachverhalt 8
I. Verfahren 8
II. Beteiligte Unternehmen 10
1. Zusammenschlussbeteiligte 10
1.1. Erwerberin 10
1.2. Zielunternehmen 11
1.3. Veräußerin 11
2. Die Beigeladenen 11
B. Formelle Prüfung 14
C. Wettbewerbliche Beurteilung 15
I. Endkundenmarkt für Mehrnutzerverträge 15
1. Sachliche Marktabgrenzung 16
1.1. Differenzierung zwischen Einzelnutzer- und Mehrnutzerverträgen 16
1.2. Einzubeziehende Infrastrukturen 20
2. Räumliche Marktabgrenzung 23
3. Wettbewerbliche Beurteilung 27
3.1. Gemeinsame marktbeherrschende Stellung 27
3.1.1. Marktdaten 28
3.1.2. Funktionsweise des Gestattungsmarktes 29
3.1.3. Fehlender Binnenwettbewerb zwischen den Regionalgesellschaften 32
3.1.4. Kein tatsächliches Wettbewerbsverhalten zwischen den Oligopolisten 39
3.1.5 Fehlender Außenwettbewerb durch Dritte 56
3.2. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung 64
3.2.1. Erleichterung der Koordinierung 67
3.2.2. Besondere Bedeutung des Fortfalls von Kabel BW 70
4. Hilfsweise wettbewerbliche Würdigung bei regionaler Marktabgrenzung 74
II. Einspeisemarkt 78
1. Sachliche Marktabgrenzung 79
1.1. Keine Trennung von Free-TV und Pay-TV 79
1.2. Einordnung der Einspeisung als Angebot einer technischen Dienstleistung 80
1.3. Beschränkung auf den Übertragungsweg Breitbandkabel 81
1.4. Einspeisung Free-TV 81
1.5. Einspeisung Pay-TV 83
1.6. Analoge und digitale Einspeisung 84
1.7. Einbeziehung der technischen Dienstleistungen für die digitale Plattform 85
2. Räumliche Marktabgrenzung 87
3. Marktbeherrschung 87

4. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung ... 90
4.1. Höhe des Einspeiseentgelts ... 94
4.2 Digitalisierungsstrategie ... 95
III. Markt für die Belieferung von Einzelnutzern mit Signalen („Einzelnutzermarkt“) ... 97
1. Sachliche Marktabgrenzung ... 97
2. Räumliche Marktabgrenzung ... 98
3. Wettbewerbliche Beurteilung ... 99
IV. Signallieferungsmärkte ... 103
1. Sachliche Marktabgrenzung ... 103
2. Räumliche Marktabgrenzung ... 104
3. Wettbewerbliche Beurteilung ... 105
V. Pay-TV Spartenprogramm-Rechtemarkt ... 105
1. Sachliche Marktabgrenzung ... 106
2. Räumliche Marktabgrenzung ... 108
3. Wettbewerbliche Beurteilung ... 108
VI. Abwägungsklausel ... 111
1. Markt für B2B-Telekommunikationsdienstleistungen ... 112
2. Markt für breitbandiges Internet und Festnetztelefonie ... 114
3. Markt für digitale interaktive Dienstleistungen ... 116
4. Markt für Mobilfunkdienstleistungen ... 117
VII. Nebenbestimmungen ... 120
1. Unverschlüsselte Verbreitung digitaler Free TV Kanäle ... 123
1.1 Strukturelle Wirkung der Aufgabe der Grundverschlüsselung auf dem Gestattungsmarkt ... 124
1.2 Strukturelle Wirkung der Aufgabe der Grundverschlüsselung auf dem Einspeisemarkt ... 128
2. Aufgabe von Exklusivitätsrechten ... 129
3. Eigentum am Hausverteilnetz/ Rückbau ... 133
4. Außerordentliches Kündigungsrecht für Gestattungsverträge ... 136
D. Zusammenfassung ... 140
E. Gebühren ... 140

Anlage 1

B7-66/11 – LGI/KBW

- Nicht-vertraulich -

	Gestattungsgeber/Vertragspartner	Anschrift	Anzahl Vertrags-WE
1	LEG Wohnen NRW GmbH	Vagedestr. 1, 40479 Düsseldorf	> 12.000
2	ALLBAU AG	Kennedyplatz 5, 45127 Essen	> 12.000
3	Bauverein AG Darmstadt	Elisabethenstr. 62, 64283 Darmstadt	> 12.000
4	Deutsche Annington Service WEG Bestand	Philipstr. 3, 44803 Bochum	9.000 - 12.000
5	VBW Bauen und Wohnen GmbH	Wirmer Str. 28, 44803 Bochum	9.000 - 12.000
6	Bielefelder Gemeinnützige Wohnungsgesellschaft mbH	Carlmeyerstr. 1, 33613 Bielefeld	9.000 - 12.000
7	SWB Service-Wohnungsvermietung- und Baugesellschaft mbH	Bahnstr. 29, 45468 Mülheim	6.000 - 9.000
8	Städtische Wohnungsgesellschaft Düsseldorf Gemeinnützige AG	Witzelstr. 54-56, 40225 Düsseldorf	6.000 - 9.000
9	Wohnstätte Krefeld Wohnungs AG	Königsstr. 192, 47798 Krefeld	6.000 - 9.000
10	Düsseldorfer Wohnungsgenossenschaft eG	Wagnerstr. 29, 40212 Düsseldorf	6.000 - 9.000
11	Wohnbau Dinslaken GmbH	Moltkestr. 4, 46535 Dinslaken	2.500 - 6.000
12	Immeo Wohnen Service GmbH	Essener Str. 66, 46047 Oberhausen	2.500 - 6.000
13	LEG Wohnen NRW GmbH	Vagedestr. 1, 40479 Düsseldorf	2.500 - 6.000
14	Wohn + Stadtbau GmbH	Steinfurter Str. 60, 48149 Münster	2.500 - 6.000
15	Studentenwerk Münster AöR	Bismarckallee 5, 48151 Münster	2.500 - 6.000
16	Core German Residential / Ejendomsselskabel	Core Property A/S, Skoubogade 1,2., DK – 1158 Kopenhagen	2.500 - 6.000
17	GEBAG Duisburger Gemeinnützige Baugesellschaft AG	Tiergartenstr. 24-26, 47053 Duisburg	2.500 - 6.000
18	Rheinwohnungsbau GmbH	Gladbacher Str. 95, 40219 Düsseldorf	2.500 - 6.000
19	Wohnungsgesellschaft Münsterland mbH	Geiststr. 106, 48151 Münster	2.500 - 6.000
20	Mülheimer Wohnungsbau eG	Friedrich-Ebert-Str. 2, 45468 Mülheim an der Ruhr	2.500 - 6.000
21	LEG Wohnen NRW GmbH	Vagedestr. 1, 40479 Düsseldorf	2.500 - 6.000
22	Gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaft mbH Wuppertal	Hoeftstr. 35, 42103 Wuppertal	2.500 - 6.000
23	Baugesellschaft Hanau GmbH	Heinrich-Bott-Str. 1, 63450 Hanau	2.500 - 6.000
24	Neue Marler Baugesellschaft mbH	Willy-Brandt-Allee 2, 45770 Marl	2.500 - 6.000

25	Beamten-Wohnungs- Baugenossen-schaft eG, Düsseldorf	Kaiserstr. 46, 40479 Düsseldorf	2.500 - 6.000
26	Gemeinnütziger Wohnungsverein zu Bochum eG	Am Hülsenbusch 56, 44803 Bochum	2.500 - 6.000
27	Volks- Bau- und Sparverein Frankfurt am Main eG	Großer Hirschgraben 20-26, 60311 Frankfurt	2.500 - 6.000
28	GWG Ehrenfeld eG	Gravensteiner Str. 7, 50825 Köln	2.500 - 6.000
29	GeWeGe der Stadt Wiesbaden	Kronprinzenstr. 28, 65185 Wiesbaden	2.500 - 6.000
30	Hattinger Wohnstättengenossenschaft eG	Im Bruchfeld 17, 45525 Hattingen	2.500 - 6.000
31	Wetzlarer Wohnungsgesellschaft mbH	Langgasse 45-49, 35576 Wetzlar	2.500 - 6.000
32	GEWOG Porzer Wohnungsbaugenossen-schaft eG	Kaiserstr. 11, 51145 Köln	2.500 - 6.000
33	Gemeinnützige Wohnungsbaugenossen-schaft Troisdorf eG	Steinackerstr. 16, 53840 Troisdorf	2.500 - 6.000
34	Gemeinnützige Wohnungsbau GmbH Marburg-Lahn	Pilgrimstein 17, 35037 Marburg	2.500 - 6.000
35	Gemeinnützige Baugenossenschaft Hochtaunus eG	Hessenring 92a, 61348 Bad Homburg	2.500 - 6.000
36	GEWOBAU Multimedia GmbH	Ribbeckstr. 40, 45127 Essen	2.500 - 6.000
37	Handwerksbau AG	Reinoldistr. 7-9, 44135 Dortmund	1.500 – 2.500
38	Deutsche Annington Service Ruhr GmbH	Philipstr. 3, 44803 Bochum	1.500 – 2.500
39	Spar- u. Bauverein Paderborn eG	Giersmauer 4a, 33098 Paderborn	1.500 – 2.500
40	GEWOGE Bauträgergesellschaft mbH	Lendringser Platz 1, 58710 Menden	1.500 – 2.500
41	Henning Conle Firmengruppe	Am Botanischen Garten 17, 47058 Duisburg	1.500 – 2.500
42	Eisenbahn-Bauverein Elberfeld eG	Rottscheidter Str. 28, 42329 Wuppertal	1.500 – 2.500
43	Wohnungsgenossenschaft Köln-Süd eG	Zollstockgürtel 33b, 50969 Köln	1.500 – 2.500
44	Deutsche Annington Service GmbH	Philipstr. 3, 44803 Bochum	1.500 – 2.500
45	Immeo Wohnen Service GmbH	Essener Str. 66, 46047 Oberhausen	1.500 – 2.500
46	Eisenbahner-Bauverein eG	Rethelstr. 64, 40237 Düsseldorf	1.500 – 2.500
47	Viersener Aktien-Baugesellschaft AG	Rathausmarkt 1, 41747 Viersen	1.500 – 2.500
48	Wohnbau Lemgo eG	Pagenhelle 13, 32657 Lemgo	1.500 – 2.500
49	Wohnbau Bergstraße eG Bensheim	Gartenstr. 21, 64625 Bensheim	1.500 – 2.500
50	Grund und Boden GmbH	Josef-Lammerting-Allee 20-22, 50933 Köln	1.500 – 2.500

Anlage 2

B7-66/11 – LGI/KBW

- Nicht-vertraulich -

	Gestattungsgeber/Vertragspartner	Anschrift]	Anzahl Vertrags-WE
1	Service Haus Service GmbH für moderines Wohnen und Leben	D2, 5-8, 68159 Mannheim	> 12.000
2	VOLKSWOHNUNG GmbH	Ettlinger-Tor-Platz 2, 76137 Karlsruhe	> 12.000
3	K08 SW Verwaltungsgesellsch.mbH	Heusteigstr. 27-29, 70180 Stuttgart	> 12.000
4	Bietigheimer Wohnbau GmbH WEG-Verwaltung	Berliner Str. 19, 74321 Bietigheim-Bissingen	6.000 - 9.000
5	DIV Deutsche Immobilien Verwaltung GmbH	Augustaanlage 62-64, 68165 Mannheim	2.500 - 6.000
6	Mieter- und Bauverein Karlsruhe eG	Ettlinger Str. 1, 76137 Karlsruhe	2.500 - 6.000
7	GWG Grundbesitz- und Wohnungsverw. GmbH Asperg	Friedrichstr. 30, 71679 Asperg	2.500 - 6.000
8	BVB Bauverein Breisgau eG	Zähringer Str. 48, 79108 Freiburg im Breisgau	2.500 - 6.000
9	Heidelberger Hausverwaltung GmbH	Poststr. 36, 69115 Heidelberg	2.500 - 6.000
10	Die Fachverwalter Treubau Verwaltung GmbH	Am Exerzierplatz 6, 68167 Mannheim	2.500 - 6.000
11	Kunze Immobilienverwaltung KG / Kunze Gruppe	Carl-Benz-Str. 9 – 11, 68723 Schwetzingen	2.500 - 6.000
12	FONCIA IMMO-KONZEPT GmbH	Am Sandfeld 4, 76149 Karlruhe	2.500 - 6.000
13	Wohnbaugesellschaft Lörrach mbH	Schillerstr. 4, 79540 Lörrach	2.500 - 6.000
14	Wohnstätten Sindelfingen GmbH	Bahnhofstr. 9, 71065 Sindelfingen	2.500 - 6.000
15	Sparkassen Wohnbau GmbH	Siegfried-Kühn-Str. 4, 76135 KA	2.500 - 6.000
16	Schäfer & Wunsch Immobilienmanagement GmbH	Badener Str. 14, 76227 Karlsruhe	2.500 - 6.000
17	Stadtsiedlung Heilbronn GmbH	Urbanstr. 10, 74072 Heilbronn	2.500 - 6.000

Anlage 3

[Briefkopf Unitymedia]

Name

Adresse

PLZ Ort

Außerordentliches Kündigungsrecht

Sehr geehrter Herr/Frau ....

zwischen [NAME] und Unitymedia NRW GmbH, Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG und Unitymedia Services GmbH (gemeinsam „**Unitymedia**“) besteht ein Vertragsverhältnis, das die Versorgung von mehreren Wohneinheiten mit Rundfunk und ggf. weiteren Diensten beinhaltet (im nachfolgenden „**Gestattungsvertrag**“). Unitymedia unterbreitet Ihnen das folgende Angebot zur Änderung dieses Vertrages:

1. Unitymedia räumt Ihnen in Vollzug des Zusammenschlusses von Liberty Global Europe Holding B.V. mit Kabel BW GmbH (als Gesamtrechtsnachfolgerin der Kabel Baden-Württemberg GmbH & Co. KG) unwiderruflich ein außerordentliches Kündigungsrecht hinsichtlich des derzeit gültigen Gestattungsvertrages ein.

2. Dieses Kündigungsrecht kann von Ihnen bis zum Ablauf der Restlaufzeit des derzeit gültigen Gestattungsvertrages ausgeübt werden. Die Kündigung hat durch schriftliche Erklärung gegenüber UM jeweils bis spätestens zum 30. September des Jahres zu erfolgen.

3. Nach Erklärung der Kündigung endet der Vertrag <u>nach Ihrer Wahl</u>

    a. entweder zum 31. Dezember des Jahres der Kündigungserklärung;

    b. oder zum 30. Juni des Jahres, welches auf das Jahr der Kündigungserklärung folgt.

    c. Die Wahl zwischen diesen alternativen Zeitpunkten für die Vertragsbeendigung hat in der Kündigungserklärung mit bindender Wirkung zu erfolgen.

4. Die Ausübung dieses Kündigungsrechts löst die Verpflichtung aus, dass Sie bzw. in Ihrem Auftrag Ihr neuer Vertragspartner zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung eine anteilige Ablösezahlung zur Erstattung der durchschnittlich getätigten Investitionen in die Modernisierung der Hausverteilnetze (Netzebene 4) entrichten. Die Höhe der Ablösesumme berechnet sich wie folgt: pro Wohneinheit ist von einem Grundbetrag in Höhe von EUR 150 und sonstigen Kosten zum Aufbau der Breitbandversorgung in Höhe von EUR 18, mithin insgesamt EUR 168, auszugehen.

Zur Berechnung der konkret zu entrichtenden Ablösesumme pro Wohneinheit wird dieser Grundbetrag mit dem Quotienten aus der Restlaufzeit des Vertrages und dessen Mindestvertragslaufzeit multipliziert. Bei einem Vertrag mit einer Mindestvertragslaufzeit von 10 Jahren, von denen bereits 4 Jahre verstrichen sind (d.h. 6 Jahre Restlaufzeit), wäre damit beispielsweise eine Zahlung von EUR 168 x 6/10 = EUR 100,80 (pro Wohneinheit) zu leisten.

5. Sollten Sie die Modernisierung der Hausverteilnetze selbst durchgeführt haben oder sollte es sich bei Ihrem Hausverteilnetz nicht um ein auf 862 MHz ausgebautes rückkanalfähiges Vollstern-Netz handeln, fällt keine Ablösesumme an.

6. Die Ablösesumme ist bei Kündigung des Vertrages zum Datum der Vertragsauflösung (d.h. entweder zum 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres oder zum 30. Juni des Folgejahres) zu leisten.

7. Unitymedia übergibt Ihnen ferner auf Anfrage eine Dokumentation der installierten Breitbandkommunikationsnetze in elektronischer Form. Sie können diese Dokumentation an Dritte zum Zweck der Einholung von Angeboten mit der Maßgabe übermitteln, dass diese Dritten die Dokumentation vertraulich behandeln und insbesondere nicht ihrerseits weitergeben.

8. Auf den Zugang Ihrer Erklärung der Annahme der vorliegend vorgeschlagenen Vertragsänderung wird unsererseits verzichtet.

Köln, den

Geschäftsführer	Geschäftsführer

[Briefkopf KBW]

Name

Adresse

PLZ Ort

Außerordentliches Kündigungsrecht

Sehr geehrter Herr/Frau ....

zwischen [NAME] und Kabel BW GmbH (als Gesamtrechtsnachfolgerin der Kabel BW GmbH & Co. KG) (gemeinsam: **„Kabel BW“**) besteht ein Vertragsverhältnis, das die Versorgung von mehreren Wohneinheiten mit Rundfunk und ggf. weiteren Diensten beinhaltet (im nachfolgenden „**Gestattungsvertrag**“). Kabel BW unterbreitet Ihnen das folgende Angebot zur Änderung dieses Vertrages:

1. Kabel BW räumt Ihnen in Vollzug des Zusammenschlusses von Liberty Global Europe Holding B.V. mit Kabel BW unwiderruflich ein außerordentliches Kündigungsrecht hinsichtlich des derzeit gültigen Gestattungsvertrages ein.

2. Dieses Kündigungsrecht kann von Ihnen bis zum Ablauf der Restlaufzeit des derzeit gültigen Gestattungsvertrages ausgeübt werden. Die Kündigung hat durch schriftliche Erklärung gegenüber Kabel BW jeweils bis spätestens zum 30. September des Jahres zu erfolgen.

3. Nach Erklärung der Kündigung endet der Vertrag <u>nach Ihrer Wahl</u>

    a. entweder zum 31. Dezember des Jahres der Kündigungserklärung;

    b. oder zum 30. Juni des Jahres, welches auf das Jahr der Kündigungserklärung folgt.

    c. Die Wahl zwischen diesen alternativen Zeitpunkten für die Vertragsbeendigung hat in der Kündigungserklärung mit bindender Wirkung zu erfolgen.

4. Die Ausübung dieses Kündigungsrechts löst die Verpflichtung aus, dass Sie bzw. in Ihrem Auftrag Ihr neuer Vertragspartner zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung eine anteilige Ablösezahlung zur Erstattung der durchschnittlich getätigten Investitionen in die Modernisierung der Hausverteilnetze (Netzebene 4) entrichten. Die Höhe der Ablösesumme berechnet sich wie folgt: pro Wohneinheit ist von einem Grundbetrag in Höhe von EUR 100 und sonstigen Kosten zum Aufbau der Breitbandversorgung in Höhe von EUR 18, mithin insgesamt EUR 118, auszugehen. Zur Berechnung der konkret zu entrichtenden Ablösesumme pro Wohneinheit wird der Grundbetrag von EUR 118 mit dem Quotienten aus der Restlaufzeit des Vertrages und dessen Mindestvertragslaufzeit multipliziert. Bei einem Vertrag mit einer Mindestvertragslaufzeit von 10

Jahren, von denen bereits 4 Jahre verstrichen sind (d.h. 6 Jahre Restlaufzeit), wäre damit beispielsweise eine Zahlung von EUR 118 x 6/10 = EUR 70,80 (pro Wohneinheit) zu leisten.

5. Sollten Sie die Modernisierung der Hausverteilnetze selbst durchgeführt haben oder sollte es sich bei Ihrem Hausverteilnetz nicht um ein auf 862 MHz ausgebautes rückkanalfähiges Vollstern-Netz handeln, fällt keine Ablösesumme an.

6. Die Ablösesumme ist bei Kündigung des Vertrages zum Datum der Vertragsauflösung (d.h. entweder zum 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres oder zum 30. Juni des Folgejahres) zu leisten.

7. Kabel BW übergibt Ihnen ferner auf Anfrage eine Dokumentation der installierten Breitbandkommunikationsnetze in elektronischer Form. Sie können diese Dokumentation an Dritte zum Zweck der Einholung von Angeboten mit der Maßgabe übermitteln, dass diese Dritten die Dokumentation vertraulich behandeln und insbesondere nicht ihrerseits weitergeben.

8. Auf den Zugang Ihrer Erklärung der Annahme der vorliegend vorgeschlagenen Vertragsänderung wird unsererseits verzichtet.

Heidelberg, den

Geschäftsführer	Geschäftsführer

Anlage 4

[Briefkopf Unitymedia]

Name

Adresse

PLZ Ort

Aufgabe von Exklusivitätsrechten

Sehr geehrter Herr/Frau …..

zwischen [NAME] und Unitymedia besteht ein Vertragsverhältnis, das die Versorgung von mehreren Wohneinheiten mit Rundfunk und ggf. weiteren Diensten beinhaltet (im nachfolgenden **„Gestattungsvertrag“**).

Wir freuen uns Ihnen mitteilen zu können, dass Unitymedia NRW GmbH, Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG und Unitymedia Services GmbH (gemeinsam **„Unitymedia“**) in Vollzug des Zusammenschlusses von Liberty Global Europe Holding B.V. mit Kabel BW GmbH (als Gesamtrechtsnachfolgerin der Kabel BW GmbH & Co. KG) im Hinblick auf die Vereinbarungen mit Gestattungsgebern eine vertragliche Regelung aufgeben und damit auf ihre darin geregelten Rechte verzichten werden. Dies betrifft jegliche Regelung, nach der Unitymedia ein exklusives Recht zur Verbreitung von Internet-, Telefonie- und/oder Rundfunkdiensten innerhalb des zu versorgenden Hauses beanspruchen kann.

Dies vorausgeschickt, erklären wir im Hinblick auf den zwischen uns bestehenden Gestattungsvertrag folgendes:

1) Sollte der Gestattungsvertrag oder ein anderer Vertrag zwischen Unitymedia und Ihnen eine Regelung beinhalten, nach der Unitymedia ein exklusives Recht zur Versorgung der von dem Vertrag umfassten Wohneinheiten mit Rundfunk-, Internet- und/oder Telefoniediensten hat, <u>das sich über das konkrete, von Unitymedia genutzte Koaxial-Hausverteilnetz hinaus auf andere Infrastrukturen erstreckt</u>, so dass eine Versorgung der Wohneinheiten innerhalb des Gebäudes mit derartigen Diensten über alternative Infrastrukturen (z.B. alternative Koaxial-Hausverteilnetze oder FTTH) untersagt wäre, wird eine solche Regelung hiermit rückwirkend zum 1.1.2012 aufgehoben. Das Exklusivrecht der Unitymedia in Bezug auf die Versorgung der von dem Vertrag umfassten Wohneinheiten mit Rundfunk-, Internet- und/oder Telefoniediensten entfällt damit zum 1. Januar 2012.

2) Sollte eine derartige Exklusivitätsregelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten sein, wird diese ebenfalls aufgehoben. Die entsprechende Regelung entfällt zum 1. Januar 2012.

Auf den Zugang Ihrer Annahmeerklärung der vorliegend vorgeschlagenen Vertragsänderung wird verzichtet. Unitymedia geht davon aus, dass diese Änderung des Vertrages im Interesse und zum Vorteil von [NAME] erfolgt. Es steht [NAME] jedoch frei, dieser Vertragsänderung schriftlich

innerhalb eines Monats nach Erhalt dieses Schreibens zu widersprechen. Erfolgt innerhalb dieser Frist kein Widerspruch, gilt die Vertragsänderung als angenommen und wird rückwirkend zum 1. Januar 2012 wirksam.

Köln, den

_____	_____
Geschäftsführer	Geschäftsführer

[Briefkopf KBW]

Name

Adresse

PLZ Ort

Aufgabe von Exklusivitätsrechten

Sehr geehrter Herr/Frau …..

zwischen [NAME] und Kabel BW GmbH (als Gesamtrechtsnachfolgerin der Kabel BW GmbH & Co. KG) (gemeinsam: **„Kabel BW“**) besteht ein Vertragsverhältnis, das die Versorgung von mehreren Wohneinheiten mit Rundfunk und ggf. weiteren Diensten beinhaltet (im nachfolgenden **„Gestattungsvertrag“**).

Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Kabel BW in Vollzug des Zusammenschlusses von Liberty Global Europe Holding B.V. mit Kabel BW im Hinblick auf die Vereinbarungen mit Gestattungsgebern eine vertragliche Regelung aufgeben und damit auf ihre darin geregelten Rechte verzichten werden. Dies betrifft jegliche Regelung, nach der Kabel BW ein exklusives Recht zur Verbreitung von Internet-, Telefonie- und/oder Rundfunkdiensten innerhalb des zu versorgenden Hauses beanspruchen kann.

Dies vorausgeschickt, erklären wir im Hinblick auf den zwischen uns bestehenden Gestattungsvertrag folgendes:

1) Sollte der Gestattungsvertrag oder ein anderer Vertrag zwischen Unitymedia und Ihnen eine Regelung beinhalten, nach der Kabel BW ein exklusives Recht zur Versorgung der von dem Vertrag umfassten Wohneinheiten mit Rundfunk-, Internet- und/oder Telefoniediensten hat, <u>das sich über das konkrete, von Kabel BW genutzte Koaxial-Hausverteilnetz hinaus auf andere Infrastrukturen erstreckt</u>, so dass eine Versorgung der Wohneinheiten innerhalb des Gebäudes mit derartigen Diensten über alternative Infrastrukturen (z.B. alternative Koaxial-Hausverteilnetze oder FTTH) untersagt wäre, wird eine solche Regelung hiermit rückwirkend zum 1. Januar 2012 aufgehoben. Das Exklusivrecht der Kabel BW in Bezug auf die Versorgung der von dem Vertrag umfassten Wohneinheiten mit Rundfunk-, Internet- und/oder Telefoniediensten entfällt damit zum 1. Januar 2012.

2) Sollte eine derartige Exklusivitätsregelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten sein, wird diese ebenfalls aufgehoben. Die entsprechende Regelung entfällt zum 1. Januar 2012.

Auf den Zugang Ihrer Annahmeerklärung der vorliegend vorgeschlagenen Vertragsänderung wird verzichtet. Kabel BW geht davon aus, dass diese Änderung des Vertrages im Interesse und zum Vorteil von [NAME] erfolgt. Es steht [NAME] jedoch frei, dieser Vertragsänderung schriftlich innerhalb eines Monats nach Erhalt dieses Schreibens zu widersprechen. Erfolgt innerhalb dieser Frist

kein Widerspruch, gilt die Vertragsänderung als angenommen und wird rückwirkend zum 1. Januar 2012 wirksam.

Heidelberg, den

_____	_____
Geschäftsführer	Geschäftsführer

Anlage 5

[Briefkopf Unitymedia]

Name

Adresse

PLZ Ort

Aufgabe von Eigentum an dem Hausverteilnetz nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit

Sehr geehrter Herr/Frau …..

zwischen [NAME] und Unitymedia besteht ein Vertragsverhältnis, das die Versorgung von mehreren Wohneinheiten mit Rundfunk und ggf. weiteren Diensten beinhaltet (im nachfolgenden **„Gestattungsvertrag“**).

Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Unitymedia NRW GmbH, Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG und Unitymedia Services GmbH (gemeinsam **„Unitymedia“**) in Vollzug des Zusammenschlusses von Liberty Global Europe Holding B.V. mit Kabel BW GmbH (als Gesamtrechtsnachfolgerin der Kabel BW GmbH & Co. KG) im Hinblick auf die Vereinbarungen mit Gestattungsgebern eine vertragliche Regelungen aufgeben und damit auf ihre darin geregelten Rechte verzichten werden. Dies betrifft jegliche Regelung, die zur Folge hat, dass das Eigentum an dem Hausverteilnetz nach Ablauf der im Zusammenhang mit dem erstmaligen Vertragsabschluss oder im Zuge einer Netzmodernisierung vertraglich vereinbarten Mindestvertragslaufzeit bei Unitymedia verbleibt.

Dies vorausgeschickt, erklären wir im Hinblick auf den zwischen uns bestehenden Gestattungsvertrag Folgendes:

1) Sollte der Gestattungsvertrag oder ein anderer Vertrag zwischen Unitymedia und Ihnen eine Regelung beinhalten, wonach Unitymedia nach Ablauf der im Zusammenhang mit dem erstmaligen Vertragsabschluss oder im Zuge einer Netzmodernisierung vereinbarten Mindestvertragslaufzeit Eigentümerin des Koaxial-Hausverteilnetzes bleibt, wird eine solche Regelung hiermit mit Wirkung zum 1. Januar 2012 durch die Regelung ersetzt, dass das Eigentum an dem Koaxial-Hausverteilnetz nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit automatisch und unentgeltlich an [NAME] übergeht. Zur Klarstellung: Das Eigentum an dem Abschlusspunkt des Netzes von Unitymedia (Übergabepunkt) verbleibt hierbei wie bisher bei Unitymedia, nicht jedoch das an diesen Übergabepunkt angeschlossene Breitbandkabel innerhalb des Gebäudes (Hausverteilnetz).

2) Zur Ausräumung eventueller Zweifel und unbeschadet der Erklärung unter 1), verzichtet Unitymedia hiermit auf jegliches Recht zur Entfernung des Koaxial-Hausverteilnetzes nach Ablauf der im Zusammenhang mit dem erstmaligen Vertragsabschluss oder im Zuge einer Netzmodernisierung vereinbarten Mindestvertragslaufzeit.

Auf den Zugang Ihrer Annahmeerklärung der vorliegend vorgeschlagenen Vertragsänderung wird verzichtet. Unitymedia geht davon aus, dass diese Änderung des Vertrages im Interesse und zum

Vorteil von [NAME] erfolgt. Es steht [NAME] jedoch frei, dieser Vertragsänderung schriftlich innerhalb eines Monats nach Erhalt dieses Schreibens zu widersprechen. Erfolgt innerhalb dieser Frist kein Widerspruch, gilt die Vertragsänderung als angenommen und wird rückwirkend zum 1. Januar 2012 wirksam.

Köln, den

_____	_____
Geschäftsführer	Geschäftsführer

[Briefkopf KBW]

Name

Adresse

PLZ Ort

Aufgabe von Eigentum an dem Hausverteilnetz nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit

Sehr geehrter Herr/Frau …..

zwischen [NAME] und Kabel BW (als Gesamtrechtsnachfolgerin der Kabel BW GmbH & Co. KG) (gemeinsam: **„Kabel BW“**) besteht ein Vertragsverhältnis, das die Versorgung von mehreren Wohneinheiten mit Rundfunk und ggf. weiteren Diensten beinhaltet (im nachfolgenden **„Gestattungsvertrag“**).

Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Kabel BW in Vollzug des Zusammenschlusses von Liberty Global Europe Holding B.V. mit Kabel BW im Hinblick auf die Vereinbarungen mit Gestattungsgebern eine vertragliche Regelungen aufgeben und damit auf ihre darin geregelten Rechte verzichten werden. Dies betrifft jegliche Regelung, die zur Folge hat, dass das Eigentum an dem Hausverteilnetz nach Ablauf der im Zusammenhang mit dem erstmaligen Vertragsabschluss oder im Zuge einer Netzmodernisierung vertraglich vereinbarten Mindestvertragslaufzeit bei Kabel BW verbleibt.

Dies vorausgeschickt, erklären wir im Hinblick auf den zwischen uns bestehenden Gestattungsvertrag Folgendes:

1) Sollte der Gestattungsvertrag oder ein anderer Vertrag zwischen Unitymedia und Ihnen eine Regelung beinhalten, wonach Kabel BW nach Ablauf der im Zusammenhang mit dem erstmaligen Vertragsabschluss oder im Zuge einer Netzmodernisierung vereinbarten Mindestvertragslaufzeit Eigentümerin des Koaxial-Hausverteilnetzes bleibt, wird eine solche Regelung hiermit mit Wirkung zum 1. Januar 2012 durch die Regelung ersetzt, dass das Eigentum an dem Koaxial-Hausverteilnetz nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit automatisch und unentgeltlich an [NAME] übergeht. Zur Klarstellung: Das Eigentum an dem Abschlusspunkt des Netzes von Kabel BW (Übergabepunkt) verbleibt hierbei wie bisher bei Kabel BW, nicht jedoch das an diesen Übergabepunkt angeschlossene Breitbandkabel innerhalb des Gebäudes (Hausverteilnetz).

2) Zur Ausräumung eventueller Zweifel und unbeschadet der Erklärung unter 1), verzichtet Kabel BW hiermit auf jegliches Recht zur Entfernung des Koaxial-Hausverteilnetzes nach Ablauf der im Zusammenhang mit dem erstmaligen Vertragsabschluss oder im Zuge einer Netzmodernisierung vereinbarten Mindestvertragslaufzeit.

Auf den Zugang Ihrer Annahmeerklärung der vorliegend vorgeschlagenen Vertragsänderung wird verzichtet. Kabel BW geht davon aus, dass diese Änderung des Vertrages im Interesse und zum Vorteil von [NAME] erfolgt. Es steht [NAME] jedoch frei, dieser Vertragsänderung schriftlich innerhalb eines Monats nach Erhalt dieses Schreibens zu widersprechen. Erfolgt innerhalb dieser Frist

kein Widerspruch, gilt die Vertragsänderung als angenommen und wird rückwirkend zum 1. Januar 2012 wirksam.

Heidelberg, den

_____	_____
Geschäftsführer	Geschäftsführer

Anlage 6

Rahmenvereinbarung

zur unverschlüsselten Verbreitung digitaler Free TV Programme

zwischen

1. Unitymedia NRW GmbH, xxx

2. Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG, xxx

(nachfolgend gemeinsam **„Unitymedia“**)

3. Kabel BW GmbH

(nachfolgend **„KBW“**)

und

[Programmveranstalter]

(nachfolgend **„Programmveranstalter“**)

Präambel

Diese Rahmenvereinbarung bezieht sich auf die zukünftige Verbreitung von digitalen Free TV Programmen durch Unitymedia und KBW. Unabhängig von der Lizenz sind digitale Free TV Programme im Sinne dieser Vereinbarung alle Programme, die gegenüber den Endkunden nicht als Pay TV vermarktet werden.

Unitymedia und KBW werden ab 1. Januar 2013 (technisch umgesetzt zum 3. Januar 2013) alle digitalen Free TV Programme unverschlüsselt in ihren Netzwerken verbreiten. Diese Vereinbarung dient dazu, abzusichern, dass Unitymedia und KBW auch zukünftig die Grundverschlüsselung nicht (wieder-) einführen. Zu diesem Zweck schafft die Rahmenvereinbarung unbefristete, individuelle und einklagbare Rechte des Programmveranstalters gegen Unitymedia und KBW auf Beibehaltung der unverschlüsselten Verbreitung von digitalen Free TV Programmen.

Dies vorausgeschickt vereinbaren die Unitymedia, KBW und der Programmveranstalter Folgendes:

1. Unitymedia und KBW verpflichten sich hiermit gegenüber dem Programmveranstalter unwiderruflich und unbefristet, mit Wirkung ab 1. Januar 2013 (technisch umgesetzt zum 3. Januar 2013) alle digitalen Free TV Programme nur noch in unverschlüsselter Form zu verbreiten. Eine verschlüsselte Verbreitung von SD Programmen wird daher zukünftig nur noch im Rahmen der kostenpflichtigen Premiumpakete möglich sein. Für HD Programmveranstalter, welche die verschlüsselte Verbreitung zur Vorbedingung der Einspeisung machen, wird die Möglichkeit der Verbreitung in einem separaten verschlüsselten Paket bestehen. Ein verschlüsseltes Free TV HD Paket wird bereits heute im Netz von KBW („Mein TV HD Plus“) sowie über Satellit von SES Astra („HD+“) angeboten.

2. Zur Klarstellung: durch diese Vereinbarung erhält der Programmveranstalter einen einklagbaren Rechtsanspruch gegen Unitymedia und KBW auf Unterlassung der Verbreitung jedweder verschlüsselter Free TV Programme mit Ausnahme derjenigen HD Free TV Programme, für die der Programmveranstalter die verschlüsselte Verbreitung zur Vorbedingung der Einspeisung macht. Dieser Unterlassungsanspruch bezieht sich nicht nur auf die eigenen Programme des Programmveranstalters, sondern auch auf die Free TV Programme jedes anderen Programmveranstalters.

3. Eine ordentliche Kündigung der vorliegenden Rahmenvereinbarung ist ausgeschlossen.

4. Die Vereinbarung tritt mit Unterzeichnung in Kraft. Sie begründet keine Verpflichtung zur Einspeisung von Programmen in die Kabelnetze von Unitymedia.

5. Änderungen, Ergänzungen oder die Aufhebung dieses Vertrages einschließlich der Abänderung dieser Bestimmung selbst sowie alle Erklärungen und sonstigen Mitteilungen der Parteien im Zusammenhang mit diesem Vertrag bedürfen der Schriftform.

6. Diese Vereinbarung unterliegt ausschließlich dem Recht der Bundesrepublik Deutschland.

Köln, den

_____	_____
Unitymedia NRW GmbH	Unitymedia NRW GmbH

_____

Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG

_____

Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG

Heidelberg, den

_____

Kabel BW GmbH

Ort, Datum

_____

[Programmveranstalter]

RTL Television
SAT.1
Pro Sieben
RTL II
kabel eins
VOX
QVC
QVC Plus
HSE24
Channel 21
1.2.3.tv
Juwelo
sonnenklar.TV
DMAX
Bibel TV
VIVA
DELUXE MUSIC
iMusic 1
Super RTL
Nickelodeon
Comedy Central
Tele 5
DAS VIERTE
Sport1
EUROSPORT
n-tv
N24
euronews diverse
TV-Lernsender.NRW
Astro TV
ServusTV
Sixx
NRW.TV
Rheinmaintv
center.tv diverse
Offener Kanal diverse
WM TV
Cityvision MG
Deutsches Anlegerfernsehen
HSE24 Extra
HSE24 Trend
BBC World
Al Jazeera Int.
SKY News
DAYSTAR
Russia Today
Bloomberg TV
CCTV News
TV5MONDE Europe
EuroNews
FRANCE 24 diverse
TRT int
Servus HD
Sport1 HD

Anlage 8

[Briefkopf Unitymedia und Briefkopf KBW]

Name

Adresse

PLZ Ort

Angebot zur unverschlüsselten Verbreitung digitaler Free TV Programme

Sehr geehrter Herr/Frau …..,

derzeit wird ihr Free-TV Sender [NAME] in den Kabelnetzen von Unitymedia und den nachgelagerten Netzen anderer Netzbetreiber (nachfolgend gemeinsam **„Kabelnetze“**) digital in verschlüsselter Form auf Basis des Einspeisevertrages vom [DATUM] (nachfolgend „**Einspeisevertrag**“) verbreitet.

Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Unitymedia NRW GmbH und die Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG (gemeinsam **„Unitymedia“**) in Zusammenhang mit dem Zusammenschluss von Liberty Global Europe Holding B.V. und Kabel BW GmbH (als Gesamtrechtsnachfolgerin der Kabel BW GmbH & Co. KG) (nachfolgend **„KBW“**) digitale Free TV Programme[1] im digitalen Basispaket zukünftig in der gleichen Weise unverschlüsselt verbreiten werden, wie dies von KBW bereits betrieben wird.

Unitymedia wird die verschlüsselte Verbreitung digitaler SD Free TV Programme mit Wirkung zum 3.1.2013 einstellen und diese Programme nur noch unverschlüsselt verbreiten. Auch die Free TV Programme in HD-Qualität werden nach diesem Datum grundsätzlich unverschlüsselt verbreitet. Allerdings bietet Unitymedia die verschlüsselte Verbreitung von HD Free TV Programmen auf ausdrücklichen Wunsch des Senders in einem separaten Paket an, wenn der Sender die Verschlüsselung zur Voraussetzung für die Verbreitung seiner HD Free TV Programme macht.

Sollte der Sender nicht bereit sein, die Einspeiseverträge in diesem Sinne anzupassen, wird Unitymedia den Einspeisevertrag zum nächstmöglichen Zeitpunkt kündigen und den Abschluss eines neuen Einspeisevertrages, in dem die vorgenannten Grundsätze umgesetzt sind, anbieten.

Das bisherige Abrechnungsmodell der Einspeiseentgelte setzt eine Verschlüsselung des Programmsignals voraus, da die Einspeiseentgelte auf Basis der freigeschalteten Smartcards berechnet werden. Durch die Aufgabe der Grundverschlüsselung ist es deshalb erforderlich, ein Abrechnungssystem einzuführen, das nicht mehr an die Anzahl freigeschalteter Smartcards anknüpft. Nach Vollzug des Zusammenschlusses wird Unitymedia daher für die digitale Programmeinspeisung das bereits bei KBW verwendete Abrechnungssystem einführen. Im Fall einer Simulcast-Verbreitung wird für die analoge Einspeisung die Abrechnungsmethode von Unitymedia unter Verwendung der bestehenden degressiven Preisliste genutzt. Zur Berechnung der Einspeiseentgelte für die analoge

[1] Unabhängig von der Lizenz sind digitale Free TV Programme im Sinne dieses Schreibens alle Programme, die gegenüber den Endkunden nicht als Pay TV vermarktet werden.

Verbreitung wird hierbei die gemeinsame analoge Kabelreichweite von Unitymedia und KBW angewendet. Dies führt für die Sender im Vergleich zum Status Quo zu vorteilhaften Degressionseffekten.

Im Hinblick auf die Umstellung der Abrechungsmethode garantieren Unitymedia und KBW bis zum 31.12.2016, dass der Gesamtbetrag der an Unitymedia und KBW pro Jahr zu leistenden Einspeiseentgelte in keinem Jahr höher sein wird als der Betrag, welcher sich nach der alten Berechnungsmethode unter Zugrundelegung des Stichtags 1.1.2012 fiktiv für das Jahr 2012 ergeben würde. Dies gilt für solche (lokale) Sender, welche derzeit nur in Teilnetzen von UM und/oder KBW verbreitet werden, mit der Maßgabe, dass die Einspeisung der Programmsignale im gegenwärtigen Umfang aufrechterhalten wird (d.h. das Programm wird auch zukünftig in den gleichen Teilnetzen verbreitet wie gegenwärtig).

Im Einzelnen:

A. Unwiderrufliches Angebot zum Wechsel auf unverschlüsselte Einspeisung

Dies vorausgeschickt, bieten wir Ihnen unwiderruflich an, den Einspeisevertrag mit Wirkung zum 1.1.2013 wie folgt zu ändern:

1) a) Die Grundverschlüsselung des digitalen SD Free TV Programmsignals des Programms [NAME] wird zum 3.1.2013 eingestellt. Das digitale SD Free TV Programmsignal wird in den Kabelnetzen ab diesem Zeitpunkt unverschlüsselt als Teil des unverschlüsselten digitalen Basisangebots verbreitet. Damit ist das Programm ohne vorherige Freischaltung durch Unitymedia mit jedem herkömmlichen DVB-C Empfangsgerät ohne Nutzung eines Verschlüsselungssystems empfangbar.

   b) Das digitale HD Free TV Signal des Programms [Name] wird ab dem 3.1.2013 in den Kabelnetzen unverschlüsselt als Teil des Digitalen Basisangebots verbreitet. Damit ist das Programm ohne vorherige Freischaltung durch Unitymedia mit jedem herkömmlichen DVB-C Empfangsgerät ohne Nutzung eines Verschlüsselungssystems empfangbar.

2) Für die unverschlüsselte Verbreitung in den Kabelnetzen sind folgende Entgelte zu zahlen:
   a) für das digitale SD Free TV Programmsignal bei einer Datenübertragungsrate von 3,75 MBit/s € 0,0454 je Wohneinheit/Jahr
   b) für das digitale HD Free TV Programmsignal (Bandbreite bis zu 10 MBit/s) € 0,103 je Wohneinheit/Jahr
   Das bisherige Abrechnungsmodell wird durch das vorstehende ersetzt.

3) Das Programm wird in den gleichen (Teil-)Netzen wie bisher verbreitet.

4) Für den Fall, dass der Einspeisungsvertrag neben der digitalen auch eine parallele analoge Kabelverbreitung (Simulcast) vorsieht, ist für die analoge Programmverbreitung ab dem 1.1.2013 zusätzlich zu den beschriebenen digitalen Einspeiseentgelten ein Einspeiseentgelt auf der Grundlage der in **Anlage A** beigefügten degressiven Preisliste zu entrichten. Die gemeinsame Kabelreichweite (angeschlossene WE) von Unitymedia und KBW ist die Grundlage für die Berechnung des analogen Einspeiseentgelts. Die bisherige

Abrechnungsmethodik für die analoge Kabelverbreitung in den Einspeiseverträgen zwischen [NAME] mit Unitymedia und KBW für das Programm [NAME] wird durch die vorstehende Regelung ersetzt.

5) Unitymedia und KBW garantieren [NAME] bis zum 31.12.2016, dass der Gesamtbetrag der an Unitymedia und KBW zu leistenden Einspeiseentgelte in keinem Jahr den Betrag übersteigt, der sich nach der alten Berechnungsmethode unter Zugrundelegung des Stichtages 1.1.2012 fiktiv für das Jahr 2012 ergeben würde (Höchstbetrag). Der Höchstbetrag wird wie folgt berechnet:

   (i) Es wird ermittelt, welcher Gesamtbetrag analoger und digitaler Einspeiseentgelte sich bei der gegenwärtigen Berechnungsmethode für das Jahr 2012 ergeben würde. Stichtag ist der 1.1.2012, d.h. Berechnungsgrundlage sind die zu 1.1.2012 angeschlossenen Haushalte bzw. freigeschalteten Smartcards.

   (ii) Das so ermittelte fiktive Gesamt-Entgeltaufkommen für das Jahr 2012 nach der alten Berechnungsmethode bildet die Höchstgrenze der in den Jahren 2013, 2014, 2015 und 2016 nach der neuen Berechnungsmethode jeweils anfallenden Einspeiseentgelte.

   (iii) Für diejenigen Programmveranstalter lokaler Sender, welche einen solchen Sender gegenwärtig auf eigenen Wunsch nur in Teilnetzen von UM und/oder KBW verbreiten lassen, gilt der klarstellende Vorbehalt, dass sich der Höchstbetrag dann erhöhen kann, wenn der Sender zukünftig eine großflächigere Verbreitung verlangt. Sollte zukünftig auf eigenen Wunsch des Programmveranstalters zur Verbreitung in einem erweiterten Gebiet übergegangen werden, so kann der mit der Erweiterung der technischen Reichweite naturgemäß einhergehenden Erhöhung der Einspeiseentgelte nach der digitalen und analogen Preisliste (aufgrund der Zunahme der angeschlossenen Haushalte, an welche das Signal nach einer solchen Erweiterung verbreitet wird) nicht die Höchstbetragsklausel entgegengehalten werden.

6) Die bestehenden Einspeiseverträge zwischen Unitymedia und KBW für das Programm [NAME] bleiben im Übrigen unverändert bestehen, so dass die allgemeinen Verbreitungsbedingungen (Art und Umfang der Einspeisung, Laufzeiten etc.) wie sie in den bestehenden Einspeiseverträgen zwischen dem Sender und Unitymedia und KBW vereinbart sind, weiterhin Bestand haben.

Unitymedia ist an das Angebot unter A. bis zum 31.3.2012 gebunden. Das Angebot kann bis zu diesem Termin durch Übersendung einer gegengezeichneten Kopie des Schreibens an digitaltv@unitymedia.de oder per Telefax an +49 (0)221 – 37792802 angenommen werden. Klarstellung: Die Umstellung auf unverschlüsselte Verbreitung erfolgt sodann zum 3.01.2013, sofern der Einspeisevertrag noch über den 31.12.2012 Bestand hat und nicht von einer der Parteien gekündigt wurde.

B. Regelung bei Nicht-Annahme des Angebots

Für den Fall, dass [NAME] das Angebot unter A. zur Vertragsänderung des Einspeisevertrags nicht annehmen wird,

kündigen wir hiermit hilfsweise den zwischen uns bestehenden Einspeisevertrag zum nächstmöglichen Kündigungstermin.

Für den Zeitraum nach Wirksamwerden der Kündigung bieten wir Ihnen hiermit unwiderruflich den Abschluss eines neuen Vertrages zur digitalen Kabelverbreitung an, der die folgenden Regelungen enthalten wird:

1) Die Kabelverbreitung des SD Free TV Programms für das Programm [NAME] erfolgt unverschlüsselt, die Grundverschlüsselung des digitalen SD-Programmsignals wird also eingestellt. Das digitale SD Free TV Programmsignal wird in den Kabelnetzen ab diesem Zeitpunkt als Teil des unverschlüsselten digitalen Basispakets verbreitet. Damit ist das Programm ohne vorherige Freischaltung durch Unitymedia mit jedem herkömmlichen HD-fähigen DVB-C Empfangsgerät ohne Nutzung eines Verschlüsselungssystems empfangbar.

2) Die Kabelverbreitung des HD Free TV Programms für das Programm [NAME] erfolgt entweder
   a) unverschlüsselt als Teil des digitalen Basisangebots. Damit ist das unverschlüsselte HD-Programm ohne vorherige Freischaltung durch Unitymedia mit jedem herkömmlichen DVB-C Empfangsgerät ohne Nutzung eines Verschlüsselungssystems empfangbar;

   oder

   b) verschlüsselt als Teil eines HD Free TV Pakets, falls [NAME] die Verschlüsselung zur Voraussetzung der Verbreitung des HD Signals macht. In diesem Fall wird das an Unitymedia zu entrichtende Einspeiseentgelt ein Entgelt je aktivierter Smartcard sein. Das von Unitymedia an [NAME] zu zahlende Entgelt wird eine pro rata–Beteiligung an den durch Unitymedia erzielten Einnahmen aus dem betreffenden HD Free TV Paket sein. Die Einzelheiten der Vergütung werden nach Treu und Glauben vereinbart, wobei die Verpflichtung von [NAME] zur Zahlung der vorgenannten Einspeiseentgelte unabhängig von der Zahlung einer Beteiligung an HD-Paket-Umsätzen durch UM besteht.

3) Für die unverschlüsselte Verbreitung in den Kabelnetzen sind folgende Entgelte zu zahlen:

   a) für das digitale SD Free TV Programms bei einer Datenübertragungsrate von 3,75 MBit/s € 0,0454 je Wohneinheit/Jahr

   b) für das digitale HD Free TV Programms (Bandbreite bis zu 10 MBit/s) € 0,103 je Wohneinheit/Jahr

4) Das Programm wird in den gleichen (Teil-)Netzen wie bisher verbreitet.

5) Für den Fall, dass der Einspeisungsvertrag neben der digitalen auch eine parallele analoge Kabelverbreitung (Simulcast) vorsieht, ist für die analoge Programmverbreitung ab dem 1.1.2013 zusätzlich zu den beschriebenen digitalen Einspeiseentgelten ein Einspeiseentgelt auf der Grundlage der in **Anlage A** beigefügten degressiven Preisliste zu entrichten. Die gemeinsame Kabelreichweite (angeschlossene WE) von Unitymedia und KBW ist die Grundlage für die Berechnung des analogen Einspeiseentgelts. Die bisherige Abrechnungsmethodik für die analoge Kabelverbreitung in den Einspeiseverträgen zwischen [NAME] mit Unitymedia und KBW für das Programm [NAME] wird durch die vorstehende Regelung ersetzt.

6) Unitymedia und KBW garantieren [NAME] bis zum 31.12.2016, dass der Gesamtbetrag der an Unitymedia und KBW zu leistenden Einspeiseentgelte in keinem Jahr den Betrag übersteigt, der sich nach der alten Berechnungsmethode unter Zugrundelegung des Stichtages 1.1.2012 fiktiv für das Jahr 2012 ergeben würde (Höchstbetrag). Der Höchstbetrag wird wie folgt berechnet:

   (i) Es wird ermittelt, welcher Gesamtbetrag analoger und digitaler Einspeiseentgelte sich bei der gegenwärtigen Berechnungsmethode für das Jahr 2012 ergeben würde. Stichtag ist der 1.1.2012, d.h. Berechnungsgrundlage sind die zu 1.1.2012 angeschlossenen Haushalte bzw. freigeschalteten Smartcards.

   (ii) Das so ermittelte fiktive Gesamt-Entgeltaufkommen für das Jahr 2012 nach der alten Berechnungsmethode bildet die Höchstgrenze der in den Jahren 2013, 2014, 2015 und 2016 nach der neuen Berechnungsmethode jeweils anfallenden Einspeiseentgelte.

   (iii) Für diejenigen Programmveranstalter lokaler Sender, welche einen solchen Sender gegenwärtig auf eigenen Wunsch nur in Teilnetzen von UM und/oder KBW verbreiten lassen, gilt der klarstellende Vorbehalt, dass sich der Höchstbetrag dann erhöhen kann, wenn der Sender zukünftig eine großflächigere Verbreitung verlangt. Sollte zukünftig auf eigenen Wunsch des Programmveranstalters zur Verbreitung in einem erweiterten Gebiet übergegangen werden, so kann der mit der Erweiterung der technischen Reichweite naturgemäß einhergehenden Erhöhung der Einspeiseentgelte nach der digitalen und analogen Preisliste (aufgrund der Zunahme der angeschlossenen Haushalte, an welche das Signal nach einer solchen Erweiterung verbreitet wird) nicht die Höchstbetragsklausel entgegengehalten werden.

Das Angebot unter B. kann durch Übersendung einer gegengezeichneten Kopie dieses Schreibens per Email an digitaltv@unitymedia.de oder per Telefax an +49 (0)221 – 37792802 angenommen werden.

Köln, den

_____	_____
Unitymedia NRW GmbH	Unitymedia NRW GmbH
_____	_____
Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG	Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG

Die unter A. 3), 4) und 5) vorgeschlagenen Vertragsänderungen erfordern eine Änderung des Einspeisevertrags zwischen [NAME] und KBW betreffend das Programm [NAME] im Hinblick auf das Abrechnungssystem für die analoge Kabeleinspeisung und bedürfen daher der Zustimmung von KBW. KBW erklärt hiermit die Zustimmung zu diesen Änderungen.

Heidelberg, den

_____

Kabel BW GmbH

Hiermit nimmt [NAME] das vorbeschriebene Angebot zur Änderung des bestehenden Einspeisevertrages an.

Ort, Datum

_____

[NAME]

Anlage 9

[Briefkopf Unitymedia]

Name

Adresse

PLZ Ort

Änderung Ihres NE4- Signallieferungsvertrages

Sehr geehrter Herr/Frau …..

zwischen [NAME] und Unitymedia besteht ein Vertragsverhältnis, das die Belieferung mit Rundfunksignalen und ggf. weitere Dienste beinhaltet (im nachfolgenden **„Signallieferungsvertrag“**).

Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Unitymedia NRW GmbH und Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG (gemeinsam **„Unitymedia“**) in Vollzug des Zusammenschlusses von Liberty Global Europe Holding B.V. mit Kabel BW GmbH (als Gesamtrechtsnachfolgerin der Kabel BW GmbH & Co. KG) mit Wirkung ab dem 3. Januar 2013 im Hinblick auf die Vereinbarungen mit NE4-Betreibern auf die Verschlüsselung aller Free TV Programme[1] verzichten werden.

Dies vorausgeschickt, erklären wir im Hinblick auf den zwischen uns bestehenden Signallieferungsvertrag Folgendes:

1) Unitymedia wird alle Free TV Programme mit Wirkung ab dem 1. Januar 2013 (technisch umgesetzt zum 3. Januar 2013) unverschlüsselt verbreiten und wird die Kabelnetzbetreiber auf Grundlage der gültigen Preislisten mit analogen Programmen und unverschlüsselten digitalen Programmen beliefern. Programme, die in bezahlpflichtigen Paketen enthalten sind (insbesondere Pay-TV Pakete, Pay-Per-View Angebote oder das HD-Plus-Paket), gehören nicht zum Umfang der vertraglich abgegoltenen Signallieferung.

2) Kabelnetzbetreiber, die mit Unitymedia einen Vertrag zum Bezug von Rundfunksignalen abgeschlossen haben, können ihren Kunden ab diesem Datum neben den analogen Programmsignalen zusätzlich unverschlüsselte digitale Free TV Signale anbieten, ohne zusätzliche Entgelte für die unverschlüsselten digitalen Signale entrichten zu müssen.

3) Der zwischen [NAME] und Unitymedia bestehende Signallieferungsvertrag wird hiermit entsprechend abgeändert. Alle übrigen Vertragsbestandteile bleiben unberührt.

4) Sowohl KBW als auch Unitymedia werden alle Free TV Programme auch zukünftig in unverschlüsselter Form verbreiten und die Grundverschlüsselung nicht (wieder-) einführen.

---

[1] Unabhängig von der Lizenz sind digitale Free TV Programme im Sinne dieses Schreibens alle Programme, die gegenüber den Endkunden nicht als Pay TV vermarktet werden.

Der Unitymedia Standard-Signallieferungsvertrag in der Fassung der Regulierungsentscheidung der Bundesnetzagentur vom 9. März 2009 wird im Hinblick auf die künftige Belieferung mit nunmehr unverschlüsselten digitalen Signalen entsprechend abgeändert und auf unserer Internetseite veröffentlicht.

[NAME] kann den vorgenannten Vertragsänderungen schriftlich innerhalb eines Monats nach Erhalt dieses Schreibens widersprechen und den bestehenden Signallieferungsvertrag kündigen oder den Abschluss des Standard-Signallieferungsvertrages in der abgeänderten Fassung verlangen.

Mit freundlichen Grüßen

Köln, den

_____	_____
Unitymedia NRW GmbH	Unitymedia NRW GmbH
_____	_____
Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG	Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG