II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

KOMMISSION

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 9. November 1994

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

(Sache Nr. IV/M.469 — MSG Media Service)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(94/922/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [1], insbesondere auf Artikel 8 Absatz 3,

gestützt auf das EWR-Abkommen, insbesondere auf Artikel 57 Absatz 1 des Abkommens,

im Hinblick auf die Entscheidung der Kommission vom 18. Juli 1994 zur Einleitung des Verfahrens in diesem Fall,

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

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Das vorliegende Verfahren betrifft das Vorhaben der Bertelsmann AG (Bertelsmann), der Deutschen Bundespost Telekom (Telekom) und der Taurus Beteiligungs GmbH (Taurus), ein Gemeinschaftsunternehmen unter der Firma MSG Media Service Gesellschaft für Abwicklung von Pay-TV und verbundenen Diensten mbH (MSG) zu gründen.

(2) Mit Entscheidung vom 28. Juni 1994 ordnete die Kommission die Aussetzung des Vollzuges des angemeldeten Zusammenschlusses gemäß Artikel 7 Absatz 2 und Artikel 18 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89, nachstehend „Fusionsverordnung" genannt, bis zum Erlaß einer endgültigen Entscheidung an.

(3) Mit Entscheidung vom 18. Juli 1994 erklärte die Kommission, daß der geplante Zusammenschluß Anlaß zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt. Die Kommission leitete deshalb in diesem Fall das Verfahren nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c) der Fusionsverordnung ein.

(4) Mit Schreiben vom 29. Juli 1994 hat die Bundesrepublik Deutschland der Kommission gemäß Artikel 9 Absatz 2 der Fusionsverordnung mitgeteilt, daß der Zusammenschluß eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken droht, durch die ein wirksamer Wettbewerb auf drei Märkten in der Bundesrepublik Deutschland, die jeweils einen gesonderten räumlichen Markt im Sinne von Artikel 9 Absatz 7 darstellen, erheblich behindert

[1] ABl. Nr. L 395 vom 30. 12. 1989, S. 1 (Berichtigung: ABl. Nr. L 257 vom 21. 9. 1990, S. 13).

würde. Eine Verweisung des Falles nach Artikel 9 Absatz 3 der Fusionsverordnung ist nicht erfolgt.

I. DIE PARTEIEN

(5) 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. Obwohl Deutschland den wichtigsten Markt für Bertelsmann darstellt, hat der Konzern, der circa 60% seines Umsatzes außerhalb Deutschlands erzielt, weitgespannte internationale Aktivitäten.

(6) Taurus ist eine Beteiligungs-Holding der Kirch-Gruppe (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. Daneben unterhält Kirch in zunehmendem Maße Beteiligungen an Pay-TV-Anbietern außerhalb Deutschlands.

(7) Telekom ist das öffentliche Telekommunikationsunternehmen der Bundesrepublik Deutschland. Telekom ist entweder unmittelbar oder durch Tochterunternehmen auf allen Gebieten der Telekommunikationsdienstleistungen tätig. Das Unternehmen hat das Monopol für das deutsche Telefonnetz und ist Eigentümer und Betreiber von nahezu der Gesamtheit der deutschen Fernsehkabelnetze.

II. DAS VORHABEN

(8) Bertelsmann, Kirch und Telekom beabsichtigen, das Gemeinschaftsunternehmen MSG mit einem Stammkapital von 60 Millionen DM zu errichten. Jede der Muttergesellschaften wird ein Drittel des Stammkapitals und der Stimmrechte bei der MSG erwerben. Gegenstand der MSG ist die technische, betriebliche und administrative Abwicklung von überwiegend entgeltfinanzierten Fernseh- und anderen Kommunikationsdiensten einschließlich der Zugangskontrolle und des Kundenmanagements, ferner die Bereitstellung der erforderlichen technischen Infrastruktur für die Erbringung dieser Dienste sowie alle hiermit zusammenhängenden Geschäfte.

III. ZUSAMMENSCHLUSS

1. *Gemeinsame Kontrolle*

(9) MSG wird von den drei Muttergesellschaften gemeinsam kontrolliert werden. Nach dem Gesellschaftsvertrag der MSG hat jeder der drei Gesellschafter das Recht, jeweils zwei Mitglieder des sechsköpfigen Aufsichtsrats zu bestellen. Eine Reihe von strategischen Entscheidungen bedürfen einer Zustimmung des Aufsichtsrates, die eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen voraussetzt. Zu diesen Entscheidungen zählen insbesondere die Bestellung der Geschäftsführer, das jährliche Budget, die Aufnahme neuer oder die Aufgabe bestehender Tätigkeitsgebiete, die grundsätzliche Gestaltung der rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu Behörden, Netzbetreibern und Dienstanbietern und grundsätzliche Entscheidungen über anzuwendende Technologie und Systeme. Wesentliche Entscheidungen über das Management, die Geschäftspolitik und die Wettbewerbsstrategie des Gemeinschaftsunternehmens bedürfen daher der Zustimmung jeder der drei Muttergesellschaften.

2. *Konzentratives Gemeinschaftsunternehmen*

(10) a) MSG wird auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Zwar gibt es zur Zeit in Deutschland nur einen Pay-TV-Sender, Premiere, der von einem Gemeinschaftsunternehmen von Bertelsmann, Kirch und Canal Plus, der Premiere Medien GmbH & Co. KG, betrieben wird. Premiere erbringt die zum Betrieb von Pay-TV erforderlichen Dienstleistungen derzeit selbst. Damit besteht derzeit in Deutschland kein Markt für die Dienstleistungen, die Gegenstand der MSG sind. Wie weiter unten dargelegt, ist jedoch zu erwarten, daß im Gefolge der Einführung digitalen Fernsehens in den nächsten Jahren der dem Gemeinschaftsunternehmen nachgelagerte Markt für Pay-TV und andere entgeltfinanzierte Fernsehdienstleistungen rasch wachsen wird und neue Anbieter auf diesem Markt hinzutreten werden. Entsprechend ist auch davon auszugehen, daß sich für die von MSG angebotenen Dienstleistungen ein Markt entwickeln wird, der in der voraussehbaren Zukunft einen erheblichen Umfang erreichen wird. Das Gemeinschaftsunternehmen MSG ist darauf angelegt, auf diesem Wachstumsmarkt eine aktive Rolle zu spielen und an der Wertschöpfung auf diesem Markt teilzuhaben. Die MSG wird daher als Vollfunktionsunternehmen auf dem Markt auftreten und nicht lediglich ganz oder überwiegend Hilfsfunktionen für ihre Muttergesellschaften Bertelsmann und Kirch übernehmen.

(11) Hinsichtlich der für ihre Geschäftstätigkeit erforderlichen Investitionen sind die Muttergesellschaften auch bereit, das Gemeinschaftsunternehmen mit den nötigen finanziellen Mitteln auszustatten, um diese Investitionen selbst vornehmen zu können. Nach dem von der Tele-

kom vorgelegten Geschäftsplan der MSG wird unter der Voraussetzung, daß die zu installierenden Decoder vermietet werden, bis zum Jahr 2004 ein Gesamtkapitalbedarf der MSG von DM [...] (1) entstehen. Dieser Kapitalbedarf soll in Höhe von DM [...] durch Eigenkapital des Gemeinschaftsunternehmens finanziert werden. Zwar ist nach dem Geschäftsplan der Break-even erst nach [...] Jahren zu erwarten (d. h., [...] wird das kumulierte Betriebsergebnis positiv sein). Jedoch soll ohne Berücksichtigung der kumulierten Anlaufverluste ein positives Betriebsergebnis bereits im Jahr [...] erreicht werden. Eine derartige Ergebnisentwicklung ist bei einem langfristig angelegten Projekt auf einem Zukunftsmarkt mit hohem Investitionsbedarf nicht als außergewöhnlich anzusehen. Weder die dargelegte Eigenkapitalbasis noch die angestrebte Ergebnisentwicklung lassen den Schluß zu, daß die MSG nicht hinreichend mit finanziellen Mitteln ausgestattet sein würde, um als Vollfunktionsunternehmen angesehen zu werden.

(12) Dieser Annahme steht auch nicht entgegen, daß die MSG unter Umständen auch Dienstleistungen für das derzeitige auf analoger Basis erfolgende Pay-TV-Geschäft von Premiere übernehmen wird. Premiere verfügt über die technische Infrastruktur für analoges Pay-TV, auf deren Grundlage das Unternehmen die Abonnentenverwaltung selbst betreibt. Der Geschäftsplan von MSG weist für die Jahre 1995 bis 1997 eine von MSG zu betreuende Abonnentenzahl aus, die weit unter dem derzeitigen Abonnentenstamm von Premiere liegt (Abonnentenstamm Premiere: 800 000, Abonnenten MSG 1995: [...], 1996: [...], 1997: [...]). Dies läßt den Schluß zu, daß die Dienstleistungen von MSG nicht auf das derzeitige analoge Pay-TV von Premiere, sondern auf zukünftiges digitales Pay-TV zielen. Wenn MSG im Laufe der nächsten Jahre eine digitale Infrastruktur für Pay-TV aufgebaut hat, ist zwar davon auszugehen, daß Premiere diese Infrastruktur benützen wird, soweit der Sender digitales Pay-TV veranstalten wird. Mit der Digitalisierung wird aber die Möglichkeit eröffnet, daß in großem Umfang andere Pay-TV-Anbieter auftreten können, die dann die Dienstleistungen der MSG in Anspruch nehmen würden.

(13) Die MSG wird, wie weiter unten dargelegt, ein Bündel von Dienstleistungen anbieten, die einen eigenständigen Markt darstellen. Eine der wesentlichen Aufgaben von MSG wird es sein, die notwendige technische Infrastruktur für digitales Pay-TV zu schaffen, d. h., eine Decoder-Basis und ein System der Zugangskontrolle zu etablieren. Es handelt sich hierbei um eine essentielle Voraussetzung für Pay-TV, die ein ganz erhebliches Investitionsvolumen erfordert. Soweit bei der Nutzung der technischen Infrastruktur durch die von MSG angebotenen Dienstleistungen eine Zusammenarbeit von MSG mit den Muttergesellschaften erforderlich ist, die selbst Pay-TV-Anbieter sind, besteht dieselbe Notwendigkeit einer Zusammenarbeit auch mit anderen Pay-TV-Anbietern, die die Infrastruktur und die Dienstleistungen von MSG in Anspruch nehmen werden.

(14) b) Die Gründung der MSG bezweckt oder bewirkt auch nicht die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens von Unternehmen, die voneinander unabhängig bleiben. Ein Koordinierungsrisiko zwischen Bertelsmann und Kirch ist insbesondere nicht bei der Einführung neuer Pay-TV-Angebote bzw. der Umwandlung von derzeit werbefinanzierten Spartenprogrammen in Pay-TV-Programme zu erwarten. Die Pay-TV-Aktivitäten von Bertelsmann und Kirch sind derzeit in dem Gemeinschaftsunternehmen Premiere zusammengefaßt. Die drei Muttergesellschaften von Premiere haben sich „in Konkretisierung ihrer gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen in dem Gemeinschaftsunternehmen" verpflichtet, sich während der Dauer des Betriebs des gemeinsamen Pay-TV-Dienstes nicht ohne Zustimmung der jeweils anderen Partner an einem weiteren deutschsprachigen Pay-TV-Dienst zu beteiligen. Sollten daher Bertelsmann und Kirch in Zukunft gleichwohl unabhängig voneinander Pay-TV-Programme anbieten, so würde eine Koordinierung dieser unabhängigen Aktivitäten das Ergebnis der Zusammenarbeit in Premiere sein. Es ist nicht ersichtlich, daß es in diesem Zusammenhang einer zusätzlichen Koordinierung über MSG bedarf und daß eine derartige zusätzliche Koordinierung gegebenenfalls für den konzentrativen oder kooperativen Charakter der MSG relevant sein könnte.

(15) Von einem Koordinierungsrisiko der Muttergesellschaften im Sinne von Artikel 3 der Fusionsverordnung kann ebensowenig bei der Installierung der digitalen Infrastruktur und der Nutzung dieser Systeme ausgegangen werden. Die Installierung einer entsprechenden digitalen Infrastruktur für Pay-TV und deren Nutzung bildet gerade den Geschäftszweck des Gemeinschaftsunternehmens. Die Zusammenarbeit innerhalb eines Gemeinschaftsunternehmens im Rahmen des Geschäftszwecks ist ein Kennzeichen jedes Gemeinschaftsunternehmens und vermag nicht dessen kooperativen Charakter zu begründen. Schließlich liegen der Kommission keine Anhaltspunkte dafür vor, daß Telekom bzw. Kirch oder Bertelsmann die vorgenannten Dienstleistungen auch außerhalb der MSG

(1) In der veröffentlichten Fassung dieser Entscheidung wurden gemäß Artikel 17 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 bezüglich der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nachfolgend einige Angaben ausgelassen.

anbieten wollen. Insbesondere kann die Telekom nach Gründung der MSG nicht mehr als potentieller Wettbewerber des Gemeinschaftsunternehmens angesehen werden, da der Aufbau einer zusätzlichen alternativen Infrastruktur durch die Telekom angesichts ihrer Investitionen in MSG wirtschaftlich nicht vertretbar wäre und der von der Telekom mit der Gründung von MSG verfolgten Strategie völlig zuwiderliefe.

(16) Schließlich erscheint eine Koordinierung zwischen Kirch und Bertelsmann über MSG auf dem Markt für werbefinanziertes Fernsehen unwahrscheinlich. Zwar haben Bertelsmann und Kirch jeweils Beteiligungen an werbefinanzierten Fernsehsendern. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum die Zusammenarbeit im Pay-TV-Bereich und bei Dienstleistungen für Pay-TV etwa zu einer Wettbewerbsbeschränkung zwischen RTL und SAT 1 führen sollte. Gleiches gilt für das Verhältnis zwischen der Telekom und dem Gemeinschaftsunternehmen im Hinblick auf zukünftige nicht medienbezogene Kommunikationsdienstleistungen der Telekom.

(17) Nach allem ist davon auszugehen, daß die Gründung der MSG einen Zusammenschluß im Sinne von Artikel 3 der Fusionsverordnung in Form eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens darstellt.

IV. GEMEINSCHAFTSWEITE BEDEUTUNG

(18) Der weltweite Gesamtumsatz von Bertelsmann, Kirch und Telekom beträgt mehr als 5 Milliarden ECU. Bertelsmann erzielte im Geschäftsjahr 1992/93 9 Milliarden ECU, die Kirch-Gruppe [. . .] ECU und die Telekom 29,3 Milliarden ECU. Jedes der drei Unternehmen erzielt einen gemeinschaftsweiten Gesamtumsatz von mehr als 250 Millionen ECU. Die beteiligten Unternehmen erzielen nicht alle jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat. Der Zusammenschluß hat daher eine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Artikel 1 der Fusionsverordnung.

V. BEURTEILUNG NACH ARTIKEL 2 DER FUSIONSVERORDNUNG

A. *Relevante Produktmärkte*

(19) Der beabsichtigte Zusammenschluß hat Auswirkungen auf dem Markt für administrative und technische Dienstleistungen für Anbieter von entgeltfinanzierten Fernseh- und anderen Kommunikationsdienstleistungen, dem Markt für entgeltfinanzierte Fernseh- und andere Kommunikationsdienstleistungen (Pay-TV) und dem Markt für TV-Kabelnetze.

1. Administrative und technische Dienstleistungen für Pay-TV

(20) Der Betrieb von Pay-TV verlangt eine besondere technische Infrastruktur, die sich im wesentlichen aus einem Vorsatzgerät zur Entschlüsselung (Decoder), einer Technologie für die Zugangskontrolle und einem System für die Abonnentenverwaltung (subscriber management system) zusammensetzt. Auf der Basis dieser Infrastruktur ergeben sich eine Reihe von Dienstleistungen, die für den Betrieb von Pay-TV erforderlich sind.

(21) (a) Pay-TV-Programme werden im allgemeinen über Kabel oder über Satellit verbreitet. Anders als beim freien kommerziellen Fernsehen benötigen sie ein spezifisches System, mit dem sichergestellt wird, daß nur autorisierte Zuschauer, also Abonnenten der jeweiligen Pay-TV-Anbieter, die Programme empfangen können. Dies setzt voraus, daß in jedem auf Pay-TV abonnierten Fernsehhaushalt ein Decoder installiert wird, der die Fernsehbilder entzerrt („unscrambling"), die bei der Sendung des TV-Signals verzerrt worden sind („scrambling"). Decoder werden entweder im freien Handel verkauft oder vermietet bzw. per Leasing zur Verfügung gestellt. Da der Preis für einen zukünftig zu installierenden digitalen Decoder zumindest in der Anfangsphase in einer Größenordnung von 1 000 DM bis 1 500 DM liegen wird und daher für den einzelnen Zuschauer relativ hoch ist, kann davon ausgegangen werden, daß zumindest in den ersten fünf Jahren digitale Pay-TV-Decoder überwiegend vermietet werden. Dies bedeutet, daß die Installierung einer Decoderbasis eine erhebliche Investition für den Betreiber der Pay-TV-Infrastruktur darstellt.

(22) Da die meisten Haushalte nach Einführung des digitalen Fernsehens noch etliche Jahre mit einem analogen Fernsehgerät ausgestattet sein werden, bedarf es zusätzlich eines Digital-Analog-Umwandlers (Konverter), der die digitalen Signale in analoger Form empfangbar macht. Konverter und Decoder werden aller Wahrscheinlichkeit nach in einem einzigen Gerät angeboten werden („set top box") und auf längere Sicht in Satellitenreceiver bzw. unmittelbar in die Fernsehgeräte eingebaut werden.

(23) b) Neben einer Decoderbasis setzt der Betrieb von Pay-TV ein System der Zugangskontrolle („conditional access") voraus. Dieses System umfaßt die Übertragung von verschlüsselten Daten, die Informationen über die jeweils abonnierten Programme oder Programmpakete sowie über die Empfangsberechtigung der Pay-TV-Abonnenten enthalten, zusammen mit dem TV-Signal und gegebenenfalls sogenannten

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. Die Zugangskontrolle erfolgt entweder innerhalb des Decoders oder mittels einer oder mehrerer Smartcards, die in den Decoder gesteckt werden.

(24) In Westeuropa existieren gegenwärtig — für analog übertragenes Pay-TV — mindestens fünf Verschlüsselungssysteme, die in sich geschlossen (proprietär) arbeiten: Videocrypt (von BSkyB und Adult Channel in Großbritannien sowie von Filmnet in den Benelux-Staaten genutzt), Syster/Nagravision (Canal plus in Frankreich und Spanien, Premiere in Deutschland und Österreich sowie Teleclub in der Schweiz), Eurocrypt (Filmnet und TV 1 000 in Skandinavien), Irdeto (Telepiù in Italien) sowie Luxcrypt (RTL4 und RTL5 in den Niederlanden). Für das Scrambling/Descrambling, den Standard zur Übertragung digitaler Signale (MPEG II) und die Lizenzierung proprietärer Verschlüsselungstechnologien ist im Rahmen des European Project for Digital Video Broadcasting (DVB), dem etwa 150 Unternehmen mit Interessen im Bereich des digitalen Fernsehens in Europa angehören, eine europaweite Harmonisierung erreicht worden. Hinsichtlich der Verschlüsselungstechnologie ist die Intention der einzelnen Unternehmen unterschiedlich. Insbesondere Pay-TV-Anbieter wie BSkyB, Canal plus und Filmnet sind von der Notwendigkeit einer proprietären Verschlüsselungstechnologie überzeugt und sehen das Konzept SimulCrypt als den geeigneten Ansatz für die Zugangskontrolle im digitalen Fernsehen. Auf der anderen Seite bevorzugen potentielle Pay-TV-Anbieter und Netzbetreiber eher eine „common interface"-Lösung. Bei SimulCrypt können Pay-TV-Anbieter auf der Grundlage von Vereinbarungen und im DVB definierter technischer Vorgaben gleichzeitig Zugang zu Decodern mit unterschiedlichen Systemen der Zugangskontrolle haben. Dagegen können bei einer „common interface"-Lösung bereits die Decoder technisch so gestaltet sein, daß sie mit Hilfe von Modulen und/oder Smart Cards ganz verschiedene Zugangskontrollsysteme „verstehen". Im Rahmen der DVB ist jüngst eine Einigung dahin gehend erzielt worden, daß die Konzepte „SimulCrypt" und „Common Interface" nebeneinander angeboten werden. SimulCrypt wird durch einen Verhaltenskodex (Code of Conduct) für die geschäftlichen Beziehungen zwischen den Marktteilnehmern ergänzt; dieser Kodex wurde von einem Teil der Mitglieder der DVB unterschrieben, von einem anderen Teil nicht.

(25) c) Zu der Decoderbasis und der verschlüsselten Zugangskontrolle tritt eine Abonnentendatei hinzu, in der sämtliche relevanten Informationen über die Abonnenten eines Pay-TV-Programms gespeichert sind, zuzüglich Abrechnung und Inkasso (Subscriber Management System).

(26) Aus der dargestellten Infrastruktur ergeben sich die Dienstleistungen für den Betrieb von Pay-TV. Es handelt sich dabei im wesentlichen um die folgenden administrativen und technischen Dienstleistungen:

— die Bereitstellung der Decoder,

— die Abwicklung der Zugangskontrolle,

— die Abonnentenverwaltung gegenüber den Pay-TV-Kunden,

— die Abrechnung gegenüber den Programmanbietern.

(27) d) Die technischen und administrativen Dienstleistungen für Pay-TV können von einem Pay-TV-Anbieter selbst erbracht werden. Dies ist derzeit der Fall bei Premiere. Der Pay-TV-Anbieter kann seine Infrastruktur dabei auch anderen Pay-TV-Anbietern zur Verfügung stellen. Dies ist etwa der Fall bei Canal plus in Frankreich oder — für Satelliten-Pay-TV — bei BSkyB in Großbritannien. Auch Premiere will seine Dienste jetzt Dritten anbieten. Die Infrastruktur kann jedoch auch von Unternehmen betrieben werden, die keine Programmanbieter sind. Hier kommen zum Beispiel die Betreiber von Kabelnetzen in Betracht. Die Erbringung der genannten Dienstleistungen durch Kabelnetzbetreiber ist insbesondere in den Vereinigten Staaten vorherrschend.

(28) Die MSG wird die Decoder zur Verfügung stellen (zumindest kurz- und mittelfristig) und außerdem die Zugangskontrolle sowie die Abonnentenverwaltung für Pay-TV-Anbieter wahrnehmen. In unmittelbaren vertraglichen Beziehungen wird MSG dabei vor allem mit den Programmanbietern stehen. Der Vertrag über das Pay-TV-Abonnement wird zwischen Programmanbieter und Endverbraucher abgeschlossen. Dem Endverbraucher wird außerdem — so jedenfalls für etliche Jahre — der Decoder von der MSG vermietet. Schließlich muß der Programmanbieter mit der Telekom oder anderen Netz- oder Satellitenbetreibern Nutzungsverträge vereinbaren.

(29) Im Rahmen der Abonnentenverwaltung wird MSG auch die Zahlungseingänge kontrollieren

und darüber den Pay-TV-Anbieter informieren, der gegebenenfalls das Zugangskontroll-Signal für mit der Zahlung säumige Abonnenten löscht. MSG wird nach Aussage der Parteien selbst weder Programme oder interaktive Dienste anbieten noch das sogenannte Packaging (Zusammenstellung von Programmpaketen) vornehmen. Das Packaging wie auch das Marketing für die über MSG laufenden Programme sollen von den jeweiligen Programmveranstaltern selbst durchgeführt werden. Die MSG will ihre Dienstleistungen ab 1995 Programmanbietern offerieren unabhängig davon, ob diese ihre Programme in Digitaltechnik oder Analogtechnik ausstrahlen. Da die Einführung der Digitaltechnik, wie nachfolgend beschrieben, unmittelbar bevorsteht und gerade Kirch und Bertelsmann als die Mitgesellschafter des bislang einzigen analogen Pay-TV-Senders in Deutschland nicht die Absicht haben, weitere Pay-TV-Programme auf analoger Basis zu veranstalten (sieht man von einem von Premiere beabsichtigten Kinderkanal ab), ist nicht damit zu rechnen, daß MSG noch in nennenswertem Umfang für analoge Programme tätig werden wird.

(30) e) Wenn auch in Deutschland derzeit noch kein Markt für die Dienstleistungen der MSG besteht, ist doch davon auszugehen, daß sich ein solcher Markt insbesondere nach Einführung des digitalen Fernsehens entwickeln wird (siehe dazu unter 2). Da es nicht wahrscheinlich ist, daß alle Anbieter von TV-Kommunikationsdiensten ihre eigene Infrastruktur haben können, dürfte sich eine solche Nachfrage rasch entwickeln und ein entsprechendes Angebot für die von der MSG angebotenen Dienstleistungen hervorrufen.

(31) f) Nach der Konzeption der MSG ist von einem einheitlichen Markt für Dienstleistungen für digitales Pay-TV und andere digitale interaktive TV-Kommunikationsdienste auszugehen. Die MSG wird Decoder, Zugangskontrolle und Abonnentenverwaltung „aus einer Hand" anbieten. Das gleiche Dienstleistungspaket erbringen auf analoger Basis Premiere und Selco. Selco übernimmt zusätzlich die Vermarktung der von ihr betreuten Pay-TV-Programme. Nach der Einigung der DVB auf die parallele Existenz mehrerer Lösungen der Zugangskontrolle wären die Dienstleistungen, insbesondere das Subscriber Management System (Abonnentenverwaltung), auch getrennt anbietbar. Mehrere von der Kommission befragte Unternehmen halten insoweit die Entstehung eines gesonderten Marktes für Abonnentenverwaltung durch spezialisierte Firmen für möglich. In Verbindung mit der Abonnentenverwaltung oder auch gesondert davon könnte sich gegebenenfalls auch ein Spezialmarkt für Programme Packaging, d. h. für das Zusammenstellen von Programmpaketen verschiedener Programmanbieter, bilden.

2. Pay-TV

(32) Pay-TV stellt gegenüber kommerziellem werbefinanzierten Fernsehen und dem aus Gebühren und teilweise aus Werbeaufkommen finanzierten öffentlichen Fernsehen einen eigenen relevanten Produktmarkt dar. Während bei 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 für beide Arten kommerziellen Fernsehens daher unterschiedlich. Während bei werbefinanziertem Fernsehen die Einschaltquoten und die Werbegebühr die entscheidenden Aktionsparameter sind, ist für Pay-TV die an den Interessen der Zielgruppen ausgerichtete Programmgestaltung und die Gestaltung der Abonnementpreise entscheidend. (Siehe auch die Entscheidung der Kommission vom 5. August 1994 — IV/M.410 Kirch/Richmont/Telepiù.) Eine gewisse Beziehung zwischen Pay-TV und frei empfangbarem Fernsehen besteht allenfalls insoweit, als das Wachstum des Pay-TV-Marktes bei einem vergleichsweise vielfältigen Programmangebot der freien Sender langsamer erfolgt. So verlief die Entwicklung der Zahl der Premiere-Abonnenten in Deutschland anders als die Entwicklung der Zahl der Pay-TV-Abonnenten in Frankreich oder im Vereinigten Königreich (siehe unten Ziffer 48). Dies ändert jedoch nichts an dem eigenständigen Charakter des Pay-TV-Marktes. Die Unterscheidung der beiden Märkte könnte sich allenfalls bei mischfinanzierten Pay-TV-Programmen verwischen. Solche Programme sind in Zukunft in verschiedenen Ländern zu erwarten. Für den deutschen Markt gibt es bislang keine Anhaltspunkte für mischfinanziertes Pay-TV, zumal auch Premiere ein rein entgeltfinanziertes Programm ist. Vielmehr wird nach Aussage verschiedener Marktteilnehmer auch im digitalen Pay-TV der Verzicht auf Programmunterbrechungen durch Werbung ein wichtiges Argument zur Kundengewinnung sein.

(33) Auch in inhaltlicher Hinsicht unterscheiden sich Pay-TV-Programme und frei empfangbare, werbefinanzierte Programme. Die Digitalisierung ermöglicht eine starke Kompression der zu übertragenden Signale und wird deshalb zu einer erheblichen Ausweitung der Übertragungskapazitäten führen. Gegenwärtig können etwa 14 Millionen Haushalte mit Kabelanschluß und ca. 7 Millionen Haushalte mit Satellitenreceivern ca. 30 Fernsehprogramme in analoger Form empfangen. Für das digitale Zeitalter werden 200 und mehr Fernsehprogramme für möglich gehalten. Die neuen Programme dürften

im wesentlichen Pay-TV-Programme sein, da das Volumen für Fernsehwerbung nur noch begrenzt wachsen dürfte und der Markt für werbefinanziertes Fernsehen daher im wesentlichen ausgereift erscheint. Insbesondere kann vor diesem Hintergrund eine Vielzahl neuer entgeltfinanzierter Spartenprogramme erwartet werden, die die Nachfrage spezifischer Zielgruppen befriedigen wird (z. B. Sport, Musik, Nachrichten, Spielfilme oder Kinderprogramme). Zwar läßt sich auch bei werbefinanziertem Fernsehen eine Tendenz zu Spartenkanälen beobachten. Dies ist jedoch nicht vergleichbar mit der im digitalen Pay-TV zu erwartenden Spezialisierung. Darüber hinaus erlaubt die Digitalisierung in Verbindung mit der Benutzung des Telefon- oder Kabelnetzes als Rückkanal auch die Einführung interaktiver Fernsehdienste wie „Pay-per-View", „Near-Video-on-Demand", „Video-on-Demand", „Tele-Banking", „Tele-Shopping" oder „Tele-Teaching".

(34) Nach Auskunft der Parteien wird die Digitalisierung des Kabelnetzes der Telekom im Jahr 1995 erfolgen. Bereits mit Beginn des Jahres 1995 sollen 80 % der Haushalte mit Kabelanschluß über die Möglichkeit des digitalisierten Empfangs verfügen (einen Decoder vorausgesetzt). Es wird mit einer Erhöhung dieses Anteils im Laufe des Jahres auf 96 % gerechnet. Die Übertragung über Satelliten kann bereits jetzt analog wie digital erfolgen; lediglich die Sende- und Empfangseinrichtungen auf der Erde bedürfen einer Umrüstung. Im Breitbandkabelnetz der Telekom (BK-Netz) werden in dem erweiterten Sonderkanalbereich von 300—450 MHz (Hyperband) in Zukunft 15 Kanäle für die Übertragung von digitalen Programmsignalen zur Verfügung stehen. Auf jedem Kanal sollen 4—10 digitale Programme verfügbar sein. Die Telekom beabsichtigt, zunächst bis Ende 1995 drei Kanäle für digitales Fernsehen zur Verfügung zu stellen.

(35) Während in den USA mit DirectTV bereits im Frühjahr 1994 ein direkt empfangbares digitales Satellitenprogrammpaket mit zunächst 75 Programmen gestartet wurde, laufen in Europa gegenwärtig Pilotprojekte. Im Vereinigten Königreich bietet BSkyB Pay-per-Channel und Pay-per-View über Satellit an. BT beabsichtigt, einen Versuch mit Video on Demand auf der Basis einer teilweise digitalisierten Technologie zu unternehmen. In Frankreich hat France Télécom gerade einen Auftrag zur Lieferung von 300 000 Decodern ausgeschrieben. Canal plus will ebenfalls im Laufe des Jahres 1995 digitale Decoder einführen. Bertelsmann ist mit Canal plus eine Kooperation für gemeinsame Aktivitäten im Pay-TV-Bereich eingegangen, die Investitionen von mehr als [. . .] (1) Millionen ECU in den nächsten drei Jahren vorsieht.

(36) In Deutschland starten noch in diesem Jahr mehrere Pilotprojekte für digitales und zum Teil interaktives Fernsehen, so in Nürnberg, Hamburg und Berlin. Projekte mit interaktiven Diensten, u. a. Near-Video-on-Demand und Home-Shopping, werden Ende 1994 in 4 000 Haushalten in Baden-Württemberg (Multi Media Services Pilot) sowie in Hamburg (DITV Gesellschaft für digitales interaktives Fernsehen mbH) in Angriff genommen. Im Bereich von Home-Shopping plant schließlich das Versandhausunternehmen Quelle Schickedanz AG ab 1995 die Einführung von Tele-Shopping und will dies zu einem eigenen Satellitenkanal mit „elektronischem Katalog" sowie einem Dienstleistungs- und Unterhaltungsangebot ausbauen. Die meisten von der Kommission in diesem Verfahren befragten Unternehmen rechnen denn auch mit der Verbreitung digitalen Pay-TVs und digitaler interaktiver Dienste in den Jahren zwischen 1995 und 1998. Premiere, der von Bertelsmann, Kirch und Canal plus betriebene Pay-TV-Kanal, will nach eigener Ankündigung ab 1995/96 in der Lage sein, Near-Video-on-Demand und Pay-per-View anzubieten.

(37) Nach einer in der Fachpresse zitierten Untersuchung wären in Deutschland mindestens 20 % der Fernsehzuschauer über 14 Jahre bereit, zusätzlich zu den Rundfunkgebühren und Gebühren für das BK-Netz Geld für Pay-TV-Angebote auszugeben. Dies ergäbe ein Marktpotential von über 10 Millionen Zuschauern für Pay-TV-Angebote. Die Telekom selbst rechnet im Rahmen ihrer Planung für die MSG mit einer Zahl von 3,4 Millionen angeschlossenen Haushalten im Jahr 2005.

(38) Fraglich ist allenfalls, ob sämtliche Formen entgeltfinanzierter Kommunikationsdienste für Bildempfangsgeräte einem gemeinsamen Markt zuzuordnen sind. Insbesondere interaktive Dienste wie Home Shopping oder Home Banking könnten gesondert zu betrachten sein. Jedoch bildet nach gegenwärtigem Erkenntnisstand Pay-TV in den Formen Pay-per-Channel, Pay-per-View und Near-Video-on-Demand einen einzigen Markt, da bei diesen Formen allein der Veranstalter Programmabfolge und Ausstrahlungsrhythmus bestimmt und der Zuschauer nur begrenzte Auswahlmöglichkeiten hat (bei Near-Video-on-Demand wird z. B. eine bestimmte Anzahl von Spielfilmen zur Auswahl angeboten und jeweils in einem bestimmten Rhythmus am Tag wiederholt). Anderes könnte für das

(1) Geschäftsgeheimnis; nach Presseberichten in einer Größenordnung von 300 Millionen ECU.

eigentliche Video-on-Demand gelten, bei dem der Kunde aus einer „elektronischen Videothek" ein Programm seiner Wahl abruft. Da diese Sendeform jedoch nach Auskunft verschiedener potentieller Marktteilnehmer in den nächsten Jahren aus technischen Gründen noch nicht realisierbar sein dürfte, bedarf es hier keiner genauen Zuordnung zu einem Markt.

3. **TV-Kabelnetze**

(39) Nach Auffassung der Kommission ist von einem eigenständigen Markt für TV-Kabelnetze auszugehen.

(40) Die Parteien haben vorgetragen, daß es nach Einführung der Digitalisierung einen eigenen relevanten Markt für TV-Kabelnetze nicht mehr geben werde. Es bestünde dann keine Knappheit an Übertragungsmöglichkeiten mehr. Auch würden Kabel, Satellit und terrestrische Frequenzen mittlerweile vom Verbraucher als austauschbar angesehen und brächten auch vergleichbare finanzielle Belastungen für Zuschauer wie für Programmanbieter mit sich.

(41) Dieser Ansicht kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Fernsehen kann unabhängig von analoger oder digitaler Übertragungsform über terrestrische Frequenzen, über Satelliten oder über Kabelnetze übertragen werden. Zwischen den drei Übertragungsmöglichkeiten bestehen erhebliche Unterschiede, was die technischen Voraussetzungen und die Finanzierung betrifft. Während bei terrestrischer Übertragung und bei Satellitenfernsehen der Zuschauer lediglich auf eigene Kosten eine Funkantenne bzw. Parabolantenne installieren muß, setzt Kabelfernsehen die Unterhaltung eines Kabelnetzes voraus, das vom Zuschauer über Kabelgebühren finanziert wird. Dabei macht es für den Endverbraucher einen Unterschied, ob er für eine Übertragungsform eine einmalige große finanzielle Aufwendung zu tätigen hat (so für den Satelliten-Receiver) oder ob er eine niedrige, regelmäßige Belastung durch Kabelgebühren bevorzugt. Zwar ist im übrigen in Deutschland die Marktdurchdringung mit Kabelanschlüssen (ca. 14 Millionen) im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten besonders hoch, jedoch besteht auch in Deutschland für eine Vielzahl von Haushalten die Wahl zwischen verschiedenen Übertragungswegen nicht ohne weiteres. Von ca. 33 Millionen TV-Haushalten insgesamt sind etwa 8 Millionen noch nicht verkabelt und weitere 9 Millionen Haushalte voraussichtlich gar nicht für Verkabelung vorgesehen. Daß für ca. 8 Millionen Haushalte noch eine Wahlmöglichkeit bestehen könnte und gegebenenfalls auch die genannten Unterschiede in der Finanzierung infolge der Wahl ähnlicher Zahlungsmodalitäten (Ratenzahlung) vermindert werden, mag einen gewissen Grad an Austauschbarkeit ergeben. Dieser fällt jedoch in Deutschland angesichts der im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten bereits weit fortgeschrittenen Verkabelung sowie aufgrund weiterer, nachfolgend genannter Umstände nicht ins Gewicht. Für TV-Haushalte besteht nicht selten die Schwierigkeit, daß die Anschaffung von Satelliten-„Schüsseln" vom Vermieter oder von der Eigentümergemeinschaft in Mehrfamilienhäusern aus ästhetischen Gründen verweigert wird. Schließlich ist im Regelfall ein bereits mit Kabelanschluß bzw. Satelliten-Receiver ausgestatteter Haushalt nicht bereit, eine weitere Investition für die jeweils andere Übertragungsform zu tätigen („lock-in-Effekt"). Soweit heute in Mehrfamilienhäusern zum Zweck des Empfangs ausländischer Sender vermehrt von Kabelempfang auf Satellitenempfang umgestellt wird, wie die Parteien vortragen, fehlt es wegen des unterschiedlichen Programmangebots an einer Austauschbarkeit der beiden Empfangsformen.

(42) Auch aus der Sicht von Programmanbietern ist entgegen der Auffassung der Parteien nicht von einer kostenmäßigen Austauschbarkeit von Kabel und Satellit auszugehen. Bei Zugrundelegung des von den Parteien vorgelegten Kostenvergleichs ergibt sich zwar, daß ein Programmanbieter, der über Satellit ausstrahlt und zusätzlich das Satellitenprogramm in das Kabelnetz einspeist, vergleichbare Kosten wie ein nur über das Kabelnetz übertragender Anbieter hat. Strahlt ein Programmanbieter jedoch ausschließlich via Satellit aus („Direct-to-home"), so treffen ihn pro Wohneinheit und Jahr deutlich höhere Kosten.

(43) Schließlich steht einem eigenen relevanten Markt für Kabelnetze nicht, wie die Parteien behaupten, entgegen, daß mit der Digitalisierung die Knappheitssituation bei der Übertragung von TV-Signalen entfällt. Ob ein Wirtschaftsgut in beschränkter oder in hinreichender Zahl für Abnehmer verfügbar ist, bestimmt nicht über die Existenz eines relevanten Marktes für dieses Gut. Entscheidend ist vielmehr, ob es hinsichtlich eines Gutes oder einer Dienstleistung entgeltliche Austauschbeziehungen gibt. Dies ist bei der Übertragungskapazität für Fernsehsignale, ob in analoger oder digitaler Form, jetzt und auch in Zukunft der Fall.

(44) Aus diesen Erwägungen geht die Kommission von einem eigenständigen relevanten Markt für TV-Kabelnetze aus.

B. *Geographisch relevanter Markt*

(45) Nach dem Ergebnis der Ermittlungen der Kommission ist der geographisch relevante Markt für alle

drei dargestellten Produktmärkte auf Deutschland beschränkt. Hinsichtlich des Marktes für Dienstleistungen ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß MSG im Zeitablauf — gegebenenfalls mit örtlichen Partnern — seine Dienstleistungsaktivitäten auch auf andere Länder ausdehnen wird.

(46) 1. Für *Pay-TV* ergibt sich dies vor allem aus dem Umstand, daß die in Deutschland angebotenen Programme in weitem Ausmaß nicht gegen in anderen Ländern angebotene Programme austauschbar sind. Die Wettbewerbsbedingungen für Pay-TV-Anbieter unterscheiden sich aus folgenden Gründen gegenwärtig und auf absehbare Zeit auch nach einer Digitalisierung der Übergangswege erheblich in den einzelnen Mitgliedstaaten.

— TV-Programme werden ganz überwiegend national begrenzt und nur in der jeweiligen Landessprache ausgestrahlt. Die Senderechte werden jeweils für ein oder bestimmte mehrere Länder bzw. Sprachregionen vergeben. Diese Vergabe sowie die zeitliche Festlegung von sogenannten „Fenstern" für Kino, Video und Pay-TV unterliegen unterschiedlichen rechtlichen bzw. zwischen den Anbietern vereinbarten Bestimmungen. Weiterhin erfolgt die Ausstrahlung fremdsprachiger Filme oder anderer Programme fast nie in der Originalsprache. Während z. B. englischsprachige Filme in den Benelux-Staaten und in Skandinavien häufig mit Untertiteln in der jeweiligen Landessprache gesendet werden, ist in Deutschland, Frankreich, Italien und Spanien eine Synchronisierung üblich. Dies verursacht unterschiedliche Kosten für die Veranstalter.

— Zwar gibt es bereits in einigen Marktnischen Programme, die über die Sprachgrenzen hinaus ausgestrahlt werden, wie etwa das Beispiel des deutsch-französischen Senders Arte oder des Musikkanals MTV zeigt. Generell ist jedoch das Programmangebot und die jeweilige Mischung (programmemix) noch deutlich von kulturellen Unterschieden und bestimmten Vorlieben des jeweiligen Publikums bestimmt.

(47) Insbesondere die sprachlichen Barrieren und die regulatorischen Unterschiede werden auch im Zeitalter des digitalen Pay-TV noch fortbestehen. Es ist davon auszugehen, daß Pay-TV-Programme in Deutschland auch in Zukunft überwiegend deutschsprachige Programme sein werden. Schon von daher unterscheiden sich die Wettbewerbsbedingungen gegenüber anderen nicht deutschsprachigen Ländern.

(48) Der Markt für Pay-TV weist aber noch weitere Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen zwischen den Mitgliedstaaten auf. Die Anbieterstruktur beim analog übertragenen Pay-TV ist dadurch gekennzeichnet, daß in nahezu jedem Mitgliedstaat ein bestimmter Anbieter eine überragende Marktstellung oder sogar Monopolstellung einnimmt. Dies gilt für BSkyB im Vereinigten Königreich, Canal plus in Frankreich und Spanien, Filmnet in Benelux, Telepiù in Italien und Premiere in Deutschland. Allein in Skandinavien sind mehrere Anbieter tätig (Filmnet, TV 1 000, Tele TV). In entsprechender Weise differieren Preise, Zahl der Programme und Kombinationsmöglichkeiten. Selbst die weiter oben im einzelnen dargestellten Verschlüsselungssysteme lassen sich, wenn auch eher regional, nach den großen Anbietern unterscheiden. Premiere ist gegenwärtig der einzige Anbieter mit nur einem Programm. Für den deutschen Markt ist denn auch die deutlich schwächere Durchdringung mit Pay-TV auffällig. Nur etwa 800 000, d. h., 2 % aller deutschen TV-Haushalte haben Premiere abonniert. In Frankreich und im Vereinigten Königreich liegen diese Raten bei 16 % bzw. 15 %. Eine unterschiedliche Marktdurchdringung mag als solche keine Marktzutrittsschranke darstellen. Nach Aussage mehrerer Wettbewerber der Zusammenschlußbeteiligten im Fernsehmarkt ist jedoch z. B. die Diskrepanz zwischen Deutschland und Frankreich auf die unterschiedliche Attraktivität des Spielfilmangebots im freien, werbefinanzierten Fernsehen zurückzuführen. Das breitgefächerte Spielfilmangebot im deutschen Fernsehen wird einen Marktzutritt Dritter voraussichtlich auch in Zukunft erschweren.

(49) In technischer Hinsicht ist schließlich zu berücksichtigen, daß der Zuschauer bei Pay-TV lediglich über einen Decoder Programme empfangen kann. Damit ist grundsätzlich die technische Möglichkeit eröffnet, für identische Programme eine Preisdifferenzierung nach Mitgliedstaaten zu betreiben.

(50) Auch wenn nach Einführung der Digitalisierung mit einem weiteren Angebot und mit der Entstehung vielfältiger interaktiver Dienste zu rechnen ist, werden sich die strukturellen Ungleichgewichte auf Anbieterseite nicht kurzfristig nivellieren. Es ist bereits absehbar, daß die derzeit führenden Pay-TV-Anbieter auch beim digitalen Fernsehen eine Vorreiterrolle spielen werden. Die Ermittlungen der Kommission ergaben, daß Deutschland als der größte poten-

tielle Markt in Europa für Pay-TV-Dienste angesehen wird.

(51) Dies würde auch für deutsche Anbieter gelten, die in Österreich tätig werden wollten. Hier allenfalls könnte mit Rücksicht auf die fehlende Sprachbarriere zukünftig von einem Markt für deutschsprachiges Pay-TV auszugehen sein. Gegenwärtig hat das von Kirch, Bertelsmann und Canal plus betriebene Pay-TV-Programm Premiere den weit überwiegenden Teil seiner Abonnenten in Deutschland; weniger als [. . .]% der Abonnenten entfallen auf Österreich. Andere Pay-TV-Anbieter gibt es in den beiden Ländern gegenwärtig nicht. Deshalb und angesichts der unten näher ausgeführten Wettbewerbsbedingungen bei Eintritt in das Zeitalter digitalen Pay-TVs würde sich die wettbewerbliche Würdigung des Zusammenschlusses auch bei Zugrundelegung eines beide Länder umfassenden geographischen Marktes nicht ändern.

(52) 2. Da die *Dienstleistungen*, die von MSG angeboten werden, eng mit dem Pay-TV-Angebot verbunden sind, ist davon auszugehen, daß auch der Markt für diese Dienstleistungen in absehbarer Zeit auf Deutschland beschränkt bleiben wird. Zwar ist MSG nach Aussage der Parteien auf eine europaweite Tätigkeit ausgelegt und stehen der Decoder- und Smartcartlieferung sowie Abonnentenbetreuung ins Ausland keine Hindernisse entgegen. Auch haben die für Pay-TV relevanten sprachlichen und regulatorischen Unterschiede keine unmittelbare Bedeutung im Bereich der Dienstleistungen. Wie bereits festgestellt, müßten jedoch die von MSG betreuten Pay-TV-Anbieter Übertragungskapazitäten bei den jeweiligen nationalen Netzinhabern besitzen. Dies mag in Ländern mit überwiegend via Satellit empfangenen TV-Programmen von geringerer Relevanz sein, für den deutschen Markt mit über 14 Millionen Kabelhaushalten hat es jedoch entscheidende Bedeutung. Die MSG wird denn auch zunächst ausschließlich in Deutschland tätig werden. Auch Premiere, welches die erforderlichen Dienstleistungen selbst erbringt und nach eigener Aussage auch für andere Pay-TV-Anbieter erbringen kann, hat, wie dargelegt, den weitaus überwiegenden Teil seiner Abonnenten in Deutschland. Allenfalls in dem Maße, wie deutsche Veranstalter digitalen Pay-TVs auch Abonnenten in anderen deutschsprachigen Regionen gewinnen, wird sich voraussichtlich auch der Dienstleistungsmarkt der MSG auf diese Gebiete ausdehnen.

(53) Auch wenn es zutreffen mag, daß ein Angebot ausländischer Programmanbieter nicht unbedingt eine eigene technische Infrastruktur in Deutschland erfordert, erscheint eine solche doch von Vorteil. Bislang werden die einschlägigen Dienstleistungen auch jeweils von dem nationalen Pay-TV-Anbieter erbracht. Die jüngst erfolgte Gründung des deutschen Vermarktungs- und Dienstleistungunternehmens Selco für Pay-TV-Programme von BSkyB und andere englischsprachige Programme belegt dies ebenfalls. Die Marktchancen von MSG beruhen im übrigen nicht unwesentlich auf dem Bestehen eines gut ausgebauten Kabelnetzes in Deutschland. Dieses Netz wird als solches und in Verbindung mit dem Telefonnetz auch für zukünftige interaktive Dienste von besonderer Bedeutung sein. Dies gilt gerade angesichts der bevorstehenden Einführung der ISDN-Technologie auf der Basis des Glasfaser-BK-Netzes, womit ein dialogfähiges Datenübertragungsnetz mit fast unbeschränkter Kapazität entsteht. Vor dem Hintergrund des wesentlich geringeren Grades der Verkabelung in den meisten anderen Mitgliedstaaten, insbesondere in Frankreich und im Vereinigten Königreich, wird es deshalb auf absehbare Zeit noch an homogenen Wettbewerbsbedingungen zwischen Deutschland und den übrigen Mitgliedstaaten fehlen. Mit Blick auf Österreich und die dort bestehenden Kabelnetze könnte es allenfalls — aus den oben (Ziffer 52) dargelegten Erwägungen — zur Entstehung eines deutschsprachigen Marktes für die Dienstleistungen kommen.

(54) 3. Für den *Betrieb von TV-Kabelnetzen* ergibt sich ein nationaler deutscher Markt bereits aus dem gesetzlichen Monopol der Telekom, Kabelnetze auf öffentlichen Wegen zu verlegen und zu betreiben. Dadurch unterscheiden sich die Wettbewerbsbedingungen in Deutschland erheblich von denen anderer Länder, in denen das Netzmonopol bereits aufgehoben ist und teilweise eine Vielzahl privater Netzbetreiber existiert.

C. *Auswirkungen des Zusammenschlusses*

1. Technische und administrative Dienstleistungen

(55) MSG wird der erste Anbieter von technischen und administrativen Dienstleistungen für Pay-TV und andere entgeltfinanzierte Kommunikationsdienste in Deutschland sein. Abgesehen von dem in einem speziellen Marktsegment angesiedelten Unternehmen Selco wird MSG voraussichtlich auch in näherer Zukunft der einzige Anbieter dieser Dienstleistungen auf dem deutschen Markt bleiben und damit eine Alleinstellung haben. Zwar ist eine Alleinstellung in einem Zukunftsmarkt, der sich gerade erst zu entwickeln beginnt, nicht zwangsläufig als marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 der Fusionsverordnung anzusehen. Die Annahme, daß keine Marktbeherrschung besteht, setzt jedoch in einem derartigen Fall vor-

aus, daß dieser Zukunftsmarkt offen für künftigen Wettbewerb bleibt und die Alleinstellung daher nur vorübergehend ist. Diese Voraussetzung ist aber im vorliegenden Fall nicht gegeben. Es ist zu erwarten, daß der Markt für die von MSG angebotenen Dienstleistungen durch die Gründung dieses Gemeinschaftsunternehmens bereits in der Entstehungsphase abgeschottet wird und MSG eine auf Dauer angelegte Alleinstellung erlangen wird.

a) *Beseitigung potentiellen Wettbewerbs*

(56) Wie bereits dargelegt, zeigt die Erfahrung in anderen Ländern, daß als Anbieter technischer und administrativer Dienstleistungen für Pay-TV am ehesten Veranstalter von Pay-TV und Kabelnetzbetreiber in Betracht kommen. In Deutschland ist der derzeit einzige Pay-TV-Veranstalter der Sender Premiere, der von seinen drei Anteilseignern Bertelsmann, Kirch und Canal plus gemeinsam beherrscht wird. Premiere erbringt derzeit selbst die für seinen Pay-TV-Betrieb notwendigen technischen und administrativen Dienstleistungen. Auf der anderen Seite ist die Telekom, die ein öffentlichrechtliches Monopol für das Breitbandkabelnetz besitzt, der fast ausschließliche Kabelnetzbetreiber in Deutschland. Mehr als 90 % der Kabelnetze werden in Deutschland von der Telekom betrieben. Mit der Gründung der MSG schließen sich demnach die Unternehmen zusammen, die jedes für sich prädestiniert wären, eine Infrastruktur für digitales Pay-TV zu installieren und die entsprechenden Dienstleistungen zu erbringen. Der wahrscheinlichste potentielle Wettbewerb wird dadurch schon in der Entstehungsphase des Marktes ausgeschlossen.

(57) Die Parteien machen demgegenüber geltend, daß keines der Gründerunternehmen von MSG angesichts der erforderlichen erheblichen Investitionen bereit wäre, den Markt der von MSG angebotenen Dienstleistungen für sich allein zu eröffnen. Nach dem Vorbringen der Parteien würde keiner der Gesellschafter von MSG das mit den Investitionen verbundene unternehmerische Risiko allein und ohne den für das Vorhaben erforderlichen gebündelten Sachverstand eingehen. Es ist den Parteien insoweit zwar zuzugestehen, daß die erforderlichen Investitionen, die nach den vorliegenden Unterlagen auf [. . .] Millionen DM im Verlauf der nächsten zehn Jahre veranschlagt werden, in einer beträchtlichen Größenordnung liegen. Bertelsmann/Kirch auf der einen Seite und die Telekom auf der anderen Seite verfügen jedoch jeweils über die Ressourcen, um ein Vorhaben wie MSG auch allein zu verwirklichen. Beide haben auch jeder für sich ein starkes Interesse daran, eine technische Infrastruktur für digitales Pay-TV zu installieren. Für Bertelsmann/Kirch folgt dies bereits aus den zusätzlichen Programmöglichkeiten, die sich bei digitalem Fernsehen gerade für Pay-TV ergeben. Für die Telekom ist es von erheblicher Bedeutung, daß bei Einführung digitalen Fernsehens auch die Voraussetzungen für digitales Pay-TV geschaffen werden. Da die zusätzlichen durch die Digitalisierung ermöglichten Programme, wie bereits dargelegt, zumeist entgeltfinanziert sein dürften, hängt der Erfolg digitalen Fernsehens und damit eine bessere Nutzung des Kabelnetzes der Telekom davon ab, daß die erforderliche Infrastruktur für Pay-TV gewährleistet ist.

(58) Das Argument der Parteien, sie könnten nur zusammen das Risiko der Investition in eine digitale Infrastruktur übernehmen, erscheint auch wenig überzeugend, wenn man die Erfahrungen bei der Einführung des Mobilfunk-Systems GSM in Deutschland bedenkt. Auch in diesem Fall mußte eine möglichst flächendeckende Infrastruktur für ein neues Kommunikationssystem geschaffen werden. Es war jedoch möglich, daß zwei konkurrierende Betreiber von Mobilfunk diese Aufgabe übernahmen. Damit wurde gewährleistet, daß Mobilfunkteilnehmer die Wahl zwischen zwei im Wettbewerb stehenden Systemen haben, dem von der Telekom betriebenen System D 1 und dem von einen privaten Konsortium betriebenen System D 2. Während sich die Investitionen der MSG in einer Größenordnung von [. . .] Millionen DM über 10 Jahre verhalten sollen, investierte jeder der Betreiber von D 1 und D 2 jeweils 2,5 bis 3 Milliarden DM in einem Zeitraum von fünf Jahren.

(59) Aus vorliegenden Unterlagen der Telekom zu dem Projekt MSG ergibt sich, daß die Telekom ein strategisches Interesse hat, durch den Aufbau eines Dienstleistungsunternehmens den Einstieg in das Pay-TV-Geschäft und den sich zukünftig entwikkelnden Markt für interaktive höherwertige Dienste vorzunehmen. Mit der Förderung der Verbreitung von Pay-TV als Einstiegsstufe zu interaktiven Diensten eröffnet sich danach für die Telekom die Möglichkeit, im Bereich des Breitbandkabeldienstes statt einer rein anschlußbezogenen eine stärker nutzungsorientierte Entgeltpolitik zu betreiben. Vor diesem Hintergrund erscheint es wahrscheinlich, daß die Telekom ohne die Einbringung in die MSG unabhängig in den Markt für technische und administrative Dienstleistungen eintreten würde und damit eine Pay-TV-Infrastruktur betreiben würde, die nicht von Bertelsmann/Kirch kontrolliert wäre. Gegebenenfalls könnte die Telekom diese Aufgabe auch mit anderen Partnern, die nicht im Pay-TV-Bereich tätig sind, zusammen übernehmen.

b) *Abschottung des Marktes*

(60) Es erscheint kaum vorstellbar, daß konkurrierende Anbieter in Deutschland auf dem Markt technischer und administrativer Dienstleistungen für Pay-TV auftreten können, sobald sich die MSG auf diesem Markt etabliert hat. Die Installierung einer alternativen Infrastruktur würde einen hohen Investitionsbedarf erfordern, der von anderen Anbietern oder Anbietergruppen nur aufgebracht würde, wenn es eine entsprechende Marktdurchdringungs-

chance gäbe. Eine solche Chance wäre jedoch kaum gegeben, wenn MSG den Markt bereits besetzt hat. Ein alternatives Dienstleistungsangebot müßte sich gegenüber den kombinierten Wettbewerbsvorteilen und spezifischen Stärken von Telekom einerseits und Bertelsmann/Kirch andererseits durchsetzen. Dies erscheint kaum möglich.

aa) Stärken der Telekom

(61) Folgende spezifische Stärken der Telekom sind für das Gemeinschaftsunternehmen MSG und den Markt der von MSG angebotenen Dienstleistungen in besonderem Maße relevant:

— Die Telekom verfügt über ein Breitbandkabelnetz mit derzeit über 13 Millionen angeschlossenen Haushalten, was mehr als 90 % aller verkabelten Haushalte in Deutschland bedeutet (insgesamt 14 Millionen Kabelanschlüsse). Von den beiden wesentlichen Möglichkeiten zur Übertragung von Pay-TV spielt das Kabelnetz in Deutschland eine weitaus größere Rolle als das Satellitenfernsehen, das derzeit von 7 Millionen Haushalten empfangen werden kann. Hinzu kommt, daß regionale oder lokale Märkte am kostengünstigsten über direkte lokal begrenzte Einspeisungen in das Kabelnetz erreicht werden können. Wegen der Bedeutung des Kabelnetzes in Deutschland können Dienstleistungen für Pay-TV sinnvollerweise nur erbracht werden, wenn sie sich auf Pay-TV-Programme erstrecken, die auch im Kabel übertragen werden. Eine Beschränkung auf Satellitenprogramme ist nur in speziellen Marktsegmenten denkbar, wie sie etwa dem Tätigkeitsbereich von Selco entsprechen, der weiter unten dargelegt ist. Außerhalb dieser Segmente ist daher jeder Anbieter von Pay-TV abhängig von der Nutzung des Kabelnetzes der Telekom.

— Als Inhaber des Kabelnetzes wird die Telekom die Digitalisierung im Bereich des Hyperbandes betreiben. Sie legt den schrittweisen Ausbau der für digitales Fernsehen vorgesehenen Übertragungskanäle fest und kann damit die Entwicklung der Übertragungskapazität für digitales Fernsehen steuern.

— Mit der unlängst erworbenen Beteiligung von 16,6 % an SES ist die Telekom nach dem Großherzogtum Luxemburg der zweitgrößte Anteilseigner an dem wichtigsten europäischen Satellitenbetreiber geworden, der über die ASTRA-Satelliten 6 Millionen Haushalte in Deutschland erreicht. Die Telekom ist im Verwaltungsrat von SES vertreten und arbeitet mit SES zusammen, um die Kompatibilität zwischen Satellitennetz und Kabelnetz im Bereich des digitalen Fernsehens abzustimmen. Auch wenn die Telekom SES nicht kontrolliert, kann sie über die Beteiligung an SES auf die Vergabe von Satellitenkanälen der ASTRA-Satelliten Einfluß nehmen, die in der Gemeinschaft eine dominierende Rolle spielen.

— Als Inhaber des Breitbandkabelnetzes und zugleich des Monopols für das ortsfeste Telefonnetz kontrolliert die Telekom die beiden wichtigsten Übertragungswege, die den für interaktives digitales Fernsehen erforderlichen Rückkanal bereitstellen können. Die technisch mögliche Nutzung von Mobilfunk als Rückkanal erscheint wirtschaftlich zumindest für private Haushalte nicht als geeignete Alternative. Nach der Kommission vorliegenden Informationen kann das Breitbandkabelnetz in Deutschland aus technischen Gründen derzeit nicht als Rückkanal benützt werden. Hierzu bedürfte es weiterer Investitionen. Um so wichtiger ist daher das Telefonnetz der Telekom bzw. ihr Glasfasernetz als derzeit einzig in Frage kommender Rückkanal für interaktives Fernsehen.

— Mit dem Kabelnetz verfügt die Telekom über eine Kundenbasis, die für den Betrieb von Pay-TV von erheblicher Bedeutung sein kann. Die Telekom hat einen direkten Zugang zu ca. 4 Millionen Einzelkunden. Sie ist zudem mittelbar an den Kabelservicegesellschaften beteiligt, die weitere 900 000 Kabelnutzer im Bereich der Netzebene 4 (Hausverteilanlagen) betreuen. Darüber hinaus verfügt die Telekom mit der flächendeckenden Präsenz der Telekom-Läden auch über eine bundesweite Vertriebsbasis.

— Als Kabel- und Telefonnetzbetreiber verfügt die Telekom über Erfahrungen im Netzmanagement und die technologische Kompetenz für Kommunikationsdienstleistungen.

Die dargelegten spezifischen Stärken der Telekom verleihen der MSG erhebliche Wettbewerbsvorteile gegenüber potentiellen Konkurrenten.

bb) Stärken von Bertelsmann/Kirch

(62) Als bisher einziger Anbieter von Pay-TV haben Bertelsmann/Kirch über Premiere bereits einen Abonnentenstamm, den sie auch bei zukünftigen digitalen Pay-TV nutzen können. Die Parteien wenden in diesem Zusammenhang ein, daß der Abonnentenstamm von Premiere nicht ausreichen würde, um die Investitionen in MSG amortisieren zu können. Dies mag zutreffend sein. Das Risiko einer Investition in eine digitale Infrastruktur wird jedoch deutlich herabgesetzt, wenn ein Dienstleistungsanbieter auf einem Abonnentenstamm von Kunden im analogen Pay-TV aufbauen kann. Jeder Wettbewerber von MSG müßte sich auf einen

Abonnentenstamm stützen, den die von ihnen betreuten Pay-TV-Veranstalter erst einmal erwerben müßten. Wettbewerber von Bertelsmann/Kirch auf den Markt für Pay-TV müßten im Gegensatz zu den Muttergesellschaften von Premiere beim Nullpunkt beginnen. Das gleiche gilt für potentielle Wettbewerber von MSG im Bereich der technischen und administrativen Dienstleistungen.

(63) Wie weiter unten im einzelnen dargelegt wird, verfügen Bertelsmann und insbesondere Kirch über einen bevorzugten Zugang zur Programmsoftware. Bertelsmann/Kirch haben in weitaus größerem Maße als ihre potentiellen Wettbewerber im Pay-TV-Markt die Möglichkeit, nach einer Einführung digitalen Fernsehens zusätzliche attraktive Pay-TV-Programme anzubieten. Jeder potentielle Wettbewerber von MSG müßte sich daher eine Kundenbasis schaffen, ohne die Programme der auch in Zukunft führenden Pay-TV-Anbieter für seine technische Infrastruktur zur Verfügung zu haben. Dies erhöht das wirtschaftliche Risiko eines alternativen Dienstleistungsanbieters erheblich.

(64) Schließlich verfügt das Unternehmen Bertelsmann, das Erfahrungen im Kundenmanagement von weltweit 22 Millionen Buchclubmitgliedern besitzt, als führender Betreiber von Buchclubs in Deutschland mit 6 Millionen Buchclubmitgliedern über einen wichtigen potentiellen Vertriebskanal für Pay-TV. Auch damit werden die Chancen eines Markterfolgs zukünftiger digitaler Pay-TV-Programme von Bertelsmann/Kirch verstärkt, was zugleich für die MSG bedeutet, daß ihre Kundenbasis abgesichert wird. Bertelsmann wendet demgegenüber ein, daß ein Großteil des Mitgliederstamms des Buchclubs nur von [. . .] unabhängigen Vertriebsgesellschaften an Bertelsmann verpachtet sei und Bertelsmann auch kein Interesse daran habe, die Kaufkraft der Clubmitglieder von den bisherigen Clubprodukten auf andere Produkte zu lenken. Es kann jedoch zum einen nicht erwartet werden, daß die Vertriebsmethode, Clubmitglieder über unabhängige Vertriebsgesellschaften zu werben, einer Ausweitung des Clubangebots ernstlich entgegensteht. Zum anderen ist das Argument einer Verlagerung der Nachfrage der Clubmitglieder von Büchern und Schallplatten auf Pay-TV-Angebote wenig überzeugend. Jedes erfolgreiche Pay-TV-Angebot birgt das Risiko einer Verlagerung im „Kulturbudget" der Verbraucher, gleichviel über welchen Absatzkanal es vertrieben wird. Die erfolgreiche Durchsetzung digitalen Pay-TVs ist aber gerade das erklärte Ziel der MSG und ihrer Gesellschafter.

cc) Andere Dienstleistungsanbieter

(65) Das einzige derzeit bekannte Unternehmen, das in Deutschland vergleichbare Dienstleistungen wie MSG erbringen will, ist die Selco Servicegesellschaft für elektronische Kommunikation mbH (Selco). Selco ist ein Gemeinschaftsunternehmen, an dem mit 50,1 % der Privatfernsehsender PRO 7 und mit 49,9 % die zur Murdoch-Gruppe gehörende News Corporation Ltd beteiligt sind. Nach der Kommission vorliegenden Informationen ist der Gesellschaftszweck von Selco auf die Vermarktung fremdsprachlicher Programme im deutschsprachigen Raum beschränkt. Es dürfte sich dabei in erster Linie um Programme des zur Murdoch-Gruppe gehörenden Pay-TV-Anbieters BSkyB handeln. Selco wird daher in einem Nischenmarkt mit einem begrenzten Abonnentenkreis tätig sein. Darüber hinaus ist festzuhalten, daß 47,7 % der Anteile an PRO 7 von Herrn Thomas Kirch, dem Sohn des Inhabers der Kirch-Gruppe, gehalten werden. Es erscheint zudem, daß PRO 7 in großem Umfang Programmsoftware der Kirch-Gruppe bezieht und für seine Programme verwendet. PRO 7 dürfte daher zumindest zum Einflußbereich der Kirch-Gruppe zählen. Vor diesem Hintergrund ist kaum zu erwarten, daß Selco in aktiven Wettbewerb gegenüber MSG treten wird.

(66) Das von den Parteien erwähnte in Gründung befindliche luxemburgische Unternehen Europa Online S.A. beschränkt sich nach Presseberichten auf interaktive Informationsdienste, die computergestützt sind. Das in der Presse genannte Aktienkapital von umgerechnet 1,25 Millionen DM läßt es nicht als wahrscheinlich erscheinen, daß Europa Online eine Infrastruktur für digitales Pay-TV errichten wird.

(67) Entgegen dem Vorbringen der Parteien kann mit dem Markteintritt anderer Wettbewerber in den Markt der MSG angesichts der dargelegten Wettbewerbsvorteile dieses Gemeinschaftsunternehmen realistischerweise nicht gerechnet werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf einen Widerspruch in dem Vorbringen der Parteien hinzuweisen. Einerseits soll das Investitionsrisiko der MSG so hoch sein, daß Bertelsmann/Kirch und die Telekom dieses Risiko nicht jeweils allein übernehmen könnte. Andererseits sollen nach dem Vorbringen der Parteien andere Wettbewerber auftreten, sobal MSG sich erfolgreich am Markt etabliert hat.

(68) Die Annahme, daß auf Dauer eine Alleinstellung der MSG zu erwarten ist, wird sowohl durch das Ergebnis der Anhörung, an der eine Reihe dritter Parteien teilgenommen haben, als auch durch eine Vielzahl von Stellungnahmen anderer von der Kommission befragter Unternehmen bestätigt, die im Fernsehbereich oder anderen für die Tätigkeit der MSG relevanten Bereichen tätig sind. Danach ist nicht zu erwarten, daß ein alternativer Dienstleistungsanbieter sich gegenüber MSG durchsetzen könnte.

(69) Eine marktbeherrschende Stellung der MSG ist auch zu erwarten, wenn sich die MSG mit ihrer derzeitigen Gesellschafterstruktur entschließen würde, eine Decoderbasis auf der Grundlage eines sogenannten „common interface" zu installieren. Dabei wird hier unter „common interface" eine

Ausgestaltung der Verschlüsselungstechnologie verstanden, die es jedem anderen Pay-TV oder Dienstleistungsanbieter ermöglicht, Zugangskontrolle und Kundenmanagement unter Nutzung einer vorhandenen Decoderbasis zu betreiben, ohne eine Lizenz für das Verschlüsselungssystem desjenigen zu benötigen, der die Decoderbasis installiert hat. Dies kann dadurch erreicht werden, daß in den mit einem „common interface" versehenen Decoder Modulkarten verschiedener Programm- oder Dienstleistungsanbieter eingesteckt werden können, die jeweils die proprietären Verschlüsselungselemente enthalten. Zwar würden bei einem derartigen System für potentielle Wettbewerber der MSG die Investitionen in eine eigene Decoderbasis entfallen. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, daß MSG, soweit die Decoder an den Zuschauer vermietet werden, in den Mietverträgen den Abnehmern die Beschränkung auferlegt, die Decoder nicht ohne Einwilligung der MSG für Modulkarten anderer Pay-TV-Veranstalter oder Dienstleistungsunternehmen zu nutzen. Eine solche vertragliche Beschränkung wäre nach dem derzeitigen Stand der Vereinbarungen im DVB-Projekt möglich. Die Beschränkung hätte zur Folge, daß Wettbewerber von Bertelsmann/Kirch oder MSG trotz einen „common interface" keinen freien und unkontrollierten Zugang zu der installierten Decoderbasis hätten, solange die Decoder überwiegend oder zumindest zu einem wesentlichen Teil von MSG vermietet und nicht von den Pay-TV-Abonnenten gekauft werden. Nach dem Geschäftsplan der MSG wird dies während der ersten fünf Jahre der Fall sein, in denen der Mietanteil am Neugeschäft sukzessiv von ca. 70 % auf ca. 20 % zurückgeführt werden soll. Dies bedeutet, daß ein freier Zugang zumindest während einer längeren Anlaufphase des digitalen Fernsehens nicht möglich sein wird. Während dieser Phase werden aber die Marktverhältnisse auf dem Markt der MSG entscheidend gestaltet. Zudem wird auch nach dieser Phase ein freier Zugang nur für die dann an den Abonnenten verkauften Decoder, nicht aber für den bereits installierten vermieteten Decoder möglich sein.

(70) Doch selbst wenn MSG in den Mietvertägen über die zu installierenden Decoder auf jede Beschränkung hinsichtlich des Zugangs anderer Dienstleistungsanbieter verzichten würde, wäre zu erwarten, daß MSG auf dem dann theoretisch denkbaren isolierten Markt für Zugangskontrolle und Kundenmanagement eine marktbeherrschende Stellung innehaben würde. MSG wird dank des Geschäftspotentials von Bertelsmann/Kirch im Pay-TV-Bereich in ihrem Markt voraussichtlich über Größenvorteile (Abonnentenstamm, Anzahl der betreuten Programme) verfügen, die einen Wettbewerb anderer Dienstleistungsanbieter erheblich erschweren werden. Auf der anderen Seite ermöglicht es die Beteiligung der Telekom an dem Gemeinschaftsunternehmen, daß MSG den Pay-TV-Anbietern auch die notwendigen Nutzungsvertäge für das Breitband-Kabelnetz der Telekom vermitteln kann, auch wenn diese Verträge rechtlich zwischen der Telekom und den Nutzern zustande kommen. MSG kann daher im Gegensatz zu anderen potentiellen Dienstleistungsanbietern den Programmveranstaltern die umfassende Abwicklung aller technischen Voraussetzungen für Pay-TV anbieten.

(71) Wenn MSG mit der derzeitigen Gesellschafterstruktur den Markt besetzt hat, werden außerdem neu auftretende Veranstalter von Pay-TV voraussichtlich in weitem Umfang auf das Dienstleistungsangebot der MSG angewiesen sein, auch wenn bei einem „common interface" und unbeschränktem Zugang zu den Decodern Zugangskontrolle und Kundenmanagement von anderen Dienstleistungsanbietern unter Nutzung der von der MSG installierten Decoderbasis erbracht werden können. Es 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. Es ist aber zu erwarten, daß MSG eine solche bevorzugte Stellung einnehmen wird, da Bertelsmann und Kirch angesichts ihrer Programmressourcen am schnellsten und umfangreichsten den Markt für digitales Pay-TV mit attraktiven Programmen besetzen können. Neu auftretende Pay-TV-Anbieter würden daher ihre Absatzchancen erheblich verringern, wenn sie nicht die Dienstleistungen der MSG in Anspruch nehmen und mit einem eigenen Kundenmanagement oder dem eines anderen Dienstleistungsanbieters den Kunden gegenüberträten.

(72) Gegen diese „Sogwirkung" eines von Bertelsmann und Kirch kontrollierten Dienstleistungsunternehmens könnte sich am ehesten ein Kabelnetzbetreiber durchsetzen, der das Kundenmanagement für Pay-TV selbst übernimmt und möglicherweise den Kabelkunden von ihm selbst zusammengestellte Programmpakete anbietet. Aufgrund der strukturellen Bedingungen in Deutschland kommt für eine derartige Funktion nur die Telekom in Frage, die den Markt für Kabelnetze beherrscht. Die Kabelinseln der privaten Kabelnetzbetreiber sind meist zu klein, um den Aufwand für die notwendigen Investitionen zu rechtfertigen, die mit einer eigenen Zugangskontrolle und einem eigenen Kundenmanagement für Pay-TV verbunden wären. Anders als das Breitbandkabelnetz der Telekom sind die Kabelnetze der privaten Betreiber auch nicht in einem solchen Ausmaß ein unverzichtbarer Übertragungsweg für Pay-TV, daß die Programme von Bertelsmann/Kirch auf die Verbreitung über dieses Kabelnetz angewiesen wären. Durch die Einbindung der Telekom in die MSG wird daher eine Marktstruktur geschaffen, die eine marktbeherr-

schende Stellung der MSG auch bei einem „common interface" erwarten läßt.

c) *Zusammenfassung*

(73) Aus den vorgenannten Gründen ist zu erwarten, daß der beabsichtigte Zusammenschluß zu einer auf Dauer angelegten marktbeherrschenden Stellung der MSG auf dem Markt für technische und administrative Dienstleistungen in Deutschland führen wird.

2. **Pay-TV**

(74) Eine beherrschende Stellung der MSG auf dem Markt für technische und administrative Dienstleistungen würde die Position von Bertelsmann/Kirch auf dem nachgelagerten Markt für Pay-TV erheblich stärken. Es wäre zu erwarten, daß durch die Gründung der MSG eine auf Dauer angelegte beherrschende Stellung von Bertelsmann und Kirch auf dem Markt für Pay-TV entsteht.

a) *Derzeitige Stellung von Bertelsmann/Kirch auf dem Markt für Pay-TV*

(75) Derzeit ist der von Bertelsmann, Kirch und Canal plus gemeinsam kontrollierte Sender Premiere der einzige Pay-TV-Anbieter in Deutschland. Auch wenn durch die Kapazitätsausweitung im Gefolge der Digitalisierung des Fernsehens zahlreiche neue Pay-TV-Programme möglich sind und damit auch das Auftreten von Wettbewerbern im Pay-TV-Markt erwartet werden kann, bestehen erhebliche Anhaltspunkte dafür, daß Bertelsmann/Kirch, auch unabhängig von der Gründung der MSG, in diesem Markt eine führende Position behalten werden.

(76) Bertelsmann und Kirch haben einen bevorzugten Zugang zu der für Pay-TV attraktiven Software. Kirch ist der führende deutsche Anbieter von Kinofilmen und Unterhaltungsprogrammen für das Fernsehen. Kirch verfügt über ein Programmvermögen von 15 000 Spielfilmen sämtlicher Genres sowie 50 000 Stunden Fernsehprogramm und hat selbst umfangreiche Produktionsaktivitäten im Film- und Fernsehbereich. Zusammen mit dem Axel Springer Verlag beherrscht Kirch ferner das Unternehmen ISPR. ISPR ist mittlerweile die führende Agentur für Sportübertragungsrechte und vermarktet z. B. zentral die Bundesligaspiele. Bertelsmann hat über die Ufa ebenfalls Zugang zu attraktiven Sportrechten und Aktivitäten in der Filmproduktion.

(77) Beide Unternehmen haben weitgespannte Aktivitäten im Bereich des freien kommerziellen Fernsehens. Die kommerziellen Fernsehveranstalter, an denen Bertelsmann und Kirch Beteiligungen halten oder die zum Einflußbereich der Kirch-Gruppe zu rechnen sind, erzielen einen Anteil von ca. 80 % an den Einnahmen für Fernsehwerbung in Deutschland (RTL, SAT 1, PRO 7, RTL 2, VOX, Deutsches Sportfernsehen, Kabelkanal). Insbesondere Kirch hat mit seinen Beteiligungsunternehmen bzw. den zu seinem Einflußbereich zu zählenden Unternehmen (SAT 1, DSF, PRO 7, Kabelkanal) die Möglichkeit, Filmrechte oder Sportrechte mehrfach zu verwerten. Dies ermöglicht der Kirch-Gruppe, für den Erwerb dieser Rechte höhere Preise als andere Wettbewerber zu zahlen. Der bevorzugte Zugang zur Software führt dazu, daß Bertelsmann/Kirch nach einer Digitalisierung des Fernsehens leichter als potentielle Wettbewerber zusätzliche attraktive Pay-TV-Programme und Programmpakete anbieten können.

(78) In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, daß die Programmressourcen von Bertelsmann/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. Pay-TV-Anbieter mit geringerer Marktbedeutung können zudem gezwungen sein, ihre Programme in die Pakete des führenden Pay-TV-Anbieters einzubringen, der damit die Kontrolle über diese Wettbewerber gewinnt.

(79) Ferner ist zu berücksichtigen, daß, wie bereits dargelegt, Bertelsmann als führender Betreiber von Buchclubs in Deutschland über einen wichtigen potentiellen Vertriebskanal für Pay-TV-Programme verfügt. Schließlich ergibt sich für Kirch ein weiterer Wettbewerbsvorteil aus seiner Beteiligung von 35 % am Axel Springer Verlag, der seinerseits mit 20 % an SAT 1 beteiligt ist. Der Axel Springer Verlag ist der größte Zeitungsverleger in Deutschland und zugleich auch der führende Verleger von Fernsehprogrammzeitschriften. Es liegt auf der Hand, daß der Medienverbund von Kirch und Axel Springer Verlag geeignet ist, die Durchsetzung von Pay-TV-Programmen zu fördern, an denen Kirch beteiligt ist.

(80) Im Zusammenhang mit der Position, die Bertelsmann und Kirch auf dem Pay-TV-Markt einnehmen, ist auch von Bedeutung, daß das bereits beschriebene Wettbewerbsverbot der Gesellschafter von Premiere jede Chance eines Wettbewerbs zwischen beiden Unternehmen im Pay-TV-Markt beseitigt. Dieser Umstand ist vielleicht bei analogem Fernsehen von geringerer Bedeutung, da angesichts der Knappheit der zur Verfügung stehenden Übertragungskanäle ohnehin die Möglichkeit neuer

Pay-TV-Programme begrenzt ist. Mit der Erhöhung der Übertragungskapazität nach einer Digitalisierung bietet sich jedoch sowohl für Bertelsmann als auch für Kirch die Möglichkeit, in erheblichem Umfang mit eigenen zusätzlichen Programmangeboten auf dem Markt aufzutreten. Vor diesem Hintergrund wirkt sich das bestehende Wettbewerbsverbot in erheblich größerem Maße als bisher als eine Wettbewerbsbeschränkung aus.

(81) Nach allem ergibt sich bereits derzeit eine außerordentlich starke Stellung von Bertelsmann/Kirch auf dem Markt für Pay-TV.

b) *Verstärkung der Position von Bertelsmann/Kirch durch MSG*

(82) Wenn MSG aus den oben dargelegten Gründen auf Dauer eine Alleinstellung als Betreiber einer digitalen Infrastruktur für Pay-TV erlangt, dann sind alle Pay-TV-Anbieter, die im Gefolge der Digitalisierung in den Pay-TV-Markt eintreten können, darauf angewiesen, die für Pay-TV grundlegenden Dienstleistungen bei einem Unternehmen in Anspruch zu nehmen, das von den bereits führenden Pay-TV-Anbietern kontrolliert wird. Zukünftige Pay-TV-Wettbewerber von Bertelsmann/Kirch hätten nur die Wahl, entweder die Konditionen der MSG zu akzeptieren oder dem Markt fernzubleiben. Diese Einschätzung wird durch das Ergebnis der Anhörung und eine Vielzahl von Stellungnahmen befragter Unternehmen bestätigt.

(83) Die Parteien wenden demgegenüber ein, daß für jeden Pay-TV-Programmanbieter die Alternative bestehe, diese Leistung, wie derzeit allgemein üblich, selbst zu erbringen. Dies ist unzutreffend. Betrachtet man die derzeit bestehende Situation, so zeigt sich, daß ein neu auf den Markt tretender Programmanbieter darauf angewiesen ist, die Dienstleistungen desjenigen Pay-TV-Anbieters in Anspruch zu nehmen, der bereits mit einer technischen Infrastruktur auf dem Markt etabliert ist. Dies folgt aus dem Umstand, daß das wirtschaftliche Risiko normalerweise zu groß ist, um für ein neues Programm eine eigene neue Infrastruktur zu installieren. Die Erfahrung hat gezeigt, daß etwa ein neuer Programmanbieter in Großbritannien auf die Infrastruktur von BSkyB und ein neuer Anbieter in Frankreich auf diejenige von Canal plus angewiesen ist. Mit der Gründung der MSG in ihrer derzeitigen Gesellschafterstruktur würde sich eine vergleichbare Situation auch für digitales Pay-TV in Deutschland ergeben.

(84) Über MSG könnten daher Bertelsmann/Kirch den Wettbewerb durch künftige Pay-TV-Anbieter erheblich beeinflussen und zu einem großen Teil in ihrem Sinne steuern. Sie können durch ihren kontrollierenden Einfluß bei MSG dafür sorgen, daß die Konditionen der MSG und insbesondere das Preisgefüge in einer Weise gestaltet werden, die für ihre eigenen Programme vorteilhaft und für diejenigen ihrer Wettbewerber nachteilig ist. Auch durch künstlich überhöhte Preise könnten Bertelsmann/Kirch begünstigt werden, da sie anders als ihre Wettbewerber an den Erträgen der MSG beteiligt sind.

(85) Weiterhin bestünde die Möglichkeit, unter Berufung auf nur schwer nachprüfbare technische Zwänge die Dienstleistungen der MSG in einer Weise anzubieten, daß der Marktzugang von Programmen, die den Interessen von Bertelsmann/Kirch zuwiderlaufen, zumindest zeitlich verzögert wird. Das gleiche gilt im übrigen auch für die von der Telekom vorzunehmende Einspeisung von Programmen in das Kabelnetz. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß die Telekom, wenn sie in der MSG mit Bertelsmann/Kirch zusammengeschlossen ist, insoweit auch die Interessen ihrer Partner berücksichtigen wird. Die in der Vergangenheit aufgetretenen Schwierigkeiten bei der Einspeisung von über ASTRA gesendeten Programmen in das Kabelnetz der Telekom legen die Annahme nahe, daß unter Berufung auf technische Zwänge der Zugang zum Kabelnetz beeinflußt werden kann, ohne dabei in nachweisbarer Weise gegen das Neutralitätsgebot zu verstoßen.

(86) Wie bereits dargelegt, hat es die Telekom in der Hand, den digitalen Ausbau des Hyperbandes in ihrem Breitbandkabelnetz zu steuern. Die Telekom beabsichtigt, bis Ende 1995 drei Kanäle für digitales Fernsehen zur Verfügung zu stellen, auf denen jeweils zwischen vier bis zehn Fernsehprogramme digital übertragen werden können. Das bedeutet, daß zunächst nur eine zusätzliche Übertragungskapazität für maximal 30 neue Programme bereitstehen wird. Diese Kapazität kann leicht zu einem großen Teil von Bertelsmann/Kirch besetzt werden, insbesondere wenn man berücksichtigt, daß Premiere in der Lage sein wird, das sogenannte „Near-Video-On-Demand" einzuführen, mit dem ein erheblicher Teil der Übertragungskapazität genutzt werden müßte. Die Telekom hat erklärt, die Digitalisierung der weiteren 12 zur Verfügung stehenden Kanäle unter Beachtung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen nach dem Grundsatz eines reichweitenoptimierten bedarfsgerechten Ausbaues vorzunehmen. Mit der Verpflichtung auf diese relativ unbestimmten Kriterien hat es die Telekom in der Hand, den weiteren Ausbau des Hyperbandes unter Berücksichtigung der Pay-TV-Interessen ihrer Partner in der MSG zu betreiben. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß ein Ausbau ohnehin nur schrittweise erfolgen dürfte, da die Digitalisierung eines neuen Kanals ca. sechs Monate in Anspruch nimmt und Investitionen in der Größenordnung von 50 Millionen DM erfordert.

(87) Bertelsmann/Kirch haben ferner die Möglichkeit, über MSG die Positionierung von Programmen ihrer Wettbewerber zu beeinflussen. Die Vielzahl möglicher Programme im digitalen Fernsehen

macht es erforderlich, ein System zur Benutzerführung einzurichten, das dem Zuschauer hilft, einzelne Programme im „Programmdschungel" aufzufinden. Da der hierzu erforderliche On-screen-Modulator in der Decoderbox enthalten ist, wird diese Benutzerführung voraussichtlich von demjenigen betrieben werden, der die Decoderbasis installiert. Die Kontrolle über die Benutzerführung ermöglicht es, die Programme konkurrierender Pay-TV-Anbieter in dem Programm-Menü auf Positionen zu plazieren, die ihre Attraktivität beeinträchtigen. In diesem Zusammenhang spielt es etwa eine Rolle, wie viele Bedienungsschritte erforderlich sind, um Zugang zu einem bestimmten Programm zu erlangen.

(88) Ebenso haben Bertelsmann/Kirch die Möglichkeit, über MSG die Vermarktung konkurrierender Programme im Hinblick auf die Plazierung dieser Programme auf den von MSG ausgegebenen Smartcards zu beeinflussen. Die MSG bringt als Betreiber der Zugangskontrolle auf den Smartcards die angebotenen Pay-TV-Programme und Programmpakete unter, die dann durch die mit dem TV-Signal übermittelten Autorisierungssignale freigeschaltet werden. Es ist zu erwarten, daß der normale Pay-TV-Abonnent nicht auf die Benutzung einer Vielzahl von Smartcards angewiesen sein möchte. MSG kann daher konkurrierende Wettbewerber von Bertelsmann/Kirch dadurch behindern, daß diese nicht auf der ersten Smartcard mit den attraktiven Programmen plaziert werden, sondern auf zusätzlichen neuen Smartcards untergebracht werden.

(89) Schließlich könnten Bertelsmann/Kirch über MSG erhebliche Informationsvorsprünge erhalten. Dies gilt in bezug auf geplante neue Programme, insbesondere aber auch in bezug auf die Kundenstruktur und das Zuschauerverhalten der von ihrem Subscriber Management System betreuten Abonnenten. Dabei müssen Bertelsmann/Kirch nicht einmal Zugang zu individuellen Kundendaten erhalten. Es genügt, daß sie Zugang zu anonymisierten Daten erhalten, 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 erleichtern.

(90) Die Parteien wenden demgegenüber ein, daß es nicht im Interesse der MSG-Gesellschafter liegen könne, andere Pay-TV-Anbieter zu beeinträchtigen, da dies den wirtschaftlichen Erfolg der MSG gefährden würde. Dieses Argument erscheint schon deshalb als fragwürdig, da die MSG, wie dargelegt, voraussichtlich eine Alleinstellung erlangen wird. Andere Pay-TV-Anbieter sind daher darauf angewiesen, die Dienstleistungen der MSG in Anspruch zu nehmen, selbst wenn dies zu ungünstigen Konditionen erfolgt und mit Beeinträchtigungsmöglichkeiten verbunden ist. Darüber hinaus haben Bertelsmann und Kirch ein vorrangiges Interesse daran, den Pay-TV-Markt zu kontrollieren und gegebenenfalls die Wettbewerbsmöglichkeiten ihrer Konkurrenten zu steuern, selbst wenn dies die Gewinnsituation der MSG negativ beeinflussen sollte. Wenn die Parteien demgegenüber einwenden, daß durch die Beteiligung der Telekom eine diskriminierungsfreie und anbieterneutrale Tätigkeit der MSG gewährleistet sei, so vermag dies nicht zu überzeugen. Immerhin halten Bertelsmann und Kirch zusammen zwei Drittel der Anteile an dem Gemeinschaftsunternehmen. Auch wenn die Telekom gemeinsam mit Bertelsmann und Kirch die Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen ausübt, kann nicht erwartet werden, daß die MSG sich gegenüber den gleichgerichteten Interessen von Bertelsmann und Kirch neutral verhalten wird. Dies gilt insbesondere, weil Kirch und Bertelsmann das Know-how für Pay-TV-Technologie mitbringen und zugleich die wichtigsten Nachfrager der Leistungen der MSG sein werden, womit sie den Entscheidungsspielraum der Telekom in der MSG einschränken können.

c) *Zusammenfassung*

(91) Angesichts der erheblichen Wettbewerbsvorteile, die für Bertelsmann und Kirch mit der MSG verbunden sind, und der Möglichkeiten zur Beeinträchtigung zukünftiger Wettbewerber ist zu erwarten, daß durch den beabsichtigten Zusammenschluß eine auf Dauer angelegte beherrschende Stellung von Bertelsmann und Kirch auf dem Markt für Pay-TV in Deutschland entsteht.

3. Kabelnetze

(92) Es ist zu erwarten, daß der beabsichtigte Zusammenschluß langfristig auch wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für Kabelnetze in Deutschland erheblich beeinträchtigen wird. In der näheren Zukunft wird zwar weiterhin ein öffentlich-rechtliches Monopol der Telekom für das Breitbandkabelnetz bestehen. Es kann jedoch erwartet werden, daß im Gefolge der 1998 zu erfolgenden Liberalisierung der Telefonbasisdienste auch der Markt für Kabelnetze dereguliert wird und für den Wettbewerb geöffnet wird. Es besteht die Gefahr, daß die Telekom durch den gemeinsamen Betrieb der Infrastruktur für Pay-TV zusammen mit den führenden Pay-TV-Anbietern ihre Stellung als Kabelnetzbetreiber in einer Weise verstärkt, daß der nach einer Liberalisierung aufkommende Wettbewerb im Bereich der Kabelnetze erheblich behindert und damit die marktbeherrschende Stellung der Telekom abgesichert wird. In der gleichen Weise, wie Bertelsmann/Kirch die Telekom als potentiellen Wett-

bewerber in dem Markt für technische und administrative Pay-TV-Dienstleistungen ausschalten, verhindert die Telekom über das beabsichtigte Gemeinschaftsunternehmen, daß Bertelsmann und Kirch als potentielle Partner für andere zukünftige Kabelnetzbetreiber zur Verfügung stehen.

(93) Derzeit bestehen für die privaten Kabelbetriebsgesellschaften, die auf der Netzebene 4, also im Bereich privater Hausverteilanlagen, tätig sind, nur sehr begrenzte Möglichkeiten, Kabelnetze zu betreiben, die von dem Breitbandkabelnetz der Telekom unabhängig sind. Die Errichtung der dafür notwendigen Satellitenempfangsanlagen (Kopfstationen) unterliegt dem Funkanlagenmonopol des Bundes und bedarf einer Genehmigung durch das Bundesministerium für Post und Telekommunikation (BMPT). Nach der Verwaltungspraxis des BMPT sind allgemein genehmigt lediglich Kopfstationen für Kabelnetze, die die Grenzen eines Grundstücks nicht überschreiten oder die mehrere zusammenhängende Grundstücke bis zu einer Größe von 25 versorgten Wohneinheiten umfassen. Bei Kabelnetzen auf mehreren zusammenhängenden Grundstükken mit mehr als 25 versorgten Wohneinheiten bedarf es einer Genehmigung im Einzelfall. Für Kabelnetze, die nicht zusammenhängende Grundstücke umfassen würden, erteilt das BMPT grundsätzlich keine Genehmigung zur Errichtung einer Kopfstation. Eine Ausnahme von diesem grundsätzlichen Verbot privater Kabelnetze für nicht zusammenhängende Grundstücke besteht nur in dem Fall, daß private Unternehmen außerhalb der bestehenden oder geplanten Ausbaugebiete der Telekom tätig werden wollen. Durch diese Verwaltungspraxis ist die Telekom weitgehend vor dem Wettbewerb privater Kabelnetzbetreiber geschützt. Wenn bei einer Liberalisierung des Marktes für Kabelnetze diese Verwaltungspraxis aufgegeben wird, besteht für die auf der Netzebene 4 tätigen Kabelbetriebsgesellschaften die Möglichkeit, ihre auf einzelne Grundstücke begrenzten Kabelinseln zusammenzufassen und damit in Wettbewerb zur Telekom zu treten. Dieser Wettbewerb kann jedoch für die privaten Kabelnetzbetreiber erheblich erschwert werden, wenn die Telekom zusammen mit Bertelsmann und Kirch die MSG als das marktbeherrschende Dienstleistungsunternehmen kontrolliert. Es bestünde insbesondere die Gefahr, daß die privaten Kabelnetzbetreiber die Programme der führenden Pay-TV-Anbieter Bertelsmann und Kirch, die für die Bildung attraktiver Programmpakete erforderlich sind, nicht oder nur zu ungünstigen Konditionen erlangen können. Die Gründung der MSG mit ihrer derzeitigen Gesellschafterstruktur ist daher geeignet, die beherrschende Stellung der Telekom als Kabelnetzbetreiber zu verstärken.

VI. VON DEN PARTEIEN VORGESCHLAGENE ZUSAGEN

(94) Mit Schreiben vom 20. Oktober 1994 haben die Parteien eine Reihe von Zusagen vorgeschlagen, die die Bedenken gegen den beabsichtigten Zusammenschluß ausräumen sollen. Dieser Zusagenvorschlag umfaßt im wesentlichen die folgenden Punkte:

— Die MSG wird sich für eine Decoder-Basis entscheiden, die auf der Grundlage eines „common interface" funktioniert, wobei vorausgesetzt wird, daß ein „common interface" nach den von der DVB aufgestellten Vorgaben entwickelt und das Piraterie-Risiko minimiert wird, so daß diese Technologie von den Pay-TV-Anbietern akzeptiert werden kann.

— Die MSG wird den Verkauf von Decodern über den freien Handel fördern und im Fall der Vermietung von Decodern keine Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung des Decoders für Programme auferlegen, die nicht von MSG betreut werden.

— MSG verpflichtet sich, ihren Gesellschaftern keine Programminformationen und Abonnentendaten anderer Pay-TV-Anbieter, auch nicht in anonymisierter Form, bekanntzugeben.

— MSG wird bei der Gestaltung des Benutzerführungssystems (Electronic Programming Guide — EPG) eine neutrale und diskriminierungsfreie Darstellungsweise wählen und, soweit dies technisch möglich ist, auch über Programme informieren, die nicht von MSG betreut werden.

— MSG wird einen Beirat mit beratender Funktion zur Kontrolle der diskriminierungsfreien Darstellungsweise des EPG einrichten, in dem die einzelnen Kunden (Dienstanbieter) der MSG vertreten sind, und die Vorschläge des Beirats in ihre Entscheidungen einbeziehen.

— MSG wird marktgerechte Preise verlangen und eine transparente Preispolitik betreiben, bei der gleiches Entgelt für gleiche Leistung verlangt wird.

— Telekom verpflichtet sich, ihre Netze über die bereits eingeleitete Bereitstellung von 30 Kanälen hinaus so für weitere digitale Programmübertragungen auszurüsten, daß im Rahmen der technisch nutzbaren Übertragungskapazität durch entsprechende Vorratshaltung keine Mangelsituationen aufkommen.

(95) Diese vorgeschlagenen Zusagen sind als unzureichend zu bewerten, um die oben dargelegte Entstehung und Verstärkung marktbeherrschender Stellungen zu beseitigen. Zwar beziehen sie sich auf bestimmte Gesichtspunkte, die generell für die wettbewerbliche Struktur des künftigen digitalen Pay-TVs von besonderer Bedeutung sein können. Insbesondere erscheint die Einführung eines „common interface" vom wettbewerblichen Standpunkt aus als eine Lösung des Problems der Zugangskontrolle, die eine positive Auswirkung auf die Ent-

wicklung eines freien und ungehinderten Wettbewerbs zur Folge hat. Dies gilt zumindest, wenn keine vertraglichen Beschränkungen des Zugangs anderer Pay-TV-Anbieter zu der Decoderbasis bestehen. Ebenso ist eine transparente Preispolitik für die administrativen und technischen Dienstleistungen ein positiver Faktor für die wettbewerbliche Entwicklung digitalen Pay-TVs. Bei der derzeitigen Gesellschafterstruktur der MSG reichen die vorgeschlagenen Zusagen jedoch nicht aus, um die wettbewerblichen Probleme zu beseitigen. Darüber hinaus sind sie teilweise an Voraussetzungen und Vorbehalte geknüpft, die ihre Durchsetzbarkeit in Frage stellen. Abgesehen von den Zusagen hinsichtlich der Einführung eines „common interface" und einer Vorratshaltung digitalisierter Kanäle durch die Telekom handelt es sich außerdem im wesentlichen um die Zusicherung, eine marktbeherrschende Stellung der MSG auf dem Markt für administrative und technische Dienstleistungen in bestimmten Punkten nicht zur Beeinträchtigung von Wettbewerbern auf dem Markt für Pay-TV zu mißbrauchen.

(96) Die Zusage, ein „common interface" einzuführen, wird nur unter der Voraussetzung abgegeben, daß das Piraterie-Risiko minimiert wird und die entsprechende Technologie von den Pay-TV-Anbietern akzeptiert werden kann. Damit handelt es sich um eine bloße Absichtserklärung, die der MSG die Möglichkeit offenhält, sich unter Berufung auf angebliche unzureichende Sicherheit des „common interface" oder fehlende Akzeptanz durch ihre potentiellen Kunden für eine Decoderbasis auf der Grundlage eines proprietären Systems zu entscheiden. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, daß der wichtigste potentielle Kunde der MSG der Pay-TV-Anbieter Premiere ist, der von Bertelsmann, Kirch und Canal plus gemeinsam beherrscht wird. Es ist bekannt, daß Canal plus ein entschiedener Gegner des „common interface" ist und mit Nachdruck für proprietäre Verschlüsselungssysteme auch im digitalen Fernsehen eintritt. Bertelsmann ist im übrigen unlängst eine strategische Allianz mit Canal plus eingegangen, in deren Rahmen als konkretes Projekt die Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens vereinbart ist, das ein digitales Verschlüsselungssystem entwickeln soll.

(97) Doch selbst wenn die Zusage in einer Weise ausgestaltet wäre, durch die die Einführung eines „common interface" sichergestellt würde, könnte damit die Unvereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt nicht beseitigt werden. Wie oben im einzelnen dargelegt (Randnummern 70 bis 72), würde die MSG mit ihrer derzeitigen Gesellschafterstruktur auch auf der Grundlage eines „common interface" mit unbeschränktem Zugang eine beherrschende Stellung auf dem Markt für technische und administrative Dienstleistungen erlangen. Vor diesem Hintergrund ist ein „common interface" nicht geeignet, die schwerwiegenden wettbewerblichen Schäden zu beseitigen, die sich aus der Zusammenfassung des marktbeherrschenden Kabelnetzbetreibers mit den führenden Pay-TV-Anbietern in dem Gemeinschaftsunternehmen MSG ergeben.

(98) Die vorgeschlagenen Zusagen, die sich auf das Verhalten der MSG gegenüber ihren Kunden und den Ausbau der Digitalisierung des Kabelnetzes durch die Telekom beziehen, sind nicht geeignet, die Entstehung oder Verstärkung einer bereits bestehenden beherrschenden Stellung von Bertelsmann und Kirch auf dem Markt für Pay-TV zu verhindern. Soweit eine diskriminierungsfreie Behandlung der Kunden von MSG zugesagt wird, entspricht dies der gesetzlichen Verpflichtung eines marktbeherrschenden Unternehmens. Im übrigen würde es angesichts der vielfältigen Möglichkeiten versteckter Diskriminierung in der Praxis nur schwer nachweisbar sein, daß sich die MSG nicht anbieterneutral verhält. Daran ändert etwa auch der vorgeschlagene Beirat nichts, der nur beratende Funktion haben soll und dessen Vorschläge für die MSG nicht verbindlich sind. Ebenso kann auch die Zusage, keine Programminformationen und Abonnentendaten an die Gesellschafter der MSG weiterzugeben, nicht verhindern, daß sich die MSG-Gesellschafter in nicht nachprüfbarer Weise wegen des besonderen zwischen ihnen und der MSG bestehenden Beziehungs- und Informationsgeflechts Informationsvorsprünge verschaffen. Auch die Zusage der Telekom, eine Vorratshaltung für digitale Kanäle vorzusehen, bietet keine ausreichende Gewähr dafür, daß der Ausbau der Digitalisierung nicht unter Berufung auf technische und wirtschaftliche Zwänge unter Berücksichtigung der Interessen von Bertelsmann und Kirch gesteuert wird. Im übrigen handelt es sich eher um eine allgemeine Absichtserklärung und nicht um eine konkret ausgestaltete Zusage.

(99) Insgesamt ist festzustellen, daß nur die Zusage hinsichtlich der Einführung eines „common interface" einen strukturellen Bezug aufweist. Sie ist jedoch nicht ausreichend, um eine Marktbeherrschung der MSG zu verhindern, und im übrigen unter Vorbehalte gestellt, die sie im Ergebnis zu einer unverbindlichen Absichtserklärung machen. Die übrigen vorgeschlagenen Zusagen sind als reine Verhaltenszusagen ohne jeden strukturellen Bezug zu qualifizieren, deren Einhaltung zudem nicht zu überprüfen ist. Sie sind schon im Ansatz ungeeignet, das strukturelle Problem zu lösen, daß durch die Gründung der MSG beherrschende Stellungen auf den Märkten für administrative und technische Dienstleistungen, für Pay-TV und für Kabelnetze entstehen oder verstärkt werden.

VII. ENTWICKLUNG DES TECHNISCHEN UND WIRTSCHAFTLICHEN FORTSCHRITTS

(100) Die Parteien verweisen darauf, daß durch das Dienstleistungsangebot der MSG die rasche Durch-

setzung digitalen Fernsehens gefördert wird. Es ist zwar richtig, daß die erfolgreiche Verbreitung digitalen Fernsehens eine digitale Infrastruktur voraussetzt und daher ein Unternehmen mit dem Geschäftszweck der MSG zum technischen und wirtschaftlichen Fortschritt beitragen kann. Die Erwähnung dieses Kriteriums in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b) der Fusionsverordnung steht allerdings unter dem Vorbehalt, daß es nicht zu einer Behinderung des Wettbewerbs kommt. Wie dargelegt, rechtfertigen aber die Auswirkungen des beabsichtigten Zusammenschlusses die Erwartung, daß er zu einer Abschottung und frühzeitigen Vermachtung des Zukunftsmarktes für technische und administrative Dienstleistungen und zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem zukünftigen Markt für Pay-TV führt.

(101) Diese Behinderung wirksamen Wettbewerbs stellt sogar die Erreichung eines technischen und wirtschaftlichen Fortschritts in Frage. Es ist nämlich äußerst zweifelhaft, ob unter den gegebenen Bedingungen die Errichtung einer digitalen Infrastruktur für Pay-TV durch die MSG tatsächlich in positiver Weise zur Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. Es ist zu befürchten, daß sich angesichts der dargelegten Auswirkungen des Zusammenschlusses potentielle Anbieter von digitalem Pay-TV nicht in gleichem Umfang zum Markteintritt entschließen, wie dies bei einem Dienstleistungsanbieter der Fall wäre, dessen Gesellschafterstruktur strikte Neutralität gewährleisten würde. Die erfolgreiche Verbreitung digitalen Fernsehens würde bei einer solchen Entwicklung eher behindert statt gefördert. Diese Annahme wird durch eine Reihe von Stellungnahmen befragter Unternehmen bestätigt, die dargelegt haben, daß sie im Fall einer Verwirklichung des Zusammenschlusses bestehende Pläne oder Überlegungen für zukünftige Pay-TV-Angebote im digitalen Fernsehen überdenken und möglicherweise aufgeben müßten.

VIII. ZUSAMMENFASSUNG

(102) Aus den vorstehenden Gründen ist davon auszugehen, daß der beabsichtigte Zusammenschluß zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen führt, durch die ein wirksamer Wettbewerb in einem wesentlichen Teil der Gemeinschaft erheblich behindert würde. Der Zusammenschluß ist daher nach Artikel 2 Absatz 3 der Fusionsverordnung und Artikel 57 des EWR-Abkommens als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und der Funktionsfähigkeit des EWR-Abkommens zu erklären

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Der angemeldete Zusammenschluß durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens von Bertelsmann AG, Deutsche Bundespost Telekom und Taurus Beteiligungs GmbH & Co. KG wird als mit dem Gemeinsamen Markt und mit der Funktionsfähigkeit des EWR-Abkommens unvereinbar erklärt.

Artikel 2

Diese Entscheidung ist an folgende Adressaten gerichtet:

1. Bertelsmann AG
   Carl-Bertelsmann-Straße 270
   D-33311 Gütersloh

2. Deutsche Bundespost Telekom
   Godesberger Allee 87—93
   D-40474 Düsseldorf

3. Taurus Beteiligungs GmbH & Co. KG
   Robert-Bürkle-Straße 2
   D-85737 Ismaning

Brüssel, den 9. November 1994.

Für die Kommission

Karel VAN MIERT

Mitglied der Kommission