



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVZ 16/09

vom

2. Februar 2010

in der Rechtsbeschwerdesache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Kosmetikartikel

GWB § 72 Abs. 2; VwGO § 99 Abs. 2

Versagt die Kartellbehörde in einem Beschwerdeverfahren die Zustimmung zur Einsicht in ihre Verfahrensakten, kann diese Entscheidung nur in dem Zwischenverfahren nach § 72 Abs. 2 Satz 4 bis 6 GWB überprüft werden.

BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010 - KVZ 16/09 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 2. Februar 2010 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. Februar 2009 wird als unzulässig verworfen.

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem oben bezeichneten Beschluss wird zurückgewiesen.

Die Beteiligte zu 1 trägt die Kosten der Beschwerdeverfahren einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung des Rechtsbeschwerde- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens notwendigen Kosten des Bundeskartellamts.

Der Gegenstandswert der Rechtsbeschwerde und der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf jeweils 500.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Douglas Holding AG - Beteiligte zu 1 (im Folgenden: Douglas) - beabsichtigte, sämtliche Kommanditanteile der HELA Kosmetik Handels GmbH & Co. Parfümerie KG - Beteiligte zu 2 (im Folgenden: HELA) - zu erwerben.

Douglas betreibt in Deutschland mehr als 400 Parfümerie-Einzelhandelsgeschäfte. HELA betreibt elf Parfümerie-Filialen, davon eine in Darmstadt.

- 2 Mit Beschluss vom 8. März 2007 hat das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben unter der auflösenden Bedingung freigegeben, dass es Douglas unterlässt, das von HELA in Darmstadt betriebene Parfümerie-Einzelhandelsgeschäft an einen unabhängigen Erwerber innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab Zustellung des Beschlusses zu veräußern. Darüber hinaus hat es Douglas verpflichtet, für den Zeitraum von sechs Jahren nach erfolgter Veräußerung der genannten Filiale keinen direkten oder indirekten Einfluss auf das veräußerte Parfümerie-Einzelhandelsgeschäft zu erwerben.
- 3 Mit ihrer Beschwerde hat sich Douglas gegen die auflösende Bedingung und das Rückkaufverbot gewandt. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde hat es nicht zugelassen.
- 4 Douglas hat wegen Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs "zulassungsfreie Rechtsbeschwerde", im Übrigen Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt.
- 5 B. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:
- 6 Durch den Zusammenschluss werde eine marktbeherrschende Stellung von Douglas auf dem Einzelhandelsmarkt für von Parfümerien und Parfümerie-Fachabteilungen der Kaufhäuser (im Folgenden: Parfümerien) vertriebene Kosmetikprodukte und Düfte der gehobenen Preisklasse einschließlich der sie ergänzenden Körperpflegeprodukte im Raum Darmstadt verstärkt.

7 Die Drogerien und Drogerie-Märkte (im Folgenden: Drogerien) seien in diesen Markt nicht einzubeziehen. Zwar bestehe zwischen den auch von den Drogerien vertriebenen Kosmetikartikeln und Düften qualitativ kein erheblicher Unterschied zu den von den Parfümerien angebotenen Waren. Die deutlichen Unterschiede in den Preislagen - Parfümerie-Artikel würden zu 2/3 im Rahmen eines Exklusivvertriebs (Depotvertrieb) zu Preisen von über 30 € bis zu 300 € und mehr angeboten, Drogerie-Artikel dagegen fast ausschließlich zu Preisen unter 30 € als sog. Mass-Market- oder Konsumprodukte - rechtfertigten aber die Annahme, dass aus Sicht des verständigen Verbrauchers beide Warengruppen nicht austauschbar seien. Die festgestellten Preislagen ergäben sich aus Nachermittlungen, die das Bundeskartellamt durchgeführt habe, nachdem ihm die zu klärenden Fragen vorgegeben worden seien. Einsicht in die Nachermittlungsakten sei nicht gewährt worden, da das Bundeskartellamt seine Zustimmung im Hinblick auf darin befindliche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verweigert habe. Dennoch seien die - vorgetragenen - Ergebnisse der Nachermittlung verwertbar. Für das Bestehen sachlich getrennter Märkte sprächen auch die unterschiedliche Präsentation der Produkte - hochwertige Verpackung, exklusiv anmutende Umgebung, individuelle Beratung, Möglichkeit, neue Produkte auszuprobieren - und die Einschätzung der befragten Marktteilnehmer. Aus zwei von Dougals in Auftrag gegebenen Verbraucherbefragungen ergebe sich nichts Gegenteiliges. Bei dieser Sachlage sei eine gerichtliche Verbraucherbefragung nicht erforderlich, zumal sie wegen der Eilbedürftigkeit der Entscheidung ohnehin im Allgemeinen nicht in Betracht komme.

8 Der Marktanteil von Douglas auf dem so abgegrenzten Markt, der im Endergebnis mit dem vom Bundeskartellamt angenommenen, auf den selektiven Vertrieb von Depotkosmetika abstellenden Markt weitgehend übereinstimme, betrage ...% (Anm.: = oberhalb des Vermutungswerts des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB) und begründe - zusammen mit dem Marktanteilsabstand zum

nächst großen Wettbewerber, dem besseren Zugang zu den Beschaffungsmärkten und der relativ hohen Marktzutrittsschranke - eine marktbeherrschende Stellung von Douglas, die durch den Zusammenschluss verstärkt würde. Die auflösende Bedingung für die Freigabe des Zusammenschlusses und das Rückkaufverbot seien erforderlich, um dies zu verhindern.

9 C. Weder die Rechtsbeschwerde noch die Nichtzulassungsbeschwerde führen zum Erfolg.

10 I. Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig, weil die nach § 74 Abs. 4 Nr. 3 GWB geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht schlüssig dargelegt ist (vgl. BGH, Beschl. v. 23.6.2009 - KVR 57/08, WuW/E DE-R 2732 Tz. 6 - Versicherergemeinschaft).

11 1. Das Beschwerdegericht hat nicht gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen, indem es Douglas keine Einsicht in die Nachermittlungsakten des Bundeskartellamts gewährt hat.

12 a) Der Verfassungsgrundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert in seiner Ausprägung durch § 71 Abs. 1 Satz 2, § 72 Abs. 1 Satz 1 GWB, dass die Entscheidung des Beschwerdegerichts nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt wird, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten, und dass den Beteiligten grundsätzlich uneingeschränkt Einsicht nicht nur in die gerichtlichen Verfahrensakten, sondern auch in Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte, die sich bei den gerichtlichen Verfahrensakten befinden, gewährt wird. Von dem Einsichtsrecht des § 72 Abs. 1 Satz 1 GWB nimmt § 72 Abs. 2 Satz 1 GWB diejenigen Aktenbestandteile aus, die anderen Stellen "gehören". In diese Aktenbestandteile ist eine Einsichtnahme nur dann zulässig, wenn die andere Stelle zugestimmt hat. Für die Akten und Auskünfte des Bundeskartellamts bestimmt

§ 72 Abs. 2 Satz 2 GWB, dass die Zustimmung zu versagen ist, soweit dies aus wichtigen Gründen geboten ist. Wenn danach eine Akteneinsicht unzulässig ist, dürfen die Unterlagen gemäß § 72 Abs. 2 Satz 3 GWB der Entscheidung nur insoweit zugrundegelegt werden, als ihr Inhalt vorgetragen worden ist.

- 13 Eine Verweigerung der erforderlichen Zustimmung zur Akteneinsicht ist für das Beschwerdegericht grundsätzlich bindend, wie der Senat in seiner Entscheidung E.ON/Stadtwerke Eschwege ausgeführt hat (BGHZ 178, 285 Tz. 32, 34). Das Beschwerdegericht ist insbesondere nicht befugt, in entsprechender Anwendung des § 99 Abs. 2 VwGO nachzuprüfen, ob die Verweigerung der Zustimmung durch das Bundeskartellamt oder die sonst zuständige Stelle rechtmäßig ist (Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, GWB, 6. Aufl. 1982, § 71 a.F. Rn. 7; a.A. K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., GWB § 72 Rn. 7; Kollmorgen in Langen/Bunte, GWB, 10. Aufl., § 72 Rn. 8; Kühnen in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, 2. Aufl., § 72 Rn. 11). Für eine analoge Anwendung des § 99 Abs. 2 VwGO fehlt es an einer Regelungslücke. Zur Lösung des Konflikts zwischen dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG und auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG einerseits und dem als Ausfluss der Grundrechte der Art. 12 und 14 GG zu gewährenden Geheimnisschutz, insbesondere dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen andererseits hat der Gesetzgeber des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein anderes Verfahren vorgesehen, nämlich das Zwischenverfahren nach § 72 Abs. 2 Satz 4 bis 6 GWB (Mayen, NVwZ 2003, 537, 539). Danach kann das Beschwerdegericht unter bestimmten Voraussetzungen die Offenlegung der als geheimhaltungsbedürftig eingestufteten Tatsachen und Beweismittel anordnen. Im Rahmen dieses Verfahrens wird geprüft, ob ein wichtiger Grund für die Geheimhaltung besteht. Der erforderliche Rechtsschutz gegen die Behördenentscheidung ist damit gewährleistet.

- 14 b) Nach diesen Grundsätzen durfte das Beschwerdegericht den Verfahrensbeteiligten keine Einsicht in die Nachermittlungsakten gewähren. Für eine Einsicht in diese Akten bedurfte es der Zustimmung des Bundeskartellamts. Diese Zustimmung ist nicht erteilt worden.
- 15 Die Nachermittlungsakten sind - anders als die Rechtsbeschwerde meint - Vorakten des Bundeskartellamts i.S. des § 72 Abs. 2 Satz 1 GWB (vgl. BGHZ 178, 285 Tz. 32 - E.ON/Stadtwerke Eschwege). Sie betreffen ergänzende Ermittlungen, die das Bundeskartellamt nach einer entsprechenden Aufforderung des Beschwerdegerichts durchgeführt hat.
- 16 Dem Beschwerdegericht ist es nicht verwehrt, an Stelle eigener Ermittlungen (Nach-)Ermittlungen des Bundeskartellamts zu veranlassen und zu werten (BGHZ 155, 214, 220 f. - HABET/Lekkerland; BGHZ 178, 285 Tz. 32 - E.ON/Stadtwerke Eschwege). Bei diesen Nachermittlungen handelt es sich um einen Teil des kartellbehördlichen Verfahrens, für den entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde keine besonderen Voraussetzungen - etwa ein erheblicher Umfang der Ermittlungen - erfüllt sein müssen. Das Bundeskartellamt wird dabei nicht lediglich als "Bote" des Beschwerdegerichts tätig. Das zeigt sich schon daran, dass es - wie auch hier - einen Auskunftsbefehl nach § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB erlässt und auf den Bußgeldtatbestand des § 81 Abs. 2 Nr. 6 GWB hinweist. Es nimmt mithin Befugnisse in Anspruch, die nur ihm und nicht auch dem Beschwerdegericht zustehen.
- 17 2. Das Beschwerdegericht hat den Anspruch von Douglas auf rechtliches Gehör auch nicht dadurch verletzt, dass es kein Zwischenverfahren nach § 72 Abs. 2 Satz 4 bis 6 GWB durchgeführt hat.

- 18 a) Nach § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB kann das Beschwerdegericht die erforderliche Zustimmung der zuständigen Stelle zur Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln nur dann durch eine eigene Anordnung ersetzen, wenn und soweit es für die Sachentscheidung auf diese Tatsachen oder Beweismittel ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles die Bedeutung der Sache für die Sicherung des Wettbewerbs das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt. Hinsichtlich der Frage, ob die als geheimhaltungsbedürftig eingestufteten Tatsachen oder Beweismittel - hier der Inhalt der Nachermittlungsakten des Bundeskartellamts - entscheidungserheblich sind, hat sich das Beschwerdegericht von den allgemeinen Grundsätzen seiner Aufklärungspflicht nach § 70 Abs. 1 GWB leiten zu lassen. Wenn es aufgrund tatrichterlicher Würdigung zu dem Ergebnis kommt, dass der nach § 72 Abs. 2 Satz 3 GWB vorgetragene Inhalt der Unterlagen ausreicht, um den maßgeblichen Sachverhalt aufzuklären, darf es eine Anordnung nach § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB nicht erlassen und muss auch kein Zwischenverfahren durchführen. Verletzt es diese Regeln, liegt darin grundsätzlich kein Gehörsverstoß, sondern eine Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht.
- 19 b) Danach kann im Hinblick auf die Voraussetzungen einer zulassungsfreien Rechtsbeschwerde offen bleiben, ob das Beschwerdegericht seine Aufklärungspflicht verletzt hat, indem es kein Zwischenverfahren nach § 72 Abs. 2 Satz 4 bis 6 GWB durchgeführt hat. Jedenfalls ist Douglas dadurch nicht das rechtliche Gehör versagt worden, worauf es hier allein ankommt.
- 20 3. Das Beschwerdegericht hat auch keine gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßende "Überraschungsentscheidung" erlassen.

21 Die Rechtsbeschwerde meint, das Beschwerdegericht habe den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt, weil es seine Entscheidung widersprüchlich und nicht nachvollziehbar begründet habe, ohne Douglas auf seine Auffassungen hinzuweisen und Gelegenheit zu geben, ergänzend vorzutragen und weitere Ermittlungen anzuregen.

22 Das reicht zur Begründung eines Gehörsverstößes nicht aus.

23 a) Eine gegen das Grundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs verstoßende "Überraschungsentscheidung" liegt vor, wenn sich die Verfahrensbeteiligten nicht zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt oder der maßgeblichen Rechtslage äußern konnten. Das Gericht ist jedoch grundsätzlich nicht verpflichtet, vor der Entscheidung auf seine Rechtsauffassung hinzuweisen. Eine solche Pflicht besteht nur dann, wenn das Gericht auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte (st. Rspr. des BVerfG, s. etwa Beschl. v. 7.10.2009 - 1 BvR 178/09, GRUR-RR 2009, 441 Tz. 8; Beschl. v. 29.5.1991 - 1 BvR 1383/90, NJW 1991, 2823 f.). Ob das Gericht dem Vortrag der Beteiligten in materiellrechtlicher Hinsicht die richtige Bedeutung beimisst, ist dagegen keine Frage des rechtlichen Gehörs (BVerfG GRUR-RR 2009, 441 Tz. 5).

24 Will sich ein Verfahrensbeteiligter auf einen Verstoß gegen die so verstandene Hinweispflicht berufen, muss er darlegen, welchen Hinweis das Beschwerdegericht hätte geben müssen, mit welchem Vortrag er darauf reagiert hätte und dass die Entscheidung aufgrund dieses Vortrags möglicherweise für ihn günstiger ausgefallen wäre (BGH, Beschl. v. 28.6.2005 - KVR 27/04,

WuW/E DE-R 1520, 1522 - Arealnetz; MünchKommWettbR/Nothdurft, § 74 Rn. 44, § 76 Rn. 15).

25 b) Danach ist die Rüge hier schon nicht ordnungsgemäß erhoben. Zwar mag dem Vortrag der Rechtsbeschwerde noch zu entnehmen sein, welche Hinweise ihrer Meinung nach hätten gegeben werden müssen. Sie trägt aber nicht vor, in welcher Weise Douglas darauf reagiert hätte, insbesondere welchen zusätzlichen Tatsachenvortrag sie gehalten und welche zusätzlichen Beweisangebote sie gestellt hätte.

26 4. Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht habe Vortrag von Douglas übergangen, etwa den Vortrag, von Drogerien sowie dem Direktvertrieb gehe ein erheblicher Wettbewerbsdruck aus.

27 a) Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist das Gericht nicht gehalten, sich in den Entscheidungsgründen mit sämtlichem Vorbringen einer Prozesspartei auseinanderzusetzen und hierzu im Einzelnen Stellung zu nehmen. Eine Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs kann nur dann angenommen werden, wenn sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass das Gericht tatsächliches Vorbringen des Beschwerdeführers entweder nicht zur Kenntnis genommen oder bei seiner Entscheidung ersichtlich nicht in Erwägung gezogen hat (BVerfGE 86, 133, 146; 75, 369, 381; BGH, Beschl. v. 23.11.2004 - KVZ 7/03, juris Tz. 4, insoweit nicht abgedruckt in BGH-Report 2005, 1006).

28 b) Davon kann hier nicht ausgegangen werden.

29 Das Beschwerdegericht hat sich im Rahmen der Feststellung des relevanten Marktes durchaus mit der Frage befasst, ob die Warenangebote von Drogerien und Direktvertriebern einerseits und Parfümerien andererseits aus der Sicht der Verbraucher austauschbar sind, ob diese Geschäftsformen also miteinander im Wettbewerb stehen. Es hat diese Frage unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Senats zur Marktabgrenzung bei gelegentlichen Einzelangeboten (BGH, Beschl. v. 28.4.1992 - KVR 9/91, WuW/E 2771, 2772 f. - Kaufhof/Saturn) verneint und ist auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis gekommen, dass Douglas auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von ...% (Anm.: = oberhalb des Vermutungswerts des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB) hat und - vor allem deshalb, aber auch aufgrund weiterer Umstände wie etwa dem Marktanteilsabstand zu den Wettbewerbern - eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Wenn es im Rahmen dieser Abwägung nicht nochmals auf die Möglichkeit der Verbraucher eingegangen ist, einen Teil des Bedarfs an Artikeln des Parfümerie-Sortiments auch bei Drogerien oder im Direktvertrieb zu decken, kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass es das diesbezügliche Vorbringen von Douglas nicht zur Kenntnis genommen und gewürdigt hätte.

30 II. Die Nichtzulassungsbeschwerde von Douglas bleibt ebenfalls ohne Erfolg. Die Sache wirft weder Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 74 Abs. 2 GWB).

31 1. Das gilt zum einen für die von der Nichtzulassungsbeschwerde vorgebrachten Einwände gegen das Verfahren des Beschwerdegerichts.

32 a) Bei den vom Beschwerdegericht veranlassten Nachermittlungen hat es sich um solche des Bundeskartellamts und nicht um eine gerichtliche Beweis-

aufnahme gehandelt (s. oben C I 1 b). Die Nichtzulassungsbeschwerde zeigt nicht auf, dass insoweit eine Rechtsfrage klärungsbedürftig wäre oder dass ein sonstiger Grund für die Zulassung der Rechtsbeschwerde vorläge. Dass dem Bundeskartellamt im Rahmen des Beschwerdeverfahrens Nachermittlungen überlassen werden können und dass es dabei in eigener Zuständigkeit und nicht nur als "Bote" des Gerichts tätig wird, entspricht ständiger Senatsrechtsprechung (BGHZ 155, 214, 220 f. - HABET/Lekkerland; BGHZ 178, 285 Tz. 32 - E.ON/Stadtwerke Eschwege).

33 b) Dass die Verweigerung der Zustimmung zur Akteneinsicht nach § 72 Abs. 2 Satz 1, 2 GWB nicht in einem gerichtlichen Zwischenverfahren analog § 99 Abs. 2 VwGO auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden kann, hat der Senat bereits in seinem Urteil BGHZ 178, 285 Tz. 32, 34 - E.ON/Stadtwerke Eschwege inzident entschieden. Er hat dort ausgeführt, dass die Erklärung der Behörde grundsätzlich für das Gericht bindend ist und dass eine Überprüfung in dem Verfahren nach § 72 Abs. 4 bis 6 GWB stattfindet.

34 Im Übrigen ist die Frage der analogen Anwendbarkeit von § 99 Abs. 2 VwGO im Kartellverfahren nicht entscheidungserheblich. Denn eine Entscheidung nach § 99 Abs. 2 VwGO kommt - ebenso wie eine solche nach § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB - nur dann in Betracht, wenn der Sachverhalt allein durch Einsicht in die Akten aufgeklärt werden kann (BVerwG, Beschl. v. 12.1.2006 - 20 F 12/04, NVwZ 2006, 700 Tz. 7). Diese Voraussetzung hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt, sondern im Gegenteil angenommen, dass der Vortrag des Inhalts der Nachermittlungsakten nach § 72 Abs. 2 Satz 3 GWB ausreiche.

35 c) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Zwischenverfahren nach § 72 Abs. 2 Satz 4 bis 6 GWB über die Offenlegung von als geheimhal-

tungsbedürftig eingestuften Unterlagen stattzufinden hat, ist entgegen der Ansicht der Nichtzulassungsbeschwerde nicht klärungsbedürftig. Die Voraussetzungen ergeben sich aus dem Gesetz. Ob sie im Einzelfall erfüllt sind, ist Tatfrage.

36 d) Soweit die Nichtzulassungsbeschwerde geltend macht, durch die Verweigerung der Einsicht in die Nachermittlungsakten des Bundeskartellamts sei ihr Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt worden, wiederholt sie lediglich die schon im Rahmen der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde erhobene - und für unbegründet befundene - Rüge.

37 2. Auch im Hinblick auf die Entscheidung in der Sache bleibt die Nichtzulassungsbeschwerde ohne Erfolg.

38 a) Die Abgrenzung des maßgeblichen Marktes ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, der dabei die tatsächlichen Gegebenheiten des Marktes festzustellen hat (BGHZ 92, 223, 238 - Gruner+Jahr/Zeit I; BGHZ 170, 299 Tz. 15 - National Geographic II; BGHZ 178, 285 Tz. 14 - E.ON/Stadtwerke Eschwege). Das Rechtsbeschwerdegericht kann nur prüfen, ob der Sachverhalt umfassend und frei von Verfahrensfehlern festgestellt worden ist und die der Marktabgrenzung zugrunde liegenden Rechtssätze beachtet und zutreffend angewandt worden sind. Nur bezüglich dieser Rechtsfragen können auch die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 74 Abs. 2 GWB erfüllt sein.

39 Danach genügt der Vortrag der Nichtzulassungsbeschwerde nicht, um einen Zulassungsgrund darzulegen.

40 Dass die Marktabgrenzung in kartellrechtlichen Streitigkeiten im Hinblick auf ähnlich gelagerte Sachverhalte von großer Bedeutung ist, reicht für eine

Zulassung entgegen der Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde nicht aus. Insbesondere gibt es keine ständige Rechtsprechung des Senats, derzufolge die Marktabgrenzung regelmäßig von grundsätzlicher Bedeutung i.S. des § 75 Abs. 2 GWB ist. Vielmehr unterscheidet der Senat auch bei der Zulassung der Rechtsbeschwerde stets zwischen der Tatfrage der Marktabgrenzung und den zugrunde liegenden Rechts- und Verfahrensfragen (s. etwa BGH, Beschl. v. 4.4.2006 - KVZ 33/05, juris).

41 Auch bedarf es keiner höchstrichterlichen Klärung der Frage, ob von dem Angebot anderer Vertriebslinien - wie den Drogerien - erheblicher Wettbewerbsdruck auf die Parfümerien ausgeht und die entsprechenden Sortimente deshalb in den relevanten Markt einzubeziehen sind. Das ist eine Tatfrage. Zudem ist nicht dargelegt, dass sie sich voraussichtlich in einer Vielzahl anderer Fälle stellen wird (vgl. BGH, Beschl. v. 8.5.2001 - KVZ 23/00, WuW/E DE-R 703, 704).

42 Die in anderem Zusammenhang erhobene Rüge, das Beschwerdegericht habe bei der Marktabgrenzung nicht auf die Verbrauchersicht abgestellt und insbesondere keine - erforderliche - Verbraucherumfrage durchgeführt oder veranlasst, geht ebenfalls fehl. Das Beschwerdegericht hat den relevanten Markt nach dem dafür in erster Linie heranzuziehenden Bedarfsmarktkonzept abgegrenzt und dabei untersucht, ob die von Drogerien und Parfümerien vertriebenen Erzeugnisse aus der Sicht eines verständigen Verbrauchers als austauschbar anzusehen sind (vgl. BGHZ 170, 299 Tz. 14 - National Geographic II; BGHZ 178, 285 Tz. 15 - E.ON/Stadtwerke Eschwege). Dass es sich nach Auswertung der ihm vorliegenden Erkenntnisse nicht veranlasst gesehen hat, zusätzlich eine - repräsentative - Befragung des maßgeblichen Verbraucherkreises durchzuführen oder durch das Bundeskartellamt durchführen zu lassen, begegnet schon grundsätzlich keinen Bedenken und kann erst Recht nicht die

Zulassung der Rechtsbeschwerde gebieten. Zum einen gehören die Mitglieder des Beschwerdegerichts selbst zu dem angesprochenen Verbraucherkreis. Zum anderen hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, dass im Rahmen der Fusionskontrolle Verkehrsbefragungen im Allgemeinen nicht in Betracht kommen. Es befindet sich damit in Einklang mit der Rechtsprechung des Senats, wonach die sich aus der Fristgebundenheit des Verwaltungsverfahrens erklärende Beschränkung der Aufklärungsmöglichkeiten auch für das gerichtliche Beschwerdeverfahren gilt (BGHZ 170, 299 Tz. 15 - National Geographic II).

43 b) Auch die Frage, welche Bedeutung von einem Beteiligten vorgelegte Verbraucherumfragen haben und welche Anforderungen an die Würdigung solcher Umfragen zu stellen sind, ist nicht geeignet, einen Grund für die Zulassung der Rechtsbeschwerde darzulegen.

44 Es fehlt schon an der Entscheidungserheblichkeit. Das Beschwerdegericht hat die von Douglas vorgelegten Umfragen der Innofact AG umfassend berücksichtigt und aus dem Umstand, dass sie von Douglas in Auftrag gegeben worden waren, keine für den Auftraggeber nachteiligen Schlüsse gezogen. Dass es die Befragungen inhaltlich anders gewürdigt hat als Douglas, kann mit der Nichtzulassungsbeschwerde nicht in Frage gestellt werden.

45 D. Der Senat entscheidet über die Rechtsbeschwerde (vgl. BGH, WuW/E DE-R 2732 Tz. 36 - Versicherergemeinschaft) sowie über die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 75 Abs. 2 Satz 2 GWB) ohne mündliche Verhandlung.

Tolksdorf

Raum

Strohn

Kirchhoff

Bacher

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.02.2009 - VI-Kart 7/07 (V) -