

Unter welchen Umständen sollte eine Wettbewerbsbehörde eine Fusion erlauben, die zu einem Monopol führt? Nachdem Wettbewerbspolitik auf der Notwendigkeit beruht, Konsumenten vor Marktmacht zu schützen, könnte man meinen, dass so eine Fusion grundsätzlich untersagt werden sollte. Es gibt jedoch Situationen, in denen eine Fusion zum Monopol die beste verfügbare Option ist. Die an Auflagen geknüpfte Freigabe der Europäischen Kommission für die Fusion der beiden konkurrierenden Satellitenbetreiber *Stream* (mit Anteilseignern *NewsCorp* und *Telecom Italia*) und *Telepiù* (eine Tochter von *Vivendi*) im italienischen pay-TV-Markt stellt ein sachdienliches Beispiel dar.¹ Durch die Übernahme von *Telepiù* durch *NewsCorp* entsteht eine vereinigte Satellitenplattform mit dem Markennamen *Sky Italia*, die unter der Kontrolle von *NewsCorp* steht und an der *Telecom Italia* einen Minderheitsanteil von weniger als 20% hält.²

Die Transaktion war der dritte Versuch in zwei Jahren, die Pay-TV Assets von *Vivendi* und *NewsCorp* zu konsolidieren. Ursprünglich wollte *Vivendi* *Stream* übernehmen. Diese Transaktion fiel unter die Aufsicht der italienischen Wettbewerbsbehörden und nach zwei Phase II Untersuchungen erfolgte eine Freigabe unter erheblichen Auflagen. *Vivendi* war zu diesem Zeitpunkt jedoch nicht mehr in der Lage, mit der Übernahme fortzufahren, so dass im Sommer 2002 die Rollen getauscht wurden: *NewsCorp* einigte sich auf den Kauf von *Telepiù*, was eine getrennte Notifizierung in Brüssel notwendig machte.

Ist Pay-TV anders?

Effektiv kam die Freigabe der Kommission einer Zustimmung zur Schaffung eines „Quasimonopolisten“ im relevanten Markt für Pay-TV Dienstleistungen (mit Kabel als unbedeutendem Wettbewerber) gleich. Dies stellt eine bedeutende Abweichung von der bisherigen Praxis dar, da die Kommission gewöhnlich sehr hohen Wert auf die Erhaltung von Interplattformwettbewerb legt. Der entscheidende Faktor für die Freigabe war jedoch die finanzielle Situation der Firmen vor dem Zusammenschluss.

Direct-to-home-Fernsehen (DTH) ist durch sehr hohe, nicht wieder einbringliche Investitionen („gesunkene Kosten“) und zeitlich stark verzögerte Rückzahlungen gekennzeichnet. Beide Firmen haben seit ihrem Eintritt in den italienischen Markt sehr hohe Verluste hinnehmen müssen. Zum Zeitpunkt der Untersuchung durch die Kommission beliefen sich die kumulierten Verluste auf vier Milliarden Euro (bei einem gemeinsamen Jahresumsatz von etwas über einer Milliarde Euro). *Stream TV*, die als zweite Firma in den Markt eingetreten war, benötigte kontinuierliche Geldspritzen ihrer Muttergesellschaften.

Die Kommission war mit einer schwierigen Entscheidung konfrontiert: Einerseits wäre eine Monopolsituation unvermeidbar, wenn die finanziellen Schwierigkeiten der Konkurrentinnen zum Austritt einer der Firmen führen sollten. Die Freigabe einer Fusion zum Monopol in einem Markt, in dem sich

die Kommission zur Maximierung der Konsumentenwohlfahrt und zur Stimulierung von Innovationen bisher für den Erhalt des Interplattformwettbewerbs eingesetzt hatte, würde auf der anderen Seite eine signifikante Abweichung von der etablierten Politik darstellen.³

Wie finanzielle Verluste zu Konsolidierung führen

Die Änderung des Standpunkts der Kommission kann durch die Tatsache erklärt werden, dass sich Multiplattformwettbewerb in vielen Märkten als unhaltbar herausgestellt hat. In vielen europäischen Pay-TV-Märkten in denen sich verschiedene Wettbewerber direkt gegenüberstehen (wie z.B. in Italien, Frankreich, Spanien und Großbritannien) erwirtschaften die Marktteilnehmer hohe Verluste, und eine Reihe von renommierten europäischen Pay-TV-Firmen geriet kürzlich in finanzielle Schwierigkeiten (*ITV Digital* in GB, *Quiero TV* in Spanien und *Premiere* in Deutschland). Die Erfahrungen in diesen Märkten haben somit gezeigt, dass eine Steigerung der Marktkonzentration unvermeidbar ist, wenn der Wettbewerb zum Austritt einiger Marktteilnehmer führt.

Das Dilemma für Wettbewerbsbehörden besteht darin, dass sie in diesen Fällen entweder einer „regulierten“ Konsolidierung durch Fusionen zustimmen können, oder die Fusionen untersagen und eine „unregulierte“ Konsolidierung durch Marktaustritt hinnehmen müssen. Einerseits erscheint das Verbot von Fusionen in diesen Fällen vorteilhaft. Schließlich führt ein Verbot nicht unbedingt zu einem Marktaustritt und selbst wenn dies der Fall ist, so bleiben die Vorteile des Wettbewerbs für Konsumenten bis zum Marktaustritt erhalten. Auf der anderen Seite bietet die Freigabe von Fusionen für die Kommission die Möglichkeit mit Hilfe des Wettbewerbsrechts quasi-regulatorische Rahmenbedingungen durchzusetzen. Darüber hinaus bestehen unter Umständen andere Vorteile der Freigabe: Ein Marktaustritt könnte die Geräte der Konsumenten unbrauchbar machen, und Inhaltsanbieter könnten durch die abrupte Terminierung langfristiger Verträge negativ beeinflusst werden, vor allem wenn der Wiederverkaufswert der Rechte unter dem bisherigen vertraglich vereinbarten Wert liegt.

Die Reichweite von „regulierter“ Konsolidierung

Obwohl sich die Kommission in diesem Fall formell nicht auf ein Argument der scheiternden Firma („failing firm defence“) beruft, deutet die *NewsCorp/Telepiù*-Entscheidung darauf hin, dass europäische Wettbewerbsbehörden eine detaillierte Regulierung für den besten Ansatz halten, wenn ein erzwungener Marktaustritt droht.⁴

In der Praxis verfolgte die Kommission in diesem Fall und innerhalb des knappen Zeitrahmens einer Fusionsuntersuchung das Ziel, mit Hilfe von erheblichen Auflagen (die über die mit den italienischen Behörden vereinbarten Auflagen hinausgingen bzw. diese modifizierten) den Grundriss für eine vollständige Regulierung zu legen und so Monopolbedenken auszuräumen. Die Kommission konzentrierte sich darauf, den Zugang zu

¹ Lexecon beriet *NewsCorp* und *Stream* im Verlauf der Phase II Untersuchung in Brüssel (Fall M2876, *NewsCorp/Telepiù*).

² Die Kommission hatte auch Vorbehalte gegenüber TI als Minderheitsaktionär. Die (später fallengelassenen) Bedenken bezogen sich auf die Eliminierung potentieller zukünftiger Konkurrenz und auf die potentielle Diskriminierung zu Lasten von TI's Wettbewerber im Telekommunikationsmarkt.

³ Vgl. z.B. die Entscheidung der Kommission gegen die Bildung eines Joint Ventures der Nordischen Satelliten Distribution im Juli 1995, die Entscheidung im Fall *Bertelsmann/Kirch/Premiere* im Mai 1998 und die Fälle der Kommission gegen die UEFA.

⁴ Vgl. Auch die Entscheidung der italienischen Behörden in diesem Fall und die Entscheidung in Spanien im Fall *ViaDigital/Sogecable* vom November 2002.

möglichen Engpässen zu sichern, und so die Möglichkeit für zukünftigen Inter- und Intraplattformwettbewerb zu erhalten.

Eine interessante Entwicklung ist, dass Industrien die traditionell einer *ex-ante* Regulierung unterlagen (d.h. in Märkten wie Telekommunikation, Gas und Strom in denen von vorneherein bestimmte Verhaltensrestriktionen für zukünftige Praktiken bestehen) sich in Richtung einer Kombination aus *ex-ante* Regulierung und *ex-post* Regulierung durch Wettbewerbsrecht bewegen. Dahingegen scheinen Industrien, die bisher nur der *ex-post* Regulierung durch das Wettbewerbsrecht unterworfen waren (d.h. die nachträgliche Überprüfung des Verhaltens der Firmen auf seine Rechtmäßigkeit), tendenziell nun auch *ex-ante* reguliert werden.⁵ Die Kommission bedient sich der Fusionskontrolle, um in diesen Fällen eine *ex-ante* Regulierung zu erzwingen, die im Rahmen des herkömmlichen Wettbewerbsrechts nicht möglich gewesen wäre.

Die Bedeutung von Zugang zu Flaschenhälsen

Die Erhaltung von Zugang zu Engpässen lief wie ein roter Faden durch die Auflagen auf die sich Kommission und NewsCorp einigten. Die Kommission wollte sicherstellen, dass das Wettbewerbsverhalten von Sky Italia ausreichend durch bestehende Konkurrenten (wie dem kleinen Kabelanbieter) und durch zukünftige Marktneulinge (Plattformanbieter oder Fernsehsender) diszipliniert wird, indem sie diesen Wettbewerbern Zugangsrechte zu jedem realen oder scheinbaren Flaschenhals garantierte. Dieses Bestreben hatte eine Reihe von Varianten.

Intra-Plattformwettbewerb

Erstens forderte die Kommission zur Ermöglichung zukünftigem Intra-Plattformwettbewerbs (von anderen DTH Sendern), dass Dritte ihre Inhalte über Sky Italias DTH Plattform ausstrahlen dürfen. Sky Italia erklärte sich bereit, ungebündelten Zugang zu allen technischen Flaschenhälsen zu gewähren, die ein potentieller DTH-Wettbewerber benötigt (z.B. zu den „Conditional Access Management“-Dienstleistungen und dem elektronischen Fernsehprogramm). Der mit der Kommission vereinbarte Ansatz ist der Zugangsregulierung zu Flaschenhälsen in Telekommunikations- und anderen Netzwerkindustrien sehr ähnlich (Für Zugangspreise wurde eine Referenz zu den langfristigen Inkrementalkosten eingefügt). Der Haupteffekt dieser Maßnahme mag in der Praxis sein, dass Anbieter von Inhalten – z.B. Fußballligen oder Hollywood Studios – drohen können, ihre eigenen Kanäle mit Hilfe des bedingten Zugangs einzurichten, und so in der Zukunft den maximalen Wert für ihre Übertragungsrechte von Sky Italia extrahieren können.

Exklusivität und Verfügbarkeit der Rechte

Zweitens bestand die Kommission darauf, Markteintritt neuer DTH Pay-TV-Anbieter durch eine Verkürzung von Sky Italia Exklusivrechten zu erleichtern. Mit dieser Maßnahme wollte die Kommission verhindern, das Premiuminhalte (im weiteren Sinne definiert und einschließlich bestimmter Sportveranstaltungen und Filme) auf Dauer durch Exklusivverträge an Sky Italias gebunden sind. Dies war ein empfindlicher und kontroverser Bereich, da eine Restriktion komplizierte Anreizverzerrungen für Verträge zwischen Inhaltsanbietern und Pay-TV-Anbietern aufwirft. Im Ende wurde ein Kompromiss erreicht, der nur eine relativ kurze Laufzeit für Exklusivverträge erlaubt.

Erleichterung von Inter-Plattformwettbewerb

Drittens wollte die Kommission Inter-Plattformwettbewerb (d.h. Wettbewerb zwischen DTH und anderen Plattformen) durch eine

Beschränkung der Exklusivitätsrechte von Sky Italia auf die DTH Plattform fördern. Die Kommission verlangte, dass Sky Italia die Exklusivität ihrer Rechte außerhalb der DTH-Plattform aufgibt, so dass tatsächliche und potentielle Konkurrenten auf anderen Plattformen diese Rechte für diese Plattformen erwerben können. Dies war wiederum ein schwieriger und kontroverser Bereich, bei dem es zwei gegenläufige Effekte gab. Zum einen erleichtert eine Einschränkung von Sky Italia den Markteintritt im großen Stil, würde jedoch andererseits Markteintritt im kleinen Stil (z.B. durch lokale Kabelanbieter) erschweren, da es für kleine Anbieter schwierig wäre, diese Rechte auf nationaler Ebene zu erwerben.

Verfügbarkeit von Premiumkanälen

Viertens wollte die Kommission Inter-Plattformwettbewerb weiter fördern, indem sie Konkurrenten Zugang zu und die Verteilung von einzelnen oder den gesamten Premiumkanäle von Sky Italia garantierte. Die gesamten Premiuminhalte von Sky Italia müssen – als Kanalpaket, wie auch als einzelne Kanäle – auf Grosshandelsebene an Dritte zum Kauf angeboten werden, die dann ihrerseits ohne Einschränkung diese Inhalte über ihre Plattform ausstrahlen können. Der Preis für diese Inhalte muss es einem effizienten Marktneuling ermöglichen, rentabel auf Einzelhandelsebene zu operieren. Diese Maßnahme zielt speziell darauf ab, kleinen Wettbewerbern auf konkurrierenden Plattformen (wie z.B. Kabel) das Anbieten von Premiuminhalten zu ermöglichen, ohne die Rechte direkt vom Inhaber zu erwerben.

Die implizite Spannung zwischen der Erleichterung von Markteintritt im großen Stil (Punkt 3 oben) und der Förderung von Markteintritt im kleinen Stil (Punkt 4) wurde nie richtig gelöst.

Implikationen für zukünftige Fälle

Während der Phase II Untersuchung konzentrierte sich die Kommission auf ausführlichen Diskussionen mit NewsCorp über das zukünftige Regulierungsumfeld für Sky Italia. Obwohl Einzelheiten der Implementierung in den Kompetenzbereich der für den Sektor zuständigen italienischen Regulierungsbehörde fallen, so kommen die detaillierten Auflagen der Kommission doch einem Grundriss für die Regulierung gleich. Die Architektur der Auflagen wirft auch eine Reihe von interessanten Prozedurfragen auf. Unklar ist insbesondere die nachfolgende Rollenverteilung zwischen Kommission und italienischer Regulierungsbehörde in einem Berufungsprozess, den mit der Implementierung unzufriedene Wettbewerber anstreben könnten.

Die Kommission akzeptierte auch in pragmatischer Weise, dass ein reguliertes „Quasimonopol“ im italienischen Pay-TV-Markt besser als die wahrscheinlichste Alternative war: Der Konkurs von Stream hätte Störungen nach sich gezogen, unter denen Inhaltsanbieter und Konsumenten gelitten hätten, und der schließlich Telepiù als unregulierten *de facto* Monopolist im Markt hinterlassen hätte. Obwohl die Kommission die (in ihren eigenen Worten „sehr strengen“) Bedingungen für die Verteidigung der „scheiternden Firma“ als nicht erfüllt sah, berücksichtigte sie doch die finanziellen Realitäten der Industrie. Dies steht im Einklang mit der weiten Interpretation des „scheiternde Firma“-Prinzips im Fall *Arthur Andersen* durch die Kommission und suggeriert, dass die Kommission so etwas wie eine Theorie der „kränkelnden aber noch nicht ganz scheiternden Firma“ entwickelt.

Cristina Caffarra and Andrea Coscelli, Juni 2003

© CRA International (vor dem Erwerb von Lexecon Ltd durch CRA ursprünglich veröffentlicht von Lexecon Ltd)

⁵ Vgl. Z.B. das Regulierungsumfeld für elektronische Kommunikation (Direktive 2002/21/EC), OJ L 108, 24.4.2002.