
Datum: 22.01.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-Kart 38/01 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:0122.VI.KART38.01V.00

Tenor:

I. Es wird festgestellt, dass der Beschluss des Bundeskartellamts vom 15. August 2001 (B 6 – 92202 – TX – 127/99) bis zu der übereinstimmenden Erledigungserklärung vom 4. Dezember 2002 in vollem Umfang begründet war.

II. Die Beteiligte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen, die dem Antragsgegner im Beschwerdeverfahren entstanden sind.

III. Der Beschwerdewert wird auf 100.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Beteiligte - eine Kommanditgesellschaft, der als Kommanditisten zahlreiche Hörfunksender und zu Werbekombinationen zusammengeschlossene Hörfunksender angehören - verkauft auf der Grundlage von Geschäftsbesorgungsverträgen die Hörfunkwerbezeiten ihrer Kommanditisten und weiterer Hörfunksender an Werbekunden. Sie wird dabei als Kommissionär, d.h. im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung tätig. Nach dem Inhalt der Geschäftsbesorgungsverträge obliegt der Beteiligten zum einen der Verkauf der Hörfunkwerbezeiten der Hörfunksender. Dieser kann sowohl im Wege einer Vermarktung der Werbezeiten einzelner Hörfunksender oder Werbekombinationen als auch in großräumigen Werbekombis erfolgen, die die Beteiligte aus den Werbezeiten mehrerer

1

2

3

Hörfunksender zusammenstellt. Die Beteiligte wird im Rahmen der Geschäftsbesorgungsverträge darüber hinaus mit der Abwicklung (Disposition, Rechnungstellung, Mahnwesen, Inkasso) der Werbeanzeigenaufträge betraut. Die gesamte Tätigkeit der Beteiligten bezieht sich nach den Verträgen dabei in der Regel auf nationale Werbekunden. Damit sind solche Werbekunden gemeint, die bundesweit, zumindest aber flächendeckend in drei Bundesländern Werbekampagnen in mindestens einem der klassischen Medien (TV, Hörfunk, Publikumszeitschrift, Tageszeitschrift) durchführen und/oder mit dem beworbenen Produkt vertreten sind. Für ihr Tätigwerden erhält die Beteiligte von Kommanditisten eine Aufwandsentschädigung, von Nichtgesellschaftern einen jährlichen Sockelbetrag von 210.000 DM (= 107.371,29 €) und eine 7 %ige Umsatzprovision. Wegen der weiteren Einzelheiten der Vertragsgestaltung wird (beispielhaft) auf die als Anlagen B 3 bis B 4.4 und Bf 5 vorgelegten Geschäftsbesorgungsverträge Bezug genommen.

Die "... Radio A..., W..." ist die Betriebsgesellschaft für den Lokalhörfunk im Bereich der Stadt A...; die "... A... A..., W..." ist die Betriebsgesellschaft für den Lokalhörfunk des Landkreises A... (nachfolgend: A... Sender). In der Vergangenheit strahlten die A... Sender ein eigenes mehrstündiges Hörfunkprogramm aus; für die restliche (überwiegende) Sendezeit bezogen sie ein Rahmenprogramm von der "r..., O..." (nachfolgend: r... NRW). Die "r... NRW" vermarktete für die A... Sender darüber hinaus auch deren Werbezeit an nationale Werbekunden in Nordrhein-Westfalen. "r... NRW" erstellt und liefert nicht nur ein Rahmenprogramm, sondern verkauft - und zwar über die Beteiligte - für die Abnehmer des Rahmenprogramms in Nordrhein-Westfalen auch deren Werbezeit. Jene verpflichten sich, der "r... NRW" innerhalb eines bestimmten Tageszeitraums etwa fünf Werbeminuten stündlich für Hörfunkwerbesendungen zur Verfügung zu stellen. 4

Ab Juni 1999 haben die A... Sender ein eigenes 24-stündiges Hörfunkprogramm erstellt und ausgestrahlt und die Vertragsbeziehung zu "r... NRW" beendet. Seither haben sie nur noch eine sehr eingeschränkte Möglichkeit, ihre Werbezeit an nationale Werbekunden zu verkaufen. Lediglich acht nationale Werbekunden haben sich zu Direktbuchungen bei den A... Sendern bereit gefunden. Maßgebend dafür ist vor allem die Tatsache, dass der Preis pro Tausend Hörerkontakte (nachfolgend: TKP) bei einer Werbekombination, die das ganze Bundesgebiet abdeckt oder zumindest überregional ausgestrahlt wird, deutlich niedriger ist als der TKP bei einer Einzelbelegung über lokale Hörfunksender. Die Buchung von Werbezeit bei einer Vielzahl von Lokalhörfunksendern ist deshalb für Kunden, die an einer überregionalen oder nationalen Werbung interessiert sind, in aller Regel nicht wirtschaftlich; sie kommt im Allgemeinen nur dann in Betracht, wenn der Werbekunde auf das Sendegebiet des betreffenden Lokalsenders nicht verzichten will und er dieses Gebiet anders als durch eine Direktbuchung beim Lokalsender nicht abdecken kann. 5

Das Begehren der A... Sender, ihre Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden auch ohne einen Bezug des Rahmenprogramms zu vermarkten, hat "r... NRW" zurückgewiesen. Zur Begründung hat es darauf hingewiesen, aus dem einheitlichen, auf Effizienz und Akzeptanz ausgerichteten Programm-, Marketing- und Vermarktungskonzept könnten nicht einzelne Elemente ausgewählt werden. 6

Einzige Anbieterin von Hörfunkwerbezeiten mit bundesweiter Verbreitung sind die Beteiligte und die - zur "A... der öffentlich-rechtlichen R... der Bundesrepublik Deutschland (...)" gehörende - "S... & S...". Die Beteiligte verfügt über einen Marktanteil von mehr als .. %, die "S... & S..." über einen Marktanteil von (deutlich) unter .. %. Letztere vermarktet hauptsächlich Hörfunkwerbezeiten der A...-Anstalten; nur nebenher verkauft sie die Werbezeiten einiger privater Hörfunksender. 7

Sowohl die "S... & S..." als auch die Beteiligte haben das Anliegen der A... Sender um nationale Vermarktung ihrer Werbezeit abgelehnt. Die "S... & S..." hat zur Begründung angeführt, dass die A...-Werbung das A... Gebiet bereits abdecke. Die Beteiligte hat sich zur Rechtfertigung darauf berufen, dass sie - von Einzelfällen abgesehen - keine lokalen Hörfunksender mit geringer Reichweite oder ohne Reichweitzuwachspotenzial vermarkte, und dass die A... Sender gerade zu solchen Zwergsendern zählten. Im übrigen hat sie auf die Möglichkeit der A... Sender verwiesen, ihre Werbezeit unter Zwischenschaltung von "r... NRW" vermarkten zu lassen. 8

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 15. August 2001 hat das Bundeskartellamt der Beteiligten - sofort vollziehbar - untersagt, sich zu weigern, Hörfunkwerbezeiten der A... Sender, die in den Vermarktungszeitraum ab dem 1. Januar 2002 fallen, an nationale Werbekunden zu vermarkten. Es hat seine Untersagungsverfügung auf § 20 Abs. 1 und 2 GWB gestützt und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt: Relevanter Markt sei in sachlicher Hinsicht der Angebotsmarkt für die Vermarktung von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden für die Hörfunksender. Auf diesem Markt sei die Beteiligte marktbeherrschend, weil sie durch den einzigen Wettbewerber "S... & S..." keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sei (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Die Beteiligte sei auf dem genannten Markt zudem marktstark; denn den A... Sendern als kleine oder mittlere Unternehmen stehe keine ausreichende und zumutbare Möglichkeit offen, sich die für ihren wirtschaftlichen Fortbestand wichtigen Vermarktungsdienste von dritter Seite zu beschaffen. Sowohl "r... NRW" als auch "S... & S..." seien keine zumutbaren Belieferungsalternativen. Die Weigerung der Beteiligten, die Hörfunkwerbezeit der A... Sender an nationale Werbekunden zu vermarkten, stelle eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung - und zugleich auch eine unbillige Behinderung - der A... Sender (§ 20 Abs. 1 und 2 GWB) dar. Im Vergleich zu den von ihr (der Beteiligten) vermarkteten Hörfunksendern bestehe keine hinreichende sachliche Rechtfertigung, die A... Sender von der "Belieferung" auszuschließen. Die Vermarktung der A... Sender sei für die Beteiligte nicht mit spürbaren Nachteilen verbunden, weil die zu erwartenden geringfügigen Kostensteigerungen durch den zu zahlenden Sockelbetrag und die Umsatzprovision kompensiert würden. Auf der anderen Seite erziele die Beteiligte durch die Vermarktung einen Nutzen, weil mit dem Sendegebiet der A... Sender eine bislang vorhandene Lücke in ihrem Vermarktungsgebiet geschlossen werde. Mit Rücksicht auf diese Lückenschließung sei auch der von der Beteiligten angeführte Dominoeffekt, dass sich zahlreiche andere Lokalfunksender dem Begehren der A... Sender anschließen und ebenfalls um eine Vermarktung ihrer Werbezeit bitten werden, nicht zu befürchten. 9

Dagegen wendet sich die Beteiligte mit ihrer Beschwerde, die sie im Wesentlichen wie folgt rechtfertigt: 10

Sie (die Beteiligte) werde den Hörfunksendern gegenüber nicht als Anbieterin von Vermarktungsdienstleistungen, sondern als Nachfragerin von Hörfunkwerbezeiten tätig. Durch die Bündelung und Sortierung von Werbezeit zur Bildung ihrer Werbekombinationen schaffe sie eigenständige Produkte; für diese frage sie Hörfunkwerbezeit bei den Sendern nach. 11

Fehlerhaft sei überdies die Begrenzung auf nationale Werbekunden. Der vom Bundeskartellamt für die fehlende funktionelle Austauschbarkeit zwischen nationaler und regionaler Hörfunkwerbung herangezogene erhebliche Unterschied beim TKP sei nicht Ausdruck verschiedener sachlicher Märkte, sondern das Ergebnis der stärkeren Verhandlungsposition der Sender gegenüber regional werbetreibenden Unternehmen. Jene 12

könnten nämlich in aller Regel nicht auf einen anderen Lokalsender ausweichen, während es den an einer nationalen Werbung interessierten Kunden möglich sei, notfalls auf die Abdeckung einer bestimmten regionalen Fläche zu verzichten. Gegen die Marktabgrenzung spreche zudem indiziell, dass die A... Sender von einigen nationalen Werbekunden direkt gebucht worden seien.

Zu Unrecht habe das Bundeskartellamt auch eine Diskriminierung der A... Sender angenommen. Sie (die Beteiligte) sei schon aus Rechtsgründen nicht dazu in der Lage, die Hörfunkwerbezeit der A... Sender zu vermarkten. Nach § 2 Ziffer 4 b) des Geschäftsbesorgungsvertrages vom 22. September 1993 (Anlage B 3) stehe jedem ihrer Kommanditisten gegen die Bildung neuer Werbekombinationen ein Vetorecht zu, das nur durch den Beschluss der Gesellschafterversammlung überwunden werden könne. § 4 Ziffer 1 Satz 1 des genannten Geschäftsbesorgungsvertrages sehe überdies vor, dass die Gewährung und Höhe des Kombinationsrabatts einer einvernehmlichen Regelung der beteiligten Sender bedürfe. Nach § 1 Ziffer 4 der Vereinbarung vom 30. Juli 2000 mit denjenigen Hörfunksendern, die zusammen die "R... W... K..." bilden (Anlage Bf. 7), bedürfe schließlich die Aufnahme neuer Sender in diese Kombination der Zustimmung aller "R... W... K..."-Sender. 13

Zudem fehle es auch an einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der A... Sender. Sie (die Beteiligte) vermarkte direkt nur solche lokalen Hörfunksender, für die dauerhaft eine Hörerreichweite von mindestens 40.000 Hörern zu erwarten sei. Dieses Kriterium werde von den A... Sendern nicht erfüllt. Zwar weise die Erhebung der "A... M...-A... e.V." für 2002 eine Reichweite der A... Sender von mehr als 40.000 Hörern aus; diese Zahlen würden jedoch durch die Angaben der "E... NRW 2002", die für die A... Sender lediglich eine Hörerreichweite von 27.000 Hörern ausweise, in Zweifel gezogen. Es komme hinzu, dass - wozu die Beschwerde näher ausführt - die A... Sender nichts zur Verbesserung ihres (der Beteiligten) Vermarktungsangebots beitragen könnten und im Gegenteil die Attraktivität ihrer bisherigen Werbekombinationen eher verwässern würden. Es bestehe des weiteren die Gefahr, dass zahlreiche Werbekunden nicht bereit seien, die Abdeckung des A... Raums durch ein entsprechend - d.h. um die Zuhörerzahl der A... Sender erhöhten TKP - angehobenes Entgelt zu honorieren. Vor diesem Hintergrund könne sich bei einer Aufnahme der A... Sender in die Vermarktung die Notwendigkeit ergeben, den geltenden TKP zu senken; dies schmälere die Einnahmen der bisher in der Vermarktung befindlichen Sender und mindere mittelbar auch die Attraktivität ihres eigenen Vermarktungsangebots. 14

Schließlich sei die Untersagungsverfügung auch deshalb rechtswidrig, weil sie zu einer "Belieferung" verpflichte und damit unzulässigerweise die Möglichkeit abschneide, die angenommene Diskriminierung der A... Sender dadurch zu beenden, dass die Vermarktung der Werbezeit für die Vergleichssender eingestellt werden. Darüber hinaus enthalte die Verfügung in ihrem Begründungsteil unzulässige Vorgaben zu dem Rahmenbedingungen, unter denen die Hörfunkwerbezeit der A... Sender zu vermarkten sei. Das betreffe insbesondere die Vorgabe, die beiden Sender in einer Kombination zu vermarkten und die jährliche Dienstleistungspauschale nur einmal zu verlangen. 15

Über das Vermögen der A... Sender ist im Verlauf des Beschwerdeverfahrens das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beigeladene zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Das Bundeskartellamt hat daraufhin erklärt, keine Rechte aus der Untersagungsverfügung (ausgenommen den Kostenausspruch) mehr herleiten zu wollen. Die Beteiligte hat daraufhin im Senatstermin am 4. Dezember 2002 das Beschwerdeverfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt; das Bundeskartellamt hat sich der Erledigungserklärung angeschlossen. 16

Es begehrt nunmehr die gerichtliche Klärung der Rechtmäßigkeit seiner angefochtenen Verfügung und beantragt,	17
festzustellen, dass die angefochtene Verfügung vom 15. August 2001 bis zum Zeitpunkt ihrer Erledigung in vollem Umfang begründet gewesen ist.	18
Die Beteiligte beantragt,	19
den Antrag zurückzuweisen.	20
Zur Rechtfertigung verweist sie auf ihr Beschwerdevorbringen.	21
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der angefochtenen Verfügung, die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Verfahrensakten des Bundeskartellamts Bezug genommen.	22
II.	23
Nachdem sich die angefochtene Untersagungsverfügung durch die im Verhandlungstermin des Senats übereinstimmende Erklärung der Beteiligten und des Antragsgegners erledigt hat (vgl. BGH, WuW/E BGH 1367, 1368 – <i>Zementverkaufsstelle Niedersachsen</i> ; Karsten Schmidt in Imenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 3. Aufl., § 71 Rdz. 22 m.w.N.; Bechtold, Kommentar zum GWB, 3. Aufl., § 71 Rdz. 7), ist nur noch über das Begehren des Bundeskartellamts zu befinden, die Rechtmäßigkeit der mit der Beschwerde angegriffenen Verfügung festzustellen. Der Feststellungsantrag hat Erfolg.	24
<u>A.</u> Das Feststellungsbegehren ist zulässig. Es findet seine Grundlage in § 71 Abs. 3 GWB. Danach spricht dann, wenn sich die streitbefangene Untersagungsverfügung erledigt hat, das Beschwerdegericht auf Antrag aus, ob, in welchem Umfang und bis zu welchem Zeitpunkt die Verfügung begründet gewesen ist.	25
Entgegen der Ansicht der Beteiligten kann das Bundeskartellamt ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung geltend machen (vgl. dazu allgemein: BGH, WuW/E BGH 3021, 3025 – <i>Stadtgaspreise</i> ; Karsten Schmidt, a.a.O. Rdz. 30 m.w.N.).	26
1. Dabei kann es auf sich beruhen, ob sich das Feststellungsinteresse bereits mit dem Aspekt der Wiederholungsgefahr begründen lässt. Das Bundeskartellamt meint, die Klärung der Frage, ob die angefochtene Verfügung rechtmäßig gewesen sei, habe Relevanz für sein zukünftiges Verhalten. Werde der Betrieb der beiden A... Sender durch ein anderes Unternehmen oder eine neu zu gründende Betriebsgesellschaft fortgeführt, stelle sich die Frage nach der Pflicht der Beteiligten, die Hörfunkwerbezeit dieser Sender an nationale Werbekunden zu vermarkten, erneut.	27
Dieser Überlegung ist im Ansatz zuzustimmen. Gleichwohl bestehen Bedenken, ob sich mit ihr ein Feststellungsinteresse des Bundeskartellamts begründen lässt. Beide A... Sender befinden sich in Insolvenz; ihr Sendebetrieb wird derzeit nur einstweilen vom Insolvenzverwalter fortgeführt. Ob, in welcher Form und von welchem Unternehmen der Betrieb der beiden Lokalsender auf Dauer fortgesetzt werden wird, ist nach dem bisherigen Sachstand völlig offen. Unter diesen Umständen erscheint es zweifelhaft, ob das Bundeskartellamt aus dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr ein berechtigtes Interesse geltend machen kann, die - in ihrer Begründung auf die insolventen A... Sender zugeschnittene - Untersagungsverfügung gerichtlich überprüfen zu lassen.	28

2. Letztlich kann dies allerdings dahinstehen. Das Feststellungsinteresse des Bundeskartellamts ergibt sich jedenfalls aus dem Umstand, dass die begehrte Feststellung Bedeutung für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der A... Sender hat.

Es ist anerkannt, dass sich das Feststellungsinteresse des Bundeskartellamts auch daraus ergeben kann, dass die gerichtlich festgestellte Rechtmäßigkeit der angefochtenen Untersagungsverfügung Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen des durch die angefochtene Verfügung begünstigten Unternehmens nach §§ 33, 19, 20 GWB ist (vgl. BGH, NJW 1996, 193, 194/195; Karsten Schmidt, a.a.O. Rdz. 34 a). Auf diesen Gesichtspunkt kann sich das Bundeskartellamt auch im Streitfall stützen. Der beigeladene Insolvenzverwalter der beiden A... Sender hat mit Schriftsatz vom 22. November 2002 (dort Seite 4, GA 321) angekündigt, die Beteiligte auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, wenn das operative Geschäft der Lokalsender eingestellt werden muss. Er hat das Schadensersatzverlangen nachvollziehbar mit dem Vorwurf begründet, die Beteiligte habe die Vermarktung der Hörfunkwerbezeiten der A... Sender zunächst nicht nach Maßgabe der angefochtenen Untersagungsverfügung durchgeführt. Bei der Präsentation des Tarifs "R... W... K..." im Internet habe die Beteiligte beispielsweise durch die Aussage "*Die R... W... K... ist das Angebot zur vollständigen Abdeckung Westdeutschlands der R...*" (Anlage 1 Blatt 3, GA 189) fahrlässig den unzutreffenden Eindruck erweckt, bereits der Tarif "R... W... K..." - und nicht, wie es tatsächlich der Fall ist, nur der in Befolgung der angefochtenen Verfügung geschaffene Tarif "R... W... K... P..." - erreiche eine lückenlose Abdeckung des westdeutschen Gebiets. Dadurch seien zahlreiche Werbekunden von einer Buchung des Tarifs "R... W... K... P..." abgehalten und den A... Sendern sei Schaden zugefügt worden. Die Beteiligte hat insoweit eine fahrlässige Fehlinformation ihrer Werbekunden auch eingeräumt (vgl. Seite 5 des Schriftsatzes vom 8. Oktober 2002, GA 239). Sie kann mithin gemäß § 33 Satz 1 2. Alt. GWB - wonach der schuldhafte Verstoß gegen eine zum Schutz eines Dritten erlassene Verfügung der Kartellbehörde die Verpflichtung zum Schadensersatz auslöst – den A... Sendern dem Grunde nach zum Schadensersatz verpflichtet sein. Voraussetzung ist allerdings, dass die angefochtene Untersagungsverfügung zu Recht ergangen ist und dies gerichtlich festgestellt wird. Dass die Verfügung für sofort vollziehbar erklärt worden ist und deshalb von der Beteiligten schon vor Eintritt ihrer Bestandskraft zu beachten war, reicht für sich alleine zur Rechtfertigung einer Schadensersatzhaftung nach § 33 GWB nicht aus. Ebensowenig genügt die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung als solche. Wird - wie hier - die Schutzverfügung der Kartellbehörde von den Beteiligten übereinstimmend für erledigt erklärt, verliert sie in jeder Hinsicht ihre Wirksamkeit. Eine Haftung nach § 33 Satz 1 2. Alt. GWB kommt nur dann in Betracht, wenn die Rechtmäßigkeit der erledigten Verfügung gerichtlich festgestellt wird (vgl. Karsten Schmidt, a.a.O. § 33 Rdz. 35). Daraus leitet sich umgekehrt das berechnete Interesse ab, gemäß § 71 Abs. 3 GWB die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung gerichtlich klären zu lassen.

Der Einwand der Beteiligten, Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sei lediglich die Verbotsverfügung als solche und nicht auch eine etwaige Zuwiderhandlung, ist in diesem Kontext nicht stichhaltig. Denn er lässt die dargestellten rechtlichen Zusammenhänge außer Betracht.

B. Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts war bis zum Zeitpunkt ihrer Erledigung am 4. Dezember 2002 rechtmäßig. Sie findet ihre Grundlage in § 20 Abs. 1 GWB. Danach dürfen marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig

behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

Zutreffend hat das Bundeskartellamt die Eingriffsvoraussetzungen im Entscheidungsfall bejaht und angenommen, dass die Beteiligte durch ihre Weigerung, die Hörfunkwerbezeiten der beiden A... Sender an nationale Werbekunden zu vermarkten, gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen hat. Es liegt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der beiden A... Sender vor. 33

1. Relevanter Markt ist in sachlicher Hinsicht der Angebotsmarkt für Dienstleistungen an Hörfunksender zur Vermarktung von Hörfunkwerbezeiten an nationale Werbekunden. 34

a) Die Beteiligte wird den Hörfunksendern gegenüber als Anbieterin von Vermarktungsdienstleistungen und nicht - wie die Beschwerde meint - als Nachfragerin von Hörfunkwerbezeiten tätig. 35

aa) Das ergibt sich bereits aus § 2 des Gesellschaftsvertrages der Beteiligten (Anlage B 1, Bl. 151 ff. der Akten). Darin heißt es zum Unternehmensgegenstand der Beteiligten: 36

"Gegenstand des Unternehmens sind der Werbezeitenverkauf für Hörfunk und Fernsehen, die Abwicklung der Werbezeitaufträge sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte (Unterstreichung hinzugefügt)." 37

Unmissverständlich ergibt sich die Anbieterfunktion der Beteiligten überdies aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag, den sie mit ihren Kommanditisten abgeschlossen hat (Anlage B 3, Bl. 195 ff. der Akten). Schon der Begriff der "Geschäftsbesorgung" indiziert die Anbieterfunktion der Beteiligten und spricht gegen eine Nachfragetätigkeit. Daneben weisen auch die folgenden Vertragsbestimmungen darauf hin, dass die Beteiligte bei den Hörfunksendern keine Werbezeit nachfragt, sondern ihnen die Vermarktung ihrer Werbezeit als Dienstleistung anbietet: 38

§ 1 39

Rechtsnatur der Zusammenarbeit 40

R... übernimmt den Vertrieb von Werbezeiten und damit zusammenhängende Geschäfte für die Sender im Wege der Geschäftsbesorgung im eigenen Namen, jedoch für Rechnung der jeweils beteiligten Sender 41

§ 3 42

Gegenstand der Geschäftsbesorgung 43

1. R... übernimmt im Rahmen des Vertrages für die Sender 44

a. die Akquisition 45

- der F... K... N...-Aufträge für die FKN-Hörfunksender, 46
- der R... K...-Aufträge für alle daran beteiligten Hörfunksender,
- der Werbezeitaufträge für

b. die gesamte Abwicklung aller akquirierten Aufträge, d.h. 47

48

- die Disposition,
 - die Rechnungslegung und
 - das Inkasso gegenüber den Kunden;
- c. *die Beratung bei Marketing- und Werbemaßnahmen sowie bei regionaler Marktforschung in angemessenem Umfang, die gemeinsame Werbung, die Erstellung von R...-Tarifen, -Mailings, -Media-Service etc."* 49

Schließlich sieht § 5 des Geschäftsbesorgungsvertrages die Verpflichtung der Sender vor, an die Beteiligte eine Aufwandsentschädigung zu zahlen. Auch das ist nur plausibel, wenn die Beteiligte (Vermarktungs-)Dienstleistungen anbietet und nicht bloß Hörfunkwerbezeit nachfragt. 50

Vergleichbare Rechte und Pflichten der Beteiligten sieht im übrigen auch die Vereinbarung vor, welche die Beteiligte in Befolgung der angefochtenen Verfügung den beiden A... Sendern zum Abschluss angeboten hat (Anlage Bf. 5). Auch darin übernimmt die Beteiligte die Erbringung entgeltlicher Vermarktungsdienstleistungen, namentlich den Verkauf von Werbezeiten, die Aquisition neuer Werbekunden und die Kundenbetreuung (vgl. § 1 Ziffer (1) und (2) des Vertragsentwurfs). 51

bb) Die Beschwerde hält dem entgegen, dass sich die Beteiligte bei den Kombiangeboten nicht nur auf eine Vermarktung der Werbezeiten für die Hörfunksender beschränke, sondern durch die Bündelung und Sortierung von Werbezeit eigenständige Produkte schaffe, für welche sie Hörfunkwerbezeit bei den Sendern nachfrage. Der Einwand ist nicht stichhaltig. Er betrifft in allererster Linie das Verhältnis der Beteiligten zu den Werbekunden beim Angebot von Hörfunkwerbezeit im eigenen Namen. Es lässt die Feststellung unberührt, dass sich die Beteiligte nicht nur die für jenes Angebot benötigte Werbezeit bei den Hörfunksendern beschafft, sondern sie den Sendern darüber hinaus Vermarktungsdienste erbringt. 52

b) Der sachlich relevante Markt beschränkt sich auf die Vermarktungsdienste zur Vermittlung von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden. Damit sind solche Werbekunden gemeint, die Werbekampagnen entweder flächendeckend für das gesamte Bundesgebiet oder zumindest für das Gebiet von mindestens drei Bundesländern wünschen und durchführen. 53

aa) Das Bundeskartellamt hat zu dem nachgelagerten Markt der Nachfrage von Hörfunkwerbezeiten unangegriffen festgestellt, dass der TKP bei einer Einzelbelegung über lokale Hörfunksender ein mehrfaches desjenigen Preises beträgt, der bei der Belegung eines Tarifs für eine national verbreitete Ausstrahlung zu zahlen ist. Nach den eigenen Angaben der Beteiligten ist der TKP in Nordrhein-Westfalen auf lokaler Ebene drei mal so hoch wie bei der nationalen Vermarktung. Diesen erheblichen Preisunterschied zieht auch die Beschwerde nicht in Zweifel (vgl. Seite 10 der Beschwerdebegründung, GA 117). Mit Rücksicht auf die bestehende Preisdifferenz ist für den Werbekunden, der Hörfunkwerbezeit für eine nationale Ausstrahlung nachfragt, eine nationale Hörfunkwerbung nicht austauschbar mit der Bündelung lokaler oder regionaler Hörfunkwerbung. Umgekehrt ist für Kunden, die eine regional begrenzte Hörfunkwerbung wünschen, die nationale Hörfunkwerbung wegen ihres absolut deutlich höheren Preises gegenüber der gezielt nachgefragten lokalen Werbung nicht austauschbar mit der regionalen Hörfunkwerbung. Daraus hat das Bundeskartellamt zutreffend auch für den vorgelagerten Markt der Erbringung von Vermarktungsleistungen eine fehlende funktionelle Austauschbarkeit abgeleitet. Sie resultiert unmittelbar aus den dargestellten Verhältnissen auf dem Nachfragemarkt für Hörfunkwerbezeiten. Fragen Kunden, die an einer nationalen Verbreitung ihrer Werbung interessiert sind, nur eine nationale Hörfunkwerbung nach, sind solche Kunden auch für die Hörfunksender nur über 54

einen Anbieter von Vermarktungsleistungen an nationale Werbekunden erreichbar. Auch aus der Sicht der Hörfunksender, die ihre Werbezeit vermarkten lassen wollen, ist deshalb ein Dienstleister mit Zugang zu nationalen Kunden nicht funktionell austauschbar mit einem solchen Dienstleister, der nur an einer lokalen oder regionalen Hörfunkwerbung interessierte Kunden vertritt.

Darin fügt sich im übrigen ein, dass die Beteiligte in ihren Geschäftsbesorgungsverträgen, die sie mit den Hörfunksendern über die Erbringung von Vermarktungsdienstleistungen abschließt, selbst zwischen nationalen und regionalen Werbekunden in dem vorgenannten Sinn unterscheidet, und dass sie sich auf diese Unterscheidung im kartellbehördlichen Verfahren auch ausdrücklich berufen hat. 55

bb) Die Argumente, welche die Beschwerde gegen die fehlende Austauschbarkeit einer Vermarktung von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden einerseits und an regionale und lokale Werbekunden andererseits vorbringt, sind nicht überzeugend. 56

(1) Die Beteiligte meint, der erhebliche Preisunterschied zwischen nationaler und regionaler Hörfunkwerbung sei nicht Ausdruck verschiedener sachlicher Märkte, sondern das Ergebnis der stärkeren Verhandlungsposition der Sender gegenüber regional werbetreibenden Unternehmen. Den regionalen Werbekunden stünden nämlich - anders als den an einer nationalen Werbung interessierten Kunden, die notfalls auf die Abdeckung einer bestimmten Fläche verzichten könnten - nur ganz beschränkt die Möglichkeit offen, auf die Hörfunkwerbezeit eines anderen Senders auszuweichen. 57

Der Einwand überzeugt nicht. Bereits gegen die Prämisse der stärkeren Verhandlungsposition bei der Vermarktung regionaler Hörfunkwerbung bestehen durchgreifende Bedenken. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamts gibt es auch nationale Werbekunden, die auf eine flächendeckende Werbung bedacht sind und nicht einzelne Regionen von ihrer Hörfunkwerbung aussparen wollen. In diesem Zusammenhang hat etwa der Geschäftsführer der Werbeagentur "P... M..." im Rahmen der vom Bundeskartellamt am 31. Oktober 2000 durchgeführten Telefonbefragung (vgl. Band II Bl. 541 der Akten) angegeben, dass 80 % bis 90 % der Werbekunden eine möglichst hohe Hörerreichweite nachfragen, wobei die Wünsche der Kunden insoweit allerdings indifferent seien. Die Unternehmen "B..." und "F..." beispielsweise legen - so hat der Geschäftsführer weiter angegeben - in aller Regel auf eine flächendeckende Verbreitung ihrer Werbung Wert und schließen etwaige Lücken im Verbreitungsgebiet einer nationalen Hörfunkwerbung durch die ergänzende Beauftragung der betreffenden Lokal- oder Regionalsender. Motiv für "B..." sei die Gleichbehandlung ihrer Vertragshändler; Beweggrund für den Filialisten "F..." sei die lückenlose Verbreitung der Werbebotschaft. Legt man die Annahme der Beteiligten zugrunde, wonach das Preisniveau durch das Ausmaß bestimmt wird, in dem ein bestimmter Werbekunde auf die regionale oder lokale Hörfunkwerbung angewiesen ist, müssten sich gegenüber den auf eine lückenlos flächendeckende Hörfunkwerbung angewiesenen nationalen Werbekunden höhere Preise gebildet haben als sie die anderen nationalen Werbekunden zu entrichten haben. Das behauptet die Beteiligte indes selbst nicht und dazu ist auch sonst nichts ersichtlich. Damit ist aber die Prämisse der Beschwerde insgesamt in Frage gestellt. 58

Es kommt hinzu, dass die Argumentation der Beteiligten auch als solche nicht überzeugt. Selbst wenn die Preise der regionalen Hörfunkwerbung wegen der stärkeren Verhandlungsposition der Sender und Vermarkter verhältnismäßig über denjenigen für eine nationale Werbung liegen sollten, bleibt die daraus resultierende Folgerung richtig, dass nämlich wegen des erheblichen Preisunterschieds für den Werbekunden nationale und 59

regionale Hörfunkwerbung nicht funktionell austauschbar sind, dass infolgedessen für die Hörfunksender die Vermarktung von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden einerseits und an regionale Werbekunden andererseits gleichfalls nicht austauschbar ist, und dass deshalb die beiden Vermarktungsdienstleistungen verschiedenen sachlichen Märkten angehören.

(2) Nicht stichhaltig ist ebenso der Hinweis der Beschwerde, dass es den beiden A... Sendern 60 in der Vergangenheit gelungen sei, im Wege der Eigenvermarktung einige nationale Werbekunden (T..., M... D..., S...) zu gewinnen. Es handelt sich um wenige Ausnahmefälle, welche schon rein quantitativ nicht geeignet sind, die Aussagekraft der für die sachliche Marktabgrenzung zugrunde gelegten Verhältnisse und die daraus zu folgernde mangelnde Austauschbarkeit der nationalen und der regionalen Hörfunkwerbung in Frage zu stellen. Hinzu kommt, dass das Interesse der genannten nationalen Werbekunden zwanglos darauf zurückzuführen sein kann, dass nur durch die Beauftragung der A... Sender die vom Werbekunden gewünschte flächendeckende Hörfunkwerbung zu erreichen war. Dass unter diesen Umständen die (ergänzende) Einzelbeauftragung eines (oder mehrerer) Lokalsender in Betracht kommen kann, hat - wie bereits ausgeführt - der Geschäftsführer der Werbeagentur "P... M..." am Beispiel der Kunden "B..." und "F..." ausdrücklich bestätigt. Darauf kann ohne weiteres auch die den A... Sendern vereinzelt gelungene Eigenvermarktung nationaler Werbekunden beruhen. Gegenteiliges macht die Beschwerde substantiiert jedenfalls selbst nicht geltend.

(3) Fehl geht ebenso der Hinweis der Beteiligten auf das Ergebnis einer Befragung der 61 Geschäftsführerin der "M... C... S..." vom 7. November 2000 (vgl. Band II Bl. 544 der Akten). Deren Schilderung, vor einer Beauftragung würden die Kosten einer Bündelung der zur Abdeckung des gewünschten Verbreitungsgebiets benötigten Einzelbuchungen bei den Lokalsendern ermittelt, dieser Betrag werde sodann dem Preis einer räumlich vergleichbaren nationalen Hörfunkwerbung gegenübergestellt, und beauftragt werde die nach alledem preisgünstigste Alternative, zieht weder die vom Bundeskartellamt festgestellten Preisunterschiede zwischen einer regionalen und einer nationalen Hörfunkwerbung noch deren Relevanz für das Nachfrageverhalten der Werbekunden in Frage.

(4) Erfolglos bleibt schließlich auch die pauschale Behauptung der Beteiligten, es bestehe ein 62 "durchaus spürbarer" Wettbewerb zwischen der nationalen und der regionalen Vermarktung von Hörfunkwerbezeiten. Das Vorbringen ist ohne jede Substanz, nicht nachvollziehbar und gibt deshalb auch keine Veranlassung, diesbezüglich von Amts wegen in eine Sachverhaltsaufklärung einzutreten (§ 70 Abs. 1 GWB). Das gilt auch, soweit die Beteiligte in diesem Zusammenhang auf § 3 Ziffer (5) des Geschäftsbesorgungsvertrages verweist, wonach die ihr angeschlossenen Hörfunksender eine Werbezeit von 4 Minuten pro Stunde überlassen müssen und zu einer Aufstockung der Werbezeit nur im Rahmen des Zumutbaren verpflichtet sind. Es fehlt jedwede nähere Darlegung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Sender freie Werbezeit an nationale Werbekunden vergeben und inwieweit - ungeachtet der bestehenden erheblichen Preisunterschiede zwischen der nationalen und der regionalen Hörfunkwerbung - ein vorhandenes freies Werbezeitkontingent gerade auch zu einem Konkurrenzkampf der Regional- und Lokalsender um nationale Werbekunden führen soll. Unter diesen Umständen ist der geltend gemachte spürbare Wettbewerb der Regionalsender um nationale Werbekunden nicht im Ansatz plausibel und mithin nicht rechtserheblich geltend gemacht.

2. In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt das Bundesgebiet. Dies hat das 63 Bundeskartellamt seiner Verfügung unausgesprochen zugrunde gelegt. Die Beschwerde

erhebt dagegen keine Einwände; Bedenken sind insoweit auch nicht ersichtlich.

3. Die Beteiligte ist als Anbieterin von Vermarktungsdienstleistungen zur Vermittlung von Hörfunkwerbezeiten an nationale Werbekunden marktbeherrschend, d.h. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt. 64

a) Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass die Beteiligte als Anbieterin von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. 65

Es hat dazu - von der Beschwerde unangefochten - ausgeführt: Auf dem genannten Markt sei neben der Beteiligten lediglich die "S... & S..." tätig. Die Anbieter "S... G... M..." und "Radio N..." seien wegen ihres beschränkten Ausstrahlungsgebietes für die Nachfrager nach nationaler Hörfunkwerbung keine geeignete Ausweichmöglichkeit und deshalb nicht dem Markt zuzurechnen. Auf dem - mithin von zwei Anbietern gebildeten - Angebotsmarkt für nationale Hörfunkwerbung verfüge die Beteiligte über einen Marktanteil von mehr als .. % und die "S... & S..." über einen Marktanteil von (deutlich) unter .. %. Einem wesentlichen Wettbewerb sei die Beteiligte seitens der "S... & S..." nicht ausgesetzt. Ziel der nationalen Werbekunden - bei denen es sich zumeist um bedeutende Markenartikelhersteller handle - sei in aller Regel eine möglichst hohe Hörerreichweite. Aus diesem Grund würden die Leistungsangebote der Beteiligten einerseits und der "S... & S..." andererseits vielfach nicht als Konkurrenzprodukte betrachtet, sondern zur Erreichung einer möglichst hohen Hörerquote zusammen gebucht. 66

b) Die marktbeherrschende Position der Beteiligten als Anbieterin von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden setzt sich auf dem (vorgelagerten) Markt der Vermarktungsdienste für Hörfunksender zur Vermittlung von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden fort. 67

Das Bundeskartellamt weist mit Recht auf den direkten Zusammenhang hin, der zwischen dem Marktanteil auf dem Angebotsmarkt für Hörfunkwerbezeit und dem Marktanteil auf dem (vorgelagerten) Markt der Vermarktungsdienste für die Hörfunksender besteht. Die Entgelte für die Vermarktungsdienste sind - was auch die Beschwerde nicht in Zweifel zieht - weitgehend durch die Bruttoumsätze bestimmt, welche die Vermarkter auf dem nachgelagerten Markt als Anbieter von Hörfunkwerbezeit tätigen. Dementsprechend wird der Marktanteil eines Vermarkters auf dem Dienstleistungsmarkt maßgeblich durch die Höhe seiner Hörfunkwerbeumsätze beeinflusst, die er auf dem nachgelagerten Markt des Verkaufs von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden erzielt. Das wiederum rechtfertigt die Annahme, dass die Beteiligte, die - wie ausgeführt - als Anbieterin von Hörfunkwerbezeit keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, auch auf dem vorgelagerten Markt der Erbringung von Vermarktungsdiensten für Hörfunksender eine marktbeherrschende Stellung innehat. Dabei kann auf sich beruhen, ob - wie das Bundeskartellamt meint - insoweit die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung (§ 19 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 GWB) gerechtfertigt ist. Erfüllt ist in jedem Fall die Oligopolvermutung (§ 19 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB). Danach gilt dann, wenn die drei (oder weniger) führenden Unternehmen (vgl. dazu: Möschel in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 3. Aufl., § 19 Rdz. 97 m.w.N.) zusammen einen Marktanteil von .. % erreichen, jedes dieser Unternehmen als marktbeherrschend. Dieser Vermutungstatbestand greift im Entscheidungsfall ohne weiteres ein. Auf dem Markt der Erbringung von Vermarktungsdiensten zur Vermittlung von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden sind nämlich - wie dargelegt - nur zwei Unternehmen (nämlich die Beteiligte und die "S... & S...") tätig. 68

Die Beteiligte hat die gegen sie bestehende Vermutung der Marktbeherrschung nicht widerlegt. Dazu wäre - worauf der Senat im Verhandlungstermin hingewiesen hat - gemäß § 19 Abs. 3 Satz 2 der Nachweis erforderlich, dass die tatsächlich bestehenden Wettbewerbsbedingungen einen wesentlichen Wettbewerb mit der Konkurrentin "S... & S..." erwarten lassen. Das macht die Beteiligte indes selbst nicht geltend; dazu ist auch sonst nichts ersichtlich.

4. Indem die Beteiligte es abgelehnt hat, die Hörfunkwerbezeiten der beiden A... Sender an nationale Werbekunden zu vermarkten, hat sie gegen das Verbot des § 20 Abs. 1 GWB verstoßen, in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich zu behandeln. 70

a) Maßgeblicher Geschäftsverkehr ist im Streitfall die Erbringung von Vermarktungsdienstleistungen für Hörfunksender zur Vermittlung von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden. Dieser Geschäftsverkehr ist Unternehmen, die im Vergleich mit den der A... Sendern gleichartig sind, üblicherweise zugänglich. 71

Unternehmen sind gleichartig, wenn sie in dem jeweiligen Geschäftsverkehr eine im wesentlichen gleiche unternehmerische Tätigkeit und wirtschaftliche Funktion ausüben. Maßgebend kommt es dabei auf das Verhältnis der zu vergleichenden Unternehmen zur Marktgegenseite des Geschäftsverkehrs an (BGH, WuW/E BGH DE-R 134, 135; Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar zum GWB, 3. Aufl., § 20 Rdz. 99 m.w.N.). Im Rahmen der gebotenen nur verhältnismäßig groben Sichtung reicht für die Gleichartigkeit regelmäßig die Ausübung der für eine bestimmte Wirtschaftsstufe (Produktion, Großhandel, Einzelhandel) typischen unternehmerischen Tätigkeit und wirtschaftlichen Funktion im Hinblick auf eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen aus. Auf die sonstigen Modalitäten wie beispielsweise die Rechtsform des Unternehmens, ihre Absatzstruktur und Abnahmeleistung oder die Unternehmensgröße kommt es nicht an. Ebenso unerheblich ist, ob die Unternehmen in dem maßgeblichen Geschäftsverkehr im Verhältnis zueinander gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen (vgl. zu allem: Markert, a.a.O. Rdz. 100 f. m.w.N.). Im allgemeinen sind solche Unternehmen gleichartig, die als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder Dienstleistungen auf derselben Wirtschaftsstufe agieren (z.B. als Hersteller, Großhändler, Einzelhändler, gewerblicher Verbraucher). 72

Die A... Sender sind bei der Nachfrage von Dienstleistungen zur Vermarktung ihrer Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden gegenüber den anderen Hörfunksendern, die ihre Werbezeit ebenfalls an nationale Werbekunden vermarkten lassen, in diesem Sinne gleichartig. Denn jene sind ebenso wie die A... Sender gewerbliche Nachfrager der Vermarktungsdienste, mithin auf derselben Wirtschaftsstufe tätig. Das reicht für die Bejahung der Gleichartigkeit aus. 73

b) Die Beteiligte hat die A... Sender durch die Weigerung, deren Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden zu vermarkten, im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB ungleich behandelt. Die Frage, ob gleichartige Unternehmen im Verhältnis zueinander unterschiedlich behandelt werden, ist nach einem formalen Gleichheitsmaßstab zu beurteilen (vgl. nur: Markert, a.a.O. Rdz. 123 f. m.w.N.). Für die Feststellung einer Ungleichbehandlung reicht es im Streitfall folglich aus, dass die Beteiligte ihre Vermarktungsdienstleistungen zwar anderen Hörfunksendern anbietet und erbringt, ein Tätigwerden für die A... Sender aber abgelehnt hat. 74

c) Die Ungleichbehandlung der A... Sender war auch sachlich nicht gerechtfertigt. 75

- aa) Ob gleichartige Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund ungleich behandelt werden, ist auf der Grundlage einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellgesetzes zu entscheiden. In diesem Rahmen sind zum einen die Interessen des ungleich behandelnden Normadressaten zu berücksichtigen, wobei grundsätzlich alle Belange in die Bewertung einbezogen werden müssen, soweit sie nicht auf einen gesetzeswidrigen Zweck gerichtet sind oder sonst gegen gesetzliche Vorschriften oder Zielsetzungen verstoßen. In die Abwägung einzustellen ist zum anderen das Interesse des ungleich behandelten Unternehmens an einer von machtbedingten Beeinträchtigungen möglichst freien wettbewerblichen Betätigung (vgl. zu allem: Markert, a.a.O. Rdz. 129-133 m.w.N.). Bei der Würdigung der beiderseitigen Interessen ist zu berücksichtigen, dass auch einem marktbeherrschenden Unternehmen ein unternehmerischer Freiraum zusteht. Jenes wird deshalb durch das Verbot des § 20 Abs. 1 GWB im Grundsatz nicht daran gehindert, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie es dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig hält (BGH, WuW/E BGH 2953, 2964 - Gasdurchleitung; Markert, a.a.O. Rdz. 141 m.w.N.). Ein Unternehmen mit besonderer Marktmacht unterliegt im Vergleich zu anderen Unternehmen allerdings engeren Schranken in seiner Betätigungsfreiheit. Aus der Verpflichtung des marktmächtigen Unternehmens, auf die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit Dritter und auf die im Allgemeininteresse liegende Freiheit des Wettbewerbs Rücksicht zu nehmen, folgt, dass die Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen nur dann sachlich gerechtfertigt ist, wenn sie objektiv sachgemäß und angemessen ist (Markert, a.a.O. Rdz. 142 m.w.N.). Dementsprechend ist auch eine Lieferverweigerung - wie sie hier vorliegt - nur zulässig, wenn gerade im Hinblick auf das die Belieferung begehrende Unternehmen sachliche Rechtfertigungsgründe gegeben sind. 76
- bb) Das ist vorliegend nicht der Fall. Es steht außer Streit, dass die A... Sender für die Aufrechterhaltung ihres Sendebetriebs auf den Verkauf ihrer Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden angewiesen sind und dass sie selbst einen hinreichenden Zugang zu diesem Kundenkreis nicht besitzen. Das hat im übrigen auch der Insolvenzverwalter der A... Sender im Verhandlungstermin des Senats bestätigt. Er hat angegeben, dass die Insolvenz beider Sender maßgeblich auf mangelnde Werbeeinnahmen im Bereich der nationalen Werbekunden zurückzuführen sei. Die A... Sender waren folglich darauf angewiesen, dass ihre Hörfunkwerbezeit an nationale Kunden vermarktet wurde. Hinreichende Gründe, diese - für die A... Sender notwendige - Vermarktung abzulehnen, standen der Beteiligten nicht zur Seite. 77
- (1) Die Beteiligte war nicht aus Rechtsgründen gehindert, den A... Sendern ihre Vermarktungsdienste zu erbringen. 78
- (a) Die Beschwerde meint, ein rechtliches Hindernis ergebe sich aus § 2 Ziffer 4 b) des Geschäftsbesorgungsvertrages vom 22. September 1993 (Anlage B 3, Band I der Akten Bl. 195, 202), den die Beteiligte bei ihrer Gründung mit den ihr als Kommanditisten angeschlossenen Sendern abgeschlossen hat. Danach steht jedem Gesellschafter gegen die Bildung neuer Kombinationen unter näher bezeichneten Voraussetzungen ein Vetorecht zu, das nur durch den Beschluss der Gesellschafterversammlung überwunden werden kann. 79
- Der Einwand ist schon im Ansatz nicht stichhaltig. Lagen - was zu unterstellen ist - die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 GWB vor, hat die Beteiligte durch ihre Weigerungshaltung gegenüber den A... Sendern einen kartellrechtswidrigen Zustand unterhalten. Den Kartellrechtsverstoß der Diskriminierung durfte das Bundeskartellamt gemäß § 32 GWB zum Anlass nehmen, der Beteiligten durch den Erlass einer 80

Untersagungsverfügung die Aufgabe ihres diskriminierenden Verhaltens gegenüber den A... Sendern aufzugeben. Es handelte sich um eine gesetzlich (§§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB) verankerte Pflicht, die ohne Rücksicht auf eine dahingehende gesellschaftsinterne Willensbildung der Beteiligten ihr gegenüber (alleine) durch den Erlass der kartellbehördlichen Untersagungsverfügung konkretisiert und begründet worden ist. So wie es für die Entstehung der kartellrechtlichen Beseitigungspflicht der Beteiligten nicht auf die Zustimmung ihrer Gesellschafter ankommt, kann umgekehrt das Fehlen einer gesellschaftsinternen Willensbildung die Entstehung und Geltung der Pflicht zur Beseitigung des kartellrechtswidrigen Zustands nicht hindern. Dann kann die Beteiligte aber auch nicht geltend machen, dass ihr das vertraglich vereinbarte Vetorecht der Kommanditisten unmöglich mache, die Diskriminierung der A... Sender durch deren Aufnahme in eine neu zu bildende Kombination zu beenden.

Es kommt hinzu, dass das Veto eines Kommanditisten durch den Beschluss der Gesellschafterversammlung mit der einfachen Mehrheit der vertretenen Stimmen (vgl. § 12 Ziffer (3) des Gesellschaftsvertrages; Anlage B 1, Band I Bl. 151, 172 der Akten) überwunden werden kann. Dass ein etwaiges Veto gegen die Bildung einer neuen Kombination zur Belieferung der A... Sender nicht durch die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung hätte abgewehrt werden können, ist weder von der Beteiligten dargelegt noch sonst ersichtlich. Dies versteht sich auch keineswegs von selbst. Immerhin hat die Beteiligte der angefochtenen Untersagungsverfügung gerade dadurch Folge geleistet, dass sie für die Vermarktung der Hörfunkwerbezeit der A... Sender an nationale Werbekunden die Kombination "R... W... K... P..." neu gebildet hat. Dass dies auf den Widerstand zumindest der Mehrzahl ihrer zum Veto berechtigten Kommanditisten gestoßen ist, ist nicht zu erkennen. Die Beteiligte macht in diesem Zusammenhang geltend, die vom Bundeskartellamt angeordnete sofortige Vollziehbarkeit der angefochtenen Untersagungsverfügung habe die Bildung der "R... W... K... P..." notwendig gemacht und den Kommanditisten keine andere Wahl gelassen. Mit demselben Argument kann davon ausgegangen werden, dass sich die Kommanditisten auch der kartellrechtlichen Verpflichtung der Beteiligten als solcher nicht verschlossen und dementsprechend auch dann auf ein Veto verzichtet hätten, wenn die Beteiligte in Umsetzung der bestandskräftig gewordenen Untersagungsverfügung eine neue Kombination gebildet hätte.

81

(b) Ohne Erfolg verweist die Beteiligte überdies auf § 4 Ziffer 1 Satz 1 des genannten Geschäftsbesorgungsvertrages (a.a.O. Bl. 205). Nach dieser Vertragsbestimmung ist die Gewährung und die Höhe des Kombinationsrabatts einer einvernehmlichen Regelung der beteiligten Sender vorbehalten. Auch damit lässt sich bereits aus den vorstehenden Überlegungen nicht herleiten, dass die Beteiligte aus Rechtsgründen gehindert gewesen sei, ihre Vermarktungsdienste (auch) den A... Sendern anzubieten. Es kommt hinzu, dass weder dargelegt noch ersichtlich ist, dass die Herbeiführung einer einvernehmlichen Regelung über den Kombinationsrabatt bei einem Hinzutreten der A... Sender nicht möglich gewesen wäre. Berücksichtigt man, dass die Partner des Geschäftsbesorgungsvertrages vom 22. September 1993 zugleich Kommanditisten der Beteiligten sind, und geht man bei lebensnaher Würdigung weiter davon aus, dass es auch in deren eigenen Interesse liegt, wenn die Beteiligte ihren kartellrechtlichen Verpflichtungen nachkommt, spricht alles für die Annahme, dass bei gebotener Anstrengung eine Einigung über den Kombinationsrabatt möglich gewesen wäre. Entgegenstehende Anhaltspunkte zeigt die Beschwerde nicht auf; sie sind auch sonst nicht ersichtlich.

82

(c) Die Beteiligte nimmt schließlich auf die Vereinbarung Bezug, die sie am 30. Juli 2000 mit denjenigen Hörfunksendern abgeschlossen hat, die zusammen die "R... W... K..." bilden

83

(Anlage Bf. 7). Gemäß § 1 Ziffer 4 dieser Vereinbarung bedarf die Aufnahme neuer Sender in diese Kombination der Zustimmung der Beteiligte und aller "R... W... K..."-Sender.

Auch damit ist nicht nachvollziehbar das Unvermögen der Beteiligten dargetan, den A... Sendern ihre Vermarktungsdienstleistungen zu erbringen. Das gilt schon deshalb, weil die Aufnahme der A... Sender in die "R.. W... K..." nicht die einzige Handlungsalternative darstellt, um die Hörfunkwerbezeit der A... Sender an nationale Werbekunden zu vermarkten. Es besteht daneben die Möglichkeit, zur Vermarktung der Hörfunkwerbezeit der A... Sender eine neue Kombination zu bilden. In dieser Weise ist die Beteiligte auch tatsächlich verfahren. Zur Erfüllung der angefochtenen Untersagungsverfügung hat sie (u.a.) die Kombination "R... W... K... P..." gebildet und unter dieser neuen Kombination die Hörfunkwerbezeit der A... Sender angeboten. 84

Es kommt hinzu, dass die Beteiligte bei verständiger Auslegung des Vertrages vom 30. Juli 2000 von den "R... W... K..."-Sendern die Zustimmung zur Aufnahme der A... Sender in die "R... W... K..." hätte verlangen können. Das gilt jedenfalls dann, wenn - was zu unterstellen ist - die Beteiligte durch ihre Weigerung, die Hörfunkwerbezeit der A... Sender an nationale Werbekunden zu vermarkten, gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB verstößt, und wenn eine Belieferung der A... Sender auf anderem Wege nicht möglich oder nicht zumutbar ist. In einem solchen Fall sind die "R... W... K..."-Sender aus Rücksichtnahme auf die zwingenden kartellrechtlichen Pflichten der Beteiligten gehalten, ihre Zustimmung zur Aufnahme der A... Sender in die "R... W... K..." zu erteilen. Diese Pflicht zur Zustimmung kann dem Vertrag vom 30. Juli 2000 im Wege einer an Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte orientierten Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zwanglos entnommen werden. Das gilt um so mehr, als das andernfalls freie Zustimmungserfordernis der "R... W... K..."-Sender eine kartellrechtswidrige Diskriminierung seitens der Beteiligten - und damit einen Verstoß gegen das gesetzliche Verbot des § 20 Abs. 1 GWB - fördern würde, was gemäß § 134 BGB die Nichtigkeit der betreffenden Vertragsklausel (und nach § 139 BGB unter Umständen die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages) zur Folge haben würde. 85

(2) Die Beteiligte war nicht aus sachlichen Gründen berechtigt, eine Vermarktung der Hörfunkwerbezeit der A... Sender an nationale Werbekunden zu verweigern. 86

(a) Die Beteiligte hat im Verwaltungsverfahren zu den Kriterien vorgetragen, nach denen sie die sog. mainstream-Sender - zu denen auch die A... Sender gehört haben - vermarktet. Sie hat dazu ausgeführt: Die nationalen Werbekunden seien an der Abdeckung einer großen Fläche und an der Ausstrahlung ihrer Spots in Ballungsräumen interessiert. Im Grundsatz komme deshalb eine Vermarktung dann in Betracht, wenn ein Sender ein Gebiet abdecke, das bislang von ihr (der Beteiligten) noch nicht vermarktet werde. Allerdings sei aus wirtschaftlichen Gründen die direkte Vermarktung eines solchen Senders nur dann sinnvoll, wenn er in der - allein maßgeblichen - Erhebung der "A... M..." (MA) auf Dauer eine durchschnittliche Reichweite von 40.000 Hörern nachweisen könne. Sie (die Beteiligte) lehne deshalb die Direktvermarktung eines Hörfunksenders ab, wenn nicht zumindest zu erwarten sei, dass der Sender eine MA-Zahl von 40.000 Hörern erreichen werde (vgl. Seite 17 des Schriftsatzes vom 11. Mai 2000, Band II Bl. 287 der Akten). Durch dieses Kriterium werde dem geschilderten Interesse der nationalen Werbekunden an einem hinreichend großen Ausstrahlungsgebiet und an der Verbreitung der Werbespots in Ballungsräumen Rechnung getragen und es auf der Grundlage der von ihr bislang gemachten Erfahrungen an möglichst objektiven Kriterien festgemacht. Die dauerhaft zu erwartende Hörerreichweite von 40.000 Hörern orientiere sich maßgeblich an der Nachfrage der nationalen Werbekunden. 87

Daran hält die Beteiligte im Beschwerdeverfahren ausdrücklich fest (vgl. Seite 21 des Schriftsatzes vom 8. Oktober 2002, GA 255). Schließlich sei erforderlich, dass sich der Sender eine Kontrolle durch A.C. N... unterwerfe.

(b) Die Beteiligte ist in der Vergangenheit bei der Direktvermarktung von mainstream-Sendern auch nach diesen Grundsätzen verfahren. Das gilt zumindest für die nachfolgend aufgeführten Fälle:

"R... w..." ist ein sog. mainstream-Sender (vgl. Seite 5 des Schriftsatzes vom 19. Mai 2000, Band II Bl. 311 der Akten). Er ist von der Beteiligten direkt in der "R... S... K..." vermarktet worden. Der Sender ist seinerzeit zwar ohne eine vorherige Erhebung über die Hörerreichweite aufgenommen worden. Er erzielt aktuell allerdings eine Reichweite von 48.000 Hörer, so dass das nach den Belieferungskriterien der Beteiligten erforderliche Potential von 40.000 Hörern vorhanden war. Der Sender hat mit dem Sendegebiet B. zudem eine bislang im Vermarktungsgebiet der Beteiligten vorhandene Lücke ausgefüllt.

Der Sender "O... F.M." ist gleichfalls ein mainstream-Sender (vgl. Seite 19 des Schriftsatzes vom 8. Oktober 2002, GA 253), der mit einer Hörerreichweite von aktuell 71.000 die notwendige Schwelle von 40.000 überschreitet. Von dem Erfordernis einer Lückenschließung in ihrem bisherigen Vermarktungsgebiet hat die Beteiligte beim Sender "O... F.M." sogar abgesehen. Das hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten im Verhandlungstermin des Senats auf Befragen eingeräumt und darauf hingewiesen, dass die Sender im Freistaat S. aufgrund des dort geltenden Landesrechts jeweils landesweit ausstrahlen.

Der Sender "p... r..." ist - wie die Beteiligte im Verwaltungsverfahren selbst ausdrücklich vorgetragen hat (vgl. Seite 5 des Schriftsatzes vom 19. Mai 2000, Band II Bl. 311 der Akten) - ebenfalls ein mainstream-Sender. Davon ist die Beteiligte im Beschwerdeverfahren zwar zunächst mehr oder weniger kommentarlos abgerückt und hat den Sender als einen Spartensender bezeichnet (vgl. Seite 28 der Beschwerdebegründung, GA 135; Seite 19 des Schriftsatzes vom 8. Oktober 2002, GA 253). Im Verhandlungstermin des Senats ist die Beteiligte allerdings wieder zu ihrem ursprünglichen Sachvortrag zurückgekehrt. Der Geschäftsführer ihrer Komplementärgesellschaft, Herr L..., hat auf Befragen des Senats eingeräumt, dass es sich bei "p... r..." um einen mainstream-Sender handelt. Er hat die Vermarktung der Hörfunkwerbezeit dieses Senders ausdrücklich mit dem Argument gerechtfertigt, "p... r..." füge sich in die Vermarktung der mainstream-Schiene gut ein. "P... r..." ist mit einer Hörerreichweite von 37.000 aufgenommen worden und verfügt derzeit über eine Reichweite von 61.000. Die Beteiligte vermarktet "p... r..." (u.a.) in der "R... W... K..." und in der "R... S... K..." (vgl. Seite 28 der Beschwerdebegründung, GA 135). Dass mit der Aufnahme dieses Senders eine Lücke im bisherigen Vermarktungsgebiet der Beteiligten geschlossen worden ist, hat der Geschäftsführer L... auf Nachfrage des Senats nicht bestätigen können.

(c) Die A... Sender haben die von der Beteiligten angegebenen - und in der Vergangenheit auch praktizierten - Voraussetzungen für eine Direktvermarktung ihrer Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden gleichfalls erfüllt.

Das Hörerreichweitenpotential erreicht 40.000. Nach den MA-Zahlen - welche die Beteiligte sowohl im Verwaltungsverfahren (vgl. Seite 17 des Schriftsatzes vom 11. Mai 2000, Band II Bl. 287 der Akten) als auch in dem Entwurf des Vermarktungsvertrages mit den A... Sendern (vgl. Anlage Bf 5, dort Abschnitt II § 6 Ziffer (1)) selbst ausdrücklich als allein maßgebliche Größe bezeichnet hat - betrug die Hörerreichweite im Jahre 2002 mehr als 40.000. In der MA 2002 /I aus März 2002 ist für die A... Sender eine Hörerreichweite von

43.000 und in der darauf folgenden MA 2002/II eine solche von 59.000 ausgewiesen (vgl. Anlage 8, dort Seite 2, GA 313). Es ist unschädlich, dass bei Erlass der angefochtenen Verfügung noch keine MA-Zahlen für die A... Sender vorlagen. Zum einen reicht - wie vorstehend dargestellt - für die Vermarktung der Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden nach den Kriterien der Beteiligten bereits die Prognose einer MA-Zahl von dauerhaft mindestens 40.000 Hörer. Zum anderen hat die Beteiligte für den Sender "r... w..." eine Vermarktung ebenfalls ohne bereits vorliegende MA-Zahlen aufgenommen; hierauf können sich die A... Sender im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB berufen und Gleichbehandlung beanspruchen. Ohne Belang ist ebenso, dass für die A... Sender in der "E... NRW 2002" eine Hörerreichweite von lediglich 27.000 Hörern ausgewiesen wird. Nach den Zugangskriterien, welche die Beteiligte aufgestellt und praktiziert hat und an die sie aus Gründen der Gleichbehandlung aller Nachfrager ihrer Vermarktungsdienste gebunden ist, kommt es ausschließlich auf die MA-Zahlen an. Das gilt um so mehr, als die Beteiligte selbst einräumt, dass die E...-Zahlen in der werbungtreibenden Wirtschaft nicht als "Währung" anerkannt werden. Ihnen darf die Beteiligte dann aber bei der Feststellung derjenigen Hörerreichweite, die ein Interesse der werbetreibenden Wirtschaft an der Inanspruchnahme von Hörfunkwerbezeit indiziert, auch nicht den Vorrang vor den MA-Zahlen geben. Ebenso wenig ist entscheidend, ob die technische Reichweite der A... Sender diejenigen der Sender "R... w...", "O... F.M." und "p... r..." erreicht. Nach dem von der Beteiligten dargestellten Kriterienkatalog kommt es für die Auswahl der Hörfunksender, denen Vermarktungsdienste erbracht werden, auf das Merkmal der technischen Reichweite nämlich überhaupt nicht an.

Die A... Sender haben mit ihrem Ausstrahlungsgebiet "A... und Umgebung" auch eine Lücke 94 im bisherigen Vermarktungsgebiet der Beteiligten geschlossen. Ohne Erfolg wendet die Beschwerde ein, es handele sich nicht um einen Ballungsraum im eigentlichen Sinne. Das gilt schon deshalb, weil nach den von der Beteiligten im Verwaltungsverfahren mitgeteilten Auswahlkriterien für eine Direktvermarktung der Werbezeit von Hörfunksendern lediglich die Schließung einer Lücke im bisherigen Vermarktungsgebiet ist. Dass eine Lücke in einem Ballungsraum geschlossen werden muss, hat die Beteiligte selbst nicht vorgetragen. Es kommt hinzu, dass die Beteiligte ihre Vermarktungsdienste dem Sender "p... r..." erbringt, obwohl dieser eine Lücke im Vermarktungsgebiet der Beteiligte nicht schließt. Das schließt es für die Beteiligte erst recht aus, sich den A... Sendern gegenüber darauf zu berufen, mit ihrem Sendegebiet werde keine Vermarktungslücke in einem Ballungsraum geschlossen.

Dass die A... Sender schließlich bereit gewesen wären, sich der Kontrolle von A.C. N... zu 95 unterstellen, zieht die Beschwerde selbst nicht in Zweifel. Dafür fehlt auch sonst jedweder Anhaltspunkt.

(d) Haben die A... Sender nach alledem die von der Beteiligten aufgestellten und praktizierten 96 Kriterien für eine Vermarktung ihrer Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden erfüllt, stellt die gleichwohl erklärte Weigerung der Beteiligten, die Werbezeit der A... Sender an nationale Werbekunden zu vermarkten, eine kartellrechtswidrige Diskriminierung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB dar. Der Beteiligten standen schutzwürdige Interessen, die es ausnahmsweise rechtfertigen konnten, die A... Sender trotz der erfüllten Belieferungskriterien von ihren Vermarktungsdiensten auszuschließen, nicht zur Seite.

(aa) Die Beteiligte führt zur Rechtfertigung ihrer Weigerungshaltung an: Bei der 97 Zusammensetzung der Kombinationen müsse darauf geachtet werden, dass die erreichbare Zuhörergruppe dem Anforderungsprofil einer möglichst großen Anzahl von Kunden entspreche. Dabei seien die demografischen Eigenschaften der erreichbaren Zuhörergruppen, die Marktdurchdringung und die Flächenabdeckung miteinander abzuwägen

und unerwünschte Streuverluste zu vermeiden, welche die Bereitschaft der Werbekunden mindere, den geforderten TKP zu zahlen. Ihre Geschäftspolitik orientiere sich deshalb zum einen daran, dass die nationalen Werbekunden zwar im Prinzip an einer flächendeckenden Ausstrahlung interessiert seien, dabei aber vor allem Wert auf die Abdeckung von Ballungszentren und nicht von ländlichen Regionen legen. Maßstab bei der Bildung von Kombinationen sei überdies die Erfahrung, dass in den attraktivsten Ballungsräumen eine Marktdurchdringung von 70 % anzustreben sei. Denn nur wenige Kunden seien bereit, eine höhere Marktdurchdringung mit einem unveränderten TKP zu honorieren, weshalb eine Reichweitenerhöhung über 70 % zu einer Verwässerung der Einnahmen führe. Schließlich sei darauf zu achten, dass die Kombinationen eine Zuhörergruppe abdeckten, die in ihrer demografischen Zusammensetzung für die werbungtreibende Wirtschaft interessant sei. Insoweit müsse vor allem die Altersgruppe der 15-49jährigen Zuhörer ausreichend repräsentiert sein. Die A... Sender könnten zu diesem "Rezept" nichts beitragen; aus ihrer (der Beteiligten) Sicht verwässerten sie nur das bereits bestehende Angebot.

Damit sind schutzwürdige Interessen der Beteiligten, die A... Sender von den Vermarktungsdienstleistungen auszuschließen, nicht nachvollziehbar dargelegt.

98

Es steht außer Streit, dass die A... Sender mit ihrem Sendegebiet eine Lücke im Vermarktungsbereich der Beteiligten schließen und damit zu einer höheren Flächenabdeckung beitragen konnten. Das hätte auch der Beteiligten genützt. Denn sie räumt ein, dass die werbungtreibende Wirtschaft an einer möglichst flächendeckenden Ausstrahlung ihrer Werbespots interessiert ist. Zwar richtet sich - wie die Beschwerde geltend macht - dieses Interesse vor allem auf Ballungsräume und weniger auf ländliche Regionen. Daraus lässt sich für den Streitfall indes kein Argument gewinnen, um die A... Sender von der Vermarktung auszuschließen. A... ist in der Region die mit Abstand größte Stadt. Als Mittelzentrum ist sie von daher eher einem Ballungsraum als einem ländlichen Gebiet zuzuordnen. Dass die nationalen Werbekunden gleichwohl kein Interesse an einer Abdeckung des A... Raums haben, ist dem Vorbringen der Beteiligten nicht nachvollziehbar zu entnehmen; dazu ist auch sonst nichts Konkretes ersichtlich. Soweit die Beteiligte in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass die zur Aufnahme der A... Sender neu gebildete "R... W... K... P..." nur auf ein geringes Kundeninteresse stoße - nämlich von Februar bis August 2002 diese Kombination nur von drei Kunden mit einem Gesamtumsatz von ... Mio. € gebucht worden sei, während die Kombination "R... W... K..." in demselben Zeitraum von sechzehn Kunden mit einem Gesamtumsatz von ... Mio. € belegt worden sei -, ist dieser Hinweis nicht stichhaltig. Es bestehen schon Zweifel, ob die mitgeteilten Umsatzzahlen das Kundeninteresse zutreffend widerspiegeln. Die Beteiligte hat eingeräumt, ihre Werbekunden über das Vermarktungsgebiet der "R... K... W..." mit der Aussage "*Die R... W... K... ist das Angebot zur vollständigen Abdeckung Westdeutschlands der R...*" nicht zutreffend informiert und den unzutreffenden Eindruck erweckt zu haben, bereits der Tarif "R... W... K..." - und nicht, wie es tatsächlich der Fall ist, nur der Tarif "R... W... K... P..." - erreiche eine lückenlose Abdeckung des westdeutschen Gebiets. Es liegt bei lebensnaher Würdigung nahe, dass sich diese Fehlinformation nachteilig auf die Buchung der Kombination "R... W... K... P..." ausgewirkt hat. Das gilt tendenziell auch für die Folgezeit. Zwar hat die Beteiligte ihre ursprünglichen Angaben im Laufe des Jahres 2002 korrigiert. Die Internetpräsentation enthält zur "R... W... K..." nunmehr die Angabe "*Die R... W... K... ist ein Angebot zur Abdeckung Westdeutschlands*" (vgl. Anlage Bf 17, GA 263) und zur "R... W... K... P..." die Angabe "*Die R... W... K... P... ist das Angebot zur vollständigen Abdeckung Westdeutschlands*" (vgl. Anlage Bf 17, GA 264). Auch mit diesen Aussagen ist indes eine klare und eindeutige Information der Werbekunden über das Ausstrahlungsgebiet der beiden Kombinationen nicht gewährleistet. Die Differenzierung zwischen einer "Abdeckung

99

Westdeutschlands" und der *"vollständigen Abdeckung Westdeutschlands"* bringt den bestehenden Unterschied im Vermarktungsgebiet der beiden Kombinationen - nämlich das Fehlen oder Hinzutreten des A... Gebiets - nicht deutlich zum Ausdruck. Letztlich kann die Frage, inwieweit die Informationen der Beteiligten eine Buchung der Kombination "R... W... K... P..." behindert hat, allerdings auf sich beruhen. Denn schon mit Blick auf die mitgeteilten Buchungs- und Umsatzzahlen der "R... W... K... P..." kann von einem mangelnden Interesse der werbungtreibenden Wirtschaft an dem Sendegebiet der A... Sender keine Rede sein. Immerhin macht der Umsatz in der "R... W... K... P..." rund .. % des Umsatzes der "R... W... K..." aus. Vor dem Hintergrund dieser beträchtlichen Umsatzzahlen erledigt sich im übrigen auch der weitere Einwand der Beschwerde, die A... Sender könnten qualitativ nichts zur Attraktivität der "R... W... K..." beitragen und sie deckten keinen für die nationalen Werbekunden hinreichend relevanten Ballungsraum ab.

Unergiebig ist ebenso der Hinweis auf die optimale Marktdurchdringung von 70 %. 100

Abgesehen davon, dass sich diese Zielvorgabe nach der Darstellung der Beschwerde ausschließlich auf die attraktivsten Ballungsräume bezieht, und die Beteiligte den A... Raum gerade nicht hierzu zählt, fehlt jedweder Sachvortrag, dass und gegebenenfalls in welchem Umfang die 70 %-Marke bei einer Aufnahme der A... Sender in die Vermarktung überschritten würde. Folglich lässt sich auch nicht feststellen, dass die Vermarktung der Hörfunkwerbezeit der A... Sender die Beteiligte in ihren Interessen spürbar und in einem Maße beeinträchtigt hätte, dass sie mit Recht von einer "Belieferung" der A... Sender Abstand nehmen durfte.

Ohne hinreichende Aussagekraft ist schließlich der Hinweis auf die vorrangig abzudeckende 101
Altersgruppe der 15-49jährigen Zuhörer. Dass die A... Sender, die sich als mainstream-Sender mit ihrem Programm an alle Zuhörer und Altersgruppen wenden, nicht auch den Bereich der 15-49jährigen Zuhörer ausreichend abdecken, ist nicht ersichtlich. Dazu trägt auch die Beteiligte konkret nichts vor.

Bei dieser Sachlage erweist sich die Schlussfolgerung der Beschwerde, die A... Sender 102
würden das bereits bestehende Angebot der Beteiligten verwässern, als eine pauschale und nicht schlüssig begründete Behauptung. Als solche vermag sie die Weigerung der Beteiligten, die Hörfunkwerbezeit der A... Sender zu vermarkten, nicht zu tragen.

(bb) Die Beteiligte macht überdies drohende finanzielle Verluste bei einer Aufnahme der A... 103
Sender in die Vermarktung geltend. Es bestehe - so reklamiert sie - die Gefahr, dass zahlreiche Werbekunden nicht bereit seien, die Abdeckung des A... Raums durch ein entsprechend - d.h. um die Zuhörerzahl der A... Sender erhöhten - Preis zu honorieren. Folglich könne sich die Notwendigkeit ergeben, den geltenden TKP zu reduzieren; dies wiederum schmälere die Einnahmen der bisher in der Vermarktung befindlichen Sender und mindere mittelbar auch die Attraktivität ihres eigenen Vermarktungsangebots.

Auch damit ist eine Beeinträchtigung der Interessen der Beteiligten nicht nachvollziehbar 104
dargelegt. Die Beteiligte hat im Verwaltungsverfahren eingeräumt, dass die Vermarktung der Hörfunkwerbezeit der A... Sender an nationale Kunden als solche für sie nicht mit spürbaren Nachteilen verbunden ist, weil die zu erwartenden geringfügigen Kostensteigerungen durch den von den A... Sendern zu zahlenden Sockelbetrag und die Umsatzprovision kompensiert werden (vgl. Seite 15 des Schriftsatzes vom 19. September 2000, Band II Bl. 466 der Akten). Von daher kann sich ein finanzieller Nachteil nur daraus ergeben, dass die Aufnahme der A... Sender in die Vermarktung die Beteiligte zu einer Reduzierung ihres TKP zwingt. Dies lässt sich indes nicht feststellen. Obschon die Beteiligte aufgrund der angefochtenen Verfügung die Werbezeit der A... Sender seit Dezember 2001 - mithin seit etwa einem Jahr - vermarktet, macht sie selbst nicht geltend, den von ihr befürchteten

wirtschaftlichen Schaden tatsächlich erlitten zu haben, d.h. zu einer Herabsetzung ihres TKP gezwungen gewesen zu sein. Dazu ist auch sonst nichts ersichtlich.

Dass - wie die Beschwerde geltend macht - die A... Sender bei einer Vermarktung ihrer Hörfunkwerbezeit über die "r... NRW" weitaus höhere Einnahmen erzielen könnten, ist kein Gesichtspunkt, auf den die Beteiligte ihre Weigerung stützen kann. Denn insoweit geht es schon im Ansatz nicht um ihre eigenen schutzwürdigen Interessen, sondern ausschließlich um die wirtschaftlichen Belange der A... Sender. 105

(cc) Ohne Erfolg verweist die Beteiligte schließlich auf die Gefahr eines "Dominoeffekts". Es sei - so meint sie - zu befürchten, dass auch andere Lokalsender die Verträge mit ihrem bisherigen Vermarktern ("r... NRW", "R... R...?", "H... B... Lokalradio-Werbung") beenden und die Vermarktung ihrer Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden durch sie (die Beteiligte) beanspruchen werden. Dies werde eine dramatische Kostensteigerung zur Folge haben. 106

Auch mit dieser Erwägung lässt sich die Weigerung der Beteiligten, die Werbezeit der A... Sender zu vermarkten, nicht rechtfertigen. Mit Recht weist das Bundeskartellamt auf den Einzelfallcharakter der zur Überprüfung stehenden Untersagungsverfügung hin. Ob die Beteiligte das Vermarktungsverlangen eines Hörfunksenders zurückweisen darf oder nicht, beurteilt sich stets nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles. Es hat eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen und Belange stattzufinden. Von daher kann das (erfolgreiche) Begehren der A... Sender auf Vermarktung ihrer Werbezeit an nationale Werbekunden berechtigterweise allenfalls die Vermarktungsersuchen solcher Hörfunksendern nach sich ziehen, bei denen sich eine vergleichbare beiderseitige Interessenlage ergibt. Wieviele Sender insoweit als potentielle Anspruchsteller überhaupt in Betracht kommen und welche nachteiligen Auswirkungen eine Vermarktung ihrer Werbezeit für die Beteiligte mit sich bringen kann, ist offen. Dazu trägt die Beteiligte nichts vor und dazu ist auch sonst nichts ersichtlich. Unter diesen Umständen lässt sich mit dem befürchteten "Dominoeffekt" die Weigerung der Beteiligten, die Werbezeit der A... Sender zu vermarkten, nicht rechtfertigen. 107

5. Die angefochtene Verfügung begegnet letztlich auch im Hinblick auf § 32 GWB keinen Bedenken. 108

a) Die Beschwerde wendet gegen die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung ein, dass sie zu einer "Belieferung" der A... Sender verpflichte und ihr damit unzulässigerweise die Möglichkeit abschneide, die Diskriminierung dadurch zu beenden, dass die Vermarktung der Werbezeit für die Vergleichssender eingestellt werde. 109

Der Einwand bleibt erfolglos. Zwar trifft es im Ansatz zu, dass dem Adressaten einer Untersagungsverfügung überlassen bleiben muss, auf welche Weise er die festgestellte Diskriminierung beseitigt. Insbesondere muss es in seinem Belieben gestellt bleiben, ob er die Belieferung des diskriminierten Unternehmens aufnimmt oder die Belieferung der bislang bevorzugten Unternehmen einstellt. Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn tatsächlich oder rechtlich die letztgenannte Alternative zur Beseitigung der Diskriminierung nicht ernsthaft in Betracht kommt (vgl. nur: Karsten Schmidt, a.a.O. § 32 Rdz. 18 m.w.N.). In einem solchen Fall kann die Kartellbehörde die Verpflichtung zur Belieferung aussprechen. Das gilt auch im Streitfall. Das Bundeskartellamt hat unwidersprochen geltend gemacht, dass für die Beteiligte aus ökonomischen Gründen eine Beendigung ihrer Vermarktungsdienste für die Vergleichssender nicht in Betracht kommt. 110

b) Unberechtigt ist ebenso der weitere Einwand, das Bundeskartellamt habe in unzulässiger Weise die Rahmenbedingungen vorgegeben, unter denen die Beteiligte die Hörfunkwerbezeit der A... Sender zu vermarkten habe.

Der Tenor der Verfügung enthält keinerlei Vermarktungsvorgaben; er nimmt auch nicht irgendwelche Ausführungen des Bundeskartellamts aus der Beschlussbegründung in Bezug. Das Bundeskartellamt hat lediglich in Abschnitt IV. des angefochtenen Beschlusses beispielhaft ("*kann R... insbesondere*") Fallgestaltungen dargestellt, bei denen nach seiner Ansicht die Vermarktungsdienste diskriminierungsfrei an die A... Sender erbracht werden können. Die Ausführungen schreiben der Beteiligten nicht das dort beschriebene Verhalten rechtsverbindlich vor, sondern sollen lediglich der Orientierung der Beteiligten dienen, unter welchen Lieferbedingungen das Bundeskartellamt jedenfalls eine diskriminierungsfreie Leistungserbringung gewährleistet sieht. Sie lassen der Beschwerdeführerin (selbstverständlich) die Wahl, auch auf andere Weise eine diskriminierungsfreie Vermarktung für die A... Sender aufzunehmen. 112

Am Entscheidungsausspruch nehmen ebensowenig die Ausführungen des Bundeskartellamts teil, dass die Beteiligte die Werbezeit der beiden A... Sender in einer Kombination zu vermarkten habe und die jährliche Dienstleistungspauschale nur einmal beanspruchen dürfe. Auch insoweit handelt es sich lediglich um die Mitteilung einer Rechtsansicht, um die Beteiligte vorsorglich darauf hinzuweisen, dass nach dem Rechtsstandpunkt des Bundeskartellamts eine diskriminierungsfreie Belieferung der A... Sender nur unter diesen Bedingungen gewährleistet ist, und dass bei einer abweichenden Verfahrensweise mit dem Erlass einer darauf gerichteten Untersagungsverfügung gerechnet werden muss. 113

III. 114

Die Kostenentscheidung folgt aus § 78 GWB. Die Beteiligte hat als unterlegene Partei die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen und hat überdies dem Antragsgegner die ihm in der Beschwerdeinstanz entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten (§ 78 Satz 2 GWB; zur Anwendbarkeit dieser Vorschrift vgl. Senat, WuW/E DE-R 523, 527 f.). Weder die zunächst beigeladenen A... Sender noch ihr Insolvenzverwalter, der im weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens in die Position des Beigeladenen eingetreten ist, haben durch Sachvortrag das Verfahren wesentlich gefördert. Ihr Vorbringen hat sich im wesentlichen auf die Darstellung des Stands des Insolvenzverfahrens beschränkt. Es entspricht nicht der Billigkeit (§ 78 Satz 1 GWB), die Beteiligte auch mit deren außergerichtlichen Kosten zu belasten. 115

IV. 116

Es besteht kein Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen. Der Streitfall wirft keine Rechtsfragen grundsätzlichen Bedeutung (§ 74 Abs. 2 Nr. 1 GWB) auf. Eine Entscheidung ist auch nicht zur Rechtsfortbildung oder zur Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 74 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Der Senat hat den Entscheidungsfall auf der Grundlage der höchstrichterlichen Judikatur zum Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB gelöst. 117

Rechtsmittelbelehrung: 118

Die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde kann durch Nichtzulassungsbeschwerde angefochten werden. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung 119

dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist schriftlich zu begründen, und die Begründung ist bei dem Rechtsbeschwerdegericht, dem Bundesgerichtshof in Karlsruhe, einzureichen. Die Frist für die Einreichung der Begründung beträgt einen Monat; sie beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und die – begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.
