



8. Beschlussabteilung

Aktenzeichen: B 8 – 109/09

Beschluss

in dem Verwaltungsverfahren

1. RWE AG
Opernplatz 1
45128 Essen
Beteiligte zu 1.,
2. enviaM Mitteldeutsche Energie AG
Chemnitztalstraße 3
09114 Chemnitz
Beteiligte zu 2.,
3. RWE Rheinland Westfalen Netz AG
Kruppstraße 5
48128 Essen
Beteiligte zu 3.,
4. RWE RWN Beteiligungsgesellschaft Mitte mbH
Kruppstraße 5
48128 Essen
Beteiligte zu 4.,
5. Stadtwerke Lingen GmbH
Waldstraße 31
49808 Lingen / Ems
Beteiligte zu 5.,

6. Stadtwerke Radevormwald GmbH
Am Gaswerk 13
42477 Radevormwald

Beteiligte zu 6.,

7. Stadt Plauen
vertreten durch den Oberbürgermeister Ralf Oberdorfer
Unterer Graben 1
08523 Plauen

Beteiligte zu 7.,

8. Stadt Lingen
vertreten durch den Oberbürgermeister Heiner Pott
Elisabethstraße 14-16
49808 Lingen

Beteiligte zu 8.,

9. Stadt Radevormwald
vertreten durch den Bürgermeister Dr. Josef Korsten
Hohenfuhrstraße 13
42477 Radevormwald

Beteiligte zu 9.,

10. Vattenfall Europe AG
Chausseestraße 23
10115 Berlin

Beigeladene,

wegen Prüfung eines gemäß § 39 GWB¹ angemeldeten Zusammenschlussvorhabens hat die 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 30. April 2010 beschlossen:

- I. Das Zusammenschlussvorhaben wird gemäß § 40 Abs. 2 und 3 GWB unter den nachfolgend genannten Nebenbestimmungen freigegeben:

II. Nebenbestimmungen:

1. Die Freigabe erfolgt unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Beteiligte zu 2. ihre Beteiligung in Höhe von 30 % an der Energieversorgung Halle GmbH an die Stadt Halle oder an einen sonstigen Erwerber, der folgende Voraussetzungen erfüllt, veräußert: Bei dem Erwerber muss es sich um ein oder mehrere Unternehmen handeln, an denen die Beteiligte zu 1. einschließlich mit ihr im Sinn des § 36 Abs. 2 GWB verbundener Unternehmen weder personell noch durch Kapitalbeteiligung – gleich welcher Höhe – beteiligt ist und auf das diese keinen wettbewerblich erheblichen Einfluss im Sinn des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausüben kann. Der Erwerber darf auch nicht auf sonstige Weise, zum Beispiel durch vertragliche Absprachen, die ein Handeln für Rechnung der Beteiligten zu 1. ermöglichen, mit der Beteiligten zu 1. verbunden sein. Die Bedingung gilt als erfüllt, wenn die Beteiligte zu 2. der Beschlussabteilung nachweist, dass die Veräußerung der Beteiligung an der Energieversorgung Halle GmbH rechtswirksam vollzogen ist.
 2. Der Freigabe erfolgt unter der auflösenden Bedingung, dass die Beteiligte zu 1. innerhalb von fünf Jahren nach Vollzug der Veräußerung direkten oder indirekten Einfluss auf die Energieversorgung Halle GmbH erwirbt.
- III. Die Gebühr für diese Entscheidung wird auf [...] € (in Worten: [...] Euro) festgesetzt. Dieser Betrag wird auf die gesondert festzusetzende Gebühr von [...] € (in Worten: [...] Euro) für die Anmeldung des Zusammenschlusses angerechnet. Beide Gebühren werden gemäß § 80 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 GWB den Beteiligten zu 1. bis 4. als Gesamtschuldner aufgelegt.

Gründe

I.

1. Zusammenschlussvorhaben

- (1) Die Beteiligte zu 1. (im folgenden: RWE) beabsichtigt, mittelbar über die Beteiligte zu 2. (im folgenden: enviaM) eine Beteiligung von 49 % an der noch zu gründenden Energie-

¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114 (2009 I S. 3850), zuletzt geändert durch Art. 13 Abs. 21 Gesetz vom 25. Mai 2009, BGBl. I S. 1102.

versorgung Plauen GmbH (im folgenden: EVP) zu erwerben, mittelbar über die Beteiligte zu 3. (im folgenden: RWE RWN) die bereits bestehende, bis zum 31. Dezember 2010 befristete Beteiligung von 40 % an der Beteiligten zu 5. (im folgenden: SWL) und mittelbar über die Beteiligte zu 4. (im folgenden: RWE RWN Mitte) die bereits bestehende, ebenfalls bis zum 31. Dezember 2010 befristete Beteiligung von 49 % an der Beteiligten zu 6. (im folgenden: SWR) unbefristet zu verlängern.

2. Verfahrensgang

- (2) Mit Schreiben vom 5. August 2009 richtete enviaM an die Beschlussabteilung eine Voranfrage, ob gegen das Vorhaben, eine Beteiligung von 49 % an der noch zu gründenden EVP zu erwerben, wettbewerbliche Bedenken bestehen. Mit Schreiben vom 19. August 2009 erklärte die Beschlussabteilung, das Vorhaben wäre bei Anmeldung voraussichtlich zu untersagen, und erläuterte im einzelnen die dagegen bestehenden wettbewerblichen Einwände. Mit Schreiben vom 28. August 2009 begründete enviaM noch einmal ihre Auffassung, das Vorhaben sei wettbewerblich unbedenklich. Beide Seiten erörterten die Sach- und Rechtslage in einer Besprechung.
- (3) Mit Schreiben vom 30. Oktober 2009 bot RWE als Kompensation für die von der Beschlussabteilung als wettbewerblich negativ bewerteten Auswirkungen des Vorhabens an, die Beteiligung der enviaM an der Energieversorgung Halle GmbH (im folgenden: EVH) zu veräußern. Dabei solle die angebotene Veräußerung der Beteiligung an der EVH auch die von der Beschlussabteilung für wettbewerblich negativ erachteten Auswirkungen der beabsichtigten Verlängerung der bereits bestehenden, bis zum Ende des Jahres 2010 befristeten Beteiligungen an der SWL in Höhe von 40 % und der SWR in Höhe von 49 % kompensieren. Dies hat folgenden Hintergrund:
- (4) Aus Anlass der zum 31. Dezember 2010 endenden befristeten Beteiligung von RWE an der SWR erörterte RWE mit der Beschlussabteilung bereits seit April 2009 die Frage, ob eine Verlängerung der befristeten Beteiligungen einen erneut anmeldepflichtigen Zusammenschluss darstellt. Zu dieser Frage fand am 20. April 2009 eine Besprechung im Bundeskartellamt statt. Mit Schreiben vom 1. Juli 2009 legte RWE ein in ihrem Auftrag von Herrn Professor Dr. Meinrad Dreher erstelltes Gutachten vor, das darlegt, warum kein erneut anmeldepflichtiger Zusammenschluss vorliege. Mit Schreiben vom 21. September 2009 begründete die Beschlussabteilung, warum sie die Verlängerung einer befristeten Beteiligung für anmeldepflichtig erachtet.

- (5) Mit Schreiben vom 4. Januar 2010, eingegangen im Bundeskartellamt am selben Tag, übersandte RWE, zugleich in Erfüllung der Anmeldepflichten der weiteren beteiligten Unternehmen, die förmliche Anmeldung der beabsichtigten Beteiligung an der EVP und der beabsichtigten unbefristeten Verlängerung der bis zum 31. Dezember 2010 befristeten Beteiligungen an der SWL und der SWR. RWE erklärte, die Anmeldung der Verlängerung der Beteiligungen an der SWL und der SWR erfolge ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. In der Anmeldung erklärte RWE sich einverstanden damit, dass die Freigabe unter der Nebenbestimmung erfolgt, dass enviaM die Beteiligung an der EVH wirksam an einen unabhängigen Dritten veräußert hat.
- (6) Mit Schreiben vom 12. Januar 2010 leitete die Beschlussabteilung das Hauptprüfverfahren ein. Die Einleitung des Hauptprüfverfahrens wurde gemäß § 43 Abs. 1 GWB mit Bekanntmachung vom 23. Februar 2010, veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 37/10 vom 9. März 2010 (S. 954), bekannt gemacht.
- (7) Mit Schreiben vom 14. Januar 2010 erfragte die Beschlussabteilung von den weiteren vertikal integrierten Energiekonzernen – der E.ON AG (im folgenden: E.ON), der EnBW Energie Baden-Württemberg AG (im folgenden: EnBW) und der Vattenfall Europe AG (im folgenden: Vattenfall) – durch Auskunftersuchen unternehmensspezifische Angaben. Mit Schreiben vom 5. Februar 2010 nahm E.ON darüber hinaus Stellung zu einer möglichen Überprüfung des bislang angenommenen Duopols von RWE und E.ON. Insbesondere angesichts der Veränderungen bei E.ON – der Veräußerung des Höchstspannungsnetzes, von Kraftwerkskapazitäten und der Stadtwerke-Tochter Thüga – bestehe keine für die Annahme eines Oligopols erforderliche Symmetrie zwischen RWE und E.ON (mehr).
- (8) Mit Schreiben vom 15. Januar 2010, eingegangen beim Bundeskartellamt am selben Tag, beantragte Vattenfall gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB die Beiladung zu dem Verfahren. Die übrigen Verfahrensbeteiligten hatten Gelegenheit, zu dem Beiladungsantrag Stellung zu nehmen. Die Beiladung von Vattenfall erfolgte mit Beschluss vom 12. Februar 2010.
- (9) Mit Schreiben vom 22. April 2010 gab die Beschlussabteilung den Verfahrensbeteiligten, den Landeskartellbehörden von Nordrhein-Westfalen, von Niedersachsen und von Sachsen sowie der Bundesnetzagentur Gelegenheit, zu der wettbewerblichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens unter Berücksichtigung der angebotenen Zusage Stellung zu nehmen. RWE nahm insbesondere zu der Frage, ob die Verlängerung einer befristeten Beteiligung einen erneuten Zusammenschluss begründet, Stellung. Die übrigen Beteiligten, die Landeskartellbehörden und die Bundesnetzagentur sahen von einer Stellungnahme ab.

3. Beteiligte Unternehmen

a) Erwerbsseite

aa) EnviaM

- (10) EnviaM ist ein regionales Energieversorgungsunternehmen, das in Teilen von Sachsen, Sachsen-Anhalt, Brandenburg und Thüringen in der Stromversorgung tätig ist. Darüber hinaus betreibt enviaM Einrichtungen zur Gasversorgung, unmittelbar in Herzberg / Elster und mittelbar über die MITGAS Mitteldeutsche Gasversorgung GmbH (im folgenden: MITGAS) in Teilen von Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen. In einigen Städten betreibt enviaM auch Einrichtungen zur Fernwärmeversorgung.
- (11) EnviaM ist in der Energieversorgung unter anderem im Gebiet der Stadt Plauen tätig. Dort ist sie Eigentümerin des Stromverteilnetzes und des Fernwärmeversorgungsnetzes und ist mittelbar über die envia Verteilnetz GmbH (im folgenden: envia Netz), eine 100 %-ige Tochter, auch Betreiberin des Stromverteilnetzes. Der zwischen der Stadt Plauen und der enviaM bezüglich des Stromverteilnetzes bestehende Konzessionsvertrag endet zum 31. Dezember 2010.
- (12) An enviaM ist mit insgesamt 58,54 % der Anteile RWE – teils unmittelbar und teils mittelbar – beteiligt. Von den verbleibenden Anteilen liegen 37,21 % bei vier kommunalen Beteiligungsgesellschaften und 4,25 % bei verschiedenen Städten, Gemeinden und Stadtwerken.
- (13) EnviaM hält neben der Beteiligung von 75,39 % an der MITGAS insbesondere Beteiligungen an insgesamt 25 Stadtwerken, dabei an der VSW Verbundstadtwerke Südwestsachsen eine Mehrheitsbeteiligung von 97,27 % und an den übrigen Stadtwerken jeweils eine Minderheitsbeteiligung.

bb) RWE RWN

- (14) Die RWE RWN ist eine 100 %-ige Tochter von RWE. Sie ist im RWE-Konzern die Verteilnetz- und Beteiligungsgesellschaft und wurde erst 2009 tätig.

cc) RWE RWN Mitte

(15) Die RWE RWN Mitte ist eine 100 %-ige Tochter der RWE RWN (hierzu siehe oben unter bb)).

dd) RWE

(16) RWE ist ein führendes, vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen, das in der Erzeugung, dem Transport, dem Handel und dem Vertrieb insbesondere von Strom und Gas, zu einem kleineren Teil auch von Wasser und Wärme tätig ist. RWE erzielte im Jahr 2009 Umsätze von [...] € im Inland, [...] € in der Europäischen Union und 47,74 Mrd. €² weltweit. Unter Berücksichtigung der Umsätze der im Jahr 2009 von RWE erworbenen Essent N.V., ohne die Umsätze der nicht mit erworbenen Netz- und Entsorgungssparte und der inzwischen veräußerten Stadtwerke Bremen AG, betragen die weltweiten Umsätze [...] Mrd. €.

b) Zielunternehmen

aa) EVP

(17) Die EVP ist noch zu gründen. Sie soll als kommunales Energieversorgungsunternehmen die Stromversorgung im Gebiet der Stadt Plauen durchführen.

(18) Dazu will die Stadt Plauen nach dem Ende des Konzessionsvertrags mit enviaM zum 31. Dezember 2010 einen neuen Konzessionsvertrag mit der EVP abschließen. Des Weiteren soll die EVP von enviaM das Eigentum am Stromverteilnetz und den Kundenstamm an Stromkunden, mit Ausnahme [bestimmter] Kunden, erhalten. [...] Die EVP soll hingegen nicht die Gasversorgung im Gebiet der Stadt Plauen durchführen.

(19) An der EVP sollen die Stadt Plauen mit 51 % und enviaM mit 49 % beteiligt sein. Es ist beabsichtigt, der enviaM in der EVP [bestimmte] Vetorecht[e] einzuräumen.

² Geschäftsbericht RWE AG, S. 2, im Internet abrufbar unter www.rwe.com/web/cms/mediablob/de/387726/data/110822/59922/rwe/investor-relations/berichte/Geschaeftsbericht-2009-PDF-Download-.pdf.

bb) SWL

- (20) Die SWL betreibt im Gebiet der Stadt Lingen und Umgebung die Strom- und Gasversorgung und im Gebiet der Stadt Lingen auch die Wasserversorgung. An der SWL sind jeweils mittelbar mit 60 % die Stadt Lingen und mit 40 % RWE (über die RWE RWN) als Rechtsnachfolgerin der VEW Energie beteiligt.
- (21) Nach § 16 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der SWL ist die Beteiligung der VEW Energie an der SWL befristet bis zum 31.12.2010. Weiter ist bestimmt, dass mit Ablauf dieses Datums die VEW Energie aus der Gesellschaft ausscheidet, es sei denn, die Gesellschafter vereinbaren eine Verlängerung der Beteiligung der VEW Energie an der SWL. Die Gesellschafter bekunden in § 16 des Gesellschaftsvertrags ausdrücklich Ihre Einigkeit, dass eine solche Vereinbarung kartellrechtlich wie eine Neugründung der Gesellschaft zu behandeln ist.
- (22) Der Konsortialvertrag zwischen der Stadt Lingen und der VEW Energie wiederholt in § 6 Abs. 1 die Befristung der Beteiligung der VEW Energie bis zum 31. Dezember 2010 und ergänzt, dass der Stromlieferungsvertrag bis zum 31. Dezember 2011 befristet ist. Es wird ausdrücklich erklärt, dass diese Befristungen vor dem Hintergrund der Amtspraxis des Bundeskartellamtes zur Fusionskontrolle bei Zusammenschlussvorhaben zwischen Vorlieferanten und Stadtwerken im Bereich der Strom- und Gasversorgung erfolgen.
- (23) Nach dem Gesellschaftsvertrag verfügt RWE in der SWL über ein eingeschränktes Vetorecht hinsichtlich des Wirtschaftsplans (§ 9 Abs. 2 lit. n), Abs. 4 lit. d), Abs. 6 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags der SWL).
- (24) Die SWL erzielte im Jahr 2008 Umsätze von 61 Mio. €³ ausschließlich im Inland.

cc) SWR

- (25) Die SWR versorgt das Gebiet der Stadt Radevormwald mit Strom, Gas und Wasser und einen Teil des Gebiets der Stadt Breckerfeld mit Strom. Anteilseigner der SWR sind mittelbar zu 51 % die Stadt Radevormwald und zu 49 % RWE (über die RWE RWN Mitte) als Rechtsnachfolgerin der RWE Energie, letztere befristet bis zum 31. Dezember 2010.
- (26) Der Gesellschaftsvertrag der SWR enthält in § 18 Abs. 1 eine Befristung der Beteiligung der RWE Energie an der SWR bis zum 31. Dezember 2010. Des weiteren ist bestimmt,

³ Stadtwerke Lingen, Zahlen und Fakten, im Internet abrufbar unter http://www.stadtwerke-lingen.de/de/unternehmen/zahlen_fakten/zahlen_fakten.html.

dass mit Ablauf dieses Datums RWE Energie aus der SWR als Gesellschafter ausscheidet, es sei denn, die Gesellschafter vereinbaren eine Verlängerung der Beteiligung der RWE Energie an der SWR. In § 18 Abs. 2 bekunden die Gesellschafter ausdrücklich Ihre Einigkeit, dass eine Fortsetzung der Gesellschaft über den 31. Dezember 2010 hinaus kartellrechtlich wie eine Neugründung der Gesellschaft zu behandeln ist.

- (27) Die Stadt Radevormwald und RWE Energie vereinbarten in § 1 Abs. 5 des Konsortialvertrags, dass die Stadtwerke von den Partnern zunächst für einen Zeitraum von 12 Jahren bis zum 31. Dezember 2010 gemeinsam geführt werden. Auch in diesem Zusammenhang wird betont, dass die Verlängerung der Beteiligung der RWE Energie nach dem Ablauf dieser Frist – soweit eine Verlängerung von den Partnern gewünscht wird – erneut beim Bundeskartellamt angemeldet wird.
- (28) Darüber hinaus ist im Gesellschafts- bzw. Konsortialvertrag geregelt, dass RWE in der SWR über ein Vetorecht hinsichtlich des Wirtschaftsplans (§ 11 Abs. 2 lit.) a), Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags der SWR) und über ein eingeschränktes Vetorecht hinsichtlich der Bestellung der Geschäftsführer (§ 11 Abs. 2 lit. k) des Gesellschaftsvertrags der SWR; § 7 Satz 3 des Konsortialvertrags bezüglich der SWR) verfügt.
- (29) Die Umsätze der SWR beliefen sich im Jahr 2008 auf [...] €, die ausschließlich im Inland erzielt wurden.

c) Weitere beteiligte Unternehmen

- (30) Auch die Städte, die an den jeweiligen Stadtwerken beteiligt sind, sind nach § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB Unternehmen, soweit sie wirtschaftlich tätig sind.

aa) Stadt Plauen

- (31) Die Stadt Plauen betätigt sich über verschiedene Tochterunternehmen insbesondere in der Errichtung und Verwaltung von Bauten, insbesondere Wohnbauten, im öffentlichen Personennahverkehr insbesondere mit Straßenbahnen, in der Gasversorgung, der Straßenreinigung und der Abfallwirtschaft und im Betrieb von Sport- und Freizeitanlagen jeweils im Gebiet der Stadt Plauen. Mit diesen Betätigungen erwirtschaftete die Stadt Plauen im Jahr 2008 Umsätze von insgesamt [...] € ausschließlich im Inland.

bb) Stadt Lingen

(32) Die Stadt Lingen betreibt über verschiedene Tochterunternehmen insbesondere den öffentlichen Personennahverkehr, verschiedene Infrastruktureinrichtungen und den Erwerb, die Erschließung und die Veräußerung von Grundstücken sowie die Stadtentwässerung. Sie erzielte im Jahr 2008 Umsätze von insgesamt [...] € ausschließlich im Inland.

cc) Stadt Radevormwald

(33) Die wirtschaftliche Betätigung der Stadt Radevormwald besteht im Betrieb eines Freizeitbads, in Maßnahmen zur Förderung der Wirtschaft und in touristischen Aktivitäten. Die damit im Jahr 2008 erwirtschafteten Umsätze beliefen sich auf insgesamt [...] €, die ausschließlich im Inland erzielt wurden.

d) Unternehmen, an dem enviaM eine Beteiligung aufgibt

(34) Die EVH führt in Halle und im Saalekreis die Versorgung mit Strom, Gas und Fernwärme durch und erwirbt und betreibt Anlagen, die der Versorgung mit Strom, Gas und Fernwärme dienen.

(35) Die EVH erbringt die technische und kaufmännische Betriebsführung für die Heizkraftwerk Halle Trotha GmbH (im folgenden: HHT) und damit für zwei Kraftwerke: zum einen für das Heizkraftwerk Halle Trotha, das der HHT gehört, und zum anderen für das Heizkraftwerk Dieselstraße, das der EVH gehört und von der EVH an die HHT verpachtet ist. [...] Tatsächlich ist allein die EVH für das Heizkraftwerk Dieselstraße, wie auch für das Heizkraftwerk Halle Trotha, verantwortlich. Die Betriebsführung für beide Heizkraftwerke erfolgt durch Mitarbeiter der EVH; die HHT verfügt über keine eigenen Mitarbeiter außer einem nebenamtlich tätigen Geschäftsführer. Die EVH verantwortet allein den Gasbezug für die beiden Heizkraftwerke, ist zur vollständigen Abnahme des Strom und der Wärme, die dort erzeugt werden, verpflichtet, und ist allein zu deren Vermarktung berechtigt.

(36) Die beiden Heizkraftwerke Halle Trotha und Dieselstraße erzeugten im Jahr 2008 zusammen Strom im Umfang von [...] GWh. [...]

(37) Gesellschafter der EVH sind zu 70 % – mittelbar über die Stadtwerke Halle GmbH – die Stadt Halle und zu 30 % die enviaM.

II.

(38) Das angemeldete Zusammenschlussvorhaben erfüllt die formellen (hierzu unter 1.) und materiellen (hierzu unter 2.) Untersagungsvoraussetzungen. Die Erfüllung der Nebenbestimmung lässt die materiellen Untersagungsvoraussetzungen entfallen (hierzu unter 3.).

1. Formelle Untersagungsvoraussetzungen

(39) Das Zusammenschlussvorhaben erfüllt die formellen Untersagungsvoraussetzungen:

a) Umsätze

(40) Das Zusammenschlussvorhaben unterfällt nach den von den beteiligten Unternehmen erzielten Umsätzen nicht der Zusammenschlusskontrolle nach der Fusionskontrollverordnung⁴ (im Folgenden: FKVO), da die Umsatzschwellen weder des Abs. 2 noch des Abs. 3 des Art. 1 FKVO erreicht werden. Die Umsatzschwellen des Abs. 1 des § 35 GWB werden erreicht, ohne dass eine Ausnahme nach Abs. 2 des § 35 GWB vorliegt.

b) Zusammenschluss

(41) Das Zusammenschlussvorhaben erfüllt auch den Begriff des Zusammenschlusses nach § 37 Abs. 1 GWB:

(42) Die beabsichtigte Beteiligung von enviaM an der EVP in Höhe von 49 % erfüllt die Zusammenschlusstatbestände nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB (Erwerb von Mit-Kontrolle) und nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 lit. b) und Satz 3 GWB (Anteilsverkauf und Fiktion des Zusammenschlusses der Mutterunternehmen).

(43) Die beabsichtigte unbefristete Verlängerung der bereits bestehenden, bis zum 31. Dezember 2010 befristeten Beteiligungen von RWE begründet hinsichtlich der SWL und der SWR aus Sicht der Beschlussabteilung Zusammenschlusstatbestände, nämlich den Erwerb von Mit-Kontrolle mindestens hinsichtlich der SWR (Vetorecht bezüglich Wirtschaftsplan und – eingeschränktes – Mitentscheidungsrecht bei Bestellung Geschäftsführung) sowie in Bezug auf beide Stadtwerke einen Anteilsverkauf und die Fiktion des Zusammenschlusses der Mutterunternehmen. Die gegenteilige Auffassung der Anmelder, die unbefristete Verlängerung der befristeten Beteiligungen erfülle nicht erneut einen Zu-

⁴ Verordnung (EG) Nr. 139 (2004) des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. Nr. L/24 vom 29. Januar 2004, S. 1 ff.

sammenschlusstatbestand, vermag die Beschlussabteilung nicht zu überzeugen. Die Frage ist gerichtlich noch nicht entschieden. Die Anmelder, die die Verlängerung der bestehenden Beteiligungen an der SWL und der SWR ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht anmeldeten, wollen sich die gerichtliche Klärung dieser Frage in einem späteren Fall vorbehalten.

- (44) Die Beschlussabteilung und die Anmelder stimmen insoweit überein, als sich das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestands nicht bereits daraus ergibt, dass RWE mit der Stadt Lingen bzw. der Stadt Radevormwald im Gesellschaftsvertrag der SWL bzw. der SWR vereinbart hat, die Gesellschafter seien sich einig, dass eine Verlängerung der (mittelbaren) Beteiligung von RWE über den 31. Dezember 2010 hinaus wie eine Neugründung der Gesellschaft zu behandeln sei,⁵ und darüber hinaus RWE und die Stadt Radevormwald im Konsortialvertrag bezüglich der SWR bestimmt haben, die Verlängerung der (mittelbaren) Beteiligung von RWE nach dem 31. Dezember 2010 werde – soweit eine Verlängerung von den Partnern gewünscht werde – erneut beim Bundeskartellamt angemeldet.⁶ Eine Vereinbarung der Parteien über die Anmeldepflicht hat keine Auswirkungen auf deren Bestehen oder Nicht-Bestehen. Weder können die an einem Zusammenschluss Beteiligten eine nach dem GWB bestehende Anmeldepflicht qua Vereinbarung beseitigen, noch können sie eine nach dem GWB nicht bestehende Anmeldepflicht begründen.
- (45) Die Beschlussabteilung – entgegen der Auffassung der Anmelder – bejaht einen Zusammenschluss aber deshalb, weil die Verlängerung der bereits bestehenden, befristeten Beteiligungen eine strukturelle Veränderung bewirken wird. Dies ergibt sich aus einem Vergleich der Situation mit dem und ohne den in Rede stehenden Zusammenschlussakt. Gegenwärtig ist die Beteiligung der RWE lediglich befristet mit der Folge, dass RWE ohne eine Verlängerung als Gesellschafter ausscheiden würde. Durch die Verlängerung erhält RWE eine dauerhafte Beteiligung, was eine strukturelle Veränderung bewirkt und zugleich eine wesentliche Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung im Sinne von § 37 Abs. 2 GWB darstellt. Zu keinem anderen Ergebnis kommt man bei einem Vergleich der Situation vor und nach der Verlängerung.⁷ Auch bei dieser Sichtweise ist richtigerweise zu berücksichtigen, dass RWE vor dem Zusammenschluss lediglich eine bis 31. Dezember 2010 befristete Beteiligung hält, während diese nach dem Zusammenschluss von Dauer ist.

⁵ § 16 Abs. 1 S. 3 des Gesellschaftsvertrags der SWL und § 18 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der SWR.

⁶ § 1 Abs. 5 S. 2 des Konsortialvertrags der SWR.

⁷ Vgl. für diesen Ansatz Gutachten *Professor Dr. Dreher*, S. 25 ff.

c) Keine bereits erfolgte Freigabe der Vorhaben

- (46) Die Vorhaben betreffend die Beteiligungen von RWE an der SWL und der SWR sind auch nicht bereits freigegeben. Insbesondere erfolgte bei der Gründung der SWL und der SWR keine Freigabe der Beteiligungen von RWE ohne Befristung:
- (47) Eine Freigabe ohne Befristung ergibt sich nicht daraus, dass sie befristet erteilt worden wäre, eine befristete Freigabe aber im GWB nicht vorgesehen ist.⁸ Die Frage, ob eine Freigabe mit einer Befristung versehen werden kann, ist im vorliegenden Fall nicht relevant. Vorliegend war nicht die Freigabe der Gründung der SWL und der SWR, sondern von den seinerzeitigen Zusammenschlussbeteiligten die vorgesehene Beteiligung befristet worden, um eine Untersagung abzuwenden. Es wurde jeweils eine lediglich befristete Beteiligung angemeldet, die so, wie angemeldet, auch freigegeben wurde.

2. Materielle Untersagungsvoraussetzungen

- (48) Das Zusammenschlussvorhaben erfüllt die materiellen Untersagungsvoraussetzungen im Bereich Strom (hierzu unter a)), nicht aber im Bereich Gas (hierzu unter b)).

a) Bereich Strom

- (49) Im Bereich Strom ist zu erwarten, dass das Zusammenschlussvorhaben auf verschiedenen Märkten (hierzu unter aa)) bereits bestehende marktbeherrschende Stellungen (hierzu unter bb)) verstärken wird (hierzu unter cc)).

aa) Marktabgrenzung

(1) Sachliche Marktabgrenzung

- (50) Der Stromsektor in Deutschland umfasst drei Stufen, die Erzeugungsstufe, die Distributionsstufe und die Endkundenstufe.
- (51) Auf der Erzeugungsstufe sind vor allem die vier Konzerne E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW, aber auch sonstige Unternehmen, etwa Stadtwerke oder unabhängige Kraftwerksbetreiber, tätig, die über eigene Erzeugungskapazitäten verfügen. Auf der Distributionsstufe sind Weiterverteiler und Händler sowie die vier Konzerne selbst über konzerneigene Stadtwerke und Regionalversorger sowie spezialisierte Tochterunternehmen

⁸ So RWE mit Schreiben vom 14. April 2009, S. 4; Gutachten *Professor Dr. Dreher*, S. 42 ff.

tätig. Die Endkundenstufe umfasst sämtliche Endkunden, die von den Unternehmen der Distributionsstufe Strom zum eigenen Verbrauch nachfragen.

- (52) Diese Stufen bilden in ihrer Gesamtheit das Geschehen im Rahmen von Stromlieferungen ab. Von zentraler Bedeutung für die wettbewerbliche Beurteilung ist die Interdependenz der Einzelstufen. Die Nichtspeicherbarkeit von Strom führt dazu, dass zu jedem Zeitpunkt die auf der Erzeugungsstufe produzierte Strommenge identisch mit der auf der Endkundenstufe in der Summe nachgefragten Strommengen sein muss. Das Marktergebnis auf der Endkundenstufe wird daher durch das Verhalten der Unternehmen auf der Erzeugungsstufe determiniert.
- (53) Auf der Erzeugungsstufe wird in sachlicher Hinsicht von der Beschlussabteilung in ständiger Entscheidungspraxis ein Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom abgegrenzt⁹. Dieser Markt umfasst die Mengen an Strom, die in Deutschland erzeugt oder nach Deutschland netto importiert werden. Dabei sind für die Marktanteilsberechnung maßgeblich die Mengen, die tatsächlich erzeugt werden, nicht die Mengen, die nach den verfügbaren Kapazitäten erzeugt werden könnten oder gar die Kapazitäten selbst. Dies hängt damit zusammen, dass angesichts der verschiedenen Kraftwerkstypen auf dem Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom die verfügbaren Kapazitäten nicht ohne weiteres vergleichbar sind.
- (54) Auf der Distributionsstufe hat die Beschlussabteilung bislang über die genaue Marktabgrenzung nicht entschieden. Eine Entscheidung darüber ist auch im vorliegenden Fall entbehrlich, da sich das Zusammenschlussvorhaben darauf nicht auswirkt.
- (55) Auf der Endkundenstufe hat die Beschlussabteilung in ständiger Entscheidungspraxis einen Markt für die Belieferung von Kunden mit registrierender Leistungsmessung (RLM-Kunden) und einen Markt für die Belieferung von Kunden, die nach Standardlastprofil abgerechnet werden (SLP-Kunden), unterschieden.¹⁰ Die Entwicklungen der letzten Jahre auf dem Markt für die Belieferung von SLP-Kunden veranlassten die Beschlussabteilung

⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, Az. KVR 60/07, Beschlussausfertigung S. 7 ff. – „E.ON / Stadtwerke Eschwege“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, Az. VI-2 Kart 7/04 (V), Beschlussausfertigung S. 8 ff. – „EAM / Stadtwerke Eschwege GmbH“; BKartA, Beschluss vom 15. März 2007, Az. B8 62/06, Beschlussausfertigung S. 33 f. – „RWE / SaarFerngas“; zuletzt: BKartA, Beschluss vom 30. November 2009, Az. 107/09, Beschlussausfertigung S. 10 f. – „Integra / Thüga“; Gleave, Die Marktabgrenzung in der Elektrizitätswirtschaft, ZfE 2008, S. 120 ff.

¹⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, Az. KVR 60/07, Beschlussausfertigung S. 7 ff. – „E.ON / Stadtwerke Eschwege“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, Az. VI-2 Kart 7/04 (V), Beschlussausfertigung S. 8 ff. – „EAM / Stadtwerke Eschwege GmbH“; BKartA, Beschluss vom 15. März 2007, Az. B8 62/06, Beschlussausfertigung S. 25 ff. – „RWE / SaarFerngas“; Gleave, Die Marktabgrenzung in der Elektrizitätswirtschaft, ZfE 2008, S. 120 ff.

kürzlich, diesen Markt weiter zu unterteilen in einen Markt für die Belieferung von SLP-Kunden in der Grundversorgung, einen Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf Grundlage von Sonderverträgen und einen Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Heizstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen.¹¹ Der Markt für die Belieferung von SLP-Kunden in der Grundversorgung umfasst alle Endverbraucher, deren Verbrauch von elektrischer Energie auf der Basis eines Standardlastprofils ohne registrierende Leistungsmessung und zu Allgemeinen Preisen im Sinne des § 36 Abs. 1 EnWG und des § 38 Abs. 1 EnWG abgerechnet wird. Zum Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen gehören alle Endverbraucher, deren Verbrauch von elektrischer Energie auf der Basis eines Standardlastprofils ohne registrierende Leistungsmessung außerhalb der Allgemeinen Preise abgerechnet wird. Vom Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Heizstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen sind alle Endverbraucher umfasst, die Strom außerhalb der Allgemeinen Preise zum Betrieb unterbrechbarer Verbrauchseinrichtungen zwecks Raumheizung – insbesondere Nachtspeicherheizungen und elektrische Wärmepumpen – nachfragen.

(2) Räumliche Marktabgrenzung

- (56) In räumlicher Hinsicht hat die Beschlussabteilung in ständiger Entscheidungspraxis den Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom bundesweit abgegrenzt.¹² Wie der bisher angenommene Markt für die Belieferung von SLP-Kunden, so wird auch der seit Kurzem von der Beschlussabteilung enger abgegrenzte Markt für die Belieferung von SLP-Kunden in der Grundversorgung nach wie vor regional abgegrenzt. Dabei wird der räumliche Markt begrenzt durch das etablierte Versorgungsgebiet der betroffenen Unternehmen. Dieses ist das Netzgebiet des mit dem betroffenen Unternehmen verbundenen Netzbetreibers. Grund für diese räumliche Marktabgrenzung ist, dass nach § 36 Abs. 2 EnWG genau ein Anbieter Grundversorger ist, der in aller Regel der etablierte lokale Anbieter ist. Für den Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen wird – anders als für den bisher angenommenen Markt für die Belieferung von SLP-Kunden – von der Beschlussabteilung nunmehr eine

¹¹ BKartA, Beschluss vom 30. November 2009, Az. B8-107/09, Beschlussausfertigung S. 14 ff. – „*Integra / Thüga*“.

¹² Vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, Az. KVR 60/07, Beschlussausfertigung S. 7 ff. – „*E.ON / Stadtwerke Eschwege*“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, Az. VI-2 Kart 7/04 (V), Beschlussausfertigung S. 8 ff. – „*EAM / Stadtwerke Eschwege GmbH*“; BKartA, Beschluss vom 15. März 2007, Az. B8 62/06, Beschlussausfertigung S. 25 ff. – „*RWE / SaarFerngas*“; Gleave, Die Marktabgrenzung in der Elektrizitätswirtschaft, ZfE 2008, S. 120 ff.

bundesweite Marktabgrenzung vorgenommen.¹³ Hingegen wird der Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Heizstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen – wie der Markt für die Belieferung von SLP-Kunden in der Grundversorgung – weiterhin regional abgegrenzt, und zwar wiederum nach dem etablierten Versorgungsgebiet der betroffenen Unternehmen, d.h. nach dem Netzgebiet des mit dem betroffenen Unternehmen verbundenen Netzbetreibers. Der Grund für diese räumliche Marktabgrenzung ist, dass Kunden von Heizstrom keine Möglichkeiten zum Wechsel des Anbieters haben, da im Netzgebiet des mit dem lokalen Anbieter verbundenen Netzbetreibers allein dieser tätig ist.¹⁴

(3) Zusammenfassung und Ergebnis

(57) Auf der Grundlage dieser Marktabgrenzungen betrifft das Zusammenschlussvorhaben den bundesweiten Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom, die bundesweiten Märkte jeweils für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom und für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen sowie die regionalen Märkte jeweils für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom in der Grundversorgung und für die Belieferung von SLP-Kunden mit Heizstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen jeweils in Plauen, in Lingen und in Radevormwald.

bb) Marktbeherrschende Stellungen

(1) Bundesweiter Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom

(58) Auf dem bundesweiten Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom besteht nach ständiger Entscheidungspraxis der Beschlussabteilung, bestätigt durch die Rechtsprechung, ein marktbeherrschendes Duopol von RWE und E.ON.¹⁵

(59) Nach dem deutschen Recht besteht gemäß § 19 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 GWB eine marktbeherrschende Stellung von zwei oder mehr Unternehmen, soweit zwischen ihnen kein wesentlicher Wettbewerb besteht (Binnenwettbewerb) und soweit sie in ihrer Gesamtheit keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind oder eine im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern überragende Marktstellung haben (Außenwettbewerb).

¹³ BKartA, Beschluss vom 30. November 2009, Az. B8-107/09, Beschlussausfertigung S. 17 f. – „Integra / Thüga“.

¹⁴ Vgl. *Becker / Blau*, Die Preismissbrauchsnovelle in der Praxis, München 2010, S. 43 f.

¹⁵ BGH, Beschluss vom 11. November 2008, Az. KVR 60/07, Beschlussausfertigung S. 1 ff. – „E.ON / „Stadtwerke Eschwege“; OLG, Beschluss vom 6. Juni 2007, Az. VI-2 Kart 7/04 (V), Beschlussausfertigung S. 15 ff. – „EAM / Stadtwerke Eschwege GmbH“; zuletzt BKartA, Beschluss vom 30. November 2010, Az. B8-107/09, Beschlussausfertigung S. 18, Rn. 42 – „Integra / Thüga“.

- (60) Für das europäische Recht entwickelte das europäische Gericht erster Instanz im Urteil „*Airtours / Kommission*“ Kriterien zur Prüfung eines Oligopols. Danach setzt ein Oligopol voraus, dass (1) der Markt so transparent ist, dass jeder Oligopolist mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen Oligopolisten auf dem Markt in Erfahrung bringen kann, (2) genügend Abschreckungsmittel langfristig für einen Anreiz sorgen, nicht vom gemeinsamen Vorgehen abzuweichen und (3) die voraussichtliche Reaktion der aktuellen und potentiellen Konkurrenten sowie der Verbraucher die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellt.¹⁶ Auch der Bundesgerichtshof bewertete in seiner Entscheidung „*E.ON / Stadtwerke Eschwege*“ als Indizien dafür, dass kein Binnenwettbewerb besteht, (1) die Markttransparenz und (2) die Abschreckungs- und Sanktionsmitteln bei abweichendem Marktverhalten.¹⁷ Diese beiden Indizien für mangelnden Binnenwettbewerb und das Kriterium des mangelnden Außenwettbewerbs entsprechen zusammen den drei „*Airtours*-Kriterien“.
- (61) Gemessen daran ist das Fehlen von Binnen- und Außenwettbewerb wahrscheinlich, wenn die Marktstruktur bestimmte Merkmale aufweist, die ein koordiniertes Verhalten der Unternehmen begünstigen. Dazu gehören insbesondere hohe Marktanteile der Oligopolisten und geringe Marktanteile der Nicht-Oligopolisten, wenige Wettbewerber, mehrfache Interaktionen der Oligopolisten, hohe Marktzutrittsschranken, homogene Produkte, die Symmetrie der Oligopolisten und strukturelle Verbindungen zwischen ihnen. Dabei ist maßgeblich eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände.
- (62) Auch wenn die Marktstrukturmerkmale in einer Gesamtbetrachtung das Fehlen von Binnen- und Außenwettbewerb als wahrscheinlich erscheinen lassen, kann daraus alleine nicht gefolgert werden, dass ein Oligopol besteht. Vielmehr hat wesentliche Bedeutung bei der Oligopol-Beurteilung auch das Verhalten der mutmaßlichen Oligopolisten.
- (63) Der Bundesgerichtshof begründete in seiner Entscheidung „*E.ON / Stadtwerke Eschwege*“ das aus RWE und E.ON bestehende Duopol eingehend anhand einer Vielzahl von strukturellen Aspekten, die den mangelnden Binnenwettbewerb wie auch den mangelnden Außenwettbewerb betrafen, sowie anhand des tatsächlichen Verhaltens der beiden Duopolisten. Dabei umfassten die behandelten strukturellen Aspekte die vertikale Integration und deren unterschiedliches Ausmaß bei RWE und E.ON einerseits und bei EnBW und Vattenfall andererseits. Weiterhin spielten eine Rolle die gleichzeitige Tätigkeit von

¹⁶ EuGH, Urteil vom 6. Juni 2002, Az. T-342/99, Tz. 62 f. – „*Airtours / Kommission*“.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 11. November 2008, Az. KVR 60/07, Beschlussausfertigung S. 16 f. – „*E.ON / Stadtwerke Eschwege*“.

RWE und E.ON auf den Strom- und Gasmärkten, die bei Vattenfall gar nicht und bei EnBW in vermindertem Umfang vorliegt. Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen insbesondere zwischen RWE und E.ON, aber auch zwischen RWE und E.ON einerseits und EnBW andererseits, die hohen Marktanteile von RWE und E.ON bei der Netto-Stromerzeugung und bei den Kapazitäten zur Stromerzeugung und den großen Abstand zu den Marktanteilen insbesondere von EnBW und Vattenfall, die Homogenität des Produkts Strom und die Transparenz der Preise berücksichtigt.¹⁸

- (64) RWE¹⁹ und E.ON²⁰ vertreten die Auffassung, die strukturellen Veränderungen, die E.ON im Jahr 2009 vollzog, veränderten die für die Beurteilung eines Oligopols maßgeblichen strukturellen Aspekte so, dass RWE und E.ON kein Duopol mehr bildeten. Denn es bestünde zwischen ihnen keine für die Annahme eines Duopols ausreichende Symmetrie mehr.
- (65) Im Einzelnen handelt es sich um folgende Veränderungen bei E.ON: In Erfüllung von Verpflichtungen, die E.ON der Europäischen Kommission gegenüber übernommen hatte, um ein Missbrauchsverfahren wegen des Verdachts verschiedener missbräuchlicher Verhaltensweisen auf dem deutschen Stromgroßhandelsmarkt und auf dem deutschen Regelenergiemarkt zu beenden,²¹ veräußerte E.ON sein deutsches Höchstspannungsnetz und deutsche Erzeugungskapazitäten im Umfang von bislang knapp 5.000 MW. Darüber hinaus veräußerte E.ON seine Stadtwerke-Holding Thüga, die Beteiligungen an knapp 90 Stadtwerken und Regionalversorgern bündelte.²² Die Veräußerung von Erzeugungskapazitäten erfolgte im Wesentlichen im Rahmen von Tauschgeschäften mit EnBW, der französischen Electricité de France S.A. (im folgenden: EDF) und der ebenfalls französischen Gaz de France S.A. (im folgenden: GDF), dem österreichischen Energieversorger Verbund Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG (im folgenden: Verbund) und der norwegischen Statkraft AS (im folgenden: Statkraft). Dabei veräußerte E.ON teils Kraftwerke oder Beteiligungen an Kraftwerken in Deutschland, teils Bezugsrechte bezüglich deutscher Kraftwerke, und erwarb im Gegenzug im wesentlichen Kraftwerke im Ausland oder Bezugsrechte bezüglich ausländischer Kraftwerke.

¹⁸ BGH, Beschluss vom 11. November 2008, Az. KVR 60/07, Beschlussausfertigung S. 18 f. und S. 21 f. – „E.ON / Stadtwerke Eschwege“.

¹⁹ Anmeldung vom 4. Januar 2010, S. 12.

²⁰ Schreiben vom 5. Februar 2010.

²¹ KOM, Entscheidung vom 26. November 2008, Az. COMP/39.388 – „Deutscher Stromgroßhandelsmarkt“ und COMP/39.389 – „Deutscher Regelenergiemarkt“.

- (66) Man kann Zweifel daran äußern, ob die von E.ON im Jahr 2009 vollzogenen Veränderungen – insbesondere die Abgabe von Erzeugungskapazitäten – die Symmetrie zwischen RWE und E.ON tatsächlich entfallen lassen.²³ [Einzelheiten zu den Verträgen von E.ON über Bezugsrechte] – Die Veräußerung der Stadtwerke-Holding Thüga wurde vom Bundeskartellamt zwar ausdrücklich als ein Beitrag zur Schaffung wettbewerblicher Strukturen im Energiesektor begrüßt, weil dadurch die vertikale Integration von E.ON reduziert wurde,²⁴ auch hat E.ON mit der Veräußerung der Stadtwerke-Holding Thüga seine Beteiligungen an Stadtwerken erheblich verringert, aber eben nicht vollständig beseitigt, sondern ist nach wie vor an etwa 50 Stadtwerken beteiligt.
- (67) Selbst wenn die von E.ON vollzogenen Veränderungen – die Veräußerung des Höchstspannungsnetzes, die Abgabe von Erzeugungskapazitäten und die Veräußerung der Stadtwerke-Holding Thüga – einzeln oder zusammen die Symmetrie zwischen RWE und E.ON entfallen ließen, würde dies in dem jetzt zu entscheidenden Fall noch nicht zur Abkehr von der – höchststrichterlich bestätigten²⁵ – Duopolthese führen:
- (68) Erstens ist die Symmetrie der Oligopolisten kein für das Bestehen eines Oligopols notwendiges Marktstrukturmerkmal. Vielmehr ist sie lediglich ein Marktstrukturmerkmal von vielen, das die Wahrscheinlichkeit dafür erhöht, dass die „Airtours-Kriterien“ erfüllt werden. Wie erläutert, ist insoweit eine Gesamtbetrachtung maßgeblich. Dabei kann ein schwächer ausgeprägtes durch ein stärker ausgeprägtes Marktstrukturmerkmal ausgeglichen werden. Dieser Ausgleich kann so weit gehen, dass ein Oligopol bestehen kann, ganz ohne dass die Oligopolisten symmetrisch sind.²⁶
- (69) Zweitens kommt hinzu, dass maßgeblich für das Bestehen oder Nicht-Bestehen eines Oligopols nicht allein strukturelle Kriterien sind; diese sind lediglich Indizien, die koordiniertes Verhalten begünstigen. Vielmehr ist maßgeblich das Verhalten der – mutmaßli-

²² BKartA, Beschluss vom 30. November 2009, Az. B8-107/09 – „Integra / Thüga“.

²³ Vgl. Interview mit dem Vorsitzenden der Monopolkommission, *Professor Dr. Haucap*, Börsen-Zeitung vom 31. März 2010, Strommarkt trotz leichter Entspannung noch „konzentriert.“

²⁴ Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 1. Dezember 2009, „Bundeskartellamt gibt den Verkauf der E.ON-Tochter Thüga an Stadtwerkekonsortium frei“, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2009/2009_12_01.php; Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 12. November 2008, „Bundeskartellamt begrüßt geplanten Verkauf der Thüga durch E.ON“, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2008/2008_11_12_1.php.

²⁵ BGH, Beschluss vom 11. November 2008, Az. KVR 60/07 – „E.ON / Stadtwerke Eschwege“

²⁶ BKartA, Beschluss vom 29. September 2006, Az. B1-169/05, Beschlussausfertigung S. 28, 39 und 50 – „Strabag / Züblin“; vgl. auch Monopolkommission, Hauptgutachten XVI (2004/2005), Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, BT-Drs. 16/2460, S. 274, Rn. 505: „Oligopole sind auch zwischen Unternehmen mit extrem unterschiedlichen Marktanteilen möglich [...] Bei symmetrisch verteilten Marktanteilen, ähnlicher Finanzkraft und gleicher Eigentümerstruktur mag [...] eher mit koordiniertem Verhalten zu rechnen sein als bei ungleichen Marktanteilen, un-

chen – Oligopolisten selbst. Darum lassen die von E.ON im Jahr 2009 vollzogenen Veränderungen den Duopolbefund erst dann entfallen, wenn sie solche Auswirkungen auf das tatsächliche Verhalten von RWE und / oder E.ON haben, dass diese in wesentlichen Wettbewerb zueinander treten und / oder Dritte diesen wesentlichen Wettbewerb machen. Die Veränderungen bei E.ON liegen noch zu kurze Zeit zurück, als dass sie bereits merkliche Auswirkungen auf das tatsächliche wettbewerbliche Verhalten von RWE und / oder E.ON hätten entfalten können und die von E.ON und RWE vertretene optimistische Prognose gestatten würden.

(2) Bundesweiter Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom

- (70) Nach der ebenfalls durch die Rechtsprechung bestätigten Entscheidungspraxis der Beschlussabteilung besteht auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom ebenfalls ein Duopol von RWE und E.ON.²⁷ Dies ergibt sich aus der Feststellung der Beschlussabteilung, dass aufgrund der spezifischen Eigenschaften von Strom der Distributionsstufe jedenfalls in dem hier relevanten Vertikalverhältnis keine große wettbewerbliche Bedeutung zukommt. Darum ist das Marktgeschehen auf dem Markt für die Belieferung von RLM-Kunden nicht isoliert zu betrachten, sondern wird maßgeblich durch das Marktgeschehen auf dem Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom determiniert. Infolge dessen ergeben sich die Marktverhältnisse auf dem Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom analog zu den Marktverhältnissen auf dem Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom. Wie erläutert, ist auf dem Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom und damit auch auf dem Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom zumindest derzeit nach wie vor von einem Duopol aus RWE und E.ON auszugehen.

terschiedlicher Finanzkraft und verschiedenen Organisationsformen. Trotzdem sind diese Kriterien weder notwendig noch hinreichend dafür, dass tatsächlich koordiniertes Verhalten stattfindet.“

²⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, Az. VI-2 Kart 7/04 (V), Beschlussausfertigung S. 15 ff. – „EAM / Stadtwerke Eschwege GmbH“; zuletzt BKartA, Beschluss vom 24. August 2009, Az. B8-67/09, S. 27 f., Rn. 71 f.

(3) Bundesweiter Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen

- (71) Ob die Marktverhältnisse auf dem bundesweiten Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom die Marktverhältnisse auch auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen bestimmen, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung.
- (72) Die Anmelder sind der Auffassung, die Überlegung, die Marktverhältnisse auf dem bundesweiten Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom seien maßgeblich auch für den nachgelagerten Markt, gelte – wenn überhaupt – nur für den bundesweiten Markt für die Belieferung von RLM-Kunden, nicht aber auch für den bundesweiten Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen. Beide Märkte seien zu verschieden: SLP-Kunden – anders als RLM-Kunden – beschafften Strom nie unmittelbar an der Börse, sondern stets mittelbar über Weiterverteiler, die ihrerseits Strom mit unterschiedlichen Strategien an der Börse beschafften oder importierten. Daraus entstünden unterschiedliche Kosten für die Weiterverteiler, die unterschiedliche Preise für die Kunden begründeten.²⁸
- (73) Eine Entscheidung der Frage, ob aus dem Duopol auf dem Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom nur für den Markt für die Belieferung von RLM-Kunden oder auch für den Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen auf ein Duopol geschlossen werden kann, ist im vorliegenden Fall entbehrlich. Die materiellen Untersagungsvoraussetzungen sind jedenfalls auf den bundesweiten Märkten für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom und für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom erfüllt. Die Frage, ob sie darüber hinaus auch auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen erfüllt sind, hat keine Auswirkungen auf die Entscheidung des vorliegenden Falls.

(4) Regionale Märkte für die Belieferung von SLP-Kunden in der Grundversorgung jeweils in Plauen, in Lingen und in Radevormwald

- (74) Auf den regionalen Märkten für die Belieferung von SLP-Kunden in der Grundversorgung ist der jeweilige Grundversorger als Monopolist marktbeherrschend. Dass der Grundversorger Monopolist ist, ergibt sich zwingend daraus, dass nach § 36 Abs. 2 EnWG in einem

²⁸ Anmeldung vom 4. Januar 2010, S. 13 f.; Schreiben von RWE vom 9. März 2010, S. 6 f.

Netzgebiet der allgemeinen Versorgung jeweils ein einzelnes Unternehmen Grundversorger ist: Dies ist nach Satz 1 des § 36 Abs. 2 EnWG das Unternehmen, das in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung die meisten Haushaltskunden beliefert. Welches Unternehmen dies ist, wird nach Satz 2 des § 36 Abs. 2 EnWG durch den Netzbetreiber alle drei Jahre für die nächsten drei Jahre festgestellt. Dabei ist der Grundversorger auch keinem potentiellen Wettbewerb ausgesetzt, denn anderen Unternehmen ist ein Marktzutritt als Grundversorger nicht möglich. Ebenso wenig kann das Unternehmen, das als Grundversorger festgestellt wurde, die Eigenschaft als Grundversorger ablehnen.

(5) Regionale Märkte für die Belieferung von SLP-Kunden mit Heizstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen jeweils in Plauen, in Lingen und in Radevormwald

(75) Die lokalen Märkte für die Belieferung von SLP-Kunden mit Heizstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen werden von dem jeweils etablierten Stromversorger beherrscht, d. h. von enviaM in Plauen, von der SWL in Lingen und von der SWR in Radevormwald.

cc) Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen

(76) Durch das Zusammenschlussvorhaben werden die marktbeherrschenden Stellungen von RWE und E.ON auf den bundesweiten Märkten für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom (hierzu unter (1)) und auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom (hierzu unter (2)) verstärkt. Ob eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von RWE und E.ON auch auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen eintritt, bedarf keiner Entscheidung (hierzu unter (3)). Auf den weiteren von dem Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten ergibt sich keine Verstärkung marktbeherrschender Stellungen (hierzu unter (4)).

(1) Bundesweiter Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom

(77) Auf dem bundesweiten Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom wird die marktbeherrschende Stellung von RWE und E.ON durch vertikale (hierzu unter (a)) und horizontale (hierzu unter (b)) Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens verstärkt:

(a) Vertikale Auswirkungen

(78) [...]

(79) Auch wenn [...], ergäbe sich die Möglichkeit zur Absatzsicherung – wie auch in den Fällen der SWL und der SWR – aus den Erwägungen, aus denen die Beschlussabteilung²⁹ mit Bestätigung durch die Rechtsprechung³⁰ bei Beteiligungen eines der beiden Duopolisten RWE oder E.ON an einem Stadtwerk eine Absatzsicherung annimmt; diese Erwägungen sind auch im vorliegenden Fall zutreffend: Zum einen wird es RWE durch die Stellung von enviaM (bezüglich der EVP) bzw. von RWE (bezüglich der SWL und der SWR) als Mit-Gesellschafter erleichtert, von Angeboten von Wettbewerbern Kenntnis zu erlangen und darauf einzusteigen. Zum anderen ist zu erwarten, dass der kommunale Mehrheitsgesellschafter, hier die Städte Plauen, Lingen und Radevormwald, auf die Belange des Mit-Gesellschafters, hier von enviaM bzw. RWE, auch im Hinblick auf den Abschluss von Bezugsverträgen Rücksicht nimmt. Darüber hinaus kann die Stellung von enviaM bzw. RWE als Mit-Gesellschafter Wettbewerber von RWE davon abhalten, sich um die Belieferung der EVP bzw. der SWL und der SWR zu bemühen.

(80) [Die] Annahme einer Absatzsicherung bezüglich der SWR [gilt unabhängig von etwaigen Regelungen im Gesellschafts- bzw. Konsortialvertrag.] Die soeben erläuterten, für die Annahme einer Absatzsicherung tragenden Erwägungen beruhen auf der Möglichkeit zur Beeinflussung der Entscheidung [...].

(81) Ferner lässt sich der Annahme einer Absatzsicherung nicht entgegen halten, die Absätze der EVP, der SWL und der SWR seien nicht gesichert. Nach der neuen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, wie sie die Beschlussabteilung in der Entscheidung „*Integra / Thüga*“ vorgenommen hat, mögen zwar die Absätze von Haushaltsstrom an SLP-Kunden auf Grundlage von Sonderverträgen nicht als gesichert zu bewerten sein. Insofern ließe sich argumentieren, dass auf dem bundesweiten Markt die bisherigen Abnehmer der EVP bzw. der SWL und der SWR auf ausreichend andere Anbieter ausweichen können. Jedenfalls aber die Absätze von Haushaltsstrom an SLP-Kunden in der Grund-

²⁹ BKartA, Beschluss vom 23. Oktober 2007, Az. 93/07, S. 7 f., Rn. 26 – „RWE / SWKN“; BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2004, Az. B8-27/04, Beschlussausfertigung S. 22 f. – „Mainova AG / Aschaffener VersorgungsAG“; BKartA, Beschluss vom 20. November 2003, Az. 84/03, Beschlussausfertigung S. 36 ff. – „E.ON Hanse / Stadtwerke Lübeck“; BKartA, Beschluss vom 12. September 2003, Az. 21/03, Beschlussausfertigung S. 21 – „EAM Energie / Stadtwerke Eschwege“; BKartA, Beschluss vom 26. August 2003, Az. B8-83/03, Beschlussausfertigung S. 35 ff. – „RWE Rhein-Ruhr / Stadtwerke Wuppertal / Velbert / Remscheid / Oberhausen“.

³⁰ BGH, Beschluss vom 11. November 2008, Az. KVR 60/07, Beschlussausfertigung S. 24 ff. – „E.ON / Stadtwerke Eschwege“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, Az. VI-2 Kart 7/04 (V), Beschlussausfertigung S. 27 ff. – „EAM / Stadtwerke Eschwege GmbH“.

versorgung und die Absätze von Heizstrom sind gesichert. Insoweit bestehen regionale Märkte, auf denen die EVP bzw. die SWL und die SWR über ein Monopol verfügen, so dass den Abnehmern keine Ausweichmöglichkeiten offen stehen. Im vorliegenden Fall beläuft sich der so gesicherte Absatz auf insgesamt [...] GWh, der besteht aus dem Absatz an SLP-Kunden in der Grundversorgung in Plauen von [...] GWh, in Lingen von [...] GWh, und in Radevormwald von [...] GWh.³¹

- (82) Die Absatzsicherung auch ist nicht deswegen unbedenklich, weil der gesicherte Absatz zu gering wäre, um eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung zu begründen. Die frühere Entscheidungspraxis der Beschlussabteilung, Beteiligungen an Stadtwerken als unbedenklich zu bewerten, wenn sich der gesicherte Absatz unter 100 GWh bewegte, wurde aufgegeben.³² Zudem wäre auch diese sogenannte virtuelle Bagatellschwelle überschritten, da alle drei Beteiligungen als ein einheitliches Vorhaben zu betrachten sind und der gesicherte Absatz aller drei Stadtwerke zusammen 100 GWh deutlich überschreitet.
- (83) Bezüglich der EVP steht einer Absatzsicherung auch nicht der von den Anmeldern erhobene Einwand entgegen, durch das Zusammenschlussvorhaben würden die Möglichkeiten von enviaM, den Abschluss von Bezugsverträgen zugunsten von RWE zu beeinflussen, nicht größer, sondern kleiner.³³ Ohne den Zusammenschluss würde die Konzession an die Stadt Plauen, die auch über das Eigentum am Stromverteilnetz verfügt, zurück fallen. Die Stadt Plauen könnte die Stromversorgung selbst betreiben oder die Konzession an einen anderen Anbieter vergeben. Selbst wenn die Stadt Plauen, wie die Anmelder vortragen,³⁴ die Stromversorgung in Plauen nicht betreiben könnte oder wollte, also nicht als potentieller Wettbewerber zu enviaM in Betracht käme, verblieben als akute Wettbewerber andere Anbieter als enviaM, die die Konzession übernehmen könnten. In jedem Fall aber würde der Kundenstamm nicht mit der Konzession auf den neuen Konzessionär übergehen, sondern bei enviaM verbleiben. Dies könnte dazu beitragen, den Wettbewerb zwischen dem neuen Konzessionär einerseits und enviaM andererseits um die in Plauen ansässigen Kunden zu beleben. Mit dem Zusammenschluss hingegen wird dieses den Wettbewerb belebende Element beseitigt, indem zum einen die Vergabe der Konzession

³¹ Daten für 2008. Daten für 2009 liegen noch nicht vor.

³² Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2007/2008, DT-Drs. 16/13500, S. 29. Die Aufgabe erfolgte im Fall B8-124/06 – „Harz Energie / Stadtwerke Seesen“, in dem die Anmeldung zurückgenommen wurde. Zur Kritik an der virtuellen Bagatellschwelle Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten 2004/05, BT-Drs. 16/2460, S. 279, Rn. 527.

³³ Anmeldung vom 4. Januar 2010, S. 7; Schreiben von enviaM vom 28. August 2009, S. 2 f.

³⁴ Anmeldung vom 4. Januar 2010, S. 8; Schreiben von enviaM vom 28. August 2009, S. 2; Schreiben von enviaM vom 5. August 2009, S. 1 f.

an einen anderen Anbieter und zum anderen potentieller Wettbewerb zwischen enviaM und dem neuen Konzessionär verhindert wird.

- (84) Entsprechend lässt sich auch einer Absatzsicherung bezüglich SWL und SWR nicht entgegen halten, das Zusammenschlussvorhaben verändere nicht die Möglichkeiten von RWE, den Bezug von Strom durch SWL und SWR zu beeinflussen. Bezogen auf den maßgeblichen Bezugspunkt, die Situation ohne den Zusammenschluss, in der RWE aus der SWL und der SWR ausscheiden müsste, wird RWE durch die Verlängerung die (weitere) Beeinflussung des Strombezugs der SWL und der SWR überhaupt erst ermöglicht.
- (85) Des Weiteren ist eine Absatzsicherung bezüglich des Absatzes der SWR nicht deswegen ausgeschlossen, weil die SWR [...] eine Beschaffung über [Dritte] beabsichtigt. [...] Die Beschaffung über [Dritte] ist für die SWR aber nicht verpflichtend. [...] Dabei würde es RWE dadurch erleichtert, das Angebot der [Dritte] zu unterbieten, dass RWE über die Beteiligung an der SWR an deren Gewinn partizipieren würde und so tendenziell Mindereinnahmen bei Stromlieferungen an die SWR kompensieren könnte.
- (86) Darüber hinaus ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben vor dem Hintergrund der Strategie zu bewerten, die RWE in der Zeit seit der Liberalisierung der Strommärkte bis zur Untersagung des Zusammenschlussvorhabens „E.ON / Stadtwerke Eschwege“ verfolgte. In dieser Zeit erwarb RWE eine Vielzahl von Beteiligungen an Stadtwerken, um die Absatzmärkte für Wettbewerber zu verschließen. Die erstmalige, befristete Beteiligung von RWE an SWL und SWR war Bestandteil dieser Strategie. Die mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beabsichtigte unbefristete Verlängerung der Beteiligungen an der SWL und der SWR ist ein Beitrag dazu, diesen Zustand insoweit auf unbestimmte Zeit zu verfestigen.

(b) Horizontale Auswirkungen

- (87) Bezüglich der SWL hat das Zusammenschlussvorhaben darüber hinaus – wenn auch äußerst geringe – horizontale Auswirkungen.³⁵
- (88) Die SWL verfügt über Kapazitäten zur Stromerzeugung, die im Jahr 2008 Strom im Umfang von [...] GWh erzeugten. Zwar bewegt sich die dadurch bewirkte Marktanteilsaddition auf dem bundesweiten Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom im Bereich unter 0,1 ‰. Allerdings ist es in der deutschen Fusionskontrolle nicht erforderlich,

³⁵ Zu horizontalen Auswirkungen von Stadtwerkebeteiligungen vgl. Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten 2004/05, BT-Drs. 16/2460, S. 279, Rn. 528.

dass die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung spürbar ist. Insbesondere bei horizontalen Auswirkungen, die unmittelbar zu einer Marktanteilsaddition führen, ist regelmäßig von einer Verstärkung der Marktbeherrschung auszugehen.³⁶ Darüber hinaus sind die Anforderungen an die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung umso geringer, je stärker die bereits bestehende Marktbeherrschung ist.³⁷ Das Duopol von RWE und E.ON verfügt seit Jahren über einen beständig hohen gemeinsamen Marktanteil, der sich bislang zwischen 55 % und 60 % bewegte. Zusammen mit den beiden weiteren Verbundunternehmen – Vattenfall und EnBW – bewegt sich der gemeinsame Marktanteil zwischen 85 % und 90 %. Angesichts dieser hochgradigen Konzentration genügt auch eine geringfügige Marktanteilsaddition für eine Verstärkung der bestehenden marktbeherrschenden Stellung von RWE und E.ON.

(2) Bundesweiter Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom

(89) Auch auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom wird die marktbeherrschende Stellung von RWE und E.ON durch das Zusammenschlussvorhaben verstärkt. Gegenüber dem Zustand ohne den Zusammenschluss, bei dem RWE aus der SWL und der SWR ausschiede, entsteht eine Marktanteilsaddition. Diese bewegt sich bei einer Belieferung von RLM-Kunden im Umfang von [...] GWh durch die SWL und von [...] GWh durch die SWR im Bereich unter 1 ‰. Aus den eben erläuterten Gründen genügt auch diese geringe Marktanteilsaddition für eine Verstärkung der bestehenden marktbeherrschenden Stellung.

(3) Bundesweiter Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen

(90) Sofern auch auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen eine marktbeherrschende Stellung von RWE und E.ON besteht, wird auch diese durch das Zusammenschlussvorhaben verstärkt. Gegenüber dem Zustand ohne den Zusammenschluss, bei dem RWE aus der SWL und der SWR ausschiede, entsteht eine Marktanteilsaddition, die sich bei einer Belieferung von SLP-Kunden durch die SWL mit [...] GWh Strom und durch die SWL mit [...] GWh Strom im Bereich unter 1 ‰ bewegt. Wie erläutert, genügt eine solch geringfügi-

³⁶ Vgl. *Ruppelt* in: Langen / Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Auflage, Band 1, Deutsches Kartellrecht, § 36 GWB, Rn. 38.

³⁷ *Becker / Knebel* in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 2, § 36 GWB, Rn. 73 m.w.N.

ge Marktanteilsaddition zur Verstärkung einer etwaig bestehenden marktbeherrschenden Stellung.

(4) Regionale Märkte für die Belieferung von SLP-Kunden in der Grundversorgung und regionale Märkte für die Belieferung von SLP-Kunden mit Heizstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen jeweils in Plauen, in Lingen und in Radevormwald

(91) Die auf den regionalen Märkten für die Belieferung von SLP-Kunden in der Grundversorgung und auf den regionalen Märkten für die Belieferung von SLP-Kunden mit Heizstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen jeweils in Plauen, in Lingen und in Radevormwald bestehenden marktbeherrschenden Stellungen werden durch das Zusammenschlussvorhaben nicht verstärkt. Auf diesen Märkten besteht nach wie vor dem Zusammenschluss ein Monopol. In Plauen kommt dieses vor dem Zusammenschluss der enviaM und nach dem Zusammenschluss der EVP zu. Insoweit bewirkt der Zusammenschluss lediglich einen Wechsel des Monopolisten ohne weitere Verschlechterung der wettbewerblichen Verhältnisse. In Lingen und in Radevormwald bleibt die marktbeherrschende Stellung der SWL und der SWR durch den Zusammenschluss unberührt.

b) Bereich Gas

(92) Im Bereich Gas ist auf keinem der betroffenen Märkte (hierzu unter aa)) zu befürchten, dass das Zusammenschlussvorhaben marktbeherrschende Stellungen (hierzu unter bb)) begründen oder verstärken wird (hierzu unter c)).

aa) Marktabgrenzung

(1) Sachliche Marktabgrenzung

(93) In sachlicher Hinsicht umfassen die abzugrenzenden Märkte ausschließlich den Energieträger Erdgas. Die so genannte Wärmemarkt-These, nach der sämtliche zur Wärmeerzeugung eingesetzte Energieträger (beispielsweise Erdgas, Heizöl, Heizstrom, Pellets) einen einheitlichen Markt bilden,³⁸ ist durch das Oberlandesgericht Düsseldorf³⁹ und durch den Bundesgerichtshof⁴⁰ abgelehnt worden.

³⁸ Vgl. Nachweise bei *Becker / Zapfe*, Energiekartellrechtsanwendung in Zeiten der Regulierung, ZWeR 2007, S. 419, 428.

³⁹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. April 2008, Az. VI-2 U (Kart) 8/06, Urteilsausfertigung S. 10 ff. – „*Stadtwerke Düsseldorf*“.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 29. April 2008, Az. KZR 2/07, Urteilsausfertigung S. 10 f. – „*Erdgassondervertrag*“.

- (94) Im Bereich Gas orientiert sich die sachlich Marktabgrenzung im Wesentlichen an den unterschiedlichen Versorgungsstufen: Auf einer ersten Stufe, der Import- und Erzeugungsstufe, liefern überregionale Ferngasunternehmen, die Erdgas selbst produzieren oder importieren, an regionale Weiterverteiler. Auf einer zweiten Stufe, der Distributionsstufe, liefern die regionalen Weiterverteiler Erdgas an lokale Weiterverteiler, in der Regel Stadtwerke. Auf der dritten Stufe, der Letztverbraucherstufe, liefern die lokalen Weiterverteiler Erdgas an Endkunden.
- (95) Entsprechend dieser Marktstufen grenzt die Beschlussabteilung in ständiger Entscheidungspraxis auf der ersten Stufe einen Markt für die erstmalige Belieferung von regionalen Weiterverteilern mit Erdgas durch überregionale Ferngasgesellschaften ab. Auf diesem Markt sind Ferngasunternehmen als Erdgasproduzenten und Erdgasimporteure tätig. Auf der zweiten Stufe wird ein Markt für die Belieferung von lokalen Weiterverteilern mit Erdgas durch regionale Weiterverteiler abgegrenzt, auf dem sich Ferngasunternehmen ohne eigene Erdgasproduktionskapazitäten und ohne eigenen Erdgasimport betätigen. Auf der dritten Stufe wird nach der Belieferung von Groß- und von Kleinkunden unterschieden und ein Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Erdgas und ein Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Erdgas abgegrenzt.

(2) Räumliche Marktabgrenzung

- (96) In räumlicher Hinsicht werden die Märkte von der Beschlussabteilung nach wie vor regional nach den etablierten Vertriebsgebieten der Ferngasunternehmen, Regionalversorger und Stadtwerke abgegrenzt. Diese werden am besten durch das jeweilige Netzgebiet der mit dem Gasversorgungsunternehmen verbundenen Netzgesellschaft abgebildet.
- (97) Wie die sachliche Marktabgrenzung, so bestimmt sich auch die räumliche Marktabgrenzung nach den tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite. Dabei sind neben wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten auch rechtliche Schranken zu berücksichtigen. Rechtliche Schranken bestanden in der leitungsgebundenen Versorgung mit Gas bis zum Jahr 1998 darin, dass nach § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. Demarkationsverträge zulässig waren. Obwohl diese rechtlichen Schranken mit der Liberalisierung der Energiewirtschaft im Jahr 1998⁴¹ beseitigt wurden, blieben wirtschaftliche und technische Hürden bestehen. Zwar haben das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur versucht, die weiter bestehenden Hürden mit vielfältigen Maßnahmen zu beseitigen oder

⁴¹ Durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730).

zumindest zu verringern. Zu diesen Maßnahmen gehörten in letzter Zeit die Regulierung der Fernleitungsnetzentgelte und die Festlegungen bezüglich GeLi und GaBi Gas. Allerdings ist bei der Beurteilung, wie sich diese Maßnahmen auf die Marktabgrenzung auswirken, zu beachten, dass nicht notwendigerweise eine Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen sogleich auch eine Änderung der Marktverhältnisse bewirkt. Vielmehr bleibt auch bei geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen zunächst die Entwicklung der tatsächlichen Marktverhältnisse zu beobachten.⁴² Die genannten Maßnahmen – die Regulierung der Fernleitungsnetzentgelte und die Festlegungen bezüglich GeLi und GaBi Gas – wurden erst vor so kurzer Zeit implementiert, dass deren Wirkung auf die Marktverhältnisse noch nicht ausreichend sicher beurteilt werden kann, um eine Änderung der räumlichen Marktabgrenzung zu begründen.

- (98) Auch die bisherige Verringerung der Anzahl an Marktgebieten – von anfänglich 19 zu Beginn des Gaswirtschaftsjahres 2006 / 2007 auf sechs zu Beginn des Gaswirtschaftsjahres 2009 / 2010 – kann keine Änderung der räumlichen Marktabgrenzung begründen. Insbesondere erscheint der Beschlussabteilung eine Marktabgrenzung entsprechend den Marktgebieten nicht angebracht. Die weitere Entwicklung der Marktgebiete befindet sich im Fluss, da eine weitere Verschmelzung von Marktgebieten angestrebt wird. Angesichts dessen erscheint es sehr zweifelhaft, ob eine Marktabgrenzung entsprechend den Marktgebieten im Rahmen der präventiven Fusionskontrolle überhaupt geeignet sein kann, die für eine Beurteilung der Gasmärkte wettbewerbsrechtlich relevanten Parameter zuverlässig für die Dauer des Prognosezeitraums abzubilden. Sinnvoller erscheint es zuzuwarten, ob sich auf der Basis der Marktöffnungsmaßnahmen von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt ein bundesweites Marktgeschehen entwickelt, dass eine Änderung der räumlichen und gegebenenfalls auch sachlichen Marktabgrenzung rechtfertigt.

(3) Ergebnis

- (99) Für den vorliegenden Fall relevant sind Märkte auf der Letztverbraucherstufe und vorgelegte Märkte auf der Distributionsstufe:
- (100) Auf der Letztverbraucherstufe betrifft der Zusammenschluss die Märkte für die Belieferung von RLM- und von SLP-Kunden mit Erdgas, und zwar im Netzgebiet jeweils der SWL und der SWR. Das Netzgebiet der SWL besteht aus dem Stadtgebiet Lingen, Lingen Holthausen, Lingen Bramsche sowie Wietmarschen-Lohe; das Netzgebiet der SWR umfasst das

⁴² BGH, Urteil vom 4. November 2002, Az. KZR 16/02, BGHZ 156, 379, 385 – „Strom und Telefon I“; BGH, Urteil vom 15. Juli 1997, Az. KVR 33/96, BGHZ 136, 268, 277 – „Stromversorgung Aggertal“.

Stadtzentrum Radevormwald sowie die Ortsteile Herbeck und Bergerhof (L-Gasnetz) sowie Önkelfeld, Herkingrade, Brede, Keilbeck und Dahlerau (H-Gasnetz). Die Märkte für die Belieferung von RLM- und von SLP-Kunden in Plauen sind von dem Zusammenschluss nicht betroffen, da die EVP keine Gasversorgung betreiben soll. Diese verbleibt bei der Erdgas Plauen GmbH (im Folgenden Erdgas Plauen), an der RWE nicht beteiligt ist.

(101) Darüber hinaus sind im Fall eines Zusammenschlusses, bei dem sich ein Gasversorgungsunternehmen an Stadtwerken beteiligt, auch die Märkte auf der vorgelagerten Distributionsstufe betroffen. Dies sind in sachlicher Hinsicht die Märkte für die Belieferung der Stadtwerke als lokale Weiterverteiler durch regionale Weiterverteiler, die sich in räumlicher Hinsicht auf das Netzgebiet der mit dem jeweiligen regionalen Weiterverteiler verbundenen Netzgesellschaft erstrecken. Vorliegend sind betroffen der Markt für die Belieferung von lokalen Weiterverteilern durch regionale Weiterverteiler im Netzgebiet der Erdgas Münster Transport GmbH & Co. KG (im folgenden: EGMT), in dem sich die SWL befindet, und im Netzgebiet der E.ON Gastransport GmbH (im folgenden: EGT), in dem sich die SWR befindet.

bb) Marktverhältnisse

(102) Aufgrund der netzbezogenen räumlichen Marktabgrenzung besteht in aller Regel auf jedem dieser Märkte eine marktbeherrschende Stellung eines Energieversorgungsunternehmens, die der mit der jeweiligen Netzgesellschaft verbundenen Vertriebsgesellschaft zukommt. Diese ist im eigenen Netzgebiet keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt oder genießt eine im Verhältnis zu Wettbewerbern überragende Marktstellung. Die mit der jeweiligen Netzgesellschaft verbundene Vertriebsgesellschaft verfügt im eigenen Netzgebiet wegen der äußerst geringen Wechselquote in aller Regel über einen Marktanteil weit oberhalb der Schwellen für die gesetzliche Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB.

(103) Auf den im vorliegenden Fall betroffenen Märkten sind die SWL und die SWR sowie die mit der EGMT und der EGT jeweils verbundenen Vertriebsgesellschaften jeweils im betreffenden Netzgebiet marktbeherrschend.

cc) Keine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

- (104) Der Zusammenschluss verstärkt die marktbeherrschenden Stellungen weder der SWL oder der SWR noch der mit der EGMT bzw. der EGT jeweils verbundenen Vertriebsgesellschaft.
- (105) Eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen der SWL und der SWR sowie der mit der EGMT bzw. der EGT jeweils verbundenen Vertriebsgesellschaft ergäbe sich durch den Zusammenschluss dann, wenn es sich dabei um eine Beteiligung des vorgelagerten Netzbetreibers bzw. des Vorlieferanten handelte. Bei einer Beteiligung der mit dem vorgelagerten Netzbetreiber verbundenen Vertriebsgesellschaft an einem Stadtwerk wird in aller Regel die marktbeherrschende Stellung des Stadtwerks auf dem Markt für die Belieferung von RLM- und von SLP-Kunden in seinem Netzgebiet verstärkt. Durch eine solche Beteiligung entfällt regelmäßig potentieller Wettbewerb, denn regelmäßig ist die mit dem vorgelagerten Netzbetreiber verbundene Vertriebsgesellschaft der stärkste potentielle Wettbewerber des Stadtwerks. Darüber hinaus wird bei einer Beteiligung der mit dem vorgelagerten Netzbetreiber verbundenen Vertriebsgesellschaft jedenfalls dann, wenn diese auch der Vorlieferant des Stadtwerks ist, auch die marktbeherrschende Stellung des Vorlieferanten auf dem Markt für die Belieferung von Stadtwerken und anderen lokalen Weiterverteilern verstärkt. Durch eine solche Beteiligung des Vorlieferanten an einem Stadtwerk würde der Vorlieferant seinen Absatz an das Stadtwerk absichern.
- (106) Im vorliegenden Fall aber ist RWE nicht der vorgelagerte Netzbetreiber und auch nicht der Vorlieferant der SWL oder der SWR.

3. Nebenbestimmung

- (107) Die durch den Zusammenschluss bewirkte Verstärkung marktbeherrschender Stellungen wird durch die Erfüllung der Nebenbestimmung – die Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH – beseitigt (hierzu unter a)). Die Nebenbestimmung ist auch verhältnismäßig (hierzu unter b)).

a) Beseitigung der Verstärkung marktbeherrschender Stellungen

- (108) Die Erfüllung der Nebenbestimmung beseitigt die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auf dem bundesweiten Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom (hierzu unter aa)) und auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom (hierzu unter bb)). Soweit auch auf dem bundesweiten Markt für die

Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen eine marktbeherrschende Stellung besteht, die durch den Zusammenschluss verstärkt wird, wird auch diese Verstärkung durch die Erfüllung der Nebenbestimmung beseitigt (hierzu unter cc)).

aa) Bundesweiter Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom

(109) Die Erfüllung der Nebenbestimmung – die Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH – hat auf dem bundesweiten Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom vertikale (hierzu unter (1)) und horizontale (hierzu unter (2)) Auswirkungen von einem solchen Ausmaß, dass dadurch insgesamt die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von RWE und E.ON verhindert wird (hierzu unter (3)).

(1) Vertikale Auswirkungen

(110) Die Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH hat auf den Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom vertikale Auswirkungen, die wettbewerblich positiv zu bewerten sind: Die derzeitige Möglichkeit von enviaM und damit mittelbar von RWE zur Sicherung von Absatz von RWE an die EVH wird beseitigt.

(111) Diese Möglichkeit ergibt sich zwar nicht daraus, dass die Geschäftsführung der EVH für Verträge über den Bezug von Strom, Gas und Fernwärme der Einwilligung der Gesellschafterversammlung bedarf (§ 12 Abs. 5 lit. b) des Gesellschaftsvertrags der EVH) und enviaM wegen der für eine solche Einwilligung erforderlichen Mehrheit von 75 % (§ 6 Abs. 3 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags der EVH) bei einer Abstimmung nach Kapitalanteilen (§ 6 Abs. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags der EVH) mit einem Kapitalanteil von 30 % über ein Vetorecht verfügt. Denn bei Beschlüssen der Gesellschafterversammlung über Energiebezugsverträge enthält sich enviaM der Stimme (Schreiben der VEW an die Beschlussabteilung vom 28. Juli 1993, Punkt 4., zugleich Anlage 4 der 3. Ergänzungsvereinbarung zum Konsortialvertrag bezüglich der EVH). Die Möglichkeit von enviaM zur Sicherung von Absatz von RWE an die EVH ergibt sich aber aus den allgemeinen Erwägungen, aus denen die Beschlussabteilung⁴³ mit Bestätigung durch die Rechtsprechung⁴⁴

⁴³ BKartA, Beschluss vom 23. Oktober 2007, Az. 93/07, S. 7 f., Rn. 26 – „RWE / SWKN“; BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2004, Az. B8-27/04, Beschlussausfertigung S. 22 f. – „Mainova AG / Aschaffener VersorgungsAG“, BKartA, Beschluss vom 20. November 2003, Az. 84/03, Beschlussausfertigung S. 36 ff. – „E.ON Hanse / Stadtwerke Lübeck“; BKartA, Beschluss vom 12. September 2003, Az. 21/03, Beschlussausfertigung S. 21 – „EAM Energie / Stadtwerke Eschwege“; BKartA, Beschluss vom 26. August 2003, Az. B8-83/03, Beschlussausfertigung S. 35 ff. – „RWE Rhein-Ruhr / Stadtwerke Wuppertal / Velbert / Remscheid / Oberhausen“.

bei Beteiligungen eines der beiden Duopolisten RWE oder E.ON an einem Stadtwerk eine Absatzsicherung annimmt.⁴⁵

(112) Diese Möglichkeit entfällt mit der Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH.

(113) Der Umfang des derzeit gesicherten, künftig nicht mehr gesicherten Absatzes entspricht den Absätzen der EVH von Haushaltsstrom an SLP-Kunden in der Grundversorgung und von Heizstrom.⁴⁶ Jedenfalls hinsichtlich des Absatzes von Haushaltsstrom an SLP-Kunden in der Grundversorgung ist der bei der EVH „entsicherte“ Absatz nicht wesentlich kleiner als der bei der EVP, der SWL und der SWR durch den Zusammenschluss gesicherte Absatz.

(2) Horizontale Auswirkungen

(114) Die Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH hat auf den Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom auch horizontale Auswirkungen, die wettbewerblich positiv zu bewerten sind: Die gemeinsam marktbeherrschende Stellung von RWE und E.ON wird geschwächt, denn enviaM und damit mittelbar RWE verliert den Zugriff auf Erzeugungskapazitäten, über die die EVH verfügt.

(115) Die EVH verfügt über die Erzeugungskapazitäten der beiden Heizkraftwerke Halle Trotha und Dieselstraße, die im Jahr 2008 zusammen [...] GWh Strom erzeugten. Die Erzeugungskapazitäten beider Heizkraftwerke sind der EVH zurechenbar, obwohl das Heizkraftwerk Halle Trotha der KHT gehört und das Heizkraftwerk Dieselstraße, das der EVH gehört, von der EVH an die KHT verpachtet ist. Maßgeblich für die Zurechenbarkeit der Erzeugungskapazitäten ist bei wirtschaftlicher Betrachtung, wer den operativen Einsatz der betroffenen Kraftwerke steuern kann, wie die wirtschaftlichen Chancen und Risiken zwischen den Vertragspartnern verteilt sind und wer im Konfliktfall die Befugnis zur Letztentscheidung hat. Die EVH erledigt für beide Kraftwerke die kaufmännische und die technische Betriebsführung. Dabei hat sie die Befugnis zur Letztentscheidung in Bezug auf das operative Kraftwerksgeschäft. Darüber hinaus obliegen ihr die wirtschaftlichen Chancen und Risiken. Insbesondere trägt sie das Einkaufsrisiko, da sie den Gasbezug allein verantwortet, und das Verkaufsrisiko, da sie zur vollständigen Abnahme des in den beiden

⁴⁴ BGH, Beschluss vom 11. November 2008, Az. KVR 60/07, Beschlussausfertigung S. 24 ff. – „E.ON / Stadtwerke Eschwege“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, Az. VI-2 Kart 7/04 (V), Beschlussausfertigung S. 27 ff. – „EAM / Stadtwerke Eschwege GmbH“.

⁴⁵ Dazu siehe oben unter 2. a) cc) (1) (a), S. 23, Rn. 79.

⁴⁶ Dazu siehe oben unter 2. a) cc) (1) (a), S. 25, Rn. 95.

Kraftwerken erzeugten Stroms verpflichtet und allein zu dessen Vermarktung berechtigt ist.

(116) Die Erzeugungskapazitäten, auf die enviaM und damit mittelbar RWE durch die Veräußerung der Beteiligung an der EVH Zugriff verliert, sind um ein Vielfaches [2-stelliger Faktor] größer als die Erzeugungskapazitäten, auf die RWE durch die Verlängerung der Beteiligung an der SWL Zugriff erhält ([...] GWh im Verhältnis zu [...] GWh tatsächliche Erzeugung im Jahr 2008). [...]

(3) Zusammenfassung und Ergebnis

(117) Die Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH bewirkt auf dem Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom wettbewerbliche Verbesserungen von einem solchen Ausmaß, dass die durch den Zusammenschluss zu erwartenden wettbewerblichen Verschlechterungen beseitigt werden. Auch wenn der Absatz, hinsichtlich dessen RWE die Möglichkeit zur Absicherung verliert, etwas kleiner ist als der Absatz, hinsichtlich dessen RWE die Möglichkeit zur Absicherung gewinnt, so ist der Verlust an Erzeugungskapazitäten durch die Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH erheblich größer als der Gewinn an Erzeugungskapazitäten durch den Zusammenschluss. Beides zusammen – die jedenfalls weitgehende Kompensation der Absatzsicherung und die erhebliche Überkompensation des Gewinns an Erzeugungskapazitäten – führen dazu, dass die ohne die Nebenbestimmung durch den Zusammenschluss bewirkte Verstärkung entfällt.

bb) Bundesweiter Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom

(118) Auch auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom verhindert eine Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH die Verstärkung der bestehenden gemeinsam marktbeherrschenden Stellung von RWE und E.ON. Die Belieferung von RLM-Kunden durch die EVH, die im Jahr 2008 [...] GWh betrug, übersteigt die Belieferung von RLM-Kunden durch die SWL und durch die SWR, die sich im Jahr 2008 auf [...] GWh bzw. [...] GWh, d.h. zusammen [...] GWh, belief, bei weitem. Angesichts dessen wird durch den Zusammenschluss bei Erfüllung der Nebenbestimmung die marktbeherrschende Stellung von RWE und E.ON. nicht verstärkt, sondern verringert.

cc) Bundesweiter Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen

(119) Soweit auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen eine marktbeherrschende Stellung besteht, die durch das Zusammenschlussvorhaben verstärkt wird, wird die Verstärkung durch die Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH verhindert: Der Umfang der Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen ist bei der EVH (im Jahr 2008 [...] GWh) um ein Mehrfaches größer [Faktor > 5 und < 15] als bei der SWL und der SWR (im Jahr 2008 [...] GWh bzw. [...] GWh, d.h. zusammen [...] GWh).

b) Verhältnismäßigkeit der Nebenbestimmung

(120) Die Nebenbestimmung ist verhältnismäßig. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, ist die Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH *geeignet*, die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen auf dem Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom, auf dem Markt für die Belieferung von RLM-Kunden mit Strom und – sofern auch auf dem Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Haushaltsstrom auf der Grundlage von Sonderverträgen eine marktbeherrschende Stellung besteht –, auch deren Verstärkung zu verhindern. Die Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH ist dazu auch *erforderlich*. Eine weniger weitgehende, ebenso wirksame Maßnahme wurde von den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen nicht vorgeschlagen und ist auch für die Beschlussabteilung nicht ersichtlich. Die Ausgestaltung als aufschiebende Bedingung ist ebenfalls erforderlich. Eine Auflage oder eine auflösende Bedingung sind zwar weniger weitgehend, aber nicht ebenso wirksam. Da im vorliegenden Fall die im Wege der Nebenbestimmung zu lösenden Wettbewerbsprobleme den Kern des Zusammenschlusses ausmachen, wäre es nicht vertretbar, wenn eine – aus welchen Gründen auch immer – verzögerte oder verhinderte Umsetzung zu Lasten des Wettbewerbs ginge. Darüber hinaus ist die aufschiebende Bedingung einer Veräußerung der Beteiligung von enviaM an der EVH auch *angemessen*. Sie steht nicht außer Verhältnis zu den dadurch verhinderten wettbewerblichen Verschlechterungen, die angesichts der hohen Konzentration auf den betroffenen Märkten schwer wiegen.

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 durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung des Beschlusses 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 – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Dr. Carsten Becker

Dr. Nicole Hacker

Dr. Charlotte Zapfe