

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

1. E.ON AG, Düsseldorf

Verfahrensbevollmächtigte zu 1.:  
Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer  
Freiligrathstr. 1

40479 Düsseldorf

2. BP p.l.c., London

3. Deutsche BP AG, Hamburg

4. Gelsenberg AG, Hamburg

Verfahrensbevollmächtigte zu 2.-4.:  
Rechtsanwälte Linklaters Oppenhoff & Rädler  
Hohenstaufenring 62

50674 Köln

5. Ruhrgas AG, Essen

Verfahrensbevollmächtigte zu 5.:  
Rechtsanwälte Lovells Boesebeck Droste  
Kennedydamm 17

40476 Düsseldorf

- Beteiligte -

6. ENRON Energie GmbH, Frankfurt a.M.

Verfahrensbeteiligte zu 6.:  
Rechtsanwälte Clifford Chance Pünder  
Cecilienallee 6

40474 Düsseldorf

7. Concord Power  
Verwaltungsgesellschaft mbH  
Elbberg 1  
  
22767 Hamburg
8. Bewag Aktiengesellschaft  
Puschkinallee 52  
  
12435 Berlin
9. Aquila Energy GmbH, Essen  
  
Verfahrensbevollmächtigte zu 9.:  
Rechtsanwälte Hogan & Hartson Raue L.L.P.  
Potsdamer Platz 1  
  
10785 Berlin
10. Wingas GmbH, Kassel  
Friedrich-Ebert-Str. 160  
  
34119 Kassel
11. nat Gas AG, Berlin  
  
Verfahrensbevollmächtigte zu 11.:  
Rechtsanwälte Heuking Kühn Lüer Wojtek  
Cecilienallee 5  
  
40474 Düsseldorf
12. RWE AG, Essen  
  
Verfahrensbevollmächtigte zu 12.:  
Rechtsanwälte Hengeler Mueller  
Trinkausstr. 7  
  
40213 Düsseldorf
13. Energie Baden-Württemberg AG, Karlsruhe  
  
Verfahrensbevollmächtigte zu 13.:  
Rechtsanwälte Oppenländer  
Altenbergstr. 3  
  
70180 Stuttgart

14. Gaz de France Deutschland GmbH, Berlin

Verfahrensbevollmächtigte zu 14.:  
Rechtsanwälte White & Case, Feddersen  
Jungfernstieg 5

20354 Hamburg

15. Trianel European Energy Trading GmbH, Aachen

Verfahrensbevollmächtigte zu 15.:  
Rechtsanwälte Becker, Büttner, Held  
(Frau Rechtsanwältin Dr. Neveling)  
Köpenicker Str. 9

10997 Berlin

16. Fortum Energie GmbH, Hamburg

Verfahrensbevollmächtigte zu 16.:  
Rechtsanwälte Becker, Büttner, Held  
(Frau Rechtsanwältin Dr. Zenke)  
Köpenicker Str. 9

10997 Berlin

17. Verbundnetz Gas AG

Braunstraße 7

04347 Leipzig

- Beigeladene -

wegen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die

8. Beschlussabteilung am 17. Januar 2002 beschlossen:

1. Das mit Schreiben vom 15. August 2001, im Bundeskartellamt eingegangen am 16. August 2001, angemeldete Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.

2. Die Gebühr für diese Entscheidung wird auf

xxx,-- €

(in Worten: xxx Euro)

festgesetzt und den Beteiligten zu 1. und 2. als Gesamtschuldnern auferlegt.

#### Gründe

1. Mit Schreiben vom 15. August 2001, eingegangen im Bundeskartellamt als Telefax und als Brief am 16. August 2001, hat die Beteiligte zu 1. (E.ON) für sich und "im Einvernehmen" mit der Beteiligten zu 2. (BP) den beabsichtigten Erwerb von 51 % der Anteile an der Beteiligten zu 4. (Gelsenberg) nach § 39 GWB angemeldet. Mit Telefax vom 16. August 2001 hat sich BP der Anmeldung ausdrücklich angeschlossen.
2. Mit Schreiben vom 7. September 2001, eingegangen bei den Verfahrensbevollmächtigten der anmeldenden Unternehmen jeweils am 10. September 2001, hat die Beschlussabteilung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB mitgeteilt, dass sie in die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens (Hauptprüfverfahren) eingetreten ist. Die anmeldenden Unternehmen haben einer Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 24. Januar 2002 zugestimmt.

#### I. Vorhaben und Verfahrensgang

3. Der Erwerb der Mehrheit an der Gelsenberg durch E.ON soll im Zuge einer Kapitalerhöhung erfolgen. Derzeit hält BP über ihre 100 %ige Tochtergesellschaft, die Beteiligte zu 3. (DBP), sämtliche Anteile an Gelsenberg. Für ihre nach dieser Transaktion verbleibende Restbeteiligung in Höhe von 49 % ist BP eine Verkaufsoption eingeräumt worden, die ab ■■■ ausgeübt werden kann. Das Zusammenschlussvorhaben stellt das Gegengeschäft zu dem von BP geplanten Erwerb der Mehrheit an der E.ON-Tochter Veba Oel AG dar, der vom Bundeskartellamt getrennt geprüft und inzwischen unter Auflagen freigegeben worden ist (B 8 - 130/01). Gelsenberg hält unmittelbar eine Beteiligung in Höhe von 25,4674 % an der Beteiligten zu 5. (Ruhrgas). Weitere ■■■

% Ruhrgas-Anteile hat Gelsenberg in die Bergemann GmbH (Bergemann) eingebracht, einer Holding-Gesellschaft, in die 12 Unternehmen ihre Ruhrgas-Anteile eingebracht haben, und die insgesamt Anteile in Höhe von 34,7558 % an Ruhrgas hält. Die Ausübung der Stimmrechte aus 25 % der direkt an Ruhrgas gehaltenen Anteile ist von Gelsenberg auf Bergemann übertragen worden (Bergemann-Pool), die damit die Stimmrechte aus der Mehrheit der Ruhrgas-Anteile (59,7558 %) ausübt. Die Ausübung der Stimmrechte aus den restlichen ■■■ % der direkt an Ruhrgas gehaltenen Anteile ist von Gelsenberg auf die Schubert KG, einer weiteren Holding von Ruhrgas-Aktionären, an der Gelsenberg ebenfalls einen Splitteranteil von ■■■ % hält, übertragen worden. Die Schubert KG übt insgesamt Stimmrechte aus 15 % Ruhrgas-Anteilen aus.

Der Erwerb der Mehrheit an Gelsenberg ist der erste Schritt zur Umsetzung des erklärten Ziels von E.ON, die Mehrheit an Ruhrgas zu erlangen. Die Bergemann-Gesellschafter RWE-DEA AG für Mineralöl und Chemie (10,0806 % an Bergemann, entspricht 3,5046 % an Ruhrgas) sowie ihre Tochter RWE Systems AG (0,0105 % an Bergemann, entspricht 0,0036 % an Ruhrgas) haben E.ON bereits eine Option auf den Verkauf ihrer Bergemann-Anteile eingeräumt.

Der Erwerb sämtlicher Anteile an Bergemann und damit die Erlangung der Mehrheit bei Ruhrgas ist beim Bundeskartellamt bereits angemeldet worden (B 8 - 149/01).

4. Die Beschlussabteilung hat mit Beschluss vom 2. Oktober 2001 die ENRON Energie GmbH, Frankfurt/M. (ENRON), Concord Power Verwaltungsgesellschaft mbH, Hamburg (Concord), Bewag Aktiengesellschaft Berlin (Bewag), Aquila Energy GmbH, Essen (Aquila), Wingas GmbH Kassel (Wingas) und nat Gas AG, Berlin (nat Gas) auf deren Anträge zu dem Fusionskontrollverfahren beigelegt. Mit diesem Beschluss hatte sie zunächst auch die Ruhrgas zu dem Verfahren beigelegt. Sie ist im Laufe des Verfahrens aber zu der Auffassung gekommen, dass die Ruhrgas an einem durch das Vorhaben verwirklichten Zusammenschlusstatbestand beteiligt ist (vgl. unten Rz.15). Ruhrgas wird daher

nunmehr in dieser Eigenschaft als Verfahrensbeteiligte behandelt.

Die RWE AG, Essen (RWE), ist mit Beschluss vom 2. November 2001 und die Energie Baden-Württemberg AG, Karlsruhe (EnBW), mit Beschluss vom 26. November 2001 zu dem Verfahren beigelegt worden. Weiterhin sind die Gaz de France Deutschland GmbH, Berlin (GdF), die Trianel European Energy Trading GmbH, Aachen (TEET), und die Fortum Energie GmbH, Hamburg (Fortum), mit Beschluss vom 18. Dezember 2001 sowie die Verbundnetz Gas AG, Leipzig (VNG), mit Beschluss vom 8. Januar 2002 zu dem Verfahren beigelegt worden.

5. Mit Schreiben vom 30. November 2001 ist den zu diesem Zeitpunkt Verfahrensbeteiligten mitgeteilt worden, aus welchen Gründen die Beschlussabteilung beabsichtigt, das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen, und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
  
6. E.ON hat mit Schreiben vom 7. Dezember 2001 Stellung genommen. Sie wendet sich zunächst dagegen, dass die Beschlussabteilung durch den beabsichtigten Zusammenschluss auch im Verhältnis E.ON/Ruhrgas einen Zusammenschlussbestand (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) als erfüllt ansieht. Im Gasbereich vertritt sie die Auffassung, dass die verbesserten Bedingungen für Durchleitungswettbewerb zu bundesweiten Märkten geführt haben. Ruhrgas habe dort keine marktbeherrschende Stellung inne. Ihrer Ansicht nach bewirkt das Zusammenschlussvorhaben auch keine Absicherung der Position der Ruhrgas bei der Erstbelieferung von Gasweiterverteilern, da E.ON weder bei Konzerngesellschaften noch bei Beteiligungsgesellschaften rechtliche Möglichkeiten habe, den Gasbezug dieser Unternehmen auf die Ruhrgas auszurichten. E.ON ist weiterhin der Ansicht, dass durch das Zusammenschlussvorhaben kein horizontaler Wettbewerb zwischen den E.ON-Konzernunternehmen und Ruhrgas bei der Belieferung von Stadtwerken einerseits und letztverbrauchenden Gasgroßkunden andererseits behindert werde. Es gehöre für Ruhrgas als Ferngasunternehmen zur Geschäftspolitik, ihren Weiterverteilern in deren tradi-

tionellen Absatzgebieten keinen Wettbewerb zu machen. Außerdem hätten die E.ON-Unternehmen gegenüber den letztverbrauchenden Gasgroßkunden u.a. auch deshalb keine marktbeherrschende Stellung inne, weil industrielle Gas-kunden regelmäßig über sogenannte bivalente oder multiva-lente Anlagen verfügten, die sich außer mit Gas auch mit anderen Energieträgern betreiben ließen. Diese Kunden seien auf Gas als Einsatzenergie nicht angewiesen. Im Strombereich geht E.ON von funktionierenden Wettbewerbs-märkten aus, die die Existenz eines marktbeherrschenden Duopols ausschließen. Würde ein derartiges marktbeherr-schendes Duopol unterstellt, würde sich diese Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben nicht verstärken. Eine Behinderung unabhängiger Stromerzeuger, die mit auf Gas als Primärenergie ausgerichteten Kraftwerken dem Duopol Wettbewerb machen könnten, sei wegen bestehender Kraft-werksüberkapazitäten und eines zu hohen Gaspreisniveaus unrealistisch.

7. E.ON hat zur Abwendung der vom Bundeskartellamt beabsich-tigten Untersagung des angemeldeten Zusammenschlussvorha-bens vorgeschlagen, eine Freigabe mit Auflagen zu verbind-en.

Zur Förderung des Gas-Durchleitungswettbewerbs in den Netzgebieten der E.ON-Konzernunternehmen Schleswig, Hein-gas/HGW (einschließlich Hansegas) und Avacon hat E.ON folgende Auflagen vorgeschlagen:

- Veröffentlichung von Netznutzungsmodalitäten, Netzkarten, der Kalkulationsmethode der Durchleitungsentgelte, freier Kapazitäten und Zusage diskriminierungsfreien Netzzugangs
  - Bereitschaft zur Herstellung physischer Verbindungen zum Leitungsnetz der vorgenannten E.ON-Regionalversorger
  - das jeweilige Konzernunternehmen erklärt seine Bereit-schaft zum Abtausch von Gas unterschiedlicher Beschaf-fenheit anstelle Durchleitung in seinem Netz
- (diese drei ersten Punkte stellten lediglich die Erstreckung der von E.ON bereits in dem Fusionsverfahren

E.ON/Heingas (B 8 - 132/00) eingegangenen Verpflichtungen auf Avacon dar)

- Praktizierung der Durchleitung für Heiz-/Kochgaskunden auf der Grundlage synthetischer Lastprofile mit sofortiger Wirkung, und Verzicht auf Leistungsmessung
- Bereitschaft zur Gewährung diskriminierungsfreien Zugangs zu den freien Kapazitäten der Regionalspeicher (je zwei Speicher von HGW/Heingas und Avacon)
- Vereinfachung des Vertragshandlings beim Abschluss von Durchleitungsverträgen (Abschluss nur noch eines Vertrages für Regional- und Endverteilerstufe der vorgeannten Unternehmen)
- Schaffung eines Bilanzausgleichs für Bereiche gleicher Gasqualität und für leistungsgemessene Kunden in jeweils zusammenhängenden Hochdrucknetzen von Avacon, Schleswig und HGW.

Ergänzend hat sich E.ON bereit erklärt, folgende Veräußerungsaufgaben zu akzeptieren:

- Veräußerung ihrer 22 %-Beteiligung an Bayerngas
- Veräußerung ihrer 12,95 %-Beteiligung an GASAG
- Veräußerung ihrer 5,26 %-Beteiligung an VNG

8. Ruhrgas hat mit Schreiben vom 7. Dezember 2001 ebenfalls zu der Ankündigung einer Untersagungsverfügung Stellung genommen:

Auch Ruhrgas wendet sich dagegen, dass die Beschlussabteilung durch das Zusammenschlussvorhaben neben den Zusammenschlusstatbeständen im Verhältnis E.ON/Gelsenberg und E.ON/DBP auch im Verhältnis E.ON/Ruhrgas einen Zusammenschlusstatbestand als verwirklicht ansieht. Da Ruhrgas ihrer Ansicht nach nicht an einem Zusammenschlusstatbestand beteiligt sei, komme es nicht darauf an, ob durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung von Ruhrgas verstärkt werde. "Drittunternehmen" dürften in eine fusionskontrollrechtliche Prüfung nur einbezogen werden, wenn sie im Verhältnis zu den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen als verbundene Unternehmen zu betrachten seien. Im übrigen sei der Gasmarkt, auf dem Ruhrgas tätig sei, nicht mehr nur auf das ehemals geschützte Versorgungsgebiet der Ruhrgas zu be-

grenzen. Da die Marktgegenseite räumliche Bezugsalternativen habe, sei der räumlich relevante Markt ein großer Teil der Gemeinschaft unter Einschluss der Bundesrepublik Deutschland. Weiterhin ist auch Ruhrgas der Ansicht, dass bei der Belieferung von industriellen Großabnehmern mit Gas nicht auf einen Gasmarkt, sondern auf einen Wärmemarkt als sachlich relevantem Markt abzustellen sei. Industrielle Großkunden seien vielfach mit bi- oder multivalenten Anlagen ausgerüstet, so dass sie ohne Umstellkosten auch auf andere Energieträger ausweichen könnten. Auf einem derartig abgegrenzten Markt habe Ruhrgas mangels überragender Verhaltensspielräume keine marktbeherrschende Stellung inne. Eine marktbeherrschende Stellung habe Ruhrgas auch nicht auf dem Markt der erstmaligen Belieferung von Gasweiterverteilern inne. Ruhrgas habe gegenüber aktuellen und potentiellen Wettbewerbern keine überlegenen Strukturvorteile. Da zudem der nationale Rechtsrahmen Durchleitungswettbewerb ermögliche, habe sie auch auf diesem Markt keinen überragenden Verhaltensspielraum und damit keine marktbeherrschende Stellung inne.

9. Die Beigeladenen haben sich zu dem Zusammenschlussvorhaben und zu den von E.ON vorgeschlagenen Auflagen im wesentlichen wie folgt geäußert:
- (Enron, Aquila, Wingas und nat Gas) haben erklärt, dass E.ON bereits mit dem Erwerb der Mehrheit an Gelsenberg einen "wettbewerblich erheblichen Einfluss" auf Ruhrgas erlange. Im Gasbereich bewirke dieser Einfluss, dass E.ON-Konzernunternehmen ihre regionalen marktbeherrschenden Stellungen bei der Belieferung von Gaswiederverkäufern und von letztverbrauchenden Gasgroßkunden durch Wegfall potentiellen Wettbewerbs der Ruhrgas verstärkten (so Aquila, Wingas, Fortum). Besonders beigeladene Gashändler (z.B. Enron, Aquila, nat Gas) befürchten als Folge des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens in diesem Zusammenhang auch erhöhte Schwierigkeiten, im Wettbewerb zu E.ON-Unternehmen Zugang zu Ruhrgas-Transportleitungen zu erhalten. Nahezu einhellig wird von den Beigeladenen davon ausgegangen, dass Ruhrgas als Folge des Zusammenschluss-

vorhabens ihre marktbeherrschende Stellung bei der Belieferung von Weiterverteilern verstärke. Dies gelte vor allem wegen des verbesserten Zugangs zu Weiterverteilern, an denen E.ON Beteiligungen halte. Insoweit würde aufgrund erhöhter Schwierigkeiten für alternative Gaslieferanten, bei E.ON-Beteiligungsunternehmen zum Zuge zu kommen, eine Marktverschließung auftreten. Enron, nat Gas und Aquila haben zur Stützung ihres diesbezüglichen Vortrages ein Gutachten des Wirtschaftsinstituts frontier economics vorgelegt. Eine Reihe von Beigeladenen (z.B. Trianel, Aquila, Enron, Fortum, Wingas) haben vorgetragen, dass es auf den Gasmärkten trotz der Verbändevereinbarung Gas und ihrer Nachträge wegen zahlreicher praktischer Schwierigkeiten noch keinen funktionierenden (Durchleitungs-)Wettbewerb gebe und deshalb das angemeldete Zusammenschlussvorhaben wegen seiner strukturverfestigenden Wirkung in einer Phase zögerlicher Liberalisierung besonders kritisch zu bewerten sei. Insbesondere die beigeladene Concord Power, aber auch die beigeladenen Wingas und Enron haben auch auf bedenkliche Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens im Strombereich hingewiesen, da E.ON mit ihrem künftigen Einfluss auf Ruhrgas andere Stromanbieter, vor allem aber von den Verbundunternehmen unabhängige Stromerzeuger (IPP), die Strom in gasbefeuer-ten Kraftwerken erzeugten, beim Gasbezug behindern könnten. RWE hat in diesem Zusammenhang indes scharfen Wettbewerb auf inländischen Strommärkten konstatiert.

Die von E.ON angebotenen Auflagen sind von den Beigeladenen, die sich hierzu geäußert haben (Wingas, EnBW, Bewag, Fortum, Trianel, Aquila, RWE, Concord Power) als nicht geeignet bewertet worden, die durch das Zusammenschlussvorhaben eintretenden Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen auf den Gasmärkten zu neutralisieren.

10. Mit Telefax vom 5. Dezember 2001 hat die Beschlussabteilung den obersten Landesbehörden Nordrhein-Westfalens und Hamburgs mitgeteilt, aus welchen Gründen die Beschlussabteilung beabsichtigt, das Zusammenschlussvorhaben zu un-

tersagen, und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.  
Beide Landesbehörden haben sich nicht geäußert.

## II. Die beteiligten Unternehmen

11. E.ON und die mit ihr i.S. des § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen sind schwerpunktmäßig in der Energiewirtschaft (Strom, Gas), der Chemie, im Immobiliengeschäft, der Telekommunikation und in der Mineralölwirtschaft tätig.

Der Konzern ist im Juni 2000 aus der Verschmelzung der Veba AG und der VIAG AG entstanden. Die Energieaktivitäten sind in der E.ON Energie AG gebündelt, die auch die Beteiligungen des Konzerns an Energieversorgungsunternehmen hält. Insgesamt ist E.ON-Energie unmittelbar und mittelbar an über 200 Unternehmen im Energiebereich mit mindestens 10 % beteiligt.

Im Strombereich ist E.ON neben dem RWE-Konzern eines der beiden mit Abstand führenden Stromversorgungsunternehmen im Inland. Sie ist auf allen Stufen der Elektrizitätswirtschaft tätig: Stromversorgung, überregionaler Stromtransport, regionale Stromverteilung, Stromletztversorgung. Ihr angestammtes Versorgungsgebiet umfasst einmal die nördlichen Bundesländer Schleswig-Holstein, Niedersachsen und weite Teile von Hessen (Tätigkeitsgebiet der ehemaligen Veba-Tochter PreussenElektra); zum anderen umfasst es den größten Teil des Bundeslandes Bayern (Tätigkeitsgebiet der ehemaligen VIAG-Tochter Bayernwerk AG). Dort betreibt E.ON unmittelbar bzw. über Konzerngesellschaften ein ausgedehntes Höchst- (ab 220 kV), Hoch- (110 kV), Mittel- (> 1 bis 60kV) und Niederspannungs- (bis 1 kV)-Netz. Aufgrund geographischer Ausdehnung verfügt das E.ON-Niederspannungsnetz im Norden über Verbindungen mit Höchstspannungsnetzen in Skandinavien sowie im Süden und Osten zu denen der Länder Österreich und Tschechien. E.ON ist mit den beiden großen Stromregionalversorgungsunternehmen e.dis (Teile von Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern) und Teag (Thüringen) auch im Höchstspannungsnetz der VEAG Vereinigte Energiewerke AG tätig.

Im Gasbereich ist E.ON über Konzern- und Beteiligungsgesellschaften im Bereich der regionalen Gasverteilung und -letzterversorgung tätig (Konzerngesellschaften z.B. Schleswig, Heingas, Hansegas, Avacon, Gelsenwasser, Ostmecklenburgische Gasversorgung). Zahlreiche E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen beziehen Erdgas von Ruhrgas (in den alten Bundesländern) bzw. VNG (in den neuen Bundesländern). E.ON ist an Ruhrgas unmittelbar mit 0,0602 % und mittelbar über die Bergemann GmbH mit 0,1827 % beteiligt. An VNG hält E.ON eine Beteiligung in Höhe von 5,26 %.

Der E.ON-Konzern erzielte im Geschäftsjahr 2000 folgende Umsätze:

weltweit:	162,301 Mrd. DM (82,983 Mrd. Euro)
EU-weit:	■ Mrd. DM (■ Mrd. Euro)
in Deutschland:	■ Mrd. DM (■ Mrd. Euro)

(diese Umsatzzahlen enthalten die Umsätze des Unternehmensbereichs der früheren Veba für das ganze Jahr 2000, die Umsätze des Unternehmensbereichs der früheren VIAG sind nur ab Juli 2000 enthalten.)

12. Gelsenberg ist eine Holdinggesellschaft, deren Geschäftstätigkeit sich auf das Halten der unmittelbar und mittelbar gehaltenen Ruhrgas-Anteile (vgl. Rz. 3.) beschränkt. Sie erzielte daher keine Umsätze aus gewerblicher Tätigkeit. Gelsenberg steht zu 100 % im Eigentum der DBP.
13. Bergemann ist ebenfalls eine Holdinggesellschaft, die in den 60er Jahren von den damaligen Ruhrgas-Aktionären gegründet worden ist, nachdem die Aufnahme neuer, der Erdgaswirtschaft angehörender Aktionäre in den Gesellschafterkreis beschlossen worden war. Ziel war es, über die Poolung der Stimmen in der Gesellschafterversammlung von Bergemann ein einheitliches Auftreten der Altgesellschafter innerhalb der Entscheidungsgremien der Ruhrgas sicherzustellen. Die Ruhrgas-Gesellschafterin Gelsenberg brachte dabei nur einen Ruhrgas-Splitteranteil in die

Bergemann ein, um eine unmittelbare 25 %-Schachtelbeteiligung an der Ruhrgas zu behalten. Allerdings wird aufgrund vertraglicher Vereinbarungen (Vertrag zwischen Gelsenberg und Bergemann i.V.m. dem Gesellschaftsvertrag von Bergemann) das Stimmrecht aus dieser Schachtelbeteiligung in der Hauptversammlung der Ruhrgas durch Bergemann vertreten. Dafür nimmt Gelsenberg an den Abstimmungen in der Gesellschafterversammlung der Bergemann im Hinblick auf die Ausübung der Stimmrechte aus den Ruhrgas-Anteilen teil (Bergemann-Pool). Der Bergemann-Pool verfügt somit - unter Zurechnung von Gelsenberg - über Stimmrechte aus 59,7558 % Ruhrgas-Anteilen. Die Gesellschafterstruktur der Bergemann und die Stimmverteilung im Bergemann-Pool stellen sich wie folgt dar:

	Kapitalanteile an Bergemann GmbH	Stimmrechts- Anteile am Bergemann-Pool
RAG Beteiligungs-GmbH	%	%
Vodafone AG (früher Mannesmann AG)	%	%
ThyssenKrupp AG	%	%
RWE-DEA	%	%
Eschweiler Bergwerks-Verein	%	%
E.ON	%	%
Gelsenberg	%	%
Harpen AG (RWE)	%	%
Hydro Chemicals Deutschland GmbH (Norsk Hydro)	%	%
RWE Systems AG	%	%
Contigas Deutsche Energie AG	%	%
<u>Preussag Energie GmbH</u>	%	%
Bergemann GmbH	%	%
Gelsenberg		%
Bergemann-Pool		%

Für die Beschlussfassung innerhalb des Pools gilt eine qualifizierte Mehrheit, wenn die entsprechenden Beschlüsse bei der Ruhrgas ebenfalls einer qualifizierten Mehrheit bedürfen. Aufgrund der Regelungen über die Be-

schlussfassung in der Gesellschafterversammlung der Ruhrgas ist daher im Regelfall mit einfacher Mehrheit abzustimmen (vgl. Satzung Ruhrgas, § 19, Absatz 2).

14. Ruhrgas ist in Europa eines der führenden und in Deutschland das größte importierende Ferngasunternehmen. Nach den von den anmeldenden Unternehmen vorgelegten Zahlen für das Jahr 1999 erreichte Ruhrgas mit ihrem inländischen Gasabsatz in Höhe von 550 Mrd. kWh knapp 60 % des gesamten inländischen Erdgasaufkommens (Produktion plus Importe abzüglich Exporte, Einspeisemengen in Speicher und Eigenverbrauch) von 932 Mrd. kWh. Ruhrgas hat mit den wichtigsten deutschen Erdgasfördergesellschaften Bezugsverträge abgeschlossen und importiert Gas aus den wichtigsten Erdgas-Förderländern Russland, Norwegen, Niederlande, Großbritannien. Mit anderen deutschen Gasimporteuren (Thyssengas, BEB) hat Ruhrgas Konsortien für den Einkauf von Erdgas aus ausländischen Quellen gebildet. An dem russischen Gasförderunternehmen Gazprom hält Ruhrgas eine strategische Beteiligung in Höhe von ca. 5 %. Ruhrgas betreibt allein bzw. zusammen mit Partnern das ausgedehnteste Ferngas-Leitungsnetz in Deutschland mit Übernahmestellen zu den Gasnetzen sämtlicher wichtiger Gasförderländer. Das Ferngasleitungsnetz der Ruhrgas erreichte im Jahr 2000 eine Länge von 10.748 km. Beispielfhaft seien genannt:

- DEUDAN Deutsch Dänische Erdgastransportgesellschaft mbH (25 % Ruhrgas)
- MEGAL GmbH (Hochdruck-Ferngasleitung von der deutsch/tschechischen bis zur deutsch/französischen Grenze; 50 % Ruhrgas)
- Trans Europe Naturgas Pipeline GmbH (TENP; 51 % Ruhrgas)
- NETRA Leitung (Nordsee-Salzwedel-Berlin, 44,3 % Ruhrgas).

Absatzschwerpunkte der Ruhrgas innerhalb ihrer ganz Deutschland durchziehenden Ferngasleitungsnetze sind alle

alten Bundesländer mit Ausnahme der Gebiete in Nordrhein-Westfalen und Norddeutschland, in denen die Ferngasunternehmen Thyssengas und BEB sowie EWE tätig sind, zuzüglich Thüringen und südliche Teile von Sachsen und Sachsen-Anhalt. Ruhrgas beliefert zu 90 % Gasweiterverteilern. 10 % des Absatzes erfolgt an letztverbrauchende Industriekunden. Ruhrgas verfügt - über ihr Leitungsnetz verteilt - über zahlreiche Gasspeicher mit einer Gesamtarbeitskapazität von 48,49 Mrd. kWh (in 2000) und zusätzlich vertraglich gesicherte Kapazitäten von ca. 1,5 Mrd. kWh (Stand: 1999).

Ruhrgas ist mehrheitlich an der Ferngas Nordbayern GmbH beteiligt. Sie beherrscht außerdem (bei einem Anteil von 50 %, die anderen 50 % hält das ostdeutsche Ferngasunternehmen VNG) die EVG Erdgasversorgungs-Gesellschaft Thüringen-Sachsen mbH. An der VNG ist Ruhrgas zu 36,8 % beteiligt.

Ruhrgas setzte im Jahr 2000 insgesamt 612,5 Mrd. kWh Gas ab.

Sie erzielte im Geschäftsjahr 2000 einen Konzernumsatz in Höhe von 20.571 Mio. DM (= 10.518 Euro).

An Ruhrgas sind neben Bergemann und Gelsenberg noch die Brigitta Erdgas und Erdöl GmbH (je 50 % Shell und Esso) mit 25 % und die Schubert Beteiligungs-GmbH mit 10,0423 % beteiligt. Durch Übertragung von Stimmrechten weiterer Gesellschafter übt die Schubert Beteiligungs-GmbH insgesamt Stimmrechte aus Anteilen in Höhe von 15 % bei Ruhrgas aus.

### III. Zusammenschluss

15. Das Zusammenschlussvorhaben erfüllt im Verhältnis E.ON/Gelsenberg den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB sowie den des § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 lit a GWB. Im Verhältnis E.ON/DBP wird auch der Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB (Gemeinschaftsunternehmen) erfüllt.

Weiterhin geht die Beschlussabteilung davon aus, dass mit dem Erwerbsvorgang in Verbindung mit weiteren Umständen im Verhältnis E.ON/Ruhrgas der Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfüllt wird. Mit dem Erwerb

der Kontrolle über Gelsenberg wird unter Berücksichtigung weiterer Umstände zwischen E.ON und Ruhrgas eine "sonstige Verbindung" geschaffen, aufgrund derer E.ON mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf Ruhrgas ausüben kann. So ist E.ON von RWE-Seite bereits eine zeitnahe Option zum Erwerb ihrer rd. 10,1 % Bergemann-Anteile (durchgerechnet 3,5 % an Ruhrgas) eingeräumt worden. E.ON selbst hat den erfolgreichen Abschluss von Verhandlungen zur Übernahme der von der Vodafone AG gehaltenen Anteile an Bergemann in Höhe von 23,5523 % (durchgerechnet 8,1856 % an Ruhrgas) verkündet. Der kürzlich erfolgten Anmeldung des Erwerbs von 100 % der Bergemann-Anteile beim Bundeskartellamt ist außerdem zu entnehmen, dass auch andere Bergemann-Gesellschafter zumindest in Verkaufsverhandlungen mit E.ON stehen. Dies alles lässt erwarten, dass die jetzigen Bergemann-Gesellschafter bei Abstimmungen im Bergemann-Pool nicht mehr gegen die Interessen der E.ON agieren werden. Eine besondere Rücksichtnahme ist jedenfalls von RWE und Vodafone zu erwarten, die sich zur Veräußerung ihrer Anteile gegenüber E.ON bereits verpflichtet haben. Allein dies reicht aber aus, um im Bergemann-Pool die Stimmenmehrheit hinter sich zu bringen und damit die Mehrheitsbeteiligung des Bergemann-Pools an Ruhrgas zu dominieren. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Mehrheit im Bergemann-Pool wegen der theoretischen Möglichkeit, das RWE und Vodafone kontrovers zu E.ON stimmen, noch labil ist und insofern eine "Kontrolle" der Ruhrgas durch E.ON noch nicht angenommen werden könnte, so vermitteln die Gesamtumstände doch bereits jetzt wenigstens einen erheblichen Einfluss von E.ON auf Ruhrgas, der wegen der Berührungspunkte beider Unternehmen im Gasbereich als "wettbewerblich erheblich" einzustufen ist. Soweit sich E.ON und Ruhrgas gegen die Annahme dieses Zusammenschlusstatbestandes mit dem Argument wenden, dass § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB lediglich einen Auffangtatbestand gegenüber den übrigen Tatbeständen des Zusammenschlusskatalogs darstellen, übersehen sie, dass zwischen E.ON und Ruhrgas kein anderer "vorrangiger" Zusammenschlusstatbestand verwirklicht wird. Da § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausdrücklich auch die "mittelbare" Erlangung

eines wettbewerblich erheblichen Einflusses erfasst, wird der Zusammenschlusstatbestand auch nicht durch die im Verhältnis E.ON/Gelsenberg verwirklichten Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 Satz 1 lit. a GWB ausgeschlossen.

#### IV. Anwendungsbereich des GWB

16. Das Zusammenschlussvorhaben ist nach § 39 i.V.m. § 35 GWB anmelde- und kontrollpflichtig, da die Umsatzerlöse der an den Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen jeweils die Grenzen von 1 Mrd. DM weltweiter und 50 Mio. DM inländischer Umsatzerlöse überschreiten und die Zusammenschlüsse Märkte mit einem jährlichen Umsatzvolumen von mehr als 30 Mio. DM betreffen (§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB).

Die Anwendbarkeit des GWB und damit die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die fusionskontrollrechtliche Prüfung ergibt sich daraus, dass keiner der realisierten Zusammenschlüsse gemeinschaftsweite Bedeutung hat, da alle beteiligten Unternehmen jeweils mehr als  $\frac{2}{3}$  ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in Deutschland erzielen (Art. 1 Abs. 3, letzter Halbsatz der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 10. Juni 1997 in Verbindung mit § 35 Abs. 3 GWB).

#### V. Wettbewerbliche Beurteilung

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

18. Im Gasbereich lässt das Zusammenschlussvorhaben einmal auf der Ferngasstufe die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Ruhrgas bei der Belieferung von Gasweiterverteilern durch Sicherung des Absatzes an E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen erwarten. Des weite-

ren ist zu erwarten, dass durch das Zusammenschlussvorhaben marktbeherrschende Stellungen von E.ON-Gasversorgungs-Konzern- und Beteiligungsunternehmen, die im Bereich des Ferngasleitungsnetzes der Ruhrgas liegen, bei der Belieferung von industriellen/gewerblichen Gasgroßkunden einerseits und von lokalen Gasweiterverteilern (Stadtwerken) andererseits durch Wegfall des potentiellen Wettbewerbs der Ruhrgas verstärkt werden. Für die Zwecke dieses Fusionskontrollverfahrens wird exemplarisch auf die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen der E.ON-Konzernunternehmen Avacon AG, Helmstedt, Schleswig Aktiengesellschaft, Rendsburg, Heingas Hamburger Gaswerke GmbH, Hamburg, sowie Gelsenwasser AG, Gelsenkirchen, mit ihrer 100 %igen Tochtergesellschaft Niederrheinische Gas- und Wasserwerke GmbH, Duisburg, abgestellt, da bei ihnen feststeht, dass ihre Versorgungsgebiete im Leitungsbereich der Ruhrgas gelegen sind.

19. Im Strombereich lässt das Zusammenschlussvorhaben die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen, die die E.ON Energie zusammen mit dem RWE-Konzernunternehmen RWE Plus AG auf bundesweiten Märkten sowohl bei der Belieferung von industriellen/gewerblichen Stromgroßkunden als auch für die Belieferung von weiterverteilenden Stromregionalversorgungsunternehmen und Stadtwerken innehaben, infolge der Gewinnung maßgeblichen Einflusses auf den Primärenergie-Lieferanten Ruhrgas erwarten.

#### A. GAS

##### A. I. Ruhrgas

20. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird die marktbeherrschende Stellung der Ruhrgas auf der Gasgroßhandelsstufe (erstmalige Belieferung von regionalen Ferngasunternehmen und regionalen/lokalen Gaswiederverkäufern) durch überregionale Ferngasunternehmen verstärkt.

##### A. I. 1. Sachliche Marktabgrenzung

21. Innerhalb des mehrstufig aufgebauten Verteilungssystems der Gaswirtschaft ist der Markt für die Erstbelieferung

von Weiterverteilern durch überregionale Ferngasunternehmen als eigener sachlich relevanter Markt anzusehen. Zwar werden auch Gasmengen von Zwischenhändlern (in der Regel regionale Ferngasunternehmen) an letztverteilende lokale Wiederverkäufer geliefert. Diese Mengen bleiben hier aber außer Betracht, da sie in der Regel von den überregionalen Ferngasgesellschaften bereits an den regionalen Gaswiederverkäufer geliefert worden sind und sich insoweit Doppelzählungen von Gasmengen ergeben würden.

Auf diesem sachlich relevanten Markt gibt es keine Substitutionsmöglichkeiten für Gas, da die jeweiligen Wiederverkäufer nicht auf einen anderen Energieträger ausweichen können.

#### A. I. 2. Räumliche Marktabgrenzung

22. In räumlicher Hinsicht grenzt die Beschlussabteilung die sachlich relevanten Gasmärkte und damit auch den Markt für die Erstbelieferung von Weiterverteilern in ständiger Praxis nach den Netzgebieten der beteiligten Unternehmen ab. Dies beruhte bis zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes im Jahr 1998 auf dem Umstand, dass die Unternehmen wegen ihres Eigentums an den Gasleitungen, der branchenüblichen Demarkations- und ausschließlichen Konzessionsverträgen sowie langfristiger Gaslieferverträge keinem Wettbewerb ausgesetzt waren. Diese Marktabgrenzung ist von der Rechtsprechung für die leitungsgebundene Energiewirtschaft in den Fällen "Stromversorgung Aggertal" und "Stadtwerke Garbsen" noch 1997 in Kenntnis der bevorstehenden Liberalisierung der Energiewirtschaft bestätigt worden (BGH WuW/DE-R 24, 27 und 32, 33).

Obwohl mit der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts im Jahre 1998 die Legalisierung wettbewerbsbeschränkender Absprachen zur Abschottung von Belieferungsgebieten entfallen ist und mit der Einführung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB die Möglichkeiten, Durchleitungswettbewerb in Einzelfällen durchzusetzen, verbessert worden sind, ist an dieser räumlichen Marktabgrenzung festzuhalten (siehe auch Beschluss des Bundeskartellamtes vom 3.7.2000 in Sachen RWE/VEW - B 8 - 309/99-, Rz. 722;

www.bundeskartellamt.de/entscheidungen 2000). Bis heute haben sich im Gasbereich die Bedingungen für die Durchleitung trotz inzwischen unterzeichneter Verbändevereinbarung Gas (VVG) einschließlich zweier Nachträge nicht wesentlich verbessert. Die Vereinbarungen lassen im Hinblick auf die praktische Umsetzung von Durchleitungsbegehren noch eine Vielzahl von Fragen offen, so dass nicht zuletzt auch in Anbetracht des bisher äußerst schleppenden Prozesses der Gasmarktöffnung vom heutigen Standpunkt aus nicht erwartet werden kann, dass sich in nächster Zeit ein "Durchleitungsautomatismus" entwickeln wird, der Voraussetzung für eine räumlich weitere Marktabgrenzung wäre. Der räumliche Markt, auf dem Ruhrgas bei der Belieferung von Weiterverteilern tätig ist, ist daher deckungsgleich mit dem zur Belieferung von Weiterverteilern bestimmten Leitungsnetz der Ruhrgas in ihren oben (Rz. 10) beschriebenen großräumigen Absatzgebieten.

Dieser räumlichen Marktabgrenzung des Gasverteilermarktes steht auch nicht entgegen, dass das räumliche Tätigkeitsgebiet von Ruhrgas z.T. von Ferngasleitungen anderer Ferngasgesellschaften (Thyssengas, Wingas) durchzogen wird. Sofern von den Leitungsnetzen anderer Ferngasunternehmen Wettbewerbswirkungen auf regional definierte Märkte ausgehen, sind diese im Rahmen der Marktverhältnisse auf diesen Märkten zu berücksichtigen.

23. Die hier vorgenommene sachliche und räumliche Marktabgrenzung steht auch in Übereinstimmung mit der Entscheidungspraxis der EU-Kommission (zuletzt im Verfahren Exxon/Mobil (Case Nr. IV/M-1383)).

#### A. I. 3. Marktbeherrschung

24. Ruhrgas hat in ihrem Tätigkeitsgebiet bei der Erstbelieferung von Gas-Weiterverteilern (regionale Ferngasunternehmen sowie regionale/lokale Gasversorger) zumindest eine marktbeherrschende Stellung i.S. von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB inne. Innerhalb des Ruhrgas-Gebietes beliefert Ruhrgas selbst nahezu alle hier relevanten Wiederverkäufer. Sie setzt dort an diese Abnehmergruppe im Jahr 2000 446.400

GWh (inklusive der Absätze ihrer Konzerngesellschaften EVG und Ferngas Nordbayern) ab. Mittels Durchleitung durch das Leitungsnetz der Ruhrgas sind im Jahr 2000 dort lediglich marginale Mengen an diese Abnehmergruppe geliefert worden. Im 1. Halbjahr 2001 erhöhten sich die Durchleitungen. Der Anteil dieser Lieferungen liegt aber immer noch unter 1 % der Ruhrgas-Absatzmenge.

Absätze der anderen deutschen überregionalen Ferngasgesellschaften Thyssengas, BEB, VNG und Wingas über eigene Gasleitungen im Ruhrgas-Absatzgebiet können allenfalls durch Wingas vorgenommen werden. Die anderen überregionalen Ferngasgesellschaften bilden mit ihren historisch gewachsenen Leitungsnetzen abgeschlossene eigene räumliche Märkte. Nur Wingas durchquert (neben Ruhrgas) mit ihren Ferngasleitungen die Versorgungsgebiete anderer Ferngasgesellschaften. Der Absatz von Wingas an Wiederverkäufer im Ruhrgas-Absatzgebiet ist nicht bekannt. Selbst wenn man aber unterstellen würde, dass Wingas ihren gesamten Absatz an Wiederverkäufer im traditionellen Absatzgebiet von Ruhrgas tätigen würde, würde dadurch die überragende Marktstellung der Ruhrgas nicht berührt. Ihr Anteil läge immer noch bei rd. ■■■ %, ein Marktanteil, der die Grenze der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB um mehr als das Zweieinhalbfache überschreitet.

Neben diesem die Marktbeherrschungsvermutung weit überragenden Marktanteil ist Ruhrgas anderen Ferngasunternehmen auch bei den anderen die Marktmacht eines Ferngasunternehmens bestimmenden Faktoren weit überlegen. Sie besitzt als einzige einen überragenden Zugang zu allem für die Belieferung Deutschlands in Frage kommenden Gasförderquellen (Norwegen, Russland, Niederlande, Großbritannien, einheimische Quellen). Sie verfügt außerdem über das ausgedehnteste Ferngasleitungsnetz, das ihr sowohl einen überragenden Zugang zu den Lieferanten als auch zu den Abnehmern verschafft. Sie verfügt weiterhin über die absolut höchsten Speicherkapazitäten, die für die Regulierung von Absatzschwankungen bedeutend sind. Diese Rahmenbedingungen verschaffen ihr einen Verhaltensvorsprung vor den anderen Ferngasunternehmen.

25. Selbst wenn mit den anmeldenden Unternehmen von einem bundesweiten Markt für die Erstbelieferung von Gasweiterverteilern auszugehen wäre, hätte Ruhrgas auch dort eine marktbeherrschende Stellung inne. Die Beschlussabteilung legt insoweit ein Marktvolumen von 774.537 GWh zugrunde. Dieses umfasst zunächst die Absätze der importierenden Ferngasgesellschaften Ruhrgas, Wingas, Thyssengas und VNG, des inländischen Gasförderers und Importeurs BEB sowie des inländischen Gasförderer Mobil Erdgas-Erdöl GmbH an diese Abnehmergruppe. Einbezogen worden ist auch das Gesamtabsatzvolumen (eigene Absätze und Absätze für Rechnung ihrer Gesellschafter) der Erdgas-Verkaufsgesellschaft Münster (EVG), einer Absatzorganisation inländischer Erdgasförderer, an diese Abnehmergruppe. Querlieferungen der genannten Unternehmen sind nicht berücksichtigt und, sofern sie an Weiterverteiler abgesetzt worden sind, den beziehenden Ferngasgesellschaften zugerechnet worden. An dem so ermittelten Marktvolumen hat Ruhrgas einen Marktanteil von rd. 58 %. Auch dieser Marktanteil liegt weit jenseits der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB. In Verbindung mit den oben geschilderten Strukturvorsprüngen der Ruhrgas dokumentiert er auch auf einem nationalen Markt die zumindest überragende und damit ebenfalls marktbeherrschende Stellung der Ruhrgas.

#### A. I. 4. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung

26. Die marktbeherrschende Stellung der Ruhrgas bei der Erstbelieferung von Gasweiterverteilern wird durch das Zusammenschlussvorhaben verstärkt, da die damit eintretende mittelbare Kapitalverbindung zwischen E.ON und Ruhrgas den Absatz der bereits bisher von Ruhrgas an Konzern- und Beteiligungsunternehmen des E.ON-Konzerns gelieferten Gasmengen absichert und ihr darüber hinaus die Chance eröffnet, künftig einen höheren Anteil als bisher an den von E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen für ihre Vertriebstätigkeit benötigten Gasmengen zu erlangen. Es ist davon auszugehen, dass der E.ON-Konzern bei künftigen Entscheidungen über den Abschluss von Gasbezugsverträgen die Belange seines Beteiligungsunternehmens Ruhr-

gas bevorzugt berücksichtigen wird. Gegenüber Konzern-  
töchtern kann E.ON ein solches Verhalten notfalls auch  
durch konzerninterne Maßnahmen sicherstellen. Ein derar-  
tiges Verhalten von E.ON ist unabhängig davon zu erwar-  
ten, welchen konkreten Einfluss E.ON über Gelsenberg und  
den Bergemann-Pool auf die Ruhrgas gewinnt. Bereits das  
Interesse, das E.ON nach dem Zusammenschluss am wirt-  
schaftlichen Erfolg der Ruhrgas hat (ein solches Inte-  
resse ist bereits mit der über Gelsenberg vermittelten  
Beteiligung von 25,5 % gegeben), wird dazu führen, dass  
E.ON-Konzernunternehmen mit Ruhrgas als bevorzugtem Gas-  
lieferanten Verhandlungen über Gasbezugsverträge aufneh-  
men werden. Auch wenn nicht unterstellt werden kann, dass  
Ruhrgas gegenüber den E.ON-Konzernunternehmen höhere Gas-  
preise als andere Anbieter wird durchsetzen können, ist  
doch davon auszugehen, dass Ruhrgas stets dann zum Zuge  
kommen wird, wenn sie ein unter Berücksichtigung aller  
Umstände gleich günstiges Angebot wie ein Mitbewerber  
vorlegt. Die übrigen Gesellschafter der E.ON-Unternehmen  
haben nämlich in aller Regel keinerlei Anlass, sich bei  
der Auswahl des Lieferanten den Wünschen ihres Mitgesell-  
schafers E.ON zu widersetzen, wenn das Unternehmen durch  
einen unmittelbaren oder mittelbaren Bezug von Ruhrgas  
keine Nachteile erleidet. Eine vergleichbare absatzsi-  
chernde Wirkung hat das Zusammenschlussvorhaben auch in  
Hinblick auf den Gasabsatz an E.ON-Beteiligungsunterneh-  
men (E.ON verfügt an ca. 190 Unternehmen, die Gasversor-  
gung betreiben, über Beteiligungen von mindestens 10 %).  
Zwar kann E.ON dort das Gasbezugsverhalten nicht in glei-  
cher Weise steuern wie bei den Konzernunternehmen. Den-  
noch ist auch hier zu erwarten, dass die Beteiligungsun-  
ternehmen künftig auf die Interessen von E.ON Rücksicht  
nehmen werden (tendenziell umso stärker, je höher die Be-  
teiligung ist) und - sofern sie keine wirtschaftlichen  
Nachteile zu befürchten haben - mit Ruhrgas kontrahieren  
werden (vgl. insoweit Entscheidungen des Bundesgerichts-  
hofs in Sachen "Stadtwerke Garbsen" und "Stromversorgung  
Aggertal" a.a.O.).

27. Die aufgezeigten Wirkungen der kapitalmäßigen Verbindung von E.ON mit Ruhrgas sind bedeutend. An die gut 40 Konzernunternehmen der E.ON, die Gas beziehen (Gesamtbezugsvolumen im Jahr 2000: ■■■ GWh), wurden im Jahr 2000 bereits ■■■ GWh von Ruhrgas oder von Konzernunternehmen der Ruhrgas geliefert. Die unmittelbar absatzsichernde Wirkung gegenüber dieser Abnehmergruppe, die von E.ON unmittelbar beeinflusst werden kann, beträgt damit rd. ■■■ % des gesamten Absatzes von Ruhrgas an Weiterverteilern.
28. Von den gut 90 Gasversorgungsunternehmen, an denen E.ON eine Beteiligung in Höhe von 25 % bis 49,9 % hält (Gesamtbezugsvolumen in 2000: ■■■ GWh), wurden im Jahr 2000 bereits ■■■ GWh von Ruhrgas einschließlich ihrer Konzernunternehmen bezogen. Die bei dieser Beteiligungshöhe gegebene, sehr hoch zu veranschlagende Rücksichtnahme der Beteiligungsunternehmen auf die Interessen der E.ON führt damit zu einer weiteren Absatzsicherung in Höhe von rd. ■■■ % des gesamten Absatzes der Ruhrgas an Weiterverteilern.
29. Schließlich sind von den gut 50 Gasversorgungsunternehmen, an denen E.ON eine Beteiligung in Höhe von 10 % bis 24,9 % hält (Gesamtbezugsvolumen in 2000: ■■■ GWh), im Jahr 2000 bereits ■■■ GWh von Ruhrgas bzw. ihren Konzernunternehmen bezogen worden. Auch bei dieser Abnehmergruppe ist von einer relevanten Rücksichtnahme auf die Interessen der E.ON auszugehen, die zu einer weiteren Absatzsicherung zugunsten von Ruhrgas in Höhe von 20 % des gesamten Absatzes der Ruhrgas an Weiterverteilern führt. Selbst wenn man die Grenze der Beteiligungshöhe, ab der von einer Rücksichtnahme der E.ON-Beteiligungsunternehmen auf die wirtschaftlichen Interessen von E.ON erwartet werden kann, erst bei 20 % beginnen lässt, sieht das Bild nicht wesentlich anders aus. Von den gut 30 Gasversorgungsunternehmen, an denen E.ON eine Beteiligung zwischen 20 % und 24,9 % hält (Gesamtbezugsvolumen in 2000: ■■■ GWh), sind im Jahr 2000 ■■■ GWh von Ruhrgas bezogen worden. Insofern tritt also immer noch in Höhe von rd.

■ % des gesamten Absatzes der Ruhrgas an Weiterverteiler eine Absatzsicherung ein.

30. Insgesamt tritt eine Sicherung von rd. einem Drittel des gesamten aktuellen Gasabsatzes des Ruhrgas-Konzerns an Weiterverteiler ein. Bereits diese Absicherung bedeutet eine erhebliche Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Ruhrgas, ob man diese nun auf ihr Leitungsnetzgebiet als relevantem räumlichen Markt oder auf einen nationalen Markt für die Erstbelieferung von Wiederverkäufern bezieht. Zu rd. einem Drittel des ersteren von der Beschlussabteilung für relevant erachteten räumlichen Marktes würde sie potentiellen oder aktuellen (Wingas) Wettbewerbern den Zugang erschweren. Auf einem nationalen Markt würden die Marktverschlusswirkungen immerhin gut 20 % des Marktvolumens betreffen.
31. Die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens betreffen jedoch nicht nur die aktuellen Lieferbeziehungen der Ruhrgas mit E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen. So ist z.B. Ruhrgas bei einer Reihe der derzeit bereits belieferten E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen nicht der alleinige Lieferant. Da die Möglichkeit der unmittelbaren Belieferung aus dem Ruhrgas-Leitungsnetz hier durch die bereits bestehende Lieferbeziehung belegt ist, stehen die bisher von anderen Ferngaslieferanten gelieferten Gasmengen künftig (bei Beendigung der laufenden Bezugsverträge) der Ruhrgas zur Lieferung offen. Dies sind bei den E.ON-Konzernunternehmen insgesamt ■ GWh, bei den Beteiligungsunternehmen, an denen E.ON eine Beteiligung zwischen 25 % und 49,9 % hält, insgesamt ■ GWh und bei Beteiligungsunternehmen, an denen E.ON eine Beteiligung zwischen 10 % und 24,9 % hält, noch einmal ■ GWh (bei Beteiligungsunternehmen, an denen E.ON eine Beteiligung zwischen 20 % und 24,9 % hält, sind es ■ GWh). Insgesamt stehen Ruhrgas damit mittelfristig noch einmal rd. 5 % der gesamten inländischen an Weiterverteiler (erst-) belieferten Gasmenge zur Belieferung innerhalb ihres traditionellen Absatzgebietes offen. Auch dies ver-

stärkt dort die bestehende marktbeherrschende Stellung der Ruhrgas.

32. Schließlich ist auch das Bezugsvolumen der E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen, die bisher überhaupt noch nicht von Ruhrgas beliefert werden, für die künftige Stellung der Ruhrgas auf dem Markt zu berücksichtigen. Es stellt mit einem Bezugsvolumen von insgesamt 175.835 GWh (= rd. 23 % des inländischen (Erst-) Gasabsatzes an Wiederverkäufer) ein weiteres enormes Absatzpotential dar, das Ruhrgas langfristig zur Verfügung steht. Von dem Bezugsvolumen entfallen ■■■ GWh auf E.ON-Konzernunternehmen, ■■■ GWh auf 25-49,9%-Beteiligungsunternehmen sowie ■■■ GWh auf 10-24,9 %-Beteiligungsunternehmen (■■■ GWh auf 20-24,9 %-Beteiligungsunternehmen).
33. Soweit diese Unternehmen innerhalb des Leitungsbereichs der Ruhrgas (nicht identisch mit dem traditionellen Absatzgebiet der Ruhrgas, vgl. Rz. 14) liegen und damit unmittelbar oder jedenfalls mit wirtschaftlich vertretbaren Investitionen aus dem eigenen Ruhrgas-Leitungsnetz beliefert werden können, sind die Aussichten der Ruhrgas, hier mittelfristig in die Lieferantenposition eintreten zu können, hoch. Nach einer Auswertung der Beschlussabteilung, bei der nur solche Gasweiterverteiler berücksichtigt worden sind, deren Versorgungsgebiete von Ruhrgas-Leitungen durchquert bzw. von dieser beliefert werden (insgesamt: 22) stände der Ruhrgas bei diesen Unternehmen ein relativ leicht zugängliches Liefervolumen von 109.859 GWh (= rd. 14 % des inländischen (Erst-) Gasabsatzes an Wiederverkäufer) offen. Allerdings liegen die berücksichtigten Unternehmen weitgehend außerhalb des traditionellen Absatzgebietes der Ruhrgas (z.B. Schleswig, Heingas, EWE), so dass die Auswirkungen auf die Marktposition der Ruhrgas auf dem von der Beschlussabteilung abgegrenzten räumlich relevanten Markt begrenzt sind. Sofern man allerdings mit den Anmeldern von einem nationalen Markt ausgeht, würde die Erlangung einer derartigen Position die Marktstellung der Ruhrgas auf diesem räumlichen Markt in erheblichem Umfang verstärken.

34. Letztlich stellen auch die E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen, die nur mittels Durchleitung durch das Leitungsnetz anderer Ferngasunternehmen beliefert werden können, noch ein Absatzpotential dar, das von Ruhrgas auch bei den derzeitigen unvollkommenen Durchleitungsbedingungen im einzelnen erschlossen werden kann, wobei es Ruhrgas als Branchenführer, auf den die meisten anderen Marktteilnehmer Rücksicht nehmen dürften, noch relativ am leichtesten hat, Durchleitungen zu vertretbaren Konditionen durchzusetzen. Sofern man also mit den Anmeldern von einem nationalen Markt ausginge, würde die marktbeherrschende Stellung der Ruhrgas auf diesem räumlichen Markt auch durch den verbesserten Zugang zu diesem Absatzpotential verstärkt werden.
35. Die obigen Ausführungen zeigen, dass die Verbindung von E.ON mit Ruhrgas insgesamt zu einem für den Wettbewerb gefährlichen Ausmaß an vertikaler Integration auf dem Gas-Weiterverteilermarkt führt. Sie erfasst - mit unterschiedlicher Intensität - 47 % aller in Deutschland an Weiterverteiler gelieferten Gasmengen. In einer Phase beginnender Liberalisierung auf den Gasmärkten werden damit die Chancen für wirksamen Wettbewerb durch andere Ferngasunternehmen von vornherein deutlich verschlechtert. Die bereits marktbeherrschende Stellung der Ruhrgas wird dadurch zementiert.
36. Die durch das Zusammenschlussvorhaben eintretende Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Ruhrgas ist auch entgegen der Ansicht der Ruhrgas (Rz. 8) verfahrensrelevant. Zum einen ist Ruhrgas nach Auffassung der Beschlussabteilung unmittelbar an dem im Verhältnis E.ON/Ruhrgas verwirklichten Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (Erlangung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses) beteiligt (vgl. Rz. 14). Zum anderen stände es einer auf die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Ruhrgas gestützten Untersagungsverfügung nicht entgegen, wenn Ruhrgas nicht an diesem Zusammenschlusstatbestand beteiligt wäre. Denn § 36

Abs. 1 GWB erfasst nach seinem Sinn und Zweck jedenfalls auch die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung bei Unternehmen, die mit den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zwar nicht im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB verbunden sind, an denen aber eine Beteiligung besteht, die im Fall ihres Neuerwerbs kontrollpflichtig wäre (vgl. Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, 3. Auflage, § 36 Rz. 132 unter Verweis auf WuW/E BGH 2111, 2119 „Gruner + Jahr - Zeit“). Gelsenberg als am Zusammenschluss E.ON/Gelsenberg unmittelbar beteiligtes Unternehmen ist an der Ruhrgas mit 25,1 % beteiligt. Der Erwerb dieser Beteiligung würde den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 lit. b GWB erfüllen. Die Zurechnung der Wettbewerbswirkungen, die bei einem Unternehmen entstehen, an dem eine derartige Beteiligung besteht, ist gerechtfertigt, denn das Gesetz hat die Wettbewerbserheblichkeit der Verflechtung durch die Erfassung als Zusammenschlusstatbestand anerkannt (Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, a.a.O.).

A. II. E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen  
im Ruhrgas-Netzbereich

37. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt auch marktbeherrschende Stellungen von E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen, die im Netzbereich der Ruhrgas liegen, bei der Belieferung von letztverbrauchenden Gasgroßkunden einerseits und von lokalen Gasweiterverteilern (Stadtwerken) andererseits durch Wegfall des von Ruhrgas ausgehenden potentiellen Wettbewerbs.

Aus pragmatischen Gründen wird im folgenden beispielhaft auf die E.ON-Konzernunternehmen Avacon AG, Helmstedt, mit ihrem in Niedersachsen gelegenen Versorgungsgebiet, Schleswig AG, Rendsburg, mit ihrem in Schleswig-Holstein gelegenen Versorgungsgebiet, Heingas Hamburger Gaswerke GmbH, Hamburg, mit ihrem in Hamburg und Teilen von Schleswig-Holstein gelegenen Versorgungsgebiet sowie Gelsenwasser AG, Gelsenkirchen, mit ihrer 100 %igen Tochtergesellschaft Niederrheinische Gas- und Wasserwerke GmbH, Duisburg, mit ihrem in Teilen von Nordrhein-Westfalen ge-

legenen Versorgungsgebiet abgestellt, da bei ihnen feststeht, dass ihre Versorgungsgebiete von Ferngasleitungen der Ruhrgas durchquert werden. Entgegen dem Vortrag von E.ON ist davon auszugehen, dass auch den Ruhrgas-Leitungen, die bisher nur dem Ferntransport von Gas gedient haben, Wettbewerbspotential in Form der eigenen Belieferung von Stadtwerken einerseits und letztverbrauchenden Großkunden andererseits innewohnt.

#### A. II. 1. Sachliche Marktabgrenzung

38. Die Belieferung von endverbrauchenden Gasgroßkunden stellt in Abgrenzung zur Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK-Kunden) einen eigenen sachlich relevanten Markt dar. Dies ergibt sich in der derzeitigen Marktlage schon aus dem Umstand, dass aus der Gruppe der Endverbraucher gewerbliche/industrielle Großkunden eher die Möglichkeit haben, ihren Lieferanten zu wechseln. Da Gaskosten einen Bestandteil des Kostenmanagements darstellen, sind Großkunden tendenziell preissensibler und entsprechend wechselbereit. Dementsprechend verfügen sie häufig über professionelle Verhandlungsführer im Energieeinkauf. Aufgrund ihrer Abnahmemengen können sie eine gewisse Verhandlungsposition aufbauen. Eine Reihe von Großkunden hat mittlerweile die starren aus der Zeit der Demarkation stammenden Lieferbeziehungen durchbrochen und den Lieferanten gewechselt. Zum Teil geschieht dies durch Errichtung von Stichleitungen durch den neuen Lieferanten. Dies kommt aus wirtschaftlichen Gründen für HuK-Kunden nicht in Betracht.

Auf beiden Endkundenmärkten bestehen zwar bei der Erzeugung von Prozesswärme, Raumwärme und der Warmwasserbereitung Substitutionsbeziehungen zwischen den Energieträgern Gas, Heizöl, Kohle und - teilweise - Strom. Sobald die jeweiligen Endabnehmer sich jedoch für einen Energieträger entschieden haben, sind diese für einen erheblichen Zeitraum (10 bis 15 Jahre) gebunden und können nicht mehr ohne erhebliche Kosten zu einer alternativen Energieart wechseln. Vor diesem Hintergrund ist auch auf den Endverbrauchermärkten und damit auch auf dem hier relevanten Gasgroßkundenmarkt ausschließlich auf Gas abzustellen.

Allerdings gilt dies nur für solche Kunden, die nicht über sogenannte bivalente oder multivalente Anlagen verfügen, in denen sie ohne große Umstellungskosten auch andere Energieträger als Gas verwenden können. Solche Kunden sind als Nachfrager auf einem sachlich anders abzugrenzenden Markt (Wärmemarkt) tätig.

39. Der Markt für die Belieferung von lokalen Stadtwerken durch regionale Gasweiterverteiler ist als ein dem Markt für die Erstbelieferung von Gasweiterverteilern durch Ferngasunternehmen unterlagerter eigener sachlich relevanter Markt einzustufen.

#### A. II. 2. Räumliche Marktabgrenzung

40. In räumlicher Hinsicht sind auch die Gas-Endkundenmärkte lokal/regional entsprechend dem Verteilernetz des Gasversorgungsunternehmens abzugrenzen. Insofern kann auf die Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung auf dem Markt für die Belieferung von Weiterverteilern verwiesen werden.

#### A. II. 3. Marktbeherrschung

41. Die E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen, die Gasgroßkunden und Stadtwerke beliefern, haben auf ihren jeweiligen regional/lokal abgegrenzten Märkten marktbeherrschende Stellungen inne. Zwar haben sie auch auf diesen Märkten nach Wegfall der durch Demarkationsverträge gebildeten geschlossenen Versorgungsgebiete keine rechtlich abgesicherte Alleinstellung mehr. Das Eigentum an den Versorgungsleitungen, die besonders guten Zugang zu den Kunden in ihren bisherigen alleinigen Tätigkeitsgebieten und der auch aus den bisherigen Monopolstellungen resultierende sehr hohe Marktanteil vermitteln den Unternehmen dort aber zumindest eine überragende Marktstellung i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB. Es ist nicht davon auszugehen, dass diese Marktstellungen innerhalb des Prognosezeitraums von zwei bis drei Jahren wegfallen werden. Nach Auffassung der Beschlussabteilung ist es ausgeschlossen, dass auf der Grundlage der bisherigen Verständigung

zwischen den beteiligten Verbänden (Verbändevereinbarung Gas und Nachträge) ein wesentlicher Wettbewerb zwischen den bisherigen Gaslieferanten sowie neuen Gas-Anbietern innerhalb des Prognosezeitraums zustande kommen wird. Seitens der Gaswirtschaft selbst wird zudem darauf verwiesen, dass aufgrund der Besonderheiten von Erdgas (so zum Beispiel langfristige "take-or-pay"-Verträge, unterschiedliche Gasqualitäten und die geringere Vermaschung der bestehenden Gasleitungsnetze im Vergleich zur Stromwirtschaft) für die Durchleitung von Erdgas erheblich mehr faktische Hindernisse zu überwinden sind als für die Durchleitung von Strom.

#### A. II. 4. Verstärkung marktbeherrschender Stellungen

42. Durch das Zusammenschlussvorhaben werden die jeweiligen marktbeherrschenden Stellungen der genannten E.ON-Konzernunternehmen in ihren Versorgungsgebieten verstärkt. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bedeutet die Veränderung der die Marktmacht bestimmenden Größen dergestalt, dass die die Macht auf einem bestimmten Markt neutralisierende Wirkung des Wettbewerbs im Wege der Änderung von markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maß eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war (WuW/E BGH 2795, 3804 "Pinneberger Tageblatt"). Je stärker der Grad der bereits verwirklichten Wettbewerbsbeschränkungen ist, desto nachhaltiger ist der verbleibende Wettbewerb zu schützen (WuW/E BGH 1854, 1860 "Zeitungsmarkt München"). Aufgrund der mit dem Zusammenschluss bewirkten mittelbaren Kapitalverbindung zwischen E.ON und Ruhrgas ist zu erwarten, dass Ruhrgas im Gebiet der genannten E.ON-Unternehmen als potentieller Wettbewerber von Gasgroßkunden einerseits und von Stadtwerken andererseits auf Dauer ausfällt. Bereits bisher beliefert Ruhrgas in nicht unerheblichem Umfang Gasgroßkunden und Stadtwerke, die in Gasversorgungsgebieten von regionalen Gasversorgungsunternehmen gelegen sind. Zwar handelte es sich insoweit in der Regel um historische Lieferbeziehungen aus der Zeit der mittels Demarkationen geschützten Versorgungsgebiete und Kunden. Doch

ist in einem sich langsam liberalisierenden Gasmarkt auch von Ruhrgas zu erwarten, dass sie sich z.B. verstärkt um eigene Endkundenbeziehungen bemühen wird. Erster Ausdruck solcher Bemühungen ist die jüngst erfolgte Akquirierung von industriellen Gasgroßkunden in Hamburg (Versorgungsgebiet des E.ON-Unternehmen Heingas) und in der Stadt Voerde. Soweit E.ON hierzu vorträgt, dass diese Fälle nicht beispielhaft seien, haben die gegebenen Begründungen die Beschlussabteilung nicht überzeugt. Das verstärkte Bemühen auch von Ruhrgas um letztverbrauchende Gasgroßkunden wird im übrigen beispielhaft durch eine von der beigeladenen Fortum vorgelegte Meldung der Aachener Zeitung vom 18. Januar 2001 belegt (Anlage S 7 des Schriftsatzes der Fortum vom 7. Januar 2002). Dort wird ein Sprecher der Ruhrgas-Tochter „Ruhrgas direkt“ damit zitiert, dass sich das Unternehmen verstärkt um größere Gasendkunden (ab 20.000 m<sup>3</sup> Gas pro Jahr) im Aachener Raum bemühe und 200 derartige Kunden angeschrieben habe. Die von E.ON ebenfalls vorgebrachte Argumentation, dass Ruhrgas von vornherein im Vertragsgebiet ihrer Weiterverteiler-Kunden keine Endkunden akquiriere, dürfte nur soweit tragfähig sein, als Ruhrgas mit einem Direktvertrieb nicht deutlich bessere Renditen erzielen kann. Ruhrgas selbst hat ein solches Verhalten auch nicht vorgetragen.

Derartige Wettbewerbshandlungen um Gasgroßkunden in Versorgungsgebieten von E.ON-Gasversorgern, aber auch um dort gelegene Stadtwerke, sind aber bereits aus Gründen der Rücksichtnahme auf einen bedeutenden Gesellschafter (nach Erwerb der Gelsenberg-Mehrheit) kaum noch zu erwarten.

Neben der Rücksichtnahme auf einen bedeutenden Gesellschafter ergibt sich ein derartiges Verhalten auch aus der nach dem Zusammenschluss gegebenen eigenen Interessenlage der Ruhrgas. Eigene Aktivitäten in Vertriebsgebieten von E.ON-Konzernunternehmen könnten die sich durch den Zusammenschluss ergebende Chance auf verstärkte Nutzung des durch die E.ON-Konzern- und Beteiligungsunternehmen repräsentierten Gasnachfragevolumens als Folge einer zu erwartenden Ausrichtung dieser Unternehmen beim Gasbezug auf Ruhrgas (vgl. Rz. 26) gefährden.

Die Dämpfung bzw. gar der gänzliche Wegfall potentiellen Wettbewerbs durch den überlegenen inländischen Gasversorger stärkt die bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellungen der genannten E.ON-Konzernunternehmen in nachhaltiger Weise.

#### B. Strom

43. Das Zusammenschlussvorhaben lässt auch die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen, die die E.ON Energie zusammen mit der RWE Plus auf sich entwickelnden bundesweiten Märkten für die Belieferung von industriellen/gewerblichen Stromgroßkunden einerseits und für die Belieferung von weiterverteilenden Stromversorgungsunternehmen (REVV und Stadtwerke) andererseits innehaben, infolge der Gewinnung maßgeblichen Einflusses auf den Primärenergie-Lieferanten Ruhrgas erwarten.

##### B. I. Sachliche Marktabgrenzung

44. Der Absatz von Strom in Deutschland ist durch die vertikale Gliederung in überregionale Verbundunternehmen, regionale Stromversorgungsunternehmen und lokale Verteilerunternehmen (insbesondere Stadtwerke) geprägt. Vor diesem Hintergrund sind mehrere sachlich relevante Strommärkte abzugrenzen.
45. Auf der untersten Marktstufe stehen Stromversorgungsunternehmen als Lieferanten von Strom den industriellen, gewerblichen, landwirtschaftlichen und privaten Letztverbrauchern gegenüber. Auf der Stromletztversorgungsstufe bilden die Belieferung von Kleinkunden (Haushalts-, Gewerbe- und landwirtschaftliche Kunden) mit einer Anschlussleistung von weniger als 30 kW und einem Jahresstromverbrauch von unter 30.000 kWh aus den Niederspannungsnetzen und die Belieferung von industriellen Sondervertragskunden aus den Mittelspannungs- und darüber liegenden Netzebenen jeweils einen eigenen sachlich relevanten Markt.

Zwischen dem Nachfrageverhalten der gewerblichen/industriellen Stromgroßkunden und der Kleinkunden bestehen erhebliche Unterschiede. Da Stromkosten einen Bestandteil des Kostenmanagements darstellen, sind Stromgroßkunden tendenziell preissensibler und entsprechend wechselbereiter als Kleinkunden, deren Kostenbewusstsein hinsichtlich des Stromkonsums weniger ausgeprägt ist. Im Gegensatz zu Kleinkunden verfügen Stromgroßkunden häufig über professionelle Verhandlungsführer im Energieeinkauf. Aufgrund ihrer größeren Abnahmemengen verfügen sie über eine bessere Verhandlungsposition. Dies spiegelt sich wider in den unterschiedlichen Vertriebsstrategien, die die Stromversorgungsunternehmen zur Kundengewinnung verfolgen. Während bei Stromgroßkunden die Preiswürdigkeit des Angebots im Vordergrund steht, erstreckt sich die Kundenansprache im Bereich der Kleinkunden in starkem Maße zusätzlich auf die werbliche Differenzierung eines homogenen Produkts. Auch die erheblichen Preisdifferenzen zwischen dem Absatz von Stromgroßkunden und Kleinkunden, die nicht in vollem Umfang durch höhere Durchleitungskosten (Abnahme aus der Niederspannungsebene statt aus höheren Netzebenen) und geringere Abnahmemengen gerechtfertigt erscheinen, sprechen für die Annahme sachlich getrennter Märkte. Schließlich indiziert die Tatsache, dass Wettbewerb um Kleinkunden erst geraume Zeit später als um Stromgroßkunden eingesetzt hat, dass zwischen dem Markt für die Belieferung von Stromgroßkunden und dem Markt für die Belieferung von Kleinkunden keine wettbewerblich relevanten Wechselwirkungen bestehen, die für die Annahme eines einheitlichen Marktes für die Belieferung von Letztverbrauchern sprechen würden.

46. Die darüber liegende Marktstufe, der Markt für die Belieferung von Stromweiterverteilern ist in sich noch einmal strukturiert in die Teilmärkte der regionalen Stromverteilung (BGH WuW/E DE-R 24, 27 und 32, 33 "Stromversorgung Aggertal" bzw. "Stadtwerke Garbsen"), auf dem insbesondere regionale Stromversorgungsunternehmen lokale Versorgungsunternehmen mit Strom beliefern (die Belieferung erfolgt

hier in der Regel aus der 20-110 kV-Ebene) und dem Markt für überregionale Stromverteilung, auf dem inländische Stromerzeuger und Stromimporteure im wesentlichen großen Weiterverteilern (Regionalversorgungsunternehmen und andere Stromhändler) gegenüberstehen (die Belieferung erfolgt in der Regel aus den 380/220 kV-Netzen). Die beiden vorgenannten Produktteilmärkte für die Belieferung von Stromwiederverkäufern verschmelzen in dem Moment, in dem funktionsfähiger Durchleitungswettbewerb den Markt öffnet und den Stadtwerken die Möglichkeit gibt, den Lieferanten frei wählen zu können. Sofern ein funktionsfähiger Durchleitungswettbewerb gegeben ist, stehen auf dieser Marktstufe die inländischen Stromerzeuger und Stromimporteure als Anbieter den Regionalversorgern (REVV's), Stadtwerken sowie anderen Stromhändlern als Nachfrager gegenüber.

47. Der Stromabsatz an Stromhändler und andere Verbundunternehmen ist nach derzeitigem Erkenntnisstand der Beschlussabteilung allerdings nicht mehr in den klassischen Markt der Belieferung von Stromweiterverteilern einzubeziehen. Im Rahmen der Ermittlungen in einem zeitnah durchgeführten Fusionskontrollverfahren ist von verschiedener Seite - so u.a. von den Verbundunternehmen RWE und Bewag - überzeugend vorgetragen worden, dass Mengenangaben über "Lieferungen" an Händler und andere Verbundunternehmen heutzutage keine Aussagekraft mehr hätten. Das Handelsgeschäft betreffe nicht mehr nur den physischen Energiefluss; es würden in weit überwiegenderem Maße Kontrakte gehandelt, z.B. über Strombörsen oder Internetmarktplätze, deren physische Erfüllung nicht erfolge. Bei den Handelsaktivitäten würden vertragliche Lieferungen mehrmals in verschiedene Handelskontrakte zusammengefasst und mehrfach zwischen den Händlern gehandelt. Hierdurch übertreffe die gehandelte Menge um ein Vielfaches die physischen Strommengen. Zwar ist der Grad des "virtuellen" Handelns mit Strom bei den in die Ermittlungen einbezogenen Verbundunternehmen durchaus noch unterschiedlich. Um Verfälschungen bei der Marktanteilsbestimmung zu vermeiden, ist es aber angezeigt, die insoweit als "physisch gehandelt" bezeich-

neten Absatzmengen an Stromhändler und andere Verbundunternehmen insgesamt nicht in den klassischen Markt für die Belieferung von Weiterverteilern einzubeziehen. Der Stromhandel "neuer Art" dürfte künftig insgesamt als eigener Markt zu betrachten sein.

#### B. II. Räumliche Marktabgrenzung

48. Räumlich ist der Markt der Belieferung von Großkunden und Weiterverteilern aufgrund der nach der Liberalisierung der Stromindustrie eingetretenen Entwicklung bundesweit abzugrenzen.

#### B. III. Marktbeherrschung

49. RWE und E.ON bilden auf beiden bundesweiten Märkten ein marktbeherrschendes Duopol im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB.
50. Beide Konzerne halten mit eigenen Kraftwerken, Anteilen an Gemeinschaftskraftwerken und langfristig gesicherten Kraftwerksleistungen bei ungefähr gleich hohen Anteilen zusammen rd. 65 % der inländischen Kraftwerkskapazitäten bezogen auf die inländische Kraftwerksnettokapazität von 102,2 GW in 2000 (VDEW Strommarkt Deutschland 2000). Auf sie entfielen damit rd. 70 % der gesamten inländischen Nettostromerzeugung (ohne industrielle Eigenerzeugung) in Höhe von 468 TWh (VDEW, Strommarkt Deutschland 2000). Daneben verfügen RWE und E.ON über rd. 60 % des inländischen Höchstspannungsnetzes (> 220 kV), rd. 70 % des inländischen Hochspannungsnetzes (110 kV) und je rd. 50 % des inländischen Mittelspannungsnetzes (1 - 60 kV) und Niederspannungsnetzes (< 1 kV). Der Vorsprung beider Konzerne bei diesen Strukturdaten ist eklatant. Der neu geschaffene Unternehmensverbund HEW/VEAG/Bewag (je rd. 17 % Anteil an der verfügbaren Nettoinlandskapazität und der inländischen Nettostromerzeugung; rd. 30 % Anteil am Höchstspannungsnetz, ansonsten unter 10 %) und EnBW (bei allen Strukturdaten unter 10 %) folgen in großem Abstand.

51. Auf dem Markt für die Belieferung von Stromgroßkunden erreichen RWE und E.ON einen gemeinsamen Marktanteil von 43,6 % (RWE: ■■■ % , E.ON ■■■ %), wenn auf die vom VDEW der Beschlussabteilung übermittelten Zahlen für die inländische Gesamtstromabgabe aus dem öffentlichen Netz (ohne Abgabe aus industriellen Eigenerzeugungsanlagen) an "Sondervertragskunden" in Höhe von 296.000 GWh im Jahre 2000 abgestellt wird. Der Marktanteilsvorsprung des Duopols vor den nächsten Wettbewerbern, dem neuen Unternehmensverbund HEW/VEAG/Bewag mit rd. 7 % (VEAG ist in diesem Sektor bisher nicht tätig) und EnBW mit rd. 6 % Marktanteil, ist äußerst groß. Dieser den beiden führenden Stromanbietern unmittelbar zuzurechnende Marktanteil beschreibt die Bedeutung, die das Duopol gemeinsam auf diesem Markt hat, nur unvollständig, da beide Unternehmen über ca. 150 Minderheitsbeteiligungen (über 10 %) an Stromversorgungsunternehmen verfügen, die ihnen einen so maßgeblichen Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen vermitteln, dass zwischen dem jeweiligen Dupopolmitglied und seinen Beteiligungsunternehmen kein wesentlicher Wettbewerb stattfindet. Ermittlungen in dem Fusionskontrollverfahren RWE/VEW haben ergeben, dass im Jahr 1999 beim Absatz an Stromgroßkunden der Marktanteil der RWE-beeinflussten Unternehmen rd. ■■■ % und der der E.ON-beeinflussten Unternehmen rd. ■■■ % betrug. Seit dem 1.1.2000 haben beide Unternehmen weitere Beteiligungen an regionalen/lokalen Energieversorgungsunternehmen (RWE: 5, E.ON: 35) erworben, deren aggregierter Absatz an letztverbrauchende Großkunden im Jahre 2000 weitere rd. ■■■ % des Gesamtmarktvolumens ausmacht. Der beeinflusste Marktanteil des Duopols liegt damit derzeit bei rd. 65 %. Die meisten der Beteiligungsunternehmen, die z.T. auch über erhebliche Erzeugungskapazitäten verfügen und/oder an Gemeinschaftskraftwerken (GKW) (auch) mit Oligopolmitgliedern beteiligt sind, sind im angestammten Versorgungsgebiet des jeweiligen Oligopolmitglieds tätig. Ihre Mehrheitsgesellschafter sind Kommunen, die in den Organen der Gesellschaft in der Regel durch politische Mandatsträger vertreten sind (Oberbürgermeister, Stadträte etc.). Die Beteiligung der Dupolmitglieder an Weiterverteilern und ihre Vertretung

in deren Organen hat aufgrund der besonderen energie- und betriebswirtschaftlichen Kompetenz von RWE und E.ON faktisch ein wesentlich höheres Gewicht als es in der Höhe der jeweiligen Beteiligung oder der quantitativen Präsenz in den Organen der Gesellschaft zum Ausdruck kommt. Das energiewirtschaftliche und betriebswirtschaftliche know how wird in wesentlichen Teilen durch das jeweilige Verbundunternehmen in die Gesellschaft eingebracht. Zwischen beiden Unternehmen besteht in der Regel ein Liefervertrag, der den gesamten Fremdbezugsbedarf (oder zumindest einen Teil davon) des REVU oder Stadtwerks abdeckt. Sofern nicht schon aufgrund der Beteiligungshöhe davon ausgegangen werden kann, dass die Unternehmen wechselseitig die Interessen des jeweils anderen Teils berücksichtigen werden und das Beteiligungsunternehmen in der Regel seine Entscheidungen mit Rücksicht auf den gewichtigen Minderheitsgesellschafter treffen wird, bestehen eher geringe Anreize eines Vorlieferanten, mit seinem Beteiligungsunternehmen zu konkurrieren. Denn der Vorlieferant profitiert von dem mit dieser Lieferbeziehung verbundenen festen Absatzkanal. Zudem mangelt es den Stadtwerken und REVUs in der Regel auch an der erforderlichen Flexibilität der (politischen) Entscheidungsstrukturen und an den für substantielle Investitionen erforderlichen Finanzierungsspielräumen. Bislang fehlendes energiewirtschaftliches Know-how kann schwer erworben werden, da Stromhandels- und -vertriebsexperten am Arbeitsmarkt derzeit extrem knapp sind. Zudem verfügen die hier zu prüfenden Energiekonzerne über ein so großes Drohpotential, dass Wettbewerbshandlungen ihrer Beteiligungsunternehmen in der Regel nicht zu erwarten sind. E.ON bzw. RWE können aufgrund ihrer Finanz- und Ressourcenstärke mit der Direktbelieferung von Stromgroßkunden drohen und die Anpassung von Lieferverträgen verweigern. Somit stärken die Beteiligungsunternehmen die Duopol-Mitglieder in deren jeweiligen Stammgebieten.

52. Auf dem Markt für die Belieferung von Weiterverteilern (REVUs und Stadtwerke; ohne Belieferung von „Händlern“ und anderen Verbundunternehmen, vgl. oben) haben E.ON und RWE mitsamt ihren Konzernunternehmen einen gemeinsamen

Marktanteil von rd. 67 % (RWE: rd. ■■■ %, E.ON: rd. ■■■ %), bezogen auf die Gesamtabgabemenge der stromerzeugenden und importierenden inländischen Verbundunternehmen in Höhe von 179.000 GWh an REVUs und Stadtwerke. Der Unternehmensverbund HEW/VEAG/Bewag folgt mit einem Marktanteil von rd. 25 %. EnBW erzielt einen Marktanteil von rd. 8 %.

53. Grundsätzlich wird oligopolistisches Parallelverhalten auf den Märkten für die Strombelieferung wesentlich durch die Homogenität und das geringe Innovationspotential des Produktes Strom begünstigt. Hinzu kommt die Transparenz der Erzeugungskosten und der Verkaufspreise. Die Erzeugungskosten, die die variablen Kosten und damit wesentlich die Angebotspreise determinieren, sind branchenbekannt, da die Energieträger entweder zu Weltmarktpreisen oder bekannten subventionierten Preisen beschafft werden. Auch die fixkostenbestimmenden Kapitalkosten des Kraftwerkbaus sind weithin bekannt. Die Netznutzungskosten, die bei Stromabnahme in Mittel- und Niederspannungsnetzen einen wesentlichen Kostenbestandteil ausmachen, werden größtenteils leicht abzuschätzen sein. Schließlich herrscht auch weitgehende Transparenz hinsichtlich der Endkundenpreise. So legen Stromkunden Preisangebote von Wettbewerbern vor, um günstigere Belieferungspreise bei einem Unternehmen zu erzielen. Somit sind im wesentlichen nur die verwaltungsmäßigen Betriebskosten eines Energieversorgungsunternehmens als intransparent einzustufen.
54. Vor diesem Hintergrund ist von einer kollektiven Marktherrschaft auszugehen. RWE und E.ON bilden ein weitgehend symmetrisches Duopol auf den Strommärkten. Diese Symmetrie reicht weit über die eng beieinander liegenden Marktanteile hinaus. Denn neben den Marktanteilen schafft eine Vielzahl weiterer Faktoren erhebliche Interessenskongruenzen zwischen E.ON und RWE. Als vertikal über alle Stufen der Elektrizitätswirtschaft integrierte Stromunternehmen weisen die beiden Konzerne sehr ähnliche Unternehmensstrukturen auf. Im Vergleich zu ihren Wettbewerbern, die nur zersplitterte Marktanteile erzielen, verfü-

gen RWE und E.ON über erhebliche Ressourcenvorteile (größerer Kraftwerkspark, ausgedehntere Übertragungsnetze, höhere Finanzkraft). Sie verfügen über einen bevorzugten Zugang zu den Beschaffungsmärkten (z.B. langfristige Bezugsverträge mit Kraftwerksbetreibern, Zugang zu günstigen Importen aufgrund konzerneigener Netzkuppelstellen) und bevorzugten Zugang zu den Absatzmärkten aufgrund Jahrzehnte alter Lieferantenbeziehungen. Abgesehen von EnBW unterhalten nur die beiden Duopolisten ein dichtes Vertriebsnetz in großen Teilen Deutschlands.

55. Darüber hinaus bestehen weiterhin Verflechtungen zwischen den Oligopolmitgliedern, die ihre gemeinsame Interessenlage vertiefen und einen vielfältigen wettbewerbsrelevanten Informationsaustausch beinhalten, so dass die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsbeschränkenden Parallelverhaltens erhöht wird.

Im Bereich der Stromweiterverteiler sind die Mitglieder des Oligopols gemeinsam an REVUS (u.a. MEAG, Thüringer Energie AG, Erfurt (TEAG), Überlandwerk Unterfranken AG, Würzburg (ÜWU)) und an zahlreichen Stadtwerken insbesondere in den neuen Bundesländern beteiligt. Daneben besteht eine Reihe von Verflechtungen zwischen RWE und E.ON im Bereich der Stromerzeugung. Zu diesen Gemeinschaftskraftwerken (GKW) zählen die Kernkraftwerke Grundremmingen und Emsland/Lingen, bayerische Wasserkraftwerke sowie die von der STEAG AG betriebenen Steinkohlekraftwerke, an der RWE und E.ON u.a. über die Ruhrkohle (Veba: 37,1 %, VEW: 30,2 %) beteiligt sind.

Diese Verflechtungen betreffen sämtliche Stufen der Elektrizitätswirtschaft und beziehen sich unmittelbar auf die relevanten Strommärkte, auf denen E.ON und RWE eine herausragende Stellung innehaben. Daher ist nicht zu erwarten, dass die Oligopolmitglieder gegeneinander in Wettbewerb zu Lasten ihrer gemeinsamen Investition in den vorgenannten Unternehmen treten werden.

Hinzu kommt, dass die Zusammenarbeit der Oligopolmitglieder in der Deutschen Verbundgesellschaft (DVG), in der sie gegenüber EnBW und HEW/VEAG/Bewag ein höheres Gewicht innehaben, ein zusätzliches Forum für formellen und infor-

mellen Austausch über wettbewerbsrelevante Sachverhalte (Lastflüsse und Lieferströme im Inland, Ex- und Importe) bietet.

Weder die Stromgroßkunden noch die Weiterverteiler vermögen in Anbetracht ihres zersplitterten Nachfragevolumens die Verhaltensspielräume der marktbeherrschenden Anbietergruppe zu relativieren.

56. Innerhalb des Duopols besteht kein wesentlicher Binnenwettbewerb. Aufgrund der weitgehend übereinstimmenden unternehmensbezogenen Strukturmerkmale der Duopolmitglieder, der Produkthomogenität, der Markttransparenz, der geringen Preiselastizität der Stromnachfrage, der eher stagnierenden Gesamtnachfrage nach Strom sowie der symmetrischen Marktpositionen sind preisliche Vorstöße eines Oligopolmitglieds nicht zu erwarten. Sie wären auch leicht erkennbar und aufgrund ähnlicher Vergeltungspotentiale des anderen Oligopolmitglieds wenig erfolgversprechend. In einer Situation, in der preisliche Vorstöße von Oligopolmitgliedern gleich spürbar sind, besteht in der Regel Wettbewerbslosigkeit.

Die seit der Liberalisierung zu beobachtenden Preissenkungen und gewisser Preiswettbewerb zwischen den Marktführern sprechen nicht gegen diese Erwartungen. Die seit der Liberalisierung zu beobachtenden Preissenkungen spiegeln bzw. spiegeln hauptsächlich das Bestreben der marktbeherrschenden Anbieter wider, Newcomer von ihren angestammten Versorgungsgebieten fernzuhalten und industrielle Großkunden sowie Einkaufskooperationen von Stadtwerken zu beliefern, die Abnahmestellen in Gebieten verschiedener Netzbetreiber haben und nun ihre Stromnachfrage zusammenfassen, um günstigere Preise und Konditionen zu erzielen. Hierbei verfügen die Verbundunternehmen über erhebliche Preissenkungsspielräume, da die Umstrukturierung der unter Monopolbedingungen weitgehend von Effizienzüberlegungen befreiten Stromwirtschaft auf allen Ebenen beträchtliche Kostensenkungspotentiale bietet.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Einsatz des zentralen Wettbewerbsparameters Preis nicht durch Wettbewerbshandlungen bestimmt wird, sondern aus oligopo-

listischem Parallelverhalten resultiert. Auch drei Jahre nach der Liberalisierung der deutschen Stromwirtschaft mussten die Verbundunternehmen erst geringe Absatzverluste in ihren angestammten Versorgungsgebieten hinnehmen, wie die Ermittlungen der Beschlussabteilung ergaben.

57. Die Verhaltensspielräume des Oligopols werden nicht durch andere auf den Märkten für die Belieferung von Stromgroßkunden und Stromweiterverteilern tätige Unternehmen wirksam begrenzt.
58. Dies ergibt sich für den Markt für die Belieferung von letztverbrauchenden Stromgroßkunden bereits aus dem hinter dem führenden Duopol zersplitterten Marktanteil. Auf dem Weiterverteilermarkt repräsentieren HEW/VEAG/Bewag und EnBW zwar insgesamt einen Marktanteil von 33 %. Doch ist hier entscheidend zu berücksichtigen, dass der relativ hohe Marktanteil von HEW/VEAG/Bewag (25 %) keine wettbewerbliche Kraft gegen das Duopol entfalten kann, da der Absatz an die Wiederverkäufer in den neuen Bundesländern bis auf einige Ausnahmen (WEMAG, ESAG) ausschließlich an Regionalversorgungsunternehmen geliefert wird, die im Eigentum der Duopolmitglieder stehen (RWE: Envia, MEAG; E.ON: e.dis, TEAG, Teillieferungen an Avacon).
59. Die Möglichkeiten von Außenwettbewerb durch HEW/VEAG/Bewag sowie EnBW gegenüber dem Duopol werden zusätzlich durch Verbindungen in einer Reihe von Gemeinschaftskraftwerken gedämpft. Zu nennen sind hier vor allem die Gemeinschaftskraftwerke Brunsbüttel, Brokdorf, Krümmel und Stade, die HEW gemeinsam mit E.ON betreibt und die die Stromgestehungskosten für beide Konzerne zu einem nicht unerheblichen Teil vereinheitlichen.
60. Vor diesem Hintergrund bewertet die Beschlussabteilung entgegen ihrer Einschätzung im Rahmen des RWE/VEW-Verfahrens im Juli 2000 die letztlich entstandene „neue Kraft“ HEW/VEAG/Bewag nicht mehr als einen ausreichenden, den überragenden Verhaltensspielraum des Duopols begrenzenden Wettbewerbsfaktor.

61. Von EnBW ist auch nach dem Einstieg von EdF nicht zu erwarten, dass sie die Verhaltensspielräume des Duopols wirksam begrenzen kann. Eine signifikante Steigerung ihres Absatzes auf beiden Strommärkten bedeutet aufgrund der stagnierenden Stromnachfrage Absatzverluste für andere Stromversorgungsunternehmen. Solange andere potente Außenwettbewerber fehlen, würde vorstoßender Wettbewerb der EdF/EnBW vor allem die Duopolmitglieder treffen und deren Abwehrreaktion heraufbeschwören. Selbst ein so ressourcenstarkes Unternehmen wie EdF/EnBW dürfte als "Einzelkämpfer" in Kenntnis des Vergeltungspotentials des führenden Duopols keine wettbewerblich riskante offensive Belieferung von Kunden des Duopols anstreben. E.ON sowie RWE könnten ihre Vergeltungsmaßnahmen stark auf dieses Unternehmen konzentrieren.
62. Bei der Vielzahl der verbleibenden Wettbewerber handelt es sich im Vergleich zu den Verbundunternehmen um Unternehmen, deren Vertriebstätigkeit im Bereich der Großkunden und Weiterverteiler sich nahezu ausschließlich auf ihr angestammtes, regional oder lokal begrenztes Versorgungsgebiet beschränkt. Die Entwicklungsmöglichkeiten dieser Unternehmen sind aufgrund ihrer Finanz- und Ressourcenschwäche, ihrer infolge suboptimaler Betriebsgröße hohen Betriebskosten und aufgrund der nicht-wettbewerblichen Ziele ihrer in der Regel kommunalen Eigentümer begrenzt. Zudem beziehen sie ihren Strom größtenteils von einem der Oligopolmitglieder bzw. mit diesen verflochtenen Unternehmen. Schon derzeit geht daher kein relevanter Wettbewerbsdruck von diesen Unternehmen auf die Oligopolmitglieder aus, mit denen sie im übrigen über Jahrzehnte ein von Wettbewerbshandlungen weitgehend ungetrübtes Klima wechselseitig respektierter Versorgungsgebiete verbindet. Die Preise und Konditionen der Oligopolmitglieder bestimmen dementsprechend den Handlungsspielraum dieser Anbietergruppe im Bereich der Belieferung von Stromgroßkunden und Weiterverteilern und nicht umgekehrt.
63. Neu in den deutschen Markt eingetretene Stromhändler, unter denen sich auch ausländische Unternehmen befinden,

haben als Außenwettbewerber gegenüber dem Oligopol bislang keine wesentliche Bedeutung erlangt. Soweit es ihnen überhaupt gelang, Stromgroßkunden zu akquirieren, ist ihr Marktanteil marginal. Fast alle diese neu in den Markt eingetretenen Unternehmen sind beim Vertrieb von Strom weitgehend abhängig von Belieferungen aus der Erzeugung der Oligopolmitglieder. Erschwerend kommt die begrenzte Kapazität der internationalen Netzkuppelstellen hinzu, die ein Ausweichen auf Stromimporte - so sie preiswürdig sind und dem Durchleitungsbegehren der Newcomer nicht die Reziprozitätsklausel entgegengehalten werden kann - begrenzt. Darüber hinaus stellen die von den Oligopolmitgliedern in ihrer Eigenschaft als Netzbetreiber geforderten Entgelte eine gewichtige Markteintrittsbarriere dar, die die generell schon hohen Markteintrittsbarrieren, die aus den Investitionen in den Aufbau eines Vertriebssystems und Werbekosten resultieren, zusätzlich erhöhen. Mit dem US-amerikanischen Unternehmen Enron hat sich zudem der bisher als am ressourcenstärksten eingeschätzte Newcomer aufgrund interner finanzieller Schwierigkeiten vom deutschen Markt zurückgezogen. Der finnische Energiekonzern Fortum, ebenfalls einer der ausländischen Pioniere auf dem liberalisierten deutschen Strommarkt, sieht lt. Pressemeldung (Financial Times Deutschland vom 18. September 2001) in Deutschland angesichts der überlegenen Ressourcen von RWE und E.ON keine wettbewerbliche Zukunft mehr.

64. Schließlich stehen auch keine potentiellen Wettbewerber bereit, die die überragende Marktstellung des Oligopols neutralisieren könnten. Soweit z.B. Handelsunternehmen, die in anderen Geschäftsfeldern über flächendeckende Vertriebsstrukturen sowie Vertriebs-Know-how zur Belieferung von Endkunden verfügen, in die Strommärkte eindringen, sind auch sie weitgehend auf die Stromlieferung der Oligopolmitglieder angewiesen.
65. Es ist auch festzustellen, dass die vertikale Integration in der Stromwirtschaft in hohem Tempo zugunsten des Duopols fortschreitet. Von den 60 Beteiligungserwerben, die die inländischen Verbundunternehmen seit dem

1. Januar 2000 getätigt haben, entfallen allein 40 auf das Duopol.

66. Aus heutiger Sicht ergibt die gebotene Gesamtschau der Auswirkungen der strukturellen Wettbewerbsbedingungen auf den Strommärkten nach Auffassung der Beschlussabteilung, dass kein wesentlicher Wettbewerb unter den Duopolisten und gegenüber den Duopolisten besteht. Die tatsächliche Entwicklung der Strommärkte lässt die Entstehung eines die überragende Stellung des Oligopols ausschließenden Wettbewerbs nicht erwarten.

B. IV. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung  
des Duopols

67. Das Zusammenschlussvorhaben verstärkt die Stellung des marktbeherrschenden Duopols auf dem Markt für die Belieferung von industriellen/gewerblichen Stromgroßkunden und von Stromweiterverteilern. Bereits das Duopolmitglied RWE verfügt mit ihrer Tochtergesellschaft RWE Gas und dem Gasimportunternehmen Thyssengas, über die RWE Gas einen (mit)beherrschenden Einfluss ausübt, über ein starkes Gewicht auf dem inländischen Gasmarkt. Mit dem geplanten Zusammenschluss erlangt nun das andere Duopolmitglied E.ON einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf den mit Abstand bedeutendsten inländischen Erdgasimporteure und -lieferanten. Gaskraftwerke in GuD-Technik gelten nach verbreiteter Einschätzung aufgrund ihrer gegenüber Steinkohle- und Braunkohle-Kraftwerken geringeren Investitionskosten, ihrer höheren Umweltverträglichkeit (günstigere CO<sub>2</sub>-Emissionswerte im Vergleich zu anderen fossilen Brennstoffen) und ihres besseren Wirkungsgrades als aussichtsreichster Kraftwerkstyp der Zukunft bei anfallenden Ersatzinvestitionen in einen bestehenden inländischen Kraftwerkspark oder beim Aufbau zusätzlicher Kraftwerkskapazität im Mittellast- und oberen Grundlast-Bereich (vgl. vor allem den jüngst vorgelegten „Energiebericht“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie - Stand Oktober 2001 - Seiten 9, 14, 42 sowie Seiten 44 ff - dort unter Hinweis auf die Szenarien zweier im Auftrag des BMWi erarbeiteten Studien -; vgl.

aber auch die von der beigeladenen Wingas vorgelegte Esso-Energie-Prognose 2001 sowie die ebenfalls vorgelegte CERA-Energie-Studie). Bei einer adäquaten Preisstellung für Erdgas würden deshalb zukünftige Neuinvestitionen in Kraftwerke vor allem in GuD-Kraftwerke getätigt werden. Damit gewinnt das marktbeherrschende Duopol - da als von Strominteressen unabhängiger überregionaler Gasanbieter nur Wingas übrig bliebe - mit dem Einfluss auch auf Ruhrgas zusätzliche wettbewerbliche Verhaltensspielräume gegenüber den übrigen inländischen etablierten Stromerzeugern und vor allem gegenüber den unabhängigen Stromerzeugern (IPP), die unter Nutzung der Primärenergie Erdgas insbesondere letztverbrauchende Stromgroßkunden und Stromweiterverteiler als Kunden aus derartigen Kraftwerken beliefern und umwerben können. So kann einmal das Preisgefüge für Kraftwerksgas angehoben werden. Dies ginge, da E.ON/Ruhrgas und RWE/Thyssengas auf beiden Seiten des Weiterverteilergeschäfts vertreten sind, in erster Linie zu Lasten der Stromwettbewerber. Zum anderen können jedoch IPPs, die über kein eigenes Gasleitungsnetz verfügen, durch ein hohes Durchleitungsentgeltniveau und durch komplizierte sonstige Durchleitungskonditionen im Wettbewerb nachhaltig behindert werden. Dies stärkt die marktbeherrschende Stellung des Duopols.

Es kann dahinstehen, ob den Ausführungen von E.ON in ihrem Schreiben vom 6. November 2001 zuzustimmen ist, dass auf dem Stromerzeugungssektor gegenwärtig Überkapazitäten bestünden. Ersatzinvestitionen in den Kraftwerkspark, vor allem als Folge bereits erfolgter und zu erwartender weiterer Stilllegung älterer Steinkohlekraftwerke, werden jedenfalls bereits bis Ende dieses Jahrzehnts erwartet (vgl. insoweit die von der beigeladenen Enron mit Schreiben vom 28. November 2001 übersandte Stellungnahme von "frontier economics" unter Hinweis auf eine EWI/Prognose-Studie und weitere Quellen). Auch der größte inländische Kraftwerksbetreiber RWE geht von einem „in den nächsten Jahren“ zu erwartenden Kraftwerkersatzbedarf aus (vgl. Stellungnahme der beigeladenen RWE vom 5. Dezember 2001, S. 5/6). Bei einem Genehmigungs- und Fertigstellungsverlauf von neuen Großkraftwerken ab Investitionsentschei-

derung von fünf bis sechs Jahren fallen derartige wettbewerbsrelevante Entscheidungsprozesse auch durchaus in den dem Bundeskartellamt eingeräumten Prognosezeitraum. Dies gilt vor allem deshalb, weil die Modalitäten für den Bezug des von einem GuD-Kraftwerk benötigten Gases als wichtiger Bestandteil einer Rentabilitätsberechnung regelmäßig vor der Investitionsentscheidung für ein Kraftwerk vertraglich gesichert sein müssen. Allerdings ist mit den Ausführungen von E.ON in ihrem Schreiben vom 6. November 2000 davon auszugehen, dass die Errichtung von Kraftwerkskapazitäten mit Gas als Primärenergie für den Einsatz im oberen Grundlast- und im Mittellast-Bereich, der für die Belieferung von Weiterverteilern und industriellen Großkunden durch IPPs entscheidend ist, aufgrund des derzeitigen Gaspreisniveaus nicht wirtschaftlich ist. Das Gaspreisniveau wird derzeit wesentlich von der Anbindung an den Heizölpreis bestimmt. Von der beigeladenen Concord Power GmbH, die derzeit in fortgeschrittenem Stadium das Projekt der Errichtung eines GuD-Grundlast-Großkraftwerks am Standort Lubmin in Partnerschaft mit dem deutschen Stromverbundunternehmen EnBW verfolgt, ist dazu vorgetragen worden, dass sich in von ihr bereits aufgenommenen Verhandlungen mit Erdgas-Lieferanten konkret die Möglichkeit abzeichne, für Kraftwerksgas eine andere Indexierung als die Heizölpreisbindung zu erreichen. In den Verhandlungen würden Preisgleitmechanismen diskutiert, die einen direkten Bezug zum Zielmarkt der Stromerzeugung hätten. Dies werde mit dem Interesse der Erdgasförderer begründet, in dem Marktsegment "Erdgaseinsatz in Kraftwerken", das als letztes noch Wachstumspotential aufweise, Fuß zu fassen.

Die Beschlussabteilung hält diese Argumentation für plausibel (vgl. z.B. auch Bericht des Handelsblattes vom 9. Januar 2002, nach dem "RWE und andere" nun auch Tarife anbieten, die nicht an den Heizölpreis gebunden sind). Für diese Entwicklung spricht auch ein weiteres ebenfalls bereits in fortgeschrittenem Stadium befindliches Projekt der Errichtung eines 780 MW-GuD-Kraftwerks im Chemiepark Knapsack, Hürth, durch den europaweit tätigen GuD-Kraft-

werksprojektor und -betreiber Inter Gen Ltd., London, einem Gemeinschaftsunternehmen der niederländischen Shell und des Anlagenbauers Bechtel aus den USA (vgl. z.B. Bericht der Kölnischen Rundschau vom 9. Mai 2001). Sie geht deshalb davon aus, dass das Eigeninteresse der Erdgaslieferanten an der Ausweitung des Einsatzes von Erdgas im Kraftwerksbereich dazu führen wird, dass die Preise für Kraftwerksgas sich mittelfristig an den Kosten für die Stromerzeugung, d.h. an den für Strom am Markt erzielbaren Preisen orientieren wird.

Der Einsatz von Erdgas im Kraftwerksbereich wird auch entscheidend durch die Maßnahme der Bundesregierung gefördert, hocheffiziente GuD-Anlagen mit einem Wirkungsgrad von 57,5 % für fünf Jahre von der Erdgassteuer zu befreien. Zwar gilt die derzeitige Regelung nur für GuD-Kraftwerke, die bis 31. Dezember 2003 ihren Betrieb aufgenommen haben, und kann damit aufgrund der 5-6 jährigen Planungs- und Investitionsphase eines GuD-Kraftwerks von Projektoren nicht mehr genutzt werden. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass derzeitige Verhandlungen der Bundesregierung mit der EU-Kommission über eine Regelung, die Investitionen in hocheffiziente GuD-Kraftwerke für zehn Jahre von der Erdgassteuer zu befreien, sofern diese innerhalb von 39 Monaten nach Veröffentlichung der neuen Regelung ans Netz gehen, erfolgreich abgeschlossen werden. (vgl. Energiebericht des BMWi a.a.O., S. 27).

Ist Kraftwerksgas aber zu adäquaten Preisen zu erhalten, besteht auch die Chance, dass von der Verbundwirtschaft unabhängige Stromerzeuger auf den Märkten für die Belieferung von industriellen/gewerblichen Stromgroßkunden und von Stromwiederverkäufern Wettbewerbspotential aufbauen. Da allerdings die Belieferung von für den Betrieb von GuD-Kraftwerken benötigten Gasmengen bzw. ihr Transport von anderen Gaslieferanten an Ort und Stelle ohne die Mitwirkung des überragenden inländischen Gasdienstleisters Ruhrgas kaum möglich ist, ist die möglichst weitgehende Unabhängigkeit der Ruhrgas vom Einfluss der etablierten Stromerzeuger von äußerster Wichtigkeit. Die durch das Zusammenschlussvorhaben verursachte Verbindung zwischen E.ON und Ruhrgas mit den damit verbundenen

Einflussmöglichkeiten würde die Chance auf diese Art von Wettbewerb von vornherein dämpfen, einen Entmutigungseffekt bei potentiellen Investoren auslösen und damit die marktbeherrschende Stellung des Duopols E.ON/RWE stärken. Das gilt grundsätzlich auch für die dem marktbeherrschenden Duopol gegenüberstehenden Außenwettbewerber (z.B. die „neue Kraft“ HEW/VEAG/Bewag und EnBW). Ihre Chance, mit GuD-Kraftwerken gegenüber dem Duopol wirksamen Außenwettbewerb zu entfalten, wird ebenfalls verringert. Gegenüber der Bewag, die als einziges deutsches Verbundunternehmen bereits jetzt Strom in erheblichem Maße aus Gas erzeugt (derzeit ca. 25 %) würden E.ON/Ruhrgas durch das Zusammenschlussvorhaben bereits jetzt erhebliche Verhaltensspielräume bei der Gaspreisgestaltung eröffnet. Dies schwächt den Außenwettbewerb gegenüber dem marktbeherrschenden Duopol ebenfalls.

68. Würde man entgegen der Auffassung der Beschlussabteilung derzeit nicht von der überragenden Marktstellung eines aus E.ON und RWE gebildeten Duopols auf den Märkten für die Belieferung von Stromgroßkunden und Weiterverteilern ausgehen, würde der Umstand, dass nach dem Zusammenschluss nur E.ON und RWE, nicht aber der Außenwettbewerb, darunter in erster Linie die neue Kraft HEW/VEAG/Bewag sowie EnBW, über einen strukturell abgesicherten Zugang zu der Zukunfts-Primärenergie Gas verfügen, jedenfalls den letzten Baustein für die Entstehung eines marktbeherrschenden Duopols darstellen. Gerade der größte Außenwettbewerber des Duopols, die neue Unternehmenseinheit HEW/VEAG/Bewag, mit einem Unternehmensteil (HEW), in dem mit dem Auslaufen der Nutzbarkeit der (mit-)betriebenen Kernkraftwerke am ehesten Ersatzinvestitionen in Kraftwerke auf GuD-Basis zu erwarten wären, und einem Unternehmensteil (Bewag), der bereits heute in erheblichem Umfang Gas als Primärenergie für seine Stromerzeugung nutzt, wäre in seinen Wettbewerbschancen gegenüber dem Duopol von vornherein eingeschränkt. Gleiches gilt auch für EnBW.

C. Auswirkung der von E.ON angebotenen Auflagen

69. Die von E.ON angebotenen Auflagen zur Vermeidung einer Untersagungsverfügung sind nicht geeignet, die durch den Zusammenschluss bewirkten Verstärkungen marktbeherrschender Stellungen auf den Gasmärkten und den Strommärkten zu beseitigen oder aufzuwiegen. Durch die Auflagen würde keine der festgestellten Verstärkungswirkungen im Gas- und Strombereich beseitigt. Die Zusagen zur Verbesserung des Durchleitungswettbewerbs haben zudem mit ihrer Begrenzung auf die E.ON-Konzerngesellschaften Schleswig, Heingas/HEW, Hansegas und Avacon von vornherein nur eine sehr begrenzte geographische Reichweite. Die ersten drei dieser Auflagen sind im Hinblick auf Schleswig, Heingas/HGW und Hansegas auch bereits verbraucht, da sie in einem früheren Fusionskontrollverfahren (E.ON/HGW, B 8 - 132/01) bereits Bestandteil der dortigen Freigabeentscheidung waren. Die Inhalte der angebotenen Durchleitungsaufgaben sind im übrigen z.T. bereits Gegenstand der Verbändevereinbarung Gas und ihrer Nachträge oder zumindest in ihnen projektiert (z.B. Speicherzugang, Lastprofile zur Versorgung von Gaskleinkunden, Bilanzausgleich). Eine Bewertung im einzelnen kann aber unterbleiben, da Durchleitungsaufgaben ohne Einbeziehung des größten inländischen Gasunternehmens Ruhrgas von vornherein nicht ausreichend gewichtig sind, um die durch das Zusammenschlussvorhaben auftretenden schwerwiegenden Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen auf Gasmärkten zu kompensieren. Die von E.ON angebotene Veräußerung von Beteiligungen an Bayerngas, GASAG und VNG haben kaum wettbewerbliche Auswirkungen, da die Beteiligungen der Ruhrgas an diesen Unternehmen (Bayerngas: 22 %, GASAG: 11,95 %, VNG: 36,8 %) bestehen blieben. Insbesondere sind sie in keiner Weise geeignet, die für Ruhrgas absatzsichernde Wirkung des Zusammenschlussvorhabens abzumildern oder gar zu beseitigen. Auf die von der Beschlussabteilung festgestellte Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen auf den Strommärkten haben die angebotenen Auflagen überhaupt keine ausgleichenden Wirkungen.

Eine Freistellung des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens unter den angebotenen Auflagen kam daher nicht in Betracht.

D. Keine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen durch das Zusammenschlussvorhaben

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

VI. Gebühren

xxx

VII. 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-Str. 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Vieth

Appel

Wieneke