

Beschluss

in dem Verwaltungsverfahren

Öffentliche Version

1. E.ON Energie AG, München
Brienner Straße 40
80333 München
2. EAM Energie AG
Monteverdistrasse 2
34131 Kassel
3. Kreisstadt Eschwege
Obermarkt
37269 Eschwege
4. Stadtwerke Eschwege GmbH
Niederhoner Straße 36
37269 Eschwege
5. Städtische Werke AG Kassel
Königstor 3-13
34117 Kassel

– Beteiligte –

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwalt Söchtig
Malteserweg 28
97076 Würzburg

– Beigeladene –

wegen Prüfung eines Zusammenschlusses hat die 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 12. September 2003 beschlossen:

1. Das mit Schreiben vom 27. Januar 2003, eingegangen im Bundeskartellamt am 28. Januar 2003, angemeldete Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.

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

XXXXX € (in Worten: XXXXX Euro) festgesetzt.

Gebührensschuldner ist nach § 80 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 GWB die im Rubrum zu 1. genannte Beteiligte.

Gründe:

I. Vorhaben und Verfahrensgang

Mit Schreiben vom 27. Januar 2003, eingegangen im Bundeskartellamt am 28. Januar 2003, hat die E.ON Energie AG, München (E.ON Energie) den Erwerb von 33% der Geschäftsanteile der Stadtwerke Eschwege GmbH, Eschwege (SW Eschwege) über ihre Tochter EAM Energie AG (EAM)¹ nach § 39 GWB angemeldet.

Die Mitteilung nach § 40 Abs. 1 GWB über die Einleitung des Hauptprüfverfahrens ist der E.ON Energie und der EAM mit Schreiben vom 26. Februar 2003 sowie mit Schreiben vom 25. Februar 2003 der Stadt Eschwege und der SW Eschwege fristgerecht zugegangen.

Am 13. und 14. März 2003 hat die Beschlussabteilung mit Vertretern der Stadt Eschwege, der SW Eschwege und der Gesellschaft für kommunale Kooperation, einer Kooperation die einer Reihe von Stadtwerken im Umfeld von Eschwege beim Stromeinkauf behilflich ist, Gespräche zum o.g. Zusammenschlussvorhaben geführt.

Die Städtische Werke AG Kassel ist auf Grund ihres Antrags vom 01. April 2003 mit Beschluss vom 15. April 2003 beigeladen worden.

Die Stadt Eschwege, die SW Eschwege, die E.ON Energie und die EAM haben mit Schreiben vom 14. April 2003 einvernehmlich einer Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 15. Juli 2003 zugestimmt.

¹

In der Anmeldung noch Energie Aktiengesellschaft Mitteldeutschland; mit Schreiben E.ON Energie vom 31. Juli 2003 korrigiert, im Handelsregister seit 28. Mai 2003 als EAM Energie AG.

Am 18. Juni 2003 hat die Beschlussabteilung in einem Gespräch den Vertretern der E.ON Energie, der EAM und der Stadt Eschwege die Bedenken der Beschlussabteilung hinsichtlich des o.g. Zusammenschlussvorhabens dargestellt. Die oben Genannten haben daher eine Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 15. September 2003 angeboten und darüber hinaus zur Abwendung einer drohenden Untersagungsverfügung ins Gespräch gebracht, die Freigabe des Zusammenschlussvorhabens mit Auflagen bzw. Kompensationen zu verbinden. Eine erste kritische Einschätzung zu den angebotenen Kompensationen hat die Beschlussabteilung bereits in diesem Gespräch deutlich gemacht.

Die Zustimmung zur Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 15. September 2003 ist mit Schreiben der E.ON Energie vom 23. Juni 2003 auch im Namen der EAM, der Stadt Eschwege und der SW Eschwege im Bundeskartellamt eingegangen.

E.ON Energie hat in der Anmeldung vom 27. Januar 2003 sowie mit Schreiben vom 11., 14. und 21. Juli 2003 folgende Kompensationen vorgeschlagen und konkretisiert, um die wettbewerblichen Bedenken der Beschlussabteilung auszugleichen:

- EAM bietet den Verkauf einer 49% - Beteiligung an der XXXXX an, einem Unternehmen, das Kraftwerksmodule plant, konstruiert und wartet.
- EAM bietet die Veräußerung der Stromverteilungsnetze in XXXXX an die XXXXX an.

Am 15. Juli 2003 hat die Beschlussabteilung der E.ON Energie telefonisch mitgeteilt, dass die Prüfung der angebotenen und mit o.g. Schreiben ergänzten Kompensationen eine gewisse Zeit erfordert und dass die Beschlussabteilung fristwährend zwischenzeitlich eine Abmahnung versenden wird.

Mit Schreiben vom 16. Juli 2003 wurde der E.ON Energie, der EAM, der Stadt Eschwege und der SW Eschwege mitgeteilt, aus welchen Gründen die Beschlussabteilung beabsichtigt, das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen. Eine um die Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version wurde der Städtische Werke AG Kassel sowie den Landeskartellbehörden von Hessen und Bayern mit Schreiben vom 18. Juli 2003 übermittelt. Den Verfahrensbeteiligten wurde eine Frist zur Stellungnahme bis zum 31. Juli 2003 eingeräumt.

Am 22. Juli 2003 hat die Beschlussabteilung telefonisch mit Herrn XXXXX von XXXXX und am 23. Juli 2003 im Rahmen eines Gesprächs im Bundeskartellamt mit Vertretern der XXXXX die seitens E.ON Energie angebotenen Kompensationen erörtert.

Mit Schreiben vom 29. Juli 2003 haben die Stadt Eschwege und mit Schreiben vom 31. Juli 2003 die E.ON Energie auf die Abmahnung vom 16. Juli 2003 geantwortet. Insbesondere E.ON Energie machte deutlich, dass wegen des im Abmahnschreiben fehlenden Komplexes der angebotenen Kompensationen ihr diesbezüglich noch nicht ausreichendes Gehör gewährt worden sei. Die beigeladene Städtische Werke Kassel AG und die betroffenen Landeskartellbehörden haben keine Stellung genommen.

Mit Schreiben vom 04. August 2003 hat die Beschlussabteilung den Vorwurf nicht ausreichenden rechtlichen Gehörs zurückgewiesen und noch einmal die wesentlichen Gründe genannt, warum die angebotenen Kompensationen nicht ausreichend sind. Der E.ON Energie wurde erneut die Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 08. August 2003 eingeräumt.

Mit Schreiben vom 08. August 2003 hat die E.ON Energie noch einmal schriftlich, auch zu der Wertung der Beschlussabteilung hinsichtlich der angebotenen Kompensationen Stellung genommen.

Am 14. August 2003 hat die Beschlussabteilung der E.ON Energie angekündigt, dass in Kürze eine Untersagungsentscheidung erfolgen wird. Die E.ON Energie hat darauf hin um etwas Zeit gebeten, um noch einmal über weitere ergänzende Kompensationen nachzudenken.

Mit Schreiben vom 28. August hat die E.ON Energie eine solche ergänzende Kompensation vorgeschlagen, und zwar die Einräumung von Sonderkündigungsrechten von Stromgroßkunden im XXXXX Gebiet. Mit gleichem Schreiben hat die E.ON Energie im Namen aller Verfahrensbeteiligten die Zustimmung zur Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 30. September 2003 mitgeteilt.

Am 08. September hat die Beschlussabteilung mit Schreiben gleichen Datums die Gründe dafür aufgeführt, warum die seitens E.ON Energie ergänzend angebotene Kompensation

als nicht ausreichend angesehen werden kann. Der E.ON Energie wurde Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 10. September 2003 gegeben.

Mit Schreiben vom 10. September 2003 hat die E.ON Energie noch einmal schriftlich, auch zu der Wertung der Beschlussabteilung hinsichtlich der zusätzlich angebotenen Kompensation Stellung genommen.

II. Die beteiligten Unternehmen

Die **SW Eschwege**, ein 100%iges Tochterunternehmen der Stadt Eschwege, wurde 2001 als GmbH im Wege der Ausgliederung gegründet.

Unternehmensgegenstand der SW Eschwege ist die Versorgung in der Region Eschwege mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser.

Mit Elektrizität werden versorgt

- die Kreisstadt Eschwege ohne den Stadtteil Albugen,
- die angrenzenden Gemeinden Wehretal, Ringau und Weißenborn vollständig und
- die angrenzenden Gemeinden Meinhard, Meißner, Sontra, Waldkappel und Wanfried teilweise.

Darüber hinaus ist die SW Eschwege Vorlieferant der Elektrizitätswerke Wanfried von Scharfenberg KG sowie der EW Rohmund GmbH.

Die SW Eschwege ist Mitglied der Gesellschaft für kommunale Kooperation (GKK). Die Gesellschaft wurde 1998 gegründet und ist aus der Arbeitsgemeinschaft der EAM- Strombezieher hervorgegangen. Die GKK vermittelt Stromeinkäufe für die regionalen Energieversorger der Kommunen Bad Hersfeld, Bad Sooden-Allendorf, Biedenkopf, Bovenden, Butzbach, Duderstadt, Einbeck, Eschwege, Fritzlar, Haiger, Hann. Münden, Herborn, Homburg, Hünfeld, Korbach, Northeim, Uslar, Wanfried, Witzenhausen und Wolfhagen.

Strommengen selbst werden über die GKK nicht eingekauft, die GKK schreibt aus und verhandelt vielmehr jährlich für ihre Mitglieder sogenannte Rahmenverträge. Diese Rahmenverträge sind nicht verbindlich und die Abschlüsse erfolgen individuell.

Derzeit ist und seit Umwandlung der Arbeitsgemeinschaft der EAM- Stromnachfrager in die GKK war die EAM im Bereich Strom ausschließlicher² Vorlieferant der SW Eschwege.

Die Gasversorgung der SW Eschwege bezieht sich auf

- die Kernstadt Eschwege und die Stadtteile Nieder- und Oberhohe sowie Nieder- und Oberdünzsbach sowie auf
- den Stadtteil Bischhausen der Stadt Waldkappel.

Vorlieferant der SW Eschwege für Gas ist die Gasunion GmbH, Frankfurt a.M. (Gasunion)³; ein Belieferungsvertrag läuft bis Ende XXXXX.

Die Leitungen der Gasunion verlaufen in Nord-Südrichtung durch den Stadtbereich von Eschwege. Sie berühren eine Reihe der zum Einzugsbereich der SW Eschwege gehörenden Gemeinden.

Die SW Eschwege bezieht das Gas über verschiedene Übergabestellen an Leitungen der Gasunion für ihre räumlich auseinander liegenden, nicht direkt miteinander verbundenen Versorgungsbereiche.

Mit Wasser wird seitens der SW Eschwege neben der Region Eschwege auch die Gemeinde Weißenborn versorgt.

² Lediglich im Jahr 2001 hat die SW Eschwege eine Menge von XXXXX GWh (rd. XXXXX % ihrer Gesamtnachfrage) von der Watt Deutschland GmbH hinzu gekauft.

³ Die Gasunion baut und betreibt Ferngasleitungen. Darüber hinaus betreibt sie den Ein- und Verkauf von Gasen aller Art. Ihr Gasabsatz betrug 2001 rd. 43,4 Mrd. kWh, ihr Umsatz 948 Mio. €. Die Gasunion weist folgende Gesellschafterstruktur auf (vgl. Jahrbuch der europäischen Energie- und Rohstoffwirtschaft, 2003, Verlag Glückauf Essen):

Mainova AG, Frankfurt	37,70%
Ruhrgas Energie Beteiligungs- AG	25,93%
Kraftwerke Mainz Wiesbaden	17,50%
Städtische Werke AG Kassel	10,10%
Stadtwerke Göttingen	6,73%
Gas- u. Wasserversorgung Fulda	2,04%

Der Absatz der SW Eschwege nach Geschäftsfeldern betrug nach eigenen Angaben im Jahr 2001⁴:

Geschäftsfelder	Absatz
Strom	XXXXXX Mio. kWh
Gas	XXXXXX Mio. kWh
Wärme	XXXXXX Mio. kWh
Wasser	XXXXXX Mio. m ³

Auf diesen Geschäftsfeldern wurde ein Gesamtumsatz von XXXXX Mio. €⁵ erzielt.

Die EAM ist ein Regionalversorgungsunternehmen für Strom in Hessen, im südlichen Niedersachsen und in Teilen Ostwestfalens. Unternehmenssitz ist Kassel. An der EAM ist die E.ON Energie mit rd. 73% beteiligt, die wiederum eine 100%ige Tochter der E.ON AG ist.

Die EAM selbst betreibt auch eine Gasversorgung. So ist der regionale Gasversorger Erdgas Mitteldeutschland egm mit Wirkung zum 01. Januar 2003 auf die EAM verschmolzen.

Die EAM betreibt selbst aber keine Wasser- oder Wärmeversorgung, ist aber mehrheitlich an einem Wasserversorger, der EAM Wasserversorgung GmbH, und einer Wärmegeellschaft, der EAM Energie Plus GmbH, beteiligt.

Im vergangenen Jahr wurden bei Umsatzerlösen von 880 Mio. € folgende Absätze in den Geschäftsbereichen Strom, Gas und Wasser getätigt:

Geschäftsfelder	Absatz
Strom	XXXXXX Mio. kWh
Gas	XXXXXX Mio. kWh
Wasser	XXXXXX Mio. m ³

⁴ Neuere Angaben liegen nicht vor.

⁵ Hinzu kommen noch Umsätze aus anderen Geschäftsbereichen in Höhe von XXXXX €.

Mit Ausnahme geringfügiger Eigenerzeugungs- und Einspeisemengen wird der Strombedarf vollständig durch Bezug von E.ON Unternehmen gedeckt.

Die EAM beliefert mit Gas sowohl weiterverteilende Stadtwerke als auch letztverbrauchende Großkunden und HuK-Kunden.

Im Umfeld von Eschwege versorgt die EAM auch eine Reihe von räumlich voneinander getrennten Gemeinden mit Gas, auch sie bezieht – wie die SW Eschwege – das Gas hier über verschiedene Übergabestellen an Leitungen der Gasunion.

Die E.ON AG, Düsseldorf, ist tätig auf allen Stufen der Strom- und Gasversorgung, im Geschäft mit Mineralöl, Chemikalien, Telekommunikation, Wasserversorgung und im Immobilienmanagement. Sie erzielte im Jahr 2002

- weltweit einen Umsatz von XXXXX Mio. €,
- in der EU XXXXX Mio. € und
- in Deutschland XXXXX Mio. €⁶.

III. Zusammenschluss und Anwendungsbereich des GWB

Die Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB und damit die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die fusionskontrollrechtliche Prüfung ergibt sich daraus, dass kein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung vorliegt.

Die Umsätze der SW Eschwege erreichen nicht die Umsatzschwelle des Art. 1 Abs. 2 lit. b bzw. Art. 1 Abs. 3 lit. d FKVO.

Das Zusammenschlussvorhaben ist nach § 39 i.V.m. § 35 GWB anmelde- und kontrollpflichtig. Mit einem Umsatz der EAM in der Größenordnung von XXXXX Mio. € in 2001 und einem Umsatz der SW Eschwege von XXXXX Mio. € im gleichen Jahr sind die Schwellenwerte des § 35 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB überschritten.

Die Umsätze der SW Eschwege auf den regionalen Endkundenmärkten für Wärme, Wasser und Strom und Gas liegen jeweils unter der 15 Mio. €- Schwelle des

⁶ Die Umsätze spiegeln einen Zwischenstand wider, auch im Jahr 2002 haben sich unterjährig wesentliche Änderungen im Beteiligungsportfolio ergeben.

§ 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB; sie sind somit als Bagatellmärkte anzusehen, die für die Bewertung dieses Zusammenschlusses nicht relevant sind.

Das Vorhaben, 33% der Geschäftsanteile der SW Eschwege durch die EAM zu erwerben, erfüllt den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB (Anteilswerb von 25 % und mehr).

IV. Wettbewerbliche Beurteilung

Das Zusammenschlussvorhaben ist nach § 36 Abs. 1 GWB zu untersagen. Das Vorhaben lässt die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen sowohl beim Absatz von Strom als auch beim Absatz von Gas erwarten.

Betroffen sind die Strommärkte für die Belieferung von Weiterverteilern (lokale Regionalversorger und Stadtwerke) sowie die der industriellen/gewerblichen Stromgroßkunden. Darüber hinaus ist der Gasmarkt für die Belieferung von Weiterverteilern (lokale Regionalversorger und Stadtwerke) betroffen.

1. Strom- und Gasmärkte

1.1. Abgrenzung der Strommärkte

Der Absatz von Strom in Deutschland ist durch die vertikale Gliederung in überregionale Verbundunternehmen, regionale Stromversorgungsunternehmen und lokale Verteilerunternehmen (insbesondere Stadtwerke) geprägt. Vor diesem Hintergrund sind mehrere sachlich relevante Strommärkte abzugrenzen.

Auf der untersten Marktstufe stehen Stromversorgungsunternehmen als Lieferanten von Strom den industriellen, gewerblichen, landwirtschaftlichen und privaten Letztverbrauchern gegenüber. Auf dieser Stromletztverbraucherstufe bilden die Belieferung von **Kleinkunden** (Haushalts-, Kleingewerbe- und landwirtschaftliche Kunden) mittels Standardlastprofil aus den Niederspannungsnetzen und die Belieferung von leistungsgemessenen letztverbrauchenden industriellen/ gewerblichen Kunden (**Stromgroßkunden**) aus dem Mittelspannungsnetz und darüber liegenden Netzebenen eigene sachlich relevante Märkte.

Zwischen dem Nachfrageverhalten der gewerblich/industriellen Stromgroßkunden und den Kleinkunden bestehen wesentliche Unterschiede. Da Stromkosten ein Teil des Kostenmanagements darstellen, sind Stromgroßkunden tendenziell preissensibler und entsprechend

wechselbereiter als Kleinkunden, deren Kostenbewusstsein hinsichtlich des Stromkonsums weniger ausgeprägt ist. Im Gegensatz zu Kleinkunden verfügen Stromgroßkunden häufig über professionelle Verhandlungsführer im Energieeinkauf. Aufgrund ihrer größeren Abnahmemengen verfügen sie über eine bessere Verhandlungsposition. Dies spiegelt sich wider in den unterschiedlichen Vertriebsstrategien, die Stromversorgungsunternehmen zur Kundengewinnung verfolgen. Während bei den Stromgroßkunden die Preiswürdigkeit des Angebots im Vordergrund steht, erstreckt sich die Kundenansprache im Bereich der Kleinkunden in starkem Maße zusätzlich auf die werbliche Differenzierung eines homogenen Produkts. Auch die erheblichen Preisdifferenzen zwischen dem Absatz an Stromgroßkunden und Kleinkunden, die nicht allein mit höheren Durchleitungskosten (Abnahme aus der Niederspannungsebene statt aus höheren Netzebenen) und geringeren Abnahmemengen gerechtfertigt werden können, sprechen für die Annahme sachlich getrennter Märkte. Schließlich indiziert die Tatsache, dass ein gewisser Preiswettbewerb um Kleinkunden erst geraume Zeit später als um Großkunden eingesetzt hat, dass zwischen dem Markt für die Belieferung von Stromgroßkunden und dem Markt für die Belieferung von Kleinkunden keine wettbewerblich relevanten Wechselbeziehungen bestehen, die für die Annahme eines einheitlichen Marktes für die Belieferung von Letztverbrauchern sprechen würden.

Auf der darüber liegenden Marktstufe, dem Markt für die Belieferung von Stromweiterverteilern, stehen die inländischen Stromerzeuger und Stromimporteure als Anbieter den Regionalversorgern und Stadtwerken als Nachfrager gegenüber.

In räumlicher Hinsicht geht die Beschlussabteilung bei der Belieferung von Großkunden und Weiterverteilern von bundesweiten Märkten aus.

Der Kleinkundenmarkt ist nach Auffassung der Beschlussabteilung trotz der Liberalisierung der Strommärkte weiterhin nach den Netzgebieten der jeweiligen Letztversorger regional oder lokal abzugrenzen. Eine Tendenz hin zu einem Durchleitungsautomatismus ist nicht zu erkennen.⁷

⁷

In ihrer Stellungnahme vom 31. Juli 2003 weist die E.ON Energie darauf hin, dass nach ihrer Ansicht ein Durchleitungsautomatismus beim Kleinkundenmarkt bereits existiert. Die Bewertung dieser Ansicht kann im vorliegenden Fall dahin gestellt bleiben, da hier die Kleinkundenmärkte als Bagatellmärkte nicht in die Entscheidung mit eingeflossen sind.

1.2. Zur Frage der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den Strommärkten für die Belieferung von Weiterverteilern und von industriellen/gewerblichen Stromgroßkunden

Durch das Zusammenschlussvorhaben werden die marktbeherrschenden Stellungen, die der E.ON Konzern (E.ON) zusammen mit dem RWE Konzern (RWE) auf den bundesweiten Märkten für die Belieferung von weiterverteilenden Stromversorgungsunternehmen und Stadtwerken sowie für die Belieferung von industriellen/gewerblichen Großkunden inne hat, verstärkt.

Die Konzerne RWE und E.ON bilden mit ihren Unternehmen auf beiden bundesweiten Märkten ein marktbeherrschendes Duopol. Diese Bewertung ist das Ergebnis von Ermittlungen im Rahmen der Fusionskontrollverfahren zum Zusammenschluss E.ON/ Ruhrgas AG.⁸ Diese heute noch gültige Einschätzung stützt sich im Wesentlichen auf folgende Gründe:

Die kollektive Marktbeherrschung der Konzerne von RWE und E.ON ist in einer Gesamtschau der Auswirkungen der strukturellen Wettbewerbsbedingungen auf den Strommärkten auf folgende Faktoren zurückzuführen: RWE und E.ON bilden aufgrund der eng beieinander liegenden Marktanteile und der sehr ähnlichen Unternehmensstruktur ein weitgehend symmetrisches Duopol auf den Strommärkten.

Zunächst haben beide Konzerne zusammen einen bedeutenden Vorsprung gegenüber den Wettbewerbern Vattenfall Europe AG (früher Unternehmensverbund HEW/VEAG/Bewag) und EnBW AG in Bezug auf Kraftwerkskapazitäten und auf die Verfügbarkeit von Netzen verschiedener Spannungsebenen. Darüber hinaus haben sie auf beiden Märkten einen großen Marktanteilsvorsprung vor ihren nächsten Wettbewerbern. Auf dem Markt für die Belieferung von Stromgroßkunden liegt der gemeinsame Marktanteil von RWE und E.ON bei etwa XXXXX % und damit mit großem Abstand vor den beiden nächsten Wettbewerbern (je unter XXXXX %). Darüber hinaus verfügen sie gemeinsam über XXXXX Minderheitsbeteiligungen von über 10 % an Stromversorgungsunternehmen, von denen damit kein wesentlicher Wettbewerb mehr gegenüber dem jeweiligen

⁸

Siehe B8-109/01 "E.ON/Gelsenberg", veröffentlicht: WuW/E DE-V 511 und <http://www.bundeskartellamt.de/B8-109-01neu.pdf> und B8-149/01 "E.ON/Bergemann", veröffentlicht: WuW/E DE-V 533 und <http://www.bundeskartellamt.de/B8-149-01.pdf>.

Duopolmitglied zu erwarten ist. Damit liegt der von RWE und E.ON beeinflusste Marktanteil insgesamt bei [weit über 50 %].

Auf dem Markt für die Belieferung von Weiterverteilern (regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Stadtwerke, ohne Belieferung von "Händlern" und anderen Verbundunternehmen) haben E.ON und RWE mit ihren Konzernunternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von etwa XXXXX % und erfüllen damit die Oligopolvermutung von § 19 Abs. 3 Nr. 1 GWB⁹. Die folgenden Wettbewerber haben dagegen Marktanteile von nur etwa XXXXX % (Vattenfall Europe AG) bzw. XXXXX % (EnBW AG).

Die o.g. Marktanteile und auch die Oligopolvermutung werden durch neuere Erhebungen der Beschlussabteilung bestätigt¹⁰. So haben E.ON und RWE mit ihren Konzernunternehmen auf dem Markt für die Belieferung von Weiterverteilern (regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Stadtwerke, ohne Belieferung von "Händlern" und anderen Verbundunternehmen) bei gesunkenem Gesamtmarktvolumen in 2001 Marktanteile von rd. [weit über 50 %].

Innerhalb des Duopols besteht kein wesentlicher Binnenwettbewerb. Auch durch andere – aktuell oder potenziell - auf den Märkten für die Belieferung von Stromgroßkunden und Stromweiterverteilern tätige Unternehmen wird der Verhaltensspielraum des Duopols nicht begrenzt.

Grundsätzlich wird oligopolistisches Parallelverhalten auf den Märkten für die Stromlieferung wesentlich durch die Homogenität und das geringe Innovationspotenzial des Produktes Strom begünstigt. Hinzu kommt die Transparenz der Erzeugungskosten und der Verkaufspreise. Die Erzeugungskosten, die die variablen Kosten und damit wesentlich die Angebotspreise determinieren, sind branchenbekannt, da die Energieträger entweder zu

⁹ E.ON Energie weist in der Stellungnahme vom 31. Juli 2003 auf eine Entscheidung der EU-Kommission vom 13. Juni 2003 (COMP/M. 3173 Fortum Burghausen/ Smaland/ Edenderry) hin, in der als Marktanteil der E.ON Energie bei der Belieferung von Weiterverteilern ein Wert von [10 - 20%] genannt wird. Rückfragen des Bundeskartellamtes bei den zuständigen Stellen bei der EU-Kommission haben ergeben, dass der Markt für die Belieferung von Weiterverteilern in der o.g. Kommissionsentscheidung eine eher unwichtige Rolle gespielt hat, daher sind die Angaben der Beteiligten ohne eigene Ermittlungen der Kommission in die Entscheidung übernommen worden. Dass es sich nur um übernommene Angaben der Beteiligten handelt ist in der Kommissionsentscheidung deutlich kenntlich gemacht. Eine von E.ON Energie in der o.g. Stellungnahme geforderte Analyse der unterschiedlichen Ermittlungsergebnisse der EU-Kommission und der Beschlussabteilung ist daher nicht erforderlich, da diesbezüglich keine Ermittlungen seitens der Kommission stattgefunden haben.

¹⁰ Aktuelle Verfahren der Beschlussabteilung mit einer Datenbasis von 2001.

Weltmarktpreisen oder bekannten subventionierten Preisen beschafft werden. Auch die fixkostenbestimmenden Kapitalkosten des Kraftwerkbaus sind weithin bekannt. Die Netznutzungskosten, die bei Stromabnahme in Mittel- und Niederspannungsnetzen einen wesentlichen Kostenbestandteil ausmachen, werden größtenteils leicht abzuschätzen sein. Schließlich herrscht auch weitgehende Transparenz hinsichtlich der Endkundenpreise. So legen Stromkunden Preisangebote von Wettbewerbern vor, um günstigere Belieferungspreise bei einem Unternehmen zu erzielen. Somit sind im Wesentlichen nur die verwaltungsmäßigen Betriebskosten eines Energieversorgungsunternehmens als intransparent einzustufen.

Auf dem **Weiterverteilermarkt** verstärkt E.ON und damit das marktbeherrschende Duopol seine Marktstellung allein schon durch die mit dem Anteilsverkauf an der SW Eschwege verbundene Erwartung, dass die SW Eschwege in ihrem Einkaufsverhalten auf die Belange des Anteilseigners Rücksicht nimmt und damit dessen Vorlieferantenposition festigt.

So sind im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben eine Reihe von Feldern der technischen Zusammenarbeit u.a. im Bereich Wartung aber auch darüber hinaus im Marketing vereinbart, die eine gemeinsame Interessenlage und gegenseitige Rücksichtnahme bedingen. Darüber hinaus ist die persönliche Anwesenheit des Minderheitsgesellschafters in den entsprechenden Entscheidungsgremien der SW Eschwege sowie die damit verbundenen persönlichen Kontakte ein weiterer Anreiz, die Interessen des Minderheitsgesellschafters bei Entscheidungen weitest möglich zu berücksichtigen, auch um sich nicht dem Vorwurf zu unterziehen, Optimierungsmöglichkeiten zugunsten des Minderheitsgesellschafters außer Acht gelassen zu haben.

Dies ist auch dann der Fall, wenn seitens des Minderheitsgesellschafters auf gesicherte Einflussrechte verzichtet wird, die mit der angestrebten Beteiligungsstruktur verbunden sind.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die SW Eschwege derzeit jährliche Rahmenverträge für ihren Stromeinkauf über die GKK aushandeln lässt und die GKK ihrerseits die verschiedenen Rahmenverträge in Form der eingangs beschriebenen Ausschreibung organisiert. Die GKK ist 1998 gegründet worden und aus der Arbeitsgemeinschaft der EAM-

Strombezieher hervorgegangen. Die SW Eschwege hat seitdem die EAM als Vorlieferanten für Strom.¹¹

Diese Strombeschaffung für die SW Eschwege kann nicht als für die Zukunft fixiert angesehen werden. So ist die Mitgliedschaft der SW Eschwege in der GKK jederzeit kündbar.¹² Auch ist die Teilnahme an den Stromeinkaufaktivitäten der GKK für die SW Eschwege nicht verpflichtend. Damit stellt die GKK lediglich ein weiteres Angebot zum Strombezug ihren Mitgliedern zur Verfügung; sie hat darüber hinaus auch keine vertraglichen Abschlussrechte für ihre Mitglieder.

Gerade vor dem Hintergrund der derzeitigen Vorlieferantenposition der EAM kann eine Rücksichtnahme des Mehrheitsgesellschafters auch darin bestehen, dass bei Gleichheit zweier Angebote dasjenige des Minderheitsgesellschafters zum Zuge kommt.

Darüber hinaus kann die EAM aufgrund ihrer Stellung als Gesellschafterin der SW Eschwege damit rechnen, dass ihr ein Teil eines gewährten Preisnachlasses als Gewinn wieder zufließt. Denn je günstiger der Preis ist, den EAM der SW Eschwege berechnet, desto höher fällt tendenziell der Gewinn der SW Eschwege aus, an dem EAM wiederum dann beteiligt wäre. Dies würde der EAM im Preiswettbewerb mit anderen Anbietern einen Vorteil verschaffen.

Zudem sprechen bei der von der SW Eschwege zu treffenden Entscheidung, von wem sie Strom bezieht, auch tatsächliche Umstände zugunsten von EAM, die als Auswirkungen des Zusammenschlusses ebenfalls zu berücksichtigen sind. Das billigste Angebot ist nicht immer auch das günstigste; insofern verbleibt den Gremien der SW Eschwege, die über einen neuen Bezugsvertrag entscheiden, ein Verhaltensspielraum, den sie zugunsten der EAM nutzen können, zumal diese die Möglichkeit hat, innerhalb der Entscheidungsgremien nachdrücklich auf die Vorzüge des eigenen Angebots hinzuweisen.

¹¹ In der Stellungnahme der E.ON Energie vom 31. Juli 2003 wird als Beleg für den unabhängigen Einkauf der GKK-Mitglieder und den Wettbewerb um die Belieferung von Weiterverteilern, der zeitweilig anders als bei der EAM gedeckter Bedarf der Stadtwerke Wolfhagen, Northeim, Herborn und Haiger genannt. Anders als bei der hier zu betrachtenden SW Eschwege, liegen bei den o.g. Stadtwerken auch keine gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen seitens der EAM oder anderer Vorlieferanten vor bzw. sind als entsprechende Fusionsvorhaben angemeldet. Dies ist auch nicht zu erwarten, da die GKK in § 4 ihres Gesellschaftsvertrages verankert hat, dass in der Regel kein Vorlieferant an Mitgliedern der GKK beteiligt sein soll. Anders als bei den o.g. Stadtwerken ist bei der SW Eschwege auch, dass sie seit Gründung der GKK die EAM als Vorlieferanten hat.

¹² So geschehen z.B. bei der Stadtwerke Braunfels, die ihre Anteile an die EAM verkauft hat.

Schließlich kann die starke Stellung, die EAM bei den SW Eschwege einnimmt, andere Anbieter davon abhalten, sich um die Belieferung der SW Eschwege zu bemühen. Auch wenn die Vorzüge, die EAM genießt, nicht zu einer sicheren Erwartung einer für sie günstigen Nachfrageentscheidung führen, besteht jedenfalls die Gefahr, dass (potenzielle) Wettbewerber entmutigt und von einem aggressiven Wettbewerbsverhalten in Bezug auf die Belieferung der SW Eschwege abgeschreckt werden. Damit steigert der Zusammenschluss die Fähigkeit von EAM, nachstoßenden Wettbewerb abzuwehren.

Die o.g. Einschätzungen werden auch durch die BGH – Entscheidungen „Stromversorgung Aggertal und Stadtwerke Garbsen“¹³ gestützt, da sie im Wesentlichen allgemeingültige Wesenmerkmale solcher Zusammenschlussvorhaben betreffen.

Die Möglichkeiten der Stromkonzerne, auf die Beschaffung eines Stadtwerks Einfluss zu nehmen, sind bei einer Beteiligung – auch bei einer Minderheitsbeteiligung – sogar deutlich größer als bei anderen Partnerschaftskonzepten. Die Beteiligung führt zu einer dauerhaften Verbindung.

Der o.g. Verstärkung der Marktbeherrschung steht auch nicht entgegen, dass es sich bei den SW Eschwege mit einem Jahresabsatz von XXXXX GWh im Strombereich um ein im Vergleich zu anderen relativ kleines Stadtwerk handelt.

So entfallen zwar mit XXXXX GWh aus dem Jahr 2001 im Strombereich auf die Stadtwerke Eschwege nur [deutlich weniger als 1%] der Gesamtabgabemenge der stromerzeugenden und importierenden inländischen Verbundunternehmen in Höhe von XXXXX GWh im Jahr 2000¹⁴ an Regionalversorgungsunternehmen und Stadtwerke; jedoch sind solche „kleineren“ Zusammenschlussvorhaben¹⁵ als Bestandteil einer Strategie der Konzerne E.ON und RWE anzusehen, Absatzmärkte für Wettbewerber mittels einer Beteiligungsstrategie zu verschließen.¹⁶

¹³ Vgl. BGH, WuW/E DE-R 24, 29 Stromversorgung Aggertal und BGH, WuW/E DE-R, 32 Stadtwerke Garbsen

¹⁴ Bezogen auf den aktuelleren Jahreswert von 2001 sind es XXXXX %.

¹⁵ Vgl. BGH, WuW/E DE-R 24, 29 Stromversorgung Aggertal und BGH, WuW/E DE-R, 32 Stadtwerke Garbsen

¹⁶ Ausdruck dieser Strategie sind auch die Neuordnungen der kommunalen Beteiligungen der Rhenag Rheinische Energie AG vom RWE Konzern sowie die Erklärung der Thüga AG vom E.ON Konzern, ihr kommunales Engagement durch Minderheitsbeteiligungen auszubauen. (www.rhenag.de sowie www.thuega.de; Pressemitteilung vom 27.06.2003)

Der sprunghafte Anstieg der Zahl der Beteiligungen der Stromkonzerne nach der Liberalisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung (in der Zeit vom 01.01.2000 bis zum 01.12.2002 allein XXXXX für E.ON, RWE, EnBW AG und Vattenfall Europe AG zusammen und davon XXXXX allein für E.ON und RWE) belegt, dass die großen Stromkonzerne mit ihren Beteiligungen eine Absatzsicherungsstrategie verfolgen.

Die Auffassung, dass gesellschaftsrechtliche Beteiligungen von Vorlieferanten an Abnehmern klassische Instrumente zur langfristigen Absatzsicherung darstellen, vertritt auch die Monopolkommission¹⁷.

Neben der Abkopplung der Lieferbeziehung von der Laufzeit langfristiger Abnahmeverträge und den mit der Präsenz im Aufsichtsrat verbundenen Informationsvorteilen geht auch nach ihrer Auffassung von einer solchen Beteiligung eine entmutigende Signalwirkung auf potenzielle Wettbewerber aus, die diese als Zeichen gleichgerichteter Interessen von Lieferant und Abnehmer interpretieren.

Die Monopolkommission bestätigt die Ansicht des Bundeskartellamtes, die zahlreichen Beteiligungen der Verbundunternehmen an regionalen und lokalen Strom- und Gasversorgern in ihrer Gesamtheit zu betrachten. Eine isolierte Betrachtung jedes einzelnen Falles sei nicht geeignet, die wettbewerbliche Gesamtwirkung der durch die Zusammenschlüsse bewirkten Strukturveränderungen zu erfassen. Darüber hinaus fordert die Monopolkommission, dass derartige Beteiligungen deshalb in Zukunft sorgfältiger daraufhin geprüft werden sollten, ob sie nicht Ausdruck einer langfristigen Gesamtstrategie der großen Verbundunternehmen sind, potenzielle Wettbewerber vom Marktzutritt abzuschrecken.

Der E.ON Konzern sieht durch die fortschreitende Liberalisierung externe Risiken im Strommarkt. „Diesen Risiken tritt E.ON Energie durch ein umfassendes Vertriebscontrolling und ein intensives Customer Relationship Management entgegen.“¹⁸ Dies soll eine „Steigerung der Kundenbindung und Kundenentwicklung“ bewirken.¹⁹ Darüber hinaus be-

¹⁷ Vgl. 14. Hauptgutachten der Monopolkommission, Kapitel IV, Kapitel 2.3.1.2. Vertikale Vorwärtsintegration im Energiesektor.

¹⁸ www.eon.com. E.ON Energie Kurzbericht über das Geschäftsjahr 2002, S. 30.

¹⁹ www.infinitas.de: Ein Unternehmensdienstleister im Bereich IT-Consulting, der diese neuen Vertriebswege für die Avacon AG mitentwickelt hat.

treibt der E.ON Konzern im Rahmen der Umsetzung der globalen Wachstumsstrategien²⁰ eine Stärkung des Kerngeschäfts in Deutschland, wobei er folgende Ziele verfolgt:

- Auf- und Ausbau einer bedeutenden Position entlang der gesamten Wertschöpfungskette bei Strom und Gas,
- Partizipation an der weiteren Privatisierung von Stadtwerken²¹, Aufstockung von Minderheits- zu Mehrheitsbeteiligungen.

Von den etwa 900 Stadtwerken in Deutschland haben bisher XXXXX Stadtwerke (Stand 01.12.02) den großen Verbundunternehmen E.ON bzw. RWE eine Minderheitsbeteiligung von mehr als 10 % eingeräumt, auf E.ON entfallen allein XXXXX, über weitere Zusammenschlussvorhaben insbesondere von E.ON wird derzeit mit dem Bundeskartellamt verhandelt.

Auf dem **Großkundenmarkt** geraten die Marktanteile, die seitens der SW Eschwege dort realisiert worden sind, zusätzlich unter den Einfluss von E.ON und damit des Duopols. Vor dem Hintergrund, dass bei hohen Konzentrationsgraden auch kleinere Verstärkungswirkungen schwer wiegen und dass das konkrete Zusammenschlussvorhaben im Kontext mit einer Vielzahl ähnlicher Zusammenschlüsse gesehen werden muss (vgl. Ausführungen zum Weiterverteilermarkt), ist dies für die Annahme der Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von E.ON ausreichend.

1.3. Abgrenzung der Gasmärkte

Sachlich grenzt die Beschlussabteilung die Märkte im Gassektor wie folgt ab²²:

- Stufe 1: Markt für die Erstbelieferung von Weiterverteilern durch überregionale Ferngasunternehmen, die Erdgas importieren oder selbst fördern;
- Stufe 2: Markt für die Belieferung von lokalen Weiterverteilern durch regionale Weiterverteiler und andere Gaslieferanten;

²⁰ Vgl. E.ON AG, Zürich-Roadshow, 16. April 2002

²¹ In der Stellungnahme der E.ON Energie vom 31. Juli 2003 wird betont, dass Motiv für die Beteiligung des E.ON Konzerns an Stadtwerken und hier im konkreten Fall an der SW Eschwege, lediglich die Realisierung von Synergieeffekten ist. Dieses Motiv ist von der Stadt Eschwege in ihrer Stellungnahme vom 29. Juli 2003 aus kommunaler Sicht ebenfalls bestätigt worden. Während aus kommunaler Sicht das Fehlen von Know-How und das Vorhalten von personalintensiven Wartungseinheiten wichtige Synergiepotenziale darstellen, dürfte dieses Motiv aus Sicht des E.ON Konzern im Vergleich zu den o.g. genannten eher nachrangig sein.

²² Vgl. WuW/E DE-V 301 „RWE/VEW“; WuW/E DE-V 395, 398 „Schwäbisch Gmünd“; WuW/E DE-V 467, 469 „easyplus“; WuW/E DE-V 511 „E.ON/Ruhrgas“; WuW/E DE-V 533 „E.ON/Ruhrgas II“

- Stufe 3 a): Markt für die Belieferung von industriellen Großkunden durch lokale Weiterverteiler, aber auch direkt durch andere Gaslieferanten;
- Stufe 3 b): Markt für die Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden überwiegend durch lokale Weiterverteiler.

Innerhalb des mehrstufig aufgebauten Verteilungssystems der inländischen Gaswirtschaft ist die Erstbelieferung von Weiterverteilern über Hochdruckleitungen durch überregionale, Erdgas importierende oder produzierende Ferngasunternehmen als eigener sachlich relevanter Markt anzusehen gegenüber dem Markt der Belieferung von lokalen Weiterverteilern (insbes. Stadtwerken) durch regionale Weiterverteiler über Mittel- und Niederdruckleitungen. Auf beiden sachlichen Märkten existieren keine Substitutionsmöglichkeiten für Gas, da die jeweiligen weiterverteilenden Gasversorger nachfragebedingt nicht auf einen anderen Energieträger ausweichen können.

Bei der Belieferung von industriellen und Haushalts- und Kleingewerbekunden bestehen zwar zunächst Substitutionsbeziehungen zwischen den unterschiedlichen Energiearten, doch beschränkt sich die entsprechende Entscheidung im Wesentlichen auf die Phase der Errichtung; danach besteht kostenbedingt eine langfristige Bindung an einen bestimmten Energieträger²³. Auf dieser Marktstufe ist eine weitere Differenzierung zwischen industriellen Großkunden sowie Haushalts- und Kleingewerbekunden sachgerecht. Denn Großkunden sind tendenziell preissensibler und haben größere Marktkenntnisse. Zudem kommt ein Stickleitungsbau zu Kleinkunden zwecks Belieferung mit Gas aus wirtschaftlichen Gründen nicht in Betracht.

In räumlicher Hinsicht grenzt das Bundeskartellamt (vgl. die oben zitierten Entscheidungen) die sachlich relevanten Gasmärkte anhand der Versorgungsgebiete der beteiligten Unternehmen ab. Dies beruhte bis zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes im Jahr 1998 auf dem Umstand, dass die Unternehmen wegen ihres Eigentums an den Gasleitungen, der branchenüblichen Demarkations- und ausschließlichen Konzessionsverträge sowie langfristiger Gaslieferverträge keinem Wettbewerb ausgesetzt waren.

Denn obwohl mit der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts im Jahr 1998 die Legalisierung wettbewerbsbeschränkender Absprachen zur Abschottung von Belieferungsge-

²³ Vgl. BGH Ur. v. 09.07.2002, KZR 30/00 UA S. 11/12 = WuW/E DE-R 1006 ff. „*Fernwärme für Börsen*“)

bieten entfallen ist und mit der Einführung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nunmehr ein gesetzliches Instrumentarium zur Erzwungung von Durchleitungen in Einzelfällen besteht, kann vom heutigen Standpunkt aus in Anbetracht des bisher äußerst schleppenden Prozesses der Gasmarktöffnung trotz der Verbändevereinbarung Gas II nicht erwartet werden, dass sich in nächster Zeit ein „Durchleitungsmechanismus“ entwickeln wird, der Voraussetzung für eine räumlich weitere Marktabgrenzung wäre. Ein solcher zeichnet sich auch nicht durch die jüngsten Entwicklungen²⁴ im Vorfeld der EU-Beschleunigungsrichtlinien ab, die mit Wirkung zum 01. Juli 2004 in Kraft treten sollen.

Inwieweit und wann sich nach der Umsetzung der Richtlinien tatsächlich maßgeblicher Wettbewerb auf den Gasmärkten einstellen wird, ist jedoch ungewiss. Aufgrund der im Vergleich zum Strommarkt weit ungünstigeren Situation auf dem Gasmarkt ist eine vorsichtige Prognose durchzuführen. Zudem liegen im deutschen Gasmarkt schwierigere Bedingungen vor als in anderen europäischen Ländern. Besonderheiten des deutschen Marktes sind u.a. die Existenz mehrerer Transportnetzgesellschaften mit z.T. parallelen Netzen und divergierende Gasqualitäten. Die Herstellung eines einheitlichen Marktgebietes stellt sich in Deutschland daher schwieriger dar. Es ist daher anzunehmen, dass funktionierender Wettbewerb im Gasmarkt auch nach Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinien noch nicht sofort, sondern mit deutlicher zeitlicher Verzögerung eintreten wird. Voraussetzung ist, dass bis zum Umsetzungsstermin umfassende Regelungen zum Netzzugang und den damit verbundenen Leistungen gefunden wurden.

Die o.g. Marktabgrenzungen sind auch inhaltlich in einer vergleichbaren Situation, nämlich der bevorstehenden Liberalisierung, von der Rechtsprechung für die leitungsgebundene Energiewirtschaft in den Fällen „Stromversorgung Aggertal“ und „Stadtwerke Garbsen“ getroffen worden und damit hier zu übertragen²⁵.

²⁴ E.ON Energie konstatiert in ihrer Stellungnahme vom 31. Juli 2003 einen deutlichen Zuwachs der Durchleitungsfälle. Doch die Zahlen allein sagen wenig aus. Die gewissen Verbesserungen, die z.B. an den gestiegenen Zahlen der abgeschlossenen Durchleitungsverträge erkennbar sind, finden auf sehr niedrigem Niveau statt. Denn für sich genommen sagt die Zahl der Durchleitungsverträge noch nichts über die Zahl der Belieferungsfälle aus. Für eine Belieferung werden oftmals die Netze mehrerer Transportgesellschaften benötigt. Dementsprechend muss eine weit geringere Anzahl an Belieferungen angenommen werden.

²⁵ Vgl. WuW/E DE-R 24, 27 und 32, 33

1.4. Zur Frage der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem regionalen Gasmarkt für die Belieferung von Weiterverteilern

Die Gasunion ist innerhalb ihres zur Belieferung von lokalen Weiterverteilern (Stadtwerken) genutzten Leitungsnetzes marktbeherrschend, da in dem Gebiet um Eschwege als Versorgungsleitungen für Stadtwerke ausschließlich²⁶ Leitungen der Gasunion existieren. Der Neuleitungsbau ist nach eigenen Ausführungen für die räumlich zersplitterte Nachfragestruktur im Raum Eschwege unwirtschaftlich. Der Durchleitungswettbewerb ist noch weitgehend unterentwickelt.

Auf diesem Gasmarkt werden die Marktanteile, die seitens der Gasunion als netzbetreibendem und damit auch marktbeherrschendem Unternehmen dort realisiert worden sind, zusätzlich durch das Zusammenschlussvorhaben gefestigt.

So ist zu erwarten, dass sich die EAM in den Gremien der SW Eschwege dafür einsetzen wird, dass sich an dem Gasbezug der SW Eschwege von der Gasunion auch nach Auslaufen des Belieferungsvertrages nichts ändert. Anders als im Strombereich wird über die Beschaffungsangebote im Gasbereich in den Gremien der SW Eschwege – ohne Alternativangebote einer GKK – entschieden.

Das Interesse der EAM an einer solchen Verhaltensweise kann aus der Beteiligungsstruktur der Gasunion abgeleitet werden. So ist an der Gasunion der E.ON Konzern über die Ruhrgas Energie Beteiligungs- AG mit 25,93% direkt und über die Thüga AG, München, die ihrerseits 24,4% Anteile an der Gasunions-Gesellschafterin Mainowa AG, Frankfurt hält, indirekt beteiligt. Auf die Mainowa entfallen 37,7%. Hinzu kommt, dass die Ruhrgas AG für [deutlich mehr als 2/3] der von der Gasunion bezogenen und von ihr weiterverteilten Mengen die Vorlieferantenposition einnimmt.

Gerade angesichts einer weiterhin politisch angestrebten Liberalisierung auf dem Gasmarkt kommt aber der Verhinderung solcher Verschlusseffekte besondere Bedeutung zu.

²⁶

Zwar existieren auch Leitungen der EAM als Abzweigungen von den Leitungen der Gasunion, um einzelne, räumlich getrennte kleine Gebiete zu versorgen. Diese sind aber keine Durchleitungsalternative für die SW Eschwege.

Dem steht auch nicht entgegen, dass es sich bei der Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Gasunion um die Verstärkung einer solchen Stellung bei einer nicht am Zusammenschluss beteiligten Dritten handelt. Denn durch einen Zusammenschluss kann eine marktbeherrschende Stellung auch bei Unternehmen entstehen oder verstärkt werden, die nicht am Zusammenschluss beteiligt und auch nicht mit einem beteiligten Unternehmen i.S. des § 36 Abs. 2 verbunden sind. Weil das GWB jedoch die Wettbewerbsserheblichkeit von Verflechtungen durch ihre Erfassung als Zusammenschlusstatbestand anerkennt, ist die Berücksichtigung der Wettbewerbswirkungen bei einem Unternehmen, an dem eine Beteiligung eines Beteiligten besteht, die im Falle des Erwerbs kontrollpflichtig wäre, gerechtfertigt²⁷.

Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Beteiligungsstruktur der Gasunion ist dies für die Annahme der Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung ausreichend.

2. Kompensationen für den Strom- und Gasbereich

Die von E.ON Energie angebotenen Kompensationen für den Strom- und Gasbereich sind sowohl qualitativ als auch quantitativ nicht geeignet, die durch den Zusammenschluss zu erwartende Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen der E.ON auf dem Markt für die Belieferung von Weiterverteilern mit Strom, dem Markt für die Belieferung von Stromgroßkunden sowie dem Markt für die Belieferung von Weiterverteilern mit Gas zu neutralisieren.

Die SW Eschwege ist zur Zeit ein kommunales Stadtwerk, das bei seiner Beschaffung keinerlei Vorlieferanteninteressen eines Gesellschafters berücksichtigen muss. Es ist insoweit in seinem Nachfrageverhalten frei. Durch den Zusammenschluss wird die SW Eschwege als Nachfrager dem freien Markt weitgehend entzogen.

Eine Kompensation muss sowohl hinsichtlich der Qualität dieser Einbindung als auch der Quantität der nunmehr eingebundenen Mengen auf jedem der betroffenen Märkte ein adäquates Gegengewicht bilden²⁸.

²⁷ Vgl. Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 36 Rn. 132 unter Verweis auf WuW/E BGH 2111, 2119 „Gruner + Jahr – Zeit“). § 36 Abs. 1 GWB erfasst also nach seinem Sinn und Zweck jedenfalls auch die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung bei Unternehmen, die mit den am Zusammenschluss Beteiligten zwar nicht im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB verbunden sind, an denen aber eine Beteiligung besteht, die im Fall ihres Neuerwerbs kontrollpflichtig wäre.

²⁸ Aus der kritischen Betrachtung der Monopolkommission gegenüber der Praxis des Bundeskartellamtes, Zusammenschlüsse, die eine Beteiligung eines vorgelagerten Strom- oder

Es ist nicht ersichtlich und die E.ON Energie hat nicht nachgewiesen, dass die vorgeschlagenen Kompensationen diesen Anforderungen entsprechen.

2.1. Die angebotenen Kompensationen für den Strombereich

Die für den Strombereich seitens E.ON Energie im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben angebotenen Kompensationen, die Veräußerung der Stromverteilungsnetze in XXXXX von der EAM an die XXXXX und die Einräumung von Sonderkündigungsrechten für Großkunden, vermögen die o.g. Verstärkungswirkungen bestehender marktbeherrschender Stellungen der E.ON nicht zu kompensieren. Denn sie sind qualitativ und quantitativ nicht geeignet, die für die EAM absatzsichernde Wirkung des Zusammenschlussvorhabens abzumildern oder zu beseitigen.

Die angebotenen Kompensationen haben keinerlei Auswirkungen auf den durch das Zusammenschlussvorhaben auch betroffenen Weiterverteilermarkt. Betroffen von den Kompensationen ist hier in erster Linie der Stromgroßkundenmarkt.

Auf dem Stromgroßkundenmarkt stehen rein zahlenmäßig der Menge in XXXXX eine rd. 20%-Punkte größere Menge in Eschwege gegenüber. Überdies werden 2/3 der XXXXX - Menge derzeit von EAM mittels Durchleitung an Stromgroßkunden geliefert²⁹. Die Netzübergangung von der EAM an die XXXXX und die zuletzt angebotene Einräumung von Sonderkündigungsrechten erhöhen die Chancen der XXXXX, auf dem Stromgroßkundenmarkt Neukunden zu gewinnen, nur in geringem Maße. So wäre diese Chance der XXXXX als Konzessionsinhaberin auch ohne die Einräumung von Sonderkündigungsrechten deutlich verbessert worden. Für 60% der von der EAM belieferten Sondervertragskunden im XXXXX - Gebiet laufen die Verträge bereits zum Jahresende, für rd. 11% innerhalb des nächsten Jahres und für den verbleibenden Teil überwiegend zum Jahresende 2004 aus.

Gasversorgungsunternehmens an lokalen Weiterverteilern zum Gegenstand haben, unter Auflagen freizugeben, ist zumindest abzuleiten, dass besondere Anforderungen an die Qualität der Auflagen bzw. Kompensationen zu stellen sind. Vgl. 14. Hauptgutachten der Monopolkommission, Kapitel IV, Kapitel 2.3.1.2. Vertikale Vorwärtsintegration im Energiesektor.

²⁹

Die von E.ON Energie im Schreiben vom 08.08.03 genannten Zahlen, nämlich die volle Zuordnung der Netzinanspruchnahme durch die Maintal- Werke, sind nach Auskunft der XXXXX nicht korrekt. Rund ein Drittel werden durch die EAM im Rahmen von Durchleitungen an Stromgroßkunden in Anspruch genommen.

Strombezugsverträge für Sondervertragskunden mit einer Laufzeit von einem Jahr auf dem betrachteten Markt sind mittlerweile üblich. Ferner sind für einen Großteil der Sondervertragskunden (mit in Kürze auslaufenden Verträgen) Sonderkündigungsrechte wirkungslos. Es verbleiben somit Sonderkündigungsrechte verbunden mit einem geringen Volumen und einer äußerst geringen Restwertigkeit.

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass die Stadt XXXXX bzw. die XXXXX – auch nach Auffassung der Beschlussabteilung – einen Überlassungsanspruch gegenüber der EAM hinsichtlich des Netzes nach § 13 Abs. 2 EnWG haben, den sie gerichtlich durchsetzen könnten³⁰. Selbst in Anbetracht der noch offenen Frage, ob dies ein Übereignungsanspruch ist, mindert dies den Wert dieser Kompensation erheblich.³¹

2.2. Die angebotenen Kompensationen für den Gasbereich

Auch der o.g. verschließenden Wirkung der Absatzmärkte im Gasbereich steht durch die angebotene Kompensation des Verkaufs der 49%-Beteiligung an der XXXXX keine gleichwerte Kompensation gegenüber, u.a. weil deutliche qualitative Unterschiede bestehen:

So wirkt sich die Kompensation auf einem anderen Markt als den hier betroffenen Markt für die Belieferung von Weiterverteilern aus, nämlich auf dem Markt für Planung, Fertigung und Wartung von Kraftwerksmodulen. Auswirkungen auf dem ebenfalls hier nicht betroffenen Markt für Großkunden könnten sich allenfalls dadurch ergeben, dass mit der Veräußerung Informationsvorteile über Großkunden bei der EAM entfallen.

Bei einem Vergleich ist weiter zu berücksichtigen, dass der Gasmenge, die seitens der SW Eschwege von der Gasunion derzeit bezogen wird und deren Bezug auch nach Auslaufen des Gaslieferungsvertrages in XXXX durch die Beteiligung der Ruhrgas AG an der Gasunion abgesichert wird, ein auf [100 bis 200] Module (z.B. Schwimmbäder, Bürgerhäuser, Tierzuchtbetriebe, Altenheime, etc.) aufgeteilter Gasabsatz gegenüber steht.

³⁰ Vgl. LG Köln (Urt. v. 29.10.02) RdE 2003, 42ff.

³¹ Von E.ON Energie wird im Schreiben vom 08.08.03 als Gegenargument die in Art. 4 § 1 EnWR-NRG enthaltene Übergangsregelung angeführt. Aus Art. 4 § 1 EnWR-NRG geht aber nur hervor, dass laufende Konzessionsverträge trotz des Wegfalls der Ausschließlichkeit unberührt bleiben. Der hier zu betrachtende Konzessionsvertrag zwischen EAM und XXXXX ist aber bereits vor Inkrafttreten dieser Übergangsregelung ausgelaufen.

Bei der rein rechnerisch um den Faktor 1,7 größeren, aber nur theoretischen Absatzmenge, die auf weit über [100 bis 200] räumlich weit verstreute Module aufgeteilt ist, ist zu berücksichtigen, dass eine Verwertung der Information, die derzeit auf Grund der o.g. Beteiligung besteht, voraussetzt, dass großflächig in weit über [100 bis 200] Fällen ein Vertragswechsel und eine Durchleitung durch das Netz der derzeit liefernden örtlichen Versorger durchgesetzt werden muss.

Abwägungsklausel

Die beteiligten Unternehmen haben nicht nachgewiesen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 36 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GWB). Derartige Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen sind auch nicht zu erkennen.

Gebühren

Xxx

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 beim Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichtes 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.

Appel

Jung

Dr. Langhoff