



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 39/05

Verkündet am:
7. November 2006
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk:ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Radio TON

GWB § 36 Abs. 2 Satz 2

1. Ob zwei Gesellschafter, die nur gemeinsam die für eine Beschlussfassung in der Gesellschaft erforderliche Mehrheit erreichen können, derart zusammenwirken, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben können, ist unter Würdigung der konkreten Interessen der beteiligten Gesellschafter und ihrer internen Aufgabenverteilung anhand einer umfassenden Prüfung des Einzelfalles zu bestimmen.
2. Ein Zusammenwirken wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass für den Fall von Meinungsverschiedenheiten in der Satzung des Unternehmens der Stichentscheid eines unabhängigen Dritten vorgesehen ist.

BGH, Beschluss vom 7. November 2006 - KVR 39/05 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 2006 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, die Vorsitzenden Richter Ball und Prof. Dr. Bornkamm sowie die Richter Dr. Raum und Dr. Strohn

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts wird der Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Oktober 2004 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 I. Die Beteiligte zu 1, die Radio TON-Regional Hörfunk GmbH & Co. KG, Heilbronn (im Folgenden: Radio TON-Regional) betreibt Hörfunk. Sie strahlt in den Sendebereich "L10-Franken" und über eine hundertprozentige Tochtergesellschaft in den Sendebereich "L9-Ost-Württemberg" Hörfunkprogramme unter der Bezeichnung "Radio TON" aus. An ihrer Mehrheitsgesellschafterin, der Privat-Radio T.O.N. (im Folgenden: Privat-Radio T.O.N.), halten die Radio TON Rundfunk GmbH (im Folgenden: Radio TON Rundfunk) und die MOIRA GmbH, die Beigeladene zu 5, jeweils Anteile in Höhe von 45,5%. Die restlichen Anteile in Höhe von 9% entfallen auf die Rhein-Neckar-Zeitung. Die MOIRA ist eine hundertprozentige Tochter der Beigeladenen zu 4, der Medien Union GmbH (im Folgenden: Medien Union). Die Beigelade-

ne zu 4 hält - ebenso wie die Gruppe Württembergische Verleger (im Folgenden: GWV) - 44,3% der Anteile an der Beigeladenen zu 6, der Südwestdeutschen Medien Holding GmbH, Stuttgart (im Folgenden: SWMH). Über weitere mittelbare Beteiligungen kontrolliert die SWMH die Antenne Radio GmbH & Co. KG, Stuttgart (im Folgenden: Antenne KG), die im Sendegebiet "L7 Neckar Alb" den Sender "Hit Radio Antenne 1" betreibt.

2 An der Radio TON Rundfunk ist die Fränkische Nachrichten GmbH, Tauberbischofsheim, zu 97,4% beteiligt, an der wiederum die Dr. Haas GmbH, Mannheim, Anteile in Höhe von 66,7% hält. Die Dr. Haas GmbH beherrscht über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft, die LR Lokal-Regionalfunk GmbH, Mannheim (im Folgenden: LR), deren hundertprozentige Tochtergesellschaft, die Beteiligte zu 3 (im Folgenden: Achalm). Die Achalm hält bislang 100% der Anteile an der Beteiligten zu 2, der "Lokalradio Services GmbH & Co. KG" (im Folgenden: Lokalradio Services), die im Sendegebiet "L7 Neckar Alb" den Sender "Radio Neckar Alb" betreibt.

3 Die Radio TON-Regional beabsichtigt aufgrund eines Beteiligungskaufvertrages, der unter der aufschiebenden Bedingung der kartellrechtlichen Freigabe steht, von der Achalm 49% der Kommanditanteile an der Lokalradio Services zu erwerben. Während die Landesanstalt für Kommunikation die Anteilsübertragung genehmigt hat, hat das Bundeskartellamt den Erwerb der Anteile untersagt. Das Bundeskartellamt hat die Untersagung darauf gestützt, dass die Medien Union mittelbar eine Mitkontrolle über den Sender "Radio Neckar Alb" erlangen würde. Sie verfüge an dem anderen auf dem Markt tätigen Sender "Hit Radio Antenne 1" über eine kontrollierende Beteiligung, weil sie gemeinsam mit der GWV die SWMH im Sinne des § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB beherrsche. Als Folge eines solchen Zusammenschlusses könnten die Medien Union dafür sorgen, dass sich die beiden im Sendegebiet "L7" Hörfunk betreibenden Unternehmen gegenseitig keinem Wettbewerb mehr aussetzen wür-

den. Selbst wenn man eine solche gemeinsame Kontrolle im Sinne des § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht annähme, entstünde aufgrund der zu berücksichtigenden gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen im Hinblick auf beide Sender eine marktbeherrschende Stellung der Medien Union.

4 Auf die Beschwerden der Beteiligten zu 1 bis 3 und der Beigeladenen zu 4 bis 6 hat das Oberlandesgericht die Untersagungsverfügung aufgehoben (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1413). Hiergegen wendet sich das Bundeskartellamt mit seiner - vom Bundesgerichtshof zugelassenen - Rechtsbeschwerde.

5 II. Die zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

6 1. Zutreffend hält das Beschwerdegericht die kartellrechtliche Überprüfung des geplanten Anteilserwerbs für eröffnet, obwohl die Landesanstalt für Kommunikation auf Grundlage des Mediengesetzes des Landes Baden-Württemberg den Zusammenschluss genehmigt hat. Das Kartellrecht verfolgt einen anderen Schutzzweck als die Landesmediengesetze. Es sichert den Erhalt wettbewerblicher Strukturen, während die Landesmediengesetze zur Gewährleistung der Meinungsvielfalt rundfunkrechtliche Regelungen enthalten. Insoweit stehen die landesmedien- und die kartellrechtlichen Anforderungen nebeneinander und werden durch die jeweils zuständigen Behörden in eigenständigen Verfahren überprüft (BGHZ 110, 371, 375 - Sportübertragungen).

7 2. Das Beschwerdegericht ist mit dem Bundeskartellamt davon ausgegangen, dass das Vorhaben die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 2 und des

§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB erfüllt. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht angegriffen.

- 8 3. Ohne Rechtsverstoß grenzt das Beschwerdegericht den relevanten Markt dadurch ab, dass es auf den lokalen Hörfunkwerbemarkt abstellt. Danach bildet das Sendegebiet "L7 Neckar Alb" den in räumlicher Hinsicht relevanten Markt. Das Beschwerdegericht geht - von den Parteien unwidersprochen - weiterhin zutreffend davon aus, dass auf diesem Markt die Sender "Hit Radio Antenne 1" und "Radio Neckar Alb" die einzigen bedeutsamen Anbieter sind. Soweit in diesem Gebiet noch andere Sender Programme ausstrahlen, können diese bei der Beurteilung der Marktverhältnisse außer Betracht bleiben. Sie bieten entweder - wie die öffentlich-rechtlichen Sender - keine regionale Werbemöglichkeit an und sind damit für lokale Werbetreibende uninteressant, oder sie wenden sich an eine ausschließlich jugendliche Zielgruppe.
- 9 4. Das Beschwerdegericht nimmt im Hinblick auf den beabsichtigten Anteils-erwerb im Sinne des § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB die Entstehung einer beherrschenden Stellung der Medien Union an dem Sender "Radio Neckar Alb" an. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht angegriffen. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet jedoch die Auffassung des Beschwerdegerichts, dass die Medien Union zusammen mit der GWV keine Kontrolle über die SWMH und damit auch nicht mittelbar über den Sender "Hit Radio Antenne 1" ausübe.
- 10 a) Nach Auffassung des Beschwerdegerichts kann die Medien Union nicht zugleich als beherrschendes Unternehmen bezüglich des Senders "Hit Radio Antenne 1" angesehen werden. Trotz der paritätischen Beteiligung der Medien Union und der GWV, die jeweils 44,3% der Anteile an der SWMH hielten, lasse sich nicht fest-

stellen, dass die beiden Hauptgesellschafter so zusammenwirkten, dass sie die SWMH und den von ihr beherrschten Sender "Hit Radio Antenne 1" gemeinsam kontrollieren könnten. Das Beschwerdegericht leitet dieses Ergebnis im Wesentlichen aus der gesellschaftsrechtlichen Struktur der SWMH ab. Eine gemeinsame Beherrschung sei nicht vereinbart und ergebe sich auch nicht aus den Umständen. Vielmehr sei die zwischengeschaltete SWMH so konstruiert, dass für den Konfliktfall durch ein - in der Praxis auch schon in Anspruch genommenes - Regelungssystem ein Mechanismus geschaffen worden sei, der auch Entscheidungen gegen einen der Hauptgesellschafter ermögliche. Deshalb könne gerade nicht von einem dauernden Interessenausgleich ausgegangen werden. Diese Beurteilung hinsichtlich des Senders "Hit Radio Antenne 1" hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

- 11 b) Das Beschwerdegericht geht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass Voraussetzung für die Annahme eines gemeinsamen beherrschenden Einflusses auf ein anderes Unternehmen im Sinne der "Mehrmütterklausel" des § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB eine auf dem Zusammenwirken der Hauptgesellschafter beruhende gesicherte gemeinsame Beherrschungsmöglichkeit ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwirklicht die paritätische Beteiligung und das damit verbundene Aufeinanderangewiesensein bei der Willensbildung für sich allein noch nicht den Beherrschungstatbestand (BGHZ 74, 359, 366 - WAZ). Die Beteiligten müssen vielmehr aufgrund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise so zusammenwirken, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Dazu reicht es typischerweise aus, wenn gleichgerichtete Interessen eine gemeinsame Unternehmenspolitik gewährleisten, denn dadurch ist regelmäßig sichergestellt, dass die paritätisch Beteiligten ihren Unternehmen gegenüber eine herrschende Einheit bilden (BGH, Beschl. v. 18.11.1986 - KVR 9/85, WuW/E 2337, 2339 - Hüssel-Mara). Die Entscheidung, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, kann nur unter Berücksichtigung des Einzelfalls getroffen werden. Bei ihrer Feststellung und Würdigung muss insbesonde-

re der für die Fusionskontrolle wesentliche Gesichtspunkt einbezogen werden, ob der gemeinsame Einfluss auf das Wettbewerbspotenzial des abhängigen Unternehmens die Möglichkeit gibt, die eigenen Wettbewerbsinteressen im Verhältnis zueinander und gegenüber dem abhängigen Unternehmen abzustimmen und durchzusetzen (BGH aaO). Dabei hat sich diese Prüfung an dem jeweiligen Zusammenschlussvorhaben zu orientieren. Es ist deshalb nicht allein entscheidend, wie die paritätisch beteiligten Gesellschafter das Verhalten allgemein ausgerichtet haben, sondern in erster Linie, wie sie im Blick auf den von der Fusionskontrolle sachlich betroffenen Geschäftsbereich die maßgeblichen Entscheidungen treffen.

- 12 c) Diesen Anforderungen wird die Würdigung des Beschwerdegerichts nicht gerecht. Das Beschwerdegericht, das die tatsächlichen Entscheidungsvorgänge innerhalb der SWMH nur unzureichend geprüft hat, hat nicht erörtert, ob und gegebenenfalls wie die beiden Hauptgesellschafter in der Führung der SWMH zusammenwirken. Es stellt vielmehr ganz wesentlich darauf ab, dass der Gesellschaftsvertrag, der für wesentliche Fragen eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung vorsieht, letztlich die Möglichkeit eröffnet, dass sich einer der beiden Hauptgesellschafter durchsetzt. Zwar verlangt der Gesellschaftsvertrag eine Zweidrittelmehrheit, er sieht aber über den "erweiterten Aufsichtsrat" den Weg einer streitigen Entscheidung vor. Danach können beide Hauptgesellschafter insgesamt drei Außenstehende wählen, wobei im Falle eines Dissenses der Dritte durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Stuttgart benannt wird. Damit besteht zwar ein Konfliktregelungsmechanismus, der es einer Seite ermöglicht, mit Hilfe eines unabhängigen Dritten schließlich zu obsiegen. Dieser Weg ist in der Praxis jedoch derartig aufwendig und im Hinblick auf das Arbeitsklima innerhalb der Gesellschaft derart problembelastet, dass dem Bestehen eines solchen Konfliktregelungsmechanismus nicht ein so großes Gewicht beigemessen werden kann, wie es das Oberlandesgericht tut. Gerade wegen möglicher Probleme dieses Konfliktregelungsmechanismus werden die beiden

Hauptgesellschafter bemüht sein, die wesentlichen Entscheidungen im gegenseitigen Einvernehmen zu treffen, um einen Stichtscheid zu vermeiden.

13 Ein Konfliktregelungsmechanismus in Form eines Stichtscheids schließt den Willen der Hauptgesellschafter zu einer gemeinsamen Beherrschung ebenso wenig aus wie der Umstand, dass dieser Weg nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts tatsächlich in einem Fall beschritten wurde. Insoweit mag es sich um einen besonders gelagerten Ausnahmefall gehandelt haben, der für sich genommen noch nicht entscheidend dagegen spricht, dass der gesellschaftsrechtliche Rahmen auf eine konsensuale Führung der Gesellschaft ausgerichtet ist. Die Zustimmung zu Maßnahmen der Geschäftsführung ist an eine Zweidrittelmehrheit gebunden, was grundsätzlich zur Folge hat, dass keiner der beiden Hauptgesellschafter überstimmt werden kann. Ebenso ist der Aufsichtsrat paritätisch besetzt. Für den Willen der Gesellschafter, die SWMH langfristig im gegenseitigen Einvernehmen zu führen, spricht schließlich auch die gesellschaftsvertragliche Regelung, wonach das Beteiligungsverhältnis der Hauptgesellschafter untereinander nach Möglichkeit erhalten bleiben soll.

14 d) Die bisher getroffenen Feststellungen reichen nicht aus, um beurteilen zu können, ob die Medien Union und die GWV so zusammenwirken, dass eine gemeinsame Beherrschung der SWMH durch sie im Sinne des § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB vorliegt. Eine erneute tatrichterliche Prüfung wird insbesondere die tatsächlichen Verhältnisse innerhalb der SWMH in den Blick nehmen müssen. Entscheidend ist, ob die beiden Hauptgesellschafter Verhaltensformen entwickelt haben, die ein Zusammenwirken nahe legen. Eine wesentliche Bedeutung kommt der Interessenlage zu, die die beiden Hauptgesellschafter der SWMH verbindet. Liegt der Schwerpunkt ihrer Beteiligung auf dem operativen Geschäft, wird faktisch ein höherer Abstimmungsbedarf bestehen als bei einer eher auf eine Kapitalanlage gerichteten Beteiligung. Wei-

terhin spielen die Geschäftsfelder eine wesentliche Rolle, auf denen die SWMH - gegebenenfalls durch Tochtergesellschaften - tätig ist. So wird aufzuklären sein, ob die GWV oder deren Mitglieder im Bereich des lokalen privaten Hörfunks eigenständige Geschäftsinteressen verfolgen.

15 5. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Das Beschwerdegericht stützt die Aufhebung der Untersagung zusätzlich darauf, dass die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB nicht vorlägen, weil der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung weder begründete noch verstärkte. Auch dies begegnet durchgreifenden Bedenken.

16 Die Entscheidung des Beschwerdegerichts kann insoweit keinen Bestand haben, weil es einen Erfahrungssatz außer Betracht gelassen hat. Wie der Senat bereits entschieden hat, entspricht es wirtschaftlicher Erfahrung, dass ein Kaufmann sich nicht selbst durch wesentlichen Wettbewerb schädigt (BGH, Beschl. v. 22.9.1987 - KVR 5/86, WuW/E 2433, 2440 - Gruner + Jahr/Zeit II). Deshalb besteht Grund zur Annahme, dass sich der Einfluss der Medien Union auf beide Sender dahin auswirken würde, dass jedenfalls kein wesentlicher Wettbewerb mehr stattfände. Eine wettbewerbsdämpfende Auswirkung kann sowohl darin bestehen, dass die Programmgestaltung zwischen den Sendern auf unterschiedliche Zielgruppen abgestimmt wird, als auch in einem Hochhalten der Preise für das Schalten von Rundfunkwerbung. Zwar wird die Medien Union dies nicht in beiden Sendern allein durchsetzen können. Jedoch besteht die Gefahr, dass eine solche Wettbewerbseinschränkung durch den doppelt beteiligten Gesellschafter koordiniert werden könnte, zumal wenn sie im wirtschaftlichen Interesse des anderen Gesellschafters läge.

17 Bei der Prüfung, ob der Medien Union durch den Zusammenschluss eine überragende Marktstellung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zuzuwachsen hätte der

oben genannte Erfahrungssatz bei der Würdigung der Verflechtung als beherrschungsbegründender Umstand berücksichtigt werden müssen. Dies gilt im Übrigen unabhängig davon, ob die Medien Union im Hinblick auf den Sender "Hit Radio Antenne 1" als beherrschendes Unternehmen im Sinne des § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB anzusehen wäre. Allein ihre erhebliche Beteiligung an der diesen Sender mittelbar kontrollierenden SWMH kann vor dem Hintergrund dieses Erfahrungssatzes eine Verflechtung im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB darstellen, die zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Medien Union führen kann. Die Beteiligten werden im wieder eröffneten Beschwerdeverfahren Gelegenheit haben, zu diesem Erfahrungssatz im Blick auf den relevanten Markt und die konkreten wettbewerblichen Verhältnisse Stellung zu nehmen (vgl. BGHZ 2, 82, 84 ff.).

Hirsch

Ball

Bornkamm

Raum

Strohn

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 06.10.2004 - VI - Kart 14/04 (V) -