

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
2. RSW Regionalbus Saar-Westpfalz GmbH
3. KVS GmbH
4. Verkehrs- und Energiebeteiligungsgesellschaft des Landkreises Saarlouis mbH
5. Kreis-Verkehrsbetriebe Saarlouis Verwaltungs-AG
6. Landkreis Saarlouis
7. Kreisstadt Saarlouis
8. Wirtschaftsbetriebe Saarlouis GmbH

- Beteiligte -

Zustellungsbevollmächtigte der Beteiligten zu 2. und
Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 3. – 8.:
[...]

9. Rhenus Keolis GmbH & Co. KG
Weißliliegasse 10
55116 Mainz

- Beigeladene -

wegen Prüfung eines gemäß § 39 GWB angemeldeten Zusammenschlussvorhabens nach § 36 GWB hat die 9. Beschlussabteilung am 9. Juni 2004 beschlossen:

I.

Das mit Schreiben vom 13. Februar 2004 angemeldete Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.

II.

Die Gebühr für diese Entscheidung wird unter Anrechnung der gesondert festzusetzenden Gebühr von [...] € für die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens auf

[...] €

(in Worten: [...] Euro)

festgesetzt und den Beteiligten zu 1. – 8. als Gesamtschuldner auferlegt.

Gründe:

A. Sachverhalt

1) Beteiligte Unternehmen

Die KVS GmbH, Saarlouis, erbringt Verkehrsleistungen mit Bussen im Linien- und Gelegenheitsverkehr und ist schwerpunktmäßig in dem saarländischen Landkreis Saarlouis tätig. Sie wurde im Jahr 2001 gegründet und nahm am 1. Januar 2002 ihren Betrieb auf. Die KVS GmbH verfügt zur Zeit über [...] Linienverkehrsgenehmigungen. [...] der konzessionierten Linien stellen ausbrechende Verkehre in die Landkreise Völklingen, Merzig-Wadern sowie den Stadtverband Saarbrücken dar. Gemeinsam mit dem französischen Verkehrsunternehmen Les Courriers Mosellans bedient die KVS GmbH die grenzüberschreitende Linie MS 2 zwischen Saarlouis und St. Avold. Laut Angaben auf der unternehmenseigenen Internetseite verfügt die KVS GmbH über 68 eigene Busse. Sie ist zudem Mieterin des Betriebsbahnhofs Saarlouis, auf dem eine Reparaturwerkstatt betrieben wird. Die KVS GmbH ist alleinige Gesellschafterin der KVG Kreis-Verkehrsgesellschaft Saarlouis GmbH, die für die KVS GmbH Verkehrsleistungen im Auftragsverhältnis erbringt. Gesellschafter der KVS GmbH sind die Verkehrs- und Energiebeteiligungsgesellschaft des Landkreises Saarlouis mbH („VE-Saarlouis“) mit 60% und die Kreis-Verkehrsbetriebe Saarlouis Verwaltungs-AG („KVS AG“) mit 40% der Anteile. Die KVS GmbH verfügt über ein Stammkapital von 25.000 €.

Die KVS AG war ursprünglich selbst Betreiberin der nunmehr von der KVS GmbH angebotenen Verkehre. Mit der Geschäftsaufnahme durch die KVS GmbH erfolgte eine Übertragung des Verkehrsbetriebes auf die KVS GmbH. Gesellschafter der KVS AG sind die VE-Saarlouis mit 63,9%, die Wirtschaftsbetriebe Saarlouis GmbH mit 25,1% und die Verkehrs- und Energiebeteiligungsgesellschaft der Stadt Dillingen mbH mit 11% der Anteile.

Alleingeschafter der VE-Saarlouis ist der Landkreis Saarlouis. Alleinige Gesellschafterin der Wirtschaftsbetriebe Saarlouis GmbH ist die Kreisstadt Saarlouis. Alleinige Gesellschafter-

rin der Verkehrs- und Energiebeteiligungsgesellschaft der Stadt Dillingen mbH ist die Stadt Dillingen.

Die RSW Regionalbus Saar Westpfalz GmbH, Saarbrücken, („RSW“) ist ein Nahverkehrsunternehmen, das im Gebiet des Saarlandes und der Westpfalz tätig ist und mit Bussen Verkehrsleistungen im Linien- und Gelegenheitsverkehr anbietet. Im Gebiet des Saarlandes betreibt die RSW die Regional-Buslinien R1 – R10, die Kreis-Buslinien K314, K501, K503, K505, K508 und K601, acht Gemeindelinien, den grenzüberschreitenden Verkehr „SaarLux-Bus“ zwischen Saarlouis und Luxemburg Stadt sowie mehrere Ortsverkehre. Die RSW ist alleinige Gesellschafterin der A. Philippi GmbH, die ebenfalls Nahverkehrleistung im Gebiet des Saarlandes anbietet. Alleinige Gesellschafterin der RSW ist die DB Regio AG. Die RSW erzielte im Geschäftsjahr 2002 Umsätze in Höhe von rund 57 Mio. €

Die DB Regio AG, Frankfurt am Main, („DB Regio“) erbringt selbst und über ihre Tochtergesellschaften Verkehrsleistungen im Bereich des straßen- und schienengebundenen öffentlichen Personennahverkehrs. Im Geschäftsjahr 2002 erzielte die DB Regio Umsatzerlöse in Höhe von 4,715 Mrd. €. Alleinige Gesellschafterin der DB Regio ist die Deutsche Bahn AG. Die Deutsche Bahn AG, Berlin, („DB-AG“) ist die Konzernobergesellschaft des Deutsche Bahn-Konzerns („DB-Konzern“). Im Geschäftsjahr 2002 erzielte der DB-Konzern einen Konzernumsatz in Höhe von 27,527 Mrd. €. Mehr als zwei Drittel der innerhalb der Europäischen Union erzielten Umsätze entfielen dabei auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

2) Zusammenschlussvorhaben

Es ist vorgesehen, dass die RSW von der VE-Saarlouis einen Geschäftsanteil in Höhe von 3.800 € und von der KVS AG einen Geschäftsanteil in Höhe von 3.700 € erwirbt. Damit ergibt sich bei der KVS GmbH nach dem Zusammenschluss folgende Gesellschafterstruktur:

| Gesellschafter | Geschäftsanteil in Euro | Geschäftsanteil in Prozent |
|-----------------------|--------------------------------|-----------------------------------|
| VE-Saarlouis | 11.200 € | 44,8% |
| RSW | 7.500 € | 30,0% |
| KVS AG | 6.300 € | 25,2% |
| Summe | 25.000 € | 100,0% |

Insgesamt erwirbt die RSW somit 30% der Geschäftsanteile an der KVS GmbH.

Die VE-Saarlouis, die KVS AG und die RSW schließen einen Konsortialvertrag („KV“), in dem die Ziele der Zusammenarbeit sowie die Rechte und Pflichten der Gesellschafter näher beschrieben werden. Dieser ergänzt die Regelungen in dem Gesellschaftsvertrag der KVS GmbH („GesV“).

[...]

Der Entscheidung, die RSW als Mitgesellschafter an der KVS GmbH zu beteiligen, war eine Ausschreibung der Beteiligung an der KVS GmbH („KVS-Beteiligung“) vorausgegangen, an der sich mehrere – unter anderem auch größere private, noch nicht im Saarland tätige – Nahverkehrsunternehmen beteiligt hatten.

3) Gang des Verfahrens

Das Zusammenschlussvorhaben ist mit Schreiben vom 13. Februar 2004, eingegangen beim Bundeskartellamt per Telefax am 13. Februar 2004, gemäß § 39 GWB angemeldet worden. Mit Schreiben vom 5. März 2004, eingegangen bei der DB-AG am 6. März 2004, wurde den anmeldenden Unternehmen fristgerecht mitgeteilt, dass die Beschlussabteilung das Hauptprüfverfahren eingeleitet hat (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Frist für die Untersagung des Vorhabens endet am 14. Juni 2004 (§ 40 Abs. 2 Satz 2 GWB).

Mit Schreiben vom 27. Februar 2004 hat die Rhenus Keolis GmbH & Co. KG gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB die Beiladung zu dem Verfahren beantragt. Den anmeldenden Unternehmen ist daraufhin mit Schreiben vom 8. März 2004 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Mit Schreiben vom 19. März 2004 hat die DB-AG der Beiladung widersprochen. Die Rhenus Keolis GmbH & Co. KG ist mit Beschluß vom 26. März 2004 zu dem Verfahren gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB beigeladen worden.

Die KVS GmbH, die KVS AG, die VE-Saarlouis, die Wirtschaftsbetriebe Saarlouis GmbH, der Landkreis Saarlouis sowie die Kreisstadt Saarlouis haben die [...] durch Vorlage schriftlicher Vollmachten zur Verfahrensbevollmächtigten bestellt und sie ermächtigt, Zustellungen entgegenzunehmen. Die RSW hat die [...] durch Vorlage schriftlicher Vollmacht ermächtigt, Zustellungen entgegenzunehmen.

Die Beschlussabteilung hat den Zusammenschlussbeteiligten mit Schreiben vom 12. Mai 2004 mitgeteilt, dass sie beabsichtigt, das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen, und ihnen gemäß § 56 Abs. 1 GWB Gelegenheit gegeben, zu dem Sachverhalt und den rechtlichen Wertungen Stellung zu nehmen. Die DB-AG hat hiervon namens der Zusammenschlussbeteiligten mit Schreiben vom 2. Juni 2004 Gebrauch gemacht. Der Beigeladenen sowie den Landeskartellbehörden der Bundesländer Saarland, Hessen und Berlin wurde ebenfalls mit Schreiben vom 12. Mai 2004 gemäß § 56 Abs. 1 GWB bzw. § 40 Abs. 4 GWB Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Beigeladene hat hiervon mit Schreiben vom 24. Mai 2004 Gebrauch gemacht. Die LKB Hessen hat mit Schreiben vom 28. Mai 2004 mitgeteilt, dass sie die wettbewerbliche Einschätzung der Beschlussabteilung teilt.

Die Beschlussabteilung hat die Ausführungen der Zusammenschlussbeteiligten sowie der Beigeladenen zur Kenntnis genommen und bei der endgültigen Beurteilung des Zusammenschlusses in vollem Umfang berücksichtigt. Zu den dabei vorgebrachten Tatsachen und Argumenten wird im Rahmen der jeweiligen Prüfungspunkte Stellung genommen. Soweit die Ausführungen der Zusammenschlussbeteiligten und der Beigeladenen allgemeine Fragen betreffen, erfolgt eine Stellungnahme in einem jeweils eigenen Abschnitt. Viele der von der DB-AG mit Schreiben vom 2. Juni 2004 in diesem Verfahren gerügten Punkte waren auch schon Gegenstand in dem Verfahren „DB Regio u.a./üstra intalliance AG“ (B9-91/03) und sind dort ausführlich diskutiert worden. Insbesondere hat sich die Beschlussabteilung dort mit

vielen der hier wiederum vorgebrachten Argumenten bereits inhaltlich auseinandergesetzt und dazu detailliert Stellung genommen. Gegen die in dem Verfahren „DB Regio u.a./üstra intalliance AG“ (B9-91/03) am 2. Dezember 2003 von der Beschlussabteilung getroffenen Entscheidung ist von der DB-AG Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt worden (Aktenzeichen VI Kart 1/04 (V)). Die in diesem Zusammenhang eingereichte Beschwerdebeurteilung vom 18. Mai 2004 („üstra-Beschwerdebeurteilung“) hat die DB-AG mit Schreiben vom 2. Juni 2004 ausdrücklich zum Gegenstand dieses Verfahrens gemacht. Dies wäre eigentlich nicht erforderlich gewesen, da die DB-AG große Teile der üstra-Beschwerdebeurteilung wortgleich in das Schreiben vom 2. Juni 2004 übernommen hat. Die Beschlussabteilung hat die Ausführungen der Zusammenschlussbeteiligten in dem vorliegenden Verfahren sowie in der üstra-Beschwerdebeurteilung zum Anlass genommen, ihren Standpunkt hinsichtlich der gerügten Punkte noch einmal gründlich zu überdenken und einer vollumfänglichen kritischen Würdigung zu unterziehen. Soweit die Beschlussabteilung danach bei ihren Einschätzungen geblieben ist, werden die entsprechenden Ausführungen in dem Verfahren „DB Regio u.a./üstra intalliance AG“ (B9-91/03) ihrerseits ausdrücklich zum Gegenstand dieses Verfahrens gemacht.

B. Rechtliche Beurteilung

1) Anwendbarkeit der Vorschriften der Fusionskontrolle

Auf den angemeldeten Zusammenschluss finden die Vorschriften der §§ 35 ff. GWB uneingeschränkt Anwendung.

Die fusionskontrollrechtlichen Vorschriften sind auch im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs („ÖPNV“) bzw. des Öffentlichen Straßenpersonenverkehrs („ÖSPV“) uneingeschränkt anwendbar. Die Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten, die Erbringung von Leistungen im Bereich des ÖPNV stelle ein ausschließlich hoheitliches Verwaltungshandeln zum Zwecke der Daseinsvorsorge dar und sei als solches dem Anwendungsbereich der §§ 35 ff. GWB entzogen, ist unzutreffend. Dabei kann offenbleiben, inwieweit die hoheitliche bzw. öffentliche-rechtliche Prägung einer Leistungs- bzw. Wettbewerbsbeziehung die Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften im Einzelfall ausschließt. Die Erbringung von Leistungen im Bereich des ÖPNV stellt jedenfalls eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit dar, die

als solche dem Anwendungsbereich des GWB unterfällt. Die Verkehrsunternehmen schließen mit den Fahrgästen privatrechtliche Beförderungsverträge ab und erzielen über die eingenommenen Beförderungsentgelte einen wesentlichen Teil ihrer Umsätze. Dass sich diese erwerbswirtschaftliche Tätigkeit innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Regulierungsrahmens vollzieht, ist demgegenüber nachrangig und führt zu keiner anderen Bewertung. Jedes unternehmerische Handeln vollzieht sich in einem mehr oder weniger staatlich regulierten Rechtsrahmen. Die Anbieter von ÖPNV-Leistungen handeln als Unternehmer und nicht hoheitlich. Dem steht nicht entgegen, dass Gebietskörperschaften als Aufgabenträger die gesetzliche Pflicht zufällt, im Sinne der Daseinsvorsorge eine angemessene Nahverkehrsversorgung zu gewährleisten.

Die Zusammenschlussbeteiligten tragen ferner vor, dass insbesondere die Beförderungsentgelte gemäß § 39 Abs. 1 Personenbeförderungsgesetz („PBefG“) der Zustimmung der Genehmigungsbehörde bedürfen und deshalb als „Aktionsparameter des Marktes von den Verkehrsunternehmen gegenüber dem Fahrgast nicht frei bestimmt werden (d.h. nach Markt- und Wettbewerbsgesichtspunkten oder vorrangig wirtschaftlichen Gesichtspunkten)“ können. Diese Argumentation greift zu kurz und lässt die tatsächlichen Verhältnisse im ÖPNV unberücksichtigt. Denn der beantragte Preis, den die Genehmigungsbehörde prüft, wird von den Verkehrsunternehmen in eigener unternehmerischer Verantwortung kalkuliert. Das Erfordernis der staatlichen Preisgenehmigung bewirkt – dies zeigt bereits der Vergleich mit den Regulierungsbedingungen im Bereich der Energiewirtschaft oder Postdienstleistungen – keineswegs, dass das Verhalten der betroffenen Unternehmen als hoheitliches Handeln zu qualifizieren ist und Zusammenschlüsse zwischen diesen Unternehmen dem Anwendungsbereich der §§ 35 ff. GWB entzogen sind. Der wirtschaftliche Erfolg eines unternehmerischen Handels wird darüber hinaus nicht nur durch die Aktionsparameter beeinflusst, die dem Unternehmer auf der Erlösseite zur Verfügung stehen. Er hat vielmehr auch die Möglichkeit, durch entsprechende Maßnahmen auf der Kostenseite die eigene ertragswirtschaftliche Lage und damit mittelbar auch wettbewerbliche Position im Verhältnis zu den Konkurrenzunternehmen zu verbessern. Gerade die gegenwärtig im ÖPNV zu beobachtende Bestrebung vieler kommunaler Nahverkehrsunternehmen, über gesellschaftsrechtliche Verbindungen mit privaten Verkehrsunternehmen und die damit einhergehende Lösung aus dem öffentlichen Tarifrecht eine Verbesserung der eigenen Kostenstruktur zu erreichen, belegt, dass schon jetzt die zur Verfügung stehenden wettbewerblichen Aktionsparameter genutzt werden, um die eigene Stel-

lung im Markt zu stärken. Vor diesem Hintergrund vermögen die Argumente der Zusammenschlussbeteiligten nicht zu überzeugen.

Die Zusammenschlussbeteiligten vertreten unter Bezugnahme auf die üstra-Beschwerdebegründung die Ansicht, dass eine Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften auf Zusammenschlüsse im ÖPNV auch durch die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG bzw. durch die Entscheidung der Beschlussabteilung in dem Verfahren „Kreisverkehr Tuttlingen“ (vgl. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1997/98, BT-Drucksache 14/1139, S. 145) ausgeschlossen werde. Diese Auffassung verkennt den Regelungsgehalt des § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG und beruht auf einer fehlerhaften Interpretation der Entscheidung der Beschlussabteilung in dem Verfahren „Kreisverkehr Tuttlingen“.

Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten stellt § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG keine umfassende kartellrechtliche Bereichsausnahme dar. Die Freistellungsregelung des § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG sowie die entsprechende Bestimmung des § 12 Abs. 7 AEG begründen insbesondere keine sektorspezifische Ausnahme von den Bestimmungen der §§ 35 ff. GWB. § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG bezieht sich – wie schon § 99 Abs. 1 GWB alte Fassung – dem Gesetzeswortlaut nach ausdrücklich nur auf die §§ 1 und 22 Abs. 1 GWB. Weder aus den Gesetzesmaterialien noch aus dem Sinn und Zweck der Regelung lässt sich ableiten, dass damit auch Zusammenschlüsse i.S.d. §§ 35 ff. GWB von dem Anwendungsbereich der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften ausgenommen werden sollen. Die Beschlussabteilung hat zu dieser Frage gegenüber der DB-AG bereits in dem Verfahren B9-113/03 ausführlich Stellung genommen. Mit Schreiben vom 23. September 2003 hat sich die Beschlussabteilung dort ausführlich mit den von der DB-AG vorgetragenen Argumenten auseinandergesetzt und im Einzelnen dargelegt, aus welchen Gründen die Auffassung der DB-AG unzutreffend ist. An dieser Rechtsauffassung hat die Beschlussabteilung mit Schreiben vom 14. Oktober 2003 im Rahmen des Verfahrens „DB Regio u.a./üstra intalliance AG“ (B9-91/03) festgehalten. Auch nach nochmaliger kritischer Würdigung der Sach- und Rechtslage sieht die Beschlussabteilung hier keinen Anlass, von ihrer Auffassung abzuweichen. Ob die Voraussetzungen von § 8 Abs. 3 Satz 7 i.V.m. § 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG im vorliegenden Fall erfüllt sind, kann daher dahinstehen.

Die Entscheidung der Beschlussabteilung in dem Verfahren „Kreisverkehr Tuttlingen“ betraf einen konkreten Einzelfall und kann auf andere Fälle nicht ohne weiteres übertragen werden. Sie hat sich an der Auffassung orientiert, dass auf rein kooperative Gemeinschaftsunternehmen, die als Kartellorgan vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt sind, die Fusionskontrolle unter engen Voraussetzungen nicht angewandt werden kann (vgl. *Zimmer*, in: *Immennga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., 2001, § 1, Rn. 410 ff. m.w.N.). Das BKartA hat für den Bereich des ÖPNV daher auch in der von der DB-AG stets – unvollständig – zitierten Passage aus dem Tätigkeitsbericht 1997/98 darauf hingewiesen, dass dieses „Kartellprivileg“ lediglich für „rein kooperative Gemeinschaftsunternehmen“ gilt, die „alle formalen und materiellen Voraussetzungen für eine Freistellung“ erfüllen (vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1997/98, S. 145 linke Spalte). Die Nichtanwendung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften auf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt eine Ausnahme dar, die nur unter ganz engen Voraussetzungen in Betracht kommt. Die Zusammenarbeit der Mutterunternehmen darf insbesondere keinerlei konzentrierte Elemente aufweisen und nicht zu einer Vergemeinschaftung des wirtschaftlichen Risikos führen. Schon insoweit kommt eine Nichtanwendung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften in dem vorliegenden Fall nicht in Betracht. Ergänzend sei wiederum auf das Schreiben der Beschlussabteilung vom 23. September 2003 in dem Verfahren B9-113/03 verwiesen. Auch insoweit ergeben sich für die Beschlussabteilung nach nochmaliger kritischer Würdigung der Sach- und Rechtslage keine Gründe, von ihrer Auffassung abzuweichen.

Die Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften auf den vorliegenden Fall stellt auch keinen „unzulässigen Eingriff in die Ergebnisse eines Bieterwettbewerbs [...] zum Zwecke der kartellbehördlichen Zuweisung eines zur Privatisierung stehenden kommunalen Verkehrsbetriebs an auswärtige Interessenten“ dar, wie es die Zusammenschlussbeteiligten unterstellen. Für die fusionskontrollrechtliche Beurteilung eines Zusammenschlusses ist es vollkommen unerheblich, ob diesem eine wettbewerbliche Vergabe der betreffenden Unternehmensbeteiligungen vorausgegangen ist oder nicht. Die Anwendung der §§ 35 ff. GWB hat auch nicht die Aufgabe, die Ausgestaltung und Durchführung solcher Beteiligungsausschreibungen zu regeln bzw. zu überwachen. Zweck der Fusionskontrolle ist es vielmehr, die Entstehung bzw. Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen durch Zusammenschlüsse zu verhindern. Der angemeldete Zusammenschluss ist dementsprechend auch nur unter diesem Aspekt von der Beschlussabteilung geprüft und beurteilt worden. Andererseits erfolgt die

Ausschreibung von Unternehmensbeteiligungen nicht in einem kartellrechtsfreiem Raum. Die Übertragung von ausgeschriebenen Unternehmensbeteiligungen muss wie jeder andere Zusammenschluss in Übereinstimmung mit den §§ 35 ff. GWB erfolgen. Schließlich beschränkt sich die fusionskontrollrechtliche Prüfung der Beschlussabteilung – wie den Zusammenschlussbeteiligten eigentlich bekannt sein müsste – auf das konkret bei ihr angemeldete Zusammenschlussvorhaben. Der Vorwurf der Zusammenschlussbeteiligten, die Beschlussabteilung beabsichtige „nachträglich das Ergebnis der vom Landkreis Saarlouis durchgeführten Ausschreibung zum Erwerb von Anteilen an der KVS GmbH zu Gunsten auswärtiger Bieter, namentlich zu Gunsten französischer Verkehrskonzerne zu korrigieren“, liegt daher neben der Sache. Eine solche „Ergebniskorrektur“ ist schon auf Grund der Ausgestaltung des fusionskontrollrechtlichen Prüfungsverfahrens tatsächlich nicht möglich und wird auch von der Beschlussabteilung nicht beabsichtigt.

2) Formelle Untersagungsvoraussetzungen

Der Zusammenschluss erfüllt die formellen Untersagungsvoraussetzungen gemäß §§ 35 ff. GWB.

Der Zusammenschluss ist kontrollpflichtig gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB, da alleine der DB-Konzern die dort genannten Umsatzschwellen überschreitet. Die Voraussetzungen der § 35 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 GWB liegen nicht vor. Die Zusammenschlussbeteiligten vertreten zwar der Ansicht, dass der angemeldete Zusammenschluss die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB erfülle und somit nicht kontrollpflichtig sei. Diese Auffassung ist aber unzutreffend. Das ergibt sich schon daraus, dass die Zusammenschlussbeteiligten insoweit eine falsche Marktabgrenzung zugrunde legen und deshalb die betroffenen Leistungen i.S.v. § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB nicht richtig berechnen. Der „betroffene Markt“ i.S.v. § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist identisch mit dem relevanten Markt i.S.v. § 36 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 GWB (vgl. *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., 2001, § 35, Rn. 36). Relevanter Markt im vorliegenden Fall ist in räumlicher Hinsichtlich das Gebiet des Bundeslandes Saarland. Unabhängig davon, ob man in sachlicher Hinsicht von einem einheitlichen ÖPNV-Markt oder getrennten Märkten für den ÖSPV bzw. SPNV ausgeht, wurden auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt im letzten Jahr mehr als 15 Mio.€ umgesetzt, wie sich aus der „ÖPNV-Statistik“ der VGS Verkehrsverbund-

Gesellschaft Saar mbH (www.vgs-online.de) ergibt. Selbst wenn man die von den Zusammenschlussbeteiligten gewählte Marktabgrenzung hier zugrunde legen würde, wäre § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH v. 19.12.1995, WuW/E 3037 – „Raiffeisen“) im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Nach dieser Rechtsprechung ist ein Eingreifen der Bagatellmarktklausel ausgeschlossen, wenn ein Zusammenschlussvorhaben dadurch gesamtwirtschaftliche Bedeutung erlangt, dass es sich auf mehrere kleinere Märkte auswirkt. Das ist hier der Fall. Sowohl die RSW als auch die DB Regio bieten ÖPNV-Leistungen in allen saarländischen Landkreisen sowie in dem benachbarten Bundesland Rheinland-Pfalz an. Auch bei Zugrundelegung der von den Zusammenschlussbeteiligten gewählten Marktabgrenzung hätte das Zusammenschlussvorhaben unmittelbar wettbewerbliche Auswirkungen in den anderen saarländischen Landkreisen und beträfe damit nicht mehr nur einen „gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt“ i.S.d. zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Keiner weitergehenden Erörterung bedarf daher der Umstand, dass die Zusammenschlussbeteiligten bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes i.S.v. § 36 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 GWB die Anruf-Sammeltaxen-Verkehre („AST“) sowie die – wie auch immer zu quantifizierenden – „Leistungen“ des „motorisierten Individualverkehrs“ („MIV“) und „unmotorisierten Individualverkehrs“ („UMIV“) in den Markt einbeziehen wollen, diese aber bei der Berechnung der „betroffenen Leistungen“ i.S.v. § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB nicht berücksichtigen.

Eine Zuständigkeit der Europäischen Kommission gemäß § 35 Abs. 3 GWB in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 bzw. Abs. 3 FKVO ist nicht gegeben, da die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihrer gemeinschaftsweiten Gesamtumsätze in der Bundesrepublik Deutschland erzielen.

Der Zusammenschluss erfüllt die Zusammenschlusstatbestände der § 37 Abs. 1 Nr. 2 (gemeinsame Kontrolle), § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 lit b) und § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB.

Ein Kontrollerwerb i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB liegt hier vor, weil die KVS GmbH nach dem Zusammenschluss von der VE-Saarlouis, der RSW und der KVS AG gemeinsam kontrolliert wird. Eine gemeinsame Kontrolle i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB besteht dann, wenn die Mutterunternehmen bei Entscheidungen über die wesentlichen unternehmerischen Angelegenheiten des Tochterunternehmens aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen einem

rechtlichen oder faktischen Einigungszwang unterliegen. Dies ist im Hinblick auf die KVS GmbH nach dem Zusammenschluss der Fall. [...]

3) Materielle Untersagungsvoraussetzungen

Der Zusammenschluss erfüllt die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB. Es ist zu erwarten, dass der Zusammenschluss zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der DB Regio im Öffentlichen Personennahverkehr im Marktraum Saarland führen wird. Durch den Zusammenschluss treten auch keine Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen ein, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.

a) Sachlich relevanter Markt

Der von dem Zusammenschluss betroffene sachlich relevante Markt 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 Schienenpersonennahverkehr („SPNV“) im Geltungsbereich des Allgemeinen Eisenbahngesetzes („AEG“) von getrennten sachlich relevanten Märkten auszugehen oder ob ein einheitlicher ÖPNV-Markt zugrunde zu legen ist. Ferner kann offen bleiben, ob für die Frage der sachlichen 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 Markt tätig werden. Ihm kommt daher die Stellung eines Verbrauchsdiskonten zu (BGH v. 3.7.1976, WuW/E 1440 – „Vitamin B12“). Ob jedoch auf den Fahrgast oder den Aufgabenträger abgestellt wird, ändert grundsätzlich nichts an dem Ergebnis der Marktabgrenzung.

Unzutreffend ist der Vorwurf der Zusammenschlussbeteiligten, die Beschlussabteilung würde im Rahmen der Marktabgrenzung nicht hinreichend zwischen den „unterschiedlichen Ebenen

des ÖPNV“ differenzieren. Die Zusammenschlussbeteiligten übersehen bei ihrer Argumentation, dass trotz dieser „unterschiedlichen Ebenen“ von einer einheitlichen Nachfrage nach ÖPNV-Leistungen auszugehen ist. Zwar ist es richtig, dass insoweit auf der Nachfragerseite verschiedene Akteure stehen, die in ihrer Gesamtheit und in ihrem Zusammenwirken die tatsächliche Nachfrage nach ÖPNV-Leistungen bestimmen. Gleichwohl handelt es dabei nicht um „verschiedene“ Nachfrager, die auf „unterschiedlichen“ Märkten tätig wären. Entsprechende Strukturen, bei denen mehrere Akteure in ihrem Zusammenwirken das Angebots- bzw. Nachfrageverhalten auf einem Markt bestimmen, sind nicht ungewöhnlich und schon mehrfach Gegenstand kartellrechtlicher Prüfungen gewesen. Gerade die von der Rechtsprechung entwickelte Figur des „Verbrauchsdisponenten“ dient dazu, solche Konstellationen einer sachgerechten wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zuzuführen. Die Zusammenschlussbeteiligten berücksichtigen diese tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhänge bei ihrer Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nicht. Es gelingt ihnen daher auch nicht, das tatsächliche Nachfrageverhalten adäquat zu erfassen und die aus fusionskontrollrechtlicher Sicht relevanten Marktstrukturen zutreffend abzubilden. Vielmehr führt der Versuch, einen einheitlichen Lebenssachverhalt künstlich aufzuspalten, zu unklaren und in sich widersprüchlichen Ergebnissen. So sprechen die Zusammenschlussbeteiligten beispielsweise von einem „ÖSPV-Markt nach dem PBefG“ und betrachten dabei zum einen die „Fahrgast-Ebene“ und zum anderen die „Aufgabenträger-Ebene“. Während der ÖPNV und der Individualverkehr auf der „Fahrgast-Ebene“ einen „einheitlichen Markt“ bilden sollen, sei der Individualverkehr auf der „Aufgabenträger-Ebene“ hingegen nicht „in den sachlich relevanten Markt“ einzubeziehen. Insofern unterscheidet sich die sachliche Marktabgrenzung auf der „Aufgabenträger-Ebene“ von der „Fahrgast-Ebene“. Bei dieser Ausführung bleibt unklar, ob die Zusammenschlussbeteiligten im Hinblick auf den Fahrgast bzw. den Aufgabenträger nun von einem einheitlichen oder zwei getrennten Märkten i.S.v. § 36 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 GWB ausgehen. Darüber hinaus vernachlässigen die Zusammenschlussbeteiligten mit ihrer isolierten Betrachtung der „Fahrgast- bzw. Aufgabenträger-Ebene“ die vielfältigen Wechselwirkungen, die zwischen den Nachfrageentscheidungen dieser beiden Akteure bestehen. Wie die Beschlussabteilung schon in dem Verfahren „DB Regio u.a./üstra intalliance AG“ (B9-91/03) ausführlich dargelegt hat, orientiert sich der Aufgabenträger bei der Planung und Ausgestaltung des ÖPNV an den Bedürfnissen der Fahrgäste. Umgekehrt konkretisieren die Fahrgäste die sich in der Bereitstellung eines bestimmten Nahverkehrsangebots manifestierende Nachfrageentscheidung des Aufgabenträgers durch ihr tatsächliches Nutzungsverhalten.

Nicht in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen sind der Motorisierte Individualverkehr („MIV“), der Unmotorisierte Individualverkehr („UMIV“), der Taxiverkehr, der Gelegenheitsverkehr mit Kraftfahrzeugen, der sogenannte Freistellungsverkehr und das Angebot von Beförderungsleistungen durch sogenannte Anruf-Sammel-Taxis („AST“). Sämtliche Verkehrsmittel des genehmigungsbedürftigen Linienverkehrs gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 PBefG (Straßen- und U-Bahnen, ÖBus, Kraftfahrzeuge) sind einem einheitlichen sachlich relevanten Markt zuzuordnen. Der innerstädtische Linienverkehr („Stadtverkehr“) und der Linienverkehr in der Fläche („Regionalverkehr“) im Geltungsbereich des PBefG bilden ebenfalls keine getrennten sachlich relevanten Märkte. Im Einzelnen wird insoweit auf die entsprechenden Ausführungen in dem Verfahren „DB Regio u.a./üstria intalliance AG“ (B9-91/03) verwiesen. Die Beschlussabteilung hat sich dort ausführlich und detailliert mit den von den Zusammenschlussbeteiligten vorgebrachten Argumenten auseinandergesetzt. Insbesondere ist dabei auch im Einzelnen dargelegt und begründet worden, warum der MIV nicht mit in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen ist. Auch wenn die Zusammenschlussbeteiligten nun wiederum für die Einbeziehung des MIV in den sachlich relevanten Markt plädieren und insoweit auch noch den UMIV mit einbeziehen wollen, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Zwar ist es rein faktisch möglich, für die Erfüllung bestimmter Beförderungsbedürfnisse anstelle des bestehenden ÖPNV-Angebots das eigene Kraftfahrzeug oder Fahrrad zu nutzen. Insoweit mag eine „physische Substituierbarkeit“ zwischen dem ÖPNV und dem MIV bzw. UMIV im Einzelfall gegeben sein. Eine funktionale Austauschbarkeit i.S.d. Bedarfsmarktkonzepts – und damit eine Einbeziehung in denselben sachlich relevanten Markt – wird damit aber noch nicht begründet. Diese setzt vielmehr voraus, dass sich die entsprechenden Leistungen „[...] nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahestehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht [...]“ (vgl. KG v. 18.2.1969 WuW/E 995 – „Handpreisauszeichner“). Hieran fehlt es im Verhältnis zwischen den Leistungen des ÖPNV und dem MIV bzw. UMIV. Die Inanspruchnahme einer fremden Beförderungsleistung ist sowohl im Hinblick auf die tatsächliche Durchführung der Beförderung als auch hinsichtlich der bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen etwas grundlegend anderes als die „Eigenbeförderung“ mittels Fahrrad oder Pkw. Die im Einzelfall gegebene, rein tatsächliche Austauschbarkeit zwischen Leistungen des ÖPNV und dem MIV bzw. UMIV mag zwar im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung des Zusam-

menschlusses Berücksichtigung finden. Auch diese faktische Substitutionsmöglichkeit ist aber auf Grund der genannten Erwägungen im Verhältnis zu den anderen Beurteilungsfaktoren als gering einzustufen. Sie vermag jedenfalls nicht die wettbewerblichen Verhaltensspielräume eines marktbeherrschenden Unternehmens wirksam zu begrenzen.

b) Räumlich relevanter Markt

In ihrer bisherigen Praxis geht die Beschlussabteilung im Bereich des ÖPNV von regionalen räumlich relevanten Märkten aus (vgl. BKartA, WuW/E DE-V 603, 614 „ÖPNV Göttingen“; BKartA, B9-91/03 „DB Regio u.a./üstra intalliance AG“). 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 aus Sicht des Aufgabenträgers nicht allein auf sein Zuständigkeitsgebiet beschränkt. Ausschlaggebend hierfür ist, dass der Aufgabenträger im Interesse der betroffenen Bevölkerung verpflichtet ist, die Belange benachbarter Städte und Landkreise in seinen verkehrspolitischen Planungsentscheidungen zu berücksichtigen. Auch der Fahrgast orientiert sich hinsichtlich seiner Nachfrage nach ÖPNV-Dienstleistungen nicht an Verwaltungsgrenzen.

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.

Die diesbezüglichen Einwände der Zusammenschlussbeteiligten überzeugen demgegenüber nicht. Wenn die Zusammenschlussbeteiligten „für die Fahrgast-Ebene“ von einer streckenbezogenen Marktabgrenzung ausgehen, vernachlässigen sie zum einen das tatsächliche Nachfrageverhalten und verfehlen zum anderen den mit der Marktabgrenzung verfolgten Zweck.

Ein wesentliches Merkmal des ÖPNV sind die Bündelung und Integration verschiedener „Linienangebote“ zu einem Verkehrsnetz sowie die daraus resultierenden netzbedingten Verbundvorteile für den Fahrgast. Diese netzbedingten Verbundvorteile spiegeln sich unmittelbar in dem Nachfrageverhalten der Kunden wieder. Dass der einzelne Fahrgast dabei in einem bestimmten Zeitpunkt immer nur eine konkrete Streckenverbindung nutzt bzw. nutzen kann, versteht sich von selbst. Daraus lässt sich aber gerade nicht ableiten, dass auch der für die fusionskontrollrechtliche Beurteilung relevante Markt streckenbezogen abzugrenzen wäre. Die Zusammenschlussbeteiligten übersehen außerdem, dass die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes nicht Selbstzweck ist, sondern vielmehr dazu dient, die im konkreten Fall herrschenden „[...] Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben [...]“ zutreffend abzubilden (vgl. BGH v. 4.11.2003 WuW/E 1206 – „Strom- und Telefon I“). Insofern geht auch der Hinweis auf die „Schülertransporte-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs (BGH v. 24.6.2003 – „Schülertransporte“) hier fehl. Während es dort um ein Missbrauchsverfahren nach § 20 Abs. 1 GWB und die Frage ging, wann Unternehmen als gleichartig i.S.d. Vorschrift anzusehen sind, ist im vorliegenden Fall festzustellen, ob durch den angemeldeten Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB entsteht oder verstärkt wird.

Unmittelbar betroffen von dem Zusammenschluss ist zunächst der saarländische Landkreis Saarlouis, da sowohl die KVS GmbH als auch die RSW hier Nahverkehrsleistungen im Bereich des ÖSPV erbringen. Daneben ergeben sich durch den Zusammenschluss aber auch wettbewerbliche Auswirkungen auf die umliegenden Regionen. Das Saarland besteht aus den Landkreisen Saarlouis, Merzig-Wadern, St. Wendel, Neunkirchen, Saarpfalz-Kreis und dem Stadtverband Saarbrücken („saarländische Landkreise“). Nach den Kriterien, die die Beschlussabteilung bei der Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte im Bereich des ÖPNV zugrunde legt, erscheint es nicht sachgerecht, hier nur auf das Gebiet des Landkreises Saarlouis abzustellen. Als von dem Zusammenschluss betroffener räumlich relevanter Markt

ist vielmehr das Gebiet des gesamten Bundeslandes Saarland („Marktraum Saarland“) zugrunde zu legen. Dies ergibt sich im Einzelnen aus den folgenden Erwägungen:

Ausgangspunkt für die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes im Bereich des ÖPNV sind die verkehrswirtschaftlichen Verflechtungen in den betroffenen Regionen. Eine wesentliche Bedeutung kommt dabei den relevanten Pendlerbewegungen zu. Die Berufs- und Ausbildungspendler stellen einen Großteil der tatsächlichen Nutzer von Beförderungsleistungen im Nahverkehr dar und sind deshalb besonders gut geeignet, die vorhandene Nachfrage nach ÖPNV-Leistungen – unabhängig davon, ob der Fahrgast oder der Aufgabenträger als relevanter Nachfrager im wettbewerbsrechtlichen Sinn angesehen wird – adäquat abzubilden. Die Beschlussabteilung hat im Rahmen ihrer Ermittlungen die Zahlen für die Bewegungen der Arbeits- und Ausbildungspendler zwischen den einzelnen saarländischen Landkreisen sowie die Pendlerbewegungen zwischen den saarländischen Landkreisen und den angrenzenden Regionen (Rheinland-Pfalz, Frankreich, Luxemburg) von der Bundesagentur für Arbeit abgefragt. Daraus ergibt sich, dass der Stadtverband Saarbrücken als regionales Oberzentrum im Saarland eine große Einzugswirkung auf die anderen Landkreise ausübt. Darüber hinaus finden auch erhebliche Pendlerbewegungen zwischen den übrigen Landkreisen statt. Zudem sind, wie weiter unten noch genauer gezeigt wird, die Pendlerbeziehungen nach Rheinland-Pfalz sowie in das angrenzende Ausland signifikant schwächer ausgeprägt als die Pendlerbewegungen innerhalb des Saarlandes. Dies spricht dafür, das gesamte Saarland als einheitlichen Nahverkehrsraum anzusehen.

Auch das bestehende Nahverkehrsangebot begründet hier die Annahme eines einheitlichen saarländischen ÖPNV- bzw. ÖSPV-/SPNV-Marktes. Im Bereich des SPNV gibt es mehrere Regionalbahnverbindungen, die die einzelnen Landkreise untereinander verknüpfen und dadurch eine hohe Mobilität innerhalb des Saarlandes ermöglichen. Dabei sind insbesondere die Verbindungen der DB-Regio mit den Kursbuchnummern 685 (Merzig-Saarbrücken), 670 (Saarbrücken-Homburg) und 680 (Saarbrücken-St. Wendel) zu berücksichtigen. Im Bereich des ÖSPV bewirken vor allem die zehn Regionalbuslinien R1-R10 eine verkehrswirtschaftliche Integration der einzelnen Landkreise zu einem einheitlichen Nahverkehrsraum.

Unerheblich ist hier, dass der so abgegrenzte räumlich relevante Markt das Gebiet eines gesamten Bundeslandes umfasst. Die Fläche des Saarlandes beträgt nach Angaben des Sta-

tistischen Landesamtes Saarland rund 2.500 km². Unter Berücksichtigung der Form des Saarlandes ergibt sich damit für eine direkte Verkehrsverbindung zwischen zwei innerhalb des Saarlandes gelegenen Orten eine maximale Entfernung von rund 50-60 km. Die große Mehrzahl der in Anspruch genommenen Beförderungsleistungen liegt unterhalb dieser Entfernung. Gemäß der Legaldefinition in § 8 Abs. 1 Satz 2 PBefG liegt eine Nahverkehrsverbindung im Zweifel dann vor, wenn „in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 km [...] nicht übersteigt“. Gegen die hier zugrunde gelegte räumliche Marktabgrenzung spricht auch nicht, dass im Saarland bislang noch kein Verkehrsverbund existiert. Zwar hat die Beschlussabteilung in ihrer bisherigen Praxis das Bestehen eines Verkehrsverbundes als ein Kriterium für die Annahme eines einheitlichen Nahverkehrsraumes berücksichtigt. Die durch einen Verkehrsverbund bewirkte Vereinheitlichung der Beförderungsbedingungen stellt jedoch keine notwendige Voraussetzung dar, um eine bestimmte Region als räumlich relevanten ÖPNV- bzw. ÖSPV-/ÖSPV-Marktes abgrenzen zu können. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass gegenwärtig an der Errichtung eines einheitlichen Verkehrsverbundes für das gesamte Saarland gearbeitet wird. In Zukunft ist daher mit einer noch stärkeren verkehrswirtschaftlichen Integration der einzelnen saarländischen Landkreise zu rechnen.

In den betroffenen räumlich relevanten Markt sind weder Regionen aus Rheinland-Pfalz noch aus Frankreich oder Luxemburg einzubeziehen.

Gegen eine Einbeziehung von Regionen aus Rheinland-Pfalz in den relevanten Markt sprechen zum einen die Pendlerdaten, die die Beschlussabteilung von der Bundesagentur für Arbeit abgefragt hat. Betrachtet man die Außenpendler der einzelnen saarländischen Landkreise, d.h. die Pendler, deren Ausgangsort innerhalb und deren Zielort außerhalb des betreffenden Landkreises liegt, so zeigt sich, dass der Großteil dieser Pendler in einen bzw. mehrere andere saarländische Landkreise pendelt und nur ein relativ geringer Teil Zielorte in Rheinland-Pfalz ansteuert. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die saarländischen Landkreise als zuständige Aufgabenträger des ÖSPV (mit Ausnahme des Stadtverbandes Saarbrücken, für den der Zweckverband Öffentlicher Personennahverkehr im Stadtverband Saarbrücken vertreten ist) gemeinsam mit dem Bundesland Saarland als zuständigem Aufgabenträger des SPNV in dem Zweckverband Personenverkehr Saarland („ZPS“) zusammenarbeiten. Die Aufgaben des ZPS bestehen gemäß § 2 Abs. 1 der Verbandssatzung in der „Förde-

rung und Koordinierung des öffentlichen Personennahverkehrs im Saarland“. Auch wenn man die Ebene der Aufgabenträger betrachtet, besteht somit kein Anlass, bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes über das Gebiet des Saarlandes hinauszugehen.

Eine Einbeziehung französischer oder luxemburgischer Regionen in den hier betroffenen räumlich relevanten Markt scheidet schon deshalb aus, weil der räumlich relevante Markt im Sinne der Zusammenschlusskontrolle nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes allenfalls so groß sein kann wie das Bundesgebiet (BGH v. 24.10.1995, WuW/E 3026, 3029 – „Backofenmarkt“). Zwar sind wettbewerbliche Impulse, die aus dem Ausland auf den inländischen Markt einwirken, auch nach dieser Rechtsprechung bei der Prüfung eines Zusammenschlusses angemessen zu berücksichtigen. Diese Berücksichtigung erfolgt allerdings erst im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung des Zusammenschlusses und noch nicht auf der Stufe der Marktabgrenzung.

Abgesehen von diesen rechtlichen Erwägungen sprechen auch die tatsächlich bestehenden verkehrswirtschaftlichen Verflechtungen gegen die Einbeziehung französischer und luxemburgischer Regionen in den räumlich relevanten Markt. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung pendelt der weit überwiegende Teil der saarländischen Arbeits- und Ausbildungs-pendler innerhalb des Saarlandes. Die grenzüberschreitenden Pendlerbewegungen erreichen dabei nicht ein Ausmaß, das die Einbeziehung französischer oder luxemburgischer Regionen in den räumlich relevanten Markt rechtfertigen würde. Auch das diesbezügliche Vorbringen der Zusammenschlussbeteiligten führt zu keiner anderen Beurteilung. Die Zusammenschlussbeteiligten tragen vor, dass täglich „rund 3.900 Personen aus Frankreich zu ihren Betriebsstätten im Kreis Saarlouis“ pendeln, und verweisen dabei auf die Studie „Eine Wirtschaftsregion im Aufwind“ des Wirtschaftsförderungsverband Saarlouis. Dabei lassen sie unberücksichtigt, dass absolute Pendlerangaben nur eine sehr bedingte Aussagekraft haben und zumeist erst im Zusammenhang mit der Gesamtzahl der Pendlerbewegungen sinnvoll interpretiert werden können. Aus derselben Studie geht hervor, dass von den im dem Landkreis Saarlouis Beschäftigten 65% aus dem Kreisgebiet, 26% aus dem übrigen Saarland und lediglich 6% aus dem Ausland kommen. Diese relativen Pendlerangaben sprechen vielmehr dafür, den räumlich relevanten Markt auf das Gebiet des Saarlandes zu beschränken. Auch das bestehende Nahverkehrsangebot stützt diese Einschätzung. Zwar gibt es mit den internationalen Buslinien MS 1 (Saarbrücken-St. Avold), MS 2 (Saarlouis-St. Avold) und Saar-

Lux-Bus (Saarlouis-Luxemburg Stadt) grenzüberschreitende Nahverkehrsverbindungen zwischen dem Saarland und Frankreich bzw. Luxemburg. Diese bleiben jedoch in ihrer verkehrswirtschaftlichen Bedeutung hinter dem bestehenden Nahverkehrsangebot innerhalb des Saarlandes zurück. Schließlich ist auch hier zu berücksichtigen, dass die saarländischen Aufgabenträger die Planung und Ausgestaltung des ÖPNV in ihren Zuständigkeitsbereichen durch die Zusammenarbeit im ZPS koordinieren, was ebenfalls gegen die Einbeziehung französischer und luxemburgischer Regionen in den räumlich relevanten Markt spricht.

c) Beurteilung der Zusammenschlusswirkungen

Der Zusammenschluss lässt die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der DB Regio auf dem Markt für liniengebundene Personennahverkehrsleistungen im Marktraum Saarland erwarten. Dies gilt sowohl bei der Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes als auch bei der Annahme getrennter sachlich relevanter Märkte für den ÖSPV und den SPNV. Jedenfalls führt der Zusammenschluss zu der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung der DB Regio auf dem Markt für liniengebundene Personennahverkehrsleistungen im Marktraum Saarland.

(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 auf Grund des geltenden Regulierungsrahmens während der Laufzeit der Konzessionen und Verkehrsverträge faktisch 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. Entsprechend hoch sind zwar die Marktzutrittsschranken im ÖPNV (ÖSPV und SPNV). Allerdings zwingt der Wettbe-

werb um – alte bzw. neue - Linienverkehrsgenehmigungen zu wettbewerblichen Verhalten, da die „beanstandungsfreie Bedienung einer Linie“ auch nach Ansicht der Beteiligten bei der (Wieder-) Erteilung der Genehmigungen Berücksichtigung findet.

Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung in anderen Fusionskontrollverfahren (vgl. WuW/E DE-V 603, 611 „ÖPNV Göttingen“) ist die Wettbewerbsintensität im ÖSPV derzeit gering. 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 faktisch zumeist auf die vorgelagerte Stufe der Verhandlungen mit dem Aufgabenträger über einen in aller Regel notwendigen finanziellen Zuschuss.

Ein mit dem Instrument der Fusionskontrolle zu schützendes Wettbewerbsverhältnis besteht aber unabhängig davon bereits im Hinblick auf den – aktuellen oder potentiellen – Wettbewerb um die Linienverkehrsgenehmigungen. Für die Annahme eines solchen Wettbewerbsverhältnisses ist entgegen der Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten nicht erforderlich, dass die Genehmigungsbehörde oder der Aufgabenträger zuvor „eine Antragstellung initiieren und dafür einen geeigneten Verkehrsunternehmer im Wege eines Bieterwettbewerbs suchen“. Die Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten läuft im Ergebnis darauf hinaus, ein mit dem Instrument der Fusionskontrolle zu schützendes Wettbewerbsverhältnis nur noch in den Fällen anzunehmen, in denen zuvor ein formalisiertes Bieterverfahren stattgefunden hat. Eine solche Auslegung der §§ 35 ff. GWB verkennt jedoch den Schutzzweck der Fusionskontrolle und geht an der ökonomischen Realität vorbei. Eine Vielzahl von Produkten und Dienstleistungen wird täglich von der Marktgegenseite nachgefragt, ohne dass zuvor der Anbieter „im Wege eines Bieterwettbewerbs“ ermittelt worden wäre. Gleichwohl käme niemand auf den Gedanken, hier die Anwendbarkeit der §§ 35 ff. GWB ernsthaft zu bestreiten.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Genehmigungserteilung im ÖPNV auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften erfolgt. Die Zusammenschlussbeteiligten unterscheiden insoweit nicht hinreichend zwischen der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des bestehenden Regulierungsrahmens und dem erwerbswirtschaftlichen Charakter des ÖPNV bzw. ÖSPV. Das – aktuelle bzw. potentielle – Wettbewerbsverhältnis, das zwischen

den im liniengebundenen ÖPNV bzw. ÖSPV tätigen Anbietern besteht, drückt sich in dem Bestreben aus, über eine effiziente Preis- bzw. Kostenpolitik und einen entsprechenden Qualitäts- und Konditionenwettbewerb eine möglichst gewinnoptimale Ausweitung des eigenen Marktanteils, d.h. hier des eigenen Liniennetzes, zu erreichen. Insofern besteht kein wesentlicher Unterschied zu dem Wettbewerb zwischen Unternehmen in anderen Branchen. Die Genehmigungspflicht gemäß § 2 Abs. 1 PBefG sowie die Regelung des §13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG verlagern dieses Wettbewerbsverhältnis bei formaler Betrachtung lediglich auf die vorgelagerte Stufe der - öffentlich-rechtlich ausgestalteten – Genehmigungserteilung, nehmen ihm aber nicht den erwerbswirtschaftlichen Charakter. Aus diesem Grund sind auch die fusionskontrollrechtlichen Vorschriften der §§ 35 ff. GWB hier uneingeschränkt anwendbar.

Zuständige Genehmigungsbehörde i.S.v. § 11 Abs. 1 PBefG ist im Saarland das saarländische Ministerium für Wirtschaft. Nach Auskunft des saarländischen Ministeriums für Wirtschaft hat es bislang nur einen einzigen Fall konkurrierender Genehmigungsanträge im Saarland gegeben. Insgesamt sind gegenwärtig 208 Genehmigungen für Linienverkehre gemäß § 42 PBefG und 31 Genehmigungen für Linienverkehre gemäß § 43 PBefG erteilt. Sämtliche Genehmigungen wurden nach dem in § 13 PBefG geregelten Verfahren für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG erteilt. Genehmigungen für gemeinwirtschaftliche Verkehre gemäß § 13a PBefG sind bislang nicht erteilt worden. Die Laufzeit der bestehenden Konzessionen endet zwischen 2005 und 2015.

Zuständige Aufgabenträger i.S.v. § 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG für den Bereich des ÖSPV sind im Saarland gemäß §5 Abs. 2 des Gesetzes über den Öffentlichen Personennahverkehr im Saarland („ÖPNVG-Saarland“) die Landkreise bzw. der Stadtverband Saarbrücken. Die Aufgabenträger können die Aufgabenträgerschaft gemäß § 5 Abs. 2 Satz 3 ÖPNVG-Saarland auf Dritte mit deren Zustimmung übertragen. Dies ist im Hinblick auf die zehn Regionalbuslinien R1-R10 erfolgt. Für diese Regionalbuslinien nimmt die VGS Verkehrsverbund-Gesellschaft Saar mbH („VGS“) – ihrerseits dabei als Managementgesellschaft für den ZPS handelnd – die Funktionen des Aufgabenträgers wahr. Zuständiger Aufgabenträger für den Bereich des SPNV ist gemäß § 5 Abs. 1 ÖPNVG-Saarland das Bundesland Saarland, das die Wahrnehmung der damit in Zusammenhang stehenden Aufgaben gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 ÖPNVG-Saarland ebenfalls auf die VGS übertragen hat.

Bei der Frage der Bezuschussung der ÖSPV-Verkehre durch die Aufgabenträger ist zu differenzieren: Für die Regionalbuslinien R1-R10 sowie die ÖSPV-Verkehre in drei saarländischen Landkreisen werden nach Angabe der befragten Aufgabenträger Betriebskostenzuschüsse auf der Grundlage entsprechender Verkehrsverträge gezahlt. In zwei saarländischen Landkreisen werden im ÖSPV lediglich die gesetzlich geregelten Ausgleichszahlung geleistet. Ein darüber hinausgehender Defizitausgleich findet nicht statt. In einem saarländischen Landkreis beschränkt sich die Bezuschussung des ÖSPV auf die Gemeindelinien, während die Kreislinien ohne Betriebskostenzuschüsse gefahren werden.

Wettbewerbliche Vergaben von Verkehrsleistungen in Form öffentlicher Ausschreibungen im Bereich des ÖSPV hat es bislang im Saarland noch nicht gegeben. Nach Auskunft der befragten Aufgabenträger bestehen gegenwärtig auch keine konkreten Pläne, solche Ausschreibungen in Zukunft durchzuführen. Lediglich zwei der befragten Aufgabenträger gaben an, die Möglichkeit von Ausschreibungen bei der zukünftigen Neuvergabe von Verkehrsleistungen grundsätzlich in Betracht zu ziehen.

Auch im Bereich des SPNV hat eine wettbewerblichen Vergabe von Verkehrsverträgen in Form öffentlicher Ausschreibungen bislang so gut wie nicht stattgefunden. Lediglich die sogenannte „Obermosel-Strecke“ zwischen Perl und Trier ist im Jahr 1998 in Zusammenarbeit mit dem Bundesland Rheinland-Pfalz im Wege einer öffentlichen Ausschreibung vergeben worden. Der Zuschlag wurde an die DB Regio erteilt.

Gegenwärtig bestehen im Saarland Verkehrsverträge mit der Saarbahn GmbH und der DB Regio. Der Verkehrsvertrag mit der Saarbahn GmbH hat eine Laufzeit bis zum Jahr 2006. Der Verkehrsvertrag mit der DB Regio ist im Mai 2004 ohne vorherige öffentliche Ausschreibung verlängert worden und hat eine Laufzeit bis zum Jahr 2018 („DB Regio-Verkehrsvertrag“). Er sieht vor, dass das Saarland bis zum Jahr 2014 rund 3,8 Mio. Zugkilometer im Wettbewerb neu vergeben kann. Dies entspricht rund 59% der im Jahr 2005 von der DB Regio zu erbringenden Leistung.

Insbesondere im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG ist vor diesem Hintergrund allenfalls von einem geringfügigen „Restwettbewerb“ auszugehen. Im Bereich des SPNV ist zwar auf Grund der Regelungen in dem DB Regio-Verkehrsvertrag damit zu rechnen, dass es zukünf-

tig in einem größerem Umfang als bisher zu einer wettbewerbliche Vergabe von Verkehrsleistungen in Form öffentlicher Ausschreibungen kommen wird. Dies führt aber nicht zu einer grundlegend anderen Beurteilung der gegenwärtigen wettbewerblichen Bedingungen im Marktraum Saarland. Unabhängig davon, ob man diesbezüglich von einem einheitlichen Markt für den ÖPNV oder getrennten sachlich relevanten Märkten für den ÖSPV bzw. SPNV ausgeht, hat die in dem DB Regio-Verkehrsvertrag vorgesehene Möglichkeit der – zeitlich gestreckten und teilweisen – wettbewerblichen Vergabe von SPNV-Leistungen in Form öffentlicher Ausschreibungen bei einer Gesamtbetrachtung der oben genannten Faktoren keine wesentliche Verstärkung der Wettbewerbsintensität im ÖPNV zur Folge. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Anteil des SPNV an den im Marktraum Saarland insgesamt erbrachten ÖPNV-Leistungen lediglich bei rund 14% liegt. Das in dem DB Regio-Verkehrsvertrag vorgesehene Ausschreibungsvolumen entspricht daher nur rund 8% der gesamten ÖPNV-Leistungen. Außerdem muss insoweit in Rechnung gestellt werden, dass eine wettbewerbliche Vergabe von ÖSPV-Leistungen in Form öffentlicher Ausschreibungen innerhalb des relevanten Prognosezeitraums nicht zu erwarten ist.

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 es zu einer vermehrten öffentlichen Ausschreibung von Verkehrsleistungen im Bereich des ÖSPV nach dem PBefG kommen wird. Die EuGH-Entscheidung betrifft 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 begründet. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vielmehr aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen eine mit dem EU-Beihilferecht und der VO 1191/69 zu vereinbarende 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. Eine spürbaren Zunahme der Wettbewerbsintensität durch die vermehrte öffentliche Ausschreibung von

Verkehrsleistungen ist alleine auf Grund dieser Entscheidung aber nicht mit der notwendigen Prognosesicherheit zu erwarten.

Vor diesem Hintergrund haben auch die übrigen Feststellungen der Beschlussabteilung zu den Wettbewerbsbedingungen im ÖSPV nach dem PBefG weiterhin Gültigkeit. Die hierzu in anderen Fusionskontrollverfahren (vgl. B9-164/01) angestellten Ermittlungen, insbesondere die Befragung zahlreicher im ÖPNV tätigen 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 unter anderem 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.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die im Markt tätigen kommunalen Nahverkehrsunternehmen auf Grund der bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen mit den Aufgabenträgern über strukturelle Wettbewerbsvorteile verfügen. Diese stellen für die noch nicht im Markt tätigen Unternehmen eine zusätzliche Marktzutrittschranke dar. Aus diesem Grund streben einige Verkehrsunternehmen über den Erwerb von Unternehmensbeteiligungen zunächst den Eintritt in die Marktposition von Wettbewerbern an, bevor sie – gegebenenfalls – weitere Linienverkehrsgenehmigungen beantragen und so zu einer Intensivierung des Wettbewerbs beitragen.

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 unter anderem, 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 dem Marktraum Saarland grundsätzlich anders zu beurteilen sind. Die vorliegenden Fakten bestätigen vielmehr die Feststellung eines lediglich geringfügigen „Restwettbewerbs“ im ÖSPV nach dem PBefG.

(2) Schlussfolgerungen für die materielle Beurteilung

Aus den dargelegten Gründen ist derzeit im Bereich des ÖSPV von einer geringen Wettbewerbsintensität auszugehen. Dieser verbliebene Wettbewerb ist mit dem Instrument der Fusionskontrolle zu schützen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der verbliebene Restwettbewerb auf Märkten, die durch gefestigte Marktstellungen und sehr hohe Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, nach der Rechtsprechung durch besonders strenge Anforderungen der Fusionskontrolle zu schützen ist (vgl. KG WuW/E OLG 2113, 2117 – „Steinkohle-Stromerzeuger“; BGH WuW/E DE-R 24, 27 ff. – „Stromversorgung Aggertal“).

Insbesondere ist ein mit dem Instrument der Fusionskontrolle zu schützendes Wettbewerbsverhältnis auch insoweit gegeben, als ÖSPV-Leistungen nicht von den Aufgabenträgern bezuschusst werden und sich das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Verkehrsunternehmen somit nicht auf die Erlangung von Verkehrsverträgen bzw. Betriebskostenzuschüssen erstreckt, sondern sich auf den Wettbewerb um Erteilung der für den Betrieb erforderlichen Konzession („Genehmigungswettbewerb“) beschränkt. Die diesbezüglichen Ausführungen der Zusammenschlussbeteiligten, die insoweit das Bestehen eines „Wettbewerbes i.S.d. GWB“ verneinen, überzeugen nicht. Allein die Tatsache, dass ein Tätigwerden im ÖSPV eine Genehmigung gemäß §§ 2 Abs. 1, 9 Abs. 1 PBefG voraussetzt, führt dazu, dass ein Wettbewerb im ÖSPV, ein „In-Konkurrenz-Treten“ zu einem bestehenden Anbieter notwendigerweise einen – konkurrierenden – Genehmigungsantrag gemäß § 13 Abs. 1 PBefG voraussetzt. Es ist gerade charakteristisch für einen „Wettbewerb um den Markt“, wie er insbesondere im

ÖSPV auf Grund des bestehenden Regulierungsrahmens besteht, dass sich das zwischen den Unternehmen bestehende Wettbewerbsverhältnis in einem bestimmten Zeitpunkt konkretisiert, weil ein Marktzugang auf Grund von entsprechenden Marktzutrittsschranken nicht durchgehend möglich ist. Es ist daher unerheblich, ob die Antragsteller im Rahmen eines „Bieterwettbewerbs“ ausgesucht werden oder wie das Genehmigungsverfahren rechtlich im Einzelnen ausgestaltet ist. Die diesbezüglichen Ausführungen der Zusammenschlussbeteiligten übersehen, dass das mit dem Instrument der Fusionskontrolle zu schützende Wettbewerbsverhältnis nicht erst durch das Genehmigungsverfahren gemäß § 13 PBefG begründet wird, sondern diesem vorgelagert ist und durch den Eingang von – konkurrierenden - Genehmigungsanträgen lediglich konkretisiert wird.

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 Zusammenschlusses Berücksichtigung zu finden. Dies gilt aus den oben genannten Gründen auch für die jüngst ergangene Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Altmark Trans/Nahverkehrsgesellschaft Altmark“.

(3) Marktstrukturdaten

Für die Ermittlung der aktuellen Marktstruktur in dem relevanten Marktraum hat die Beschlussabteilung mit Schreiben vom 6. April 2004 eine umfassende Befragung der maßgeblichen Marktteilnehmer durchgeführt. In die Befragung einbezogen waren 80 Verkehrsunternehmen. Erhoben wurden sowohl Daten zur jeweils konzessionierten Verkehrsleistung als auch zur tatsächlich erbrachten Verkehrsleistung. Ferner erhoben wurden Daten für die konzessionierte/erbrachte Verkehrsleistungen in Nutzwagen-Kilometern („NW-km“) und in Platz-Kilometern („Platz-km“). Durch die Bezugnahme auf die Verkehrsleistung in Platz-km werden insbesondere Verzerrungseffekte ausgeglichen, die sich aus der unterschiedlichen Sitzplatzkapazität der jeweils eingesetzten Fahrzeuge (Busse, Straßenbahnen oder S-Bahnen/Nahverkehrszüge) ergeben.

Für die Ermittlung der Marktstellung eines Verkehrsunternehmens ist maßgeblich auf die Marktanteile bezogen auf die konzessionierte bzw. in entsprechenden Verkehrsverträgen festgelegte Verkehrsleistung abzustellen. Hierfür ist insbesondere ausschlaggebend, dass die Inanspruchnahme von Auftragsunternehmen für die Erbringung konzessionierter bzw. im Rahmen von Verkehrsverträgen mit dem Aufgabenträger festgelegten Leistungen aus wirtschaftlicher Perspektive als Vorleistung (Anmietung von Fahrzeug-Kapazitäten) zu qualifizieren ist. Die Daten für die erbrachte Verkehrsleistung wurden vor diesem Hintergrund erhoben, um für den Bereich des ÖSPV ermitteln zu können, ob in den betroffenen Verkehrsräumen größere Auftragsunternehmen aktiv sind, die gegebenenfalls als potentielle Wettbewerber der aktuellen Konzessionsinhaber um die Wiedererteilung der Konzessionen in Frage kommen.

Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten wäre eine wertbezogene Berechnung der Marktanteile auf der Grundlage der von den Verkehrsunternehmen erwirtschafteten Umsatzerlöse hier nicht geeignet, die Marktstruktur sowie die Marktstellungen der einzelnen Wettbewerber adäquat abzubilden. Die Erlöse der Verkehrsunternehmen setzen sich sowohl aus den Fahrgasteinnahmen als auch aus öffentlichen Zuschüssen zusammen. Die Fahrgasteinnahmen fließen zwar zunächst dem Verkehrsunternehmen zu, bei dem der Fahrgast die Fahrkarte kauft. Im Rahmen von Verkehrsverbänden findet jedoch regelmäßig eine Einnahmenaufteilung statt, die sich nicht notwendigerweise nach der tatsächlich erbrachten Verkehrsleistung der einzelnen Verkehrsunternehmen richtet. Zwar gibt es im Saarland noch keinen landkreisübergreifenden Verkehrsverbund. Innerhalb eines Landkreises ermöglichen es die von der VGS Verkehrsverbund-Gesellschaft Saar mbH herausgegebenen „VGS-Tickets“ jedoch, mit einer Fahrkarte mehrere Verkehrsunternehmen in Anspruch zu nehmen, so dass sich das Problem der Einnahmenaufteilung auch hier stellen würde. Darüber hinaus ist es nicht durchgehend möglich, die dem Verkehrsunternehmen gewährten Zuschüsse eindeutig einzelnen Verkehrsleistungen bzw. fusionskontrollrechtlich relevanten Märkten zuzuordnen. Aus diesen Gründen verdient eine mengenbezogene Marktanteilsberechnung auf der Grundlage der jeweils konzessionierten Nutzwagen-Kilometer bei der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung von Zusammenschlüssen im ÖPNV den Vorzug.

Die Ermittlungen haben zu dem in der nachfolgenden Tabelle dargestellten Ergebnis geführt. **Zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der befragten Unternehmen erfolgen die Angaben in Spannbreiten/Größenordnungen.**

Tabelle: Marktstruktur im Marktraum Saarland

| Name | Marktanteil | Marktanteil | Marktanteil |
|--|----------------|----------------|----------------|
| | ÖSPV/NW-km | SPNV/NW-km | ÖPNV/NW-km |
| DB Regio | --- | 85%-95% | 5%-15% |
| RSW | 40%-50% | --- | 35%-45% |
| KVS GmbH | 5%-15% | --- | 5%-15% |
| <i>Summe der Zusammenschluss-beteiligten</i> | <i>50%-60%</i> | <i>85%-95%</i> | <i>55%-65%</i> |
| Saarbahn GmbH | 20%-30% | 5%-10% | 20%-30% |
| Neunkircher Verkehrs-AG | 5%-10% | --- | 5%-10% |
| Völklinger Verkehrsbetriebe mbH | <5% | --- | <5% |
| Private Verkehrsunternehmen | jeweils <2% | --- | jeweils <2% |
| <i>Gesamtsumme</i> | <i>100%</i> | <i>100%</i> | <i>100%</i> |

(4) Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung

Unabhängig davon, ob man als sachlich relevanten Markt den ÖSPV nach dem PBefG oder aber den gesamten ÖPNV (ÖSPV nach dem PBefG und SPNV nach dem AEG) zugrunde legt, besteht bereits vor dem Zusammenschluss im Marktraum Saarland eine marktbeherrschende Stellung der DB Regio und ihrer Tochtergesellschaft RSW (im folgenden: „DB Regio/RSW“).

Bezogen auf die konzessionierte Verkehrsleistung im ÖSPV nach dem PBefG erreicht die DB Regio/RSW im Marktraum Saarland einen Marktanteil von 40%-50%. Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes im Marktraum Saarland erreicht die DB Regio/RSW einen Marktanteil von 50%-60%. Sie liegt damit in beiden Fällen deutlich über der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung gemäß § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB (Marktanteil von einem Drittel).

Die DB Regio/RSW ist im Marktraum Saarland keinem wesentlichem Wettbewerb i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB ausgesetzt. Auf Grund der dargestellten Rahmenbedingungen geht wesentlicher Wettbewerb allenfalls vom Genehmigungswettbewerb aus („Wettbewerb um den Markt“). Im Bereich des ÖPNV kommen als Wettbewerber in erster Linie solche Unternehmen

in Betracht, die bereits mit eigenen Konzessionen in dem betroffenen Marktraum tätig sind. Im Marktraum Saarland sind außer der DB Regio/RSW gegenwärtig nur die vier kommunalen Verkehrsunternehmen Saarbahn GmbH („Saarbahn“), KVS GmbH, Neunkircher Verkehrs-AG („NVG“) und Völklinger Verkehrsbetriebe GmbH („VVB“) sowie einige kleine private Nahverkehrsunternehmen tätig. Die privaten Nahverkehrsunternehmen sind bereits auf Grund ihrer schwachen Marktstellung nicht in der Lage, den wettbewerblichen Handlungsspielraum der DB Regio/RSW wesentlich einzuschränken. Der geringe Wettbewerbsdruck, der von den kommunalen Nahverkehrsunternehmen ausgeht, ist ebenfalls nicht geeignet, um hier einen wesentlichen Wettbewerb i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB zu begründen. Auch insoweit sprechen bereits die starke Marktstellung der DB Regio/RSW sowie die Marktanteilsabstände gegen die Annahme eines wesentlichen Wettbewerbs i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB. Allenfalls die Saarbahn GmbH erreicht von den Marktanteilen her eine Marktstellung, die es ihr grundsätzlich erlauben würde, den wettbewerblichen Handlungsspielraum der DB Regio/RSW einzuschränken. Insofern sind allerdings auch die tatsächliche Angebotsstruktur der DB Regio/RSW einerseits und der Saarbahn andererseits zu berücksichtigen. Während die DB Regio/RSW sowohl im ÖSPV als auch im SPNV Leistungen innerhalb des gesamten Saarlandes anbietet und insbesondere durch den Betrieb der zehn Regionalbuslinien R1-R10 das Angebot in dem landkreisübergreifenden Nahverkehr kontrolliert, ist die Saarbahn GmbH ganz überwiegend in dem Gebiet des Stadtverbandes Saarbrücken tätig. Diese Asymmetrie in der Angebotsstruktur und das daraus resultierende unternehmensstrategische Aktions- bzw. Reaktionspotential der DB Regio/RSW lassen es nicht erwarten, dass die Saarbahn GmbH die wettbewerblichen Handlungsspielräume der DB Regio/RSW hinreichend kontrolliert.

Diese Erwägungen gelten umso mehr, wenn man den – potentiellen – Wettbewerb durch bislang nicht im Saarland tätige Nahverkehrsunternehmen („auswärtige Unternehmen“) betrachtet. Als potentielle Wettbewerber kommen hier die Rhenus Keolis GmbH & Co. KG („Rhenus Keolis“), die Unternehmen der Connex-Gruppe („Connex“) sowie französische und luxemburgische Nahverkehrsunternehmen in Betracht. Rhenus Keolis ist mit ihren Tochterunternehmen in Trier (MB moselbahn Verkehrsbetriebsgesellschaft mbH), Idar-Oberstein (Verkehrsgesellschaft Idar-Oberstein mbH), zwischen Alzey und Kirchheimbolanden (eurobahn), in Bad Kreuznach (Verkehrsgesellschaft Bad Kreuznach GmbH) sowie in Zweibrücken (Verkehrs-

gesellschaft Zweibrücken) tätig. Connex ist mit dem Tochterunternehmen Palatinabus GmbH in Edenkoben vertreten.

Auch bei Berücksichtigung dieser Unternehmen ist die DB Regio/RSW jedoch keinem wesentlichen Wettbewerb i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB im Marktraum Saarland ausgesetzt. Der Wettbewerbsdruck, der durch außerhalb eines betroffenen Marktraumes tätige Nahverkehrsunternehmen auf die bereits im Markt agierenden Unternehmen ausgeübt wird, ist nach den Feststellungen der Beschlussabteilung in anderen Fusionskontrollverfahren in der Regel relativ schwach ausgeprägt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass ein erfolgreiches Tätigwerden im Bereich des ÖPNV grundsätzlich vertiefte Kenntnisse über die im relevanten Verkehrsraum maßgeblichen verkehrswirtschaftlichen Verhältnisse voraussetzt. Diese Erwägungen werden auch durch die Ermittlungen in dem vorliegenden Verfahren gestützt. Bislang hat es im Saarland noch keine konkurrierenden Genehmigungsanträge durch auswärtige Unternehmen gegeben. Zwar haben sich im Rahmen der Ausschreibung der KVS-Beteiligung auch mehrere private auswärtige Unternehmen beworben. Diese Tatsache belegt jedoch, dass ein Markteintritt von auswärtigen Unternehmen gegenwärtig vor allem – mittelbar – über eine Beteiligung an einem bereits etablierten Anbieter und weniger – unmittelbar – durch den Erwerb eigener Linienverkehrsgenehmigungen angestrebt wird. Ein solcher Beteiligungserwerb ist aber auf Grund der beschränkten Anzahl an geeigneten Zielunternehmen noch schwieriger zu realisieren als ein unmittelbarer Markteintritt über den Erwerb eigener Linienverkehrsgenehmigungen. Auch die auswärtigen Unternehmen sind somit unter den gegenwärtigen Bedingungen nicht in der Lage, die wettbewerblichen Verhaltensspielräume der DB Regio/RSW in dem Marktraum Saarland durch einen Eintritt in den Markt hinreichend einzuschränken. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf französische und luxemburgische Nahverkehrsunternehmen. Es ist nicht erkennbar, dass es französische oder luxemburgische Nahverkehrsunternehmen gibt, die gegenwärtig an dem Betrieb einer innerdeutschen Nahverkehrsverbindung im Saarland interessiert sind bzw. sich um entsprechende Genehmigungen beworben haben.

Die DB Regio hat im Marktraum Saarland jedenfalls eine im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern überragende Marktstellung i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB. Zur Begründung wird auf die oben dargestellten Ermittlungsergebnisse verwiesen. Darüber hinaus verfügt die DB Regio/RSW im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern über eine überlegene Finanzkraft. Der

DB-Konzern erzielte im Geschäftsjahr 2002 einen Gesamtumsatz in Höhe von 27,527 Mrd. €, der Umsatz der DB Regio betrug 4,715 Mrd. €. Die Saarbahn GmbH erzielte demgegenüber im Geschäftsjahr 2002 Umsätze von lediglich [...] €, die Umsätze der NVG beliefen sich auf [...] €. Die im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern überlegenen finanziellen Ressourcen der DB Regio/RSW stellen insbesondere im Hinblick auf die Verhandlungen um Verkehrsverträge bzw. öffentliche Zuschüsse einen bedeutsamen Wettbewerbsvorteil dar. Darüber hinaus verfügt der DB-Konzern allein auf Grund seines Einkaufsvolumens über einen besseren Zugang zu den Beschaffungsmärkten. Die rechtlichen und tatsächlichen Schranken für den Marktzutritt sind sehr hoch. Diese Faktoren werden auch nicht dadurch kompensiert, dass die Saarbahn GmbH als einziger nennenswerter Wettbewerber der DB Regio/RSW durch die gesellschaftsrechtliche Verbindung mit dem Aufgabenträger im Stadtverband Saarbrücken über einen guten Zugang zu dem Absatzmarkt verfügt. Insoweit muss insbesondere berücksichtigt werden, dass auch die KVS über die VE-Saarlouis mit dem Landkreis Saarlouis als zuständigem Aufgabenträger gesellschaftsrechtlich verbunden ist.

(5) Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung

Durch den Zusammenschluss wird die marktbeherrschende Stellung der DB Regio in dem Marktraum Saarland i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB verstärkt.

Die Verstärkungswirkung ergibt sich hier bereits aus dem Marktanteilszuwachs und der damit einhergehenden Verminderung der Zahl selbständiger Anbieter von ÖPNV-Leistungen im Marktraum Saarland. Bezogen auf die konzessionierte Verkehrsleistung im ÖSPV nach dem PBefG erreicht die DB Regio/RSW vor dem Zusammenschluss im Marktraum Saarland einen Marktanteil von 40%-50%. Die KVS erreicht einen Marktanteil von 5%-15%. Zusammen erreichen die Zusammenschlussbeteiligten nach dem Zusammenschluss einen Marktanteil von 50%-60%. Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes im Marktraum Saarland erreicht die DB Regio/RSW vor dem Zusammenschluss einen Marktanteil von 50%-60%, die KVS GmbH einen Marktanteil von 5%-15%. Zusammen erreichen die Zusammenschlussbeteiligten nach dem Zusammenschluss einen Marktanteil von 55%-65%.

Eine Ressourcenzurechnung ist hier schon deshalb geboten, weil die DB Regio/RSW durch den Zusammenschluss – wie oben gezeigt – die (Mit-) Kontrolle über die KVS erlangt.

Entgegen der Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten wäre eine Marktanteilsaddition aber auch schon auf Grund des 30%igen Anteilserwerbs an der KVS GmbH vorzunehmen, da die DB Regio/RSW und die KVS GmbH nach dem Zusammenschluss nicht mehr unabhängig voneinander am Markt agieren werden, sondern vielmehr eine wettbewerbliche Einheit bilden. Da es sich bei der 30%igen Anteilserwerb an der KVS GmbH um den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung handelt, bestreiten die Zusammenschlussbeteiligten hier die Zulässigkeit der Ressourcenzurechnung. Inwieweit der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung es grundsätzlich rechtfertigt, bei der materiellen Prüfung des Zusammenschlusses eine Zurechnung der Ressourcen vorzunehmen, kann hier offenbleiben (vgl. dazu *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. Aufl., 2001, § 36, Rn. 111 ff.). Im vorliegenden Fall ist eine Addition der Marktanteile jedenfalls schon deshalb gerechtfertigt, weil es sich bei der RSW und der KVS GmbH um aktuelle Wettbewerber in dem Marktraum Saarland handelt und davon auszugehen ist, dass sie ihre unternehmerischen und wettbewerblichen Interessen in Zukunft aufeinander abstimmen werden. Außer der RSW und der KVS GmbH sind in dem Marktraum Saarland als Konzessionsinhaber nur noch drei kommunale und einige kleine private Nahverkehrsunternehmen tätig. Insbesondere bei Berücksichtigung dieser Marktstruktur ist nicht zu erwarten, dass die RSW und die KVS GmbH in Zukunft noch eigenständige und voneinander unabhängige Unternehmensstrategien verfolgen werden.

Der Zusammenschluss führt aber nicht nur zu einer Verminderung der Zahl unabhängiger Anbieter, sondern bewirkt auch eine Abschottung des Marktes gegenüber auswärtigen Unternehmen. Ein Markteintritt kann hier nicht nur – unmittelbar – durch den Erwerb eigener Linienverkehrsgenehmigungen, sondern auch – mittelbar – durch die Beteiligung an einem schon im Markt tätigen Genehmigungsinhaber erfolgen. Die Teilnahme von mehreren auswärtigen Unternehmen an der Ausschreibung der KVS-Beteiligung belegt, dass diese Form des – mittelbaren – Marktzutritts nicht nur eine theoretische Möglichkeit darstellt. Vielmehr wird ein solcher Beteiligungserwerb schon jetzt von einigen potentiellen Wettbewerbern tatsächlich angestrebt. Dadurch, dass die RSW sich an der KVS GmbH beteiligt und die Mitkontrolle über die KVS GmbH erlangt, fällt die KVS GmbH als Zielunternehmen und damit als Vehikel, um als auswärtiges Unternehmen in den Markt einzutreten, in Zukunft weg. Die damit einhergehende Marktabschottung führte ebenfalls zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der DB Regio im Marktraum Saarland.

Der Zusammenschluss begründet schließlich auch eine strukturelle Verbindung zwischen der DB Regio/RSW und dem Landkreis Saarlouis als zuständigem Aufgabenträger im Bereich des ÖSPV. Neben der RSW werden an der KVS GmbH als mitkontrollierende Gesellschafter auch die VE-Saarlouis und die KVS AG, an der die VE-Saarlouis wiederum 63,9% der Anteile hält, beteiligt sein. Alleingesellschafter der VE-Saarlouis ist der Landkreis Saarlouis, der gemäß § 5 Abs. 2 ÖPNVG-Saarland im Gebiet des Landkreises Saarlouis zugleich Aufgabenträger i.S.v. § 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG ist. Der Aufgabenträger hat – unabhängig davon, in welchem Umfang Busverkehre im Landkreis Saarlouis gegenwärtig durch den Aufgabenträger tatsächlich bezuschusst werden – bereits über seine Beteiligung an dem Genehmigungsverfahren gemäß § 11 PBefG einen maßgeblichen Einfluss darauf, welche Verkehrsunternehmen in seinem Gebiet im Bereich des ÖSPV tätig werden können. Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung der RSW an der KVS GmbH führt daher mittelbar auch zu einer strukturellen Verbindung mit dem Aufgabenträger im Landkreis Saarlouis und somit zu einer weiteren Absicherung der bestehenden Marktposition der DB Regio/RSW im Marktraum Saarland.

(6) Hilfsweise: Begründung einer marktbeherrschenden Stellung

Selbst wenn die DB Regio/RSW vor dem Zusammenschluss noch nicht marktbeherrschend ist, führt der Zusammenschluss auf Grund der oben genannten Erwägungen jedenfalls zu der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung der DB Regio/RSW im Marktraum Saarland. Dies gilt wiederum unabhängig davon, ob man als sachlich relevanten Markt den ÖSPV nach dem PBefG oder aber den gesamten ÖPNV (ÖSPV nach dem PBefG und SPNV nach dem AEG) zugrunde legt.

(7) Hilfsweise: Verstärkung einer oligopolistischen marktbeherrschenden Stellung

Selbst wenn man hier die Begründung bzw. Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung der DB Regio/RSW verneint, führt der Zusammenschluss zumindest zu einer Verstärkung einer oligopolistischen Marktbeherrschung durch die DB Regio/RSW, die Saarbahn GmbH und die KVS GmbH. Dabei kann im Ergebnis dahinstehen, ob auch noch andere Unternehmen in das Oligopol einzubeziehen sind. Sowohl bei der Annahme eines eigenständigen Marktes für den ÖSPV nach dem PBefG als auch bei Zugrundelegung eines einheitlichen

Marktes für den ÖPNV (ÖSPV nach dem PBefG und SPNV nach dem AEG) erfüllen die DB Regio/RSW, die Saarbahn GmbH und die KVS GmbH vor dem Zusammenschluss zusammen die Voraussetzungen der Vermutungsregelung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB für die oligopolistische Marktbeherrschung.

Bezogen auf die konzessionierte Verkehrsleistung im ÖSPV nach dem PBefG erreichen die DB Regio/RSW, die Saarbahn GmbH und die KVS GmbH im Marktraum Saarland zusammen einen Marktanteil von 85%-95%. Bei Zugrundelegung eines einheitlichen ÖPNV-Marktes im Marktraum Saarland erreichen die DB Regio/RSW, die Saarbahn GmbH und die KVS GmbH zusammen ebenfalls einen Marktanteil von 85%-95%.

Die Oligopolvermutung ist hier auch nicht widerlegt. Widerlegt werden kann die Oligopolvermutung gemäß § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB nur dadurch, dass die Unternehmen nachweisen, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen („Binnenwettbewerb“) oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat („Außenwettbewerb“). Diesen Nachweis haben die Zusammenschlussbeteiligten bislang nicht geführt. Ansatzpunkte, die diesen Nachweis möglich erscheinen lassen, sind auch nicht ersichtlich.

Ein wesentlicher Binnenwettbewerb i.S.v. § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB zwischen der DB Regio/RSW, der Saarbahn GmbH und der KVS GmbH besteht schon vor dem Zusammenschluss nicht. Bei der Beurteilung der Frage, ob zwischen den von der Oligopolvermutung erfassten Unternehmen ein wesentlicher Binnenwettbewerb herrscht, ist eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände vorzunehmen, wobei der konkreten Ausprägung struktureller Markt- und Wettbewerbsfaktoren eine entscheidende Bedeutung zukommt (vgl. *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., 2001, § 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 auf Grund einer Anpassung der Oligopolmitglieder an die vorherrschenden Markt- und Wettbewerbsbedingungen dazu führen, dass von einem wettbewerbslosen Oligopol auszugehen ist (vgl. Bundeskartellamt, Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle, Seite 46; im Folgenden: „Auslegungsgrundsätze“). Bei der Beurteilung, ob ein wesentlicher Bin-

nen- oder Außenwettbewerb den Verhaltensspielraum der Oligopolgruppe kontrolliert, sind neben den tatsächlichen auch alle rechtlichen Umstände mit in die Betrachtung einzubeziehen. Dämpfen die vorherrschenden rechtlichen Rahmen- und Regulierungsbedingungen eines Marktes die Intensität des Wettbewerbs bereits spürbar, steht dies der Annahme eines Oligopols nicht entgegen (vgl. *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. Aufl., 2001, § 36, Rn. 154). Neben der Höhe der Marktanteile deuten auch weitgehend stabile Marktanteile auf ein wettbewerbsloses Oligopol hin (vgl. *Auslegungsgrundsätze*, Seite 48 m.w.N.). Im Marktraum Saarland hat es nach Auskunft der zuständigen Genehmigungsbehörde bislang nur einen einzigen Fall konkurrierender Genehmigungsanträge gegeben. Dieser hat im Ergebnis allerdings nicht zu einer Marktanteilsverschiebung geführt. Das aus der DB Regio/RSW, der Saarbahn GmbH und der KVS GmbH bestehende Oligopol ist auch keinem wirksamen Außenwettbewerb i.S.v. § 19 Abs. 3 Satz 2 *GWB* ausgesetzt. Insofern kann auf die oben genannten Erwägungen verwiesen werden.

Der Zusammenschluss wäre auch bei dieser Betrachtung gemäß § 36 Abs. 1 *GWB* zu untersagen, weil er zu einer Verstärkung der bereits vor dem Zusammenschluss bestehenden oligopolistischen marktbeherrschenden Stellung der DB Regio/RSW, der Saarbahn GmbH und der KVS GmbH führen würde. Die Beteiligung der RSW an der KVS GmbH hätte eine Verengung des Oligopols zur Folge, die den potentiellen Restwettbewerb im Binnenverhältnis noch weiter abschwächen würde.

(8) Keine Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen

Die Zusammenschlussbeteiligten haben nicht dargelegt, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Ob die von den Zusammenschlussbeteiligten geltend gemachten verkehrswirtschaftlichen Interessen i.S.v. § 8 Abs. 3 Satz 1 *PBefG* durch den Zusammenschluss tatsächlich gefördert werden, kann hier dahinstehen. Sie führen jedenfalls nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im Marktraum Saarland. Auch nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung sind solche Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen nicht ersichtlich.

*(9) Keine Freigabe unter Auflagen oder Bedingungen i.S.v. § 40 Abs. 3 Satz 1 *GWB**

Der Zusammenschluss hätte auch nicht unter Auflagen oder Bedingungen i.S.v. § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB freigegeben werden können. Die Zusammenschlussbeteiligten haben keine Maßnahmen zur Beseitigung der Untersagungs Voraussetzungen gemäß § 36 Abs. 1 GWB vorgeschlagen. Auch nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung sind dazu geeignete Auflagen oder Bedingungen nicht ersichtlich. Insbesondere kommt es hier – anders als in dem Verfahren „DB Regio u.a./üstra intalliance AG“ (B9-91/03) – nicht in Betracht, den Zusammenschluss unter der Nebenbestimmung freizugeben, dass bestimmte Verkehrsleistungen zukünftig im Wettbewerb in Form von Ausschreibungen vergeben werden. Im vorliegenden Fall wäre insoweit jedenfalls erforderlich gewesen, dass eine entsprechende Nebenbestimmung auch ein hinreichend großes Kontingent an ÖSPV-Leistungen umfasst hätte, da sich der Zusammenschluss unmittelbar in diesem Segment auswirkt und (jedenfalls auch) dort zu einer Verschlechterung der wettbewerblichen Strukturen führt. Voraussetzung für die Anordnung einer Nebenbestimmung gemäß § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB, die an die wettbewerbliche Vergabe von ÖSPV-Leistungen in Form von Ausschreibungen anknüpft, ist jedoch, dass eine solche Vergabe tatsächlich möglich und zumindest mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung kann gegenwärtig jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass es im Marktraum Saarland in Zukunft zu wettbewerblichen Vergaben von ÖSPV-Leistungen in Form von Ausschreibungen kommen wird. Insoweit wird auf die oben genannten Stellungnahmen der zuständigen Aufgabenträger verwiesen.

(10) Keine weitergehende Sachverhaltsaufklärung erforderlich

Der Vorwurf der Zusammenschlussbeteiligten, die Beschlussabteilung hätte noch weitere Sachverhaltsermittlungen anstellen bzw. Sachverständigengutachten einholen müssen, ist unzutreffend, wie die vorangegangenen Erwägungen zeigen. Die Beschlussabteilung ist ihrer Pflicht zu einer vollständigen Sachverhaltsaufklärung insbesondere durch die Befragung der in dem Marktraum Saarland tätigen Nahverkehrsunternehmen sowie der Ermittlung der relevanten Pendlerströme und verkehrswirtschaftlichen Verflechtungen in vollem Umfang nachgekommen. Die Rüge der Zusammenschlussbeteiligten erklärt sich vor allem daraus, dass diese ihrer Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens eine fehlerhafte Marktabgrenzung zugrunde legen und demzufolge Sachverhaltsangaben einfordern, die bei zutreffender rechtlicher Würdigung des Falles nicht erforderlich sind.

(11) Kein Widerspruch zu der bisherigen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes

Die Untersagung des angemeldeten Zusammenschluss steht nicht im Widerspruch zu der bisherigen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes. Insbesondere liegt darin keine „gezielte Ungleichbehandlung der DB Regio“, wie es die Zusammenschlussbeteiligten mit Schreiben vom 2. Juni 2004 rügen.

Die Beschlussabteilung hat die Kriterien für die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben im ÖPNV gemäß §§ 35 ff. GWB anhand der bisherigen Entscheidungspraxis sukzessive entwickelt und konkretisiert. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls hat sie diese Kriterien insbesondere in den Zusammenschlussvorhaben „ÖPNV Göttingen“ (B9-164/01) und „DB Regio u.a./üstra intalliance AG“ (B9-91/03) zugrunde gelegt und den von der Beschlussabteilung erarbeiteten Beurteilungsrahmen in den Entscheidungsgründen ausführlich dargelegt. Die vorliegende Entscheidung steht nicht im Widerspruch zu dieser Praxis, sondern knüpft vielmehr an diese an, indem sie die dort erarbeiteten Kriterien unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles auch hier zur Anwendung bringt. Zwar mag es zutreffen, dass die DB Regio an der Mehrzahl der von der Beschlussabteilung nur unter Auflagen bzw. Bedingungen freigegebenen Zusammenschlüsse im Bereich des ÖPNV beteiligt gewesen ist. Insoweit muss aber berücksichtigt werden, dass die DB Regio auch Beteiligte an einem Großteil der insgesamt bei der Beschlussabteilung angemeldeten Zusammenschlussvorhaben im Bereich des ÖPNV war. Dieser Umstand ist also weder das Ergebnis einer „gezielten Ungleichbehandlung der DB Regio“ noch Ausdruck einer „asymmetrischen Wettbewerbsaufsicht“, sondern vielmehr Kennzeichen der expansiven Strategie, die die Deutsche Bahn im Bereich des Nahverkehrs verfolgt, sowie der starken Marktstellung, über die die Nahverkehrsunternehmen des DB-Konzerns in vielen Regionen nach wie vor verfügen. Zusammenschlussvorhaben des DB-Konzerns, bei denen dieser über keine starke Marktstellung verfügte, sind ohne Nebenbestimmungen, zum Teil ohne Einleitung des Hauptprüfverfahrens gemäß § 40 Abs. 1 GWB, freigegeben worden.

C. Gebühren

xxx

xxx

xxx

xxx

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