

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

1.) Viterra Energy Services AG, Essen,

- Beteiligte zu 1) -

Verfahrensbevollmächte zu 1):
Rechtsanwälte
Freshfields Bruckhaus Deringer
Heumarkt 14
50667 Köln

2.) Brunata Wärmemesser Werner Lehmann GmbH & Co. KG, Leinfelden-Echterdingen

- Beteiligte zu 2) -

3.) Minol Messtechnik W. Lehmann GmbH & Co. KG, Leinfelden-Echterdingen,

- Beteiligte zu 3) -

4.) Brunata Wärmemesser GmbH, Stuttgart,

- Beteiligte zu 4) -

5.) Herr Werner Lehmann, Stuttgart

- Beteiligter zu 5) -

Verfahrensbevollmächtigte zu 2 bis 5):
Rechtsanwälte
Menold & Aulinger
Fasanenstr. 74
10719 Berlin

wegen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 10. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 23.5.2002 beschlossen:

1. Das mit Schreiben vom 24.9.2001 angemeldete Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.
2. Die Gebühr für diese Entscheidung wird unter Anrechnung der Gebühr für die Anmeldung festgesetzt auf

() Euro (in Worten: Euro)

und der Viterra Energy Services AG auferlegt.

A. Gründe:

I. Vorhaben

Mit einem am 24.9.2001 eingegangenen Schreiben vom gleichen Tag hat die Viterra Energy Services AG ("Viterra") durch ihren Verfahrensbevollmächtigten ihr Vorhaben angemeldet, von Herrn Werner Lehmann, Stuttgart, die unter der Marke "Minol" betriebenen Geschäftstätigkeiten im Bereich der Ablesung und Abrechnung von Zähl- und Messgeräten zur Erfassung und Bewertung des Wärme- und Wasserverbrauchs sowie den Bereich der Erstellung von Nebenkostenabrechnungen zu erwerben. Hierzu sollen sämtliche Anteile der Brunata Wärmemesser Werner Lehmann GmbH & Co. KG, Leinfelden-Echterdingen, der Minol Messtechnik W. Lehmann GmbH & Co. KG, Leinfelden-Echterdingen, sowie der Brunata Wärmemesser GmbH, Stuttgart (künftig zusammenfassend als "Brunata/Minol" bezeichnet), erworben werden. Nicht vom Zusammenschluss betroffen sind die Produktion der Messgeräte sowie die im Ausland erbrachten Dienstleistungen; diese Unternehmensbereiche verbleiben beim Veräußerer.

Die Anmeldung vom 24.9.2001 war, was von den Beteiligten bestritten wird, unvollständig. Zum Inhalt einer Anmeldung gehört nach § 39 Abs. 3 Satz 1 GWB zwingend die Angabe der Form des Zusammenschlusses. Dem Schreiben vom 24.9.2001 war jedoch nicht zweifelsfrei zu entnehmen, ob Viterra beabsichtigt, das Vermögen (in diesem Sinne S. 1, 1. Abs. der Anmeldung: "...unter der Marke Minol betriebenen Geschäftsaktivitäten...") oder die Anteile (so die Angabe im Betreff: "Erwerb einer Mehrheit an ...") der drei Zielunternehmen zu erwerben. Im Falle eines Anteilserwerbs wäre überdies erforderlich gewesen, mitzuteilen, wieviele Anteile insgesamt erworben werden sollen (§ 39 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 GWB); die bloße Mitteilung, es sei beabsichtigt, eine Mehrheit zu erwerben, genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht.

Darüber hinaus sind nach § 39 Abs. 3 Satz 2 GWB für jedes beteiligte Unternehmen Angaben zu machen zur Firma, zum Sitz (Nr. 1) und zu den Umsatzerlösen (Nr. 3). Diese Angaben sind erst nach Aufforderung durch die Beschlussabteilung mit einem im Bundeskartellamt am 12.10.2001 eingegangenen Schreiben nachgereicht worden. Wegen weiterer Einzelheiten wird insoweit auf das Schreiben der Beschlussabteilung vom 1.10.2001, insbesondere dessen Tz. 3 - 5, verwiesen. Hinsichtlich der Angaben zu den Umsatzerlösen und zu den Grundlagen für die Berechnung der Marktanteile (§ 39 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 GWB) ist ergänzend anzumerken, dass Brunata/Minol noch mit Fax vom 17.1.2002 von der Anmeldung abweichende Angaben zum Umsatz und zu den betreuten Liegenschaften/Wohneinheiten gemacht hat.

Schließlich hat Viterra, entgegen der sich aus § 39 Abs. 3 Satz 4 GWB ergebenden Pflicht, in der Anmeldung Abhängigkeits- und Beteiligungsverhältnisse vollständig darzustellen, erst mit Schreiben vom 1.3.2002 mitgeteilt, dass das Unternehmen an der WBG Wärme GmbH Berlin, einem im Bereich Submetering tätigen Unternehmen, mit 50 % der Geschäftsanteile beteiligt ist.

Die unter Berufung auf Entscheidungen des Kammergerichts (WuW/E OLG 1712 ff – Hygiene-Artikel; WuW/E OLG 3577 – Hussel-Mara) geäußerte Auffassung der Beteiligten, "vollständig" sei eine Anmeldung schon dann, wenn sie Angaben enthalte, die das Bundeskartellamt in die Lage versetzen, eine Untersagungsverfügung zu treffen, findet im Gesetz keine Stütze (vgl. auch BGH WuW/E – 1533/1534 – Erdgas Schwaben).

Nach alledem sind die gesetzlichen Fristen für die Prüfung des Vorhabens nicht vor dem 12.10.2001 in Lauf gesetzt worden.

Dem anmeldenden Unternehmen ist mit Fax vom 12.11.2001 gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB mitgeteilt worden, dass die Beschlussabteilung in die Prüfung des Zusammenschlusses (Hauptprüfverfahren) eingetreten ist. Mit Schreiben vom 4.2.2002 hat die Beschlussabteilung den Beteiligten, den Landeskartellbehörden in Nordrhein-Westfalen und in Baden-Württemberg die Gründe der beabsichtigten Untersagung mitgeteilt. Die Beteiligten haben mehrfach einer Fristverlängerung zugestimmt, zuletzt mit Schreiben vom 22.4.2002 bis zum 27.5.2002 (§ 40 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GWB).

II. Beteiligte Unternehmen

1. Viterra ist Anbieterin von Dienstleistungen zur verursachungsgerechten Erfassung von Energie (Wärme, Strom, Gas) und Wasser in privaten Haushalten und Gewerbeobjekten. Nach eigener Einschätzung ist Viterra, die in 27 europäischen und außereuropäischen Ländern tätig ist, auf diesem Markt weltweiter Marktführer. Im Jahr 2000 hat das Unternehmen weltweit Umsätze von umgerechnet rd. (**Geschäftsgeheimnis**) Mio € erzielt, von denen rd. (...) Mio. € auf die EU und rd. (...)..... Mio. € auf das Inland entfielen. In dem im vorliegenden Verfahren relevanten Markt für Submetering belief sich der Umsatz der Viterra auf umgerechnet rd. (...) Mio. €

Alleiniger Gesellschafter der Viterra ist die Viterra AG. Die Viterra AG zählt mit rd. 117.000 konzerneigenen und 50.000 Wohneinheiten von Beteiligungsunternehmen (Beteiligung von jeweils 50 % an der WohnBau Rhein-Main und der Deutschbau) zu den führenden Immobilienunternehmen Deutschlands.

Die Viterra AG wiederum ist Konzernunternehmen der E.ON AG ("E.ON"). E.ON ist schwerpunktmäßig in der Energie- und in der Mineralölwirtschaft, der Chemieindustrie sowie der Telekommunikation tätig. Neben der RWE AG ist E.ON das mit Abstand führende Stromversorgungsunternehmen in Deutschland. Der Konzern hat im Jahr 2000 weltweit Umsätze von umgerechnet 82,9 Mrd. € erzielt, von denen 57 Mrd. € auf die EU und 42 Mrd. € auf das Inland entfielen. Die Beteiligten haben darauf hingewiesen, E.ON sei aufgrund einer im Rahmen der Übernahme des britischen Ener-

gieversorgers Powergen erlassenen Auflage der US-Kartellbehörde verpflichtet, sich innerhalb von 5 Jahren aus sämtlichen Geschäftsfeldern zurückzuziehen, die mit der Energieversorgung nicht im Zusammenhang stehen. Betroffen hiervon sei – so die Anmelderin - auch die Geschäftssparte, in der Viterra aktiv ist.

2. Geschäftsgegenstand der Minol Messtechnik W. Lehmann GmbH & Co. KG ist insbesondere der Handel mit und die Vermietung von Wasser- und Wärmezählern, sowie die Erbringung verschiedener Dienstleistungen rund um die verbrauchsabhängige Heizkostenabrechnung. Während die Gruppe im Südwesten Deutschlands das Markenzeichen "Minol-Brunata" führt, tritt sie in allen anderen Gebieten Deutschlands und im Ausland unter dem Firmennamen "Minol Messtechnik" auf. Historisch ist dies darauf zurückzuführen, dass der Firmengründer, Herr Werner Lehmann sen., seit 1952 Lizenznehmer der dänischen Brunata für Baden-Württemberg, das Saarland, Teile von Hessen, Rheinland-Pfalz und Bayern ist. Bundesweit gibt es weitere drei Lizenznehmer, welche die Firma "Brunata" führen. Diese drei Unternehmen, die gesellschaftsrechtlich nicht miteinander verbunden sind, haben ihre Firmensitze in Hamburg, Hürth und München. Jeder dieser Lizenznehmer hat in seinem (westdeutschen) Vertragsgebiet ein Ausschließlichkeitsrecht, das faktisch bis zum heutigen Tag respektiert wird.

Nachdem Herr Lehmann über seine südwestdeutsche Niederlassung im Jahr 1983 mit der Produktion von Mess- und Erfassungsgeräten begonnen hatte, faßte das Unternehmen den Entschluss, auch außerhalb des ursprünglichen Lizenzgebietes tätig zu werden. Da dies unter der Firma Brunata nicht möglich war, wurden die bundesweiten Tätigkeiten dieses Unternehmens zunächst durch die Schwesterfirma Minol Messtechnik wahrgenommen. Im Jahr 1995 wurden dann die ehemaligen Brunata-Geschäftsbereiche konzernintern auf die Minol Messtechnik übertragen, um einen bundesweit einheitlichen Geschäftsauftritt zu gewährleisten. Lediglich im südwestdeutschen Stammgebiet wird nach wie vor die Firma Minol-Brunata fortgeführt. Der inländische Umsatz der Minol belief sich im Jahr 2000 auf umgerechnet rd. (...) Mio. €

Die Brunata Wärmemesser Werner Lehmann GmbH & Co. KG ist seit Ende 1994 nicht mehr operativ tätig, hat deshalb keine eigenen Umsätze erzielt.

Die Brunata Wärmemesser GmbH ist persönlich haftende Gesellschafterin der beiden vorgenannten Unternehmen. Sie hat im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss ebenfalls keine eigenen Umsätze erzielt.

III. Zusammenschluss

Der beabsichtigte Erwerb der Geschäftsanteile der Beteiligten zu 2 – 4) erfüllt die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 2 (in der Form der alleinigen Kontrolle) und Nr. 3 lit. a) GWB.

IV. Anwendungsbereich

Die umsatzbezogenen Schwellenwerte in Art. 1 Abs. 2 oder Abs. 3 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, zuletzt geändert durch Verordnung Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 EG-FKVO, werden nicht erreicht. Das Vorhaben hat folglich keine gemeinschaftsweite Bedeutung. Der Anwendungsbereich des GWB ist hingegen eröffnet, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 GWB erfüllt sind und kein Fall des § 35 Abs. 2 GWB vorliegt.

V. Wettbewerbliche Beurteilung

1. Sachlich relevanter Markt

Vom Zusammenschluss betroffen ist der Markt der verbrauchsabhängigen Erfassung und Abrechnung von Heiz- und Warmwasserkosten auf der Grundlage der Heizkostenverordnung (HeizkostenV). Die Beteiligten haben hierfür den Begriff "Submetering" verwendet, der deshalb auch der nachfolgenden Darstellung zugrunde gelegt werden soll.

Die Abgrenzung von Angebotsmärkten erfolgt entsprechend dem Bedarfsmarktkonzept aus der Sicht des Abnehmers. Zum sachlich relevanten Markt gehören alle Waren bzw. Dienstleistungen, die sich nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage so nahestehen, dass der verständige Verbraucher sie für die Deckung seines Bedarfs als

gleichfalls geeignet ansieht (vgl. Ruppelt in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. (2001), § 19 Rdnr. 11 m.w.N.).

Die HeizkostenV sieht eine verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten vor. Sie gilt grundsätzlich für Gebäude mit mindestens 2 Wohnungen. Zur Erfassung des anteiligen Wärmeverbrauchs sind Wärmezähler oder Heizkostenverteiler, zur Erfassung des anteiligen Warmwasserverbrauchs Warmwasserzähler zu verwenden. Heizkostenverteiler müssen für das jeweilige Heizsystem geeignet sein und so angebracht werden, dass ihre technisch einwandfreie Funktion gewährleistet ist. Am gebräuchlichsten sind zur Zeit noch Heizkostenverteiler nach dem Verdunstungsprinzip (sog. Verdunstungsampullen). Diese werden zunehmend, nicht zuletzt wegen ihrer größeren Messgenauigkeit, durch elektronische bzw. Funkheizkostenverteiler ersetzt.

Nach Auffassung der Beschlussabteilung sind dem sachlich relevanten Markt nicht nur Dienstleistungen wie das Ablesen und Abrechnen der Heizkostenverteiler oder die Erstellung der Abrechnung zuzurechnen, sondern auch Verkauf oder Vermietung von Heizkostenverteilern. Gegen eine zwischen Dienstleistungen einerseits und Verkauf und Vermietung andererseits differenzierende Marktabgrenzung spricht, dass die Leistungen von den Nachfragern in der Regel als "Paket" nachgefragt werden (so auch Viterra im Schreiben vom 10.10.2001 unter Rdnr. 8). Ob anders zu entscheiden wäre, wenn die Nachfrager z.B. regelmäßig nur bestimmte Teile des Angebots der Anbieter in Anspruch nehmen würden, kann dahingestellt bleiben, weil die Befragung der Nachfrager – bis auf wenige Ausnahmen – keinen Hinweis darauf ergeben hat, dass diese die mit dem Submetering in Zusammenhang stehenden Leistungen in Teilbereichen selbst erbringen.

Dahingestellt bleiben kann desweiteren, ob eine weitergehende Segmentierung des Marktes geboten ist, die nach Submetering in Wohn- oder Bürogebäuden differenziert. Die Befragung der Wettbewerber hat keine Hinweise ergeben, die für eine solche Marktabgrenzung sprechen würde.

Der Ansicht der Beteiligten, dem sachlich relevanten Markt sei auch das sog. Metering zuzurechnen, folgt die Beschlussabteilung nicht.

Als "Metering" werden solche Dienstleistungen bezeichnet, die im Zusammenhang mit der Erfassung und Abrechnung von Kosten für Gas, Wasser, Strom und Fernwärme am Hausanschluss erbracht werden. Die Beteiligten meinen, die Liberalisierung der Energiemärkte werde zu einer gegenseitigen Durchdringung der bis dato getrennten Märkte führen. Während Energieversorgungsunternehmen ("EVU") verstärkt Submetering anbieten würden, um liberalisierungsbedingte Erlöseinbußen im angestammten Geschäftsbereich zu kompensieren, würden umgekehrt Wettbewerber künftig auch Metering-Dienstleistungen erbringen, um geringere Einnahmewachse aufgrund eines stagnierenden Wohnungsneubauvolumens ausgleichen zu können. Die Beteiligten haben versucht, diesen Trend anhand einer Vielzahl von Beispielen zu belegen.

Gegen diese Ansicht spricht, dass Submetering nach der HeizkostenV nur dann gesetzlich vorgeschrieben ist, wenn mindestens zwei Nutzer in einem Haus wohnen; eine vergleichbare Regelung gibt es im Bereich des Meterings nicht. Hinzu kommt, dass das Metering bislang den EVU vorbehalten ist. So sieht z.B. § 20 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden vom 21.6.1979 (BGBl. I S. 684) vor, dass das EVU die Messeinrichtungen entweder selbst abliest oder dies durch einen Beauftragten oder den Kunden ablesen lässt. Darüber hinaus stehen diese den eichrechtlichen Bestimmungen unterliegenden Messeinrichtungen im Eigentum des EVU. Unterschiede gibt es darüber hinaus auch hinsichtlich der Nachfragerkreise: Während beim Metering der einzelne Abnehmer Vertragspartner des EVU ist, ist Vertragspartner des Submetering-Dienstleisters der Hauseigentümer bzw. die Eigentümergemeinschaft.

Deutliche Unterschiede gibt es ferner hinsichtlich des Spektrums der angebotenen Dienstleistungen. Anders als beim Metering vermieten Anbieter von Submetering teilweise die Messgeräte an die Wohnungseigentümer bzw. Wohnungsvermietungsgesellschaften, teilweise werden die Messgeräte auch an die Nachfrager verkauft. Darüber hinaus kann der Hauseigentümer bzw. die Eigentümergemeinschaft frei darüber entscheiden, ob er/sie die Ablesung oder die Abrechnung selbst vornimmt, ob er/sie diese ganz oder teilweise von einem Dienstleistungsunternehmen vornehmen lässt. Möglich ist auch, die Ablesung durch einen und die Abrechnung durch einen anderen Anbieter durchführen zu lassen. Diese Möglichkeiten bestehen beim Metering nicht.

Die Beschlussabteilung geht daher davon aus, dass es sich zwar um benachbarte, aber aufgrund unterschiedlicher rechtlicher Rahmenbedingungen voneinander zu trennende sachlich relevante Märkte handelt.

2. Räumlich relevanter Markt

Räumlich ist der Markt für Submetering bundesweit abzugrenzen. Weder Transportkosten noch sonstige strukturellen Gegebenheiten legen eine engere Marktabgrenzung nahe. Hiervon gehen auch die Beteiligten aus. Im Ergebnis kann die Entscheidung dieser Frage jedoch dahingestellt bleiben, weil das Vorhaben selbst bei Zugrundelegung regionaler Märkte zu untersagen wäre.

3. Oligopolistische Marktbeherrschung

Auf dem bundesweiten Markt für das Submetering führt der Zusammenschluss zu der Verstärkung eines marktbeherrschenden Duopols bestehend aus Viterra und der Techem AG, Frankfurt (§ 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB).

3.1. Marktanteil

Zur Ermittlung der Marktstellung der Beteiligten hat die Beschlussabteilung eine umfassende Markterhebung durchgeführt.

Zunächst sind alle Unternehmen angeschrieben worden, die in den "Gelben Seiten" (www.gelbeseiten.de) unter dem Stichwort "Heizkostenabrechnung" aufgeführt sind (rd. 100). Zusätzlich wurden alle in der "Hoppenstedt Auskunfts CD Großunternehmen (Ausgabe II/2000)" aufgeführten Stadtwerke (knapp 250) sowie mehrere größere EVU angeschrieben.

Im weiteren Verlauf des Verfahrens hat die Beschlussabteilung zusätzlich diejenigen Wettbewerber (rd. 240) und Stadtwerke (rd. 75) um Stellungnahme gebeten, die in einer von Viterra der Beschlussabteilung zur Verfügung gestellten sog. "Wettbewerbsdatenbank" aufgeführt sind (...). Hiervon erwiesen sich 50 Anschreiben als unzustellbar.

Geantwortet haben auf die Befragungen 254 Stadtwerke, rd. 10 EVU und 220 Wettbewerber. Die tatsächliche Zahl der Rückläufe von seiten der Wettbewerber übersteigt allerdings die genannte Zahl von 220. Zum einen sind mehrere Wettbewerber rechtlich selbständige Unternehmen (wie z.B. Kooperationspartner der BfW Karlsruhe oder der EAD), haben aber gleichwohl Angaben für die "Gruppe" vorgelegt; zugunsten der Beteiligten sind diese Wettbewerber jeweils als "ein" Unternehmen behandelt worden. Zum anderen haben mehrere der angeschriebenen Wettbewerber angegeben, rechtlich unselbständige Gebietsvertretungen zu sein.

Nachfrageseitig hat die Beschlussabteilung bundesweit rd. 150 größere Wohnungsvermietungsgesellschaften angeschrieben, von denen 100 geantwortet haben.

Das auf dieser empirischen Grundlage ermittelte Marktvolumen hat im Jahre 2000 rd. 1,85 Mrd. DM (umgerechnet: 0,94 Mrd. €) betragen.

Marktvolumen	1,85 Mrd. DM
Marktanteile	in %
Viterra+Minol	20-30
Techem	30-40
Viterra+Minol+Techem	55-65
Brunata München	< 10
Kalo	< 10
Brunata Hürth	< 10
45 Stadtwerke insgesamt	Ca. 1,5

Wollte man – abweichend von der Auffassung der Beschlussabteilung – die räumlich relevanten Märkte regional abgrenzen, würde sich die wettbewerbliche Situation wie folgt darstellen. Dabei ist allerdings anzumerken, dass diese Tabelle die Marktanteile der Beteiligten leicht "überzeichnet", weil wenige der überregional tätigen Wettbewerber nicht in der Lage waren, Umsatzangaben bezogen auf die einzelnen Bundesländer zu machen:

	Viterra+Minol+Techem %
Baden-Württemberg	75-85
Berlin/Brandenburg	65-75
Hamburg	55-65
Mecklenburg-Vorpommern	60-70
Niedersachsen	70-80
Nordrhein-Westfalen	50-60
Rheinland-Pfalz	80-90
Schleswig-Holstein	70-80
Saarland	60-70
Sachsen	60-70
Thüringen	70-80

In den Bundesländern Baden-Württemberg, Berlin/Brandenburg, Hamburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Thüringen würden auf Viterra/Brunata-Minol und Techem Marktanteile von über 70 % entfallen. In allen anderen Bundesländern läge der Marktanteil deutlich über Marktanteilsschwelle des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB, ab der das Vorliegen einer oligopolistischen Marktbeherrschung gesetzlich vermutet wird; einzige Ausnahme stellt insoweit das Bundesland Bayern dar, in dem der Marktanteil bei unter 50 % liegt.

3.2. Marktbedingungen vor dem Zusammenschluss

3.2.1. Marktanteilsbetrachtung

Auf dem bundesweit abzugrenzenden Markt ist den Ermittlungen zufolge Techem marktführendes Unternehmen, während Viterra der nächstgrößte Wettbewerber ist. Zwischen den beiden führenden Unternehmen besteht vor dem Zusammenschluss ein Marktanteilsabstand von weniger als (...) %.

Der Marktanteilsabstand dieser beiden Unternehmen zu den weiteren Wettbewerbern ist beträchtlich. Die vier bedeutendsten Wettbewerber, die Brunata München, Brunata Hürth und Kalorimeta sowie das Zielunternehmen, Brunata/Minol, erreichen nur Marktanteile von weniger als 10 %. Weitere 6 Wettbewerber erreichen Marktanteile von weniger als 10 %. Alle anderen der rd. 200 Wettbewerber haben Marktanteile im Promillebereich.

Dies gilt auch für die Stadtwerke/EVU. Von den angeschriebenen Stadtwerken/EVU sind nur knapp 50 selbst oder über Gemeinschaftsunternehmen auf dem Markt tätig. Die von diesen erzielten Umsätze erreichen zusammen genommen nur einen Marktanteil von rd. 1,5 %. Davon entfiel wiederum fast die Hälfte auf ein einziges Stadtwerk. Lediglich 5 weitere Stadtwerke erzielten im Jahr 2000 auf dem betroffenen Markt überhaupt einen Umsatz von mehr als 500.000 €

3.2.2. Strukturelle Wettbewerbsbedingungen

Die markt- und unternehmensbezogenen Strukturmerkmale der Duopolisten gleichen sich.

Das Submetering stellt ein homogenes Produkt mit einem geringen Innovationspotential dar. Selbst bei den Ablesesystemen – die von Viterra und Techem nicht selbst hergestellt werden - handelt es sich um ausgereifte Produkte.

In Bezug auf die unternehmensbezogenen Strukturmerkmalen unterscheiden sich Viterra und Techem lediglich hinsichtlich der Finanzkraft. Durch seine Einbindung in den E.ON-Konzern verfügt Viterra über eine alle anderen Wettbewerber erheblich überragende Finanzkraft. Im übrigen überwiegen jedoch die Gemeinsamkeiten. Dies gilt zunächst hinsichtlich der Marktstellung. Einem Marktanteil der Viterra von 20-30 % steht ein Marktanteil der Techem von 30 – 40 % gegenüber. Gemeinsam vereinigen beide Unternehmen einen Marktanteil von mehr als 50 % auf sich. Der Marktanteilsabstand des Duopols zu den nächstfolgenden Wettbewerbern ist mit rd. 40 – 50 % beträchtlich. Diese Marktanteile und Marktanteilsabstände sind über mehrere Jahre (1998-2000) hinweg weitgehend stabil geblieben.

Viterra und Techem verfügen über einen vergleichbar guten Zugang zu den Absatzmärkten. Beide Unternehmen unterhalten ein bundesweites Filialnetz, was sie abhebt von ihren Wettbewerbern, von denen nur eine Handvoll von Unternehmen (v.a. Kalorimeta, Heimer, Mesa) ebenfalls bundesweit präsent ist. Die Zahl der Mitarbeiter und damit die Fähigkeit, die erforderlichen Dienstleistungen zu erbringen, ist ebenfalls weitgehend identisch.

Beide sind Kooperationspartner der (...).

Die Eingabe eines im Bundesland Hessen ansässigen Wettbewerbers (...) macht die Problematik deutlich. Dort wird ausgeführt:

"Aufgrund der großen Marktmacht im Bereich der Wohnungsverwaltung ... wird zunehmend Druck auf die Wohnungswirtschaft ausgeübt, nur bestimmte Produkte in den Wohnungen zuzulassen, die wiederum den von Techem und Viterra gesetzten Standards entsprechen. Dies ist ein Problem, insbesondere in Hinblick auf die rasante und überaus kapitalintensive Umstellung auf Funk- und Datenfernübertragungssysteme."

Weiter heißt es:

"Anbetracht dieser neuesten Entwicklung ist es interessant zu hören, dass ein großes norddeutsches Unternehmen der Wohnungswirtschaft einem führenden Hersteller von Wasser- und Wärmezähler signalisierte, dass bestehende Mietverträge über Wasser- und Wärmezähler nicht verlängert werden können, da das (...) in Zukunft nur noch den Techem/Viterra-Standard bei fern- oder funkauslesbaren Messgeräten akzeptieren würde."

Dieses Beispiel macht deutlich, dass die Kooperation mit der (...) der Viterra und der Techem Vorteile verschaffen, über die kein anderer Wettbewerber verfügt.

Beide Unternehmen haben aufgrund von Exklusivverträgen gesicherte Bezugsmöglichkeiten von Heizkostenverteilern.

Der Verhaltensspielraum der Duopolisten wird auch nicht durch eine gegengewichtige Marktmacht wirksam begrenzt. Keines der von der Beschlussabteilung befragten Wohnungsunternehmen vereinigt einen Nachfragemarktanteil von mehr als 2 % (gemessen an der Zahl von Wohneinheiten) auf sich.

3.2.3. Verhaltensbezogene Wettbewerbsbedingungen

Die verhaltensbezogenen Wettbewerbsbedingungen lassen ebenfalls keinen wesentlichen Wettbewerb zwischen den Duopolisten erwarten.

Oligopolistisches Parallelverhalten wird durch die Homogenität der Dienstleistung und eine weitgehende Transparenz hinsichtlich der Endkundenpreise begünstigt, wozu das Verhalten der Nachfrager beiträgt. So schaltet nach den Feststellungen der Beschlussabteilung die Mehrzahl der befragten großen Wohnungsvermietungsgesellschaften mehrere Submetering-Anbieter für ihre Liegenschaften ein. Das gilt selbst für die Viterra AG in ihrer Eigenschaft als Wohnungsvermieterin, die die erforderlichen Ableseleistungen nicht ausschliesslich durch die Viterra erbringen lässt, sondern hiermit auch konzernfremde Unternehmen beauftragt. Der Beschlussabteilung sind konkrete Beispiele bekannt, in denen die Nachfrager die Anbieter über die Preise der konkurrierenden Wettbewerber informiert haben, um diese zu einer Preisanpassung zu bewegen. Durch diese Informationen sind die Wettbewerber jederzeit in der Lage, Preisvorstösse zu erkennen und hierauf zu reagieren.

Ferner sind Viterra und Techem Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Heiz- und Wasserkostenverteilung e.V., Bonn ("ARGE"), in der die größten Submetering-Anbieter Deutschlands vertreten sind. Satzungsgemäßer Zweck der ARGE ist es u.a., die gemeinsamen Interessen ihrer Mitglieder zu wahren, die wirtschaftliche und technische Entwicklung sowie die Mitarbeit bei der Gestaltung von Normen und Richtlinien zu fördern. Mitglied der ARGE können nur Unternehmen sein, die in mindestens 2 Bundesländern tätig sind und über einen Mindestbestand von 10.000 abzurechnenden Liegenschaften verfügen. Mitglieder der ARGE sind – außer Viterra, Brunata/Minol und Techem – die drei Brunata-Lizenznehmer, Kalorimeta, Heimer und EAD. Nach eigenen Angaben repräsentieren die Mitglieder der ARGE einen Bestand an Wohneinheiten von (...)Mio. (Stand: 31.3.2002), was nach den Feststellungen der Beschlussabteilung rd. (...)% des inländischen Wohnungsbestandes entspricht, der von Submetering-Dienstleistern abgelesen und abgerechnet wird.

Im Jahr 1999 haben die Mitglieder der ARGE beschlossen, ein sog. "Berichtswesen Marktdaten" einzuführen. Dem Beschluss zufolge sollen die Mitgliedsunternehmen quartalsweise Bestandszahlen für Messgeräte, Liegenschaften und Wohneinheiten an einen unabhängigen Treuhänder übermitteln. Die gemeldete Zahl an Liegenschaften ist sodann Grundlage für die Berechnung der "zusätzlichen Stimmen" in der Mitgliederversammlung (§ 7 Abs. 7 der Satzung). Die Mitgliedschaft in der ARGE trägt hiermit

zu einer erhöhten Transparenz der Wettbewerbsverhältnisse bei, da Wettbewerbsverstöße umgehend bekannt werden.

Die Befragung der Nachfrager hat desweiteren ergeben, dass gerade die grossen Immobiliengesellschaften nicht nur bevorzugt auf die Mitglieder der ARGE und damit auf einen sehr kleinen Kreis von Anbietern zurückgreifen, sondern darüber hinaus nur äußerst selten den Anbieter wechseln.

Nach eigenen Angaben der Viterra bestehen – gemessen am Bestand der Liegenschaften (...) % der Kundenbeziehungen länger als 10 Jahre, (...) % länger als 5 – 10 Jahre und (...) % länger als 3-5 Jahre. Ein ähnliches Bild weisen auch die anderen Wettbewerber auf. Bei der Techem dauern (...) %, bei der Brunata Hürth (...) % aller Kundenbeziehungen mind. 5 Jahre.

Viterra selbst hat in der Anmeldung angegeben, in einem Zeitraum von 2 Jahren einen Bestand von (...) WE an Wettbewerber verloren zu haben; dies entspricht bei einer Gesamtzahl von knapp (...) Mio. betreuten Wohneinheiten gerade einmal einem Anteil von unter (...) % p.a.

Der von Viterra zu den Akten gereichten "Wechselbilanz Techem-VES" (...) ist zu entnehmen, dass in einem Zeitraum von 3 Jahren (...) Wohneinheiten von dem einen zum anderen Anbieter gewechselt sind. Dies entspricht (...) % p.a. des von beiden Unternehmen insgesamt betreuten Wohnungsbestandes.

Im Ergebnis sind von den Beteiligten keine Gesichtspunkte vorgetragen worden noch sonst ersichtlich, die wesentlichen Wettbewerb zwischen Viterra und Techem erwarten lassen.

3.2.4. Aussenwettbewerb

Schon in Anbetracht des geringen Marktanteils der außerhalb des Oligopols stehenden Wettbewerber, des enormen Marktanteilsabstands zum Oligopol sowie der geringeren Finanzkraft ist nicht zu erwarten, dass die Wettbewerber die Verhaltensspielräume der Duopolisten werden wirksam begrenzen können.

Abgesehen von der Brunata-Hürth, die mittelbar zum Kölner Stadtwerke-Konzern gehört, handelt es sich bei allen anderen von der Beschlussabteilung befragten Wettbewerbern um kleine und mittelständische Unternehmen mit einer entsprechend geringen Finanzkraft. Der Gesamtumsatz der Brunata München, des umsatzmäßig (...)größten Anbieters, lag im Jahr 2000 bei unter (...) Mio. € Brunata-Hürth und Brunata-München sind - anders als Viterra und Techem – nicht bundesweit, sondern – in Westdeutschland - nur in ihren jeweiligen Lizenzgebieten tätig. So entfallen mehr als (...) % des Umsatzes der Brunata-Hürth auf das Bundesland Nordrhein-Westfalen und mehr als (...) % des Umsatzes der Brunata-München auf Bayern. Dass diese Unternehmen künftig den Verhaltensspielraum von Viterra und Techem außerhalb ihres Lizenzgebietes beschränken werden, erscheint unwahrscheinlich. Erst recht gilt dies für die anderen, kleineren Wettbewerber.

3.2.5. Marktzutrittsschranken/potentieller Wettbewerb

Die Beteiligten haben ausgeführt, es gebe praktisch keine Marktzutrittsschranken, weil das für das Submetering erforderliche know how leicht verfügbar sei. Dies gelte nicht nur für die Ablesegeräte, sondern auch für die Software zur Erstellung der Abrechnungen.

Die Verbrauchswerte eines Heizkostenverteilers müssen plausibilisiert werden. Dies setzt voraus, dass die für den jeweiligen Gerätetyp gültigen Wärmeübergangs-Faktoren bezogen auf den jeweiligen Heizkörpertyp bekannt sind. Da nach Angaben von Marktteilnehmern insbesondere die großen Messdienstleister durch Einsatz eigener Geräte die Wärmeübergangs-Faktoren nicht veröffentlichen, können nur sie alleine die Plausibilisierung der Verbrauchswerte vornehmen. Somit trägt der Einbau eigener Messtechnik dazu bei, dass die eigentliche Abrechnungsdienstleistung nur von ihnen selbst erbracht werden kann.

Ein Wettbewerber hat auf ein weiteres Problem hingewiesen: Seinen Schilderungen zufolge war es ihm gelungen, der Viterra ein Wohnungsunternehmen abzuwerben. Um die bislang von Viterra eingesetzten Verdunstungsröhrchen (die das Immobilienunternehmen käuflich erworben hatte) weiterhin benutzen zu können, bat er Ende des Jahres 2000 Viterra um Belieferung von Zubehörteilen (Verdunstungsampullen und Plomben). Auf dieses Ansinnen antwortete die örtliche Niederlassung der Viterra wie folgt:

"... sicherlich wissen Sie, dass die Erteilung von Zulassungen für Geräte zur Heizkostenverteilung an bestimmte Geräte, aber auch an Firmen gebunden ist. Dieser uns und dem von Ihnen angesprochenen Heizkostenverteiler nach dem Verdunstungsprinzip erteilten Zulassung fühlen wir uns verpflichtet. Aus diesem Grund muss ich leider nochmals betonen, dass ich einer Angebotsabgabe für Ampullen und Plomben des entsprechenden Heizkostenverteilteryps nicht nachkommen werde."

Auf ähnliche Erfahrungen haben im Verlauf der Ermittlungen mehrere Wettbewerber, darunter auch Stadtwerke, aufmerksam gemacht, denen der Erwerb von Verdunstungsampullen schlichtweg verweigert wurde.

Der Hinweis der Beteiligten, elektronische Heizkostenverteiler seien im Handel frei erhältlich und könnten ohne weiteres von jedem Dritten abgelesen werden, trifft zwar grundsätzlich zu. Kommt es jedoch zu Änderungen an der Heizanlage oder sind die Geräte defekt und müssen ausgetauscht oder repariert werden, ist es – worauf mehrere Wettbewerber hingewiesen haben – faktisch nicht möglich, von dem "Vorgänger" die benötigten Geräte zu beziehen. In der Regel führe dies dazu, dass in der gesamten Liegenschaft die Geräte ausgetauscht und durch neue ersetzt werden müssen.

Werden Funkheizkostenverteiler eingesetzt, ist es nach Angaben von Wettbewerbern praktisch ausgeschlossen, eine "Fremdanlage" auszulesen, weil hierfür spezielle Auslesegeräte benötigt werden.

Die Beteiligten haben vorgetragen, immer mehr Stadtwerke würden in den Submetering-Markt eindringen. Diese Behauptung konnte bei der Befragung der Stadtwerke nicht bestätigt werden. Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung sind es nicht einmal 50 Stadtwerke, die auf diesem Markt entweder selbst oder durch Gemeinschaftsunternehmen bereits tätig sind oder in Kürze tätig werden wollen. Der Gesamtumsatz aller auf dem relevanten Markt tätigen Stadtwerke belief sich im Jahr 2000 auf knapp 10 Mio. € was einem Marktanteil von rd. 1,5 % entspricht.

Es ist auch nicht zu erwarten, dass im Prognosezeitraum Stadtwerke verstärkt in diesen Markt eindringen werden. Hierfür sind mehrere Faktoren ausschlaggebend. Stadtwerke sind aufgrund kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften grundsätzlich daran gehindert, über die Stadtgrenzen hinaus aktiv zu werden. Die Erzielung von economies

of scale ist ihnen folglich nur sehr begrenzt möglich. Weiterhin haben die Stadtwerke im Verhältnis zu den etablierten Submetering-Anbietern Kostennachteile, die u.a. auf die Bindung an die tarifrechtlichen Vorgaben des BAT zurückzuführen sind. Schliesslich ist – worauf ein Stadtwerk hingewiesen hat - zu berücksichtigen, dass der E.ON-Konzern an mehreren Stadtwerken beteiligt ist. Durch die Vertretung in den Organen der Stadtwerke-Gesellschaften hat E.ON aufgrund ihrer beträchtlichen energie- und betriebswirtschaftlichen Kompetenz die Möglichkeit, politischen Einfluss in dem Sinne auszuüben, dass die betreffenden Stadtwerke auf einen eigenen Markteintritt verzichten.

Relevanter potentieller Wettbewerb durch den Markteintritt sonstiger Anbieter ist ebenfalls unwahrscheinlich.

Die Ermittlungen haben zwar ergeben, dass in der Vergangenheit eine Reihe von Marktzutritten neuer Anbieter erfolgt ist; hierbei handelt es sich häufig um ehemalige Mitarbeiter der großen Messdienstleister. Dies sind aber Kleinstanbieter mit marginalen Marktanteilen, von denen nicht erwartet werden kann, dass sie den Verhaltensspielraum der Duopolisten beschränken können.

Hinzu kommt, dass für einen Marktzutritt nicht unerhebliche Investitionen getätigt werden müssen. Nach Angaben eines Wettbewerbers müssen etwa bei der Bereitstellung eines Verdunstungsheizkostenverteilersystems für die Konstruktion und Herstellung der Produktionswerkzeuge ca. 150.000 € aufgebracht werden. Hinzu kämen – so der Wettbewerber - zwischen 5.000 und 25.000 € für die Beschaffung des Heizkörperbewertungssystems, sowie weitere ca. 20.000 € für Prüfung und Zulassung des Systems nach den Vorschriften der HeizkostenV. Je nach Geschäftsumfang seien weitere 10.000 bis 100.000 € für die Beschaffung eines Abrechnungssystems erforderlich. Für die Zulassung eines Heizkostenverteilersystems (zu dem auch ein Heizkostenbewertungssystem gehört), müssten die Geräte den Normen DIN EN 834 und 835 genügen. Bei den elektronischen bzw. Funkablesystemen lägen die Kosten noch darüber.

Darüber hinaus führe der Umstand, dass z.B. Warmwasserzähler nach 5 und Kaltwasserzähler nach 6 Jahren ihre Eichgültigkeit verlieren und deshalb ausgetauscht werden müssen, dazu, dass die Messdienstfirmen die Messgeräte an Hauseigentümern vermieteten. Die meisten Banken lehnten eine Finanzierung des Kaufs von Messgeräten

jedoch regelmäßig ab, weil diese als Kreditsicherheit ungeeignet seien. Dies bewirke, dass die kleinen Messdienstfirmen auf Aufträge schon deshalb verzichten müssten, weil sie die Finanzierung des Gerätekaufs angesichts des geringen Geschäftsumfangs nicht tragen könnten.

Die Beteiligten haben ferner die Ansicht vertreten, durch die am 1.2.2002 in Kraft getretene EnergieeinsparVO werde der Wettbewerb intensiviert. Bis zum Jahr 2005 müssten nämlich Heizkessel, die älter als Baujahr 1978 sind, gegen moderne Brenntechnik mit geringerer Kesselleistung und Vorlauftemperaturen ausgetauscht werden. Im Bereich Niedertemperaturheizungen sei jedoch der Einsatz von Verdunstungsampullen aus technischen Gründen unzulässig. Folge sei, dass bis 2006 rd. (...) Mio. installierte Verdunstungsampullen durch elektronische oder Funkheizkostenverteiler ausgetauscht werden müssten, was rd. 2/3 des Marktes entspreche.

Ob diese Annahme zutrifft, erscheint schon deshalb fraglich, weil sie im Widerspruch zu Äußerungen zu stehen scheint, die der Veräußerer selbst in einem Gespräch mit der Beschlussabteilung am 15.4.2002 gemacht hat. Darin hat er nämlich erklärt, dass die ihm bekannten Entwürfe zur Änderung der HeizkostenV dazu führten könnten, dass in Teilbereichen (!) Verdunstungsampullen keinen Bestandsschutz mehr genießen würden und durch modernere Geräte ausgetauscht werden müssten. Abgesehen davon, dass z. Zt. nicht vorhergesehen werden kann, welchen Inhalt die ggf. geänderte HeizkostenV haben wird, deutet diese Aussage doch darauf hin, dass die Beteiligten selbst nicht davon auszugehen, dass tatsächlich in absehbarer Zeit ein kompletter Austausch aller Verdunstungsampullen erforderlich ist.

Letztlich kommt es hierauf jedoch nicht entscheidend an. Die Anschaffungskosten für Verdunstungsampullen liegen deutlich unter denjenigen für elektronische oder Funkheizkostenverteiler. Nach Angaben der Beteiligten (...) betragen diese für eine Verdunstungsampulle durchschnittlich (...) DM, für einen elektronischen (...) DM und für einen Funkheizkostenverteiler (...) DM. Da der Anbieter diese Kosten vorfinanzieren muß, falls der Nachfrager die Geräte nur mieten will, bedeutet dies für ihn eine nicht unerhebliche Kostenbelastung. Gerade den vielen kleinen und mittleren Anbietern dürfte es kaum möglich sein, hierfür das benötigte Kapital aufzubringen. Zu erwarten ist daher, dass die Umstellung auf moderne Ablesegeräte eher zu einer

Festigung der Marktstellung der großen, finanzstarken Unternehmen führen dürfte, denn zu deren Schwächung.

Im übrigen sind nach eigenen Angaben der Viterra in Ostdeutschland bereits rd. (...) % aller Wohneinheiten mit elektronischen Heizkostenverteiltern ausgerüstet. Die Tatsache, dass die Marktanteile von Viterra und Techem trotz der bereits in Gang befindlichen Entwicklung stabil geblieben sind, lässt den Schluss zu, dass beide Unternehmen auch in Zukunft ihre Marktstellung zumindest werden verteidigen können.

3.3. Verstärkung

Das Zusammenschlussvorhaben führt zu einer Verstärkung der Stellung des marktbeherrschenden Duopols auf dem relevanten Markt.

Viterra und Techem würden über eine marktbeherrschende Stellung auf dem inländischen Markt verfügen. Die Übernahme des mit einem Marktanteil von (...) % – nach Kalorimeta - zweitgrößten der außerhalb des Oligopols stehenden, bundesweit tätigen Wettbewerbers würde dazu führen, dass das Oligopol ausgeglichener würde. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Marktanteile, sondern auch in Bezug auf die Finanzkraft. Bei der gebotenen zukunftsbezogenen Betrachtung ist nämlich zu berücksichtigen, dass sich E.ON - nach Angaben der Anmelder - aufgrund der Auflage der US-Kartellbehörde innerhalb der nächsten 5 Jahre auch von Viterra trennen muß. (...) Die Realisierung dieser Vorhaben würde zu einer Angleichung der relevanten Ressourcen der Viterra und der Techem führen.

Außerdem würde es insbesondere in den südwestdeutschen Lizenzgebieten der Minol, in denen diese ein ernstzunehmender Anbieter der beiden Marktführer ist, außer Techem und Viterra praktisch keinen ernstzunehmenden Wettbewerber mehr geben. Durch diese Marktverengung wird das Wettbewerbsverhalten der beiden Anbieter transparenter, wodurch ein Parallelverhalten erheblich erleichtert wird.

3.4. Gesamtbetrachtung

Viterra und Techem würden nach dem Zusammenschluss einen Marktanteil von knapp (...) % auf sich vereinigen. Der Marktanteilsabstand des Duopols zu den nächstfolgen-

den Wettbewerbern ist mit knapp (...) % erheblich. Marktzutrittsschranken bestehen insbesondere insoweit, als für einen Marktzutritt nicht unbeträchtliche Investitionen und technisches know how erforderlich sind. Selbst auf seiten der Stadtwerke sieht sich eine vergleichsweise geringe Zahl dazu in der Lage, erfolgreich auf dem Markt auftreten zu können. Der Markt befindet sich aufgrund des gesunkenen Neubauvolumens in einer Stagnationsphase. Das Submetering ist ein weitgehend homogenes Produkt. Jeder Anbieter ist über die wesentlichen Wettbewerbsparameter der Hauptwettbewerber informiert.

Das Zusammenschlussvorhaben bindet einen der wenigen großen Wettbewerber in das Oligopol ein und führt zu einer deutlichen Angleichung der Marktstellung der beiden Duopol-Mitglieder. Die Beteiligten haben den Nachweis, dass die Wettbewerbsbedingungen wesentlichen Wettbewerb zwischen Viterra und Techem erwarten lassen, nicht erbracht (vgl. § 19 Abs. 3 Satz 2 letzter Hs. GWB). Es ist auch nicht zu erkennen, dass der Verhaltensspielraum durch außerhalb des Oligopols stehende Marktteilnehmer begrenzt wird.

Gesichtspunkte, die dafür sprechen könnten, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen eintreten, welche die Nachteile überwiegen (§ 36 Abs. 1 GWB), sind ebenfalls weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.

Nach alledem war das Zusammenschlussvorhaben nach § 36 Abs. 1 GWB zu untersagen.

B. GEBÜHREN

XXXXXXX

Rechtsmittelbelehrung

Heistermann

Müller

Thiele