

Abrar, Kamyar

Working Paper

Fusionskontrolle in dynamischen Netzsektoren am Beispiel des Breitbandkabelsektors: zugleich ein kritischer Beitrag zur Kartellrechtsdogmatik des Bundeskartellamts nach Iesy/Ish und TC/Ish und sektorspezifischen Regulierungskonsistenz seitens der Bundesnetzagentur

HfB - Working Paper Series, No. 75

Provided in Cooperation with:

Frankfurt School of Finance and Management

Suggested Citation: Abrar, Kamyar (2006) : Fusionskontrolle in dynamischen Netzsektoren am Beispiel des Breitbandkabelsektors: zugleich ein kritischer Beitrag zur Kartellrechtsdogmatik des Bundeskartellamts nach Iesy/Ish und TC/Ish und sektorspezifischen Regulierungskonsistenz seitens der Bundesnetzagentur, HfB - Working Paper Series, No. 75, HfB - Business School of Finance & Management, Frankfurt a. M.,
<https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:101:1-20080827169>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/27843>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

HfB – Working Paper Series

No. 75

**Fusionskontrolle in dynamischen Netzsektoren
am Beispiel des Breitbandkabelsektors**

– zugleich ein kritischer Beitrag zur Kartellrechtsdogmatik des Bundeskartell-
amts nach Iesy/Ish und TC/Ish und sektorspezifischen Regulierungskonsis-
tenz seitens der Bundesnetzagentur –

by Kamyar Abrar

Oktober 2006



Sonnemannstr. 9–11 60314 Frankfurt an Main, Germany
Phone: +49 (0) 69 154 008 0 Fax: +49 (0) 69 154 008 728
Internet: www.hfb.de

Abstract

The working report looks at the actual situation of the German broadband cable market in the context of merger control and sector specific regulation. A crucial problem in dealing with the cable market whether in antitrust cases or in the regulatory context is the precise assessment of the economic conditions, especially the arguable question if the network has still characteristics of a natural monopoly – still a common argument in network industries. The report therefore uses the basic concept of the disaggregated identification of network-specific market power. The unique structure of the German broadband cable industry with its horizontal and vertical separation of the distribution network shows a highly contestable market with elements of competitive franchise bidding. On the other hand the cable market is suffering from that separation due to problems of inefficiency, especially in times of dynamic changes in communications with powerful intermodal competitors like Deutsche Telekom AG (DTAG) with an innovative IPTV infrastructure. To this date these market characteristics have been ignored.

The report lays special stress on merger control by the German Cartel Office during the past 6 years within this sector. The motivation for a dogmatic examination of the Cartel Office position with merger control has emerged predominantly with the clearing of the two big mergers, Iesy/Ish and TeleColumbus/Ish. It was the first time the authority cleared a merger with an “against giants defense” in the cable television industry. The justifications for the clearing the Cartel Office gave in the holdings of its decisions raise questions of their consistency with preceding judgments although the consolidation is an inevitable step. However there remain several open questions, particularly the proper definition of the relevant market(s) and its (there) reciprocity with assessing market dominance – an important point the Cartel Office misjudged in a contradictory way. The paper delivers a comparative insight into U.S. merger control of telecommunications mergers and suggests to follow the so-called “open field approach” used by the U.S. Federal Communications Commission when dealing with broadband cable mergers.

Apart from common problems of an arbitrary identification of market boundaries the report questions the adequate application of German antitrust law by the authorities, especially when dealing with existing but still ignored trade-offs between market power and static and/or dynamic efficiencies that are exceedingly present in network industries. Not only does the working report show the special necessity of an efficiency analysis for dynamic network industries with network effects that to date lacks German competition policy due to a neoclassical sympathy. Moreover it demonstrates how U.S. and E.C. merger control authorities handle highly efficiency-potential mergers with the instrument of remedies and conditions resembling sector specific measures. This approach is powerful to avoid heavy losses on the whole economy by twofold mistakes that are well-known as false positives and negatives. Those mistakes have been made in applying German merger control to the German broadband cable market whereas the electric power and gas markets interestingly have benefited from a much more flexible remedies policy.

A further aspect the working report turns its attention to is the regulatory treatment of the German broadband cable market by the Federal Network Agency in its recently carried out national consultation paper. By surveying the consultation papers consistency with the Cartel Office analysis the report reveals problems in applying an identical standard for purposes of sector specific regulation. Although both fields are of similar nature, sector specific regulation has a longer termed and more flexible intervention mechanism. In addition it seeks to establish self-supporting competition with a parallel transition to the more general regime of anti-trust law. The neutral approach the European framework uses when focusing on telecommunication networks is therefore essentially linked to an intermodal and foresighted dynamic point of view that has to avoid counterproductive over-regulation of the German broadband cable industry.

Key words: bottleneck, broadband cable, consumer surplus approach, contestable markets, disaggregated approach, efficiency analysis, essential facility, franchise bidding, market definition, market dominance, market power, merger control, network effects, open field approach, regulation, remedies and conditions, telecommunication networks, total welfare standard.

JEL classification: K 19, K 22

ISSN: 14369761

Contact:

Kamyar Abrar
HfB – Business School of Finance & Management
Frankfurt am Main
Email: abrar@hfb.de

Professor Dr. Christoph Schalast
Academic Director Master of Mergers
& Acquisitions (LL.M.)
HfB - Business School of Finance &
Management
Sonnemannstrasse 9-11
D-60314 Frankfurt/Main
Germany
phone: +49-(0)69-154008 709
fax: +49-(0)69-154008 728
mobil: +49-(0)177-3448459
Email: schalast@hfb.de

Parts of this article will be published in *Netzwirtschaften & Recht* 1/2007.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
1 Einleitung	6
2 Aktuelle Marktentwicklung im Kabel – Risiken und Chancen.....	6
2.1 Marktentwicklung 2005/2006	6
2.2 Netzaufrüstung im Anschluss- und IBP-Segment für „Triple Play“	7
2.3 Einstieg der ISP in die Rundfunkübertragung mittels IPTV.....	7
3 Wettbewerb und Konzentration – Zielkonflikt oder ökonomische Effizienz?.....	8
4 Ökonomische Analyse des deutschen Breitbandkabelsektors	10
4.1 Der disaggregierte Ansatz zur Lokalisierung stabiler Marktmacht	10
4.1.1 Die Netzebenenentrennung.....	11
4.1.2 Die NE 3 – Bestreitbarer Markt und aktueller Wettbewerb.....	12
4.1.3 Der Ausschreibungswettbewerb auf der Netzebene 4	12
4.2 Das Ineffizienzproblem aufgrund vertikaler Separierung.....	13
5 Effizienzanalyse: Maßgeschneidertes Instrument für Fusionen in Netzwirtschaften	15
5.1 Der Umgang mit Effizienzen im Kabelsektor.....	17
5.1.1 Liberty/KDG: Die „Efficiency Offense“	17
5.1.2 KDG/KBW: Problem der laufenden Verhaltenskontrolle	17
5.2 Entwicklungen auf EU-Ebene und in den USA.....	18
6 Die Freigabe der Zusammenschlüsse Iesy/Ish und TeleColumbus/Ish – Offene Fragen der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung	19
6.1 Der Einspeisemarkt	20
6.1.1 Die Sicht des Bundeskartellamts.....	20
6.1.2 Inkonsistenz zwischen Marktabgrenzung und Beherrschungsprüfung.....	20
6.1.3 Rechtsvergleich mit dem US-amerikanischen Ansatz	21
6.1.4 Stellungnahme.....	22
6.2 Die Beurteilung des Endkundenmarktes.....	23
6.3 Der Signallieferungsmarkt	24
6.3.1 Die Sicht des Bundeskartellamts.....	24
6.3.2 Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur	26
7 Zusammenfassung und Ausblick	27
Literaturverzeichnis	29

Vorwort

Der folgende Arbeitsbericht steht im engen Zusammenhang mit den Forschungsbereichen Infrastruktur und Mergers & Acquisitions sowie früheren Publikationen der HfB, insbesondere dem Arbeitsbericht Nr. 63 über die Modernisierung der Wasserwirtschaft im Spannungsfeld von Umweltschutz und Wettbewerb. Das Working Paper wurde von meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter, Herrn Rechtsreferendar Kamyar Abrar, verfasst. Er diskutiert und kritisiert insbesondere die beiden, den Breitbandkabelmarkt (TV-Kabel) seit dem letzten Jahr prägenden, Fusionskontrollentscheidungen des Bundeskartellamtes Iesy/Ish und TeleColumbus/Ish.

Der Breitbandkabelmarkt wird seit 2002 durch eine Vielzahl von spektakulären Großfusionen geprägt, die ein deutliches Zeichen für die anstehende und auch notwendige Marktkonsolidierung sind. Dabei sticht ein fundamentaler Unterschied zum zweiten Telekommunikationsfestnetz in Deutschland, dem Telefonnetz (PSTN), ins Auge. Dieses Netz befand sich vor Beginn der Deregulierung durch das TKG im alleinigen Eigentum eines staatlichen Monopolisten, was sich beim Breitbandkabelnetz ganz unterschiedlich darstellt. Zwar befand sich die überregionale Verteilungsebene, hier „Netzebene 3“ genannt, ebenfalls im Eigentum der Deutschen Telekom beziehungsweise einer Tochtergesellschaft. Doch die letzte Meile, der direkte Kundenkontakt, gehört(e) einer Vielzahl von kleinen, mittelständischen und wenigen großen Breitbandkabelverteilunternehmen. Auf der anderen Seite wachsen aber die Netze heute zusammen. Die Deutsche Telekom AG bietet inzwischen über ihr Netz Rundfunk an und die Kabelnetzbetreiber vermarkten unter dem Stichwort „Triple Play“ Internetzugänge, Voice over IP (VoIP) und Rundfunk. Die vorliegend besprochenen Entscheidungen haben den Weg freigemacht für eine umfassende Konsolidierung und Konzentration im deutschen Breitbandkabelmarkt. Ob man dies als eine positive oder negative Entwicklung bewertet, hängt vom Standpunkt des jeweiligen Betrachters ab.

Die Verfahren Iesy/Ish und TeleColumbus/Ish sind derzeit auch Gegenstand eines beim Bundesgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahrens (die Entscheidung wird für den 07.11.2006 erwartet), in welchem darüber gestritten wird, ob die zurückhaltende Beiladungspraxis des Bundeskartellamts bei diesen Verfahren rechtmäßig war. Sollte das Beiladungsbegehren der Beschwerdeführerin in den Verfahren Iesy/Ish (heute: Unity Media) erfolgreich sein, stünde dieser auch das Recht zu, die Freigabe dieser Unternehmenszusammenschlüsse anzufechten.

Der Bericht wurde von Herrn Abrar in wissenschaftlicher Freiheit verfasst und gibt allein seine persönliche Meinung wieder, auch wenn zahlreiche – teilweise hitzig geführte – Diskussionen über das Thema eingeflossen sind. Wir freuen uns über Rückmeldungen und auch Kritik zu dem Inhalt des Arbeitsberichts. Die Thematik wird uns – nicht zuletzt im Rahmen des Mergers & Acquisitions-Studienganges der HfB – weiter intensiv beschäftigen.

Christoph Schalast

1 Einleitung

Mit *Iesy/Ish* und *TeleColumbus/Ish* fanden Mitte letzten Jahres zwei Zusammenschlüsse im deutschen Breitbandkabelsektor statt, denen bislang keine große Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Von Bedeutung sind diese Zusammenschlüsse deshalb, weil das Bundeskartellamt grundlegende Aspekte der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung vorangegangener Fusionsentscheidungen korrigiert und mit *Iesy/Ish* erstmals einen Zusammenschluss zweier Regionalgesellschaften freigegeben hat. Die Freigabeentscheidungen werden allerdings sowohl von den Sendern als auch von den Wettbewerbern auf der Netzebene 4 kritisiert. Sie befürchten, dass die Regionalgesellschaften den deutschen Breitbandkabelsektor remonopolisieren könnten. Vorliegender Beitrag analysiert die ökonomischen Beziehungen im Breitbandkabelsektor im Wege einer disaggregierten Betrachtung des Netzsektors und setzt sich mit der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts im Breitbandkabel auseinander. Deutlich sichtbar werden einige zum Teil gravierende Korrekturen der Wettbewerbsbehörde, die jedoch eine Reihe von offen gebliebenen Fragen hinterlassen. Neben dem Erfordernis der richtigen Marktabgrenzung und der Konsistenz mit der Beherrschungsprüfung nährt auch ein Vergleich mit den internationalen Erfahrungen in der TK-Fusionskontrolle, insbesondere in den USA und der EU, das Bedürfnis einer ausgeprägten Diskussion um die Notwendigkeit einer Effizienzanalyse nach GWB und der Rolle des Rechts der Nebenbestimmungen, mit deren Hilfe sich institutionelle Fehler vermeiden lassen. Im Rahmen der Darstellung wird auch der jüngst veröffentlichte Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur zur Regulierung von Rundfunk-Übertragungsdiensten beleuchtet und die sektorspezifische Konsistenz mit dem Blickwinkel des Bundeskartellamts kritisch hinterfragt. Hier zeigt sich eine ernstzunehmende Gefahr, durch Überregulierung den Wettbewerb empfindlich zu verfälschen.

2 Aktuelle Marktentwicklung im Kabel – Risiken und Chancen

2.1 Marktentwicklung 2005/2006

Schon seit geraumer Zeit verzeichnet der Kabelsektor einen bedenklichen Teilnehmerrückgang. Er gibt Marktanteile an den Übertragungsweg Satellit ab, der in Deutschland mittlerweile 44% der Haushalte mit Rundfunksignalen versorgt und damit im Vergleichszeitraum 2004/2005 um etwa 5,9% zulegen konnte. Der subventionierte¹ digital terrestrische Übertragungsweg (DVB-T) weist sogar ein zweistelliges prozentuales Wachstum auf und macht der bislang führenden Verteilinfrastruktur kontinuierlich Marktanteile streitig². Grund für die zunehmende Abkehr vom Kabel ist vor allem die gestiegene Qualität alternativer Übertragungswege. Mit der effizienten Digitaltechnologie ist auch der terrestrische Übertragungsweg in der Lage, das Gros der Sender kostenlos zu übertragen.

¹ Vgl. hierzu *Koenig/Kühling*, EG-beihilferechtlicher Switch-Off für das digitale terrestrische Fernsehen (DVB-T)?, K&R 2004, S. 201 ff.; Kommission, Mitteilung v. 09.11.2005, abg. in: EuZW 2005, S. 707 f.

² Zum Jahresende 2005 empfangen etwa 2,12 Mio. Haushalte die Signale ausschließlich terrestrisch, was einem absoluten Anstieg von etwa 0,75 Mio. Haushalten und damit von 54,9% entspricht; Zahlen von SES Astra, Satelliten Monitor und TNS Infratest (März 2006).

2.2 Netzaufrüstung im Anschluss- und IBP-Segment für „Triple Play“

Vor diesem Hintergrund sind auch die Kabelnetzbetreiber darum bemüht, die Digitalisierung ihrer Netze voranzutreiben und diese mit attraktiven Inhalten zu füllen. Immer entscheidender wird daher Premium-Content und seine exklusive Übertragung³. Angesichts der in Deutschland bestehenden Free-TV Kultur und der recht geringen Nachfrage nach Pay-TV sind die Versuche der vertikalen Integration mit Inhalten jedoch risikobehaftet, erste Anläufe bereits gescheitert und Vertragsverhandlungen bei der notwendigen Content-Durchleitung in der zersplitterten Kabelbranche äußerst schwierig. Ein weiteres Standbein, um sich durch Produktdifferenzierung von den alternativen Infrastrukturen abzugrenzen, ist das Angebot von TK-Diensten, wie Telefonie und Internet. Gerade dieser Schritt gestaltet sich jedoch schwierig. Denn es bedarf für die weitere Entwicklung massiver irreversibler Investitionen in die noch überwiegend rudimentär ausgestaltete Verteilinfrastruktur zur Bildung relativ kleiner Cluster⁴. Die Amortisation dieser Investitionen steht dabei einem Markt gegenüber, der sich mit über 10 Mio. DSL-Anschlüssen allmählich der Sättigungsphase nähert und beispiellosem Wettbewerb ausgesetzt ist. In der jetzigen Marktphase lässt sich daher über die Amortisation der Kabelnetzinvestitionen in dem ohnehin dynamischen Markt keine sichere Prognose abgeben. Hinzu kommt, dass etablierte ISP mittlerweile eine signifikante Teilnehmerzahl (sog. *eyeball customer*)⁵ besitzen, die für die Verhandlungsergebnisse bei der Zusammenschaltung im Internet Backbone Segment⁶ entscheidend ist und zu stochastischen Größenvorteilen führt.

2.3 Einstieg der ISP in die Rundfunkübertragung mittels IPTV

Die Brisanz des Sektors wird mit dem Einstieg der DTAG in die Rundfunkübertragung nochmals potenziert. Mit ihrer eigenen IPTV-Plattform auf Basis eines hybriden Glasfaser-Kupfernetzes⁷ ist die eher mittelständisch geprägte Branche künftig ganz neuen Wettbewerbsdimensionen ausgesetzt. Gerade weil die DTAG selbst eine Kannibalisierung ihres Kerngeschäftsfeldes immer stärker zu spüren bekommt, ist der Markteintritt in den Rundfunksektor für sie unabwendbar, zumal die Chance besteht, durch eine unregulierte Produktkoppe-

³ Einen ökonomischen Einblick zu der Frage, ob Premium-Content Bottleneck-Charakter besitzt, gibt *Kruse*, Zugang zu Premium Content, Dp. Nr. 44 (12/2005); zu einer wettbewerbsrechtlichen Beschränkung des Umfangs der Vergabe exklusiver Rechte tendiert *Geradin*, Access to Content by New Media Platforms, *European Law Review* 2005, 68 ff.; ausführlich auch *Holzengel/Rosengarten*, Der Zugang zu Premium-Inhalten insbesondere für Multimedia-Anbieter.

⁴ Zu den technischen Einzelheiten vgl. nur Potenziale alternativer Techniken zur bedarfsgerechten Versorgung mit Breitbandzugängen, *wik-Consult* Nr. 22/05 (Januar 2006).

⁵ Als „eyeball customer“ werden die Anschlussinhaber auf der letzten Meile, als „content customer“ meist die Internet Content Provider bezeichnet. Aufgrund ihres ungleichen Datenverkehrsaufkommens haben sie entscheidenden Einfluss auf die Kostenverursachung im Internet Backbone Segment; vgl. hierzu *Kende*, The Digital Handshake, FCC OPP WP Nr. 32 (2000); *Noam*, Interconnecting the Network of Networks, S. 67.

⁶ Hierzu nur *Knieps*, Competition in Telecommunications and Internet Services, in: Barfield/Heiduk/Welfens, Internet, Economic Growth and Globalization, S. 217, 224 f.

⁷ Telekom ruft neue Fernseh-Ära aus, *Handelsblatt* v. 31.07.2006, S. 12; Neue Netzwelten, *Handelsblatt* v. 07.02.2006, S. 8.

lung, Marktanteile zu sichern. Die erhebliche Penetration mit „alten“ ADSL-Anschlüssen und der kaum wahrnehmbaren Konkurrenz der Kabelnetzbetreiber versetzt den Altsassen dabei in die komfortable Lage, bei der Regulierung des künftigen Netzes mit den verantwortlichen Gremien zu „verhandeln“ und notfalls das moderne Glasfasernetz Bruch liegen zu lassen, anstatt es mit Wettbewerbern auf Grundlage der Regulierung zu teilen⁸. IPTV eröffnet ein ganzes Spektrum an innovativen und interaktiven Diensten, die das deutsche Breitbandkabel auch in absehbarer Zeit nicht bieten kann und wird. Einerseits existiert ein großer Bestand an veralteten Digital Set-Top Boxen, die bei einem Wechsel auf IP-Technologie erhebliche Kollektivwechselkosten verursachen würden. Andererseits erfordert die Technologie nicht nur erhebliche Bandbreiten auf der letzten Meile, sondern erzeugt auch ein enormes Datenverkehrsaufkommen auf Ebene der Internet Backbones.

3 Wettbewerb und Konzentration – Zielkonflikt oder ökonomische Effizienz?

Angesichts der öffentlichkeitswirksamen technologischen Entwicklung im PSTN und der mit Ausschreibung der Fußball Bundesliga-Rechte durch das DFL-Syndikat entzündeten Problematik der Regulierung von Premium-Content⁹, schwindet die Aufmerksamkeit für den Konsolidierungsprozess im deutschen Breitbandkabelsektor. Dieser hat mit den hier im Vordergrund stehenden Zusammenschlüssen vorerst seinen Höhepunkt erreicht. Bislang standen vor allem horizontale Integrationen der großen Regionalgesellschaften KDG, KBW, Iesy und Ish¹⁰ im Fokus der Öffentlichkeit¹¹, die das Bundeskartellamt stets als wettbewerbsrechtlich bedenklich einstufte.

Da es sich auch bei Kabelnetzen um Netzstrukturen und damit um Musterbeispiele¹² natürlicher Monopole handelt, ist das Bild einer Vermachtung durch Zusammenschlüsse in diesem Sektor stets präsent. Denn die durch ehemalige Staatsunternehmen betriebenen Telekommunikationsinfrastrukturen sollten durch die von der EU angestoßene Liberalisierung für den Wettbewerb geöffnet werden. Diesem Ziel ist auch das TKG verpflichtet und bringt dies in § 1 dadurch zum Ausdruck, dass es die Wettbewerbsförderung zum Gesetzeszweck erhebt. Mit dieser Ratio des TKG vor Augen erscheint eine Duldung der Netzkonzentration zulasten des Wettbewerbs zunächst unvereinbar zu sein.

⁸ Hierzu *Ladeur*, Das Europäische Telekommunikationsrecht im Jahre 2005, K&R 2006, S. 197, 202.

⁹ *Kruse*, (Fn. 3, aaO); *Geradin*, (Fn. 3, aaO); *Holznagel/Rosengarten*, (Fn. 3, aaO).

¹⁰ BKartA, Beschl. v. 04.04.2001, *Callahan/NetCologne*, B7–205/00; BKartA, Beschl. v. 22.02.2002, *Liberty/KDG*, B7–168/01; BKartA, Abmahnungen *KDG/KBW/Iesy/Ish*, B7–70/04, B7–80/04, B7–90/04 (nicht veröffentlicht); BKartA, Beschl. v. 20.06.2005, *Iesy/Ish*, B7–22/05; BKartA, Beschl. v. 21.06.2005, *TC/Ish*, B7–38/05.

¹¹ Kartellamt gibt grünes Licht für Fusion von ish und iesy, *Handelblatt*, v. 03.06.2005, S. 15; TV-Kabelbetreiber ish und iesy fusionieren, *Handelsblatt*, v. 14.03.2005, S. 14; Vorhang runter und Vorhang auf – Fusion abgemahnt, Paket Kabel Digital Home mit 25 Kanälen angekündigt, *medien aktuell*, v. 16.09.2004, S. 1; Kartellamt erteilt erneute Absage, *Handelsblatt*, v. 14.09.2004, S. 16; hierzu auch *Schalast/Jäger/Abbrar*, Großfusionen im Breitbandkabelnetz?, *WuW* 2005, S. 741 ff.

¹² *Sullivan/Grimes*, *The Law Of Antitrust: An Integrated Handbook*, S. 702 f.

Zusammenschlüsse in Netzsektoren begründen aber nicht nur Marktmachtgefahren, sondern besitzen gerade aufgrund der Liberalisierung auch enormes Restrukturierungspotential¹³, vor allem weil der Übergang zu einem privatwirtschaftlichen System zu mehr Effizienz und Innovation zwingt. Die mittlerweile äußerst dynamischen Telekommunikationsmärkte sind durch eine erhebliche Instabilität geprägt. Ihnen fehlt ein klassisches „Marktgleichgewicht“, was sich in fluktuierenden Marktanteilszahlen, ständigen Marktein- und -austritten von Unternehmen und ihrer finanziellen Fragilität bemerkbar macht.¹⁴ Die Liberalisierung und Deregulierung von Netzsektoren hat zweifelsohne eine permanente Fusionswelle losgetreten, die jedoch nicht auf das Streben oder den Erhalt von Marktmacht reduziert werden sollte. Diese Sichtweise legt die Neue Institutionenökonomik (NIÖ)¹⁵ nahe, die in Abkehr von dem neoklassischen Verständnis des Unternehmens als Produktionsfunktion Unternehmen und Märkte als Pole eines Spektrums von Governance-Strukturen interpretiert, wobei die komparativen Vorteile zwischen Markt, Hierarchie und hybriden Formen der Koordinierung durch die mit den jeweiligen Governance-Strukturen verbundenen Transaktionskosten bestimmt werden¹⁶.

Neben dem Hauptproblem der Wettbewerbsförderung steht das TKG auch dieser Marktdynamik nicht reaktionslos gegenüber, indem es zur Erfüllung der Zielfunktionen etwa allein auf den Wettbewerb als Selbstzweck setzt. Vielmehr stehen die Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen ebenfalls im Zentrum der Regulierungsziele¹⁷, die vor allem im Rahmen der Wahl und Gestaltung der Regulierungsmaßnahmen wichtige Eckpfeiler der Verhältnismäßigkeit darstellen¹⁸. Obwohl das deutsche TKG über keinen sektorspezifischen Fusionskontrolltatbestand verfügt, sind damit die Weichenstellungen eindeutig, wenn die auf den europäischen Rechtsrahmen¹⁹ rückführbaren (statischen und dynamischen) Effizienzgesichtspunkte bei der Herausbildung transnationaler Netze direkt im Ziel- und Maßnahmenkatalog der sektorspezifischen Regulierung implementiert wurden.

Bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im TK-Sektor offenbart sich daher ein besonderer, traditionell zwischen der *Harvard* und *Chicago School* sehr allgemein diskutierter Zielkonflikt zwischen dem unerwünschten Marktmachtproblem und der positiven gesamtwirt-

¹³ *Goldman/Gotts/Piaskoski*, The Role of Efficiencies in Telecommunications Merger Review, 56 Fed. Comm. L.J. 87 ff., insb. 93-104 (2003); *Le Blanc/Shelanski*, Merger Control and Remedies Policy in Telecommunications Mergers in the E.U. and U.S. (2002), S. 4 ff.

¹⁴ *Le Blanc/Shelanski*, (Fn. 13), S. 16; *Veljanovski*, E.C. Antitrust in the New Economy: Is the European Commission's View of the Network Economy Right?, E.C.L.R. 2001, S. 115, 117.

¹⁵ Ausgangspunkt der NIÖ ist das Coase-Theorem; einführend *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik – Eine Einführung und kritische Würdigung, 3. Auflage, Tübingen 2003.

¹⁶ *Bickenbach/Kumkar/Soltwedel*, Wettbewerbspolitik und Regulierung – Die Sichtweise der Neuen Institutionenökonomik, in: Zimmermann, Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft, S. 217, 222.

¹⁷ Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

¹⁸ Vgl. bspw. § 21 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 3, 4, 5.

¹⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. c) Richtlinie 2002/21/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 7.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. Nr. L 108, S. 33 ff.

schaftlichen Effizienzwirkung²⁰ von Zusammenschlüssen. Damit drängt sich die Notwendigkeit nach der Suche eines Ansatzes auf, der dem Zielkonflikt in geeigneter Art und Weise gerecht wird. Wünschenswertes Ziel der Fusionskontrolle ist dabei natürlich die Vermeidung von Marktmacht und gleichzeitig eine Entfaltung positiver Effizienzerwartungen. Aber gerade in dem problematischen Netzwirtschaftsbereich sind Prognosen weniger eindeutig und mit mehr Unsicherheit verbunden, so dass insbesondere mit dem Recht der Nebenbestimmungen ein geeignetes und flexibles Instrument existieren sollte, um besonderen Gefahren präventiv entgegenzuwirken, ohne die Chancen auf positive gesamtwirtschaftliche Effekte von Zusammenschlüssen verstreichen zu lassen.

4 Ökonomische Analyse des deutschen Breitbandkabelsektors

4.1 Der disaggregierte Ansatz zur Lokalisierung stabiler Marktmacht

Netzstrukturen, insbesondere im Ortsnetzsegment, in denen hohe Dichte- und Größenvorteile bestehen, werden klassischerweise als regulierungsbedürftige natürliche Monopole begriffen²¹, da die langfristige Durchschnittskostenkurve bis zum relevanten Marktumfang einen durchgängig fallenden Verlauf aufweist und damit der jeweilige Output von einem einzelnen Betrieb zu geringeren Totalkosten produziert werden kann als von jeder größeren Zahl von Betrieben. Voraussetzung für die Etablierung von Wettbewerb in Netzsektoren war die Erkenntnis, dass auch natürliche Monopole Instabilitäten durch eine gewisse Bestreitbarkeit ausgesetzt sein können²². Insbesondere im Fernverkehrsbereich des PSTN konnte die „Relativität natürlicher Monopole“ in den frühen 1980er Jahren durch die Monopolerosion des AT&T-Konzerns mit den zuvor abgespaltenen Regional Bell Operating Companies (RBOCs)²³ empirisch eindrucksvoll belegt werden. Nicht nur für die Wettbewerbspolitik, sondern auch für das Wettbewerbsrecht und die Regulierung sollte damit die Frage der Monopolresistenz stets bekannt sein und laufend überprüft werden.

Ein solcher *Bottleneck* mit stabiler Marktmacht existiert allerdings nur dann, wenn die Markteintrittsbarrieren ein signifikantes Maß erreichen. Sie bestehen erfahrungsgemäß nur bei hohen Irreversibilitäten, nicht jedoch schon bei Existenz von Größenvorteilen, da nur versunkene Kosten zu einer Bedingungsasymmetrie zwischen dem Incumbent und dem Newcomer bei Markteintritt führen und damit der potentielle Wettbewerbsdruck nicht ausreicht, um das

²⁰ Auf den klassischen (statischen) trade-off zwischen Effizienzvorteilen und Marktmacht machte erstmals Oliver Williamson aufmerksam, vgl. *Williamson*, *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-offs*, 58 *Am. Econ. Rev.* 18 ff. (1968); kritisch *Schmidt*, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, S. 97; *Schmidt/Rittaler*, *Die Chicago School of Antitrust Analysis*, S. 50 ff.

²¹ *Sharkey*, *The Theory of Natural Monopoly*, S. 54 ff.; *Train*, *The Economic Theory of Natural Monopoly*, S. 12; *Meyer/Wilson/Baughcum*, *The Economics of Competition in the Telecommunications Industry*, S. 111 ff.; *Fritsch/Wein/Ewers*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, S. 186.

²² *Baumol/Panzar/Willig*, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*; *ausf. Zsf. Brock*, *A Review Article*, 91 *J.P.E.* 1055 ff. (1983).

²³ Zu den RBOCs zählten Ameritech, Bell Atlantic, Bell South, Nynex, Pacific Telesis Group (PacTel), South Western Bell Corporation (SBC) und US West.

etablierte Unternehmen zu disziplinieren.²⁴ Hingegen führen durch Bestreitbarkeit gekennzeichnete Märkte zu einem allokativ effizienten Marktergebnis, da sich der Altsasse stets der Markteintrittsdrohung des potentiellen Wettbewerbs bewusst ist und dadurch suprakompetitives Preissetzungsverhalten von vornherein vermeidet.

Für die Lokalisierung stabiler Marktmacht ist eine disaggregierte Betrachtung notwendig. Dieser aus der modernen Regulierungstheorie bekannte Ansatz untersucht vertikale und horizontale Teilbereiche von Netzsektoren und hilft dabei stabile *Bottleneck*-Bereiche aufzuspüren, die einer *essential facility* gleichen²⁵ und Regulierungsbedarf begründen. Im Ergebnis lässt sich mithilfe des Ansatzes eine globale End-zu-End Regulierung eines Netzsektors vermeiden, der so in Teilbereichen auch ohne Regulierung auskommt und damit über den Markt effizient organisiert werden kann. Aber nicht nur für die Regulierung ist eine disaggregierte Lokalisierung von stabiler Marktmacht zweckdienlich. Der Gedanke hilft auch bei der Fusionskontrolle zur Identifizierung von (potentiellen) *Bottleneck*-Bereichen, deren Abspaltung, freiwillig auferlegte Öffnung oder Kostentransparenz notwendige Folgen einer Freigabeentscheidung darstellen können. Damit lassen sich befürchtete *Leveraging* (Hebelwirkung) oder *Foreclosure* Effekte (Marktabschottung)²⁶ vermeiden, ohne die gesamtwirtschaftlich positive Effizienzwirkung des Zusammenschlusses durch eine Untersagung insgesamt zu eliminieren.

4.1.1 Die Netzebenenentrennung

Für die deutschen Breitbandkabelnetze bietet sich der disaggregierte Ansatz schon in phänotypischer Hinsicht an. Denn maßgeblich ist, dass man hierzulande eine weltweit einmalige Netzebenenentrennung in vertikaler Hinsicht zwischen der sog. Netzebene 3 (NE3) und 4 (NE4) vorfindet.

Die NE3 ist das in allen Bundesländern flächendeckend vorhandene Heranführ- und Verteilernetz Deutschlands.²⁷ Bereitgestellt und dominiert wird dieses Netz von den bereits genannten Regionalgesellschaften KDG, Unity Media und KBW. Sie sind die Rechtsnachfolger der sog. DTAG-RegCos, d.h. die nach Landesgrenzen aufgeteilten Kabelnetzgesellschaften des ehemals bundesweiten deutschen Kabelnetzes im Fernverkehrsbereich.

Auf der NE4, das bislang als Netz auf Hausverteilenebene bezeichnet wird und ab einem Hausübergabepunkt (Ü40) die von der Ebene 3 bezogenen Signale an die Endkunden weiterleitet,

²⁴ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 32; *ders.*, Theorie der Regulierung und Entgeltregulierung, in: Horn/*ders.*/Müller, Deregulierungsmaßnahmen in den USA: Schlussfolgerungen für die Bundesrepublik Deutschland, S. 46; *Kruse*, Regulierungsbedarf in der deutschen Telekommunikation?, in: Immennga/Kirchner/Knieps/*ders.*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 73, 79.

²⁵ Grundlegend *Kruse*, Ökonomie der Monopolregulierung; auch *Knieps*, Netzökonomie, in: Zippel, Transeuropäische Netze, S. 11 ff.; *ders.*, Wettbewerb in Netzen; *ders.*, Wettbewerbsökonomie, S. 95 ff.; *Blankart/Knieps*, Regulierung von Netzen?, ifo Studien 1996, S. 483 ff.; *ders.*, The Concept of Open Network Provision in Large Technical Systems, in: EURAS Yb. of Stand., 1997, S. 357 ff.

²⁶ Zu *Leveraging* und *Foreclosure* statt vieler *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, S. 317.

²⁷ *Schalast/Schmidt/Schalast*, Einführung in das deutsche und europäische Recht der Breitbandkabelkommunikation, TKMR 2002, S. 429 f.

besteht eine äußerst zersplitterte und inhomogene Eigentümerstruktur²⁸. Grundlage der Geschäftsaktivität der NE4 ist der sog. Gestattungsvertrag. Darin räumt der Liegenschaftseigentümer dem Netzbetreiber die exklusive Versorgung seiner Mieter mit Rundfunkinhalten ein. Der Netzbetreiber übernimmt im Gegenzug die Verkabelung, Aufrüstung und Bereitstellung der Dienste.²⁹ Dabei werden den Liegenschaftseigentümern nicht nur einfache Resale Angebote als Weiterleitung der NE3-Signale unterbreitet. Vielmehr kommen auch immer häufiger Angebote zustande, bei denen die NE4-Betreiber Satellitenanlagen in Form einfacher DBS-Systeme oder Kabelkopfstellen einsetzen.

4.1.2 Die NE 3 – Bestreitbarer Markt und aktueller Wettbewerb

Eine disaggregierte Betrachtung des Kabelnetzsektors belegt, dass die NE3, die als Signallieferantin der NE4 auftritt, trotz nicht mehr entscheidungsrelevanter versunkener Kosten einen angreifbaren Markt bildet. Denn schon ab einer geringen Teilnehmerzahl auf der NE4 bestehen Abkopplungsmöglichkeiten mithilfe reversibler Satelliteneinrichtungen, die einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf die NE3 ausüben. Nicht selten wurde die NE3 in ihrem Preissetzungsverhalten mit dem Rückgang von Teilnehmerzahlen bestraft, so dass die Disziplinierungskraft der NE4 eine Monopolresistenz ausschließt.

Lange Zeit betrieb vor allem die KDG Preisdifferenzierung 3. Grades³⁰. Dieser Preisgestaltung lag ein Kategorienmodell zugrunde, das nach der Anzahl der angeschlossenen Teilnehmer an einem Ü40 und damit an der Schnittstelle zur NE4 differenzierte. In letzter Zeit hat sich dieses statische Kategorienmodell gewandelt. In der Branche ist seit langem bekannt, dass die NE3 zunehmend auf Individualvereinbarungen zurückgreift. Vor allem mit den großen NE4-Betreibern werden Signalliefervereinbarungen geschlossen, die sich dem allgemeingültigen Preismodell entziehen.³¹ Der Grund für solche Abweichungen von den AGB sind nicht nur Kostenersparnisse infolge von Größen- und Dichtevorteilen, sondern vor allem eine gegenwärtige und wirksame Markteintrittsdrohung der NE4 durch den Aufbau eigener Kabelkopfstellen.

4.1.3 Der Ausschreibungswettbewerb auf der Netzebene 4

Auf der NE4 selbst ist auf Grundlage des Gestattungsvertrages ein privates Ausschreibungsmodell entstanden. Hierbei erfolgt die Ausschreibung für das jeweilig zu versorgende Gestattungsgebiet innerhalb eines bestimmten Gestattungszeitraums, so dass hier von einem Gestattungswettbewerb, d.h. einem „Wettbewerb um den Markt“ (sog. *franchise bidding*³²) gespro-

²⁸ Heitzig Consult Studie, Die Revitalisierung der Kabelnetze, S. 90; VPRT/TKLM, Entwicklung der BK-Netze in Deutschland, Teil 2, S. 30 f.

²⁹ Ausführlich *Schalast/Abrar*, Aktuelle Rechtsprobleme der Breitbandkabel-Gestattungsverträge, TKMR 2004, S. 74 ff.; zu den in der Praxis verwendeten Vertragsmodellen GdW, Auslaufen von Gestattungsverträgen mit Kabelnetzbetreibern, Arbeitshilfe 43, Juni 2003.

³⁰ Vertiefend zu den Formen der Preisdifferenzierung nur *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 206-209; *Enke*, Some Notes On Price Discrimination, 30 C.J.E.P.S. 95 (1964).

³¹ *Schalast/Rößner*, Entgeltregulierung nach dem TKG, WuW 2004, S. 595, 596 ff.

³² Grundlegend *Demsetz*, Why Regulate Utilities, 11 J.L.E. 55 ff. (1968).

chen werden kann. Denn der Gestattungsnehmer wird im Rahmen seiner vertraglichen Bindung durch den bei der Neuausschreibung der Liegenschaft ausgeübten Wettbewerbsdruck diszipliniert, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der Zeitraum – wie in der Praxis immer häufiger zu beobachten ist³³ – relativ knapp bemessen ist. In der ökonomischen Literatur³⁴ wird die Frage, ob die Ausschreibung für natürliche Monopole gegenüber der Regulierung überlegen ist, mehrheitlich verneint. Der Grund hierfür besteht zum einen in der Problematik der Eigentümerschaft der verbleibenden versunkenen Infrastruktur, die für den bereits Etablierten nicht mehr entscheidungsrelevant ist, wohl aber für Newcomer, die neu in den Markt eintreten³⁵. Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung auch zu Ineffizienzen führt, da die mitunter lang gewählte Vertragslaufzeit Unsicherheiten bei der Refinanzierung mit sich bringt und dementsprechend ein im Angebot einkalkuliertes Restrisiko des potentiellen Versorgers ausweist³⁶.

4.2 Das Ineffizienzproblem aufgrund vertikaler Separierung

Die strukturelle Separierung des deutschen Breitbandkabelnetzes ist nur aus historischen Gründen verständlich, da sie Ergebnis einer politisch motivierten Beteiligung des Handwerks am Aufbau der deutschen Breitbandkabellandschaft durch die ehemalige Staatsmonopolistin Deutsche Bundespost (DBP) ist. Heute besteht weitgehende Einigkeit, dass die vertikale Netzebenenentrennung zu erheblichen Ineffizienzen führt³⁷. Ähnliche Erfahrungen mit Effizienzproblemen durch eine vertikale Netzseparierung haben auch die USA im PSTN machen müssen. Während zum damaligen Zeitpunkt die Gefahr einer *Bottleneck*-Diskriminierung und Quersubventionierungspotential durch ein Markteintrittsverbot ausgeschlossen werden sollten, zeigte sich schon früh der fehlende gesamtstrukturelle Investitionsanreiz der RBOCs, zumal auch bei einer vertikalen Separierung das Problem der Vermeidung monopolistischer Zugangstarife im Kern erhalten bleibt³⁸. Die US-amerikanische Regulierungsbehörde (FCC) hat in den beiden spektakulären Zusammenschlussverfahren *SBC/AT&T* und *Verizon/MCI* Probleme der doppelten Marginalisierung zwischen dem *Local* und dem *Long Distance* Bereich erkannt und im Rahmen ihrer Freigabeentscheidung ausdrücklich auf die Effizienzvorteile der vertikalen Zusammenschlüsse hingewiesen³⁹.

³³ GdW, (Fn. 27), S. 65.

³⁴ *Williamson*, Franchise Bidding for Natural Monopolies-in General and with Respect to CATV, 7 Bell J. Econ. 73 ff. (1976); *Telser*, On the Regulation of Industry, 77 J. Pol. Econ. 937 ff. (1969); *Knieps*, Verstärkungen und Ausschreibungen in Netzsektoren: Ein disaggregierter Ansatz, Db. Nr. 92, 2003.

³⁵ *Posner*, The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry, 3 Bell J. Econ. 98 ff. (1972); *Williamson*, (Fn. 34, aaO); *Knieps*, (Fn. 34, aaO).

³⁶ *Williamson*, (Fn. 34, aaO), S. 85.

³⁷ Zum Problem der mikroökonomischen Theorie der doppelten Marginalisierung nur *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 160 f.

³⁸ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 104.

³⁹ *SBC Communications, Inc./AT&T Corp.*, Memorandum Opinion & Order, FCC 05-183 (2005), Tz. 190 ff.; *Verizon Communications Inc./MCI Inc.*, Memorandum Opinion & Order, FCC 05-184 (2005), Tz. 202 ff.

Im Gegensatz zu dem US-amerikanischen Ansatz vermied der von Beginn an auf hohe Innovationsdynamik angelegte Liberalisierungsrahmen der EU eine solche netzstrukturelle Separierung. Vielmehr überließ die Kommission die konkrete Ausgestaltung der nach Art. 86 Abs. 1 EG primärrechtlich geforderten Abschaffung des gegen Art. 81 f. EG verstoßenden Kommunikationsmonopols der Staatsunternehmen der mitgliedstaatlichen Verantwortung⁴⁰ und stieß eine vergleichsweise weiche Regulierung durch einen unechten asymmetrischen Regulierungsrechtsrahmen⁴¹ an.

Auch wenn man in der Netzebenenentrennung des deutschen Kabelnetzsektors Probleme der doppelten Marginalisierung aufgrund fehlender sukzessiver Monopole – einerseits aufgrund der Bestreitbarkeit der NE3 und andererseits aufgrund des wirksamen Gestattungswettbewerbs innerhalb der NE4 – anzweifeln kann, hat sich die vertikale Separierung in der Vergangenheit als Transaktionskostenproblem erwiesen. So wurde die längst überfällige Auf- und Umrüstung des Gesamtnetzes zu einem rückkanalfähigen Breitbandmedium, geschweige denn einem IP-Netz, von erheblichen Kooperations- und Koordinierungsschwierigkeiten überschattet – ein ökonomisches Problem, das nicht unerhebliche vertikale Externalitäten bewirkt und zudem das Zeitfenster für äußerst dynamische Technologien dramatisch verkürzt. Diese von Ineffizienz begleitete Situation bei vertikaler Separierung ist immer dann besonders kritisch, wenn – wie im vorliegenden Fall zu beobachten ist – der Sektor in den nächsten Innovationszyklus mündet. *Kruse* führt dies auf die unterschiedliche Relevanz vertikaler Kosteneffekte im Zeitablauf zurück. Denn diese sind in der Entstehungs- und Anfangsphase bzw. im Prozess der Neukonfiguration wesentlich höher als in späteren, reiferen Marktphasen. Die Entscheidungsfolgen bei vertikaler Integration sind zu Beginn des Netzaufbaus daher anreizkompatibler und effizienter internalisierbar und verlieren erst bei zunehmender Entwicklung und Ausreifung des Sektors quantitativ an Relevanz, wo diese dann auch über vertikale Bindungen erzeugt werden können⁴². Denn man muss sich stets vor Augen führen, dass es im Falle eines neu entstehenden oder neu zu konfigurierenden Sektors in der Regel der Dienst ist, der auf Nachfrage stößt. Die zugehörigen Infrastrukturen haben hierbei nur den Charakter von notwendigen Inputs, so dass sie sich nicht unabhängig von dem Dienst entwickeln können.⁴³

Die zahlreichen Konflikte⁴⁴ zwischen den Netzebenen bleiben daher bis heute unüberschaubar und vor allem ökonomisch ungelöst. Insbesondere eine kooperative, durch vertikale Bindun-

⁴⁰ Vgl. erstmals Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28.06.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. Nr. L 192 vom 24.7.1990, S. 10 ff.; nunmehr Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16.09.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. Nr. L 249 vom 17.09.2002, S. 21 ff.

⁴¹ Zum Begriff *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 25 f.

⁴² Vgl. zur Effizienzwirkung vertikaler Bindungen *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 151 ff.

⁴³ Ausführlich *Kruse*, Vertikale Integration als Wettbewerbsproblem, in: ders./Stockmann/Vollmer, Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, S. 247, 261.

⁴⁴ Vgl. Lit.: *Dierck*, Einspeisung und Nutzung von Internetangeboten im Kabelnetz, MMR 2004, S. 29 ff.; v. *Reinersdorff*, Anmerkung zu OLG Hamburg: Einspeisung von digitalen Fernsehprogrammen in die NE4 „MediaVision“, MMR 2001, S. 526; v. *der Osten*, Anmerkung zu OLG München: Einspeisung eines Internetdienstes in die NE4, MMR 2002, S. 49, 50 ff.; vgl. Rspr.: OLG München MMR 2002, S. 49 ff.; OLG Hamburg MMR 2001, S. 526 ff.; BGH NJW 2003, S. 3762, 3764.

gen erzeugte Lösung zwischen den Netzebenen ist angesichts der Bedeutung des Endkunden auch heute noch ein Dilemmaproblem, wengleich Beispiele erfolgreicher Kooperationsmodelle existieren. Diese erfordern jedoch äußerst komplexe Vertragsgestaltungen.

5 Effizienzanalyse: Maßgeschneidertes Instrument für Fusionen in Netz- wirtschaften

Bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im deutschen Kabelsektor ist daher schon im Ansatz erkennbar, dass der Zielkonflikt zwischen Marktmacht und Effizienzvorteilen noch ausgeprägtere Züge annimmt, als sie bei Fusionen im TK-Sektor generell zu beobachten sind. Dies gilt für Zusammenschlüsse zwischen NE3 und NE4 genauso wie für horizontale Integrationen der NE3-Netze. Letztere begründen vor allem äußerst wichtige Synergien im Internet Backbone Segment. Diesen ökonomischen Gegebenheiten lässt sich adäquat mithilfe einer Effizienzanalyse Rechnung tragen⁴⁵, die sowohl die statische als auch die dynamische Effizienzerwartung zu berücksichtigen hat.

Indes ist die Effizienzanalyse mit dem von neuklassischem Gedankengut mitgeprägten GWB nur schwer vereinbar. Denn bekanntermaßen sieht der BGH die Ziele der Fusionskontrolle in ausgewogenen Marktstrukturen verankert, durch die einseitige, nicht mehr leistungsbedingte Verhaltensspielräume der Unternehmen im Interesse des umfassenden Schutzes der Handlungsfreiheit anderer Unternehmen verhindert werden müssen⁴⁶. Diese Sichtweise verleiht dem GWB im Gegensatz zum mittlerweile ökonomisierten europäischen Fusionskontrollrecht⁴⁷, geschweige denn den US-amerikanischen antitrust laws, seinen individualschützenden Charakter⁴⁸. Der Individualschutz steht nach dieser Anschauung mit dem Wettbewerb als Institution nicht in Konflikt⁴⁹. Denn diesem Wettbewerbsverständnis liegt die Auffassung der Freiheit des Wettbewerbs als eigenem Ziel und nicht als Instrument zur Zielerreichung zugrunde⁵⁰. Auf diesem Eckpfeiler des deutschen Wettbewerbsverständnisses baut denn auch die ablehnende Haltung der überwiegenden Literatur⁵¹ zur Berücksichtigung des Effizienz Einwandes auf, indem sie die gesamtwirtschaftliche Effizienz als nicht berücksichtigungsfähig-

⁴⁵ So auch *Goldman/Gotts/Piaskoski* (Fn. 13, aaO); *Ladour*, Aktuelle Rechtsfragen der Einspeisung digitaler Fernsehprogramme in Kabelnetze, ZUM 2002, S. 252, 260.

⁴⁶ St. Rspr. BGHZ 71, S. 102, 111 „Sachs/GKN“; BGHZ 77, S. 279, 281 „Mannesmann/Brueninghaus“; BGHZ 79, S. 62, 67 „Klößner/Becorit“; BGHZ 119, S. 346, 363 „Springer Beig (Pinneberger Tageblatt)“.

⁴⁷ Hierzu beigetragen haben vor allem EuGI, Slg. 2002, II-02585 – „Airtours/First Choice“; Slg. 2002, II-4201 – „Schneider Electric v. Kommission“; Slg. 2002 II-4381 – „Tetra Laval v. Kommission“ und die FKVO 139/2004 (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 24 v. 20.01.2004, S. 1 ff.).

⁴⁸ *Schmitz*, The European Commission's Decision in GE/Honeywell and The Question of The Goals of Anti-trust Law, 23 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 539, 541 ff. (2002).

⁴⁹ *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht, S. 63; *Mestmäcker*, Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, DB 1986, S. 787, 790.

⁵⁰ *Böge/Jakobi*, Die Berücksichtigung von Effizienzen in der Fusionskontrolle, BB 2005, S. 113.

⁵¹ Vgl. BKartA, Stellungnahme des BKartA, Az. E/G4–3003/03, S. 5; *Schmidt*, Fusionskontrolle – Effizienz durch Wettbewerb oder Konzentration?, WuW 2004, S. 359; *Böge/Jakobi*, (Fn. 50, aaO); *Böge*, Reform der Europäischen Fusionskontrolle, WuW 2004, S. 138, 146 f.; *Kapp/Meßmer*, Reform der EU-Fusionskontrolle: Herrscht nun unbeschränkte Willkür in Brüssel?, EuZW 2005, S. 161.

ges Ziel einstuft, weil dieses implizit vom Funktionskatalog des Wettbewerbs bereits vollumfänglich umfasst sei.

Der neuklassische Ansatz ist, insbesondere in Netzindustrien, nicht unproblematisch, wengleich das Argument, dass Marktbeherrschung begriffsnotwendig ein Defizit an Wettbewerbern enthalte und hierdurch Wettbewerbsdruck fehle, der wiederum die behaupteten Effizienzen nicht erwarten lasse bzw. nicht zur Weitergabe an den Verbraucher verpflichte, bei erster Betrachtung durchgreifend erscheint. Die Kehrseite dieses Verständnisses des Marktbeherrschungsbegriffes ist aber, dass die infolge eines Zusammenschlusses erwarteten Effizienzen auch dann abgelehnt werden, wenn die Zusammenschlussparteien durch die Weitergabe der Effizienzen ex post einen Wettbewerbsvorteil erlangen könnten, der andere Unternehmen – etwa aufgrund des niedrigen Preises – benachteiligen würde. M.a.W.: auch wenn ein Zusammenschluss positive gesamtwirtschaftliche Effekte mit sich bringt und erst hierdurch eine (mit diesem Verständnis des Marktbeherrschungsbegriffes) im Verhältnis zu den Wettbewerbern überragende Marktstellung entstehen sollte, legt § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB nahe, den Zusammenschluss trotz seines gesamtwirtschaftlich positiven Effekts gemäß § 36 Abs. 1 GWB zu untersagen.

Dabei lässt das neuklassische Verständnis unberücksichtigt, dass der Sachverhalt, der dem erstmals von *Williamson* entdeckten Konflikt zugrunde lag, davon ausgeht, die Effizienzwirkung verändere (gerade) die innere Kostenstruktur der Unternehmen⁵². Wenn argumentiert wird, die Wettbewerber hätten aufgrund des ausgeschalteten Wettbewerbsdruckes keinen Anlass, die behaupteten Effizienzen weiterzugeben⁵³, so lässt dies außer Acht, dass das marktmächtige Unternehmen sich nicht aufgrund des Wettbewerbsdruckes zu einer Kostensenkung veranlasst sieht, sondern aufgrund der veränderten inneren Kosten- und Organisationsstruktur. Eine weitere Preiserhöhung findet gerade deshalb nicht statt, da das Gewinnmaximum an diesem Punkt erreicht wird. *Williamsons* Überlegungen erfahren nicht zuletzt durch die NIÖ immer größeren Zuspruch, da sie das Augenmerk von der traditionell dominierenden Vorstellung auf potentiell wettbewerbswidrige Absichten oder Effekte von Unternehmenszusammenschlüssen zu einer A-priori-Annahme verschiebt, dass die Suche nach neuen Governance-Strukturen weitaus effizientere Ausmaße annimmt als bislang erwartet⁵⁴.

Eine weitere wichtige Erkenntnis im Rahmen der Diskussion um den Zielkonflikt ist die Unterscheidung zwischen statischen und dynamischen Effizienzen. Während die ökonomische Diskussion um erstere als überschaubar galt, ist mit dynamischen Netzsektoren und Hochtechnologiemärkten ein Auffassungswandel⁵⁵ verbunden, der mittlerweile den eigenständigen Forschungsbereich der Netzwerkökonomie prägt. Im Zusammenhang mit der Diskussion um

⁵² Vgl. auch *Kinne*, Effizienzvorteile in der Zusammenschlusskontrolle, S. 74, 76; *Schwalbe*, Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle, S. 3.

⁵³ So aber BKartA, Stellungnahme, (Fn. 51), S. 5; *Böge/Jakobi*, (Fn. 50), S. 117; *Schmidt*, (Fn. 50, aaO).

⁵⁴ *Bickenbach/Kumkar/Soltwedel*, (Fn. 16), S. 228.

⁵⁵ Vgl. statt vieler *Shapiro/Varian*, Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy; *Erber/Hagemann*, Netzwerkökonomie, in: *Zimmermann*, Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft, S. 277 ff.

den Effizienzeinwand ist die Existenz von (starken) Netzwerkeffekten relevant. Sie können dazu führen, dass mit einer großen Anzahl von Wettbewerbern nicht die gleichen Ergebnisse erzielt werden, die man auf anderen, „wettbewerblichen“ Märkten beobachten kann. *Economides* zeigt, dass der Schaden für andere *Wettbewerber* nicht das entscheidende Argument für eine kartellrechtliche Intervention darstellen dürfe. Die zentrale Frage sei vielmehr, ob durch das Verhalten des „marktmächtigen“ Unternehmens dem *Verbraucher* geschadet werde.⁵⁶ Die Ergebnisse spiegeln die in dynamischen Netzsektoren aufgrund von Komplementaritäten, Netzwerk-, Selbstverstärkungs- u.a. Effekten zu beobachtende Umkehr des Nachfragegesetzes (*reversal of the law of demand*) wider. Denn der Wert eines Netzwerks steigt mit der Anzahl der angeschlossenen Teilnehmer (direkte Netzwerkeffekte) und der Komplementaritäten (indirekte Netzwerkeffekte) überproportional⁵⁷. Obwohl der negative Marktmachteeffekt zunächst nicht an Aussagekraft verliert, ergeben sich mit einer Konzentration auch positive gesamtwirtschaftliche Effekte. Für den Breitbandkabelsektor führen sie beispielsweise zu einem schnelleren Set-Top-Box Rollout oder zu einer schnelleren Einführung von interaktivem Fernsehen (ITV). Dogmatisch gesprochen ist die behauptete Harmonie zwischen Einzel- und Gesamtinteressen durch das Element der Handlungsfreiheit allein gerade nicht herstellbar, sondern für den Verbraucher und die Gesamtwohlfahrt sogar kontraproduktiv. Die Effizienzanalyse und Gesichtspunkte der Konsumenten- und Gesamtwohlfahrt gewinnen dagegen an entscheidender Bedeutung.

5.1 Der Umgang mit Effizienzen im Kabelsektor

5.1.1 Liberty/KDG: Die „Efficiency Offense“

Bei Zusammenschlüssen im Kabelsektor wurde die wettbewerbspolitische Grundrichtung der Wettbewerbshüter insbesondere in *Liberty/KDG* sichtbar. Die beabsichtigten Investitionen des US-amerikanischen Kabelnetzbetreibers in das veraltete KDG-Netz wurden als Gefahr für andere Netzbetreiber, die Nutzung neuer digitaler Inhalte als Gewöhnung an Liberty, der bessere Zugang zu attraktiven Inhalten als Strategie der Marktabschottung begriffen⁵⁸. Die Entscheidung hat deutlich werden lassen, dass die deutsche Zusammenschlusskontrolle den Effizienzeinwand nicht nur ablehnt, sondern ihn zur Untermauerung der Marktbeherrschung und damit als „Offense“ begreift.

5.1.2 KDG/KBW: Problem der laufenden Verhaltenskontrolle

Ein ähnliches Bild ergab sich auch in dem Verfahren *KDG/KBW*. Nach Vorstellung der Parteien sollte der Zusammenschluss Synergien und Effizienzen freisetzen. Der Endkunde hätte auch hier von einem groß angelegten Investitionspaket für eine schnellere Verbreitung von Internetzugängen profitiert. Zugleich wäre damit auch der Wettbewerb mit TK-Diensten for-

⁵⁶ *Economides*, Competition Policy in Network Industries, S. 15, 23.

⁵⁷ *Economides*, (Fn. 56), S. 5 ff.; *Page/Lopatka*, Network Externalities, in: Bouckaert/De Geest, Encyclopedia of Law and Economics, 0760, 1999, S. 952, 954.

⁵⁸ BKartA, *Liberty/KDG*, B7-168/01, Tz. 68 ff., 72 ff.

ciert worden. Das Bundeskartellamt wollte aber nicht wahrhaben, dass es solcher Effizienzen bedarf und erklärte sich auch angesichts des Verbots einer laufenden Verhaltenskontrolle nach § 40 Abs. 3 S. 2 GWB außer Stande, die Parteizusagen zu akzeptieren.⁵⁹ Mit Blick auf den Energiesektor ist die Frage berechtigt, warum eine einmalig zu prüfende Investitionszusage restriktiv, Zusagen des Netzzugangs auf den Strom- und Gasmärkten hingegen recht freizügig gehandhabt werden⁶⁰, obwohl hier Mittel der Missbrauchsaufsicht stärker in die Fusionskontrolle einfließen als es das GWB zur Konturierung der „präventiven Missbrauchsaufsicht“ beabsichtigt⁶¹.

5.2 Entwicklungen auf EU-Ebene und in den USA

Wie sich in der europäischen Fusionskontrolle derzeit eindrucksvoll zeigt, trägt die Ökonomisierung der Fusionskontrolle und des Kartellrechts insgesamt zu einer stärkeren Verzahnung von präventiver Fusionskontrolle und nachträglicher Missbrauchsaufsicht über das Instrument der Nebenbestimmungen bei⁶². Eine Unterscheidung der (laufenden) Verhaltens- von der Strukturkontrolle ist dabei im Niedergang begriffen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es um Zusammenschlüsse in Netzsektoren geht. Sektorspezifisch anmutende Instrumente werden hier regelmäßig zur Auflage⁶³ gemacht und dienen der Vermeidung von zwei Ordnungsfehlern⁶⁴: dem Blockieren von dynamischem Fortschritt durch Untersagung des Zusammenschlusses und der Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht durch Freigabe.

Diese Art der Auflösung von Zielkonflikten zwischen Effizienz Gesichtspunkten und Marktmacht entspricht seit langem der US-amerikanischen Fusionskontrollpraxis⁶⁵. Insbesondere in der TK-Fusionskontrolle, für die eine faktische concurrent jurisdiction zwischen dem US-Justizministerium (DOJ) und der FCC existiert⁶⁶, ist die sektorspezifische Regulierung im Wege des Rechts der Nebenbestimmungen fast schon eine notwendige Folge eines „kritischen“ Zusammenschlusses. Die FCC, die aufgrund der ihr nach dem Communications Act

⁵⁹ BKartA, Abmahnungen *KDG/KBW/Iesy/Ish*, B7–70/04, B7–80/04, B7–90/04, S. 61 ff.

⁶⁰ BKartA, Beschl. v. 29.07.2002, B8–40000–U–23/02 – „EnBW/ZEAG“; Beschl. v. 26.01.2001, B8–40000–U–202/00 – „EnBW/Stadtwerke Schwäbisch Gmünd“; Beschl. v. 03.07.2000, B8–309/99– „RWE/VWE“.

⁶¹ Hierzu *Möschel*, Großfusionen im engen Oligopol, DB 2001, S. 131, 134 f.; *Veelken*, Die Abgrenzung zwischen Strukturauflagen und laufender Verhaltenskontrolle, WRP 2003, S. 692, 708.

⁶² EuGI, Slg. 2002 II-4381, Rdnr. 218 – „Tetra Laval v. Kommission“, mit EuGH, Urt. v. 15.02.2005-C-12/03 P, Rdnr. 89 weitgehend best.; vgl. bereits EuGI, Slg. 2003 II-000, Rdnr. 170 – „SEB/Moulinex“; Slg. 1999, II-753, Rdnr. 319– „Gencor v. Kommission“.

⁶³ Kommission, Entsch. v. 13.10.1999, COMP/M.1439 – „Telia/Telenor“; Entsch. v. 10.07.2002, COMP/M.2803 – „Telia/Sonera“; Entsch. v. 26.07.2002, COMP/M.1795 – „Vodafone Airtouch/ Mannesmann“.

⁶⁴ Vg. hierzu nur *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 77, 132; *Haucap/Kruse*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien?, WuW 2004, S. 267 ff.

⁶⁵ Vgl. DOJ, Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (October 2004).

⁶⁶ Die Kompetenz der FCC ergibt sich aus den Lizenzübertragungstatbeständen der Sec. 214(a), 310(d) Communications Act; zu der concurrent jurisdiction des DOJ im Bereich der TK-Fusionskontrolle nur *Weiss/Stern*, Serving Two Masters: The Dual Jurisdiction of The FCC and The Justice Department Over Telecommunications Transactions, 6 Comm. Law Consp. 101 ff. (1998).

übertragenen Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften seitens Common Carrier und Cable Operator wacht, hat in der Vergangenheit Augenmaß bei der Umsetzung von Fusionen mit „conditions“ bewiesen⁶⁷. Beispiele solcher Nebenbestimmungen sind Verbesserungen bei technischen Schnittstellen und Betriebssystemen als Zugangsvoraussetzungen zu Netzeinrichtungen⁶⁸, die unmittelbar zu mehr Transparenz und weniger Diskriminierung beitragen. Nicht weniger spektakulär war die Entgegennahme von Investitionszusagen, die Verpflichtung zum Markteintritt in fremde Konzessionsgebiete⁶⁹ oder Maßnahmen der Entbündelung, wie line sharing, special acces oder stand-alone internet. Die praktische Nähe der FCC spiegelt sich auch darin wieder, dass sie die Wettbewerber regelmäßig an den zu ergreifenden conditions beteiligt, indem den Zusammenschlussparteien beispielsweise auferlegt wird, sich hinsichtlich der technischen Gestaltung von Schnittstellen mit den Wettbewerbern abzustimmen oder gemeinsam zu entwickeln⁷⁰. Auch aufgrund dieses Umgangs mit praxisorientierten Nebenbestimmungen genehmigte die FCC die beiden größten, je im PSTN vollzogenen Zusammenschlüsse *SBC/AT&T* und *MCI/Verizon*⁷¹. Die flexible Anwendung von allgemeinem und sektorspezifischem Fusionskontrollrecht trägt bereits erste Früchte. Beide Unternehmen bauen trotz des massiven Investitionsbedarfs eigene FTTH- bzw. FTTC-Netze auf und investieren stark in Medieninhalte, ohne den Markt – aufgrund des wirksamen intermodalen Wettbewerbs mit Kabel- und Satellitennetzbetreibern – gegenüber Wettbewerbern abschotten zu können.

6 Die Freigabe der Zusammenschlüsse Iesy/Ish und TeleColumbus/Ish – Offene Fragen der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung

Unabhängig von der wettbewerbspolitischen Grundrichtung des GWB kann sich auch das deutsche Recht den ökonomischen Gegebenheiten im Sektor der Breitbandkabelnetze nicht entziehen. Die Behauptung, dass das Kabel eine *essential facility* begründe⁷², gerät spätestens durch die dargestellte Angreifbarkeit der Netze und die Dynamisierung des Marktes ins Wanken. Dem verschließt sich das Bundeskartellamt allerdings noch immer. Stattdessen wird mit einer äußerst fragwürdigen und widersprüchlichen Argumentation auf den regelmäßig betroffenen Märkten der Einspeisung, der Belieferung des Endkunden mit Rundfunksignalen als auch der Signalbelieferung der NE4 operiert⁷³.

⁶⁷ Vgl. *SBC/Ameritech*, Merger Order, FCC 99-279, 14 FCC Rcd 14712 (1999); *Bell Atlantic/NYNEX*, Merger Order, FCC 97-286, 12 FCC Rcd 19985 (1997).

⁶⁸ *SBC/Ameritech*, Merger Order, FCC 99-279, 14 FCC Rcd 14712 (1999), Tz. 371 f., 424.

⁶⁹ *Bell Atlantic/GTE*, Merger Order, FCC 00-221, 15 FCC Rcd 14032 (2000), Tz. 319 ff.

⁷⁰ *Bell Atlantic/GTE*, Merger Order, FCC 00-221, 15 FCC Rcd 14032 (2000), Tz. 285 ff.; *SBC/Ameritech*, Merger Order, FCC 99-279, 14 FCC Rcd 14712 (1999), Tz. 381 ff.; *Bell Atlantic/NYNEX*, Merger Order, FCC 97-286, 12 FCC Rcd 19985 (1997), Tz. 182 ff.

⁷¹ *SBC Communications, Inc./AT&T Corp.*, Memorandum Opinion & Order, FCC 05-183 (2005); *Verizon Communications Inc./MCI Inc.*, Memorandum Opinion & Order, FCC 05-184 (2005).

⁷² Kritisch bereits *Schalast/Jäger/Abrar*, (Fn. 11), S. 749 ff.

⁷³ *BKartA, Callahan/NetCologne*, B7-205/00, S. 10; *Liberty/KDG*, B7-168/01, Tz. 31; *KDG/KBW/Iesy/Ish*, B7-70/04, B7-80/04, B7-90/04, S. 12, 53, 57; *Iesy/Ish*, B7-22/05, Tz. 35; *TC/Ish*, B7-38/05, Tz. 26.

6.1 Der Einspeisemarkt

6.1.1 Die Sicht des Bundeskartellamts

Als Argumentationsstütze seiner Marktabgrenzung greift das Kartellamt für die Abgrenzung des Einspeisemarktes noch immer auf die nun zehnjährige Pay-TV Durchleitungsentscheidung des BGH⁷⁴ zurück und macht den Gedanken der Komplementarität der Netze für die Sender fruchtbar. Nach dem im GWB maßgeblichen Bedarfsmarktkonzept⁷⁵ komme daher insbesondere eine Substituierbarkeit der Infrastrukturen Kabel und Satellit nicht in Frage, so dass der Übertragungsweg Kabel einen eigenen sachlich relevanten Markt bilde und die Ausdehnung eines jeden Netzes auch die räumliche Dimension bestimme⁷⁶. Auf Grundlage dieser äußerst engen Marktabgrenzung gelangt das Bundeskartellamt zu dem Ergebnis, dass die Regionalgesellschaften eine marktbeherrschende Stellung gegenüber den Sendern besitzen. Es handele sich hier um natürliche Monopole, die keinem horizontalen Wettbewerb ausgesetzt seien. Auch lasse sich seitens der Sender keine gegengewichtige Marktmacht (sog. *countervailing power*) feststellen, die die Marktbeherrschung der Netzbetreiber beseitigen könne. Obwohl zwischen den Regionalgesellschaften in den Grenzregionen ein potentielles Wettbewerbsverhältnis bestehe und dieser folglich durch den Zusammenschluss auch ausgeschlossen werde, habe der Zusammenschluss *Iesy/Ish* nach Überzeugung der Kartellbehörde die strukturellen Voraussetzungen dafür geschaffen, dass gegenüber der ebenfalls marktbeherrschenden KDG Wettbewerb entstehe und die Verstärkungswirkung zumindest neutralisiert werde.⁷⁷

6.1.2 Inkonsistenz zwischen Marktabgrenzung und Beherrschungsprüfung

Schon für den Netzzugangsanspruch des § 20 GWB ist die Marktabgrenzung des BGH heftig kritisiert worden⁷⁸, weil sie zu einer Atomisierung der Märkte führe⁷⁹ und im Ergebnis die Sender einseitig privilegiere⁸⁰. Das Bundeskartellamt verengt darüber hinaus den sachlich relevanten Markt auf den Übertragungsweg Kabel und verkennt dabei, dass der BGH diesen technologieneutral beurteilte⁸¹. Daneben zitiert die Kartellbehörde einige Entscheidungen der EU-Kommission⁸², in denen die sachliche Marktabgrenzung ebenfalls relativ eng ausfiel,

⁷⁴ BGH WuW/E BGH 3058 – „Pay-TV-Durchleitung“.

⁷⁵ WuW/E BGH 1435, 1440 – „Vitamin-B-12“; WuW/E BGH 3026, 3028 – „Backofenmarkt“; *Holznaegel/Enaux/Nienhaus*, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, S. 29; *Neveling*, Die sachliche Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle im deutschen und europäischen Recht, S. 58ff.; *Traugott*, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929ff.

⁷⁶ St. Praxis, vgl. BKartA, *Liberty/KDG*, B7–168/01, Tz. 85–88; *Iesy/Ish*, B7–22/05, Tz. 37 ff.; *TC/Ish*, B7–38/05, Tz. 28 ff.

⁷⁷ BKartA, *Iesy/Ish*, B7–22/05, Tz. 123 ff.; BKartA, *TC/Ish*, B7–38/05, Tz. 114 ff.

⁷⁸ Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, 13. Hauptgutachten, 2000/2001; *Möschel*, Die Öffnung der Breitbandkabelnetze für den Wettbewerb, MMR Beilage 2/2001, S. 13, 18.

⁷⁹ *Engel*, Verbreitung digitaler Pay-TV-Pakete in Fernseekabelnetzen, ZUM Sonderheft 1997, S. 309, 312.

⁸⁰ *Raisch/Gudera*, Anmerkung zum Beschluss OLG Naumburg, ZUM 1999, S. 904, 906.

⁸¹ So bereits *Engel*, (Fn. 79), S. 309, 312.

⁸² Kommission, Entsch. v. 08.12.1997, IV/M.1027 – „Deutsche Telekom/Beta Research“; Entsch. v. 09.11.1994, IV/M.469 – „MSG Media Service“; Entsch. v. 23.02.1995, IV/M.490 – „Nordic Satellite Distribution“.

räumlich jedoch das Territorium des Mitgliedsstaates umfasste. Unerwähnt bleibt auch, dass die Kommission seit der *Télévision Par Satellite* Entscheidung⁸³ die Substituierbarkeit der Infrastrukturen Kabel und Satellit bejaht und damit von früheren Entscheidungen Abstand gewonnen hat⁸⁴.

Die angedachte Komplementarität mag aus Sicht der Sender überzeugend erscheinen. Tatsächlich verwischt sie als Ausgangspunkt der Marktabgrenzung aber sämtliche Wettbewerbsbeziehungen auf dem Einspeisemarkt. Die Problematik wird deutlich, wenn man einen Vergleich zwischen Marktabgrenzung und Marktbeherrschungsprüfung vornimmt. Einerseits wird argumentiert, dass der Markt das Netz eines Kabelnetzbetreibers darstelle, auf dem dieser dann 100% Marktanteil besitzt. Andererseits werden die Auswirkungen des Zusammenschlusses mit einer „*against giants defense*“⁸⁵ gegenüber der KDG begründet, die per definitionem auf einem anderen Markt tätig ist und daher für den Verhaltensspielraum gegenüber den Sendern keine Rolle spielen darf⁸⁶. Denn Güter, die nicht in denselben relevanten Markt einbezogen wurden, können grundsätzlich⁸⁷ keinen Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben. Weder begrenzen sie den Verhaltensspielraum untereinander, noch erweitern sie ihn im Falle eines Zusammenschlusses gegenüber Nachfragern. Der Netzzusammenschluss führt aber zu einem Einflusszuwachs gegenüber Nachfragern, so dass der räumlich relevante Markt weiter zu fassen ist, als ihn das Bundeskartellamt definiert. Für die sachliche Marktabgrenzung gilt, dass ein Teilnehmerrückgang zugunsten der Satellitenübertragung einen Reichweitenverlust bewirkt. Diametral hierzu nimmt aber die Position des DTH abstrahlenden Satelliten gegenüber den Sendern zu, so dass auch die Satellitenübertragung in den sachlich relevanten Markt der Einspeisung einbezogen werden muss. Dieser Gedanke sollte zumindest über den Normzweck⁸⁸ von § 36 Abs. 1 GWB in Ansatz gebracht werden.

6.1.3 Rechtsvergleich mit dem US-amerikanischen Ansatz

Vorbildlich ist insoweit der von der US-amerikanischen Regulierungsbehörde beschrittene Weg. Mit dem von ihr entwickelten „*open field approach*“⁸⁹ wird der sachlich relevante Markt infrastruktureutral begriffen, so dass der sog. MVPD⁹⁰-Competition erfasst werden kann. Es überrascht, dass sich die FCC zu dieser vergleichsweise weiten Marktabgrenzung gezwungen sieht, obwohl die Ermächtigung zum Erlass der Regulations in Sec. 613 (f) Communications Act eine kabelnetzspezifische Regelung enthält. Der Grund für die Einbeziehung alternativer Infrastrukturen ist angesichts der Marktdynamik ökonomisch motiviert und ist als

⁸³ Vgl. Kommission, Entsch. v. 03.03.1999, IV/36.237 – „TPS“, Tz. 30.

⁸⁴ Hierzu bereits *Carter*, Market Definition in the Broadcasting Sector, 24 World Comp. 93, 103 (2001).

⁸⁵ Vgl. zur Argumentation *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 319.

⁸⁶ *Immenga/Stopper*, Impulsgeber „Baby Food Merger“, RIW 2001, S. 512, 514.

⁸⁷ Ausnahme ist der Substitutionswettbewerb, der jedoch hier keine Rolle spielt.

⁸⁸ Zur normzweckbezogenen Marktabgrenzung nur BGH WuW/E BGH 1749, 1754 – „Klößner/Becorit“; WuW/E BGH 2575, 2576 „Kampffmeyer/Plange“; BKartA WuW/E BKartA 1840, 1841 – „Texaco/Zerssen“; *Bunte*, Marktabgrenzung und Marktbeherrschung auf Mobilfunkmärkten, MMR Beilage 1/2002, S. 1, 3.

⁸⁹ Vgl. die hierzu erlassenen Regulations, 47 C.F.R. §§ 76.503 f.

⁹⁰ Abk. f. Multiple Video Programming Distributor.

Folge der D.C. Circuit Rechtsprechung in *Time Warner II*⁹¹ auch unumstößlich. Auch die räumliche Dimension des Marktes wird denkbar weit begriffen und stellt auf das nationale Territorium ab.

6.1.4 Stellungnahme

Der „*open field approach*“ führt nicht nur dazu, dass mit ihm dogmatische Schwierigkeiten beseitigt werden. Auch eröffnet er die Möglichkeit, die bestehenden Wettbewerbsbeziehungen genauestens zu erfassen. Ob die Sender dabei die Einspeisung ihrer Signale – wie in Deutschland noch üblich – nachfragen (sog. Transportmodell) oder ihre Inhalte den Netzbetreibern anbieten (sog. Vermarktungsmodell), ist irrelevant, was insbesondere Zufallsergebnisse vermeidet, wenn sich die Geschäftsmodelle künftig verändern⁹². Denn mit fortschreitender Entwicklung ist spätestens auch nach dem Bedarfsmarktkonzept mindestens ein nationaler Markt des „Inhalteerwerbs“ abzugrenzen. Ferner sensibilisiert der Ansatz für unilaterale und koordinierte Effekte durch Zusammenschlüsse, denen die deutsche Kartellbehörde mit der Marktabgrenzung ausgewichen ist, obwohl sie in *KDG/KBW* noch zahlreiche Hinweise für ein koordiniertes Verhalten der Netzbetreiber untereinander und damit für eine oligopolistische Marktstruktur gegeben hatte. Beispiele waren die Preisführerschaft der KDG, der faktische Ausschluss von Gestattungswettbewerb zwischen den Regionalgesellschaften untereinander und die Zentralvermarktung der Inhalte über die MSG⁹³. Hier muss letztlich nicht entschieden werden, ob durch den Zusammenschluss *Iesy/Ish* ein enges Oligopol auf dem Einspeisemarkt entstanden ist. Nicht nur fehlt einschlägiges Datenmaterial, das das Bundeskartellamt aufgrund seiner bisherigen Sichtweise nicht sammeln konnte. Schon die Marktanteile, die die Netzbetreiber auf einem Markt besitzen, der durch regen Wettbewerb der Infrastrukturen untereinander gekennzeichnet ist, fallen so niedrig aus, dass die Vermutungskriterien für eine Marktbeherrschung gemäß § 19 Abs. 3 GWB kaum erreicht werden⁹⁴. Hinzu kommt, dass in der deutschen Kabelnetzlandschaft die Grundvoraussetzungen für den ökonomischen Anreiz fehlen, den Markt gegenüber Inhalteanbietern und Sendern abzuschotten. Die einschlägige Literatur⁹⁵ belegt, dass *Foreclosure* zumindest eine hinreichend hohe vertikale Verflechtung

⁹¹ *Time Warner Entertainment Co., L.P. v. FCC*, 240 F.3d 1126 (1132 ff.) (D.C. Cir. 2001).

⁹² Hierzu *Wagner*, Wettbewerb im Kabel zwischen Transport- und Vermarktungsmodell, MMR 2001, S. 28 ff.; *Rhein*, Das Breitbandkabelnetz der Zukunft, MMR Beilage 2/2001, S. 3, 7 f.

⁹³ Vgl. BKartA, Abmahnungen *KDG/KBW/Iesy/Ish*, B7–70/04, B7–80/04, B7–90/04, S. 30 ff., 50 ff.

⁹⁴ So schon *Engel*, (Fn. 79), S. 313.

⁹⁵ *Adilov/Alexander*, Cable Ownership Rules: A Bargaining Theory Approach (01/2003); *Bykowsky/Kwasnica/Sharkey*, FCC Office of Plans and Policy, OPP Working Paper No. 35, Horizontal Concentration in the Cable Television Industry (2002); *Chipty/Snyder*, The Role Of Firm Size In Bilateral Bargaining: A Study Of The Cable Television Industry, 81 Rev. Econ. Stat. 326 ff. (1999); vgl. auch *Engel/Knieps*, Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, S. 14.

mit eigenen Inhalten voraussetzt und eine etwaige Einspeiseverweigerung nur schwer kompensiert werden kann⁹⁶, zumal Inhalte Positionalgutcharakter⁹⁷ aufweisen.

6.2 Die Beurteilung des Endkundenmarktes

Auch bei der Analyse des Endkundenmarktes erntete das Bundeskartellamt in der Vergangenheit scharfe Kritik⁹⁸. Im Zentrum stand auch hier die bedarfsmarktorientierte Substituierbarkeit der Infrastrukturen, die bis heute abgelehnt wird und vor allem in *Liberty/KDG* einen wichtigen Eckpfeiler der Untersagungsverfügung darstellte. Mittlerweile hat sich die Ansicht des Kartellamts hinsichtlich der Abgrenzung und Bewertung des Marktes in elementaren Punkten gewandelt. Marktgegenseite des Endkundenmarktes sei nicht mehr wie bisher der Endkunde selbst, sondern der Verbrauchsdisponent, in diesem Fall also meist der Liegenschaftseigentümer, der die Endkundennachfrage abbildet⁹⁹. Damit erwächst der Ausschreibungswettbewerb auf der NE4 zum wesentlichen Marktgeschehen und ist nicht mehr bloß Restwettbewerb auf einem ansonsten monopolisierten Markt¹⁰⁰. Dieser Blickwinkel führt dazu, dass der räumliche Einzugsbereich dieses Marktes erweitert wird und zumindest das regionale Gebiet des NE3-Versorgers erfasst. Darüber hinaus kann sich das Bundeskartellamt der deutlichen Zunahme des Satellitenempfangs nicht mehr verschließen. Seiner Auffassung nach scheidet zwar die Einbeziehung dieses Übertragungsweges in den sachlich relevanten Markt aus, weil dieser unentgeltlich zur Verfügung stehe und insoweit keine Marktleistung darstelle. Allerdings müsse der Wechselbewegung zum Satellitenempfang über den Gesichtspunkt des Substitutionswettbewerbs Rechnung getragen werden, was dann allerdings erst im Rahmen der Beherrschungsprüfung zum Tragen komme¹⁰¹. Dies führe bei offen gelassener Marktherrschaft der NE3 gegenüber den lokalen¹⁰² und zusätzlich durch Gestattungswettbewerb gekennzeichneten regionalen Endkundenmärkten jedenfalls nicht zu einer Verstärkung etwaig bestehender Marktbeherrschung.

Dieser Paradigmenwechsel ist erstaunlich, denn vermutlich hätte er schon in der *Liberty/KDG* Entscheidung die wettbewerbsrechtlichen Bedenken erheblich abgemildert. Das Kartellamt führt mit diesem Blickwinkel einen positiven Richtungswechsel herbei, da erstmals die Wettbewerbsbeziehungen an Konturen gewinnen. Gleichwohl sind Beurteilung und Argumentati-

⁹⁶ AT&T Comcast Corp./AT&T Corp. and Comcast, Memorandum Opinion and Order, FCC 02-310 (2002); die FCC hat diese Anreize trotz einer hohen Versorgung von 30% aller US-amerikanischen Haushalte und der mit der deutschen Situation unvergleichbar hohen vertikalen Integration mit Inhalten ausdrücklich abgelehnt.

⁹⁷ Ein Positionalgut ist dadurch gekennzeichnet, dass die Nachfrage nach diesem Gut nicht nur von der objektiven Qualität abhängt, sondern vor allem vom Rang in der Qualitäts-, Attraktivitäts- bzw. Popularitäts-Hierarchie, vgl. hierzu *Kruse*, (Fn. 3), S. 8.

⁹⁸ *Möschel*, (Fn. 78), S. 13, 18, Fn. 12.

⁹⁹ BKartA, *Iesy/Ish*, B7-22/05, Tz. 208; *TC/Ish*, B7-38/05, Tz. 171.

¹⁰⁰ Ebd., Tz. 228; 192.

¹⁰¹ Ebd., Tz. 215, 224 f.; 188, 191 ff.

¹⁰² Als lokale Endkundenmärkte werden die Einfamilienhaushalte begriffen, die ihre Liegenschaften in der Regel nicht ausschreiben und damit auch nicht zum Gegenstand des Gestattungswettbewerbs machen.

on nicht völlig kritiklos hinnehmbar. Schwierigkeiten bereitet die sachliche Marktabgrenzung insoweit, als sie den Satellitenempfang trotz grundlegend verändertem Verständnis nach wie vor ausblendet, obwohl mit der Beseitigung des Rechtsirrtums¹⁰³ der richtigen Marktgegenseite auch andere Infrastrukturen zur Bedarfsdeckung in Frage kommen. Dies mit einer fehlenden Marktleistung zu verwässern, wird nicht nur den tatsächlich bestehenden und äußerst dynamischen Substitutionsbeziehungen nicht gerecht. Aus netzökonomischer Sicht¹⁰⁴ besteht eine Marktleistung auch dann, wenn keine direkte Kompensation durch die Endkunden erfolgt, etwa weil sie als Wert bildende Faktoren den Wert des Gesamtnetzwerks in der Anfangsphase steigern. In späteren Phasen der Penetration kann dann aber durchaus eine Kompensation erfolgen. Kurioserweise gab der Satellitenbetreiber SES Astra einige Monate nach der Kartellamtsentscheidung bekannt, eine „Infrastrukturgebühr“ erheben zu wollen¹⁰⁵.

Noch weniger leuchtet es ein, die fehlende Marktleistung dem Substitutionswettbewerb zuzuordnen. Sofern man der Konstruktion überhaupt folgen möchte¹⁰⁶, so sollte bedacht werden, dass dieser in Abgrenzung zum Marktwettbewerb die langfristige Substitutionselastizität erfassen möchte¹⁰⁷. Ihn aber aufgrund einer fehlenden Marktleistung dann bei der Beherrschungsprüfung zu berücksichtigen, ist widersprüchlich. Denn entweder man bejaht eine Marktleistung, dann besteht Markt-, Substitutions- oder potentieller Wettbewerb. Oder man lehnt sie ab, dann besteht gar keine der genannten Wettbewerbsformen, da ja überhaupt keine Marktleistung existiert.

6.3 Der Signallieferungsmarkt

6.3.1 Die Sicht des Bundeskartellamts

Angesichts der in Deutschland bestehenden Besonderheit, dass eine Netzebenenentrennung zwischen NE3 und NE4 besteht, erwächst die Rolle des Signallieferungsmarktes im Breitbandkabel zu einer Grundsatzfrage in jedem Fusionskontrollverfahren. So argumentierten die Zusammenschlussparteien in *Liberty/KDG*¹⁰⁸, dass dieser Markt nicht schützenswert sei, weil er sich im „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ nicht herausgebildet hätte. Die Wettbewerbshüter wiesen die Kritik zurück und führten aus, dass das GWB keine Unterscheidung zwischen solchen Märkten treffe, die natürlich entstanden sind oder durch politische Entscheidung bewusst geschaffen wurden¹⁰⁹. Dieselbe Beschlussabteilung eröffnet die Analyse

¹⁰³ Vgl. bereits zu der richtigen Marktgegenseite bei Auseinanderfallen von Nachfrage und Dispositionsbefugnis BGH WuW/E BGH 1445, 1447 – „Valium“; OLG Dresden, NZS 2001, S. 33, 34; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 35.

¹⁰⁴ *Shapiro/Varian*, (Fn. 55), S. 19 ff., 299 f.; *Veljanovski*, (Fn. 14), S. 118.

¹⁰⁵ NBC Universal unterstützt Satellitengebühr, Handelsblatt v. 09.08.2006, S. 15.

¹⁰⁶ Krit. schon *Knöpfle*, Die Bedeutung des Substitutionswettbewerbs, NJW 1990, S. 1219.

¹⁰⁷ *Kantzenbach/Krüger*, Zur Frage der richtigen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 1990, S. 472 ff.

¹⁰⁸ Vgl. v. *Weizsäcker*, Wirtschaftswissenschaftliches Gutachten zum Fusionsvorhaben Liberty/Deutsche Telekom vor dem Bundeskartellamt, Oktober 2001, S. 24.

¹⁰⁹ BKartA, *Liberty/KDG*, B7–168/01, Tz. 54.

des Signallieferungsmarktes in den jüngsten Entscheidungen mit den Worten, dass der Signallieferungsmarkt im Ursprung Ergebnis der historisch-politisch motivierten Trennung der Netzebenen sei und wirft die Frage auf, ob dieser Markt einen Bagatellmarkt darstellt¹¹⁰, lässt diese Frage aber bewusst offen.

Auch der Signallieferungsmarkt wird denkbar eng abgegrenzt. Ähnlich wie auf dem Endkundenmarkt wird der Bezug des Satellitensignals nicht als Marktleistung angesehen. Im Falle der Abkopplung von der NE3 werde das Signal vielmehr unternehmensintern im Wege der Eigenrealisierung erbracht. Räumlich habe ein NE4-Betreiber kaum Möglichkeiten, den NE3-Betreiber zu wechseln, weshalb lokale und in begrenztem Maße auch regionale Signallieferungsmärkte bestünden. Auf diesen Märkten hätten die Regionalgesellschaften Marktanteile von etwa 90%, weshalb die NE3 auch regelmäßig als marktbeherrschend einzustufen sei. Allerdings werde diese Marktbeherrschung ähnlich wie auf dem Endkundenmarkt durch den Substitutionswettbewerb mittels Satellitenanlagen abgemildert. Nur im Einzelfall, und zwar konkret bei einem Zusammenschluss mit einem integrierten NE4-Betreiber, könne es durch einen Zusammenschluss überhaupt zu einer Verstärkung von Marktbeherrschung gegenüber anderen NE4-Betreibern kommen. In Zusammenschlüssen von NE3-Betreibern sei durch den Wegfall des nur potentiellen Wettbewerbs keine Strukturverschlechterung zu sehen. Vielmehr bleibe der weitaus bedeutsamere Absatzweg über den Gestaltungswettbewerb auch bei einer vertikalen Integration – wie im Falle des Zusammenschlusses *TeleColumbus/Ish* – weiterhin erhalten.¹¹¹

Mit Blick auf vorangegangene Fusionsentscheidungen überrascht dieses Ergebnis. Denn Bundeskartellamt und BGH stellen an den Wegfall potentiellen Wettbewerbs zwischen den Zusammenschlussparteien in leitungsgebundenen Netzindustrien keine hohen Anforderungen¹¹², so dass es regelmäßig zu einer Verstärkung von Marktbeherrschung kommt. Aber gerade in diesen Sektoren lässt sich aus ökonomischer Sicht nur in Ausnahmefällen ein potentielles Wettbewerbsverhältnis zwischen den Netzbetreibern begründen¹¹³, so dass der Sichtwechsel des Bundeskartellamts insofern zu begrüßen ist. Gleichzeitig wird damit auch die Beurteilung des potentiellen Wettbewerbs insgesamt, denn seine Rolle zur Beurteilung der Disziplinierungskraft von Wettbewerbern wird üblicherweise restriktiv beurteilt¹¹⁴. Obwohl das Bundeskartellamt im Ergebnis die Rolle des potentiellen Wettbewerbs den ökonomischen Realitäten annähert, stimmt die Inkonsistenz mit früheren Fusionsentscheidungen nachdenklich. Mit Blick auf den eingangs formulierten Bagatellmarktverdacht liegt hier die Vermutung nahe, dass die Sichtweise des Bundeskartellamts wettbewerbspolitisch motiviert war.

¹¹⁰ BKartA, *Iesy/Ish*, B7–22/05, Tz. 257 ff.; *TC/Ish*, B7–38/05, Tz. 223 ff.

¹¹¹ Ebd.

¹¹² Vgl. BKartA, WuW/E BKartA 1719, 1724 – „BP-Gelsenberg“; WuW/E DE-V 301, 308 – „RWE/VEW“; BGH WuW/E BGH 2575, 2583 f. – „Kampffmeyer/Plange“; WuW/E BGH 2783, 2791 f. – „Warenzeichen-erwerb“.

¹¹³ Vgl. *Friedrich*, *Thinkable Mergers*, 6 Comm. Law Consp. 261, 263 (1998).

¹¹⁴ BKartA, WuW/E BKartA 2885, 2889 – *Kali+Salz/PCS*; WuW/E DE-V 301, 308 Tz. 193 ff. – „RWE/VEW“.

6.3.2 Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur

Der vom Bundeskartellamt geäußerten Sichtweise schließt sich die Frage nach der Regulierungsbedürftigkeit dieses Marktes durch die Bundesnetzagentur an. Ende Februar 2006 hat sie einen Konsultationsentwurf veröffentlicht¹¹⁵, der den Markt für Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer betrifft. Dieser als Markt Nr. 18 bezeichnete Großkundenmarkt basiert auf der Märkteempfehlung der EU-Kommission¹¹⁶, die für eine Vorabregulierung gemäß §§ 9 ff. TKG in Betracht kommen. Das TKG knüpft an die ökonomische Notwendigkeit der Vorabregulierung an. Es fragt also danach, ob wirksamer Wettbewerb gemäß §§ 11 Abs. 1, 10 Abs. 2 TKG besteht oder aber beträchtliche und anhaltend strukturelle oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken bestehen, die längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und daher das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. Erst wenn dieser, von den NRB zu überprüfende, Drei-Kriterien Test erfüllt ist, lässt sich ein sektorspezifischer ex-ante Regulierungseingriff mit den Marktregulierungsinstrumenten rechtfertigen¹¹⁷. Für die Abgrenzung der relevanten Märkte und der Feststellung beträchtlicher Marktmacht (sog. SMP-Stellung) hat die Kommission in ihren Marktanalyseleitlinien Kriterien geschaffen, die die europäische Rechtsprechung zum Kartellrecht in den TK-spezifischen Zusammenhang einbetten und die von den NRB zwingend zu beachten sind. Für die Bundesnetzagentur gilt gem. § 123 Abs. 1 TKG daneben, dass sie sich mit dem Bundeskartellamt möglichst abstimmt, nicht zuletzt um für die Überführung der TK-Märkte vom sektorspezifischen in das allgemeine Kartellrecht (sog. Phasing-Out) eine vorzeitige Konsistenz der Regime herbeizuführen.

Die Bundesnetzagentur hat die jüngsten Entscheidungen des Bundeskartellamts fast wortlautgetreu übernommen und kommt zu dem Ergebnis, dass KDG, Unity Media und KBW auf den beiden Vorleistungsmärkten der Einspeisung und der Signalbelieferung über beträchtliche Marktmacht verfügen. In der Durchführung des Drei-Kriterien Tests führt die Bundesnetzagentur aber lediglich aus, dass sowohl Einspeise- als auch Signallieferungsmarkt aufgrund der hohen Marktanteile von 100% und 90% durch eine fortdauernde und unangreifbare Stellung gekennzeichnet seien.¹¹⁸

Abgesehen von der recht zweifelhaften Frage, ob sich die Einspeisung der Sender überhaupt mit dem Zugangsbegriff vereinbaren lässt, der den Ausgangspunkt der Entgeltregulierung des Einspeisemarktes bildet, begegnet die Beurteilung des Signallieferungsmarktes durchgreifenden Bedenken. Weder der Substitutionswettbewerb von Satellit noch der Gestattungswettbewerb, dessen Neubewertung letztlich den Paradigmenwechsel des Bundeskartellamtes offenbart hat, werden von der Regulierungsbehörde ausreichend gewürdigt. Das Grundproblem

¹¹⁵ ABl. BNetzA 2006, S. 73 ff.

¹¹⁶ KOM (2003) 497, ABl. Nr. L 114, S. 45 ff., Anhang Nr. 18.

¹¹⁷ So etwa in: Kommission, Sache IE/2004/0042: Markets in Ireland for Broadcasting Transmission Services to deliver broadcast content to end-users, Az.: SG-Greffe (2004) D/200812, Tz. III.(1), Fn. 6; vgl. auch *Koenig/Loetz/Neumann*, Telekommunikationsrecht, S. 114; *Immenga/Kirchner*, Zur Neugestaltung des deutschen Telekommunikationsrechts, TKMR 2002, S. 340, 355.

¹¹⁸ ABl. BNetzA 2006, S. 73 ff.

einer künftigen Regulierung des Signallieferungsmarktes besteht darin, dass angesichts der Ausklammerung des Signalbezugs über Satellit aus dem sachlich relevanten Produktmarkt der tatsächlich bestehende Wettbewerb zwischen Kabel- und Satellitennetzbetreibern verzerrt zu werden droht. Zu beachten ist, dass der Wettbewerb um Gestattungsverträge dazu führt, dass sich die Signallieferungsentgelte nicht linear mit der Anzahl der angeschlossenen Haushalte festsetzen lassen¹¹⁹. Wird die Entgelthöhe zu hoch bemessen, findet eine stärkere Abkopplung zulasten der NE3 statt. Ist sie zu niedrig, hemmt sie die aufkeimende Aufrüstung der Netze. Es ist gerade die deutsche Besonderheit der Netzebenenentrennung, dass ein Signallieferungsmarkt überhaupt besteht und durch die Alternative des Satellitenempfangs erheblichen Disziplinierungsdruck auf die NE3 ausübt. Im Übrigen verlangen die von der Kommission akribisch herausgearbeiteten Kriterien, einen prognostischen Blick, um der Dynamik des Telekommunikationssektors Rechnung zu tragen¹²⁰. Die Bundesnetzagentur sieht solche Aspekte, wie den potentiellen intermodalen Wettbewerb zum PSTN, nicht. Auch wird die Aussagekraft der Marktanteile nicht relativiert, zumal objektiv klar sein sollte, dass die Marktabgrenzung zumindest nicht eindeutig ist. Der Blickwinkel der Kommission wird mit dem Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur schlichtweg konterkariert, weil er die Marktentwicklung der letzten zwei Jahre nicht ausreichend berücksichtigt hat.

Es wird sich zeigen, ob die Kommission der Auffassung der Bundesnetzagentur folgen wird. Derweilen sieht die Kommission von einer Stellungnahme aufgrund der deutschen Besonderheit des Signallieferungsmarktes noch ab. Gegen eine kritiklose Akzeptanz der Sichtweise der Bundesnetzagentur spricht jedenfalls die in ihrem Verweisungsbeschluss nach Art. 9 FKVO 4064/89 äußerst zurückhaltende Anmerkung der Kommission, dass „*eine Marktabgrenzung im Rahmen der Fusionskontrolle, die von der Empfehlung (Markt Nr. 18) abweicht, nicht ausgeschlossen erscheine*“¹²¹. Deutlich wird damit jedenfalls, dass die Kommission Einspeise- und Signallieferungsmarkt mit guten Gründen anders bewertet hätte.

7 Zusammenfassung und Ausblick

Das Bundeskartellamt hat mit den jüngsten Fusionsentscheidungen mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet, wenn auch die Konsolidierung des Sektors im Ergebnis zu begrüßen ist. Die Spruchpraxis ist von einer Vielzahl von Sichtwechseln und aufgedeckten Rechtsirrtümern geprägt, die für die Stagnation des Breitbandkabelsektors mitverantwortlich gemacht werden können. Zwar hat die Wettbewerbsbehörde mit vorliegenden Entscheidungen einige wichtige Fehler korrigiert. Ohne Einfluss auf die Entscheidungsfindung bleibt die Korrektur jedoch deshalb, weil sich das Bundeskartellamt mit aller Kraft an Ergebnisse vorangegangener Entscheidungen klammert.

¹¹⁹ *Schalast/Rößner*, (Fn. 31), aaO.

¹²⁰ Vgl. ABl. Nr. C 165 v. 11.07.2002, S. 6 ff., Tz. 33, 35, 45, Fn. 24.

¹²¹ Kommission, Entsch. v. 07.06.2004, COMP/M.3271, Tz. 15 – „Kabel Deutschland/Ish“.

Nach wie vor bleibt die Marktabgrenzung der kritische Ausgangspunkt bei der Auseinandersetzung mit der Entscheidungspraxis. Auf dem Einspeisemarkt deckt sie sich nicht mit der Beherrschungsprüfung. Der sachlich relevante Endkundenmarkt wird genauso wie der Signallieferungsmarkt mit nicht stichhaltigen Argumenten künstlich verengt. Hier würde eine netzökonomische Betrachtung, die in Deutschland zugegebenermaßen nicht besonders ausgeprägt ist¹²², weitaus bessere Ergebnisse erzielen und den Blick für die ökonomischen Beziehungen schärfen¹²³.

Für die wettbewerbliche Beurteilung gilt, dass Netze im Ansatz immer ein Stück monopolistische Marktmacht in sich tragen. Jedoch ist die Hoffnung, mit einer zersplitterten Netzstruktur Wettbewerb zu fördern und damit gleichzeitig dem Verbraucher einen Dienst zu erweisen, ein Irrglaube¹²⁴, der in einen Zielkonflikt mündet, zu dessen Auflösung es in Zukunft einer stärkeren Auseinandersetzung mit den wettbewerbsspolitischen Grundüberzeugungen im Lichte neuer ökonomischer Erkenntnisse bedarf. Das dem GWB zugrunde liegende neoklassische Gedankengut ist in dynamischen Netzindustrien jedoch kontraproduktiv, weil der Erhalt und die Förderung von Wettbewerbern nicht automatisch zu effizienten Marktergebnissen führen. So bezweckt auch das TKG mit gutem Grund keine Wettbewerbsförderung zulasten der Infrastruktureffizienz. Marktmachtbedenken sollten im Rahmen der Fusionskontrolle daher mit dem Instrument der Nebenbestimmungen beseitigt werden. So lassen sich Ordnungsfehler vermeiden, die aus der Untersagung oder der bedingungslosen Freigabe eines Zusammenschlusses resultieren. Solche Nebenbestimmungen können auf den Netzzugang, auf Transparenzzugeständnisse oder auch auf Investitionszusagen gerichtet sein. Nicht nur entspricht diese Vorgehensweise dem EU- und US-Fusionskontrollrecht. Auch die 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts verfährt so bereits im Energiesektor. Dem sollte Vorbildfunktion für die weitaus dynamischeren TK-Märkte zukommen.

¹²² Vgl. aber *Erber/Hagemann*, (Fn. 55, aaO); für die juristische. Lit. nur *Ladeur*, Innovation der Telekommunikation durch Regulierung, in: *Hoffmann-Riem*, Innovation und Regulierung, S. 57, 64.

¹²³ Statt vieler *Umbhauer*, The Economics of Networks, Interaction and Behaviours.

¹²⁴ Vgl. nur *Economides*, (Fn. 56), S. 12 f.; *Liebowitz/Margolis*, Winners, Losers & Microsoft, S. 266 f.

Literaturverzeichnis

- Adilov, Nodir/Alexander, Peter J.*, Most-Favored-Customers in the Cable Industry, Federal Communications Commission Media Bureau Staff Research Paper (2002).
- Baumol, William J./Panzar, John C./Willig, Robert D.*, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, New York, 1982.
- Bickenbach, Frank/Kumkar, Lars/ Soltwedel, Rüdiger*, Wettbewerbspolitik und Regulierung – Die Sichtweise der Neuen Institutionenökonomik, in: Zimmermann, Klaus F., Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft, Heidelberg, 2002.
- Blankart, Charles B.*, The Concept of Open Network Provision in Large Technical Systems, in: EURAS Yearbook of Standardization, Vol. 1, München 1997.
- Blankart, Charles B./Knieps, Günter*, Regulierung von Netzen?, ifo Studien 1996, S. 483-504.
- Böge, Ulf/Jakobi, Wolfgang*, Die Berücksichtigung von Effizienzen in der Fusionskontrolle, BB 2005, S. 113-119.
- Brock, William A.*, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure: A Review Article, 91 (6) Journal of Political Economy 1055 ff. (1983).
- Büllingen, Franz/Stamm, Peter/Vary, Peter/Lüders, Helge E./ Werner, Marc*, Potenziale alternativer Techniken zur bedarfsgerechten Versorgung mit Breitbandzugängen, wikt-Studie 22/05 (2006).
- Bykowsky, Mark/Kwasnica, Anthony M./Sharkey, William*, Federal Communications Commission Office of Plans and Policy, OPP Working Paper No. 35, Horizontal Concentration in the Cable Television Industry: An Experimental Analysis (2002).
- Carter, Jane*, Market Definition in the Broadcasting Sector, 24 World Comp. 93-124 (2001).
- Chipty, Tasneem/Snyder, Christopher M.*, The Role Of Firm Size In Bilateral Bargaining: A Study Of The Cable Television Industry, 81 Review of Economics and Statistics 326-340 (1999).
- Demsetz, Harold*, Why Regulate Utilities, 11 Journal of Law & Economics 55-66 (1968).
- Dierck, Ralf*, Einspeisung und Nutzung von Internetangeboten im Kabelnetz, MMR 2004, S. 29-32.
- Economides, Nicholas*, Competition Policy in Network Industries: An Introduction, NET Institute Working Paper No. 04-24, NYU, Ctr for Law and Business Research Paper No. 03-10, 2004.

- Engel, Christoph*, Verbreitung digitaler Pay-TV-Pakete in Fernseekabelnetzen, ZUM Sonderheft 1997, S. 309-330.
- Engel, Christoph/Knieps, Günter*, Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen: eine juristisch-ökonomische Untersuchung, Baden-Baden 1998.
- Enke, Stephen*, Some Notes On Price Discrimination, 30 Canadian Journal of Economics & Political Science 95-109 (1964).
- Erber, Georg/Hagemann, Harald*, Netzwerkökonomie, in: Zimmermann, Klaus F., Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft, Heidelberg, 2002, S. 277-319.
- Friedrich, Jason E.*, Thinkable Mergers: The FCC's Evolving Public Interest Standard, 6 Communications Law Conspectus 261-269 (1998).
- Fritsch, Michael/Wein, Thomas/Ewers, Hans-Jürgen*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 6. Auflage, München 2005.
- Geradin, Damien*, Access to Content by new Media Platforms: A Review of the Competition Law Problems, European Law Review 68-94 (2005).
- Goldman, Calvin S./Gotts, Knable/Piaskoski, Michael E.*, The Role of Efficiencies in Merger Review, 56 Federal Communications Law Journal 87-153 (2003).
- Haucap, Justus/Kruse, Jörn*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien?, WuW 2004, S. 266-275.
- Holznagel, Bernd/Enaux, Christoph/Nienhaus, Christian*, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, München 2001.
- Holznagel, Bernd/Rosengarten, Volker*, Der Zugang zu Premium-Inhalten insbesondere für Multimedia-Anbieter, Arbeitsbericht Nr. 27 des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität, Münster 2005.
- Hovenkamp, Herbert*, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, 3rd Ed., St. Paul 2005.
- Immenga, Ulrich/Stopper, Martin*, Impulsgeber „Baby Food Merger“: Die Berücksichtigung des Effizienzgedankens im US-amerikanischen und europäischen Fusionskontrollrecht, RIW 2001, S. 512-518.
- Immenga, Ulrich/Kirchner, Christian*, Zur Neugestaltung des deutschen Telekommunikationsrechts, TKMR, S. 340-355.

- Kantzenbach, Erhard/Krüger, Reinald*, Zur Frage der richtigen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 1990, 472-494.
- Kapp, Thomas/Meißner, Stefan E.*, Reform der EU-Fusionskontrolle: Herrscht nun unbeschränkte Willkür in Brüssel?, EuZW 2005, S. 161-162.
- Kende, Michael*, The Digital Handshake: Connecting Internet Backbones, FCC Office of Plans and Policy, OPP Working Paper No. 32.
- Kinne, Konstanze*, Effizienzvorteile in der Zusammenschlusskontrolle, Baden-Baden 2000.
- Knieps, Günter*, Competition in Telecommunications and Internet Services: A Dynamic Perspective, in: Barfield, Claude E./ Heiduk, Günter/ Welfens, Paul J.J., Internet, Economic Growth and Globalization, Duisburg 2001.
- ders.*, Netzökonomie – Ein disaggregierter Ansatz, in: Zippel, Wulfdiether, Transeuropäische Netze, Baden-Baden 1996.
- ders.*, Theorie der Regulierung und Entgeltregulierung, in: Horn, Manfred/ ders./ Müller, Jürgen, Deregulierungsmaßnahmen in den USA: Schlussfolgerungen für die Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1988.
- ders.*, Versteigerungen und Ausschreibungen in Netzsektoren: Ein disaggregierter Ansatz, Diskussionsbeitrag Nr. 92, Freiburg 2003.
- ders.*, Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 2. Auflage, Berlin u.a. 2005.
- Knöpfle, Robert*, Die Bedeutung des Substitutionswettbewerbs für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung – eine ungelöste Frage des Kartellrechts, NJW 1990, S. 1219-1221.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen*, EG-beihilferechtlicher Switch-Off für das digitale terrestrische Fernsehen (DVB-T)?, K&R 2004, S. 201-208.
- Kruse, Jörn*, Ökonomie der Monopolregulierung, Göttingen, 1998.
- ders.*, Regulierungsbedarf in der deutschen Telekommunikation?, in: Immenga, Ulrich/ Kirchner, Christian/ Knieps, Günter/ ders., Telekommunikation im Wettbewerb: Eine ordnungspolitische Konzeption nach erfolgreicher Marktöffnung, München 2001.
- ders.*, Regulierungsbedarf in der deutschen Telekommunikation?, in: Immenga, Ulrich/ Kirchner, Christian/ Knieps, Günter/ ders., Telekommunikation im Wettbewerb: Eine ordnungspolitische Konzeption nach erfolgreicher Marktöffnung, München 2001.

ders., Vertikale Integration als Wettbewerbsproblem, in: *ders./ Stockmann, Kurt/ Vollmer, Lothar*, Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, Baden-Baden 1997.

ders., Zugang zu Premium Content, Diskussionspapier Nr. 44, Hamburg, 2005.

Kühling, Jürgen, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, München 2004.

Ladeur, Karl-Heinz, Aktuelle Rechtsfragen der Einspeisung digitaler Fernsehprogramme in Kabelnetze, ZUM 2002, S. 252-261.

ders., Das Europäische Telekommunikationsrecht im Jahre 2005, K&R 2006, S. 197-205.

ders., Innovation der Telekommunikation durch Regulierung, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Innovation und Regulierung, Baden-Baden 2002.

Le Blanc/ Shelanski, Merger Control and Remedies Policy in Telecommunications Mergers in the E.U. and U.S. (2002).

Liebowitz, Stanley J./ Margolis, Steven E., Winners, Losers & Microsoft, Oakland 2001.

Mestmäcker, Ernst-Joachim, Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, DB 1986, S. 787 ff.

Meyer, John R./ Wilson, Robert W./ Baughcum, M. Alan, The Economics of Competition in the Telecommunications Industry, Cambridge 1982.

Möschel, Wernhard, Großfusionen im engen Oligopol – Fusionskontrolle am Beispiel der deutschen Stromwirtschaft, DB 2001, S. 131-134.

ders., in: *Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim*, GWB-Kommentar, 3. Auflage, München 2001.

Neveling, Kirsten, Die sachliche Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle im deutschen und europäischen Recht, Tübingen 2003.

Page, William H./ Lopatka, John E., Network Externalities, in: *Bouckaert, Boudewijn/ De Geest, Gerrit*, Encyclopedia of Law and Economics, 1999, vollständig abrufbar unter: <http://encyclo.findlaw.com>.

Posner, Richard A., The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry, 3 The Bell Journal of Economics and Management Science 98-129 (1972).

Raisch, Peter/ Gudera, Lydia, Anmerkung zum Beschluss OLG Naumburg, ZUM 1999, S. 904-910.

- Rhein, Tilman*, Das Breitbandkabelnetz der Zukunft – der Business Case, MMR Beilage 2/2001, S. 3-12.
- Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik G.*, Neue Institutionenökonomik – Eine Einführung und kritische Würdigung, 3. Auflage, Tübingen 2003.
- Schalast, Christoph/Abrar, Kamyar*, Aktuelle Rechtsprobleme der Breitbandkabel-Gestattungsverträge, TKMR 2004, S. 74-83.
- Schalast, Christoph/Jäger, Bernd/Abrar, Kamyar*, Großfusionen im Breitbandkabelnetz? – Eine Bestandsaufnahme auf Grundlage der Praxis des Bundeskartellamtes, WuW 2005, S. 741-752.
- Schalast, Christoph/Rößner, Sören*, Entgeltregulierung nach dem TKG – Der Beispielsfall Breitbandkabelmarkt, WuW 2004, S. 595-603.
- Schalast, Christoph/Schmidt, Matthias/Schalast, Clemens*, Einführung in das deutsche und europäische Recht der Breitbandkabelkommunikation, TKMR 2002, S. 429-440.
- Schmidt, Ingo*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Auflage, Stuttgart 2005.
- Schmidt, Ingo/Rittaler, Jan B.*, Die Chicago School of Antitrust Analysis – wettbewerbstheoretische und wettbewerbspolitische Analyse eines Credos, Baden-Baden 1986.
- Schmidt, Karsten*, Kartellverfahrensrecht, Kartellverwaltungsrecht, bürgerliches Recht, Köln u.a. 1977.
- Schmitz, Stefan*, The European Commission's Decision in GE/Honeywell and The Question of The Goals of Antitrust Law, 23 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 539-595 (2002).
- Schwalbe, Ulrich*, Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle – Ökonomische Aspekte, Stuttgart 2004.
- Shapiro, Carl/Varian, Hal R.*, Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy, 2nd Ed., Boston 1999.
- Sharkey, William W.*, The Theory of Natural Monopoly, New York 1982.
- Sullivan, Lawrence A./Grimes, Warren S.*, The Law Of Antitrust: An Integrated Handbook, 2nd Ed., St. Paul 2006.
- Telser, Lester G.*, On the Regulation of Industry, 77 Journal of Political Economy 937-952 (1969).

- Traugott, Rainer*, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929-939.
- v. der Osten, Christian*, Anmerkung zu OLG München: Einspeisung eines Internetdienstes in die Netzebene 4, MMR 2002, S. 50-52.
- v. Reinersdorff, Wolfgang*, Anmerkung zu OLG Hamburg: Einspeisung von digitalen Fernsehprogrammen in die Netzebene 4 „MediaVision“, MMR 2001, S. 526-529.
- Veelken, Winfried*, Die Abgrenzung zwischen Strukturaufgabe und laufender Verhaltenskontrolle in den Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts und bei der Ministererlaubnis, WRP 2003, S. 692-724.
- Veljanovski, Cento*, E.C. Antitrust in the New Economy: Is the European Commission's View of the Network Economy Right?, 22 European Competition Law Review 115 ff. (2001).
- Wagner, Christoph*, Wettbewerb im Kabel zwischen Transport- und Vermarktungsmodell, MMR 2001, S. 28-33.
- Weiss, James R./Stern, Martin L.*, Serving Two Masters: The Dual Jurisdiction of The FCC and The Justice Department Over Telecommunications Transactions, 6 Communications Law Conspectus 101-118 (1998).
- Williamson, Oliver E.*, Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, 58 American Economic Review 18 -36 (1969).
- ders.*, Franchise Bidding for Natural Monopolies-in General and with Respect to CATV, 7 Bell Journal of Economics, 73-104 (1976).

**Fusionskontrolle in dynamischen Netzsektoren
am Beispiel des Breitbandkabelsektors**

HfB – WORKING PAPER SERIES

No.	Author/Title	Year
74.	Schanz, Kai-Michael/Schalast, Christoph Wertpapierprospekte Markteinführungspublizität nach EU-Prospektverordnung und Wertpapierprospektgesetz 2005	– 2006
73.	Dickler, Robert A. /Schalast, Christoph Distressed Debt in Germany: What's Next? Possible Innovative Exit Strategies	2006
72.	Belke, Ansgar / Polleit, Thorsten How the ECB and the US Fed set interest rates	2006
71.	Heidorn, Thomas / Hoppe, Christian / Kaiser, Dieter G. Heterogenität von Hedgefondsindizes	2006
70.	Löchel, Horst / Baumann, Stefan The Endogeneity Approach of the Theory of Optimum Currency Areas - What does it mean for ASEAN + 3?	2006
69.	Heidorn, Thomas / Trautmann, Alexandra Niederschlagsderivate	2005
68.	Heidorn, Thomas / Hoppe, Christian / Kaiser, Dieter G. Möglichkeiten der Strukturierung von Hedgefondsportfolios	2005
67.	Weber, Christoph Kapitalerhaltung bei Anwendung der erfolgsneutralen Stichtagskursmethode zur Währungsumrechnung	2005
66.	Schalast, Christoph / Daynes, Christian Distressed Debt-Investing in Deutschland - Geschäftsmodelle und Perspektiven -	2005
65.	Gerdemesmer, Dieter / Polleit, Thorsten Measures of excess liquidity	2005
64.	Hölscher, Luise / Harding, Perham / Becker, Gernot M. Financing the Embedded Value of Life Insurance Portfolios	2005
63.	Schalast, Christoph Modernisierung der Wasserwirtschaft im Spannungsfeld von Umweltschutz und Wettbewerb – Braucht Deutschland eine Rechtsgrundlage für die Vergabe von Wasserversorgungskonzessionen? –	2005
62.	Bayer, Marcus / Cremers, Heinz / Kluß, Norbert Wertsicherungsstrategien für das Asset Management	2005
61.	Löchel, Horst / Polleit, Thorsten A case for money in the ECB monetary policy strategy	2005
60.	Schanz, Kay-Michael / Richard, Jörg / Schalast, Christoph Unternehmen im Prime Standard - „Staying Public“ oder „Going Private“? - Nutzenanalyse der Börsennotiz -	2004
59.	Heun, Michael / Schlink, Torsten Early Warning Systems of Financial Crises - Implementation of a currency crisis model for Uganda	2004
58.	Heimer, Thomas / Köhler, Thomas Auswirkungen des Basel II Akkords auf österreichische KMU	2004
57.	Heidorn, Thomas / Meyer, Bernd / Pietrowiak, Alexander Performanceeffekte nach Directors Dealings in Deutschland, Italien und den Niederlanden	2004
56.	Gerdemesmer, Dieter / Roffia, Barbara The Relevance of real-time data in estimating reaction functions for the euro area	2004
55.	Barthel, Erich / Gierig, Rauno / Kühn, Ilmhart-Wolfram Unterschiedliche Ansätze zur Messung des Humankapitals	2004
54.	Anders, Dietmar / Binder, Andreas / Hesdahl, Ralf / Schalast, Christoph / Thöne, Thomas Aktuelle Rechtsfragen des Bank- und Kapitalmarktrechts I : Non-Performing-Loans / Faule Kredite - Handel, Work-Out, Outsourcing und Securitisation	2004
53.	Polleit, Thorsten The Slowdown in German Bank Lending – Revisited	2004
52.	Heidorn, Thomas / Siragusano, Tindaro Die Anwendbarkeit der Behavioral Finance im Devisenmarkt	2004

**Fusionskontrolle in dynamischen Netzsektoren
am Beispiel des Breitbandkabelsektors**

51.	Schütze, Daniel / Schalast, Christoph (Hrsg.) Wider die Verschleuderung von Unternehmen durch Pfandversteigerung	2004
50.	Gerhold, Mirko / Heidorn, Thomas Investitionen und Emissionen von Convertible Bonds (Wandelanleihen)	2004
49.	Chevalier, Pierre / Heidorn, Thomas / Krieger, Christian Temperaturderivate zur strategischen Absicherung von Beschaffungs- und Absatzrisiken	2003
48.	Becker, Gernot M. / Seeger, Norbert Internationale Cash Flow-Rechnungen aus Eigner- und Gläubigersicht	2003
47.	Boenkost, Wolfram / Schmidt, Wolfgang M. Notes on convexity and quanto adjustments for interest rates and related options	2003
46.	Hess, Dieter Determinants of the relative price impact of unanticipated Information in U.S. macroeconomic releases	2003
45.	Cremers, Heinz / Kluß, Norbert / König, Markus Incentive Fees. Erfolgsabhängige Vergütungsmodelle deutscher Publikumsfonds	2003
44.	Heidorn, Thomas / König, Lars Investitionen in Collateralized Debt Obligations	2003
43.	Kahlert, Holger / Seeger, Norbert Bilanzierung von Unternehmenszusammenschlüssen nach US-GAAP	2003
42.	Beiträge von Studierenden des Studiengangs BBA 012 unter Begleitung von Prof. Dr. Norbert Seeger Rechnungslegung im Umbruch - HGB-Bilanzierung im Wettbewerb mit den internationalen Standards nach IAS und US-GAAP	2003
41.	Overbeck, Ludger / Schmidt, Wolfgang Modeling Default Dependence with Threshold Models	2003
40.	Balthasar, Daniel / Cremers, Heinz / Schmidt, Michael Portfoliooptimierung mit Hedge Fonds unter besonderer Berücksichtigung der Risikokomponente	2002
39.	Heidorn, Thomas / Kantwill, Jens Eine empirische Analyse der Spreadunterschiede von Festsatzanleihen zu Floatern im Euroraum und deren Zusammenhang zum Preis eines Credit Default Swaps	2002
38.	Böttcher, Henner / Seeger, Norbert Bilanzierung von Finanzderivaten nach HGB, EstG, IAS und US-GAAP	2003
37.	Moormann, Jürgen Terminologie und Glossar der Bankinformatik	2002
36.	Heidorn, Thomas Bewertung von Kreditprodukten und Credit Default Swaps	2001
35.	Heidorn, Thomas / Weier, Sven Einführung in die fundamentale Aktienanalyse	2001
34.	Seeger, Norbert International Accounting Standards (IAS)	2001
33.	Stehling, Frank / Moormann, Jürgen Strategic Positioning of E-Commerce Business Models in the Portfolio of Corporate Banking	2001
32.	Strohhecker, Jürgen / Sokolovsky, Zbynek Fit für den Euro, Simulationsbasierte Euro-Maßnahmenplanung für Dresdner-Bank-Geschäftsstellen	2001
31.	Roßbach, Peter Behavioral Finance - Eine Alternative zur vorherrschenden Kapitalmarkttheorie?	2001
30.	Heidorn, Thomas / Jaster, Oliver / Willeitner, Ulrich Event Risk Covenants	2001
29.	Biswas, Rita / Löchel, Horst Recent Trends in U.S. and German Banking: Convergence or Divergence?	2001
28.	Löchel, Horst / Eberle, Günter Georg Die Auswirkungen des Übergangs zum Kapitaldeckungsverfahren in der Rentenversicherung auf die Kapitalmärkte	2001
27.	Heidorn, Thomas / Klein, Hans-Dieter / Siebrecht, Frank Economic Value Added zur Prognose der Performance europäischer Aktien	2000

**Fusionskontrolle in dynamischen Netzsektoren
am Beispiel des Breitbandkabelsektors**

26.	Cremers, Heinz Konvergenz der binomialen Optionspreismodelle gegen das Modell von Black/Scholes/Merton	2000
25.	Löchel, Horst Die ökonomischen Dimensionen der ‚New Economy‘	2000
24.	Moormann, Jürgen / Frank, Axel Grenzen des Outsourcing: Eine Exploration am Beispiel von Direktbanken	2000
23.	Heidorn, Thomas / Schmidt, Peter / Seiler, Stefan Neue Möglichkeiten durch die Namensaktie	2000
22.	Böger, Andreas / Heidorn, Thomas / Graf Waldstein, Philipp Hybrides Kernkapital für Kreditinstitute	2000
21.	Heidorn, Thomas Entscheidungsorientierte Mindestmargenkalkulation	2000
20.	Wolf, Birgit Die Eigenmittelkonzeption des § 10 KWG	2000
19.	Thiele, Dirk / Cremers, Heinz / Robé, Sophie Beta als Risikomaß - Eine Untersuchung am europäischen Aktienmarkt	2000
18.	Cremers, Heinz Optionspreisbestimmung	1999
17.	Cremers, Heinz Value at Risk-Konzepte für Marktrisiken	1999
16.	Chevalier, Pierre / Heidorn, Thomas / Rütze, Merle Gründung einer deutschen Strombörse für Elektrizitätsderivate	1999
15.	Deister, Daniel / Ehrlicher, Sven / Heidorn, Thomas CatBonds	1999
14.	Jochum, Eduard Hoshin Kanri / Management by Policy (MbP)	1999
13.	Heidorn, Thomas Kreditderivate	1999
12.	Heidorn, Thomas Kreditrisiko (CreditMetrics)	1999
11.	Moormann, Jürgen Terminologie und Glossar der Bankinformatik	1999
10.	Löchel, Horst The EMU and the Theory of Optimum Currency Areas	1998
09.	Löchel, Horst Die Geldpolitik im Währungsraum des Euro	1998
08.	Heidorn, Thomas / Hund, Jürgen Die Umstellung auf die Stückaktie für deutsche Aktiengesellschaften	1998
07.	Moormann, Jürgen Stand und Perspektiven der Informationsverarbeitung in Banken	1998
06.	Heidorn, Thomas / Schmidt, Wolfgang LIBOR in Arrears	1998
05.	Jahresbericht 1997	1998
04.	Ecker, Thomas / Moormann, Jürgen Die Bank als Betreiberin einer elektronischen Shopping-Mall	1997
03.	Jahresbericht 1996	1997
02.	Cremers, Heinz / Schwarz, Willi Interpolation of Discount Factors	1996
01.	Moormann, Jürgen Lean Reporting und Führungsinformationssysteme bei deutschen Finanzdienstleistern	1995

**Fusionskontrolle in dynamischen Netzsektoren
am Beispiel des Breitbandkabelsektors**

**HFB – WORKING PAPER SERIES
CENTRE FOR PRACTICAL QUANTITATIVE FINANCE**

No.	Author/Title	Year
02.	Boenkost, Wolfram / Schmidt, Wolfgang M. Cross currency swap valuation	2004
01.	Wallner, Christian / Wystup, Uwe Efficient Computation of Option Price Sensitivities for Options of American Style	2004

HFB – SONDERARBEITSBERICHTE DER HFB - BUSINESS SCHOOL OF FINANCE & MANAGEMENT

No.	Author/Title	Year
01.	Nicole Kahmer / Jürgen Moormann Studie zur Ausrichtung von Banken an Kundenprozessen am Beispiel des Internet (Preis: € 120,--)	2003

**Fusionskontrolle in dynamischen Netzsektoren
am Beispiel des Breitbandkabelsektors**

Printed edition: € 25.00 + € 2.50 shipping

Download: <http://www.hfb.de/Navigator/Fakultaet/Publikationen/Arbeitberichte/Show>

Order address / contact

HfB ▪ Business School of Finance & Management
Sonnemannstr. 9–11 ▪ D–60314 Frankfurt/M. ▪ Germany
Phone: +49 (0) 69 154 008–734 ▪ Fax: +49 (0) 69 154 008–728
eMail: klemens@hfb.de

Further informations about HfB ▪ Business School of Finance & Management
may be obtained at: <http://www.hfb.de>