



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 5/05

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

in dem Kartellverwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

DB Regio/üstra

GWB § 19 Abs. 2, § 36 Abs. 1, § 40 Abs. 3; AEG § 12 Abs. 7; PBefG § 8 Abs. 3

- a) Die Kontrolle eines Zusammenschlusses zwischen Unternehmen, die Verkehrsleistungen im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs oder des öffentlichen Straßenpersonennahverkehrs erbringen, wird weder durch die Freistellung von Nahverkehrskooperationen vom Kartellverbot noch dadurch ausgeschlossen, dass die Erbringung von Verkehrsleistungen im Linienverkehr einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung bedarf und gegebenenfalls auch in den Formen des öffentlichen Rechts auferlegt oder vertraglich vergeben werden kann.
- b) In den für die Zusammenschlusskontrolle sachlich relevanten Markt, auf dem die Verkehrsunternehmen diejenigen Leistungen anbieten, die zur Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr benötigt werden, sind neben den aufgrund einer Ausschreibung oder freihändig vergebenen oder auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen auch diejenigen Verkehrsleistungen einzubeziehen, um die die Verkehrsunternehmen durch Beantragung einer Linienverkehrsgenehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr konkurrieren können.
- c) Ein Zusammenschluss kann unter Bedingungen und Auflagen freigegeben werden, wenn die rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen der Nebenbestimmungen hinreichend wirksam und nachhaltig sind, um als strukturelle Bedingungen wirksamen Wettbewerbs eine infolge des Zusammenschlusses zu erwartende Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen zu verhindern oder zu kompensieren.

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2005 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Ball, Prof. Dr. Bornkamm, Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Strohn

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerden des Bundeskartellamts und der Beigeladenen zu 1 wird der Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Dezember 2004 im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, als auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 6 der Beschluss des Bundeskartellamts vom 2. Dezember 2003 im Umfang der Nebenbestimmungen zu I.1 bis 6 aufgehoben worden ist.

Auf die Rechtsbeschwerde der Beigeladenen zu 1 wird der angefochtene Beschluss ferner auch insoweit aufgehoben, als die Beschwerde der Beigeladenen zu 1 gegen den Beschluss des Bundeskartellamts zurückgewiesen worden ist.

Die weitergehende Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts wird verworfen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Gründe:

A.

- 1 Die Beteiligte zu 2 (DB Regio AG, im Folgenden: DB Regio), die zum Konzern der Beteiligten zu 1 (Deutsche Bahn AG) gehört, bietet flächendeckend in Deutschland Verkehrsleistungen im öffentlichen Schienenpersonennahverkehr (SPNV) an. Im Großraum Hannover betreibt sie mehrere S-Bahn-Linien sowie den gesamten restlichen SPNV-Verkehr. DB Regio ist darüber hinaus mit insgesamt 23 Regionalbusgesellschaften im öffentlichen Straßenpersonennahverkehr (ÖSPV) tätig; zu diesen Regionalbusgesellschaften zählt auch die Beteiligte zu 6, die im Wesentlichen im Südosten Niedersachsens ÖSPV-Verkehrsleistungen erbringt.
- 2 Die Beteiligte zu 3 ist im Bank- und Finanzgeschäft sowie über Tochterunternehmen im Immobiliengeschäft tätig.
- 3 Die Beteiligte zu 4 (üstra Hannoversche Verkehrsbetriebe AG, im Folgenden: üstra) betreibt im Großraum Hannover Straßenbahn- und Buslinien im ÖSPV. Mehrheitsgesellschafterin der üstra ist die Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft Hannover mbH (VVG), die wiederum im Anteilsbesitz der Stadt Hannover (80,49 %) und des Kommunalverbandes "Region Hannover" (19,51 %) steht. Üstra hält sämtliche Geschäftsanteile an der Beteiligten zu 5 (üstra intalliance AG; im Folgenden: üstra intalliance), die als Holdinggesellschaft die Gesellschafterrechte in zahlreichen Verkehrsunternehmen ausübt, die sich - teils mit eigenen Linienverkehrsgenehmigungen, teils als Subunternehmer - im ÖSPV betätigen.

4 DB Regio beabsichtigt, von üstra einen Geschäftsanteil von 40 % an üstra intalliance zu erwerben. Einen weiteren Gesellschaftsanteil von 20 % des Stammkapitals der üstra intalliance soll die Beteiligte zu 3 erhalten, wobei deren (Finanz-)Beteiligung an der üstra intalliance allerdings spätestens nach dem 30. Juni 2008 entweder auf DB Regio oder üstra übergehen soll. Als Gegenleistung für den Anteilserwerb soll DB Regio sämtliche Geschäftsanteile an der Beteiligten zu 6 in die üstra intalliance einbringen. Darüber hinaus ist vorgesehen, daß üstra intalliance von DB Regio und üstra als Subunternehmerin mit der (überwiegenden oder vollständigen) Erbringung ihrer Verkehrsleistungen im Raum Hannover beauftragt wird. Im Zusammenhang mit der Fusion soll zwischen DB Regio und üstra zudem ein Konsortialvertrag mit einer Laufzeit bis zum 31. Dezember 2025 abgeschlossen werden. Nach § 1 dieses Vertrages ist Zweck des Zusammenschlussvorhabens, mit üstra intalliance ein wettbewerbsfähiges und integriertes Nahverkehrskonzept anzubieten, um deren Marktposition in den bisher bedienten Verkehrsgebieten zu festigen und in geeigneten Fällen auszubauen. Gemäß § 5 Nr. 1 des Konsortialvertrages liegt die unternehmerische Führung der üstra intalliance gemeinsam bei DB Regio und üstra.

5 Das Bundeskartellamt hat - unter dem Vorbehalt des Widerrufs - das Zusammenschlussvorhaben unter den nachfolgenden auflösenden Bedingungen zu 1 bis 4 und der Auflage zu 5 freigegeben (WuW/E DE-V 891).

1. Die Körperschaft des öffentlichen Rechts "Region Hannover" bzw. der oder die Rechtsträger, die für die Region Hannover die Funktion eines Aufgabenträgers im Öffentlichen Personennahverkehr nach dem PBefG wahrnehmen, vergeben sämtliche Bus-Verkehrsleistungen, die derzeit von der Beteiligten zu 4 (üstra) auf der Grundlage der aktuell mit einer Laufzeit bis zum 31. Dezember 2009 ausgestatteten Linienverkehrs-genehmigungen erbracht werden, nicht im Wettbe-

werb. Der Eintritt dieser auflösenden Bedingung ist nur dann ausgeschlossen, wenn mit Wirkung zum 1. Januar 2010 mindestens 50 % der bezeichneten Verkehrsleistungen und die restlichen Verkehrsleistungen gegebenenfalls stufenweise bis spätestens mit Wirkung zum 1. Januar 2013 im Wettbewerb vergeben werden. Dabei ist der Zeitpunkt der wettbewerblichen Vergabe jeweils so zu wählen, dass das Verkehrsunternehmen, dem der Zuschlag erteilt wird, den Betrieb spätestens zu den angegebenen Zeitpunkten aufnehmen kann. Die Vergabe im Wettbewerb erfolgt europaweit in Anwendung des 2. Abschnitts der Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) oder einer entsprechenden Nachfolgeregelung. Eine entsprechende Vergabe im Wettbewerb zu einem früheren Zeitpunkt aufgrund anderer rechtlicher Vorgaben oder die Erbringung der Verkehrsleistungen durch den zuständigen Aufgabenträger im Rahmen des rechtlich Zulässigen stehen dem Eintritt der auflösenden Bedingung entgegen.

2. Die Körperschaft des öffentlichen Rechts "Region Hannover" bzw. der oder die Rechtsträger, die für die Region Hannover die Funktion eines Aufgabenträgers im Öffentlichen Personennahverkehr nach dem AEG wahrnehmen, vergeben sämtliche Verkehrsleistungen, die derzeit von der DB Regio auf der Grundlage des aktuell bis zum Ablauf des Fahrplanjahres 2006 befristeten Verkehrsvertrages erbracht werden, nicht im Wettbewerb. Der Eintritt dieser auflösenden Bedingung ist nur dann ausgeschlossen, wenn mit Wirkung zum 1. Januar 2007 mindestens 30 % der Verkehrsleistungen und die restlichen Verkehrsleistungen gegebenenfalls stufenweise spätestens mit Wirkung zum 1. Januar 2013 im Wettbewerb vergeben werden. Der Zeitpunkt der wettbewerblichen Vergabe ist jeweils so zu wählen, dass das Verkehrsunternehmen, dem der Zuschlag erteilt wird, den Betrieb spätestens zu den angegebenen Zeitpunkten aufnehmen kann. Die Vergabe erfolgt europaweit in Anwendung des 2. Abschnitts der Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) oder einer entsprechenden Nachfolgeregelung. Eine entsprechende Vergabe im Wettbewerb zu einem früheren Zeitpunkt aufgrund anderer rechtlicher Vorgaben oder die Erbringung der Verkehrsleistungen durch den zuständigen Aufgabenträger im Rahmen des

rechtlich Zulässigen stehen dem Eintritt der auflösenden Bedingung entgegen.

3. Die Beteiligten zu 1 bis 6 (einschließlich der mit ihnen gemäß § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen) unterlassen es, im Rahmen des rechtlich Möglichen sicherzustellen, dass der Erbringung der in Ziffer 1 und 2 bezeichneten Verkehrsleistungen durch den oder die bei der wettbewerblichen Vergabe obsiegenden Bieter keine Genehmigungsrechte oder vertraglich vereinbarte Rechte der Beteiligten entgegenstehen. Der Eintritt dieser auflösenden Bedingung ist insbesondere nur dann ausgeschlossen, wenn die Beteiligten für den Zeitraum nach Auslaufen der aktuellen Linienverkehrsgenehmigungen im Hinblick auf die jeweils betroffenen Verkehrsleistungen nach Ziffer 1 darauf verzichten, Anträge auf die (Wieder-)Erteilung eigenwirtschaftlicher Linienverkehrsgenehmigungen gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 13 PBefG zu stellen sowie nach Auslaufen des aktuellen Verkehrsvertrages im Hinblick auf die jeweils betroffenen Verkehrsleistungen nach Ziffer 2 darauf verzichten, freihändig vergebene Verkehrsverträge abzuschließen. Das Recht der Beteiligten zu 1 bis 6, sich an den wettbewerblichen Vergabeverfahren gemäß Ziffer 1 und 2 zu beteiligen, bleibt unberührt.
4. Die Beteiligten zu 1 bis 6 (einschließlich der mit ihnen gemäß § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen) verweigern die diskriminierungsfreie Benutzung der für die Durchführung der in Ziffer 1 und 2 bezeichneten Verkehrsleistungen erforderlichen Infrastruktureinrichtungen, insbesondere der Schienenwege, Betriebshöfe und Wartungs- und Reparaturlinien, durch den im wettbewerblichen Vergabeverfahren obsiegenden Bieter. Die Region Hannover bzw. der oder die Rechtsträger in der Funktion eines öffentlichen Aufgabenträgers für das Gebiet der Region Hannover können in rechtlich zulässigem Umfang in den Vergabebedingungen die Verpflichtung des Bieters vorsehen, bestimmte Personal- und Betriebsmittel zu übernehmen.
5. Die DB Regio und die üstra unterrichten durch die Übersendung der vollständigen Verdingungsunterlagen die Beschluss-

abteilung über den Zeitpunkt und die Ausgestaltung der wettbewerblichen Vergabeverfahren gemäß Ziffer 1 und 2.

6 Das Bundeskartellamt hat außerdem die Gebühren für das streitbefangene und ein vorausgegangenes Fusionskontrollverfahren festgesetzt.

7 Auf die Beschwerde der Beteiligten hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Nebenbestimmungen zu der Freigabeverfügung aufgehoben und die Anmeldegebühr anderweitig festgesetzt. Die Beschwerde der bundesweit im ÖSPV tätigen Beigeladenen zu 1 (Connex Stadtverkehr GmbH, im Folgenden: Connex), mit der diese die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens begehrt hat, hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen (WuW/E DE-R 1397).

8 Hiergegen richten sich die Rechtsbeschwerden des Bundeskartellamts und der Connex.

B.

9 Die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts ist unzulässig, soweit sie sich gegen die von der angefochtenen Verfügung abweichende Gebührenfestsetzung durch das Beschwerdegericht wendet. Denn dieses hat die Rechtsbeschwerde nur zugelassen, soweit es den Zusammenschluss freigegeben hat. Die darin liegende Beschränkung der Zulassung auf die Sachentscheidung (und die von ihr abhängige Kostenentscheidung) ist entgegen der Meinung des Bundeskartellamts wirksam.

10 Die Zulassung der Rechtsbeschwerde kann ebenso wie die Zulassung der Revision in Zivilsachen wirksam auf einen rechtlich und tatsächlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, über den zulässiger-

weise durch Teil- oder Grundurteil hätte entschieden werden können oder auf den der Rechtsmittelführer selbst das Rechtsmittel beschränken könnte (BGHZ 101, 276, 278; 111, 158, 166). Danach konnte das Beschwerdegericht seine Entscheidung über die Höhe der Anmeldegebühr von der Zulassung der Rechtsbeschwerde ausnehmen. Nach § 80 Abs. 2 Satz 1 GWB bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Gegenstand der gebührenpflichtigen Handlung hat. Die Höhe der Anmeldegebühr ist damit unabhängig davon, ob der Zusammenschluss untersagt oder (mit oder ohne Nebenbestimmungen) freigegeben wird.

- 11 Im Übrigen ist die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts ebenso zulässig wie die Rechtsbeschwerde der Connex, für deren Beschwerdebefugnis als Beigeladene es genügt, dass sie als zumindest potentielle Mitbewerberin der üstra und der DB Regio durch die Freigabeverfügung in ihren wirtschaftlichen Interessen nachteilig betroffen wird (BGHZ 155, 214 - HABET/Lekkerland). Ob Connex, wie die Beteiligten meinen, mit Beschwerde und Rechtsbeschwerde auch oder gar vorrangig das Ziel verfolgt, die Ausschreibungspflichtigkeit von SPNV- und ÖSPV-Leistungen klären zu lassen, ist unerheblich.

C.

- 12 In der Sache führen die Rechtsbeschwerden des Bundeskartellamts und der Connex zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

- 13 I. Allerdings hat sich das Beschwerdegericht zu Recht nicht gehindert gesehen, die Freigabe des Zusammenschlusses unter Bedingungen und Auflagen auf die Beschwerde der Beteiligten auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Die Rüge der Rechtsbeschwerden, das Beschwerdegericht habe die Nebenbestimmungen zur Freigabebefugung schon deshalb nicht aufheben dürfen, weil die Beschwerde der Beteiligten gegen die Freigabebefugung mangels Beschwer unzulässig gewesen sei, bleibt ohne Erfolg.
- 14 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerden ist der Erklärung der Beteiligten im Schreiben vom 25. November 2003 an das Bundeskartellamt, sie machten sich die vom Bundeskartellamt in Aussicht genommenen Nebenbestimmungen für eine Freigabe "zu eigen", jedenfalls nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit der Wille der Beteiligten zu entnehmen, ihr ursprüngliches auf eine unbedingte Freigabe gerichtetes Verfahrensbegehren nicht mehr weiterverfolgen zu wollen. Da die Beteiligten gleichzeitig bekundet haben, "an ihrer von der Beschlussabteilung abweichenden Rechtsauffassung ... fest[zuh]alten", hat das Beschwerdegericht in der Erklärung zu Recht lediglich die Zustimmung zu den Nebenbestimmungen als solchen gesehen, gegen die die Beteiligten für den Fall keine Einwendungen erheben wollten, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine unbedingte Freigabe - entgegen der Rechtsauffassung der Beteiligten - nicht vorliegen sollten.
- 15 Durch die Nebenbestimmungen sind die Beteiligten entgegen der Rechtsbeschwerde der Connex ohne weiteres auch materiell beschwert. Denn das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben unter auflösenden Bedingungen freigegeben. Tritt nur eine dieser Bedingungen ein, ist der vollzogene Zusammenschluss aufzulösen; diese rechtliche Möglichkeit beschwert die Zusammenschlussbeteiligten.

- 16 II. Das angemeldete Vorhaben unterliegt, wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat, den Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle.
- 17 1. Das Beschwerdegericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass das Vorhaben nach § 35 Abs. 1 GWB kontrollpflichtig ist, die Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 GWB nicht vorliegen und ein Zusammenschlusstatbestand nach § 37 Abs. 1 GWB vorliegt. Zu Unrecht meinen die Beteiligten, die Verkehrsunternehmen erbrächten im SPNV und ÖSPV keine gewerblichen Leistungen im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB, weil die Leistungsbeziehungen mit Ausnahme der nach einer Ausschreibung vergebenen Verkehrsleistungen öffentlich-rechtlich geprägt seien und die Anbieter über keinen wettbewerblich relevanten Verhaltensspielraum verfügten.
- 18 Dass die Rechtsbeziehungen zwischen den nach Landesrecht zuständigen Genehmigungsbehörden und den Verkehrsunternehmen öffentlich-rechtlicher Natur sind, ist für die Qualifikation der Dienstleistungen der Verkehrsunternehmen als gewerbliche Leistungen ebenso unerheblich wie die nähere Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen. Die Aufgabenträger haben eine ausreichende Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV als eine Aufgabe der Daseinsvorsorge sicherzustellen (§ 1 Abs. 1 RegG). Sie müssen daher dafür sorgen, dass Verkehrsmittel im Linienverkehr bereitgestellt werden, die die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr quantitativ und qualitativ ausreichend zu befriedigen geeignet erscheinen (§ 2 Satz 1 RegG) und ähnlich wie ein Energie- oder Telekommunikationsnetz das Netz bilden, in dem die einzelnen Beförderungsleistungen gegenüber dem Fahrgast erbracht werden. Unabhängig davon, ob die im Linienverkehrsnetz erbrachten Leistungen als eigen-

oder gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen erbracht werden und wie sie vergeben werden, konkurrieren die Verkehrsunternehmen um die Erlangung der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen dafür, eine Linie im SPNV oder ÖSPV betreiben zu können, um mit diesem Betrieb - regelmäßig sowohl durch Zahlungen des Aufgabenträgers als auch durch Beförderungsentgelte - Gewinn zu erzielen. Dabei bestehen in mehrfacher Hinsicht wettbewerblich relevante Verhaltensspielräume. Bereits die Beförderungsentgelte bedürfen zwar der Zustimmung der Genehmigungsbehörde; ihre Höhe ist indes zumindest vom Antrag des Unternehmens nicht unabhängig (§ 12 AEG, § 39 Abs. 2 PBefG). Vor allem aber kann das Verkehrsunternehmen Einfluss auf das Verkehrsangebot im Einzelnen, dessen Attraktivität, Umfang und Qualität, Effizienz und Kosten nehmen und damit wiederum sowohl die Kosten-Ertrags-Relation als auch mittelbar die absolute Höhe seiner Erträge beeinflussen.

19 2. Ebenso zutreffend ist die eingehend begründete Annahme des Beschwerdegerichts, dass die Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Bestimmungen weder durch § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG (i.d.F. v. 27.4.2002) noch durch § 12 Abs. 7 Satz 1 AEG (i.d.F. v. 21.6.2002) ausgeschlossen wird.

20 § 8 Abs. 3 PBefG dient der Förderung der Zusammenarbeit von Verkehrsunternehmen im Interesse einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr sowie einer wirtschaftlichen Verkehrsgestaltung. Dazu hat die Genehmigungsbehörde nach § 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG im Zusammenwirken mit dem Aufgabenträger und mit den Verkehrsunternehmen für eine Integration der Nahverkehrsbedienung, insbesondere für Verkehrskooperationen, für die Abstimmung oder den Verbund der Beförderungsentgelte und für die Abstimmung der Fahrpläne zu sorgen, wobei grundsätzlich ein vom Aufgabenträger beschlossener Nahverkehrsplan

zu berücksichtigen ist (§ 8 Abs. 3 Satz 2 PBefG). Für Vereinbarungen von Verkehrsunternehmen und für Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen gelten die §§ 1 und 22 Abs. 1 GWB 1999 nicht, soweit sie den Zielen des § 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG dienen (§ 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG a.F.); nach der gegenwärtig geltenden Fassung des Gesetzes vom 1. Juli 2005 findet unter dieser Voraussetzung § 1 GWB 2005 keine Anwendung. Die Nahverkehrskooperation nach § 8 Abs. 3 PBefG wird damit vom Kartellverbot und vom Empfehlungsverbot des § 22 Abs. 1 GWB 1999 freigestellt, soweit die Kooperation dem gesetzlichen Ziel der Integration der Nahverkehrsbedienung dient. Einen Ausschluss der Zusammenschlusskontrolle nach den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sieht das Personenbeförderungsgesetz hingegen gerade nicht vor, und er ist für die angestrebte Integration der Nahverkehrsbedienung, anders als eine Kooperation der Verkehrsunternehmen, auch nicht erforderlich. Weder der Wortlaut noch der Zweck des Gesetzes lassen daher Raum für das von den Beteiligten für richtig gehaltene Verständnis des § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG als einer Sonderregelung zu den Vorschriften über die Fusionskontrolle.

21 Für § 12 Abs. 7 AEG gilt Entsprechendes.

22 III. Die Annahme des Beschwerdegerichts, von dem Zusammenschluss sei nicht zu erwarten, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründe oder verstärke, hält der Nachprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht stand.

23 1. Mit dem Bundeskartellamt hat das Beschwerdegericht seiner Prüfung die Annahme zugrundegelegt, dass innerhalb des Gesamtmarktes für Dienstleistungen des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) der Schienenpersonennahverkehr und der öffentliche Straßenpersonennahverkehr getrennte

Märkte bildeten. Es hat sodann festgestellt, dass beim SPNV wie beim ÖSPV jeweils ein "Fahrgastmarkt" und ein "Aufgabenträgermarkt" zu unterscheiden seien. Bei jenem gehe es um den Angebotsmarkt für die Erbringung liniengebundener Verkehrsdienstleistungen gegenüber dem Fahrgast, bei diesem aber um den Angebotsmarkt für die Errichtung, Unterhaltung und den Betrieb eines Verkehrsnetzes im ÖPNV.

24 Das beanstandet die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts ohne Erfolg. Es ist zwar richtig, dass die Tätigkeit der Aufgabenträger die Struktur des Angebots auf dem (Fahrgast-)Markt für liniengebundene Nahverkehrsleistungen vorgibt. Damit werden die Aufgabenträger jedoch nicht zu bloßen "Bedarfsdisponenten" des Fahrgastes oder zu "Angebotsregulierern". Vielmehr haben sie, wie ausgeführt, eine ausreichende Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV sicherzustellen. Um diese Aufgabe zu erfüllen, beschaffen sie Dienstleistungen, die nicht in der einzelnen Beförderung eines Fahrgastes von A nach B, sondern vielmehr in der Bereitstellung eines Netzes von Verkehrsmitteln im Linienverkehr bestehen, die die Verkehrsnachfrage im ÖPNV befriedigen. Diese Dienstleistungen haben ihren eigenen Preis, soweit sie als gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen erbracht werden. Aber auch dann, wenn stattdessen eigenwirtschaftliche Verkehre genehmigt werden, wird - wirtschaftlich betrachtet - im Zusammenhang damit in Form von Zuschüssen zu nicht-kostendeckenden Erträgen aus Beförderungsentgelten oder durch den Abschluss von Verkehrsverträgen, wie sie nach der angefochtenen Verfügung auch in der Region Hannover praktiziert werden, ein Preis dafür gezahlt, dass das Unternehmen, das die Linienverkehrsgenehmigung erlangt, auf dieser Grundlage ein Verkehrsangebot bereitstellt, mit dem die Nachfrage nach Dienstleistungen des öffentlichen Personennahverkehrs befriedigt werden kann.

- 25 2. Die Annahme des Beschwerdegerichts, üstra habe auf dem ÖSPV-Aufgabenträgermarkt keine marktbeherrschende Stellung, beruht auf Rechtsfehlern. Entgegen seiner Auffassung sind zu diesem Markt auch diejenigen Verkehrsleistungen zu rechnen, die mit Genehmigung der zuständigen Behörde als eigenwirtschaftliche Linienverkehre erbracht werden und nach dem vom Beschwerdegericht zugrundegelegten unwidersprochenen Vorbringen der Beteiligten 99 % der Verkehrsleistungen im ÖSPV ausmachen. Unter Berücksichtigung dieser Gegebenheit kann auch die räumliche Marktabgrenzung keinen Bestand haben.
- 26 a) Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, üstra sei lediglich potentielle Anbieterin auf dem Aufgabenträgermarkt im Verkehrsraum Hannover, da im ÖSPV für die weitaus überwiegende Anzahl der Verkehrsgebiete ein hinreichendes Verkehrsangebot bereits aufgrund eigenwirtschaftlich tätiger Verkehrsunternehmen sichergestellt sei, so dass für die Aufgabenträger derzeit keine Veranlassung bestehe, gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen im Sinne von § 4 RegG in Anspruch zu nehmen. Üstra sei demgegenüber nicht auf einem "Genehmigungsmarkt" tätig. Selbst wenn mehrere Verkehrsunternehmen des ÖSPV für denselben Verkehrsraum um die Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 PBefG nachsuchten und die Genehmigungsbehörde wegen des Verbots der Doppelbelegung nur einem Verkehrsunternehmen die Aufnahme des Linienverkehrs gestatten dürfe, liege in dem betreffenden Auswahlverfahren kein kartellrechtlich relevanter Vorgang. Die Behörde handele im Genehmigungsverfahren nicht mit privatrechtlichen Mitteln als Marktteilnehmer, sondern entscheide bei der Erlaubniserteilung schlicht-hoheitlich auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts unter Inanspruchnahme der ihr insoweit gesetzlich eingeräumten Befugnisse durch Verwaltungsakt.

27

b) Für die sachliche Marktabgrenzung kommt es indessen, wie bereits ausgeführt, nicht darauf an, in welcher Form der Aufgabenträger sicherstellt, dass für die Bevölkerung ein ausreichendes Angebot an Dienstleistungen des ÖSPV bereitgestellt wird. Eigen- wie gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen dienen gleichermaßen der durch § 1 Abs. 1 RegG umschriebenen Aufgabe der Daseinsvorsorge. Inwieweit gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen erforderlich sind, hängt unmittelbar davon ab, in welchem Umfang solche Leistungen bereits eigenwirtschaftlich erbracht werden, und umgekehrt. Zwar liegt die Erteilung der Genehmigungen für den Linienverkehr nicht in der Hand des Aufgabenträgers, sondern der zuständigen Genehmigungsbehörden. Da der zumindest zu großen Teilen defizitäre Linienverkehr im öffentlichen Personennahverkehr jedoch nicht ohne öffentliche Zuschüsse auskommt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 6.4.2000 - 3 C 7/99, NZBau 2001, 225, 226), erfolgt die Bereitstellung der Verkehrsleistungen durch die Verkehrsunternehmen bei gemein- wie bei eigenwirtschaftlichen Leistungen prinzipiell gleichermaßen gegen Entgelt. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu § 13a PBefG (BT-Drs. 12/6269, S. 144) war ein Wahlrecht des Unternehmers gewollt (BVerwG, NZBau 2001, 225, 226). Ob eine Verkehrsleistung eigen- oder gemeinwirtschaftlich betrieben werde, sollte von der - allein unter wirtschaftlichen Aspekten zu treffenden - Entscheidung des Unternehmers abhängen, der die Wahl habe, ob er einen Verkehr eigen- oder gemeinwirtschaftlich betreiben wolle. Unabhängig davon, inwieweit das Gemeinschaftsrecht dazu zwingt, vermeintlich eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen als gemeinwirtschaftliche zu qualifizieren (s. dazu EuGH, Urt. v. 24.7.2003 - Rs. C-280/00, Slg. I-2003, 7747 = WuW/E Verg. 801 - Altmark Trans), sind hiernach beide demselben Angebotsmarkt zuzuordnen. Selbst wenn die öffentliche Hand im Einzelfall keine Gegenleistungen für die Bereitstellung eines ausreichenden Verkehrsangebots

erbringen und daher die Frage, ob und zu welchen Bedingungen ein Anbieter eine Linie bedienen kann, ausschließlich von der Entscheidung der Genehmigungsbehörde abhängen sollte, wem sie die Linienverkehrsgenehmigung erteilt, bleibt die Konkurrenz der verschiedenen Anbieter gleichwohl Teil ihres Wettbewerbs um die Erlangung der zivil- und/oder öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen dafür, dass sie ihre Verkehrsleistungen bereitstellen und auf diesem Wege auch auf dem Fahrgastmarkt anbieten können.

28 c) Aus diesen Gegebenheiten kann sich eine marktbeherrschende Stellung der üstra ergeben, wenn der ÖSPV-Aufgabenträgermarkt regional abzugrenzen ist. Die Ausführungen des Beschwerdegerichts hierzu sind widersprüchlich, da es zum einen von einem (zumindest) bundesweiten Markt ausgeht, zum anderen aber auch davon spricht, dass der ÖSPV-Angebotsmarkt in sachlicher Hinsicht die vom staatlichen Aufgabenträger nachgefragte Errichtung und Unterhaltung sowie den Betrieb eines Verkehrsnetzes in seinem Zuständigkeitsgebiet oder in Teilen desselben umfasse. Zwar sprechen die vom Beschwerdegericht festgestellten Aktivitäten mehrerer bundesweit tätiger Anbieter grundsätzlich gegen eine örtliche oder regionale Marktabgrenzung. Sie wird hierdurch jedoch im Streitfall nicht ausgeschlossen.

29 Das Kriterium der räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes ist ein Hilfskriterium für die Feststellung, ob ein Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat (§ 19 Abs. 2 GWB). Ziel der Bestimmung des relevanten Marktes ist damit die Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben (Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im

Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. C 372 S. 5). Sie ermöglicht es, der Zielsetzung des § 19 GWB entsprechend die missbräuchliche Ausnutzung nicht hinreichend vom Wettbewerb kontrollierter Handlungsspielräume zu Lasten Dritter zu unterbinden (BGHZ 128, 17, 27, 29 - Gasdurchleitung). Es kann daher nicht unberücksichtigt bleiben, wenn unbeschadet an sich bestehender überregionaler Austauschmöglichkeiten in einem regionalen Bereich tatsächlich kein nennenswerter Wettbewerb stattfindet, weil die Nachfrager überregionale Angebote nicht oder praktisch nicht wahrnehmen (BGHZ 156, 379, 384 f. - Strom und Telefon I).

30 Die Verhältnisse auf dem ÖSPV-Aufgabenträgermarkt sind insoweit zum einen dadurch geprägt, dass die Verkehrsleistungen herkömmlich von regional tätigen und in der Region ansässigen Verkehrsunternehmen erbracht werden. Dagegen spricht nicht die Feststellung des Beschwerdegerichts, dass die Deutsche Bahn AG mit insgesamt 23 Regionalbusunternehmen in verschiedenen Regionen Deutschlands ÖSPV-Verkehrsleistungen erbringt und nach dem Vortrag der Beteiligten darüber hinaus über Kooperationen mit 17 kommunalen Verkehrsbetrieben in mehreren Bundesländern tätig ist. Abgesehen davon, dass die Tätigkeit der Regionalbusunternehmen an den überkommenen Bahn- und Postbusbetrieb anknüpfen dürfte, bestätigt die Organisation des Regionalbusverkehrs der Deutschen Bahn AG in 23 Regionalbusunternehmen und die Kooperation mit kommunalen Verkehrsbetrieben gerade die regionale Untergliederung des Gesamtmarktes. Zudem ist in Ballungsräumen häufig eine Marktaufteilung zwischen Stadt- und Regionalverkehr anzutreffen, bei der die kommunale Verkehrsgesellschaft (vorwiegend) das Stadtgebiet, regionale Busgesellschaften hingegen (vorwiegend) die Fläche bedienen; so verhält es sich nach der angefochtenen Verfügung auch im Gebiet des Verkehrsverbundes Großraum-Verkehr Hannover (GVH). Soweit das Beschwerdegericht Connex

sowie "Rhenus Keolis" und "EuRailCo" als weitere bundesweit ausgerichtete Anbieter im ÖSPV anführt, hat es zum Umfang dieser Tätigkeit keine Feststellungen getroffen.

31 Zu dieser überkommenen Marktstruktur kommen weitere Umstände hinzu, die dafür sprechen, dass das Nachfrageverhalten der ihrerseits regional tätigen Aufgabenträger überregionale Anbieter in zu geringem Umfang berücksichtigt, als dass die Annahme eines bundesweiten Markts den gegenwärtig herrschenden Marktbedingungen gerecht werden könnte.

32 Die in der Region tätigen und ansässigen Verkehrsunternehmen sind nicht nur mit den lokalen und regionalen Verhältnissen im Allgemeinen und den Bedingungen für eine wirtschaftlich erfolgreiche Tätigkeit im örtlichen ÖSPV naturgemäß besser vertraut als von außen kommende Mitbewerber. Vielmehr stehen die örtlichen oder regionalen Verkehrsgesellschaften - wie das Beispiel der üstra zeigt - darüber hinaus nicht selten ganz oder teilweise im unmittelbaren oder mittelbaren Anteilsbesitz eben der Kommunen oder Kommunalverbände, auf deren Gebiet sie tätig sind. Daraus ergeben sich Verbindungen zwischen Aufgabenträgern und regionalen Verkehrsgesellschaften, die eine Konzentration der Nachfrage auf regionale Anbieter strukturell begünstigen.

33 Die für die Erbringung von Verkehrsleistungen notwendige lokale Infrastruktur (Verwaltung und Vertrieb, Betriebshöfe und dergleichen) verstärkt diese Marktzutrittsschranken für außenstehende Bewerber, zumal eine örtliche Präsenz auch dem Aufbau einer solchen Infrastruktur förderlich ist.

34 Schließlich wird eine Fortschreibung der überkommenen Erbringung der Verkehrsleistungen durch regionale Verkehrsunternehmen dadurch erleichtert,

dass das Personenbeförderungsrecht bei der Erlangung von Liniengenehmigungen dem Unternehmer, der die Linie bislang bedient hat, einen wettbewerblichen Vorsprung gegenüber Mitbewerbern einräumt. Nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG ist beim Straßenbahn- und beim Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen die Genehmigung zu versagen, wenn durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden, insbesondere der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann oder der beantragte Verkehr ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben übernehmen soll, die vorhandene Unternehmer oder Eisenbahnen bereits wahrnehmen. Infolgedessen besteht, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt, während der Geltungsdauer einer Liniengenehmigung für konkurrierende Unternehmen in der Regel keine Möglichkeit, eine entsprechende Genehmigung zu erhalten; es gilt insoweit das Verbot der Doppelbedienung einer Linie (BVerwGE 118, 270, 272 f.). Nach § 13 Abs. 3 PBefG ist bei der Linienverkehrsgenehmigung - im ÖPNV unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 PBefG - zudem der Umstand angemessen zu berücksichtigen, dass ein Verkehr von einem Unternehmer jahrelang in einer dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechenden Weise betrieben worden ist. Diese Besitzstandsklausel ordnet zwar, wie das Beschwerdegericht in anderem Zusammenhang zutreffend ausführt, keinen absoluten Vorrang des Altunternehmers an. Neue Bewerber um die Linienrechte können sich jedoch nicht bereits dann durchsetzen, wenn sie ein gleich gutes Verkehrsangebot unterbreiten, sondern müssen in Bezug auf das öffentliche Verkehrsinteresse und die Verkehrsbedienung der Bevölkerung das bessere Angebot machen (BVerwGE 118, 270, 273).

35 Das Beschwerdegericht geht mit dem Bundeskartellamt davon aus, dass in der Regel deutlich über 80 % aller Genehmigungen an den bisherigen Konzessionsinhaber wiedererteilt werden. Darin mag zwar mit dem Beschwerdege-

richt ein Beleg dafür gesehen werden, dass es Verkehrsunternehmen durchaus möglich ist, sich im Genehmigungsverfahren gegen den Altunternehmer durchzusetzen. Umgekehrt deutet es jedoch auch darauf hin, dass die Chancen des Altunternehmers, eine Verkehrsleistung nach Ablauf einer bestehenden Genehmigung erneut an sich ziehen zu können, deutlich besser sind als diejenigen seiner Mitbewerber.

36 Der Umstand, dass das Personenbeförderungsrecht für den Linienverkehr mit Straßenbahnen und Kraftfahrzeugen damit Veränderungen des wettbewerblichen Status quo zwar nicht ausschließt, aber doch deutlich erschwert, kann in Verbindung mit der Verflechtung zwischen Verkehrsunternehmen und Kommunen oder Kommunalverbänden, auf deren Gebiet jene tätig sind, und den übrigen genannten Struktur Faktoren zur Folge haben, dass die regionalen Marktverhältnisse trotz der Tätigkeit bundesweiter Anbieter noch so verfestigt sind, dass die Annahme eines bundesweiten ÖSPV-Aufgabenträgermarktes den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht hinreichend gerecht würde.

37 3. Sollte üstra eine marktbeherrschende Stellung auf einem regional abzugrenzenden Markt innehaben, läge eine Verstärkung dieser marktbeherrschenden Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben ohne weiteres nahe. Nach der angefochtenen Verfügung erbringt üstra im Großraum Hannover 40 bis 50 % der nach Nutzwagen-Kilometern bemessenen konzessionierten Verkehrsleistung (50 bis 60 % der Platz-Kilometer) und in dem dem GVH-Gebiet entsprechenden engeren Marktraum Hannover 60 bis 70 % der Nutzwagen-Kilometer (70 bis 80 % der Platz-Kilometer). Der nächstgrößere Wettbewerber ist bei beiden Markt abgrenzungen mit einem Marktanteil von 20 bis 30 % bzw. 30 bis 40 % der Nutzwagen-Kilometer - gleichfalls der angefochtenen Verfü-

gung zufolge - mit der Regiobus Hannover ein Regionalbustochterunternehmen der Zusammenschlussbeteiligten DB Regio.

38 4. Die Annahme des Beschwerdegerichts, DB Regio sei auf dem SPNV-Aufgabenträgermarkt nicht marktbeherrschend, beruht gleichfalls auf Rechtsfehlern.

39 a) Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt:

40 In räumlicher Hinsicht umfasse der Aufgabenträgermarkt im SPNV das gesamte Bundesgebiet. Zahlreiche Verkehrsunternehmen, zu denen die Connex-Regiobahn GmbH, die Rhenus Keolis GmbH & Co. KG, die Beigeladene zu 2 (Hamburger Hochbahn AG), die Prignitzer Eisenbahn GmbH und die Schweizerische Bundesbahnen AG gehörten, erbrächten bereits bundesweit oder zumindest in mehreren Bundesländern Leistungen im SPNV; viele dieser Unternehmen strebten überdies eine weitere räumliche Ausdehnung ihrer Geschäftstätigkeit an.

41 DB Regio verfüge auf diesem Markt nicht über eine marktbeherrschende Stellung. Zwar erbringe sie bundesweit betrachtet derzeit mehr als 90 % der Verkehrsleistungen im SPNV. Damit alleine könne indes eine marktbeherrschende Position nicht bejaht werden. Zum einen frage der Aufgabenträger Verkehrsleistungen nur dann in kartellrechtlich relevanter Weise nach, wenn er sie nicht einem Verkehrsunternehmen gemäß § 4 RegG auferlege, sondern sie sich durch Abschluss eines Verkehrsvertrages beschaffe. Zum anderen werde der hohe Marktanteil der DB Regio zu einem nicht unerheblichen Teil noch auf deren bis Mitte der 90er Jahre bestehenden gesetzlichem Monopol beruhen und lasse deshalb keine verlässliche Aussage über die aktuelle und zu erwar-

tende Marktstellung der DB Regio bei der Vergabe von Verkehrsleistungen im SPNV zu. Frage der Aufgabenträger gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen in einem Vergabeverfahren nach, sei DB Regio wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt, wie die seit 1996 durchgeführten Ausschreibungsverfahren zeigten. Der Auftragsanteil der DB Regio liege - bezogen auf die Gesamtzahl der ausgeschriebenen Zugkilometer - bei lediglich 49 %, in den Jahren 2001 bis 2003 sogar nur bei 39 %. Diese Zahlen belegten, dass DB Regio im Bieterwettbewerb um gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen nicht über einen durch konkurrierende Verkehrsunternehmen nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum verfüge. Ebenso wenig sei DB Regio marktbeherrschend, wenn der Aufgabenträger die Verkehrsleistungen ohne ein förmliches Vergabeverfahren freihändig im Wege von Vertragsverhandlungen mit mehreren Verkehrsunternehmen beschaffe, was in der Vergangenheit nicht selten geschehen sei. Es fehle jedweder Anhaltspunkt für die Annahme, dass die Erfolgsaussichten der DB Regio auf Abschluss eines Verkehrsvertrages in freihändigen Verhandlungen mit mehreren Bewerbern höher zu veranschlagen seien als ihre Zuschlagschancen in einem förmlichen Vergabeverfahren. Eine marktbeherrschende Stellung der DB Regio könne daher nur in denjenigen Fällen bestehen, in denen der Aufgabenträger ausschließlich mit DB Regio über den Abschluss des Verkehrsvertrages verhandle. Eine derart gesicherte Position der DB Regio auf dem Aufgabenträgermarkt habe das Bundeskartellamt nicht festgestellt, und dafür lägen auch ansonsten keine hinreichenden Indizien vor.

- 42 b) Mit diesen Erwägungen hat das Beschwerdegericht dem von ihm zugrundegelegten Marktanteil der DB Regio von mehr als 90 % nicht das gebührende Gewicht beigemessen.

- 43 Es trifft zwar zu, dass die Höhe des Marktanteils im Rahmen der Prüfung der Untersagungs Voraussetzungen nach § 36 Abs. 1 GWB nur ein Merkmal unter mehreren und nicht schlechthin das entscheidende Kriterium ist. Gleichwohl handelt es sich - zumal wenn ein hoher Marktanteil über mehrere Jahre hinweg unangefochten besteht - um ein besonders aussagekräftiges und bedeutsames Indiz, aus dem sich eine marktbeherrschende Stellung jedenfalls dann ableiten lässt, wenn nicht andere Umstände festgestellt werden können, aus denen sich ergibt, dass das Unternehmen trotz des hohen Marktanteils nicht über einen vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Handlungsspielraum verfügt. Gerade wenn ein hoher Marktanteil über Jahre hinweg unangefochten besteht, deutet dies nämlich darauf hin, dass anderen möglicherweise gegenläufigen Faktoren keine entscheidende Bedeutung zukommt (BGH, Beschl. v. 13.7.2004 - KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301, 1303 - Sanacorp/ANZAG). Je höher dabei der Marktanteil ist, desto höhere Anforderungen sind an die Feststellung wirksamer gegenläufiger Faktoren zu stellen.
- 44 Dass der hohe Marktanteil der DB Regio unter anderen rechtlichen Rahmenbedingungen entstanden ist, verringert zwar die Aussagekraft, die ihm im Hinblick auf die gegenwärtige und in naher Zukunft zu erwartende Marktstellung zukommt, lässt die Bedeutung des Marktanteils jedoch nicht entfallen. Denn gerade bei der Umwandlung von staatlich angeordneten oder geschützten Monopolen in funktionsfähige wettbewerbliche Strukturen darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Monopoltradition nachwirken und das Nachfrageverhalten zugunsten des vormaligen Monopolisten beeinflussen kann (BGHZ 156, 379, 385 f. - Strom und Telefon I).
- 45 c) Das Beschwerdegericht hat keine ausreichenden Feststellungen zu Faktoren getroffen, die einem aus dem überragenden Marktanteil der DB Regio

resultierenden unkontrollierten Handlungsspielraum entgegenwirken könnten. Insbesondere reicht hierfür nicht die Feststellung aus, der Anteil der DB Regio an den seit 1996 aufgrund von Ausschreibungen vergebenen Zugkilometern liege "lediglich" bei 49 % der insgesamt ausgeschriebenen Leistungen, in den Jahren 2001 bis 2003 sogar nur bei 39 %. Zu Unrecht will das Beschwerdegericht hieraus ableiten, dass DB Regio im Bieterwettbewerb um gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen nicht über einen durch konkurrierende Verkehrsunternehmen nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum verfüge.

46 Das Beschwerdegericht hat dabei die gebotene Gesamtbetrachtung des SPNV-Aufgabenträgermarktes unterlassen. Ebenso wenig wie freihändig vertraglich vergebene Verkehrsleistungen dürfen entgegen seiner Auffassung diejenigen Verkehrsleistungen außer Betracht bleiben, die einem Unternehmen nach § 4 RegG auferlegt werden. Zwar unterliegt die öffentlich-rechtliche Auferlegung einer Verkehrsleistung als solche nicht den Vorschriften des Kartellrechts. Das ändert aber nichts daran, dass die Verkehrsleistung zu denjenigen gehört, die die Verkehrsunternehmen den Aufgabenträgern anbieten und um deren Vergabe - gleichgültig, ob sie sich öffentlich-rechtlich, freihändig oder aufgrund einer Ausschreibung vollzieht - sie gegenüber dem Aufgabenträger konkurrieren. Gerade wenn DB Regio bei Ausschreibungen lediglich 49 bzw. 39 % der zu erbringenden Verkehrsleistungen an sich ziehen konnte, ihr gesamter Marktanteil jedoch deutlich höher liegt, deutet dies darauf hin, dass DB Regio bei den nicht im Ausschreibungswege vergebenen Verkehrsleistungen über einen beachtlichen Vorsprung gegenüber ihren Mitbewerbern verfügt, der indiziell für vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierte Handlungsspielräume spricht. In einem solchen Fall kann jedoch eine marktbeherrschende Stellung auf dem Gesamtmarkt nicht verneint werden.

47 Dazu, in welchem Umfang DB Regio seit 1996 oder in den letzten Jahren Verkehrsleistungen außerhalb von Ausschreibungen an sich ziehen konnte, hat das Beschwerdegericht keine näheren Feststellungen getroffen. Es stellt stattdessen darauf ab, dass keine hinreichenden Indizien dafür vorlägen, dass DB Regio exklusiv mit ihr geführte Vertragsverhandlungen erreichen könne oder eine hinreichende Anzahl von Aufgabenträgern aus eigener Initiative fest entschlossen sei, frei werdende Verkehrslinien ausschließlich DB Regio in Auftrag zu geben. Dies ist ein unzulässig verengter Maßstab, der darauf hinausläuft, eine marktbeherrschende Stellung nur dann anzunehmen, wenn DB Regio auf einem nicht unerheblichen Teil des Marktes überhaupt keinem Wettbewerb ausgesetzt ist (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

48 5. Das Beschwerdegericht hat angenommen, selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung der DB Regio auf dem SPNV-Aufgabenträgermarkt bestünde, lägen die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB nicht vor, da der beabsichtigte Zusammenschluss eine Verstärkung dieser marktbeherrschenden Stellung nicht erwarten lasse. Der für den Verkehrsraum Hannover als Aufgabenträger zuständige Kommunalverband "Region Hannover" beabsichtige, seine Verkehrsleistungen im Wettbewerb nachzufragen, und es fehle jeder Anhaltspunkt dafür, dass DB Regio diese ihr nachteilige Entscheidung aufgrund der Fusion revidieren und erreichen könne, dass der Kommunalverband entgegen seiner Ankündigung von einem Bieterwettbewerb absehe und den Verkehrsvertrag mit DB Regio verlängere. Auch das hält der Nachprüfung nicht stand.

49 Die durch den Zusammenschluss zu erwartende Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung muss 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 (BGH, Beschl. v. 21.12.2004 - KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419, 1424 - Deutsche Post/trans-o-flex). 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 bedarf um so mehr des Schutzes, 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).

50

Danach kann die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung mit der gegebenen Begründung schon deshalb nicht verneint werden, weil das Beschwerdegericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob üstra nicht potentielle Mitbewerberin der DB Regio auf dem SPNV-Aufgabenträgermarkt ist. Da üstra Straßenbahnlinien betreibt und somit bereits über Erfahrungen im Bereich des Betriebs schienengebundener ÖPNV-Systeme verfügt, liegt dies angesichts des Umstandes nicht fern, dass der Übergang zwischen Straßenbahn- und S-Bahn-Betrieb fließend sein kann, wie das Beispiel der Region Karlsruhe zeigt. Auch die Beigeladene zu 2, die Hamburger Hochbahn AG, ist der angefochtenen Verfügung zufolge als ursprünglich reiner kommunaler ÖSPV-Anbieter in jüngerer Zeit auch im SPNV-Bereich aktiv geworden.

51 Unabhängig davon entstünde durch den Zusammenschluss nicht nur eine gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen DB Regio und dem Kommunalverband "Region Hannover" als Aufgabenträger. Es entstünde vielmehr auch eine Verflechtung zwischen DB Regio und üstra als demjenigen Unternehmen, das im Bereich des Aufgabenträgers den weit überwiegenden Teil der Verkehrsleistungen im ÖSPV erbringt und damit auf einem eng benachbarten und in die Nahverkehrsplanung des Aufgabenträgers integrierten Markt marktbeherrschend ist oder zumindest eine starke Marktstellung innehat. Das könnte DB Regio auch dann einen für die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausreichenden strukturellen Vorteil gegenüber Mitbewerbern verschaffen, wenn der Aufgabenträger, wie das Beschwerdegericht annimmt, SPNV-Verkehrsleistungen künftig verstärkt ausschreiben wird (vgl. BGH, Beschl. v. 19.12.1995 - KVR 6/95, WuW/E 3037, 3041 f. - Raiffeisen). Im Übrigen ist der Umfang solcher Ausschreibungen offen geblieben, wie insbesondere aus dem vom Beschwerdegericht zitierten Nahverkehrsplan 2003 deutlich wird, in dem es heißt, die Vertragspartner gingen davon aus, dass die Zusammenarbeit über die Dauer des mit Ablauf des Fahrplanjahres 2006 endenden Verkehrsvertrages mit der DB Regio hinaus fortgesetzt werde; die Art der Kooperation werde jedoch nicht nur von der Qualität eines Anschlussangebotes durch DB Regio abhängen, sondern auch vom Umfang und Ergebnis der Ausschreibung von SPNV-Leistungen.

52 Dass solche Ausschreibungen überhaupt stattfinden und Verkehrsleistungen gegebenenfalls auch nach dem Zusammenschluss in dem zuvor vorgesehenen Umfang ausgeschrieben werden, muss es deswegen ebenso wenig wie der Umstand, dass der Kommunalverband der Fach- und Rechtsaufsicht unterliegt, ausschließen, dass die Stellung der DB Regio bei außerhalb von Ausschreibungen vergebenen Verkehrsleistungen gestärkt wird.

53 6. Hiernach ist der angefochtene Beschluss aufzuheben, ohne dass es noch einer Erörterung der Frage bedürfte, ob die Ausführungen des Beschwerdegerichts zur räumlichen und sachlichen Abgrenzung der Fahrgastmärkte und zur Frage der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der DB Regio oder der üstra auf diesen Märkten der Nachprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren standhielten. Hierauf wird es auch deshalb nicht entscheidend ankommen, weil - wie das Beschwerdegericht insoweit zutreffend ausführt - die wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Fahrgastmarkt im Wesentlichen nicht den Wettbewerb *in* diesem, sondern *um* diesen Markt betreffen und daher auf dem Aufgabenträgermarkt in Erscheinung treten.

54 IV. Das Beschwerdegericht wird hiernach erneut zu prüfen haben, ob zu erwarten ist, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der üstra und/oder der DB Regio verstärkt.

55 Soweit das Beschwerdegericht dies bejahen sollte, wird es sich der - von seinem Standpunkt aus zu Recht unerörtert gebliebenen - Frage zuzuwenden haben, ob die auflösenden Bedingungen, unter denen das Bundeskartellamt in Verbindung mit der Auflage zu Nr. 5 der Verfügung den Zusammenschluss freigegeben hat, geeignet sind, die infolge des Zusammenschlusses zu erwartende Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen im ÖSPV und/oder SPNV auszugleichen. Dazu weist der Senat auf folgendes hin:

56 Nach § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB kann die Freigabe mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Mit dieser durch die 6. GWB-Novelle in das Gesetz eingefügten Vorschrift sollte die bisherige Zusagenpraxis des Bundeskartellamts auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden (s. Begründung des

Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 13/9720, S. 60). Bedingungen und Auflagen sind nicht schrankenlos möglich, sondern nur dann und nur insoweit zulässig, als ohne diese Nebenbestimmungen der Zusammenschluss untersagt werden müsste. Die Nebenbestimmungen müssen somit geeignet und erforderlich sein, um die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern oder zu bewirken, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 36 Abs. 1 GWB). Die Zusammenschlusskontrolle richtet sich gegen strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen. Ebenso wie es daher bei der Feststellung der Entstehung oder Verstärkung der Marktbeherrschung in erster Linie auf strukturelle Gegebenheiten ankommt (BGHZ 76, 55, 73 - Springer/Elbe-Wochenblatt), kommen auch als Nebenbestimmungen grundsätzlich nur strukturelle Maßnahmen in Betracht, die die Wettbewerbsbedingungen, nicht das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen beeinflussen (Bosch in Gemeinschaftskommentar, 5. Aufl., § 40 GWB Rdn. 21 f.; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 40 Rdn. 48; Ruppelt in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., § 40 GWB Rdn. 29; Veelken, WRP 2003, 692, 695 ff.). Das ausdrückliche Verbot, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen (§ 40 Abs. 3 Satz 2 GWB), verdeutlicht und konkretisiert diese durch den Gesetzeszweck vorgegebene Zielrichtung der Nebenbestimmungen.

57 Die Implementierung transparenter und diskriminierungsfreier Vergabeverfahren kommt grundsätzlich als strukturelle Bedingung wirksameren Wettbewerbs in Betracht (vgl. KG WuW/E DE-R 94, 100 - Hochtief/Philipp Holzmann).

58 Zwar zielen die Nebenbestimmungen darauf ab, dieses Ziel durch eine wiederholte Beeinflussung des Marktverhaltens der Beteiligten zu erreichen. Die Nebenbestimmungen zu Nrn. 1 und 2 sehen insoweit vor, dass bis zum Ablauf eines Zeitraums von mehr als neun Jahren eine der auflösenden Bedingungen für die Freigabe des Zusammenschlusses eintreten kann, wenn nämlich nicht bis zum 1. Januar 2013 sämtliche Bus-Verkehrsleistungen, die derzeit von üstra erbracht werden, und sämtliche SPNV-Verkehrsleistungen, die derzeit von DB Regio erbracht werden, im Wettbewerb vergeben werden. Die Bedingung zu Nr. 3 zwingt üstra mittelbar dazu, keine Anträge auf Wiedererteilung auslaufender Liniengenehmigungen zu stellen, und soll DB Regio dazu veranlassen, keine Verträge über Verkehrsleistungen anzubieten und Angebote des Aufgabenträgers abzulehnen, soweit dieser mit der freihändigen Vergabe der Verkehrsleistungen den Anforderungen der Nebenbestimmung zu Nr. 2 zur Vergabe im Wettbewerb nicht genügen würde.

59 Daraus ergibt sich jedoch noch nicht, dass jedenfalls die Bedingung zu Nr. 3 die Beteiligten im Sinne des § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB einer laufenden Verhaltenskontrolle unterstellt und daher rechtswidrig ist. Den Beteiligten wird damit nicht abverlangt, sich fortlaufend in einer bestimmten Weise zu verhalten. Zwar ist ihr Verhalten am Markt betroffen. Auch Veränderungen der Marktstruktur können indessen regelmäßig nur über ein bestimmtes Verhalten der Unternehmen erreicht werden, so dass eine exakte Trennlinie zwischen der Beeinflussung von Wettbewerbsbedingungen und der Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens der unter diesen Bedingungen agierenden Unternehmen nicht zu ziehen ist (Veelken, WRP 2003, 692, 703). Entscheidend ist daher weniger, ob auf das Verhalten der Unternehmen eingewirkt wird, als vielmehr die Frage, ob hierdurch ein struktureller Effekt erzielt wird, der hinreichend wirksam und

nachhaltig ist, um eine Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss zu verhindern oder zu kompensieren.

60

Unter diesem Gesichtspunkt wird das Beschwerdegericht prüfen müssen, ob die rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen der Nebenbestimmungen geeignet sind zu verhindern, dass sich der Zusammenschluss bei der künftigen Vergabe von Verkehrsleistungen im Sinne einer Verschlechterung der Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs auswirkt. Dabei wird zum einen darauf Bedacht zu nehmen sein, ob die Nebenbestimmungen geeignet sind, über die unmittelbare Steuerung des Angebots- oder Nachfrageverhaltens der Marktteiligten zu bestimmten Zeitpunkten hinaus nachhaltigen Einfluss auf die Bedingungen wirksamen Wettbewerbs auf den ÖPNV-Aufgabenträgermärkten zu nehmen. Zum anderen wird das Beschwerdegericht zu bedenken haben, inwieweit positive Effekte einer den Nebenbestimmungen entsprechenden Vergabe nach den Bestimmungen des 2. Abschnitts der Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A, tatsächlich ein nachteilige Wirkungen des Zusammenschlusses ausgleichendes Mehr an Wettbewerb angesichts des Umstands bedeuten, dass gewisse Mindestanforderungen an die Vergabe rechtlich schon durch das Gemeinschaftsrecht vorgegeben sind. Denn da Art. 43 und 49 EG und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit als besondere Ausprägungen des gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ohnedies eine Verpflichtung zur Transparenz einschließen, steht das völlige Fehlen einer Ausschreibung unabhängig von entsprechenden Vorschriften des Sekundärrechts weder mit den Anforderungen der Art. 43 und 49 EG noch mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung

und der Transparenz im Einklang (EuGH, Urt. v. 13.10.2005 - Rs. C-458/03, WuW/E Verg. 1155, 1159, Rdn. 48-50 - Parking Brixen - für die Vergabe einer öffentlichen Dienstleistungskonzession).

Hirsch

Ball

Bornkamm

Meier-Beck

Strohn

Vorinstanzen:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.12.2004 - VI - Kart 1/04 (V) -