



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 26/03

Verkündet am:  
21. Dezember 2004  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Deutsche Post/trans-o-flex

GWB § 36 Abs. 1, § 37 Abs. 1 Nr. 4; GWB a.F. § 23 Abs. 2 Nr. 6, § 24 Abs. 1

- a) Die Ausübung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses eines Unternehmens auf ein anderes kann dadurch ermöglicht werden, daß ein in einem sachlich benachbarten Markt beherrschendes Unternehmen weniger als 25 % des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erwirbt, gleichzeitig jedoch, etwa durch gesellschaftsvertragliche Regelungen, eine Kapitalerhöhung und ein Vordringen des anderen Unternehmens auf weitere Geschäftsfelder gegen den Willen des Erwerbers erschwert werden.
- b) Ein Zusammenschluß verstärkt eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, wenn er dieses gegen zu erwartende künftige Konkurrenz durch einen weiteren Wettbewerber absichert und durch diese Absicherung bereits die gegenwärtige Marktposition des marktbeherrschenden Unternehmens beeinflußt.

BGH, Beschluß vom 21. Dezember 2004 - KVR 26/03 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 2004 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Ball, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Meier-Beck

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. August 2003 wird auf Kosten der Beteiligten zurückgewiesen.

Gründe:

A.

Die Beteiligte zu 1, die Deutsche Post AG, erwarb mit Vertrag vom 10. Juli 1997 Geschäftsanteile in Höhe von 24,8 % des Stammkapitals der H. GmbH (H.), die Alleinaktionärin der trans-o-flex Schnell-Lieferdienst AG war. Durch spätere Verschmelzung der trans-o-flex Schnell-Lieferdienst AG auf die H. ist aus dieser Gesellschaft die Beteiligte zu 2, die trans-o-flex Schnell-Lieferdienst GmbH (trans-o-flex), hervorgegangen. Nach dem Anteilserwerb waren an trans-o-flex neben der Deutschen Post AG die I. GmbH mit 50,4 % und die Investorengruppe S. mit 24,8 % beteiligt. Ende 1999 übernahm die Beteiligte zu 3, eine Tochtergesellschaft der B. Landesbank, den Geschäftsanteil der I. GmbH und später auch den Geschäftsanteil von S..

Die Deutsche Post AG ist selbst oder über in- und ausländische Tochtergesellschaften in den Bereichen Briefdienst, Post- und Paketdienst, Expreßzustellung, Frachtdienst, Logistik und Finanzdienstleistungen tätig. Im Geschäftsjahr 1996 erzielte sie einen Gruppenumsatz von 26,7 Milliarden DM, davon nahezu 99 % im Inland. Trans-o-flex befaßt sich mit Transportdienstleistungen für Geschäftskunden überwiegend in Deutschland. Sie befördert sowohl Pakete (Packstücke mit Normmaßen und einem Gewicht bis zu 31,5 kg) als auch Stückgut und erbringt insbesondere Kombinationsfrachtleistungen, bei denen eine Mehrheit von Packstücken verschiedener Art, beispielsweise Standardpakete und Stückgut, als einheitliche Sendung entgegengenommen, transportiert und ausgeliefert wird. Trans-o-flex erzielte im Jahre 1996 weltweite Umsatzerlöse von etwa einer Milliarde DM, davon 71,3 % in Deutschland; für den Transport der Packstücke bedient sie sich einer Frachtführerorganisation.

Der Anteil der Deutschen Post AG an den Umsätzen, die im Jahre 2000 mit im Inland beförderten, von Geschäftskunden versandten Standardpaketen erzielt wurden, betrug 2 Milliarden DM (33,6 %); davon entfielen 1,3 Milliarden DM (= 64,9 % des betreffenden Gesamtvolumens) auf Sendungen an private Verbraucher ("Business-to-Consumer", im folgenden: Privatkundenpakete) und 0,4 Milliarden DM (= 12,2 % des betreffenden Gesamtvolumens) auf Sendungen an ihrerseits geschäftlich tätige Kunden ("Business-to-Business", im folgenden: Geschäftskundenpakete). Trans-o-flex erzielte in demselben Jahr mit Standardpaketen einen Umsatz von ca. 585 Millionen DM, der vollständig auf den Geschäftskundenbereich entfiel und 14,7 % des in diesem Bereich erzielten Gesamtumsatzvolumens entsprach.

Die Deutsche Post AG hat den Anteilserwerb vom 10. Juli 1997 nachträglich mit Schreiben vom 2. November 1999 angezeigt. Sie beabsichtigt ferner, die übrigen Geschäftsanteile an trans-o-flex von der Beteiligten zu 3 zu

erwerben, und hat diesen Zusammenschluß am 24. Juli 2001 angemeldet. Das Bundeskartellamt hat in beiden Fällen eine Untersagungsverfügung erlassen. Die sofortige Beschwerde der Beteiligten hat das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen (WuW DE-R 1149).

Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten den Antrag auf Aufhebung der Untersagungsverfügung weiter.

## B.

Die zulässige Rechtsbeschwerde bleibt ohne Erfolg. Das Beschwerdegericht hat die sofortige Beschwerde der Beteiligten gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts zu Recht zurückgewiesen.

I. Zutreffend hat das Beschwerdegericht zunächst angenommen, daß sowohl der nachträglich angemeldete Erwerb eines Geschäftsanteils von 24,8 % als auch die Aufstockung auf 100 % der Zusammenschlußkontrolle unterliegen.

Letzteres steht außer Frage, da die Deutsche Post AG mit dem Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile sowohl die unmittelbare Kontrolle über trans-o-flex (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 GWB) als auch einen Geschäftsanteil oberhalb der Aufgreifschwelle von 50 % (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a GWB) erwürbe, und wird demgemäß auch von der Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel gezogen. Aber auch der erste Erwerbsvorgang, der gemäß § 131 Abs. 9 GWB nach altem Recht zu beurteilen ist (vgl. BGH, Beschl. v. 24.6.2003 - KVR 14/01, WuW/E DE-R 1163, 1164 - HABET/Lekkerland [insoweit nicht in BGHZ 155, 214 abgedruckt]), ist nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. der Fusionskontrolle unterworfen.

Als Zusammenschluß gilt nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. jede Verbindung von Unternehmen der in Nummer 2 genannten Art, bei der ein geringerer Anteil als 25 % des Kapitals erworben wird, sofern durch die Verbindung ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben können. Das Beschwerdegericht hat im Ergebnis rechtsfehlerfrei angenommen, daß die Deutsche Post AG durch den Erwerb von 24,8 % der trans-o-flex-Geschäftsanteile in diesem Sinne die Möglichkeit eines wettbewerblich erheblichen Einflusses auf trans-o-flex erhält.

1. Durch die inhaltlich § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB entsprechende Vorschrift des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. ist eine Zusammenschlußkontrolle bei einer Beteiligung von weniger als 25 % insbesondere für den Fall eröffnet worden, daß der Erwerber weder eine Rechtsstellung nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 GWB a.F. erhalten hat noch ihm ein beherrschender Einfluß im Sinne des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F. eröffnet ist. Ein wettbewerblich erheblicher Einfluß verlangt daher nicht, daß das Unternehmen, an dem die Beteiligung erworben wird, beherrscht werden kann. Ausreichend ist vielmehr die gesellschaftsrechtlich vermittelte Möglichkeit einer Einflußnahme, die sich auch nicht auf das gesamte Wettbewerbspotential des Beteiligungsunternehmens beziehen muß. Es genügt, wenn dieses infolge der Beteiligung auch von dem Erwerber für die von ihm verfolgten wettbewerblichen Zwecke nutzbar gemacht und eingesetzt werden kann. Ein Zusammenschlußtatbestand nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. ist daher anzunehmen, wenn nach Art der Vertragsgestaltung und der wirtschaftlichen Verhältnisse zu erwarten ist, daß der Mehrheitsgesellschafter auf die Vorstellungen des Erwerbers Rücksicht nimmt oder diesem freien Raum läßt, auch wenn das nur geschieht, soweit es seinen eigenen Interessen nicht zuwiderläuft (BGH, Beschl. v. 21.11.2000 - KVR 16/99, WuW/E DE-R 607, 608 - Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel).

2. Das Beschwerdegericht hat diese Voraussetzungen mit der Erwägung bejaht, die Deutsche Post AG habe durch den im Rahmen des Anteilserwerbs abgeschlossenen Konsortialvertrag das Recht erhalten, in den nach Maßgabe des Mitbestimmungsgesetzes aus zwölf Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat der trans-o-flex zwei der insgesamt sechs Vertreter der Anteilseigner zu entsenden. Ihr seien damit Einflußmöglichkeiten auf die Willensbildung und das Marktverhalten der trans-o-flex eingeräumt worden, die über diejenigen eines Minderheitsgesellschafters weit hinausgingen und zudem dadurch zusätzlich verstärkt würden, daß die Deutsche Post AG über eine überlegene Markt- und Branchenkenntnis verfüge, während die Mehrheitsgesellschafterin keinerlei entsprechende Erfahrungen habe. Den gleichfalls fundierten Markt- und Branchenkenntnissen der Investorengruppe S. komme keine Bedeutung zu, da diese ihren Geschäftsanteil bereits vor dem maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung übertragen habe.

3. Das greift die Rechtsbeschwerde im Ergebnis ohne Erfolg an.

a) Allerdings wendet sie sich zu Recht dagegen, daß das Beschwerdegericht die nachträgliche Veräußerung der Geschäftsanteile der Investorengruppe S. berücksichtigt hat. Das Beschwerdegericht hat diesen dem Anteilserwerb nachfolgenden Vorgang mit der Begründung herangezogen, daß es sich bei der angefochtenen Untersagungsverfügung um eine kartellbehördliche Entscheidung mit Dauerwirkung handele, für deren Rechtmäßigkeit es auf die Sachlage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht ankomme (BGHZ 88, 273, 278 - Springer/Elbe-Wochenblatt II; BGHZ 155, 214, 227 - HABET/Lekkerland). Hier geht es jedoch um die Vorfrage für die Untersagungsverfügung, ob überhaupt ein Zusammenschluß im Sinne des § 23 GWB a.F. vorliegt, der die Fusionskontrolle eröffnet. Ein solcher Zusammenschluß ist nach § 23 Abs. 1 GWB a.F. dem Bundeskartellamt unver-

zügig anzuzeigen; wer die Anzeige nicht unverzüglich vornimmt, handelt nach § 39 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. ordnungswidrig. Ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 GWB a.F. vorliegen und demgemäß eine Anzeigepflicht besteht, muß daher nach den im Verwaltungsverfahren zu prüfenden, aus dem Erwerbsvorgang folgenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen beurteilt werden; auf Veränderungen dieser Verhältnisse, die sich nachträglich bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht ergeben, kommt es - ebenso wie bei einer Freigabeverfügung (BGHZ 155, 214, 227) - nicht an.

b) Auch unter Berücksichtigung der ursprünglichen Zusammensetzung des Gesellschafterkreises nach dem Erwerb der Minderheitsbeteiligung hat jedoch die Beurteilung des Beschwerdegerichts im Ergebnis Bestand. Der Deutschen Post AG ist durch die ihr eingeräumte gesellschaftsrechtliche Position in Verbindung mit ihrer überlegenen Markt- und Branchenkenntnis und ihrer beherrschenden Position auf einem benachbarten Markt die Möglichkeit eines wettbewerblich erheblichen Einflusses auf trans-o-flex verschafft worden.

Dabei bedarf es keiner Erörterung der Rüge der Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht hätte nicht auf die tatsächliche Besetzung des Aufsichtsrats der trans-o-flex abstellen dürfen, sondern berücksichtigen müssen, daß der Aufsichtsrat nach der im Konsortialvertrag vorgesehenen Regelung insgesamt sechzehn Mitglieder haben sollte. Entscheidend ist nicht die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder, sondern der Umstand, daß der Deutschen Post AG durch die im Konsortialvertrag getroffene Regelung ein gesicherter Einfluß auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats eingeräumt worden ist. Das der Deutschen Post AG eingeräumte Recht, zwei Aufsichtsratsmitglieder zu entsenden, steht zudem in sachlichem Zusammenhang mit weiteren Regelungen, die die gesellschaftsrechtliche Position der Erwerberin deutlich stärken. So haben sich die

Altgesellschafter verpflichtet, zu veranlassen, daß die notwendige Anzahl von Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat der trans-o-flex ihr Mandat mit sofortiger Wirkung niederlegte, um ein Nachrücken zu ermöglichen. Es ist ferner bestimmt worden, daß der Vorstand der trans-o-flex umbesetzt werden und die Parteien des Konsortialvertrags sich über die Person des zu Bestellenden zuvor ins Benehmen setzen sollten. Vor allem aber sind im Konsortialvertrag, der nach seiner Präambel ausdrücklich zum Schutz der Minderheitsgesellschafter und mit dem Ziel einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit abgeschlossen worden ist, Vereinbarungen über Kapitalerhöhungen getroffen worden, die die gesellschaftsrechtliche Position der Deutschen Post AG stark derjenigen eines Gesellschafters angenähert haben, der mindestens 25 % des Kapitals oder der Stimmrechte innehat (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a GWB a.F.). Nach Nr. 3 Buchst. c des Konsortialvertrags können nämlich Kapitalerhöhungen nur auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses erfolgen, welcher mit einer Mehrheit von 80 % der Stimmen gefaßt wird. Zwar kann nach Satz 2 dieser Bestimmung eine Kapitalerhöhung auch mit einer Mehrheit von 75 % beschlossen werden, wenn innerhalb eines Monats nach Vorlage eines Einigungsvorschlags des Abschlußprüfers keine Einigung erzielt wird. Wer Abschlußprüfer der trans-o-flex ist, ist jedoch wiederum im Konsortialvertrag festgelegt, wobei nur einvernehmlich ein anderer Abschlußprüfer bestimmt werden kann. Zudem bestimmt Nr. 3 Buchst. d des Konsortialvertrags, daß vor der Abgabe, vor der Erschließung oder vor dem Erwerb neuer Geschäftsfelder ein Konsens der Gesellschafter erzielt werden soll. Die weitere Bestimmung, daß derartige Maßnahmen auch mit einer Mehrheit von 75 % beschlossen werden können, wenn ein Konsens nicht erzielt werden kann, wird wiederum dadurch relativiert, daß der Ankauf von nicht kostendeckenden Geschäftsfeldern hiervon ausgenommen wird. Ob hiermit, wie die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht haben, die Investorengruppe S. vor Kapitalerhöhungen gegen



ihren Willen geschützt werden sollte, ist unerheblich, da die getroffenen Vereinbarungen der Deutschen Post AG gleichermaßen zugute kommen.

Den gesellschaftsrechtlichen Regelungen kommt entscheidende Bedeutung in Verbindung mit der Marktstärke und der Marktkenntnis der Deutschen Post AG zu. Sie verschaffen ihr die Möglichkeit einer maßgeblichen Einflußnahme auf eine Gesellschaft, deren Mehrheitsgesellschafter ein reiner Finanzinvestor ist, der ihrer Markt- und Branchenkenntnis nichts annähernd Gleichwertiges entgegensetzen kann. Daß ein solcher Mehrheitsgesellschafter auf die Vorstellungen der Deutschen Post AG zur weiteren Entwicklung und zur Positionierung der trans-o-flex auf dem Markt Rücksicht nimmt, sofern sie nicht dem Interesse der Gesellschaft erkennbar zuwiderlaufen, ist schon für sich genommen nicht nur möglich, sondern naheliegend. Erst recht ist dies angesichts des Umstands zu erwarten, daß die im Konsortialvertrag getroffenen Regelungen einer Veränderung der Geschäftsfelder der trans-o-flex und hierfür notwendigen Kapitalerhöhungen gegen den Willen der Deutschen Post AG erhebliche Hindernisse in den Weg legen.

Wie das Bundeskartellamt zu Recht geltend macht, steht dem auch nicht entgegen, daß zum Zeitpunkt des Anteilserwerbs mit der Investorengruppe S. eine zweite branchenkundige Minderheitsgesellschafterin ebenfalls 24,8 % der Geschäftsanteile hielt. Selbst wenn diese gegenläufige Interessen verfolgt hätte, so hätte ihr Einfluß von der Deutschen Post AG zumindest neutralisiert werden können. Solche gegenläufigen Interessen hat das Beschwerdegericht indessen nicht festgestellt, und die Rechtsbeschwerde be-  
anstandet dies auch nicht. Tatsächlich liegt ein Interessengegensatz in Anbetracht des Umstands fern, daß die Deutsche Post AG ihren Geschäftsanteil gerade von der Investorengruppe S. erworben hat, die sich zudem durch die Veräußerung der Mehrheit der Geschäftsanteile an die I.

GmbH des maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftspolitik der trans-o-flex begeben hat. In der mündlichen Verhandlung sind demgemäß auch die Beteiligten davon ausgegangen, daß die Investorengruppe S. nach der Reduzierung ihres Geschäftsanteils auf 24,8 % im wesentlichen nur noch finanzielle Interessen verfolgt habe.

II. Das Beschwerdegericht ist zu der Prognose gelangt, daß beide Zusammenschlußtatbestände eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Deutschen Post AG auf dem Markt der Zustellung von Privatkundenpaketen erwarten lassen (§ 24 Abs. 1 GWB a.F., § 36 Abs. 1 GWB). Auch das rügt die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg als rechtsfehlerhaft.

1. Das Beschwerdegericht hat bei der sachlichen Abgrenzung der Märkte für die Beförderung von Packstücken von Geschäftskunden einen (noch einmal in einen Geschäftskundenpakete- und einen Privatkundenpaketemarkt aufzuteilenden) Markt für Standardpakete und einen Markt für Stückgut angenommen. Es hat es abgelehnt, außerdem noch einen gesonderten Markt für Kombinationsfrachtleistungen anzuerkennen, auf dem trans-o-flex nach Meinung der Beteiligten tätig ist. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Die Bestimmung eines relevanten Angebotsmarkts folgt grundsätzlich dem Bedarfsmarktkonzept. Danach sind einem bestimmten relevanten Markt alle Produkte oder Dienstleistungen zuzurechnen, die aus der Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind (BGHZ 131, 107, 110 - Backofenmarkt; BGH, Urt. v. 19.3.1996 - KZR 1/95, WuW/E 3058, 3062 - Pay-TV-Durchleitung; Beschl. v. 5.10.2004 - KVR 14/03, WRP 2004, 1502, 1504 - Staubsaugerbeutelmarkt). Davon ist das Beschwerdegericht zutreffend ausgegangen.

b) Die Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes auf den Streitfall ergibt nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts, daß der Beförderungsbedarf, den die Anbieter von Kombinationsfrachtdiensten bedienen, aus verständiger Sicht der Nachfrager auch dadurch befriedigt werden kann, daß anstelle des Kombinationsfrachtanbieters je nach Zusammensetzung des Beförderungsgutes ein Paketdienst und/oder ein Stückgutspediteur beauftragt wird. Das Beförderungsgut im Bereich der Kombinationsfracht entspreche demjenigen, das auf dem Paket- und Stückgutmarkt transportiert werde. Trans-o-flex befördere beispielsweise durch ihre Niederlassung Hannover zu 91,8 % Standardpakete, zu 1,9 % Einzelpaletten und zu 6,3 % sonstige Einzelstücke. Auch hinsichtlich der Möglichkeit des Nachfragers, eine bestimmte Lieferzeit vorzugeben, bestünden weitgehende Leistungsübereinstimmungen zwischen Kombinationsfracht einerseits und Paket- und Stückgutfracht andererseits. Kombinationsfracht unterscheide sich hiernach nur insoweit von der Paket- und Stückgutbeförderung, als Mischsendungen zum Transport übernommen und in einem Zustellvorgang an den Empfänger ausgeliefert würden. Daß dies für zahlreiche Nachfrager unverzichtbares Leistungserfordernis sei, sei jedoch weder dem Vorbringen der Beteiligten zu entnehmen noch sonst ersichtlich.

c) Die Rechtsbeschwerde will dem mit eingehenden Darlegungen dazu entgegentreten, daß sich Transportgut und demgemäß auch die Einrichtungen und Leistungen der trans-o-flex zur Beförderung und Handhabung des Transportgutes signifikant von Transportgut und Einrichtungen eines reinen Paket- oder Stückgutbeförderers unterscheiden. Diese Einwände gehen jedoch an der Argumentation des Beschwerdegerichts vorbei. Es steht außer Frage, daß sich die Gesamtheit der Dienstleistungen, die trans-o-flex erbringt, von denjenigen eines "klassischen" Paketdienstes oder Stückgutspediteurs unterscheidet, weil trans-o-flex, wie die Rechtsbeschwerde zutreffend darlegt, die Versendung einer Mehrzahl für denselben Empfänger bestimmter Einzelpackstücke unter-

schiedlicher Art so organisiert, daß Versender und Empfänger von Koordinationsaufwand entlastet werden. Das ändert aber nichts daran, daß diese Leistungsgesamtheit diejenigen Dienstleistungen enthält, die auch der Paketdienst oder der Stückgutspediteur erbringt, nämlich die Beförderung von Paketen oder Stückgut von A nach B, und ihr die Verbindung dieser Einzelleistungen zu einer Gesamtleistung hinzufügt, deren Mehrwert für den Kunden in der einheitlichen Übernahme und Auslieferung der Gesamtsendung liegt. Das Beschwerdegericht hat sich daher zutreffend mit der Frage befaßt, ob dieser Mehrwert für den Kunden ein derartiges Gewicht hat, daß die getrennte Beauftragung eines Paketdienstleisters und eines Stückgutspediteurs keine in Betracht zu ziehende Leistungsalternative darstellt, und diese Frage verneint. Die Betonung der Eigenart der Gesamtdienstleistung der trans-o-flex ist nicht geeignet, dieses Prüfungsergebnis in Frage zu stellen. Denn die Annahme eines einheitlichen Marktes setzt nicht voraus, daß die Produkte oder Dienstleistungen der Anbieter gleich sind, sondern verlangt nur, daß sie aus der Sicht der Nachfrager austauschbar sind. Einen Hinweis hierauf konnte das Beschwerdegericht auch in der übereinstimmenden oder jedenfalls ähnlichen Preiselastizität sehen, die nach dem Ergebnis der vom Bundeskartellamt durchgeführten Kundenbefragung einerseits die befragten Unternehmen zu einem Wechsel des bislang beauftragten Frachtdienstleisters, andererseits die befragten Unternehmen mit Kombinationsfracht zur Beauftragung eines Paketdienstleisters und eines Stückgutspediteurs veranlassen könnte. Denn auch dies zeigt, daß für die Nachfrager ein Übergang von der Beauftragung eines Kombinationsfrachtdienstleisters zur Vergabe von Einzelleistungen ebenso möglich ist wie ein Wechsel des Paketdienstes oder des Stückgutspediteurs und in gleichem Maße davon abhängt, in welchem Umfang die Kosten der bislang bezogenen Leistung gegenüber den Kosten ihres Substituts ansteigen.

2. Im übrigen hält die Prognose des Beschwerdegerichts der Nachprüfung unabhängig davon stand, ob trans-o-flex derzeit auf dem Geschäftskundenpaketmarkt oder auf einem hiervon zu unterscheidenden Markt für Kombinationsfrachtleistungen tätig ist. Denn entscheidend ist allein, daß trans-o-flex überhaupt - und sei es auch als Bestandteil von Kombinationsfrachtleistungen - in erheblichem Umfang Geschäftskundenpakete befördert und infolgedessen über das Potential verfügt, wie andere auf dem Geschäftskundenpaketmarkt tätige Anbieter auf den Privatkundenpaketmarkt vorzudringen.

a) Das Beschwerdegericht hat seine Prognose damit begründet, daß für trans-o-flex eine Ausweitung ihrer Geschäftstätigkeit auf den Privatkundenpaketmarkt in Betracht komme, um an dem wachsenden Markt des elektronischen Handels und der damit einhergehenden Ausweitung der Nachfrage nach Frachtleistungen zur Zustellung von Geschäftspaketen an Private teilzuhaben. Da trans-o-flex bereits über die erforderliche Infrastruktur wie Sortieranlagen zur Erbringung solcher Frachtdienste verfüge und fast 92 % der aktuell umgeschlagenen Packstücke Standardpakete seien, liege die unternehmerische Überlegung nahe, ihr Betätigungsfeld durch eine schrittweise Vergrößerung des Zustell- und Agenturnetzes entsprechend auszuweiten. Ihren durch die Minderheitsbeteiligung erlangten wettbewerblichen Einfluß könne die Deutsche Post AG auch in dieser Frage nutzen und ihn insbesondere dazu einsetzen, zur Absicherung ihrer eigenen Marktposition einen Markteintritt der trans-o-flex zu verhindern oder ihn zumindest zu begrenzen. Durch den beabsichtigten Hinzuerwerb der übrigen Geschäftsanteile der trans-o-flex erhalte die Deutsche Post AG den uneingeschränkten Zugriff auf die Infrastruktur dieses Unternehmens und könne diese zur Sicherung ihrer eigenen Position auf dem Privatkundenpaketmarkt nutzen.

b) Diese Erwägungen tragen die Erwartung einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Deutschen Post AG auf dem Privatkundenpaketmarkt. Daß die Deutsche Post AG auf diesem Markt mit einem Umsatzanteil von 65 % marktbeherrschend ist, zieht auch die Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel. Die Annahme des Beschwerdegerichts, sie könne ihren wettbewerblichen Einfluß auf die trans-o-flex nutzen, um deren Zutritt als weiterer Wettbewerber auf diesem Markt zu behindern, ist rechtsfehlerfrei.

aa) Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt, muß die durch den Zusammenschluß zu erwartende Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung nicht im Sinne des § 1 GWB spürbar sein. Es genügt vielmehr, wenn die Marktmacht ausgleichende Wirkung des Wettbewerbs durch eine Veränderung der markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluß der Fall war. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kann insbesondere schon in der Stärkung der Fähigkeit liegen, nachstoßenden Wettbewerb abzuwehren und den von Wettbewerbern und potentiellen Wettbewerbern zu erwartenden Wettbewerbsdruck zu mindern, um die bereits errungene Marktposition zu erhalten und zu sichern (BGHZ 76, 55, 73 - Springer/Elbe Wochenblatt I; BGH, Beschl. v. 10.12.1991 - KVR 2/90, WuW/E 2731, 2737 - Inlandstochter; Beschl. v. 13.7.2004 - KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301, 1304 - Sanacorp/ANZAG). Ein trotz Marktbeherrschung verbliebener oder potentieller Wettbewerb ist um so nachhaltiger zu schützen, je stärker der Grad der durch Konzentration eingetretenen Beschränkung des Wettbewerbs bereits ist (BGHZ 82, 1, 11 - Zeitungsmarkt München; BGHZ 136, 268, 278 - Stromversorgung Aggertal). Daher genügt es, wenn der Anteilserwerb die Fähigkeit der Deutschen Post AG stärkt, einer Betätigung der trans-o-flex auf dem von ihr dominierten Privatkundenpaketmarkt entgegenzuwirken.

bb) Zu Unrecht meint die Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht setze sich in einen unauflösbaren Widerspruch zu seiner Beurteilung, die Geschäftskundenpaketdienste seien keine potentiellen Wettbewerber auf dem Privatkundenpaketmarkt und der der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts zugrundegelegte einheitliche Markt der Beförderung von Geschäftspaketen bestehe infolgedessen nicht, wenn es annehme, für trans-o-flex komme eine Ausdehnung ihrer Geschäftstätigkeit auf den Privatkundenpaketmarkt in Betracht.

Der vermeintliche Widerspruch besteht tatsächlich nicht. Das Berufungsgericht hat zwar angenommen, daß trans-o-flex eine Ausdehnung ihres Geschäftsfeldes auf den Privatkundenpaketmarkt nicht kurzfristig realisieren könnte, hat ihr jedoch das wirtschaftliche Interesse und das Potential zugetraut, sich mittelfristig zu einer weiteren Konkurrentin der Deutschen Post AG auf dem Privatkundenpaketmarkt zu entwickeln. Ist bereits durch den Zusammenschluß die Grundlage dafür geschaffen worden, einer derartigen Ausweitung der Geschäftstätigkeit entgegenwirken zu können, sobald trans-o-flex Anstalten hierzu machen sollte, bedeutet die darin liegende Absicherung für die Zukunft bereits in der Gegenwart eine Verstärkung der Marktposition der Deutschen Post AG (vgl. BGHZ 136, 268, 274 f. - Stromversorgung Aggertal).

cc) Der Rechtsbeschwerde kann auch nicht darin gefolgt werden, die Erwartung des Beschwerdegerichts sei nicht durch Tatsachen belegt, sondern beruhe auf der bloßen Unterstellung, der Vertrieb über elektronische Medien werde stark ansteigen, für die das Beschwerdegericht allein eine OECD-Studie aus dem Jahre 1997 ins Feld führe, die jedoch keinerlei gesicherte Erkenntnisse darüber enthalte, welche Auswirkungen der Vertrieb über elektronische Medien auf den Markt der Paketzustellung an Private haben werde.

Das Beschwerdegericht hat sich nicht nur auf die OECD-Studie gestützt, sondern seine Prognose u.a. damit begründet, daß auch das für den Bundesverband Internationaler Expresß- und Kurierdienste e.V. erstattete Gutachten des Fraunhofer-Instituts (S. 62) von der Annahme ausgehe, daß die Zustellung von Privatkundenpaketen im Zuge der Ausweitung des Handels über elektronische Medien zu einem Massenmarkt werde. In diesem Gutachten wird ausgeführt, es sei mittelfristig absehbar, daß die privaten Paketdienstleister aus den Segmenten Geschäftspaket und Großversandhandel noch sehr viel stärker als bisher in die Privatkundenzustellung investieren würden. Insbesondere das Wachstum des "E-Commerce" werde die "Zustellstopdichte" in Wohngebieten deutlich erhöhen und damit auch für die Privaten, parallel zum Zustellnetz der Deutschen Post AG, eine wirtschaftliche Privatkundenzustellung ermöglichen. Mit eigenen oder in Kooperation betriebenen Agenturen könne eine flächendeckende Paketeinlieferung geboten werden. Die Initiative der Unternehmen Hermes und GP, 3000 Paketshops aufzubauen, sei ein Indiz für die Attraktivität des Segments (S. 64). Das Beschwerdegericht hat ferner darauf verwiesen, daß auch das für die Deutsche Post AG erstattete Gutachten der Lexecon Ltd. erwartet, daß andere Paketdienstleister sich an ein flächendeckendes Zustellungsnetz annähern werden und damit ihr Marktanteil am Privatkundenpaketmarkt und am Schaltergeschäft zunehmen wird. Aufgrund von Skalenerträgen in der Produktion würden, so wird dort ausgeführt (S. 18 = S. 20 der deutschen Übersetzung), "Business-to-Business"-Anbieter mit steigendem Volumen dichtere Netzwerke entwickeln und versuchen, in allen Hauptsegmenten und -märkten in Wettbewerb zu treten. Diese Entwicklung werde auch durch die vor kurzem etablierten Verbindungen dieser Anbieter mit ausländischen Postgesellschaften vorangetrieben werden. Außerdem werde die Entwicklung des Versandgeschäfts auf Internetbasis eine solche Integration durch eine höhere Nachfrage zusätzlich fördern. Wenn sich das Beschwerdegericht für seine



eigene Prognose auf diese sachverständigen Äußerungen gestützt hat, die in das Verfahren eingeführt bzw. von den Beteiligten selbst vorgelegt waren, so ist dies nicht zu beanstanden. Zugleich erledigt sich damit die Rüge der Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht hätte den Beteiligten Gelegenheit geben müssen, zu dem Aspekt elektronischer Handel vorzutragen.

dd) Schließlich hat das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei angenommen, daß bereits ihre Minderheitsbeteiligung an trans-o-flex die Deutsche Post AG in die Lage versetze, einer der Marktprognose entsprechenden Ausweitung der geschäftlichen Betätigung auch der trans-o-flex auf den Privatkundenpaketmarkt entgegenzuwirken. Die Kapitalschwäche der trans-o-flex, mit der die Rechtsbeschwerde begründen will, daß eine Expansion in einen neuen Markt ein unkalkulierbares Risiko darstellen würde und daher vernünftigerweise ohnehin nicht in Betracht zu ziehen sei, steht dem nicht entgegen. Denn die Beteiligung der Deutschen Post AG, ihr mangelndes Interesse daran, trans-o-flex das Kapital zur Verfügung zu stellen, das sie für eine Expansion in den von der Deutschen Post AG beherrschten Privatkundenpaketmarkt benötigen würde, und die zu I.3.b) erörterte gesellschaftsrechtliche Absicherung der Deutschen Post AG gegen entsprechende Maßnahmen sind geeignet, die Attraktivität einer solchen Verbesserung der Kapitalausstattung auch für den gegenwärtigen Mehrheitsgesellschafter oder ein anderes Unternehmen zu mindern, das daran interessiert sein könnte, mit Hilfe der trans-o-flex und ihrer vorhandenen Infrastruktur auf den Privatkundenpaketmarkt vorzudringen. Schon dieser die Stellung der Deutschen Post AG auf dem Privatkundenpaketmarkt sichernde Effekt reicht zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung aus.

c) Die Rüge, das Beschwerdegericht hätte die Beteiligten darauf hinweisen müssen, daß es beabsichtige, die Beschwerde mit der Begründung zurückzuweisen, der Zusammenschluß führe zu einer Verstärkung der marktbeherr-

schenden Stellung der Deutschen Post AG auf dem Privatkundenpaketmarkt, hat ebenfalls keinen Erfolg. Sie geht schon deswegen fehl, weil bereits die angefochtene Untersagungsverfügung hilfsweise auf die Erwägung gestützt ist, bei Zugrundelegung getrennter Märkte für die Geschäftskunden- und die Privatkundenpaketbeförderung entfalle mit der Beteiligung der Deutschen Post AG an trans-o-flex auch ein potentieller Wettbewerber auf dem Privatkundenpaketmarkt. Die Rechtsbeschwerde macht nicht geltend, daß das Beschwerdegericht bei den Beteiligten die Annahme hervorgerufen hat, es schließe dies aus.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Meier-Beck