

Prof. Dr. Torsten Körper, Köln*

Zurück zum Kabelmonopol? – Wettbewerbliche Bewertung eines Zusammenschlusses zwischen *Vodafone/Liberty Global* – Teil 2

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 Vor-

haben wieder konkrete Formen anzunehmen. Grund genug, einen möglichen Zusammenschluss Vodafone/Liberty Global einer kartellrechtlichen Analyse zu unterziehen.

Im 1. Teil dieses Beitrags im vorausgehenden Heft wurden die möglichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses Vodafone/Liberty Global auf die Signal-, Einspeise- und Rechtemärkte untersucht. Diese Analyse kam zu dem Ergebnis, dass

* Der nachfolgende Beitrag basiert auf einer kartellrechtlichen Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf den Signalmärkten, die der Autor 2015 für die Deutsche Telekom AG erstellt hat.

eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf diesen Märkten droht und der Zusammenschluss daher unbeschadet wirksamer Abhilfemaßnahmen zu untersagen wäre. Der nachfolgende 2. Teil setzt sich dementsprechend mit der Frage auseinander, ob und ggf. welche Abhilfemaßnahmen in Betracht kommen.

III. Abhilfemaßnahmen

1. Grundvoraussetzungen

Auch Zusammenschlussvorhaben, deren Vollzug zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs i. S. d. Art. 2 Abs. 3 FKVO führen würde, können nach Art. 6 Abs. 2 bzw. Art. 8 Abs. 2 FKVO für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden, wenn die Zusammenschlussparteien ihr Vorhaben in einer Weise abändern, welche die wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigt. Die Kommission hat die inhaltlichen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen für die Annahme entsprechender Zusagen seitens der Unternehmen in ihrer Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen¹ zusammengefasst, aber zugleich betont, dass sie stets auch die besonderen Umstände des Einzelfalles berücksichtigen werde (Tz. 3). Die Zusammenschlussbeteiligten müssen alle einschlägigen Informationen vorlegen, aus denen sich ergibt, dass die zugesagten Abhilfemaßnahmen geeignet sind, die Wettbewerbsbedenken auszuräumen (Tz. 7). Dann ist es „Sache der Kommission festzustellen, ob der Zusammenschluss in der Form, die er durch die angebotenen Verpflichtungen erhalten hat, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt werden muss, da er trotz der Verpflichtungen zu einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs führt“ (Tz. 8). Gelingt es nicht, die Wettbewerbsbedenken auszuräumen, muss der Zusammenschluss nach Art. 8 Abs. 3 FKVO untersagt werden.

Zu den Grundvoraussetzungen, die an solche Abhilfemaßnahmen zu stellen sind, hat die Kommission in ihrer einschlägigen Mitteilung weiter ausgeführt:

„Nach der Fusionskontrollverordnung ist die Kommission nur befugt, Verpflichtungsangebote anzunehmen, die als geeignet angesehen werden, den Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu machen, und damit eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs verhindern. Die Verpflichtungen müssen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken vollständig beseitigen und in jeder Hinsicht vollständig und wirksam sein. Ferner müssen die Verpflichtungen innerhalb kurzer Zeit wirksam umgesetzt werden können, da die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt nicht bestehen bleiben, bis die Verpflichtungen erfüllt sind.

Von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagene Verpflichtungen struktureller Art, insbesondere Veräußerungen, erfüllen diese Voraussetzungen nur, wenn die Kommission mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon ausgehen kann, dass sie umgesetzt werden können und dass die entstehenden neuen Unternehmensstrukturen voraussichtlich so existenzfähig und beständig sind, dass die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs verhindert wird. [...]

Wenn die beteiligten Unternehmen jedoch Abhilfemaßnahmen vorschlagen, die so umfangreich und komplex sind, dass die Kommission zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung nicht mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit feststellen kann, dass sie vollständig umgesetzt werden und dass die

Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs im Markt wahrscheinlich ist, kann eine Genehmigungsentscheidung nicht erlassen werden. [...]

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs dienen die Verpflichtungen im Wesentlichen dazu, wettbewerbsfähige Marktstrukturen zu gewährleisten. Daher verdienen Verpflichtungen struktureller Art, z. B. die Verpflichtung zur Veräußerung eines Geschäfts, angesichts des Ziels der Fusionskontrollverordnung in der Regel den Vorzug, da diese Verpflichtungen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken, die durch den Zusammenschluss in der angemeldeten Form aufgeworfen würden, auf Dauer verhindern und auch keine mittel- oder langfristigen Kontrollmaßnahmen erfordern. Dennoch kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass andere Arten von Verpflichtungen ebenfalls eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs verhindern können.²

2. Liberty Global/KabelBW als Beispiel für ungeeignete Abhilfemaßnahmen

Ein plastisches Beispiel für Abhilfemaßnahmen, die nicht geeignet waren, wettbewerbsrechtliche Bedenken auszuräumen, welche sich aus dem Zusammenschluss zweier Kabelnetzbetreiber in Bezug auf den Gestattungsmarkt ergeben, bietet der vom OLG Düsseldorf aus diesem Grunde zu Recht aufgehobene Beschluss *Liberty Global/KabelBW* des Bundeskartellamtes. Dabei handelte es sich um einen „3 zu 2“-Zusammenschluss, durch den sich zwei der drei führenden deutschen Kabelunternehmen zu einer neuen Einheit verbunden hatten. Wie beim hier untersuchten Zusammenschlussvorhaben *Vodafone/Liberty Global* hatten sich die Zusammenschlussparteien vor dem Zusammenschluss keinen aktuellen Wettbewerb geliefert. Das Amt hatte den Zusammenschluss mit einer Reihe von Bedingungen und Auflagen versehen, um die gleichwohl bestehenden Wettbewerbsbedenken auszuräumen: *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 Hausverteilnetz zu verzichten und *viertens* mit der Bedingung, Free-TV-Signale in Zukunft grundsätzlich unverlüsselt zu verbreiten.³

Im Verfahren vor dem OLG Düsseldorf war – abgesehen von der Wirksamkeit der Bedingungen und Auflagen – auch umstritten, ob es sich bei ihnen nicht möglicherweise um nach § 40 Abs. 3 S. 2 GWB unzulässige (und auch nach der FKVO grds. nur subsidiär bzw. ergänzend heranzuziehende) 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 hinrei-

1 Mitteilung über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen (im Folgenden: Mitteilung Abhilfemaßnahmen), ABl. C 267/1 vom 22.10.2008.

2 KOMM., Mitteilung Abhilfemaßnahmen, Tz. 9, 10, 14 und 15; vgl. auch KOMM., 30.1.2014, M.7018 – *Telefónica Deutschland/E-Plus*, Tz. 1261 ff.

3 BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Entscheidungstenor und Tz. 120 ff.

chend wirksam und nachhaltig sei, um eine Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss zu verhindern oder zu kompensieren.⁴ Einen solchen Effekt vermochte das OLG in den vom BKartA festgesetzten Nebenbestimmungen nicht in hinreichendem Maße zu erkennen. Dem Verzicht auf Exklusivitäts-, Eigentums- und Rückbaurechte sprach das OLG 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.⁵ Die letztlich entscheidende und zugleich in besonderem Maße potenziell strukturell wirkende Nebenbestimmung sah das OLG zu Recht in der Regelung zu den Sonderkündigungsrechten. Das BKartA hatte insoweit die Einräumung einer auf die 67 größten Gestattungsverträge begrenzten Sonderkündigungsmöglichkeit für ausreichend erachtet. Das OLG ließ dahinstehen, ob die Auswahl der 67 Verträge sachgerecht gewesen war, weil dessen ungeachtet eine rein theoretische, tatsächlich aber wirkungslose Kündigungsmöglichkeit nicht ausreiche. Vielmehr sei im Einklang mit der Kommissionmitteilung zu Abhilfemaßnahmen in der Fusionskontrolle eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür zu verlangen, dass die durch die Nebenbestimmungen ermöglichten wettbewerbsfördernden Wirkungen *auch tatsächlich* eintreten.⁶ Auch die EU-Kommission nimmt 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 bleibt.⁷ Und selbst Zusagen, die diesen Anforderungen genügen, akzeptiert die Kommission regelmäßig nur als Teil eines umfassenderen Zusagenpakets.⁸

Im Fall *Liberty Global/KabelBW* waren die Sonderkündigungsrechte jedoch – wie vorauszusehen war und auch von den Wettbewerbern vorausgesagt worden war – tatsächlich wirkungslos geblieben, weil die Wohnungsunternehmen (Gestattungsgeber) keinen Gebrauch von ihren Kündigungsrechten machen mussten und letztlich auch tatsächlich keinen Gebrauch davon gemacht haben. Sie sahen nach dem Grundsatz „bekannt und bewährt“ keinen Grund für einen Wechsel des Vertragspartners, zumal es den Zusammenschlussparteien freistand, die Wohnungsunternehmen 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, sofort wieder um einen Neuvertrag zu bemühen. Effektiv war daher nur ein einziger Vertrag an einen Wettbewerber verloren gegangen.⁹ Der in der Theorie mögliche strukturelle Effekt der Sonderkündigungsrechte war in der Praxis wirkungslos „verpufft“.

3. Für das Zusammenschlussvorhaben in Betracht kommende Abhilfemaßnahmen

Die vielfältigen Wettbewerbsbedenken, die das hier untersuchte Zusammenschlussvorhaben *Vodafone/Liberty Global* in Bezug auf die Signalmärkte und eine Reihe anderer Märkte auslösen würde, lassen ein mindestens ebenso vielschichtiges Paket von Abhilfemaßnahmen erforderlich erscheinen. Dieses Zusagenpaket müsste nach den soeben skizzierten Regeln in seiner Gesamtheit die wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigen, in jeder Hinsicht vollständig und wirksam sein, innerhalb kurzer Zeit wirksam umgesetzt werden können und möglichst keine mittel- oder langfristigen Kontroll-

maßnahmen erfordern. Die Abhilfemaßnahmen können sich auf jede der beiden Zusammenschlussparteien oder auch auf beide beziehen. Mit Blick auf die möglichen Auswirkungen auf die Breitbandmärkte für die Versorgung mit Internetsignalen wären – zusätzlich zu den nachfolgend für die Signal- und Rechtemärkte erörterten Remedies – ggf. weitere Abhilfemaßnahmen erforderlich, die nachfolgend nicht behandelt werden können und einer gesonderten Erörterung vorbehalten bleiben müssen.

a) *Gestattungsmarkt*. Durch einen „2 zu 1“-Zusammenschluss zwischen Vodafone und Liberty Global würde ein einziges dominantes Unternehmen mit einem Marktanteil von rund 75% auf dem Gestattungsmarkt und einem Quasi-Monopol auf der vorgelagerten Netzebene 3 geschaffen, die Verhandlungsmacht auf TV-Rechtemärkten und Einspeisemärkten gesteigert und damit die einem wirksamen Wettbewerb ohnehin abträgliche Struktur des Gestattungsmarktes und der mit diesem Markt verbundenen Märkte nochmals erheblich verschlechtert. Mit dem Zusammenschluss der beiden schon zuvor gemeinsam dominierenden Unternehmen würde jedweder auch nur potenzielle Wettbewerb zwischen den Zusammenschlussparteien und damit zwischen den einzigen Marktteilnehmern dauerhaft ausgeschlossen, die in der Lage wären, die Position des jeweils anderen nachhaltig zu erschüttern. Hohem Investitionsbedarf stehen angesichts der geringen Wechselbereitschaft der Wohnungsunternehmen nur geringe Wettbewerbschancen gegenüber. Deshalb erscheint ein Marktzutritt Dritter nach dem Zusammenschluss wenig wahrscheinlich.¹⁰ Ziel eines wirksamen Pakets von Abhilfemaßnahmen muss es daher sein, Wettbewerb durch Dritte nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich zu ermöglichen.

aa) *Sonderkündigungsrecht*. Die bloße Einräumung eines Sonderkündigungsrechts hat sich im Fall *Liberty Global/KabelBW* – wie dargestellt – für sich genommen als untauglich erwiesen, weil den Wohnungsunternehmen hinreichende Anreize für einen Wechsel fehlen und sie aus verschiedenen Gründen eher geneigt sind, am traditionellen Kabel TV-Anbieter festzuhalten. Änderungen der ökonomischen Rahmenbedingungen, die bei Verwirklichung eines Zusammenschlusses *Vodafone/Liberty Global* ein anderes Verhalten erwarten ließen, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil würde dieser Effekt durch den Zusammenschluss zu einem einzigen großen deutschen Kabel-TV-Anbieter mit entsprechend größerer Verhandlungsmacht sowohl auf den Gestattungs- und Einzelnutzermärkten als auch auf den TV-Rechte- und Einspeisemärkten noch verstärkt, da die Gefahr besteht, dass die Attraktivität der Konkurrenzangebote durch Exklusivvereinbarungen bezüglich bestimmter TV-Sender und Premi-

4 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, 471 – *Signalmarkt* (m. Anm. Körper, NZKart 2013, 458) unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 7.2.2006, KVR 5/05, Z 166, 165 Rn. 59 – *DB Regio/Üstra*.

5 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, 471 f. – *Signalmarkt*. Den Wegfall der Grundverschlüsselung beim Free-TV sah das OLG als wettbewerbslich ambivalent an. S. dazu im Einzelnen die vollständige Wiedergabe des Beschlusses bei BeckRS 2013, 14322.

6 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12 (V), insoweit nur unvollständig in NZKart 2013, 465, 472 – *Signalmarkt*, für vollständige Wiedergabe s. BeckRS 2013, 14322 mit Verweis auf Tz. 63 und 68 der Mitteilung Abhilfemaßnahmen.

7 Vgl. z. B. KOMM., Entsch. v. 15.3.2000, M.1672 Tz. 341 – *Volvo/Scania* (zu einer Ausschließlichkeitsbindung).

8 KOMM., Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen, Tz. 68.

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

10 Dazu ausführlich Körper, NZKart 2018, 168, 169 ff.

um-Inhalte (insbesondere Live-Fußball) noch weiter abge-senkt würde.¹¹

bb) *Sonderkündigungsrecht plus weitere Anreize.* Im Fall *Friesland Foods/Campina*, der durch eine ähnlich verfestigte Marktstruktur, fehlenden aktuellen Wettbewerb zwischen den Zusammenschlussparteien (dort: Molkereigenossenschaften) und wenig wechselbereite, dem dominanten Unternehmen langfristig eng verbundene Vertragspartner (dort: Milchbauern) gekennzeichnet war,¹² hat die Kommission Abhilfemaßnahmen akzeptiert, die sich nicht auf die Schaffung einer Kündigungs- oder Austrittsmöglichkeit beschränkten, sondern ein zusätzliches „Anreizschema“ beinhalteten, welches finanzielle Anreize für austrittswillige Landwirte setze. Diese Anreize waren zudem mit einer Verpflichtung verbunden, nicht vor Ablauf von drei Jahren zur ursprünglichen Genossenschaft zurückzukehren. Rückkehrern durften auch nach Ablauf dieser Frist keine besseren Konditionen gewährt werden als anderen Neumitgliedern. Die finanziellen Anreize bestanden in einer „Start-up-Zahlung“, welche die Zusammenschlussparteien aufbringen mussten und die in Bezug auf die einzelnen Milchbauern so erheblich bemessen war, dass sie diese tatsächlich zum Austritt motivieren konnte.¹³ Finanzielle oder andere Kündigungsanreize erscheinen mit Blick auf die Wohnungsunternehmen im hier untersuchten Szenario allerdings wenig zielführend. Bei diesen handelt es sich regelmäßig um größere Unternehmen, die in erster Linie an der Versorgung ihrer Mieter mit Kabel-TV-Diensten (und ggf. Breitband-Internet-Diensten) interessiert sind und die dafür anfallenden Kosten auf der Basis des wettbewerbsbeschränkenden „Nebenkostenprivilegs“ gem. § 2 Nr. 15 b BetrKV an diese durchreichen können. Finanzielle Anreize im Sinne einer „Wechselprämie“ sind in diesem Umfeld nicht erfolversprechend.

cc) *Ausgliederung von Gestattungsgebieten (Veräußerungszusage).* Um mittelfristig mit der fusionierten Einheit „auf Augenhöhe“ in Wettbewerb zu treten, wäre es für neue Wettbewerber erforderlich, hinreichend große, möglichst geschlossene Versorgungsgebiete – gleichsam wettbewerbsermöglichende „Brückenköpfe“ – zu erlangen, von denen aus der oder die Wettbewerber mit vergleichsweise geringen Ausbaukosten neue Kunden gewinnen könnte(n). Dies würde der Situation vor dem Zusammenschluss (in welcher die Zusammenschlussparteien einander hätten Wettbewerb machen können¹⁴) am nächsten kommen.

In diesem Zusammenhang ist problematisch, dass die Gestattungsverträge in der Regel eine sehr lange, bis zu 15 Jahren währende Laufzeit haben und von der fusionierten Einheit vor Ablauf in der Regel nicht einseitig gekündigt werden können. Eine Abhilfemaßnahme dahingehend, bestehende Verträge mit Dritten einseitig vorfristig zu kündigen, dürfte – unbeschadet abweichender vertraglicher Regelungen – ausscheiden, denn Zusagen, die aufgrund rechtlicher Hindernisse nicht durchgeführt werden dürfen, sind ungeeignet, die von der Kommission ermittelten Wettbewerbsprobleme auszuräumen. Gleiches gilt für Zusagen, deren Durchführbarkeit aus rechtlichen Gründen zweifelhaft erscheint,¹⁵ denn Zusagen, deren Umsetzbarkeit erst in langwierigen gerichtlichen Verfahren geklärt werden muss, können nicht, wie die Kommission es zu Recht verlangt, innerhalb kurzer Zeit wirksam umgesetzt werden.

Erst recht könnte die Kommission nicht durch eine Fusionskontrollentscheidung von sich aus die Aufhebung dieser Verträge anordnen, weil dies in die Rechte der Wohnungsunternehmen als am Zusammenschluss unbeteiligter Dritter ein-

greifen würde. Zwar hat die Kommission vereinzelt auch (freiwillige) Zusagen Dritter in ihre Entscheidung über die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt einbezogen,¹⁶ doch können Dritte nicht zu einer Mitwirkung gezwungen werden. Abhilfemaßnahmen, deren Durchführung vom Willen Dritter abhängt, werden von der Kommission daher grundsätzlich als ungeeignet angesehen und allenfalls im Zusammenspiel mit Alternativzusagen akzeptiert, die für den Fall zu erfüllen sind, dass der Dritte seine Mitwirkung letztlich verweigert bzw. dass die Mitwirkung aus anderen Gründen scheitert¹⁷ – aus gutem Grund, wie der oben beschriebene Fall *Liberty Global/KabelBW* zeigt.

In Betracht käme aber eine Ausgliederung der Gestattungsverträge in Bezug auf bestimmte Gebiete, die als wettbewerbsermöglichende „Brückenköpfe“ geeignet erscheinen. Diese Ausgliederung könnte in Form einer Übertragung dieser Verträge auf eine neue Gesellschaft erfolgen, welche den Wohnungsunternehmen zur Erfüllung der geschlossenen Verträge verpflichtet bliebe, aber ihrerseits mitsamt ihren Vertragsbeziehungen an einen dritten Erwerber veräußert werden könnte. Den Interessen der Wohnungsunternehmen würde in diesem Fall auch durch § 133 UmwG Rechnung getragen, der für die Dauer von fünf Jahren eine gesamtschuldnerische Haftung der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger anordnet. Ziel einer solchen Ausgliederung müsste es sein, eine neue Einheit zu schaffen, welche mit der fusionierten Einheit auf Augenhöhe in Wettbewerb treten kann. Dies könnte in der Praxis insbesondere dadurch erreicht werden, dass eine Gesellschaft mit Kundenbeziehungen für bestimmte Gestattungsgebiete an (einen oder mehrere) Wettbewerber veräußert wird, der oder die über ein entsprechendes Know-how und die anderen für einen vorstoßenden Wettbewerb von den „Brückenköpfen“ aus erforderlichen Ressourcen verfügen. Im Kern würde es sich dabei um eine Veräußerungszusage handeln. Ziel einer solchen Zusage ist die Stärkung bestehender oder die Schaffung neuer Wettbewerber.¹⁸ Um dieses Ziel zu erreichen, muss die Zusage bestimmte Anforderungen in Bezug auf die veräußerten Unternehmenswerte und auf deren Erwerber erfüllen, die von der Kommission in Tz. 23 ff. in ihrer Mitteilung Abhilfemaßnahmen ausführlich erörtert werden.

Bei den zu veräußernden Tätigkeiten muss es sich um ein lebensfähiges Geschäft handeln, das in den Händen eines geeigneten Erwerbers wirksam und auf Dauer mit der fusionierten Einheit konkurrieren kann (Tz. 23). Das Geschäft muss grundsätzlich als solches (ohne Berücksichtigung der Mittel des Erwerbers) lebensfähig sein. Allerdings kommen insoweit Ausnahmen in Bezug auf sog. „Fix-it-first-Abhilfemaßnahmen“ in Betracht (Tz. 30 mit Verweis auf Tz. 56 f.). In diesem Fall suchen die Zusammenschlussparteien schon während des Fusionskontrollverfahrens einen Erwerber. Gibt die Kommission den Zusammenschluss in der vorgeschlagenen Form frei, so liegt darin zugleich die Geneh-

11 Dazu ausführlich *Körper*, NZKart 2018, 168, 171 ff.

12 Zum Sachverhalt dieses Beschlusses auch *Körper*, NZKart 2018, 168, 170.

13 Vgl. KOMM., Entsch. v. 17.12.2008, M.5064 – *Friesland Foods/Campina*, Tz. 1173, 1870 ff.

14 Dazu *Körper*, NZKart 2018, 168, 170.

15 Vgl. EuG, Urt. v. 30.9.2003, T-158/00, Slg. 2003, II-3825 – *ARD*, Tz. 211. S. auch Mitteilung Abhilfemaßnahmen, Tz. 11 und 44 ff.

16 Vgl. etwa KOMM., Entsch. v. 3.12.1998, M.1327 – *NC/Canal+/CDPQ/Bank of America*, Tz. 41.

17 Vgl. KOMM., Entsch. v. 23.6.2008, M. 5047 – *REWE/ADEG*, Tz. 81.

18 Vgl. Mitteilung Abhilfemaßnahmen, Tz. 22.

migung des Erwerbers. Dies bietet sich an, wenn nur wenige Erwerber in Betracht kommen, weil die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts ausnahmsweise erst durch bestimmte Vermögenswerte des Erwerbers gewährleistet wird oder der Erwerber andere besondere Voraussetzungen erfüllen muss (Tz. 50, 56 f.). Eine solche Situation liegt hier nahe.

Hinsichtlich der Lage der auszugliedernden Gestattungsgebiete müsste sichergestellt sein, dass die Gestattungsgebiete so verteilt sind, dass ein Wachstum und Onselling von dort aus möglich erscheint, dass der oder die Erwerber also mit vergleichsweise geringen Ausbaukosten neue Kunden gewinnen können und dass letztlich ein Zusammenwachsen dieser Gebiete möglich ist, wodurch ein zweiter bundesweit tätiger Anbieter mit einem flächendeckenden Angebot entstehen kann. Mit Blick auf die Auswahl der konkreten betreffenden Gebiete, könnte der Beschluss *T-Mobile Austria/Tele.ring* Anhaltspunkte liefern. Darin hatten sich die Zusammenschlussparteien verpflichtet, bestimmte Mobilfunkstandorte (insbesondere Sendemasten) an einen Erwerber zu veräußern. Die Parteien mussten mit Blick auf die Auswahl dieser Standorte zunächst darlegen, welche Standorte sie tatsächlich und nachweislich für den Betrieb ihres eigenen, vereinten Netzes benötigten. Von den Standorten, die diese Voraussetzung nicht erfüllten, sollte eine bestimmte Anzahl an den Erwerber veräußert werden, wobei das „Erstwahlrecht“ hinsichtlich der in diesem Rahmen zu veräußernden Standorte dem Erwerber eingeräumt wurde.¹⁹

Der erforderliche Umfang der Ausgliederung ist letztlich durch eine ökonomische Analyse zu bestimmen. Ziel der Abhilfemaßnahme ist es, mittelfristig die Entstehung eines Wettbewerbs auf Augenhöhe mit der fusionierten Einheit zu ermöglichen. Daher muss jedenfalls ein Umfang erreicht werden, der wirksamen Wettbewerb in einem deutlich über den derzeitigen Restwettbewerb hinausreichenden Maße ermöglicht. Anhaltspunkte hierfür lassen sich dem Beschluss *Telefónica Deutschland/E-Plus* entnehmen. Darin verpflichtete sich Telefónica, 20% der Gesamtkapazität der fusionierten Einheit im Voraus (up front) an bis zu drei Erwerber zu veräußern und weitere 10% nach dem Zusammenschluss zu vorab festgelegten Bedingungen anzubieten.²⁰

Zur Sicherung der Lebensfähigkeit der zu veräußernden Einheit schließt eine Veräußerungszusage regelmäßig sämtliche für eine selbständige Führung des Geschäfts erforderlichen materiellen und immateriellen Vermögenswerte ein, d. h. Produktionsstätten, F&E-Einrichtungen, aber auch Vermarktungstätigkeiten, geistige Eigentumsrechte, Kundenkontakte sowie Liefer- und Verkaufsvereinbarungen.²¹ Im vorliegenden Fall stellt sich insoweit zunächst die Frage nach der rechtlichen Zuordnung der für die Versorgung der einzelnen Wohneinheiten erforderlichen TV-Kabel-Infrastruktur auf der Netzebene 4 (Hausverteilnetz). In Betracht kommt insoweit einerseits eine Veräußerung (Eigentumsübertragung) auf den Erwerber (soweit die betreffenden Strukturen überhaupt im Eigentum der fusionierten Einheit stehen), aber auch eine bloße Vermietung bzw. Untervermietung. Vorzugswürdig erscheint sowohl mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch mit Blick auf die mittelfristigen Auswirkungen auf den Wettbewerb eine Mietlösung.²²

Dem Ziel, wirksamen Wettbewerb durch einen nachhaltig lebensfähigen Wettbewerber der fusionierten Einheit zu ermöglichen, wäre nicht hinreichend Rechnung getragen,

wenn jedes Wohnungsunternehmen sogleich nach Ablauf der möglicherweise nur noch kurzen Restlaufzeit des laufenden Gestattungsvertrages zur fusionierten Einheit zurück wechseln könnte. Vielmehr muss (ähnlich wie im Fall *Friesland Foods/Campina*) sichergestellt werden, dass die Abhilfemaßnahme dem Erwerber genug Zeit gibt, nachhaltig auf dem Gestattungsmarkt Fuß zu fassen, das Vertrauen der Wohnungsunternehmen zu gewinnen und ggf. eigene Infrastrukturen auszubauen oder neu zu errichten. Eine einseitige oder gar behördliche Verlängerung der Vertragslaufzeiten zulasten der nicht am Zusammenschluss beteiligten Wohnungsunternehmen kommt zwar offensichtlich nicht in Betracht, doch könnte ein ähnlicher Effekt durch ein mit dem Veräußerungsvertrag verbundenes, zeitlich begrenztes und auf den Gestattungsmarkt bezogenes Wettbewerbsverbot zulasten der fusionierten Einheit sichergestellt werden. Eine solche Abhilfemaßnahme ist – trotz der mittelbar drittbelastenden Wirkung, die sich aus der Reduzierung der Auswahlmöglichkeiten der Wohnungsunternehmen ergibt – möglich.²³ Die Laufzeit dieses Wettbewerbsverbots wäre im Detail durch eine ökonomische Analyse zu bestimmen. Im ersten Zugriff erscheint mit Blick auf die vergleichsweise langen Investitionszyklen und die üblicherweise lange Vertragsdauer auf diesem Markt ein Zeitraum von mindestens acht bis zehn Jahren angemessen.²⁴

Mit Blick auf den erheblichen Umfang, den eine Ausgliederung/Veräußerung haben müsste, um das Ziel zu erreichen, mittelfristig einen Wettbewerb auf Augenhöhe zu ermöglichen, ist die Frage aufgeworfen, ob eine solche Abhilfemaßnahme noch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht. Insoweit ist einerseits relevant, dass der unmittelbare Verlust an aktuellem Wettbewerb auf dem Gestattungsmarkt durch das Zusammenschlussvorhaben vergleichsweise gering wäre, weil sich die Zusammenschlussparteien jedenfalls als Kabel-TV-Anbieter und Anbieter von Internet-Breitbanddiensten über das TV-Kabel bisher kaum Wettbewerb machen (wollen). Dies dürfte letztlich auch im Fall *Liberty Global/KabelBW* der Grund für die zu milden (und letztlich ungeeigneten) Auflagen des BKartA gewesen sein. Auf der anderen Seite würde es aus wettbewerblicher Sicht befremden, die faktisch praktizierte Gebietsaufteilung der Zusammenschlussparteien vor dem Zusammenschluss und den bewussten Verzicht auf Wettbewerb durch besonders milde Anforderungen zu „belohnen“. Zudem ist die Situation bei einem Zusammenschluss *Vodafone/Liberty Global* anders als im Fall *Liberty Global/KabelBW*, weil es sich einerseits um einen „2 zu 1“-Zusammenschluss (mit entsprechend größeren Auswirkungen auch auf TV-Rechte- und Einspeisemärkte) handelt und andererseits zwischen Vodafone und

19 Vgl. KOMM., Entsch. v. 26.4.2006, M.3916 – *T-Mobile Austria/Tele.ring*, S. 56 f.

20 KOMM., Entsch. v. 2.7.2014, M.7018 – *Telefónica Deutschland/E-Plus*, ABl. 2015, C 86/10, Tz. 26.

21 Vgl. Körper, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 8 FKVO Rn. 134.

22 Vgl. in diesem Zusammenhang auch BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B 7-66/11 – *Liberty Global/KabelBW*, Tz. 336 ff. (Verbleib/Übergang des Eigentums am Hausverteilnetz beim/an den Gestattungsgeber nach Ablauf des Gestattungsvertrages als Abhilfemaßnahme zur Ermöglichung von Wettbewerb).

23 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 29.6.2010, C-441/07 P, Slg. 2010, I-5949 – *Kommission/Alrosa* (zu Art. 102 AEUV); allgemein zu drittbelastenden Zusagen Körper, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 8 FKVO Rn. 166.

24 Vgl. auch KOMM., Entsch. v. 10.10.2014, M.7000 – *Liberty Global/ZIGGO*, Tz. 555 und 588 (wo mit Blick auf den typischen Investitionszyklus von OTT-Anbietern, die nur vergleichsweise geringe Infrastrukturinvestitionen tätigen müssen, bereits ein Zeitraum von acht Jahren angesetzt wurde).

Liberty Global unzweifelhaft hypothetischer Wettbewerb auf dem Gestattungsmarkt und sogar aktueller Wettbewerb auf dem Einzelnutzermarkt entfallen würde. Schließlich haben auch die Anreize für den weiteren Ausbau einer eigenen Glasfaserinfrastruktur durch Vodafone außerhalb des eigenen Kabel-Footprints ebenso wie der diesbezügliche Wettbewerbsdruck seit 2011 deutlich zugenommen.

Letztlich entscheidend ist aber, dass die durch den Zusammenschluss bewirkte Wettbewerbsbehinderung auf dem Gestattungsmarkt in ihrer Gesamtschau eindeutig als „erheblich“ i. S. d. SIEC-Tests zu bewerten ist, sodass der Zusammenschluss untersagt werden müsste, wenn sich keine geeigneten Abhilfemaßnahmen finden ließen. Durch den Zusammenschluss würde jedenfalls auf dem Kabel-TV-Markt jedweder Wettbewerb zwischen den Zusammenschlussparteien dauerhaft ausgeschlossen. Ein über einen Restwettbewerb hinausgehender wirksamer Wettbewerb durch Dritte wäre auch mittel- und langfristig nicht mehr zu erwarten. Im Gegenteil würden eine Verdrängung der verbleibenden Wettbewerber und eine (Re-)Monopolisierung des Marktes drohen. Hinzu kommt, dass die Einräumung von Sonderkündigungsrechten an die Gestattungsgeber als potenziell milderes Mittel, wie der Fall *Liberty Global/KabelBW* zeigt, sich als ungeeignet erwiesen hat. Vor diesem Hintergrund dürfte die Ausgliederungslösung das mildeste Mittel sein, das überhaupt ernsthaft in Betracht kommt, um die erhebliche Wettbewerbsbehinderung tatsächlich zu kompensieren. In diesem Kontext ist anzumerken, dass die Kommission nach Auffassung der Rechtsprechung auch Zusagen der Zusammenschlussparteien akzeptieren muss, die über das zur Beseitigung der wettbewerblichen Bedenken erforderliche Maß hinausgehen (sog. „überschießende Zusagen“).²⁵ Sie darf solche Zusagen mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lediglich nicht von sich aus fordern.²⁶

dd) *Zusagen in Bezug auf erforderliche Vorleistungen.* Unbeschadet der Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Veräußerungszusage versteht es sich von selbst, dass die Ausgliederung bestimmter Gestattungsgebiete nicht im Sinne einer tatsächlichen Wettbewerbsermöglichung funktionieren könnte, wenn die fusionierte Einheit den Erwerber von der Zulieferung der für die TV-Versorgung erforderlichen Signale bzw. Inhalte abschneiden könnte. Dem Erwerber wäre es in diesem Fall nicht möglich, die gegenüber den Wohnungsunternehmen bestehenden vertraglichen Verpflichtungen für die Restlaufzeit der Gestattungsverträge zu erfüllen.²⁷ Die sich auf den Einspeise- und TV-Rechtemärkten aus dem Zusammenschluss ergebenden Probleme treffen auch dritte Wettbewerber, die nicht an der Umsetzung einer eventuellen Veräußerungszusage beteiligt sind. Deshalb müsste in Bezug auf beide Gruppen (Erwerber wie dritte Wettbewerber) die Lieferung der erforderlichen Vorleistungen gegen ein angemessenes Entgelt gewährleistet werden, um diesen ein Verbleiben auf dem Markt zu ermöglichen. Das Entgelt sollte sinnvollerweise auf der Basis eines Retail-Minus Ansatzes bestimmt werden.

Die Verpflichtung zur Erbringung der erforderlichen Vorleistungen und die genauen Konditionen, zu denen diese Vorleistungen geliefert werden sollen, müssten als Gegenstand der Abhilfemaßnahme vorab festgelegt werden, um eine reibungslose und unterbrechungsfreie Versorgung sicherzustellen und damit das Erfordernis einer wirksamen Umsetzbarkeit innerhalb kurzer Zeit zu erfüllen sowie die tatsächliche Wirksamkeit der Veräußerungszusage sicherzustellen.²⁸

Dies erscheint angesichts der großen Komplexität der damit verbundenen urheber- und vertragsrechtlichen Probleme schwierig. Mit Blick auf den Erwerber müsste neben der Signallieferung als solcher insbesondere sichergestellt sein, dass auch die nach dem Gestattungsvertrag zu liefernden TV-Inhalte weiterhin an die Wohnungsunternehmen geliefert werden können. Auf diese Weise würde, gleichsam als Nebeneffekt, zugleich sichergestellt, dass die Einspeisedienstleistungen gegenüber den bisher durchgeleiteten TV-Sendern auch weiter erbracht und diese nicht vom Einspeisemarkt ausgeschlossen werden.

Die Erbringung von Vorleistungen nur in Bezug auf das zur Erfüllung der übertragenen Gestattungsverträge erforderliche Maß würde indes nicht ausreichen, um die oben beschriebenen, durch den Zusammenschluss verursachten Wettbewerbsbehinderungen, insbesondere auf den TV-Rechtemärkten, und die davon ausgehenden Rückkopplungseffekte auf Gestattungsmarkt und Einzelnutzermarkt zu kompensieren. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf nicht an der Umsetzung der Veräußerungszusage beteiligte dritte Wettbewerber. Hier droht angesichts der deutlich gesteigerten Verhandlungsmacht der fusionierten Einheit ein „Ausbluten“ der Wettbewerber, die von für sie essenziellen Inhalten abgeschnitten und dadurch letztlich nicht nur von den TV-Rechtemärkten, sondern auch vom Gestattungsmarkt und Einzelnutzermarkt ausgeschlossen werden könnten.²⁹ Dies gilt namentlich für Premium-Inhalte auf dem Gebiet des Sports (namentlich Live-Fußball). Es müsste daher sichergestellt werden, dass Erwerber wie dritte Wettbewerber nicht vom Zugang zu den TV-Rechtemärkten als für sie essenziellen Beschaffungsmärkten abgeschnitten werden.³⁰ Dies ließe sich, wenn überhaupt, möglicherweise durch eine verhaltensbezogene Zusage erreichen, aufgrund derer sich die Zusammenschlussparteien verpflichten, mit Blick auf bereits bestehende wie neue Verträge weitestgehend auf eine kabelexklusive Lizenzierung von Sparten-TV-Kanälen und anderen Inhalten zu verzichten. Falls die Rechteinhaber (wie regelmäßig bei Sportübertragungsrechten) nur exklusive Lizenzen für die Erstverwertung erteilen, muss nach Wegen gesucht werden, um auch die Wettbewerber in die Lage zu versetzen, die mit ihnen verbundenen Wohnungsunternehmen und Einzelnutzer mit den betreffenden Inhalten zu versorgen. Insofern kommen (im Rahmen des rechtlich Möglichen) ggf. ein White Label Reselling und/oder eine Sublizenzierung in Betracht.

Diese Abhilfemaßnahmen dürfen sich dabei nicht nur auf die Ausgliederungs-/Veräußerungsgebiete und die bei der Veräußerung bestehenden Lizenzvereinbarungen beziehen, sondern müssen auch für Expansionsgebiete und innerhalb eines

25 EuG, Urt. v. 23.2.2006, T-282/02 – *Cementbouw*, Tz. 308; vgl. auch EuGH, Urt. v. 29.6.2010, C-441/07 P – *Alosa*, Tz. 66 ff. (wo der EuGH den auch in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit von Verpflichtungszusage weiten Beurteilungsspielraum der Kommission unterstrich, obwohl es dort um Zusagen im Rahmen des – ohne Zeitdruck durch kurze Fristen stattfindenden – Verfahrens nach Art. 9 VO 1/2003 ging).

26 Vgl. *Käseberg* in Langen/Bunte, 13. Aufl. 2018, Art. 8 FKVO Rn. 22.

27 Letztlich wäre ein solches Vorgehen auch gar nicht zulässig, weil der übertragende Rechtsträger grds. nach § 133 UmwG den Vertragspartnern der ausgliederten Einheit für fünf Jahre auf Erfüllung ihrer Verträge haftet.

28 Vgl. KOMM., Entsch. v. 26.4.2006, M.3916 – *T-Mobile Austria/Tele.ring*, S. 58 zur Einräumung an Nutzungsrechten am Glasfasernetz im Backbone.

29 Dazu ausführlich *Körper* NZKart 2018, 168, 171 ff.

30 Vgl. auch KOMM., Entsch. v. 17.12.2008, M.5064 – *Friesland Foods/Campina*, Tz. 1138, 1843 ff.

bestimmten Zeitraums nach der Veräußerung abgeschlossene neue Lizenzvereinbarungen gelten. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass der Erwerber und dritte Wettbewerber über das Veräußerungsgebiet hinauswachsen und sich wirksamer Wettbewerb entwickeln kann. Die Laufzeit entsprechender Vereinbarungen sollte grundsätzlich der Dauer des oben beschriebenen Wettbewerbsverbots entsprechen. Im ersten Zugriff erscheint – unbeschadet einer genaueren ökonomischen Analyse – ein Zeitraum zwischen acht und zehn Jahren angemessen.

b) *Einzelnutzermarkt*. Der Wettbewerb auf dem Einzelnutzermarkt würde bei Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens nicht nur durch den dauerhaften Ausschluss des Wettbewerbs zwischen den fusionierenden Kabelnetzbetreibern, sondern auch durch den Wegfall von Vodafone als Wettbewerber mit bundesweitem IPTV-Angebot beeinträchtigt. Eine Abhilfemaßnahme, welche auf die unmittelbare Etablierung eines neuen Anbieters für IPTV gerichtet ist, erscheint insoweit wenig realistisch. Der Wettbewerb um Einzelnutzer würde allerdings bereits ein Stück weit durch die oben beschriebenen Abhilfemaßnahmen in Bezug auf den Gestattungsmarkt gefördert, weil es dem Erwerber bzw. den Erwerbern dadurch zugleich ermöglicht würde, ausgehend von ihren Brückenköpfen ohne prohibitive Ausbaurkosten via Onselling neue Nutzer für sich zu gewinnen.

Umso wichtiger erscheinen mit Blick auf den Wettbewerb auf dem Einzelnutzermarkt die oben beschriebenen Maßnahmen zum Ausgleich der negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den TV-Rechtemärkten. Die negativen Wettbewerbswirkungen, welche aus dem Zusammenschlussbedingten Zuwachs an Verhandlungsmacht auf den TV-Rechtemärkten resultieren, treffen auch die Anbieter von Einzelnutzerverträgen. Daher erscheinen auch in Bezug auf diese Anbieter Abhilfemaßnahmen angebracht, welche ihrem effektiven Ausschluss von den Einzelnutzermärkten durch Exklusivvereinbarungen entgegenwirken. Die oben beschriebenen Zusagen in Bezug auf die TV-Rechtemärkte müssen daher auch Wettbewerber auf dem Einzelnutzermarkt (etwa die Anbieter von IPTV- oder von OTT-Diensten) einschließen.³¹

Der Wettbewerb auf dem Einzelnutzermarkt würde ferner nachhaltig gefördert, wenn das (ohnehin wettbewerbswidrige und rechtlich zweifelhafte) Nebenkostenprivileg gem. § 2 Nr. 15 b BetrKV entfiel. Zwar können weder die Zusammenschlussparteien noch die Kommission das Nebenkostenprivileg als solches unmittelbar abschaffen, da es sich um eine verfehlte Regelung des deutschen Gesetzgebers handelt, doch resultiert aus dem Nebenkostenprivileg lediglich das Recht, nicht aber die Pflicht, die Kosten für Kabeldienstleistungen auf die Mieter umzulegen. Daher wäre eine Abhilfemaßnahme dahingehend denkbar, dass die fusionierte Einheit sich verpflichtet, nur ein Einzelinkasso anzubieten oder Anreize für die Wohnungsunternehmen zu schaffen, auf die Ausübung des Nebenkostenprivilegs zu verzichten, die Mieter darüber zu informieren und keine Kabelentgelte von solchen Mietern zu erheben, die ihre TV-Dienste auf anderem Wege (also etwa von einem IPTV-Anbieter oder via DVB-T2) beziehen wollen.³² Dadurch könnte eine wesentliche Marktzutrittsschranke, insbesondere für IPTV-Anbieter, beseitigt und der Wettbewerb auf dem Einzelnutzermarkt nachhaltig gefördert werden. Die beste Maßnahme zur Förderung des Wettbewerbs auf dem Einzelnutzermarkt ist und bleibt aber die Abschaffung des Nebenkostenprivilegs durch den Staat.

Schließlich könnte auch an die Etablierung von Durchleitungsansprüchen zugunsten anderer Anbieter von TV-Diensten durch das Kabelnetz gedacht werden. Zwar handelt es sich bei den Kabelnetzen regelmäßig um keine „essential facility“, sodass solche Durchleitungen kartellrechtlich nicht erzwungen werden könnten, doch schließt dieser Befund es nicht aus, sie im Rahmen einer Zusage von Abhilfemaßnahmen freiwillig anzubieten bzw. seitens der Kommission zu fordern, soweit eine solche Durchleitung für die Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs erforderlich erscheint.

c) *Einspeisemarkt*. Auf dem Einspeisemarkt für Kabel-TV-Dienste würde mit dem Zusammenschluss ein Unternehmen entstehen, welches Möglichkeit und Anreiz haben könnte, bestimmte Sparten-TV-Sender, die mit eigenen Angeboten oder mit dritten Sparten-TV-Sendern mit höherer Zahlungsbereitschaft konkurrieren, von den Einspeisediensten auszuschließen.³³ Dieses Bedenken würde durch die oben beschriebenen Abhilfemaßnahmen in Bezug auf den Gestattungsmarkt abgemildert, solange die Zusammenschlussparteien zur Lieferung der Signale der bisherigen TV-Sender an den Erwerber und dessen Kunden verpflichtet bleiben. Zudem läge es nahe, in der Verweigerung der Fortsetzung von Einspeisediensten an diese Sender den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu sehen, der ex post nach Art. 102 AEUV sanktioniert werden könnte.³⁴ Vor diesem Hintergrund dürfte zur Adressierung dieser Wettbewerbsbedenken eine Verhaltenszusage dahingehend ausreichen, jedem interessierten TV-Sender auch weiterhin diskriminierungsfrei Einspeisedienstleistungen anzubieten. Dabei handelt es sich zwar an sich um eine Selbstverständlichkeit, doch hat die Kommission in der Vergangenheit auch Zusagen akzeptiert, die letztlich auf das Versprechen gerichtet waren, keine gegen Art. 102 AEUV verstoßenden Handlungen vorzunehmen.³⁵

4. Umsetzbarkeit der Abhilfemaßnahmen

Die vorausgehende Analyse hat ebenso wie das Verfahren *Liberty Global/Kabel BW* deutlich gemacht, wie schwierig es im untersuchten Wirtschaftsbereich ist, Abhilfemaßnahmen zu finden, die sowohl verhältnismäßig als auch wirksam sind. Angesichts des noch hypothetischen Charakters des hier untersuchten Zusammenschlussvorhabens können in Betracht kommende Abhilfemaßnahmen derzeit nur vergleichsweise grob umrissen werden. Ob das skizzierte Paket von Abhilfemaßnahmen sich im Rahmen eines konkreten, an enge Fristen gebundenen Fusionskontrollverfahrens überhaupt wird „schnüren“ lassen, erscheint mit Blick auf die hohe Komplexität der erforderlichen Vertragswerke und die teilweise bestehende Notwendigkeit einer Mitwirkung Dritter (insbesondere der vertraglich mit dem Zusammenschlussparteien verbundenen Wohnungsunternehmen sowie der TV-Sender und anderer Inhalte-Inhaber) bereits an sich zweifelhaft. Hinzu kommt, dass mit Blick auf die Veräußerungszusage ein geeigneter Erwerber gefunden werden muss-

31 Vgl. auch KOMM., Entsch. v. 10.10.2014, M.7000 – *Liberty Global/ZIGGO*, Tz. 547 ff. zu OTT-Diensten.

32 Vgl. KOMM., Entsch. v. 17.12.2008, M.5064 – *Friesland Foods/Campina*, Tz. 1173, 1870 ff., wo die Kommission eine auf die Setzung finanzieller Anreize Dritten gegenüber gerichtete Abhilfemaßnahme akzeptierte.

33 Dazu *Körper* NZKart 2018, 168, 174.

34 Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 6.3.1974, verb. Rs. 6/73 und 7/73, Slg. 1974, 223 – *Commercial Solvents*.

35 Vgl. zu ähnlichen Verhaltenszusagen KOMM, Entsch. v. 26.1.2011, M.5984 – *Intel/McAfee*, S. 62 ff.; ähnlich auch schon KOMM., Entsch. v. 21.1.2010, M.5529 – *Oracle/Sun Microsystems*.

te, von dem mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, dass er sich mittelfristig auf der Basis der übertragenen Gestattungsgebiete zu einem ernsthaften Wettbewerber der fusionierten Einheit entwickeln wird. Es erscheint zweifelhaft, ob ein Erwerber gefunden werden kann, der sowohl die hohen Anforderungen der Kommission erfüllt³⁶ als auch bereit ist, die erheblichen dafür erforderlichen Investitionen zu tätigen und das hohe wirtschaftliche Risiko einzugehen, sich dem Wettbewerb mit einer fusionierten Einheit zu stellen, die auch bei Umsetzung der Abhilfemaßnahmen auf allen relevanten Märkten über eine große, teils überragende Marktmacht verfügen würde.

Da sich die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit der ausgliedernden Einheit voraussichtlich nur im Zusammenspiel mit den Ressourcen des konkreten Erwerbers bewerten lässt, erschiene an sich eine Ausgestaltung als „Fix-it-first-Abhilfemaßnahme“ sinnvoll, bei der bereits im Rahmen der Fusionskontrollentscheidung der Erwerb durch einen bestimmten bzw. durch mehrere bestimmte Erwerber geprüft wird. Ob sich eine solche Lösung innerhalb der kurzen Fristen eines Fusionskontrollverfahrens realisieren ließe, erscheint angesichts der Komplexität der Abhilfemaßnahmen und des Erfordernisses, dass sie innerhalb kurzer Zeit wirksam umgesetzt werden und die Wettbewerbsbedenken wirksam und vollständig beseitigen müssten, ebenfalls sehr zweifelhaft. In Betracht käme daher wohl allenfalls – ähnlich wie im Fall *Telefónica Deutschland/E-Plus* – eine Ausgestaltung als „upfront buyer-Verpflichtung“, die vor dem Vollzug des Zusammenschlusses erfüllt werden müsste.

Wahrscheinlicher erscheint allerdings, dass es in Bezug auf einen möglichen Zusammenschluss *Vodafone/Liberty Global* letztlich nicht gelingen würde, Abhilfemaßnahmen zu finden, welche die wettbewerbsrechtlichen Bedenken vollständig beseitigen würden, in jeder Hinsicht vollständig, wirksam und verhältnismäßig wären und innerhalb kurzer Zeit wirksam umgesetzt werden könnten, wie die Kommission dies in Tz. 9 ihrer Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen voraussetzt. Wenn, wie es in Tz. 14 der Mitteilung weiter heißt, „die beteiligten Unternehmen jedoch Abhilfemaßnahmen vorschlagen, die so umfangreich und komplex sind, dass die Kommission zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung nicht mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit feststellen kann, dass sie vollständig umgesetzt werden und dass die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs im Markt wahrscheinlich ist, kann eine Genehmigungsentscheidung nicht erlassen werden“.

IV. Ergebnis

Dass den erheblichen Behinderungen wirksamen Wettbewerbs, welche durch einen Zusammenschluss zwischen *Vodafone* und *Liberty Global* drohen, wirksam durch geeignete Zusagen und Abhilfemaßnahmen begegnet werden kann, erscheint auf der Basis der vorliegenden Informationen eher unwahrscheinlich. Der wahrscheinlichste Ausgang der fusionskontrollrechtlichen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ist daher eine Untersagung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO. ■

36 Dazu im Einzelnen KOMM., Mitteilung Abhilfemaßnahmen, Tz. 47 ff.