

Prof. Dr. Torsten Körper, Göttingen*

Die Signalmarkt-Entscheidung des OLG Düsseldorf – Anmerkung zum Beschluss vom 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V)

Der Telekommunikations- und Mediensektor ist derzeit Gegenstand tiefgreifender Umwälzungen, die durch Digitalisierung und davon ausgehende Konvergenz früher klar getrennter Übertragungsdienste und Medien in einer „All-IP-Welt“ angetrieben werden. Die jüngste Zeit ist durch zahlreiche spektakuläre Zusammenschlussvorhaben geprägt. Zu nennen sind etwa die Übernahme etlicher namhafter Zeitschriften- und Zeitungstitel des Springer Verlags durch die Funke Gruppe, der Zusammenschluss der Mobilfunkanbieter von o2 und EPlus (Base) und die am 20. September 2013 von der Kommission freigegebene Übernahme von Kabel Deutschland durch Vodafone, durch welche der ebenfalls projektierte Zusammenschluss von Unitymedia/Kabel BW und Kabel Deutschland zu einem neuen Kabelmonopolisten vereitelt wurde.

Zusammenschlussvorhaben zwischen Kabelnetzbetreibern sind durch das Bundeskartellamt in den letzten Jahren unterschiedlich beschieden worden. So gab das Bundeskartellamt 2008 den Zusammenschluss Kabel Deutschland/Orion trotz davon ausgehender Verstärkungswirkungen auf den Kabelfernsehmärkten frei, weil es sich davon – wohl zu Recht – eine Belebung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (Telefonie und Internet) versprach.¹ Bei den Zusammenschlussvorhaben Liberty Global/Kabel BW (2011)² und Kabel Deutschland/Telecolumbus (2013)³ maß es dem Hinweis auf eine mögliche weitere Wettbewerbsbelebung auf den Telekommunikationsmärkten angesichts des mittlerweile ohnehin schon sehr intensiven Wettbewerbs zwischen Telefon- und Internetversorgung per DSL und per Kabel zu Recht keine entscheidende Bedeutung mehr zu. Dies zeigt zugleich die große Dynamik auf den betreffenden Märkten, die auch auf Seiten der Kartellbehörden und -gerichte eine flexible, sich den tatsächlichen Veränderungen anpassende und die Marktdynamik prognostisch einbeziehende Bewertung verlangt.

I. Gegenstand der Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 14. August 2013 war ein Freigabebeschluss, mit welchem das Bundeskartellamt am 15. Dezember 2011 den Zusammenschluss zwischen den Kabelnetzbetreibern Liberty Global (Unitymedia) und Kabel BW unter Auflagen und Bedingungen freigegeben hatte.⁴ Dabei handelte es sich um einen „3-zu-2 Zusammenschluss“, der auf den betroffenen Kabelfernsehmärkten in Deutschland nur noch zwei große Wettbewerber (Unitymedia/Kabel BW einerseits und Kabel Deutschland andererseits) übrig gelassen hatte.

Unitymedia, eine Tochtergesellschaft von Liberty Global, betrieb primär in Nordrhein-Westfalen und Hessen das früher der Deutschen Telekom AG gehörende Breitbandkabelnetz und bot damit zusammenhängende Kabelfernseh-, Telefon- und Internetdienstleistungen an. Kabel BW tat Gleiches in Baden-Württemberg. Die Unternehmen beschränkten ihre Tätigkeiten im Wesentlichen auf ihre angestammten Netzgebiete. Wesentlicher aktueller Wettbewerb zwischen ihnen war nicht zu verzeichnen. Allerdings war insbesondere Kabel

BW auf den von ihr bedienten Gebieten an ihre Wachstumsgrenzen gestoßen, so dass ein zukünftiger Wettbewerb um Kunden in den von Unitymedia bedienten Gebieten nicht unwahrscheinlich erschien.

Die Entscheidung, mit der das OLG Beschwerden zweier Wettbewerber gegen die Zusammenschlussfreigabe stattgab, wirft eine Reihe interessanter Rechtsfragen auf, die in einer kurzen Anmerkung nur zum Teil gestreift werden können und sicher noch Gegenstand intensiver Diskussionen sein werden. So war bereits umstritten, wie die von dem Zusammenschluss zwischen Liberty Global und Kabel BW betroffenen Märkte sachlich und räumlich abzugrenzen seien. Problematisch war ferner die Frage, welche Relevanz es für die Bewertung des Zusammenschlusses hatte, dass die Zusammenschlussparteien bisher im Wesentlichen unterschiedliche Regionen bedient und sich praktisch keinen Wettbewerb geliefert hatten. Schließlich und letztlich entscheidend war die Frage, ob die den Zusammenschlussparteien auferlegten Nebenbestimmungen ausreichten, um die von dem Zusammenschluss ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen zu kompensieren. Letzteres hat das OLG im Ergebnis verneint und deshalb den Freigabebeschluss des Bundeskartellamtes aufgehoben.

II. Marktabgrenzung

1. Sachliche Marktabgrenzung

Das Bundeskartellamt hatte in seinem Beschluss eine ganze Reihe potentiell betroffener sachlicher Märkte abgegrenzt: einen Endkundenmarkt für Mehrnutzerverträge („Gestattungsmarkt“), einen Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in das Kabel („Einspeisemarkt“), einen Endkundenmarkt für die individuelle Nachfrage nach Kabeldienstleistungen („Einzelnutzermarkt“) sowie Signallieferungsmärkte und einen Markt für Pay TV-Rechte.⁵

Das OLG konzentrierte seine Betrachtung auf die Endkundenmärkte. Das Bundeskartellamt hatte insoweit in sachlicher Hinsicht zwischen Mehrnutzerverträgen (Gestattungsverträgen) und Einzelnutzerverträgen unterschieden.⁶ Gestattungsverträge sind Verträge zwischen Kabelnetzbetreibern und Wohnungsbaugesellschaften, welche die Kabeldienstleistungen für ihre Mieter nachfragen und die Entgelte dafür über die Nebenkosten weiterberechnen. Einzelnutzerverträge werden dagegen durch individuelle Hauseigentümer oder Mieter direkt mit den Kabelnetzbetreibern abgeschlossen. Das OLG sah anders als das Bundeskartell-

* Prof. Dr. Torsten Körper, LL.M. (Berkeley) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen und Mitherausgeber der NZKart.

1 BKartA, 3. 4. 2008, B7 – 200/07 – Kabel Deutschland/Orion, Rn. 200 ff.

2 BKartA, 15. 12. 2011, B7 – 66/11 – Liberty Global/Kabel BW, Rn. 279 ff.

3 BKartA, 22. 2. 2013, B7 – 70/12 – Kabel Deutschland/Telecolumbus, Rn. 279 ff.

4 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), abgedruckt in diesem Heft auf S. 465.

5 BKartA, 15. 12. 2011, B7 – 66/11 – Liberty Global/Kabel BW, Rn. 37 ff.

6 BKartA, 15. 12. 2011, B7 – 66/11 – Liberty Global/Kabel BW, Rn. 37 ff.

amt keinen Grund für die Annahme zweier getrennter Märkte. Es hatte zwar nichts daran auszusetzen, dass das Amt die Signalversorgung über DVB-T und Satellit aus dem relevanten Markt ausgegrenzt hatte. Das OLG lehnte jedoch eine Unterteilung nach Kundengruppen ab und nahm einen einheitlichen Endkundenmarkt an. Es führte dazu aus, weder seien die Wohnungsgesellschaften Großhändler, noch bestünden zwischen den Leistungen, die den Wohnungsgesellschaften bzw. den Einzelkunden angeboten würden, hinreichende Unterschiede, um eine sachliche Teilmarktbildung zu rechtfertigen.⁷ Auch Hinweise auf die deutlich längeren Laufzeiten der Gestattungsverträge (bis zu 15 Jahre) und die erheblichen Preisunterschiede (umgerechnet auf den einzelnen Endabnehmer immerhin um den Faktor 5) ließ das OLG nicht gelten.⁸ Schließlich lehnte das OLG – insoweit wieder in Übereinstimmung mit dem BKartA⁹ – die Einbeziehung sog. „Versorgungsvereinbarungen“ in den Markt ab, in denen der Kabelnetzbetreiber sich gegenüber der Wohnungsgesellschaft zu Errichtung und Unterhaltung von Kabelstrukturen auf deren Grundstück verpflichtet und im Gegenzug zwar keine unmittelbare Vergütung, dafür aber das exklusive Recht erhält, die Mieter als Kabelkunden zu gewinnen. Diese Differenzierung erscheint, insbesondere mit Blick auf die auch dahinter stehende, unter Kartellrechtlern verbreitete, von Ökonomen aber regelmäßig nur mit Kopfschütteln quittierte Annahme, ein Markt setze eine direkte monetäre Gegenleistung voraus, hinterfragbar.

2. Räumliche Marktabgrenzung

Auch die bundesweite räumliche Abgrenzung des Endkundenmarktes durch das Bundeskartellamt¹⁰ lehnte das OLG ab. Insoweit ist interessant, dass das Bundeskartellamt mit dem der Entscheidung des OLG zugrunde liegenden Beschluss *Liberty Global/Kabel BW* eine Änderung seiner Spruchpraxis vollzogen hat. In früheren Beschlüssen, zuletzt im Fall *Kabel Deutschland/Orion* aus dem Jahre 2008, hatte das Bundeskartellamt den Endkundenmarkt noch netzbezogen und damit regional abgegrenzt.¹¹ Das Bundeskartellamt hat diese Auffassung – ähnlich wie bei den Endkunden-Sondernutzungsverträgen für Strom und Gas¹² – nunmehr ganz bewusst im Sinne einer bundesweiten Abgrenzung revidiert. Es legte in *Liberty Global/Kabel BW* aufgrund der Weiterentwicklung der Märkte, insbesondere wegen der Möglichkeit bundesweiter Vermarktung und wegen des Auftretens bundesweit tätiger Wettbewerber wie der Deutschen Telekom AG, einen eher dynamischen, zukunftsgerichteten Maßstab an und ließ es ausreichen, dass für die Abnehmer die *Möglichkeit* einer nicht nur regionalen, sondern bundesweiten Nachfrage bestehe und dass auch tatsächlich (wenn auch bisher nur vereinzelt) Anbieterwechsel zu verzeichnen seien.¹³

Das OLG nahm demgegenüber eine eher statische, auf den Ist-Zustand bezogene Betrachtung vor und stellte auf das tatsächliche derzeitige Nachfrageverhalten ab, das noch zu mehr als 90 % regional bzw. auf ein Bundesland ausgerichtet sei.¹⁴ Die bisher tatsächlich eher geringe bundesweite Nachfrage reichte dem OLG also anders als dem Bundeskartellamt für eine Änderung der räumlichen Marktabgrenzung (noch) nicht aus. Das erscheint nicht unzweifelhaft, denn dieses Vorgehen hat – wie auch das OLG durchaus erkannt, aber für irrelevant erachtet hat – zur Folge, dass bei Märkten, die nur deshalb nicht maßgeblich zusammenwachsen, weil die jeweils beherrschenden Unternehmen sich gegenseitig (noch) keinen Wettbewerb machen wollen, die

Entscheidung über räumliche Marktabgrenzung letztlich in die Hand dieser marktbeherrschenden Unternehmen gelegt wird. Insoweit droht eine Zementierung bestehender Strukturen. Die Marktabgrenzung darf natürlich auch im Rahmen der Fusionskontrolle die tatsächlichen Gegebenheiten nicht außer Acht lassen. Sie kann und muss aber mit Blick auf den Prognosecharakter von Fusionskontrollentscheidungen in besonderem Maße dynamische Elemente einbeziehen.¹⁵ So ist beispielsweise die (schon) bundesweite Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes auf den Energie-Sonderkundenmärkten angesichts der seit einigen Jahren bestehenden und auch tatsächlich immer mehr von den Nachfragern genutzten Wechsellmöglichkeiten überzeugend. Umgekehrt erscheint die (immer noch) bundesweite Marktabgrenzung der Bundesnetzagentur auf den Breitbandmärkten zweifelhaft, weil insoweit regional sehr stark unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse und Vermachtungsgrade bestehen (nämlich intensiver Wettbewerb und eine vergleichsweise schwache Marktposition der Deutschen Telekom AG in Großstädten, aber kaum Wettbewerb in vielen ländlichen Gegenden).¹⁶

III. Wettbewerbsbeschränkung

Für die wettbewerbliche Bewertung des Zusammenschlussvorhabens waren die Diskrepanzen zwischen Bundeskartellamt und OLG Düsseldorf in Bezug auf die Marktabgrenzung aber letztlich nicht ausschlaggebend. Das Bundeskartellamt nahm eine Verstärkung der gemeinsam marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussparteien auf dem von ihm bundesweit abgegrenzten Gestattungsmarkt an¹⁷ und hob die besondere Bedeutung des Fortfalls von Kabel BW als potentieller Wettbewerberin von Unitymedia in deren Versorgungsgebieten hervor.¹⁸ Hilfsweise (für den Fall einer regionalen Marktabgrenzung) ging das Amt von der Verstärkung der auf den beiden regionalen Märkten jeweils einzeln marktbeherrschenden Stellungen der Zusammenschlussparteien aus.¹⁹

Das OLG fokussierte seine Überlegungen demgegenüber auf die marktbeherrschende Stellung von Unitymedia in ihrem Netzgebiet und ging – insoweit grundsätzlich in Übereinstimmung mit dem Bundeskartellamt – von deren Verstärkung durch den Zusammenschluss aus. Dabei unterstrich das OLG, dass bei Märkten, die ohnehin schon einen

7 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.1.a.aa (1).

8 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.1.a.aa (1)(a)(b) und (c).

9 BKartA, 15. 12. 2011, B7 – 66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*, Rn. 36 Fn. 5.

10 BKartA, 15. 12. 2011, B7 – 66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*, Rn. 56 ff.

11 BKartA, 3. 4. 2008, B7 – 200/07 – *Kabel Deutschland/Orion*, Rn. 140 ff.

12 Strom (bundesweite Abgrenzung): BKartA 30. 11. 2009, B8 – 107/09, Rn. 39 f. – *Integra/Thüga*; BKartA 8. 12. 2011, B8 – 94/11, Rn. 37 f. – *Stadtwerke Unna*; Gas (noch offenlassend mit Tendenz zur bundesweiten Abgrenzung): BKartA 31. 1. 2012, B8 – 116/11, Rn. 149 ff. – *Gazprom/VNG*; BKartA 20. 3. 2012, B8 – 124/11, Rn. 43, 55 ff. – *Enovos/ESW*.

13 BKartA, 15. 12. 2011, B7 – 66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*, Rn. 56 ff., insbes. Rn. 63 f.

14 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.1.c.bb (1).

15 Dazu ausführlich Körper, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO Rn. 20 ff.

16 Vgl. dazu einerseits Berger-Kögler, Regionalisierung der Regulierung – erste Beispiele aus Großbritannien und Österreich – Implikationen für Deutschland, MMR 2008, VI; andererseits Körper, TKG-Novelle 2011 – Breitbandausbau im Spannungsfeld von Europäisierung, Regionalisierung und Netzneutralität, MMR 2011, 215, 218 f.

17 BKartA, 15. 12. 2011, B7 – 66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*, Rn. 66 ff.

18 BKartA, 15. 12. 2011, B7 – 66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*, Rn. 161 ff.

19 BKartA, 15. 12. 2011, B7 – 66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*, Rn. 170 ff.

hohen Konzentrationsgrad aufwies, schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potentiellen Wettbewerbs ausreiche.²⁰ Das OLG stellte insoweit insbesondere auf den Wegfall von Kabel BW als potentielle Wettbewerberin sowie auf den Zuwachs an Finanzen und sonstigen Ressourcen durch den Zusammenschluss ab.²¹ Dabei erkannte es (ebenso wie das Bundeskartellamt) durchaus, dass sich Unitymedia und Kabel BW bisher gegenseitig praktisch keinen Wettbewerb gemacht hatten. Es war allerdings der Ansicht, dass – insbesondere mit Blick auf die geringen Wachstumschancen von Kabel BW in deren Gebiet – mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, dass ohne den Zusammenschluss in einem Zeitraum von drei bis fünf Jahren potentieller Wettbewerb entstehen würde.²²

In einem obiter dictum wies das OLG darauf hin, dass auch der mit Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle Gesetz gewordene SIEC-Test letztlich keine andere Bewertung gebieten würde, wobei es unterstrich, dass es auch bei der gerichtlichen Überprüfung auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung ankomme.²³ Dass der vorliegende Fall auch unter Geltung des SIEC-Tests nicht anders zu entscheiden wäre, dürfte zutreffen. Allerdings ist nicht ganz korrekt, dass eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung „stets“ auch eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstellt, wie das OLG unter Zitierung der insoweit ebenfalls fehlerhaften Gesetzesbegründung meint.²⁴ Der Marktbeherrschungstest ist seit der 8. GWB-Novelle (ebenso wie in Art. 2 FKVO 139/2004) Regelbeispiel für die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs („insbesondere“). Regelbeispiele sind aber definitionsgemäß weder abschließend noch zwingend. Der SIEC-Test ist daher nicht „stets“, sondern eben nur „in der Regel“ erfüllt, wenn die Voraussetzungen des Marktbeherrschungstests vorliegen.

IV. Nebenbestimmungen

Ausschlaggebend für die Aufhebung des Freigabebeschlusses des Bundeskartellamtes war für das OLG letztlich die Einschätzung, dass der Zusammenschluss nicht mit hinreichenden Nebenbestimmungen verbunden war. Ausgehend von der Annahme, dass aktueller oder potentieller Wettbewerb zwischen den Zusammenschlussparteien bereits vor dem Zusammenschluss kaum vorhanden war, war das Amt augenscheinlich bestrebt gewesen, die nach seiner Einschätzung nur geringen zusätzlichen Wettbewerbsbeschränkungen durch den Zusammenschluss nicht durch zu strenge Nebenbestimmungen „überzukompensieren“. Das hat eine gewisse logische Stringenz, aber gleichwohl aus wettbewerblicher Sicht einen schalen Beigeschmack, weil es Zusammenschlussparteien danach umso leichter fallen würde, eine Freigabe zu erhalten, je stärker sie schon vor dem Zusammenschluss den Wettbewerb untereinander beschränkt haben.

Im Einzelnen hat das Bundeskartellamt die Freigabe mit folgenden Nebenbestimmungen versehen: *erstens* mit der auflösenden Bedingung der Einräumung eines Sonderkündigungsrechts für die 67 größten Gestattungsverträge der Zusammenschlussparteien, *zweitens* mit der Auflage, gegenüber den Vertragspartnern aller Gestattungsverträge auf sämtliche Exklusivitätsrechte zu verzichten, *drittens* mit der Auflage, gegenüber den Vertragspartnern aller Gestattungsverträge für die Zeit nach Ablauf des Vertrages auf Eigentum und Rückbaurechte am Hausverteiltelnetze zu verzichten und *viertens* mit der Bedingung, Free-TV-Signale (etwa von öffentlich-rechtlichen Sendern, RTL-Gruppe oder ProSiebenSat1-Gruppe) in

Zukunft in SD-Qualität (stets) und in HD-Qualität (sofern nicht der Programmanbieter ein anderes verlange) unverschlüsselt zu verbreiten (Aufgabe der Grundverschlüsselung).²⁵

Das OLG hielt diese Nebenbestimmungen für unzureichend. Im Verfahren war – abgesehen von der Effektivität der Bedingungen und Auflagen – auch umstritten gewesen, ob es sich bei ihnen nicht möglicherweise um nach § 40 Abs. 3 S. 2 GWB unzulässige Verhaltensregelungen handelte. Das OLG betonte daher zunächst zu Recht, dass die Grenzlinie zwischen strukturellen Zusagen und Verhaltenszusagen in der Praxis oft schwer zu ziehen sei. Entscheidend sei aber letztlich nicht, ob auf das Verhalten der Unternehmen eingewirkt werde, sondern ob hierdurch ein *struktureller Effekt* erzielt werde, der hinreichend wirksam und nachhaltig sei, um eine Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss zu verhindern oder zu kompensieren.²⁶ Einen solchen Effekt vermochte das OLG in den vom Bundeskartellamt festgesetzten Nebenbestimmungen nicht in hinreichendem Maße zu erkennen. Dem Verzicht auf Exklusivitäts-, Eigentums- und Rückbaurechte sprach das OLG letztlich einen relevanten strukturellen Effekt ab, da ein konkurrierender Kabelbetreiber auch in Abwesenheit einer Exklusivitätsvereinbarung aus ökonomischer Sicht wenig Anreiz habe, eine parallele eigene Infrastruktur aufzubauen und da Eigentums- und Rückbaurechte in der Praxis ohnehin nicht geltend gemacht würden.²⁷ Den Wegfall der Grundverschlüsselung beim Free-TV sah das OLG als wettbewerblich ambivalent an. Einerseits könnten die Verbraucher nunmehr die Programme ohne besondere Dekodiergeräte (Set-Top-Boxen, CI-Module) empfangen und damit auch leichter den Anbieter wechseln, ohne daran durch verlorene Kosten für alte und zusätzliche Kosten für neue Geräte gehindert zu werden. Andererseits resultierten aus dem Wegfall der Grundverschlüsselung aber auch Nachteile für den Wettbewerb, weil der Verzicht auf die Grundverschlüsselung in der Vergangenheit ein Wettbewerbsfaktor gewesen war, durch den sich kleinere Wettbewerber von den großen Kabelnetzbetreibern abheben und diesen Kunden abwerben konnten.²⁸

Die letztlich entscheidende und zugleich in besonderem Maße potentiell strukturell wirkende Nebenbestimmung sah das OLG zu Recht in der Regelung zu den Sonderkündigungsrechten. Das Bundeskartellamt hatte insoweit die Einräumung einer auf die 67 größten Gestattungsverträge begrenzten Kündigungsmöglichkeit für ausreichend erachtet. Das

20 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.1.d.

21 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.2.d. aa.

22 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.1.d unter Verweis auf BGH WuW/E DE-R 3695 Tz. 38 = NKZKart 2013, 36 – *Haller Tageblatt*.

23 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.1.d. cc.

24 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.1.d. cc. Die RegBegr zur 8. GWB-Novelle bezeichnet den Marktbeherrschungstest einerseits korrekt als Regelbeispiel, betont aber andererseits in Verknüpfung der Bedeutung von Regelbeispielen im gleichen Satz fälschlich, bei Erfüllung des Marktbeherrschungstests sei „stets“ auch der SIEC-Test erfüllt, BT-Drucks. 17/9852, S. 28, zu Nr. 20.

25 BKartA, 15. 12. 2011, B7 – 66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*, Entscheidungstenor und Rn. 120 ff.

26 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.3 unter Verweis auf BGHZ 166, 165 Rn. 59 – *DB Regio/Üstra*.

27 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.3.a.

28 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.3.b.

OLG ließ dahinstehen, ob die Auswahl dieser 67 Verträge sachgerecht gewesen war, weil ihm unabhängig davon eine rein theoretische, tatsächlich aber wirkungslose Kündigungsmöglichkeit nicht ausreichte. Vielmehr sei im Einklang mit Rn. 63 und 68 der Kommissionsmitteilung zu Abhilfemaßnahmen in der Fusionskontrolle²⁹ eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür zu verlangen, dass die durch die Nebenbestimmungen ermöglichten wettbewerbsfördernden Wirkungen auch *tatsächlich* eintreten.³⁰ In der Tat nimmt die EU-Kommission Zusagen, die auf eine Kündigung oder Änderung von Verträgen gerichtet sind, regelmäßig nur an, wenn die Marktverhältnisse einen Neuzutritt Dritter nach Eintritt der Bedingung tatsächlich erwarten lassen und wenn die vorherige Ausschließlichkeit nicht tatsächlich aufrechterhalten wird;³¹ dabei akzeptiert die Kommission auch Zusagen, die diesen Anforderungen genügen, regelmäßig nur als Teil eines umfassenderen Zusagenpakets.³²

Im vorliegenden Fall waren die Sonderkündigungsrechte jedoch – wie vorauszusehen und auch von den Wettbewerbern vorausgesagt worden war – tatsächlich wirkungslos geblieben, weil die Wohnungsgesellschaften keinen Gebrauch davon machen mussten und letztlich auch keinen Gebrauch davon gemacht haben. Die Wohnungsgesellschaften haben vielmehr offensichtlich nach dem Grundsatz „bekannt und bewährt“ keinen Grund für einen Anbieterwechsel gesehen, zumal es den Kabelnetzbetreibern freistand, sie bereits im Vorfeld einer möglichen Kündigung zu kontaktieren und notfalls durch ein Entgegenkommen zum Bleiben zu bewegen oder sich, falls es doch zu einer Kündigung kommen sollte, um einen Neuvertrag zu bemühen. Effektiv war daher bis zur Entscheidung des OLG nur ein einziger Vertrag an einen Wettbewerber verloren gegangen.³³ Der theoretisch mögliche strukturelle Effekt der Sonderkündigungsrechte war in der Praxis wirkungslos verpufft.

V. Fazit

In der Summe bestätigt der vorliegende Fall die Eingangsthese, dass die Telekommunikations- und Medienmärkte stark im Fluss sind. „Präzedenzen“ haben angesichts der

Dynamik dieser Märkte nur eine begrenzte Aussagekraft und Haltbarkeitsdauer. Ein bei seinem Erlass richtiger Beschluss kann schon wenig später überholt sein, weil nunmehr bei einem auf den ersten Blick ähnlichen Zusammenschluss eine andere Marktabgrenzung oder wettbewerbliche Bewertung angezeigt ist. Bezogen auf den vorliegenden Fall haben im Detail sowohl das Bundeskartellamt als auch das OLG gute Argumente auf ihrer Seite. Nimmt man allerdings, worin sich beide einig sind, eine wesentliche Marktbeherrschungsverstärkung bzw. Wettbewerbsbehinderung durch den Zusammenschluss an, so waren die Nebenbestimmungen im vorliegenden Fall in der Tat unzureichend.

Ob das OLG Düsseldorf insoweit das letzte Wort hat, muss sich noch zeigen. Über eine Nichtzulassungsbeschwerde hat der BGH noch nicht entschieden. Dessen unbeschadet können Unternehmen, die einen Zusammenschluss planen, aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf schon jetzt die Erkenntnis gewinnen, dass es nicht ohne Risiko ist, zu erfolgreich mit einer Kartellbehörde über Bedingungen und Auflagen zu verhandeln. Erweisen sich die Zusagen letztlich als zu schwach oder sind sie – wie die Sonderkündigungsrechte im vorliegenden Fall – rein hypothetischer Natur und damit letztlich nur ein Feigenblatt, das angesichts der tatsächlichen Marktumstände ohne Aussicht auf eine effektive Wettbewerbsbelebung ist, so laufen sie Gefahr, dass die Freigabe – wie im vorliegenden Fall – aufgehoben und damit eine Phase längerer Unsicherheit eingeleitet wird, die (auch wenn dies eher unwahrscheinlich erscheint) schlimmstenfalls sogar in eine Entflechtung münden könnte. ■

29 Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. 2008 C 167/1 (das OLG spricht versehentlich von VO 139/2001 statt richtig VO 139/2004).

30 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.3.c.

31 Vgl. z. B. KOMM. 15. 3. 2000, M.1672 Tz. 341 – *Volvo/Scania* (zu einer Ausschließlichkeitsbindung).

32 Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen (Fn. 29), Tz. 68.

33 OLG Düsseldorf, 14. 8. 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, Tz. II. B.3.c. cc.