

Öffentliche Version
FUSIONS-KONTROLLVERFAHREN
VERFÜGUNG GEMÄß § 40 ABS. 2 GWB

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

1. Deutsche Bahn AG, Berlin
2. DB Regio AG, Frankfurt
3. Norddeutsche Landesbank Girozentrale, Hannover
4. üstra Hannoversche Verkehrsbetriebe AG, Hannover
5. üstra intalliance AG, Hannover
6. Regionalbus Braunschweig GmbH, Braunschweig

- Beteiligte -

Zustellungsbevollmächtigte zu 1. – 6.:
[...]

7. Connex Stadtverkehr GmbH, Frankfurt

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte zu 7.:
[...]

8. Hamburger Hochbahn AG, Hamburg

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte zu 8.
[...]

wegen Prüfung eines gemäß § 39 GWB angemeldeten Zusammenschlussvorhabens nach § 36 GWB hat die 9. Beschlussabteilung am 2. Dezember 2003 beschlossen:

I.

Das Vorhaben der Beteiligten zu 2. (DB Regio) und 3. (NordLB), im Wege der Einbringung von 100% der Geschäftsanteile der Beteiligten zu 6. (RBB) bzw. einer Bar einlage eine 40%-Beteiligung (DB Regio) bzw. eine 20%-Beteiligung (NordLB) an der Beteiligten zu 5. (intalliance) zu erwerben, wird unter folgenden auflösenden Bedingungen zu 1. – 4. und der Auflage zu 5. freigegeben (§ 40 Abs. 3 GWB):

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 31.12.2009 ausgestatten Linienverkehrsgenehmigungen erbracht werden, nicht im Wettbewerb. 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. Abschnittes der Vergabungsordnung 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 Ver-

kehrleistungen 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. Abschnittes 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. – 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 entgegen stehen. 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 vergabene Verkehrsverträge abzuschließen. Das Recht der Beteiligten zu 1. – 6., sich an den wettbewerblichen Vergabeverfahren gemäß Ziffer 1. und 2. zu beteiligen, bleibt unberührt.
4. Die Beteiligten zu 1. – 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 Reparaturoeinrichtun-

gen, 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 Beschlussabteilung über den Zeitpunkt und die Ausgestaltung der wettbewerblichen Vergabeverfahren gemäß Ziffer 1. und 2..
6. Der vollständige oder teilweise Widerruf der auflösenden Bedingungen zu 1. – 4. und der Auflage zu 5. bei Änderung der Sach- oder Rechtslage bleibt vorbehalten.

II.

Die Gebühr für die Anmeldung B9-91/03 wird auf

[...] €

(in Worten: [...] Euro)

und die Gebühr für die zurückgenommene Anmeldung B9-14/02 wird auf

[...] €

(in Worten: [...] Euro)

festgesetzt und den Beteiligten zu 1. – 6. als Gesamtschuldnern auferlegt.

Gründe:

- A. Sachverhalt und beteiligte Unternehmen
 - I. Vorhaben und Gang des Verfahrens
 - 1. Das Vorhaben
 - 2. Gang des Verfahrens
 - II. Beteiligte Unternehmen
- B. Rechtliche Wertung
 - I. Fusionskontrollrechtliche Beurteilung
 - 1. Zuständigkeit, Zusammenschlusstatbestand und Fristen
 - 2. Materielle Beurteilung nach § 36 Absatz 1 GWB
 - a) Sachlich relevanter Markt
 - b) Räumlich relevante Märkte
 - c) Zur Entstehung / Verstärkung marktbeherrschender Stellungen
 - (1) Maßgebliche Rahmenbedingungen und Wettbewerbsintensität
 - (2) Marktstrukturdaten
 - (3) Zum Bestehen marktbeherrschender Stellungen
 - (4) Verstärkungswirkungen
 - d) Nebenbestimmungen
 - (1) Hintergrund und Zielsetzung
 - (2) Die auferlegten Verpflichtungen im Einzelnen
 - II. Beurteilung nach § 1 GWB
 - 1. Anwendbarkeit des § 1 GWB
 - 2. Fehlen der Freistellungsvoraussetzungen des § 8 Abs. 3 PBefG und § 12 Abs. 7 AEG
 - 3. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung
 - 4. Aufgreifermessen
- C. Gebühren
- D. Rechtsmittelbelehrung

A.

Sachverhalt und beteiligte Unternehmen

I. Vorhaben und Gang des Verfahrens

1. Das Vorhaben

Mit Schreiben vom 2. Juli 2003, beim Bundeskartellamt mit Anlagen eingegangen am 7. Juli 2003, hat die Deutsche Bahn AG (DB AG) namens und im Auftrag aller übrigen Beteiligten folgendes Zusammenschlussvorhaben angemeldet:

Die DB Regio AG (DB Regio) beabsichtigt, eine Beteiligung in Höhe von 40 % an der üstra intalliance AG (intalliance), derzeit ein 100 %-Tochterunternehmen der üstra Hannoversche Verkehrsbetriebe AG (üstra), zu erwerben. Darüber hinaus ist vorgesehen, dass die Norddeutsche Landesbank Girozentrale (NordLB) eine Beteiligung in Höhe von 20 % an der intalliance erwirbt. Im Gegenzug überträgt die DB Regio sämtliche Geschäftsanteile an der Regionalbus Braunschweig GmbH (RBB) auf die intalliance, während die NordLB eine Bareinlage in die intalliance einbringt. Die üstra bleibt mit einem Anteil von 40 % an der intalliance beteiligt.

Zwischen der DB Regio, der NordLB und der üstra soll ein Konsortialvertrag (KV) [...] abgeschlossen werden.

[...]

Weiterhin ist beabsichtigt, dass die DB Regio ihre S-Bahn-Verkehre in Hannover sowie Busverkehre im relevanten Gebiet und die üstra ihre Stadtbahn- und Stadtbusverkehre in die intalliance "einbringen". Allerdings erfolgt keine Übertragung von Linienkonzessionen.

[...]

Das zur Durchführung der Fahrdienstleistungen notwendige Anlage- und Betriebsvermögen (Omnibusse, Stadtbahnen, Werkstätten, Immobilien etc.) erhält intalliance auf der Grundlage von Miet- bzw. Leasingverträgen von der üstra. Eine Eigentumsübertragung erfolgt nicht.

[....]

DB Regio hingegen beauftragt intalliance lediglich mit der Erbringung von Verkehrsleistungen auf den Strecken S 1 (Minden - Hannover - Haste), S 2 (Nienburg - Hannover - Haste), S 3 (Hannover - Lehrte - Celle), S 4 (Bennemühlen - Hannover), S 5 (Hannover Flughafen - Hannover Hbf. - Hameln - Bad Pyrmont) und S 6 (Messelinie während der Cebit und Hannover Messe).

[...]

Die zur Durchführung der vorgenannten Leistungen erforderlichen personellen und sachlichen Ressourcen werden von der DB Regio ebenfalls nur für die Dauer des Subunternehmervertrages zur Verfügung gestellt.

[...]

2. Gang des Verfahrens

Das Zusammenschlussvorhaben wurde beim Bundeskartellamt mit Eingang des Original-Schreibens der DB AG (nebst Anlagen) am 7. Juli 2003 gemäß § 39 Abs. 1 i.V.m. § 40 GWB angemeldet. Mit Schreiben vom 4. August 2003, eingegangen bei der DB AG am 6. August 2003, wurde den anmeldenden Unternehmen fristgerecht mitgeteilt, dass die Beschlussabteilung das Hauptprüfverfahren eingeleitet hat (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GWB). Mit Schreiben vom 31. Oktober 2003 hat die Beteiligte zu 1. namens und in Vollmacht aller am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen einer Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 5. Dezember 2003 zugestimmt (§ 40 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GWB).

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 8. August 2003 hat die Connex Stadtverkehr GmbH (Connex) gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB die Beiladung zu dem Verfahren beantragt. Mit Schreiben vom 22. August 2003 hat die DB AG namens und in Vollmacht aller übrigen Beteiligten der Beiladung ausdrücklich widersprochen. Mit Beschluss vom 10. September 2003 wurde die Connex zum Verfahren beigelegt. Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten Beschwerde eingelegt. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28. Oktober 2003 hat die Hamburger Hochbahn AG (HHA) ebenfalls gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB die Beiladung zum Verfahren beantragt. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2003 hat die DB AG auch dieser Beiladung widersprochen. Die HHA wurde mit Beschluss vom 5. November 2003 zum Verfahren beigelegt.

Im Rahmen der Beantwortung eines Auskunftersuchens der Beschlussabteilung hat die DB AG mit Schreiben vom 26. September 2003 ausführlich zu den nach ihrer Ansicht in die Betrachtung einzubeziehenden Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens und den im konkreten Einzelfall betroffenen sachlich und räumlich relevanten Märkten Stellung genommen. In diesem Zusammenhang hat sie unter anderem darauf verwiesen, dass im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) nach ihrer Ansicht grundsätzlich zwischen einem „Aufgabenträger- oder Bestellermarkt“ für gemeinwirtschaftliche Verkehre, einem „Markt für die Übertragung der aus einer Genehmigung erwachsenden Rechte und Pflichten gegen Entgelt“, einem „Markt für die Vergabe von Subunternehmerleistungen“ und einem „Fahrgastmarkt“ zu differenzieren sei. Der in räumlicher Hinsicht regional abzugrenzende Fahrgastmarkt umfasse sowohl den Öffentliche Straßen-Personennahverkehr (ÖSPV) nach dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG) als auch den motorisierten Individualverkehr (MIV). Neben dem ÖSPV und dem MIV sei ferner der sogenannte Gelegenheitsverkehr mit Kraftfahrzeugen und der freigestellten Personennahverkehr in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen. Nicht diesem sachlich relevanten Markt zuzurechnen sei hingegen der Schienenpersonennahverkehr (SPNV) nach dem Allgemeinen Eisenbahn-Gesetz (AEG). Dieser bilde einen eigenen sachlich relevanten Markt.

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2003 hat die Beschlussabteilung den Zusammenschlussbeteiligten mitgeteilt, dass die Beschlussabteilung das Vorhaben zu untersagen beabsichtigt. Von der Gelegenheit, zu den zugrundeliegenden rechtlichen Wertungen Stellung zu nehmen, haben die Zusammenschlussbeteiligten mit Schreiben vom 29. Oktober 2003 Gebrauch gemacht. Den Beigeladenen sowie den Landeskartellbehörden der Bundesländer Niedersachsen, Hessen, Berlin, Bremen und Nordrhein-Westfalen wurde ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (§ 56 Abs. 1 und § 40 Abs. 4 GWB). Von dieser Gelegenheit hat jedoch lediglich die Beigeladene HHA mit Schreiben vom 21. November 2003 Gebrauch gemacht.

Die Beteiligten haben mit Schreiben vom 29. Oktober 2003 Vorschläge für Nebenbestimmungen einer Freigabe des Vorhabens gemäß § 40 Abs. 3 GWB unterbreitet. Diese Vorschläge bildeten die Grundlage für ein Gespräch am 11. November 2003 im Bundeskartellamt, in dessen Rahmen die Vorschläge ausführlich erörtert wurden. Zu Einzelaspekten möglicher Nebenbestimmungen hat die Beschlussabteilung ferner Stellungnahmen der betroffenen öffentlichen Aufgabenträger des ÖPNV in der Regi-

on Hannover und dem Land Niedersachsen eingeholt. Mit Schreiben vom 25. November 2003 wurde den Beigeladenen des Verfahrens Gelegenheit gegeben, zu der Frage einer möglichen Freigabe des Vorhabens nach § 40 Abs. 3 GWB sowie den im Einzelnen vorgeschlagenen Nebenbestimmungen Stellung zu nehmen. Von dieser Gelegenheit haben die Beigeladenen mit Schreiben vom 1. Dezember 2003 bzw. 2. Dezember 2003 Gebrauch gemacht.

II. Beteiligte Unternehmen

Die in den Konzernen der DB AG integrierte DB Regio bietet flächendeckend in Deutschland SPNV-Leistungen nach dem AEG an. Im Großraum Hannover betreibt die DB Regio mehrere S-Bahn-Linien sowie den gesamten restlichen SPNV nach dem AEG. Der Gesamtumsatz der DB Regio im Geschäftsjahr 2002 belief sich auf 4,715 Mrd. €, der des Gesamtkonzerns der DB AG auf 15,765 Mrd. €.

Die DB Regio ist ferner über mehrere Regionalbus-Gesellschaften, deren Umsatzerlöse sich im Geschäftsjahr 2002 auf insgesamt 1,073 Mrd. € beliefen, im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG tätig. Hierzu zählt auch die Zusammenschlussbeteiligte RBB. Diese ist schwerpunktmäßig in Südost-Niedersachsen sowie in anderen Verkehrsräumen in Niedersachsen im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG tätig. Sie ist Mitglied der dortigen Verkehrsverbände (Verkehrsverbund Süd-Niedersachsen (VSN), Verbundtarif Region Braunschweig (VRB)) und betreibt Linienverkehre in den Landkreisen Göttingen, Northeim, Osterode, Goslar, Wolfenbüttel, Peine, Uelzen, Soltau-Fallingbostal, Lüneburg, Lüchow-Dannenberg, Holzminden, Hameln-Pyrmont, Hildesheim, Helmstedt und Rotenburg (Wümme) sowie in Braunschweig und Salzgitter. Die Umsatzerlöse der RBB betragen im Jahr 2002 rund 40 Mio. €.

Die NordLB ist in erster Linie im Bank- und Finanzgeschäft, über Tochtergesellschaften auch im Immobilienbereich tätig. 2002 erzielte sie eine Bilanzsumme von ca. 197 Mrd. €.

Die üstra ist derzeit selbst oder über Beteiligungsgesellschaften im Großraum Hannover im Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen, Straßenbahnen und Stadtbahnen tätig. Nach eigenen Angaben betreibt sie im Verkehrsraum Hannover ein Stadtbahnlinienetz von ca. 180 Kilometern sowie ein Buslinienetz von ca. 750 Kilometern. Im Jahre 2002 erbrachte üstra im Bereich des Stadtbahnlinienverkehrs eine Verkehrsleistung von rund 24 Millionen Nutzwagenfahrtenkilometern und im Bereich des Bus-

Linienverkehrs eine Verkehrsleistung von rund 13 Millionen Nutzwagenfahrtenkilometern. Die Umsatzerlöse der üstra beliefen sich im Geschäftsjahr 2002 auf ca. 145 Mio. €. Mehrheitsgesellschafter der üstra ist die Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft Hannover m.b.H., Hannover. Die Anteile dieser Holdinggesellschaft für Beteiligungen der Stadt Hannover werden zu 80,49 % von der Stadt Hannover und zu 19,51 % von der Region Hannover, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, gehalten.

Die intalliance übt als Holdinggesellschaft die Gesellschafterrechte an folgenden 100 %-Tochterunternehmen aus: üstra Reisen GmbH (üstra Reisen), Verkehrsbetriebe Minden-Ravensberg (VMR) und Wolters Verwaltungsgesellschaft mbH (Wolters). Die üstra Reisen erbringt als Subunternehmerin der üstra einen Teil des Linienverkehrs im ÖPNV im Verkehrsraum Hannover. Die VMR erbringt auf der Grundlage eigener Konzessionen ÖPNV-Dienstleistungen in den Landkreisen Herford, Minden-Lübbecke und Lippe. Im Geschäftsjahr 2002 erzielte sie Umsatzerlöse in Höhe von ca. 13 Mio. €. Die Wolters fungiert als Holdinggesellschaft für folgende Tochterunternehmen: Wolters Bustouristik GmbH, Wolters Linienverkehrs GmbH, Ostseebus GmbH und Heitmann Linienverkehrs GmbH. Diese Unternehmen sind - z.T. auf der Grundlage eigener Konzessionen - im Bereich des Linienverkehrs nach dem PBefG in verschiedenen Verkehrsräumen tätig, unter anderem in Mecklenburg-Vorpommern und im Süden Bremens. Der Gesamtumsatz der bezeichneten Tochterunternehmen der intalliance belief sich im Geschäftsjahr 2002 auf insgesamt ca. 33 Mio. €; davon entfielen ca. [...] € auf den Bereich des ÖPNV.

B.

Rechtliche Wertung

I. Fusionskontrollrechtliche Beurteilung

1. Zuständigkeit, Zusammenschlusstatbestand und Fristen

Das Zusammenschlussvorhaben ist kontrollpflichtig gemäß § 35 Abs. 1 GWB. Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 GWB liegen nicht vor. Eine Zuständigkeit der EU-Kommission scheidet aus, weil die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 2/3 ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in Deutschland erzielen. Auch die Ausnahmeregelungen der §§ 35 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 GWB sind nicht einschlägig.

Die Anwendung der Vorschriften der §§ 35 ff. GWB auf Zusammenschlüsse im Bereich des ÖPNV ist – entgegen der Ansicht der DB AG [...] – auch nicht aufgrund der gesetzlichen Freistellungsregelung des § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG ausgeschlossen.

Die Auffassung, die Fusionskontrollvorschriften seien lediglich auf Zusammenschlüsse im ÖPNV anwendbar, an denen Unternehmen beteiligt sind, die derzeit in unterschiedlichen Verkehrsräumen im Bereich des ÖPNV tätig sind, findet bereits im Wortlaut der maßgeblichen Rechtsnorm keinerlei Stütze. § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG bezieht sich ausdrücklich auf die §§ 1 und 22 Abs. 1 GWB, ohne die §§ 35 ff. GWB zu erwähnen. Auch die gesamte Kommentarliteratur geht daher davon aus, dass die §§ 35 ff. GWB im ÖPNV uneingeschränkt anwendbar sind.¹

Den anmeldenden Unternehmen wurde mit am 6. August 2003 zugestelltem Schreiben fristgerecht mitgeteilt, dass die Beschlussabteilung das Hauptprüfverfahren eingeleitet hat. Nachdem die anmeldenden Unternehmen einer entsprechenden Verlängerung der Untersagungsfrist zugestimmt haben, endet die Frist für die Untersagung des Vorhabens am 5. Dezember 2003 (§ 40 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB).

Das Vorhaben erfüllt die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) GWB in Verbindung mit § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB (Gemeinschaftsunternehmen) und § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB (gemeinsame Kontrolle) sowie - im Hinblick auf die Einbringung der RBB in die intalliance - die Tatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a)

¹ Vgl. u.a. Kommentierung zum insoweit einschlägigen § 99 GWB a.F.: Immenga in Immenga, Mestmäcker, § 99 (GWB a.F.), Rn. 37.

GWB in Verbindung mit § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB (alleinige Kontrolle durch Intalliance bzw. mittelbar gemeinsame Kontrolle durch deren Muttergesellschaften).

2. Materielle Beurteilung nach § 36 Absatz 1 GWB

Unter Berücksichtigung der im Verfügungstenor festgelegten Nebenbestimmungen erfüllt der Zusammenschluss nicht die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB. Die Nebenbestimmungen bewirken, dass die von dem Zusammenschluss andernfalls zu erwartende Verstärkung derzeit bereits bestehender marktbeherrschender Stellungen der Zusammenschlussbeteiligten vermieden wird.

a) Sachlich relevanter Markt

Von dem Zusammenschluss in sachlich Hinsicht betroffen ist der Markt für die Erbringung liniengebundener Nahverkehrsdienstleistungen im Bereich des ÖPNV. Dabei kann offen bleiben, ob für den ÖSPV nach dem PBefG und den SPNV im Geltungsbereich des AEG von getrennten sachlich relevanten Märkten auszugehen oder ob ein einheitlicher ÖPNV-Markt zugrunde zu legen ist. Ferner kann offen bleiben, ob für die Entscheidung über die sachliche Marktabgrenzung auf den Fahrgast oder auf den jeweils zuständigen Aufgabenträger als relevante Marktgegenseite abzustellen ist. Der Fahrgast ist einerseits der eigentliche Nachfrager von Verkehrsleistungen; er hat allerdings keinen direkten Einfluss auf Art und Umfang des jeweiligen Verkehrsangebots. Der Aufgabenträger wiederum ist zwar nicht direkter Nachfrager der Verkehrsleistung; er kann aber im Rahmen seiner Zuständigkeit als Aufgabenträger sowohl über finanzielle Zusagen als auch über die Mitwirkung an dem Verfahren der Genehmigungserteilung und aktive Nachfrageentscheidungen im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen maßgeblich Einfluss darauf ausüben, welche Verkehrsunternehmen auf dem Fahrgastmarkt tätig werden.² Ob jedoch auf den Fahrgast oder den Aufgabenträger abgestellt wird, ändert grundsätzlich nichts an dem Ergebnis der Marktabgrenzung.

Auch die DB AG als anmeldendes Unternehmen teilt die Ansicht, dass im Bereich des ÖPNV in sachlicher Hinsicht ein „Fahrgastmarkt“ abzugrenzen ist, auf dem sich die ÖPNV-Unternehmen als Anbieter und die (potentiellen) Fahrgäste als Nachfrager

² Vgl. unter anderem: Werner, Schaaffkamp, Daseinsvorsorge im Wettbewerb – quo vadis öffentlicher Personennahverkehr, in: Libbe, Tomerius, Trapp (Hrsg.), Liberalisierung und Privatisierung kommunaler Aufgabenerfüllung, Berlin 2003, Seite 127-150; MARETOPE, Reference framework and harmonisation of concepts, Dokument D1, 10.8.2000, Seite 5 ff.

gegenüber stehen (Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 23). Sie vertritt lediglich ergänzend die Auffassung, dass zusätzlich weitere sachlich relevante Märkte abzugrenzen sind, unter anderem ein eigenständiger „Aufgabenträger- oder Bestellermarkt“ und ein Markt für „Subunternehmer-Leistungen“. Die Beschlussabteilung stimmt mit der DB AG darin überein, dass der Markt für „Auftragsverkehre“, auf dem sich Konzessionsinhaber als Nachfrager nach konkreten Transportleistungen im Linienverkehr und die Anbieter solcher Auftragsunternehmer-Leistungen gegenüberstehen, als eigener sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist. Insoweit hält die Beschlussabteilung an ihrer Entscheidungspraxis fest (vgl. Beschluss im Verfahren B 9 – 142/01 „Rheinische Bahngesellschaft / ELBA“; um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Fassung: www.bundeskartellamt.de/Entscheidungen/Archiv/Fusionen2001).

Die Frage, ob die übrigen von der DB AG abgegrenzten sachlich relevanten Märkte die Wettbewerbsbedingungen im ÖPNV adäquat abzubilden vermögen, kann offen bleiben, da die materielle Beurteilung des Zusammenschlusses im konkreten Einzelfall hiervon in keiner Weise beeinflusst wird. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den von der DB AG abgegrenzten „Aufgabenträger- und Bestellermarkt“, der nach Ansicht der DB AG auf die Beschaffung sogenannter „gemeinwirtschaftlicher Verkehre“ zu begrenzen sei (vgl. Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 22). Soweit die Aufgabenträger selbst als Nachfrager nach ÖPNV-Leistungen zu qualifizieren sind, wäre der danach abzugrenzende relevante Markt vielmehr sachlich und räumlich identisch mit dem Fahrgastmarkt, da die Nachfrage des Aufgabenträgers auf die Erbringung derselben Verkehrsleistung gerichtet ist. Stellt man mithin auf den Aufgabenträger als relevante Marktgegenseite ab, schließt dies die Annahme eines Fahrgastmarktes keineswegs aus. Im Bereich des ÖPNV ersetzt der Aufgabenträger den Fahrgast nicht als maßgebliche Marktgegenseite. Im Rahmen seiner Beteiligung an den Genehmigungs- und seinen aktiven Nachfrageentscheidungen nimmt er vielmehr Einfluss darauf, in welchem Umfang die Verkehrsunternehmen auf dem Fahrgastmarkt tätig werden können. Insoweit könnte dem Aufgabenträger allenfalls die Stellung eines Verbrauchsdisponenten zukommen, der stellvertretend für den Endverbraucher die Nachfrage konkretisiert (vgl. WuW/E BGH 1435, 1440 „Vitamin B12“; Bechtold, GWB § 19 Rn. 5). Das Verhältnis zwischen den Verkehrsunternehmen und den Aufgabenträgern ist ferner für die Bewertung der Marktzugangsbedingungen relevant (vgl. hierzu: Werner, in: Barth, Baumeister u. a., Recht des Öffentlichen Personennahverkehrs, A4, Seite 5). Der Regulierungsrahmen des PBefG und

des AEG und seine praktische Handhabung determinieren, ob und inwieweit die Marktpositionen eines Verkehrsunternehmens auf dem Fahrgastmarkt durch Marktzutrittsversuche anderer Unternehmen angreifbar ist.

Nicht in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen ist - entgegen der Auffassung der DB AG - der Motorisierte Individualverkehr (MIV). Bei diesem handelt es sich um eine Form der Eigenerzeugung von Beförderungsleistungen. ÖPNV-Leistungen sind als eine Dienstleistung zu qualifizieren (Beförderung von Fahrgästen). Zentrales Kennzeichen dieser Dienstleistung ist, dass der Fahrgast selbst keine Beförderungsleistung erbringt („selbst fährt“), sondern „befördert wird“. Der MIV kann bereits denkllogisch nicht als mögliche Ausweichalternative dem gleichen sachlich relevanten Markt zugerechnet werden, weil der MIV im Gegensatz zum ÖPNV gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass der „Beförderte“ die Beförderungsleistung selbst erbringen muss. Die Nutzer des eigenen PKW oder anderer (motorisierter) Fahrzeuge sind mithin personenidentisch sowohl „Hersteller“ und „Anbieter“ als auch „Nachfrager“ der Beförderungsleistung. Würde man solche Formen der „Selbstversorgung“ in den für eine Dienstleistung abzugrenzenden sachlich relevanten Markt einbeziehen, wäre die Existenz einer marktbeherrschenden Stellungen für diese Märkte per se ausgeschlossen. Ein Monopol im Gaststättengewerbe, beim Angebot von Gartenbau-Dienstleistungen oder im Bereich des Bau-Handwerks wäre mit der Begründung abzulehnen, dass der Verbraucher jederzeit erforderliche Zutaten selbst einkaufen und seine Mahlzeiten selbst zubereiten, den heimischen Garten im Rahmen einer aktiven Freizeitgestaltung selbst pflegen oder sein Wohneigentum in Eigenleistung erstellen, erweitern oder in Stand halten könne. Eine solche Schlussfolgerung würde jedoch ebenso offensichtlich dem Schutzzweck der Fusionskontrolle widersprechen wie die These, dass eine marktbeherrschende Stellung im ÖPNV deshalb ausgeschlossen sei, weil der Fahrgast jederzeit ein eigenes Fahrzeug beschaffen und die in Frage stehende Beförderungsleistung selbst erbringen könne.

Soweit die DB AG im Zusammenhang mit der sachlichen Marktabgrenzung auf eine rechtskräftige Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien vom 14. August 2003 verweist, der die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für ÖPNV-Leistungen unter Einbeziehung des MIV zu Grunde gelegen habe (Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 4 ff.), gilt Folgendes: Entscheidungen ausländischer Kartellbehör-

den und -gerichte³ können keine Präjudizwirkung für die sachgerechte Abgrenzung des in einem konkreten Einzelfall betroffenen sachlich relevanten Marktes durch das Bundeskartellamt oder deutsche Gerichte entfalten. Die Beschlussabteilung teilt ferner die Einschätzung des OLG Wien, wonach „die ‚Göttingen-Entscheidung‘ des deutschen Bundeskartellamtes weder vom Sachverhalt noch vom Ergebnis her mit dem hier zu beurteilenden Zusammenschluss vergleichbar [ist], auch weil wesentliche Unterschiede zur österreichischen Rechtsordnung bestehen“ (Beschluss des OLG Wien, Aktenzeichen: 24 Kt 96, 135, 137/03 – 87, Seite 115). Spiegelbildlich können aus den gleichen Gründen aus dem Beschluss des OLG Wien keine Schlussfolgerung für den hier zu prüfenden Einzelfall gezogen werden. Dabei ist unter anderem zu berücksichtigen, dass die Frage der sachlichen Marktabgrenzung für die Entscheidung des OLG Wien im konkreten Einzelfall letztendlich nicht entscheidungserheblich war. Nach Ansicht des OLG Wien war der Zusammenschluss selbst im Falle einer zu erwartenden Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf Grund der anzunehmenden „Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit“ sowie der zu unterstellenden „Verbesserung der Wachstumsbedingungen“ und der „Anhebung des Lebensstandards“ gerechtfertigt (Beschluss des OLG Wien, a.a.O., Seite 98). Hintergrund dieser Wertungen ist § 42 b Abs. 3 Ö-KartG, wonach ein Zusammenschlussvorhaben selbst im Falle des Vorliegens der wettbewerblichen Untersagungs Voraussetzungen freizugeben ist, sofern das Vorhaben „zur Erhaltung und Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist.“

Soweit die DB AG darauf hinweist, dass eine Übernahme der vom OLG Wien gewählten Marktabgrenzung vor dem Hintergrund einer einheitliche Rechtsanwendung in Europa angezeigt sei und es „befremdlich [wäre], wenn die deutschen Kartellbehörden völlig abweichende, mit den Entscheidungen der Gerichte benachbarter Mitgliedstaaten nicht vereinbare Grundsätze für die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte im ÖPNV zu Grunde legen würden“ (Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 5), ist Folgendes festzustellen: Entgegen der Befürchtung der DB AG würde sich das Bundeskartellamt nicht mit der hier zu Grunde gelegten sachlichen Markt-

³ Bei dem von der DB AG angeführten Beschluss des OLG Wien handelt es sich um eine mit den Entscheidungen des Bundeskartellamtes vergleichbare Entscheidung einer Kartellbehörde, weil - abweichend von den Regelungen des GWB und anderen europäischen Kartellrechtsordnungen - das österreichische Kartellgesetz („Gesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen“, Ö-KartG) unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht zur Anmeldung von Zusammenschlüssen „beim Kartellgericht“ vorsieht (§ 42 a Ö-KartG). Zuständiges Kartellgericht im Sinne dieser Vorschrift war im Fall „ÖBB/ÖIAG“ das OLG Wien.

abgrenzung, sondern bei Zugrundelegung des vom OLG Wien gewählten Ansatzes der sachlichen Abgrenzung des ÖPNV-Marktes im Widerspruch zu der Kartellrechtspraxis in der EU und den meisten EU-Mitgliedstaaten befinden. Weder die EU-Kommission⁴ noch die für die Fusionskontrolle zuständigen Kartellbehörden in Großbritannien⁵, Italien⁶, Frankreich⁷, Spanien⁸ oder den Niederlanden⁹ haben bei der Prüfung von Zusammenschlüssen im Bereich des ÖPNV den MIV in den sachlich relevanten Markt einbezogen. Selbst wenn es aus den dargelegten Gründen auf diese Frage bereits rechtstechnisch nicht ankommen kann, scheint das OLG Wien europaweit die einzige Kartellbehörde zu sein, deren Entscheidung - zumindest was die Frage der Einbeziehung des MIV in den relevanten Markt betrifft - einer einheitlichen Praxis der europäischen Kartellbehörden im Hinblick auf die Abgrenzung des sachlich relevanten ÖPNV-Marktes im Wege steht.

An diesen Feststellungen ändert auch das von der DB AG angeführte Gutachten von Dr. Dr. Doris Hildebrand nichts, das im Rahmen des Verfahrens vor dem OLG Wien erstellt wurde. Dies schon deshalb nicht, weil das Gutachten den in den Mittelpunkt der Analyse gestellten „Hypothetischen Monopoltest“ (HM-Test) in lediglich verkürzter und im Ergebnis verfälschender Weise anwendet. Der HM- oder SSNIP-Test (SSNIP = Small-but-Significant-Non-Transitory Increase of Price) ist ein anerkannter ökonomischer Ansatz zur Überprüfung der Grenzen sachlich relevanter Märkte.¹⁰ Er beruht jedoch im Kern auf dem Ziel, die Ausweichreaktionen der Marktgegenseite (des Verbrauchers) auf ein anderes am Markt angebotenes Substitutionsprodukt im Falle einer geringfügigen aber dauerhaften Preiserhöhung des betrachteten Produkts zu messen (vgl. Möschel in Immenga, Mestmäcker, § 19, Rn. 33; OLG-Düsseldorf, Beschluss vom 13.08.2003 „Deutsche Post/trans-o-flex, Kart 52/01, Seite 18 f.). Das von der DB AG angeführte Gutachten beschränkt sich jedoch ausdrücklich auf die „Messung der Abwanderung der Nachfrager aufgrund einer Preiserhöhung und [deren] Auswirkungen auf die Gewinnsituation“ dieses konkret betrachteten Unternehmens. Dem entsprechend kann es nur zu dem auch von der DB AG in ihrem Schrei-

⁴ Vgl. Entscheidungen Comp/M.2730 (Connex/DNVBVG/JV), Comp/M.1504 (NSR/VSN/CMI/IGO Plus), Comp/M.1768 (Schoyen/Goldman Sachs/Swebus), Comp/M.2154 (C3D/Rhone/Go Ahead)

⁵ Vgl. z.B. Entscheidung der Competition Commission im Fall „Stagecoach Holding plc/Lancaster City Transport Limited“.

⁶ Vgl. Fusionskontrollverfahren „FS/SOGIN“

⁷ Vgl. Entscheidung im Fall „CGEA Connex/GTV“ vom 3. Mai 2002.

⁸ Vgl. Entscheidung im Fall „Alianza Bus/Enatacar“.

⁹ Vgl. Entscheidung im Fall „NoordNet“.

¹⁰ Vgl. Bishop/Walker, Economics of E.C. Competition Law, Seite 52 ff.

ben zitierten Ergebnis kommen, dass im Bereich des ÖPNV „kein Anbieter seine Preise unabhängig von den Kunden festsetzen kann.“ (Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 5; Gutachten Dr. Dr. Hildebrand, Seite 34). Für die Frage der sachlichen Marktabgrenzung allein ausschlaggebend ist jedoch die Frage, ob ein Unternehmen seine Preise unabhängig von Anbietern substituierbarer Produkte festsetzen kann.

Das von der DB AG angeführte Gutachten hat aufgrund des gewählten Ansatzes lediglich die ohne Zweifel zutreffende, allerdings auch für jeden Monopolisten gültige Aussage zum Ergebnis, dass signifikante Preiserhöhungen zu einer Reduktion der nachgefragten Menge eines Produktes führen.¹¹ Dieser Effekt einer Preiserhöhung reicht aber nicht aus, um - was jedoch die entscheidende Frage im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung ist - zu belegen, dass der Anbieter eines bestimmten Produktes durch konkurrierende Anbieter eines austauschbaren Produktes in seinem wettbewerblichen Verhalten, insbesondere im Hinblick auf seinen Preissetzungsspielraum, kontrolliert wird. Auch der Hinweis, dass eine solche Preiserhöhung gegebenenfalls die Gewinnsituation des Unternehmens verschlechtere, lässt im Hinblick auf die sachliche Marktabgrenzung für sich genommen keinerlei Schlussfolgerungen zu. Wenn ein Unternehmen als Alleinanbieter/Monopolist für ein bestimmtes Produkt in der Lage ist, unabhängig von anderen Anbietern den Preis seines Produktes auf das gewinnmaximierende Niveau festzulegen, führt eine Preiserhöhung aufgrund der gewählten Ausgangssituation der Analyse (gewinnmaximierende Preis-Mengen-Kombination im Monopol) bereits denklösig stets und per se zu einer Verschlechterung der Gewinnsituation. Die aus fusionskontrollrechtlicher Sicht entscheidende Frage ist jedoch, ob das betrachtete Unternehmen den (Ausgangs-)Preis seiner Produkte autonom, d. h. unabhängig von Anbietern anderer Produkte auf ein über dem Wettbewerbspreis liegendes Monopol-Preisniveau anheben kann.¹² Im Hinblick auf die übrigen systematischen und denklösischen Mängel des von der DB AG angeführten Gutachtens von Dr. Dr. Hildebrand wird auf das ebenfalls im Rahmen des vom OLG Wien entschiedenen Falles erarbeitete Gutachten des ehemali-

¹¹ Vgl. hierzu insbesondere die graphische Darstellung (Abbildung 8) auf Seite 33 des Gutachtens.

¹² Diese Problematik bei der Anwendung des SSNIP-Tests wird unter dem Stichwort der „Cellophane Fallacy“ diskutiert. vgl. hierzu: Bishop, Walker, a.a.O., Seite 49.

gen Vorsitzenden der Monopolkommission, Professor Dr. Carl-Christian von Weizsäcker,¹³ verwiesen.

Ebenso wenig wie der MIV in den sachlich relevanten ÖPNV-Markt einzubeziehen ist der Taxiverkehr. Eine Austauschbarkeit der Leistungen des ÖPNV und des Taxiverkehrs ist wegen der nicht vorhandenen Flexibilität in Bezug auf Fahrstrecke, Haltepunkte und Abfahrtszeiten im Bereich des ÖPNV sowie wegen des erheblich höheren Beförderungsentgelts für die Taxi-Beförderung nicht gegeben. Auch aus Sicht der Aufgabenträger des ÖPNV stellen weder der MIV noch der Taxiverkehr eine Möglichkeit dar, den gesetzlichen Verpflichtungen zur ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Personennahverkehrsleistungen nachzukommen.

Auch der Gelegenheitsverkehr mit Kraftfahrzeugen und der sogenannte Freistellungsverkehr sind nicht in den ÖPNV-Markt einzubeziehen. Bei dem Gelegenheitsverkehr mit Kraftfahrzeugen handelt es sich um eine Dienstleistung, die - außer im Hinblick auf die Anzahl der beförderten Personen - mit dem Taxiverkehr vergleichbar ist. Die Marktgegenseite fragt eine zeitlich flexible und nicht an eine bestimmte Linienführung mit festgelegten Haltepunkten gebundene Beförderung zwischen im Einzelfall sehr weit auseinanderliegenden Ursprungs- und Bestimmungsorten nach. Insoweit fehlt es bereits an der für eine Einbeziehung in den sachlich relevanten ÖPNV-Markt erforderlichen Linienbindung und Vertaktung der Beförderungsleistung. Nicht einmal das OLG Wien, auf dessen Entscheidung im Fall „ÖBB/ÖIAG“ sich die DB AG im Hinblick auf die sachliche Marktabgrenzung beruft, bezieht den Gelegenheitsverkehr mit Kraftfahrzeugen in den sachlich relevanten Markt ein. Es stellt vielmehr ausdrücklich fest, dass „Linienverkehr und Gelegenheitsverkehr unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten zuzuordnen“ sind (vgl. OLG Wien, a.a.O., Seite 73). Vor diesem Hintergrund ist auch das Angebot von Beförderungsleistungen durch sogenannte Anruf-Sammel-Taxis (AST) nicht in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen. Denn auch nach Ansicht der DB AG wird der AST-Verkehr „nur in wenigen Fällen in Form von Linienverkehren, überwiegend jedoch in Form von Gelegenheitsverkehren betrieben“ (Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 24).

Die Einbeziehung der vom PBefG freigestellten Beförderungsleistungen in den relevanten Markt scheidet wegen des begrenzten Kreises der jeweils nutzungsberechtigten Personen aus. Gemäß § 1 der „Verordnung über die Befreiung bestimmter Be-

¹³ Weizsäcker, Carl-Christian, Zusammenschluss der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) mit der Österreichischen Postbus AG (ÖPAG), Wirtschaftswissenschaftliches Gutachten, Juli 2003.

förderungsfälle von den Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes“ (FreistellungsVO) zählen zu den sogenannten Freistellungsverkehren u.a. die Beförderung von Schülern und Behinderten, die Beförderung von Firmenpersonal zwischen Betriebsstätten, Beförderungsleistungen für Dienstkräfte der Polizei und der Streitkräfte sowie der Leichentransport. Diese Leistungen können bereits im Ansatz nicht als Ausweichalternative für den bestimmungsgemäß und kraft gesetzlicher Definition für jeden Nutzer uneingeschränkt zugänglichen ÖPNV (§ 8 Abs. 1 PBefG: ÖPNV „ist die allgemein zugängliche Beförderung von Personen [...]“) angesehen werden. Anbieter im Bereich des freigestellten Schüler- und Behindertenverkehrs bzw. einzelne Baufirmen, Polizeidienststellen, die Bundeswehr oder Bestattungsunternehmen lassen jedoch gerade nicht im Rahmen der jeweils erbrachten Beförderungsleistung an festgelegten Haltepunkten den Zustieg weiterer „Fahrgäste“ zu und ermöglichen auch nicht deren Beförderung zu festgelegten Zielorten gegen Entgelt. Sämtliche Verkehrsmittel des genehmigungsbedürftigen Linienverkehrs gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 PBefG (Straßen- und U-Bahnen, O-Bus, Kraftfahrzeuge) sind einem einheitlichen sachlich relevanten Markt zuzuordnen. Die bestehenden Qualitätsunterschiede zwischen diesen Verkehrsmitteln sind im Vergleich zu den übereinstimmenden Beförderungsmerkmalen von so untergeordneter Bedeutung, dass sie die grundsätzlich bestehenden Ausweichmöglichkeiten aus Sicht der Nutzer nicht in Frage stellen. Auch für die Aufgabenträger spielt es keine entscheidende Rolle, mit welchen Verkehrsmitteln eine ausreichende Bedienung der Bevölkerung mit ÖSPV-Leistungen sichergestellt wird. In den nahezu flächendeckend in Deutschland eingerichteten Verkehrsverbänden ist darüber hinaus auf der Grundlage eines einheitlichen Verbundtarifes die Nutzung sämtlicher Verkehrsmittel zu einem einheitlichen Preis möglich. Alle Verkehrsmittel werden mithin zu einer einheitlichen Gesamtbeförderungsleistung zusammengefasst.

Auch der innerstädtische Linienverkehr (Stadtverkehr) und der Linienverkehr in der Fläche (Regionalverkehr) im Geltungsbereich des PBefG bilden keine getrennten sachlich relevanten Märkte. Zwar weisen die Liniennetze im Gebiet größerer Städte eine höhere Haltestellendichte auf als der Regionalverkehr. Dies ist aber lediglich eine Folge der unterschiedlichen Bevölkerungs- und Siedlungsdichte, nicht jedoch ein Hinweis auf eine fehlende Austauschbarkeit aus Sicht des Fahrgastes bzw. des Aufgabenträgers.

Die DB AG vertritt die Auffassung, dass der SPNV nach dem AEG einen separaten, von dem ÖSPV nach dem PBefG einschließlich des MIV getrennt zu beurteilenden sachlich relevanten Markt bilde (vgl. u. a. Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 30). Die Frage, ob der SPNV nach dem AEG und der ÖSPV nach dem PBefG einem einheitlichen sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind, kann jedoch offen bleiben. Die Abgrenzung relevanter Märkte ist im Rahmen der Fusionskontrolle lediglich ein Mittel, um die Realität des Wettbewerbs sowie die für die jeweilige Marktgegenseite bestehenden Ausweichmöglichkeiten abzubilden. Würde daher von einem einheitlichen ÖPNV-Markt ausgegangen, müssten Tatsachen, welche die Substituierbarkeit zwischen dem ÖSPV nach dem PBefG und dem SPNV nach dem AEG begrenzen, im Rahmen der materiellen Beurteilung der Zusammenschlusswirkungen berücksichtigt werden. Würde die materielle Beurteilung hingegen auf der Annahme getrennter sachlich relevanter Märkte für den ÖSPV nach dem PBefG und dem SPNV nach dem AEG beruhen, wären hingegen spiegelbildlich die möglicherweise bestehenden Substitutionsbeziehungen zwischen den dann eng benachbarten sachlich relevanten Märkten in die Betrachtung einzubeziehen.

Die Beschlussabteilung neigt dazu, in den Fällen von einem einheitlichen ÖPNV-Markt auszugehen, in denen Liniennetze im Bereich des SPNV nach dem AEG mit den Liniennetzen des ÖSPV nach dem PBefG so eng verflochten sind, dass sie aus Sicht des Fahrgastes als uneingeschränkt untereinander austauschbar angesehen werden. Diese Voraussetzung dürfte z. B. für die typischen S-Bahn-Netze in deutschen Großstädten (z. B. Hamburg, Hannover, Berlin, München) gegeben sein. Etwas anderes könnte hingegen für Fälle gelten, in denen das SPNV-Angebot nach dem AEG im Wesentlichen auf lang getaktete Regionalzug-Verbindungen begrenzt ist. In diesen Fällen sind das SPNV- und das ÖSPV-Angebot nicht solchermaßen integriert und vertaktet, dass sie vom Fahrgast als einheitliches Verkehrsangebot wahrgenommen werden. Auch muss der Tatsache Rechnung getragen werden, dass sich der Regulierungsrahmen des AEG und derjenige des PBefG nicht unwesentlich voneinander unterscheiden. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Aufgabenträgerschaft im Bereich des SPNV den Bundesländern obliegt, während im Geltungsbereich des ÖSPV die kommunalen Gebietskörperschaften die Rolle eines öffentlichen Aufgabenträgers wahrnehmen.

b) Räumlich relevante Märkte

In seiner bisherigen Praxis geht die Beschlussabteilung im Bereich des ÖPNV von regionalen räumlich relevanten Märkten aus (vgl. u. a. WuW/E DE-V 603, 614 „ÖPNV Göttingen“). An dieser Praxis wird auch in diesem Fall festgehalten. Weder aus Sicht des Fahrgastes noch aus Sicht des Aufgabenträgers sind die Verkehrsleistungen in dem jeweils regional begrenzten Gebiet austauschbar mit Nahverkehrsleistungen in anderen Verkehrsräumen. Dabei ist - obwohl sich die Aufgabenträgerschaft ausschließlich auf das Hoheitsgebiet einer Kommune oder eines Landkreises bezieht - der räumlich relevante Markt auch aus Sicht des Aufgabenträgers nicht allein auf sein Zuständigkeitsgebiet (Hoheitsgebiet) beschränkt. Ausschlaggebend hierfür ist, dass der Aufgabenträger im Interesse der betroffenen Bevölkerung verpflichtet ist, auch die Belange benachbarter Städte und Landkreise in seinen verkehrspolitischen Planungsentscheidungen zu berücksichtigen. Die DB AG teilt zumindest die Ansicht, dass aus Sicht des Fahrgastes von regionalen räumlich relevanten Märkten auszugehen ist (Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 23). Der Fahrgast orientiert sich hinsichtlich seines Bedarfs an ÖPNV-Dienstleistungen jedoch keinesfalls an Verwaltungsgrenzen. Der These der DB AG, dass „bei der räumlichen Marktabgrenzung grundsätzlich von dem Nahverkehrsgebiet auszugehen [sei], das in geographischer Hinsicht den Gegenstand der vom zuständigen Aufgabenträger aufgestellten Nahverkehrspläne bildet“ (Schreiben DB AG vom 26.09.2003, Seite 25), kann daher nicht gefolgt werden.

Eine streckenbezogene Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes ist ebenfalls nicht sachgerecht. Kennzeichen von Nahverkehrsleistungen ist gerade das Angebot eines Netzwerkes von Linien, das von dem Nutzer entsprechend seiner konkreten, im Zeitablauf aber variablen Verkehrsbedürfnisse genutzt wird. Auch aus Sicht des Aufgabenträgers kann nur ein Netzwerk in seiner Gesamtheit eine ausreichende Verkehrsbedienung im Sinne der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen sicherstellen. Die Beschlussabteilung stellt vor diesem Hintergrund für die Bestimmung der Grenzen des jeweils betroffenen räumlich relevanten Marktes maßgeblich auf die verkehrswirtschaftlichen Verflechtungen einer bestimmten Region ab. Hinweise auf die maßgeblichen Marktgrenzen liefern dabei neben dem Verlauf der Linien und der Vertaktung des Verkehrsangebots insbesondere die Daten für die feststellbaren Pendlerverflechtungen.

Im konkreten Fall unmittelbar vom Zusammenschluss betroffen ist der Verkehrsraum Hannover. Da die Zusammenschlussbeteiligten bzw. ihre Tochterunternehmen dar-

über hinaus in unmittelbar benachbarten Verkehrsräumen ÖPNV-Dienstleistungen anbieten, wirkt sich der Zusammenschluss auch auf diese Markträume aus. Hierbei handelt es sich um die Markträume Braunschweig, Uelzen-Lüneburg, Bremen, Göttingen, Ostwestfalen-Lippe und Paderborn-Höxter. Im Hinblick auf die räumlichen Grenzen dieser Verkehrsräume haben die Ermittlungen der Beschlussabteilung folgendes ergeben:

Der ÖPNV-Marktraum Hannover umfasst zumindest das Gebiet der „Region Hannover“ (einschließlich der Landeshauptstadt Hannover), einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, die seit dem 1. November 2001 als Rechtsnachfolgerin des Kommunalverbandes Großraum Hannover (KGH) und des Landkreises Hannover die Funktion des öffentlichen Aufgabenträgers für den ÖPNV (einschließlich SPNV) wahrnimmt. Das Gebiet ist deckungsgleich mit dem Gebiet des Verkehrsverbundes Großraum-Verkehr Hannover (GVH) und umfasst neben der Stadt Hannover insgesamt 20 umliegende Städte und Gemeinden. Für die Abgrenzung dieses Gebietes als räumlich relevanten Markt spricht neben dem Verlauf und der Dichte des Liniennetzes des GVH die Tatsache, dass die Region Hannover auch die Grundlage für die Abgrenzung anderer regionalwirtschaftlicher Analyseeinheiten bildet. Die Region Hannover wird in regionalwirtschaftlicher Hinsicht z. B. als eigenständige Arbeitsmarktregion behandelt. Der Grundgedanke des Konzepts der Arbeitsmarktregionen lässt sich dabei wie folgt zusammenfassen:

„Der Zuschnitt dieser räumlichen Diagnoseeinheiten basiert auf der Idee funktionaler Wirtschaftsräume, nach der auf der Basis von Pendlerverflechtungen und Erreichbarkeitsanalysen Zentrum und Umland in Arbeitsmarktregionen zusammengefasst werden. Ziel war es, funktional verflochtene Arbeitsmarktregionen mit maximaler Binnenverflechtungen und möglichst geringer Außenverflechtung zu finden.“¹⁴

Die Region Hannover ist daher auch unter verkehrswirtschaftlichen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der feststellbaren Pendlerverflechtungen derjenige Raum, der aus Sicht der Marktgegenseite die Nachfrage nach ÖPNV-Leistungen determiniert.

Die DB AG vertritt den Standpunkt, dass mehrere benachbarte Regionen und Landkreise in den räumlich relevanten Markt Hannover einzubeziehen sind (vgl. Schrei-

¹⁴ Hussold, Jung, Die Neuabgrenzung der Fördergebiete der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“, in: Informationen zur Raumentwicklung, 2/2000, Seite 60.

ben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 26 ff.). Die Einbeziehung einiger der von der DB AG angeführten Städte und Landkreise in den ÖPNV-Markt Hannover ist denkbar. Diese Einschätzung gilt jedoch ausschließlich für die Städte und Landkreise Celle, Hildesheim, Hameln-Pyrmont, Schaumburg und Nienburg-Weser. Für eine Einbeziehung dieser Gebiete in den Marktraum Hannover spräche unter anderem, dass die genannten Städte und Landkreise jeweils an Gebiete angrenzen, die eindeutig anderen räumlich relevanten Märkten zuzuordnen sind. Unter der fusionskontrollrechtlich relevanten Prämisse, dass sich regionale Märkte in der Regel nicht trennscharf abgrenzen lassen, sind die genannten Landkreise daher als Übergangs- bzw. Überschneidungsgebiete verschiedener räumlich relevanter Märkte zu qualifizieren. Darüber hinaus könnten auch einzelne verkehrs- und regionalwirtschaftliche Gründe für die Einbeziehung in den Markt Hannover sprechen. Die Landkreise Celle, Nienburg, Schaumburg, Hameln-Pyrmont und Hildesheim gehören - im Gegensatz zu allen anderen angrenzenden Landkreisen - bisher keinem Verkehrsverbund an. Die Landesregierung Niedersachsen unterstützt jedoch aufgrund der gegebenen verkehrswirtschaftlichen Verhältnisse eine Einbeziehung der Gebiete dieser Landkreise in vorhandene Verkehrsverbünde. Die genannten Landkreise gelten dabei als Gebiete, die gegebenenfalls in den Verkehrsverbund GVH einzubeziehen wären.¹⁵ Die Landkreise Schaumburg und Nienburg/Weser werden darüber hinaus derzeit bereits vom Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) als Teil der Raumordnungsregion Hannover betrachtet. Auch die Daten zu den Pendlerströmen könnten die These eines erweiterten Marktraums Hannover teilweise stützen. So weist z. B. der Landkreis Celle zumindest in seinen Randgebieten eine signifikante Berufspendler-Verflechtung mit dem Großraum Hannover auf.¹⁶ Im Hinblick auf den Landkreis Hildesheim ist festzustellen, dass lediglich der nördliche Teil des Landkreises auf die Region Hannover ausgerichtet ist, während sich im südlichen Kreisgebiet „die größere Entfernung zu den großstädtischen Räumen Hannover und Hildesheim deutlich bemerkbar“ macht.¹⁷ Den dargelegten Ermittlungsergebnissen wird im Folgenden dadurch Rechnung getragen, dass die Auswirkungen des Zusammenschlusses zunächst für den engeren Marktraum Hannover (Gebiet des GVH) ermittelt und bewertet werden. Im Rahmen einer Kontrollerwägung wird darauf aufbauend geprüft, ob bei einer Einbeziehung der Gebiete der aufgeführten Städte und Landkreise in den

¹⁵ Vgl. Landesnahverkehrsgesellschaft Niedersachsen, Niedersachsen ist am Zug, Strategien für den Schienenpersonennahverkehr in Niedersachsen 2001-2005, Seite 24/25.

¹⁶ Vgl. Landkreis Celle, Nahverkehrsplan, Januar 1998, Seite 21.

¹⁷ Vgl. Landkreis Hildesheim, Nahverkehrsplan 2003, Seite 12.

Marktraum Hannover eine andere Bewertung der Auswirkungen des Zusammenschlusses angezeigt wäre.

Im Hinblick auf die nachfolgend dargestellten Verkehrsgebiete ist Folgendes anzumerken: Die konkrete räumliche Ausdehnung dieser Markträume ist für die materielle Beurteilung des Zusammenschlusses im Ergebnis nicht von Bedeutung. Die Bewertung des Zusammenschlusses stützt sich im Ergebnis ausschließlich auf den Marktraum Hannover als räumlich relevanten Markt im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB. Die Darstellung der räumlichen Ausdehnung der an Hannover angrenzenden Verkehrsräume dient lediglich dazu, diejenigen Verkehrsräume zu kennzeichnen, die unmittelbar an diesen räumlich relevanten Markt angrenzen.

Die von der DB AG geforderte Einbeziehung des im Osten angrenzenden „Großraums Braunschweig“ in den Marktraum Hannover ist unter keinem Blickwinkel gerechtfertigt. Der Großraum Braunschweig bildet einen eigenständigen Verkehrsverbund, den Verbundtarif Region Braunschweig (VRB), dessen ÖPNV-Liniennetz nur in einzelnen Randgebieten Berührungspunkte mit dem Liniennetz des GVH aufweist. Darüber hinaus wird die Region Braunschweig von dem BBR unter regionalwirtschaftlichen Gesichtspunkten sowohl als separater Verdichtungsraum als auch als eigenständige, aus mehreren Arbeitsmarktregionen bestehende Raumordnungsregion beurteilt. Hierin spiegeln sich nicht zuletzt die feststellbaren Pendlerverflechtungen zwischen den betroffenen Städten und Landkreisen wider. Spürbare Pendlerströme in die bzw. aus der Region Hannover sind lediglich in den Grenzregionen des Großraums Braunschweig (u. a. Landkreis Peine) feststellbar. Diese sind jedoch andererseits deutlich schwächer als die für diese Gebiete feststellbaren Pendlerströme in das bzw. aus dem Kerngebiet des Marktraums Braunschweig (Stadt Braunschweig). Die übrigen Städte und Landkreise des Großraums Braunschweig weisen eine starke Pendlerverflechtung mit den Oberzentren dieser Region (Braunschweig, Wolfsburg, Salzgitter) auf, während die Verflechtungen zwischen diesen Landkreisen und der Region Hannover nur sehr schwach ausgeprägt sind.¹⁸ Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass aus Sicht der Marktgegenseite die Markträume Braunschweig und Hannover eine Einheit bilden.

¹⁸ Vgl. hierzu: Zweckverband Großraum Braunschweig, Nahverkehrsplan 2003, Karte B2.2/2 sowie Karte B3, Seite 37/39.

Zweifelhaft ist, ob - wie die DB AG meint - der nördlich an die Großraum-Region Hannover angrenzende Landkreis Soltau-Fallingb. in den Marktraum Hannover einzubeziehen ist. Hierfür sind folgende Erwägungen ausschlaggebend: Bei diesem Landkreis handelt es sich um ein überwiegend ländlich strukturiertes Gebiet, das kein regionalpolitisch relevantes Oberzentrum aufweist. Unter regionalwirtschaftlichen Gesichtspunkten erfüllt für diesen Landkreis daher „Hannover (für den südlichen Teil des Kreises) und Hamburg (für den nördlichen Teil des Kreises) die Funktion des jeweiligen Oberzentrums; wegen der guten Erreichbarkeit in gewissen Umfang auch Bremen.“¹⁹ Diese „Zwischenlage“ zwischen starken Oberzentren manifestiert sich unter anderem in den messbaren Pendlerströmen.²⁰ Im Gegensatz zu den ähnlich strukturierten Landkreisen Hildesheim und Nienburg/Weser ist der Landkreis Soltau-Fallingb. jedoch in einen Verkehrsverbund, die Verkehrsgemeinschaft Nordost-Niedersachsen (VNN) eingebunden. In seinen Marktermittlungen hat die Beschlussabteilung deshalb den Landkreis Soltau-Fallingb. dem Marktraum Uelzen-Lüneburg, dem Kerngebiet des VNN, zugeordnet. An dieser räumlichen Marktabgrenzung hält die Beschlussabteilung fest. Eine Beurteilung der Wirkungen des Zusammenschlusses zu Ungunsten der Zusammenschlussbeteiligten ist hiermit jedoch nicht verbunden. Zum einen werden trotz fortbestehender Zweifel die Landkreise Hildesheim und Nienburg/Weser vollständig dem Marktraum Hannover zugeordnet. Zum anderen bleibt festzuhalten, dass in dem betroffenen Landkreis Soltau-Fallingb. neben anderen Verkehrsunternehmen gerade auch die Zusammenschlussbeteiligte RBB in maßgeblichem Umfang ÖPNV-Dienstleistungen anbietet. Eine Zuordnung dieses Landkreises zum Marktraum Hannover hätte demnach nicht lediglich eine Erhöhung des Marktvolumens und eine entsprechende Reduktion der Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten zur Folge, sondern die Marktstruktur im Marktraum Hannover würde sich bei einer Einbeziehung des Landkreises kaum von derjenigen unterscheiden, die sich bei einer Zuordnung des Landkreises zum benachbarten Marktraum Uelzen-Lüneburg ergibt.

Der Marktraum Uelzen-Lüneburg umfasst die Städte und Landkreise Uelzen, Lüneburg, Lüchow-Dannenberg und - wie bereits dargelegt - den Landkreis Soltau-Fallingb. Bei der Abgrenzung dieses Marktraumes war zu berücksichtigen, dass die genannten Landkreise das eigentliche Kerngebiet des Verkehrsverbundes VNN

¹⁹ Landkreis Soltau-Fallingb., Nahverkehrsplan 1997, Seite 16.

²⁰ Vgl. Landkreis Soltau-Fallingb., o. a. O., Seite 27 f.

bilden, weitere Landkreise aber, die ebenfalls Mitglied des VNN sind, verkehrswirtschaftlich eindeutig dem Marktraum Hamburg bzw. dem Marktraum Bremen zuzurechnen sind. Diese Feststellung gilt insbesondere für die Landkreise Stade, Harburg (Marktraum Hamburg) und Rotenburg/Wümme (Marktraum Hamburg oder Bremen). Die Kreise Stade und Harburg grenzen unmittelbar südlich an das Stadtgebiet der Freien und Hansestadt Hamburg an. Der Landkreis Harburg ist ferner Gesellschafter der Aufgabenträger-Gesellschaft des Hamburger Verkehrsverbundes (HVV). Die Zuordnung des Landkreises Rothenburg/Wümme zum Marktraum Hamburg oder Bremen ergibt sich insbesondere aus dessen Lage in der geographischen Mitte zwischen beiden Metropolen. Der Landkreis selbst sieht sich als Teil der „Metropolregion Hamburg.“²¹ Wesentliche Teile des Landkreises (Gemeinden Sottrum, Stadt Rotenburg) werden jedoch im Rahmen der öffentlichen Raumplanung dem Oberzentrum Bremen zugeordnet.²² Im Rahmen ihrer Ermittlungen zur Marktstruktur hat die Beschlussabteilung den Landkreis Rotenburg vor diesem Hintergrund dem Marktraum Bremen zugeordnet. Diese Tatsache wirkt sich - ebenso wie die Einbeziehung der Landkreise Nienburg/Weser und Hildesheim in den Marktraum Hannover - im Ergebnis zu Gunsten der Zusammenschlussbeteiligten aus.

Der Marktraum Bremen umfasst - neben dem Landkreis Rotenburg (Wümme) - die Gebiete der Städte und Landkreise Bremen, Oldenburg, Delmenhorst, Ammerland (Vesterstede), Wesermarsch (Brake), Osterholz, Verden und Diepholz. Er ist nahezu deckungsgleich mit dem Verkehrsverbund Bremen-Niedersachsen (VBN). Neben dem Verlauf des ÖPNV-Liniennetzes sprechen für diese Abgrenzung erneut die messbaren Pendlerverflechtungen.²³

Südlich an den relevanten Markt Hannover grenzt der Verkehrsraum Göttingen an. Im Hinblick auf die geographische Ausdehnung dieses räumlich relevanten ÖPNV-Marktes hält die Beschlussabteilung an der Abgrenzung fest, die der bestandskräftigen Freigabe mit Auflagen im Verfahren „Regionalbus Braunschweig GmbH/Stadt- und Regionalbus Göttingen“ (B 9 - 164/01; vgl. WuW/E DE-V 603 „ÖPNV Göttingen“) zu Grunde lag. Danach käme einmal eine tendenziell sehr enge räumliche Marktabgrenzung, d. h. eine Differenzierung der regionalen Märkte Göttingen (Stadt und

²¹ Vgl. Landkreis Rotenburg, Nahverkehrsplan 2003-2007, Seite 6.

²² Vgl. Zweckverband Verkehrsverbund Bremen-Niedersachsen, Nahverkehrsplan 2003-2007, Seite 5.

²³ Vgl. ebd., Seite 19 f.; vgl. ferner: Arbeitnehmerkammer Bremen, Mobilitätsstudie, Januar 2003, Seite 13 ff. mit weiteren Nachweisen.

Landkreis), Osterode/ Herzberg, Northeim/Einbeck und Holzminden, in Betracht. Bezogen auf die Netzdichte und den Linienverlauf erscheint bei einer weiteren räumlichen Marktabgrenzung zumindest die Zusammenfassung der Stadt und des Landkreises Göttingen sowie der Landkreise Osterode und Northeim zu einem einheitlichen Markt sachgerecht. Im Vergleich zum Landkreis Holzminden, der eine vergleichsweise schwache verkehrswirtschaftliche Anbindung an den Großraum Göttingen aufweist, ist die Anbindung der Landkreise Osterode und Northeim an die Stadt/den Landkreis Göttingen relativ stark. Bei der weitesten räumlichen Marktabgrenzung ist hingegen auch der Landkreis Holzminden in den räumlich relevanten Markt einzubeziehen. Der räumlich relevante Markt umfasst dann das Verkehrsgebiet des Verkehrsverbundes Süd Niedersachsen (VSN). Zu Gunsten der Beteiligten wurde den Marktermittlungen der Beschlussabteilung diese weiteste räumliche Abgrenzung des Verkehrsraumes Göttingen zu Grunde gelegt.

Ferner in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen ist der ÖPNV-Marktraum Ostwestfalen-Lippe. Dieser grenzt im Westen an den (erweiterten) Marktraum Hannover an. Er umfasst die Städte und Landkreise Bielefeld, Gütersloh, Herford, Minden-Lübbecke und Lippe/Detmold. Diese Kommunen bilden im Rahmen der Nahverkehrsplanung des Landes Nordrhein-Westfalen einen eigenständigen Kooperationsraum. Auch der Verlauf der Liniennetze und die verkehrswirtschaftliche Verflechtung zwischen diesen Gebieten sprechen für eine Zusammenfassung zu einem einheitlichen Marktraum.²⁴ Zwischen der Stadt Bielefeld und dem Landkreis Gütersloh besteht ebenso eine stark ausgeprägte Pendlerverflechtung²⁵ wie zwischen den Kreisen Herford, Minden-Lübbecke sowie Lippe-Detmold und Bielefeld.²⁶ Südlich an diesen Marktraum angrenzend liegen die Landkreise Paderborn und Höxter, die gemeinsam in der Nahverkehrsplanung des Landes NRW als eigenständiger Kooperationsraum geführt werden. Das Gebiet der genannten Kreise ist ferner deckungsgleich mit dem Verkehrsgebiet des Nahverkehrsverbundes Paderborn-Höxter (NPH). Die Beschlussabteilung hat im Rahmen der Marktermittlungen diese Landkreise zu einem eigenständigen Marktraum zusammengefasst. Die vorliegenden Daten zur Pendlerverflechtung in NRW weisen jedoch darauf hin, dass gegebenenfalls auch eine Zusammenfassung beider Markträume zu einem einheitlichen räumlich relevanten Markt in Betracht kommen könnte. Die Pendlerverflechtung der Region Paderborn mit der Stadt

²⁴ Vgl. u.a. Stadt Bielefeld, Nahverkehrsplan 1997, Seite 48.

²⁵ Vgl. Kreis Gütersloh, Nahverkehrsplan, Stand 1999, Seite 21/22.

²⁶ Vgl. hierzu: Landesarbeitsamt NRW, Pendler in Nordrhein-Westfalen, Tabellen Seite 39/40.

und dem Landkreis Bielefeld ist z. B. signifikant stärker als die Verflechtung zwischen der Region Paderborn und der westlich angrenzenden Region Hamm/Westfalen. Bezogen auf die Zahl der ein- und auspendelnden Personen erreicht die Pendlerverflechtung zwischen den Regionen Paderborn und Bielefeld/Lippe ein in etwa vergleichbares Ausmaß wie die Pendlerverflechtung zwischen den Landkreisen Bielefeld und Herford.²⁷ Dieser Tatsache wird im Rahmen der später vorzunehmenden Bewertung der Zusammenschlusswirkungen durch entsprechende Kontrollwägungen Rechnung getragen.

Der von der Beschlussabteilung zu Grunde gelegte räumlich relevante Markt und die angrenzenden Verkehrsräume sowie deren konkrete Abgrenzung sind in Tabelle 1 zusammengefasst

²⁷ Vgl. Landesarbeitsamt Nordrhein-Westfalen, a.a.O.

Tabelle 1: Räumlich relevanter ÖPNV-Markt und angrenzende Verkehrsräume

Marktraum	Einbezogene Städte und Landkreise
Hannover (enge Abgrenzung)	Gebiet der Region Hannover (GVH)
Hannover (Großraum)	Region Hannover plus angrenzende Landkreise Nienburg/Weser, Celle, Hildesheim, Hameln-Pyrmont, Schaumburg
Braunschweig	Braunschweig, Salzgitter, Wolfsburg, Wolfenbüttel, Helmstedt, Peine, Gifhorn, Goslar (Gebiet des VRB)
Uelzen-Lüneburg	Lüneburg, Uelzen, Soltau-Fallingb., Lüchow-Dannenberg
Bremen	Bremen, Oldenburg, Delmenhorst, Wesermarsch, Verden, Ammerland, Diepholz, Osterholz, Rotenburg
Göttingen	Göttingen, Northeim, Holzminden, Osterode (Gebiet des VSN)
Ostwestfalen-Lippe	Bielefeld, Gütersloh, Herford, Minden-Lübbecke, Lippe
Paderborn-Höxter	Paderborn, Höxter (Gebiet des NPH)

c) Zur Entstehung/Verstärkung marktbeherrschender Stellungen

Ohne die im Verfügungstenor festgelegten Nebenbestimmungen ließe der Zusammenschluss - sofern von getrennten Märkten für den ÖSPV nach dem PBefG und den SPNV nach dem AEG auszugehen wäre - die Verstärkung der derzeit bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung der üstra auf dem Markt für Beförderungsleistungen im ÖSPV nach dem PBefG im Marktraum Hannover sowie eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der DB Regio im Bereich des SPNV nach dem AEG in diesem Marktraum erwarten. Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes würde der Zusammenschluss ohne die festgelegten Nebenbestimmungen die derzeit bestehende gemeinsam marktbeherrschende Stellung der genannten Unternehmen im Marktraum Hannover verstärken.

(1) Maßgebliche Rahmenbedingungen und Wettbewerbsintensität

Zwischen Unternehmen, die derzeit in einem bestimmten Verkehrsraum auf der Grundlage einer Linienverkehrsgenehmigung nach dem PBefG und/oder eines Verkehrsvertrages mit dem Aufgabenträger ÖPNV-Leistungen erbringen, besteht nicht zuletzt aufgrund der gemäß § 8 Abs. 3 PBefG und des § 12 Abs. 7 AEG vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellten Verkehrskooperationen während der Laufzeit der

Konzessionen und Verkehrsverträge faktisch nur ein stark eingeschränktes Wettbewerbsverhältnis. Eine wettbewerbliche Verhaltenskontrolle der Verkehrsunternehmen ergibt sich vor allem aus der Tatsache, dass die einem Verkehrsunternehmen erteilten Linienverkehrsgenehmigungen bzw. die mit dem Aufgabenträger geschlossenen Verkehrsverträge zeitlich befristet sind. Die Wettbewerbsintensität im ÖPNV wird daher in erster Linie von dem Ausmaß bestimmt, in dem die Verkehrsunternehmen im Falle des Auslaufens der Linienverkehrsgenehmigungen und/oder der maßgeblichen Verkehrsverträge mit der Gefahr konfrontiert sind, bei der Wiedererteilung von Konzessionen und/oder dem Neuabschluss von Verkehrsverträgen nicht berücksichtigt zu werden. Die Marktzutrittsschranken im ÖPNV (ÖSPV und SPNV) sind nicht zuletzt aufgrund des Regulierungsrahmens und dessen praktischer Handhabung sehr hoch.

(a) Wettbewerbsbedingungen im ÖSPV nach dem PBefG

Die Ermittlungen der Beschlussabteilung in anderen Fusionskontrollverfahren (vgl. u. a. WuW/E DE-V 603, 611 „ÖPNV Göttingen“) haben zu dem Ergebnis geführt, dass die Wettbewerbsintensität im ÖSPV derzeit gering ist. Das PBefG sieht zwar die Möglichkeit vor, dass im Falle des Auslaufens von Linienkonzessionen andere Unternehmen um die Erteilung der Konzession konkurrieren („Genehmigungswettbewerb“). Da die erzielten Fahrgelderlöse in den meisten Fällen jedoch nicht ausreichen, um eine bestimmte Linie kostendeckend zu betreiben, verlagert sich dieser Wettbewerb allerdings de facto auf die vorgelagerte Stufe der Verhandlungen mit dem Aufgabenträger über einen in aller Regel notwendigen finanziellen Zuschuss. Dieser öffentliche Zuschuss kann - unabhängig von der Frage, ob damit der jeweils betroffene Verkehr nicht mehr als eigenwirtschaftlich im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG qualifiziert werden kann - bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch in der Form der Verlustübernahme durch den zuständigen Aufgabenträger gewährt werden. Ein anderes Modell der Bezuschussung ist hingegen der Abschluss von Verkehrsverträgen. Im Nahverkehrsplan der Region Hannover für das Jahr 2003 heißt es hierzu:

„Die Region Hannover ist mit 19,51 % an der VVG beteiligt. Dieser Anteil gehörte bis zum Herbst 2001 ebenfalls dem KGH. [...] Aufgrund des bestehenden Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages werden die Verluste der üstra AG von der VVG abgedeckt. Die Verluste der VVG übernahm bisher der KGH. Soweit nicht andere Regelungen getroffen werden, ist zukünftig die Region Hannover für den Verlustausgleich verantwortlich.“

Mit Jahresbeginn 2002 trat der zwischen der Region Hannover als Rechtsnachfolgerin der KGH und der üstra AG abgeschlossene Verkehrsvertrag in Kraft. [...] Durch den Abschluss der Verkehrsverträge zwischen der Region und der üstra bzw. der RegioBus ist die Vergütung der Busverkehrsleistungen seit dem 01.01.2002 vom Verlustausgleich auf direkte Bestellung und Vergütung umgestellt worden.²⁸

Im Hinblick auf die im Marktraum Hannover erbrachten Verkehrsleistungen wird demnach in Bezug auf die öffentliche, unter Berücksichtigung der Fahrgelderlöse eine Deckung der Kosten des Leistungsangebots gewährleistenden Bezuschussung der Anbieter von ÖPNV-Leistungen ein Modell der „Mischfinanzierung“ praktiziert. Obgleich der zuständige Aufgabenträger „Region Hannover“ mittelbar über die VVG lediglich mit 19,5 % an der üstra als dem maßgeblichen Verkehrsunternehmen im Marktraum Hannover beteiligt ist, hat er in der Vergangenheit und wird auch in Zukunft die durch die Erbringung von ÖPNV-Leistungen entstandenen Verluste der üstra übernehmen.

In der Vergangenheit ist es nur selten zu konkurrierenden Genehmigungsanträgen und in der Folge zu einem Wechsel des Konzessionsinhabers gekommen. Auch von der Möglichkeit zur öffentlichen Ausschreibung von Verkehrsleistungen wurde im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG bisher kaum Gebrauch gemacht. Diese Feststellung stützt sich insbesondere auf die Ergebnisse einer umfassenden Befragung sämtlicher zuständigen Genehmigungsbehörden im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG, die im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens „Regionalbus Braunschweig GmbH/Stadt- und Regionalbus Göttingen“ (B 9 - 164/01) durchgeführt wurde. Die der Beschlussabteilung erteilten Auskünfte ergaben folgendes Bild: Nahezu 100 % der Linienverkehrsgenehmigungen betreffen eigenwirtschaftliche Verkehre. Die Anzahl der aufgrund einer Ausschreibung erteilten Genehmigungen für gemeinwirtschaftliche Verkehre ist verschwindend gering. Bei der Mehrzahl der erteilten Genehmigungen handelt es sich um Wiedererteilungen an den bisherigen Konzessionsinhaber. Die von den Genehmigungsbehörden hierzu angegebenen Schätzungen belaufen sich in der Regel auf deutlich über 80 %. Die Anzahl der Fälle, in denen es zu konkurrierenden Genehmigungsanträgen kam, ist - bezogen auf die Gesamtzahl der erteilten Genehmigungen - gering. Einzelne Genehmigungsbehörden gaben sogar an, dass es in ihrem Zuständigkeitsbereich bis zum Befragungszeitpunkt keinen einzigen Fall konkurrierender Genehmigungsanträge gegeben habe. Aus den Angaben

²⁸ Region Hannover, Nahverkehrsplan 2003, Seiten 6 und 208.

der Genehmigungsbehörden zu den jeweils beteiligten Unternehmen ergibt sich darüber hinaus, dass konkurrierende Genehmigungsanträge im Wesentlichen von Unternehmen gestellt wurden, die in dem betroffenen Verkehrsraum bereits im Bereich der Erbringung von ÖSPV-Leistungen tätig sind. Insbesondere im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG ist vor diesem Hintergrund allenfalls von einem geringfügigen „Restwettbewerb“ auszugehen.

Der Vortrag der DB AG zu den nach ihrer Ansicht bei der wettbewerblichen Beurteilung des Zusammenschlusses zu berücksichtigenden Rahmenbedingungen für den ÖSPV in Deutschland (Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 9 ff.) führen nicht dazu, dass die Wettbewerbsbedingungen im ÖSPV nach dem PBefG anders als oben dargelegt zu bewerten sind. Dies gilt in besonderem Maße für die von der DB AG vertretene These, dass der dargestellte „Genehmigungswettbewerb“ nicht als ein unter anderem mit dem Instrument der Fusionskontrolle zu schützender Wettbewerb zu qualifizieren sei. Diese Auffassung meint die DB AG unter anderem mit den rechtlichen Wertungen stützen zu können, dass „die Vorschriften des GWB auf [...] durch hoheitliche Verwaltungstätigkeit bestimmte Rechtsverhältnisse der [...] ÖPNV-Unternehmen keine Anwendung“ fänden bzw. „im Falle eines Bewerberüberhangs [...] zwischen den konkurrierenden Antragstellern kein Wettbewerbsverhältnis im Sinne der §§ 36 Abs. 1, 19 Abs. 2 GWB, sondern eine [...] ausschließlich durch hoheitliche Verwaltungstätigkeit geregelte Rechtsbeziehung“ bestehe und es sich zudem „bei der Genehmigung [...] um einen hoheitlichen Verwaltungsakt und nicht um eine Ware oder gewerbliche Leistung im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB“ handele (vgl. Schreiben vom 26.09.2003, Seiten 9 und 13). Diese Argumentation ist jedoch ganz offenkundig bereits im Ansatz verfehlt. So mag es zwar zutreffen, dass Konzessionen keine Ware oder gewerbliche Leistung im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB sind. Diese Frage ist jedoch für die Anwendung der Fusionskontrolle im ÖPNV vollkommen belanglos. Wie bereits dargelegt, sieht die Beschlussabteilung den Markt für das Angebot von ÖPNV-Leistungen als sachlich relevanten Markt an. Die maßgebliche Ware oder gewerbliche Leistung im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB, um die es bei der Anwendung des Kartellrechts im ÖPNV geht, ist daher ganz offenkundig nicht die „Linienkonzession“, sondern mit dem Angebot von Beförderungsleistungen im Bereich des ÖPNV ganz zweifelsfrei eine gewerbliche Leistung. Dass ein Unternehmen für das Angebot einer Ware oder gewerblichen Leistung eines staatlichen Hoheitsaktes in Form einer Genehmigung bedarf, entzieht diese Leistung noch nicht automatisch

dem Anwendungsbereich des GWB. Der in der ÖPNV-Literatur weit verbreitete Begriff des „Genehmigungswettbewerbs“ ist ferner keineswegs in dem Sinne eines Nachfragewettbewerbs um das Produkt „Konzession“ zu verstehen. Der Begriff bringt vielmehr zum Ausdruck, dass ein Wettbewerb im Bereich des Angebots von ÖPNV-Leistungen in einem bestimmten Verkehrsraum nur denkbar ist, wenn ein anderes Unternehmen als der bisherige Inhaber einer Konzession einen (konkurrierenden) Antrag auf die Erteilung der erforderlichen Linienkonzession stellt. Nicht der Hoheitsakt der Genehmigung ist mithin Kernelement des Wettbewerbs, sondern das Stellen eines entsprechenden Antrages durch das Verkehrsunternehmen.

Unzutreffend ist ferner die These, dass es sich nicht nur bei dem Rechtsverhältnis zwischen dem jeweiligen Konzessionsinhaber und der Genehmigungsbehörde, sondern auch bei dem Verhältnis zwischen ggf. konkurrierenden Antragstellern um eine durch hoheitliche Verwaltungstätigkeit geregelte Rechtsbeziehung handelt. Die zuständige Genehmigungsbehörde hat zwar darüber zu entscheiden, welchem Antrag im Einzelfall der Vorzug zu geben ist. Auf die Tatsache, ob und welche Unternehmen einen solchen Antrag stellen, hat sie hingegen keinerlei Einfluss. Aus dem Charakter des PBefG als spezielles Gewerberecht ergibt sich vielmehr, dass das Recht eines Unternehmens, einen im Einzelfall mit anderen Anträgen konkurrierenden Genehmigungsantrag zu stellen, dem hoheitlichen Einfluss des Staates entzogen ist (vgl. hierzu u. a.: Werner, in: Handbuch zum Recht des ÖPNV, A4, Rn. 9 und Rn. 16 ff.). Mit der Anwendung der Fusionskontrolle im ÖPNV wird daher nicht in die hoheitlichen Befugnisse der zuständigen Genehmigungsbehörden eingegriffen. Im Ergebnis betreffen Fusionskontrollentscheidungen im Bereich des ÖPNV vielmehr die Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen zukünftig weiterhin unabhängig voneinander über die Frage entscheiden sollen, ob sie einen unter Umständen konkurrierenden Antrag auf Genehmigungserteilung stellen oder nicht.

Auch das jüngst ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in der Sache „Altmark Trans GmbH/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH“ (Rechtssache C 280/00; Urteil des Gerichtshofes vom 24. Juli 2003) hat keinen Einfluss auf die Bewertung der aktuellen Wettbewerbsbedingungen im ÖPNV. Insbesondere ist aufgrund dieses Urteils nicht mit der notwendigen Prognosesicherheit zu erwarten, dass mit einer vermehrten öffentlichen Ausschreibung von Verkehrsleistungen im Bereich des ÖPNV nach dem PBefG zu rechnen ist. Bei dem Urteil des EuGH handelt es sich zum einen um eine Vorabentscheidung, die auf Vorlagefragen des Bundesverwal-

tungsgerichts beruht (Art. 234 EG-Vertrag). Die abschließende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts unter Einbeziehung der Rechtsauffassungen des EuGH steht noch aus. Die EuGH-Entscheidung betrifft ferner in erster Linie verschiedene Fragen der Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts auf die Art der Finanzierung des ÖPNV in Deutschland. Darüber hinaus lassen die Entscheidungsgründe nicht erkennen, dass nach der Auffassung des EuGH bereits die derzeitige Rechtslage eine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung von ÖPNV-Leistungen konstituiert. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vielmehr auch aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen eine mit dem EU-Beihilferecht und der VO 1191/69 vereinbare Vergabe und öffentliche Bezuschussung von ÖPNV-Leistungen ohne vorherige öffentliche Ausschreibung möglich ist. Das Urteil des EuGH mag demnach zwar Auswirkungen auf die Organisation der öffentlichen (Ko-)Finanzierung des ÖPNV in Deutschland haben. Unmittelbare Konsequenzen im Sinne einer spürbaren Zunahme der Wettbewerbsintensität durch die vermehrte öffentliche Ausschreibung von Verkehrsleistungen sind aus dem Urteil hingegen nicht abzuleiten.

Vor diesem Hintergrund beanspruchen auch die übrigen auf Ermittlungsergebnisse gestützten Feststellungen der Beschlussabteilung zu den Wettbewerbsbedingungen im ÖSPV nach dem PBefG nach wie vor Gültigkeit. Die hierzu in anderen Fusionskontrollverfahren (insbesondere Verfahren B 9 - 164/01) angestellten Ermittlungen, insbesondere eine Befragung zahlreicher Verkehrsunternehmen, haben ergeben, dass der verbliebene Restwettbewerb im ÖSPV nach dem PBefG aufgrund des Regulierungsrahmens und der tatsächlichen Marktbedingungen überwiegend von denjenigen Verkehrsunternehmen getragen wird, die bereits in einem bestimmten Marktraum Verkehrsleistungen im Bereich des ÖSPV erbringen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass für ein erfolgversprechendes Konkurrenzangebot vertiefte Kenntnisse über die im relevanten Verkehrsraum maßgeblichen verkehrswirtschaftlichen Verhältnisse nötig sind. Die in einem bestimmten Verkehrsraum tätigen Unternehmen verfügen hier über einen deutlichen Informationsvorsprung. Diese Tatsache wirkt sich - über die gesetzlichen Marktzugangsschranken hinaus - als faktische Marktzutrittschürde aus. Diejenigen Verkehrsunternehmen, die in den betrachteten Verkehrsräumen als Auftragsunternehmen der Konzessionsinhaber tätig sind, sind zwar grundsätzlich als potentielle Wettbewerber anzusehen. Das von diesen Unternehmen ausgehende wettbewerbliche Kontrollpotential ist jedoch gering. Ausschlaggebend hierfür ist u. a., dass es sich bei Auftragsunternehmen im Bereich des ÖSPV in der

Regel um kleinere und mittlere Unternehmen handelt, die den Linienverkehr nach dem PBefG als ergänzende Leistungen zu ihrem Haupttätigkeitsfeld (Gelegenheitsverkehr mit Kraftfahrzeugen) anbieten. Die Auftragsunternehmen streben damit eine bessere Auslastung der vorhandenen Fahrzeugkapazitäten an. Sie stehen ferner in einem bilateralen Vertragsverhältnis mit dem Konzessionsinhaber. Sofern sie beabsichtigen, mit dem derzeitigen Konzessionsinhaber um die Neuerteilung von Linienkonzessionen zu konkurrieren, müssen sie damit rechnen, dass sie zukünftig als Vertragspartner für Auftragsverkehre nicht mehr berücksichtigt werden.

Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Wettbewerbsbedingungen im ÖSPV nach dem PBefG in den konkret zu prüfenden Markträumen grundsätzlich anders zu beurteilen sind. Die vorliegenden Fakten bestätigen vielmehr die These eines lediglich geringfügigen „Restwettbewerbs“ im ÖSPV nach dem PBefG. Nach Auskunft der zuständigen Genehmigungsbehörden in Niedersachsen (Bezirksregierungen Braunschweig, Hannover, Weser-Ems und Lüneburg) im Rahmen des Verfahrens B 9 - 164/01 handelt es sich bei nahezu 100 % der erteilten Genehmigungen um eigenwirtschaftliche Linienkonzessionen; Einzelfälle öffentlicher Ausschreibungen gemeinwirtschaftlicher Verkehre haben die Behörden nicht mitgeteilt. Lediglich in wenigen Einzelfällen sei es zu konkurrierenden Genehmigungsanträgen gekommen, so unter anderem im Hinblick auf einzelne Linienkonzessionen des DB-Tochterunternehmens Weser-Ems-Busverkehr GmbH (WEB) in den Landkreisen Emsland und Ammerland. Auch dem aktuellen Nahverkehrsplan der Region Hannover für das Jahr 2003 ist nicht zu entnehmen, dass zukünftig in ihrem Zuständigkeitsbereich mit einer hinreichenden Prognosesicherheit vermehrt mit der Vergabe von Verkehrsleistungen im ÖSPV im Wege der öffentlichen Ausschreibung zu rechnen ist. Gleiches gilt für den ebenfalls betroffenen Marktraum Ostwestfalen-Lippe, in dem - nach Auskunft der Bezirksregierung Detmold als zuständiger Genehmigungsbehörde - der gesamte Linienverkehr nach dem PBefG auf der Grundlage eigenwirtschaftlicher Konzessionen erbracht wird.

(b) Wettbewerbsbedingungen im SPNV nach dem AEG

Die Wettbewerbsintensität im Bereich des SPNV nach dem AEG wird maßgeblich von dem Ausmaß bestimmt, in dem die öffentlichen Aufgabenträger von der Möglichkeit Gebrauch machen, Verkehrsleistungen auch im Wege der öffentlichen Ausschreibung zu vergeben. In der Vergangenheit ist von dem Instrument der öffentlichen Ausschreibung von Verkehrsverträgen jedoch nur sehr zögerlich Gebrauch gemacht worden. Der überwiegende Teil der Verkehrsleistungen im SPNV nach dem AEG wurde ohne vorherige öffentliche Ausschreibung an die DB Regio AG vergeben, die bei einer bundesweiten Betrachtung nach wie vor ca. 90 % der Verkehrsleistungen im SPNV erbringt. Auch im SPNV nach dem AEG sind die Marktzutrittschranken hoch.

Das AEG enthält keine mit §§ 9 ff. PBefG vergleichbaren Marktzugangsregelungen. Das AEG erlaubt jedem Unternehmen, das gemäß § 6 AEG im Besitz einer (allgemeinen) Genehmigung für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen ist, den freien Marktzutritt. Der Zugang zur Eisenbahninfrastruktur (insb. der DB Netz AG) ist in den §§ 13, 14 AEG sowie der EIBV geregelt. § 6 AEG enthält subjektive Anforderungen (Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit, Fachkunde etc.) für die Erteilung einer Genehmigung. Seit dem Inkrafttreten des Regionalisierungsgesetzes im Jahre 1996 ist die Aufgabenverantwortung für die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Schienenpersonennahverkehrsleistungen auf die Länder übergegangen. Einzelne Bundesländer haben die Aufgabenverantwortung auf nachgeordnete Ebenen (Verkehrsverbände, Landkreise und Kommunen) verlagert. Umstritten ist jedoch, ob die Aufgabenträger verpflichtet sind, Verkehrsleistungen auszuschreiben.

Wie das PBefG kennt auch das AEG die Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen. Gemäß § 15 Abs. 2 AEG können die zuständigen Behörden, die beabsichtigen, die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen zu vereinbaren, diese Leistungen ausschreiben. Hieraus wird teilweise die Schlussfolgerung gezogen, dass für SPNV-Leistungen grundsätzlich keine Ausschreibungspflicht bestehe. Eine andere Rechtsansicht geht davon aus, dass es sich bei Verkehrsverträgen im Bereich des SPNV nach dem AEG um Leistungsverträge handele, die nach den jeweils einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften im

Wettbewerb zu vergeben sind. Dieser Rechtsauffassung folgen auch zwei Entscheidungen der Vergabekammern bei der Bezirksregierung Düsseldorf und beim Regierungspräsidium Magdeburg (vgl. WuW/E Verg. 577; VK beim Regierungspräsidium Magdeburg, Beschluss vom 06.06.2002, VK 05/02). Danach sind auf Verkehrsverträge im Bereich des SPNV die §§ 97 ff. GWB in Verbindung mit der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) uneingeschränkt anwendbar.

Das OLG Brandenburg ist hingegen jüngst in einem Beschluss der gegenteiligen Ansicht gefolgt und hat festgestellt, dass Verkehrsverträge im Bereich des SPNV nach dem AEG aufgrund der Regelung des § 15 Abs. 2 GWB dem sachlichen Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB entzogen sind und - selbst wenn die maßgeblichen Schwellenwerte überschritten werden - keine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung besteht. Die vom Gesetzgeber in der Folge der o.a. Vergabekammer-Entscheidungen vorgenommene Ergänzung der Vergabe-Verordnung (§ 4 Abs. 3 VgV), wonach die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung von SPNV-Leistungen nur unter bestimmten Voraussetzungen entfalle, entfalte insoweit keinerlei rechtliche Wirkung (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 02.09.2003, verbundene Verfahren Verg. W 3/03 und Verg. W 5/03, Seite 15 ff. der Beschlussausfertigung). Für den Bereich des SPNV nach dem AEG ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass derzeit keine gesetzliche Pflicht zur Vergabe von Verkehrsverträgen im Wege der öffentlichen Ausschreibung besteht.

Die These einer geringen Wettbewerbsintensität und hoher Marktzutrittsschranken im SPNV nach dem AEG wird ferner durch die Ergebnisse der von der Beschlussabteilung durchgeführten Befragung sämtlicher Aufgabenträger des SPNV nach dem AEG im Jahre 2002 gestützt. Diese Befragung wurde im Rahmen der Prüfung des nunmehr in anderer Form angemeldeten Zusammenschlussvorhabens durchgeführt (vgl. Verfahren B 9 - 14/02; Beiakte). Im Rahmen des Verfahrens B 9 - 14/02 wurde ferner eine umfassende Befragung konkurrierender Anbieter von SPNV-Leistungen durchgeführt. Diese Befragung hat unter anderem zu dem Ergebnis geführt, dass die Möglichkeiten, außerhalb von öffentlichen Ausschreibungen erfolgversprechend mit der DB Regio AG um den Abschluss von Verkehrsverträgen mit den Aufgabenträgern zu konkurrieren, schlecht beurteilt werden. Doch selbst im Falle der Ausschreibung von Verkehrsverträgen seien zahlreiche wirtschaftliche Marktzugangshürden zu berücksichtigen wie z. B. der hohe Investitionsaufwand sowie die überle-

gene Finanzkraft und die Möglichkeit zur Nutzung von Synergiepotentialen (Mischkalkulation) durch die DB Regio AG.

Im Hinblick auf den SPNV nach dem AEG in den vom Zusammenschluss betroffenen Markträumen sind ergänzend folgende Sachverhaltsaspekte zu berücksichtigen: Die Funktion des öffentlichen Aufgabenträgers im Bereich des SPNV in Niedersachsen wird nicht ausschließlich durch das Bundesland wahrgenommen. Der Zuständigkeitsbereich der landeseigenen Landesnahverkehrsgesellschaft (LNVG) erstreckt sich nicht auf die Gebiete des GVH und VRB. Im unmittelbar betroffenen engeren Marktraum Hannover (Gebiet des GVH) ist die Region Hannover sowohl Aufgabenträger des SPNV nach dem AEG als auch des ÖSPV nach dem PBefG. Für den Marktraum Braunschweig (Gebiet des VRB) nimmt der Zweckverband Großraum Braunschweig (ZGB) die Funktion des SPNV-Aufgabenträgers wahr. Bezogen auf die gesamten SPNV-Leistungen in Niedersachsen fallen ca. 70 % in den Zuständigkeitsbereich der LNVG, ca. 18 % in denjenigen der Region Hannover und ca. 12 % in denjenigen des ZGB. Im Hinblick auf die derzeit hinreichend prognostizierbare Entwicklung des Wettbewerbs im SPNV unterscheiden sich die drei genannten Aufgabenträger-Gebiete erheblich:

Die LNVG hat in ihrem Zuständigkeitsbereich bereits Teilnetze des SPNV im Wettbewerb durch öffentliche Ausschreibung vergeben. In beiden Fällen (Weser-Ems-Netz, Teilnetz „Bremen/Hamburg-Uelzen/Hamburg“) haben sich Wettbewerber der DB AG durchgesetzt. Nach den Planungen der LNVG sollen bis zum Jahr 2004 etwa 20 % der SPNV-Leistung in ihrem Zuständigkeitsbereich (entspricht ca. 14 % der Gesamtleistung in Niedersachsen) im Wettbewerb vergeben werden. Grundsätzlich verfolgt die LNVG ausdrücklich das Ziel, „mit der Einführung von Wettbewerb den Zuschussbedarf bei gleicher oder verbesserter Qualität spürbar zu reduzieren.“²⁹ Der aktuelle Verkehrsvertrag zwischen der DB Regio und der LNVG hat eine Laufzeit bis zum 31.12.2012 und umfasst eine jährliche Verkehrsleistung von ca. 28 Mio. Zugkilometern. In einem ergänzenden Eckpunktepapier ist festgelegt, dass – gestaffelt in den Jahren 2005, 2007 und 2010 – insgesamt 30% der Verkehrsleistung abbestellt und von der LNVG im Wettbewerb vergeben werden können. Zumindest in diesem Umfang ist für das Zuständigkeitsgebiet der LNVG mit hinreichender Prognosesi-

²⁹ Vgl. LNVG, Niedersachsen ist am Zug ! – Strategien für den Schienenpersonennahverkehr in Niedersachsen 2001 – 2005, Seite 22/23; diese Konzeption ergibt sich auch bereits aus dem von der DB AG vorgelegten SPNV-Konzept für Niedersachsen aus dem Jahre 1997; vgl. LNVG, SPNV-Konzept Niedersachsen, Stand: 25.7.1997, Seite 130 ff.

cherheit zu erwarten, dass der SPNV nach dem AEG für effektiven Wettbewerb geöffnet wird.

Grundlegend anders muss hingegen die derzeit prognostizierbare Entwicklung im Bereich des SPNV im Großraum Hannover eingeschätzt werden. Die Region Hannover als zuständiger Aufgabenträger äußert sich in ihrem aktuellen Nahverkehrsplan in dieser Hinsicht wie folgt:

„Der aktuelle Vertrag über Verkehrsangebote im Schienenpersonennahverkehr [...] endet mit Ablauf des Fahrplanjahres 2006 (voraussichtlich im Dezember 2006). Die Vertragspartner gehen davon aus, dass die Zusammenarbeit über diesen Zeitpunkt hinaus fortgesetzt wird. Die Art der Kooperation wird jedoch nicht nur von der Qualität eines Anschlussangebotes der DB Regio abhängen, sondern auch vom Umfang und Ergebnis der Ausschreibung von SPNV-Leistungen.“³⁰

Der bis 2006 befristete Verkehrsvertrag mit der DB Regio umfasst eine jährliche Verkehrsleistung von ca. 8,5 Mio. Zug-Kilometern. Davon entfallen ca. 4,7 Mio. Zug-Kilometer (ca. 55%) auf das S-Bahn-Netz und ca. 3,8 Mio. Zug-Kilometer auf den übrigen SPNV nah dem AEG (RE/RB-Linien). Dem Nahverkehrsplan 2003 der Region Hannover ist zu entnehmen, dass in erster Linie der Ausschluss von „vergabe- und wettbewerbsrechtlichen Risiken“ eines der Hauptmotive für die Vorbereitung von (Teil-)Ausschreibungen ist. Die Risiken eines Verstoßes gegen vergaberechtliche Vorschriften bei der freihändigen Vergabe von Verkehrsleistungen sind jedoch nach der o.a. Rechtsprechung des OLG Brandenburg deutlich geringer geworden. Dem entsprechend gibt es im Hinblick auf den Umfang und den Zeitplan der Vergabe von SPNV-Leistungen im Wettbewerb in der Region Hannover derzeit ebenso wenig wie für den Zuständigkeitsbereich des Zweckverbandes Großraum Braunschweig einen konkreten Zeitplan. Derzeit ist lediglich absehbar, dass im Rahmen einer geplanten Ausschreibung im Jahre 2005, die überwiegend das Zuständigkeitsgebiet der LNVG betrifft (Strecke Göttingen – Hannover – Uelzen) in geringem Umfang auch im Gebiet der Region Hannover Verkehrsleistungen im Wettbewerb vergeben werden. Weder für den vom Zusammenschluss unmittelbar betroffenen Marktraum Hannover noch für den benachbarten Marktraum Braunschweig kann jedoch derzeit mit hinreichender Prognosesicherheit von einer zukünftig zu erwartenden spürbaren Intensivierung der Wettbewerbsintensität im SPNV ausgegangen werden.

(c) *Schlussfolgerungen für die materielle Bewertung*

³⁰ Region Hannover, Nahverkehrsplan 2003, Seite 10.

Aus den dargelegten Gründen ist derzeit im Bereich des ÖPNV von einer geringen Wettbewerbsintensität (ÖSPV nach dem PBefG) bzw. allenfalls einer erst in Ansätzen erkennbaren Zunahme der Wettbewerbsintensität (SPNV nach dem AEG) auszugehen. Dieser verbliebene bzw. im Entstehen begriffene geringfügige Wettbewerb ist gerade mit dem Instrument der Fusionskontrolle zu schützen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung auch des BGH auf Märkten, die durch gefestigte Marktstellungen und fast unüberwindliche Marktzutrittschranken gekennzeichnet sind, der verbliebene Restwettbewerb durch besonders strenge Anforderungen der Fusionskontrolle zu schützen ist. (vgl. WuW/E OLG 2113, 2117 „Steinkohle-Stromerzeuger“; BGH WuW/E DE-R 24, 27 ff. „Stromversorgung Aggertal“).

Eine analoge Anwendung dieser im Rahmen der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Bereich der Energiewirtschaft ergangenen Rechtsprechung auf den ÖPNV ist – entgegen der Ansicht der DB AG – nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich der Charakter des Rechtsverhältnisses zwischen Konzessionär und Konzessionsgeber unterscheidet (Energie: zivilrechtlich; ÖPNV: öffentlich-rechtlich; vgl. Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 11). Für die Beurteilung der fusionskontrollrechtlich relevanten Wirkungen eines auf Zeit verliehenen Ausschließlichkeitsrechtes auf die Wettbewerbsintensität in einem Wirtschaftssektor ist der Charakter der zu Grunde liegenden Rechtsbeziehung zwischen Konzessionär und Konzessionsgeber vielmehr vollkommen irrelevant. Die Rechtsprechung stellt deshalb ausschließlich darauf ab, dass aufgrund der zeitlich befristet verliehenen Ausschließlichkeitsrechte während der Laufzeit der Konzessionen kein Wettbewerb herrsche. Lediglich im Falle des Auslaufens der Konzessionen könne eine konkurrierende Bewerbung um die (Wieder-)Erteilung der Konzession und mithin ein Wettbewerb um den Markt einsetzen (vgl. WuW/E OLG, 2113, 2116 f.; BGH WuW/E DE-R 24, 27). Entscheidend ist daher aus fusionskontrollrechtlicher Sicht allein, dass ein Wettbewerb nur in zeitlich größeren Abständen stattfinden kann. Welche rechtliche Qualität die Ursache dieser Tatsache hat, ist hingegen unerheblich.

Bei der Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen im ÖPNV ist ferner auf den aktuellen Stand des Regulierungsrahmens abzustellen. Die derzeit diskutierten, jedoch im Gegensatz zur den gesetzgeberischen Liberalisierungsschritten im Energiebereich noch nicht in Kraft getretenen Reformen des Regulierungsrahmens auf europäischer Ebene (Novelle der VO 1191/69) haben noch nicht den erforderlichen Grad der Konkretisierung erreicht, um im Rahmen der Prognose der Marktwirkungen eines Zu-

sammenschlusses Berücksichtigung zu finden. Dies gilt aus den o. a. Gründen auch im Hinblick auf die jüngst ergangene Urteil des EuGH in der Rechtssache „Altmark Trans/Nahverkehrsgesellschaft Altmark“. Diese Einschätzung wird von der DB AG ausdrücklich geteilt (vgl. Schreiben der DB AG vom 26.09.2003, Seite 10). In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht sind hier die gleichen Maßstäbe anzulegen, die vom BGH im Zusammenhang mit der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung von Zusammenschlüssen zwischen Energieversorgern im Umfeld geplanter aber noch nicht in Kraft getretener Liberalisierungsschritte zugrunde gelegt wurden (vgl. BGH WuW/E DE-R 24, 27 ff.). Danach können neben der Entwicklung der strukturellen Marktbedingungen möglicherweise zu erwartende Entscheidungen rechtssetzender Organe nicht ohne weiteres in die Prognose einbezogen werden. Grundsätzlich sei vielmehr die geltende Rechtslage Ausgangspunkt und Grundlage der Untersuchung, welche Auswirkungen ein bestimmter Zusammenschluss auf die Stellung der beteiligten Unternehmen am Markt haben wird; lediglich mögliche Veränderungen der Rechtslage können nicht ihrerseits zum Gegenstand der vorausschauenden Betrachtung durch die Kartellbehörde gemacht werden (vgl. hierzu auch: OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 681, 686 „Trienekens“).

Bei der Beurteilung, wie sich ein Zusammenschluss im Bereich des ÖPNV auf den Wettbewerb auswirkt, ist ferner nicht allein auf das Gebiet abzustellen, in dem sich die Liniennetze der beteiligten Unternehmen überschneiden. Bei Zugrundelegung regional begrenzter räumlich relevanter Märkte sind nach ständiger Rechts- und Verwaltungspraxis vielmehr auch die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf räumlich benachbarte Märkte in die Betrachtung einzubeziehen. Diese Notwendigkeit ergibt sich bereits daraus, dass - zu Lasten der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen - bei einer isolierten Betrachtung eines regionalen Marktes die wettbewerblichen Impulse, die in den Randgebieten des betrachteten Marktes aus benachbarten räumlich relevanten Märkten wirksam werden, aus der Betrachtung ausgeblendet würden. Umgekehrt gilt, dass eine marktbeherrschende Stellung in einem einzelnen räumlich relevanten Markt auch dadurch verstärkt werden kann, dass durch die Übernahme eines überwiegend in benachbarten räumlich relevanten Märkten tätigen Unternehmens diese Impulse abgeschwächt werden.

(2) Marktstrukturdaten

VMR	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Wolters-Gruppe	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Zwischensumme üstra-Gruppe	60-70%	70-80%	0,0%	0,0%	50-60%	40-50%
DB-SPNV	0,0%	0,0%	100,0%	100,0%	10-20%	30-40%
RBB	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
WEB	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
BVO (inkl. BBH)	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Zwischensumme DB	0,0%	0,0%	100,0%	100,0%	10-20%	30-40%
Zwischensumme Beteiligte	60-70%	70-80%	100,0%	100,0%	70-80%	80-90%
Regiobus Hannover	30-40%	20-30%	0,0%	0,0%	20-30%	10-20%

Im engeren Marktraum Hannover (Gebiet des GVH) erreicht die üstra im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG bezogen auf die konzessionierte Verkehrsleistung einen Marktanteil von 60 - 70 % (70 - 80 %). Einziger weiterer maßgeblicher Anbieter von ÖSPV-Leistungen in diesem Marktraum ist die Regiobus, die bezogen auf die konzessionierte Verkehrsleistung einen Marktanteil von 30 - 40 % (20 - 30 %) erreicht. Einziger Anbieter von SPNV-Leistungen nach dem AEG im GVH ist die DB Regio.

Bei Zugrundelegung eines einheitlichen sachlich relevanten ÖPNV-Marktes ergäbe sich folgende Marktstruktur: Die üstra würde einen Marktanteil bezogen auf die konzessionierte Verkehrsleistung in Höhe von 50 - 60 % (40 - 50 %) erreichen, während auf die Regiobus ein Anteil in Höhe von 20 - 30 % (10 - 20 %) und auf die DB Regio ein Anteil von 10 - 20 % (30 - 40 %) entfielen.

Aus den von der Beschlussabteilung erhobenen Daten zur erbrachten Verkehrsleistung ist ersichtlich, dass die bezeichneten Verkehrsunternehmen die für sie konzessionierte bzw. vertraglich vereinbarte Verkehrsleistung nahezu ausschließlich selbst erbringen. Bezogen auf die erbrachte Verkehrsleistung sind im GVH keine weiteren Verkehrsunternehmen tätig, die einen Marktanteil von über 1 % erreichen.

Auch bei Zugrundelegung eines geographisch weiter abgegrenzten Marktraums Hannover (GVH plus angrenzende Städte und Landkreise; vgl. Tabelle 3) ist die üstra der mit weitem Abstand führende Anbieter von ÖSPV-Dienstleistungen.

Tabelle 3: Marktstruktur Großraum Hannover

Unternehmen	ÖSPV		SPNV		ÖPNV	
	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %
üstra AG	40-50%	50-60%	0,0%	0,0%	30-40%	30-40%
üstra intalliance/üstra Reisen	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
VMR	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Wolters-Gruppe	<1%	<1%	0,0%	0,0%	<1%	<1%

Zwischensumme üstra-Gruppe	40-50%	50-60%	0,0%	0,0%	30-40%	30-40%
DB-SPNV	0,0%	0,0%	>90%	>90%	10-20%	40-50%
RBB	<1%	<1%	0,0%	0,0%	<1%	<1%
WEB	<5%	<5%	0,0%	0,0%	<5%	<5%
BVO (inkl. BBH)	<1%	<1%	0,0%	0,0%	<1%	<1%
Zwischensumme DB	<5%	<5%	>90%	>90%	10-20%	40-50%
Zwischensumme Beteiligte	40-50%	60-70%	>90%	>90%	50-60%	70-80%
Regiobus Hannover	20-30%	10-20%	0,0%	0,0%	10-20%	5-15%
Regionalverkehr Hildesheim	<10%	<10%	0,0%	0,0%	<10%	<5%
CeBus	<5%	<5%	0,0%	0,0%	<5%	<5%
Stadtverkehr Hildesheim	<5%	<5%	0,0%	0,0%	<5%	<5%
Schaumburger VG	<5%	<5%	0,0%	0,0%	<5%	<5%
Verkehrsges. Hameln-Pyrmont	<5%	<5%	0,0%	0,0%	<5%	<5%
Andere ÖSPV-VU jeweils	<5%	<5%	0,0%	0,0%	<5%	<5%
Rhenus-Keolis	0,0%	0,0%	<10%	<5%	<5%	<5%

Bezogen auf die konzessionierte Verkehrsleistung erreicht die üstra einen Marktanteil von 40 - 50 % (50 - 60 %). Nächstgrößter Anbieter von ÖSPV-Dienstleistungen ist auch bei dieser räumlichen Marktabgrenzung erneut die Regiobus, deren Anteil an der konzessionierten Verkehrsleistung sich auf 20 - 30 % (10 - 20 %) belieft. In den an den GVH angrenzenden Landkreisen sind ferner insgesamt drei Regionalbus-Tochterunternehmen der DB Regio im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG aktiv (RBB, WEB, BVO). Bezogen auf die konzessionierte Verkehrsleistung im ÖSPV erreichen diese Unternehmen zusammen einen Marktanteil von unter 5 %. Sie erreichen damit einen vergleichbaren Marktanteil wie andere Unternehmen, die jedoch lediglich in einzelnen der zusätzlich einbezogenen Landkreise im Bereich des ÖSPV tätig sind, wie z. B. die CeBus (Landkreis Celle), die Stadtverkehr Hildesheim GmbH (Stadt Hildesheim) oder die Schaumburger Verkehrsgesellschaft (Landkreis Schaumburg).

Im Bereich des SPNV nach dem AEG ist auch im erweiterten Marktraum Hannover mit einem Marktanteil von über 90 % die DB Regio der mit weitem Abstand führende Anbieter. Als einziger weiterer Anbieter von SPNV-Leistungen in diesem Marktraum ist die Rhenus-Keolis/Eurobahn zu berücksichtigen, die den SPNV auf dem Teilnetz „Weserbahn/Lammetalbahn“ betreibt. Bezogen auf die Gesamtverkehrsleistung im SPNV im Großraum Hannover erreicht Rhenus-Keolis/Eurobahn damit jedoch lediglich einen Marktanteil von unter 10 %.

Bei Zugrundelegung eines einheitlichen sachlich relevanten ÖPNV-Marktes ergäbe sich folgende Marktstruktur im Großraum Hannover: Der Marktanteil der üstra AG belieft sich auf 30 - 40 %, derjenige der DB Regio (einschließlich Regionalbusver-

Zwischensumme Beteiligte	30-40%	40-45%	70-80%	80-90%	40-50%	60-70%
Kraftverkehr GmbH	20-30%	30-40%	0,0%	0,0%	20-30%	10-20%
Verkehrsbetrieb Osthannover	20-30%	10-20%	0,0%	0,0%	10-20%	5-10%
Alle anderen ÖSPV-VU jeweils	<5%	<5%	0,0%	0,0%	<5%	<5%
Metronom	0,0%	0,0%	20-30%	10-20%	<10%	<10%

Im Bereich des SPNV nach dem AEG erreicht die DB Regio im Marktraum Uelzen-Lüneburg einen Marktanteil von 75 - 85 %. Einziger weiterer Anbieter im Bereich des SPNV nach dem AEG ist ein inzwischen als Metronom Eisenbahngesellschaft mbH (Metronom) firmierendes Bieterkonsortium unter Führung der OHE und unter Beteiligung der Verkehrsbetriebe Elbe-Weser (EVB), der Hamburger Hochbahn AG und der Bremer Straßenbahn AG. Das von dieser betriebene Teilnetz „Hamburg-Bremen/Hamburg-Uelzen“ liegt teilweise im hier betrachteten Marktraum. Bezogen auf die gesamte SPNV-Leistung im Marktraum Uelzen-Lüneburg erreicht die Metronom einen Marktanteil von 15 - 25 %.

Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes ergäbe sich folgendes Bild: Mit weitem Abstand führender ÖPNV-Anbieter wäre bezogen auf die konzessionierte bzw. vertraglich vereinbarte Verkehrsleistung die DB Regio-Gruppe mit einem Marktanteil von 40 - 50 % (60 - 70 %). Nächstgrößter ÖPNV-Anbieter wäre die Kraftverkehr GmbH mit einem Marktanteil von 10 - 20 %, sowie die Verkehrsbetriebe Osthannover mit einem Marktanteil von 10 - 20 % (5 - 10 %). Der Marktanteil des Metronom-Konsortiums belief sich auf 5 – 10 %. Alle anderen ÖPNV-Anbieter würden Marktanteile von zum Teil deutlich unter 5 % erreichen. Auch im hier betrachteten Marktraum ergibt sich aus den Daten zur erbrachten Verkehrsleistung die Schlussfolgerung, dass keines der im Bereich des ÖSPV tätigen Auftragsunternehmen einen Marktanteil im ÖSPV nach dem PBefG von über 5 % erreicht. Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes würden diese Unternehmen im Hinblick auf die erbrachte Verkehrsleistung durchweg Marktanteile von unter 3 % erreichen.

Tabelle 6: Marktstruktur im Marktraum Bremen

Unternehmen	ÖSPV		SPNV		ÖPNV	
	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %
üstra AG	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Wolters-Gruppe	<5%	<5%	0,0%	0,0%	<5%	<5%
Zwischensumme üstra-Gruppe	<5%	<5%	0,0%	0,0%	<5%	<5%
DB-SPNV	0,0%	0,0%	70-80%	80-90%	10-20%	30-40%
RBB	<1%	<1%	0,0%	0,0%	<1%	<1%
WEB	20-30%	20-30%	0,0%	0,0%	20-30%	10-20%

BVO (inkl. BBH)	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Zwischensumme DB	20-30%	20-30%	70-80%	80-90%	30-40%	50-60%
Zwischensumme Beteiligte	20-30%	20-30%	70-80%	80-90%	30-40%	50-60%
Bremer Straßenbahn AG	40-50%	50-60%	0,0%	0,0%	30-40%	20-30%
VWG GmbH	<10%	<10%	0,0%	0,0%	<10%	<10%
Nordwest Bahn	0,0%	0,0%	<10%	<10%	<5%	<5%
Metronom	0,0%	0,0%	10-15%	<10%	<5%	<5%

Im nördlich an den Großraum Hannover angrenzenden Marktraum Bremen ist die üstra über die Wolters-Gruppe im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG tätig. Bezogen auf die gesamte konzessionierte Verkehrsleistung im ÖSPV nach dem PBefG erreicht die Wolters-Gruppe jedoch lediglich Marktanteile von unter 5 %. Führender Anbieter im ÖSPV nach dem PBefG im Marktraum Bremen ist die Bremer Straßenbahn AG. Diese erreicht im ÖSPV einen Marktanteil von 40 - 50 % (50 - 60 %). Nächstgrößter Anbieter im ÖSPV ist die DB Regio-Tochter WEB, die - über ihre Tätigkeit im Bereich des Regionalbus-Verkehrs - einen Marktanteil von 20 - 30 % erreicht. Sämtliche anderen Anbieter von ÖSPV-Leistungen im Marktraum Bremen erreichen lediglich Marktanteile von unter 10 %.

Im Bereich des SPNV nach dem AEG erreicht die DB Regio in diesem Marktraum einen Marktanteil von 70 - 80 % (80 - 90 %). Unter Berücksichtigung des dem Marktraum Bremen zuzurechnenden Teilnetzes, das von dem o. a. Metronom-Konsortium betrieben wird, entfällt auf diese Unternehmensgruppe im SPNV nach dem AEG ein Marktanteil von 10 - 15 % (5 - 10 %). Dem Marktraum zuzurechnen sind ferner teilweise die Betriebsleistungen der Nordwest-Bahn auf dem SPNV-Teilnetz „Weser-Ems“. Der entsprechende Marktanteil im SPNV im Marktraum Bremen beläuft sich auf 5 - 10 %.

Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes ergäbe sich folgendes Bild: Die DB Regio-Gruppe würde mit 30 - 40 % (40 - 50 %) den höchsten ÖPNV-Marktanteil auf sich vereinigen. Nächstgrößter ÖPNV-Anbieter wäre mit einem Marktanteil von 30 - 40 % (20 - 30 %) die Bremer Straßenbahn AG. Die übrigen Anbieter von ÖPNV-Leistungen im Marktraum Bremen würden Marktanteile von unter 10 % bzw. in der weit überwiegenden Zahl der Fälle von unter 1 % auf sich vereinigen.

Auch im Marktraum Bremen erreichen die im Auftragsverkehr im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG tätigen Auftragsunternehmen weder bezogen auf den ÖSPV-Markt noch bezogen auf einen einheitlichen ÖPNV-Markt Anteile an der erbrachten Verkehrsleistung von über 5 %. Wie in den anderen betroffenen Markträumen beläuft

kehrleistung von über 5 %. Wie in den anderen betroffenen Markträumen beläuft sich der Anteil an der erbrachten Verkehrsleistung im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG vielmehr in der Regel auf deutlich unter 1 %.

Tabelle 7: Marktstruktur im Marktraum Göttingen (VSN)

Unternehmen	ÖSPV		SPNV		ÖPNV	
	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %
Üstra-Gruppe	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
DB-SPNV	0,0%	0,0%	100,0%	100,0%	20-30%	30-40%
RBB	60-70%	60-70%	0,0%	0,0%	50-60%	30-40%
WEB	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
BVO (inkl. BBH)	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Zwischensumme Beteiligte	60-70%	60-70%	100,0%	100,0%	70-80%	70-80%
Göttinger Verkehrsbetriebe	20-30%	30-40%	0,0%	0,0%	10-20%	10-20%

Die Marktstruktur im Marktraum Göttingen (im Gebiet des VSN) wurde bereits im Verfahren B 9 - 164/01 (WuW/E DE-V 603 „ÖPNV Göttingen“) ermittelt. Die nunmehr im Rahmen dieses Verfahrens angestellten Marktermittlungen haben zu keinem anderen Marktstrukturbild geführt. Führender Anbieter im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG ist mit einem Marktanteil von 60 - 70 % die Zusammenschlussbeteiligte RBB. Nächstgrößter ÖSPV-Anbieter sind die Verkehrsbetriebe der Stadtwerke Göttingen AG mit einem Marktanteil von 20 - 30 % (30 - 40 %). Die übrigen Konzessionsinhaber im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG erreichen Marktanteile von unter 5 %.

Im Bereich des SPNV nach dem AEG ist die DB Regio im Marktraum Göttingen der einzige Anbieter.³¹ Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes ergäbe sich auf dieser Grundlage folgende Marktstruktur: Die DB Regio-Gruppe würde bezogen auf die gesamte konzessionierte bzw. vertraglich vereinbarte Verkehrsleistung einen Marktanteil von 70 – 80 % auf sich vereinigen, der Marktanteil der Verkehrsbetriebe der Stadtwerke Göttingen würde sich auf 10 – 20 % belaufen. Alle übrigen

³¹ Bei einer trennscharfen Marktabgrenzung müsste im Bereich des SPNV dem Marktraum Göttingen ein kleiner Anteil der von der Nordwestbahn auf dem Teilnetz „Haller Willem“ erbrachten Verkehrsleistungen zugerechnet werden. Dieses Teilnetz umfasst u. a. die Streckenverbindung Bielefeld – Paderborn - Holzminden. Da der überwiegende Teil dieses SPNV-Teilnetzes jedoch anderen Markträumen zuzurechnen ist (Markträume Ostwestfalen-Lippe und Paderborn-Höxter) und zudem lediglich ein kleiner Randbereich des Marktraums Göttingen (Holzminden) berührt ist, wurde auf eine Berücksichtigung dieser von einem Wettbewerber der DB Regio erbrachten Verkehrsleistung im Marktraum Göttingen bei der Ermittlung der Marktstruktur verzichtet. Die gesamte Verkehrsleistung auf dem betroffenen Teilnetz wurde bei der Ermittlung der Marktstruktur in benachbarten Markträumen berücksichtigt.

Konzessionsinhaber im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG würden lediglich Marktanteile von unter 3 % erreichen.

Im Gegensatz zu den anderen bisher beschriebenen Markträumen ist im Marktraum Göttingen mit der Weihrauch-Uhlendorf-Gruppe ein Auftragsunternehmen im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG tätig, das bezogen auf die erbrachte Verkehrsleistung im ÖSPV einen Marktanteil von 10 - 20 % erreicht. Bezogen auf einen einheitlichen ÖPNV-Markt beläuft sich der Anteil an der gesamten erbrachten Verkehrsleistung jedoch ebenfalls auf unter 10 %.

Im Marktraum Ostwestfalen-Lippe ist die üstra-Gruppe über das intalliance-Tochterunternehmen VMR im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG tätig. Bezogen auf die gesamte konzessionierte Verkehrsleistung im ÖSPV nach dem PBefG erreicht die VMR einen Marktanteil von 10 - 20 %. Größter Anbieter im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG im Marktraum Ostwestfalen-Lippe sind die Verkehrsbetriebe der Stadt Bielefeld (mobiel GmbH) mit einem Anteil an der konzessionierten Verkehrsleistung von 20 - 30 % (30 - 40 %). Eine vergleichbare Marktstellung im ÖSPV nach dem PBefG erreicht die BVO, eine Regionalbus-Tochter der DB Regio, mit einem Marktanteil von 20 - 30 %. Alle übrigen Konzessionsinhaber im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG erreichen lediglich Marktanteile von zum Teil deutlich unter 10 % bzw. 5 %. Im Bereich des SPNV nach dem AEG sind neben der DB Regio im Marktraum Ostwestfalen-Lippe zwei weitere Anbieter tätig. Die Nordwest-Bahn betreibt das Teilnetz „Ems-Senne-Weser“ sowie das Teilnetz „Haller-Willem“. Die Rhenus-Keolis/Eurobahn erbringt hingegen die SPNV-Leistungen auf dem Teilnetz „Weserbahn/Lammetalbahn“. Bezogen auf die im Marktraum Ostwestfalen-Lippe insgesamt erbrachte Verkehrsleistung im Bereich des SPNV nach dem AEG ergibt sich hieraus folgende Marktstruktur: Die DB Regio erreicht einen Marktanteil von 60 - 70 %, während die Nordwest-Bahn einen Marktanteil von 20 - 30 % und die Rhenus-Keolis einen Anteil von 10 - 20 % erreicht.

Tabelle 8: Marktstruktur im Marktraum Ostwestfalen-Lippe

Unternehmen	ÖSPV		SPNV		ÖPNV	
	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %
Üstra AG	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Üstra intalliance/üstra Reisen	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
VMR	10-20%	10-20%	0,0%	0,0%	5-10%	5-10%
Wolters-Gruppe	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Zwischensumme üstra-Gruppe	10-20%	10-20%	0,0%	0,0%	5-10%	5-10%

DB-SPNV	0,0%	0,0%	60-70%	60-70%	10-20%	20-30%
RBB	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
WEB	<1%	<1%	0,0%	0,0%	<1%	<1%
BVO (inkl. BBH)	30-40%	20-30%	0,0%	0,0%	20-30%	10-20%
Zwischensumme DB	30-40%	20-30%	60-70%	60-70%	30-40%	40-50%
Zwischensumme Beteiligte	40-50%	30-40%	60-70%	60-70%	40-50%	40-50%
Mobiel GmbH	20-30%	30-40%	0,0%	0,0%	20-30%	20-30%
NWB	0,0%	0,0%	20-30%	10-20%	5-10%	5-10%
Rhenus-Keolis	0,0%	0,0%	10-20%	10-20%	<5%	<5%

Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes ergäbe sich folgende Marktstruktur: Das mittelbare üstra-Tochterunternehmen VMR würde einen Marktanteil von 5 - 10 % erreichen. Größter Anbieter mit einem Marktanteil von 40 - 50 % wäre erneut die DB Regio-Gruppe. Der Marktanteil der Verkehrsbetriebe der Stadt Bielefeld beliefe sich hingegen auf 20 - 30 %.

Wie in sämtlichen bisher beschriebenen Markträumen ist auch im Marktraum Ostwestfalen-Lippe im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG kein Auftragsunternehmen tätig, das bezogen auf die im ÖSPV erbrachte Verkehrsleistung einen Marktanteil von über 5 % erreicht.

Tabelle 9: Marktstruktur im Marktraum Paderborn-Höxter

Unternehmen	ÖSPV		SPNV		ÖPNV	
	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %
Üstra-Gruppe	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
DB-SPNV	0,0%	0,0%	50-60%	50-60%	5-10%	10-20%
RBB	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
WEB	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
BVO (inkl. BBH)	60-70%	60-70%	0,0%	0,0%	50-60%	40-50%
Zwischensumme Beteiligte	60-70%	60-70%	50-60%	50-60%	60-70%	60-70%
E.ON Westfalen Weser	30-40%	30-40%	0,0%	0,0%	20-30%	20-30%
NWB	0,0%	0,0%	40-50%	40-50%	10-20%	10-20%

Größter Anbieter im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG im Marktraum Paderborn-Höxter ist bezogen auf die konzessionierte Verkehrsleistung mit einem Marktanteil von 60 - 70 % erneut das DB Regio-Tochterunternehmen BVO. Nächstgrößter Anbieter von ÖSPV-Leistungen sind die Verkehrsbetriebe der in den E.ON-Konzern integrierten Stadtwerke Paderborn mit einem Marktanteil von 30 - 40 %.

Im Bereich des SPNV nach dem AEG ist neben der DB Regio die Nordwest-Bahn mit ihren Betriebsleistungen auf den o. a. bezeichneten Teilnetzen im Marktraum Pader-

born-Höxter aktiv. Bezogen auf die Gesamtverkehrsleistung im SPNV erreicht die DB Regio einen Marktanteil von 50 - 60 % und die Nordwest-Bahn einen Marktanteil von 40 - 50 %.

Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes würde sich der Marktanteil der DB Regio-Gruppe auf ca. 60 % belaufen, wobei auf den Bereich des ÖSPV nach dem PBefG (BVO) ein Anteil von 40 - 50 % entfiel. Nächstgrößter Anbieter im ÖPNV wären die Verkehrsbetriebe der Stadt Paderborn mit einem Marktanteil von 20 - 30 %. Der Anteil der Nordwest-Bahn belief sich auf 5 - 10 % (10 - 20 %).

Bei einer Zusammenfassung der Markträume Ostwestfalen-Lippe und Paderborn-Höxter zu einem einheitlichen räumlich relevanten Markt ergäbe sich keine grundlegend andere Marktstruktur. Ausschlaggebend hierfür ist, dass die DB Regio-Gruppe sowohl im Marktraum Ostwestfalen-Lippe als auch im Marktraum Paderborn-Höxter jeweils eine führende Stellung im Bereich des Angebots von ÖPNV-Dienstleistungen inne hat. Auf eine detaillierte Darstellung der Marktstruktur für diesen zusammengefassten Marktraum kann daher verzichtet werden.

Aufgrund der Tatsache, dass die vom Zusammenschluss betroffenen Markträume räumlich unmittelbar aneinandergrenzen, hat die Beschlussabteilung auf der Grundlage der erhobenen Marktdaten auch die Angebotsstruktur bei einer Zusammenfassung sämtlicher Markträume zu einem einheitlichen Verkehrsraum ermittelt. Dieses Gebiet wird von der Beschlussabteilung zwar nicht als räumlich relevanter Markt zugrunde gelegt. Die Daten vermitteln jedoch einen Eindruck von der - für die erforderliche Gesamtbetrachtung der Zusammenschlusswirkungen bedeutsamen - Marktstellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in benachbarten, unmittelbar oder mittelbar aneinander angrenzenden Markträumen.

Tabelle 10: Markt Hannover plus angrenzende Verkehrsräume

Unternehmen	ÖSPV		SPNV		ÖPNV	
	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %	NW-km %	Platz-km %
Summe üstra-Gruppe	10-20%	20-30%	0,0%	0,0%	10-20%	10-20%
Summe DB	20-30%	20-30%	>80%	>80%	30-40%	40-50%
Summe Beteiligte	30-40%	40-50%	>80%	>80%	40-50%	60-70%
Summe Übrige	50-60%	50-60%	<20%	<20%	50-60%	30-40%

Bezogen auf diesen zusammengefassten Verkehrsraum würde die üstra-Gruppe im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG einen Marktanteil von 10 - 20 % (20 - 30 %)

erreichen. Der Marktanteil der DB Regio-Tochterunternehmen im ÖSPV beliefe sich hingegen auf 20 - 30 %. Zu berücksichtigen ist, dass die üstra fast ausschließlich im regionalen Markt Hannover im ÖSPV tätig ist, die DB-Regio-Tochterunternehmen RBB, WEB und BVO hingegen ausschließlich in den umliegenden Markträumen. Im Hinblick auf einen - nicht als räumlich relevanten Markt anzusehenden - Verkehrsraum „Umgebungsmärkte des GVH“ würde die DB-Regio-Gruppe einen Anteil an der konzessionierten Verkehrsleistung im ÖSPV von 30 - 40 % erreichen. Im Bereich des SPNV nach dem AEG würde in dem zusammengefassten Marktraum die DB Regio mit einem Marktanteil von 80 - 90 % trotz der vereinzelt Vergabe von SPNV-Leistungen an Wettbewerber die mit Abstand führende Marktstellung einnehmen. Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes ergäbe sich folgende Marktstruktur: Der Marktanteil der üstra-Gruppe im zusammengefassten Verkehrsraum beliefe sich auf 10 - 20 %, derjenige der DB Regio-Gruppe auf 30 - 40 % (40 - 50 %). Der gemeinsame Anteil der Zusammenschlussbeteiligten an der gesamten ÖPNV-Verkehrsleistung im zusammengefassten Verkehrsraum würde sich damit auf 40 - 50 % (60 - 70 %) belaufen.

(3) Zum Bestehen marktbeherrschender Stellungen

Bei der u.a. von der DB AG befürworteten Zugrundelegung getrennter sachlich relevanter Märkte für den ÖSPV nach dem PBefG und den SPNV nach dem AEG ist derzeit davon auszugehen, dass die üstra - entweder alleine oder gemeinsam mit der Regiobus - im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG und die DB Regio im Bereich des SPNV nach dem AEG im Marktraum Hannover über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Diese Feststellung gilt unabhängig davon, ob der Analyse der enger räumlich relevante Markt (GVH, Region Hannover) oder ein geographisch weiter abgegrenzter Marktraum (GVH plus angrenzende Landkreise) zu Grunde gelegt wird. Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes wäre davon auszugehen, dass die genannten Unternehmen im Marktraum Hannover derzeit über eine gemeinsam marktbeherrschende Stellung im ÖPNV im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB verfügen. Im Ergebnis offen bleiben kann, ob die üstra bzw. ihr mittelbares Tochterunternehmen VMR sowie die DB Regio bzw. deren regional gegliederten Regionalbus-Tochtergesellschaften darüber hinaus auch auf anderen, an den Marktraum Hannover angrenzenden ÖPNV-Märkten (u.a. Markträume Bremen, Göttingen und Ostwestfalen-Lippe) derzeit bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.

(a) Marktbeherrschung im engeren Marktraum Hannover

Bezogen auf die konzessionierte Verkehrsleistung im ÖSPV nach dem PBefG erreicht die üstra im Gebiet des GVH einen Anteil von 60 - 70 % (70 - 80 %). Die Regiobus als einziger weiterer maßgeblicher Konzessionsinhaber im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG im GVH erreicht einen Anteil von 30 - 40 % (20 - 30%). Selbst wenn von einem einheitlichen ÖPNV-Markt auszugehen wäre, beliefe sich der Anteil der üstra an der Verkehrsleistung im ÖPNV im Marktraum GVH auf 50 - 60 % (40 - 50 %), derjenige der Regiobus hingegen auf 20 - 30 % (10 - 20 %). Die Vermutungsschwelle des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB wird für die üstra deutlich überschritten. Tatsachen, welche die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung widerlegen könnten, sind vor dem Hintergrund der dargelegten Wettbewerbsbedingungen im ÖSPV nach dem PBefG nicht ersichtlich. Legt man die Kriterien des § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB zugrunde, wird die Beherrschungsvermutung vielmehr nachhaltig gestützt. Die Marktzutrittschranken im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG sind hoch. Die üstra verfügt ferner im Vergleich zu der überwiegenden Mehrzahl der im Großraum Hannover tätigen ÖPNV-Anbieter über eine überlegene Finanzkraft und - nicht zuletzt auch aufgrund der mittelbaren Beteiligung der Region Hannover – über einen überlegenen Zugang zu den Absatzmärkten. Die Region Hannover als 19,5 %-Gesellschafterin der VVG nimmt die Funktion eines öffentlichen Aufgabenträgers im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG und des SPNV nach dem AEG wahr. In dieser Funktion kann sie sowohl Einfluss auf die Konzessionserteilung als auch auf den Abschluss von Verkehrsverträgen nehmen. Da ferner die Marktzutrittschancen im ÖSPV maßgeblich davon bestimmt werden, ob und inwieweit ein Unternehmen Zugang zu Entscheidungsträgern hat, die über die in aller Regel für den wirtschaftlichen Betrieb erforderlichen öffentliche Zuschüsse entscheiden, verfügt die üstra auch hier über einen nahezu uneinholbaren Vorsprung vor anderen im Großraum tätigen Verkehrsunternehmen.

Bei Zugrundelegung eines eigenständigen sachlich relevanten Marktes für den SPNV nach dem AEG würde die DB Regio im Gebiet des GVH derzeit einen Marktanteil von 100 % erreichen und wäre mithin marktbeherrschend im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB. Neben der aktuellen Alleinstellung im GVH ist für diese Wertung nicht zuletzt ausschlaggebend, dass aufgrund der spezifischen Wettbewerbsbedingungen im SPNV in diesem Marktraum nicht mit der erforderlichen Prognosesicherheit davon ausgegangen werden kann, dass die DB Regio nach Auslau-

fen des aktuellen Verkehrsvertrages Ende 2006 wesentlichem Wettbewerb um den Neuabschluss eines Verkehrsvertrages mit der Region Hannover ausgesetzt sein wird.³²

Selbst wenn für den räumlich relevanten Markt Hannover nicht eine Einzelmarktherrschaft durch die üstra angenommen werden könnte, wäre zumindest von einer gemeinsam marktbeherrschenden Stellung der in diesem Marktraum tätigen Beteiligten des Zusammenschlussvorhabens auszugehen.

Für den Marktraum GVH wird im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG für üstra und RegioBus gemeinsam die Vermutungsschwelle des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB überschritten. Der gemeinsame Marktanteil liegt mit nahezu 100 % über der Vermutungsschwelle des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB. Die Feststellung träfe mit einem gemeinsamen Anteil von ebenfalls nahezu 100 % auch bei Zugrundlegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes und der Einbeziehung der DB Regio in die Oligopolgruppen zu. Auch die Vermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB würde durch die übrigen strukturellen Markt- und Wettbewerbsbedingungen im GVH nicht widerlegt. Die anmeldenden Unternehmen haben bisher auch keine Tatsachen vorgetragen, die im Sinne des § 19 Abs. 3 Satz 2 (2. Halbsatz) GWB als Nachweis wesentlichen Wettbewerbs oder Beleg für das Fehlen einer überragenden Marktstellung anzuerkennen wären. Solche Umstände sind auch nicht ersichtlich. Vielmehr wird die Vermutung durch die tatsächlichen Marktgegebenheiten im GVH nachhaltig bestätigt.

Die Oligopolvermutung ist nur dann als widerlegt anzusehen, wenn die feststellbaren Markt- und Wettbewerbsbedingungen wesentlichen Wettbewerb zwischen den Oligopolmitgliedern erwarten lassen (Binnenwettbewerb) und/oder von einem wirksamen Außenwettbewerb durch andere Marktteilnehmer auszugehen ist. Erforderlich hierfür ist eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände, wobei der konkreten Ausprägung struktureller Markt- und Wettbewerbsfaktoren ausschlaggebende Bedeutung zukommt (Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 36 Rn. 173). Der Nachweis eines aktiven und bewussten Zusammenwirkens der Oligopolmitglieder ist keine Voraussetzung für die Feststellung einer oligopolistischen Marktbeherrschung. Vielmehr kann bereits ein freiwilliger Verzicht auf wettbewerbliche Vorstöße aufgrund einer Anpassung der Oligopolmitglieder an die vorherrschenden Markt- und Wettbewerbsbedingungen dazu führen, dass von einem wettbewerbslosen Oligopol

³² Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Abschnitt 1c dieses Gliederungspunktes.

auszugehen ist (vgl. Bundeskartellamt, Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle, Seite 46; im Folgenden: Auslegungsgrundsätze). Bei der Beurteilung, ob ein wesentlicher Binnen- oder Außenwettbewerb den Verhaltensspielraum der Oligopolgruppe kontrolliert, sind neben allen tatsächlichen Umständen auch sämtliche rechtlichen Umstände in die Betrachtung einzubeziehen. Dämpfen die vorherrschenden rechtlichen Rahmen- und Regu-lierungsbedingungen eines Marktes die Intensität des Wettbewerbs bereits spürbar, steht daher dies der Annahme eines marktbeherrschenden Oligopols nicht entgegen (Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 36 Rn. 154). Neben der Höhe der Marktanteile deuten ferner weitgehend stabile Marktanteile auf ein wettbewerbsloses Oligopol hin (vgl. Auslegungsgrundsätze, Seite 48 m.w.N.). Auch neigt eine symmetrische Unternehmensgruppe mit geringen Marktanteilsabständen, vergleichbaren Ressourcen und einem ähnlich guten Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten zur Wettbewerbslosigkeit (vgl. Auslegungsgrundsätze, Seite 49 m.w.N.). Wettbewerbsliche Vorstöße sind ferner zunehmend unwahrscheinlich, wenn zwischen den betroffenen Unternehmen zahlreiche personelle, kapitalmäßige oder anderweitige Verflechtungen bestehen (vgl. Auslegungsgrundsätze, Seite 51 m.w.N.). Nach der neueren, auf spieltheoretischen Ansätzen basierenden Oligopoltheorie ist ferner den gegenseitigen Vergeltungspotentialen der Oligopolmitglieder besonderes Gewicht beizumessen. Je größer die Vergeltungspotentiale sind, umso wahrscheinlicher ist die Einhaltung einer „Oligopoldisziplin“ auch ohne förmliche Absprache zwischen den Oligopolmitgliedern (vgl. Auslegungsgrundsätze, Seite 43/44 m.w.N.).

Der GVH ist im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG de facto durch eine Marktaufteilung zwischen Stadt- und Regionalverkehr gekennzeichnet. Während sich die Marktstellung der üstra in erster Linie aus der Erbringung von Verkehrsleistungen im Gebiet der Stadt Hannover herleitet, beruht die Marktstellung der Regiobus im GVH auf Linienverkehrsgenehmigungen im Bereich des Regionalverkehrs in der Fläche. Die ermittelten Marktanteile weisen ferner eine hohe Stabilität im Zeitablauf auf. Nach den Angaben der zuständigen Genehmigungsbehörde ist es in den letzten Jahren zu keinen wettbewerbslichen Vorstößen und in der Folge zu Marktanteilsverschiebungen gekommen.

Entscheidend für die Feststellung eines marktbeherrschenden Oligopols im GVH ist ferner die Tatsache, dass ein Wettbewerb zwischen den Anbietern von Verkehrsleistungen durch die Bildung von nach § 8 Abs. 3 PBefG vom Kartellverbot des § 1 GWB

freigestellten Verkehrskooperation weitgehend ausgeschlossen ist. Sowohl üstra als auch Regiobus sind Mitglieder des GVH. Die Struktur des GVH wurde zum 1. Januar 2002 reformiert.³³ Seit diesem Zeitpunkt sind lediglich üstra und Regiobus unmittelbar Vertragspartner des Unternehmensverbund-Vertrages. Die DB Regio als einziger Anbieter im Bereich des SPNV im GVH soll jedoch nach den bisherigen Planungen zu einem späteren Zeitpunkt in den Unternehmensverbund integriert werden. Die Zusammenarbeit zwischen der Region Hannover und dem Unternehmensverbund üstra/Regiobus wird in einem eigenständigen Partnervertrag geregelt. Ferner neu abgeschlossen wurde ein Vertrag über die Verteilung der Tarifeinnahmen im GVH. Neben diesen vertraglich ausgestalteten Verflechtungen besteht zwischen der üstra und der Regiobus auch eine mittelbare gesellschaftsrechtliche Verflechtung. Die Region Hannover, die mit ca. 78 % direkt an der Regiobus beteiligt ist, hält auch eine direkte Beteiligung in Höhe von 1,09 % an der üstra und eine Minderheitsbeteiligung in Höhe von 19,51 % an der VVG, der Obergesellschaft der üstra. Die Region Hannover ist ferner auf der Grundlage eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zum Ausgleich der bei der Regiobus und der VVG und mithin in erster Linie der üstra entstehenden Verluste verpflichtet. Die Beteiligungsverflechtung geht ferner mit personellen Verflechtungen einher. So sind insgesamt 3 Mitglieder des Aufsichtsrates der üstra AG Mitglied des Aufsichtsrates der Regiobus.³⁴

Auch die Tatsache, dass es sich bei ÖPNV-Leistungen tendenziell um heterogene Produkte handelt, steht der Annahme eines marktbeherrschenden Oligopols nicht entgegen. Denn das Kriterium der Produkthomogenität ist - im Gegensatz zu anderen Struktur Faktoren wie z.B. der Höhe und Stabilität der Marktanteile oder bestehenden Verflechtungen zwischen der Oligopolgruppe - im Hinblick auf die Feststellung oligopolistischer Marktbeherrschung ein ambivalentes Beurteilungskriterium. Eine hohe Produkthomogenität und ein in der Folge nur geringer Qualitätswettbewerb kann auch dafür sprechen, dass die Voraussetzungen eines intensiven Preiswettbewerbs besonders günstig sind. Umgekehrt schließt die Heterogenität der angebotenen Produkte ein marktbeherrschendes Oligopol nicht von vornherein aus, insbesondere dann nicht, wenn sich - wie gerade auch im Bereich des ÖPNV und speziell im betrachteten Marktraum Hannover - die geringe Intensität des Wettbewerbs nicht zuletzt in einer Aufteilung von sachlich relevanten oder regionalen Märkten manifes-

³³ Vgl. hierzu: üstra AG, Geschäftsbericht 2002, Seite 32; Region Hannover, Nahverkehrsplan 2003, Seite 7 ff.

³⁴ Vgl. üstra AG, Geschäftsbericht 2002, Seite 92 ff.

tiert (vgl. Auslegungsgrundsätze, Seite 58 f.). Im übrigen ist zu beachten, dass im ÖPNV der Produktheterogenität schon in Folge der weitreichenden (Qualitäts-)Vorgaben des Aufgabenträgers eine vergleichsweise geringe Bedeutung zukommt.

Die Feststellung, dass bei der Abgrenzung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes die dann im Hinblick auf den hier betrachteten räumlich relevanten Markt (GVH, Region Hannover) marktumfassende Oligopolgruppe keinem wirksamen Außenwettbewerb durch andere Verkehrsunternehmen ausgesetzt ist, ergibt sich nicht zuletzt aus den nachfolgend dargestellten Kontrollerwägungen für einen geographisch weiter abgegrenzten ÖPNV-Markt „Großraum Hannover“.

(b) Kontrollerwägung im Hinblick auf den Großraum Hannover

Die für den relevanten Markt Hannover (GVH) getroffenen Feststellungen im Hinblick auf das Bestehen marktbeherrschender Stellungen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen hätten auch bei Zugrundelegung eines erweiterten räumlich relevanten Marktes „Großraum Hannover“ (GVH plus angrenzende Landkreise) unverändert Bestand. Hierfür sind insbesondere folgende Erwägungen ausschlaggebend:

Für die üstra-Gruppe wird auch für diesen erweiterten Marktraum die Vermutungsschwelle des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB überschritten. Im ÖSPV nach dem PBefG würde sie bezogen auf die gesamte konzessionierte Verkehrsleistung einen Marktanteil von 40 - 50 % (50 - 60 %) erreichen. Selbst bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes würde - wenn auch nur knapp - die Ein-Drittel-Schwelle überschritten. Die gemeinsamen Marktanteile der RegioBus und der üstra-Gruppe liegen mit 70 - 80 % für den ÖSPV ebenfalls über den Schwellenwerten des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB. Bei einer Einbeziehung der DB Regio in die Oligopolgruppe ergäben sich für einen einheitlichen ÖPNV-Markt Marktanteile von 70 - 80 %.

Durch eine Einbeziehung der an den GVH angrenzenden Städte und Landkreise ändern sich auch die marktstrukturellen Voraussetzungen eines wirksamen Binnen- und/oder Außenwettbewerbs nicht so grundlegend, dass für diesen Marktraum die Vermutung der Marktbeherrschung als widerlegt angesehen werden kann. In diesem Zusammenhang sind zusätzlich zu den bereits für den engeren Marktraum Hannover dargelegten Sachverhaltsaspekten u. a. folgende Tatsachen zu berücksichtigen:

Zwischen den maßgeblichen Akteuren des engeren Marktraums GVH und den in dessen Umgebung tätigen Verkehrsunternehmen bestehen - obgleich diese Unternehmen nicht Mitglied des GVH sind - zahlreiche Verflechtungen. Bei der Schaumburger Verkehrs-Gesellschaft (SVG) als dem maßgeblichen Konzessionsinhaber in dem westlich an den GVH angrenzenden Landkreis Schaumburg handelt es sich um ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen der Regiobus und der Connex-Gruppe. Die Regiobus ist ferner mit 26% an der Verkehrsgesellschaft Nienburg (VLN) beteiligt, einer Service- und Management-Gesellschaft sämtlicher in diesem Landkreis tätiger Verkehrsunternehmen (u.a. WEB, Wolters-Gruppe). An der Regiobus sind neben der Region Hannover auch der Landkreis Nienburg (8,5%) und die Verkehrsbetriebe Bachstein (VB) beteiligt. Die VB gehört jedoch auch zu den maßgeblichen ÖSPV-Anbietern im ebenfalls an die Region Hannover angrenzenden Landkreis Celle. Die VB hält wiederum eine 16%-Beteiligung an der Cebus GmbH, einem Gemeinschaftsunternehmen sämtlicher in diesem Landkreis tätiger Verkehrsunternehmen. Einer der weiteren Gesellschafter der Cebus ist - mittelbar über die Kraftverkehr Celle GmbH - die OHE. Die OHE wiederum ist u. a. Mitglied des Konsortiums, das im Bereich des SPNV nach dem AEG in Niedersachsen das Teilnetz Hamburg/Bremen – Hamburg/Uelzen betreibt. An der OHE ist neben dem Land Niedersachsen und der Bundesrepublik Deutschland auch die DB Regio mit 8,6 % beteiligt. Die OHE ist ferner Obergesellschaft der Verkehrsbetriebe Osthannover, einem der maßgeblichen Konzessionsinhaber im Marktraum Uelzen-Lüneburg (Landkreis Fallingb.ostel).

Die Frage, ob die genannten Unternehmen aufgrund dieser Verflechtungen der für den Marktraum Hannover festgestellten Oligopolgruppe zuzurechnen sind, kann offen bleiben. Unter Berücksichtigung der allgemeinen Wettbewerbsbedingungen im ÖPNV kann jedoch davon ausgegangen werden, dass von diesen Verkehrsunternehmen ein kaum spürbarer Außenwettbewerb auf die o.a. Oligopolgruppe ausgeht.

Auch die Tatsache, dass - im Gegensatz zur Region Hannover und dem angrenzenden Marktraum Braunschweig - in der Umgebung des GVH und damit im Zuständigkeitsgebiet der LNVG als Aufgabenträger im Bereich des SPNV bereits Verkehrsleistungen im Wege der öffentlichen Ausschreibung vergeben worden sind und eine weitere Öffnung des SPNV für mehr Ausschreibungswettbewerb prognostizierbar ist, ändert an dieser Feststellung nichts. Hierfür ist zum einen ausschlaggebend, dass derzeit noch nicht erkennbar ist, wann im Gebiet des erweiterten Marktraums Hannover mit einer Vergabe von ÖPNV-Leistungen im Wege der öffentlichen Ausschrei-

bung zu rechnen ist. Doch selbst wenn dies der Fall wäre, würden die Markt- und Wettbewerbsbedingungen der Annahme eines wettbewerbslosen Oligopols keineswegs widersprechen. Denn es ist nicht zu erwarten, dass von der DB-Regio derzeit wesentlicher Wettbewerb auf die übrigen ÖPNV-Anbieter ausgeht. Öffentlichen Verlautbarungen zufolge verfolgt der DB-Konzern zwar die Strategie, dem möglicherweise weiter zunehmenden Wettbewerbsdruck im SPNV nach dem AEG durch eine stärkere Ausrichtung auf den Stadtverkehr (d. h. den ÖSPV nach dem PBefG) Rechnung zu tragen. Diese strategische Neuausrichtung hat sich jedoch bisher nicht in entsprechenden wettbewerblichen Vorstößen durch konkurrierende Verkehrsangebote und/oder Anträge auf die Erteilung von Linienkonzessionen niedergeschlagen. Die Strategie der DB Regio AG manifestiert sich vielmehr derzeit ausschließlich in der Teilnahme an Vergabeverfahren von Beteiligungen an ÖSPV-Anbietern bzw. entsprechenden Verhandlungen mit deren bisherigen Gesellschaftern. Dieser „Wettbewerb“ um Beteiligungen an einzelnen Verkehrsunternehmen kann jedoch nicht als Element des schützenswerten Restwettbewerbs im ÖSPV nach dem PBefG angesehen werden (vgl. Beschluss im Verfahren „ÖPNV Göttingen“, a.a.O., Seite 20). Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass der aufkeimende Wettbewerb im SPNV nach dem AEG im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG zwischen dem DB-Konzern und den übrigen ÖSPV-Anbietern (insbesondere üstra) zu solchen Interessengegensätzen führt, dass im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG eine grundlegende Veränderung der maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen eintritt. Dort wo die DB Regio derzeit bereits über Tochterunternehmen im Bereich des ÖSPV tätig ist, kann vielmehr erwartet werden, dass sie ein besonderes Interesse an der Absicherung der eigenen Marktstellung hat.

Im Hinblick auf den Marktraum Hannover und die Marktstellung der üstra ist ergänzend folgendes zu berücksichtigen: Im Gegensatz zum Zuständigkeitsbereich der LNVG ist - wie bereits dargelegt wurde - im engeren Marktraum Hannover (GVH), dem Kerngebiet des räumlichen Betätigungsfelds der üstra, im Bereich des SPNV nach dem AEG derzeit noch nicht mit hinreichender Sicherheit prognostizierbar, ob und in welchem Ausmaß zukünftig mit der öffentlichen Ausschreibung von Verkehrsverträgen zu rechnen ist. Der Verkehrsvertrag zwischen der Region Hannover und der DB Regio AG wurde ohne vorherige öffentliche Ausschreibung mit einer Laufzeit bis Ende 2006 abgeschlossen. Nach Ablauf dieses Verkehrsvertrages besteht - legt man die aktuelle Rechtsprechung des OLG Brandenburg zur Ausschreibungspflicht

im SPNV zugrunde - für die Region Hannover grundsätzlich die Möglichkeit, den Vertrag erneut ohne öffentliche Ausschreibung an die DB Regio zu vergeben. Die Region Hannover kann jedoch - sollte die Rechtsprechung des OLG keinen Bestand haben - zumindest von der Ausnahmeregelung des § 4 Abs. 3 VGV Gebrauch machen. Diese sieht vor, dass eine freihändige Vergabe von Verkehrsverträgen möglich ist, sofern es sich hierbei um Verträge über einzelne Linien mit einer Laufzeit von bis zu drei Jahren handelt oder - im Falle langfristiger Verträge - sofern ein wesentlicher Teil der bestellten Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und im Wettbewerb vergeben wird. Will die DB Regio AG von diesen bestehenden Optionen profitieren und erneut ohne öffentliche Ausschreibung zumindest einen Teil der SPNV-Leistung im Gebiet der Region Hannover akquirieren, ist sie auf das Wohlwollen der Region als Aufgabenträger des SPNV angewiesen. Diese ist jedoch – sowohl direkt als auch mittelbar über die VVG – zugleich Gesellschafterin des maßgeblichen Anbieter von ÖSPV-Leistungen nach dem PBefG im Marktraum Hannover (üstra, Regibus). Auch vor diesem Hintergrund besteht für die DB Regio AG bzw. deren Tochterunternehmen im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG ein wirksamer Anreiz, auf wettbewerbliche Vorstöße zu verzichten.

(4) Verstärkungswirkungen

Ohne die im Verfügungstenor festgelegten Nebenbestimmungen würden die festgestellten marktbeherrschenden Stellungen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluss verstärkt.

An die Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Jede Verschlechterung der Marktstruktur kann als Verstärkung im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB zu qualifizieren sein. Die Verschlechterung der Marktstruktur muss weder ein bestimmtes Ausmaß im Sinne einer „Spürbarkeit“ erreichen, noch ist für die Annahme einer Verschlechterung stets ein Marktanteilszuwachs erforderlich (vgl. Ruppelt in: Langen/Bunte, § 36 Rn. 37; Mestmäcker/Veelken in Immenga/ Mestmäcker, § 36 Rn. 187 ff. mit Nachweisen auf die maßgebliche Rechtsprechung). Der verbliebene Restwettbewerb ist dabei umso nachhaltiger zu schützen, je stärker der Grad der Wettbewerbsbeschränkung bereits vor dem zu prüfenden Zusammenschluss ist. Bei einer ohnehin sehr geringen Wettbewerbsintensität kann daher bereits eine Absicherung der bestehenden Markt-

stellung als Verstärkung zu qualifizieren sein. Eine Absicherungswirkung kann ferner bereits aufgrund einer Abschwächung potentiellen Wettbewerbs anzunehmen sein (vgl. Mestmäcker/Veelken, a.a.O., Rn. 194 ff.)

Bei Zugrundelegung getrennter sachlich relevanter Märkte für den ÖSPV und den SPNV bewirkt der Zusammenschluss die Absicherung der bestehenden marktbeherrschenden Stellungen der üstra bzw. der DB Regio im Marktraum Hannover. Diese leitet sich aus der Erwartung ab, dass üstra und DB Regio als Muttergesellschaften der intalliance sich in Zukunft keinen Wettbewerb im Hinblick auf die Übernahme von Verkehrsleistungen im aktuellen Betätigungsfeld des jeweils anderen machen werden. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob es durch den Zusammenschluss im Ergebnis zu Marktanteilsadditionen kommt. Die Absicherungswirkung reicht vor dem Hintergrund der festgestellten Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen aus, um von einer Verstärkung im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB auszugehen. Bei Zugrundelegung eines einheitlichen sachlich relevanten Marktes würden diese Absicherungseffekte eine Verstärkung des marktbeherrschenden Dreier-Oligopols bestehend aus üstra, Regiobus und DB Regio erwarten lassen.

Die üstra und die Regiobus verfügen im engeren Marktraum Hannover de facto derzeit gemeinsam über eine Alleinstellung im ÖSPV nach dem PBefG. Auf den ÖPNV-Markt Hannover einwirkende wettbewerbliche Impulse waren daher bereits in der Vergangenheit im Bereich des ÖSPV allenfalls in Randbereichen des Marktes, die nicht im engeren Gebiet der Stadt und der Region Hannover als Aufgabenträger und Gesellschafter der VVG und der Regiobus liegen, zu erwarten. Besondere Bedeutung kommt aufgrund der ausführlich dargelegten Markt- und Wettbewerbsbedingungen im ÖPNV in diesem Zusammenhang den benachbarten Markträumen zu. In diesen Markträumen zählen die DB-Regionalbus-Tochtergesellschaften RBB, WEB und BVO zu den führenden aktuellen Anbietern von ÖSPV-Dienstleistungen. Sie sind somit als unter den derzeitigen Markt- und Wettbewerbsbedingungen stärkste (potentielle) Wettbewerber der üstra und der Regiobus im Bereich des ÖSPV anzusehen. Nach der Einbringung der RBB in die intalliance und dem dadurch bewirkten Erwerb der (gemeinsamen) Kontrolle der üstra an RBB ist nicht zu erwarten, dass die RBB zukünftig durch konkurrierende Genehmigungsanträge und/oder die Abgabe von Angeboten im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen mit der üstra oder der Regiobus in den Wettbewerb um die Erbringung von ÖSPV-Leistungen im Marktraum Hannover eintritt. Die marktbeherrschende Stellung der üstra und/oder Regiobus im

Marktraum Hannover wird dadurch nachhaltig abgesichert und im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB verstärkt. DB Regio mit ihren Busgesellschaften steht dem Aufgabenträger für den Abschluss von Verkehrsverträgen nicht mehr als ernsthafter Wettbewerbsalternative zur Verfügung.

Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob die marktbeherrschende Stellung der üstra weiter dadurch abgesichert wird, dass auch aus den übrigen an Hannover angrenzenden ÖPNV-Märkten, auf denen die DB-Regio-Tochterunternehmen WEB und die BVO stark vertreten sind, zukünftig erheblich geringere wettbewerbliche Impulse in den Marktraum Hannover ausstrahlen. Die Beschlussabteilung ist jedoch der Überzeugung, dass dies der Fall ist. Denn die DB-Regio-Gruppe erreicht über ihre Regionalbus-Tochtergesellschaften RBB, WEB und BVO in den angrenzenden Markträumen im ÖSPV nach dem PBefG Marktanteile von mindestens 20 - 30 % bis zu 60 - 70 %. Bezogen auf den gesamten Raum in der Umgebung des Marktraums Hannover belief sich der Anteil an der Verkehrsleistung im ÖSPV nach dem PBefG auf 30 - 40 %. Die DB-Regio-Gruppe ist danach im gesamten Großraum der mit weitem Abstand führende Anbieter von ÖSPV-Dienstleistungen. Das mit dieser Marktstellung verbundene Wettbewerbspotential für den Marktraum Hannover würde durch den Zusammenschluss beseitigt und dadurch die marktbeherrschende Stellung der üstra abgesichert.

Anknüpfungspunkt für die Erwartung, dass durch den Zusammenschluss auch die derzeit marktbeherrschende Stellung der DB Regio im SPNV nach dem AEG im Marktraum Hannover abgesichert und mithin im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB verstärkt wird, sind nicht zuletzt folgende Erwägungen. Durch den zu prüfenden Zusammenschluss wird eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung zwischen der DB Regio und der Region Hannover als öffentlichem Aufgabenträger im Bereich des SPNV bewirkt. Derzeit ist zwar - wie bereits dargelegt wurde - noch nicht mit hinreichender Prognosesicherheit zu erwarten, dass die SPNV-Leistungen im GVH zukünftig vermehrt im Wege öffentlicher Ausschreibungen vergeben werden. Nach dem Zusammenschluss ist jedoch in jedem Fall zu erwarten, dass die Region Hannover als zuständiger Aufgabenträger aufgrund der dann bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verbindung im Hinblick auf das „ob“ einer Ausschreibung sowie im Hinblick auf die Festlegung des Zeitpunktes und des Umfangs einer möglichen Ausschreibung auf die Interessen der DB Regio stärker Rücksicht nimmt als bisher. Aufgrund der gegebenen Marktstruktur und unter Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen ist diese Zusammenschlusswirkung als

gungen ist diese Zusammenschlusswirkung als Absicherung und mithin Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der DB Regio zu qualifizieren.

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass die üstra derzeit bereits über Erfahrungen im Bereich des Betriebs schienengebundener ÖPNV-Systeme verfügt. Die üstra ist daher - vergleichbar mit der Hamburger Hochbahn AG, die als vorher rein kommunaler ÖSPV-Anbieter in den vergangenen Jahren auch im Bereich des SPNV aktiv geworden ist - zumindest als potentieller Wettbewerber der DB Regio im Bereich des SPNV nach dem AEG zu qualifizieren. Durch den Zusammenschluss würde dieser potentielle Wettbewerb beseitigt und die marktbeherrschenden Stellung der DB Regio abgesichert. Auch die LNVG als Aufgabenträger des SPNV in Niedersachsen hat in einer Stellungnahme gegenüber der Beschlussabteilung die Ansicht vertreten, dass durch den beabsichtigten Zusammenschluss „der potentielle Wettbewerber üstra für eine Ausschreibung der S-Bahn Hannover ausgeschaltet“ würde.

Die aufgezeigten Zusammenschlusswirkungen würden bei der Zugrundelegung eines einheitlichen sachlich relevanten ÖPNV-Marktes eine Verstärkung der dann gemeinsam marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussbeteiligten erwarten lassen. In erster Linie ausschlaggebend hierfür ist, dass jede Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung eines Oligopolmitglieds auch als Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Oligopolgruppe insgesamt zu qualifizieren ist (vgl. hierzu u. a. Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 36 Rn. 156). Denkbare Ausnahmen zu dieser Regelerwartung liegen hier nicht vor.

d) Nebenbestimmungen

Die im Verfügungstenor festgelegten Bedingungen zu 1. bis 4. sowie die Auflage zu 5. sind geeignet und erforderlich, um sicherzustellen, dass die dargelegte Verstärkung marktbeherrschender Stellungen vermieden wird. Die Verpflichtung zur Vergabe der bezeichneten Verkehrsleistungen im Wettbewerb zu den festgelegten Zeitpunkten ist im Hinblick auf die festgestellte Verschlechterung der Marktstruktur verhältnismäßig. Der Eintritt einer der auflösenden Bedingungen zu 1.-4. entspricht einem Widerruf der Freigabe im Sinne des § 41 Absatz 3 GWB.

(1) Hintergrund und Zielsetzung

Die dargelegten Verstärkungswirkungen des Zusammenschlusses beruhen im Kern auf der Beseitigung eines nur schwach ausgeprägten Restwettbewerbs zwischen den Zusammenschlussbeteiligten um die Wiedererteilung von Linienverkehrsgenehmigungen bzw. den Abschluss von Verkehrsverträgen. Die Beteiligten können nach dem Zusammenschluss davon ausgehen, dass sie im Falle des Auslaufens der Linienverkehrsgenehmigungen bzw. des Verkehrsvertrages nicht mit wettbewerblichen Vorstößen des jeweils anderen Verkehrsunternehmens rechnen müssen. Dieser Verstärkungseffekt entfällt jedoch, wenn die aktuelle Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten im Falle des Auslaufens der maßgeblichen Genehmigungen bzw. Verkehrsverträge effektiver als gegenwärtig im Wettbewerb angreifbar ist. Diese Voraussetzung kann dann als erfüllt angesehen werden, wenn die in Frage stehende Verkehrsleistung im Wettbewerb vergeben wird.

Die Beschlussabteilung folgt hiermit dem Ansatz der EU-Kommission zur wettbewerblichen Öffnung der Märkte des Öffentlichen Personennahverkehrs. Dieser manifestiert sich nicht zuletzt in dem von der EU-Kommission vorgelegten Vorschlag für eine Reform der VO 1191/69 in der Fassung der VO 1893/91 (zum aktuellen Vorschlag vgl.: „Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Auferlegungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen“, Dokument KOM (2002) 107 endgültig, Brüssel, 21.2.2002). Als geeignetes und notwendiges Mittel für die wettbewerbliche Öffnung der Märkte des ÖPNV sieht die Kommission insbesondere die wettbewerbliche Vergabe ausschließlicher Rechte und bilateraler Dienstleistungsverträge zwischen Aufgabenträgern und Verkehrsbetreibern im Wege der öffentlichen Ausschreibung vor. Vor diesem Hintergrund kann das Vorliegen einer durch den Zusammenschluss bewirkten Verstärkung bestehender marktbeherrschender Stellungen verneint werden, wenn

- der betroffene Markt im Hinblick auf die Verkehrsleistung in hinreichendem Umfang dem (Ausschreibungs-)Wettbewerb geöffnet wird, d. h. insbesondere, dass eine Verkehrsleistung im Wettbewerb vergeben wird, die für konkurrierende Verkehrsunternehmen hinreichend attraktiv ist,

- die Verpflichtung zur Vergabe im Wettbewerb gegenüber der aktuell geltenden Rechtslage ein „Plus“ darstellt, d. h. insbesondere, dass im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtslage eine Form der Vergabe im Wettbewerb gewählt wird, die ein möglichst hohes Maß an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit sicherstellt und
- die Zusammenschlussbeteiligten sämtliche Maßnahmen unterlassen, die einer Ausschreibung und Vergabe der Verkehrsleistung im Wettbewerb entgegenstehen oder diese verhindern könnten.

(2) Die auferlegten Verpflichtungen im Einzelnen

Im Hinblick auf die Zusammenschlussbeteiligte üstra ist in quantitativer Hinsicht die wettbewerbliche Vergabe sämtlicher von der üstra derzeit auf der Grundlage befristeter Linienverkehrsgenehmigungen betriebenen Busverkehrsleistungen gemäß Ziffer 1. ein geeignetes und erforderliches Mittel, um den festgestellten Verstärkungseffekt des Zusammenschlusses zu vermeiden. Dabei ist unter anderem zu berücksichtigen, dass sich der für üstra maßgebliche Verstärkungseffekt vor allem aus der Tatsache ergibt, dass der von den Regionalbus-Tochterunternehmen der DB Regio (einschließlich RBB) im Bereich des Angebots von Busverkehrsleistungen ausgehende (potentielle) Wettbewerbsdruck durch den Zusammenschluss beseitigt wird. Im Fall der wettbewerblichen Vergabe dieser Verkehrsleistung in einem transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren würde dieser dann fehlende Wettbewerbsdruck durch konkurrierende Angebote anderer Bieter ersetzt.

Der durch den Zusammenschluss bewirkte Verstärkungseffekt im Bereich schienengebundener ÖPNV-Dienstleistungen wird hingegen vermieden, wenn sämtliche derzeit von der DB Regio auf der Grundlage eines befristeten Verkehrsvertrages mit der Region Hannover erbrachten Verkehrsleistungen im Geltungsbereich des AEG zukünftig gemäß Ziffer 2. im Wettbewerb vergeben werden. In diesem Zusammenhang hat die Beschlussabteilung unter anderem berücksichtigt, dass auch die üstra derzeit bereits über die von ihr auf der Grundlage befristeter Linienverkehrsgenehmigungen nach dem PBefG bedienten Stadtbahnlinien im Bereich des Angebots schienengebundener ÖPNV-Dienstleistungen aktiv ist. Die Frist der maßgeblichen Linienverkehrsgenehmigungen der üstra endet jedoch uneinheitlich innerhalb eines Zeitraums zwischen den Jahren 2015 und 2025. Die wettbewerbliche Vergabe sinnvoller Stadtbahn-Teilnetze würde daher im Einzelfall einen Eingriff in bestehende Konzessions-

rechte der üstra erforderlich machen. Auf die Einbeziehung des Stadtbahn-Verkehrs der üstra in die Verpflichtung zur Vergabe von Verkehrsleistungen im Wettbewerb wurde daher unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit verzichtet. Allerdings ergibt sich aus diesem Ansatz unmittelbar die Notwendigkeit, dass zur Gewährleistung eines auch in quantitativer Hinsicht ausreichenden wettbewerblichen Öffnungseffektes der gesamte derzeit von der DB Regio in der Region Hannover betriebene SPNV (einschließlich S-Bahn-Verkehr) zukünftig im Wettbewerb vergeben wird.

Bezogen auf die aktuell erbrachte Verkehrsleistung im Gebiet des GVH bewirken die festgelegten Nebenbestimmungen, dass ca. 30% der Verkehrsleistungen im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG und 100% der Verkehrsleistungen im Bereich des SPNV nach dem AEG in Zukunft im Wettbewerb vergeben werden. Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes beliefe sich die Quote der Marktöffnung im Marktraum Hannover auf über 40% des Gesamt-Marktvolumens. Die gemeinsame Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten in diesem Marktraum wird um mehr als 50% dem Vergabewettbewerb ausgesetzt.

Bei der Festlegung der Frist und der denkbaren Stufen für die Vergabe der maßgeblichen Verkehrsleistungen im Wettbewerb hat die Beschlussabteilung die Tatsache berücksichtigt, dass die aktuellen Linienverkehrsgenehmigungen der üstra im Bereich des Stadtbus-Linienverkehrs einheitlich auf den 31.12.2009 befristet sind. Zur Vermeidung des festgestellten Verstärkungseffektes ist es daher erforderlich, dass der Prozess der Vergabe von Busverkehrsleistungen im Wettbewerb in spürbarem Umfang mit Wirkung zum 1.1.2010 eingeleitet wird. Die festgelegte Marktöffnungsquote von mindestens 50% der Busverkehrsleistungen zu diesem Zeitpunkt sowie die Vorgabe, mit Wirkung zum 1.1.2013 die gesamten Busverkehrsleistungen im Wettbewerb zu vergeben, trägt unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit diesem Erfordernis ausreichend Rechnung, ohne den Spielraum des zuständigen Aufgabenträgers im Hinblick auf die Bildung geeigneter, für möglichst viele Bieter hinreichend attraktiver Linienbündel unverhältnismäßig einzuschränken.

Hinsichtlich des gewählten Ansatzes gelten identische Erwägungen für den Bereich des SPNV nach dem AEG. Maßgeblicher Zeitpunkt der wirtschaftlichen Ursache des durch den Zusammenschluss bewirkten Verstärkungseffektes und mithin notwendiger Ansatzpunkt für die wettbewerbliche Öffnung ist unter Berücksichtigung der aktuell vorherrschenden Regulierungsbedingungen das Ende der Laufzeit des aktuellen

Verkehrsvertrages der DB Regio mit der Region Hannover zum Ende des Fahrplanjahres (im Dezember) 2006. Eine spürbare wettbewerbliche Öffnung des SPNV im Marktraum Hannover spätestens mit Wirkung zum 1.1.2007 ist daher unabdingbare Voraussetzung für eine Beseitigung der Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB. Die Möglichkeit für eine gegebenenfalls stufenweise Vergabe der übrigen SPNV-Leistungen im Zuständigkeitsgebiet der Region Hannover als Aufgabenträger des SPNV nach dem AEG bis spätestens mit Wirkung zum 1.1.2013 trägt der Tatsache Rechnung, dass unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten der Spielraum des Aufgabenträgers für die Bildung geeigneter SPNV-Teilnetze nicht zu stark eingeschränkt werden soll.

Der Beschlussabteilung ist bekannt, dass die Region Hannover als Aufgabenträger des SPNV nach dem AEG bei dem Zuschnitt der im Wettbewerb zu vergebenden SPNV-Teilnetze nicht vollkommen frei agieren kann. Ausschlaggebend hierfür ist, dass zahlreiche der derzeit im Marktraum Hannover betriebenen SPNV-Linien über das Gebiet der Region Hannover hinausreichen und Verkehrsleistungen im Zuständigkeitsbereich des Landes Niedersachsen (bzw. der von ihm beauftragten LNVG) als Aufgabenträger des SPNV nach dem AEG umfassen und die Region Hannover daher für die Bildung verkehrswirtschaftlich sinnvoller SPNV-Teilnetze und deren Vergabe im Wettbewerb auf die Zusammenarbeit mit dem Land Niedersachsen (LNVG) als Aufgabenträger angewiesen ist. Das Land Niedersachsen (die LNVG) unterliegt jedoch im Hinblick auf die Vergabe von Verkehrsleistungen im Wettbewerb in ihrem Zuständigkeitsgebiet quantitativen Restriktionen. Ein Eckpunktepapier, das den bis zum 31.12.2012 befristeten Verkehrsvertrages zwischen dem Land Niedersachsen (LNVG) und der DB Regio ergänzt, sieht vor, dass bis zum Ende der Laufzeit des Vertrages maximal 30% der Verkehrsleistungen abbestellt und im Wettbewerb neu vergeben werden dürfen. Diese Regelung könnte im Extremfall im Zeitraum 2006 bis 2012 eine faktische Sperrwirkung für die Bildung und wettbewerbliche Vergabe verkehrswirtschaftlich sinnvoller SPNV-Teilnetze in der Region Hannover entfalten. Dies insbesondere dann, wenn in die wettbewerbliche Vergabe sinnvoller Teilnetze in der Region Hannover auch Verkehre einzubeziehen sind, die im Zuständigkeitsbereich des Landes Niedersachsen (der LNVG) als Aufgabenträger liegen, das vertraglich vereinbarte Wettbewerbskontingent des Landes Niedersachsen (der LNVG) von 30% der in ihrem Zuständigkeitsgebiet derzeit erbrachten Verkehrsleistungen aber bereits ausgeschöpft ist.

Die zuständigen Aufgabenträger haben gegenüber der Beschlussabteilung erklärt, dass trotz der dargelegten vertraglichen Regelung die Vergabe sämtlicher SPNV-Leistungen im Gebiet der Region Hannover spätestens mit Wirkung zum 1.1.2013 möglich und realisierbar ist. Die LNVG hat allerdings darauf hingewiesen, dass es im Falle der wettbewerblichen Vergabe des überwiegenden Teils der Verkehrsleistungen in der Region Hannover ab 2007 und vor dem 1.1.2013 zu einer Konzentration des mit der DB Regio für das Zuständigkeitsgebiet des Landes Niedersachsen (der LNVG) vereinbarten Wettbewerbskontingents auf die Umgebung des Großraums Hannover komme. Ferner sei aufgrund der derzeit vorherrschenden Marktverhältnisse die wettbewerbliche Vergabe des nach dem ersten Schritt der Marktöffnung zum 1.1.2007 verbleibenden Anteils von 70% der SPNV-Leistungen im Gebiet der Region Hannover (ca. 6 Mio. Zug-km) mit Wirkung zum 1.1.2013 im Rahmen eines einzigen Vergabeverfahrens unter Umständen wenig sinnvoll, weil aufgrund der Größe des Vergabeprojekts der Kreis der potentiell teilnehmenden Bieter zu stark eingeschränkt würde. Die Beschlussabteilung geht daher davon aus, dass unter verkehrswirtschaftlichen Gesichtspunkten eine stufenweise Vergabe weiterer Teilnetze im Marktraum Hannover im Zeitraum 2007 bis 2013 sinnvoll und möglich ist. In jedem Fall ist jedoch der Eintritt der maßgeblichen auflösenden Bedingung zu 2. nur dann ausgeschlossen, wenn spätestens mit Wirkung zum 1.1.2013 (Zeitpunkt der Betriebsaufnahme) das nach dem ersten Marktöffnungsschritt zum 1.1.2007 verbleibende Restkontingent von maximal 70% der Verkehrsleistungen im Gebiet der Region Hannover im Wettbewerb vergeben worden ist. Dem Eintritt der auflösenden Bedingung steht nicht entgegen, dass eine wettbewerbliche Vergabe dieser Verkehrsleistungen zum 1.1.2013 aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich oder verkehrswirtschaftlich nicht sinnvoll ist. Denn es liegt in der Hand der zuständigen Aufgabenträger und insbesondere auch der DB Regio, die fristgerechte und vollständige Erfüllung der in der Bedingung festgelegten Verpflichtungen durch eine stufenweise Vergabe sinnvoller Teilnetze im Wettbewerb zu ermöglichen, nötigenfalls auch durch einen Verzicht auf die Einhaltung der im Verkehrsvertrag mit dem Land Niedersachsen (LNVG) vereinbarten Begrenzung der Abbestellung und wettbewerblichen Vergabe von Verkehrsleistungen.

Im Hinblick auf den Zeitpunkt der wettbewerblichen Vergabe ist sicherzustellen, dass der Betrieb zu den jeweils angegebenen Zeitpunkten aufgenommen werden kann. In diesem Zusammenhang ist zur Vermeidung des Eintritts der Bedingungen zu 1. und

2. insbesondere das wettbewerbliche Vergabeverfahren so frühzeitig einzuleiten, dass auch andere Bieter als die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine angemessene Chance zur Abgabe eines erfolgsversprechenden Angebotes haben. Nur auf diese Weise kann unter Berücksichtigung der maßgeblichen vergaberechtlichen Gesichtspunkte eine effektive, transparente und diskriminierungsfreie wettbewerbliche Vergabe gewährleistet werden.

Im Hinblick auf das festgelegte Verfahren der Vergabe im Wettbewerb berücksichtigt die Beschlussabteilung folgende Aspekte: Das Personenbeförderungsrecht sieht mit § 13 a PBefG eine Regelung für die Vergabe von Verkehrsleistungen des ÖSPV nach dem PBefG im Wettbewerb vor. Hinsichtlich der Vorgabe der geringsten Kosten wird in § 13 a PBefG auf die GKV verwiesen. § 1 Abs. 2 GKV nimmt hinsichtlich des Vergabeverfahrens ausdrücklich Bezug auf den ersten Abschnitt der VOL/A. Für den Bereich des SPNV nach dem AEG ist derzeit § 15 Abs. 2 AEG die einschlägige Rechtsnorm, wonach – nach der Rechtsprechung des OLG Brandenburg – dem Aufgabenträger ein uneingeschränktes Wahlrecht im Hinblick auf die Art der Vergabe der Verkehrsleistungen belassen wird. Seit dem Inkrafttreten der GKV und der maßgeblichen Novellierung des AEG haben sich jedoch durch die 6. GWB-Novelle (Einführung des Vergaberechtsschutzes gemäß §§ 97 ff. GWB) sowie das Inkrafttreten der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) vom 09.01.2001 Änderungen im Bereich des Vergaberechts ergeben. Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 VgV haben Aufgabenträger nach § 98 Nr. 1 GWB (Gebietskörperschaften) bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die Bestimmungen des 2. Abschnittes der VOL/A anzuwenden. Die Beschlussabteilung hält unter wettbewerblichen Gesichtspunkten die Verpflichtung für erforderlich und verhältnismäßig, dass die in Frage stehenden Verkehrsleistungen jeweils nach den nunmehr geltenden vergaberechtlichen Vorschriften des 2. Abschnittes der VOL/A zu vergeben sind.

Ziffer 3. der Nebenbestimmungen trägt zum einen dem personenbeförderungsrechtlichen Vorrang eigenwirtschaftlicher Linienverkehrsgenehmigungen gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG Rechnung. Danach ist die Durchführung einer Vergabe von Verkehrsleistungen im Wettbewerb unzulässig, sofern ein Verkehrsunternehmen die betroffenen Verkehrsleistungen eigenwirtschaftlich zu erbringen bereit ist und einen entsprechenden Antrag bei der zuständigen Genehmigungsbehörde stellt. Durch den für die Erfüllung der Verpflichtung erforderlichen Verzicht auf Rechte aus möglicherweise zum vorgegebenen Zeitpunkt weiter bestehenden eigenwirtschaftlichen Li-

nienverkehrsgenehmigungen sowie – für die vorgegebenen Vergabezeiträume – den Verzicht auf das Stellen von Anträgen auf die Erteilung entsprechender Genehmigungen wird vermieden, dass die Vergabe der Verkehrsleistungen im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG im Wettbewerb durch einseitige Maßnahmen der Beteiligten unterlaufen werden kann. Für den Bereich des SPNV nach dem AEG war vor dem Hintergrund des aktuellen Regulierungsrahmens eine entsprechende Verpflichtung vorzusehen, im Hinblick auf die jeweils betroffenen Verkehrsleistung auf den Abschluss freihändig vergebener Verkehrsverträge zu verzichten.

Ziffer 4. trägt unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten den Interessen der Zusammenschlussbeteiligten an einer betriebswirtschaftlich sinnvollen Verwertung der aktuell für die Erbringung der Verkehrsleistungen eingesetzten Vermögenswerte Rechnung. Bedingungen und Auflagen im Rahmen fusionsrechtlicher Freigabeentscheidungen dürfen den Beteiligten jedoch keine Verpflichtungen auferlegen, die im Widerspruch zu geltenden gesetzlichen Regelungen stehen. Die Klarstellung, dass die Aufgabenträger in den Vergabebedingungen die Verpflichtung eines Bieters zur (teilweisen) Übernahme von Personal- und Betriebsmitteln aufnehmen können, war daher auf vergabe-, kartell- und arbeitsrechtlich sowie europarechtlich zulässige Übernahmeverpflichtungen zu beschränken. Der Möglichkeit zur Aufnahme rechtlich zulässiger Übernahmeverpflichtungen entspricht spiegelbildlich die Verpflichtung der Beteiligten, dem im Rahmen der Vergabe im Wettbewerb obsiegenden Bieter die diskriminierungsfreie Benutzung der für die Erbringung der Verkehrsleistung erforderlichen Infrastruktur zu ermöglichen. Auf diese Weise wird vermieden, dass konkurrierenden Verkehrsunternehmen im Rahmen des Vergabeverfahrens strukturelle, von den Beteiligten steuerbare Wettbewerbsnachteile entstehen, die allein aus der Rolle der Zusammenschlussbeteiligten als aktuelle Anbieter der Verkehrsleistung resultieren. Die Zugangsrechte beziehen sich daher in erster Linie auf diejenigen Infrastruktureinrichtungen, die derzeit bzw. zum Zeitpunkt der wettbewerblichen Vergabe für die Erbringung der maßgeblichen Verkehrsleistungen im Marktraum Hannover genutzt werden.

Die ergänzend in Ziffer 5. als Auflage vorgesehene Unterrichtungspflicht soll gewährleisten, dass die Verwirklichung der Zielsetzung der auflösenden Bedingungen durch das Bundeskartellamt im Hinblick auf die wettbewerblichen Vergabeverfahren, die Gegenstand der Freigabebedingungen sind, überprüft werden kann.

Der Widerrufsvorbehalt gemäss Ziffer 6. trägt der Tatsache Rechnung, dass das Bundeskartellamt verpflichtet ist, bei grundlegenden Änderungen der Sach- und Rechtslage die auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen. Maßgebliche Änderungen der Rechtslage könnten sich insbesondere aus Veränderungen des gesetzlichen Regulierungsrahmens des ÖPNV ergeben. Als Änderung der Sachlage käme unter anderem der Umstand in Betracht, dass für die Erbringung der Verkehrsleistung in der Region Hannover von dem zuständigen Aufgabenträger weder direkt noch indirekt (z.B. im Rahmen eines Verlustausgleichs) ein öffentlicher Zuschuss gezahlt wird oder ein drittes, an dem Zusammenschluss nicht beteiligtes Unternehmen einen Antrag auf Erteilung einer auch faktisch eigenwirtschaftlichen Linienverkehrsgenehmigung für den betroffenen Linienverkehr stellt.

II. Beurteilung nach § 1 GWB

Auf die Gesamtheit der dem Zusammenschlussvorhaben zu Grunde liegenden Verträge ist § 1 GWB anwendbar. Die gesetzlichen Freistellungsregelungen des § 8 Abs. 3 PBefG und des § 12 Abs. 7 AEG schließen die Anwendbarkeit des § 1 GWB im vorliegenden Fall nicht aus. Unter Berücksichtigung der im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Freigabe festgelegten Nebenbestimmungen ist jedoch insbesondere im Hinblick auf den Marktraum Hannover offen, ob von einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB auszugehen ist. Jedenfalls im Rahmen des Aufgreifermessens wird zum gegenwärtigen Zeitpunkt davon abgesehen, das dem Zusammenschluss zugrundeliegende Vertragswerk nach § 1 GWB i.V.m. § 32 GWB aufzugreifen.

1. Anwendbarkeit des § 1 GWB

Unter bestimmten Voraussetzungen ist auf Gemeinschaftsunternehmen (GU) neben den §§ 35 ff. GWB zusätzlich auch § 1 GWB anwendbar (vgl. hierzu: BGH WuW/E 2169, „Mischwerke“; BGH WuW/DE-R 711 „Ost-Fleisch“).³⁵ Diese Form der „Doppelkontrolle“ von GU entspricht der herrschenden Meinung und der ständigen Rechtsprechung (vgl. Zimmer in Immenga/Mestmäcker, § 1, Rn. 401 ff.). Die Frage, ob ein GU dem Kartellverbot des § 1 GWB unterliegt, ist dabei unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles zu beantworten (BGH WuW/DE-R 711, 715 „Ost-Fleisch“). Die häufig anzutreffende Unterscheidung zwischen kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen sowie die These, dass in erster Linie kooperative Gemeinschaftsunternehmen einer Doppelkontrolle auch nach § 1 GWB unterliegen, stellen nach der Rechtsprechung des BGH lediglich eine Abgrenzungshilfe und eine erste Annäherung dar (BGH a.a.O.). Nach Auffassung des BGH ist jedoch eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen regelmäßig dann zu erwarten, wenn die Muttergesellschaften weiterhin auf dem gleichen sachlich und räumlich relevanten Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen tätig bleiben (BGH a.a.O.).

DB Regio und üstra sind zumindest als potentielle Wettbewerber auf den verschiedenen sachlich und räumlich relevanten ÖPNV-Märkten zu qualifizieren. Die der Gründung der Intalliance als Gemeinschaftsunternehmen der DB Regio und der üstra zu Grunde liegenden Verträge sind daher in ihrer Gesamtheit eine Vereinbarung zwischen untereinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen.

Die Gesamtheit der Verträge führt bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und unter Berücksichtigung der Gesamtumstände auch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des § 1 GWB. Dabei ist unter anderem zu berücksichtigen, dass - zumindest im Hinblick auf den Marktraum GVH - die Intalliance als kooperatives GU zu charakterisieren ist und die Muttergesellschaften DB Regio und üstra im Sinne der Rechtsprechung des BGH auf diesem sachlich und räumlich relevanten Markt auch nach der Gründung der Intalliance weiterhin tätig bleiben.

³⁵

Vgl. ferner: Bach, Albrecht, Gemeinschaftsunternehmen nach dem „Ost-Feisch“-Beschluss des BGH, in: ZWeR 2/2003, Seite 187 ff.

In dem zwischen den Beteiligten geschlossenen Konsortialvertrag wird festgelegt, dass [...]

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob die Intalliance im Hinblick auf den Markt GVH im Sinne der Rechtsprechung des BGH als „neue selbständige Planungseinheit“ gelten kann. Der in den Vertikalverträgen zwischen der DB Regio bzw. der üstra und der Intalliance vereinbarte Verbleib der Konzessionen bzw. der Verkehrsverträge bei den Muttergesellschaften und die Tatsache, dass [...], sprechen vor dem Hintergrund der von der EU-Kommission aufgestellten Kriterien für ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen³⁶ gegen die Annahme einer selbständig am Markt agierenden Wirtschaftseinheit.

Ferner kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Muttergesellschaften mit der Gründung der Intalliance im Sinne der Rechtsprechung des BGH aus dem sachlich und räumlich relevanten Markt, auf dem die Intalliance tätig sein soll, zurückziehen werden. Für diese Einschätzung sind folgende Sachverhaltsaspekte ausschlaggebend:

Die DB Regio überträgt lediglich einen Teil derjenigen SPNV-Leistungen, die sie derzeit auf der Grundlage des Verkehrsvertrages mit der Region Hannover selbst betreibt, auf die Intalliance. Die üstra wird [...] weiterhin die (Verlängerung der) Konzessionen für das Gebiet des GVH beantragen und verwalten. Darüber hinaus kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Intalliance als „Subunternehmer“ für die Durchführung des Bus- und Stadtbahnverkehrs der üstra und mithin als Anbieter auf dem sachlich relevanten Markt für Auftragsverkehre zu qualifizieren ist. Das Vertragsverhältnis zwischen üstra und Intalliance weicht vielmehr in wesentlichen Punkten von der für diesen Markt typischen Vertragsgestaltung ab.

Zum einen ist Kern eines Vertragsverhältnisses im Bereich des Auftragsverkehrs nach dem PBefG, dass der Konzessionsinhaber von dem Auftragsunternehmen dessen Fahrzeugkapazitäten anmietet. Im vorliegenden Fall verfügt aber [...] Die Intalliance trägt darüber hinaus kein eigenes finanzielles Risiko im Hinblick auf die Kosten der Durchführung der Bus- und Stadtbahnverkehre „im Auftrag“ der üstra. [...] Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ändert sich im Hinblick auf die physische Erbringung der Verkehrsleistung der üstra durch das gesamte Vertragswerk

³⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Abl C 66 vom 2.3.1998, S. 1 ff.

nichts, außer dass die Verkehrsleistung in Zukunft von einem gesellschaftsrechtlich ausgegliederten Betrieb der üstra erbracht wird. [...]

2. Fehlen der Freistellungsvoraussetzungen des § 8 Abs. 3 PBefG und § 12 Abs. 7 AEG

Die gesetzlichen Freistellungsvoraussetzungen des § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG und des § 12 Abs. 7 AEG liegen nicht vor. Bei der intalliance handelt es sich nicht um eine gemäß dieser Bestimmungen von der Anwendung des § 1 GWB freigestellte Verkehrskooperation.

Mit der Regelung des § 8 Abs. 3 PBefG sowie der inhaltlich deckungsgleichen Bestimmung des § 12 Abs. 7 AEG soll nicht jede wettbewerbsbeschränkende Zusammenarbeit zwischen Verkehrsunternehmen von der Anwendung des § 1 GWB freigestellt werden. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich nur solche Kooperationen vom allgemeinen Kartellverbot ausgenommen, die für die Verwirklichung der in diesen Bestimmungen genannten verkehrspolitischen Ziele geeignet und erforderlich sind. Nach gefestigter Praxis der Kartellbehörden und der Rechtsprechung sind jedoch dergestalt begrenzte Kartellausnahmen restriktiv auszulegen, damit der Schutzzweck des Kartellrechts nicht über das für die Erreichung der angestrebten Ziele unabdingbar erforderliche Maß hinaus beseitigt oder ausgehöhlt wird. Im Hinblick auf die materielle Reichweite der Freistellungsregelung ist vor dem Hintergrund der sich nicht zuletzt aus dem vorherrschenden Regulierungsrahmen ergebenden Wettbewerbsbedingungen die Schlussfolgerung abzuleiten, dass die maßgebliche Freistellungsgrenze zwischen den verschiedenen Ebenen des Wettbewerbs in diesem Wirtschaftszweig zu ziehen ist. Während Beschränkungen des Wettbewerbs *im* Markt wegen der dadurch insbesondere für den Fahrgast entstehenden Vorteile zulässig sein sollen, unterliegt der Wettbewerb *um* den Markt uneingeschränkt dem Schutzbereich des § 1 GWB.³⁷ Der Gesetzestext selbst verweist ausdrücklich auf die Abstimmung und den Verbund von Beförderungsentgelten sowie die Fahrplanabstimmung als mögliche Kooperationsgegenstände und mithin auf die wesentlichen Parameter des Wettbewerbs *im* Markt. Die ausdrückliche Erwähnung der anzustrebenden "Integration der Verkehrsbedienung" und des Ziels einer "wirtschaftlichen Verkehrsgestaltung" spricht ferner keineswegs dafür, dass auch Beschränkungen des Genehmigungs-

³⁷ Vgl. Werner, Die Organisation der Wirtschaftsverwaltung im Personenbeförderungsgewerbe unter Berücksichtigung der Verkehrsverbände, in: Beilage zum Gewerbearchiv, 2/2001, S. 102 ff.

gungs- und Ausschreibungswettbewerbs von dem Freistellungsprivileg erfasst werden sollen. Dies schon deshalb, weil andernfalls die vom Gesetzgeber ausdrücklich begrenzte Freistellungsregelung durch die Hintertür faktisch zu einer Bereichsausnahme für den ÖPNV würde: Für eine integrierte Verkehrsbedienung ist es ferner keineswegs erforderlich, dass der mit dem Auslaufen der zeitlich befristeten Linienkonzessionen und/oder Verkehrsverträge eröffnete Wettbewerb beschränkt oder ausgeschlossen wird. Ausreichend ist es vielmehr, dass die auf der Grundlage befristeter Konzessionen und Verkehrsverträge erbrachte Verkehrsleistung für die Laufzeit der Konzessionen bzw. der Verkehrsverträge koordiniert („integriert“) wird. Der Aspekt der wirtschaftlichen Verkehrsgestaltung kann ferner nicht in dem Sinne verstanden werden, dass jede Kooperation, die für die beteiligten Unternehmen mit wirtschaftlichen Vorteilen verbunden ist, vom Kartellverbot freigestellt werden soll. Maßgeblich ist vielmehr die Perspektive der Marktgegenseite.

Die Gesamtheit der dem Vorhaben zu Grunde liegenden Verträge beschränkt den Genehmigungs- und Ausschreibungswettbewerb zwischen der DB-Regio-Gruppe und der üstra. Diese Wirkungen schließen aus, dass die Verträge der Freistellungsregelung des § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG unterliegen. Die Inanspruchnahme des gesetzlichen Freistellungsprivilegs ist aber auch deshalb ausgeschlossen, weil sich die Verträge nicht auf einen bestimmten Verkehrsraum, sondern auch auf andere Verkehrsräume als den Marktraum Hannover auswirken. Selbst wenn man davon ausgeht, dass das Vertragswerk in seiner Gesamtheit in erster Linie den Marktraum Hannover betrifft, käme eine Inanspruchnahme der Freistellungsregelung dennoch nicht in Betracht. Ausschlaggebend hierfür ist, dass die vertragliche Vereinbarung nicht geeignet und erforderlich ist, um die im § 8 Abs. 3 PBefG genannten Ziele zu verwirklichen. Dabei ist u. a. in Rechnung zu stellen, dass mit dem GVH derzeit bereits eine vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellte Verkehrskooperation existiert. Insoweit müsste das dem Vorhaben zu Grunde liegende Vertragswerk geeignet und erforderlich sein, die in dieser Bestimmung genannten verkehrswirtschaftlichen Ziele besser als bisher zu erreichen. Dass dies der Fall sein kann, erscheint bereits auf Grund der Tatsache ausgeschlossen zu sein, dass die Regiobus als maßgeblicher Anbieter von ÖSPV-Leistungen und Mitglied des GVH nicht eingebunden wird. Die hiermit zusammenhängenden Fragen können jedoch im Ergebnis offen bleiben, da eine Inanspruchnahme der gesetzlichen Freistellung von § 1 GWB bereits aus den oben dargelegten Gründen ausscheidet.

3. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Offen ist, ob die festgestellte Beschränkung des Wettbewerbs unter Berücksichtigung der festgelegten Nebenbestimmungen der fusionskontrollrechtlichen Freigabe spürbar ist.

Maßgebliche Zeitpunkte für die Beurteilung der Frage der wettbewerblichen Auswirkungen sind diejenigen Zeitpunkte, zu denen aufgrund des Auslaufens entsprechender Linienkonzessionen oder Verkehrsverträge der Wettbewerb *um* den maßgeblichen ÖPNV-Markt eröffnet ist. Beschränkungen des Wettbewerbs *im* Markt während der Laufzeit der Konzessionen und Verkehrsverträge sind hingegen gemäß § 8 Abs. 3 PBefG und § 12 Abs. 7 AEG dem Anwendungsbereich des § 1 GWB entzogen. Bezogen auf den Marktraum Hannover werden durch die festgelegten Nebenbestimmungen der fusionskontrollrechtlichen Freigabe zu diesen Zeitpunkten deutlich andere Wettbewerbsbedingungen vorherrschen als zum gegenwärtigen Prüfungszeitpunkt. Durch die Vergabe von Verkehrsleistungen im Wettbewerb wird der Marktraum für konkurrierende Angebote anderer Verkehrsunternehmen geöffnet.

Bezogen auf die an den Marktraum Hannover angrenzenden Markträume ist hingegen für die Frage der Spürbarkeit von ausschlaggebender Bedeutung, ob und in welchem Ausmaß die üstra derzeit als potentieller Wettbewerber der DB Regio und ihrer Regionalbus-Tochterunternehmen im Hinblick auf die (Wieder-)Erteilung auslaufender Linienverkehrsgenehmigungen und Verkehrsverträge in Frage kommt. Die üstra ist derzeit in den an Hannover angrenzenden Markträumen nicht oder nur in geringem Umfang im Bereich des Angebots von ÖPNV-Dienstleistungen tätig. Maßgebliche Wettbewerber der DB Regio und ihrer Regionalbus-Tochterunternehmen in diesen Markträumen ist derzeit nicht die üstra, sondern sind Verkehrsunternehmen, die derzeit bereits auf der Grundlage von Linienverkehrsgenehmigungen oder Verkehrsverträgen in diesen Markträumen ÖPNV-Dienstleistungen erbringen, insbesondere die jeweils führenden kommunalen Verkehrsunternehmen (u.a. Bremer Straßenbahn AG; mobiel GmbH; Braunschweiger Verkehrs AG). Im Vergleich zu diesen Unternehmen ist das von der üstra auf diese Markträume ausstrahlende Wettbewerbspotential als relativ gering einzustufen, selbst wenn man sie dort als möglichen Anbieter von ÖPNV-Leistungen ansehen würde.

4. Aufgreifermessen

Die Beschlussabteilung greift vor dem aufgezeigten Hintergrund und unter Berücksichtigung der festgelegten Nebenbestimmungen der fusionskontrollrechtlichen Freigabe in Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens das dem Zusammenschluss zugrundeliegende Vertragswerk nicht nach § 1 i.V.m. § 32 GWB auf. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung hat die Beschlussabteilung unter anderem auch berücksichtigt, dass die festgelegten Nebenbestimmungen in einem wirtschaftlich bedeutsamen Markt in Niedersachsen eine spürbare und nachhaltige Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im ÖPNV erwarten lassen. Sollten sich diese Erwartungen nicht bestätigen, behält sich die Beschlussabteilung vor, die Zusammenarbeit von üstra und DB Regio zu einem späteren Zeitpunkt erneut nach § 1 GWB zu überprüfen.

C. Gebühren

xxx

D.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Dr. Ruppelt

Dr. Pfeil-Kammerer

Ewald