

BUNDESKARTELLAMT

6. BESCHLUSSABTEILUNG

B6 – 56/03

53113 Bonn

Kaiser-Friedrich-Straße 16

Telefon: (0228) 9499-496

Zentrale: (0228) 9499-0

Telefax: (0228) 9499-149

**FÜR DIE
VERÖFFENTLICHUNG BESTIMMT**

**FUSIONSVERFAHREN
VERFÜGUNG GEMÄSS § 40 ABS. 2 GWB**

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsverfahren

1. Radio TON-Regional
Hörfunk GmbH & Co. KG
Allee 2
74074 Heilbronn

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
Dr. Wartner Dr. Dietrich und Sozien
Korte Blöck 35
22397 Hamburg

2. Lokalradio Services GmbH
Müller Galerie 40
72764 Reutlingen

3. Achalm Kommunikation
Agentur für Werbung, Public-Relations
und Funkproduktionen GmbH
Silberburgstraße 50
72764 Reutlingen

Verfahrensbevollmächtigte zu 2. und 3.
Beiten Burkhardt
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Ganghoferstraße 33
80339 München

- Beteiligte -

4. Medien Union GmbH
 Amtsstraße 5 - 11
 67059 Ludwigshafen

5. MOIRA GmbH
 Amtsstraße 5 – 11
 67059 Ludwigshafen

Verfahrenbevollmächtigte zu 4. und 5.:
 Rechtsanwälte
 Mayer Brown Rowe & Maw Gaedertz
 Bockenheimer Landstraße 98 – 100
 60323 Frankfurt am Main

6. Südwestdeutsche Meiden Holding GmbH
 Plieninger Straße 150
 70567 Stuttgart

Verfahrenbevollmächtigte:
 Oppenländer Rechtsanwälte
 Altenbergstraße 3
 70180 Stuttgart

- Beigeladene -

wegen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 GWB hat die 6. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 23. April 2004 beschlossen:

Der Erwerb einer Beteiligung in Höhe von 49 % der Anteile an der Lokalradio Services GmbH, Reutlingen, durch die Radio TON-Regional Hörfunk GmbH & Co. KG, Heilbronn, wird untersagt.

Die Gebühr für diese Entscheidung wird unter Anrechnung der gesondert festzusetzenden Gebühr von [XXX] Euro für die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens auf [XXX] Euro (in Worten: [XXX] Euro) festgesetzt und den Beteiligten zu 1. – 3. auferlegt.

Gründe

I. Zusammenschlussvorhaben:

Mit Schreiben vom 24. März 2003, beim Bundeskartellamt eingegangen am 28. April 2003, haben die Rechtsanwälte Klötters und Klötters-Zunker „namens und in Vollmacht der Radio TON-Regional Hörfunk GmbH & Co. KG, Heilbronn

(„Radio TON Regional“) und der weiteren Zusammenschlussbeteiligten“ das nachfolgende Zusammenschlussvorhaben angemeldet:

Radio TON-Regional beabsichtigt, 49 % der Kommanditanteile der Lokalradio Services GmbH & Co. KG, Reutlingen („Lokalradio Services“) zu erwerben. Bei Lokalradio Services handelt es sich um eine sog. Einheits-KG, d.h., sämtliche Gesellschaftsanteile an der Komplementär-GmbH werden von der KG gehalten.

Veräußerin der Anteile ist die bisherige alleinige Kommanditistin Achalm Kommunikation – Agentur für Werbung, Public Relations und Funkproduktionen GmbH, Reutlingen („Achalm“), die mit 51 % der Anteile weiterhin als Kommanditistin im Unternehmen verbleibt.

Radio TON-Regional und Achalm haben am 17. April 2003 eine Stimmrechtsvereinbarung abgeschlossen, mit der sie sich verpflichten, in den Gesellschafterversammlungen der Lokalradio Services eine einheitliche, gleichgerichtete Stimme abzugeben.

Der zwischen den Beteiligten geschlossene Kaufvertrag in der der Beschlussabteilung vorliegenden Fassung des Entwurfes vom 17. April 2003 stellt die Wirksamkeit der wesentlichen Vertragsbestimmungen unter den Vorbehalt der Freigabe des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt (vgl. § 11 Abs. 2). Unter dem gleichen Datum haben Achalm und Radio TON-Regional als Kommanditisten von Lokalradio Services sowie die Lokalradio Services Verwaltungs GmbH, den Antrag ans Handelsregister auf Eintragung der Veränderung der Gesellschafterverhältnisse unterzeichnet. Unter dem 22. April 2003 hat der beauftragte Notar den Eintragungsantrag beim Handelsregister eingereicht; die Eintragung von Radio TON-Regional als Kommanditistin von Lokalradio Services ist am 29. April 2003 erfolgt. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit spätestens zu diesem Zeitpunkt zwischen den Beteiligten vollzogen worden.

II. Verfahrensschritte

Mit Schreiben vom 28. September 2003 hat die Beschlussabteilung RA Klötters mitgeteilt, dass die Anmeldung mit Eingang seines Schreibens vom 22. September 2003 am 29. September 2003 als vollständig bewirkt anzusehen ist; gleichzeitig hat die Beschlussabteilung mitgeteilt, dass sie in die Prüfung des Zusammenschlusses (Hauptprüfverfahren) eingetreten ist. Danach endete die Untersagungsfrist am 29. Januar 2004.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2003 hat RA Klöters gemäß § 40 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 GWB einer Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 31. März 2004 zugestimmt.

Mit Beschluss vom 12. Januar 2004 hat die Beschlussabteilung die Medien Union GmbH, sowie die MOIRA GmbH, beide Ludwigshafen, auf deren Antrag hin zum Verfahren beigelegt. Mit Beschluss vom 29. Januar 2004 wurde zudem die Südwestdeutsche Medien Holding GmbH, Stuttgart, ebenfalls zum Verfahren beigelegt.

Mit Schreiben vom 16. Februar 2004 hat sich die Achalm der Anmeldung angeschlossen und zugleich gemäß § 40 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 GWB einer weiteren Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 30. April 2004 zugestimmt.

Mit Schreiben vom 16. Februar 2004, eingegangen beim Bundeskartellamt am 18. Februar 2004, hat Rechtsanwalt Dr. Rath-Glawatz mitgeteilt, dass die Radio TON-Regional ab sofort von der Kanzlei Dr. Wartner, Dr. Dietrich und Sozien vertreten wird, und im Namen der Mandantin ebenfalls gemäß § 40 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 GWB der weiteren Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 30. April 2004 zugestimmt. Am 11. März 2004 hat er zudem erklärt, dass auch die Lokalradio Services ausschließlich von ihm anwaltlich vertreten werde.

Mit Schreiben jeweils vom 29. März 2004 haben Rechtsanwalt Dr. Rath-Glawatz für die Kanzlei Dr. Wartner, Dr. Dietrich und Sozien sowie Rechtsanwalt Dr. Frhr. von Hutten für die Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Beiten Burkhardt mitgeteilt, dass die Lokalradio Services durch letztgenannte Rechtsanwälte vertreten wird.

Beide Verfahrensbevollmächtigte haben zudem erklärt, dass die erfolgte Eintragung des Anteils-erwerbs durch Radio TON-Regional beim Handelsregister angesichts der im Kaufvertrag vereinbarten aufschiebenden Bedingung für die Übertragung der Gesellschaftsanteile offensichtlich fehlerhaft sei, und dass ein diesbezüglicher Berichtigungsantrag beim Handelsregister des Amtsgerichts Reutlingen eingereicht worden sei.

Mit Schreiben vom 12. März 2004 hat die Beschlussabteilung den Verfahrensbe-teiligten mitgeteilt, dass sie beabsichtige, auf der Grundlage der bisherigen Tatsachenerkenntnisse und Erwägungen das angemeldete Zusammenschlussvorhaben zu untersagen, da es die Untersagungs-voraussetzungen des § 36 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erfülle, und ihnen Gelegen-

heit zur Stellungnahme gegeben. Mit Datum vom 29. März 2004 haben sämtliche Verfahrensbeteiligte diesbezügliche Stellungnahmen abgegeben.

Die Beteiligten zu 2. und 3. sowie die Beigeladenen zu 4. und 5. bestreiten bereits die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die Entscheidung, da das Landesmediengesetz des Landes Baden-Württemberg der LfK („LfK“) umfassend die Aufgabe übertragen habe, Zusammenschlüsse von Rundfunkveranstaltern zu genehmigen. Des weiteren rügen sie – wie auch die Beteiligte zu 1. - übereinstimmend die von der Beschlussabteilung vorgenommene Marktabgrenzung sowie die Feststellungen zur Marktstruktur als unzutreffend. Schließlich bestreiten sämtliche Beigeladenen die von der Beschlussabteilung getroffene Feststellung, dass die Beigeladene zu 6. ein von der Beigeladenen zu 4. beherrschtes Unternehmen ist. Im übrigen führe auch eine Verflechtung der beiden Rundfunksender „Radio Ton Neckar Alb“ sowie „Hit Radio Antenne 1“ über ihren indirekten gemeinsamen Gesellschafter, die Beigeladene zu 4., nicht zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung.

Der obersten Landesbehörde in Baden-Württemberg ist gemäß § 40 Abs. 4 GWB ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Sie hat sich nicht geäußert.

III. Beteiligte Unternehmen

1. Die Erwerberin, **Radio TON-Regional**, betreibt auf der Grundlage einer Lizenz der LfK den lokalen Rundfunk-Sender „Radio TON“ im Lokalsendegebiet „L 10 – Franken“. 100%iges Tochterunternehmen von Radio TON-Regional ist die Lokalradio Ostwürttemberg GmbH & Co. KG, Aalen, die – ebenfalls auf der Grundlage einer Lizenz der LfK – den lokalen Rundfunksender „Radio TON-Ostwürttemberg“ im Lokalsendegebiet „L 9 – Ost-Badenwürttemberg“ betreibt. Radio TON-Regional erzielte ausweislich einer vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnung im Jahr 2002 Umsatzerlöse von [XXX] €, sämtlich im Inland; davon unterfallen [XXX] % der Rundfunkrechnungsklausel des § 38 Abs. 3 GWB.

An Radio TON-Regional sind derzeit folgende Gesellschafter maßgeblich beteiligt:

Privat-Radio T.O.N. Rundfunkbetr. GmbH & Co. KG, Bad Mergentheim (51 %),

Heilbronner Stimme GmbH & Co. KG, Heilbronn (26,2 %),

Stuttgarter Mediengesellschaft mbH, Stuttgart (6,4 %),

Antenne Radio GmbH & Co. KG, Stuttgart (3,2 %).

Weitere sieben Gesellschafter mit Anteilen zwischen 0,2 % und 2,6 %.

Radio TON-Regional wird derzeit kontrolliert von der Privat-Radio T.O.N. Rundfunkbetriebs GmbH & Co. KG („Privat-Radio T.O.N.“). Dies ergibt sich aus Folgendem: Die Geschäftsführung bei Radio TON-Regional obliegt der Komplementär-GmbH, § 9 des KG-Vertrages. Die Geschäftsführerin bedarf jedoch für eine Reihe von Rechtsgeschäften der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Hierzu gehören u.a. die Eingehung oder Aufhebung und Änderungen von Beteiligungen, Abschluss, Änderung oder Beendigung von Verträgen mit Rundfunkbetriebs- und Lizenzgesellschaften, Festlegung des Werbetarifwerkes, Festlegung des jährlichen Budget-, Investitions- und Finanzplanes, vgl. § 10 Abs. 1 lit. g), k), l) und m) des KG-Vertrages. Die Beschlussfassung der Gesellschafter erfolgt grundsätzlich mit 55 %-Mehrheit, § 12 Abs. 4 des KG-Vertrages. Dies bedeutet, dass Privat-Radio T.O.N. zwar selbst alleine keine Beschlüsse treffen kann, jedoch können ohne bzw. gegen die Stimmen von Privat-Radio T.O.N. auch keine Beschlüsse getroffen werden können. Damit kann dieser Gesellschafter als einziger der Gesellschafter Beschlüsse zu den dargestellten wettbewerblich relevanten Punkten blockieren. Damit ist Radio TON-Regional ein von Privat-Radio T.O.N. abhängiges Unternehmen, so dass beide Unternehmen gemäß § 36 Abs. 2 GWB als verbundene Unternehmen anzusehen sind.

Gesellschafter der **Privat-Radio T.O.N.** sind die

Radio TON Rundfunk GmbH, Bad Mergentheim („Radio TON“, 45,5 %),

MOIRA GmbH, Ludwigshafen („MOIRA“, 45,5 %),

Rhein-Neckar-Zeitung GmbH, Heidelberg (9 %).

Komplementärin (ohne Gesellschaftseinlage) bei Privat-Radio T.O.N. ist die Privat-Radio T.O.N. Rundfunkbetriebs-Verwaltungs-GmbH, deren Stammkapital ausweislich des vorgelegten Gesellschaftsvertrages von einem Herrn Hans-Otto Balmes gehalten wird. Diese Gesellschaft ist zugleich die Geschäftsführerin der Privat-Radio T.O.N.. Die Geschäftsführerin bedarf jedoch der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu allen außerge-

wöhnlichen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen. Hierzu gehören ausweislich des in § 10 Abs. 1 des KG-Vertrages formulierten umfangreichen Kataloges u.a.: Veränderungen des Programmschemas, Abschluss, Änderung oder Beendigung von Verträgen mit Rundfunkbetriebs- und Lizenzgesellschaften, Festlegung des Werbetarifwerkes, Festlegung des jährlichen Budget-, Investitions- und Finanzplanes. Die Beschlussfassung der Gesellschafter erfolgt mit 66 %-Mehrheit, § 12 Abs. 4 KG-Vertrag. Das bedeutet, dass Privat-Radio T.O.N. von ihren Gesellschaftern Radio TON und MOIRA gemeinsam kontrolliert wird, da nur beide Gesellschafter zusammen Beschlüsse herbeiführen können, jeder dieser Gesellschafter aber alleine Beschlüsse verhindern kann.

An Radio TON ist wiederum die Fränkische Nachrichten GmbH, Tauberbischofsheim, mit – angabegemäß – 97,44 % beteiligt, die wiederum von der Dr. Haas GmbH, Mannheim, mit einer Beteiligung von 66,7 % kontrolliert wird (vgl. zu Dr. Haas die nachfolgenden Angaben zur Veräußerin).

2. Die **MOIRA** ist eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Medien-Union GmbH, Ludwigshafen („Medien Union“), in der fast alle Beteiligungen der Medien Union im Hörfunkbereich zusammengefasst sind. Die **Medien Union** ihrerseits bildet gemeinsam mit der ihr gleichgeordneten Rheinpfalz KG die Konzernspitze der Rheinpfalz/Medien Union-Gruppe. Gesellschafter der Rheinpfalz/Medien Union-Verlagsgruppe sind verschiedene Familienstämme mit unterschiedlichen Anteilen, wobei die Familie Schaub eine Beteiligung von 50,5 % hält. Die Rheinpfalz/Medien Union-Gruppe ist in den Bereichen Hörfunk, Buchverlage, Schulbuchverlage sowie Verlag und Herausgabe von regionalen Abonnement-Tageszeitungen und Anzeigenblättern tätig. Die Umsatzerlöse der Medien Union wurden von RA Klöters für das Jahr 2002 mit [XXX] angegeben, die beinahe ausschließlich im Inland erzielt wurden, wovon der weit überwiegende Teil relevant im Sinne der Presse- bzw. Rundfunkreckensklausel des § 38 Abs. 3 GWB ist.

Die Medien Union ist mit 44,358 % des Kapitals sowie mit 44,671 % der Stimmrechte an der Südwestdeutsche Medien Holding, Stuttgart („SWMH“) beteiligt. Die Beschlussabteilung geht aufgrund ihrer Ermittlungen in dem Verfahren B 6 – 13/03 „SWMH – Süddeutscher Verlag“ davon aus, dass die Medien Union nicht nur die MOIRA, sondern – gemeinsam mit der Gruppe Württembergischer Verleger („GWV“), die über eine Beteiligung an der SWMH in jeweils gleicher Höhe verfügt – auch die SWMH beherrscht und deshalb mit der SWMH eine wirtschaftliche Einheit im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB bildet. Dies ergibt sich im Wesentlichen aus folgenden Erwägungen:

Die Mehrmütter-Klausel in § 36 Abs. 2 S. 2 GWB stellt klar, dass auch der zwischen zwei Unternehmen koordinierte Einfluss auf ein anderes Unternehmen unter die Verbundklausel fällt. Diese Koordination kann aufgrund einer Vereinbarung oder aufgrund sonstiger tatsächlicher Umstände erfolgen. Die Medien Union gilt deshalb gemäß § 36 Abs. 2 S. 2 GWB als herrschendes Unternehmen, wenn sie mit der GWV derart zusammenwirkt, dass beide gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf SWMH ausüben können (vgl. KG WuW/E OLG 4095, 4098).

Nach der Rechtsprechung reicht zur Begründung der Beherrschung ein mittelbarer Einfluss auf die Geschäftspolitik, der durch die Bestimmung der personellen Besetzung von Aufsichtsrat und Vorstand ausgeübt wird, aus (vgl. KG WuW/E OLG 1993, 1994 – Organische Pigmente). Die Satzung der SWMH sieht vor, dass Beschlüsse der Gesellschafterversammlung grundsätzlich mit einer 2/3-Mehrheit beschlossen werden. Die Medien Union und GWV sind mit jeweils 44,358 % am Kapital sowie mit 44,671 % der Stimmrechte an der SWMH beteiligt; 11,28 % der Kapitalanteile halten acht Privatpersonen, 0,706 % der Kapitalanteile hält die SWMH selbst. Wechselnde Mehrheiten in der satzungsrechtlich geforderten Höhe sind damit nicht möglich. Vielmehr sind Medien Union und GWV stets auf eine Einigung und damit auf ein harmonisches Zusammenwirken – ebenso wie bei paritätischen Gemeinschaftsunternehmen – angewiesen.

Das Kammergericht hatte als Kriterium von ausschlaggebender Bedeutung für die Frage gemeinsamer Beherrschung von paritätischen Gemeinschaftsunternehmen den Einigungszwang aufgrund (freiwillig geschaffener) paritätischer Beteiligung und ähnlich wirkender Zustimmungserfordernisse angesehen (vgl. KG WuW/E OLG 4075, 4077 – Springer/Kieler Zeitung; KG WuW/E OLG 4095, 4099 – w+i Verlag/Weiss-Druck).

Von einem derartigen Einigungszwang zwischen Medien Union und der GWV hinsichtlich des wettbewerblich relevanten Verhaltens der SWMH ist auszugehen. Hierfür spricht neben der gleich hohen Beteiligung vor allem die vertragliche Ausgestaltung des Aufsichtsrats, der gemäß § 9 Abs. 1 a-t des Gesellschaftsvertrages der SWMH weitergehende Rechte hat. Die Medien Union und die GWV entsenden je drei Mitglieder in den 6-köpfigen Aufsichtsrat (§ 10), der mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen seine Beschlüsse fasst. Bei Stimmgleichheit gilt die Stimme des Vorsitzenden (§ 10 Abs. 8), der vom Aufsichtsrat mit einfacher Mehrheit aus seiner Mitte gewählt wird.

Auch diese Regelung bringt den Willen der beiden Hauptgesellschafter zum Ausdruck, sich grundsätzlich zu einigen.

In dem seinerzeitigen Verfahren haben die Beteiligten vorgetragen, dass gegen den von der Beschlussabteilung angenommenen "Willen zum Konsens" insbesondere spreche, dass im Falle eines Stichtentscheids ein erweiterter Aufsichtsrat gemäß § 10 a der Satzung angerufen werden kann. Diese Regelung stelle sicher, dass eine – bei paritätischen Beteiligungsverhältnissen ansonsten regelmäßig drohende – Handlungsunfähigkeit auch im Falle eines Patts nicht entstehe. Dieses Argument überzeugt vorliegend nicht:

Nach den damaligen Erkenntnissen der Beschlussabteilung wurde der erweiterte Aufsichtsrat in der Vergangenheit erst in einem Fall angerufen, in dem es offenbar um das Gehalt eines Geschäftsführers ging. Andere Fälle wurden seitens der Beteiligten – trotz Aufforderung der Beschlussabteilung in den Vorgesprächen – seinerzeit nicht vorgetragen. Auch in dem vorliegenden Verfahren haben die Beigeladenen – mit der Rechtsauffassung der Beschlussabteilung in einer Besprechung am 28. Januar 2004 bzw. durch das Schreiben der Beschlussabteilung vom 12. März 2004 konfrontiert – keine anderen Fälle vorgetragen, so dass weiterhin davon auszugehen ist, dass der Möglichkeit, den erweiterten Aufsichtsrat anzurufen, in der Praxis keine Bedeutung zukommt.

Auch der BGH hat in seinen, von der Beigeladenen zu 6. zur Stützung ihrer gegenteiligen Auffassung herangezogenen Entscheidungen (WuW/E BGH 1810, 1811 „Transportbeton Sauerland“; WuW/E BGH 1608, 1611 f. „Westdeutsche Allgemeine Zeitungsgesellschaft“) darauf hingewiesen, dass die Sicherung beständiger Einflussnahme nicht notwendig auf organisatorischen oder vertraglichen Bindungen der Gesellschafter untereinander beruhen muss, sondern dass auch tatsächliche Umstände zusammenwirken können, um eine einheitliche Leitungsmacht zu begründen. Dabei könne es insbesondere wesentlich sein, ob unterschiedliche Mehrheiten möglich sind. Dies ist vorliegend in der Gesellschafterversammlung jedenfalls nicht der Fall. Bei der Beurteilung im Einzelfall hat der BGH zudem entscheidend auf das Verhalten der Gesellschafter in der Vergangenheit abgestellt. Die nicht bestrittene Tatsache, dass vorliegend die beiden Gesellschafter der SWMH den erweiterten Aufsichtsrat lediglich in einem Fall, in dem es um das Gehalt eines Geschäftsführers ging, belegt ausreichend, dass dauerhaft von gleichgerichteten Interessen der Gesellschafter ausgegangen werden kann.

Die hiergegen von den Beigeladenen in ihren Stellungnahmen vom 29. März 2004 vorgetragene Bedenken, mit denen sie im Wesentlichen ihre bereits im Laufe des Verfahrens bzw. im angesprochenen Verfahren B 6 – 13/03 ausführlich vorgetragene Rechtsauffassungen wiederholen und daher bereits bei der vorläufigen Einschätzung des Zusammenschlussvorhabens durch die Beschlussabteilung berücksichtigt worden sind, können die von der Beschlussabteilung vertretene Auffassung nicht in Frage stellen. Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die rechtlichen und tatsächlichen Umstände in ihrer Gesamtheit eine sichere Grundlage für die Ausübung gemeinsamer Herrschaft bilden, so dass die Medien Union und die SWMH als verbundene Unternehmen im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB zu behandeln sind.

3. Die **SWMH** ist die Holding einer diversifizierten Mediengruppe mit Beteiligungen im Presse und Rundfunkbereich. Zu den wesentlichen Pressebeteiligungen gehören eine Beteiligung in Höhe von 75 % an der Stuttgarter Verlags-gesellschaft mbH & Co., in deren Verlag die regionale Abonnement-Tageszeitung "Stuttgarter Zeitung" erscheint, sowie eine Beteiligung in Höhe von 80 % an der Stuttgarter Nachrichten Verlagsgesellschaft mbH, die die regionale Abonnement-Tageszeitung "Stuttgarter Nachrichten" verlegt. Über diese Unternehmensbeteiligungen sowie weitere zwischengeschaltete – ebenfalls jeweils kontrollierte – Unternehmen kontrolliert die SWMH schließlich die **Antenne Radio GmbH & Co. KG**, Stuttgart („Antenne“), die als Zulassungsinhaberin unter dem Namen „Hit Radio Antenne 1“ ein regionales Hörfunk-Vollprogramm über den Bereichssender des Sendegebietes R 2 Württemberg-Mitte betreibt (vgl. im Einzelnen B 6 – 159/01 „Gründung des Gemeinschaftsunternehmens L 12 GmbH & Co. KG“).

Die Mitkontrolle der Medien-Union einerseits über die SWMH – und damit mittelbar über die Antenne Radio GmbH & Co. KG und die Stuttgarter Mediengesellschaft – sowie andererseits über die Privat-Radio T.O.N. führt schließlich dazu, dass die Medien Union insgesamt 60,6 % der Anteile an der Radio TON-Regional kontrolliert und damit Beschlüsse in diesem Unternehmen nicht nur aufgrund einer Sperrminorität verhindern, sondern positiv herbeiführen kann.

4. Zielunternehmen ist die **Lokalradio Services**. Diese betreibt derzeit für ihre Muttergesellschaft, die Achalm, auf der Grundlage der von der LfK erteilten Lizenz den lokalen Hörfunk-Sender im Lokalverbreitungsgebiet 7 („L 7“). Dieses Gebiet umfasst ausweislich der Ausschreibungsunterlagen der LfK die Landkreise Tübingen und Reutlingen sowie den Zollern-Alb-Kreis. Der Name des

Rundfunksenders lautete bislang „Radio Neckar Alb“. Die Lokalradio Services hat im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von [XXX] € erzielt; allerdings hat sie den Betrieb des Rundfunksenders erst im Jahr 2003 übernommen.

Die Muttergesellschaft von Lokalradio Services, die **Achalm**, ist Lizenzinhaberin für den o.g. Hörfunksender und hat diesen in der Vergangenheit selbst betrieben. Im letzten abgelaufenen Geschäftsjahr 2002 hat sie Umsatzerlöse von [XXX] € erzielt, die angabegemäß vollständig gemäß § 38 Abs. 3 GWB zu verzwanzigfachen sind. Sie bleibt mit 51 % an der Lokalradio Services beteiligt.

100 %ige Muttergesellschaft der Achalm ist die **LR Lokal-Regionalfunk GmbH**, Mannheim („LR“). Deren Geschäftsgegenstand ist die Herstellung und Bereitstellung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen einschließlich Werbung und der mit diesen Aktivitäten verbundenen Tätigkeiten. In der LR sind die weiteren Hörfunkbeteiligungen der Dr. Haas GmbH u.a. bei der Radio Regenbogen GmbH, Mannheim (16,36 %) sowie der RT4 oHG (27 %), die ihrerseits mit 35 % an der Antenne Radio Verwaltungsgesellschaft mbH beteiligt ist, gebündelt. Schließlich hält LR noch eine 50 %ige Beteiligung an der RNO-Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG (weiterer Gesellschafter mit ebenfalls 50 % ist die MOIRA). Als reine Holdinggesellschaft hat LR angabegemäß keine eigene Umsätze erlöst.

100 %ige Muttergesellschaft von LR ist die **Dr. Haas GmbH**, Mannheim („Dr. Haas“). Geschäftsgegenstand dieser Holdinggesellschaft ist – neben der Betätigung im Rundfunksektor – die Herausgabe von Tageszeitungen (im Wesentlichen über die zu 100 % zur Holding gehörende Mannheimer Morgen Großdruckerei und Verlag GmbH, Mannheim, sowie eine 66,7 %ige Beteiligung an der Fränkische Nachrichten GmbH, Tauberbischofsheim), sowie der Betrieb von Fachzeitschriftenverlagen und von Druckereien.

An der Holdinggesellschaft ist neben mehreren Gesellschafterstämmen die BW-Kapitalbeteiligungs GmbH, Stuttgart, eine von namhaften baden-württembergischen Bank- und Versicherungsunternehmen gegründete Kapitalbeteiligungsgesellschaft mit 28,87 % der Stimmrechte beteiligt. Die konsolidierten Gesamtumsätze der Dr. Haas liegen angabegemäß zwischen [XXX] und [XXX] €, die bei Anwendung der Presse- bzw. Rundfunkrechenklausele des § 38 Abs. 3 GWB noch zu verzwanzigfachen sind.

IV. Formelle Untersagungs Voraussetzungen

1. Zusammenschlusstatbestand

Das angemeldete Zusammenschlussvorhaben ist kontrollpflichtig. Der Erwerb von 49 % der Kommanditanteile an der Lokalradio Services erfüllt den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 b) GWB (Anteilerwerb) sowie S. 3 (Gemeinschaftsunternehmen). Zudem ist der Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB (Kontrollerwerb) erfüllt.

Dies ergibt sich bereits aus der Aufteilung der Kapitalanteile. Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei der Lokalradio Services um eine sog. Einheits-KG, bei der die einzige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH die KG selbst ist. Beschlüsse der GmbH werden in allen Angelegenheiten der GmbH durch die Kommanditisten der KG getroffen (vgl. § 7 des Gesellschaftsvertrages der Lokalradio Services Verwaltungs GmbH). Zudem bestimmt § 9 des KG-Vertrages einen umfangreichen Katalog von außergewöhnlichen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen, für die die persönliche haftende Gesellschafterin der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung der KG bedarf. Hierzu gehören u.a. – soweit wettbewerblich relevant – die Festlegung des Werbetarifwerkes sowie die Festlegung des jährlichen Budget-, Investitions- und Finanzplanes (§ 7 Abs. 1 lit. l) und m) des KG-Vertrages). Die Beschlussfassung der Gesellschafter erfolgt mit 80 %-Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 11 Abs. 4 KG-Vertrag), wobei regelmäßig für die Beschlussfähigkeit 80 % des gezeichneten Kapitals in der Gesellschafterversammlung vertreten sein müssen (§ 10 Abs. 7 KG-Vertrag). Damit können im Falle des vorliegenden Zusammenschlusses nur beide Gesellschafter gemeinsam Beschlüsse fassen, so dass die Lokalradio Services von beiden Gesellschaftern gemeinsam kontrolliert wird.

Dass die beiden Gesellschafter eine gemeinsame Kontrolle bei Lokalradio Services wollen, wird zudem bestätigt durch die diesbezüglich abgeschlossene Stimmrechtsvereinbarung, mit der sich die Gesellschafter dazu verpflichten, in der Gesellschafterversammlung einen einheitlichen Standpunkt zu vertreten und eine einheitliche, gleichgerichtete Stimme abzugeben. Hierfür bilden sie wiederum einen Stimmrecht pool, in dem „nach Köpfen über das Abstimmungsverhalten in der Gesellschafterversammlung zu beschließen“ ist. Nach Darstellung der Verfahrensbevollmächtigten der Dr. Haas bedeutet diese Re-

gelung, da nur zwei Gesellschafter – und damit zwei Köpfe – vorhanden sind, auch für diese Poolgesellschafterversammlung einen Einigungszwang, der eine gemeinsame Kontrolle begründet.

2. Zuständigkeit des Bundeskartellamtes

Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes ergibt sich aus § 35 Abs. 3 GWB. Das Zusammenschlussvorhaben unterliegt nicht der europäischen Fusionskontrolle, da die Schwellenwerte der Verordnung EWB Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nicht erreicht werden. Die Aufgreifschwelle der deutschen Fusionskontrolle sind bereits durch die Umsätze von Dr. Haas sowie der Medien Union erfüllt.

Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die Durchführung eines Fusionskontrollverfahren ist auch nicht deshalb zu verneinen, weil der Zusammenschluss durch die LfK genehmigt worden ist.

Die diesbezüglich von den Beteiligten zu 2. und 3. sowie den Beigeladenen zu 4. und 5. vorgetragene Bedenken gehen fehl: Die landesrechtlichen Vorschriften im Bereich des Rundfunks sollen die Entstehung von Meinungsmacht verhindern. Demgegenüber ist es Aufgabe des Bundeskartellamtes, die Entstehung wirtschaftlicher Machtstellungen zu verhindern. Rundfunkrechtliche und wirtschaftsrechtliche Fusionskontrolle sind – worauf auch die Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen zu 4. und 5. in ihrer Stellungnahme vom 29. März 2004 ausdrücklich hinweisen – grundsätzlich nebeneinander anzuwenden (BVerfG, Urteil vom 4.11.1986, BVerfGE 73, 118, 173 f.). Ein genereller Regelungskonflikt ist nicht gegeben.

Insbesondere gehen die Stellungnahmen in ihren Schlussfolgerungen aus der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts fehl. Ihnen ist zwar zuzugeben, dass der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt insoweit ein anderer war, als dass das Niedersächsische Landesrundfunkgesetz vom 23. Mai 1984 der Erlaubnisbehörde das Recht einräumt, von einem Antragsteller zu verlangen, durch das Anmeldeverfahren beim Bundeskartellamt nachzuweisen, dass Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle dem Vorhaben nicht entgegenstehen, und dass das vorliegend einschlägige Landesmediengesetz Baden-Württemberg in der aktuellen Fassung eine derartige Bestimmung nicht mehr vorsieht. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang an keiner Stelle festgestellt, dass es Sache des Lan-

desgesetzgebers sei, über die Notwendigkeit einer Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB abschließend zu befinden. Eine diesbezügliche Kompetenz des Landesgesetzgebers existiert nicht. Sie würde in unzulässiger Weise die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 Grundgesetz normierte Gesetzgebungskompetenz des Bundes, die er mit Erlass des GWB wahrgenommen hat, unterlaufen. Das Bundesverfassungsgericht hat vielmehr lediglich festgestellt, dass neben der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB auch eine rundfunkspezifische Zusammenschlusskontrolle zur Gewährleistung der Meinungsvielfalt im Rundfunk zulässig und geboten ist (s. auch Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, Vor § 35, Rz. 63). Der aus der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2. und 3. hergeleitete Umkehrschluss, dass eine Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB nur zulässig sei, wenn der Landesgesetzgeber eine solche ausdrücklich vorgesehen habe, ist unzutreffend und wird durch die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts in keinster Weise legitimiert.

Es ist daher ständige Praxis des Bundeskartellamtes, seine Zuständigkeit für die wettbewerbsrechtliche Fusionskontrolle auch im Bereich des Rundfunks zu bejahen (vgl. nur TB 1993/94, S. 123 f., zu Zusammenschlussvorhaben in Baden-Württemberg; ausführlich dazu auch Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., 2001, Vor § 35, Rz. 59 ff.).

Schließlich wird diese Position auch durch die mit der 6. GWB-Novelle erfolgte Neufassung des § 38 Abs. 3 GWB bestätigt, mit der der Gesetzgeber – mit Zustimmung des Bundesrates – mit Einführung der sog. „Rundfunkrechenklause“ in Kenntnis der landesrechtlichen Regelungen eine Sonderregelung für die Fusionskontrolle im Bereich des Rundfunks eingeführt hat.

V. Materielle Untersagungsvoraussetzungen

1. Marktabgrenzung

In sachlicher Hinsicht ist durch den geplanten Anteilsverkauf an Lokalradio Services der Hörfunk-Werbemarkt betroffen. Auf diesem Markt bieten Hörfunkveranstalter oder von ihnen beauftragte Gesellschaften Werbezeiten an, die von den Werbetreibenden mit Werbespots belegt werden können. Diese Spots können lokalen, regionalen, landesweiten oder nationalen Bezug haben, so dass sachlich unter diesen Hörfunkwerbemärkten zu unterscheiden ist.

Der räumlich relevante Markt für Hörfunkwerbung wird regelmäßig nach Lizenz- und Sendegebietern abgegrenzt. Hörfunkveranstalter können daher für die werbetreibende Wirtschaft Belegungseinheiten nur für das Gebiet anbieten, in dem sie senden.

Das Land Baden-Württemberg verfolgt im Bereich des kommerziellen privaten Rundfunks ein mehrstufiges Modell. Auf lokaler Ebene gibt es derzeit 13 in der Regel nach Landkreisen abgegrenzte Gebiete, in denen jeweils ein Rundfunkveranstalter Inhaber einer Sendelizenz ist. Über diesen lokalen Sendern gibt es drei Bereichssender, die jeweils das Gebiet mehrerer Lokalsender überdecken und dort schwerpunktmäßig regionale Berichterstattung betreiben. Allerdings schalten diese ihr Programm für lokale Berichterstattung zeitweise auseinander und bieten damit auch für die daraus entstehenden räumlich kleineren Gebiete eigenständige Belegungseinheiten für Rundfunkwerbung an. Schließlich gibt es auch noch Rundfunksender, die – wie die öffentlich-rechtlichen Sender des SWR – landesweit ausstrahlen. Hierzu zählt auch der Jugendsender bigFM, der zumindest in weiten Teilen Baden-Württembergs zu empfangen ist.

Zwar geht die tatsächliche Reichweite der Sender regelmäßig über das jeweils definierte Sendegebiet hinaus und strahlt regelmäßig in die benachbarten Sendgebiete hinein, sog. technische Überreichweite. Dieses Ergebnis ist nach Darstellung der LfK („LfK“) nicht nur technisch bedingt, sondern durchaus auch gewollt im Hinblick auf den zwischen den Sendern erwünschten Wettbewerb um Hörer sowie, um auch Pendlerbewegungen zu berücksichtigen. Allerdings sehen die medienrechtlichen Vorschriften des Landes Baden-Württemberg diesbezüglich auch eine Beschränkung vor, als nach § 18 Abs. 2 Satz 3 des Landesmediengesetzes die Verbreitungsgebiete so zu planen sind, dass nicht mehr als ein Viertel der Einwohner eines lokalen Verbrei-

tungsgebietes ein Programm mit einem anderen lokalen Verbreitungsgebiet oder eines regionalen Verbreitungsgebietes ein Programm mit einem anderen regionalen Verbreitungsgebiet in Stereoqualität empfangen kann. Ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem für ein Gebiet lizenzierten Hörfunksender sowie den jeweils nur teilweise einstrahlenden Nachbarsendern kann vor diesem Hintergrund nur bedingt festgestellt werden.

Im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung ist auf das Lizenzgebiet als Kernverbreitungsgebiet des Lokalsenders abzustellen. Lokale Berichterstattung wird schwerpunktmäßig allein für das jeweilige Lizenzgebiet angeboten. Der lokale Hörfunksender spricht daher weit überwiegend nur Hörer in seinem Kernverbreitungsgebiet an und hat demnach auch nur dort eine für Werbekunden relevante Reichweite. Da für das Sendegebiet eines „lokalen“ Hörfunksenders in Baden-Württemberg mehrere lokale Gebiete zusammengefasst sind, bietet dieser, soweit er nicht sein Programm zeitweise lokal auseinanderschaltet, als kleinste Belegungseinheit Werbung in der gesamten Region seines Sendegebietes an. Vor diesem Hintergrund bilden vorliegend lokale und regionale Belegungseinheiten im Gebiet „L 7“ den relevanten Markt.

2. Marktstruktur

a) Marktstruktur

Sachlich und räumlich betroffener Markt ist daher der Hörfunkwerbemarkt in dem Lokalsendegebiet „L 7“ in Baden-Württemberg entsprechend der oben dargestellten räumlichen Ausdehnung. Für dieses Gebiet ist als lokaler Rundfunksender lizenziert: „Radio Neckar Alb“ (betrieben von Lokalradio Services, mittlerweile bereits umbenannt in „Radio Ton Neckar Alb“). Das Programmkonzept des Senders sah bislang ein aktuelles Informations- und Unterhaltungsprogramm mit lokalen Schwerpunkten für eine Kernzielgruppe bei den 30 – 55 Jahre alten Hörern vor (vgl. Spots Planungsdaten Hörfunk 2/2003, S. 172). Dieses deckt sich inhaltlich mit demjenigen, welches die Erwerberin mit den anderen von ihr unter dem Namen „Radio Ton“ betriebenen lokalen Hörfunk-Sendern in den Lizenzgebieten „L 10 – Franken“ und „L 9 – Ost-Württemberg“ verfolgt (vgl. Spots Planungsdaten Hörfunk 2/2003, S. 163), so dass davon auszugehen ist, dass dieses auch beim Zusammenschluss beibehalten wird. Allerdings dürfte die Kernzielgruppe entsprechend derjenigen von „Radio Ton“ auf die 30 – 49 Jahre alten Hörer beschränkt werden. Die

technische Reichweite des Senders liegt ausweislich der Ausschreibungsunterlagen der LfK für die 3. Lizenzperiode bei 535.000 Einwohnern, womit die Fläche des Zielgebietes zu etwa 54 % abgedeckt wird. Tatsächlich geht die technische Reichweite des Senders über dieses Gebiet noch hinaus. Nach eigenen Angaben des Senders liegt die technische Reichweite bei 750.000 Einwohnern.

Als einzigen weiteren privaten Hörfunksender, der das dargestellte Gebiet vollständig abdeckt, hat die LfK den Bereichssender „Hit-Radio Antenne 1“ lizenziert. Das gesamte Sendegebiet dieses Hörfunksenders deckt – von Westen nach Osten betrachtet – die Mitte von Baden-Württemberg vom Main-Tauber-Kreis im Norden bis zum Zollernalbkreis sowie dem Kreis Rottweil im Süden ab, und geht damit weit über das Sendegebiet „L 7“ hinaus. Der Sender bietet jedoch mit seinem Studio Reutlingen für den Bereich Reutlingen/NeckarAlb/Schwarzwald auf vier terrestrischen Frequenzen eine Teilbelegungseinheit an, die das Sendegebiet „L 7“ komplett abdeckt. Nach Selbstdarstellung des Senders geht das Zielgebiet zwar räumlich über das Gebiet „L 7“ hinaus. So werden auf der Internet-Seite des Senders auch die südlich angrenzenden Landkreise Sigmaringen, Tuttlingen, Schwarzwald-Baar-Kreis sowie die Landkreise Freudenstadt und Rottweil als vom Sender vollständig abgedeckte Gebiete dargestellt; die technische Reichweite wird mit 2,4 Mio. Einwohnern angegeben (vgl. Spots Planungsdaten Hörfunk 2/2003, S. 161). Nach Angaben der LfK werden jedoch die umliegenden Landkreise nur im unmittelbar angrenzenden Raum und damit flächenmäßig nur teilweise erreicht. Jedenfalls stellt das Gebiet „L 7“ mit den Städten Tübingen, Reutlingen und dem Zollernalbkreis einen wesentlichen Teil des gesamten Sendegebietes dar, so dass der Sender für Werbungtreibende, die dieses Gebiet erreichen wollen, auch unter Berücksichtigung von Streuverlusten eine Alternative darstellt. Das Programmkonzept besteht neben Unterhaltung aus aktueller regionaler, nationaler und internationaler Berichterstattung; die Kernzielgruppe sind die 18 – 49 Jahre alten Hörer.

Als weitere, in dem Sendegebiet „L 7“ zumindest teilweise empfangbare Sender werden von der LfK aufgeführt: „BigFM“, „Radio Neckarburg“, „R.TV Radio“, „Die neue 107.7“, „Donau 3 FM“ sowie „Radio Regenbogen“.

Bei „BigFM“ handelt es sich um ein sog. „Jugendradio“, das in weiten Teilen des Landes Baden-Württemberg einheitlich empfangen werden kann. In dem

vorliegend relevanten Zielgebiet wird nach Angaben der LfK nur der Landkreis Tübingen ganz, die beiden anderen Landkreise nur geringfügig abgedeckt. Werbemöglichkeiten bestehen bei diesem Programm nur einheitlich für das gesamte Sendegebiet.

Bei den Sendern „Radio Neckarburg“, „R.TV Radio“, „Die neue 107.7“ sowie „Donau 3 FM“ handelt es sich um die Hörfunksender, die rings um das Sendegebiet von „Radio Neckar Alb“ in jeweils anderen lizenzrechtlich abgegrenzten Gebieten lokale Hörfunk betreiben. Kernsendegebiet stellt jeweils ihr Lizenzgebiet dar. Überschneidungen mit dem Sendegebiet „L 7“ sind ausweislich der Darstellung der LfK nur geringfügig.

„Radio Regenbogen“ ist der Bereichssender R 1 im westlichen Baden-Württemberg. Er bietet drei Teilbelegungseinheiten an, von denen die mittlere „Mittelbaden/Südpfalz“ technisch bedingt teilweise weit in das Sendegebiet „L 7“ hineinreicht. Kernsendegebiet ist jedoch die Region mit den Städten Karlsruhe, Pforzheim, Rastatt, Baden-Baden und Offenburg.

Entsprechend der bereits dargestellten medienrechtlichen Gesetzgebung ist keiner dieser Sender gänzlich in dem Gebiet von „L 7“ empfangbar oder bietet für dieses Gebiet eigenständige Belegungseinheiten an.

Neben diesen privaten kommerziellen Hörfunksendern sind schließlich noch – flächendeckend – die Sender des Südwestdeutschen Rundfunks mit seinen Programmen SWR 1, SWR 3 und SWR 4 zu empfangen. Allerdings bieten diese, wie der Beschlussabteilung aus dem Verfahren B 6 – 159/01 („L 12“) bekannt ist, keine lokalen Werbemöglichkeiten an. Das in § 8 des SWR-Staatsvertrages normierte Verbot lokaler Werbung verbietet dem Sender Werbung, die ausschließlich für eine lokale oder regionale Sendung akquiriert worden ist und dementsprechend auch nur in einem solchen Programm gesendet werden soll. Werbung hingegen, die im Rahmen des jeweiligen Hauptprogramms überregional geschaltet wird, kann aber auch in einem lokalen oder regionalen Fensterprogramm zeitgleich gesendet werden (Scherer, Der Staatsvertrag über den Südwestrundfunk und die ARD-Reform, ZUM 1998, 8 [17]). Der SWR kann – und tut dies auch – Werbung lokal ausgerichteter Kunden akquirieren, sofern sie jedenfalls landesweit ausgestrahlt wird. Allerdings sind die absoluten Spotpreise¹ so hoch, dass sie – auch bei Berücksichtigung möglicher höherer Hörerzahlen und dadurch günstigeren Tausender-

¹ Bei den nachfolgend genannten Spotpreisen handelt es sich um die nach den jeweils gültigen Tariflisten zu zahlenden Preise pro Sekunde zzgl. MWSt. ohne Rabatte.

Kontaktpreisen² – gerade für kleine lokale Werbekunden eine Hemmschwelle bedeuten, in diesen Sendern Werbung zu schalten. So beträgt der Spotpreis beim hörerstärksten Sender SWR 3 im Durchschnitt über 65 €.

Aber auch beim Sender SWR 1 liegt der durchschnittliche Spotpreis mit 15,42 € fast sieben Mal so hoch wie der von „Neckar Alb Radio“ mit 2,50 € und immer noch mehr als doppelt so hoch wie beim Regionalstudio Reutlingen von „Hit Radio Antenne 1“. Nach Aussage der die Vermarktung der Hörfunkprogramme des SWR betreibenden Südwest-Werbung GmbH beträgt die Hörerreichweite von SWR 1 je durchschnittlicher Stunde im Sendegebiet „L 7“ lediglich 10.000 Hörer. Damit liegt die tatsächliche Reichweite von SWR 1 insbesondere weit hinter „Hit Radio Antenne 1“ mit einer Hörerreichweite je durchschnittlicher Stunde von 90.000, aber auch hinter „Neckar Alb Radio“ weit zurück, so dass der sog. Tausender-Kontaktpreis beim SWR 1 ein Vielfaches derjenigen von „Hit Radio Antenne 1“ bzw. „Neckar Alb Radio“ beträgt. Vor diesem Hintergrund stellt auch der SWR 1 – entgegen dem Vortrag der Verfahrensbeteiligten – keine Alternative für Werbungtreibende im Sendegebiet „L 7“ dar.

Auch SWR 4 kann nicht als Alternative für Werbungtreibende angesehen werden. Im Rahmen seines landesweiten Programms SWR 4 veranstaltet der Südwestdeutsche Rundfunk zwar mit dem Programm „SWR 4 Radio Tübingen“ ein regionales Fenster, das im Gebiet von „L 7“ zu empfangen ist. Aber auch für dieses regionale Fenster wird keine eigenständige Belegungseinheit angeboten. Aufgrund der Preisgestaltung des Senders für die landesweite Belegung kann SWR 4 für Werbungtreibende, die lediglich Hörer im Sendegebiet „L 7“ erreichen wollen, nicht als Alternative angesehen werden. Der absolute Spotpreis liegt mit durchschnittlich 20,- € acht Mal so hoch wie bei „Radio Neckar Alb“ sowie fast drei Mal so hoch wie beim Regionalstudio Reutlingen von „Hit Radio Antenne 1“. Bei Hörerzahlen pro durchschnittlicher Stunde³ von 30.000 im Sendegebiet „L 7“ ist der sog. Tausender-Kontaktpreis sechs Mal so hoch wie bei „Radio Neckar Alb“ und sogar mehr als acht Mal so hoch wie bei „Hit Radio Antenne 1“.

Zudem weichen die Zielgruppe und das Konzept dieses Programms deutlich von den oben dargestellten Konzepten von „Neckar Alb Radio“ bzw. „Hit Radio Antenne 1“ ab („erlebnisorientiertes Landesprogramm mit vielen deutschsprachigen Schlagern und Volksmusik. Bodenständig, für Menschen mit starkem

² Preis pro 1.000 durch das Programm erreichter Hörer.

³ Montags – Samstags zwischen 6 und 18 Uhr = Stundennettoreichweite

Gefühl für die Heimat, Kernzielgruppe sind Hörer ab 50 Jahren“, vgl. Spots Planungsdaten Hörfunk 2/2003, S. 178), so dass auch aus diesem Grunde für Werbungtreibende, die mit lokaler/regionaler Werbung die von „Radio Neckar Alb“ bzw. „Hit Radio Antenne 1“ angesprochene Hörergruppen erreichen wollen, dieses Programm nicht als austauschbar angesehen werden kann.

b) Marktanteile

Auf dem von der Beschlussabteilung als sachlich und räumlich relevant festgestellten Markt treten daher lediglich die Hörfunksender „Radio Neckar Alb“ sowie „Hit-Radio Antenne 1“ mit seinem Regionalstudio Reutlingen als Wettbewerber auf. Beide Sender haben vergleichbare Programmkonzepte sowie ähnliche Kernzielgruppen bei der Hörerschaft. Die Spot-Preise für Hörfunkwerbung liegen beim Regionalstudio Reutlingen von „Hit Radio Antenne 1“ zwar knapp drei Mal so hoch wie diejenigen von „Radio Neckar Alb“, unter Berücksichtigung der deutlich höheren Hörerzahlen (dazu s. nachfolgend) gestaltet sich der sog. Tausender-Kontaktpreis jedoch insgesamt um rund ein Drittel günstiger als beim Lokalsender. Damit kommen beide Sender für Werbungtreibende grundsätzlich als Alternative in Betracht.

Nach Eigendarstellung der auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt tätigen Sender haben diese folgende Hörerzahlen: Bei „Radio Ton Neckar Alb“ betrug die „Hörerreichweite gestern“⁴ 74.000; die Stundennettoreichweite 21.000. Der Bereichssender Reutlingen von „Hit Radio Antenne 1“ hat eine „Hörerreichweite gestern“ von rd. 300.000 Hörern; die Stundennettoreichweite betrug im Durchschnitt rd. 90.000 (Quelle jeweils: MA 2003/II). Angesichts dessen, dass die LfK angibt, dass der Lokalsender im Sendegebiet „L 7“ 535.000 Einwohner technisch erreicht (wohingegen das Lokalstudio Reutlingen von „Hit Radio Antenne 1“ aufgrund stärkerer Sendeleistungen innerhalb dieses räumlichen Gebietes eine noch größere Hörerzahl technisch erreicht), dürften die tatsächlich erreichten Hörer auch tatsächlich weit überwiegend in dem definierten Zielgebiet leben. Damit erreichte „Hit Radio Antenne 1“ mit seinem Regionalstudio „Reutlingen“ durchschnittlich mehr als die vierfache Anzahl von Hörern als „Radio Ton Neckar Alb“ in zumindest weitgehend deckungsgleichen Gebieten.

⁴ Zahl der Hörer, die am Tag vor der Befragung den jeweiligen Sender für mindestens 15 Minuten eingeschaltet haben.

Angaben über die Hörerreichweite der in das Sendegebiet „L 7“ lediglich teilweise einstrahlenden Sender liegen nicht vor; nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung aus dem Verfahren B 6 – 159/02 („L 12“) dürften diese jeweils relativ gering sein.

Nach Angaben von RA Klötters hat das Zielobjekt, die Lokalradio Services, in dem der Anmeldung vorausgegangenem Geschäftsjahr 2002 Umsätze erzielt, die deutlich unter [XXX] € liegen. Ausweislich des vorliegenden Beteiligungskaufvertrages betreibt die Lokalradio Services den Rundfunksender im Gebiet „L 7“ erst seit dem 1. Januar 2003, so dass die Vorjahresumsätze nicht die Umsätze des Hörfunksenders darstellen. Für die Ermittlung des wirtschaftlichen Potentials des Zielunternehmens muss daher auf den vorherigen Betreiber des lokalen Rundfunksenders im Gebiet „L 7“ abgestellt werden. Dies kann vorliegend insbesondere auch deshalb erfolgen, weil die bisherige Betreiberin die bisherige alleinige Muttergesellschaft der Lokalradio Services, also die Achalm war. Deren Umsätze wurden von RA Klötters im [XXX]-€-Bereich angegeben. Nach Angaben der Verfahrensbevollmächtigten der Achalm im Schreiben vom 16. Januar 2004, korrigiert mit Schreiben vom 26. Januar 2004, entfielen von den Umsatzerlösen der Achalm im Jahr 2002 auf das lokale/regionale Werbegeschäft (plus Sponsoring) zwischen [XXX] und [XXX] €. Die Umsätze von Antenne wurden – ebenfalls in diesen Schreiben – mit über [XXX] € angegeben, wovon knapp 50 % auf das lokale/regionale Werbegeschäft entfielen. Von diesen entfielen wiederum zwischen [XXX] und [XXX] € auf das Sendegebiet „L 7“. Danach haben beide Hörfunksender, die Belegungseinheiten speziell für das Sendegebiet „L 7“ anbieten, in etwa gleich hohe Erlöse aus dem Verkauf von Hörfunkwerbezeiten. Da – wie dargestellt – keine weiteren Wettbewerber existieren, die speziell für dieses Sendegebiet Hörfunkwerbezeiten anbieten, dürften Umsatzerlöse von Dritten auf diesem Markt - wenn überhaupt – nur in geringfügigem Umfang anfallen.

3. Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung

a) Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung wegen Kontrolle beider Hörfunksender durch die Medien Union

Mit dem Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung an der Lokalradio Services durch Radio TON-Regional würde die Medien Union – wie dargestellt und von den Verfahrensbeteiligten auch nicht bestritten – mittelbar eine Mitkontrolle an dem lokalen Hörfunksender „Radio Neckar Alb“ erwerben. Zugleich aber kontrolliert sie ebenfalls mittelbar – wie ausgeführt – über ihre kontrollierende Beteiligung an der SWMH auch den einzigen Wettbewerber auf diesem Markt, „Hit Radio Antenne 1“. Damit würden im Falle des Zusammenschlusses die beiden einzigen Wettbewerber von ein und demselben Unternehmen – der Medien Union – kontrolliert.

Damit würde die Medien Union durch das angemeldete Zusammenschlussvorhaben ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2. Alt. GWB. Als Folge eines derartigen Zusammenschlusses wäre davon auszugehen, dass die Medien Union dafür sorgen würde, dass sich die beiden die Hörfunksender betreibenden Unternehmen gegenseitig keinem wesentlichen Wettbewerb aussetzen, da ein solcher zu einer Reduzierung der Erträge aus den Unternehmensbeteiligungen führen würde. Damit würde die Medien Union auf dem von der Beschlussabteilung angenommenen sachlich und räumlich relevanten Markt, dem Markt für lokale/regionale Hörfunkwerbezeiten im Sendegebiet „L 7“, eine Stellung erlangen, in der sie keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt wäre. Dies gilt auch dann, wenn man annehmen würde, dass die anderen, oben dargestellten Hörfunk-Sender, die im Sendegebiet „L 7“ empfangen werden können, für Werbungtreibende als Alternative in Betracht kämen. Denn angesichts der hier eintretenden Streuverluste ist es wahrscheinlich, dass diese Sender lediglich als Randsubstitution am Markt für lokale Hörfunkwerbung im Sendegebiet „L 7“ teilnehmen

b) Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung wegen unternehmerischer Verflechtungen

Zu einer anderen wettbewerblichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens gelangt man auch nicht, wenn man – entgegen den Feststellungen der Beschlussabteilung – eine kontrollierende Beteiligung der Medien Union über die SWMH – und damit mittelbar über „Hit Radio Antenne 1“ – verneinen wür-

de. In diesem Fall würde zwar die Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB keine Anwendung finden. Allerdings müssten für die Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens die Verflechtungen berücksichtigt werden, die zwischen den Betreibergesellschaften der beiden konkurrierenden Hörfunksender bestehen.

An einer Berücksichtigung dieser Verflechtungen ist die Beschlussabteilung – entgegen offenbar der Auffassung der Beteiligten zu 6. – auch nicht dadurch gehindert, dass das bestehende Ausmaß an Verflechtungen zwischen den privaten Hörfunkanbietern in Baden-Württemberg möglicherweise im Wesentlichen auf entsprechende Maßnahmen der Landesanstalt für Kommunikation zurückzuführen ist. Wie bereits dargestellt, vermögen landesrechtliche Regelungen bzw. deren Ausführung durch Landesbehörden die fusionskontrollrechtliche Beurteilung von Unternehmensverbindungen durch das Bundeskartellamt nicht zu beeinflussen.

Auch wenn die Voraussetzungen der Verbundklausel nicht erfüllt sind, sind besondere gesellschaftsrechtliche und geschäftliche Beziehungen, die das am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen zu anderen Unternehmen hat, und die daraus hervorgehenden Wirkungen einschließlich der Marktanteile bei der gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB gebotenen Gesamtbetrachtung für die Fragestellung zu berücksichtigen, ob die Umstände die Annahme einer überragenden Marktstellung rechtfertigen (so BGH, Beschl. v. 19.12.1995, WuW/E 3036, 3040 „Raiffeisen“, zu § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F.). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, der – neben anderen Kriterien – für die Feststellung einer überragenden Marktstellung auf die Verflechtung eines Unternehmens zu anderen Unternehmen abstellt. Dabei beschränkt sich der Begriff der Verflechtung auch nicht auf Unternehmensverbindungen, die eine Beherrschung oder einen Konzernverbund bedeuten, sondern er erfasst materiell jeden Wettbewerbsvorsprung durch irgendwie geartete besondere Beziehungen zu einem anderen Unternehmen, insbesondere wenn es auf dem selben sachlich und räumlich relevanten Markt tätig ist (vgl. BGH, a.a.O.).

Unternehmerische Verflechtungen entstehen vorliegend durch den Zusammenschluss auf zweierlei Wegen. Zum einen erfolgt die Verflechtung zwischen den beiden konkurrierenden Hörfunksendern aufgrund der mittelbaren Beteiligung der Beigeladenen zu 4. über die Beigeladene zu 5. an der Beteiligten zu 1. einerseits und ihre mittelbare Beteiligung an der Beigeladenen zu 6. andererseits, die wiederum mittelbar an der Betreibergesellschaft von „Hit Radio Antenne 1“ beteiligt ist. Wie dargestellt, verfügt die Medien Union über 44,358

% der Kapitalanteile und 44,671 % der Stimmrechte an der SWMH und ist damit deren größter Einzelgesellschafter, wohingegen in der GWV – die über Kapitalanteile und Stimmrechte in der gleichen Höhe verfügt – lediglich die Stimmen mehrerer selbständiger Verlagsunternehmen gepoolt sind. Aufgrund dieser Beteiligungshöhe verfügt die Medien Union in der Gesellschafterversammlung, die für Beschlüsse regelmäßig eine 2/3-Mehrheit benötigt, über einen erheblichen Einfluss. Zudem hat sie das Recht, drei Mitglieder des sechs Mitglieder umfassenden Aufsichtsrates zu benennen. Zwar kann der Geschäftsführer der SWMH mit einfacher Mehrheit in der Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen werden, dieser benötigt aber für einen umfangreichen Katalog von Maßnahmen und Rechtsgeschäfte – insbesondere auch bezüglich seines Abstimmungsverhaltens in Beteiligungsunternehmen – der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrates. Die Zwischenschaltung weiterer Beteiligungsunternehmen kann aufgrund der jeweiligen Mehrheitsverhältnisse in den Gesellschaften die Feststellung nicht verhindern, dass Antenne letztendlich von der SWMH kontrolliert wird.

Zum anderen entsteht vorliegend auch eine unmittelbare Verflechtung zwischen Lokalradio Services und Antenne. Diese würde im Falle des Zusammenschlusses auch durch eine – wenn auch mit 3,2 % nur geringfügige – unmittelbare Beteiligung von Antenne an Radio TON-Regional, sowie eine weitere unmittelbare Beteiligung einer Muttergesellschaft von Antenne, der Stuttgarter Mediengesellschaft mbH, in Höhe von 6,4 % an Radio TON-Regional entstehen. Beide Beteiligungen würden Antenne die Möglichkeit geben, an Informationen über das wettbewerbliche Verhalten von Lokalradio Services zu gelangen, an der Radio TON-Regional – wie dargestellt – im Falle des Zusammenschlusses kontrollierend beteiligt sein würde. Dabei begründen diese Informationsmöglichkeit auch nicht – wie von den Beigeladenen zu 4. und 5. als unzulässig angegriffen – erst einen Zusammenschlusstatbestand, sondern werden allein bei der materiellen Bewertung eines – im übrigen unzweifelhaft einen Zusammenschlusstatbestand erfüllenden – Vorhabens bei der Frage bestehender unternehmerischer Verflechtungen berücksichtigt.

Beide Unternehmen sind mit den von ihnen betriebenen Hörfunksendern auch auf demselben Markt, dem Markt für Hörfunkwerbezeiten im Sendegebiet „L 7“ tätig. Dabei kommt es – entgegen der Auffassung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen zu 4. – nicht darauf an, ob es sich dabei jeweils um ihre Kerntätigkeit handelt. Ausreichend hierfür ist vorliegend, dass beide Hörfunksender Belegungseinheiten für lokale Hörfunkwerbung anbieten, die –

jedenfalls im Kern – das selbe Sendegebiet betreffen. Hierzu ist „Hit Radio Antenne 1“ aufgrund der Ausschreibung der Lizenz durch die LfK auch verpflichtet, vgl. § 18 Abs. 3 des Landesmediengesetzes. Kein Unternehmen beteiligt sich – sei es auch nur mittelbar – an einem Konkurrenten allein zum Zwecke einer Finanzanlage, die möglicherweise sogar zu einer finanziellen Stärkung des Konkurrenten führen würde, sondern im Interesse einer Wettbewerbseinschränkung. Im übrigen entspricht es jeder wirtschaftlichen Vernunft, dass ein Gesellschafter, der – wenn nicht sogar, wie angenommen, kontrollierend – zumindest maßgeblich an konkurrierenden Unternehmen beteiligt ist, die sich ihm bietenden Einflussmöglichkeiten nutzt, den zwischen den Unternehmen möglichen Wettbewerb im finanziellen Interesse seiner Beteiligungen einzuschränken.

Angesichts dieser vielfältigen wirtschaftlichen, rechtlichen sowie personellen Beziehungen müssen Medien Union und SWMH – und damit auch die mit ihnen verbundenen Unternehmen im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB – zumindest als verflochtene Unternehmen angesehen werden, deren Marktanteile auf Märkten, auf denen beide Unternehmen tätig sind, hinsichtlich der Frage der Marktbeherrschungsvermutung zusammen gewürdigt werden müssen.

c) Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung wegen hoher Marktzutrittsschranken

Bei der anzustellenden Gesamtwürdigung ist zudem zu berücksichtigen, dass ein Marktzutritt weiterer Wettbewerber auf dem relevanten Markt derzeit praktisch ausgeschlossen ist. Unternehmen, die in diesem Gebiet ein durch den Verkauf von Hörfunkwerbezeiten finanziertes Hörfunkprogramm ausstrahlen wollen, benötigen hierfür eine Lizenz der Landesanstalt für Kommunikation in Baden-Württemberg. Die derzeitige dritte Lizenzperiode hat eine Laufzeit bis zum 31.12.2010. Es ist davon auszugehen, dass die LfK innerhalb dieser Periode keine weiteren Hörfunksender, die als Wettbewerber in Betracht kämen, lizenziert, so dass weitere Marktzutritte nicht zu erwarten sind.

4. Abwägungsklausel

Die Beteiligten haben weder nachgewiesen noch ist ersichtlich, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 36 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GWB).

VI. Gebühren

[XXX]

VII. Rechtsmittelbelehrung

[XXX]

.....

Paetow

.....

Teschner

.....

Hauß