



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 4/16

Verkündet am:
12. Juni 2018
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Busverkehr im Altmarkkreis

GWB 2005 § 1

Ob ein Austauschvertrag (hier: über die Erbringung von Busverkehrsleistungen durch einen Subunternehmer des Genehmigungsinhabers) eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, richtet sich regelmäßig nicht nach den Absichten der Vertragsparteien, sondern danach, ob die getroffenen Vereinbarungen unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen ihrer Art nach objektiv geeignet sind, den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt zu beeinträchtigen.

BGH, Urteil vom 12. Juni 2018 - KZR 4/16 - OLG Naumburg
LG Stendal

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 2018 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Raum sowie die Richter Sunder und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 14. Januar 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Widerklage stattgegeben worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Beklagten (Berufungsantrag zu b) gegen das Teilgrundvorbehalts- und Teilendurteil des Landgerichts Stendal vom 3. April 2013 zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Die Sache wird zur Verhandlung und Entscheidung über den weiteren Widerklageantrag (Berufungsantrag zu c) sowie über die Kosten des Berufungsverfahrens an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten im Revisionsverfahren noch über die Fortdauer eines zwischen ihnen geschlossenen Verkehrsleistungsübertragungsvertrags.
- 2 Die beklagte GmbH ist Genehmigungsinhaberin für die Linien- und Schülerverkehre im Altmarkkreis Salzwedel; der Landkreis ist ihr alleiniger Gesellschafter. Die Beklagte erbringt die Verkehrsleistungen überwiegend mit eigenen Mitteln und im Übrigen durch Nachunternehmer. Die Klägerin, ein privates Busunternehmen, war bis Mitte 1994 selbst Genehmigungsinhaberin oder Betriebsführerin in Teilgebieten des heutigen Altmarkkreises Salzwedel, die durch eine Kreisreform ihre Selbständigkeit verloren haben. Seit dem 1. Juli 1994 ist sie als Nachunternehmerin der jeweiligen Inhaberinnen der Verkehrsgenehmigungen des neuen Landkreises tätig, seit 1996 als Nachunternehmerin der Beklagten im Fahrplanbereich Klötze - Mieste - Gardelegen.
- 3 Zum 1. November 1994 schloss die Klägerin mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten einen Verkehrsleistungsübertragungsvertrag, der in § 9 Abs. 1 regelte, dass sich die Vertragsdauer nach der Laufzeit der von der Auftraggeberin gehaltenen Konzessionen richtet und sich für die Dauer der Folgegenehmigungen automatisch verlängert. Neben dem Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund sah der Vertrag ein Kündigungsrecht der Auftraggeberin lediglich im Fall eines Erlöschens der Genehmigung nach § 26 Nr. 1 Buchst. b PBefG vor.
- 4 Nach Verhandlungen über die Ausgestaltung ihrer weiteren Zusammenarbeit schlossen die Parteien am 17./18. September 2003 einen Verkehrsleistungsübertragungsvertrag (im Folgenden: VLÜV 2003), mit dem sie das Nachunternehmerverhältnis zu modifizierten Bedingungen weiterführten. Der Vertrag sieht vor, dass die Beförderungsverträge zwischen dem jeweiligen Fahrgast

und der Beklagten zustande kommen (§ 8 Nr. 8.1, § 11 Nr. 11.1 VLÜV 2003).
Er enthält in § 17 u.a. folgende Bestimmungen:

17.1 Der Vertrag tritt am 01.09.2003 in Kraft.
Die Vertragsdauer richtet sich nach der Laufzeit der vom Auftraggeber gehaltenen Konzessionen (bis zum 09.07.2009).
Sie verlängert sich automatisch für die Dauer der Folgegenehmigungen.

17.2 Während der Vertragsdauer ist eine ordentliche Kündigung beiderseits ausgeschlossen.

17.3 Beide Parteien sind berechtigt, den Vertrag aus wichtigem Grund entsprechend § 626 BGB fristlos zu kündigen.

Insbesondere liegt ein wichtiger Grund vor, wenn der Auftraggeber durch Gesetz oder Rechtsprechung verpflichtet wird, die Konzessionen nach § 13a PBefG zu beantragen, oder wenn die Konzession für den Altmarkkreis durch Gesetz oder Rechtsprechung ausgeschrieben werden muss, so dass Auftraggeber und Auftragnehmer sich an der Ausschreibung mit gleichen Rechten beteiligen können oder müssen.

(...)

17.4 Der Auftragnehmer hat ein Sonderkündigungsrecht mit einer Frist von vier Wochen bei Wegfall der gesamten Ausgleichszahlungen nach § 45a PbefG.

5

Das mit dem VLÜV 2003 vereinbarte Vergütungssystem wich von den üblichen Nachunternehmerverträgen der Beklagten zum Vorteil der Klägerin ab, weil ihr als ehemaliger Konzessionsinhaberin bzw. Betriebsführerin Bestandsschutz gewährt werden sollte.

6

Die Beklagte erhielt im Jahr 2009 Folgegenehmigungen für den Linienverkehr bis zum Jahr 2017. Die Klägerin blieb für sie weiterhin als Subunternehmerin tätig. Im August 2010 führte die Beklagte als Angebot neben dem System von Linienverkehren „Anrufbusse in der Fläche“ ein. Die Klägerin erfüll-

te entsprechende Fahraufträge. Die Parteien konnten sich aber über eine Anpassung der Vergütungsstrukturen nicht einigen.

7 Die Klägerin beansprucht mit ihrer Klage für die Verkehrsleistung „Anrufbus in der Fläche“ im Zeitraum 5. August 2010 bis 30. November 2011 113.978,85 €. Die Beklagte tritt dem entgegen und macht im Wege der Hilfsaufrechnung sowie mit ihrem erstinstanzlichen Widerklageantrag zu 2 eine Rückzahlungsforderung wegen zu hoher Ausgleichszahlungen nach § 45a PBefG geltend. Mit dem Widerklageantrag zu 1 (Berufungsantrag zu b) begehrt die Beklagte die Feststellung, dass die Bestimmung in § 17 Nr. 17.1 Satz 3 VLÜV 2003, wonach sich die Vertragsdauer automatisch für die Dauer der Folgegenehmigungen verlängert, nichtig ist. Der Widerklageantrag zu 3 (Berufungsantrag zu c) ist auf die Feststellung gerichtet, dass die Klägerin keinen Anspruch auf eine näher bezeichnete Entgeltermittlung hat.

8 Das Landgericht hat durch Teilgrundvorbehalts- und Teilendurteil das Bestehen der Klageforderung dem Grunde nach unter dem Vorbehalt der Entscheidung über die Hilfsaufrechnung festgestellt sowie die Widerklageanträge zu 1 und 3 abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht deren Verurteilung im Wesentlichen bestätigt, dem Widerklageantrag zu 1 aber stattgegeben. Den Widerklageantrag zu 3 hat das Berufungsgericht als Hilfsantrag gewertet, über den nach dem Erfolg des Widerklageantrags zu 1 nicht mehr zu entscheiden sei.

9 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Abweisung des Widerklageantrags zu 1.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision der Klägerin hat Erfolg.

11 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

12 Der Feststellungsantrag sei zulässig, insbesondere liege das erforderliche Feststellungsinteresse vor. Der Beklagten gehe es um die Wirksamkeit der Laufzeitvereinbarung im VLÜV 2003 und damit um die Frage der Beendigung des Vertragsverhältnisses zum 9. Juli 2009 oder die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses über diesen Zeitpunkt hinaus. Hierüber bestehe ein Streit der Parteien.

13 In der Sache könne offen bleiben, ob die Verlängerungsklausel in Verbindung mit dem dauerhaften Ausschluss des Rechts der ordentlichen Kündigung wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB nichtig sei. Denn jedenfalls sei die Nichtigkeit der Klausel deshalb festzustellen, weil sie eine nach § 1 GWB unerlaubte Anschlussbindung begründe. Damit habe das Vertragsverhältnis zum 9. Juli 2009 geendet.

14 Für die Entscheidung sei § 1 GWB in der seit dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle am 1. Juli 2005 geltenden Fassung anzuwenden. Zwar sei der VLÜV 2003 vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle geschlossen worden. Die Verlängerungsklausel habe aber erst mit dem Auslaufen der ursprünglichen Befristung am 9. Juli 2009 Wirkungen entfaltet. Zudem könnten neue Verbotsgesetze bereits wirksam begründete Dauerschuldverhältnisse in der Weise erfassen, dass sie ex nunc unwirksam würden.

15 Die Vertragsparteien hätten mit der Verlängerungsklausel die Verhinderung eines wettbewerblichen Verhaltens der Beklagten bezweckt. Auf die - vom Landgericht verneinte - Frage der Spürbarkeit komme es daher nicht an. Von

der Variante des Bezweckens gemäß § 1 GWB würden Vereinbarungen erfasst, die nach der subjektiven Vorstellung der Vertragsparteien die wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten mindestens eines Vertragspartners ohne ein anerkennungswertes Interesse beschränken. Durch die Anschlussbindung habe der Beklagten nicht nur der Wechsel des Vertragspartners, sondern auch jegliche Änderung der Vertragskonditionen verwehrt werden sollen. Ihre wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten seien unmittelbar eingeschränkt worden. Ein wettbewerbsneutraler Zweck einer so weitgehenden Anschlussbindung, die allein vom Fortbestand der der Beklagten erteilten Genehmigung abhängt, sei selbst aus der subjektiven Sicht der Klägerin nicht zu erkennen, auch wenn ein anerkennungswürdiges Interesse der Klägerin an einer mehrjährigen Vertragslaufzeit im Hinblick auf getätigte Investitionen und in Förderbescheiden festgelegte Zweckbindungsfristen unterstellt werde.

- 16 Über die Länge einer hier angemessenen Frist müsse nicht befunden werden; sie sei jedenfalls endlich. In der Praxis seien Nachunternehmerverträge mit Laufzeiten von nur einem, zwei oder drei Jahren durchaus weit verbreitet. Auch sähen öffentlich-rechtliche Vorschriften des Personenbeförderungsrechts Höchstgrenzen vor. Die Geltungsdauer einer Busverkehrsgenehmigung sei nach dem Personenbeförderungsgesetz auf acht Jahre (§ 16 Abs. 2 Satz 2 PBefG a.F.) bzw. zehn Jahre (§ 16 Abs. 2 Satz 2 PBefG n.F.) beschränkt. Nach der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (VO [EG] 1370/2007 [im Folgenden: VO 1370/2007]) betrage die beihilferechtlich zulässige Laufzeit von Verkehrsleistungsübertragungsverträgen zehn Jahre mit einer Verlängerungsmöglichkeit um höchstens fünf Jahre (Art. 4 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 VO 1370/2007). Die Verordnung sei gemäß ihrem Art. 8 Abs. 3 auch auf den vor ihrem Inkrafttreten am 3. Dezember 2009 geschlossenen VLÜV 2003 anzuwenden. Es könne offen bleiben, ob sich aus dem Verstoß gegen die Verordnung unmittelbar die Nichtigkeit der im Streit stehenden Verlängerungsklausel

ab dem Inkrafttreten der Verordnung ergebe. Jedenfalls seien die beihilferechtlichen Maßstäbe für die Beurteilung der Frage heranzuziehen, ob anerkennungswürdige wettbewerbsneutrale Zwecke für die vorliegende Ausschließlichkeitsbindung vorlägen.

17 Für die Feststellung, dass die Vertragsparteien eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt hätten, sei unerheblich, auf wessen Veranlassung die Verlängerungsklausel vereinbart worden sei und dass der VLÜV 2003 den Charakter eines einen Streit beendenden Vergleichs gehabt habe. Denn jedenfalls gebe es keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Klägerin infolge eines materiellrechtlichen „Bestandsschutzes“ ein Anspruch auf eine gleichsam dauerhafte Nachunternehmerstellung mit vorteilhafteren Konditionen als andere Wettbewerber zugestanden hätte.

18 Die Kartellrechtswidrigkeit der Vertragsverlängerungsklausel führe zu deren Nichtigkeit, lasse den VLÜV 2003 aber im Übrigen unberührt, der bis zum Ablauf der ursprünglichen Laufzeit am 9. Juli 2009 fortbestanden habe.

19 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

20 1. Allerdings hat das Berufungsgericht zu Recht die Zulässigkeit des mit dem Widerklageantrag zu 1 gestellten Feststellungsantrags angenommen.

21 a) Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt werden. Die Feststellung von bloßen Vorfragen oder Elementen eines Rechtsverhältnisses kann hingegen grundsätzlich nicht durchgesetzt werden (BGH, Urteil vom 24. März 2010 - VIII ZR 304/08, NJW 2010, 2793 Rn. 16 f.; Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 223/11, NJW 2013, 1744 Rn. 16; Beschluss vom 21. Januar 2014 - II ZR 87/13, juris Rn. 5; Urteil vom 24. Januar 2017 - KZR 47/14, WRP 2017, 563 Rn. 47 - VBL-Gegenwert II).

22 Hiernach wäre die Zulässigkeit des Feststellungsantrags zweifelhaft, wenn er isoliert nur die Nichtigkeit der Verlängerungsklausel beträfe. Denn mit Annahme der Nichtigkeit der Verlängerungsklausel wären die Folgen für das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis nicht umfassend geklärt. Neben einer geltungserhaltenden Reduktion könnten auch eine ergänzende Vertragsauslegung oder eine stillschweigende Vertragsverlängerung in Erwägung zu ziehen sein. Die Klägerin macht ferner geltend, dass sich die Beklagte auf die mögliche Nichtigkeit der Verlängerungsklausel nach Treu und Glauben nicht berufen könne.

23 Die Auslegung des Widerklageantrags zu 1, die der Senat selbst vornehmen kann, ergibt indes, dass die Beklagte als Folge der Nichtigkeit der Verlängerungsklausel zugleich die Beendigung des VLÜV 2003 zum 9. Juli 2009 festgestellt wissen will. So hat auch das Berufungsgericht den Antrag verstanden. Es hat dem - bei der Auslegung des Antrags zu berücksichtigenden (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 2016 - II ZR 305/14, WM 2016, 1599 Rn. 12 mwN) - Vorbringen der Beklagten entnommen, dass es ihr um die Wirksamkeit der Laufzeitvereinbarung und damit um die Frage der Beendigung des Vertragsverhältnisses zum 9. Juli 2009 geht. In diesem Sinne ist auch der Urteilsausspruch des Berufungsgerichts zu verstehen, das in den Entscheidungsgründen ein Vertragsende zu dem genannten Zeitpunkt angenommen hat.

24 b) Der im Berufungsverfahren erstmals gestellte Hilfsantrag, der auf die Feststellung gerichtet ist, dass die Verlängerungsklausel in Verbindung mit dem Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung unwirksam ist (zweiter Berufungsantrag zu b), hat keine eigenständige Bedeutung. Schon der zugehörige Hauptantrag setzt den in § 17 Nr. 17.2 VLÜV 2003 geregelten Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts voraus.

25 c) Das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse hat das Berufungsgericht zutreffend bejaht. Die Revision erinnert hiergegen nichts.

- 26 2. Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Verlängerungsklausel sei wegen Verstoßes gegen § 1 GWB nichtig, weil eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliege.
- 27 a) Im Ausgangspunkt noch zutreffend hat das Berufungsgericht § 1 GWB in der seit 1. Juli 2005 geltenden Fassung angewendet, mit der auch vertikale Wettbewerbsverhältnisse erfasst werden, obwohl die Parteien den VLÜV 2003 bereits am 18. September 2003 abgeschlossen haben.
- 28 Wenngleich sich die Wirksamkeit eines Vertrages im Allgemeinen nach dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Recht richtet, erfasst eine Neufassung des Kartellverbots grundsätzlich auch bereits wirksam begründete Dauerschuldverhältnisse in der Weise, dass sie, soweit sie gegen die Neuregelung verstoßen, ex nunc unwirksam werden (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003 - KVR 24/01, BGHZ 154, 21, 26 f. - Verbundnetz II; Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 71/08, GRUR 2011, 641 Rn. 57 - Jette Joop). Besondere Umstände, aus denen sich etwas anderes ergeben kann, liegen hier nicht vor. Vielmehr ist die Neufassung des § 1 GWB in Kraft getreten, bevor die im Streit stehende Verlängerungsklausel mit Ablauf der Verkehrsgenehmigung zum 9. Juli 2009 erstmals zur Anwendung kommen konnte.
- 29 b) Das Berufungsgericht ist jedoch bei seiner Einschätzung, es liege eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, so dass es auf eine Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr ankomme, von einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab ausgegangen. Die gebotene Anwendung der aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union folgenden Abgrenzungsmerkmale führt hier zu dem Ergebnis, dass keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.
- 30 aa) Bei Prüfung der Voraussetzungen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen

Union zu Grunde zu legen, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 1 AEUV - wie nach den im Streitfall getroffenen Feststellungen - nicht erfüllt sind und lediglich ein Verstoß gegen § 1 GWB in Betracht kommt. Denn die zu Art. 101 Abs. 1 AEUV geltenden Grundsätze sind mit Blick auf den vom Gesetzgeber angestrebten weitgehenden Gleichlauf des deutschen Kartellrechts mit dem Kartellrecht der Europäischen Union auch für die Anwendung von § 1 GWB maßgeblich (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 17. Oktober 2017 - KZR 59/16, WRP 2018, 199 Rn. 24 mwN - Almased Vitalkost).

31 Danach kommt es auf die vom Berufungsgericht als ausschlaggebend erachteten Kriterien nicht maßgebend an. Vielmehr ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auf die Art der jeweils in Rede stehenden Wettbewerbsbeschränkung abzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2017 - KZR 59/16, WRP 2018, 199 Rn. 19 ff. - Almased Vitalkost). Den Gerichten ist es zwar nicht verwehrt, die Absicht der Beteiligten ergänzend zu berücksichtigen; sie ist aber kein notwendiges Element, um festzustellen, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (EuGH, WuW/E EU-R 2696 Rn. 37 - Allianz Hungária Biztosító; EuGH, WuW/E EU-R 3090 Rn. 54 - Groupement des cartes bancaires; Krauß in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage, § 1 GWB Rn. 166). Im Übrigen ist der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen (st. Rspr., siehe nur EuGH, Urteil vom 23. Januar 2018 - C-179/16 Rn. 78 - Hoffmann-La Roche).

32 Der Unionsgerichtshof hat wiederholt ausgeführt, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen, mit denen eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt wird, schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden und deshalb grundsätzlich unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs darstellen. Eine solche Vereinbarung unterfällt

dem Verbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bereits deshalb, weil sie geeignet ist, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten. Ihre tatsächlichen Auswirkungen brauchen nicht berücksichtigt zu werden, weil die Erfahrung lehrt, dass solche Verhaltensweisen zu einer Beeinträchtigung der Marktverhältnisse führen, etwa Minderungen der Produktion und Preiserhöhungen mit sich bringen, die zu einer schlechteren Ressourcenallokation führen (EuGH, Slg. 2008, I-8637 Rn. 17 - Beef Industry; EuGH, Slg. 2009, I-4529 Rn. 29 f. - T-Mobile Netherlands; EuGH, GRUR Int. 2013, 285 Rn. 36 f. - Expedia; EuGH, WuW/E EU-R 2696 Rn. 34 f. - Allianz Hungária Biztosító; EuGH, NZKart 2013, 367 Rn. 95 ff. - Stichting Administratiekantoor Portielje; EuGH, WuW/E EU-R 3090 Rn. 50 f. - Groupement des cartes bancaires; EuGH, WuW/E EU-R 3272 Rn. 115 - Dole; EuGH, EuZW 2015, 802 Rn. 31 f. - ING Pensii; EuGH, EuZW 2016, 180 Rn. 18 f. - Maxima Latvija; EuGH EuZW 2016, 354 Rn. 25 f. - Toshiba; EuGH, Urteil vom 27. April 2017 - C-469/15 P Rn. 103 f. - Bonita-Bananen; EuGH, Urteil vom 23. Januar 2018 - C-179/16 Rn. 78 - Hoffmann-La Roche).

- 33 bb) Die mit dem VLÜV 2003 getroffenen Vereinbarungen lassen sich keiner anerkannten Fallgruppe zuordnen, die typischerweise die Voraussetzungen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung erfüllt (vgl. dazu Krauß in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage, § 1 GWB Rn. 173; Zimmer in Immen-ga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, § 1 GWB Rn. 132; Bechtold/Bosch, GWB, 8. Auflage, § 1 Rn. 44). Insbesondere beinhalten sie keine Kernbeschränkungen, die nach Art. 4 Buchst. a der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO) zum Verlust der Freistellung führen und die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nahelegen können (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober

2017 - KZR 59/16, WRP 2018, 199 Rn. 23 - Almased Vitalkost; Krauß in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage, § 1 GWB Rn. 172).

34 cc) Ob auch außerhalb einschlägiger Fallgruppen bei Vorliegen besonderer Umstände eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung. Solche Umstände, nach denen die hier in Rede stehende Wettbewerbsbeschränkung ihrer Art nach als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gewertet werden könnte, liegen jedenfalls nicht vor.

35 (1) Im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs kann zwischen einem „Fahrgastmarkt“ und einem „Aufgabenträgermarkt“ unterschieden werden (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Februar 2006 - KVR 5/05, BGHZ 166, 165 Rn. 23 f., 27 - DB Regio/üstra; OLG Düsseldorf, NZKart 2016, 528, juris Rn. 86), wobei sich der durch das Doppelbelegungsverbot geprägte Fahrgastmarkt einem Verkehrsunternehmen regelmäßig erst erschließt, wenn es im „Wettbewerb um den Markt“, also auf dem Aufgabenträgermarkt, erfolgreich gewesen ist (vgl. BGH, aaO Rn. 27; OLG Düsseldorf, aaO, juris Rn. 87, 93).

36 Der Streitfall betrifft, wie das Berufungsgericht richtig sieht, eine mögliche Beschränkung des Wettbewerbs im Aufgabenträgermarkt, der Fahrgastmarkt ist allenfalls mittelbar betroffen. Hierbei steht allerdings nicht der „Genehmigungswettbewerb“ in Rede, sondern die nachgeordnete Stellung als Subunternehmer der Beklagten, die ihrerseits die alleinige Genehmigungsinhaberin in dem betroffenen Landkreis ist. Des Weiteren geht es nicht um eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern im Hinblick auf eine Beauftragung durch die Beklagte, sondern um eine vertikale Vereinbarung, nämlich den Subunternehmervertrag selbst, der zwischen den Parteien geschlossen und mit der beanstandeten Verlängerungsklausel versehen wurde.

37 (2) Zwar ist eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nicht nur bei Vereinbarungen unter Wettbewerbern in Betracht zu ziehen, sondern auch bei

Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Marktstufen tätig sind (EuGH, Slg. 1966, 322, 387 - Consten und Grundig/Kommission; EuGH, Slg. 1998, I-1983 Rn. 11 - Javico/Yves Saint Laurent; EuGH, WuW/E EU-R 2696 Rn. 43 - Allianz Hungária Biztosító; EuGH, EuZW 2016, 180 Rn. 21 - Maxima Latvija). Vertikale Absprachen sind ihrer Natur nach aber oft weniger schädlich als horizontale Vereinbarungen (EuGH, WuW/E EU-R 2696 Rn. 43 mwN - Allianz Hungária Biztosító; Krauß in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage, § 1 GWB Rn. 170). Betreffen sie wie hier einen der Bedarfsdeckung dienenden Austauschvertrag und kann sich eine damit zusammenhängende Wettbewerbsbeschränkung allenfalls aus einer überlangen Vertragsbindung und ihren wettbewerblichen Auswirkungen ergeben, scheidet die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig aus.

38 So hat der Gerichtshof der Europäischen Union etwa im Falle eines Bierlieferungsvertrags (EuGH, Slg. 1991, I-935 = WuW/E EWG/MUV 911 Rn. 13 - Delimitis), eines Alleinbezugsvertrags für Kraftstoffe (EuGH, WuW/E EU-R 381 Rn. 25 - Neste) und einer Exklusivitätsvereinbarung in einem Geschäftsraummietvertrag über die Vermietung einer Gewerbefläche in einem Einkaufszentrum (EuGH, EuZW 2016, 180 Rn. 21 f. - Maxima Latvija) eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung verneint. Gemessen daran ist im Streitfall, in dem die Klägerin den Gesamtbedarf der Beklagten an durch Nachunternehmer zu erbringenden Verkehrsleistungen nur zu einem geringen Teil deckt, die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, auf deren tatsächliche Auswirkungen es dann nicht mehr ankäme, zu verneinen. Der vom Berufungsgericht hervorgehobene Gesichtspunkt, dass der Beklagten durch die beanstandete Vertragsgestaltung nicht nur ein Wechsel des Vertragspartners, sondern auch jegliche Veränderung der Vertragskonditionen dauerhaft verwehrt werde, ist für die kartellrechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend.

39 III. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus
anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

40 1. Die im Streit stehende Verlängerungsklausel ist nicht, was das Beru-
fungsgericht offen gelassen hat, wegen einer Überschreitung beförderungs-
rechtlicher Höchstfristen gemäß § 134 BGB nichtig. Es fehlt bereits an einer
Überschreitung derartiger Fristen.

41 a) Nach § 16 Abs. 2 Satz 2 PBefG in der ab dem 1. Januar 2013 gelten-
den Fassung beträgt die Geltungsdauer der Genehmigung für Linienverkehr mit
Kraftfahrzeugen höchstens zehn Jahre. Ist die beantragte Verkehrsleistung Ge-
genstand eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Sinne von Artikel 3 Ab-
satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, darf die Geltungsdauer der Ge-
nehmigung die Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrages nicht über-
schreiten (§ 16 Abs. 2 Satz 4 PBefG). Nach § 16 Abs. 2 PBefG a.F. war die
Geltungsdauer der Genehmigung auf acht Jahre begrenzt.

42 Aus diesen Bestimmungen kann indes keine zeitliche Beschränkung für
Unteraufträge hergeleitet werden, die vertraglich an den Fortbestand einer re-
gelungskonform befristeten Genehmigung des Auftraggebers gebunden sind.
Handelt es sich bei dem Auftraggeber um ein Eigenunternehmen der Genehmi-
gungsbehörde und beruht die Genehmigung dementsprechend auf einer In-
house-Vergabe, gilt jedenfalls dann nichts anderes, wenn das Eigenunterneh-
men die Verkehrsleistungen überwiegend selbst erbringt (vgl. auch Art. 5 Abs. 2
Satz 2 Buchst. e VO 1370/2007) und der Unterauftrag zudem, wie hier, nur ei-
nen geringen Teil der vom Auftraggeber nicht selbst zu erbringenden Verkehrs-
leistungen abdeckt.

43 b) Auch eine Überschreitung der nach Art. 4 Abs. 3 Satz 1 VO 1370/2007
(beihilferechtlich) zulässigen Laufzeit von Verkehrsleistungsübertragungsver-

trägen kann hier, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, nicht angenommen werden.

44 Gemäß Art. 4 Abs. 3 Satz 1 der zum 3. Dezember 2009 in Kraft getretenen VO 1370/2007 sind öffentliche Dienstleistungsaufträge befristet und haben für Busverkehrsdienste eine Laufzeit von höchstens zehn Jahren. Nach Art. 4 Abs. 4 der Verordnung kann die Laufzeit unter Berücksichtigung der Amortisationsdauer von Wirtschaftsgütern unter bestimmten Umständen um höchstens 50% verlängert werden.

45 (1) Es ist indes schon nicht erkennbar, ob der zwischen den Parteien geschlossene Verkehrsleistungsübertragungsvertrag, auf den insoweit abzustellen ist, die Voraussetzungen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erfüllt. Der Begriff „öffentlicher Dienstleistungsauftrag“ bezeichnet nach Art. 2 Buchst. i VO 1370/2007 einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen.

46 Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die hier in Rede stehenden Personenverkehrsdienste gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Sinne von Art. 2 Buchst. e VO 1370/2007 unterliegen, es sich also nicht um eigenwirtschaftlich zu erbringende Verkehrsleistungen (vgl. § 8 Abs. 4, § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG) handelt. Zudem wird ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag dadurch charakterisiert, dass er von einer zuständigen Behörde im Sinne von Art. 2 Buchst. b VO 1370/2007 erteilt wird. Diese Voraussetzung erfüllt die beklagte GmbH nicht ohne weiteres, die zwar ein Eigenunternehmen des Landkreises ist, aber keinen Verkehrsverbund (vgl. dazu VG Augsburg, Urteil vom 24. März 2015 - Au 3 K 13.2063, juris Rn. 119; Linke, NZBau 2012, 338) verkörpert.

- 47 (2) Jedenfalls gilt für den hier zu beurteilenden Verkehrsleistungsübertragungsvertrag nicht die in Art. 4 Abs. 3 Satz 1 der Verordnung genannte Höchstfrist, da er geschlossen wurde, bevor die Verordnung zum 3. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.
- 48 Der Übergangsregelung in Art. 8 Abs. 3 VO 1370/2007 kann in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht entnommen werden, dass die Verordnung auch für Altverträge gilt. Für solche Altverträge lässt die Übergangsregelung aber, gestaffelt nach dem Alter des Vertrags und dem ihm zugrunde liegenden Vergabeverfahren, von Art. 4 Abs. 3 Satz 1 VO 1370/2007 abweichende Laufzeiten zu.
- 49 Im Streitfall ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin - wie die Revisionserwiderung in anderem Zusammenhang selbst hervorhebt - bereits seit 1994 für die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin als Nachunternehmerin tätig war. Schon der zum 1. November 1994 geschlossene Vertrag sah keine freie Kündigungsmöglichkeit der Beklagten vor und enthielt eine Verlängerungsklausel, die derjenigen in § 17 Nr. 17.1 VLÜV 2003 wortgleich entsprach und durch diese Regelung fortgeschrieben wurde. Stellt sich der Vertrag vom 18. September 2003 mithin als Fortsetzung des Nachunternehmervertrags aus dem Jahr 1994 dar, den die Beklagte ebenfalls nur unter besonderen Voraussetzungen hätte kündigen können, so ist bei Anwendung von Art. 8 Abs. 3 VO 1370/2007 von einem bereits 1994 begründeten Vertragsverhältnis auszugehen.
- 50 Gemäß Art. 8 Abs. 3 VO 1370/2007 können öffentliche Dienstleistungsaufträge, die vor dem 26. Juli 2000 nach einem anderen Verfahren als einem fairen wettbewerblichen Vergabeverfahren vergeben wurden, für ihre vorgesehene Laufzeit, jedoch nicht länger als 30 Jahre, gültig bleiben. Im Streitfall würde somit bei Anwendbarkeit der VO 1370/2007 die nach der Verordnung noch zulässige Laufzeit erst im Jahr 2024 enden.

- 51 2. Es liegt auch keine spürbar bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vor, die zur Nichtigkeit der Verlängerungsklausel führen würde (§ 1 GWB, § 134 BGB).
- 52 a) Der hier im Streit stehende Nachunternehmervertrag dient der Deckung des Bedarfs der Beklagten, die die ihr obliegenden Verkehrsleistungen nur teilweise selbst erbringen kann oder will und daher Nachunternehmer beauftragt, die nach den Vorgaben der Beklagten Beförderungsleistungen in deren Namen erbringen. Derartige Verträge, die ein Austauschverhältnis zum Gegenstand haben, sind als solche im Grundsatz kartellrechtlich unbedenklich (vgl. nur Krauß in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage, § 1 GWB Rn. 278). Hieran ändert nichts, dass mit dem Abschluss eines solchen Vertrages der Auftraggeber als Nachfrager der Leistungen entfällt und sein diesbezüglicher Bedarf dem Wettbewerb der Leistungsanbieter entzogen wird. Wegen dieser für einen Austauschvertrag typischen Folge kann noch keine Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden.
- 53 Allein aus der langen Laufzeit eines solchen Vertrags kann sich etwas anderes ergeben. Die jedem Austauschvertrag immanente, vom Kartellrecht grundsätzlich hinzunehmende Wirkung, dass der Bedarf des Abnehmers für eine gewisse Zeit gedeckt und damit dem Wettbewerb entzogen wird, kann in eine Wettbewerbsbeschränkung umschlagen, wenn die einem Vertragsbeteiligten im Geschäftsverkehr mit Dritten auferlegten Beschränkungen über das mit dem Absatz der Waren oder gewerblichen Leistungen notwendig verbundene Maß hinausgehen und dadurch der Markt für Wettbewerber verschlossen wird (BGH, Beschluss vom 10. Februar 2009 - KVR 67/07, BGHZ 180, 323 Rn. 35 mwN - Gaslieferverträge; vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Dezember 2008 - KZR 54/08, WuW/E DE-R 2554 Rn. 15 - Subunternehmervertrag II). Im Streitfall ist damit die Frage angesprochen, ob durch die nicht ordentlich kündbare und auf eine unbefristete Fortdauer angelegte Vereinbarung der Parteien ande-

ren Leistungsanbietern auf dem relevanten Markt in wesentlichem Umfang Nachfrage entzogen wird.

54 Für die Einschätzung, ob langfristige Bezugsverträge eine Wettbewerbsbeschränkung in Gestalt einer unzulässigen Marktabschottung herbeiführen können, ist grundsätzlich neben der Laufzeit der Verträge der Grad der Bedarfsdeckung zu berücksichtigen (BGH, Beschluss vom 10. Februar 2009 - KVR 67/07, BGHZ 180, 323 Rn. 37). Im Streitfall ist der durch den Vertrag gebundene Marktanteil ebenso wie der hiermit korrespondierende Grad der Bedarfsdeckung der Beklagten deutlich zu gering, um eine durch Marktabschottung bewirkte spürbare Wettbewerbsbeschränkung annehmen zu können.

55 b) In der vorliegenden Sache ist, wie bereits ausgeführt, auf den Aufgabenträgermarkt abzustellen. In sachlicher Hinsicht ist, wie das Landgericht dargelegt hat, der öffentliche Personennahverkehr mit Bussen betroffen. In räumlicher Hinsicht kann der relevante Markt, anknüpfend an die der Beklagten erteilte Genehmigung, auf das Gebiet des Landkreises Altmarkkreis Salzwedel begrenzt werden. Eine weitere Ausdehnung des Marktes muss hier nicht in Betracht gezogen werden, da eine unzulässige Marktabschottung dann erst recht zu verneinen wäre. Eine noch engere Begrenzung des Marktes auf den der Klägerin zugewiesenen Fahrplanbereich scheidet hingegen aus; dieser räumliche Bereich bildet lediglich die vertraglich vereinbarte Leistung der Klägerin ab. Allerdings sind Verkehrsleistungen auszunehmen, die die Beklagte selbst erbringen muss und die damit für eine Vergabe an Nachunternehmer von vornherein nicht zur Verfügung stehen. Sollten die Voraussetzungen für die Anwendung der VO 1370/2007 erfüllt sein, wäre die Beklagte verpflichtet, den überwiegenden Teil der Verkehrsleistungen selbst zu erbringen (Art. 4 Abs. 7 Satz 2, Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. e VO 1370/2007). In diesem Fall könnte nur knapp die Hälfte der Leistungen an Subunternehmer vergeben werden.

- 56 Nach den im Berufungsurteil wiedergegebenen Feststellungen des Landgerichts hat die Klägerin an den im Landkreis erbrachten Verkehrsleistungen des öffentlichen Personennahverkehrs mit Bussen lediglich einen Marktanteil in einer Größenordnung von 5% oder 7,2%. Wenn ein von der Beklagten gemäß der VO 1370/2007 zwingend selbst zu erbringender Anteil abzusetzen ist, ist der Marktanteil der Klägerin mit rund 14,5% zu bemessen. Lediglich in Höhe des so ermittelten Marktanteils der Klägerin ist die Beklagte durch den beanstandeten Vertrag gebunden.
- 57 c) Ein Marktanteil in dieser Höhe von unter 15%, der zugleich auf Seiten der Beklagten dem durch den Vertrag mit der Klägerin erzielten Grad der Bedarfsdeckung entspricht, reicht für die Annahme einer unzulässigen Marktabschottung nicht aus. So betrafen die der Entscheidung Gaslieferverträge zugrundeliegenden Beanstandungen des Bundeskartellamts Lieferverträge mit einer Bedarfsabdeckung von 50% oder 80% (BGH, Beschluss vom 10. Februar 2009 - KVR 67/07, BGHZ 180, 323 Rn. 6, 36). Langfristige Verträge, die wegen eines geringen Anteils an der Bedarfsdeckung ausreichende Liefermengen für Wettbewerber belassen, sind hingegen unbedenklich (BGH, aaO Rn. 37).
- 58 Für eine Bündelung gleichartiger Verträge mit der Folge, dass die einzelnen Anteilswerte zusammenzuzählen wären und in der Summe einen Anteil ergäben, der in Verbindung mit der Vertragslaufzeit für die Annahme einer unzulässigen Marktabschottung genügt, sind keine zureichenden Anhaltspunkte ersichtlich, auch wenn die Beklagte mit einem anderen Nachunternehmer eine ähnliche Vereinbarung getroffen haben sollte.
- 59 d) Von einer „unendlichen“ Vertragsdauer ist bei dieser Würdigung nicht auszugehen. Für einen zumindest teilweisen Erfolg des Widerklageantrags zu 1 ist der bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht verstrichene Zeitraum ausschlaggebend, der sich ab dem Abschluss des Vorgängervertrages auf rund 21 Jahre beläuft. Sollte, wofür sich aus den Feststel-

lungen des Berufungsgerichts keine Anhaltspunkte ergeben, eine längere Vertragsdauer wettbewerbsrechtlich unzulässig sein, führte dies jedenfalls nicht zur Nichtigkeit der Verlängerungsklausel von Beginn an; vielmehr wäre gegebenenfalls eine geltungserhaltende Reduktion vorzunehmen.

60 Anders als die Revisionserwiderung meint, ist eine geltungserhaltende Reduktion, die eine Gesamtnichtigkeit vermeidet, hier nicht schon deshalb unmöglich, weil eine für sich genommen unbedenkliche Laufzeitvereinbarung getroffen und mit der Regelung einer „automatischen“ Vertragsverlängerung verbunden wurde.

61 Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Klägerin durch die im Streit stehende Verlängerungsklausel und den Ausschluss der ordentlichen Kündigung, solange die Beklagte als Eigenunternehmen des Landkreises weiterhin die Genehmigungen für die dortigen Linien und Schülerverkehre erhält, eine gleichsam dauerhafte Nachunternehmerstellung für den hier betroffenen Fahrplanbereich verschafft worden sei. Unter dieser für Zweifel an der Wirksamkeit der Verlängerungsklausel grundlegenden Annahme eröffnet sich indessen auch die Möglichkeit einer Begrenzung dieser Vertragslaufzeit, etwa bis zum Ablauf einer Folgekonzession oder auch bis zum Ablauf eines bestimmten Zeitraums nach der Erteilung einer Folgekonzession. Denn bei Wettbewerbsbeschränkungen, deren Unzulässigkeit aus der vereinbarten Dauer folgt, besteht grundsätzlich die Möglichkeit, sie im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion auf das zeitlich zulässige Maß zurückzuführen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2004 - KZR 39/02, WuW/E DE-R 1305, 1306, mwN; siehe auch BGH, Urteil vom 10. Dezember 2008 - KZR 54/08, WuW/E DE-R 2554 Rn. 25 - Subunternehmervertrag II; Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 71/08, WuW/E DE-R 3275 Rn. 53 - Jette Joop; Urteil vom 6. November 2013 - KZR 58/11, BGHZ 199, 1 Rn. 78 - VBL-Gegenwert I; Krauß in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage, § 1 GWB Rn. 347). Dies gilt insbesondere bei Altver-

trägen, die erst nachträglich in den Anwendungsbereich des Kartellverbots geraten (BGH, Urteil vom 10. Februar 2004 - KZR 39/02, WuW/E DE-R 1305, 1306). Das Berufungsgericht hat nicht angenommen, dass die Verlängerungsklausel schon nach der Rechtslage vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle kartellrechtswidrig gewesen sei, und hierfür ist auch nichts ersichtlich.

62 Da der VLÜV 2003 in § 18 Nr. 18.3 eine salvatorische Klausel enthält, kann im Übrigen angenommen werden, dass die Parteien die Laufzeitregelung auf das zulässige Maß beschränkt hätten, wenn sie die - unterstellte - Unwirksamkeit einer zeitlich unbegrenzten Bindung erkannt hätten (§ 139 BGB).

63 3. Die Verlängerungsklausel ist auch nicht wegen einer Verletzung oder Umgehung von Ausschreibungspflichten nichtig.

64 Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte als marktbeherrschendes Unternehmen Normadressatin von § 19 Abs. 1 GWB ist und demgemäß dem Behinderungsverbot gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB a.F.) unterliegt. In diesem Fall könnte zwar die in dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Verkehrsleistungsübertragungsvertrag enthaltene Verlängerungsklausel nichtig sein (§ 134 BGB), wenn hierdurch andere Unternehmen, die mit der Klägerin im Wettbewerb um Nachunternehmeraufträge der Beklagten stehen, unbillig behindert würden. Eine unbillige Behinderung liegt aber nicht vor. Sie folgt insbesondere nicht daraus, dass potentiellen Wettbewerbern der Klägerin die Teilnahme an einer an sich gebotenen Ausschreibung verwehrt wird.

65 a) Der Senat hat eine unbillige Behinderung allerdings in Fällen angenommen, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen eine für den nachgelagerten Markt wesentliche, nur begrenzt verfügbare Ressource ohne Ausschreibung vergibt oder durch einen längerfristigen Vertrag für Wettbewerber seines Vertragspartners blockiert (BGH, Urteil vom 8. April 2003 - KZR 39/99,

GRUR 2003, 809, 810 - Konkurrenzschutz für Schilderpräger). Diese Rechtsprechung ist auf den Streitfall aber schon deshalb nicht zu übertragen, weil die Beklagte keine vergleichbare Schlüsselposition einnimmt. Durch Abschluss des VLÜV 2003 hat sie der Klägerin keine exklusiven Vorteile im Wettbewerb der konkurrierenden Verkehrsunternehmen verschafft, sondern ihren eigenen Bedarf an der Erbringung entsprechender Verkehrsleistungen gedeckt.

66 b) Ob die Beklagte aus anderen Gründen als Eigenunternehmen des Landkreises bei der Vergabe von Nachunternehmeraufträgen zu einer Ausschreibung verpflichtet ist, kann dahinstehen.

67 aa) Eine Verletzung zwingender Vergabevorschriften vor Abschluss des VLÜV 2003 führte jedenfalls nicht zur Unwirksamkeit dieses Vertrages. Denn es fehlt, worauf die Revision hinweist, an der gemäß § 101b Abs. 2 GWB a.F. (§ 135 GWB n.F.) erforderlichen Feststellung des Verstoßes in einem fristgebundenen Nachprüfungsverfahren.

68 bb) Eine nach Abschluss des VLÜV 2003 bzw. seines Vorgängervertrages von 1994 begründete Pflicht zur Ausschreibung von Nachunternehmeraufträgen führte auch nicht zu einer zeitlichen Begrenzung des VLÜV mit der Folge, dass der Vertrag zum 9. Juli 2009 oder bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren geendet hätte.

69 Für dem Vergaberecht unterliegende öffentliche Aufträge gibt es keine allgemein geltende Höchstdauer (vgl. Siegel, ZfBR 2006, 554 ff.). Wäre gleichwohl die Geltung einer den Gesamtumständen nach angemessenen Höchstdauer anzunehmen, betrüge sie im Streitfall jedenfalls nicht weniger als 30 Jahre. Dies entspräche der Übergangsregelung für öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß Art. 8 Abs. 3 VO 1370/2007.

70 Im Rahmen einer Gesamtabwägung wäre auch zu berücksichtigen, dass der Kreis als Genehmigungsbehörde unter den Voraussetzungen des § 8b

Abs. 1 PBefG bei Erteilung einer neuen Genehmigung die Übertragung von Unteraufträgen nach wettbewerblichen Grundsätzen vorgeben könnte. In diesem Fall käme wie auch bei einer nachträglich entstehenden Ausschreibungspflicht für Nachunternehmeraufträge eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, die der Beklagten ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gemäß § 17 Nr. 17.3 VLÜV 2003 gäbe. Diese Vertragsbestimmung sieht ein solches Kündigungsrecht zwar nur vor, wenn für die vom Landkreis zu erteilende Genehmigung eine Ausschreibung notwendig wird. Sollten die Parteien eine möglicherweise neu entstehende Verpflichtung zur Ausschreibung von Nachunternehmeraufträgen aber nicht bedacht haben, käme eine Ausweitung des Kündigungsgrundes auf diese Konstellation in Betracht.

71 4. Die Verlängerungsklausel ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbsrechtlich unzulässigen Diskriminierung nichtig (§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB, § 134 BGB).

72 Bei der insoweit erforderlichen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Besserstellung der Klägerin gegenüber ihren Mitbewerbern nicht etwa auf Willkür beruht, sondern dem zuvor erworbenen Status der Klägerin Rechnung trägt. Der Abschluss des VLÜV 2003 diene zudem der Beilegung einer streitigen Auseinandersetzung, bei der die Klägerin geltend machte, dass ihr aufgrund vorheriger Vereinbarungen eine „Unternehmergarantie“ zugute komme. In Anbetracht des verhältnismäßig geringen Marktanteils der Klägerin werden die Belange ihrer Mitbewerber zudem nur in begrenztem Maße beeinträchtigt.

73 5. Die Nichtigkeit der Verlängerungsklausel kann schließlich nicht wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) angenommen werden.

74 Der Grundsatz der allgemeinen Vertragsfreiheit eröffnet grundsätzlich auch die Möglichkeit, rechtsgeschäftliche Verpflichtungen über einen langen

Zeitraum einzugehen; selbst eine zeitlich unbegrenzte Bindung verstößt nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 1997 - KZR 43/95, WRP 1997, 1192 unter III. 3. - Solelieferung; Urteil vom 25. Mai 1993 - X ZR 79/92, NJW-RR 1993, 1460 f.; Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 140/03, WM 2005, 833, 835). Sittenwidrig ist eine langfristige Bindung dann, wenn sie zu einer „Knebelung“ des einen Vertragspartners führt, indem sie seine wirtschaftliche Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit unzumutbar beschränkt. Für die Beurteilung maßgebend ist eine Abwägung der jeweiligen vertragstypischen und durch die Besonderheiten des Einzelfalls geprägten Umstände.

75 Danach ist die hier beanstandete Verlängerungsklausel nicht sittenwidrig. Die wirtschaftliche Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit der Beklagten wird nicht im Übermaß eingeschränkt; ferner sind die langfristig ausgerichteten Investitionen der Klägerin zu berücksichtigen. Für die Sittenwidrigkeit einer unbegrenzten Vertragsbindung könnten allenfalls die im Personenbeförderungsrecht geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen sprechen, die weitgehend begrenzte Vertragslaufzeiten vorsehen. Selbst hieraus könnte aber, auch im Hinblick auf die in Art. 8 Abs. 3 VO 1370/2007 getroffenen Übergangsregelung, keine Begrenzung des Verkehrsleistungsübertragungsvertrags auf unter 30 Jahre abgeleitet werden.

76 IV. Das Berufungsurteil ist danach im Umfang der Anfechtung aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet insoweit in der Sache selbst, da sie zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der Widerklageantrag zu 1 ist abzuweisen, da der von den Parteien geschlossene Verkehrsleistungsübertragungsvertrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht Bestand hatte. Dem Berufungsgericht ist allerdings durch Zurückverweisung der Sache Gelegenheit zu geben, über den als Hilfsantrag behandelten und daher sachlich nicht beschiedenen Widerklageantrag zu 3 zu befin-

den. Da der Vertrag Bestand hat, ist die vom Berufungsgericht angenommene Bedingung für eine Entscheidung über diesen Antrag eingetreten.

Limperg

Meier-Beck

Raum

Sunder

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Stendal, Entscheidung vom 03.04.2013 - 31 O 4/12 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 14.01.2016 - 2 U 41/15 Kart -