

**FÜR DIE VERÖFFENTLICHUNG
BESTIMMTE FASSUNG**

**FUSIONSVERFAHREN
VERFÜGUNG GEMÄSS § 40 ABS. 2
GWB**

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsverfahren

1. Deutsche Bahn AG, Berlin
2. Railion Deutschland AG, Mainz
3. RAG AG, Essen
4. RAG Logistik GmbH, Essen
5. RAG Verkauf GmbH, Essen
6. RAG Bahn und Hafen GmbH, Gladbeck
- Beteiligte zu 2. – 6. vertreten durch die Beteiligte zu 1.
7. DAP Barging N.V., Rotterdam (NL)
8. DAP Beheer B.V., Rotterdam (NL)
9. Lagendijk Marine Services B.V.
10. LBH-Group, Curacao, Niederländische Antillen
- Zustellungsbevollmächtigte der Beteiligten zu 7. – 10.: Beteiligte zu 1.

- Beteiligte -

11. rail4chem Eisenbahnverkehrsgesellschaft mbH, Essen

12. Rhenus AG & Co. KG, Holzwickede

- Verfahrensbevollmächtigte zu 11. und 12.:

Orth Kluth Rechtsanwälte

Am Weidendamm 1 A

10117 Berlin

13. Connex Cargo Logistics GmbH, Berlin

- Verfahrensbevollmächtigte: Hogan & Hartson Raue L.L.P.

Potsdamer Platz 1

10785 Berlin

- Beigeladene -

wegen Prüfung eines gemäß § 39 GWB angemeldeten Zusammenschlussvorhabens nach § 36 GWB hat die 9. Beschlussabteilung am 30. September 2005 beschlossen:

Das mit Schreiben vom 11. März 2005 angemeldete und mit Schreiben vom 25. August 2005 und 7. September 2005 modifizierte Zusammenschlussvorhaben wird freigegeben.

Die Gebühr für die Entscheidung wird – unter Anrechnung der für die Anmeldung zu erhebenden Gebühr in Höhe von [...] Euro – auf [...] Euro festgesetzt und den Beteiligten zu 1. und 2. als Gesamtschuldnern auferlegt.

Gründe:

Die Deutsche Bahn AG, Berlin (i.F.: „DB AG“) hat mit Schreiben vom 11. März 2005, beim Bundeskartellamt eingegangen per Fax am selben Tag, „im Einvernehmen mit den beteiligten Unternehmen und den Veräußerern“ folgendes Zusammenschluss-

vorhaben gemäß § 39 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) angemeldet:

Die zur DB AG gehörende Railion Deutschland AG, Mainz (i.F.: „Railion“) beabsichtigt, 100 % der Anteile an der RAG Bahn und Hafen GmbH, Gladbeck (i.F.: „RBH“) sowie einen Anteil in Höhe von 55 % an der DAP Barging B.V., Rotterdam (i.F.: „DAP“) zu erwerben.

I. DIE BETEILIGTEN UNTERNEHMEN

1. Die DB AG ist die Konzernobergesellschaft der Unternehmen der Deutsche Bahn Gruppe. Alleiniger Aktionär der DB AG ist die Bundesrepublik Deutschland.

Unternehmensgegenstand der DB AG ist das Erbringen und Vermarkten von Eisenbahnverkehrsleistungen zur Beförderung von Personen und Gütern, das Betreiben und Vermarkten der öffentlichen Eisenbahninfrastruktur sowie alle Geschäftstätigkeiten in dem Eisenbahnverkehr verwandten Bereichen. Die DB AG betrachtet sich als „die Nr. 1 sowohl im europäischen Schienenpersonenverkehr als auch im europäischen Schienengüterverkehr“¹.

Nach den in der Anmeldung gemachten Angaben erzielte die DB AG im Geschäftsjahr 2003 einen Konzernumsatz von insgesamt 28,228 Mrd. €, wovon der weitaus größte Teil innerhalb der Europäischen Union, hiervon wiederum der größte Teil innerhalb Deutschlands erzielt wurde. Hierin sind allerdings noch die Umsätze der im Jahr 2004 veräußerten Unternehmensbeteiligungen Brenntag und Interfer enthalten. Im Jahr 2004 betragen die Gesamtumsätze der DB AG ausweislich des diesbezüglichen Geschäftsberichtes rd. 24 Mrd. €.

2. Das vorliegend relevante Geschäftsfeld „Güterverkehr“ wird von der Railion betrieben. Die Railion ist aus der DB Cargo AG, Mainz hervorgegangen und steht über mehrere zwischengeschaltete Gesellschaften zu 98 % im Eigentum der DB AG, die restlichen 2 % werden von der Den selvstaendige offentlige virksomhed DSB, Kopenhagen, gehalten.

¹ Quelle: Geschäftsbericht der DB AG 2004, S. 2.

Nach dem Erwerb der Stinnes AG im Jahr 2002 hat die DB AG ihre gesamten Gütertransport- und Logistik-Aktivitäten unter deren Dach gebündelt. Diese Aktivitäten verteilen sich innerhalb der Stinnes AG auf die vier Geschäftsfelder „Freight Logistics“, „Schenker“, „Intermodal“ und „Railion“. Das Geschäftsfeld „Railion“ soll sich darauf beschränken, als reiner Carrier nur „nackte“ Eisenbahntransportleistungen anzubieten. Diese Leistungen werden sowohl von den anderen Geschäftsfeldern der Stinnes AG als auch von externen Operateuren und Spediteuren nachgefragt und mit anderen Leistungen zu höherwertigen, mehr oder minder komplexen Logistik-Lösungen zusammengefasst. Im Inland erbringt das Geschäftsfeld „Railion“ seine Transportleistungen über die Railion.

Railion hat für das Geschäftsjahr 2004 eine Güterverkehrsleistung von 77,5 Mrd. Tonnen-Kilometern² angegeben. Dies entspricht – auch nach eigenen Angaben der DB AG – rd. 90 % der gesamten in Deutschland von Eisenbahnunternehmen im Güterbereich erbrachten Verkehrsleistung³.

Die Umsätze der Railion für das Geschäftsjahr 2004 sind im Geschäftsbericht – nicht bereinigt um die Umsätze mit konzernverbundenen Unternehmen – mit ca. 3,3 Mrd. € angegeben.

3. Die RBH gehört mittelbar – über die RAG Logistik GmbH, Essen (i.F.: „RLG“) zum Konzern der RAG Aktiengesellschaft, Essen (i.F.: „RAG“). Die RBH ist ein privates Eisenbahnverkehrsunternehmen, das Transport- und Logistikdienstleistungen inklusive expeditioneller Leistungen sowie damit in Zusammenhang stehende Tätigkeiten vermarktet und vertreibt. Die Transport- und Logistikdienstleistungen der RBH fokussieren sich im Wesentlichen auf Massenguttransporte von Bergbau- und Kokereiprodukten (Steinkohle, Koks, Erz, Kalk, Steine und Erden), aber auch von chemischen Gütern und Mineralölprodukten, sowie in geringfügigem Umfang allgemeine Ladungsverkehre mit containerisierbaren Gütern. Der Tätigkeitsschwerpunkt liegt in der Belieferung von Kraftwerken, Kokereien und anderen Abnehmern, denen RBH Transportleistungen der vorgenannten Roh- und Abfallstoffe anbietet. Die Transportleistungen werden sowohl auf der Infrastruktur der RAG Aktiengesellschaft als auch der öffentlichen Infrastruktur der DB AG erbracht.

² Tonnenkilometer = Produkt aus der transportierten Gütermenge (in Tonnen) und der tatsächlich zurückgelegten Entfernung.

³ Quelle: DB AG, Wettbewerbsbericht 2005, S. 20, sowie Statistisches Bundesamt.

Die wichtigsten Kunden der RBH sind die zum Konzernverbund der RAG gehörenden Unternehmen [...] und [...]. Die RBH übernimmt für diese Gesellschaften die Abwicklung der Werksverkehre sowie den Transport von deutscher Steinkohle und Importkohle zu den Abnehmern der RAG. In der Mehrzahl handelt es sich bei diesen Abnehmern um große deutsche Energieversorger. Die RBH hat [...] langfristige Transportverträge mit [...] und [...] geschlossen, die [...] befristet sind. Darüber hinaus erbringt die RBH auch Transportdienstleistungen für Dritte, insbesondere für Kunden aus der Mineralöl- und der chemischen Industrie.

Die von der RBH im Geschäftsjahr 2004 erzielten Umsatzerlöse betragen angabegemäß weniger als 100 Mio. €. Nach Darstellung in der Anmeldung erbrachte die RBH jedoch rund [...] ihrer Transportleistungen gegenüber konzernzugehörigen Gesellschaften, so dass nach den §§ 38 Abs. 1 Satz 2, 39 Abs. 3 Nr. 3 GWB die Umsatzerlöse entsprechend zu reduzieren wären. [...] Da es sich hierbei somit – formal betrachtet – nicht um konzerninterne Umsätze handelt, sind diese vollständig zu berücksichtigen.

4. Die DAP ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach niederländischem Recht. Geschäftszweck des Unternehmens ist in erster Linie das Makeln von Binnenschiffsraum sowie die Erbringung damit in Zusammenhang stehender ergänzender Dienstleistungen, ohne dass DAP selbst Transport- oder Umschlagsleistungen durchführt. Das Angebot der DAP beschränkt sich auf die Vermittlung des Frachtraums für Güter aller Art, überwiegend im Bereich der Massengüter Kohle, Sand, Erz u.ä.

An der DAP hält die RVG seit ihrem Eintritt als Gesellschafterin im Jahr 2003 eine Beteiligung von 55 %, die ihr die alleinige Kontrolle des Unternehmens ermöglicht. Weitere Gesellschafter sind die DAP Beheer B.V., Rotterdam (i.F.: „DAP Beheer“) und der Lagendijk Marine Services B.V., Rhon (i.F.: „Lagendijk“) mit jeweils 22,5 % der Anteile. Das Unternehmen erzielte im vergangenen Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse im [...] zweistelligen Mio. €-Bereich, überwiegend innerhalb der Europäischen Union und hiervon zum Großteil in Deutschland. Die Umsatzerlöse resultieren jedoch zu rd. [...] aus Umsätzen mit den Müttergesellschaften, so dass die Umsätze entsprechend zu reduzieren sind.

In der Anmeldung haben die Beteiligten darauf hingewiesen, dass im Zuge des beabsichtigten Zusammenschlussvorhabens die Gesellschafter der DAP diese zukünftig gemeinsam kontrollieren werden. [...]

5. Da – wie dargestellt – DAP Beheer und Langendijk zukünftig mit Railion die DAP gemeinsam kontrollieren werden, sind auch diese Unternehmen an dem Zusammenschlussvorhaben beteiligt.

Geschäftszweck der DAP Beheer, die an keinen weiteren Geschäftsbetrieben Beteiligungen hält, ist die Wahrnehmung von Managementaufgaben bei der DAP. Alleiniger Gesellschafter ist Herr Dirk A. van der Plas. [...]

Langendijk gehört zu 100 % zur LBH Group Holding, einer Aktiengesellschaft nach dem Recht der niederländischen Antillen mit Sitz in Curacao. Hierbei handelt es sich um ein über Kooperationspartner und Agenturen unabhängig agierendes, weltweit tätiges Logistikunternehmen, das auf Transportleistungen für Massengüter spezialisiert ist. Von den – weltweit nicht genannten – Umsätzen der LBH Group entfielen Umsätze im [...] zweistelligen Mio. €-Bereich auf die Europäische Union, hiervon ein geringer Anteil auf Deutschland.

II. BEILADUNGEN

Mit Beschlüssen vom 2. Mai 2005, der DB AG sowie den Verfahrensbevollmächtigten der RAG zugestellt am 4. Mai 2005, hat die Beschlussabteilung die Rhenus AG & Co. KG, Holzwickede, sowie die rail4chem Eisenbahnverkehrsgesellschaft mbH, Essen, gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB zu dem Verfahren beigelegt. Mit Beschluss vom 23. Mai 2005, der DB AG nach Vorlage einer entsprechenden Vollmacht auch für die RAG am 24. Mai 2005 zugestellt, hat die Beschlussabteilung außerdem die Connex Cargo Logistics GmbH, Berlin, gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB zu dem Verfahren beigelegt.

1. Die Rhenus AG & Co. KG ist mit ihren Tochterunternehmen in den Bereichen Speditionswesen, Güterbeförderung zu Land und zu Wasser, Umschlag, Lagerei u.ä. tätig. Das Unternehmen gehört zu 100 % zur Remondis AG & Co. KG. Die gesamte Unternehmensgruppe rechnet für das Jahr

2005 nach jüngsten Presseerklärungen mit Umsatzerlösen von 4,9 Mrd. €, wovon der größte Teil in Deutschland anfällt.

2. Die rail4chem Eisenbahnverkehrsgesellschaft mbH ist ein privates Eisenbahnverkehrsunternehmen, das Güterverkehrsleistungen erbringt. Gesellschafter des Unternehmens sind die BASF AG sowie die Speditionen Hoyer, Bertschi und VTG, die rail4chem gemeinsam kontrollieren. Allein die BASF AG erzielte im Jahr 2004 weltweite Umsatzerlöse von 37,5 Mrd. €.

3. Die Connex Cargo Logistics GmbH ist im Bereich des Haltens von Beteiligungen an im Bereich Güterverkehr tätigen Unternehmen sowie im Betrieb solcher Unternehmen tätig. In Deutschland ist das Unternehmen u.a. über eine kontrollierende Beteiligung an der Dortmunder Eisenbahn Transport GmbH im Bereich der Massenguttransporte auf der Schiene tätig. Die Connex Cargo Logistics GmbH wird mittelbar kontrolliert von der Connex SA mit Sitz in Nanterre („Connex“). Geschäftsgegenstand der Connex ist die Durchführung von Transportleistungen aller Art im Bereich des Güter- und Personenverkehrs. Das Unternehmen gehört zur Veolia Environment SA mit Sitz in Paris. Die Tätigkeitsbereiche von Veolia umfassen Umweltdienstleistungen und öffentlichen Bau. Veolia erzielte im vergangenen Jahr Umsätze i.H.v. weltweit rd. 25 Mrd. €, von denen der überwiegende Teil auf die Europäische Union entfiel.

III. VERFAHRENSABLAUF

Mit Schreiben vom 6. April 2005 hat die Beschlussabteilung der Anmelderin mitgeteilt, dass sie in die Prüfung des Zusammenschlusses (Hauptprüfverfahren) eingetreten ist.

[...]

Mit Schreiben vom 15. Juni 2005, eingegangen beim Bundeskartellamt per Fax am selben Tag, hat die DB AG „im Einvernehmen mit der RAG und den weiteren beteiligten Unternehmen“ einer Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 30. August 2005 zugestimmt. Einer weiteren Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 11. Oktober 2005 hat die DB AG - wie-

derum „im Einvernehmen mit der RAG und den weiteren beteiligten Unternehmen“ – mit Schreiben vom 8. August 2005 zugestimmt.

Mit Schreiben vom 25. August 2005 hat die DB AG strukturelle Maßnahmen angekündigt, die aus ihrer Sicht geeignet sein sollen, mögliche Verstärkungswirkungen des Zusammenschlussvorhabens von vornherein auszuschließen, und diese mit Schreiben vom 7. September 2005 wie folgt modifiziert:

- Die RBH kündigt noch vor einer endgültigen Entscheidung der Beschlussabteilung über das Zusammenschlussvorhaben sämtliche Mietverträge über Eisenbahngüterwaggons gegenüber den Vermietern zum Ende der jeweiligen Vertragslaufzeit.
- DB AG und RBH verkaufen aus ihrem jeweiligen Bestand an Güterwaggons [insgesamt 200] speziell für den Transport von Kohle einsetzbare sog. Fal-Waggons an einen gewerblichen Vermieter. In dem Kaufvertrag wird vereinbart, dass eine Vermietung dieser Waggons an die Zusammenschlussbeteiligten nicht in Betracht kommt, sofern Wettbewerber diese Waggons zu marktgängigen Konditionen anmieten wollen. Dieses beschränkte Rückmietverbot ist unbefristet.

Mit Schreiben vom 9. September 2005 hat die Beschlussabteilung den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt, dass sie beabsichtige, das Zusammenschlussvorhaben in der modifizierten Form freizugeben, die Gründe hierfür dargestellt und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Die Beigeladene zu 13. hat mit Schreiben vom 19. September 2005, eingegangen beim Bundeskartellamt per Fax am selben Tag, Stellung genommen; die gemeinsame Stellungnahme der Beigeladenen zu 11. und 12. vom 20. September 2005 ist am selben Tag beim Bundeskartellamt eingegangen. Sie halten die Untersagung des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens auch unter Berücksichtigung der von den Beteiligten angebotenen Maßnahmen für erforderlich. Auf die diesbezüglichen Ausführungen wird im Rahmen der nachfolgenden Darstellung eingegangen.

Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben mit Schreiben der Rechtsanwälte Allen & Overy vom 21. September 2005 ebenfalls Stellung genommen. Unbeschadet der von der Beschlussabteilung in Aussicht

gestellten Freigabe des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens rügen sie die zu enge Marktabgrenzung sowie die Feststellungen der Beschlussabteilung zur Stellung der Railion auf diesem Markt.

Mit Schreiben vom 30. September 2005 haben die Beteiligten den Verkauf von insgesamt 200 Güterwaggons – unter der aufschiebenden Bedingung einer Freigabe des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens – durch Vorlage entsprechender unterschriebener Verträge nachgewiesen. Ebenfalls mit Schreiben vom 30. September 2005 hat die RBH zudem die Kündigungsschreiben bezüglich der von ihr angemieteten Waggons vorgelegt.

IV. ZUSAMMENSCHLUSSTATBESTÄNDE

Das angemeldete Zusammenschlussvorhaben erfüllt folgende Zusammenschlusstatbestände:

Der Erwerb von 100 % der Anteile an der RBH durch die Railion erfüllt den Zusammenschlusstatbestand des Anteilserwerbs gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 a) GWB sowie den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Form des Erwerbs der Alleinkontrolle.

Der Erwerb von 55 % der Anteile an der DAP durch die Railion erfüllt den Zusammenschlusstatbestand des Anteilserwerbs gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 a) GWB. Außerdem verwirklicht die Railion gemeinsam mit der DAP Beheer und Langendijk den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Form des Erwerbs der gemeinsamen Kontrolle über die DAP.

V. ANWENDUNGSBEREICH DES GWB

Auf die o.g. Zusammenschlüsse finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle Anwendung, weil bereits die an den Zusammenschlüssen unmittelbar beteiligten Unternehmen weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. € und in Deutschland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. € erzielt haben (§ 35 Abs. 1 GWB). Die Ausnahme des § 35 Abs. 2

Satz 1 Nr. 2 GWB (Bagatellmarktregelung) ist bei jeglicher in Betracht kommenden Marktabgrenzung nicht gegeben.

Die angemeldeten Vorhaben haben auch keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne des Artikels 1 EG-FKVO und fallen daher nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung. Zwar erreichen die beteiligten Unternehmen schon allein aufgrund der Umsätze der DB AG den Schwellenwert des Art. 1 Abs. 2 lit. a) EG-FKVO, es gibt aber weder bei dem Erwerbsvorgang bezüglich der RBH noch bei dem Erwerbsvorgang bezüglich der DAP zwei am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen, die entweder die Bedingung des gemeinschaftsweiten Umsatzes von jeweils mehr als 250 Mio. € gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. b) EG-FKVO oder die Bedingung eines gemeinschaftsweiten Umsatzes von jeweils mehr als 100 Mio. € gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. d) EG-FKVO erfüllen.

VI. WETTBEWERBLICHE BEURTEILUNG

Schwerpunktmäßig von dem Zusammenschlussvorhaben betroffen ist der bundesweit abzugrenzende Markt für den Transport schüttfähiger Massengüter. Ob die Railion auf diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, kann letztendlich offen bleiben. Jedenfalls führt der Zusammenschluss nicht zu einer strukturellen Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen, die eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bewirken würde. Umso weniger kommt die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung in Betracht. Der Zusammenschluss erfüllt somit nicht die Untersagungs Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB.

1. Sachlich und räumlich relevanter Markt

1.1 Vortrag der Zusammenschlussbeteiligten

Die Zusammenschlussbeteiligten gehen davon aus, dass von dem Vorhaben verkehrsträgerübergreifend und unabhängig von einzelnen Güterarten zum einen der nationale allgemeine Güterverkehrs- und Logistikmarkt, zum anderen der grenzüberschreitende Güterverkehrs- und Logistikmarkt

betroffen sei. Lediglich hilfsweise grenzen sie einen Markt für den Transport von Massengütern ab.

Eine Unterteilung des Marktes nach Art des zu transportierenden Gutes und nach Art des gewählten Verkehrsträgers sei deswegen nicht erforderlich, weil die im Markt tätigen Anbieter im Regelfall in der Lage seien, jedes Gut in jedem beliebigen Umfang zu transportieren. Selbst wenn die Anbieter nicht über das erforderliche Equipment verfügen, könnten sie jedoch andere Anbieter – als Subunternehmen – mit dem Transport beauftragen.

Im Hinblick auf die Frage der Austauschbarkeit der Verkehrsträger geben die Beteiligten zwar an, dass LKW, Bahn und Schiff die Anforderungen hinsichtlich Qualität oder Transportgeschwindigkeit in unterschiedlicher Weise erfüllen. Allerdings käme es den Verladern in erster Linie darauf an, dass das Gut von seinem Ursprungsort zu seinem Bestimmungsort transportiert werde, sofern der Transport zeit- und kostengerecht organisiert werde. Daraus folgern die Beteiligten, dass keine Unterscheidung nach den Verkehrsträgern LKW, Bahn und Schiff getroffen werden dürfe.

Eine Differenzierung des Marktes nach Art der zu transportierenden Güter sei ebenfalls nicht sachgerecht. Hilfsweise bieten die Beteiligten an, dass der Markt für Transport- und Logistikdienstleistungen von Schüttgütern (=schüttfähigen Massengütern) als betroffen angesehen werden könnte, wobei auch hier Bahn, Schiff und (größtenteils) der LKW miteinander in Wettbewerb stünden. Weiter führen die Beteiligten aus, dass sie von getrennten Märkten für nationale und für grenzüberschreitende Güterverkehrs- und Logistikleistungen ausgehen.

Hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung gehen die Beteiligten davon aus, dass – zumindest bei grenzüberschreitenden Güterverkehrsleistungen – ein europaweiter Markt zugrundegelegt werden müsste.

Einer derart weiten Marktabgrenzung kann allerdings nicht gefolgt werden.

1.2 Grundsätze der Marktabgrenzung

Ziel der Marktabgrenzung ist es, die den Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite entsprechende Realität des Wettbewerbs zu erfassen. Danach ist maßgeblich auf die Sicht der Nachfrager abzustellen.

Die genaue Marktabgrenzung basiert auf den Grundsätzen des sogenannten Bedarfsmarktkonzeptes. Danach sind sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht, marktgleichwertig (s. etwa Möschel in: Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 23 ff. m.w.N.).

Vielfach werden jedoch bestimmte Waren und Dienstleistungen sehr stark den individuellen Bedürfnissen der einzelnen Abnehmer angepasst. Um in diesen Fällen das mit der sachlichen Marktabgrenzung angestrebte Ziel der Erfassung relevanter Austauschbeziehungen zu erreichen, ist nach ständiger Rechts- und Verwaltungspraxis als Ergänzung das Ausmaß der Umstellungsflexibilität der Anbieter heranzuziehen. Andernfalls könnte eine zu enge, lediglich auf das konkrete Produktprogramm einiger weniger Anbieter beschränkte sachliche Marktabgrenzung die Folge sein (vgl. Rupelt in: Langen/Bunte, 9. Aufl., § 19 Rdnr. 19 ff., m.w.N. auch zur Rspr.).

1.3 Sachliche relevante Märkte im Bereich des Güterverkehrs

Bei der Marktabgrenzung ist zunächst vom Tätigkeitsbereich des zu erwerbenden Unternehmens auszugehen. Vorliegend ist daher zunächst auf die Tätigkeit der RBH abzustellen, da die Übernahme dieses Unternehmens den Schwerpunkt des Zusammenschlussvorhabens bildet.

Wie bereits eingangs dargestellt, erbringt, vermarktet und vertreibt die RBH als Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der Infrastruktur der RAG AG, der öffentlichen Infrastruktur der DB Netz AG und in Häfen Transport- und Logistikdienstleistungen. Diese konzentrieren sich im Wesentlichen auf Bergbau- und Kokereiprodukte. RBH ist damit vorwiegend im Bereich der Erbringung von Transportleistungen für Kohle und Koks (= feste mineralische Brennstoffe) auf der Schiene tätig, wobei die Transporte weit überwiegend national und zu einem geringen Teil grenzüberschreitend erbracht werden. Diesbezüglich handelt es sich bei den transportierten Produkten um typische Massengüter für die Grundstoffindustrie. Als Massengüter werden diejenigen Güter bezeichnet, die üblicherweise in Mengen größer als einzelne LKW- oder Waggonladungen per Binnenschiff, in Pipe-

lines, in Teil- oder Ganzzügen oder grundsätzlich auch durch LKW-Flotten bewegt werden (Peter Klaus, Die TOP 100 der Logistik, 3. Aufl., S. 82, i.F.: „Logistikstudie“).

Nachfrager nach entsprechenden Transportleistungen können sowohl die Lieferanten des Produkts oder aber deren Empfänger sein. Soweit diese sich zur Abwicklung des Transportauftrages eines externen Logistikunternehmens bedienen, das selbst nicht über entsprechende Transportmöglichkeiten verfügt, sondern diese wiederum einkaufen muss, ist auch das Logistikunternehmen Nachfrager nach Transportleistungen. Die Nachfrage ist insoweit identisch.

Die Nachfragesituation zeichnet sich dadurch besonders aus, dass die Empfänger dieser Produkte auf deren kontinuierliche Belieferung in großen Mengen angewiesen sind, um ihren Produktionsprozess nicht unterbrechen zu müssen. Die Nachfrage erfolgt vor diesem Hintergrund nicht „ad hoc“, bezogen auf die einzelne Lieferung. Vielmehr werden langfristige Kontrakte, in der Regel mindestens Jahresverträge, geschlossen, mit denen der Jahrestransportbedarf und die Lieferzyklen vereinbart werden. Dies schließt nicht aus, dass bei kurzfristigen Bedarfsspitzen zusätzliche Transporte vereinbart werden müssen. Diese Nachfrage unterliegt – da es sich in diesen Fällen regelmäßig um kleinere Volumina handelt, die demgegenüber kurzfristig bereitgestellt werden müssen – anderen Rahmenbedingungen als diejenige nach Belieferung mit dem Grundbedarf.

Angesichts der auf bestimmte Produkte und den Verkehrsträger Schiene beschränkten Tätigkeit der RBH kommt daher zunächst die Annahme eines Marktes für den Transport von festen mineralischen Brennstoffen auf der Schiene in Betracht, wie dies auch die Beigeladenen vorgetragen haben. Eine derartige Marktabgrenzung entspricht aber nicht den tatsächlichen Marktverhältnissen, da sie sowohl hinsichtlich der transportierten Güter wie auch hinsichtlich der Beschränkung auf Transporte auf der Schiene zu eng ist.

1.3.1 Zur Abgrenzung zwischen nationalem und grenzüberschreitendem Transport

Die RBH erbringt Transportleistungen von festen mineralischen Brennstoffen überwiegend im nationalen Verkehr (= Binnenverkehr: Ursprungs- und

Empfangsort in Deutschland) sowie teilweise im grenzüberschreitenden Verkehr. Mit den Beteiligten sind die nachfolgend noch darzustellenden betroffenen Märkte zunächst danach zu unterscheiden, ob die Transportleistungen national oder grenzüberschreitend erbracht werden.

Im Bereich des Schienengüterverkehrs geht die Beschlussabteilung nach ständiger Praxis aufgrund der mangelnden Interoperabilität der einzelnen nationalen Eisenbahninfrastrukturen, Sprachbarrieren, unterschiedlichen Spurweiten und maximal zulässigen Achslasten von Güterwagen und Lokomotiven nach wie vor von getrennten Märkten für den rein nationalen und für den grenzüberschreitenden Verkehr aus. Auch die DB AG verweist in ihrem Wettbewerbsbericht 2005 auf die unterschiedlichen Strom-, Signal- und Zugsicherungssysteme in Europa als „besondere Herausforderung“ für Eisenbahnverkehrsunternehmen. Die Durchführung grenzüberschreitender Transporte erfordert die Bildung einer internationalen Gruppierung, d.h. einer Ad-hoc-Kooperation zwischen nationalem und entsprechendem ausländischen Eisenbahnverkehrsunternehmen, oder aber die kostenintensive Zulassung sowohl von Lokomotiven als auch von Lokführern im jeweiligen Ausland. Eine andere Beurteilung ist auch im Hinblick auf die auf europäischer Ebene erfolgten Liberalisierungsbemühungen derzeit noch nicht sachgerecht. Zwar existieren – worauf auch die Beteiligten hinweisen – mehrere Richtlinien, die eine Liberalisierung und damit den erleichterten Zugang zu den Schienennetzen in anderen Mitgliedsstaaten vorsehen; die oben dargestellten faktischen Probleme haben diese Liberalisierungsbemühungen aber bislang erheblich beeinträchtigt.

Dieses mag für Transporte, die mit anderen Verkehrsträgern, insbesondere dem Binnenschiff, durchgeführt werden, anders sein. Für den Binnenschiffsverkehr ist festzustellen, dass die möglichen technischen Probleme bei der Grenzüberschreitung geringer sind. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der europäische Binnenschiffmarkt bereits durch die Richtlinie 96/75/EG über die Einzelheiten der Befrachtung und der Frachtratenbildung im innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Binnenschiffgüterverkehr in der Gemeinschaft liberalisiert wurde. Ob daher – sollte ein eigener Markt für Binnenschifftransporte abzugrenzen sein – im Hinblick auf die denkbare Unterscheidung zwischen nationalen und grenzüberschreitenden Transporten von einem einheitlichen Markt auszugehen wäre, kann vorliegend offen bleiben, da sich die Transportleistungen der RBH auf den

Schienengüterverkehr beschränken. Eine unterschiedliche Betrachtungsweise, die – je nach betroffenem Verkehrsträger – entweder einen Markt für nationale Transporte von einem für grenzüberschreitende Transporte abgrenzt (Bahn) oder einen beide Bereiche umfassenden Markt zugrundelegt (Binnenschiff), wäre jedenfalls vor dem Hintergrund der für die jeweiligen Verkehrsträger bestehenden unterschiedlichen regulatorischen Rahmenbedingungen gerechtfertigt. Beschränken oder erschweren diese – wie dargestellt – für einen Verkehrsträger die Möglichkeiten grenzüberschreitenden Verkehrs in anderem Maße als für andere Verkehrsträger, ist eine unterschiedliche Abgrenzung geboten.

Dass – unabhängig von einer Differenzierung zwischen den einzelnen Verkehrsträgern – die unterschiedlichen Marktverhältnisse auf nationalen und grenzüberschreitenden Gütertransportmärkten für getrennte Märkte sprechen, ergibt sich jedenfalls für den vorliegend relevanten Transport von Massengütern auch aus den amtlichen Statistiken des Statistischen Bundesamtes (im Einzelnen dazu unten): Das Statistische Bundesamt weist die Beförderungsleistungen der Verkehrsträger Bahn und Binnenschiff sowohl nach dem Inlandsverkehrskonzept wie auch nach dem Binnenverkehrskonzept aus. Während zum Binnenverkehrskonzept nur alle die Transporte gezählt werden, die ihren Ausgangspunkt und ihren Zielpunkt im Inland haben, gehören zum Inlandsverkehrskonzept darüber hinaus die auf das Inland entfallenden Transportleistungen sämtlicher Transporte, bei denen entweder der Ausgangs- oder der Zielpunkt im Inland liegt, die aber ansonsten grenzüberschreitend erfolgen. Während die Güterbahnen nach dem Binnenverkehrskonzept bei trockenen, schütffähigen Massengütern im Jahr 2004 einen Marktanteil von rd. 71 % gegenüber 29 % für das Binnenschiff haben, beträgt dieses Marktanteilsverhältnis beim Inlandsverkehrskonzept nur rd. 51 % gegenüber 49 %. Dies zeigt, dass die Wettbewerbsverhältnisse bei nationalen Transporten offensichtlich deutlich von denjenigen bei grenzüberschreitenden Transporten abweichen.

Auch die Europäischen Kommission ist in dem Verfahren COMP/M.2905 – „Deutsche Bahn/Stinnes“ dem diesbezüglichen Vortrag der Beteiligten, wonach jeweils von nationalen bzw. grenzüberschreitenden Transportmärkten auszugehen sei, nicht entgegengetreten. Vielmehr hat sie schon im Verfahren IV/M.1056 – „Stinnes/BTL“ hinsichtlich des Gütertransportes über Land ausdrücklich erklärt, dass eine Unterscheidung gemacht werden

muss zwischen nationalem und grenzüberschreitendem Transport. Im Verfahren COMP/M.3150 – „SNCF/Trenitalia“ hat sie ebenfalls spezielle grenzüberschreitende Transporte zugrunde gelegt.

1.3.2 Zur Abgrenzung nach Art des zu transportierenden Gutes

Die RBH erbringt im Wesentlichen Transportleistungen von festen mineralischen Brennstoffen auf der Schiene. Nach dem Konzept der Produktionsumstellungsflexibilität ist auf Anbieterseite zu untersuchen, inwiefern die Anbieter ohne größeren Aufwand auf den Transport anderer Güter umstellen können, so dass Nachfrager auch auf Unternehmen ausweichen können, die bislang andere Produkte als feste mineralische Brennstoffe transportiert haben.

Grundsätzlich sind abhängig vom jeweiligen Transportgut unterschiedliche Transportgefäße notwendig. Feste mineralische Brennstoffe gehören zu den sog. „schüttfähigen“ Massengütern, zu denen zumindest auch Erze, Sand, Kies sowie Steine und Erden zählen. Diesen Produkten ist gemein, dass sie – unabhängig vom gewählten Verkehrsträger – regelmäßig in oben offenen Transportbehältnissen transportiert werden, in die die Güter mittels Kran oder über Förderbänder hineinverbracht werden. Ihre Entladung erfolgt – je nach Vorhandensein der technischen Gegebenheiten am Zielort – bei Eisenbahnwaggons sowie bei LKW´s durch Öffnen bestimmter Luken im unteren Bereich der Waggons, die Entladung kann aber auch wiederum per Kran geschehen. Allerdings verfügen jedenfalls die Großabnehmer von Kohlelieferungen über sog. „Kohlebunker“, in die die Kohle durch die unteren Öffnungen hineinfallen; nach Angaben von Wettbewerbern kommt bei derartigen Volumina eine mechanische Entladung mittels Kran nicht in Frage. Beim Binnenschiff kommt – aus verständlichen Gründen – wiederum nur die Entlademöglichkeit mittels Kran in Betracht.

Gegen ein Abstellen auf den Transport von schüttfähigen Massengütern, ohne nochmals zwischen den einzelnen Produktarten zu differenzieren, hat sich – bezogen auf den Transport per Bahn – insbesondere die Beigeladene rail4chem gewandt. Nach deren Vortrag sei innerhalb der Waggons für Schüttgüter keine Austauschbarkeit zwischen denjenigen, die für den Transport von Kohle und Koks eingesetzt werden können, und denjenigen für andere schüttfähige Massengüter gegeben. Rail4chem begründet ihre

Auffassung damit, dass diejenigen Waggons, die für den Transport anderer schüttfähiger Massengüter – wie z.B. Sand – genutzt werden, nicht für den Transport von Kohle und Koks nutzbar seien, da Rückstände zur Unbrauchbarkeit anderer schüttfähiger Massengüter führen könnten. Auch Vermieter von Eisenbahngüterwaggons haben erklärt, dass für den Transport von Kohle spezielle Waggons entwickelt worden seien. Dies betreffe zum einen die notwendige Stabilität dieser Waggons, um eine lange Lebensdauer zu gewährleisten, sowie die speziellen Entlademöglichkeiten, die den spezifischen Bedürfnissen der Großabnehmer angepasst seien.

Diesem Vortrag ist zuzugeben, dass grundsätzlich beispielsweise Kohlerückstände in Sand (und umgekehrt) vermieden werden müssen, damit Produktreinheit gewährleistet werden kann. Zur Vermeidung von Rückständen ist daher bei einem Wechsel der zu transportierenden Güter zunächst eine Reinigung der Wagen notwendig, ehe diese für den Transport anderer Massengüter eingesetzt werden können. Allerdings scheint eine derartige Reinigung bei den in Betracht kommenden Gütern – anders als beispielsweise bei Bitumen – keinen derart unzumutbaren Aufwand für die Eisenbahnverkehrsunternehmen darzustellen, dass sie völlig ausgeschlossen wäre. Die Ergebnisse der diesbezüglichen Marktermittlungen sind allerdings widersprüchlich. Hinzu kommt, dass zu erwarten ist, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen, die den Transport von Massengütern anbieten, nicht nur über Waggons für Kohletransporte, sondern auch über Waggons für den Transport anderer schüttfähiger Massengüter verfügen. Denn es kommt nicht allein darauf an, ob einzelne Betriebsmittel des Anbieters flexibel einsetzbar sind, sondern ob das Unternehmen nach Art seiner Tätigkeit eine hinreichende Umstellungsflexibilität besitzt.

Hinsichtlich des Binnenschiffverkehrs lässt sich ebenfalls die Aussage treffen, dass keine Abgrenzung zwischen einem reinen Transport fester mineralischer Brennstoffe und einem Transport anderer massenfähiger Schüttgüter erforderlich ist. Nach Aussage des Bundesverbandes Binnenschifffahrt werden die selben Binnenschiffe für den Transport fester mineralischer Brennstoffe und anderer schüttfähiger Massengüter genutzt. Es ist davon auszugehen, dass die hierfür notwendigen Reinigungsmöglichkeiten auch für Binnenschiffe existieren.

Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass die Anbieter von Transportleistungen bezüglich schüttfähiger Massengüter unter dem Gesichtspunkt der Produktionsumstellungsflexibilität auch kurzfristig in der Lage sind, ihr Transportangebot zumindest innerhalb dieser Warengruppen umzustellen. Jedenfalls ist eine endgültige Festlegung auf die engste denkbare Marktabgrenzung – Transport von festen mineralischen Brennstoffen – auch nicht notwendig, da – unter Berücksichtigung der nachfolgend vorgenommenen Beschränkung auf bestimmte Verkehrsträger – die materiellen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens nicht unterschiedlich zu beurteilen sind.

Demgegenüber können die Transportgefäße für flüssige Massengüter sowie Fertigerzeugnisse grundsätzlich nicht für den Transport von schüttfähigen Massengütern eingesetzt werden. Hier werden entweder spezielle Kesselwagen, oder aber Spezialtransporter (bspw. beim Autotransport) bzw. Container benötigt, die für schüttfähige Massengüter nicht eingesetzt werden können. Die auf derartige Güter spezialisierten Transporteure bedienen eine grundsätzlich andere Nachfrage und sind daher auf einem anderen Markt tätig. Für das Segment der flüssigen Massengüter hat dies auch die Europäische Kommission ausdrücklich bestätigt. In dem Verfahren IV/M.897 – „Stinnes/Haniel“ hat sie diesbezüglich ausgeführt: „Die für den Transport der jeweiligen Güter (trockene Massengüter, flüssige Güter und Container) verwendeten Schiffe unterscheiden sich in der Konstruktion und benötigen für das Be- und Entladen ihrer Ladungen jeweils unterschiedliche Vorrichtungen sowohl am Schiff selbst als auch in den Häfen“. Dies trifft für andere Verkehrsträger, insbesondere die Bahn, in gleicher Weise zu.

Nicht zu den schüttfähigen Massengütern gehören die Güterarten, die vom Statistischen Bundesamt in den Güterabteilungen 0 = Landwirtschaftliche Erzeugnisse, 7= Düngemittel und 8 = Chemische Erzeugnisse ausgewiesen sind. Sofern es sich nicht um flüssige Güter handelt, werden sie – insbesondere Getreide – nicht zu den schüttfähigen, sondern zu den rieselfähigen Massengütern gerechnet, für die ebenfalls andere Transporteinheiten zur Verfügung stehen müssen. Sofern sie überhaupt lose transportiert werden, muss dies – im Unterschied zu den beschriebenen schüttfähigen Massengütern – regelmäßig in völlig geschlossenen Transportgefäßen erfolgen, da diese Produkte vor Feuchtigkeit geschützt werden müssen. Zu-

dem besteht gerade bei den landwirtschaftlichen Produkten im Hinblick auf ihre jahreszeitliche Verfügbarkeit ein anderer, nicht regelmäßiger Transportbedarf.

Ebenfalls nicht zu den schüttfähigen Massengütern zählen die Waren, die zur Güterabteilung 5 = Eisen, NE-Metalle gehören. Hier ist ebenfalls bereits fraglich, ob es für diese Gruppe eine Nachfrage nach regelmäßigen Transporten gibt. Entscheidend für die hier vorgenommene Marktabgrenzung ist aber, dass es sich bei den Produkten, die zu dieser Güterabteilung gehören, – auch wenn sie massenweise transportiert werden – regelmäßig um – im Vergleich mit typischen Massengütern – wesentlich höherwertige Güter handelt. Die Kosten ihres Transportes machen im Verhältnis zum Warenwert einen wesentlich geringeren Anteil aus, so dass die Rahmenbedingungen, unter welchen die Transportentscheidungen getroffen werden, völlig andere sind als bei den Massengütern mit deutlich geringerer Werthaltigkeit.

Der gegen die hier vorgenommene Abgrenzung von den Beteiligten gemachte Hinweis auf die Logistikstudie, die von einem einheitlichen Markt für nationale Massengutlogistik ausgehe, kann nicht überzeugen, da die Logistikstudie die Marktabgrenzung nur grob im Hinblick auf die unterschiedlichen Transportarten vornimmt. Ziel der Logistikstudie ist es allein, „Logistik zu messen“ (Logistikstudie, S. 17). Einen wettbewerbsrechtlichen Ansatzpunkt, der basierend auf dem Bedarfsmarktkonzept im Rahmen einer typisierenden Betrachtungsweise auf den vernünftigen durchschnittlichen Abnehmer abstellt, nimmt die Studie nicht für sich in Anspruch.

1.3.3 Zur Austauschbarkeit der Verkehrsträger LKW, Bahn und Schiff

Bei der Frage der sachlichen Marktabgrenzung stellt sich aus Sicht der Verlader – bzw. aus Sicht der Spediteure, die im Auftrag der Verlader Transportleistungen bei den Transporteuren nachfragen – insbesondere die Frage nach der funktionellen Austauschbarkeit der Verkehrsträger LKW, Bahn und Schiff. Wären diese Verkehrsträger aus Nachfragersicht in gleicher Weise geeignet, ihren typischen Transportbedarf abzudecken, wären sie funktionell austauschbar und damit einem einheitlichen Transportmarkt zuzurechnen. Dies ist jedoch vorliegend für den Transport schüttfä-

higer Massengüter, jedenfalls soweit sie regelmäßig in großen Mengen transportiert werden müssen, nicht der Fall.

Der Transportbedarf ist aus Nachfragersicht sehr unterschiedlich; er konkretisiert sich durch das zu transportierende Transportvolumen in Tonnen und die zurückzulegende Transportentfernung in Kilometer; mithin die Beförderungsleistung in Tonnenkilometer (to-km). Bei einem bestimmten Transportbedarf stellen die Transportkapazitäten der einzelnen Verkehrsträger einen kritischen Faktor dar. Die Transportkapazitäten divergieren bei Bahn, LKW und Schiff deutlich: Während ein LKW eine Transportkapazität von ca. 20 - 30 Tonnen aufweist, umfasst die Kapazität eines Bahnwagons 30 - 100 Tonnen. Damit besteht die Möglichkeit, mit einem Ganzzug ca. 1.000 Tonnen sowie mit einem sog. Doppelzug das doppelte Volumen zu transportieren. Damit vergleichbar ist die Kapazität eines Binnenschiffs; diese beträgt 1.000 – 3.000 Tonnen. Während danach ein Transportbedarf eines Nachfragers von 1.000 t problemlos mit einem Ganzzug bzw. einem Binnenschiff gedeckt werden kann, sind für einen Transportbedarf diesen Umfangs bereits 35 – 50 LKW's notwendig.

Im Hinblick auf vergleichbar hohe Transportkapazitäten von Eisenbahnen und Binnenschiffen können diese beiden Verkehrsträger im Ergebnis in einen gemeinsamen Markt einbezogen werden.

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Verwendung des Binnenschiffes deutlich engere Grenzen gesetzt sind. Während das Eisenbahnverkehrsnetz in Deutschland eine relativ hohe Netzdichte aufweist, ist das durch die natürlichen geographischen Gegebenheiten beschränkte Netz aus Binnenwasserstraßen weitaus weniger dicht. Aufgrund dieser geographischen Restriktionen dürfte das Binnenschiff daher für einige Nachfrager überhaupt keine oder zumindest nur eine bedingte Ausweichalternative darstellen. Allerdings haben in der Vergangenheit viele Unternehmen, die von der regelmäßigen Belieferung mit großen Mengen an Massengütern abhängig sind, ihre Standortentscheidung gerade im Hinblick auf die mögliche Nutzung der Binnenwasserstraßen getroffen. Insbesondere die Kraftwerke, die zudem auch das Wasser für die Kühlung benötigen, liegen größtenteils unmittelbar an Wasserstraßen. Soweit zudem eine unmittelbare Belieferung durch das Binnenschiff nicht in Betracht kommt, besteht –

jedenfalls bei größeren Transportentfernungen – die Möglichkeit, das Massengut zumindest im Hauptlauf über das Binnenschiff zu transportieren.

Dennoch soll im Folgenden aufgrund der zumindest teilweise gegebenen Substituierbarkeit für Nachfrager mit Eisenbahnnetz- und Binnenwasserstraßenzugang von einem zumindest diese beiden Verkehrsträger umfassenden sachlich abgegrenzten Markt ausgegangen werden. Dies zumindest auch deswegen, weil gerade Nachfrager im Bereich des Transportes von festen mineralischen Brennstoffen häufig über einen Binnenwasseranschluss verfügen.

Demgegenüber kommt die Einbeziehung des Verkehrsträgers LKW für hochvolumige Transporte von Massengütern nicht in Betracht.

Die divergierenden Transportkapazitäten der Verkehrsträger führen zu unterschiedlichen Transportkosten in Abhängigkeit von der transportierten Menge. Während aufgrund tendenziell hoher Fixkosten bei Bahn und Binnenschiff hohe Transportvolumina zu sinkenden Kosten pro Tonne führen (Skaleneffekte), steigen die Transportkosten aufgrund tendenziell hoher variabler Kosten bei LKW's in Abhängigkeit von der transportierten Menge an, da jeder zusätzlich eingesetzte LKW zusätzliche – zunächst sprungfixe – Kosten verursacht.

Aufgrund der relativ hohen Transportkapazität der Verkehrsträger Binnenschiff und Bahn und der relativ geringen Transportkapazität des Verkehrsträgers LKW kommt für einen Nachfrager nach hochvolumigen Massenguttransporten – zu denen gerade die Kohletransporte zählen – der LKW als Verkehrsträger nicht in Frage.

Die ökonomisch sinnvollen Einsatzmöglichkeiten liegen aufgrund der o.g. begrenzten Transportkapazität und der Kostenstruktur des LKW's zunächst überwiegend bei einem durch ein niedriges Transportvolumen gekennzeichneten Transportbedarf. Die begrenzte Einsatzmöglichkeit des LKW's spiegelt sich damit in einer wesentlich geringeren Beförderungsleistung in to-km wider. Der Einsatz des LKW's ist allenfalls als komplementärer Verkehrsträger bei gebrochenen Verkehren denkbar: Während hochvolumige Transporte im Hauptlauf aufgrund obiger Überlegungen regelmäßig per Binnenschiff oder Bahn erfolgen, wird der LKW ggf. für die Feinvertei-

lung im Vor- oder Nachlauf bei fehlendem unmittelbarem Binnenwasserstraßen- bzw. Schienenzugang eingesetzt.

Die Beteiligten führen aus, dass Qualität und Transportgeschwindigkeit der Verkehrsträger unterschiedlich seien, die Verlader jedoch in erster Linie an einer zeit- und kostengerechten Organisation des Transportes interessiert sind. Allerdings schließen die Beteiligten gerade aus der Anforderung einer kostengerechten Organisation auch die Notwendigkeit, alle Verkehrsträger – und damit auch den LKW – in einen Markt einzubeziehen. Dem kann nicht gefolgt werden.

Generell verfügen Massengüter – zu denen auch die festen mineralischen Brennstoffe zählen – über eine geringe Wertdichte; d.h. der Wert des Gutes ist im Vergleich zu dessen Volumen gering. Hierauf weisen auch die Beteiligten hin und schließen daraus folgerichtig, dass die Nachfrager ein ganz wesentliches Interesse daran haben, die Transportkosten so niedrig wie möglich zu halten. Je höher die Frachtsätze für den Transport hochvolumiger Mengen sind, desto mehr stehen sie im Missverhältnis zu dem Wert des transportierten Gutes. Zumindest für große Mengen und lange Transportentfernungen scheidet daher aber der LKW als wirtschaftliche Transportalternative aus.

Eine hohe Zeitsensibilität, die ggf. den kurzfristigen und flexiblen Einsatz von LKW's erfordern würde, spielt insbesondere im Bereich des hier relevanten hochvolumigen Kohle- und Kokstransportes nur eine untergeordnete Rolle. Energieversorger und Kraftwerke sind zwar grundsätzlich auf eine zeitgerechte Lieferung angewiesen. Der Energieverbrauch ist jedoch in der Regel keinen unvorhergesehenen Schwankungen ausgesetzt, so dass keine kurzfristigen Belieferungen erforderlich sind. Ergibt sich in Ausnahmefällen dennoch eine Notwendigkeit für kurzfristige Belieferungen, kommt zur Deckung solcher Nachfragespitzen möglicherweise der Einsatz von LKW in Frage.

Im Hinblick auf die Produktionsumstellungsflexibilität ist bei einem typisierten Bedarf grundsätzlich zu überprüfen, inwieweit die Anbieter auf dem Transportmarkt in der Lage sind, auf sich verändernde Nachfragebedingungen durch die Umstellung des Angebotes zu reagieren. Diesbezüglich führen die Beteiligten aus, dass die Anbieter in der Regel in der Lage sei-

en, jedes Gut in jedem Volumen zu transportieren, da im Falle fehlender eigener Transportmittel Subunternehmen mit einbezogen werden könnten. Insofern sei nach Ansicht der Beteiligten von einer weitgehenden Angebotsumstellungsflexibilität auf Seiten der Anbieter von Transport- und Logistikleistungen auszugehen.

Diese Einschätzung der Beteiligten trägt jedoch der spezifischen Nachfrager-/Anbieterstruktur auf den Logistikmärkten nur unzureichend Rechnung. Dass grundsätzlich von den Logistikunternehmen sämtliche Leistungen auf sämtlichen Verkehrsträgern ggf. unter Einschaltung von Subunternehmen angeboten werden können, ist nicht zu bestreiten. Ein Logistikunternehmen ist in diesem Fall zwar gegenüber einem Verloader Anbieter von Transportleistungen, tritt jedoch – sofern es nicht selbst über das jeweils erforderliche Equipment verfügt – wiederum als Nachfrager gegenüber den eigentlichen Transporteuren auf. Logistikunternehmen, die gegenüber den Verladern beispielsweise einen Schienentransport ohne eigenes Equipment anbieten, müssen – ebenso wie der Verloader selbst – auf das Angebot von Eisenbahnverkehrsunternehmen zurückgreifen und stehen damit im Hinblick auf den Transport dieser Güter nicht im Wettbewerb zu den Transportunternehmen, sondern treten – wie ein Verloader selbst – als Nachfrager auf.

Neben der Austauschbarkeit von Produkten bzw. Leistungen aus Sicht der Nachfrager ist zudem auf die Möglichkeit der Anbieter, ihre Produktion umzustellen, abzustellen. Vorliegend ist daher im Hinblick auf die Angebotsumstellungsflexibilität auf die Perspektive der Transporteure abzustellen, die den Transport letztlich physisch erbringen. Insofern stellt sich im Hinblick auf die zu untersuchende Produktionsumstellungsflexibilität die Frage, ob und inwiefern ein im Bereich des LKW-Transportes tätiges Unternehmen ohne weiteres in der Lage ist, physisch Transportleistungen mit anderen Verkehrsträgern anzubieten.

Eine ausreichende – insbesondere kurzfristig bestehende – Angebotsumstellungsflexibilität eines im Bereich des LKW-Transportes tätigen Unternehmens hin zur Durchführung eines Transportes per Binnenschiff oder Bahn ist nicht anzunehmen. Diesbezüglich bedarf es – außerhalb der Möglichkeit, einen Bahntransporteur oder ein Binnenschiff mit dem Transport zu beauftragen, was ihn wiederum selbst als Nachfrager und nicht als An-

bieter dieser Leistung qualifizieren würde – eines längeren zeitlichen Vorlaufs, um die diesbezüglich erforderlichen Investitionen zu tätigen.

Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass auch im Hinblick auf die ebenfalls zur Marktabgrenzung ergänzend heranzuziehende Überprüfung der Produktionsumstellungsflexibilität zu schließen ist, dass der LKW im Bereich von Massenguttransporten nicht in den sachlich relevanten Markt mit einzubeziehen ist. Dies schließt nicht aus, dass der LKW komplementär eingesetzt werden kann und wird, etwa wenn zur Durchführung der „letzten Meile“ im Fall des Binnenschifftransportes, aber auch des Bahntransportes die Strecke von der Anlegestelle bzw. dem Güterumschlagplatz der Bahn zum Verwendungsort zu überbrücken ist. Diesbezüglich ist anzumerken, dass das von den Beteiligten vorgelegte Gutachten der LECG Consulting Belgium auf eine Studie des Ifo-Institutes verweist, wonach von einem direkten Anschluss an das Binnenschiffahrtsnetz noch gesprochen werden kann, wenn der Standort tatsächlich noch 30 km hiervon entfernt liegt. Offenbar zehrt der Nachteil eines – ggf. zusätzlichen – Umschlags den Vorteil einer Durchführung des Hauptlaufes durch das Binnenschiff nicht auf.

Eine Berücksichtigung des Transportmittels Pipeline – wie von den Beteiligten vorgeschlagen – verbietet sich bei der hier vorgenommenen Marktabgrenzung auf schüttfähige Massengüter bereits aus physikalischen Gründen.

1.3.3.1 Ergebnisse der von der Beschlussabteilung durchgeführten Befragung der Verlader und Eisenbahnverkehrsunternehmen

Die von der Beschlussabteilung vorgenommene sachliche Marktabgrenzung wird durch die Ergebnisse der durchgeführten Befragung bei Nachfragern nach Transportleistungen sowie bei Anbietern bestätigt.

Die Beschlussabteilung hat mit Schreiben vom 11. Mai 2005 bzw. 13. Mai 2005 umfangreiche Marktermittlungen bei den Verladern (Kraftwerke etc.), Logistikern und Eisenbahnverkehrsunternehmen durchgeführt. Ziel der Befragung der Verlader war es, eine Einschätzung im Hinblick auf die Austauschbarkeit der Verkehrsträger LKW, Bahn und Schiff bei dem Transport von Massengütern zu erhalten.

Die oben verbal-argumentativ hergeleitete nur sehr bedingt gegebene Austauschbarkeit zwischen den Verkehrsträgern Bahn und LKW im Hinblick auf den Transport von trockenen Massengütern findet sich durch die Befragung der Unternehmen, die sich am theoretischen Konzept des „SSNIP“-Test⁴ oder „Hypothetischer Monopol“ (HM)-Test orientiert, bestätigt. Im Vordergrund steht bei diesen Tests die Frage, wie die im Einzelfall maßgeblichen Akteure der Marktgegenseite auf hypothetische Preiserhöhungen von 5 - 10 % reagieren und mithin der Ansatz, die Grenzen des relevanten Marktes mit Hilfe der Preiselastizität der Nachfrage zu bestimmen.

Unter Punkt III. 2. des Fragebogens („Preisbetrachtung“) wurden die Verlader gebeten, anzugeben, ab welcher Preissteigerungsschwelle sie bereit seien, von der Bahn auf den Transport per LKW auszuweichen - bei gleich bleibenden Preisen für den Transport von Massengütern per LKW oder per Binnenschiff. Als Auswahlmöglichkeit konnten „2 % Preissteigerung“, „5 % Preissteigerung“, „10 % Preissteigerung“, „mehr als 10 % Preissteigerung“ sowie „überhaupt nicht“ angekreuzt werden.

Insgesamt konnten 56 Aussagen berücksichtigt werden. Von diesen gaben 31 Verlader an, einen Wechsel bei Preissteigerungen zwischen 2 % und 10 % in Betracht zu ziehen. Die durchschnittliche Preissteigerungsschwelle, bei der diese Verlader eine Wechselmöglichkeit von der Bahn auf den LKW sehen, lag jedoch bei mehr als 5 % (5,23 %). Fünf Unternehmen gaben an, Ausweichmöglichkeiten auf den LKW erst bei mehr als 10 % Preissteigerung zu sehen. Insgesamt gaben aber 20 Verlader – und damit 35 % der Unternehmen – an, überhaupt nicht von der Bahn auf den LKW wechseln zu können.

Die Anzahl derjenigen Unternehmen, die eine Ausweichmöglichkeit von der Bahn auf den LKW verneinen, steigt mit zunehmender durchschnittlicher Beförderungsleistung dieser Unternehmen deutlich an. Von den Unternehmen, die im Bereich schüttfähige Massengüter im Einzelfall eine durchschnittliche Transportleistung von mindestens 200.000 Tonnen-Kilometer anfragen, verneinen 40 % der Verlader eine Ausweichmöglichkeit von der Bahn auf den LKW. Bei einer durchschnittlichen Transportleis-

⁴ SSNIP – (S)mall but (S)ignificant (N)on-transitory (I)ncrease in (P)rice.

tung von mindestens 350.000 Tonnen-Kilometer verneinen bereits mehr als 50 % die Substitutionsmöglichkeit durch den LKW.

Mehrere Verlader begründeten die fehlende Wechsellmöglichkeit mit der Aussage, dass „die Mengen pro Tag zu hoch für LKW“, die „Tonnage zu groß“ seien. Mehrere Verlader verdeutlichten dies an konkreten Zahlenbeispielen. So gab ein Verlader von Kohle an, dass ein Doppelzug mit 2.700 Tonnen bei einer Kapazität des LKW's von 25 Tonnen durch insgesamt 108 LKW's ersetzt werden müsse. Angesichts eines Bedarfs von mehreren Doppelzügen pro Tag bedeute dies, dass der Transport derselben Menge Kohle mit fast 700 LKW's täglich bewältigt werden müsste. Aufgrund der damit verbundenen hohen Kosten, insbesondere hoher Personalkosten durch die Notwendigkeit, einen Fahrer pro LKW einzusetzen – sei die mangelnde Austauschbarkeit zwischen Bahn und LKW anhand dieses Beispiels offensichtlich. Auch logistisch sei eine Entladung dieser Vielzahl von LKW's nicht möglich.

Die Fragebogenauswertung bestätigte auch die verbal-argumentativ dargelegte Plausibilitätsüberlegung, dass sich die Einsatzmöglichkeiten des LKW's für Massengüter auf geringe Transportleistungen als dem Produkt aus Transportentfernung und Transportvolumen beschränken.

Im Fragebogen an die Verlader und an die Eisenbahnverkehrsunternehmen wurden diese gebeten, in einem Koordinatensystem (Abszisse: Transportvolumen in Tonnen von 50 bis 6.000 Tonnen; Ordinate: Entfernung in km von 100 bis 1.000 km) anzugeben, bei welcher Kombination aus Transportentfernung und Transportvolumen die einzelnen Verkehrsträger besonders vorteilhaft sind. Die Auswertungen ergaben, dass der LKW lediglich in durch niedrige Beförderungsleistungen gekennzeichneten Randbereichen eingesetzt wird. Je weiter die Transportentfernung bzw. je höher das Transportvolumen, desto weniger sinnvoll erscheint der Einsatz des LKW's.

Insbesondere im hochvolumigen Bereich – der für die verladende Wirtschaft gerade im Bereich Kies, Kohle und Koks charakteristisch ist – betrachten die Verlader lediglich die Bahn und das Binnenschiff als besonders vorteilhaft. Die Fragebogenauswertung ergab auch, dass gerade im Bereich des hier betroffenen Transportes von Kohle und Koks weitaus

hochvolumigere Mengen transportiert werden als bei den übrigen schüttfähigen Massengütern.

1.3.3.2 Auffassungen in der Literatur und Entscheidungen der KOM

Die begrenzte Austauschbarkeit der Verkehrsträger im Bereich der Massenguttransporte wird auch von der gängigen Literatur der Transportwirtschaft bestätigt. Hier wird insbesondere auf „Massenleistungsfähigkeit“ der Verkehrsträger für die Massengüter – zu denen auch die festen mineralischen Brennstoffe zählen – abgestellt.

Eine hohe Massenleistungsfähigkeit wird demnach regelmäßig der Eisenbahn attestiert: „Von der Kostenstruktur her ist die Produktion von Schienenverkehrsleistungen nämlich durch hohe Fixkosten und vergleichsweise außerordentlich niedrige variable Kosten gekennzeichnet. Daraus resultiert die umfassende Begünstigung massenhafter und weiträumiger Verkehre, die nicht ohne Einfluss auf das Betriebsgrößenwachstum und auf die räumliche Struktur der Industrie bleiben konnte.“ (aus: Ihde, G.B., „Transport, Verkehr, Logistik“, 3. Aufl., 2001, S. 157; vgl. auch Aberle, G., „Transportwirtschaft“, 4. Aufl., 2003, S. 546).

Nach Aberle ist der Eisenbahnverkehr sogar durch einige „kaum im Wettbewerb stehende Produktgruppen (Ganzzug-/Massengutverkehr) gekennzeichnet“ (vgl. Aberle, G., „Transportwirtschaft“, 4. Aufl., 2003, S. 439).

Eine hohe Massenleistungsfähigkeit wird auch dem Binnenschiff zugeschrieben, wobei hier auch die mangelnde Netzdichte – und die damit einhergehende relationsabhängige Substituierbarkeit mit der Bahn – zu beachten ist: „Die hervorstechenden Merkmale der Binnenschifffahrt sind ihre hohe Massenleistungsfähigkeit, die geringe Netzbildungsfähigkeit – das deutsche Wasserstraßennetz hat eine nutzbare Länge von nur knapp 7.000 Kilometer – sowie die – verglichen mit den anderen Verkehrsträgern – geringe Transportgeschwindigkeit. Dieses Verkehrswertigkeitsprofil [Voigt 1973, S. 69 ff.] prädestiniert die Binnenschifffahrt daher für die Beförderung massenhaft anfallender, transportkostenempfindlicher Güter, für die in der Regel auch keine Eilbedürftigkeit gegeben ist.“ (Ihde, G.B., „Transport, Verkehr, Logistik“, 3. Aufl., 2001, S. 152).

Die Massenleistungsfähigkeit des LKW's hingegen ist gering. Auch die Logistikstudie bezieht den LKW nicht als Substitutionskonkurrenz in den Markt für Massenguttransport mit ein, indem sie im Bereich der Binnenschifffahrt lediglich von „Marktanteils- und Preiskämpfe[n] mit den ausländischen Wettbewerbern und punktuell zwischen Binnenschifffahrt und Bahn“ ausgeht (vgl. Logistikstudie, S. 86).

Schließlich wird auch darauf hingewiesen, dass die Ansiedlung von Industrien an Binnenwasserstraßen und Eisenbahnnetzen erheblich durch die Massenleistungsfähigkeit der entsprechenden Verkehrsträger beeinflusst wurde (vgl. Ihde, G.B. „Transport, Verkehr, Logistik“, 3. Aufl., 2001, S. 152 f.), d.h., dass Standortentscheidungen bewusst danach getroffen werden, ob die benötigten Rohstoffe per Bahn oder per Schiff angeliefert werden können.

Die Europäische Kommission hat bislang den Massenguttransport nicht explizit nach Verkehrsträgern abgegrenzt, da sich in den von ihr entschiedenen Fällen bislang auch bei engstem sachlich relevanten Markt keine kritische Marktanteilsaddition ergab. Allerdings hat sie in dem Fall COMP/M.2905 – „Deutsche Bahn/Stinnes“ – darauf hingewiesen, dass die durchgeführte Marktuntersuchung gezeigt habe, „dass auf Grund der geographischen Lage von Kunden, aber auch auf Grund von produktspezifischen Eigenschaften nicht von einer generellen Austauschbarkeit aller Verkehrsträger ausgegangen werden kann“.

Gleichwohl hat die KOM im Verfahren IV/M.897 – „Stinnes/Haniel“ den Bereich der Trockenbinnenschifffahrt von Massengütern als sachlich relevanten Markt angenommen und implizit die Austauschbarkeit durch den Verkehrsträger LKW's verneint: „Ob der Markt für die Trockenbinnenschifffahrt einen eigenständigen sachlich relevanten Markt darstellt oder nur Teil eines weiteren Produktmarktes ist, der auch Transporte mit der Eisenbahn einschließt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, weil sich am Ergebnis der Prüfung insoweit nichts ändern würde“ (vgl. o.g. Entscheidung, Rdnr. 20); eine mögliche Austauschbarkeit mit dem LKW wurde in dieser Entscheidung überhaupt nicht in Betracht gezogen.

1.4 Räumlich relevante Märkte

Die Beschlussabteilung geht in ihrer bisherigen Praxis bei sämtlichen logistischen Teilmärkten von nationalen Märkten aus. Nachfrager nach Transportleistungen – sowohl Verlader als auch Logistiker – wenden sich regelmäßig an im Inland ansässige Transportunternehmen. Sofern ausländische Logistikunternehmen bzw. Transportunternehmen mit einem Transport beauftragt werden, verfügen diese regelmäßig über Niederlassungen im nationalen Markt. Auch die Europäische Kommission geht in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis bei Transportmärkten von nationalen Märkten aus (vgl. COMP. M. 1513 – „Deutsche Post/Danzas/Nedlloyd“, Rdnr. 16).

1.5 Stellungnahme zum LeCG-Gutachten

Auch die von den beteiligten Unternehmen vorgelegten Gutachten zur Bestimmung des relevanten Marktes vom 13. Juli 2005 (Gutachten 1 – 3) der LeCG Consulting Belgium sind nicht geeignet, eine andere als die hier zu Grunde gelegte Marktabgrenzung zu begründen.

Fragwürdig ist bereits der Ausgangspunkt der Marktabgrenzung des Gutachtens 2 (S. 29), wonach „jedweder Wettbewerbsdruck“ zu berücksichtigen sei. Denn die Abgrenzung des (relevanten) Marktes ist nicht das Ergebnis, sondern der Beginn der wettbewerblichen Prüfung eines Zusammenschlusses und seiner Auswirkungen auf die Marktverhältnisse. Erst im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Strukturfaktoren ist eine abschließende Aussage zur Marktbeherrschung, d. h. über den gegebenen (oder fehlenden) „Wettbewerbsdruck“ möglich (vgl. BGH, Beschl. v. 4.11.2003, WuW/E DE-R, S. 1206 f. „Strom und Telefon I“).

Weiterhin ist nach der Rechtsprechung für die Frage der Austauschbarkeit nicht auf den „marginalen“ Kunden (Gutachten 1, S. 3), sondern auf den vernünftigen durchschnittlichen Abnehmer abzustellen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2003, WuW/E DE-R 1149, 1152 „trans-o-flex“). Spezielle Interessen einzelner (oder gar eines einzelnen, des „marginalen“) Nachfrager(s) führen daher nicht zu einer Ausweitung des relevanten Marktes durch Einbeziehung weiterer Güter oder Leistungen.

Schließlich lässt die Analyse des Gutachtens 2 (S. 38, 42) eine Marktabgrenzung unter Einbeziehung aller Verkehrsträger lediglich „vermuten“. Eine bloße Vermutung einer sachgerechten Marktabgrenzung eignet sich

aber umso weniger als zuverlässiges Hilfsmittel zur Feststellung von Marktbeherrschung, als sie auf fraglichen und zum Teil widersprüchlichen Überlegungen beruht. So spricht die Möglichkeit, verschiedene Verkehrsträger miteinander zu kombinieren (S. 33) eher für ein komplementäres Verhältnis als für ihre gegenseitige Austauschbarkeit, insbesondere was den LKW betrifft. Denn auch das Gutachten bestreitet nicht, dass aus den spezifischen Systemeigenschaften der drei Verkehrsträger Bahn, Schiff und LKW deutliche Vorteile bei ihrem Einsatz für spezifische Transportbedürfnisse resultieren, und dass Verlagerer bestimmte Verkehrsträger anderen vorziehen. Im Hinblick auf den LKW folgt aus dem Gutachten (S. 33), dass dieser Verkehrsträger, der isoliert betrachtet keine tragbare Alternative für eine bestimmte Transportleistung darstellen würde, in Verbindung mit einem anderen Verkehrsträger (z. B. Schiff oder Bahn) zu einer potenziellen Alternative werden kann. Der nicht zu bestreitende Einsatz des LKW im intermodalen Verkehr ersetzt somit nicht den Transport per Bahn oder Schiff im Hauptlauf, sondern ergänzt diese Verkehrsträger, wo diese mangels eines direkten Anschlusses an das Wasser- bzw. Schienennetz nicht einsetzbar sind. Zu diesem Schluss gelangt auch das Gutachten selbst, wenn es ausführt (Seite 34), dass „große Verlagerer, die an das Wasserstraßennetz angebunden sind, ihren großvolumigen Transportbedarf größtenteils mit dem Binnenschiff und der Schiene oder einer Kombination verschiedener Verkehrsträger decken“ werden.

Auf den LKW entfallen nur Aufträge in „Größenordnungen, für die der Straßenverkehr eine gute Alternative darstellt“ (ebenda). Daraus folgt, dass die Nachfrage nach LKW-Transporten im Hinblick auf die Transportleistung einem anderen Bedarf folgt als die Nachfrage nach Transportleistungen, die typischerweise – entsprechend der spezifischen Systemeigenschaften der Verkehrsträger – von der Bahn oder dem Binnenschiff gedeckt wird.

Auch der Hinweis auf die Möglichkeit, Verkehrsträger langfristig zu substituieren, indem Standorte bzw. Bezugsquellen zur Optimierung der Transportprozesse ausgewählt werden, begründet keine weitere Marktabgrenzung. Die Standortentscheidung und die Wahl der Bezugsquelle ist der Transportnachfrage vorgelagert. Ist diese Entscheidung – ggf. unter Berücksichtigung der Transportfrage – gefallen, richtet sich die Beurteilung der Austauschbarkeit nach dieser Vorgabe, denn eine Substitution muss

ohne Weiteres, d.h. insbesondere ohne besondere sachliche Anpassungsleistung des Abnehmers möglich sein (vgl. Ruppelt, in: Langen/Bunte § 19 Rn. 11 und KG, Beschl. v. 16.12.1987, WuW/E OLG 4167 f. „Kampffmeyer/Plange“).

Inwieweit schließlich der Verweis auf interne Transportleistungen (S. 35) und den Güterstruktureffekt für die Frage der Marktabgrenzung relevant sein sollen, erschließt sich nicht. Fraglich kann nur sein, ob interne Leistungen (Eigenproduktion) dem Marktvolumen zugerechnet werden müssen, was nach der ständigen Rechtsprechung nicht der Fall ist. Richtig ist insoweit aber, dass intern genutzte Transportkapazitäten als potenzieller Wettbewerb zu werten sind, wenn tatsächlich zu erwarten ist, dass sie auch für ein Angebot von Transportleistungen an Dritte eingesetzt werden könnten. Hieraus folgt aber keine Aussage für die Marktabgrenzung, insbesondere auch keine Begründung für die Einbeziehung von straßengebundenen Transporten in den sachlich relevanten Markt. Vielmehr sprechen auch die im Gutachten 2 (S. 38) zitierten Publikationen nur von „zunehmenden Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Eisenbahngüterverkehrsunternehmen“ und „Preiskämpfen ... zwischen Binnenschiff und Bahn“.

1.6. Letztlich kann eine abschließende Abgrenzung des hinsichtlich des Transports von festen mineralischen Brennstoffen relevanten Marktes dahinstehen, weil weder eine engere noch eine weitere Marktabgrenzung zu einem anderen Prüfungsergebnis führen würde.

2. Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten auf dem Markt für trockene, schüttfähige Massengüter

2.1 Ermittlungen zum Marktvolumen

Zur Ermittlung des Marktvolumens hat die Beschlussabteilung auf die umfangreiche Datenerhebung und deren Aufbereitung durch das Statistische Bundesamt zurückgegriffen. Das Statistische Bundesamt veröffentlicht monatlich bzw. jährlich das Transportvolumen in Tonnen und die Beförderungsleistung in Tonnenkilometer für die Verkehrsträger Binnenschiff, Bahn und LKW. Die Beförderungsmenge und die Beförderungsleistung

sind zudem nach den Güterabteilungen des Statistischen Bundesamtes aufgegliedert.

Die Daten des Statistischen Bundesamtes basieren auf den Transportmeldungen der jeweiligen Hauptfrachtführer. Die Hauptfrachtführer bilden die Marktgegenseite gegenüber den Nachfragern nach Transportleistungen auch insoweit, als sie für die Transportaufträge Unterfrachtführer beauftragen, so dass die Transportleistungen, die das einzelne Unternehmen als Hauptfrachtführer erbringt, seine Marktstellung zutreffend widerspiegeln. Zudem wird auf diesem Wege sichergestellt, dass bei der Ermittlung des Marktvolumens keine Doppelzählungen erfolgen. Die Tatsache, dass die Transportunternehmen rechtlich verpflichtet sind die entsprechenden Daten an das Statistische Bundesamt zu melden, stellt deren Richtigkeit sicher.

Allerdings wird bei diesen gemeldeten Daten keine Unterscheidung hinsichtlich konzernfremd bzw. konzernintern erbrachter Leistungen getroffen. Die Ermittlung des reinen Marktvolumens ohne konzernintern erbrachte Leistung ist aus verfahrensökonomischen Gründen nicht möglich. Da das Statistische Bundesamt grundsätzlich keine separaten Daten für die Erbringung lediglich konzernfremd erbrachter Leistungen ermittelt und auswertet, muss vorliegend – in Ermangelung einer gesonderten, die konzernintern erbrachten Leistungen ausgrenzenden Erhebung – auf das vorliegende statistische Material zurückgegriffen werden.

Die Beteiligten hingegen führen aus, dass nach ihrer Auffassung nicht nur das an dritte Unternehmen vergebene Transportvolumen, sondern auch die an „inhouse-Anbieter“ vergebenen Aufträge in das Marktvolumen mit einzubeziehen sind. Der Grund dafür sei, dass ein nicht unerheblicher Wettbewerbsdruck auf die marktwirksamen Leistungen der „inhouse-Anbieter“ ausginge, da sich diese gegenüber ihren Auftraggebern dem Angebot unabhängiger Transport- und Logistikdienstleister stellen müssen.

Eine Einrechnung von konzernintern erbrachten Leistungen widerspricht jedoch der ständigen – von der Rechtsprechung bestätigten – Praxis des Bundeskartellamts. Nach dieser sind die konzernintern erbrachten Leistungen, d.h. die zwischen i.S.d. § 36 Abs.2 GWB miteinander verbundenen Unternehmen erbrachten Leistungen (Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 38 Rdnr.

38, sowie Mestmäcker/Veelken in: Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 38 Rdnr. 7), nicht bei der Berechnung des Marktvolumens einzurechnen. Zwar ist ein von den auf dem Markt angebotenen Leistungen ausgehender Wettbewerbsdruck auf inhouse erbrachte Leistungen – wie auch umgekehrt – durchaus denkbar. Sofern die Transportleistungen jedoch dann tatsächlich konzernintern vergeben werden, sind sie damit dem Markt entzogen und gehören daher nicht zum Marktvolumen.

Konzernintern erbrachte Leistungen dürfen damit grundsätzlich nicht bei der Berechnung des Marktvolumens berücksichtigt werden, sondern können allenfalls in die Betrachtung des potentiellen Wettbewerbs mit eingehen.

Soweit aber nachfolgend – mangels alternativ vorhandener Daten – durch die Verwendung der Daten des Statistischen Bundesamtes, die die konzernintern erbrachten Leistungen beinhalten, zunächst das Marktvolumen einschließlich konzernintern erbrachter Transportleistungen zugrunde gelegt wurde, wirkt sich dies bei der Ermittlung der Marktanteile der beteiligten Unternehmen und der wettbewerblichen Auswirkungen allerdings in der Weise aus, dass bei Zugrundelegen eines höheren Marktvolumens die Marktanteile zunächst zu niedrig ausgewiesen werden.

Für die Frage, ob Railion über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, ist die Bereinigung des Marktvolumens um konzernintern erbrachte Leistungen allerdings unerheblich.

2.2 Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung

2.2.1 Derzeitige Marktstruktur

Die nachfolgende Tabelle zeigt die im Jahr 2004 erbrachte Beförderungsleistung in Mio. Tonnenkilometer für die Verkehrsträger Bahn und Binnenschiff nach Güterabteilungen auf der Basis des sog. „Binnenverkehrskonzeptes“. In dieser Tabelle sind damit alle diejenigen Transportleistungen auf Relationen mit Ursprungs- und Empfangsort in Deutschland aufgeführt, die jedenfalls den nationalen Gütertransport darstellen.

Güterabteilung	in Mio. t-km		Gesamtvolumen Bahn/Schiff	Prozentanteile	
	Bahn	Schiff		Bahn	Schiff
Insgesamt	39.931	11.297	51.228	77,95%	22,05%
0 Landwirtsch. Erzeugnisse u.ä.	794	521	1.315	60,38%	39,62%
1 Andere Nahrungsmittel	254	874	1.128	22,52%	77,48%
2 Feste Mineral. Brennstoffe	3.958	1.339	5.297	74,72%	25,28%
3 Mineralöler- zeugnisse u.ä.	6.609	2.788	9.397	70,33%	29,67%
4 Erze, Metallabfälle	3.432	892	4.324	79,37%	20,63%
5 Eisen, NE-Metalle	5.198	530	5.728	90,75%	9,25%
6 Steine und Erden	4.968	2.780	7.748	64,12%	35,88%
7 Düngemittel	1.619	411	2.030	79,75%	20,25%
8 Chemische Erzeugnisse	4.966	916	5.882	84,43%	15,57%
9 Andere Halb- und Fertiger- zeugnisse	8.133	246	8.379	97,06%	2,94%
Trockene, schütt- fähige Massengü- ter (2,4,6)	12.358	5.011	17.369	71,15%	28,85%

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 8, Reihe 2, Eisenbahnverkehr, 2004 sowie für die Angaben zum Binnenschiffverkehr Auftragsberechnung des Statistischen Bundesamtes; Eigene Berechnungen.

Als Grundlage für die Berechnung des vorliegend relevanten Marktvolumens dienen nach den obigen Ausführungen die Güterabteilungen 2 (feste mineralische Brennstoffe), 4 (Erze und Metallabfälle) und 6 (Steine und Erden), die nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung ausschließlich schüttfähige Massengüter enthalten, welche auch tatsächlich in loser (und nicht in verpackter) Form transportiert werden. Die in Spalte 5 und Spalte 6 aufgezeigten Marktanteile beziehen sich jeweils auf die Verkehrsträger Bahn und Binnenschiff insgesamt, nicht auf einzelne Marktteilnehmer. Gemäß den Angaben in der Tabelle verfügt der Verkehrsträger Bahn bei ausschließlicher Betrachtung der Verkehrsträger Bahn und Binnenschiff bei den trockenen, schüttfähigen Massengütern über einen Marktanteil von 71,15 %. Wird alleine auf den Transport von festen mineralischen Brennstoffen abgestellt, so verfügt der Verkehrsträger Bahn sogar über einen Marktanteil von 74,72 %.

2.2.2 Stellung der Railion auf diesem Markt

Auf dem dargestellten Markt für den nationalen Transport von schüttfähigen Massengütern hat die Railion bereits vor dem Zusammenschluss einen Marktanteil, der deutlich über der Schwelle von einem Drittel liegt, ab der das GWB das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung vermutet.

2.2.2.1 Absoluter Marktanteil der Railion

[...] Aufgrund dessen greift die Beschlussabteilung zur Ermittlung des Marktanteils der Railion auf die Angaben der Deutschen Bahn AG in ihrem Wettbewerbsbericht 2005 zurück, die insoweit auch auf den amtlichen Zahlen des Statistischen Bundesamtes beruhen.

Im Wettbewerbsbericht 2005 gibt die Deutsche Bahn den Marktanteil dritter Eisenbahnverkehrsunternehmen mit 10 % an, so dass für Railion von einem Anteil am Schienengüterverkehr von 90 % über alle Gütergruppen hinweg auszugehen ist (vgl. Wettbewerbsbericht Bahn, S. 20). Das entspricht in etwa auch den Angaben der Beteiligten. Aufgrund der im Schreiben [...] vom 15. Juli 2005 (Anl. 2 a) gemachten Angaben zu Beförderungsleistungen im (von ihnen allerdings abweichend definierten) Markt für Massengütertransportleistungen ergibt sich für Railion sogar ein Anteil von [...] % an der von dem Verkehrsträger Schiene insgesamt erzielten Transportleistung. Soweit hingegen in dem zitierten Schreiben darauf hingewiesen wird, dass der Anteil der Railion im Verhältnis zu den Wettbewerbern im Schienengüterverkehr im 1. Quartal 2005 von 90 % auf [...] % gesunken sei, kann dies vorliegend nicht berücksichtigt werden. Abgesehen davon, dass diesbezüglich noch keine verlässlichen Zahlen vorliegen, ist nicht feststellbar, ob diese Verschiebungen dauerhafter Natur sind oder sich lediglich aufgrund saisonaler Besonderheiten ergeben haben. Vielmehr ist nach den Vorschriften des GWB bei der Prüfung der Marktverhältnisse maßgeblich auf das vergangene Geschäftsjahr, mithin das Jahr 2004 abzustellen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die soeben dargestellten Anteile der Railion am Güterverkehr aller Eisenbahnverkehrsunternehmen über alle Güterarten und alle Verkehrsverbindungen hinweg – also auch für die grenzüberschreitenden Transporte, soweit ihre Verkehrsleistung innerhalb Deutschlands erbracht wurde – ermittelt sind. Stellt man entsprechend der oben vorgenommenen Marktabgrenzung lediglich auf trockene, schüttfähige

ge Massengüter ab, dürfte dieser Anteil noch höher liegen, da die Verkehrsleistungen der Wettbewerber – worauf auch die DB AG in ihrem Wettbewerbsbericht 2004 hinweist – insbesondere im Bereich der Ganzzugsverkehre von chemischen Erzeugnissen und Mineralöl zugenommen haben. In der Güterabteilung der festen mineralischen Brennstoffe betrug der Anteil der Railion im Jahr 2003 [...] sogar über 96 %.

Legt man – insoweit daher sicherlich zu Gunsten der DB AG – für die Railion den im Wettbewerbsbericht 2005 der DB AG über alle Gütergruppen hinweg genannten Anteil von 90 % bei schienengebundenen Transporten zugrunde, errechnet sich für Railion im Bereich des Transportes schüttfähiger Massengüter – also bei Hereinnahme der von Binnenschiffen erbrachten Transportleistungen – ein Marktanteil von 64 %; im Bereich der festen mineralischen Brennstoffe liegt dieser Anteil sogar bei über 67 %.

Wie bereits unter Ziff. 2.1 dargestellt, sind nach ständiger Praxis des Bundeskartellamtes Marktvolumina und Marktanteile unter Herausrechnung der konzernintern erbrachten Leistungen zu ermitteln, was vorliegend mangels statistisch vorhandener Daten unterblieben ist. Dennoch ändert sich das Ergebnis auch dann nicht substantiell, wenn man das oben dargestellte Marktvolumen sowie die daraus hergeleitete Transportleistung der Railion um deren lediglich konzernintern erbrachte Transportleistungen reduziert. Soweit andere Eisenbahnverkehrsunternehmen Transportleistungen für verbundene Unternehmen erbracht haben, handelt es sich entweder – wie bei rail4chem für die BASF – um Transportleistungen mit Gütern, die nicht dem vorliegend relevanten Markt zugehören, oder aber um relativ geringe Volumina.

Die Transportleistung der Railion für konzernzugehörige Unternehmen haben die Beteiligten [...] mit [...] Mrd. to-km angegeben, wobei offen geblieben ist, in welchen Güterabteilungen diese Transportleistungen erbracht worden sind, und ob es sich um nationale oder grenzüberschreitende Transportleistungen gehandelt hat. Soweit es sich dabei um Transportleistungen im Zusammenhang mit dem Gleisbau handelt ist zumindest davon auszugehen, dass diese Transporte national durchgeführt werden. Nachfolgend soll aber davon ausgegangen werden, dass es sich um lediglich nationale Transportleistungen bezüglich fester, schüttfähiger Massengüter handelt.

Danach ergeben sich folgende Daten: Das oben in der Tabelle dargestellte Gesamtmarktvolumen von 17,369 Mrd. to-km wird allein um die von Railion konzernintern erbrachte Transportleistung von [...] Mrd. to-km auf noch [...] Mrd. to-km reduziert, wobei eine weitere Reduzierung um auch die von den anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen konzernintern erbrachten Transportleistungen unterbleibt. Die gesamte Transportleistung der Railion im relevanten Markt wird daher mit 90 % des auf den Verkehrsträger Schiene entfallenden Transportvolumens von 12,358 Mrd. to-km angenommen. Dies ergibt eine Transportleistung der Railion von 11,122 Mrd. to-km, die ebenfalls um die Werkverkehrsleistung von 1,154 Mrd. to-km auf 9,968 Mrd. to-km zu reduzieren ist. Daraus errechnet sich ein Marktanteil für die relevanten Güterabteilungen von immer noch 61,5 %. Bei festen mineralischen Brennstoffen dürfte die Reduzierung des oben mit über 67 % dargestellten Marktanteils noch geringer ausfallen, [...].

Mit diesem Marktanteil liegt die Railion deutlich über der Grenze von einem Drittel, ab der das Gesetz eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens vermutet.

2.2.2.2 Weitere Marktstrukturkriterien

Angesichts dieses hohen absoluten Marktanteils ist fraglich, ob die übrigen Marktstrukturkriterien geeignet sind, die Marktbeherrschungsvermutung zu widerlegen. Vieles spricht dafür, dass dies nicht der Fall ist.

2.2.2.2.1 Relativer Marktanteil

Neben der absoluten Höhe des Marktanteils der Railion im Bereich des Transportes von schütffähigen Massengütern ist insbesondere die relative Höhe des Marktanteils von Bedeutung, mithin der Marktanteilsabstand zu den Mitkonkurrenten (vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 60).

Gemäß den Angaben in der Logistikstudie ist der Konzentrationsgrad im Massengutsegment sehr hoch (vgl. Logistikstudie, S. 85). Die Logistikstudie weist Railion (in der Logistikstudie noch als DB Cargo aufgeführt) als führenden einzelnen Anbieter mit einem erheblichen Marktanteilsabstand aus. Bei den nachfolgend noch namentlich aufgeführten Unternehmen handelt es sich ausschließlich um Unternehmen im Bereich der Binnen-

schifffahrt. Hier gibt es einige größere Reedereien, die zumeist als Befrachter der lt. Logistikstudie 1.000 selbständigen Partikuliere auftreten. Doch auch diese Unternehmen weisen bereits einen erheblichen Marktanteilsabstand zu der Railion auf. Die Logistikstudie nennt Railion mit einem Umsatzvolumen von 1,243 Mrd. € als Marktführer vor Lehnkering (300 Mio. €) und Imperial Logistics International (272 Mio. €) (vgl. Logistikstudie, S. 85). Stellt man auf diese Unternehmen – und nicht auf die einzelnen Partikuliere – als Wettbewerber ab, so beträgt der Marktanteil der Railion mindestens das Vierfache der Wettbewerber. Insofern kann von diesen Reedereien – im Gegensatz zu der von den Beteiligten vertretenen Auffassung – eher kein „substantieller Wettbewerbsdruck auf die Beteiligten“ ausgehen.

Betrachtet man allein den Bereich des Schienengüterverkehrs, so agieren hier seit der Liberalisierung des Eisenbahnverkehrs im Jahr 1994 zahlreiche Eisenbahnverkehrsunternehmen. Allerdings ist dieses Angebot stark zersplittert. Die Studie „Liberalisierungsindex Bahn 2004 – Vergleich der Eisenbahnmärkte der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, der Schweiz und Norwegens“ („IBM-Studie“) der IBM Business Consulting Services weist zwar darauf hin, dass der Anteil der Wettbewerber der Railion im Jahr 2004 im Vergleich zum Jahr 2003 – gemessen an der Verkehrsleistung in Tonnenkilometer – um 50 % gestiegen ist. Gleichwohl ist der Anteil aller Wettbewerber der Railion von insgesamt 6,9 % (über alle Gütergruppen hinweg) im Schienengüterverkehr noch marginal (vgl. IBM-Studie, S. 40). Auch wenn man den von der DB AG in ihrem Wettbewerbsbericht 2005 genannten Anteil der privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen von 10 % am gesamten Gütertransportvolumen zugrunde legt, ist angesichts der Vielzahl der tätigen Unternehmen offenkundig, dass der Marktanteil von Railion ein Vielfaches des jeweiligen einzelnen Wettbewerbers ist.

2.2.2.2.2 Marktanteilsverschiebung

Auch etwaige in der Vergangenheit aufgetretene Marktanteilsverschiebungen führen vorliegend – entgegen dem Vortrag der Beteiligten – nicht dazu, dass die Stellung der Railion als nicht marktbeherrschend angenommen werden muss. Soweit die Beteiligten [...] auf die Entwicklung des Marktanteils der privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen Bezug nehmen

und diese als Beleg für „Marktanteilsverschiebungen“ anführen, ist diesem Vorbringen Folgendes entgegenzuhalten:

Zunächst ist festzustellen, dass – bei Betrachtung allein des gesamten Schienengüterverkehrs in Deutschland – die Marktanteilsverschiebungen bislang eher gering ausgefallen sind. In den 10 Jahren seit der Liberalisierung des Schienengüterverkehrs haben die Wettbewerber insgesamt lediglich einen Marktanteil von 10 % erreicht. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass sich dieser Marktanteilszuwachs nicht auf einen einzelnen Marktteilnehmer, sondern auf viele Eisenbahnverkehrsunternehmen (nach Angaben der Beteiligten immerhin 120 im Schienengüterverkehr tätige EVU's) bezieht. Demzufolge ist der Marktanteilszuwachs für jedes einzelne EVU marginal. Zudem ist der Marktanteilszuwachs im Zusammenhang mit dem absoluten Marktanteil des entsprechenden Unternehmens zu betrachten. Ferner ist nicht eindeutig, auf welche(n) sachlich relevante(n) Markt/Märkte sich dieser Zuwachs bezieht. Der Kontext lässt darauf schließen, dass EVU's gerade in hier nicht betroffenen sachlich relevanten Märkten Marktanteilszuwächse verzeichnen konnten: Soweit die Beteiligten als „wichtigste Wettbewerber“ der Railion im schienengebundenen Güterverkehr die Unternehmen rail4chem, Connex, TX Logistik AG und die Heavy Haul Power International sowie die schweizerische SBB und den European Rail Shuttle benennen, sind diese Unternehmen nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung [...] entweder gar nicht oder nur sehr begrenzt im vorliegend sachlich relevanten Markt tätig. Allerdings hat die Connex mit ihrem kürzlich erfolgten Einstieg bei der Dortmunder Eisenbahn ihre Aktivitäten in diesem Bereich deutlich verstärkt. Die von den Beteiligten festgestellte „durch die Liberalisierung des Schienengüterverkehrs ausgelöste Marktdynamik“ scheint sich damit bislang – wenn überhaupt – nicht in dem vorliegend betroffenen Markt zu entfalten.

Auch die [...] seit 1998 registrierten Wechselfälle zu Wettbewerbern erfasst keine Marktanteilsverschiebungen in dem hier betroffenen Markt, sondern überwiegend im Bereich des vorliegend nicht relevanten Transportes von flüssigen Massengütern; dies bestätigt die Erkenntnis der Beschlussabteilung, wonach es auf dem vorliegend relevanten Markt jedenfalls zu keinen wesentlichen Marktanteilsverschiebungen gekommen ist.

Völlig unzutreffend ist schließlich die von den Beteiligten erfolgte Benennung der LKW-Speditionen [...] als „wichtige Wettbewerber des Massenguttransportes“. Nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung bietet keines der Unternehmen Massenguttransporte an. Während die beiden erstgenannten Unternehmen überwiegend Stahltransporte durchführen, ist [...] schwerpunktmäßig im Bereich des Stückgutverkehrs tätig.

2.2.2.2.3 Substitutionswettbewerb

Gütertransporte mittels LKW, die jedenfalls vorliegend nicht zum relevanten Markt gehören, weil sie die konkreten Transportbedürfnisse der Nachfrager nicht im gleichen Umfang befriedigen können, stellen auch keinen ausreichenden Substitutionswettbewerb dar, der die marktbeherrschende Stellung der Railion ausschließen könnte.

Substitutionskonkurrenz durch den LKW kann auf diesem Markt lediglich in Randbereichen – d.h. im Wesentlichen bei Aufträgen mit niedriger Beförderungsleistung pro Transport – angenommen werden. Dem widersprechen auch nicht die amtlichen Statistiken, die für den Verkehrsträger LKW bei Transporten von trockenen, schüttfähigen Massengütern im intermodalen Vergleich mit Bahn und Binnenschiff einen hohen Anteil ausweisen. Dieser hohe Anteil ist allein auf Transporte in der Güterabteilung „Steine und Erden“ zurückzuführen, für die davon auszugehen ist, dass es sich um Transporte zu Baustellen handelt, die nicht an das Verkehrsnetz von Bahn und Binnenschiff angebunden sind; hier kommt ein Einsatz der anderen Verkehrsträger kaum in Betracht. Zudem handelt es sich nicht um den dauerhaften und regelmäßigen Transport großer Mengen von Massengütern, der für die vorliegende Marktabgrenzung gerade maßgeblich ist. In den Güterabteilungen „Feste mineralische Brennstoffe“ und „Erze, NE-Metalle“ fällt der LKW demgegenüber deutlich gegenüber den beiden anderen Verkehrsträgern ab, was die nur sehr bedingte Einsatzmöglichkeit des LKW für derartige Transporte bestätigt.

2.2.2.2.4 Marktzutrittschranken

Fraglich ist, ob trotz der durch die Liberalisierung eingetretenen Marktöffnung noch hohe Marktzutrittschranken bestehen.

Zunächst ist festzustellen, dass die Marktöffnung zumindest rechtlich erfolgt ist, sich aber faktisch als schwierig darstellt. Wettbewerber der Railion müssen insbesondere gegen die vertikale Integration von Netz und Verkehr im Konzern der DB AG antreten. Zwar ist der diskriminierungsfreie Zugang im Allgemeinen Eisenbahngesetz gesetzlich verankert; der Zutritt ist aber im Wesentlichen nur möglich auf dem Schienennetz der DB Netz AG und damit eines Schwesterunternehmens des unmittelbaren Wettbewerbers. Ein Marktzutritt erfordert zudem den Einsatz erheblicher Finanzmittel für Investitionen des neu einsteigenden Unternehmens.

Im Bereich des schienengebundenen Verkehrs erfolgt die Zulassung dritter Eisenbahnverkehrsunternehmen wie folgt: Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz im Inland erhalten eine Genehmigung zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen von den jeweiligen Bundesländern; Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz außerhalb Deutschlands erhalten diese Genehmigung hingegen vom Eisenbahnbundesamt. Die Trassenvergabe erfolgt durch eine Konzernschwester der Railion, die DB Netz AG, auf der Basis eines von diesem Unternehmen entsprechend den Vorgaben der Eisenbahninfrastrukturbenutzungsverordnung einseitig festgelegten Trassenpreissystems. Die Zulassung neuer Fahrzeugtypen – die je nach Fahrzeughersteller zwischen sieben Monaten und drei Jahren dauern kann – erfolgt durch das Eisenbahnbundesamt.

Die Beteiligten gehen davon aus, dass speziell im Markt für schüttfähige Massengüter keine Marktzutrittschranken bestünden, da die Liberalisierung des Eisenbahnverkehrs in Deutschland – im Gegensatz zu anderen Ländern – umfassend umgesetzt wurde. Die IBM-Studie bescheinigt dem deutschen Schienengüterverkehr eine relativ schwache Ausprägung informatorischer und administrativer Hürden (vgl. IBM-Studie, S. 39).

Wie bereits oben erwähnt, ist allerdings der Marktanteil privater Eisenbahnverkehrsunternehmen trotz der im Vergleich zu anderen Ländern verhältnismäßig weit fortgeschrittenen Umsetzung der Liberalisierungsrichtlinie sehr gering; dieser Marktanteil verteilt sich auf viele, kleinere Eisenbahnverkehrsunternehmen, von denen Connex Cargo und rail4chem noch die „größeren“ Marktanteile halten dürften. Seit Beginn der Liberalisierung ist es den zahlreichen für den Gütertransport zugelassenen Eisenbahnverkehrsunternehmen lediglich gelungen, einen gemeinsamen Anteil von ca.

10 % am Schienengüterverkehr zu erringen. Zudem trifft dieser Anteil der privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen am schienengebundenen Güterverkehr noch keine Aussage über die Marktanteile der Wettbewerber in dem hier sachlich betroffenen Markt des Massenguttransportes. Insbesondere bei rail4chem dürfte der Marktanteil auf dem vorliegend relevanten Markt angesichts der Tatsache, dass das Unternehmen seinen Tätigkeitsschwerpunkt eindeutig im Segment der flüssigen Massengüter hat, deutlich unterhalb seines Marktanteils am gesamten Gütertransportmarkt liegen.

Für die Beurteilung der Marktzutrittschranken für potentielle Wettbewerber sind nicht nur die informatorischen und administrativen Hürden, sondern auch die wirtschaftlichen Hindernisse für den Eintritt in einen Markt zu berücksichtigen. Dazu zählen beispielsweise technisch bedingte Kapazitätsgrenzen und ein hoher Kapitalbedarf für den Markteintritt.

Railion verfügt über ein im Vergleich zu ihren Wettbewerbern überragendes Ressourcenpotential, welches gleichzeitig als wirtschaftliche Marktzutrittschranke sowohl für derzeit etablierte Anbieter als auch für potentielle Wettbewerber zu werten ist. Dieses Ressourcenpotential betrifft vor allem den – insbesondere historisch bedingten – Bestand an für den Transport von schütffähigem Massengut geeigneten Waggons. Gemäß den eigenen Angaben im Fragebogen beläuft sich der Bestand der Railion auf insgesamt mehr als [...] Waggons für schütffähiges Massengut. Diese Zahl entspricht nahezu der vom Statistischen Bundesamt für das Jahr 2003 genannten Zahl an in Deutschland vorhandenen offenen Güterwagen (Typ E und F), die typischerweise für schütffähige Massengüter zum Einsatz kommen, wobei darin noch eine Zahl von rd. 2.700 Waggons im Privatbestand – also nicht bei Eisenbahnverkehrsunternehmen – enthalten ist. Allerdings hat die DB AG im Rahmen der Befragung auch gedeckte Güterwaggons als für den Transport von schütffähigen Massengütern geeignete Transportmittel benannt, die möglicherweise in der amtlichen Statistik an anderer Stelle berücksichtigt sind. Jedenfalls hat die Befragung der wesentlichen Wettbewerber ergeben, dass kein anderes inländisches Eisenbahnverkehrsunternehmen über einen annähernd so umfangreichen Wagenpark verfügt. Lediglich die RBH verfügt über einen nennenswerten Bestand an Schüttgutwaggons, der aber ebenfalls nur einem Bruchteil des Bestandes der Railion entspricht.

In den Markt eintretende Unternehmen bzw. etablierte dritte Eisenbahnverkehrsunternehmen ohne ausreichendes eigenes rollendes Material müssen sich zunächst Waggons zur Durchführung von Massenguttransporten beschaffen. Der Kauf von neuen Waggons erfordert einen gewissen Kapitaleinsatz, der für ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen schon deswegen ein hohes wirtschaftliches Risiko darstellt, weil es – anders als etablierte Anbieter – nicht auf einen vorhandenen Bestand an Transportaufträgen aufbauen kann.

Allerdings hat die Befragung der Eisenbahnverkehrsunternehmen ergeben, dass es im Bereich der Vermietung bzw. Überlassung in- und ausländische Unternehmen wie beispielsweise OnRail, Nacco, AAE gibt, die auch über Waggons für Schüttgüter verfügen. Diese haben erklärt, dass Güterwaggons, auch spezielle für den Kohletransport, bei Bedarf – wenn auch mit einem gewissen zeitlichen Vorlauf – beschafft werden können; ein Neubau wird durch die Vermietgesellschaften allerdings nur in Auftrag gegeben, wenn das nachfragende Eisenbahnverkehrsunternehmen bereit ist, einen Mietvertrag von zumindest 6-jähriger Dauer abzuschließen. Zudem können Waggons grundsätzlich auch von ausländischen Bahngesellschaften angemietet werden, wohingegen die DB AG ihre Waggons nicht an Wettbewerber vermietet. Der zeitliche Vorlauf von mehreren Monaten für einen Neubau kann jedoch keine entscheidende Barriere darstellen vor dem Hintergrund, dass Transportaufträge in der Regel für mindestens ein Jahr vergeben werden. Bis zur Neuvergabe an einen möglichen Wettbewerber des derzeitigen Transportunternehmens besteht somit durchaus Zeit, entsprechende Beschaffungsmaßnahmen durchzuführen.

Demgegenüber ist fraglich, ob die Nachfrage nach rollendem Material auch durch die Anmietung von Waggons bei ausländischen Eisenbahnverkehrsunternehmen gedeckt werden kann. Der Einsatz ausländischer Waggons ist durch den Umstand begrenzt, dass sie über eine Zulassung für das deutsche Schienennetz verfügen müssen. Zudem haben Wettbewerber angegeben, dass die Materialqualität und die Entlademechanismen oftmals nicht den Anforderungen bzw. den Entladevorrichtungen der Empfänger entsprechen. Dies ist offenkundig der Fall, wenn unterschiedliche technische Spezifikationen – beispielsweise hinsichtlich der Spurbreite – vorliegen (vgl. dazu Entscheidung der Europäischen Kommission,

COMP./M. 2669, Rdnr. 27 „VTG/Warburg/Brambles/European Rail Division“).

Von Wettbewerbern wurden allerdings die Möglichkeiten, geeignetes Wagenmaterial in der notwendigen Stückzahl anmieten zu können, als beschränkt bezeichnet. Einige befragte Eisenbahnverkehrsunternehmen gaben an, dass sie Staatsbahnen generell [...] häufig nicht als echte Ausweichalternative zu anderen kommerziellen Wagenvermietern ansehen, da sie im nachgelagerten Markt – im Bereich des Massenguttransportes – im Wettbewerb zu ihnen stünden. Mit der Anmietung von rollendem Material bei einem Wettbewerber gibt das anmietende Eisenbahnverkehrsunternehmen marktrelevante Unternehmensinformationen preis, die das vermietende Eisenbahnverkehrsunternehmen in wettbewerbsrelevanter Weise für sich nutzen kann. So erhält das vermietende Unternehmen insbesondere Informationen über die Größe des Auftrags, Vertragsdauer, eventuell auch über den Auftraggeber. Demgegenüber kann eine trotz vorhandener Ressourcen nur begrenzte bzw. unterlassene Vermietung von rollendem Material für ein Eisenbahnverkehrsunternehmen zudem eine sinnvolle ökonomische Entscheidung sein, sofern die Mieteinnahmen geringer sind als die möglichen erwarteten Gewinne aus der Verhinderung bzw. Verdrängung von Wettbewerbern durch die Verweigerung des Zugangs zu Betriebsmitteln.

Die Notwendigkeit der Anmietung bzw. der Beschaffung von Wagenmaterial stellt somit angesichts der Marktstruktur für in den Markt eintretende Eisenbahnverkehrsunternehmen eine wirtschaftliche Marktzutrittsschranke dar, die darin begründet ist, dass der Railion als eingeseesenem Unternehmen Inputfaktoren (hier: die Waggon) zur Verfügung stehen, die sich (potentielle) Marktneulinge zunächst durch Kauf bzw. Anmietung beschaffen müssen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund einer im Hinblick auf die großen Transportvolumina im Massengutbereich erforderlichen hohen Anzahl an einzusetzenden Waggonen.

Dennoch ist festzustellen, dass ein Markteintritt jedenfalls zunächst auf einzelnen Relationen durch die Übernahme von Teilaufträgen durchaus möglich ist. Damit ist ein neu eintretendes Unternehmen in der Lage, seine Leistungsfähigkeit im Wettbewerb nachzuweisen und auf diesem Wege seine Marktposition zu verbessern. Dass hierfür zunächst größere Investi-

tionen getätigt werden müssen, ist Grundlage jeder unternehmerischer Tätigkeit.

2.2.2.2.5 Preiswettbewerb

Die Beteiligten haben weiter vorgetragen, dass in den vergangenen Jahren aufgrund des heftigen Wettbewerbs die Preise stark gesunken seien, was belege, dass die Railion nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Ob diese Argumentation zutreffend ist, ist zumindest fraglich.

Das Sinken des Preisniveaus schließt eine überragende Marktstellung der Railion nicht aus, da der Grund für dieses Sinken nicht notwendigerweise ein Druck bestehenden Wettbewerbs sein muss. Vielmehr ist davon auszugehen, dass – als Folge der rechtlichen Privatisierung der Deutschen Bundesbahn – die DB AG durch den Einsatz effektiverer Strukturen, den Abbau von Personal sowie die Einschränkungen von kostenintensiven Angeboten eine steigende Produktivität erzielt hat, die das Unternehmen durch sinkende Preise an Nachfrager weitergegeben hat.

Zudem kann das Sinken der Preise auch allein Folge einer sinkenden Nachfrage nach Massenguttransporten sein. Diese ist allerdings nicht dadurch bedingt, dass derartige Transporte verstärkt durch andere Verkehrsträger – insbesondere, wie von den Beteiligten vorgetragen, durch den LKW – durchgeführt werden, sondern Folge des Güterstruktureffektes.

Schließlich ist auch nicht auszuschließen, dass [...] Preisreduzierungen Ergebnis einer strategischen Preissetzung sind, die die Anreize für einen Marktzutritt anderer Eisenbahnverkehrsunternehmen mindern sollen.

Jedenfalls überzeugt die von den Beteiligten in diesem Zusammenhang vorgelegte „Ökonometrische Analyse wettbewerblicher Einflüsse“ nicht, sondern ist vielmehr widersprüchlich. [...].

2.2.2.2.6 Nachfragemacht der Marktgegenseite

Ebenso fraglich ist [...], wonach der Verhaltensspielraum der Railion durch die Nachfragemacht der Marktgegenseite eingeschränkt wird. Dem [...] ist zwar zuzugeben, dass es sich bei einer Vielzahl der Verladeur um große Unternehmen handelt. Jedes einzelne dieser Unternehmen hat aber mit

der von ihm nachgefragten Transportleistung einen deutlich geringeren Marktanteil als ihn Railion auf Anbieterseite besitzt. Damit hat kein einzelner Nachfrager die Möglichkeit, diese Angebotsmacht strategisch zu begrenzen. Im übrigen steht diese Nachfragemacht der großen Verloader nicht isoliert der Railion, sondern allen Anbietern von Transportleistungen zumindest gleichermaßen gegenüber. Angesichts der bei Wettbewerbern nach wie vor bislang nicht in ausreichendem Umfang vorhandenen Transportkapazitäten ist vielmehr davon auszugehen, dass die Nachfrager nach großvolumigen Schienentransportleistungen auf Railion angewiesen sind, so dass sie nur sehr bedingt ihre Nachfrage zur Einschränkung des Verhaltensspielraums der Railion einsetzen können.

Auch das [...] Beschaffungsverhalten der Nachfrager weist keine Besonderheiten auf, durch die sich die Vermutung eines unkontrollierten Verhaltensspielraum der Railion widerlegen ließe.

Zunächst einmal ist es nicht eindeutig, ob die möglicherweise gängige Beschränkung der Transportverträge auf Jahreskontrakte allein Wunsch der Verloader ist, um auf diese Weise die Transportkonditionen regelmäßig überprüfen zu können. [...]. Jahresverträge sprechen aber eher für eine strukturelle Bindung des Verladers an den Transporteur, als dies bei Einzelaufträgen, die auch für kleine und neue Eisenbahnverkehrsunternehmen zu erfüllen wären, der Fall ist. Derartige hochvolumige Jahreskontrakte weisen vielmehr auf eine gewollte strukturelle Bindung des Verladers an ein Transportunternehmen hin.

Auch die von den Beteiligten unter dem Begriff „multiple sourcing“ vorgelegte Tatsache, dass Verloader in der Regel auf unterschiedliche Verkehrsträger und innerhalb der Verkehrsträger auf mehrere Anbieter zurückgreifen, schließt eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens nicht aus, sondern ist vielmehr Ausdruck wirtschaftlichen Verhaltens des Verladers, zumal die Wahl zwischen Verkehrsträgern nur möglich ist, wo verschiedene Verkehrsträger überhaupt und sinnvollerweise eingesetzt werden können. Dies gilt umso mehr, wenn andere Anbieter von ihrer Größe her überhaupt nicht in der Lage sind, den Großteil der Aufträge eines Nachfragers selbst zu übernehmen. In diesen Fällen handelt es sich lediglich um Randwettbewerb, der den Verhaltensspielraum des Marktführers nicht kontrolliert.

2.2.2.3 Zusammenfassend ist festzustellen, dass zumindest vieles dafür spricht, dass auch unter Berücksichtigung aller Merkmale – des hohen Marktanteils von jedenfalls über 60 % und des großen Marktanteilsvorsprungs auf der Basis des Binnenverkehrskonzeptes im Bereich der Transporte schüttfähiger Massengüter (bzw. im Bereich des Transportes von festen mineralischen Brennstoffen) trotz der Liberalisierung des Eisenbahngüterverkehrs, sowie wegen des erheblichen Ressourcenpotentials im Bereich des rollenden Materials – eine marktbeherrschende Stellung der Railion im Bereich des Transportes schüttfähiger Massengüter bestehen dürfte. Dies könnte allenfalls dann anders zu beurteilen sein, wenn man die Substitutionskonkurrenz des Verkehrsträgers LKW, die jedenfalls in Randbereichen besteht, ausreichen lässt, den Verhaltensspielraum der Railion maßgeblich zu beeinflussen.

Noch weniger eindeutig stellt sich die Situation dar, wenn man sämtliche in Deutschland erbrachten Güterverkehrsleistungen der beiden Verkehrsträger Bahn und Schiene gegenüberstellt ohne danach zu differenzieren, ob es sich um rein nationale Gütertransporte handelt oder ob es sich um in Deutschland erbrachte Gütertransportleistungen handelt, die Bestandteil eines grenzüberschreitenden Transportes sind. Letztere gehören allerdings – jedenfalls in der Gesamtheit der erbrachten Transportleistungen – zu dem sachlich abzugrenzenden Markt für grenzüberschreitende Transportleistungen.

Grundlage hierfür sind wiederum die Daten der amtlichen Güterverkehrstatistik des Statistischen Bundesamtes, wobei diese Transportleistungen als Inlandsverkehr ausgewiesen sind.

Güterabteilung	in Mio. t-km		Gesamtvolumen Bahn/Schiff	Prozentanteile	
	Bahn	Schiff		Bahn	Schiff
Insgesamt	77.563	48.335	125.898	61,61%	38,39%
0 Landwirtsch. Erzeugnisse u.ä.	2.693	2.465	5.158	52,21%	47,79%
1 Andere Nahrungsmittel	1.125	4.283	5.408	20,80%	79,20%
2 Feste Mineral. Brennstoffe	7.494	6.409	13.903	53,90%	46,10%
3 Mineralöler- zeugnisse u.ä.	8.197	8.061	16.258	50,42%	49,58%
4 Erze, Metallabfälle	7.203	5.193	12.396	58,11%	41,89%
5 Eisen, NE-Metalle	10.610	2.788	13.398	79,19%	20,81%
6 Steine und Erden	6.848	8.874	15.722	43,56%	56,44%
7 Düngemittel	2.101	2.313	4.414	47,60%	52,40%
8 Chemische Erzeugnisse	8.490	4.461	12.951	65,55%	34,45%
9 Andere Halb- und Fertiger- zeugnisse	22.802	3.488	26.290	86,73%	13,27%
Trockene, schütt- fähige Massengü- ter (2,4,6)	21.545	20.476	42.021	51,27%	48,73%

Auch bei dieser Betrachtungsweise hält der Verkehrsträger Bahn gegenüber dem Verkehrsträger Binnenschiff insgesamt einen größeren Marktanteil sowohl über sämtliche Gütergruppen hinweg als auch auf dem hier relevanten Markt für trockene, schüttfähige Massengüter. Dass sich die Stellung des Verkehrsträgers Bahn gegenüber dem Binnenschiff bei dieser Betrachtungsweise deutlich abschwächt ist Folge der besonderen Vorteile, die der Verkehrsträger Binnenschiff gegenüber dem Verkehrsträger Bahn gerade im grenzüberschreitenden Verkehr hat. Hier schlagen sich die unterschiedlichen regulatorischen Rahmenbedingungen für diese Verkehre nieder, die die oben vorgenommene Marktangrenzungen bestätigen.

Geht man hinsichtlich der Stellung der Railion auf diesem Markt wiederum von dem unterstellten Anteil von 90 % an der Transportleistung des Verkehrsträgers Bahn aus, so hat die Railion zwar immer noch einen Marktanteil von über 46 % und damit ebenfalls über der Schwelle von einem Drittel, ab der das Gesetz eine marktbeherrschende Stellung eines Unterneh-

mens vermutet. Allerdings ist der Marktanteilsabstand zu den großen Unternehmen des Verkehrsträgers Binnenschiff nicht mehr so deutlich wie bei der oben erfolgten Marktbetrachtung.

2.2.3 Keine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

Letztlich kann die Frage, ob die Railion vor dem Zusammenschluss über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, offen bleiben, denn der angemeldete Zusammenschluss führt jedenfalls nicht zu einer Verstärkung einer – unterstellten – marktbeherrschenden Stellung der Railion. Umso weniger führt der Zusammenschluss – sollte eine marktbeherrschende Stellung nicht gegeben sein – zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Railion.

Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bedeutet nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH die Veränderung der die Marktmacht nach § 19 Abs. 2 GWB bestimmenden Größen dergestalt, „dass die (die) Macht eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt neutralisierende Wirkung des Wettbewerbs im Wege der Änderung von markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war. Diese Veränderung ist festzustellen durch einen Vergleich der den Wettbewerb auf dem relevanten Markt bestimmenden Kräfte vor und nach dem Zusammenschluss unter Einbeziehung der weiteren, zu erwartenden Entwicklung“ (vgl. Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 36, Rz. 186 m.w.N.). Eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung liegt bereits dann vor, wenn die Fähigkeit des marktbeherrschenden Unternehmens gestärkt wird, Wettbewerbsvorstöße von Mitbewerbern abzuwehren und den Wettbewerbsdruck zu mindern, um die erreichte Marktposition zu erhalten bzw. abzusichern (vgl. dazu BGH v. 21.12.2004, WuW/E DE-R 1419, 1424 – "trans-o-flex"). Sind allerdings die Veränderungen der die Marktmacht bestimmenden Größen so gering, dass sie den Schluss auf eine Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse in dem dargelegten Sinnen nicht rechtfertigen, ist das Tatbestandsmerkmal der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht erfüllt (BGH, Beschl. v. 18.12.1979, WuW/E 1685, 1691 „Springer/Elbe Wochenblatt“).

Als wichtigste Ursache der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung hat sich in der Praxis die Kombination derjenigen Faktoren durch den Zusammenschluss erwiesen, die bei einem Einzelunternehmen im Verhältnis zu den Wettbewerbern eine überragende Marktstellung i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB begründen (Mestmäcker/Veelken, a.a.O., Rz. 196).

Eine Verstärkung einer – unterstellten – marktbeherrschenden Stellung kommt vorliegend unter drei Aspekten in Betracht: Addition von Marktanteilen, Absicherung bereits gewonnener Marktanteile sowie Zuwachs an wettbewerbsrelevanten Ressourcen.

2.2.3.1 Marktanteilsaddition

Der Zuwachs an Marktanteilen, den die Railion durch den Zusammenschluss erhält, ist äußerst gering.

Wie bereits ausgeführt, sind für die Ermittlung des Marktvolumens und für die Ermittlung des Marktanteils eines Unternehmens nur die Leistungen für dritte, nicht i.S.d. § 36 Abs.2 GWB verbundene Unternehmen relevant. Die Transportleistungen der RBH wurden angabegemäß zum größten Teil für Konzerngesellschaften der RAG erbracht. Damit ist für die Ermittlung des Marktanteils der RBH lediglich die relativ geringe Transportleistung relevant, die für Dritte durchgeführt worden ist.

Ausweislich der von der RBH dem Statistischen Bundesamt für das Jahr 2004 vorgelegten Erhebungsbögen „Statistische Monatsberichte der Eisenbahnunternehmen“ hatte die RBH in diesem Jahr eine Transportleistung als Hauptfrachtführerin von insgesamt [zwischen 100 und 400] Mio. to-km, den weit überwiegenden Anteil davon im Binnenverkehr. Gemäß der ebenfalls von der RBH dem Statistischen Bundesamt vorgelegten „Monatliche(n) Erhebung über den Schienengüterverkehr“ sind allenfalls [< 200] Mio. to-km Transportleistungen mit Massengütern erbracht worden, wovon wiederum lediglich [< 40] Mio. to-km im Bereich der vorliegend relevanten Massenguttransporte mit trockenen, schüttfähigen Massengütern erfolgten. Bezogen auf das oben dargestellte Marktvolumen – wobei wiederum der Anteil des Werksverkehrs der Railion herausgerechnet ist – von [...] Mrd. to-km bedeutet dies – selbst wenn man entgegen der hier zugrunde gelegten Marktabgrenzung lediglich auf den Verkehrsträger

Schiene sowie allein auf den Transport fester mineralischer Brennstoffe abstellen würde – einen Marktanteil von deutlich unter 0,5 %. Nochmals deutlich geringer wären die dargestellten Marktanteile, wenn man das Marktvolumen auf der Grundlage des Inlandsverkehrskonzeptes ermitteln würde. Bei einem deutlich höheren Marktvolumen würden die Marktanteile der RBH, da sich deren Transportleistung nicht erhöht, nochmals deutlich abnehmen.

Der durch den Zusammenschluss für die Railion hinzugewonnene Marktanteil durch die Übernahme der Verkehre, die die RBH für Dritte durchführt, ist somit minimal. Er liegt bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung sowohl nach dem Binnenverkehrskonzept als auch nach dem Inlandsverkehrskonzept immer bei deutlich unter 0,5 %.

Nicht als Marktanteil hinzuzurechnen ist die Transportleistung, die die RBH bislang im Wege des Werksverkehrs für den RAG-Konzern erbringt. Sie stellt zwar einen beträchtlichen Anteil an der gesamten Transportleistung der RBH dar. Es handelt sich hierbei aber nicht um Transportleistungen, die am Markt nachgefragt werden, sondern um Dienstleistungen innerhalb des eigenen Konzerns. Zwar werden diese Transportleistungen in Zukunft durch ein nicht mehr zum Konzern gehörendes Unternehmen erbracht und stellen damit zukünftig eine am Markt nachgefragte Transportleistung dar. Es ist aber mehr als fraglich, ob der RAG-Konzern die Durchführung des Werksverkehrs in Zukunft auch dann am Markt nachfragen würde, wenn das Unternehmen die RBH nicht veräußern würde. Insofern stellt die im Wege des Werksverkehrs erbrachte Transportleistung lediglich eine potentielle Nachfrage von Transportleistungen im Markt dar. Von daher gibt es derzeit keine mit dem Werksverkehr begründete tatsächliche „Marktstellung“ der RBH, in die Railion durch den Zusammenschluss eintritt.

Ebenfalls nicht als einen der RBH zuzurechnen Marktanteil zu berücksichtigen ist – entgegen dem diesbezüglichen Vortrag der Beigeladenen zu 11. und 12. – die Transportleistung, die das Unternehmen als Unterfrachtführerin für die Railion erwirtschaftet hat. Wie bereits unter Ziff. 2.1 dargestellt, bilden allein die Hauptfrachtführer die Marktgegenseite gegenüber den Nachfragern nach Transportleistungen auch dann, wenn sie für die Transportaufträge Unterfrachtführer beauftragen, so dass lediglich die Transportleistungen, die das einzelne Unternehmen als Hauptfrachtführer erbringt,

seine Marktstellung zutreffend widerspiegeln. Dem Vortrag der Beigeladenen ist zwar zuzugeben, dass es kein Zufall sein dürfte, dass die Railion die für die RAG durchgeführten Verkehre gerade durch die RAG-Tochter RBH durchführt. Handelt es sich aber um eine eigene Transportleistung der RBH, wäre diese wiederum gegenüber dem eigenen Konzern erbracht und stellt bei dieser Betrachtungsweise keine am Markt nachgefragte Transportleistung dar, die dem Marktvolumen zuzurechnen wäre. In diesem Falle müsste hingegen die Transportleistung der RBH sowohl aus dem Marktvolumen herausgerechnet sowie bei der Transportleistung der Railion abgezogen werden, wodurch sich die oben – je nach Marktabgrenzung unterschiedlich – festgestellten Marktanteile der Railion wiederum deutlich reduzieren würden.

Der somit tatsächlich hinzu gewonnene Marktanteil, der bei jeglicher Marktabgrenzung weit unter 0,5 % liegt, ist auch angesichts des Konzentrationsgrades im Markt zu gering, als dass eine Verstärkungswirkung zu bejahen wäre. So hat auch das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 30.4.2003 – Kart 9/00 (V) „Melitta/Schultink“ – insoweit vom BGH nicht beanstandet – festgestellt, dass die Zurechnung eines Marktanteils von 0,4 % zu einem von der Erwerberin bereits erreichten Marktanteil von 59,1 % nicht ausreichend ist für eine Untersagung nach § 36 Abs. 1 GWB. Zwar können bei horizontalen Zusammenschlüssen auch bereits geringe Marktanteilszuwächse zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Vorliegend ist aber zu berücksichtigen, dass der Zusammenschluss in erster Linie ein vertikaler Zusammenschluss ist, da RBH schwerpunktmäßig Transportleistungen am Markt nachfragt und auf dem betroffenen Markt bislang nur in äußerst geringem Umfang selbst Transportleistungen erbracht hat.

Entgegen dem Vortrag der Beigeladenen zu 11. und 12. ist auch nicht zu erwarten, dass die RBH in Zukunft verstärkt selbst als Anbieter von Transportleistungen auf dem relevanten Markt in Erscheinung treten würde. Hiergegen spricht in erster Linie die Tatsache, dass die Transportkapazitäten der RBH nicht einmal dafür ausreichend sind, den eigenen Transportbedarf des RAG-Konzerns zu decken. Aus diesem Grunde tritt die RBH vornehmlich selbst als Nachfrager nach Transportleistungen auf dem Markt auf. Es erscheint wirtschaftlich wenig sinnvoll, in größerem Umfang Transportleistungen anzubieten, wenn man zur Deckung des eigenen Be-

darfs Transportleistungen am Markt nachfragen muss. Zudem verdeutlicht der angestrebte Verkauf der RBH durch den RAG-Konzern, dass dieser keine weitergehenden Ambitionen als Anbieter von Transportleistungen hegt.

2.2.3.2 Absicherung der bisherigen Marktstellung

Eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung könnte auch in der Festigung und Absicherung der errungenen Marktstellung liegen. Die strukturelle teilweise Absicherung einer Marktstellung, soweit diese bislang auf vertraglich vereinbarten Transportleistungen beruhte, durch die gesellschaftsrechtliche Eingliederung des Auftraggebers kann – worauf auch die Beigeladenen hinweisen – zu einer Verfestigung der Beziehungen zwischen Railion und RAG führen.

[...]

Allerdings sind die Wirkungen dieser strukturellen Absicherung eines relativ niedrigen Marktanteils eher als gering einzuschätzen. Der Verschließungseffekt, den die Übernahme der RBH mit den von diesem Unternehmen aufgrund des Transportmengenvertrages abgesicherten Transportmengen erzeugt, betrifft nur einen sehr geringen Anteil des gesamten relevanten Marktvolumens. Demgegenüber bestehen hinsichtlich des übrigen Transportvolumens nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung keine vergleichbar langen Bindungen, so dass diese grundsätzlich frei im Markt nachgefragt werden können und Wettbewerber der Railion sich um deren Durchführung bemühen können.

Zudem hat Railion die fraglichen Transportleistungen auch in der Vergangenheit [...] stets vollumfänglich durchgeführt. Es besteht keine Veranlassung für eine Annahme, dass die RBH für die Zukunft eine Änderung ihres Auftragsverhaltens beabsichtigen würde, zumal nach den derzeitigen Wettbewerbsverhältnissen auf dem betroffenen Markt kein Wettbewerber kurzfristig in der Lage wäre, diese Transportleistung zu erbringen.

Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass der Transportmengenvertrag zwischen dem RAG-Konzern und der RBH befristet ist [...]. Es besteht nach dem Zusammenschluss keine strukturelle Verbindung zum RAG-Konzern, aus der sich für diesen eine Verpflichtung ergäbe, auch über diesen Zeit-

punkt hinaus Transportverträge mit Railion abzuschließen. Gleiches gilt zudem für Neuverkehre. Die relativ lange Befristung von Transportverträgen ist zwar nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung nicht die Regel, wird aber zwischen Verloader und Transporteur möglicherweise dann vereinbart, wenn der Transporteur für die Durchführung der Transporte vorab umfangreiche Investitionen tätigen muss, die er mit längerfristigen Verträgen absichern will bzw. – zu deren Finanzierung – absichern muss. Derartige Investitionen tätigt Railion vorliegend mit der Übernahme der RBH; [...]. Schließlich ist zu beachten, dass der Transportmengenvertrag die RAG nur verpflichtet, bestimmte definierte Transportleistungen ausschließlich an die RBH zu vergeben; soweit neue Verkehre beim RAG-Konzern anfallen, besteht keine Pflicht, die RBH auch mit diesen Verkehren zu beauftragen.

Die darüber hinaus gehende Frage, ob die Befristung des Transportmengenvertrages [...] möglicherweise einen Verstoß gegen Art. 81 EG-Vertrag, § 1 GWB darstellt, der wegen der [...] Befristung auch nicht unter die Freistellung der Vertikal-VO der Europäischen Kommission fällt, ist nicht Gegenstand der vorliegenden fusionskontrollrechtlichen Prüfung. Umgekehrt stellt auch eine fusionskontrollrechtliche Freigabe keine Vorwegnahme einer Prüfung nach Art. 81 EG-Vertrag dar.

2.2.3.3 Übernahme von wettbewerbsrelevanten Ressourcen

Fraglich ist schließlich auch, ob durch den Zusammenschluss zwischen der Railion und der RBH die Railion durch die Übernahme der Güterwaggons einen wettbewerbsrelevanten Ressourcenzuwachs erfährt. Diesbezüglich wäre Voraussetzung, dass die Railion strategische Ressourcen übernimmt, die sie für andere Verkehre einsetzen kann. Dies ist vorliegend bereits deshalb fraglich, [...]. Auch soweit die Transportaufträge für den RAG-Konzern in Zukunft zurückgehen sollten, stehen zumindest die angemieteten Waggons nach der durch die RBH erfolgten Kündigung der diesbezüglichen Mietverträge zukünftig nicht mehr gesichert zur Verfügung.

Bezüglich der im Eigentum der RBH befindlichen Waggons stellt sich zudem die Frage, ob diese – sowohl rechtlich als auch tatsächlich – als strategische Ressourcen im Wettbewerb eingesetzt werden können. Auch für

diese gilt zunächst, dass sie, soweit sie [...], nicht für Drittverkehre strategisch genutzt werden können. Darüber hinaus ist ihr Einsatz im Wettbewerb vor folgendem Hintergrund zumindest fraglich. Von den angabegemäß rd. [...] Güterwagen im Eigentum der RBH sind nach Angaben der Beteiligten [...] Waggons nicht für den öffentlichen Verkehr zugelassen und daher nur auf dem Werksnetz der RAG einsetzbar; diese können sicherlich nicht für Drittverkehre genutzt werden. Dies gilt auch für weitere [...], speziell für den Kohletransport vorhandene Fal-Waggons. Weitere [...] Fal-Waggons [...], so dass auch diese – jedenfalls innerhalb des bei der Zusammenschlusskontrolle zu berücksichtigenden Prognosezeitraums – nicht für Drittverkehre eingesetzt werden können.

Die restlichen rd. [...] Fal-Waggons verfügen mehrheitlich nicht über eine sog. „RIV-Zulassung“, die den Einsatz dieser Waggons in ganz Europa ermöglichen würde, sowie durchgängig lediglich über eine mechanische Entladevorrichtung, die auf die spezifischen Bedürfnisse des RAG-Konzerns ausgerichtet ist und eine Entladung an anderen Orten – jedenfalls ohne Umrüstung der dortigen Gegebenheiten – wesentlich erschwert. Die Befragung von Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie Vermietern von Güterwaggons, ob es sich bei diesen Waggons um marktfähige Güterwaggons handelt, die auch für Drittverkehre eingesetzt werden können, hat ein uneinheitliches Bild ergeben. Insbesondere die Vermieter haben mehrheitlich erklärt, dass die Marktfähigkeit von Waggons wesentlich von der RIV-Zulassung abhängig sei. Auch die spezifischen Entladetechniken der RBH-Waggons würde deren Einsetzbarkeit stark reduzieren, wenn nicht gar ausschließen. Demgegenüber haben Wettbewerber der Railion, aber auch ein Vermieter erklärt, dass die mangelnde RIV-Fähigkeit den Einsatz dieser Waggons zumindest im nationalen Gütertransportmarkt nicht ausschließt.

Die mit dem Erwerb der RBH in den Besitz der Railion übergehenden Waggons stellen auch nicht – im Gegensatz zu der von den Beigeladenen zu 11. und 12. vertretenen Auffassung – den „Schlüssel“ für den „Zugang“ zu den RAG-Werksverkehren dar. Diese Auffassung geht von falschen Annahmen aus. Dass – wie dargestellt – die überwiegende Zahl der RBH-Waggons über eine spezielle Entladevorrichtung verfügt, die spezifisch auf das RAG-Werksnetz zugeschnitten ist, bedeutet lediglich, dass diese nur bedingt bei anderen Entladestätten einsetzbar sind. Diese Entladevorrich-

tungen sind aber umgekehrt für den Einsatz auf dem RAG-Werksnetz nicht erforderlich; hier können auch andere – insbesondere FAL – Waggons mit „normalen“ Entladetechniken zum Einsatz kommen. Hiervon gehen die Beigeladenen im übrigen offenbar selbst auch aus, wenn sie auch die mit Mitteln des Landes Nordrhein-Westfalen geförderten Waggons, die über eine pneumatische Entladevorrichtung und eben nicht über die RAG-spezifische Entladetechnik verfügen, zu denjenigen Waggons hinzurechnen, die den „Schlüssel“ für den „Zugang“ zum RAG-Werksnetz bilden sollen. Diesbezüglich irren die Beigeladenen zudem in der Annahme, dass diese Waggons ausschließlich auf dem RAG-Werksnetz eingesetzt werden dürfen. Der der Beschlussabteilung vorliegende Zuwendungsbescheid des Landes Nordrhein-Westfalen beschränkt deren Verwendungszweck allein auf den Schienengüterverkehr der RBH; [...].

Im übrigen – sollte die Annahme der Beigeladenen zutreffend sein, dass der Werksverkehr für die RAG nur mit Waggons, die über die RAG-typische Entladetechnik verfügen, möglich sein, bedeutet der Verkauf von [...] dieser Waggons durch die RBH, dass erstmals derartige Waggons auch von anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen angemietet werden können, so dass diese entsprechende Transportleistungen dem RAG-Konzern anbieten können.

Schließlich hat die RBH zwischenzeitlich die Verträge über die von ihr angemieteten Güterwaggons zum Ablauf der bisher vereinbarten Festlaufzeit gekündigt. [...]. Mit der Kündigung der Mietverträge haben Wettbewerber der Railion die Chance – im Wettbewerb zwischen sämtlichen nachfragenden Eisenbahnverkehrsunternehmen – selbst diese Waggons in Zukunft anzumieten, so dass sie einen Zugang zu diesen Ressourcen erhalten.

2.2.3.4 Strukturelle Verbesserungen durch den Zusammenschluss

Ob letztendlich die Railion durch den Erwerb der RBH wettbewerbsfähige Ressourcen hinzu erwirbt und dies zusammen mit den sonstigen bei Railion eintretenden Veränderungen eine Verschlechterung der Marktverhältnisse bedeuten könnte, kann jedenfalls vorliegend offen bleiben. Diesen möglicherweise negativen wettbewerblichen Auswirkungen stehen vorliegend jedenfalls positive Veränderungen in Gestalt einer strukturellen Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen gegenüber, so dass das Zu-

sammenschlussvorhaben im Ergebnis nicht zu einer strukturellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.

Vorweg sei angemerkt, dass es sich bei diesen Erwägungen nicht um eine im Rahmen des § 36 Abs.1 GWB anzustellende Abwägung handelt dahingehend, ob eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen bewirkt wird, die die Nachteile einer Marktbeherrschung überwiegt, so dass es auf die von der Beigeladenen zu 13. aufgeworfenen Frage, ob in diesem Zusammenhang Zusagen der Zusammenschlussbeteiligten berücksichtigt werden können, nicht ankommt. Derartige Abwägungen sind dann vorzunehmen, wenn die strukturellen Verbesserungen auf einem anderen Markt als auf dem Markt eintreten, auf dem zuvor die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung oder deren Verstärkung festgestellt worden ist. Strukturelle Verbesserungen auf demselben Markt, auf dem ansonsten die marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, sind bereits bei der Prüfung der Strukturverschlechterung zu berücksichtigen. Erst wenn bei einer Saldierung von positiven und negativen Wettbewerbseffekten die letzteren überwiegen, liegt eine Verschlechterung der Struktur des betroffenen Marktes im Sinne der Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB vor (vgl. Ruppelt, in: Langen/Bunte, 9. Aufl., § 36 Rdnr. 35, 50., m.w.N., zuletzt OLG Düsseldorf, 3.11.2004 „KG Wochenkurier“, WuW/E DE-R 1390, insoweit jedoch nicht abgedruckt).

Die oben dargestellten möglicherweise negativen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens werden vorliegend zumindest dadurch ausgeglichen, dass mit der Kündigung der bestehenden Mietverträge zum Ende der vereinbarten Festlaufzeit durch die RBH sowie der Veräußerung von 200 Fal-Waggons [...] durch die Beteiligten Marktzutrittsschranken und damit ein wesentliches Hindernis für funktionierenden Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt werden.

Insbesondere die Beigeladenen haben wiederholt vorgetragen, dass ein funktionierender Wettbewerb im Bereich des Kohletransports per Schiene, der dem Markt für Transport von schütffähigen Massengütern zuzurechnen ist, bislang deshalb nicht hat entstehen können, weil die hierfür benötigten Ressourcen an Kohlewaggons nicht frei am Markt erhältlich seien.

Wie bereits dargestellt, ist schon fraglich, ob hierin tatsächlich eine erhebliche Marktzutrittsschranke zu sehen ist. Der Vortrag steht jedenfalls im Widerspruch zu den Erkenntnissen der Beschlussabteilung, wonach es – neben der möglicherweise in Frage kommenden Anmietung entsprechender Waggons bei in- und ausländischen Staatsbahnen – mehrere gewerbliche Vermieter von Eisenbahngüterwaggons gibt, die über entsprechende Waggons verfügen. Soweit diese durch mittel- und langfristige Vermietung an andere Eisenbahnunternehmen nicht zugänglich sind, besteht die Möglichkeit, dass die Vermieter bei entsprechender Nachfrage neue Waggons bauen lassen. Zwar ist hierfür ein gewisser zeitlicher Vorlauf vonnöten, um eine für den Betrieb von Ganzzügen notwendige Stückzahl produzieren zu lassen. Im Hinblick darauf aber, dass die Transportaufträge in der Regel mit mindestens einjähriger Dauer abgeschlossen werden, besteht die Möglichkeit, diese Laufzeit zu nutzen, um in der Zwischenzeit Waggons bauen zu lassen. Dieser notwendige Vorlauf ist auch den Verladern bekannt, so dass diese – wenn sie ein Interesse an einem Wechsel des Transportunternehmens haben – diesen Zeitbedarf bei der Neuvergabe von Transportverträgen entsprechend einkalkulieren können.

Auch der Hinweis, dass Vermieter den Bau neuer Waggons erst dann in Auftrag geben, wenn sie für diese eine zumindest 6-jährige Vermietung sichergestellt haben, während die Transportunternehmen in der Regel nur kürzer befristete Transportaufträge erhalten, schließt den Zutritt zu diesem Transportmarkt nicht grundsätzlich aus. Mehrere befragte Unternehmen haben angegeben, Kohletransporte nur deshalb ausschließlich durch Railion durchführen zu lassen, weil es keine Alternative gäbe. Man bemühe sich aber durch die Vergabe zumindest einzelner Relationen an Wettbewerber ein „zweites Standbein“ aufzubauen. Es kann daher erwartet werden, dass unter diesen Umständen Verloader bereit sind, auch längere Transportaufträge zu erteilen, wenn diese wiederum für das Eisenbahnunternehmen Voraussetzung sind, Waggons zu beschaffen. Der Beschlussabteilung sind jedenfalls mehrere Fälle – auch aus jüngster Vergangenheit – bekannt, in denen ein Verloader das beauftragte Eisenbahnverkehrsunternehmen gewechselt hat, und vor Durchführung dieses Auftrags noch das Waggonmaterial gebaut werden musste.

Mit der Kündigung der Mietverträge durch die RBH werden diesem Markt für die Vermietung von Güterwaggons kurzfristig zahlreiche speziell für den

Kohletransport einsetzbare Waggons zugeführt, so dass Wettbewerber der Railion in die Lage versetzt werden, diese anzumieten. Nach dem Vortrag der Beteiligten handelt es sich allein in den nächsten drei Jahren um über [...] Fal-Waggons, die aufgrund der Kündigung der Mietverträge zusätzlich auf den Markt kommen. Die Beschlussabteilung erwartet auch nicht, dass die Beteiligten diese Kündigungen durch eine parallele Neuvermietung konkurrenzieren. Angesichts [...] ist vielmehr zu erwarten, dass die Railion die mit den angemieteten Waggons durchgeführten Transporte anschließend mit eigenen Ressourcen durchführt. Dies bestätigt auch ein befragter Vermieter, nach dessen Darstellung die Kündigung der Mietverträge Kapazitäten an vermietbaren Waggons freisetzt.

Des Weiteren haben die Beteiligten zwischenzeitlich insgesamt 200 Fal-Waggons aus ihren Beständen an einen gewerblichen Vermieter veräußert und mit diesem vereinbart, dass innerhalb der nächsten drei Jahre eine Anmietung durch die beteiligten Unternehmen ausgeschlossen ist, sofern ein drittes Unternehmen diese zu marktgängigen Konditionen anmieten möchte. Bei [...] 100 [...] verkauften Waggons handelt es sich zweifelsfrei um wettbewerbsfähige Ressourcen; dies hat ein von der Beschlussabteilung durchgeführter „Markttest“ bestätigt.

Sofern man – wie die Beigeladenen dies tun – konstatiert, dass die Railion mit dem Erwerb der RBH einen wettbewerbslich relevanten Zuwachs an rollendem Material erfährt, muss dies auch für die 100 [...] verkauften Fal-Waggons angenommen werden. Hierfür sprechen jedenfalls die Aussagen derjenigen Wettbewerber der Railion sowie der Vermieter, die zumindest die für den öffentlichen Verkehr zugelassenen Waggons der RBH als wettbewerbsfähige Ressourcen ansehen, so dass – auch soweit diese Waggons einen speziellen Entlademechanismus haben – ein Einsatz im Wettbewerb durchaus möglich ist, gegebenenfalls nach entsprechender Umrüstung der Entladestelle bzw. der Waggons, was nach Darstellung der Beigeladenen zu 11. und 12. offenbar keinen übermäßigen Aufwand verursacht. Soweit diese Waggons durch einen gewerblichen Vermieter übernommen werden, stehen sie jedenfalls für die Anmietung durch Dritte grundsätzlich zur Verfügung.

Somit kommen kurz- und mittelfristig über 600 für den Transport von Kohle geeignete Waggons auf den Markt, die von Wettbewerbern der Railion an-

gemietet werden können. Hierbei handelt es sich nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung um ein Potential, das groß genug ist, mehrere Relationen zu fahren, selbst wenn man eine „Reparaturreserve“ berücksichtigt. Damit dürften private Eisenbahnverkehrsunternehmen in die Lage versetzt werden, Massenguttransporte auch im Bereich der festen mineralischen Brennstoffe im Wettbewerb zur Railion am Markt anzubieten.

Mit der Feststellung, dass der Verkauf von Waggons durch die Zusammenschlussbeteiligten [...] eine Verbesserung der strukturellen Marktverhältnisse bewirkt, setzt sich die Beschlussabteilung – entgegen dem Vortrag der Beigeladenen zu 13. – auch nicht in Widerspruch zu anderen Aussagen. Die Beschlussabteilung hat vielmehr ausdrücklich offen gelassen, ob die von Railion zu übernehmenden Waggons tatsächlich einen Zuwachs an im Wettbewerb einsetzbaren Ressourcen bewirken. Widersprüchlich ist insofern vielmehr der Vortrag der Beigeladenen zu 13., wenn sie einerseits feststellt, dass Railion durch den Erwerb der Waggons Ressourcen hinzugewinnt (wobei es sich ja bei einer Betrachtung der Auswirkungen auf den Wettbewerb nur um wettbewerbsfähige Ressourcen handeln kann), andererseits aber Waggons ohne „marktgängige Entladevorrichtung“ ausdrücklich als nicht wettbewerbsfähig bezeichnet. Darauf, dass auch diesen Waggons eine wettbewerbsrelevante Bedeutung zukommen kann, haben schließlich auch die Beigeladenen zu 11. und 12. mit Blick auf den zu übernehmenden Werksverkehr hingewiesen.

Im übrigen kann es nicht Ziel der Zusammenschlusskontrolle sein, Wettbewerbern einen – im Vergleich zu der Situation ohne den Zusammenschluss – erleichterten Zutritt zum Markt zu ermöglichen. Der Zutritt zu einem neuen Markt oder die Ausweitung der Geschäftstätigkeit auf einem bereits besetzten Markt ist regelmäßig mit der Tätigkeit notwendiger Investitionen verbunden, denen sich jedes Unternehmen stellen muss. Insbesondere die dem Verfahren beigeladenen Eisenbahnverkehrsunternehmen Connex Cargo und rail4chem sowie die tx Logistik AG sind Unternehmen, die jeweils Konzernen angehören, die über vergleichbare finanzielle Ressourcen wie die Railion verfügen, so dass sie – tatsächlich ein entsprechendes Interesse vorausgesetzt – spätestens aufgrund der nunmehr zusätzlich verfügbaren Kohlewaggons auf dem diesbezüglichen Transportmarkt tätig werden können.

Vor diesem Hintergrund ist auch das von den Zusammenschlussbeteiligten mit der Erwerberin der Waggon vereinbarte Rückmietverbot ausreichend, den Zugang der Wettbewerber zu diesen Waggon zu ermöglichen. Die Zusammenschlusskontrolle darf nicht einen Waggonvermieter als nicht am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen verpflichten, seine Waggon auch zu geringeren als marktüblichen Konditionen oder überhaupt nicht zu vermieten, wenn andere Unternehmen als die am Zusammenschluss beteiligten nicht bereit sind, marktübliche Konditionen zu bezahlen bzw. an einer Anmietung überhaupt kein Interesse haben. Umgekehrt soll die Zusammenschlusskontrolle auch nicht den Wettbewerbern einen günstigeren als den marktüblichen Zugang zu den Waggon ermöglichen.

Dass aus Sicht der Beigeladenen eine weitere Reduzierung des eigenen und angemieteten Fuhrparks der Beteiligten wünschenswert wäre, damit deren Stellung im Wettbewerb geschwächt würde, ist nachvollziehbar. Dies ist aber ebenfalls nicht Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle. Kommt es hingegen parallel zum Zusammenschluss zu spürbaren Verbesserungen auf dem relevanten Markt, kommt eine Untersagung nicht in Betracht. Mit dem Verkauf von Waggon sowie der Kündigung der Mietverträge haben die Zusammenschlussbeteiligten Fakten geschaffen, die die Verfügbarkeit von speziell für den Kohletransport geeigneten Waggon verbessern. Damit wird eine von den Wettbewerbern vorgetragene wesentliche Marktzutrittsschranke deutlich verringert, wenn nicht gar beseitigt. Den Wettbewerbern bietet sich jedenfalls nunmehr die Möglichkeit, die für einen Eintritt in den Markt notwendigen Waggon anzumieten.

3. Marktstellung auf den übrigen Gütertransportmärkten

Kommt nach den obigen Ausführungen die Verstärkung einer – unterstellten – marktbeherrschenden Stellung der Railion auf dem Markt für den Transport trockener, schüttfähiger Massengüter nicht in Betracht, so gilt dies umso mehr, soweit die RBH Transportleistungen auf anderen Märkten erbringt, zumal es sich hierbei nicht um die Kerngeschäftstätigkeit der RBH handelt.

Betroffen sind insoweit die Märkte für den Transport flüssiger Massengüter (Mineralöl- und sonstige chemische Erzeugnisse) sowie von Containern.

Bei diesen Märkten stellt sich – sehr viel plausibler als beim Transportmarkt für trockene, schüttfähige Massengüter – die Frage, ob nicht – genauso wie der Verkehrsträger Binnenschiff – auch die durch den Verkehrsträger LKW erbrachten Transportleistungen zum relevanten Markt gehören. Beim Transport flüssiger Massengüter müsste zudem auch das Transportmittel „Pipeline“ berücksichtigt werden. In diesem Falle läge bereits der Marktanteil der Railion deutlich unter der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung. Jedenfalls stehen diese Transportmittel in deutlicher Substitutionskonkurrenz zum Verkehrsträger Bahn, so dass auf diesen Märkten ein unkontrollierter Verhaltensspielraum der Railion ausgeschlossen werden kann. Aber selbst wenn man eine marktbeherrschende Stellung unterstellt, kommt es durch den Zusammenschluss nicht zu einer Verschlechterung der bisherigen Marktverhältnisse, da die von der RBH auf diesen Märkten erzielten Umsätze – auch bei Berücksichtigung allein der Verkehrsträger Bahn und Binnenschiff – lediglich Marktanteile von unter [...] % darstellen. Hinzu kommt, dass die RBH für diese Transporte nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung nicht über eigene Transportkapazitäten verfügt, sondern diese bei Dritten anmieten muss. Hinsichtlich der benötigten Transportkapazitäten besteht zudem ein funktionierender Mietmarkt, so dass sie keine Marktzutrittsschranke darstellen.

VII. ZUSAMMENFASSUNG

Nach alledem kann vorliegend offen bleiben, ob die Railion auf dem zugrunde gelegten Markt für den Transport schüttfähiger Massengüter, auf dem lediglich die Verkehrsträger Bahn und Binnenschiff zu berücksichtigen sind, über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Aufgrund der strukturellen Verbesserungen, die durch den Verkauf von Waggons durch Railion und RBH sowie durch die Kündigung der Mietverträge für Güterwaggons durch RBH auf diesem Markt eintreten, kommt es jedenfalls letztendlich nicht zu einer Verstärkung der Marktstellung der Railion.

Auch auf anderen betroffenen Märkten führt der Zusammenschluss nicht zu einer im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB erforderlichen Verschlechterung der Marktverhältnisse.

Aus den vorgenannten Gründen hat die Beschlussabteilung daher entschieden, das angemeldete Zusammenschlussvorhaben freizugeben. Diese Verfügung ergeht nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB.

VIII. GEBÜHREN

[...]

IX. 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 zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung 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

Lange

Hauß