



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 27. Mai 1998

K(1998) 1439 endg. - DE

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 27. Mai 1998

in einem Verfahren nach der
Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates

(Sache Nr. IV/M.993- Bertelsmann/Kirch/Premiere)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 27. Mai 1998

in einem Verfahren nach der
Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates
(Sache Nr. IV/M.993- Bertelsmann/Kirch/Premiere)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN-

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, insbesondere auf Artikel 57 Absatz 2 Buchstabe a),

gestützt auf die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen¹, geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97², insbesondere auf Artikel 8 Absatz 3,

im Hinblick auf die Entscheidung der Kommission vom 22. Januar 1998, das Verfahren in dieser Sache einzuleiten,

nachdem den beteiligten Unternehmen Gelegenheit gegeben wurde, sich zu den Einwänden der Kommission zu äußern,

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen³,

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. Am 1. Dezember 1997 erhielt die Kommission gemäß Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (nachfolgend: "Fusionskontrollverordnung") eine Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens, aufgrund dessen die Unternehmen CLT-UFA S.A. (nachfolgend: "CLT-UFA") und Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG (nachfolgend: "Taurus") beabsichtigen, im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) der Fusionskontrollverordnung die gemeinsame Kontrolle bei den Unternehmen Premiere Medien GmbH & Co. KG (nachfolgend: "Premiere"), BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH (nachfolgend: "BetaDigital") und BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH (nachfolgend: "BetaResearch") zu erwerben. Der beabsichtigte Zusammenschluß wird bewirkt durch den Erwerb von Anteilsrechten.

¹ ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 1, berichtigte Fassung im ABl. L 257 vom 21.9.1990, S. 13.

² ABl. L 180 vom 9.7.1997, S. 1.

³ ABl.

2. Die Kommission hat am 15. Dezember 1997 entschieden, den Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses gemäß Artikel 7 Absatz 2 und 18 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung bis zum Erlaß einer endgültigen Entscheidung auszusetzen.
3. Mit Schreiben vom 22. Dezember 1997 hat Deutschland der Kommission gemäß Artikel 9 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung mitgeteilt, daß der Zusammenschluß eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken droht, durch die wirksamer Wettbewerb auf sechs Märkten in Deutschland, die jeweils einen gesonderten räumlichen Markt im Sinne von Artikel 9 Absatz 7 der Fusionskontrollverordnung darstellen, erheblich behindert würde.
4. Die Kommission hat 22. Januar 1998 gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c) der Fusionskontrollverordnung und Artikel 57 des EWR-Abkommens entschieden, in diesem Fall das Verfahren einzuleiten.
5. Der Beratende Ausschuß hat am 6. Mai 1998 und am 25. Mai 1998 den Entwurf der vorliegenden Entscheidung erörtert.

I. DIE PARTEIEN

6. Die Bertelsmann AG (nachfolgend: "Bertelsmann") ist die Obergesellschaft des führenden deutschen Medienkonzerns. Der Bertelsmann-Konzern ist vorwiegend tätig in den Geschäftsfeldern Buch- und Zeitschriftenverlag, Buchclubgeschäft, Druckindustrie, Musikverlag und Tonträgervertrieb sowie durch Beteiligungen im privaten Fernsehgeschäft. CLT-UFA ist ein Gemeinschaftsunternehmen zwischen Bertelsmann und Audiofina S.A., in das die Mutterunternehmen ihre europäischen Fernsehaktivitäten eingebracht haben. Dazu gehört auch die Beteiligung an Premiere.
7. Taurus ist eine Beteiligungs-Holding der KirchGruppe (nachfolgend: "Kirch"). Kirch ist der führende Anbieter von Kinofilmen und Unterhaltungsprogrammen für das Fernsehen in Deutschland und ebenfalls im privaten Fernsehgeschäft tätig. Die Aktivitäten der Gruppe erstrecken sich hauptsächlich auf Deutschland.

II. DAS VORHABEN

8. Zur Zeit sind an dem deutschen Pay TV-Veranstalter Premiere CLT-UFA und Canal+ S.A. (nachfolgend: "Canal+") mit jeweils 37,5% sowie Kirch mit 25% beteiligt. Es ist geplant, daß Canal+ aus dem Gesellschafterkreis ausscheidet und CLT-UFA und Kirch ihre Anteile an Premiere auf jeweils 50% erhöhen. Zugleich wird Kirch den Betrieb seines eigenen digitalen Pay TV-Senders DF1 einstellen und die DF1-Vermögenswerte auf Premiere übertragen. Weiterhin wird Kirch seinen Sportsender DSF in Premiere einbringen und Premiere seine Pay TV- und Pay-Per-View-Rechte in Sublizenz zu [...] ⁴ zur Verfügung stellen. Premiere wird

⁴ Für die Veröffentlichung entfernt. Im folgenden werden alle Angaben u.a. zu Marktanteilen, Umsatzzahlen aus Gründen der Vertraulichkeit durch in [...] gesetzte Größenordnungen ersetzt. Textabschnitte mit vertraulichem Inhalt werden ebenfalls durch [...] ersetzt.

zu einer digitalen Pay TV-Programm- und Vermarktungsplattform unter Verwendung der Premiere von Kirch zur Verfügung gestellten d-box-Technologie, die mit einem in sich geschlossenen (proprietären) Verschlüsselungssystem arbeitet, ausgebaut. Premiere wird zu diesem Zweck eigen- und/oder fremderstellte Fernsehprogramme zu Programmpaketen bündeln und diese vermarkten. Ferner wird Premiere die Abonnentenverwaltung und -betreuung ("Subscriber Management Services" = "SMS") nicht nur für Premiere Digital, sondern auch für andere Programmveranstalter durchführen. Premiere wird die für den Empfang digitalen Fernsehens notwendige Decoderinfrastruktur ("set top box") aufbauen. Für digitales Fernsehen, das via Satellit übertragen wird, wird Premiere auch die Zugangskontrolle ("conditional access") handhaben.

9. Gleichzeitig wird CLT-UFA eine Beteiligung in Höhe von 50% an BetaDigital, derzeit ein 100%iges Tochterunternehmen von Kirch, erwerben. BetaDigital betreibt ein Playout Center (Sendezentrum) für digitales Fernsehen über Satellit und soll künftig die mit der Aufbereitung und Ausstrahlung verbundenen Dienstleistungen, wie Verschlüsselung Videokompression, Multiplexing und Uplink zum Satelliten, für Premiere, aber auch für interessierte Dritte erbringen. Den Uplink zum Satelliten betreibt BetaDigital gegenwärtig für DSF, Pro Sieben und [...].
10. Darüber hinaus wird CLT-UFA auch eine Beteiligung in Höhe von 50% an BetaResearch, derzeit ebenfalls ein 100%iges Tochterunternehmen von Kirch, erwerben. BetaResearch ist Inhaberin ausschließlicher und unbefristeter Lizenzen - erteilt für Deutschland, Österreich und die deutschsprachige Schweiz - für die Beta-Verschlüsselungstechnologie zur Verschlüsselung von Programmen auf der Basis des d-box-Decoders. Lizenzgeber der Zugangstechnologie ist DigCo B.V., an der Kirch und die zur südafrikanischen MIH-Gruppe gehörende Irdeto B.V. mit 50% beteiligt sind. BetaResearch ist im Bereich der Entwicklung von Decodersoftware tätig und soll die Verschlüsselungs- und Betriebssoftware für die d-box-Technologie weiterentwickeln. Sie wird diese Technologie an Premiere, Deutsche Telekom AG (nachfolgend: "Telekom"), andere Programmveranstalter und Decoderhersteller lizenzieren. BetaResearch wird ferner Conditional Access-Module (nachfolgend: "CA-Module") und SmartCards selbst herstellen und diese an die Hersteller von d-boxen liefern. Darüber hinaus übernimmt BetaResearch für Dritte auch Auftrags- und Projektentwicklung und hat entsprechende Aufträge bereits von [...] erhalten.
11. Telekom hat sich in der "Verständigung zur programmanbieterneutralen Kabelplattform für das digitale Fernsehen" der Verständigung zwischen Kirch und Bertelsmann hinsichtlich der Beta-Zugangstechnologie auf der Basis des d-box-Decoders angeschlossen. Auf dieser Grundlage soll Telekom eine technische Plattform für die digitale Verbreitung von Pay TV-Programmen über ihr Kabelnetz schaffen. Telekom beabsichtigt, sich an BetaResearch zu beteiligen, um die von ihr benötigten Rechte an der Beta-Zugangstechnologie auf der Basis des d-box-Decoders abzusichern. Dieses Vorhaben ist Gegenstand des Verfahrens IV/M.1027 - Deutsche Telekom/BetaResearch. Obwohl beide Vorhaben formal betrachtet selbständige Zusammenschlüsse darstellen und deshalb auch getrennt angemeldet worden sind, sind sie materiell gesehen eng miteinander verbunden. Denn beide Vorhaben sollen zusammen den Rahmen für die Einführung des digitalen Fernsehens in Deutschland schaffen.

III. ZUSAMMENSCHLUSS

12. Premiere ist zur Zeit ein von CLT-UFA, Kirch und Canal+ gemeinsam kontrolliertes Unternehmen, da alle drei Gesellschafter über Vetorechte bei marktrelevanten Entscheidungen verfügen. Das Vorhaben wird zu einer Änderung der Beschaffenheit der Kontrolle führen. Nach dem Ausscheiden von Canal+ werden CLT-UFA und Kirch mit jeweils 50% an Premiere beteiligt sein und Premiere gemeinsam kontrollieren, da CLT-UFA und Kirch die strategischen Geschäftsentscheidungen nunmehr im beiderseitigem Einvernehmen herbeiführen müssen. Zugleich wird Kirch mit der Einbringung der DF1-Vermögenswerte und des Sportsenders DSF sowie der Übertragung seiner Pay TV- und Pay-Per-View-Rechte bedeutende marktrelevante Vermögenswerte in Premiere einbringen. Die Einbringung von Kirchs digitalen Aktivitäten in Premiere wird zu einer bedeutsamen Erweiterung der geschäftlichen Aktivitäten von Premiere führen.
13. Premiere wird auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen Wirtschaftseinheit erfüllen und dürfte darüber hinaus nicht zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens von CLT-UFA und Kirch führen. Premiere wird auch weiterhin Pay TV in Deutschland veranstalten und wird neben dem bisher vorherrschenden analogen Pay TV-Programm das digitale Pay TV sowohl als Programmveranstalter als auch auf der Ebene der Programm- und Vermarktungsplattform ausbauen. Zwar erhält Premiere zur Zeit die Pay TV-Ausstrahlungsrechte noch von Taurus. Premiere wird jedoch nach Ablauf der von Taurus mit den Rechtegebern abgeschlossenen Verträge auch die Pay TV-Ausstrahlungsrechte selbst [...] erwerben. Nach Vollzug des Zusammenschlußvorhabens werden Kirch und CLT-UFA/Bertelsmann auf dem Markt für Pay TV und dem Markt für Pay TV-Ausstrahlungsrechte nur über ihre Beteiligung an Premiere tätig sein. Die Erhöhung der Beteiligungen von CLT-UFA und Kirch an Premiere nach dem Ausscheiden von Canal+ unter gleichzeitigem Ausbau von Premiere zu einer digitalen Programm- und Vermarktungsplattform stellt deshalb einen Zusammenschluß nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) der Fusionskontrollverordnung dar.
14. CLT-UFA und Kirch werden mit jeweils 50% an BetaDigital beteiligt sein und BetaDigital gemeinsam kontrollieren. BetaDigital wird auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen Wirtschaftseinheit erfüllen und darüber hinaus nicht zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens von CLT-UFA und Kirch führen. Zwar sind zur Zeit die Abnehmer der technischen Dienstleistungen von BetaDigital vorrangig mit CLT-UFA und Kirch verbundene Unternehmen. Die Erbringung der technischen Dienstleistungen auch für Dritte ist jedoch beabsichtigt und teilweise bereits realisiert. Es kann davon ausgegangen werden, daß BetaDigital bei stärkerer Verbreitung von digitalem Fernsehen in Deutschland zunehmend für Dritte tätig sein wird. BetaDigital ist deshalb als Vollfunktionsunternehmen anzusehen. Da im Bereich der technischen Dienste für digitales Fernsehen nur CLT-UFA in geringem Umfang über die Cologne Broadcasting Center GmbH tätig ist, wird es auch nicht zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens von CLT-UFA und Kirch kommen. Die Beteiligung von CLT-UFA an BetaDigital stellt deshalb einen Zusammenschluß im Sinne von

Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) der Fusionskontrollverordnung in Form eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens dar.

15. Zunächst werden CLT-UFA und die zur Kirch Gruppe gehörende BetaTechnik mit jeweils 50% an BetaResearch beteiligt sein. Nach Vollzug des Beteiligungserwerbs durch Telekom werden diese sowie CLT-UFA und Kirch BetaResearch gemeinsam kontrollieren. In der zwischen CLT-UFA, Kirch und Telekom abgeschlossenen "Vereinbarung zur Umstrukturierung von BetaResearch" (nachfolgend: "Umstrukturierungsvereinbarung") ist vorgesehen, daß wichtige geschäftspolitische Entscheidungen, [...], einstimmig von der Gesellschafterversammlung zu treffen sind. BetaResearch wird auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen Wirtschaftseinheit erfüllen und darüber hinaus nicht zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens von CLT-UFA und Kirch führen. BetaResearch wird die d-box-Technologie nicht nur an Unternehmen lizensieren, die - wie Telekom und BetaDigital - technische Dienstleistungen für digitales Fernsehen anbieten wollen, sondern auch Programmveranstalter, die die benötigten technischen Dienste selbst erbringen wollen, Lizenzen einräumen. BetaResearch wird darüber hinaus Lizenzen an interessierte Hersteller von Decodern vergeben und diese mit CA-Modulen beliefern. Weiterhin wird BetaResearch Decodersoftware auch für Dritte entwickeln. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, daß BetaResearch neben dem Geschäftsverkehr mit seinen Gründungs- bzw. mit diesen verbundenen Unternehmen in nicht unerheblichen Umfang auch Lizenzgeschäfte mit Dritten tätigen und damit einen eigenen Zugang zum Markt haben wird. BetaResearch ist deshalb als Vollfunktionsunternehmen anzusehen. Da im Bereich der digitalen Verschlüsselungstechnologien für Pay-TV nur CLT-UFA über die Beteiligung von Bertelsmann an Seca S.A. tätig ist, besteht die Gefahr einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen CLT-UFA und Kirch nicht. Die Beteiligung von CLT-UFA an BetaResearch stellt deshalb einen Zusammenschluß im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) der Fusionskontrollverordnung in Form eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens dar.

IV. GEMEINSCHAFTSWEITE BEDEUTUNG

16. Die Unternehmen Bertelsmann und Kirch haben zusammen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als 5 Mrd. ECU. Jedes von ihnen hat einen gemeinschaftsweiten Gesamtumsatz von mehr als 250 Mio. ECU. Lediglich Kirch erzielt mehr als zwei Drittel seines gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in einem Mitgliedstaat, und zwar in Deutschland. Das Vorhaben hat folglich gemeinschaftsweite Bedeutung und stellt keinen Kooperationsfall aufgrund des EWR-Abkommens dar.

V. BEURTEILUNG NACH ARTIKEL 2 DER FUSIONSKONTROLL-VERORDNUNG

17. Der beabsichtigte Zusammenschluß hat Auswirkungen vor allem auf den Märkten für

- Pay TV
- technische Dienstleistungen für Pay TV

A. Sachlich relevante Märkte

1. Pay TV

18. Pay TV stellt gegenüber dem Markt für frei empfangbares Fernsehen (Free TV), d.h. werbefinanziertem privaten und dem aus Gebühren und Werbeeinnahmen finanzierten öffentlich-rechtlichen Fernsehen, einen eigenen relevanten Produktmarkt dar⁵. Während bei gebühren- und werbefinanziertem Fernsehen ein Austauschverhältnis nur zwischen dem Programmanbieter und der werbenden Wirtschaft besteht, existiert bei Pay TV ein Austauschverhältnis nur zwischen dem Programmanbieter und dem Zuschauer als Abonnenten. Die Wettbewerbsbedingungen sind daher für beide Arten des Fernsehens unterschiedlich. Bei gebühren- und werbefinanziertem Fernsehen sind die Einschaltquoten und die Werbegebühren die entscheidenden Aktionsparameter, während für Pay TV die an den Interessen der Zielgruppen ausgerichtete Programmgestaltung und die Gestaltung der Abonnementpreise entscheidend ist. Nach einer Studie der GfK-Fernsehforschung verwenden Pay TV-Abonnenten von ihrem täglichen "Zeitbudget" für Fernsehnutzung durchschnittlich 90% für das Free TV und 10% für das Pay TV. Der Umstand, daß Abonnenten trotz vergleichsweise geringer Nutzung bereit sind, erhebliche Kosten für Pay TV aufzubringen, zeigt, daß es sich bei Pay TV um ein klar abgrenzbares Produkt mit einem spezifischen Zusatznutzen handelt. Im Zuge einer fortschreitenden Digitalisierung könnte sich zwar im Zeitablauf eine gewisse Konvergenz zwischen Pay TV und Free TV ergeben. Dies könnte insbesondere für den Fall gelten, daß eines Tages auch Free TV-Kanäle überwiegend in digitalen Bouquets von Pay TV-Veranstaltern mitangeboten werden sollten. Allerdings vermag diese mögliche zukünftige Entwicklung derzeit nicht die Annahme eines gemeinsamen Marktes für Pay und Free TV zu rechtfertigen. Zum Markt für Pay TV gehören auch Pay-Per-Channel und Pay-Per-View. Eine Unterteilung des Pay TV-Marktes in analoges und digitales Pay TV kommt nicht in Betracht. Digitales Pay TV ist lediglich die Weiterentwicklung des analogen Pay TV und stellt insoweit keinen eigenen sachlich relevanten Markt dar. Im übrigen ist damit zu rechnen, daß im Laufe der nächsten Jahre analog ausgestrahltes Pay TV vollständig von digital ausgestrahltem Pay TV abgelöst wird. Nach dem Geschäftsplan von Premiere (nachfolgend: "Businessplan") sollen die analogen Abonnements kontinuierlich in digitale Abonnements umgewandelt werden, so daß im Jahr [...] nur noch digitale Abonnenten vorhanden sind.

2. Technische Dienstleistungen für Pay TV

19. Die Veranstaltung von Pay TV erfordert eine spezielle technische Infrastruktur, die es ermöglicht, die Programmsignale zu verschlüsseln und sie gegenüber dem autorisierten Zuschauer zu entschlüsseln. Letzteres geschieht durch einen Decoder, der in jedem auf Pay TV abonnierten Fernsehhaushalt installiert wird.

⁵ Vgl. Entscheidung 94/922/EG der Kommission, Fall MSG Media Service, ABl. L 364 vom 31.12.1994, S. 1, Rn. 32, 33.

Decoder für den Empfang von digitalem Pay TV entschlüsseln nicht nur die im Zugangssystem verschlüsselten Signale, sondern konvertieren diese auch, um den Empfang digitaler Fernsehsignale auf analogen Endgeräten zu ermöglichen. Für den Kabel- und den Satellitenbereich werden jeweils unterschiedliche Decoder eingesetzt.

20. Neben einer Decoderbasis setzt der Betrieb von Pay TV ein System der Zugangskontrolle voraus. Dieses System umfaßt die Bündelung von Programmsignalen mit Berechtigungsinformationen und deren Verschlüsselung, die Übertragung verschlüsselter Daten, die Informationen über die Autorisierung der Pay TV-Abonnenten enthalten, zusammen mit dem Programmsignal und sogenannte SmartCards, die dem Zuschauer zur Verfügung gestellt werden und die in der Lage sind, die verschlüsselten Autorisierungsdaten zu entschlüsseln und an den Decoder zu übermitteln.
21. Aus der dargestellten Infrastruktur ergeben sich die Dienstleistungen für den Betrieb von Pay TV. Es handelt sich dabei im wesentlichen um die Abwicklung der Zugangskontrolle sowie die Vermarktung der Decoder und SmartCards. Technische Dienstleistungen für Pay TV erfordern für die Übertragung digitaler Programmsignale über Satellit und über Kabel eine jeweils spezifische Technik. Bei der Satellitenübertragung wird das Programmsignal nach entsprechender Aufbereitung vom Sendezentrum auf den jeweiligen Satellitentransponder geschickt und kann von dort abgestrahlt direkt vom jedem Satellitenhaushalt mittels für den Satellitenempfang ausgerichtetem Decoder empfangen werden. Bei der Kabelverbreitung dagegen werden die aufbereiteten Programmsignale vom Satellitentransponder zunächst zu einer Kabelkopfstation abgestrahlt, wo sie für die Kabelnetzübertragung angepaßt und danach in die Kabelnetze eingespeist werden. Trotz der jeweils speziellen Übertragungstechnik für die Satelliten- und Kabelnetzübertragung erscheint eine entsprechende Untergliederung des Marktes für technische Dienstleistungen für Pay TV in zwei selbständige Teilmärkte nicht zwingend. Denn sowohl Satelliten - als auch Kabelübertragung erfordern die gleichen technischen Dienstleistungen für den Betrieb von Pay TV. Letztlich kann die Frage jedoch offen bleiben, da sie für das Ergebnis der wettbewerblichen Würdigung nicht von Bedeutung ist.

B. Räumlich relevante Märkte

22. Der geographisch relevante Markt für die dargestellten Produktmärkte ist auf Deutschland oder jedenfalls auf die deutschsprachige Region - Deutschland, Österreich, der deutschsprachige Teil von Belgien und die deutschsprachige Schweiz - beschränkt. Im Hinblick auf die Fernsehgewohnheiten der Bevölkerung könnte insoweit auch Luxemburg zum deutschsprachigen Raum gezählt werden.

1. Pay TV

23. Auch wenn bereits in Nischenmärkten Programme, wie der Sportsender Eurosport, europaweit ausgestrahlt werden, findet die Veranstaltung von Fernsehen grundsätzlich auf nationalen Märkten statt. Wie die Kommission

bereits in mehreren Entscheidungen dargelegt hat⁶, ist vor allem wegen unterschiedlicher nationaler Rechtsvorschriften, bestehender Sprachbarrieren, kultureller Faktoren sowie sonstiger unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten (z. B. der Struktur des Kabelfernsehmarkts) von nationalen Märkten für die Veranstaltung von Fernsehen auszugehen.

24. Danach wäre zunächst Deutschland der geographisch relevante Markt für Pay TV. Zu diesem Ergebnis ist die Kommission auch in der Entscheidung MSG Media Service gelangt. Sie hat jedoch bereits damals festgestellt, daß mit Rücksicht auf die fehlende Sprachbarriere zukünftig von einem Markt für deutschsprachiges Pay-TV auszugehen sein könnte⁷. Auch nach den von der Kommission im Rahmen dieses Verfahrens durchgeführten Untersuchungen bestehen Anhaltspunkte dafür, daß der geographisch relevante Markt für Pay TV im vorliegenden Fall über Deutschland hinausgeht und mit Rücksicht auf die fehlende Sprachbarriere den gesamten deutschsprachigen Raum umfaßt. Diese Frage kann jedoch letztlich dahingestellt bleiben, da sich die wettbewerbliche Beurteilung auch bei Vorliegen eines Marktes, der den gesamten deutschsprachigen Raum umfaßt, nicht ändern würde.

2. Technische Dienstleistungen für Pay TV

25. Technische Dienstleistungen für Pay TV sind eng mit dem Pay TV-Angebot verbunden. Die Kommission hatte in der Entscheidung im Fall MSG Media Service⁸ einen auf Deutschland beschränkten geographisch relevanten Markt angenommen, aber zugleich ausgeführt, daß in dem Maße, wie deutsche Veranstalter digitalen Pay TV's auch Abonnenten in anderen deutschsprachigen Regionen gewinnen könnten, sich voraussichtlich auch der Dienstleistungsmarkt der MSG auf diese Gebiete ausdehnen würde. Im vorliegenden Fall dürfte der Markt für technische Dienstleistungen für Pay TV sowohl bei Annahme eines eigenständigen Marktes für Satellitenübertragung als auch bei Annahme eines Gesamtmarktes für Satelliten- und Kabelübertragung den gesamten deutschsprachigen Raum umfassen.

C. Auswirkungen des Zusammenschlusses

1. Organisation von Pay TV in Deutschland nach dem Zusammenschluß

a) Programmplattform

26. Premiere wird eine Programm- und Vermarktungsplattform aufbauen und ihre Programme über die technische Plattform der Telekom sowohl in den Kabelnetzen als auch über die eigene technische Plattform via Satellit verbreiten. Premiere wird eigen- und/oder fremderstellte Fernsehprogramme zu Programmpaketen bündeln und diese entweder im Wege des Direktmarketing oder über den Handel vermarkten. Ferner wird Premiere die Abonnentenverwaltung und -betreuung nicht nur für Premiere Digital, sondern auch für andere

⁶ Vgl. MSG Media Service (Fußnote 5), Rn. 46; Entscheidung 96/346/EG der Kommission, Fall RTL/Veronica/Endemol, ABl. L 134 vom 5.6.1996, S. 32, Rn. 25.

⁷ a.a.O. (Fußnote 5), Rn. 51.

⁸ a.a.O. (Fußnote 5), Rn. 52, 53, 54.

Programmveranstalter durchführen. Vorrangig Premiere wird die für den Empfang digitalen Fernsehens notwendige Decoderinfrastruktur ("set top box") aufbauen.

b) Technische Plattform

27. Die technische Plattform im engeren Sinne, d.h. die Durchführung der Zugangskontrolle und der damit verbundenen technischen Dienstleistungen, wird für die Satelliten- und die Kabelübertragung jeweils verschieden ausgestaltet sein. Die technische Plattform verschlüsselt die vom Programmveranstalter übermittelten Signale der auszustrahlenden Sendung und verbreitet diese zum Abonnenten. Die Zugangskontrolle und die damit verbundenen technischen Dienstleistungen für den Satellitenbereich wird BetaDigital handhaben. Für die Kabelnetze wird Telekom die Zugangskontrolle durchführen und einen elektronischen Programmführer in Form eines Basisnavigators anbieten.
28. Die Decodertechnologie ist Teil der Technischen Plattform. CLT-UFA, Kirch und Telekom haben sich darüber verständigt, die d-box-Technologie und die von Kirch mitentwickelte Beta-Zugangskontrolltechnologie als Verschlüsselungstechnologie bei der Verbreitung von Programmen im Kabel und der Übertragung per Satellit zu verwenden. Um die Nutzung der Beta-Zugangstechnologie durch Premiere und Telekom strukturell abzusichern, werden sich CLT-UFA und Telekom an BetaResearch, die über die Rechte an dem Verschlüsselungs- und dem Decodersystem verfügt, beteiligen.

2. Markt für Pay TV

a) Marktbeherrschung

29. Der beabsichtigte Zusammenschluß wird zur Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung von Premiere auf dem Markt für Pay TV in Deutschland führen.

i) Premiere wird praktisch eine Alleinstellung als Veranstalter von Pay TV erlangen.

30. Gegenwärtig sind Premiere und DF1 im wesentlichen die einzigen Veranstalter von Pay TV in Deutschland. Zwar ist auch Canal+ mit dem Programmbouquet "Multithématiques" bestehend aus drei Pay TV-Spartenprogrammen in Deutschland tätig. Das Bouquet wird jedoch derzeit über die Plattform von DF1 ausgestrahlt. Premiere hat ca. 1,5 Mio. Abonnenten (Stand: November 1997), davon sind ca. 100 000 Abonnenten von Premiere Digital (Stand: Dezember 1997). DF1 hat ca. [$<100\ 000$] Abonnenten für sein digitales Programmbouquet (Stand: November 1997). Diese Zahlen deuten darauf hin, daß Premiere bereits gegenwärtig eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Pay TV hat. Diese Stellung ist allerdings bislang nicht unangreifbar. Denn Kirch verfügt über umfangreiche und bedeutende Film- und Sportrechte und Premiere ist insbesondere von den bei Kirch befindlichen Pay TV-Ausstrahlungsrechten abhängig. Auch wenn Kirch, wie unter Randziffer 12 dargelegt, in Premiere gemeinsame Kontrolle ausüben konnte, bestand bisher zwischen Premiere und

DF1 ein intensives Wettbewerbsverhältnis. Ungeachtet seiner Gesellschafterstellung in Premiere begann Kirch 1996 mit DF1, eine digitale Pay TV-Plattform in Konkurrenz zu Premiere zu errichten. Dieses Vorgehen löste einen heftigen Wettbewerb zwischen Premiere und DF1 aus und hatte zahlreiche Gerichtsverfahren zur Folge. Dieser Wettbewerb kam u.a. auch dadurch zum Ausdruck, daß bis zu der im Juni 1997 erfolgten Einigung über den beabsichtigten Zusammenschluß Kirch und Premiere jeweils unterschiedliche Decoderprojekte verfolgten. Mit dem beabsichtigten Zusammenschluß wird dieser Wettbewerb entfallen und es praktisch nur noch einen Veranstalter von Pay TV geben, der die Programmressourcen von CLT-UFA und Kirch auf sich vereint.

ii) Premiere wird die einzige Programmplattform für digitales Pay TV sein.

31. Gegenwärtig bietet Premiere einen analogen Pay TV-Kanal an, der vor allem auf Premium-Filmen (Erstausstrahlungen aktueller Kinofilme) und Sportereignissen aufbaut. Daneben bietet Premiere Digital zwei weitere Kanäle an, die das analoge Programm zeitversetzt ausstrahlen. Weiterhin gehören zum digitalen Angebot Kinofilme im Pay-Per-View-Verfahren. DF1 bietet ein Basispaket mit 20 Kanälen an (einschließlich einiger ausländischer Free TV-Kanäle und dem Pay-Kanal Planet von Canal+). Daneben bietet DF1 drei Zusatzpakete (Film, Sport und Science Fiction), vier Spartenkanäle, die auch gesondert abonniert werden können (darunter zwei von Canal+) und Kinofilme im Pay-Per-View an.

32. Die Umwandlung von Premiere in ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen von CLT-UFA und Kirch und die Einstellung der Tätigkeit von DF1 als eigenständigem Pay TV-Anbieter führt dazu, daß Premiere auf absehbare Zeit die einzige Pay TV-Programm- und Vermarktungsplattform in Deutschland sein wird. Nach Vollzug des Zusammenschlusses wird Premiere wesentliche Vermögensteile [...] übernehmen. Danach wird der Sende- und sonstige Geschäftsbetrieb von DF1 eingestellt werden. Taurus Film wird darüber hinaus die [...] auf Premiere übertragen. Premiere wird ferner den Sportsender DSF erwerben, der künftig digitale Sportkanäle für das Programm-Bouquet von Premiere zuliefern und einen zusätzlichen Free TV-Sportkanal betreiben soll. Im übrigen übernimmt Premiere [<20] Transponder von DF1 und [<10] Transponder von CLT-UFA sowie den zwischen Kirch und Nokia abgeschlossenen Vertrag über 1 Mio. bestellte d-box-Decoder.

33. [...]

iii) Premiere wird den Zugang zu den attraktivsten und umfassendsten Programmressourcen haben.

34. Ein wesentlicher Faktor für die erfolgreiche Veranstaltung von Pay TV ist der Zugang zu Programmressourcen. Dabei kommt es insbesondere auf den Zugang zu Premium-Filmen und attraktiven Sportrechten an, deren Ausstrahlung in Premium-Kanälen ("anchor channels") das Interesse potentieller Abonnenten an einem Pay TV-Bouquet erweckt. Daneben ist auch der Zugriff auf einen Bestand an Filmen, die bereits schon einmal ausgestrahlt worden sind, sowie auf Fernsehproduktionen, die sich zur wiederholten Ausstrahlung eignen, von Bedeutung. Diese "Library"-Programme dienen insbesondere der Veranstaltung

von Spartenkanälen, wie z.B. Filmkanäle, Science Fiction-, Comedy- oder Dokumentarkanäle.

35. Premiere wird über seine Muttergesellschaften CLT-UFA und Kirch auf der Grundlage von deren Stellungen auf den vorgelagerten Märkten für Programmrechte Zugang zu Programmressourcen haben, die in Deutschland einzigartig sind. Aus Gründen der Vertraulichkeit können im folgenden keine detaillierten Zahlen angegeben werden.
36. Kirch ist der führende deutsche Anbieter von Kinofilmen und Unterhaltungsprogrammen für das Fernsehen. Die Kommission hatte bereits in der Entscheidung MSG Media Service⁹ dargelegt, daß Kirch über ein Programmvermögen von 15 000 Spielfilmen sämtlicher Genres sowie 50 000 Stunden Fernsehprogramm und umfangreiche Produktionsaktivitäten im Film- und Fernsehbereich verfügt. Zwischenzeitlich hat Kirch in den Jahren [...] u.a. mit [...] Hollywood Major-Studios [...] Output Deals für Pay TV-Rechte abgeschlossen und dadurch eine überragende Position im Programmbereich erlangt. Hinzu kommt, daß Pay TV-Rechte außerhalb der Kirch Gruppe und CLT-UFA bzw. Premiere [...] vorhanden sind. Durch die von Kirch insbesondere für den Pay TV-Bereich abgeschlossenen Output Deals wird das [...] Monopol von Premiere für Premium-Filme im Pay TV, das sich nach dem Zusammenschluß ergeben wird, auch in absehbarer Zukunft bestehen bleiben.
37. Kirch und CLT-UFA verfügen weiterhin über [...] Sportrechte, die sich in vielen Fällen ergänzen. So hat etwa CLT-UFA die Pay TV-Rechte für die deutsche Bundesliga, während Kirch die [...] besitzt. Im Tennis hat Kirch die Rechte für [...], während die Rechte für [...] bei CLT-UFA liegen. Beide Unternehmen haben darüber hinaus zahlreiche Sportrechte für eine Vielzahl von Sportarten. So verfügt Kirch z.B. auch über die Rechte für [...].
38. [...]
39. [...]
40. [...]
41. [...]
42. [...]. Wenn die Parteien geltend machen, ein Teil der genannten Rechte sei an sie nur für eine relativ kurze Zeit vergeben, so daß sie sich kurzfristig um eine neue Vergabe bemühen müßten, ist dies zwar zutreffend. Insoweit spiegelt die hier gegebene Aufstellung in der Tat nur die derzeitige Situation wieder. Wenn die Parteien jedoch schon heute über eine ganz erhebliche Zahl derjenigen wichtigen Sportrechte verfügen, die üblicherweise nur für einen relativ kurzen Zeitraum vergeben werden, dann ist nach einer Bündelung ihrer Ressourcen in Premiere zu erwarten, daß sie auch in Zukunft zumindest in gleichem Umfang, wahrscheinlich aber noch in größerem Ausmaße, den Zuschlag für derartige Rechte erhalten werden. Das Gegenteil haben auch die Parteien nicht vorgetragen. Soweit die Parteien geltend machen, die Ministerpräsidenten der deutschen Länder hätten sich auf der Grundlage der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und

⁹ a.a.O. (Fußnote 5), Rn. 76.

des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität¹⁰ vorläufig auf eine Liste besonders wichtiger Sportereignisse verständigt, die im Free TV zu übertragen seien, ist jedenfalls festzuhalten, daß es sich hierbei lediglich um Olympische Spiele und einige Fußballspiele von besonders überragender Bedeutung handelt.

iv) Der wettbewerbliche Verhaltensspielraum von Premiere wird auch nicht in erheblicher Weise von den öffentlich-rechtlichen Fernsehveranstaltern kontrolliert werden.

43. Die Parteien tragen in ihrer Erwiderung auf die Beschwerdepunkte der Kommission vor, die Kommission habe bei ihrer Prüfung die starken wettbewerblichen Wechselbeziehungen von öffentlich-rechtlichem und werbefinanziertem Free TV einerseits und Pay TV andererseits und die daraus resultierenden kontrollierenden Einflüsse des Free TV auf das Pay TV nicht ausreichend berücksichtigt. Insbesondere habe die Kommission den massiven Wettbewerbsdruck des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in Deutschland auf Pay TV völlig außer acht gelassen.
44. Die Kommission verkennt nicht, daß, obwohl Pay TV und Free TV zwei unterschiedliche Märkte darstellen, eine Wechselbeziehung zwischen diesen Märkten besteht. Wie auch unter Buchstabe c) eingehender dargelegt, ist der Anreiz für die Zuschauer, zusätzlich Pay TV zu abonnieren, desto geringer, je vielfältiger und attraktiver das Programmangebot im Free TV ist. Daß jedoch aufgrund dieser Wechselbeziehung, insbesondere durch die öffentlich-rechtlichen Anstalten, der Verhaltensspielraum von Premiere auf dem Markt für Pay TV bereits in erheblicher Weise eingeschränkt sei, vermag nicht zu überzeugen. Zwischen Free TV und Pay TV besteht keine direkte Wettbewerbsbeziehung. Wenn die Parteien demgegenüber einwenden, ein solcher Wettbewerb finde insbesondere um die Einschaltquote statt, so wird dies gerade durch ihre weiteren Ausführungen widerlegt. Die Parteien berufen sich auf eine Studie der GfK-Fernsehforschung, nach der Pay TV-Abonnenten von ihrem täglichen "Zeitbudget" für Fernsehnutzung durchschnittlich 90 % für das Free TV und 10% für das Pay TV verwenden. Wenn aber Pay TV-Abonnenten bereit sind, zusätzlich zu den bereits bestehenden Rundfunkgebühren in Höhe von ca. 30 DEM, weitere 50 DEM für ein Pay TV-Abonnement aufzubringen, obgleich sie dieses nur zu 10% ihres Fernsehkonsums nutzen, dann belegt dies, daß für den wirtschaftlichen Erfolg von Pay TV gerade nicht die Einschaltquote entscheidend ist. Entscheidend ist vielmehr insoweit die Abonnentenbasis, die unabhängig von dem jeweiligen tatsächlichen Ausmaß der Nutzung besteht. Der Umstand, daß Abonnenten trotz vergleichsweise geringer Nutzung bereit sind, erhebliche Kosten für Pay TV aufzubringen, zeigt zudem, daß es sich bei Pay TV um ein klar abgrenzbares Produkt mit einem spezifischen Zusatznutzen handelt.
45. Wenn die Parteien weiterhin geltend machen, daß sich eine Erhöhung der Rundfunkgebühren auf die Nachfrage nach Pay TV auswirke und damit die Nachfrageelastizität für Pay TV nachhaltig von der Gebührenhöhe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten abhängt, so wird auch hiermit keine

¹⁰ ABl. L 202 vom 30.7.1997, S. 60 ff.

Wettbewerbsbeziehung zwischen Pay TV und öffentlichen Fernsehveranstaltern belegt. Zunächst einmal müßte eine Gebührenerhöhung und damit eine Belastung des "Kulturbudgets" schon drastisch ausfallen, um einen Einfluß auf die bestehende Bereitschaft zu haben, monatlich 50 DM für ein Pay TV-Abonnement auszugeben. Außerdem könnte von einem Wettbewerbsverhältnis hinsichtlich der Gebührenhöhe und etwa dem Preis eines Pay TV-Abonnements nur die Rede sein, wenn die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Gebühren autonom festsetzen könnten. Dies ist aber gerade nicht der Fall.

b) Dauerhaftigkeit der Marktbeherrschung

46. Die Parteien räumen ein, daß Premiere zwar über den Zeitraum der nächsten fünf Jahre eine sehr starke Stellung auf dem Markt für Pay TV innehaben wird. Sie sind jedoch der Auffassung, daß diese Stellung zeitlich begrenzt ist. Sobald es Premiere gelungen sein werde, eine breite Decoderbasis zu schaffen, könnten andere Pay TV-Anbieter auf dieser Grundlage in Konkurrenz zu Premiere sowohl eine Vermarktungs- und Programmplattform für Pay TV anbieten als auch eigene Programme veranstalten und verbreiten. Insbesondere könnte Telekom für den Kabelbereich eine alternative Programm- und Vermarktungsplattform schaffen und dritten Programmveranstaltern die Vermarktung ihrer Programme und die Abonnentenbetreuung und -verwaltung anbieten.
47. Dem kann nicht gefolgt werden. Es ist davon auszugehen, daß die Marktbeherrschung von Premiere auf Dauer angelegt sein wird. Premiere wird aufgrund des Zusammenschlusses dauerhaft die einzige Programm- und Vermarktungsplattform für den Satelliten- und den Kabelbereich auf dem Pay TV-Markt in Deutschland bleiben.

i) Kein anderes Unternehmen wird über die nötigen Programmressourcen zur Schaffung einer Programmplattform verfügen.

48. Für die Veranstaltung von Pay TV ist der Zugang zu Programmrechten noch bedeutsamer als für die Veranstaltung von Free TV, da nur bestimmte Inhalte geeignet sind, den Verbraucher zu einem Abonnement oder zum Einzelbezug bestimmter Programmveranstaltungen mittels Pay-Per-View zu bewegen. Die bisher gemachten Erfahrungen bei der Veranstaltung von Pay TV in Europa zeigen, daß nur eine Kombination von Premium-Rechten für die Erstausstrahlung von Filmproduktionen der großen Hollywood-Studios und für herausragende Sportereignisse einem Pay TV-Bouquet die notwendige Zugkraft verleiht. Dies gilt umsomehr in Deutschland, wo anders als etwa in Frankreich oder Großbritannien jeder Fernsehhaushalt mehr als 30 Kanäle im Free TV empfangen kann. Belegt wird die Bedeutung von Premium-Filmen und Sportsendungen für die Veranstaltung von Pay TV auch durch die in dem Businessplan von Premiere veranschlagten Programmkosten. Danach entfallen etwa im Jahre 1998 [60-80%] aller Lizenzkosten auf Premium-Filme ([30-50%]) und Sportrechte ([20-40%]). Eine alternative Programmplattform kann daher nur derjenige entwickeln, der über Zugang zu Premium-Inhalten verfügt, um ein erfolgversprechendes Pay TV-Bouquet anbieten zu können.
49. Programmressourcen sind jedoch knapp, da die Ausstrahlungsrechte für derartige Premium-Inhalte grundsätzlich auf der Basis längerfristiger und ausschließlicher

Verträge vergeben werden. Für den deutschsprachigen Raum verfügen CLT-UFA und Kirch über [...] Pay TV-Ausstrahlungsrechte an Premium-Filmen aus Output Deals der Hollywood Majors und über [...] Sportrechte. Da CLT-UFA und Kirch ihre Pay TV-Ausstrahlungsrechte auf Premiere übertragen werden, wird Premiere nach dem Zusammenschluß zunächst der einzige Veranstalter sein, der über Inhalte zur Veranstaltung eines Premium-Kanals verfügt. Für die Laufzeit der bestehenden Verträge wird kein anderer Anbieter Zugriff auf die Programmressourcen von Premiere haben. Insoweit werden potentielle Wettbewerber auch nicht in der Lage sein, für den deutschsprachigen Raum eine alternative Programmplattform zu schaffen. Sie könnten allenfalls mit einzelnen Programmen in besonderen Nischen im Pay TV tätig werden, wobei sie jedoch auf Zugang zu der Programm- und Vermarktungsplattform von Premiere angewiesen wären.

50. Es ist auch nicht wahrscheinlich, daß sich nach Auslaufen der derzeitigen Verträge über die Pay TV-Ausstrahlungsrechte etwas an dieser Situation ändern wird. Theoretisch könnten zwar europäische und außereuropäische Fernsehveranstalter und insbesondere Veranstalter von Pay TV in anderen Mitgliedstaaten, etwa BSkyB Ltd oder Canal+, sowie auch die großen Hollywood-Studios selbst als potentielle Anbieter von Pay TV in Deutschland und dem deutschsprachigen Raum tätig werden. Um eine alternative Programmplattform zu schaffen, reicht es jedoch nicht aus, nur einzelne Output Deals abzuschließen. Die von Kirch und CLT-UFA abgeschlossenen Output Deals haben unterschiedliche Vertragslaufzeiten. Vier der zehn Output Deals von Kirch, deren Rechte Premiere in Sublicenz zur Verfügung gestellt werden, haben eine Vertragslaufzeit von [<20] Jahren. Es handelt sich dabei zumindest [...]. Die meisten der Output Deals mit den Hollywood Majors laufen bis [<2005] oder länger. Potentielle Wettbewerber müßten deshalb über eine Reihe von Jahren erfolgreich Rechte aus mehreren Output Deals erwerben, um ein attraktives Pay TV-Bouquet anbieten zu können.
51. Angesichts der bis dahin etablierten Marktstellung von Premiere dürften Wettbewerber nur geringe Chancen haben, ihrerseits in bedeutenderem Umfang attraktive Pay TV-Ausstrahlungsrechte zu erhalten. Ein entscheidender Parameter für die erfolgreiche Akquisition von Ausstrahlungsrechten ist nämlich der Zugang zu Zuschauern in Form eines bereits etablierten Abonnentenstamms, da Rechteinhaber regelmäßig an einer weiten Verbreitung ihrer Inhalte interessiert sind. Dies gilt für Premium-Filme und vor allem für Sportereignisse. Insbesondere die Inhaber von Sportrechten sind an einer möglichst weitflächigen Verbreitung der Sportereignisse interessiert, da dies zusätzliche Sponsoren anzieht und höhere Werbeeinnahmen verspricht. Da Premiere bereits über einen etablierten Abonnentenstamm verfügen wird, kann sie im Vergleich zu einem Anbieter, der sich einen Abonnentenstamm erst aufbauen muß, eine weitflächigere Verbreitung garantieren. Hinzu kommt, daß die Preise für Pay TV-Rechte normalerweise auf der Grundlage der Zahl der Abonnenten festgelegt werden, wobei eine bestimmte Abonnentenzahl als Minimum garantiert wird. Dies gilt zumindest für Output Deals. Daraus folgt einerseits, daß bei einem Rechteverkauf an Premiere angesichts des in den nächsten Jahren zu erwartenden hohen Abonnentenstamms ein erheblich höherer Preis erzielt werden kann, als dies bei einem Newcomer der Fall wäre. Andererseits würde ein Newcomer beim Abschluß von Output Deals ein erhebliches finanzielles Risiko eingehen, da er

immerhin eine bestimmte Mindestabonnentenzahl garantieren müßte, ohne zu wissen, ob er die garantierte Zahl auch erreichen kann. Angesichts dieser Vorteile, über die Premiere gegenüber jedem potentiellen Wettbewerber beim Abschluß von Verträgen über Premium-Inhalte verfügt, ist es nicht wahrscheinlich, daß Dritte hinreichenden Zugang zu Premium-Inhalten erhalten können.

52. Es ist darüber hinaus nicht wahrscheinlich, daß Telekom eine alternative Programm- und Vermarktungsplattform schaffen wird. Zunächst wäre Telekom ohnehin nur in der Lage, eine Plattform für den Kabelbereich zu schaffen. Telekom verfügt jedoch nicht über Film- und Sportrechte. Zum Aufbau eines konkurrenzfähigen Bouquets sind aber Premium-Inhalte erforderlich. Nur wer Zugang zu Premium-Inhalten hat, kann auch erfolgreich die Vermarktung solcher Programme anbieten, die auf Bündelung angewiesen sind. Denn solche Programme haben für sich genommen keinen so hohen Attraktionswert, daß sie Zuschauer zum Abschluß eines Abonnements veranlassen könnten. Telekom könnte deshalb für potentielle Wettbewerber von Premiere nur dann eine alternative Vermarktungsplattform aufbauen, wenn sie Zugang zu Premium-Inhalten oder zu einem Premium-Kanal hätte. Telekom hat jedoch in den Vereinbarungen mit CLT-UFA und Kirch auf die eigenständige Vermarktung von Premiere ausdrücklich verzichtet. Deshalb ist nicht ersichtlich, wie Telekom eine attraktives vermarktungsfähiges Pay TV-Bouquet aufbauen könnte.

ii) Durch den Zusammenschluß kombiniert Premiere die Vorteile seines Abonnentenstammes mit den überragenden Programmressourcen von Kirch.

53. Als auch bisher schon wesentlichster Anbieter von Pay-TV verfügt Premiere bereits über einen Abonnentenstamm, den sie auch bei zukünftigen digitalen Pay-TV nutzen kann. Wie die im Dezember letzten Jahres eingestellte Vermarktung der d-box durch Premiere belegt, stellt der Bestand analoger Pay TV-Abonnenten eine wichtige Grundlage für die erfolgreiche Vermarktung eines digitalen Pay TV-Bouquets dar. Premiere hatte seinen Abonnenten das digitale Programm einschließlich Miete der d-box zu dem geringfügigen Aufpreis von 10 DEM gegenüber dem analogen Abonnement angeboten. Seit Anfang November 1997 konnte Premiere bis zur Einstellung der Vermarktung der d-box Mitte Dezember [50 000-100 000] Abonnenten für Premiere Digital werben und eine entsprechende Zahl von d-boxen in den Markt bringen. Dabei handelte es sich um [<20 000] d-boxen, die gegen [...] ausgetauscht wurden und [50 000-70 000] d-boxen für Premiere Abonnenten, deren analoge Decoder gegen d-boxen ausgetauscht wurden, sowie lediglich [10 000-30 000] Neu-Abonnements für Premiere Digital. Jeder Wettbewerber von Premiere auf dem Markt für Pay-TV müßte einen solchen Abonnentenstamm erst einmal erwerben, d.h. im Vergleich zu Premiere bei Null beginnen.
54. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß die Premiere zur Verfügung stehenden Programmressourcen von CLT-UFA und Kirch die Bildung verschiedener Programmpakete erlauben, die auf die Bedürfnisse bestimmter Zielgruppen zugeschnitten sind und jeweils zu einem vorteilhaften Abonnementspreis angeboten werden können. Die Erfahrungen in Ländern, in denen das Pay-TV-Geschäft bereits weiter entwickelt ist, zeigen, daß die Bündelung von

Einzelprogrammen zu Programmpaketen ein entscheidender Aktionsparameter für den Markterfolg im Pay-TV-Bereich ist. Da Premiere der einzige Anbieter sein wird, der über Premium-Inhalte verfügt, kann sie deren Zugkraft durch Bündelung mit anderen Programmrechten noch verstärken.

55. CLT-UFA und Kirch haben darüber hinaus weitgespannte Aktivitäten im Bereich des freien kommerziellen Fernsehens. Im freien Fernsehgeschäft erreichen die mit Bertelsmann über CLT-UFA verbundenen Programmanbieter - RTL, RTL2, Super RTL und VOX - und die im Einfluß von Kirch stehenden Programmanbieter - SAT1, DSF, PRO 7 und Kabel1 - mehr als 50% des Zuschauer- und rund 90% des Werbemarktes. CLT-UFA und Kirch können ihre starke Präsenz im Free TV dazu nutzen, um Premiere Digital massiv zu bewerben. Diese Strategie wurde bereits im Zusammenhang mit der Vermarktung von Premiere Digital von Anfang November bis Mitte Dezember letzten Jahres eingesetzt. Zwar stünden derartige Werbemöglichkeiten im Free TV grundsätzlich auch potentiellen Wettbewerbern von Premiere offen. Es ist jedoch fraglich, ob sie diese Werbemöglichkeiten zu vergleichbaren Konditionen wie Premiere erlangen könnten.

iii) Bertelsmann und Kirch kontrollieren die Decoderinfrastruktur.

56. Potentielle Wettbewerber aus dem In- und Ausland, die eigene Programme und Kanäle auf dem deutschen Markt anbieten wollten, sind auf Zugang zu der d-box angewiesen. Theoretisch hat ein Pay TV-Veranstalter die Wahl, ob er zur Verbreitung seiner Programme auf eine bereits etablierte Decoderinfrastruktur zurückgreift oder eine eigene Decoderinfrastruktur aufbaut. In der Praxis wird ein neu auf den Markt tretender Programmanbieter jedoch darauf angewiesen sein, die Dienstleistungen und Infrastruktur desjenigen Pay-TV-Anbieters in Anspruch zu nehmen, der sich bereits auf dem Markt etabliert hat. Dies folgt bereits aus dem Umstand, daß das wirtschaftliche Risiko zu groß ist, um für ein neues Programm eine eigene neue Infrastruktur zu installieren. Die Fernsehhaushalte dürften normalerweise nicht bereit sein, für den Empfang eines weiteren Pay TV-Bouquets auch einen weiteren Decoder anzuschaffen. Dies gilt sowohl für den Kauf als auch die Miete eines weiteren Decoders.
57. Darüber hinaus könnte eine alternative Decoderinfrastruktur ohnehin nur für die Satellitenübertragung installiert werden. In Deutschland gibt es etwa sieben bis neun Millionen Satellitenhaushalte, während 18,5 Millionen Haushalte an die Breitbandkabelnetze angeschlossen sind. CLT-UFA, Kirch und Telekom haben sich jedoch in der Umstrukturierungsvereinbarung darauf verständigt, daß Telekom bei der Erbringung technischer Dienste für die Übertragung digitaler TV-Programme in ihren Breitbandkabelnetzen ausschließlich die Beta-Zugangstechnologie auf der Basis des d-box-Decoders verwenden wird. Jeder Pay TV-Veranstalter, der Zugang zu den 18,5 Millionen Kabelhaushalten erhalten will, mußte deshalb auf jeden Fall den d-box-Decoder nutzen. Insoweit ist davon auszugehen, daß zukünftige Pay-TV-Wettbewerber von Premiere für die Ausstrahlung ihrer Bouquets auf Zugang zu der d-box-Decoderbasis angewiesen sind.
58. Da die d-box mit einem proprietären Zugangskontrollsystem arbeitet, muß jeder potentielle Pay TV-Anbieter eine Lizenz für die Nutzung der Beta-Zugangstechnologie von BetaResearch erwerben. BetaResearch wird jedoch zu zwei Dritteln von CLT-UFA und Kirch kontrolliert. Über ihre Beteiligung an

BetaResearch könnten daher CLT-UFA und Kirch den Wettbewerb zu Premiere durch künftige Pay-TV-Anbieter erheblich beeinflussen und zu einem großen Teil in ihrem Sinne steuern. Sie können durch ihren kontrollierenden Einfluß bei BetaResearch dafür sorgen, daß die Konditionen für die Nutzung der Beta-Zugangstechnologie und insbesondere das Preisgefüge in einer Weise gestaltet wird, die für Premiere vorteilhaft und für die Programme möglicher Wettbewerber nachteilig ist. Auch durch künstlich überhöhte Preise könnten CLT-UFA und Kirch begünstigt werden, da sie anders als ihre Wettbewerber an den Erträgen von BetaResearch beteiligt sind. Im übrigen ist, wie unten dargelegt (Rn. 112), wegen der Kontrolle der Zugangstechnologie davon auszugehen, daß im Satellitenbereich kaum andere Anbieter für technische Dienstleistungen als BetaDigital auf dem Markt auftreten werden. Potentielle Wettbewerber von Premiere werden deshalb darauf angewiesen sein, die Zugangskontrolle für ihre Programme von BetaDigital durchführen zu lassen.

59. Die Parteien haben darüber hinaus auch die Möglichkeit, über die Kontrolle der Decoderinfrastruktur die Positionierung von Programmen ihrer Wettbewerber zu beeinflussen. Die Vielzahl möglicher Programme im digitalen Fernsehen macht es erforderlich, ein System zur Benutzerführung in Form eines elektronischen Programmführers ("Electronic Programming Guide"- "EPG") einzurichten, das eine übersichtliche Darstellung von Programm- und sonstigen Informationen für den Zuschauer ermöglicht. In der d-box ist ein Navigationssystem enthalten, genannt T.O.N.I., das Grundfunktionen zur Gestaltung eines EPG zur Verfügung stellt. Es handelt sich um eine proprietäre Lösung, die für die d-box entwickelt worden ist. Alle Programmveranstalter sind abhängig vom Leistungsumfang dieses EPG. Zur Zeit ist es dritten Programmveranstaltern nicht möglich, einen eigenen EPG in der d-box zur Anwendung zu bringen. Sie sind deshalb darauf angewiesen, in den EPG der d-box aufgenommen zu werden.
60. Programmveranstalter, wie beispielsweise ARD, sehen den EPG als Mittel zur Differenzierung gegenüber Wettbewerbern. Eine kreative Gestaltung der Inhalte im EPG und die Möglichkeit interaktive Dienstleistungen, wie z.B. Spiele, anzubieten, ist ein wichtiger Wettbewerbsparameter. Im Vergleich zu anderen bereits im Markt befindlichen Systemen, wo die Gestaltung eines eigenen EPG mit einfachen Mitteln möglich ist, bietet der EPG der d-box derzeit nur rudimentäre Funktionen.
61. Schließlich erhalten CLT-UFA und Kirch über die Kontrolle der Programm- und Vermarktungsplattform Premiere und der Decoderinfrastruktur erhebliche Informationsvorsprünge. Da Premiere die Abonnentenverwaltung und -betreuung nicht nur für Premiere Digital, sondern auch für andere Programmveranstalter durchführen soll, würde Premiere Informationen über geplante Programme von Wettbewerbern und deren Kundenstruktur sowie allgemein über das Zuschauerverhalten der von ihrem Subscriber Management System betreuten Abonnenten erhalten. Dabei müßte Premiere nicht einmal Zugang zu individuellen Kundendaten erhalten. Es genügt, daß Zugang zu anonymisierten Daten möglich ist, die z.B. Aufschluß über die Altersstruktur der Zuschauer der jeweiligen Programme geben. Bei interaktiven Pay-TV-Diensten wie Pay-Per-View läßt sich zudem in anonymisierter Form ermitteln, welche spezifische Gruppe in welchem Ausmaß bestimmte Programminhalte bevorzugt. Derartige Informationen führen zu erheblichen Wettbewerbsvorteilen, da sie die

Entwicklung zielgruppenorientierter Programme oder Programmpakete wesentlich erleichtert. Die Parteien wenden demgegenüber ein, daß andere Anbieter ohne weiteres die Möglichkeit haben, ihr eigenes SMS zu betreiben oder entsprechende Dienstleistungen von Dritten in Anspruch zu nehmen. Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Wie die Kommission bereits in der Entscheidung MSG Media Service¹¹ festgestellt hat, ist nicht zu erwarten, daß der normale Pay TV-Abonnent von mehreren Betreibern des Kundenmanagements betreut werden möchte. Für den Zuschauer ist es von Interesse, möglichst einen Ansprechpartner zu haben, der alle mit dem Bezug von Pay TV verbundenen Fragen für ihn regelt (z.B. Erweiterung des Abonnements auf zusätzliche Programme, Reduzierung der abonnierten Programme, Abrechnung des Abonnements). Derjenige Dienstleistungsanbieter, der die meisten und attraktivsten Programme verwaltet, wird daher eine bevorzugte Stellung haben, gegen die andere Dienstleistungsanbieter sich nur schwer durchsetzen können. Dies wird aber, wie oben dargelegt, in jedem Fall Premiere sein.

iv) Kabelnetzbetreiber könnten bei der derzeitigen Struktur des deutschen Kabelnetzes selbst bei einem möglichen Zugang zu Premiere-Programmen keine alternative Programmplattform errichten.

62. Die Schaffung einer alternativen Programmplattform durch die privaten Kabelnetzbetreiber ist ohne den Zugang zu Premium-Programmen von Premiere bereits von vornherein aussichtslos. Da Premiere über die attraktivsten Premium-Programmrechte (Spielfilm- und Sportrechte) verfügt, müßten andere Anbieter, soweit sie überhaupt auf den Markt treten, ihr Angebot über die Premiere-Plattform vermarkten und stünden deshalb für den Aufbau einer alternativen Programmplattform nicht zur Verfügung. Selbst wenn diese Anbieter ihr Programm nicht über die Premiere-Plattform anböten, würden andere Programmanbieter angesichts der Konzentration von Premium-Programmen bei Premiere nicht über die kritische Masse an attraktiven Programmen verfügen, die für den Aufbau einer alternativen Programmplattform erforderlich wäre.
63. Aufgrund der historisch gewachsenen Struktur des Kabelfernsehnetsbetriebs in Deutschland wäre der Aufbau einer alternativen Programmplattform durch die privaten Kabelfernsehnetsbetreiber jedoch auch dann ausgeschlossen, wenn die privaten Betreiber einen Zugang zu Premium-Programmen der Premiere-Plattform erhielten. In Deutschland verfügen 18,5 Millionen Haushalte, d.h. mehr als die Hälfte aller Fernsehhaushalte über einen Kabelfernsehanschluß. Auf der Netzebene 4 werden etwa ein Drittel dieser Haushalte von Telekom versorgt. Die übrigen Kabelhaushalte werden von einer Vielzahl, zum Teil sehr kleiner privater Kabelnetzbetreiber angeschlossen. Diese privaten Kabelnetzbetreiber verfügen typischerweise über kleine, häufig nicht zusammenhängende "Kabelinseln" der sog. Netzebene 4 (Hausverteilanlagen und lokale Zuführungsnetze), die über ein backbone-Netz der Telekom (sog. Netzebene 3) versorgt werden. In geringem Umfang sind private Kabelnetzbetreiber auch auf der Netzebene 3 tätig.
64. Die privaten Kabelbetreiber sind damit derzeit in der Regel auf Vorleistungen der Telekom im Bereich der Netzebene 3 angewiesen. Die Integration der Kabelinseln der privaten Kabelnetzbetreiber durch Zuführungsnetze der

¹¹ a.a.O. (Fußnote 5), Rn. 71.

Netzebene 3 wäre auch eine unabdingbare Voraussetzung für die Errichtung einer alternativen Programmplattform durch diese Betreiber. Da die von Telekom betriebenen Netze der Ebene 3 jedoch aufgrund des vorgesehenen Zusammenschlusses nicht für die Schaffung einer alternativen Plattform zur Verfügung stünden, müßten die privaten Kabelnetzbetreiber eine eigene Netzebene 3 errichten. Die hierfür erforderlichen Investitionen sind für die privaten Kabelbetreiber jedoch nicht flächendeckend wirtschaftlich zu realisieren.

65. Selbst wenn die privaten Kabelbetreiber eine eigene Netzebene 3 errichteten, wäre die Schaffung einer alternativen Programmplattform durch die privaten Kabelbetreiber damit allenfalls technisch möglich. Die Vermarktung einer solchen Plattform wäre angesichts der eher zufälligen geographischen Verteilung der privaten Kabelnetze weiterhin vor praktisch kaum lösbare Probleme gestellt. Die Zersplitterung des deutschen Kabelfernsehnetsbetriebs und die Stellung der Telekom als praktisch alleiniger Betreiber von Zuführungsnetzen der Netzebene 3 führen damit dazu, daß die privaten Kabelnetzbetreiber unabhängig von der Frage des Zugangs zu Premium-Inhalten derzeit nicht in der Lage sind, eine alternative Programmplattform im Wettbewerb mit Premiere anzubieten.

v) Als einzige Programmplattform kann Premiere die Bedingungen eines Marktzutritts anderer Veranstalter diktieren.

66. Grundsätzlich hat ein Veranstalter von Pay TV die Wahl, ob er für seine Programme eine eigene Infrastruktur aufbaut oder sie im Rahmen eines bestehenden Bouquets anbietet. Der Aufbau einer eigenen Infrastruktur ist jedoch, wie zuvor eingehend dargelegt, eine allenfalls theoretisch bestehende Alternative, jedenfalls für Veranstalter die nicht über ausreichende Programmressourcen zum Angebot eines Premiumkanals verfügen. So hat beispielsweise Canal+ entschieden, sein Programmbouquet "Multithématiques" bestehend aus drei digitalen Pay TV-Programmen - "Planet", "Seasons" und "CineClassics I + II" - über DF1 anzubieten, wobei "Planet" Teil des DF1 Basispaketes ist, während "Seasons" und "CineClassics I + II" zwar über die Plattform von DF1 ausgestrahlt, aber auch unabhängig vom DF1 Basispaket abonniert werden können. Dabei entfallen auf "Seasons" knapp [1 000-5 000] Abonnements und auf "CineClassics" knapp [1 000-5 000] Abonnements. Auch Hollywood-Studios ziehen für eigene Pay TV-Kanäle die Aufnahme in bestehende Bouquets vor. So hatte Kirch für DF1 [...]. Darüber hinaus hatte Kirch im [...].
67. Grundsätzlich wird der Zugang für Dritte zu einem bestehenden Bouquet einfacher sein, wenn er die Wahl zwischen mehreren miteinander im Wettbewerb stehenden Bouquets hat, wie es in Deutschland vor dem Zusammenschlußvorhaben auch der Fall war. Mangels einer alternativen Programm- und Vermarktungsplattform in Deutschland wären potentielle Wettbewerber aus dem In- und Ausland, die eigene Programme und Kanäle auf dem deutschen Markt anbieten wollten, in Zukunft auf den Zugang zu der Plattform von Premiere angewiesen sein. Das bedeutet, daß jeder Pay TV-Anbieter gezwungen ist, seine Programme in ein von Premiere zusammenzustellendes Bouquet einzubringen. Premiere gewinnt damit die Kontrolle über diese Wettbewerber und wäre deshalb in der Lage, die Bedingungen, unter denen andere Veranstalter in Konkurrenz zu Premiere tätig würden, zu bestimmen.

68. So kann Premiere einem Pay TV-Veranstalter den Zugang zu der Premiereplattform vollständig verweigern oder die Aufnahme von Bedingungen abhängig machen. Es gibt bereits einen Fall, der deutlich macht, wie Premiere nach dem Zusammenschluß mit Dritten, die eigene Pay TV-Programme in Deutschland anbieten wollen, verfahren könnte. Das zwischen Kirch und [...].

vi) Der bislang begrenzte Erfolg von DF 1 bedeutet nicht, daß sich ohne den Zusammenschluß die gleichen Wettbewerbsbedingungen wie mit dem Zusammenschluß ergeben würden.

69. Die Parteien haben erstmalig in ihrer Erwiderung auf die Beschwerdepunkte der Kommission vorgetragen, daß der Zusammenschluß nicht ursächlich für die Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Premiere auf dem Markt für Pay TV sei. [...]. Premiere verfüge bereits über einen Abonnentenstamm, so daß die Übernahme der Abonnenten von DF1 einen Zugewinn an Kunden und nicht, wie im Falle eines anderen Erwerbers, einen Neubeginn im Pay TV-Geschäft bedeuten würde.

70. Die Kommission hat in der insoweit mittlerweile vom Europäischen Gerichtshof bestätigten Entscheidung Kali + Salz/MdK/Treuhand¹² anerkannt, daß ein Zusammenschluß, der normalerweise als zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung des erwerbenden Unternehmens führend zu sehen wäre, nicht als ursächlich für diese Marktstellung angesehen werden kann, wenn der Erwerber im Fall einer Untersagung des Zusammenschlusses zwangsläufig ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung erlangen oder verstärken würde. In diesem Sinne wird ein Zusammenschluß in der Regel nicht kausal für die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur sein, wenn feststeht, daß

- das erworbene Unternehmen ohne die Übernahme durch ein anderes Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde,
- die Marktposition des erworbenen Unternehmens im Falle seines Ausscheidens aus dem Markt dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen würde,
- es keine weniger wettbewerbsschädliche Erwerbsoption gibt.

Zugleich hat die Kommission in der Kali + Salz-Entscheidung deutlich gemacht, daß eine derartige Situation sich nur in Ausnahmefällen ergibt. Denn normalerweise dürfte eine Vermutung dafür bestehen, daß ein Zusammenschluß, der die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung zur Folge hat, auch für diese Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur kausal ist. Die Beweislast für einen fehlenden Kausalzusammenhang trifft daher die fusionierenden Unternehmen.

71. Festzuhalten ist zunächst, daß es sich im vorliegenden Fall im Gegensatz zur Situation in der Kali + Salz-Entscheidung nicht um das angebliche Ausscheiden eines vollständigen Unternehmens aus dem Markt handeln würde. Vielmehr repräsentiert die Gesellschaft DF1 GmbH & Co. KG, wie weiter unten dargelegt wird, nur einen Teil der digitalen Pay TV-Aktivitäten von Kirch. Doch selbst, wenn Kirch generell seine Pay TV-Aktivitäten einstellen würde, wäre diese

¹² Entscheidung 94/449/EG der Kommission, Fall Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. L 186 vom 21.7.1994, S. 38, Rn. 70 ff; EuGH, Urteil vom 31. März 1998, verbundene Rs. C-68/94 und C-30/95, Französische Republik u.a./Kommission, Slg. 1998, S. I-1375.

Situation nicht mit derjenigen im Kali + Salz-Fall vergleichbar. Denn auch dann würde nicht Kirch als Gesamtheit liquidiert werden. Vielmehr würde Kirch nur einen Teil ihrer umfangreichen Geschäftsaktivitäten einstellen. Insoweit handelt es sich bei einem Ausscheiden von Kirch aus dem Pay TV-Markt zunächst einmal um eine Managemententscheidung, nach der eine geschäftliche Aktivität aufgegeben wird, deren Entwicklung nicht den Erwartungen der Geschäftsführung entsprochen hat. In einem derartigen Fall einer "failing division defence" und nicht etwa einer "failing company defence" sind besonders hohe Anforderungen an den Nachweis zu stellen, daß die Voraussetzungen des Einwandes fehlender Kausalität erfüllt sind. Anderenfalls könnte jeder Zusammenschluß, bei dem es um die Veräußerung eines angeblich unrentablen Geschäftsbereichs geht, damit fusionskontrollrechtlich gerechtfertigt werden, daß der Veräußerer erklärt, ohne den Zusammenschluß diesen Bereich seiner geschäftlichen Aktivitäten einzustellen.

72. Der Vortrag der Parteien ist nicht geeignet, den Einwand der fehlenden Kausalität zu begründen. Abgesehen von der zuvor dargestellten generellen Überlegung haben die Parteien in keiner Weise nachgewiesen, daß DF1 auf jeden Fall kurzfristig aus dem Markt ausscheiden wird. Der bloße Hinweis auf entstandene Anlaufverluste in Höhe von [500 000 000-2 000 000 000] DEM, deren Zusammensetzung nicht einmal im einzelnen dargelegt worden ist, genügt nicht, um zu begründen, warum DF1 auf jeden Fall eingestellt wird. Im übrigen handelt es sich, soweit die Anlaufverluste aus dem zwischen Kirch und [...] sowie aus den von Kirch [...] resultieren, um Anlaufverluste von Kirch. Es sind die Investitionen, die Kirch für den Einstieg in das digitale Pay TV gemacht hat. Die mit diesem Einstieg verbundenen Erwartungen, insbesondere was die Abonnentenzahl betraf, haben sich bislang nicht erfüllt. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu berücksichtigen, daß ein maßgeblicher Faktor für den mangelnden Erfolg von DF1 mittlerweile beseitigt worden ist, da nach den mit Telekom getroffenen Vereinbarungen DF1, das lange nur über Satellit zu empfangen war, nun auch die Kabelnetze und damit ein potentieller Abonntenkreis von 18,5 Millionen Fernsehhaushalten offenstehen. DF1 konnte, seit Zugang zum Kabelnetz besteht, seine Abonnentenzahl von ca. [30 000-100 000] bis [...] 1998 auf [50 000-200 000] erhöhen und damit [...].
73. Selbst wenn Kirch sich nunmehr entscheiden würde, DF1 wegen der hohen Anfangsverluste und der hinter den eigenen Erwartungen zurückgebliebenen Zuwachsraten bei den Abonnenten einzustellen, hätte dies nicht automatisch den Rückzug von Kirch aus dem Pay TV-Markt zur Folge, da DF1 nur die Vermarktungsplattform für das digitale Bouquet von Kirch ist. Die Programmrechte für Kirchs Pay TV-Aktivitäten liegen bei Taurus, die auch zumindest einen Teil der digitalen Kanäle für DF1 produziert. Die technischen Dienstleistungen für das digitale Bouquet von DF1 werden von BetaDigital erbracht. Die Rechte für die Beta-Verschlüsselungstechnologie liegen bei BetaResearch. Darüber hinaus könnte, selbst wenn Kirch sich kurzfristig entschließen würde, DF1 zu liquidieren, der Sendebetrieb von DF1 nicht sofort eingestellt werden. Vielmehr müßte DF1 seine Abonnentenverträge sowie Verträge mit im DF1-Bouquet ausgestrahlten Drittkanälen kündigen und bis zum Wirksamwerden der Kündigung weiter erfüllen. Nach Aussage der Parteien würde DF1 noch etwa ein Jahr weiterarbeiten. Kirch wäre daher insbesondere, wenn man seine umfangreichen Programmressourcen im Premiumfilm- und

Sportbereich berücksichtigt, auch bei einer sofortigen Liquidation von DF1 noch in der Lage, seine Entscheidung zu überdenken und allein oder gegebenenfalls mit Mitgesellschaftern, eine neue Vermarktungsplattform zu gründen und Pay TV zu betreiben.

74. Auch der Vortrag der Parteien, die interessierten Pay TV-Zuschauer könnten nur zu Premiere wechseln, so daß die durch das Ausscheiden von DF1 freiwerdenden Marktanteile Premiere in jedem Fall zuwachsen würden, ist nach Auffassung der Kommission nicht schlüssig. Wenn Kirch den Betrieb von DF1 tatsächlich einstellen würde, bestünde für potentielle Pay TV-Veranstalter die Möglichkeit auf der Grundlage von Kirchs Pay TV-Ausstrahlungsrechten in den Markt für Pay TV einzutreten und im Wettbewerb zu Premiere tätig zu werden. Die wettbewerbliche Situation, die sich mit oder ohne den beabsichtigten Zusammenschluß ergäbe, ist daher keinesfalls die gleiche.
75. Soweit die Parteien darlegen, daß nur Premiere als Erwerber von DF1 in Betracht komme, da mangels [...]. Insbesondere ist der bloße Hinweis auf die erfolglosen Bemühungen von Kirch, einen Partner zu finden, nicht geeignet, nachzuweisen, daß es keine weniger wettbewerbsschädliche Erwerbsoption gibt. Die Ausführungen der Kommission in der Entscheidung Kali + Salz/MdK/Treuhand machen deutlich, daß die Kommission an den Nachweis, daß außer dem übernehmenden Unternehmen kein alternativer Erwerber in Betracht kommt, strenge Anforderungen stellt. Dies ist auch vom Europäischen Gerichtshof bestätigt worden¹³. Der Vortrag der Parteien genügt diesen Anforderungen keinesfalls. Die Parteien haben weder dargelegt, mit welchen Partnern Kirch verhandelt hat, noch aus welchem Grund die Verhandlungen erfolglos verlaufen sind. Insbesondere haben sie auch nicht belegt, daß Grund für das Scheitern der Verhandlungen die mangelnde Abonnentenbasis von DF1 sowie die im Hinblick auf die bei einer Beteiligung zu übernehmenden Verluste zu geringen Einnahmeaussichten gewesen sein sollen. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, daß Verhandlungen zwischen Kirch und interessierten Dritten deswegen gescheitert sind, weil Kirch in der Vergangenheit nicht bereit war, auf eine Mehrheitsbeteiligung an DF1 zu verzichten. Nachdem Kirch, wie das angemeldete Zusammenschlußvorhaben belegt, nun auch bereit ist, sich mit einer gemeinsamen Kontrolle zu begnügen, könnten Verhandlungen mit interessierten Dritten auf der Basis einer 50/50 Beteiligung durchaus zum Erfolg führen. Unter diesen Voraussetzungen ist nach Auffassung der Kommission nicht hinreichend nachgewiesen, daß ein Erwerb von DF1 insgesamt oder in wesentlichen Teilen durch andere Unternehmen als Premiere ausgeschlossen werden kann.
76. Die Parteien haben daher keine der drei von der Kommission in der Kali + Salz-Entscheidung für das Eingreifen des Einwandes fehlender Kausalität aufgestellten Voraussetzungen nachgewiesen. Der beabsichtigte Zusammenschluß ist deshalb auch ursächlich für die Alleinstellung von Premiere auf dem Markt für Pay TV und die daraus resultierende Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur. Selbst wenn Kirch den Betrieb von DF1 tatsächlich einstellte, wären die negativen Folgen für den Wettbewerb geringer als bei einer Verwirklichung des Zusammenschlusses, da Kirch die Vermögenswerte von DF1 und die Gesamtheit seiner Pay TV-Ausstrahlungsrechte nicht auf Premiere übertragen würde.

¹³ Urteil vom 31. März 1998 (Fußnote 12).

Insoweit bestünde für konkurrierende Pay TV-Veranstalter die Möglichkeit, auf der Grundlage von Kirchs Pay TV-Ausstrahlungsrechten in den Markt für Pay TV einzutreten und im Wettbewerb zu Premiere tätig zu werden.

c) Wechselbeziehung zwischen Pay TV und Free TV

1) Free TV - Marktstruktur

77. Der Markt für Free TV in Deutschland ist gekennzeichnet durch die öffentlich-rechtlichen Sender von ARD und ZDF auf der einen Seite und eine größere Zahl privater Fernsehveranstalter auf der anderen Seite. Die privaten Fernsehprogramme konzentrieren sich im wesentlichen auf zwei "Senderfamilien". Zum einen sind dies die Sender, an denen CLT-UFA Beteiligungen hält. Zum andern sind dies die Sender, an denen Kirch eine Beteiligung hält oder die aufgrund anderer Faktoren zum Einflußbereich von Kirch zu zählen sind.

i) Beteiligungen der Parteien

78. CLT-UFA hält folgende Beteiligungen an Free TV-Sendern in Deutschland:

RTL	89%
RTL2	34,4%
VOX	24,9%
Super RTL	50%

Es ist davon auszugehen, daß CLT-UFA bei den Sendern, an denen eine Minderheitsbeteiligung besteht, gemeinsame Kontrolle ausübt.

79. Kirch hält folgende Beteiligungen an Free TV-Sendern in Deutschland:

SAT1	43%
DFS	100%

(Der beabsichtigte Erwerb weiterer 16% an SAT1 ist beim Bundeskartellamt angemeldet).

Auch hier ist davon auszugehen, daß Kirch derzeit an SAT1 zumindest gemeinsame Kontrolle ausübt.

80. Darüber hinaus hält Herr Thomas Kirch, der Sohn des Eigentümers Kirch, folgende Beteiligungen:

PRO7	60%
Kabel1	60%

Zwischen PRO7 und Kirch gibt es Verbindungen nicht nur über die verwandtschaftliche Beziehung zwischen dem jeweiligen Eigentümer bzw. Mehrheitsgesellschafter. Es bestehen vielmehr auch langjährige geschäftliche Beziehungen, da PRO7 schätzungsweise bis zu [40-60]% seines Programmbedarfs bei Kirch deckt.

ii) Zuschaueranteile

81. Die deutschen Free TV-Sender hielten 1996 folgende Zuschaueranteile:

Öffentlich-rechtliche Sender:

ARD (Erstes Programm)	14,8%
ARD (Dritte Programme)	10,1%
ZDF	14,4%
insgesamt	39,3%

Sender im Einflußbereich von CLT-UFA:

RTL	17,0%
RTL2	4,5%
VOX	3,6%
Super RTL	2,1%
insgesamt	27,2%

Sender im Einflußbereich von Kirch:

SAT1	13,2%
PRO7	9,5%
Kabel1	3,6%
DSF	1,3%
insgesamt	27,6%

Andere Sender 5,9%

82. Danach entfallen auf die öffentlich-rechtlichen Sender ca. 40% der Zuschaueranteile und auf die privaten Sender ca. 60%. Der Bereich der privaten Sender ist fast vollständig auf die beiden Senderfamilien von CLT-UFA und Kirch aufgeteilt, die jeweils eine gleich starke Position innehaben.

iii) Marktanteile auf dem Fernsehwerbemarkt

83. Auf dem deutschen Markt für Werbung im Fernsehen erreichten die einzelnen Sender nach Angaben der Parteien auf der Grundlage der Bruttowerbeumsätze folgende Marktanteile:

Öffentlich-rechtliche Sender:

ARD (insgesamt)	4,4%
ZDF	4,4%
insgesamt	8,8%

Sender im Einflußbereich von CLT-UFA:

RTL	29,9%
RTL2	5,5%
VOX	2,8%
Super RTL	1,0%
insgesamt	39,2%

Sender im Einflußbereich von Kirch:

SAT1	24,1%
PRO7	21,8%
Kabel1	3,0%
DSF	1,8%

insgesamt 50,7%

Andere Sender 1,3%

(Eine Marktanteilsübersicht auf der Grundlage der Netto-Werbeinnahmen ergibt mit einigen geringfügigen Abweichungen das gleiche Bild).

84. Diese Marktanteilsverteilung zeigt für die öffentlich-rechtlichen Sender eine völlig andere Situation als bei den Zuschaueranteilen. Während die Zuschaueranteile der öffentlich-rechtliche Sender ca. 40% betragen, liegen ihre Marktanteile bei der Fernsehwerbung unter 10%. Der Grund für dieses Phänomen dürfte vor allem darin liegen, daß die öffentlich-rechtlichen Sender aufgrund medienrechtlicher Regelungen in den ihnen zustehenden Werbezeiten auf 20 Minuten pro Tag und dies in der Zeit vor 20.00 Uhr beschränkt sind. Die privaten Fernsehveranstalter dürfen demgegenüber bis zu 15% der täglichen Sendezeit mit Werbung ausfüllen. Sie können insbesondere auch in der "Prime Time" nach 20.00 Uhr Werbung ausstrahlen.
85. Die öffentlich-rechtlichen Sender finanzieren sich daher im wesentlichen durch Gebühreneinnahmen, die sich auf etwa 7. Mrd. DEM jährlich belaufen. Diese Summe entspricht in etwa den Netto-Werbeumsätzen, die von allen Fernsehveranstaltern 1996 auf dem deutschen Fernsehwerbemarkt erzielt wurden.
86. Die beiden Senderfamilien von CLT-UFA und Kirch erzielen zusammen ca. 90% aller Werbeeinnahmen im deutschen Fernsehen, wobei die Position von Kirch mit ca. 50% etwas stärker als die von CLT-UFA mit ca. 40% ist. Die Werbeeinnahmen konzentrieren sich dabei auf den Marktführer RTL sowie die Sender SAT1 und PRO7. Diese drei Sender erreichen zusammen einen Marktanteil von 76%.

2) Weitere Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Premiere im Pay TV

87. Pay TV und Free TV stellen, wie bereits dargelegt, zwei unterschiedliche Märkte dar. Gleichwohl besteht zwischen diesen Märkten eine Wechselbeziehung. Je vielfältiger und attraktiver das Programmangebot der freien Sender ist, desto geringer ist der Anreiz für die Zuschauer, zusätzlich Pay TV zu abonnieren. Diese Wechselbeziehung wird belegt durch die im Vergleich mit Frankreich oder dem Vereinigten Königreich langsame Entwicklung von Pay TV im Deutschland, die in erster Linie auf das vielfältigere Free TV-Angebot in Deutschland zurückzuführen sein dürfte.

88. Die Attraktivität eines Senders hängt entscheidend von den Programmrechten ab, die ihm zur Verfügung stehen. Hat ein Fernsehveranstalter eine führende Position im Pay TV und im Free TV und hält er zugleich die wichtigsten Programmrechte für Free TV und Pay TV, so ist er in der Lage, die Wechselbeziehung zwischen Free TV und Pay TV zu steuern. Nach dem beabsichtigten Zusammenschluß werden sich CLT-UFA und Kirch in dieser Position befinden.

i) Es ist zu erwarten, daß CLT-UFA und Kirch jeweils einen kombinierten Einkauf von Pay TV- und Free TV-Rechten anstreben werden.

89. Die Parteien haben während des Verfahrens erklärt, daß der Einkauf von Pay TV- und Free TV-Rechten grundsätzlich getrennt erfolgen werde. Während die Premiere für den Einkauf der Pay TV-Rechte zuständig sei, sei die Einkaufstätigkeit von CLT-UFA und Kirch auf den Free TV-Bereich beschränkt. Nur in Ausnahmefällen würden Pay TV- und Free TV-Rechte von einem der Beteiligten zusammen erworben.

90. Nach einer Presseveröffentlichung, die unter Berufung auf interne Unterlagen von Bertelsmann über eine beabsichtigte Koordinierung von Pay TV und Free TV berichtete, hat Bertelsmann die ursprünglichen Erklärungen modifiziert. In einer öffentlichen Stellungnahme hat Bertelsmann eingeräumt, daß eine Kooperation zwischen Free TV-Sendern aus dem Bereich CLT-UFA und Premiere als unternehmerisch sinnvoll angestrebt wird. Dabei wird auch der Rechteeinkauf mit einbezogen. Ebenso hat wenig später Herr Dr. Dornemann, für den Fernsehbereich zuständiges Vorstandsmitglied von Bertelsmann, in einem Interview¹⁴ die Vorteile eines kombinierten Einkaufs von Free TV- und Pay TV-Rechten herausgestellt.

91. Eine koordinierte Vorgehensweise von CLT-UFA und Premiere beim Einkauf von Programmrechten erscheint in der Tat als die vom unternehmerischen Standpunkt wahrscheinlichste Strategie. CLT-UFA verfügt mit Premiere und den Free-TV-Sendern seiner Senderfamilie über die gesamte Verwertungskette von Programmrechten, d.h. Pay-Per-View, Pay TV, Free TV-Erstverwertung, Free TV-Zweitverwertung. Es ist daher naheliegend, die Rechte auch für die gesamte Verwertungskette zu erwerben. Damit wird CLT-UFA in die Lage versetzt, die Rechte strategisch optimal zu verwerten. So können zum Beispiel Sportrechte so verwertet werden, daß die wichtigsten Ereignisse im Pay TV ausgestrahlt werden (z.B. Endspiele bei Fußballmeisterschaften), weniger wichtige Ereignisse dagegen im Free TV zu sehen sind. Bei Filmrechten kann etwa der zeitliche Abstand zwischen der Ausstrahlung im Pay TV und den Fenstern für eine Erst- und Zweitverwertung im Free TV im Sinne einer einheitlichen Strategie festgelegt werden.

92. Zwar werden derzeit insbesondere Filmrechte der Hollywood-Majors nur teilweise in einem alle Verwertungsstufen umfassenden Rechtepakett verkauft. Dies könnte sich jedoch ändern, wenn ihnen Nachfrager gegenüber stehen, die die gesamte Verwertungskette realisieren können. Darüber hinaus könnte die Nachfragemacht, die sich aus der Kombination des hohen Programmbedarfs eines digitalen Premiere-Bouquets mit den Free TV-Sendern von CLT-UFA ergibt, die

¹⁴ Süddeutsche Zeitung vom 25. Februar 1998, S. 2.

Rechteeanbieter zum Verkauf von Pay TV und Free TV umfassenden Paketen veranlassen.

93. Wenn somit die Erklärungen von Bertelsmann zum kombinierten Einkauf von Pay TV- und Free TV-Rechten plausibel erscheinen, so ist kein Grund ersichtlich, warum Kirch nicht die gleiche Strategie verfolgen sollte. Kirch verfügt ebenso wie CLT-UFA über eine Senderfamilie und nach dem Zusammenschluß als der andere mitkontrollierende Gesellschafter von Premiere über die alleinige Pay TV-Plattform in Deutschland. Es ist daher zu erwarten, daß auch Kirch einen kombinierten Einkauf von Pay TV- und Free-TV-Rechten anstreben wird.
94. Der Preis für Pay TV-Rechte wird normalerweise auf der Grundlage der Zahl der Abonnenten festgelegt, wobei eine bestimmte Abonnentenzahl als Minimum garantiert wird. Mit steigenden Abonnentenzahlen von Premiere wächst daher die wirtschaftliche Bedeutung der Pay TV-Rechte gegenüber den Free TV-Rechten. Zugleich wächst auch ihre strategische Bedeutung für das Fernsehgeschäft von CLT-UFA und Kirch insgesamt. Da aber Premiere von CLT-UFA und Kirch gemeinsam betrieben wird, wäre es kaum sinnvoll, wenn CLT-UFA und Kirch auch dann noch Pay TV- und Free TV-Rechte in jedem Fall getrennt einkaufen würden, wenn dem Pay TV-Geschäft gegenüber dem Free TV-Geschäft eine ständig wachsende Bedeutung zukommt. Dies ist aber zumindest nach dem Businessplan für Premiere, der in dem Konsortialvertrag vereinbart wurde, der Fall. Danach soll der Netto-Umsatz von Premiere, [...].

ii) CLT-UFA und Kirch sind in der Lage, über ihre Free TV-Sender Programmstrategien zu verfolgen, um Pay TV-Abonnenten für Premiere Digital zu gewinnen.

95. Die Parteien haben wiederholt erklärt, daß der Ausbau von Premiere zur Plattform für digitales Pay TV ganz erhebliche Investitionen erfordern werde. In dem bereits erwähnten Interview¹⁵ mit der Süddeutschen Zeitung hat das Bertelsmann-Vorstandsmitglied Herr Dr. Dornemann insoweit eine Investitionssumme bis zum Jahre 2007 von 13,5 Mrd. DEM und Anlaufverluste von 2,5 Mrd. DEM genannt. Es liegt auf der Hand, daß CLT-UFA und Kirch daher ein fundamentales Interesse daran haben, eine maximale Steigerung der Abonnentenzahlen von Premiere zu erreichen. Angesichts der dargelegten Wechselbeziehung zwischen Pay TV und Free TV kann eine Abstimmung der Programmgestaltung in Premiere und den Free TV-Senderfamilien von CLT-UFA und Kirch einen wesentlichen Beitrag zur Erreichung dieses Ziels leisten.
96. Dies bezieht sich zunächst auf eine Komplementärprogrammierung von Premiere und den Free TV-Sendern. So kann etwa, wie bereits dargelegt, die Ausstrahlung von Sportereignissen so abgestimmt werden, daß zunächst mit weniger wichtigen Ereignissen im Free TV das Interesse der Zuschauer geweckt wird (z.B. Vorrundenspiele im Fußball), um dann die Höhepunkte (Endspiel) im Pay TV oder Pay-Per-View auszustrahlen. Soweit die Fernsehaktivitäten von Bertelsmann betroffen sind, ist eine solche Komplementärprogrammierung nach dem 1997 erfolgten Zusammenschluß von CLT und UFA erleichtert worden. Denn nunmehr sind alle Fernsehaktivitäten unter dem Dach von CLT-UFA zusammengefaßt, die jetzt eine Mehrheitsbeteiligung an dem wichtigsten Free TV-Sender RTL hält.

¹⁵ Vgl. Fußnote 14.

97. Darüber hinaus besteht zumindest mittelfristig - bei zunehmender Bedeutung des Pay TV - ein Interesse von CLT-UFA und Kirch, die Attraktivität der Free TV-Sender zu begrenzen, um möglichst viele Zuschauer zu einem Abonnement von Pay TV zu veranlassen. Einer solchen Strategie würde allerdings normalerweise die Gefahr entgegenstehen, daß eine Steigerung der Abonnentenzahl mit einem Verlust an Werbeeinnahmen erkauft würde. Diese Gefahr ist jedoch im vorliegenden Fall nur in begrenztem Ausmaß gegeben. Wie oben dargelegt, ist der Bereich der privaten Free TV-Sender fast vollständig auf die beiden Senderfamilien von CLT-UFA und Kirch aufgeteilt (zusammen ca. 92% der Zuschaueranteile im privaten Fernsehen). Eine abgestimmte Strategie von CLT-UFA und Kirch zur Verringerung der Attraktivität des Free TV könnte daher nur zu Verlagerungen von Werbeumsätzen auf die öffentlich-rechtlichen Sender führen. Da diese Sender jedoch aufgrund der ihnen auferlegten Werbebeschränkungen ihre Werbezeit nicht ausdehnen können und insbesondere zur "Prime Time" keine Werbung ausstrahlen dürfen, ist die Möglichkeit einer Verlagerung von Werbeumsätzen auf die öffentlich-rechtlichen Sender äußerst begrenzt.
98. Bei einer gemeinsamen Verringerung der Attraktivität der Free TV-Sender von CLT-UFA und Kirch ist ein erhebliche Verlust von Werbeeinnahmen daher nur dann zu erwarten, wenn die werbungstreibende Wirtschaft bei sinkenden Zuschauerzahlen in erheblichen Umfang Werbeeinnahmen aus dem Fernsehen in andere Medien, vor allem Printmedien verlagert. Dies kann allerdings nur bei einer dramatischen Abnahme der Zuschauerzahlen erwartet werden. Die täglichen Zuschauerminuten für private Sender in Deutschland haben von 1993 bis 1996 um ca. 15% zugenommen. In der gleicher Zeit sind die Werbeumsätze in Preisen von 1993 um 35% gestiegen. Dies belegt, daß Zuschauerzahlen und Intensität der Fernsehwerbung nicht notwendig in derselben Relation stehen. Zudem ist zu berücksichtigen, daß einem Verlust an Werbeeinnahmen bei CLT-UFA und Kirch ein Gewinn im lukrativeren Pay-TV gegenüberstünde.

3) Ergebnis

99. Der zu erwartende kombinierte Erwerb von Pay TV- und Free TV-Rechten und die zu erwartende Komplementärprogrammierung führen zu einer weiteren Verstärkung der beherrschenden Stellung von Premiere auf dem Markt für Pay TV.

d) Ergebnis

100. Aus den vorgenannten Gründen ist zu erwarten, daß der beabsichtigte Zusammenschluß zu einer auf Dauer angelegten marktbeherrschenden Stellung von Premiere auf dem Markt für Pay TV in Deutschland führen wird. Der zu erwartende kombinierte Erwerb von Pay TV- und Free TV-Rechten und die zu erwartende Komplementärprogrammierung führen zu einer weiteren Verstärkung der beherrschenden Stellung von Premiere auf dem Markt für Pay TV.
101. Eine auf Dauer angelegte marktbeherrschende Stellung für Premiere wäre ebenfalls zu erwarten, wenn von einem Markt für die Veranstaltung von Pay TV auszugehen wäre, der den gesamten deutschsprachigen Raum umfaßt. Insoweit gelten im wesentlichen die gleichen Erwägungen wie für den deutschen Markt. Ein Unterschied besteht allerdings darin, daß etwa in Österreich - anders als in

Deutschland - die Kabelnetze ausschließlich in der Hand von privaten Betreibern sind. Während in Deutschland aufgrund der Zersplitterung des deutschen Kabelfernsehnetsbetriebs und der Stellung der Telekom als praktisch alleiniger Betreiber von Zuführungsnetzen der Netzebene 3 private Kabelnetzbetreiber unabhängig von der Frage des Zugangs zu Premium-Inhalten keine alternative Programm-Plattform im Wettbewerb zu Premiere anbieten können, könnten in Österreich zumindest die größeren privaten Kabelnetzbetreiber theoretisch eine auf ihre Region beschränkte alternative Programmplattform schaffen. Da jedoch Premiere in Deutschland gegenüber der Telekom das Transportmodell im Kabelbereich durchgesetzt hat, ist zu erwarten, daß Premiere auch im übrigen deutschsprachigen Raum eine Vermarktung seiner Programme durch die Kabelbetreiber verweigern wird. Dies entspricht schon der bisherigen Strategie von Premiere bei ihrem analogen Programm. Premiere hat etwa bislang in Österreich eine direkte Vermarktung ihres Programms durch Kabelnetzbetreiber nicht zugelassen. Im Herbst 1997 rückte Premiere zwar von der Forderung einer eigenen Vermarktung ab und zeigte sich bereit, einem großen österreichischen Kabelnetzbetreiber das analoge Premiere-Programm zu überlassen. Kurz vor Vertragsabschluß zog Premiere jedoch dieses Angebot zurück. Es ist nach allem zu erwarten, daß Premiere nach dem Zusammenschluß die einzige Programm- und Vermarktungsplattform auch im deutschsprachigen Raum sein und bleiben wird, da kein anderes Unternehmen über die nötigen Programmressourcen zur Schaffung einer Programmplattform verfügen wird und Bertelsmann und Kirch die Decoderinfrastruktur kontrollieren.

3. Markt für technische Dienstleistungen für Pay TV

a) Alleinstellung von BetaDigital und Telekom

102. Durch den Zusammenschluß wird BetaDigital eine auf Dauer angelegte Alleinstellung für technische Dienstleistungen im Satellitenbereich erlangen. Im Gefolge des parallelen Zusammenschlusses Deutsche Telekom/BetaResearch wird die Telekom eine Alleinstellung für die Abwicklung der Zugangskontrolle im Kabelbereich erlangen.
103. BetaDigital ist bereits derzeit der einzige Anbieter für technische Dienstleistungen für digitale Signalübertragung via Satellit. Zwar soll nach Angaben der Parteien auch Bertelsmann über die Cologne Broadcasting Center GmbH technische Dienstleistungen für Pay TV in geringem Umfang erbringen. Nähere Angaben über diese Aktivitäten haben die Parteien jedoch nicht gemacht.
104. Auch Telekom wird nach dem Zusammenschluß der einzige Anbieter für technische Dienstleistungen für digitale Signalübertragung in den Kabelnetzen sein. CLT-UFA, Kirch und Telekom haben sich in der Vereinbarung zur Umstrukturierung von BetaResearch darauf verständigt, daß Telekom bei der Erbringung technischer Dienste für die Übertragung digitaler TV-Programme in ihren Breitbandkabelnetzen ausschließlich die Beta-Zugangstechnologie auf der Basis des d-box-Decoders verwenden wird.

b) Dauerhaftigkeit der Marktbeherrschung

105. BetaDigital wird auf dem Markt für technische Dienstleistungen für digitale Datenübertragung im deutschsprachigen Raum jedenfalls für den Satellitenbereich eine auf Dauer angelegte Alleinstellung erlangen. Auch im Kabelbereich ist zu erwarten, daß Telekom der einzige Anbieter technischer Dienstleistungen für die Übertragung von Pay TV in den Kabelnetzen in Deutschland bleiben wird und insoweit ebenfalls eine auf Dauer angelegte Alleinstellung erlangen wird. Diese Einschätzung beruht auf den nachfolgend dargestellten Erwägungen.

i) Durch den Zusammenschluß wird die d-box-Technologie faktisch der digitale Standard im deutschsprachigen Raum.

106. Die Veranstaltung von Pay TV setzt eine spezielle technische Infrastruktur voraus. Diese kann entweder durch Pay TV-Veranstalter oder aber auch durch Dritte, in erster Linie Kabelnetzbetreiber, geschaffen werden. Aufgrund der Struktur der Kabelnetze in Deutschland sind private Kabelnetzbetreiber allein nicht in der Lage, die technische Infrastruktur für die Übertragung von Pay TV zu schaffen, da ihre Kabelinseln meist zu klein sind, um den Aufwand für die notwendigen Investitionen zu rechtfertigen, die mit einer eigenen Zugangskontrolle und alternativen Decoderbasis für Pay TV verbunden wären. Zudem kontrollieren die privaten Kabelnetzbetreiber nur Teile der bei der Verbreitung von Kabelfernsehen betroffenen Netzebenen 3 und 4. Auf der Netzebene 3, die das Netz von der Kabelkopfstation, wo das digitale Programmsignal empfangen und in die Kabelnetze eingespeist wird, bis zur Grundstücksgrenze des jeweiligen Hauses umfaßt, sind der ganz überwiegende Teil der Netze Telekomkabelnetze. Deshalb könnten private Kabelnetzbetreiber eine alternative technische Infrastruktur für die Übertragung von Pay TV ohnehin nur unter Einbindung der Telekom schaffen.
107. Nach dem Zusammenschluß wird Premiere digitales Fernsehen auf Grundlage der d-box-Technologie und des d-box-Decoders ausstrahlen. Telekom wird technische Dienstleistungen für Pay TV im Kabelbereich auf Basis der Beta-Zugangstechnologie und des d-box-Decoders anbieten. Damit haben sich diejenigen Unternehmen, die jedes für sich prädestiniert wären, eine Infrastruktur für digitales Fernsehen zu schaffen und entsprechende Dienstleistungen zu erbringen, auf die Beta-Zugangstechnologie auf der Basis des d-box-Decoders festgelegt. Es ist deshalb davon auszugehen, daß es im deutschsprachigen Raum auf absehbare Zeit keine alternative Technikplattform für digitales Fernsehen geben wird.

ii) Die Alleinstellung von Premiere als Programmplattform verhindert auf Dauer die Einführung einer anderen Technologie.

108. Die Installierung einer alternativen technischen Infrastruktur für die Übertragung von Pay TV würde einen hohen Investitionsbedarf erfordern. Dieser würde jedoch von anderen potentiellen Anbietern nur aufgebracht werden, wenn entsprechende Marktdurchdringungschancen bestünden. Das würde voraussetzen, daß sich ein weiterer Pay TV-Veranstalter in Deutschland etablieren könnte. Dieser könnte entweder selbst eine eigene technische Plattform auf der Grundlage einer alternativen Zugangstechnologie schaffen oder dritten Anbietern die Möglichkeit zum Aufbau einer technischer Infrastruktur geben. Wie jedoch bereits dargelegt,

ist der Marktzutritt eines weiteren Pay TV-Veranstalters angesichts der etablierten Stellung von Premiere im Hinblick auf Abonnentenstamm und insbesondere Programmressourcen nicht wahrscheinlich.

109. Darüber hinaus könnte sich eine alternative Zugangs- und Decodertechnologie ohnehin nur im Bereich der Satellitenübertragung etablieren, da CLT-UFA, Kirch und Telekom sich in der Umstrukturierungsvereinbarung darauf verständigt haben, daß Telekom bei der Erbringung technischer Dienste für die Übertragung digitaler TV-Programme in ihren Breitbandkabelnetzen ausschließlich die Beta-Zugangstechnologie auf der Basis des d-box-Decoders verwenden wird. Damit wäre jeder potentielle Pay TV-Anbieter und jeder potentielle andere Anbieter von Zugangskontrolldienstleistungen im Bereich der Telekomkabelnetze ohnehin gezwungen, über Telekom auch die Beta-Zugangstechnologie und den d-box-Decoder zu verwenden.

iii) Jeder potentielle Betreiber der Zugangskontrolle wird von der Lizenzpolitik der BetaResearch abhängen.

110. BetaResearch ist Lizenzgeber des Zugangskontrollsystems, das in der d-box verwendet wird. Aus Sicherheitsgründen wurde, wie die Parteien ausführen, ein proprietäres Zugangskontrollsystem entwickelt. Auch andere Pay-TV Veranstalter, die bereits über Erfahrung im Pay-TV Markt verfügen, wie z.B. Canal+ und BskyB, ziehen den Einsatz proprietärer Zugangskontrollsysteme wegen des angeblich besseren Schutzes vor Angriffen auf die Sicherheit der Datenübertragung vor. Gemäß dem DVB Standard bestehen zwei Möglichkeiten, um zu vermeiden, daß ein Zuschauer, der Pay TV-Abonnements mit unterschiedlichen CA-Systemen empfängt, mehrere Decoder benutzen muß, und zwar das Simulcryptverfahren und das sogenannte "common interface" (nachfolgend: "CI").
111. Das CI erlaubt die Verwendung verschiedenster Zugangskontrollsysteme in demselben Decoder, was es jedem dritten Pay TV-Veranstalter und Dienstleistungsanbieter ermöglicht, die Zugangskontrolle unter Nutzung der jeweils vorhandenen Decoderbasis zu betreiben. Anders als beim Simulcryptverfahren ist es nicht erforderlich mit demjenigen, der die Decoderbasis installiert hat, eine Simulcrypt-Vereinbarung über die Verknüpfung des dritten Zugangsberechtigungssystems mit dem proprietären Zugangskontrollsystem des Decoders abzuschließen. Bei Einsatz eines proprietären Zugangskontrollsystems ist wesentlich, daß diskriminierungsfreier Zugang zu diesem System gewährleistet ist. Dies setzt nach Auffassung der Kommission voraus, daß der Lizenzgeber für die Decodertechnologie seine Geschäftsentscheidungen unabhängig vom Einfluß eines Programmveranstalters treffen kann. Im vorliegenden Fall ist eine solche Unabhängigkeit nicht gegeben, da BetaResearch überwiegend von Unternehmen kontrolliert wird, die eigene Interessen als Programmveranstalter haben.
112. Nachdem sich alle aktuellen und potentiellen Anbieter im digitalen Pay TV und Telekom als Anbieter technischer Dienstleistungen im Kabelbereich auf die Beta-Zugangstechnologie und den d-box-Decoder festgelegt haben, ist ausgeschlossen, daß eine alternative Decoderbasis in Deutschland installiert werden könnte. Jeder potentielle andere Anbieter von Zugangskontrolldienstleistungen müßte deshalb auch den d-box-Decoder nutzen. Die d-box arbeitet mit einem in sich

geschlossenen (proprietären) Verschlüsselungssystem, das von BetaResearch entwickelt worden ist. Potentielle Anbieter von technischen Dienstleistungen für Pay TV sind deshalb auf die Erteilung einer Lizenz für die Beta-Zugangstechnologie durch BetaResearch angewiesen. Dies gilt sowohl für den Bereich der Satelliten- als auch der Kabelübertragung. BetaResearch dürfte jedoch wirtschaftlich keine Interesse daran haben, BetaDigital oder die sie mitkontrollierende Telekom bei der Abwicklung der Zugangskontrolle im Satelliten - und Kabelbereich Wettbewerb auf dem Markt für technische Dienstleistungen für Pay TV auszusetzen. Insoweit könnte BetaResearch durch ihre Lizenzierungspolitik andere Diensteanbieter am Markteintritt hindern.

iv) Die Kontrolle der Dekoderinfrastruktur gibt Bertelsmann/Kirch die Kontrolle über mögliche Applikationen, die auf der d-box ablaufen.

113. Über eine Applikationsprogrammierschnittstelle (nachfolgend: "API") erhalten Dritte, die eigene Applikationen erstellen wollen, Zugang zum Betriebssystem des Decoders. Ein typisches Beispiel für derartige eigene Applikationen ist der EPG, der die zur Auswahl stehenden Programme ähnlich einer Menüauswahl in das Fernsehbild einblendet. Zur Zeit verfügt die d-box noch nicht über eine veröffentlichte Version der d-box Betriebssystem-Schnittstelle. Das hat zur Folge, daß Dritte, die eigene Applikationen auf der d-box zur Anwendung bringen wollen, diese im Source-Code des Betriebssystems durch BetaResearch erstellen lassen müßten.
114. Nach Aussage der Parteien wird BetaResearch ein API für die d-box entwickeln und die Schnittstelle bis spätestens Ende 1998 offenlegen. Angaben über die Ausgestaltung der Lizenzpolitik und insbesondere über die Höhe der Lizenzgebühr für die Nutzung des API liegen noch nicht vor. Deshalb kann zu diesem Zeitpunkt auch nicht beurteilt werden, ob das API von BetaResearch im Vergleich zu APIs anderer Anbieter, wie OpenTV oder MediaHighway, zu marktgerechten Bedingungen zur Verfügung stehen wird. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, daß aufgrund der zeitlich nahen Markteinführung der d-box das API nur einen geringen Funktionsumfang aufweisen dürfte. Diese Einschätzung wird gestützt durch den Umstand, daß andere Anbieter ihr API seit der Markteinführung im Laufe der Jahre kontinuierlich verbessert haben, um eine vollständige Nutzung des Funktionsumfangs der Dekodertechnologie zu gewährleisten und so die Entwicklung anspruchsvoller Applikationen zu unterstützen.
115. Laut Aussage der Parteien soll das API der d-box zwei Möglichkeiten für die Ausführung von Applikationen vorsehen. Im ersten Fall ist die Applikation mit Hilfe von Funktionen des API erstellt worden, d.h. die Applikation läuft direkt auf der API-Ebene ab ("native applications"). Eine solche Applikation kann nur auf der d-box ablaufen. Auf allen anderen Systemen wäre die Applikation nicht lauffähig. Im zweiten Fall ist auf das API eine "virtual machine" (nachfolgend: "VM") aufgesetzt, die die API spezifischen Funktionen in API unabhängige Funktionen umsetzt. Somit ist nun die Entwicklung und der Ablauf einer Applikation unabhängig vom API möglich. Die Parteien haben vorgetragen, daß die Spezifikationsarbeiten innerhalb des DVB für ein standardisiertes API, das wie eine VM arbeitet, voraussichtlich bis Mitte 1998 abgeschlossen sein sollen.

BetaResearch würde dann mit der Produktentwicklung beginnen können, die ca. weitere sechs bis neun Monate in Anspruch nehmen dürfte.

116. Solange ein standardisiertes API noch nicht zur Verfügung steht, wird das API der d-box nur die Ausführung von proprietären Applikationen anbieten, was bedeutet, daß zur Erstellung einer Applikation eine Lizenz des API erforderlich ist. Die Parteien führen weiter aus, daß das zukünftige API um Funktionen erweiterbar ist, falls dies von Lizenznehmern des API gewünscht wird. In einem solchen Fall wären Lizenznehmer aber gezwungen, detailliert Auskunft zu geben, warum und weshalb eine bestimmte Funktion zur Verfügung stehen sollte. BetaResearch entscheidet dann über deren Verwirklichung. Es kann davon ausgegangen werden, daß nur solche Funktionen realisiert werden, die im Interesse von BetaResearch, d.h. der Unternehmen, die BetaResearch kontrollieren, sind. Im Falle einer Realisierung fallen Entwicklungskosten an, die der Lizenznehmer teilweise oder ganz trägt. Eine Wahlmöglichkeit existiert für Lizenznehmer nicht, da nur BetaResearch Lizenzgeber für das API der d-box ist. Zudem hat der Lizenznehmer keinerlei Einfluß auf eine zügige Ausführung der Entwicklungsarbeiten bei BetaResearch. In diesem Zusammenhang ist bereits fraglich, ob BetaResearch überhaupt ausreichende Entwicklungskapazitäten für die Betreuung von Entwicklungsarbeiten von Lizenznehmern vorhalten wird. Denn BetaResearch wird vor allem die jeweiligen Freigabetermine für neue API-Versionen im Auge behalten müssen und ihre Kapazitäten entsprechend und nicht für die zügige Durchführung von zusätzlichen Entwicklungsarbeiten für Lizenznehmer, die in Konkurrenz zu Premiere stehen, einsetzen.
117. Darüber hinaus wird das API der d-box im Vergleich zu anderen bereits am Markt existierenden Systemen zunächst über keine weitergehenden Programmierhilfen und Werkzeuge verfügen, um anspruchsvolle Applikationen zügig und kostengünstig entweder selbst oder durch externe Dienstleister erstellen zu können. Dadurch sind Lizenznehmer des API der d-box gezwungen, sämtliche Arbeiten im Rahmen von Applikationsentwicklungen an BetaResearch zu vergeben, da nur dieses Unternehmen in der Lage ist, anspruchsvolle Entwicklungen auszuführen. Die Alternative, daß ein Lizenznehmer selbst die Applikation erstellt, scheidet bereits aus Kostengründen und vor allem wegen der fehlenden Detailkenntnisse über das API der d-box aus.

c) Ergebnis

118. Aus den vorgenannten Gründen ist zu erwarten, daß der beabsichtigte Zusammenschluß zu einer auf Dauer angelegten marktbeherrschenden Stellung von BetaDigital auf dem Markt für technische Dienstleistungen für Pay TV im Satellitenbereich und im Hinblick auf die Kontrolle der Decoderinfrastruktur durch Bertelsmann und Kirch auch zu einer weiteren Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Premiere auf dem Markt für Pay TV führen wird. Die marktbeherrschende Stellung von Premiere im Pay TV wird zudem zu einer weiteren Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von BetaDigital auf dem Markt für technische Dienstleistungen für Pay TV im Satellitenbereich im deutschsprachigen Raum führen. Sollte von einem einheitlichen Markt für technische Dienstleistungen im Satelliten- und Kabelbereich auszugehen sein, dann führt der vorliegende Zusammenschluß in Verbindung mit dem parallelen Zusammenschluß Deutsche Telekom/BetaResearch zur Entstehung eines marktbeherrschenden Duopols auf diesem Gesamtmarkt im deutschsprachigen Raum. Weder BetaDigital noch Telekom werden auf diesem Markt wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt sein. Angesichts der gemeinsamen Technologie und der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung über BetaResearch ist auch nicht zu erwarten, daß es zwischen BetaDigital und Telekom ein Wettbewerbsverhältnis geben wird.

VI. Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts

119. Die Parteien machen geltend, daß nur bei einer Bündelung der Ressourcen von Bertelsmann und Kirch die für den Durchbruch digitalen Fernsehens notwendige Infrastruktur geschaffen werden könne. Der Aufbau einer Decoderbasis würde etwa [500-1 000] DEM pro angeschlossenem Haushalt erforderlich machen, so daß bei unterstellten [3-10] Millionen Abonnenten in 10 Jahren Kosten von etwa [1,5-10] Mrd. DEM anfielen. Hinzu kämen weitere Investitionen von [50-300] Mio. DEM für den Aufbau des digitalen Sendezentrums und der Conditional Access-Technologie. Schließlich seien noch Programminvestitionen hinzuzuzählen, die sich auf mehrere Milliarden DEM in den nächsten Jahren belaufen würden. Wenn jedoch aufgrund der von den Parteien vorgenommenen Investitionen erst einmal eine digitale Infrastruktur geschaffen sei, könnten Dritte mit relativ geringem Aufwand alle möglichen weiteren Zusatzleistungen erbringen, zumal sich mit der Durchsetzung eines digitalen Pay TV auch die Hemmschwelle der Zuschauer gegen Zuzahlungen ständig weiter abbauen würde.
120. Diese Ausführungen der Parteien stoßen zunächst in tatsächlicher Hinsicht auf erhebliche Zweifel. Zwar dürfte es zutreffen, daß zumindest in den Anfangsjahren des digitalen Fernsehens die erforderlichen Decoder von den Fernsehhaushalten geleast und nicht gekauft werden. Insoweit müssen die Decoder vorfinanziert werden. Die dabei anfallenden Kosten können sich aber in keiner Weise in der von den Parteien angegebenen Größenordnung bewegen. Die Leasingrate einer d-box beträgt derzeit ca. [10-30] DEM. In der Anlage 2 c zur Verständigung zwischen CLT-UFA und Taurus wird der durchschnittliche Nokia-Bezugspreis für eine d-box im Zeitraum von August 1995 bis Dezember 1999 auf ca. [400-1 000] DEM geschätzt. Bei monatlichen Leasingraten von [10-30] DEM

([100-400] DEM pro Jahr) wäre damit der vorzufinanzierende Bezugspreis schon nach [1-5] Jahren amortisiert. Nur für diesen Zeitraum fielen dementsprechend Zinskosten an, die überdies mit zunehmender Zahl der Leasingraten abnehmen. Nach [1-5] Jahren würde mit dem Leasing eines Decoders verdient. Der Businessplan für Premiere vom 7. November 1997 [...] steht mit dieser Betrachtung in Einklang. Dort werden in der Spalte Decoderunterdeckung für 1998 Kosten von [100-200] Mio. DEM angegeben, die kontinuierlich bis 2002 auf [10-30] Mio. DEM sinken. Die Kosten für den gesamten Fünfjahreszeitraum belaufen sich danach bei einer angenommenen Zahl von [2-5] Millionen Abonnenten auf [200-500] Mio. DEM. Offensichtlich haben die Parteien bei den von ihnen angegebenen Kosten für die Decoderbasis die Leasingraten außer Betracht gelassen. Auf jeden Fall liegen diese Kosten nicht in der von den Parteien vorgetragenen Größenordnung.

121. Soweit die Parteien vortragen, nur Bertelsmann und Kirch zusammen seien in der Lage, die für den Durchbruch des digitalen Fernsehens notwendigen attraktiven Programmangebote zu machen, so wird diese Behauptung nicht weiter substantiiert. Diese Behauptung mag zwar zutreffend sein, wenn Kirch einerseits seine Programmressourcen und insbesondere seine Premium-Rechte Premiere gänzlich vorenthalten sollte und andererseits durch eine solche Blockadepolitik aufgrund seiner umfangreichen finanziellen Verpflichtungen aus den von ihm abgeschlossenen Output Deals in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sollte. Eine derartige Situation, wie sie sich vor der Einigung zwischen Bertelsmann und Kirch abzeichnete, ist aber nicht zwangsläufig.
122. Soweit schließlich die Parteien durch Errichtung einer digitalen Infrastruktur und das gemeinsame Angebot eines attraktiven Programms tatsächlich zur erfolgreichen Verbreitung digitalen Fernsehens beitragen, ist festzustellen, daß sie, wie oben dargelegt, durch eben dieses gemeinsame Vorgehen den Zukunftsmarkt für digitales Pay TV abschotten und langfristig unter ihre Kontrolle bringen. Der Zusammenschluß beseitigt damit die Chance, daß sich dieser Markt im Wettbewerb entwickelt. Sofern der Zusammenschluß einen Beitrag zur Verbreitung digitalen Fernsehens und damit zum technischen und wirtschaftlichen Fortschritt leistet, ist dieser Beitrag nach der Fusionskontrollverordnung nicht relevant. Es ist in diesem Zusammenhang zu betonen, daß das in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b) erwähnte Kriterium des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts unter dem Vorbehalt steht, daß es nicht zu einer Behinderung des Wettbewerbs kommt. Darüber hinaus ist es äußerst zweifelhaft, ob der Zusammenschluß tatsächlich in positiver Weise zur Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. Wegen der Abschottung und Kontrolle des Marktes durch die Parteien können sich andere potentielle Anbieter von digitalem Pay TV und Multimediadiensten nicht frei und ungehemmt entfalten. Es ist zu befürchten, daß dies der Entwicklung digitalen Fernsehens und anderer digitaler Dienste in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht entgegenwirkt.

VII. Von den Parteien vorgeschlagene Zusagen

1. Zusagen

123. Mit Schreiben vom 28. April und 4. Mai 1998 haben die Parteien eine Reihe von Zusagen vorgeschlagen, die die Bedenken gegen den beabsichtigten Zusammenschluß ausräumen sollen. Der Zusagenvorschlag umfaßt im wesentlichen die folgenden Punkte :

a) Programmrechte

124. 25% der Pay TV-Rechte aus den Output Deals von Kirch und CLT-UFA mit den Hollywood-Studios [...] werden für einen bestimmten Zeitraum für Dritte offengehalten. Das Auswahlverfahren findet jeweils jährlich für den Zeitraum des übernächsten Jahres statt. Die 25% des Outputs eines jeden Studios umfassen jeweils 25% der Pay TV-Rechte für die Kategorien [...]. Der Preis für die Pay TV-Rechte bemißt sich nach den mit den Hollywood-Studios abgeschlossenen Verträgen, d.h. nach dem jeweils größten Pay TV-Veranstalter im jeweils relevanten Markt. Die Hollywood-Studios selbst sind von dem Verfahren als Nachfrager ausgeschlossen. Das Angebot der Auswahl und Vergabe der 25% der Output-Verträge über Pay TV-Rechte gilt nur solange, wie Premiere Zugriff auf fünf von sieben Output Deals über Pay TV-Rechte hat, längstens bis zum 1. Januar 2003.

b) Bouquet-Struktur

125. Premiere öffnet sein Programmkonzept, indem darauf verzichtet wird, das Abonnement des eigenen Basispakets zur Voraussetzung für das Abonnement der Movie- und Sportkanäle zu machen. Diese Verpflichtung gilt solange, wie sich keine zweite Plattform mit Premium-Paket im Markt etabliert hat, längstens jedoch bis zum 1. Januar 2003.

c) Kabelnetzbetreiber

126. Die Zusammenschlußbeteiligten sind bereit, mit den Kabelnetzbetreibern im Vertrieb zusammenzuarbeiten. Neben der Werbung neuer Kunden gehören dazu auch Informationen und Hilfestellungen bei der Vermarktung. Die Kundenbeziehung verbleibt jedoch bei Premiere. Die Kabelnetzbetreiber erhalten für ihre Bemühungen einen angemessenen finanziellen Ausgleich.

d) Pay TV- und Free TV-Rechte

127. Premiere kauft die von ihm benötigten Pay-TV-Rechte selbst ein und wird keine Free-TV-Rechte erwerben, so daß eine Bündelung des Einkaufs von Pay TV- und Free TV-Rechten über Premiere nicht stattfindet.

e) BetaResearch

128. Telekom wird einen Technischen Sachverständigenrat einrichten, der allen mit digitalem Fernsehen befaßten Unternehmen offensteht. Die Empfehlungen dieses Sachverständigenrates werden nach Maßgabe der bereits bestehenden Vereinbarung zwischen Bertelsmann, Kirch, Telekom, ARD und ZDF umgesetzt.

Die Gesellschafter von BetaResearch sind darüber hinaus bereit, dritten Unternehmen über eine Zwischenholding bis zu 25% des Gesellschaftskapitals einzuräumen. Damit sind jedoch keine Vetorechte verbunden. Die bisherigen Vetorechte von Bertelsmann, Kirch und Telekom bleiben bestehen. Die führende Rolle von Kirch insbesondere bei der Besetzung der Geschäftsführung wird von den Parteien noch einmal hervorgehoben.

129. BetaResearch wird jedem Nachfrager, der Verschlüsselungsdienstleistungen für sich oder Dritte erbringen will, aufgrund eines allgemein zugänglichen Standardvertrages unmittelbar auf Anfrage eine CA-Lizenz (Pflichtlizenz) zu erteilen. Soweit über die Konditionen, insbesondere über die Lizenzgebühren, keine Einigung zustandekommt, wird über die Angemessenheit der Konditionen eine Schiedsinstanz abschließend entscheiden.
130. BetaResearch verpflichtet sich bis Ende 1998, die API-Schnittstelle des d-box-networks (nachfolgend: "native API") offenzulegen und sich bei Streitigkeiten über die Lizenzvergabe einer Schiedsinstanz zu unterwerfen. Ferner verpflichtet sich BetaResearch, das native API um die von der DVB zu standardisierende Schnittstelle zu ergänzen, sobald DVB einen solchen Standard verabschiedet hat. BetaResearch wird darüber hinaus sämtliche künftigen DVB-Standards übernehmen.
131. BetaResearch wird Herstellerlizenzen an jeden interessierten Hersteller zu standardisierten Bedingungen vergeben und sich bei Streitigkeiten über die Konditionen einer Schiedsinstanz unterwerfen. Ein "Technical Verification Test" durch BetaResearch ist die Voraussetzung dafür, daß die Decoder im Markt angeboten werden können. Diese Herstellerzertifizierung kann nach zwei bis drei Jahren durch unabhängige Dritte erfolgen.

f) BetaDigital

132. Sofern Dritte die Dienstleistungen von BetaDigital in Anspruch nehmen wollen und eine Einigung über die Bedingungen nicht zustandekommt, unterwirft sich BetaDigital ebenfalls einer Schiedsinstanz, die abschließend entscheidet.

2. Bewertung

a) Programmrechte

133. Es ist unwahrscheinlich, daß ein potentieller Pay TV-Veranstalter auf der Grundlage der angebotenen 25% der Pay TV-Rechte aus den Output Deals in den Markt eintreten würde. Denn jeder Dritte müßte den Preis entrichten, der auch für Premiere gilt. Da dieser auf der Zahl der Abonnenten von Premiere basiert (mit einer Mindestgarantie für eine bestimmte Abonnentenzahl), würde ein Newcomer ein ganz erhebliches Risiko eingehen, das mit der zu erwartenden, rasch zunehmenden Abonnentenzahl von Premiere ständig steigen würde. Nach der Vorstellung der Parteien muß sich ein interessierter Dritter innerhalb eines bestimmten Zeitraumes eines jeden Jahres entscheiden, in welchem Umfang er in dem übernächsten Jahr Rechte erwerben möchte. Ein Dritter könnte damit erstmals für das Jahr 2000 Rechte erwerben. Im Jahr 2000 will aber Premiere laut Businessplan ca. [...] Millionen Abonnenten haben, auf deren Grundlage der Preis

zu berechnen wäre. Ein Dritter müßte dann ca. 2,3 Millionen Dollar pro Film bezahlen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, daß die Hollywood-Studios selbst in der Zusage als Nachfrager (Rückerwerber) ausgeschlossen worden sind. Damit haben die Parteien von vornherein diejenigen potentiellen Nachfrager ausgenommen, die voraussichtlich als einzige das Risiko eines Erwerbs der Rechte tragen könnten. Darüber hinaus ist die Zusage zeitlich bis zum Jahresende 2002 befristet. Damit käme ohnehin eine Einräumung der Rechte nur für einen Zeitraum von drei Jahren in Betracht. Ferner ist festzuhalten, daß die Zusage auf die Output Deals mit den Hollywood Majors beschränkt ist. Sportrechte, die neben Premium-Filmen ein entscheidender Programminhalt für Premium-Kanäle sind, werden nicht erfaßt. Nach allem ist die Zusage nicht geeignet, eine Chance für die Errichtung einer zweiten Programmplattform zu eröffnen.

b) Bouquet-Struktur

134. Die Parteien machen geltend, daß der Markteintritt potentieller Anbieter von Basispaketen und Sportprogrammen erleichtert wird, wenn Abonnenten nicht gezwungen sind, als Voraussetzung für ein Abonnement der Premium-Film und Sportkanäle von Premiere zunächst das Premiere-Basispaket zu abonnieren. Diese Zusage mag es in der Tat einer alternativen Programmplattform erleichtern, im Wettbewerb mit Premiere Abonnenten für ein Basispaket zu gewinnen. Sie kann jedoch kaum dazu beitragen, daß eine solche alternative Programmplattform entsteht, da diese sich nur auf der Grundlage von Premium-Kanälen ("anchor channels") entwickeln könnte.

c) Kabelnetzbetreiber

135. Die Parteien haben lediglich eine Vertriebskooperation mit den Kabelnetzbetreibern angeboten. Eine eigene Vermarktung von Premiere durch die Kabelnetzbetreiber und damit der Aufbau einer eigenen Kundenbeziehung sowie die Entbündelung und das Repackaging von Programmen sind danach ausgeschlossen. Für den Aufbau einer alternativen Programmplattform durch die Kabelnetzbetreiber wäre es jedoch - abgesehen von einer Kooperation mit der Telekom angesichts der derzeitigen Netzstruktur - zumindest erforderlich, daß diese die einzelnen Programmpakete des Premiere-Angebotes, insbesondere die Premium-Film und Sport-Kanäle, selbst erwerben können und dann zusammen mit Kanälen Dritter bündeln und ihren Kabelkunden anbieten können.

d) Pay TV- und Free TV-Rechte

136. Der Wortlaut der Zusage läßt es zu, daß Premiere die benötigten Rechte nicht nur bei anderen Anbietern sondern auch bei Kirch und CLT-UFA einkauft. Dann können aber CLT-UFA und Kirch jeweils Pay TV- und Free TV-Rechte kombiniert einkaufen. Die Zusage ist daher bedeutungslos.

e) BetaResearch

137. Bei der angebotenen Einrichtung eines Technischen Sachverständigenrates durch Telekom handelt sich lediglich um die Öffnung des bereits bestehenden Sachverständigenrates mit ARD und ZDF für dritte Unternehmen. Festzuhalten ist, daß nach der Vereinbarung mit ARD und ZDF der Sachverständigenrat zwar

über Fragen der technischen Entwicklung beraten soll, eine Durchsetzung seiner Empfehlungen jedoch nicht erzwingen kann.

138. Mit der von den Parteien vorgeschlagenen Beteiligungsmöglichkeit für dritte Unternehmen an BetaResearch könnte eine gewisse Transparenz bei Entscheidungen über die künftige Entwicklung der Technologie erreicht werden. Da die Beteiligung jedoch auf 25% begrenzt sein soll und der Zwischenholding kein Vetorecht eingeräumt wird, behalten Bertelsmann und Kirch als marktbeherrschende Pay TV-Anbieter und Telekom als marktbeherrschender Kabelnetzbetreiber gemeinsame Kontrolle über BetaResearch und damit über die Entwicklung der Technik.
139. Die Einführung einer CA-Pflichtlizenz und eines Schiedsgerichtsverfahrens für die Schlichtung von Streitigkeiten über die Konditionen, insbesondere die Höhe der Lizenzgebühren, mag zwar in gewissem Umfang dazu beitragen, daß Dritte bei der Lizenzvergabe diskriminierungsfrei behandelt werden. Diese Zusage ändert jedoch ebenfalls nichts daran, daß die Entwicklung der Technologie, für die die Lizenzen erteilt werden, von Bertelsmann, Kirch und Telekom kontrolliert werden. Bei der Verpflichtung von BetaResearch bis Ende 1998, die API-Schnittstelle des d-box-networks offenzulegen und sich bei Streitigkeiten über die Lizenzvergabe einer Schiedsinstanz zu unterwerfen sowie das native API um die von der DVB zu standardisierende Schnittstelle zu ergänzen, sobald eine solche vorliegt, handelt es sich im wesentlichen um eine Festschreibung dessen, was die Parteien ohnehin als beabsichtigt erklärt haben. Soweit sich BetaResearch verpflichtet, Herstellerlizenzen an jeden interessierten Decoderhersteller zu standardisierten Bedingungen zu vergeben und sich bei Streitigkeiten über die Konditionen einer Schiedsinstanz zu unterwerfen, vermag diese Zusage zwar zu einem Wettbewerb bei der Herstellung der Decoder beitragen. Sie ändert jedoch ebenfalls nichts daran, daß Bertelsmann und Kirch als marktbeherrschende Pay TV-Anbieter und Telekom als marktbeherrschender Kabelnetzbetreiber die Entwicklung der Decodertechnologie kontrollieren.

f) BetaDigital

140. Soweit sich BetaDigital für den Fall eines Streites über Konditionen ebenfalls einer Schiedsinstanz unterwirft, die abschließend entscheidet, ändert diese Zusage nichts daran, daß BetaDigital über eine dauerhafte Alleinstellung auf dem Markt für technische Dienstleistungen für Pay TV für den Satellitenbereich verfügen wird.

g) Zusammenfassende Beurteilung

141. Mit den vorgeschlagenen Zusagen schaffen die Parteien im Bereich der Technik zwar eine gewisse Transparenz und Absicherung des Zugangs zu der d-box-Technologie. Die Parteien sind jedoch nicht bereit, ihre alleinige Kontrolle über diese Technologie und insbesondere deren weitere Entwicklung aufzugeben. Was den Pay TV-Bereich betrifft, sind die vorgeschlagenen Zusagen nicht geeignet, eine realistische Chance für eine alternative Programm- und Vermarktungsplattform zu eröffnen. Premiere wird damit weiterhin in der Lage sein, die Bedingungen für den Marktzutritt Dritter zu diktieren. Zugleich werden ohne die Chance einer alternativen Programmplattform die Zusagen für den Bereich der Technik, zumindest hinsichtlich der Lizenzvergabe für die Zugangskontrolle,

weiter entwertet, da ohne eine solche zweite Programmplattform auch keine alternative technische Plattform zu erwarten ist.

3. Weitere Zusagen

142. Am 13. und 19. Mai 1998 haben die Parteien ihre bisherigen Vorschläge in folgenden Punkten ergänzt und erweitert:

a) Kabelnetzbetreiber

143. Über die bereits angebotene Vertriebskooperation hinaus wird Premiere Kabelnetzbetreibern die Vermarktung seiner Programme und insoweit den Aufbau einer eigenen Kundenbeziehung der Kabelnetzbetreiber unter bestimmten Voraussetzungen einräumen. Programmveranstalter für Free TV, Pay TV und Pay-Per-View sind von der Vermarktung grundsätzlich ausgeschlossen. Die Vermarktung erfolgt nicht exklusiv, d.h. Premiere und die Kabelnetzbetreiber vermarkten Premiere im Wettbewerb beim Kunden zueinander. Grundsätzlich hat jeder die Kundenbeziehung für die von ihm erworbenen Abonnenten. Die Daten der von den Kabelnetzbetreibern angeworbenen Kunden müssen Premiere jedoch in seinem SMS zur Verfügung gestellt werden, damit Premiere diese Kunden mit Zusatzangeboten und Dienstleistungen (wie Pay-Per-View) und allgemeinen Kundeninformationen versorgen kann. Die Vermarktung der Pay-Per-View-Angebote von Premiere durch Kabelnetzbetreiber ist ausgeschlossen.
144. Die Kabelnetzbetreiber müssen Pakete in derselben Kombination wie Premiere anbieten. Die Entbündelung der Programme innerhalb der einzelnen Pakete, aber auch der Premiere Paketstruktur insgesamt ist nicht erlaubt. Die Kabelnetzbetreiber können jedoch Premiere-Pakete mit eigenen Zusatzangeboten anreichern. Daneben können Kabelnetzbetreiber Programmpakete und Einzelprogramme dritter Veranstalter vermarkten. Wegen des Verzichts von Premiere auf eine Koppelung von Basispaket mit Premium-Paketen (siehe Randnummer 125) haben die Kunden der Kabelnetzbetreiber die Möglichkeit, neben den Premiere-Paketkombinationen auch ein eigenes Basispaket der Kabelnetzbetreiber zu abonnieren. Der Bezug eines solchen Basispaketes darf allerdings nicht zur Voraussetzung für ein Abonnement der Premiere-Programme gemacht werden. Der Preis der Premiere-Pakete für Kabelnetzbetreiber wird entsprechend dem Abgabepreis von Premiere im Kabelmarkt abzüglich der von Premiere durch die Fremdvermarktung ersparten Kosten festgesetzt. Die Kabelnetzbetreiber müssen d-box-Decoder wie Premiere im Mietmodell anbieten und sich bis zur Erschöpfung des Nokia-Kontingents (1 Million Decoder) aus diesem Kontingent bedienen.
145. Kabelnetzbetreiber dürfen die ihnen eingeräumte Freiheit bei der Belegung des Kabel nicht dazu mißbrauchen, bei den Premiere-Programmen die Vermarktung kapazitätsmäßig einzuschränken, d.h. sie müssen das Premiere-Programmbouquet in toto zur Vermarktung übernehmen. Andernfalls besteht keine Verpflichtung, das Premiere-Programm zur Vermarktung zu überlassen. Bei Kapazitätsengpässen sind Premiere und die Kabelnetzbetreiber entweder an die Vorgaben der Landesmedienanstalten gebunden oder verständigen sich auf eine anderes objektives Verfahren zur Kapazitätsvergabe.

b) Kabelnetze

146. Telekom hat zudem am 20. Mai 1998 die Erklärung abgegeben, daß sie zwei digitale Kanäle auf dem Hyperband längstens bis 31. Dezember 1999 für die Nutzung durch einen potentiellen dritten Programmveranstalter zur Verfügung halten werde. Weiterhin ist Telekom bereit, gemeinsam mit Netzebene 4-Betreibern die Kabelkapazitäten auf das Band IV auszuweiten, allerdings nur dort, wo eine Refinanzierung für die Kabelbetreiber (Netzebenen 3 und 4) möglich ist.

c) BetaResearch

147. Was die angebotene Beteiligung von dritten Unternehmen über eine Zwischenholding an BetaResearch betrifft (siehe Randnummer 128), sollen alle Gesellschafter, d.h. Bertelsmann, Kirch, Telekom und die Zwischenholding, die gleichen Rechte haben. Für die Mehrheitsfindung bei Abstimmungen gelten die gesetzlichen Regelungen (keine besonderen Quoren). Die bisherigen einzelnen Gesellschaftern eingeräumten Sonderrechte werden aufgehoben.

4. Bewertung

a) Kabelnetzbetreiber

148. Die von den Parteien vorgeschlagenen neuen Zusagen sind nicht geeignet, die Voraussetzungen für die Entstehung einer alternativen Programm- und Vermarktungsplattform im Kabelbereich zu schaffen. Die Parteien selbst weisen in ihrem Begleitschreiben darauf hin, "daß die Partner für eine wirtschaftlich sinnvolle Umsetzung dieser Vermarktungsformen gegenwärtig im deutschen Markt nicht existieren oder auch jedenfalls in der Vergangenheit keinerlei Bereitschaft gezeigt haben, die notwendigen Investitionen zum Aufbau entsprechender Infrastrukturen vorzunehmen". In der Tat ist es mit der derzeitigen Struktur der Kabelnetze für die privaten Kabelnetzbetreiber nicht möglich, eine Programm- und Vermarktungsplattform zu errichten.
149. Wie unter Randnummer 63 dargestellt, sind private Kabelnetzbetreiber überwiegend nur auf Netzebene 4 (Hausverkabelung, Kabelinseln) tätig. Die Netze auf der Netzebene 3 (Zuleitung von Kabelkopfstationen bis zur Grundstücksgrenze) befinden sich fast ausschließlich im Besitz der Telekom. Die privaten Kabelbetreiber sind damit derzeit in der Regel auf Vorleistungen der Telekom im Bereich der Netzebene 3 angewiesen. Ohne eine Nutzung der Netzebene 3 ist die Schaffung einer alternativen Programmplattform der privaten Kabelnetzbetreiber jedoch nicht möglich. Aufgrund der Zersplitterung des deutschen Kabelfernsehnetsbetriebs und der Stellung von Telekom als praktisch alleinigem Betreiber von Zuführungsnetzen der Netzebene 3 sind die privaten Kabelnetzbetreiber daher derzeit nicht in der Lage, eine alternative Programmplattform im Wettbewerb zu Premiere anzubieten.
150. Telekom hat in diesem Verfahren keine Bereitschaft gezeigt, eine Kooperation mit den privaten Kabelnetzbetreibern zur Schaffung einer alternativen Kabelplattform einzugehen oder diesen zumindest die Netzebene 3 zur Nutzung zu überlassen. Zwar hat Telekom am 22. Mai 1998 zur Frage, wie die Trennung

zwischen den Netzebenen 3 und 4 überwunden werden könne, erklärt, daß für die Inanspruchnahme der Leistungen der Telekom bei der digitalen Kabelplattform und einer digitalen Vermarktungsplattform Einzelverträge zwischen Telekom und denjenigen geschlossen würden, welche die Leistungen in Anspruch zu nehmen wünschten (Programmanbieter, Netzebene 4-Betreiber). Falls die Netzebene 4-Betreiber es wünschten, könne die technische und betriebliche Trennung der Netzebene 3 und 4 auch durch die Kombination der Leistungen von Netzebene 3- und Netzebene 4-Betreibern überwunden werden. Diese Erklärungen sind jedoch derart vage und allgemein gehalten, daß sie keine hinreichende Grundlage für die Erwartung bilden können, daß die Trennung von Netzebene 3 und 4 für eine Programm- und Vermarktungsplattform der Netzebene 4-Betreiber überwunden werden kann. Insbesondere was die angedeutete Kombination der Leistungen von Netzebene 3- und Netzebene 4-Betreibern betrifft, ist nicht dargelegt, welche Leistungen Telekom und welche Leistungen die Netzebene 4-Betreiber erbringen können und wie Leistungen von Netzebene 3- und Netzebene 4-Betreibern überhaupt technisch und wirtschaftlich kombiniert werden können. Völlig ungeklärt bleibt, ob Netzebene 4-Betreiber einen eigenen Zugang zur Netzebene 3 haben werden und ob sie insbesondere auch Conditional Access betreiben können und wie dies technisch ermöglicht werden kann. Auf der Grundlage der Erklärungen der Telekom muß daher nach wie vor davon ausgegangen werden, daß letztlich die Telekom die erforderlichen technischen Dienstleistungen nur selbst erbringen will und damit die Netzebene 4-Betreiber insofern von der Telekom abhängen werden. Eine Überwindung der Trennung von Netzebene 3 und 4 wäre daher mit hoher Wahrscheinlichkeit erst nach Restrukturierung und Privatisierung der Telekom Kabelnetze möglich, wenn die Kabelnetze der Telekom nach Ausgliederung von regionalen Gesellschaften unter Beteiligung privater Kabelnetzbetreiber betrieben würden. Über Zeitpunkt und Form der Restrukturierung hat Telekom jedoch keine verbindlichen Aussagen gemacht. Die Restrukturierung und Privatisierung wird daher voraussichtlich erst zu einem Zeitpunkt erfolgt sein, wenn der Vorsprung von Premiere wegen seines dann bestehenden Abonnentenstammes bereits so groß sein wird, daß sich alternative Plattformen nur schwer durchsetzen können.

151. Darüber hinaus werden Kabelnetzbetreiber auf der Grundlage der vorgeschlagenen Zusagen auch nicht in der Lage sein, Pay TV-Programme mit den gleichen Wettbewerbsmöglichkeiten wie Premiere anzubieten. Denn sie dürfen nicht als Programmveranstalter für Pay TV tätig sein und etwa selbsterstellte Regionalprogramme anbieten. Vielmehr sind sie bei ihrem Zusatzangebot ausschließlich auf die Vermarktung von Fremdkanälen beschränkt. Darüber hinaus dürfen Kabelnetzbetreiber Pay-Per-View-Angebote von Premiere nicht vermarkten und auch keine eigenen Pay-Per-View-Angebote machen. Wegen der fehlenden Exklusivität von Pay-Per-View-Rechte wäre jedoch durch Pay-Per-View-Angebote am leichtesten eine eigenständige Veranstaltung von Pay TV möglich. Zudem müssen sie die Premiere-Pakete in derselben Kombination wie Premiere anbieten. Damit würden sie bei dem wesentlichen Aktionsparameter der Bündelung völlig von Premiere abhängen.
152. Ferner müssen die Kabelnetzbetreiber Premiere ihre Kundendaten zur Verfügung stellen, ohne daß entsprechende Verpflichtungen für Premiere bestehen. Eine Preisgabe von Kundendaten ist jedoch eine in der Branche völlig unübliche Maßnahme, die Premiere einen erheblichen Wettbewerbsvorsprung sichert. Die

Preisgestaltung auf der Grundlage des Premiere-Abgabepreises abzüglich der durch Fremdvermarktung ersparten Kosten birgt die Gefahr, daß die Premiere-Programme von den Kabelnetzbetreibern nicht wirtschaftlich vermarktet werden können. Völlig ungeklärt ist, wer die Kostenersparnisse feststellt und nach welchen Kriterien die Kostenersparnisse definiert werden.

b) Kabelnetze

153. Die Reservierung von zwei digitalen Kanälen im Hyperband für die Nutzung durch potentielle dritte Programmveranstalter kann zwar theoretisch durch die damit zur Verfügung gestellte zusätzliche Kapazität dazu beitragen, daß die Veranstaltung konkurrierender Programme ermöglicht wird. Sie ist jedoch für sich genommen nicht geeignet, eine Chance für die Entstehung einer alternativen Programmplattform im Kabelbereich zu eröffnen. Dies gilt schon deswegen, da die Reservierung zeitlich begrenzt ist. Es erscheint außerordentlich schwierig innerhalb eines Zeitraums von nur 1 1/2 Jahren, eine alternative Programmplattform zu errichten. Da im übrigen private Kabelnetzbetreiber, wenn sie Premiere vermarkten wollen, nicht selbst Pay TV veranstalten dürfen, sind sie auf das Angebot von Fremdkanälen beschränkt und damit erheblich in ihren Möglichkeiten behindert, eine Programmplattform zu errichten, die die zwei Kanäle nutzen könnte. Auf der anderen Seite könnte ein Programmveranstalter, der auf der Grundlage der 25% der Pay TV-Rechte eine Programmplattform errichten wollte, nicht vor 2000 von den Rechten Gebrauch machen. Im übrigen müßte ein Programmveranstalter, wenn er die zwei Kanäle nutzen wollte, einen Vertrag für zehn Jahre abschließen, obwohl er nur bis Ende 2002 Zugriff auf die von den Parteien angebotenen 25% der Pay TV-Rechte aus den Output-Deals hat. Die weiterhin von Telekom in Aussicht gestellte Schaffung zusätzlicher Kapazitäten durch Ausbau des Bandes IV ist in keiner Weise konkretisiert und insoweit lediglich als allgemeine Absichtserklärung zu werten.

c) BetaResearch

154. Die Zusage, daß allen Gesellschaftern von BetaResearch einschließlich der Zwischenholding für Dritte gleiche Rechte eingeräumt werden, könnte grundsätzlich geeignet sein, das Problem der Kontrolle der Technologie durch Programmveranstalter zu lösen. Wenn keine Vetorechte für die Pay TV-Veranstalter CLT-UFA und Kirch mehr bestehen und alle Gesellschafter die gleichen Rechte haben, sind in den Gesellschaftsorganen formal betrachtete wechselnde Mehrheiten möglich. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß der Gesellschafterkreis von BetaResearch nur aus vier Gesellschaftern besteht, da Dritten eine Beteiligung nur über eine Zwischenholding eingeräumt sein wird. Mehrheitsentscheidungen können daher nur mit Zustimmung von mindestens drei der vier Gesellschafter getroffen werden. Das bedeutet, daß CLT-UFA und Kirch gemeinsam Entscheidungen stets blockieren können und deshalb auch nach wie vor in der Lage sind, ihre Interessen gemeinsam durchzusetzen, indem sie verhindern, daß eine ihren Interessen zuwiderlaufende Entscheidung zustandekommt. Die Zwischenholding für dritte Unternehmen könnte dagegen ihre Interessen gegenüber den Pay TV-Veranstaltern CLT-UFA und Kirch nur gemeinsam mit Telekom durchsetzen, indem diese beiden Gesellschafter gemeinsam gegen CLT-UFA und Kirch stimmen und dadurch eine Mehrheitsentscheidung nicht zustandekommt. Es liegt allerdings nahe, daß

Telekom, da sie die technische Dienstleistungen für Pay TV auf der Grundlage der d-box-Technologie erbringen wird, eher übereinstimmende Interessen mit CLT-UFA und Kirch als mit der Zwischenholding für dritte Unternehmen hat. Das bedeutet, daß die Möglichkeiten von CLT-UFA und Kirch als marktbeherrschenden Pay TV-Anbietern und Telekom als marktbeherrschendem Kabelnetzbetreiber, die Technologie und deren weitere Entwicklung gemeinsam zu kontrollieren, zwar formal betrachtet eingeschränkt sind, in der Praxis jedoch fortbestehen können.

d) Zusammenfassende Beurteilung

155. Aus dem Vorstehenden folgt, daß die vorgeschlagenen Zusagen auch in ihrer ergänzten Fassung unzureichend sind, um die bestehenden Wettbewerbsprobleme zu lösen. Denn die vorgeschlagenen Zusagen sind insbesondere, was den Pay TV-Bereich betrifft, nicht geeignet, eine realistische Chance für eine alternative Programm- und Vermarktungsplattform zu eröffnen. Premiere wird damit weiterhin in der Lage sein, die Bedingungen für den Marktzutritt Dritter zu diktieren. Zwar ist die Öffnung des Gesellschafterkreises von BetaResearch für Dritte unter gleichzeitiger Aufgabe der den bisherigen Gesellschaftern eingeräumten Veto- und Sonderrechte ein wichtiges Zugeständnis, da dadurch die strukturell abgesicherte Kontrolle der Technologie und deren weiterer Entwicklung aufgehoben wird. Da ohne die Chance einer alternativen Programmplattform jedoch auch keine alternative technische Plattform entstehen wird, ist die Zusage hinsichtlich BetaResearch auch in Verbindung mit den weiteren von den Parteien bereits vorgeschlagenen Zusagen hinsichtlich CA-Lizenz, API und Herstellerlizenz nicht ausreichend, um eine dauerhafte Marktbeherrschung von Premiere und BetaDigital zu verhindern.

VIII. ZUSAMMENFASSUNG

156. Aus den vorstehenden Gründen ist davon auszugehen, daß der beabsichtigte Zusammenschluß zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen führt, durch die wirksamer Wettbewerb in einem wesentlichen Teil der Gemeinschaft erheblich behindert würde. Der Zusammenschluß ist daher nach Artikel 8 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären -

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN :

Artikel 1

Der angemeldete Zusammenschluß durch Erwerb der gemeinsamen Kontrolle der Unternehmen CLT-UFA S.A. und Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG über die Unternehmen Premiere Medien GmbH & Co. KG, BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH und BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH wird als mit dem Gemeinsamen Markt und mit dem Funktionieren des EWR-Abkommens unvereinbar erklärt.

Artikel 2

Diese Entscheidung ist an folgende Adressaten gerichtet:

CLT-UFA S.A.
Boulevard Pierre Frieden, 45
L-2850 Luxemburg

Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG (KirchGruppe)
Robert-Bürkle-Straße 2
D-85737 Ismaning

Brüssel, den 27. Mai 1998
Für die Kommission
Karel VAN MIERT
Mitglied der Kommission