

Prof. Dr. Torsten Körper, Köln*

Zurück zum Kabelmonopol? – Wettbewerbliche Bewertung eines Zusammenschlusses zwischen *Vodafone/Liberty Global* – Teil 1

Nachdem 2011 der Zusammenschluss Liberty Global/Kabel BW und 2013 der Zusammenschluss Vodafone/Kabel Deutschland von sich reden machten, scheint die Konsolidierung auf den Märkten für Kabelfernsehen und die damit verbundene, zunehmend auch für Internet und Telefon genutzte Signalübertragung nunmehr erneut Fahrt aufzunehmen. In den letzten Jahren war immer wieder von einem Zusammenschluss der beiden in Deutschland verbliebenen Kabelnetzbetreiber Vodafone und Liberty Global (Unitymedia) die Rede. 2015 wurden Gespräche zunächst erfolglos beendet, 2017 erneut aufgenommen. 2018 scheint das Vorhaben wieder konkrete Formen anzunehmen. Grund genug, einen möglichen Zusammenschluss Vodafone/Liberty Global einer kartellrechtlichen Analyse zu unterziehen.

Die nachfolgende Analyse konzentriert sich auf die Signal- und Einspeisemärkte. Daneben werden auch die TV-Rechtemärkte ins Visier genommen und kurz Auswirkungen auf die Breitbandmärkte für die Versorgung mit Internetsignalen angesprochen. Der erste Teil des Beitrags behandelt nach einer kurzen Marktabgrenzung die zu erwartenden wettbewerblichen Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens. Der 2. Teil im nächsten Heft setzt sich mit der Frage auseinander, ob und ggf. welche Abhilfemaßnahmen existieren, durch welche die wettbewerblich negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses kompensiert werden könnten.

I. Marktabgrenzung

Bereits die Zusammenschlüsse *Liberty Global/Kabel BW*¹ und *Vodafone/Kabel Deutschland*,² durch die in Deutschland ein Duopol der TV-Kabelunternehmen entstanden ist, haben zahlreiche Wettbewerbsfragen aufgeworfen, die auch für einen möglichen Zusammenschluss *Vodafone/Liberty Global*³ relevant sind. Schon die Abgrenzung der betroffenen Märkte ist teils heftig umstritten.⁴ Dies wurde bereits an anderer Stelle erörtert und wird hier daher nur kurz referiert. Insbesondere ist in Bezug auf die Signal(lieferungs)märkte streitig, ob eine einheitliche Nachfrage nach TV-Signalen existiert (wie das OLG Düsseldorf meint⁵) oder zwischen getrennten Märkten bzw. Teilmärkten für Einzelnutzer (d. h. TV-Zuschauer) und „Mehrnutzer“ (d. h. Vermieter, insbesondere Wohnungsunternehmen) zu unterscheiden ist (wie das BKartA angenommen hat⁶). Die Kommission hat diese Frage bisher explizit offen gelassen, lässt aber eine gewisse Tendenz zur Annahme zweier getrennter Märkte erkennen.⁷ Richtigerweise ist mit dem BKartA sachlich zwischen einem Einzelnutzermarkt (Endkundenmarkt) und einem Mehrnutzermarkt (Gestattungsmarkt) zu unterscheiden.

In den Einzelnutzermarkt (Endkundenmarkt) ist neben der Signalübertragung über TV-Kabel auch diejenige über DSL-Breitband (IPTV) einzubeziehen, nicht dagegen die SAT-Eigenversorgung oder die Signalversorgung über Mobilfunknetze. In räumlicher Hinsicht wird der Einzelnutzermarkt von der Praxis derzeit noch regional (netzbezogen) abgegrenzt, weil die Kabelnetze regional begrenzt sind und eine hinreichende „Klammerwirkung“ von IPTV verneint wird.⁸

Auf dem Markt für Mehrnutzerverträge (Gestattungsmarkt) werben die Signallieferer darum, dass die Wohnungswirtschaft ihnen gestattet, in Bezug auf ihre Wohnobjekte ein Hausverteilnetz⁹ zu errichten oder zu nutzen, um über dieses Netz die Mieter mit TV-Signalen und weiteren Dienstleistungen (z. B. Breitband-Internetdiensten) zu versorgen.¹⁰ In technischer Hinsicht erscheint eine (zukünftige) Einbeziehung von IPTV-Angeboten möglich, doch existieren solche Angebote für den Gestattungsmarkt in Deutschland bisher nicht. Die Möglichkeit der Errichtung eigener SAT-Anlagen der Wohnungsunternehmen ist aufgrund der hohen Kosten ebenfalls kein taugliches Substitut. Die Signallieferung über Kabel bildet daher derzeit einen eigenständigen Markt, der nach zutreffender Auffassung des BKartA aufgrund seiner Dynamik bundesweit abzugrenzen ist,¹¹ auch wenn das OLG Düsseldorf aufgrund einer eher statischen Betrachtung noch 2013 eine regionale (netzbezogene) Abgrenzung präferiert hat.¹²

Das Zusammenschlussvorhaben *Vodafone/Liberty Global* ist auch für eine Vielzahl anderer Märkte relevant, namentlich auch für den Einspeisemarkt auf dem die TV-Inhalteanbieter (TV-Sender, Sky etc.) die Übertragung ihrer TV-Signale bei den Infrastrukturbetreibern nachfragen. Dieser Markt ist noch immer durch technische Grenzen festgelegt, weil die Endkunden sich regelmäßig auf eine bestimmte Technologie (TV-Kabel, SAT, DVB-T2 und IPTV) festlegen und in aller Regel nicht mehrere parallel nutzen. Die Signalübertragungen mittels dieser Technologien bilden daher je-

* Prof. Dr. Torsten Körper, LL. M. (Berkeley) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartell- und Regulierungsrecht, Recht der digitalen Wirtschaft an der Universität Köln. Der nachfolgende Beitrag basiert auf einer kartellrechtlichen Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf den Signalmärkten, die der Autor 2015 für die Deutsche Telekom AG erstellt hat.

1 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*; dazu auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/2 (V), NZKart 2013, 465 – *Signalmarkt* m. Anm. Körper, NZKart 2013, 458.

2 KOMM., 20.9.2013, M.6990 – *Vodafone/Kabel Deutschland*.

3 Liberty Global ist die Muttergesellschaft der Kabelnetzbetreiberin Unitymedia. Zu dem Vorhaben etwa <https://www.golem.de/news/vodafone-und-liberty-vodafone-und-unitymedia-wollen-wieder-fusionieren-1802-132568.html>.

4 Ausführlich zur Marktabgrenzung bereits Körper, MMR 2016, 16 ff.

5 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 36 ff.

6 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/2 (V), NZKart 2013, 465, 466 f. – *Signalmarkt* m. Anm. Körper NZKart 2013, 458.

7 Vgl. KOMM., 20.9.2013, M.6990 – *Vodafone/Kabel Deutschland*, Tz. 92 und 96.

8 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 234 ff.; im Ergebnis ebenso (wenn auch auf der Grundlage einer unzutreffenden sachlichen Marktabgrenzung) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, 468 – *Signalmarkt* mit Anm. Körper, NZKart 2013, 458.

9 Man unterscheidet (mindestens) vier Netzebenen (NE): NE1 = TV- und Hörfunk-Studios und der Weg bis zur Sendestation, NE2 = Verteilwege über Rundfunksender, Satelliten, Richtfunk, N3 = eigentliches Breitbandnetz (Kabelkopfstellen zur Einspeisung in das Kabelfernsehnetz und dieses Netz selbst), NE4 = Hausübergabepunkte und Hausverteilnetz.

10 Dazu im Einzelnen Körper, MMR 2016, 16, 18 f.

11 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 58 ff.

12 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, 467 f. – *Signalmarkt*.

weils getrennte sachliche Märkte.¹³ In räumlicher Hinsicht werden diese Märkte von der deutschen Praxis netzbezogen abgegrenzt.¹⁴

Zumindest mittelbar sind auch die TV-Rechtemärkte betroffen, auf denen die TV-Anbieter die Senderechte für Spartenkanäle, Serien, Filmpakete und Einzelsendungen, insbesondere auch Sportübertragungsrechte, nachfragen.¹⁵ Besondere Fragen treten schließlich mit Blick auf die eng mit den Kabelmärkten verbundenen Breitbandmärkte für die Versorgung mit Internetsignalen auf.

II. Wettbewerbliche Bewertung

Angesichts des Umfangs des angestrebten Zusammenschlussvorhabens ist davon auszugehen, dass es gemeinschaftsweite Bedeutung i. S. d. Art. 1 FKVO hat und daher unter die FKVO und in die Zuständigkeit der EU-Kommission fällt. Maßstab für die wettbewerbliche Bewertung ist der in Art. 2 Abs. 3 FKVO normierte SIEC-Test, also die Frage, ob der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirklichen Wettbewerbs führen würde.

1. Gestattungsmarkt

a) *Marktanteil und Konzentrationshöhe.* Die Fusionskontrolle dient der Erhaltung einer Marktstruktur, in welcher wirksamer Wettbewerb möglich bleibt. Ausgangspunkt der wettbewerblchen Analyse ist daher regelmäßig eine strukturelle Betrachtung. Nach Feststellungen des BKartA wurden 2013 zwischen 12 und 14 Mio. TV-Haushalte über Gestattungsverträge (einschließlich der Versorgungsvereinbarungen) mit TV-Signalen versorgt. Heute dürften schätzungsweise etwa 11 Mio. Haushalte über die Wohnungswirtschaft (> 500 Wohneinheiten) und ca. 6 Mio. Haushalten in kleineren Wohneinheiten Kabel-TV beziehen. Der Marktanteil von Vodafone (Kabel Deutschland) lag insoweit 2013 bei 35 bis 45%, derjenige von Liberty Global (Unitymedia) bei 30 bis 40%. Tele Columbus (jetzt: Pÿur) als nächstgrößter Gestattungsnehmer kam auf 5 bis 15%. Die anderen Anbieter lagen bei unter 5%, und die Deutsche Telekom AG kam auf einen Marktanteil von unter 1%.¹⁶ Diese Marktanteile auf dem Gestattungsmarkt sind weitgehend stabil und haben sich seit 2011 nur wenig verändert.¹⁷

Nach dem Zusammenschluss würde an die Stelle des bisherigen kollektiv marktbeherrschenden Duopols der Zusammenschlussparteien¹⁸ ein bundesweit allein marktbeherrschendes Unternehmen mit einem Marktanteil von rund 75% treten. Die verbleibenden Wettbewerber wären mit individuell max. 15% Marktanteil weitaus kleiner. Zugleich würden die Abstände zu den nächsten Wettbewerbern deutlich vergrößert. Mit Blick auf den Konzentrationsgrad des Gestattungsmarktes ergibt sich ein ähnliches Bild. Legt man einer Konzentrationsanalyse nach Maßgabe des Herfindahl-Hirschman-Indexes (HHI) für die Zusammenschlussbeteiligten jeweils einen Marktanteil am unteren und für die anderen Marktteilnehmer einen Marktanteil am oberen Ende des vom BKartA 2013 in *KDG/Tele Columbus* beschriebenen Spektrums zugrunde (also die für die Zusammenschlussparteien günstigste Interpretation der Zahlen des BKartA), so ergibt sich für die Zeit vor dem Zusammenschluss ein Konzentrationsgrad von etwa 2.756 und für die Zeit danach ein Konzentrationsgrad von 4.856, mithin ein Delta von 2.100 Punkten und damit eine massive Erhöhung des ohnehin schon hohen Konzentrationsgrades. Bezogen auf das TV-Kabelnetz würde durch den Zusammenschluss, insbesondere auf der Netzebene 3,¹⁹ letztlich wieder der Zustand hergestellt, der bis zum Jahr 2000 bestand: Es würde nur noch einen einzigen, quasi

monopolistischen TV-Kabelnetzbetreiber in Deutschland geben. Kleinere Anbieter wie Pÿur verfügen nur über im Bundesgebiet verstreute, regional konzentrierte Gestattungsgebiete und eingeschränkte finanzielle Ressourcen. Die Deutsche Telekom AG ist bundesweit vertreten, doch ist ihr Marktanteil auf dem Gestattungsmarkt nach wie vor sehr klein.²⁰ Hinzu kommt, dass die kleinen Kabelnetzbetreiber oft noch auf die Signalzulieferung durch die fusionierte Einheit angewiesen und damit von dieser abhängig sind. Für den Ausbau eigener flächendeckender Glasfasernetze oder SAT-Kabelkopfstationen fehlen ihnen die Investitionsmittel. Der Wettbewerbsdruck ist dementsprechend gering.

Die stabilen wettbewerblchen Rahmenbedingungen des Gestattungsmarktes, die durch langfristige Vertragsbindungen und relativ geringen Anbieterwechsel geprägt sind,²¹ lassen nicht erwarten, dass die durch den Zusammenschluss entstehende Marktstruktur in absehbarer Zeit durch Marktzutritt oder Expansion dritter Wettbewerber erodieren könnte. Die Zusammenschlussparteien sind derzeit die einzigen Anbieter, die über Know-How und Ressourcen verfügen, um die Marktstellung der jeweils anderen Zusammenschlusspartei ernsthaft anzugreifen und deren Handlungsspielraum wirksam zu begrenzen. Für kleinere Wettbewerber und Newcomer bestehen demgegenüber erhebliche strukturelle Schranken. Es bestehen *einerseits* erhebliche Skaleneffekte, denn während die Erschließung neuer Gestattungsobjekte für Newcomer mit hohen Fixkosten für neue Infrastruktur verbunden ist, ist die Gewinnung weiterer Kunden für die etablierten Anbieter angesichts der vorhandenen Netzstrukturen vergleichsweise kostengünstig. *Andererseits* ist die Wechselbereitschaft der Gestattungsgeber aus der Wohnungswirtschaft derzeit sehr gering. Sie setzen oftmals nach dem Prinzip „bekannt und bewährt“ auf den dominanten etablierten Anbieter. Die geringe Wechselbereitschaft wird dadurch gefestigt, dass die Wohnungswirtschaft die Kosten für den Kabelanschluss aufgrund des Nebenkostenprivilegs gem. § 2 Nr. 15 b BetrKV an ihre Mieter weiterreichen kann und dementsprechend selbst wenig preissensibel ist, während ein Anbieterwechsel für sie mit erheblichem Verwaltungsaufwand, Funktionsausfallrisiken und potenziellem Ärger mit den Mietern verbunden ist, die ggf. auch Telefon und Internet via Kabel nutzen und bei einem Anbieterwechsel Vorteile von Triple oder Quadruple Play-Angeboten²² verlieren könnten. Vor diesem Hintergrund überrascht die praktische Wirkungslosigkeit der Zusagen im Fall *Liberty Global/Ka-*

13 Insoweit einig: BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 187; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.5.2014, VI-U (Kart) 16/13, NZKart 2014, 285, 286 – *Kabeleinspeisung*; KOMM., 20.9.2013, M.6990 – *Vodafone/Kabel Deutschland*, Tz. 63 ff.

14 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 206 f.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.5.2014, VI-U (Kart) 16/13, NZKart 2014, 285, 287 – *Kabeleinspeisung*; insoweit offenlassend: KOMM., 20.9.2013, M.6990 – *Vodafone/Kabel Deutschland*, Tz. 67 ff.

15 Zu der (hier letztlich offen gelassenen) genaueren Abgrenzung dieser Märkte vgl. etwa KOMM., 16.6.2011, M.5900 – *LGI/KBW*, Tz. 144 ff.

16 BKartA, 22.2.2013, B7-70/12 – *KDG/Tele Columbus*, Tz. 82.

17 Vgl. BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 67.

18 Vgl. BKartA, 22.2.2013, B7-70/12 – *KDG/Tele Columbus*, Tz. 84 ff.; s. auch BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 75 ff.

19 Zu den Netzebenen vgl. Fn. 9.

20 Dazu BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 125 ff.

21 Dazu auch BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 81.

22 Triple = Festnetz, Internet, TV, Quadruple = Festnetz, Mobiltelefon, Internet, TV.

belBW nicht: Unter den 67 großen Gestattungsgebern, denen aufgrund der Zusagen ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt und damit ein Anbieterwechsel ermöglicht wurde, machte nur ein einziger von diesem Recht Gebrauch.²³

b) *Kein Wegfall aktuellen Wettbewerbs.* Die Zusammenschlussparteien sind keine aktuellen Wettbewerber auf dem Gestattungsmarkt.²⁴ Sie beschränken ihre Aktivitäten derzeit jeweils auf ihre angestammten Netzgebiete (ihren „Footprint“),²⁵ d. h. Liberty Global auf NRW, Hessen und Baden-Württemberg und Vodafone auf den Rest der Republik. Durch einen Zusammenschluss von Vodafone und Liberty Global entfällt daher auf dem Gestattungsmarkt kein aktueller Wettbewerb. Diese Situation ähnelt insoweit den Sachverhalten der Fälle *Liberty Global/KabelBW*,²⁶ *Liberty Global/ZIGGO*²⁷ und *Friesland Foods/Campina*.²⁸ Allerdings ist das Fehlen aktuellen Wettbewerbs (wie in jenen Fällen) nicht strukturell bedingt, sondern in erster Linie Ausdruck einer unternehmerischen Entscheidung der Zusammenschlussparteien, sich keinen Wettbewerb machen zu *wollen*. Anzeichen dafür, dass auf dem Signallieferungsmarkt ein „natürliches Monopol“ existieren könnte, sind ebenso wenig erkennbar wie auf dem Breitbandmarkt für Internetsignale, auf dem reger Wettbewerb herrscht. Das BKartA hat den Umstand, dass die Parteien darauf verzichtet hatten, in das Netzgebiet des jeweils anderen Anbieters vorzudringen, im Beschluss *Liberty Global/KabelBW* daher zu Recht als Ausdruck einer impliziten Kollusion und gemeinsamer Marktbeherrschung gewertet.²⁹ Es hat damit eine bereits in diese Richtung gehende Vermutung der Kommission aus dem Verweisungsbeschluss *LGI/KBW* bestätigt.³⁰ Es liegt nahe, dass mit Blick auf das Verhältnis von Vodafone und Liberty Global Entsprechendes gilt.

c) *Wegfall potenziellen Wettbewerbs.* Dass die Zusammenschlussparteien keine aktuellen Wettbewerber sind, schließt die Annahme einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung durch nicht koordinierte Effekte nicht aus. Auch Fusionen mit einem potenziellen Wettbewerber können ähnliche wettbewerbswidrige Wirkungen haben, wenn dieser den Verhaltensspielraum der bereits in dem Markt tätigen Unternehmen indirekt spürbar eingrenzt.³¹

Vorliegend ist Vodafone potenzieller Wettbewerber von Liberty Global auf dem Gestattungsmarkt. Es wäre für Vodafone schon heute vergleichsweise einfach möglich, basierend auf bereits bestehender bzw. weiter auszubauender Infrastruktur KabelTV- oder IPTV-Angebote auch im Footprint von Liberty Global zu realisieren. Dafür besteht auch ein Anreiz, weil Vodafone dort bereits mit Dienstleistungen in den Bereichen Fest- und Mobiltelefonie sowie Internetbandanschlüsse vertreten ist. Durch eine Expansion auf den Gestattungsmarkt wäre das Unternehmen besser in die Lage, die wachsende Nachfrage nach Triple bzw. Quadruple Play-Angeboten zu befriedigen. Dieser vom potenziellen Wettbewerb seitens Vodafone ausgehende Wettbewerbsdruck würde mit dem Zusammenschluss dauerhaft entfallen. Auch Anreize zum Ausbau des Glasfasernetzes durch Vodafone würden eliminiert.³²

Wenn es sich, wie das OLG Düsseldorf 2013 in Bezug auf *Liberty Global* und *KabelBW* meinte, bei den Zusammenschlussparteien nur um „zukünftige potenzielle Wettbewerber“ handeln würde, die vermutlich erst in einigen Jahren zu potenziellen Wettbewerbern werden, weil die Wachstumsmöglichkeiten im eigenen Footprint begrenzt sind,³³ würde sich an dieser Bewertung nichts ändern. Der SIEC-Test erfordert nämlich eine Gesamtschau quantitativer und qualita-

tiver Elemente. Der vorliegende Sachverhalt illustriert, dass man nicht bei einer rein quantitativen Betrachtung stehen bleiben darf. Entscheidend ist insoweit ein Aspekt, auf den das BKartA zu Recht schon in seinem Beschluss *Liberty Global/KabelBW* hingewiesen hat: Unabhängig von der Frage, ob sich ein Marktzutritt in den nächsten Jahren mit hinreichender Sicherheit prognostizieren lässt, war es *vor dem Zusammenschluss* eine Frage der Geschäftspolitik, ob die Zusammenschlussparteien in Wettbewerb miteinander treten würden, während *durch den Zusammenschluss* jede Möglichkeit eines Vorstoßes und damit letztlich jede Chance auf Wettbewerb zwischen den Zusammenschlussparteien dauerhaft wegfallen würde.³⁴

Die vorliegende Situation erinnert insoweit mit Blick auf Marktstruktur und (geringe) Marktdynamik an den Sachverhalt des Beschlusses *Friesland Foods/Campina* der Kommission. Gegenstand dieses Beschlusses war der Zusammenschluss der beiden größten niederländischen Molkereigenossenschaften. Die fusionierte Einheit hätte auf dem niederländischen Markt für Rohmilchbeschaffung als Nachfrager einen Anteil von 70 bis 80% erreicht, während der nächstgrößere Wettbewerber auf 5 bis 10% kam. Die Zusammenschlussparteien machten geltend, dass es an einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch den Zusammenschluss fehle, weil sie sich schon vorher keinen Wettbewerb gemacht hätten. Zudem war die Wechselbereitschaft der Milchbauern gering. In den zehn Jahren vor dem Zusammenschluss war nur ein Genossenschaftsmitglied von Friesland Foods zu Campina gewechselt und kein einziges Mitglied von Campina zu Friesland Foods. Der Zusammenschluss führe, so die Zusammenschlussparteien, daher lediglich dazu, dass das Arbeitsgebiet der fusionierten Einheit doppelt so groß würde. Auch sonst waren die Marktanteile auf dem betreffenden Markt ausgesprochen stabil.³⁵ Diese Argumente könnten entsprechend auch für das hier untersuchte Zusammenschlussvorhaben vorgetragen werden. Die Kommission wies sie mit deutlichen Worten zurück:

„Zu dieser Argumentation ist zu sagen, dass der eingeschränkte Wettbewerb der Anmelder bei der Rohmilchbeschaffung nicht bedeutet, dass sie auf dem Beschaffungsmarkt der Niederlande keine potenziellen Konkurrenten, *möglicherweise sogar engste Wettbewerber* wären. Während der fehlende Wettbewerb um Milchviehhalter vor dem Zu-

23 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, 472 – *Signalmarkt*.

24 Vgl. BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 90; s. auch KOMM., 16.6.2011, M.5900 – *LGI/KBW*, Tz. 55 ff.

25 Vgl. BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 75 ff.; KOMM., 20.9.2013, M.6990 – *Vodafone/Kabel Deutschland*, Tz. 105.

26 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*.

27 KOMM., 10.10.2014, M.7000 – *Liberty Global/ZIGGO*.

28 KOMM., 17.12.2008, M.5064 – *Friesland Foods/Campina*.

29 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 66 ff.

30 KOMM., 16.6.2011, M.5900 – *LGI/KBW*, Tz. 81 ff., 97.

31 Vgl. dazu KOMM., Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004, C 31/5 (Horizontalleitlinien), Tz. 60.

32 Dass ein FTTH/B-Ausbau möglich ist, belegt z. B. auch die Kooperation von Vodafone mit der Deutschen Glasfaser in Bezug auf die kooperative Erschließung von Gewerbeparks in Düsseldorf, vgl. <https://www.vodafone.de/unternehmen/presse/pressearchiv2017-429841.html>.

33 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, 469 f. – *Signalmarkt* mit Verweis auf BGH, 19.6.2012, KVR 15/11, WuW/E DE-R 3695 = NZKart 2013, 36 Tz. 38 – *Haller Tageblatt*. Dazu kritisch *Melcher*, WuW 2014, 389, 383.

34 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 149 f.

35 KOMM., 17.12.2008, M.5064 – *Friesland Foods/Campina*, Tz. 81 ff.

sammenschluss auf eine bewusste Strategie der Anmelder zurückgehen könnte, sich nicht von den Mitgliedern der jeweils anderen Genossenschaft beliefern zu lassen, beseitigt der Zusammenschluss durch eine unwiderrufliche Änderung der Marktstruktur die bloße Möglichkeit, eine solche Strategie jemals wieder zu ändern“.³⁶

Die Kommission betonte weiter, dass sich der Zusammenschluss auch negativ auf die Wettbewerbsposition der verbleibenden kleinen Wettbewerber auswirken würde, weil

„der Zugang zu Rohmilch als Ausgangsmaterial infolge des Zusammenschlusses für die Wettbewerber, insbesondere für kleinere Wettbewerber, erschwert würde, da insbesondere Genossenschaftsmitglieder nur schwer zu überzeugen wären, Letztere zu den gleichen Bedingungen zu beliefern wie Campina/Friesland. Darüber hinaus müssten Unternehmen, die nicht als Genossenschaften organisiert sind, im Vergleich zu den Anmeldern einen Risikoaufschlag gewähren, da sie keine langfristige Abnahme garantieren könnten“.³⁷

Bei dem hier untersuchten Zusammenschlussvorhaben ist die Situation sehr ähnlich. Auch hier würde ein marktbeherrschendes Duopol durch den „2 zu 1“-Zusammenschluss zur Einzelmarktbeherrschung durch einen Quasi-Monopolisten verfestigt. Zugleich würde die schon vor dem Zusammenschluss schwierige Situation dritter Wettbewerber signifikant verschlechtert. Vor allem aber würde durch den Zusammenschluss der einzigen beiden großen Anbieter die einzige Wettbewerbskraft beseitigt, die in der Lage wäre, die Marktstellung der jeweils anderen anzugreifen und dadurch deren Verhalten wettbewerbsmäßig zu disziplinieren. Durch den Zusammenschluss würde also qualitativ wichtiger Wettbewerbsdruck beseitigt und die Marktmacht der fusionierten Einheit deutlich erhöht. Damit ist das Erfordernis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC) erfüllt, ohne dass es erforderlich wäre, den Zusammenschlussparteien nachzuweisen, dass sie ihre Entscheidung, sich keinen Wettbewerb zu machen, ohne den Zusammenschluss kurz- oder mittelfristig ändern würden.

d) *Reduzierung der Chancen der Wettbewerber, insbes. Verhandlungsmacht.* Weitere Gesichtspunkte bestätigen den Eindruck einer qualitativ erheblichen Wettbewerbsbeschränkung. So würde der Zusammenschluss zu erheblichen Synergie- und Skaleneffekten führen. Backbone-Kapazitäten und Einspeise-Headends könnten ebenso wie der Vertrieb zusammengelegt werden, was erhebliche Einsparungen ermöglichen würde. Vor allem aber würde durch den Zusammenschluss die Verhandlungsmacht der fusionierten Einheit gegenüber der Wohnungswirtschaft als Gestattungsgeber,³⁸ gegenüber kleineren auf die Signalzulieferung durch die fusionierte Einheit angewiesenen Wettbewerbern sowie vor allem auch auf den TV-Rechtemärkten deutlich gestärkt.³⁹ All diese Aspekte sind nicht für sich genommen wettbewerbswidrig, weil das Kartellrecht nicht einzelne Wettbewerber, sondern den Wettbewerb als solchen schützt. Eine Steigerung der Wettbewerbskraft bzw. der Effizienz der fusionierten Einheit kann wettbewerbsmäßig negativ, aber auch wettbewerbsmäßig positiv sein. Im vorliegenden Fall würde sich der Zusammenschluss allerdings, insbesondere mit Blick auf die TV-Rechtemärkte und die davon ausgehenden Rückkopplungseffekte auf den Gestattungsmarkt, wettbewerbsmäßig negativ auswirken.

Auf den TV-Rechtemärkten würde ein Zusammenschluss zwischen Vodafone und Liberty Global das Ungleichgewicht zwischen der fusionierten Einheit und den Wettbewerbern deutlich verstärken. Die technische Reichweite (erreichbare

Zuschauerzahl) der fusionierten Einheit würde deutlich breiter als bisher. Nach Schätzung des BKartA belief sich der Anteil von Vodafone (Kabel Deutschland) am Pay-TV-Spartenprogramm-Rechtemarkt Ende 2011 auf 20 bis 30%, derjenige von Liberty Global (Unitymedia/KabelBW) auf 15 bis 25% und derjenige von Sky auf 55 bis 65%. Die nächsten Wettbewerber folgten mit 10 bis 15% (Deutsche Telekom AG) bzw. unter 5% (Eutelsat) weit abgeschlagen.⁴⁰ Derzeit dürfte Vodafone über ca. 7,7 Mio. Kunden und Liberty Global (Unitymedia) über ca. 6,3 Mio. Kunden verfügen. Die erreichbare Zuschauerzahl ist bei den Verhandlungen mit den Rechteinhabern der zentrale Wettbewerbsfaktor. Sie bestimmt auch den Umfang der möglichen Lizenzzahlungen, die über die eigene Kundenbasis refinanziert werden müssen.⁴¹ Die Verhandlungsmacht der fusionierten Einheit als Nachfragerin von Sparten-TV-Kanälen und Einzelinhalten (insbesondere Fußballübertragungsrechten) würde durch den Zusammenschluss also deutlich anwachsen. Daraus könnten insbesondere zwei potenziell negative Konsequenzen für den Wettbewerb resultieren.

Erstens könnte die fusionierte Einheit *günstigere Konditionen* herausverhandeln als kleinere Wettbewerber.⁴² Angesichts der sehr großen Zuschauerreichweite der fusionierten Einheit und des Umstandes, dass die Zuschauer nicht kurzfristig zwischen verschiedenen Übertragungswegen (etwa von Kabel zu SAT) wechseln können, ist eine Einspeisung bzw. eine Lizenzierung an die fusionierte Einheit für die Anbieter von Sparten-TV-Kanälen und Premium-Inhalten ein letztlich unverzichtbarer Vertriebsweg. Führt die größere Verhandlungsmacht zu einer Absenkung der Lizenzgebühren und/oder einer Erhöhung der Einspeisegebühren der fusionierten Einheit, so bewirkt dies umgekehrt einen Anreiz für die Inhalte-Anbieter, die erlittenen Verluste durch das Einfordern erhöhter Entgelte von kleineren Wettbewerbern zu kompensieren (sog. „Wasserbetteffekt“). Dies könnte auch zu einem im Vergleich zur fusionierten Einheit verringerten Angebot und damit zu einer weiteren Verringerung der Attraktivität kleinerer Wettbewerber für die Gestattungsgeber führen. Der ohnehin schon schwache Restwettbewerb würde weiter geschwächt.

Zweitens würden Abschottungswirkungen zulasten kleinerer Wettbewerber erst recht eintreten, wenn die fusionierte Einheit ihre Verhandlungsmacht nutzen würde, um die *Einräumung exklusiver Rechte* zu verhandeln. Auch wenn es wenig wahrscheinlich ist, dass es der neuen Einheit gelingen könnte, eine *generelle* Exklusivität für bestimmte TV-Sender oder Einzelinhalte zu erreichen, weil die TV-Sender nicht auf die Verbreitung ihrer Signale via Satellit verzichten können, würde die Durchsetzung einer „Kabelexklusivität“ möglich, welche die Signallieferung an kleinere Kabelnetzbetreiber ausschließt. Dies gilt insbesondere für Premium-Inhalte wie Sportübertragungsrechte oder populäre Serien, die ein we-

36 KOMM., 17.12.2008, M.5064 – *Friesland Foods/Campina*, Tz. 100 (Hervorhebung durch den Verfasser).

37 KOMM., 17.12.2008, M.5064 – *Friesland Foods/Campina*, Tz. 94.

38 Vgl. dazu KOMM., 26.4.2006, M.3916 – *T-Mobile Austria/Tele.ring*, Tz. 77; KOMM., 30.1.2014, M.7018 – *Telefónica Deutschland/E-Plus*, Tz. 462 ff.

39 Zu der (hier letztlich offen gelassenen) genauen Abgrenzung dieser Märkte vgl. etwa KOMM., 16.6.2011, M.5900 – *LGI/KBW*, Tz. 144 ff.

40 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 270 f.

41 Vgl. KOMM., 10.10.2014, M.7000 – *Liberty Global/ZIGGO*, Tz. 260 mit Verweis auf KOMM., 16.4.2004, M.2876 – *NewsCorp/Telepiu*, Tz. 21, 42 und 186.

42 Vgl. KOMM., 10.10.2014, M.7000 – *Liberty Global/ZIGGO*, Tz. 167 f. 265 ff.

sentlicher Wettbewerbsfaktor sein können. *Derzeit* ist die erreichbare Zuschauerzahl von Vodafone und Liberty Global für eine solche Strategie jeweils zu gering. Jede Zusammenschlusspartei deckt nur rund die Hälfte der deutschen Kabel-TV-Kunden ab. Werden diese Rechte wie bisher von Sky oder einem anderen Pay-TV-Anbieter erworben, der seine TV-Signale in verschiedene Kabelnetze einspeist, so können auch alle Kunden dieser Netze von den Premium-Inhalten profitieren. Erwirbt der Kabelnetzbetreiber dagegen als Plattformbetreiber selbst exklusive Rechte, so könnte er diese konkurrierenden Netzbetreibern vorenthalten. Das Fehlen bestimmter Sender oder Inhalte (z. B. Fußball-Live-Übertragungen) würde diese kleineren Anbieter (z. B. Pÿur) für die Vermieter weniger attraktiv machen.⁴³ Die fusionierte Einheit würde durch den Zusammenschluss also Möglichkeit und Anreiz erhalten, Fußballübertragungsrechte und Rechte an anderen Premium-Inhalten als Hebel einzusetzen, um kleinere Kabel-TV-Wettbewerber und IPTV-Anbieter vollständig vom Gestattungsmarkt zu verdrängen und damit auch den derzeit noch bestehenden Restwettbewerb bzw. potenziellen Wettbewerb zu beseitigen. Jedenfalls aber würde von dem Zusammenschluss ein deutlicher Abschreckungs- bzw. Entmutigungseffekt ausgehen, der den Marktzutritt durch Newcomer noch unwahrscheinlicher machen würde. Entsprechendes dürfte für den Substitutionswettbewerber auf der Basis anderer Technologien, z. B. durch Ausbau des Glasfasernetzes in den Kabelgebieten, gelten.

e) *Auswirkungen auf den Breitbandmarkt für Internetsignale.* Schließlich dürfte der Zusammenschluss, was hier jedenfalls kurz angerissen werden soll, auch erhebliche Auswirkungen auf den Breitbandmarkt für Internetsignale und die damit verbundenen Dienstleistungsmärkte haben. Angebote via Kupferkabel (VDSL), Glasfaser und TV-Kabel stehen hier schon seit langem in einem intensiven Wettbewerb. Dabei haben sich die Rollen mit der zunehmenden Bedeutung von Hochgeschwindigkeitsanschlüssen jenseits der VDSL-Geschwindigkeit von 100 Mbit/s grundlegend geändert. Im Beschluss *KDG/Orion* hatte das BKartA 2008 noch eine Intensivierung des Wettbewerbs auf dem Breitbandmarkt durch den Zusammenschluss zweier Kabelnetzbetreiber im Rahmen der Abwägungsklausel des § 36 GWB als zusammenschlussbedingte Verbesserungswirkung berücksichtigt.⁴⁴ Es hat diesen Aspekt dann aber schon 2011 in seinem Beschluss *Liberty Global/Kabel BW* und erneut 2013 in seinem Beschluss *KDG/Tele Columbus* anders beurteilt und darauf hingewiesen, dass die Kabelnetzbetreiber technisch in der Lage seien, mit vergleichsweise geringem Investitionsaufwand deutlich höhere Bandbreiten zu liefern als die Deutsche Telekom AG (DTAG) via DSL und dass sie aktuell einen Großteil der neuen Hochgeschwindigkeitsanschlüsse auf sich vereinen.⁴⁵ Technisch sind über das Kabelnetz ohne weiteres 400 oder 500 Mbit/s downstream und 200 Mbit/s upstream erzielbar, nach der Abschaltung der analogen TV-Kanäle sogar (ohne wesentliche Änderungen der vorhandenen Hardware) bis zu 1,2 Gbit/s downstream. Dies ist über Kupferkabel auch mittels VDSL nicht und durch den Auf- und Ausbau von Glasfasernetzen nur mit erheblich höheren Investitionen erreichbar. Das Amt hat dazu schon 2013 ausgeführt,

„dass die DTAG gerade im Bereich der Anschlüsse mit hohen Bandbreiten, in denen die Zusammenschlussbeteiligten tätig sind, über eine vergleichsweise schwächere Position verfügt. So hat die BNetzA festgestellt, dass die DTAG im Bereich der Anschlüsse über 30 Mbit/s lediglich über einen Anteil von 12% verfügt, wohingegen rund 88% der An-

schlüsse auf alternative Anbieter entfallen. Gerade in diesem Segment steht die DTAG somit bereits derzeit unter erheblichem Wettbewerbsdruck durch Kabelnetzbetreiber. Ein noch steigender Druck durch die Zusammenschlussbeteiligten hätte daher nur eine geringe wettbewerbliche Verbesserung zur Folge“.⁴⁶

Ein Zusammenschluss der beiden großen deutschen Kabelunternehmen zu einem Quasi-Monopol für die Lieferung von Signalen via TV-Kabel dürfte vor diesem Hintergrund erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb beim Angebot von Hochgeschwindigkeitsanschlüssen haben. Es könnte insbesondere negative Auswirkungen auf den flächendeckenden Glasfaserausbau haben, weil Vodafone aufgrund des Zusammenschlusses den Anreiz verlieren könnte, sich auf diesem Gebiet weiter maßgeblich zu engagieren und weil der Ausbau sich auch für andere Unternehmen in den Kabelgebieten aufgrund von Bündelstrategien der fusionierten Einheit (z. B. Triple Play von Fernsehen, Telefon und Internet) deutlich weniger lohnen dürfte.

f) *Koordinierte Wirkungen, insbesondere im Verhältnis zu Sky.* Wie bereits oben angedeutet spricht (ähnlich wie beim Zusammenschluss *Liberty Global/KabelBW*) vieles dafür, dass derzeit eine Situation besteht, die ein kollusives Zusammenwirken zwischen Vodafone und Liberty Global in Bezug auf den Gestattungsmarkt begünstigt. Die Zusammenschlussparteien verfügen über einen ähnlich großen Footprint, eine ähnlich große Zuschauerreichweite, ähnliche Ressourcen und eine ähnliche Unternehmensstruktur. Der Markt ist sehr transparent, und es erscheint nicht unwahrscheinlich, dass wettbewerbliche Vorstöße in den Footprint des jeweils anderen Anbieters eine Sanktion in Gestalt einer wettbewerblichen „Gegenoffensive“ nach sich ziehen würden. Mit dem hier untersuchten Zusammenschlussvorhaben würde das derzeit auf einer reversiblen unternehmerischen Entscheidung basierende Fehlen von Wettbewerb strukturell verfestigt. Koordinierte Wirkungen⁴⁷ des Zusammenschlussvorhabens kommen daher nur noch für das Verhältnis der fusionierten Einheit zu dritten Wettbewerbern in Betracht. Sie erscheinen allerdings bezogen auf den Gestattungsmarkt unwahrscheinlich. Marktbedeutung und Unternehmensstruktur der verbleibenden Wettbewerber unterscheiden sich maßgeblich von der fusionierten Einheit. Die Deutsche Telekom AG als einziger bundesweit aktiver Wettbewerber verfügt zwar über erhebliche Ressourcen, aber nur über einen sehr geringen Marktanteil. Pÿur als größter Wettbewerber auf dem Gestattungsmarkt ist nicht nur mit Blick auf Unternehmensgröße, Ressourcen und Marktanteil deutlich kleiner als die fusionierte Einheit, sondern verfügt anders als diese auch über kein bundesweit nahezu flächendeckendes Netz.⁴⁸

Nicht ausgeschlossen erscheint allerdings, dass durch den Zusammenschluss Möglichkeit und Anreize für eine Koordinierung mit Sky in Bezug auf die Nachfrage nach Lizenzen für TV-Sparten-Kanäle und Premium-Inhalte geschaffen werden. In diesem Zusammenhang ist relevant, dass Sky

43 Vgl. KOMM., 10.10.2014, M.7000 – *Liberty Global/ZIGGO*, Tz. 168.

44 BKartA, 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Tz. 226 ff.

45 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 287 ff. sowie sehr ausführlich BKartA, 22.2.2013, B7-70/12 – *KDG/Tele Columbus*, Tz. 286 ff.

46 BKartA, 22.2.2013, B7-70/12 – *KDG/Tele Columbus*, Tz. 325.

47 Dazu KOMM., *Horizontalleitlinien*, Tz. 38 und 41 mit Verweis auf EuG, 6.6.2002, T-342/99, Slg. 2002, II-2585 – *Airtours/Kommission*, Tz. 61 f.

48 Vgl. auch BKartA, 22.2.2013, B7-70/12 – *KDG/Tele Columbus*, Tz. 174 ff., insbes. 178 zum bisherigen Wettbewerbsverhalten des Vorgängerunternehmens Tele Columbus.

nicht nur Wettbewerber der fusionierten Einheit in Bezug auf Senderechte, sondern zugleich Nachfrager in Bezug auf die Einspeisung von Pay-TV-Signalen in die Kabelnetze ist. Sky ist auf die Einspeisedienstleistungen der fusionierten Einheit angewiesen, um einen Großteil seiner Kunden zu erreichen. Bei einem Wegfall der rund 14 Mio. Kabelkunden der fusionierten Einheit würde das Geschäftsmodell von Sky nicht mehr funktionieren. Die durch den Zusammenschluss gestärkte Verhandlungsmacht könnte daher dazu führen, dass Sky auf den Rechtemärkten weniger aggressiv konkurriert und ggf. sogar mit der fusionierten Einheit kooperiert, z. B. wenn es darum geht, Exklusivlizenzen zu verhandeln. Im Extremfall könnte die fusionierte Einheit auf eine Kabel-exklusivität der Sky-Sender in ihrem Netz drängen. Jedenfalls aber könnte Sky sich veranlasst sehen, der fusionierten Einheit gegenüber großzügiger zu agieren, wenn es darum geht, Sub-Lizenzen für eine (zeitnahe) Zweitverwertung zu erteilen. Gerade in Bezug auf Sportereignisse im Bereich des Fußballs sind auch diese Zweitverwertungsrechte wettbewerbslich von hoher Bedeutung.

g) *Wettbewerbsliche Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung sog. Ausgleichsfaktoren.* Ausgleichsfaktoren, welche die beschriebenen erheblichen Wettbewerbsbehinderungen auf dem Gestattungsmarkt im Rahmen einer wettbewerbslichen Gesamtbetrachtung infrage ziehen könnten,⁴⁹ sind nicht ersichtlich. Unter den Nachfragern auf dem Gestattungsmarkt befinden sich zwar auch große Wohnungsbaunternehmen,⁵⁰ doch kann von einer gegengewichtigen Nachfragemacht keine Rede sein, da keines dieser Unternehmen auch nur annähernd über eine der fusionierten Einheit vergleichbare Marktstellung verfügt. Auch liegt es zwar auf der Hand, dass die Beteiligten durch den Zusammenschluss betriebswirtschaftliche Effizienzvorteile erzielen, doch sind solche Vorteile kartellrechtlich nur dann relevant, wenn sie „geeignet sind, die Fähigkeit und den Anreiz des fusionierten Unternehmens zu verstärken, den Wettbewerb zum Vorteil für die Verbraucher zu beleben, wodurch den nachteiligen Wirkungen dieser Fusion auf den Wettbewerb entgegengewirkt werden kann“.⁵¹ Das erscheint vorliegend äußerst unwahrscheinlich. Es ist nicht zu erwarten, dass durch den Zusammenschluss irgendwelche Anreize gesetzt würden, den Wettbewerb zu intensivieren. Im Gegenteil werden deutlich Anreize gesetzt, den ohnehin schwachen Restwettbewerb auszuschalten. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass durch den Zusammenschluss Anreize gesetzt werden könnten, Kostensenkungen in Gestalt sinkender Preise an die Nachfrager weiterzugeben. Im Gegenteil erscheint es eher wahrscheinlich, dass die fusionierte Einheit ihre erhöhte Verhandlungsmacht nutzt, um höhere Entgelte durchzusetzen.

2. Einzelnutzermarkt (Endkundenmarkt)

a) *Marktstruktur.* Mit Blick auf die Einzelnutzermärkte gilt im Grundsatz das zum Gestattungsmarkt Gesagte entsprechend. Durch einen Zusammenschluss zwischen Vodafone und Liberty Global würde die bisherige regionale Einzelmarktbeherrschung von Vodafone bzw. Liberty Global zu einer bundesweit marktbeherrschenden Stellung eines einzigen integrierten Kabelunternehmens. Ein drittes Unternehmen, welches über die Ressourcen (Know-how, Finanzen) verfügt, diese Stellung in nennenswertem Umfang und absehbarer Zeit auf nationaler Ebene anzugreifen, existiert nicht.

Diese Strukturverschlechterung wiegt umso schwerer, weil ein Marktzutritt durch Dritte zusätzlich massiv durch das

wettbewerbsbeschränkende Nebenkostenprivileg gem. § 2 Nr. 15 b BetrKV behindert wird.⁵² Das Nebenkostenprivileg wirkt auf dem Einzelnutzermarkt unmittelbar als staatlich gesetzte Marktzutrittsschranke, welche die fusionierte Einheit vor Wettbewerb schützen würde. Die Mieter sind aufgrund des Nebenkostenprivilegs gezwungen, mittelbar Entgelte an denjenigen Gestattungsnehmer zu entrichten, mit dem ihr Vermieter kontrahiert hat. Daher macht es für die Mieter ökonomisch keinen Sinn, zusätzlich kostenpflichtige TV-Dienste bei einem IPTV-Anbieter nachzufragen oder (falls dies überhaupt gestattet ist) eine SAT-Anlage zu installieren. Ein Wechsel zu einem anderen Kabel-TV-Anbieter ist auch deshalb ausgeschlossen, weil für das TV-Kabelnetz regelmäßig auch keine Durchleitungsmöglichkeiten bestehen. Die Monopolkommission hat vor diesem Hintergrund schon 2011 in ihrem Sondergutachten 61 zu Recht die Streichung des Nebenkostenprivilegs gefordert.⁵³ Der Gesetzgeber ist diesem Rat bisher nicht gefolgt, obwohl das Nebenkostenprivileg nicht nur den Wettbewerb verzerrt und ggf. § 43 b TKG verletzt,⁵⁴ sondern auch gegen den in Art. 8 Abs. 1 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG und § 1 TKG normierten Grundsatz der Technologieneutralität⁵⁵ verstößt, weil es effektiv die Signalübertragung per TV-Kabel zulasten alternativer Technologien fördert.

b) *Wettbewerbswirkungen.* Für den Einzelkundenmarkt ist nicht ersichtlich, dass ein Zusammenschluss zwischen Vodafone und Liberty Global zu einem Verlust an direktem Wettbewerbsdruck unmittelbar auf der Ebene des Kabel-TV-Angebots führt, da sich der Bau von Stickleitungen zum Anschluss einzelner Fernsehkunden in aller Regel nicht rechnet und daher auch schon vor dem Zusammenschluss nicht zu erwarten war.⁵⁶ Anders als im Fall *Liberty Global/KabelBW* würde jedoch der aktuelle Wettbewerbsdruck durch Vodafone als IPTV-Anbieter reduziert. Vodafone als einer von sehr wenigen bundesweit auf dem Endkundenmarkt tätigen IPTV-Anbietern hätte nach dem Zusammenschluss kaum noch Anreize, seine Aktivitäten im derzeitigen Netzgebiet von Liberty Global weiter auszubauen oder auch nur aufrechtzuerhalten, da der fusionierten Einheit ein bundesweites Kabel-TV-Netz zur Verfügung stünde. Zwar ist die Bedeutung von Vodafone als IPTV-Anbieter derzeit quantitativ gesehen noch vergleichsweise gering, doch reicht bei einem bereits stark vermachteten Markt unter bestimmten Umständen bereits eine vergleichsweise geringe Wettbewerbsbeschränkung aus, um die Erheblichkeitsschwelle des Art. 2 Abs. 3 FKVO zu erreichen. Möglichkeit und Anreiz zu vorstoßendem Wettbewerb (und auch zum Ausbau seines Glasfasernetzes) sind für Vodafone derzeit deutlich größer als für einen konkurrierenden Kabelnetzanbieter, der die entsprechenden Strukturen erst errichten müsste. Hinzu kommt, dass Vodafone jüngst mit „GigaTV“ auch ein OTT-Produkt eingeführt hat und damit bundesweit und netzübergreifend

49 Vgl. dazu KOMM., *Horizontalleitlinien*, Tz. 64 ff.

50 Das größte derartige Unternehmen ist seit Übernahme der GAGFAH die Deutsche Annington mit ca. 350.000 WE, gefolgt von der Deutsche Wohnen AG mit rd. 150.000 WE sowie Vivawest, SAGA/GWG und LEG mit jeweils über 100.000 WE, vgl. Fallbericht vom 26.2.2015 zum Beschluss BKartA, 28.1.2015, B1-241/14 – *GAGFAH/Deutsche Annington*.

51 KOMM., *Horizontalleitlinien*, Tz. 77.

52 Dazu auch ausführlich *Busch/Riewerts*, K&R 2017, 769 ff.; *Körper*, pro media 2017, 30

53 Ebenso Monopolkommission, SG 61, *Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern*, Tz. 33 und 165 f.

54 Hierzu *Busch/Riewerts*, K&R 2017, 769, 771 ff.

55 Zu diesem Grundsatz eingehend *Körper*, ZWeR 2008, 146 ff.

56 Dazu BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 246.

in den Wettbewerb eingetreten ist. Dieser mit Blick auf Vodafone bestehenden Wettbewerbsdruck würde durch den Zusammenschluss entfallen.

Ähnlich wie auf dem Gestattungsmarkt würden Ressourcenzuwachs und verstärkte Verhandlungsmacht der fusionierten Einheit zudem sowohl auf den TV-Rechtemärkten als auch auf dem Endkundenmarkt zu einer weiteren Verschlechterung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen für die konkurrierenden kleineren Anbieter führen. Dies gilt insbesondere, weil die fusionierte Einheit Möglichkeit und Anreiz hätte, in Bezug auf attraktive Sparten-TV-Programme oder Premium-Inhalte wie Live-Fußball Exklusivlizenzen zu verhandeln, während dies kleineren Anbietern schon aufgrund ihrer geringeren Zuschauerbasis und Finanzressourcen nicht möglich wäre. Dadurch würde sich die Attraktivität kleinerer Anbieter, die ihren Kunden diese Inhalte nicht mehr bieten könnten, ebenso wie auf dem Gestattungsmarkt weiter verringern.⁵⁷

3. Einspeisemarkt

Bezogen auf ihren jeweiligen Footprint verfügen Vodafone und Liberty Global bereits derzeit über ein Monopol für die Einspeisung von TV-Signalen in das TV-Kabelnetz. Diese Stellung würde durch den Zusammenschluss zu einem bundesweiten Quasi-Monopol ausgebaut. Da das TV-Kabelnetz nicht reguliert ist und keinen Durchleitungspflichten unterliegt, kommt das Angebot von Einspeiseleistungen durch Dritte unter Nutzung dieser bestehenden Netze nicht in Betracht.

Die Einspeisung von Sendungen in das TV-Kabelnetz der fusionierten Einheit wäre für Free-TV- wie Pay-TV-Sender unverzichtbar. 2016 wurden schätzungsweise 43,3% deutschen TV-Haushalte via Kabel mit TV-Diensten versorgt; daran wird sich bis 2021 nach aktuellen Schätzungen kaum etwas ändern.⁵⁸ Die Zusammenschlussparteien kommen damit auf dem gesamten TV-Markt (inkl. SAT und DVB-T2) auf einen Anteil von rund einem Drittel. Im Kabelgebiet beträgt ihr Anteil sogar ca. 50%. Kein Sender kann es sich leisten, auf einen derart großen Anteil der Zuschauer zu verzichten. Die werbefinanzierten Free-TV-Sender sind darauf angewiesen, 90% bis 95% der TV-Haushalte zu erreichen, damit ihr Finanzierungsmodell funktioniert. Aber auch Pay-TV- und werbefreie Spartensender, die sich auf der Basis von Per-Subscriber-Fee-Modellen finanzieren, bedürften einer möglichst breiten Kundenbasis, um hinreichende Einnahmen zu generieren und ihre Betriebskosten, insbesondere auch die Kosten für die Produktion von Sendungen und/oder den Erwerb von Senderechten, zu refinanzieren.

Durch den Zusammenschluss würde parallel zur erreichbaren Zuschauerzahl der fusionierten Einheit auch ihre Verhandlungsmacht gegenüber den Sendern weiter erhöht.⁵⁹ Die große Rolle dieses Aspekts manifestiert sich darin, dass kleinere Kabelnetzbetreiber und IPTV-Anbieter schon heute in der Regel keine Einspeiseentgelte verlangen (können), während Einspeiseentgelte (auch nach der umstrittenen Einstellung der Einspeisezahlungen durch die öffentlich-rechtlichen Sender⁶⁰) einen relevanten Anteil der Einnahmen der großen Kabelnetzbetreiber ausmachen. Ausweislich einer für den MDR erstellten Studie, erzielten Kabel Deutschland und Unitymedia/KabelBW im Jahre 2012 rund 50 Mio. Euro (zzgl. USt) an Einspeiseentgelten von ARD und ZDF und weitere 190 Mio. Euro von der Gesamtheit der privaten Rundfunksender (inklusive Sky Deutschland und Shopping-sender).⁶¹ Das dürfte schätzungsweise gut 10% ihrer Einnahmen ausmachen und führt bereits heute zu einer Wett-

bewerbsverzerrung zulasten kleinerer Kabelnetzbetreiber und IPTV-Anbieter, die in der Regel keine Einnahmen durch Einspeiseentgelte erzielen. Durch den Zusammenschluss würde dieser Effekt weiter verstärkt.

Die Möglichkeit, den Infrastrukturbetreibern Einspeiseentgelte anzubieten, eröffnet zudem gerade für kleinere neue private Sender und „Nischenangebote“ eine Chance, Verbreitung zu finden. In Bezug auf Sender, die nicht durch rundfunkrechtliche Must Carry-Regelungen geschützt oder aufgrund ihrer Bedeutung unverzichtbar sind, würde die fusionierte Einheit in die Lage versetzt, diese durch Nichteinspeisung vom Markt fernzuhalten (Kundenabschottung).⁶² Zwar besteht grundsätzlich ein Anreiz, möglichst viele TV-Spartenprogramme einzuspeisen, weil dies die Attraktivität des eigenen Angebots gegenüber Wohnungswirtschaft und Einzelnutzern erhöht, doch könnte nach dem Zusammenschluss ein verstärkter Anreiz zu einem gegen einzelne Sender gerichteten Marktverschließungsverhalten jedenfalls in Bezug auf solche Sender bestehen, die in Konkurrenz zu eigenen Angeboten der fusionierten Einheit⁶³ oder zu Angeboten etablierter dritter Sender stehen, die bereit sind, für die Nichteinspeisung konkurrierender neuer Sender ein erhöhtes Entgelt zu zahlen. Auf diese Weise könnte der Zusammenschluss auch zu einer Reduzierung der Programmvielfalt und der Produktinnovation zum Nachteil der Verbraucher führen.

III. Zusammenfassung der Wettbewerbsbedenken

1. Ein Zusammenschluss zwischen Vodafone und Liberty Global würde auf dem Gestattungsmarkt, dem Einzelnutzermarkt, dem Kabel-TV-Einspeisemarkt sowie auf den TV-Rechtemärkten, die zueinander in vielfältigen Wechselbeziehungen stehen, zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen.
2. Auf dem Gestattungsmarkt würde die fusionierte Einheit mit einem Marktanteil von rund 75% allein marktbeherrschend sein. Potenzieller Wettbewerb zwischen Vodafone und Liberty Global würde wegfallen. Jedweder Wettbewerb zwischen den Zusammenschlussparteien wäre dauerhaft ausgeschlossen. Die kleineren Wettbewerber auf dem Gestattungsmarkt wären teilweise von diesem Quasi-Monopol abhängig. Angesichts der geringen Wechselbereitschaft der Wohnungswirtschaft und der überragenden Ressourcen der fusionierten Einheit erscheinen wettbewerbliche Vorstöße Dritter wenig erfolgversprechend und sehr unwahrscheinlich.

⁵⁷ Dies gilt nicht nur für Kabel-TV- und IPTV-Anbieter, sondern auch für innovative OTT-Dienste (Over the Top-Dienste), welche u. a. lineare (z. B. Zattoo) oder nicht lineare (z. B. Netflix) Streaming-Angebote über das allgemeine Internet vertreiben, vgl. hierzu ausführlich KOMM., 10.10.2014, M.7000 – *Liberty Global/ZIGGO*, Tz. 278 ff. und 400 ff.

⁵⁸ Vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/180584/umfrage/verteilung-deutscher-tv-haushalte-nach-empfangsart-seit-2005/>, wo für 2021 von einem Marktanteil von 41% ausgegangen wird.

⁵⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 215 f. KOMM., 10.10.2014, M.7000 – *Liberty Global/ZIGGO*, Tz. 260; diese Annahme wird auch durch die Marktuntersuchung der Kommission in KOMM., 16.6.2011, M.5900 – *LGI/KBW*, Tz. 135 gestützt.

⁶⁰ Vgl. dazu OLG Düsseldorf, 21.5.2014, VI-U (Kart) 16/13, NZKart 2014, 285 – *Kabeleinspeisung*; BGH, 16.6.2015, KZR 83/13, BeckRS 2015, 11404.

⁶¹ *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten für die Verbreitung öffentlich-rechtlicher Rundfunkprogramme über Kabelnetze aus ökonomischer Sicht, 2013, S. 3 f. (<http://www.ard.de/download/397988/index.pdf>).

⁶² Vgl. hierzu auch KOMM., 16.6.2011, M.5900 – *LGI/KBW*, Tz. 163 ff.

⁶³ Vgl. KOMM., 10.10.2014, M.7000 – *Liberty Global/ZIGGO*, Tz. 419.

3. Ähnliches gilt für den Einzelnutzermarkt. Hier entfällt durch den Zusammenschluss nicht nur jede Chance auf Wettbewerb zwischen den Kabelnetzbetreibern, sondern auch aktueller Wettbewerb zwischen Vodafone und Liberty Global. Die fusionierte Einheit würde auf dem Markt für kabelgebundene Endkundendienste klar dominieren. Die eintretende Wettbewerbsbehinderung wiegt umso schwerer, weil dieser Markt nicht nur stark vermachtet wäre, sondern der Wettbewerb durch die Deutsche Telekom AG als einzigem verbleibenden nationalen IPTV-Anbieter mit eigener Infrastruktur massiv durch das sog. Nebenkostenprivileg behindert wird. Darüber hinaus werden die Anreize zum Ausbau von Glasfasernetzen reduziert.
4. Auf den TV-Rechtemärkten und dem Einspeisemarkt für Kabel-TV-Dienste würde der Zusammenschluss zu einer starken Erweiterung der erreichbaren Kundenzahl der fusionierten Einheit damit zu einer deutlich gesteigerten Verhandlungsmacht als Nachfragerin (TV-Rechtemärkte) bzw. Anbieterin (Einspeisemarkt) führen. Dadurch würden Möglichkeit und Anreize verstärkt, kleinere Wettbewerber durch die Verhandlung kabelexklusiver Lizenzen in Bezug TV-Spartenprogramme und Premium-Inhalte wie Live-Fußball vom Markt zu drängen. Hinzu kommt, dass Sky – der einzige große Wettbewerber der fusionierten Einheit auf den TV-Rechtemärkten – auf dem Einspeisemarkt für Kabelfernsehendienste von der fusionierten Einheit abhängig wäre, was einer Verhaltenskoordination zulasten kleinerer Wettbewerber förderlich erscheint.
5. Schließlich sind Rückkoppelungen im Verhältnis zu den Gestattungs- und Einzelnutzermärkten zu erwarten, weil kleinere Wettbewerber, die nur über ein eingeschränktes Angebot verfügen (insbesondere keine Premium-Inhalte wie Live-Fußball anbieten können) für Wohnungswirtschaft und Einzelnutzer noch weniger attraktiv wären. Die gesteigerte Macht auf den TV-Rechtemärkten und dem Einspeisemarkt für Kabelfernsehen könnte insoweit als Hebel dienen, um die Marktbeherrschung auf den Gestattungs- und Einzelnutzermärkten abzusichern und auszubauen.
6. Unbeschadet der Existenz geeigneter Abhilfemaßnahmen⁶⁴ würde ein Zusammenschluss von Vodafone und Liberty Global mithin aller Wahrscheinlichkeit nach den SIEC-Test des Art. 2 Abs. 3 FKVO erfüllen und müsste nach Art. 8 Abs. 3 FKVO untersagt werden. ■

⁶⁴ Dazu der 2. Teil dieses Beitrags im nächsten Heft.