

Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-2 Kart 7/04 (V)

Datum: 06.06.2007
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-2 Kart 7/04 (V)

Tenor: Die Beschwerden der Beteiligten gegen die Verfügung des Bundeskartellamts vom 12. September 2003 (B 8 – Fa – 21/03) werden zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird für die Beteiligten zugelassen.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die in diesem Verfahren zur zweckentsprechenden Erledigung notwendigen Kosten des Bundeskartellamts und der Beigeladenen werden den Beteiligten zu je einem Viertel auferlegt.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

I.

Aufgrund notariellen Kauf- und Abtretungsvertrags vom 28.3.2003 beabsichtigt die Beteiligte zu 2 (X.) zum Nennbetrag von 975.000 EUR den Erwerb eines Drittels der Geschäftsanteile an der Beteiligte zu 4 (Stadtwerke E. GmbH). Auf den Gesellschaftsvertrag und den Konsortialvertrag wird verwiesen (Anlagen BF 45 und 46).

Die Beteiligte zu 2 (X.) betätigt sich in Teilen von H., N. und O. als regionaler Stromversorger und nach Verschmelzung der M. GmbH mit Wirkung vom 1.1.2003 auch bei der Gasversorgung. Über Mehrheitsbeteiligungen an der X. W... GmbH und der X. P... GmbH nimmt X. zudem an der Wasser- und Wärmeversorgung teil. Strom bezieht X. von Y.-Konzernunternehmen. Der Gasbedarf wird durch Lieferungen der G. GmbH, F., gedeckt. X. versorgt damit Stadtwerke und Endverbraucher (Großkunden sowie Haushalts- und Kleingewerbekunden). 2002 erzielte X. einen Umsatzerlös von rund 880 Mio EUR. Die Beteiligte zu 1 (Y. E... AG), ein 100 %iges Tochterunternehmen der Y. AG in D., hält 73 % des Aktienbestandes an X..

Die Beteiligte zu 4 (Stadtwerke E. GmbH) ist von der Beteiligte zu 3 (Kreisstadt E.) gegründet worden und steht in deren alleinigem Anteilsbesitz. Die Stadtwerke E. beliefern die Kreisstadt E., umliegende Gemeinden und zwei private Energieversorger mit Strom (Elektrizitätswerk WS. KG, W., sowie Elektrizitätswerk R. GmbH, E.). Sie sind Mitglied der Gesellschaft für kommunale Kooperation (GKK), die für regionale Elektrizitätsversorger Stromeinkäufe vermittelt. Bislang bezogen die Stadtwerke E. Strom nahezu ausnahmslos von X.. Daneben versorgen sie die Stadt E. (nebst Ortsteilen) und einen Teil der Stadt W. mit Gas. Gaslieferant ist die G. GmbH, F. Im Bereich von E. verlaufen ausschließlich Gasleitungen der G.. Im Jahr 2001 setzten die Stadtwerke E. (unter Einbeziehung der Geschäftsfelder Wasser- und Wärmelieferungen) knapp 27 Mio EUR um.

Im Januar 2003 meldete die Beteiligte zu 1 (Y. E... AG) die Beteiligung der X. an den Stadtwerken E. beim Bundeskartellamt an. Durch Verfügung vom 12.9.2003 (B 8 – Fa – 21/03) untersagte das Amt den Zusammenschluss und begründete dies damit, die Beteiligung verstärkte marktbeherrschende Stellungen beim Absatz von Elektrizität, und zwar auf den Märkten für die Belieferung von Weiterverteilern und von industriellen/gewerblichen Großkunden mit Strom. Auf den genannten Märkten bildeten die Konzerne Y. und Z. ein marktbeherrschendes Duopol.

Auf dem Weiterverteilungsmarkt werde auch durch eine Minderheitsbeteiligung des Konzernunternehmens X. die Marktstellung von Y. verstärkt, da – so das Ergebnis einer Auswertung des Konsortialvertrages durch das Bundeskartellamt – aufgrund der Beteiligung zu erwarten sei, dass die Stadtwerke E. beim Einkaufsverhalten auf die Absatzbelange der X.

Rücksicht nähmen und dadurch deren bisherige Lieferantenposition festigten. Dies übe auf potentielle Wettbewerber eine entmutigende Signalwirkung aus. Außerdem setzten die Konzerne Y. und Z. im Sinn einer Absatzsicherungsstrategie zunehmend vertikale Beteiligungen an Regionalversorgungsunternehmen und Stadtwerken zur weiteren Festigung ihrer Marktstellungen ein.

Auch auf dem Großkundenmarkt trete eine Verstärkungswirkung ein, denn bei einem Zusammenschluss gerieten die darauf entfallenden Marktanteile der Stadtwerke E. ebenfalls unter die Kontrolle des Duopols. 8

Darüber hinaus werde durch den Zusammenschluss auf dem in Betracht zu ziehenden Gasmarkt eine marktbeherrschende Stellung der G. GmbH verstärkt. Die G. beherrsche aufgrund ihres Leitungsnetzes im Bereich von E. schon jetzt den regionalen Markt für die Belieferung von Weiterverteilern mit Gas. Nach einem Zusammenschluss werde sich X. im Sinne einer Konsolidierung der Marktbeherrschung erwartungsgemäß dafür einsetzen, dass die Stadtwerke E. Gas weiterhin von der G. bezögen. Dass dadurch die marktbeherrschende Stellung eines am Zusammenschluss unbeteiligten Dritten gestärkt werde, sei einer Untersagung nicht abträglich. Denn an der G. (wie an X.) sei der Y.-Konzern beteiligt (über eine Beteiligung von Y. am Gesellschafter R2. E... -AG der G. sowie dadurch, dass an der Gesellschafterin M2. AG das Y.-Konzernunternehmen T. AG, ..., beteiligt ist). Davon abgesehen beziehe die G. etwa drei Viertel ihres Gasbedarfs von der Y./R2. AG. 9

Zugesagte Kompensationen bewertete das Bundeskartellamt als ungenügend. 10

Die Städtischen Werke AG K. wurden vom Bundeskartellamt beigeladen, da sie sich ebenfalls um einen Anteilserwerb an den Stadtwerken E. beworben hatten. 11

Die Beteiligten haben gegen die Verfügung des Bundeskartellamts Beschwerde erhoben. Auf dem Elektrizitätssektor stellen sie eine Beherrschung des Weiterverteilerver- und des Großkundenmarktes durch ein aus den Konzernen Y./Z. bestehendes Duopol sowie eine Verstärkung durch das Zusammenschlussvorhaben in Abrede. Die Beteiligten beanstanden, das Bundeskartellamt habe seiner Entscheidung fehlerhaft inaktuelle Marktdaten aus dem Jahr 2001 und früher (namentlich die bei seinen Entscheidungen in Sachen Y./B.... und Y./G.... herangezogenen Marktverhältnisse) zugrunde gelegt. Die – so machen die Beteiligten geltend – jedenfalls seither maßgeblich, und zwar hin zu einem effektiven Wettbewerb, veränderten Marktverhältnisse seien nicht ermittelt worden. Demnach habe das Bundeskartellamt die aktuellen Marktanteile von Y. und Z. unzutreffend beziffert. Auch bestehe unter den Konzernen Y. und Z. in Wahrheit wesentlicher Wettbewerb. Dasselbe habe im Außenverhältnis zu gelten. Namentlich auf dem Markt für die Belieferung von Weiterverteilern wirke sich der Zusammenschluss im Übrigen nur marginal aus. Keinesfalls würden dadurch die Marktverhältnisse strukturell nachteilig verändert. 12

Auf dem Gasmarkt für die Belieferung von Weiterverteilern verneinen die Beteiligten eine beherrschende Stellung der G.. Sie meinen zudem, mit der marktbeherrschenden Stellung eines Drittunternehmens und deren Verstärkung dürfe die Untersagung eines Zusammenschlusses nicht begründet werden. 13

Wettbewerbliche Restbedenken seien durch die angebotenen Kompensationen als ausgeräumt anzusehen. 14

Während des Beschwerdeverfahrens führte das Bundeskartellamt, bezogen auf die Jahre 2002 und 2003/2004, weitere Marktdatenerhebungen auf dem Elektrizitätssektor durch (letztenannte auf den Beschluss des Senats vom 6.10.2005, GA 762 f.; vgl. den Auskunftsbeschluss nach § 59 GWB als Anlage 32 a zum Schriftsatz des Bundeskartellamts vom 15.3.2003). 15

Beruhe die angefochtene Verfügung bei den in Betracht gezogenen Strommärkten bislang auf der herkömmlichen räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung (Ebenen der Verbundunternehmen/Stromerzeuger und -importeure, der regionalen und lokalen Weiterverteilerver sowie der Endkunden – industrielle/gewerbliche Großkunden sowie Kleinkunden), so hat das Bundeskartellamt diese aufgrund der Auswertung der auf die Jahre 2003 und 2004 bezogenen Marktuntersuchung nunmehr modifiziert. Das Amt geht wegen zwischenzeitlicher Veränderungen auf dem Stromhandelssektor nunmehr von sachlich abzugrenzenden Märkten auf einer Erzeugungsstufe, einer Distributionsstufe und einer Endkundenstufe aus (vgl. insbesondere Anlage 32 zum Schriftsatz des Bundeskartellamts vom 15.3.2006 und Anlage A zum Schriftsatz vom 30.11.2006). Auf der Distributionsstufe grenzt das Amt einen sachlichen Markt für den erstmaligen Absatz von Elektrizität ab. Nach seiner Auffassung sind die Konzerne Y. und Z. beim 16

Erstabsatz von Strom sowie auf dem Markt für den Elektrizitätsabsatz an industrielle und gewerbliche Großkunden als Duopol marktbeherrschend. Den Erstabsatzmarkt und den Großkundenmarkt betrachtet das Bundeskartellamt als durch die Stromerzeugung determiniert, da der Elektrizitätshandel von einer entsprechenden Stromerzeugung abhängig sei. Die Stromerzeugung werde von den Konzernen Y. und Z. duopolistisch beherrscht. Den Ansatz der angefochtenen Verfügung, dass die betreffenden Märkte in geographischer Hinsicht bundesweit abzugrenzen seien, behält das Bundeskartellamt hingegen bei.

Die Beteiligten bekämpfen die räumliche und die sachliche Marktabgrenzung des Amtes. Sie streben in räumlicher Hinsicht eine europaweite Marktabgrenzung an und verneinen eine Marktbeherrschung durch ein Duopol sowie deren Verstärkung durch die Freigabe des Zusammenschlussvorhabens. Sie bemängeln das Fehlen einer umfassenden Klärung der Marktverhältnisse auf dem Stromhandelsmarkt (Distributionsstufe) und bestreiten die vom Bundeskartellamt zugrunde gelegten Stromerzeugungskapazitäten sowie die Erzeugungsanteile einschließlich der für einen Erstabsatz zur Verfügung stehenden Elektrizitätsmengen, ferner die Richtigkeit der auf die Jahre 2003 und 2004 abstellenden Marktdatenerhebung und der Datenauswertung (GA 983, 995). Nach Meinung der Beteiligten ist bei funktionierenden Preisbildungsmechanismen auf den in Betracht zu ziehenden Elektrizitätsmärkten eine allenfalls mäßiggradige Konzentration festzustellen.

Die Beteiligten beantragen,

die angefochtene Verfügung aufzuheben.

Das Bundeskartellamt beantragt,

die Beschwerden zurückzuweisen.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Das Bundeskartellamt und die Beigeladene verteidigen die angefochtene Verfügung und die Begründung.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen.

II.

Die Beschwerden sind unbegründet.

Das Bundeskartellamt hat die Beteiligung der X. an der Stadtwerke E. GmbH nach § 36 Abs. 1 GWB mit Recht untersagt. Die Beteiligung führte zu einer Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auf den Absatzmärkten für Elektrizität und Gas. Die vom Bundeskartellamt vorgetragene Ergebnisse der in der Zeit vom 29. bis 31.5.2006 bei Y.-Konzernunternehmen durchgeführten Durchsuchungen sind der Beschwerdeentscheidung nicht zugrundegelegt worden.

1. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf Strommärkten:

a) Aufgrund des Vorhabens der X., Geschäftsanteile an der Stadtwerke E. GmbH zu erwerben, ist der Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 b GWB gegeben. Es sollen von X. 33 % der Geschäftsanteile an den Stadtwerken E. erworben werden.

b) Der Zusammenschluss lässt erwarten, dass sich die marktbeherrschende Stellung, welche die Y. AG, ..., gemeinsam mit der Z. AG, ..., im Sinn eines Duopols auf Märkten für den Absatz von Strom innehat (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, S 2 GWB), verstärken wird. Das Konzern-Mutterunternehmen Y. AG und X. sind nach § 36 Abs. 2 GWB als einheitliches Unternehmen anzusehen. Denn X. wird nach § 17 Abs. 1 AktG von der Y. E... AG (der Beteiligten zu 1) beherrscht, die 73 % des Aktienbestandes der X. auf sich vereinigt und infolgedessen einen beherrschenden Einfluss auf diese ausüben kann. Die Y. E... AG wird ihrerseits von der Muttergesellschaft Y. AG, der sie vollständig gehört, beherrscht.

aa) Sachlich betroffen sind die Märkte für den Erstabsatz von Elektrizität und für den Absatz von Strom an industrielle und gewerbliche Großkunden. Der räumlich relevante Markt ist in beiden Fällen bundesweit abzugrenzen. Die Marktabgrenzung beruht auf der das Jahr 2003 betreffenden Marktdatenerhebung des Bundeskartellamts auf den Elektrizitätsmärkten. Im Ergebnis ist der Beurteilung des Bundeskartellamts danach zuzustimmen. Die Erkenntnisse der Marktdatenerhebung für das Jahr 2004 sind dabei lediglich unterstützend herangezogen worden. Die Erhebung ist nur deswegen veranlasst gewesen, weil sich aus ihr jene von den Beteiligten behaupteten und für eine wettbewerbliche Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses sprechenden aktuellen Marktverhältnisse ergeben konnten, die sich eigneten, die angefochtene

Verfügung unbegründet erscheinen zu lassen. Jedoch ist das Gegenteil der Fall. Das Ergebnis der Marktdatenerhebung für 2004 widerspricht nicht den in den Vorjahren gewonnenen Erkenntnissen, sondern bestätigt sie.

Die jüngsten Datenerhebungen des Bundeskartellamts lassen deutlich werden, dass die hergebrachte Marktabgrenzung auf dem Elektrizitätssektor schon 2003 teilweise nicht mehr zutreffend war. Herkömmlicherweise bildeten im Sinn einer vertikalen Gliederung eine erste, bundesweit abzugrenzende Marktstufe die stromerzeugenden und -importierenden Unternehmen (namentlich die heutigen Verbundunternehmen Y. AG, Z. AG, V. AG, W2 AG und deren Vorgänger sowie andere inländische Stromerzeuger und -importeure), denen auf einer zweiten Stufe, einem bundesweiten Weiterverteilermarkt, regionale Stromversorgungsunternehmen und lokale Weiterverteiler (insbesondere Stadtwerke) als Nachfrager gegenüberstanden. Auf einer dritten Marktstufe fragten Endkunden einen Strombezug von weiterverteilenden Unternehmen nach. Als – wegen unterschiedlichen Abnahmeverhaltens – jeweils gesonderte Endkundenmärkte wurden die Belieferung von Kleinkunden (nicht leistungsgemessene Haushalts-, Kleingewerbe- sowie landwirtschaftliche Kunden - Kleinkundenmarkt, räumlich begrenzt auf das Netzgebiet des jeweiligen Weiterverteilers) und die Belieferung von (leistungsgemessenen) gewerblichen/industriellen Großkunden (bundesweiter Großkundenmarkt) betrachtet.

32

aaa) Nach Maßgabe der insoweit außer Streit stehenden Ermittlungen des Bundeskartellamts sind auf den erstgenannten Marktstufen seit dem Jahr 2000 erhebliche Veränderungen eingetreten. So entwickelte sich auf der Erzeugungs- und Importebene die Zahl der damals acht Verbundunternehmen durch Zusammenschlüsse bereits 2003 auf vier verbleibende Unternehmen zurück (Y. AG, Z. AG, V. AG, EnBW AG). Zeitgleich erwarben die Verbundunternehmen zunehmend Minderheitsbeteiligungen (zwischen 10 und 49,9 %) an regionalen und lokalen Stromversorgungsunternehmen (insbesondere Stadtwerken). Im Jahr 2000 hielten Y. 90 und Z. 35 Minderheitsbeteiligungen (insgesamt 125) an knapp 900 regionalen und lokalen Stromversorgern in Deutschland. Ende 2002 waren es 134 bei Y. und 59 bei Z. (insgesamt 194). Im Jahr 2004 nahmen solche Beteiligungen auf mehr als 200 weiter zu (Y. 134, Z. 70). Mehrheitsbeteiligungen in geringerer Zahl sind hinzuzurechnen. Unterdessen nehmen Y. und Z. bei annähernd 70 % der Stromversorgungsunternehmen, an denen sie Minderheitsbeteiligungen halten, gleichzeitig die Position des Stromlieferanten ein. Auf einer in sachlicher Hinsicht nach wie vor im hergebrachten Sinn zu definierenden und vom Bundeskartellamt zugrundegelegten ersten Marktstufe hat – bei sich verstärkender vertikaler Integration – der früher schon vorhandene Konzentrationsgrad daher nicht ab-, sondern deutlich zugenommen.

33

bbb) Zugleich hat auf der Verteilungsstufe (zweite Marktstufe) der Stromhandel an Bedeutung gewonnen. So gründeten die Verbundkonzerne eigene Handelsunternehmen, die neben konzerneigenen Regionalversorgern auf der Großhandelsstufe Strom an Weiterverteiler sowie unabhängige Händler vertreiben. Außerdem bündelten regionale und lokale Stromversorger ihren Bedarf und schlossen sich zu Einkaufsgemeinschaften zusammen, wobei auch dadurch weitere Konzentrationswirkungen hervorgerufen wurden. Derartige Einkaufsgemeinschaften sowie größere Stadtwerke handeln über eine bloße Eigenbedarfsdeckung hinaus neben unabhängigen und Konzernhandelsunternehmen ihrerseits mit Elektrizität. Weiterverteiler und Stromhändler treten demnach nicht nur als Nachfrager gegenüber Erzeugern, sondern zugleich als Anbieter gegenüber anderen Handelsunternehmen und Weiterverteilern auf. Parallel dazu veränderte sich nach 2002 auch die Angebotsstruktur. Vermehrt wurden differenzierte Bezugsverträge über verschiedene Lastbereiche (Grund-, Mittel-, Spitzenlast) mit unterschiedlichen Laufzeiten angeboten, ersichtlich nachgefragt und abgeschlossen. Gleiches gilt mit Rücksicht auf integrative Versorgungs- und Systemlösungen (z.B. Contracting-Leistungen). Handelsplätze und -formen sind die Leipziger Strombörse EEX, Internet und Telefon, Spot- und Termingeschäfte, aber auch sog. OTC- (Over-The-Counter) Geschäfte.

34

Bei der Weiterverteilung von Strom haben sich mithin die Absatzformen und -kanäle, die Bezugsmöglichkeiten und die Zahl der Akteure erweitert. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt mit Recht davon abgesehen, die zweite Marktstufe weiterhin als solche für einen Absatz von Elektrizität an nachfragende regionale Stromversorgungsunternehmen und lokale Weiterverteiler (insbesondere Stadtwerke) zu definieren. Die klassische Marktabgrenzung reicht nicht mehr aus, die veränderten Marktverhältnisse vollständig zu erfassen. Die zweite Marktstufe ist – mit gewissen Unschärfen, aber hinreichend differenziert – aufgrund dessen richtigerweise als eine in räumlicher Hinsicht bundesweit abzugrenzende mehrschichtige Verteilungs- oder Distributionsstufe zu bezeichnen, auf der Weiterverteiler im herkömmlichen Sinn

35

(Regionalversorger und Stadtwerke), Stromhandelsunternehmen und die Verbundunternehmen selbst (diese durch von ihnen beherrschte Stadtwerke, Regionalversorger und eigene Handelsunternehmen) unabhängig davon, ob sie über eine eigene Verteilnetzstruktur verfügen, als Anbieter beim Verkauf von Elektrizität (genauer gesagt: von Strombezugsrechten) an andere, der Distributionsstufe angehörige Unternehmen und Endkunden tätig sind.

Aus den dargestellten Veränderungen ist freilich auf keinen Wettbewerbszuwachs bei der Stromverteilung zu schließen. Zwar sind bei der vom Bundeskartellamt unternommenen Bestimmung die Marktanteile der Verbundunternehmen zu Gunsten derjenigen von Händlern seit dem Jahr 2000 kontinuierlich rückläufig (s. Anlage 32 zum Schriftsatz des Bundeskartellamts vom 15.3.2006, S. 26). Doch werden die Marktanteile der Verbundunternehmen dadurch nicht zutreffend abgebildet. Strommengen lassen sich auf der Distributionsstufe mit zumutbarem Aufwand nicht verlässlich bestimmten Lieferanten und Abnehmern zuordnen, da Weiterverkaufsgeschäfte vorkommen und ohne eine Überprüfung jedes einzelnen auf dieser Stufe getätigten Geschäfts nicht festgestellt werden kann, ob eine Liefermenge unmittelbar zur Bedarfsdeckung des Abnehmers eingesetzt oder von diesem weiterverkauft worden ist. Ohne eine solche Überprüfung kommt es unabwendbar zu verfälschenden Mehrfachzählungen derselben Mengen mit der Folge einer überzeichneten Darstellung des tatsächlich gehandelten und an Endkunden gelangten Stromvolumens – und infolgedessen auch zu einer Unterzeichnung der von den Verbundunternehmen gehaltenen Marktanteile. Um dies zu vermeiden, müsste auch bei den Geschäften derjenigen nicht näher bestimmten Marktteilnehmer (u.a.

Einkaufskooperationen und regionaler sowie lokaler Versorger), die mit eingekauften Strommengen sowohl Endkunden versorgen als auch Handel treiben, in eine solche Einzelfallüberprüfung eingetreten werden. Dagegen steht fest, dass sich der Stromhandel immer nur auf die tatsächlich erzeugten und letztlich verbrauchten Strommengen erstrecken, physikalisch aber zu keiner Zunahme des Stromverbrauchs und des auf dem Handel beruhenden Absatzes führen kann. Ist nach den Ermittlungen des Bundeskartellamts der Nettostromverbrauch durch Endkunden im Inland, und folglich auch der Absatz, in den Jahren 2002 und 2003 im Wesentlichen unverändert gewesen und auch nach den zur Kontrolle herangezogenen Vergleichszahlen des VDEW lediglich maßvoll angewachsen (vgl. Anlage 32, S. 24 f), muss sich, ausgenommen solche Strommengen, die von Erzeugern unmittelbar an Endkunden geliefert werden, der Handel in die tatsächlichen Stromverbrauchsmengen geteilt haben. Anderenfalls würde durch Mehrfachzählungen auf der Verteilungsstufe ein künstlicher Handel vorgespiegelt, der aus Rechtsgründen aus der Betrachtung auszuschneiden hat (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 5.10.2004 – KVR 14/03, WuW/E DE-R 1355, 1356 f – Staubsaugerbeutelmarkt). Dass die stromerzeugenden Verbundunternehmen beim Absatz auf der Verteilungsstufe Marktanteile an Handelsunternehmen verloren haben, ist danach nicht anzunehmen.

36

Wegen der damit verbundenen Ungewissheiten und Fehlerquellen hat das Bundeskartellamt das Zweitgeschäft mit Elektrizität allerdings völlig außer Ansatz gelassen und hat auf der Distributionsstufe als den sachlich relevanten und näher zu untersuchenden Markt nur den Markt für den erstmaligen Absatz von Strom angesehen. Dem ist beizupflichten, da die Verteilungsstufe von der Stufe der Elektrizitätserzeugung, namentlich davon abhängig ist, welche Strommengen produziert werden und zu welchen Konditionen sie beim erstmaligen Absatz in den Handel gelangen. Da Elektrizität nicht speicherbar ist, erfolgen Stromlieferungen – vereinfachend ausgedrückt – durch eine mit dem Lieferauftrag deckungsgleiche Erzeugung von Strom, dessen Einspeisung in das Verteilnetz und eine entsprechende Entnahme durch Endkunden. Aus der Nicht-Speicherbarkeit von Strom folgt die Abhängigkeit der nachfolgenden Stufen von der Erzeugungsstufe. Die erzeugten (oder auch importierten) Strommengen entsprechen prinzipiell dem von Endkunden nachgefragten Stromvolumen. Die Ausnutzung der Stromerzeugungskapazitäten wird durch den Einsatz von Regelenergie innerhalb bestimmter Regelzonen von den Verbundunternehmen gesteuert. Dem bloßen Handel mit Strom kommt dabei – abgesehen von seiner Verteilungsfunktion und der Aufgabe, strukturell differenzierte Nachfragen zu befriedigen – keine eigenständige wettbewerbliche Funktion für die Elektrizitätsmärkte zu. Er kann für die im Streitfall erforderliche Marktabgrenzung vernachlässigt werden. Denn Stromhändler und Weiterverteiler, die nicht oder nicht über ausreichende eigene Stromerzeugungsmöglichkeiten oder über einen vertraglich abgesicherten Zugang dazu verfügen, haben im Wettbewerb stets nur eine von den sie beliefernden Stromerzeugern abgeleitete, abhängige Position. Sie sind auf eine Belieferung durch die stromerzeugenden Unternehmen angewiesen. Das Bundeskartellamt hat dies zu Recht dahin formuliert: die Marktergebnisse auf der Distributionsstufe, insbesondere der Erstabsatz von Strom, aber auch auf den

37

Endkundenmärkten, werden durch die Verhaltensweisen der auf der Erzeugungsstufe tätigen Unternehmen determiniert (vgl. Anlage A zum Schriftsatz des Bundeskartellamts vom 30.11.2006, S. 9, 13). Nach wirtschaftlicher Erfahrung werden mit Strom handelnde Unternehmen von Stromerzeugern nur insoweit beliefert, wie die dadurch zu erwirtschaftenden Erlöse höher sind als die ersparten eigenen Verteilungs- und sonstigen Transaktionskosten. Drohen infolgedessen allerdings eigene Abnehmer verloren zu gehen, wird der Erzeuger die Stromabgabemengen erfahrungsgemäß reduzieren oder diese verteuern.

Dem Markt für den Erstabsatz von Strom gehören als Anbieter Elektrizitätsversorgungsunternehmen an, die eigene oder ihnen aufgrund von Verträgen verfügbare Stromerzeugungskapazitäten nutzen oder Strom aus dem Ausland einführen. Dazu zählen die Verbundunternehmen Y., Z., V. und W2., aber auch alle übrigen Unternehmen, die Elektrizität erzeugen (namentlich unabhängige Kraftwerksbetreiber und größere Stadtwerke). Von Stromimporten gehen demgegenüber nur begrenzte und im Ergebnis vernachlässigbare wettbewerbliche Wirkungen aus. Der Umfang von Stromeinfuhren wird, nur abgesehen von der Grenze zu Österreich, durch die Leistungsfähigkeit der Kuppelstellen (Interkonnektoren) begrenzt. Importe machen nach den außer Streit stehenden Feststellungen des Bundeskartellamts aufgrund dessen weniger als 10 % des inländischen Stromabsatzes aus. In dieser Größenordnung sind sie ungeeignet, wettbewerbliche Impulse zu geben. Überdies stehen die Kuppelstellen im Eigentum der Verbundunternehmen, die sie im Ergebnis vornehmlich für Stromexporte nutzen. Die Relevanz von Stromimporten wird schließlich ebenso durch den von Deutschland ausgehenden Exportüberschuss entwertet (genauso auch der Bericht der Bundesnetzagentur nach § 63 Abs. 5 EnWG vom August 2006, S. 42 f). Dass die Grenzübergangsstellen in näherer Zukunft erheblich ausgebaut werden, machen die Beteiligten nicht geltend.

38

ccc) Daneben hat das Bundeskartellamt auf dem in sachlicher Hinsicht zu erkennenden Endkundenmarkt für Strom zutreffend danach differenziert, ob Kleinkunden (Haushalte, gewerbliche und landwirtschaftliche Geringabnehmer) oder industrielle/gewerbliche Großkunden beliefert werden. Großkunden unterscheiden sich von Kleinkunden durch höhere Stromabnahmen, eine infolgedessen stärkere Verhandlungsposition sowie durch Preissensibilität und eine entsprechend höhere Bereitschaft, den Lieferanten unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten gegebenenfalls auszuwechseln. Der Großkundenmarkt ist in geografischer Hinsicht bundesweit abzugrenzen. Der Kleinkundenmarkt ist hingegen durch das Verteilnetz des jeweiligen Gebietsversorgers begrenzt. All dies wird von den Beteiligten nicht mit stichhaltigen Gründen angezweifelt.

39

Die differenzierende Marktabgrenzung ist vom Bundeskartellamt zulässig in das Beschwerdeverfahren eingeführt worden. Die angefochtene Verfügung hat dadurch, dass das Amt nunmehr auf die Stromerzeugungskapazitäten und die Anteile an der Stromerzeugung statt auf Marktanteile auf dem Weiterverteilermarkt abstellt, keinen anderen Regelungsgehalt bekommen (vgl. BGH WuW/E DE-R 399, 401 – Verbundnetz).

40

ddd) Die gegen die Marktabgrenzung gerichteten Einwendungen der Beteiligten sind unbegründet. Die Marktabgrenzung ist am vorherrschenden Bedarfsmarktkonzept ausgerichtet. Stromhändler sind – durch keinen anderweitigen Bezug austauschbar – auf einen Strombezug von der Erzeugungsstufe angewiesen. Soweit sie nicht über eigene oder ihnen vertraglich zuzurechnende Erzeugungskapazitäten verfügen, gehören sie der Erzeugerstufe nicht an. Marktanteile auf der Distributionsstufe müssen zum Zweck eines Ausschlusses von Mehrfachzahlungen gerade wegen der festzustellenden Abhängigkeit der Stromverteilung von der Erzeugung nicht weiter ermittelt werden. Die Abhängigkeit wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass – wie die Beteiligten behaupten – der Handel die theoretische Möglichkeit hat, Strombezugsrechte ohne bereits bestehende Absatzbindungen gewissermaßen auf Vorrat zu erwerben. Dies kann nur auf dem Weg von vertraglich vereinbarten Bandlieferungen oder von Termingeschäften geschehen. Dass über derartige Geschäfte ein so erheblicher Teil des Strombezugs von der Erzeugerstufe abgewickelt wird, dass davon nennenswerte Auswirkungen auf die Marktabgrenzung ausgehen, haben die Beteiligten aber nicht vorgetragen. Unter Zugrundelegung des Bedarfsmarktkonzepts sind schließlich die Märkte für den Erstabsatz von Elektrizität sowie für die Belieferung von industriellen/gewerblichen Großkunden mit Strom in räumlicher Hinsicht nicht europaweit abzugrenzen, sondern auf das Inland beschränkt. Zwischen den Strommärkten innerhalb der Europäischen Union hat sich noch kein Leistungsaustausch entwickelt. Dazu tragen die begrenzten Kapazitäten der Grenzübergangsstellen bei. Insoweit wird

41

auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (S. 13). Da auf die nationalen Märkte abzustellen ist, kommt es entgegen der Auffassung der Beteiligten nicht darauf an, dass die der Entscheidung zugrunde gelegte Marktabgrenzung des Bundeskartellamts von derjenigen der EU-Kommission teilweise abweicht.

bb) Auf den Märkten für den erstmaligen Absatz von Strom und für die Belieferung von industriellen und gewerblichen Großkunden mit Strom sind die Konzerne Y. und Z. auf der Grundlage einer Gesamtschau der tatsächlichen Verhältnisse im Sinn eines Duo-pols gemeinsam marktbeherrschend (§ 19 Abs. 2 S. 2 GWB). Ihnen kommt im Verhältnis zu Wettbewerbern auch über die eigenen Versorgungsgebiete hinaus eine überragende Marktstellung zu (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB). Dafür sind die für das Jahr 2003 festgestellten Gegebenheiten maßgebend und die für 2004 anzunehmenden Marktverhältnisse nur insoweit in den Blick zu nehmen, als sich die tatsächlichen Grundlagen zu Gunsten der Beteiligten verändert haben können. Letztgenanntes ist jedoch nicht der Fall. Auch wenn man auf die Marktverhältnisse der Jahre 2000 und 2001 abheben wollte, wäre das Ergebnis für die Beteiligten nicht besser. In jenen Jahren war die Marktstellung von Y. und Z. noch stärker, als sie es im Jahr 2003 war. 42

aaa) Aufgrund einer Gesamtwürdigung der strukturellen Wettbewerbsbedingungen und des tatsächlichen Marktverhaltens ist festzustellen, dass – bezogen auf das Jahr 2003 – zwischen den Konzernunternehmen Y. und Z. kein wesentlicher, an sich aber möglicher, Wettbewerb stattfand (kein Binnenwettbewerb). 43

(1.) Die Konzernunternehmen Y. und Z. weisen zahlreiche strukturelle Gemeinsamkeiten auf, die – ohne diese überzubewerten – jedenfalls eine Ausgangslage kennzeichnen, die wegen einer erkennbaren Gleichrichtung der Interessenlage ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten begünstigt. So sind Y. und Z. auf allen im Streitfall in Betracht zu ziehenden Strommärkten mit eigenen Unternehmen oder solchen, an denen sie Minderheitsbeteiligungen unterhalten, vertreten. Die Konzerne sind vertikal integriert. Y. und Z. bieten eine Versorgung mit Strom und Gas an. Auf dem Elektrizitätssektor verfügen sie unter Berücksichtigung eigener Kraftwerke, von Anteilen an Gemeinschaftskraftwerken und aufgrund langfristig vertraglich gesicherter Kraftwerksleistungen im Vergleich zu den übrigen Verbundunternehmen W2. und V., aber auch im Verhältnis zu anderen stromerzeugenden Unternehmen jeweils über die weitaus höchsten Stromerzeugungskapazitäten sowie über die höchsten Anteile an der Nettostromerzeugung (vgl. Anlage 32, S. 13 ff des Schriftsatzes des Bundeskartellamts vom 15.3.2006). Bei einem der größten nationalen Kohlestromerzeuger, der S. AG, sind Y. und Z. mit namhaften (Minderheits-) Beteiligungen vertreten (vgl. Anlage A, S. 16 zum Schriftsatz des Bundeskartellamts vom 30.11.2006). Die auf Y. und Z. insoweit entfallenden Anteile an der Stromerzeugung müssen an dieser Stelle nicht im Einzelnen ausgewiesen werden. Genauso können angebliche Asymmetrien bei den Stromerzeugungskapazitäten von Y. und Z. dahingestellt bleiben. Da Elektrizität im Ergebnis ein homogenes Produkt darstellt, kommt es auch nicht darauf an, ob in den Unternehmensbereichen von Y. und Z. eine heterogene Produktion erfolgt. Sowohl Y. als auch Z. sind durch Tochterunternehmen überdies der weit überwiegende Teil der Stromübertragungsnetze auf den Ebenen der Höchstspannung sowie der Hoch- und Mittelspannung verfügbar (Anlage 32, S. 23 des Schriftsatzes des Amtes vom 15.3.2006). Entsprechend ihrer hohen Beteiligung an den technischen Anlagen für die Stromerzeugung und den Transport entfallen auf die Konzerne Y. und Z. künftig die höchsten Investitionen bei Kraftwerken und Leitungsnetzen. Dabei ist nicht von Belang, ob die Investitionen einer Ausweitung von Stromerzeugungskapazitäten und bestehenden Netzen oder nur einem Ersatz veralteter Anlagen gelten. Y. und Z. sind auch an weiterverteilenden Elektrizitätsunternehmen durch Minderheitsbeteiligungen beteiligt. Sie haben solche Beteiligungen innerhalb weniger Jahre konsequent ausgebaut und unterhalten zu Beteiligungsunternehmen sowie zu gleichartigen Unternehmen zu einem großen Teil jahrzehntealte Geschäftsverbindungen. Daneben bestehen auf der Erzeuger- und der Verteilungsstufe Verflechtungen zwischen Y. und Z.. Dazu zählt die bereits erwähnte Beteiligung am Kraftwerksunternehmen S. AG. Dazu gehören zudem wechselseitige Beteiligungen an 13 Stromversorgungsunternehmen. 44

(2.) Am tatsächlichen Geschehen gemessen besteht kein wesentlicher Wettbewerb zwischen Y. und Z.. Im Ausgangspunkt ist auch insoweit zu konstatieren, dass neben den schon genannten Umständen die Homogenität des Produkts Strom, das geringe Innovationspotential bei Elektrizität und die Transparenz der Abgabepreise geeignet sind, ein Parallelverhalten zu fördern. Y. und Z. nutzen aber selbst dort, wo Wettbewerb an sich denkbar wäre, die ihnen gegebenen Wettbewerbsmöglichkeiten nicht gegeneinander aus. Dies belegen die aus der 45

Marktdatenerhebung des Bundeskartellamts für das Jahr 2003 hervorgehenden, nachhaltig geringen Kundenzugewinnquoten, die entsprechend wenige Wechsel von Kunden indizieren. Zwischen Y. und Z. findet ersichtlich kein nennenswerter Wettbewerb um Abnehmer statt. So liegen bei Weiterverteilern die Kundengewinnquoten jeweils unter einem Prozent, bei Großkunden bewegen sie sich unter vier Prozent. Die Wechselquoten sind unter Y. und Z. ausgeglichen. Für 2004 sind nur marginale Änderungen zu verzeichnen (vgl. Anlage 32, S. 42, 44). Das die angegebenen Quoten betreffende Bestreiten der Beteiligten ist unerheblich. Den Feststellungen des Bundeskartellamts liegen die von Marktteilnehmern, einschließlich von Y. und Z., erteilten Auskünfte zugrunde, die so lange als richtig zu behandeln sind, wie die Beteiligten nicht darlegen, in welchen Punkten und aus welchen Gründen jene Auskünfte unzutreffend und nunmehr ausschließlich die zu den Akten gereichten Einzelaufstellungen maßgebend sind. Derartige klarstellende Erläuterungen sind unterblieben.

Dabei ist sowohl Weiterverteilern als auch Großkunden eine Sensibilität für wettbewerbliche Anstrengungen zuzusprechen, da namentlich Veränderungen bei den Strompreisen zumeist unmittelbar auf die eigene Marktposition durchschlagen. Bloße Kundenwechsel auf der Distributionsstufe sind hingegen ungeeignet, auf den der wettbewerblichen Betrachtung zugrunde gelegten Märkten einen Wettbewerb unter den Konzernunternehmen von Y. und Z. zu belegen. Wer – wie die Beteiligten – dabei auf Wechsel zwischen Stromhandelsunternehmen abstellt, unterliegt außerdem der Gefahr, einem nur vorgespiegelten Wettbewerb zu glauben. Y. und Z. konkurrieren außerhalb ihrer Versorgungsgebiete genauso wenig um Beteiligungen an Stadtwerken und um einen Abschluss von Konzessionsverträgen. Die Aktivitäten beschränken sich auf die jeweils eigenen Versorgungsgebiete.

bbb) Y. und Z. verfügen auf den Märkten für den Erstabsatz von Strom sowie für die Belieferung industrieller und gewerblicher Großkunden in ihrer Gesamtheit über eine überragende Marktstellung, der sich die jeweilige Marktgegenseite auch außerhalb ihrer Versorgungsgebiete nicht entziehen kann. Y. und Z. überragen eine jede für sich, aber erst recht gemeinsam, Wettbewerber auf den relevanten Märkten deutlich. Dies ist sowohl im Verhältnis zu den anderen Verbundunternehmen W2. und V. als auch im Vergleich mit Kraftwerksbetreibern, regionalen und lokalen Weiterverteilern sowie Stromhandelsunternehmen festzustellen.

(1.) W2. und V. weisen jene strukturellen Elemente, die im Fall von Y. und Z. die Gefahr eines wettbewerblichen Parallelverhaltens begründen, zugleich aber auch Ausdruck von wirtschaftlicher Marktmacht sind, in einem bedeutend geringeren Maß als Y. und Z. auf. Auf dem Stromsektor ist die vertikale Integration bei ihnen weit weniger ausgebildet als bei Y. und Z.. So verfügten W2. im Jahr 2004 über 28 Minderheitsbeteiligungen an Stromversorgern und V. über lediglich sieben. Demgegenüber entfielen auf Y. auf 134, auf Z. 70 derartige Unternehmensbeteiligungen (vgl. Anlage 32, S. 38). Y. und Z. sind in vertikaler Hinsicht auf den Elektrizitätsmärkten infolgedessen weitaus stärker verankert als W2. und V.. W2. und V. sind – wie außer Streit steht – ebenso wenig in der Lage, aktuelle und potentielle Abnehmer mit Elektrizität und Gas in einem vergleichbaren Ausmaß bedarfsdeckend wie Y. und Z. zu beliefern (vgl. Anlage A, S. 15). Die Möglichkeit zur Belieferung "aus einer Hand" eignet sich aus der Sicht regionaler und lokaler Versorgungsunternehmen, die ebenfalls Strom und Gas liefern, erfahrungsgemäß dazu, die Attraktivität eines Angebots zu stärken.

Bei den Stromerzeugungskapazitäten sowie bei der Nettostromproduktion sind Y. und Z. gegenüber W2. und V. mit Rücksicht auf eigene Kraftwerke, Anteile an Gemeinschaftskraftwerken und durch langfristige Verträge gesicherte Kraftwerksleistungen eine jede für sich sowie gemeinsam ebenfalls dominant. Im diesem Zusammenhang kann auf eine authentische Bestimmung der jeweiligen Quoten von Y./Z. einerseits und W2./V. andererseits verzichtet werden. Denn auch wenn die Y./Z. zuzurechnenden Anteile – wie die Beteiligten behaupten – nicht die Hälfte der inländischen Stromerzeugungskapazitäten und der tatsächlichen Stromerzeugung überschreiten, sondern unterhalb dieser Schwelle liegen, haben diese im Verhältnis zu W2. und V. einen deutlichen Vorsprung. So wollen selbst die Beteiligten den Verbundunternehmen unter Bezugnahme auf den Bericht der EU-Kommission vom 10.1.2007 über die Sektoruntersuchung im Bereich Energie (Anlage BF 165, Annex C, S. 337) sowie unter Hinweis auf Nettostromverbrauchsangaben des VDEW (Anlage 32, S. 25) folgende Quoten zugerechnet sehen (GA 988 ff):

Anteile an der Anteile an der

Stromerzeugungskapazität Nettostromerzeugung

46

47

48

49

50

51

Y. rund 21 %	21,2 %	52
Z. rund 23 %	28,4 %	53
44 %	49,6 %	54
W2. rund 12 %	rund 12 %	55
V. rund 15 %	rund 15 %	56
27 %	27 %	57

Schon die vorgenannten und auf dem Vortrag der Beteiligten beruhenden Angaben veranschaulichen die Überlegenheit von Y. und Z. beim Zugang zur Elektrizitätsbeschaffung, bei der Herstellung und – da anzunehmen ist, dass die Erzeugung den erstmaligen Absatz von Strom bestimmt – auch beim Absatz von Strom. Y./Z. vereinigen auf sich gemeinsam mindestens eine um rund 63 % höhere Stromerzeugungskapazität und eine um etwa 84 % höhere tatsächliche Stromerzeugung als W2./V.. Die Elektrizitätserzeugungsmöglichkeiten von Y. allein sind um 75 % höher als die von W2. und um 40 % höher als jene von V.. Bei der Stromproduktion verhält es sich ähnlich. Im Verhältnis zu Z. fallen die Abstände nochmals deutlicher aus.

Bei der Verfügbarkeit der Elektrizitätsübertragungsnetze auf den Ebenen der Höchstspannung sowie der Hoch- und Mittelspannung haben die Konzernunternehmen Y. und Z. ebenfalls einen erheblichen Vorsprung gegenüber W2./V. (vgl. Anlage 32, S. 23). Y./Z. sind W2. und V. desgleichen durch ihre bedeutend höhere Finanzkraft und Entwicklungsmöglichkeiten überlegen.

(2.) Auch gegenüber unabhängigen Kraftwerksbetreibern sowie regionalen und lokalen Versorgern mit eigenen Stromerzeugungskapazitäten – soweit diese auf den relevanten Märkten überhaupt tätig sind – verfügen Y. und Z. über eine überragende Marktstellung. Den obenstehenden, auf Vorbringen der Beteiligten beruhenden tabellarischen Angaben ist zu entnehmen, dass auf eine nicht näher bestimmbare Vielzahl von Kraftwerksunternehmen sowie regionalen und lokalen Stromversorgern mit eigener Elektrizitätserzeugung eine Stromerzeugungskapazität von höchstens etwa 29 % und eine Nettostromproduktion von rund 23 % entfallen. Bei jenen Unternehmen handelt es sich um kleine und mittlere Unternehmen mit für sich genommen geringen Marktanteilen, die weder als Einheit auftreten noch einheitliche wettbewerbliche Aktivitäten entfalten und darum keinen Wettbewerbsdruck aufbauen können. Die oftmals lediglich einen Eigen- oder Spitzen-, allenfalls noch einen Mittellastbedarf abdeckenden Produktionskapazitäten der regionalen und lokalen Stromversorger sind unter Konkurrenzgesichtspunkten mit der überwiegend in Grund- und Mittellastbereichen rationeller und kostengünstiger arbeitenden Stromerzeugung von Y. und Z. nicht zu vergleichen. Kraftwerksbetreibern sowie regionalen und lokalen Stromversorgungsunternehmen sind Y. und Z. außerdem durch ihre Finanzkraft überlegen.

Sonstige Stromversorgungs- und -handelsunternehmen verfügen über keinen eigenen Zugang zur Beschaffung von Elektrizität. Sie sind nicht Anbieter, sondern ausschließlich Nachfrager beim Erstbezug von Strom. Von daher sind sie – genauso wie strom-erzeugende regionale und lokale Versorger für den größten Teil ihres Strombedarfs, der mit eigenen Erzeugungskapazitäten nicht zu decken ist – von einer Belieferung aus der Erzeugungsebene abhängig. Tatsächlich werden sie überwiegend von den Marktbeherrschern mit Strom beliefert. Die Abhängigkeit wirkt sich beim Absatz an industrielle und gewerbliche Großkunden aus. Auf Stromimporte kann nur theoretisch ausgewichen werden. Die vergleichsweise geringen Stromeinfuhren (weniger als 10 % des Gesamtabsatzes, vgl. S. 13) reichen nicht aus, die Nachfrage zu befriedigen. Eine Ausweitung von Einfuhren scheitert an der Leistungsfähigkeit der vorhandenen Grenzübergangsstellen, für deren Erweiterung keine Anzeichen vorliegen. Die sonstigen Stromversorgungs- und -handelsunternehmen sind den Konzernen Y. und Z. auch unter dem Gesichtspunkt der Finanzkraft mit hohem Rückstand unterlegen.

(3.) Der vorstehende Befund wird bestätigend vom tatsächlichen Wettbewerbsgeschehen unterlegt. Auf den bundesweit abzugrenzenden Elektrizitätsmärkten findet kein wesentlicher Wettbewerb gegen Y. und Z. statt, durch den der durch ihre überragende Marktstellung eröffnete Verhaltensspielraum wirksam kontrolliert werden kann (kein Außenwettbewerb). Zwar haben Y. und Z. auf dem Großkundenmarkt sowie auf dem früher als einschlägig betrachteten Weiterverteilermarkt seit dem Jahr 2000 Marktanteile verloren. Diese Entwicklung hat sich in den Jahren 2003 und 2004 fortgesetzt. Unter Zugrundelegung der hergebrachten Marktabgrenzung erreichten auf dem Großkundenmarkt sowie auf dem Weiterverteilermarkt die Marktanteile von Y. und Z. zusammengerechnet zuletzt nur noch weniger als 50 % (vgl. zu allem: Anlage 32, S. 26). Die Marktanteilsverluste sind durch ein möglicherweise leicht rückläufiges Marktvolumen,

geringgradige Kundenwechsel und durch eine nominelle Zunahme der Handelsgeschäfte zu erklären. Die zuletzt genannten Umstände lassen jedoch keinen Wettbewerb zu den Mitgliedern des Duopols entstehen. Denn die Stromhandel betreibenden Unternehmen sind darauf angewiesen, von den auf der Erzeugungsstufe tätigen Unternehmen mit Strom beliefert zu werden. Die Abhängigkeit von einer Belieferung gründet sich darauf, dass sie über keine, jedenfalls nicht über ausreichende eigene oder sonst gesicherte Stromerzeugungskapazitäten verfügen. Infolgedessen sind Stromhandelsunternehmen nicht in der Lage, gegen stromproduzierende und auf der ersten Absatzstufe tätige Unternehmen einen effektiven Wettbewerb aufzunehmen.

Von W2. und V. geht ebenso wenig ein nachhaltiger Wettbewerb aus. Zwar verfügen beide über 63
Stromerzeugungsmöglichkeiten. Jedoch haben Y. und Z. lediglich auf den im Streitfall nicht in Rede stehenden Kleinkundenmärkten Abnehmer – vornehmlich an W2. – verloren (O. Strom). Bei Beteiligungen an Stadtwerken konnte sich W2. außerhalb ihres Versorgungsgebiets nur im Fall der Stadtwerke D. AG durchsetzen.

Überdies indizieren geringe Kundengewinnquoten auf dem Großkunden- und auf dem 64
herkömmlichen Weiterverteilermarkt einen Mangel an Wettbewerb. Allerdings hat W2. für die Jahre 2003 und 2004 Kundengewinnquoten von 10 bis 15 % auf dem Großkundenmarkt angegeben. V. hat für 2003 erhebliche Kundenzugewinne auf dem Weiterverteilermarkt gemeldet (vgl. Anlage 32, S. 42, 44). Die Angaben von W2. und V. sind jedoch unzuverlässig. Die Beschwerdeentscheidung kann darauf nicht gestützt werden. So beruht die Mitteilung von W2. darauf, dass Verschiebungen zwischen konzernverbundenen Unternehmen als Kundenwechsel bewertet wurden, ohne dass sie nach dem Zweck der Fragestellung als solche anzusehen sind. V. hat widersprüchliche Angaben gemacht, nämlich einerseits Gewinnquoten angegeben, andererseits Marktanteilsverluste auf demselben Markt und im selben Jahr mitgeteilt.

Davon abgesehen und mit dem vorstehend dargestellten Befund übereinstimmend bestehen 65
zwischen W2./V. und dem Duopol aus Y. und Z. Verflechtungen, die eine Aufnahme von effektivem Wettbewerb tendenziell erschweren. So verfügen Y./Z. mit W2. oder V. über zehn gemeinsame Minderheitsbeteiligungen an Stadtwerken und Regionalversorgungsunternehmen. V. unterhält (über H.) zusammen mit Y. außerdem die Gemeinschaftskraftwerke B., B. und K. (vgl. Anlage A, S. 18). Nach Lage der Dinge findet außerhalb der eigenen Versorgungsgebiete unter den Verbundunternehmen insgesamt kein Wettbewerb statt.

(4.) Y. und Z. beherrschen auch außerhalb ihrer Versorgungsgebiete weiterhin gemeinsam die 66
Märkte für den Erstabsatz und für den Absatz von Strom an gewerbliche und industrielle Großkunden. Dieser Feststellung liegt die zutreffende Erkenntnis des Bundeskartellamts zugrunde, dass zwischen dem auf der sog. Distributionsstufe stattfindenden Stromabsatz, den Endkundenmärkten und der Erzeugung von Strom eine Abhängigkeit besteht, die darauf beruht, dass Elektrizität nicht speicherbar ist. Ob dies durch Vorratsbeschaffungen (Bandlieferungen oder Termingeschäfte) umgangen werden kann, sei dahingestellt. Davon wird jedenfalls kein feststellbarer Gebrauch gemacht (s.o. S. 14). Die abgesetzten Strommengen sind deshalb durchweg mit den produzierten Mengen identisch, wobei die Regelzonenbetreiber einen gegebenenfalls erforderlichen Ausgleich herzustellen haben. Bei dieser Sachlage kommt der Distributionsstufe nur die Aufgabe zu, den erzeugten Strom an die Endkunden (gegebenenfalls strukturiert) zu verteilen. Aufgrund dessen sind der Distributionsmarkt und die Endkundenmärkte sowie die Akteure auf jenen Märkten vom Verhalten der auf dem Stromerzeugungsmarkt tätigen Unternehmen abhängig. Welche Strommengen zu welchen Konditionen in den Handel und an Endabnehmer gelangen, bestimmen die Stromerzeuger. Wer den Erzeugungsmarkt beherrscht, ist mithin zugleich auf der Distributionsstufe, und zwar dort jedenfalls beim erstmaligen Absatz von Strom an weiterverteilende Unternehmen, sowie auf den Endkundenmärkten (hier auf dem Markt für die Belieferung von Großkunden) marktbeherrschend.

Y. und Z. sind auf der Stromerzeugungsstufe entsprechend der von ihnen gehaltenen 67
Marktanteile gemeinsam marktbeherrschend. Dies geht aus dem Ergebnis der im Wege von Auskunftsverlangen nach § 59 GWB vom Bundeskartellamt für das Jahr 2003 durchgeführten Marktdatenerhebung hervor. Die Datenerhebung für das Jahr 2004 kommt für Y. und Z. zu keinem nennenswert abweichenden Resultat. Das Bundeskartellamt hat auf dem Stromerzeugungsmarkt folgende Marktanteile ermittelt und im Beschwerdeverfahren bekannt gegeben (vgl. Anlage 32, S. 17 f; Anlage A, S. 14):

Anteile an den **Stromerzeugungskapazitäten:** 68

2000 2003 2004

Y. gemeinsam gemeinsam gemeinsam

Z. ca. 65 % ca. 52 % ca. 52 %

W2. gemeinsam gemeinsam

V. ca. 30 % ca. 30 %

insgesamt > 82 % > 82 %.

Anteile an der **Nettostromerzeugung:****2000 2003 2004**

Y. gemeinsam gemeinsam gemeinsam

Z. ca. 70 % ca. 57 % ca. 59 %

W2. gemeinsam gemeinsam gemeinsam

V. c a. 20 % ca. 29 % ca. 30 %

insgesamt ca. 90 % ca. 86 % ca. 89 %.

Die auf Auskunftersuchen nach § 59 GWB zustande gekommenen Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamts sind der Beschwerdeentscheidung zugrunde zu legen, nicht aber VDEW-Statistiken oder Angaben der EU-Kommission. Dabei hat das Bundeskartellamt auf Seiten der Verbundunternehmen eigene Kraftwerke, Anteile an Gemeinschaftskraftwerken sowie langfristig durch Verträge gesicherte und zurechenbare Kraftwerksleistungen berücksichtigt. Dies ist sachgerecht, da hierdurch die den Verbund- und sonstigen Unternehmen praktisch verfügbaren Erzeugungskapazitäten zutreffend abgebildet werden. Die Y./Z. und den übrigen Verbundunternehmen zugerechneten Marktanteile sind vom Bundeskartellamt hinreichend zuverlässig ermittelt worden. Gewisse, vor allem in den Auskünften der Marktteilnehmer begründete Ungenauigkeiten sind hinzunehmen. Dadurch werden die Erhebungsergebnisse nicht ungeeignet, als Entscheidungsgrundlage zu dienen. Dass die Marktstrukturen jedenfalls in den Größenordnungen zutreffend erfasst worden sind, belegt die vom Bundeskartellamt vorgenommene Kontrolle anhand des vom VDEW ermittelten Nettostromverbrauchs (vgl. Anlage 32, S. 25). Die Erhebungen des Bundeskartellamts erfassen für das Jahr 2003 annähernd 96 % des Marktgeschehens auf den Endkundenmärkten.

Die Beteiligten bemängeln zu Unrecht, das Bundeskartellamt habe die jeweiligen Einzelmarktanteile von Y. und Z. an den Erzeugungskapazitäten sowie an der Nettostromproduktion nicht benannt. Es schlägt aber nichts, wenn hierauf unter hinnehmbaren Schätzungenauigkeiten die in der 2005 veröffentlichten Untersuchung des Instituts für Wirtschaftswissenschaft der Universität N. für die Stromerzeugungskapazitäten mitgeteilten Verhältniswerte übertragen werden. Diese hat das Amt in der Anlage 32 zum Schriftsatz vom 15.3.2006 angegeben (dort S. 16). Danach hatte Y. im Jahr 2003 an den Stromerzeugungsmöglichkeiten einen Anteil von 26,10 %, Z. einen solchen von 27,59 %. Zwar geht die Untersuchung der Universität N. bei den Erzeugungskapazitäten von anderen Zurechnungsmaßstäben als das Bundeskartellamt aus (keine Zurechnung von langfristigen Nutzungsverträgen; Erfassung von Erzeugungskapazitäten erst ab einer bestimmten Schwelle). Die mit der Untersuchung ermittelten Verhältnisse können aber ihrer Größenordnung nach auf die vom Bundeskartellamt angenommenen Erzeugungskapazitäten und die produzierten Strommengen übertragen werden. Auch nach der Studie der Universität N. haben die Marktanteile von Y. und Z. im Jahr 2004 im Übrigen nicht abgenommen. Da sich die Marktuntersuchungen des Bundeskartellamts und der Universität N. gegenseitig stützen, ist das von den Beteiligten an der Richtigkeit der letztgenannten Studie angemeldete Bestreiten widerlegt. Dessen ungeachtet sind Aufteilungen auf Y. und Z. überflüssig, da diese als Duopol eine gemeinsame Marktbeherrschung ausüben.

Desgleichen stellen die Beteiligten ohne Erfolg pauschal vor allem in Abrede, dass das Bundeskartellamt tatsächlich alle in Betracht kommenden Stromerzeuger erfasst und befragt hat und dass die Kapazitäten sowie die Erzeugungsmengen vollständig gemeldet worden, richtig zugeordnet und zutreffend ausgewertet worden sind (s. GA 983, 995). Die Beteiligten hatten Einsicht in die Verwaltungsakten. Aufgrund dessen konnten sie beurteilen, ob – was die Adressaten anbelangt – die Marktdatenerhebung des Bundeskartellamts vollständig war. Dies kann prozessual zulässig nicht pauschal bestritten werden, sondern diesbezügliche Mängel hätten, woran es fehlt, von den Beteiligten dezidiert aufgezeigt werden müssen. Dass die Meldungen wenigstens einigermaßen vollständig und mithin verwertbar waren sowie zutreffend

ausgewertet worden sind, ergibt sich aus den in den wesentlichen Punkten zu verzeichnenden Übereinstimmungen der Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamts mit jenen des wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Universität N.. Dass bei voneinander unabhängig durchgeführten Untersuchungen und deren Auswertung dieselben grundlegenden Unzulänglichkeiten vorgekommen sind, ist unwahrscheinlich.

Das pauschale Bestreiten der Beteiligten ist auch nicht deswegen zuzulassen, weil im Rahmen seiner Ermittlungen vom Bundeskartellamt umfangreiche Daten erhoben und ausgewertet worden sind. Dies begründet weder einen Erfahrungssatz noch eine aus praktischer Erfahrung heraus im Einzelfall begründete Annahme, es könnten Marktdaten unvollständig erhoben und/oder fehlerhaft ausgewertet worden sein. Sofern Ergebnisse einer früheren Marktdatenerhebung des Bundeskartellamts für das Jahr 2002 in einzelnen Punkten mangelhaft gewesen sein sollten, was dahingestellt bleiben kann, besagt auch dies nichts darüber, dass die der Beschwerdeentscheidung zugrundezulegende Marktuntersuchung fehlerbehaftet ist.

85

Allerdings stellen die Beteiligten die vom Bundeskartellamt angenommenen Stromerzeugungskapazitäten und die Produktionsanteile von Y. und Z. auch unter Hinweis auf von der EU-Kommission ermittelte und selbst berechnete Daten bei der Stromerzeugung in Abrede (s.o. S. 18 f). Dieses Bestreiten ist jedoch unerheblich. Das Amt hat Y./Z. Marktanteile auf der Grundlage von Eigentum sowie von Beteiligungs- und Vertragsverhältnissen zugerechnet. Die Kommission und ersichtlich auch die Beteiligten haben einen hiervon abweichenden Zuordnungsmodus angewandt. Infolgedessen können die Ergebnisse nicht unmittelbar miteinander verglichen werden. Unabhängig davon sind der Beschwerdeentscheidung die dem Jahr 2003 geltende Marktdatenerhebung des Bundeskartellamts, in dem die angefochtene Verfügung ergangen ist, und die in diesem Zusammenhang auch von den Beteiligten erteilten und nicht revidierten Auskünfte zugrundezulegen. Daraus ergeben sich die vorstehend wiedergegebenen Marktanteile. Im Prozess haben die Beteiligten für Y. im Jahr 2003 überdies eine nochmals (nämlich um etwa 10 %) nennenswert höhere Stromerzeugungskapazität angegeben als bei der Auswertung der Marktdatenerhebung vom Bundeskartellamt angenommen worden ist (GA 611). Daran gemessen spiegeln die vom Amt zugrunde gelegten Marktanteile die Marktverhältnisse bei der Stromerzeugung in jedem Fall hinreichend genau wider und sind die von der Kommission ermittelten Marktanteile, die bei der Nettostromerzeugung im Übrigen ebenfalls zu einem für Y. und Z. addierten Marktanteil von deutlich mehr als 50 % gelangen, für die Entscheidung nicht heranzuziehen. Der in diesem Zusammenhang von Y. vorgebrachte Einwand, sie habe beim Erstabsatz auf der Distributionsstufe lediglich geringe Strommengen an Handelsunternehmen verkaufen können, ist gleichermaßen unerheblich. Denn im Rahmen der erteilten Auskünfte hat das Konzernunternehmen Y. eine Aufstellung mit allein ca. 60 von ihm belieferten Handelsunternehmen eingereicht. Dies widerspricht dem jetzigen Bestreiten der Beteiligten, ohne dass sie über den Widerspruch aufgeklärt haben. Davon abgesehen gründet sich die Marktbeherrschung letztlich auf die tatsächlichen Verhältnisse bei der Stromerzeugung. Wer – wie Y. und Z. bei der Stromerzeugung marktbeherrschend ist, beherrscht auf der Distributionsstufe auch den Erstabsatz von Strom. Der Distributionsstufe sind im Übrigen nicht nur die Stromhandelsunternehmen, sondern weiterverteile Regionalversorger und Stadtwerke sowie auch die von den Verbundunternehmen beherrschten Stadtwerke, Regionalversorger und Handelsunternehmen zuzurechnen.

86

cc) Infolge des Zusammenschlusses ist bei der hier zu treffenden Prognoseentscheidung eine Verstärkung der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung von Y. und Z. auf den Märkten für den Erstabsatz von Strom und für die Belieferung von Großkunden zu erwarten. Mit einer Änderung der dafür maßgebenden tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse ist mit der dafür vorauszusetzenden hohen Wahrscheinlichkeit in näherer Zukunft nicht zu rechnen.

87

aaa) Die im Streitfall zu beurteilende Minderheitsbeteiligung an den Stadtwerken E. sichert die Vorlieferantenposition von X. beim Stromabsatz an die Stadtwerke E. GmbH. Es ist davon auszugehen, dass die Stadtwerke E. und die Stadt E. als deren Mehrheitsgesellschafterin auf die Interessen der Minderheitsgesellschafterin X., die in der Gesellschafterversammlung und durch in den Aufsichtsrat entsandte Mitglieder die Belange ihrer Konzernmütter Y. AG und Y. E... AG repräsentiert, verstärkt Rücksicht nehmen werden, und dass sich aufgrund dessen die Aussichten von X., beim Neuabschluss von Strombezugsverträgen wiederum zum Zuge zu kommen, erhöhen. Aufgrund des Zusammenschlusses werden Strombezugsverträge mit deutlich gesteigerter Wahrscheinlichkeit weiterhin mit X. abgeschlossen (vgl. BGH NJW 1998, 2444, 2447 ff – Stadtwerke Garbsen; NJW 1998, 2440 – Stromversorgung Aggertal). Dadurch wird die

88

Marktstellung von X. – und mittelbar auch die von Y. als eines marktbeherrschenden Unternehmens – im Absatzgebiet der Stadtwerke E. langfristig gefestigt.

Die der Beteiligung zugrunde liegenden Vereinbarungen zwischen der Stadtwerke E. GmbH und der Stadt E. einerseits sowie andererseits der X. AG, nämlich der Gesellschaftsvertrag und der Konsortialvertrag vom 28.3.2003, sichern X. einen hinreichenden Einfluss auf die künftigen Nachfrageentscheidungen der Stadtwerke E.. Zwar verfügt X. weder in der Gesellschafterversammlung – abgesehen von der auf sie entfallenden Sperrminorität – noch im Aufsichtsrat über ein besonderes Gewicht. Im zwölfköpfigen Aufsichtsrat kann X. allenfalls mit drei, von der Gesellschafterversammlung zu wählenden, Mitgliedern vertreten sein (§ 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages). Da der Gesellschaftsvertrag die Besetzung im Übrigen dahin regelt, dass der Magistrat der Stadt E. sieben Mitglieder und der Betriebsrat der Stadtwerke E. zwei Mitglieder in den Aufsichtsrat entsendet, ist aber damit zu rechnen, dass als die dann noch offenen drei Mitglieder Vertreter von X. gewählt werden, womit X. ein Viertel der Stimmen im Aufsichtsrat auf sich vereinigen wird. Damit ist X. zwar weit davon entfernt, die Nachfrageentscheidungen der Stadtwerke E. maßgebend zu beeinflussen, doch vermitteln die ausweislich des Konsortialvertrages mit der Stadt E. getroffenen Vereinbarungen X. eine Reihe von Vorteilen, die zwar nicht zwingend, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit bewirken werden, dass ihr die Stadt E. und die umliegend belieferten Gemeinden als Absatzgebiet auf lange Sicht erhalten bleiben (BGH NJW 1998, 2444, 2448 – Stadtwerke Garbsen).

So streben ausweislich der Präambel des Konsortialvertrages die Kreisstadt E. und X. auf der Grundlage gegenseitiger Loyalität eine langfristige strategische Partnerschaft an. Die Vertragsparteien haben sich in der Präambel verpflichtet, in der Gesellschafterversammlung der Stadtwerke E. ihre Stimmrechte und darüber hinaus ihren Einfluss auf die Mitglieder des Aufsichtsrats der Stadtwerke in der Weise auszuüben, dass diese sich im Sinn der im Konsortialvertrag formulierten Grundsätze, Zielvorstellungen und Maßnahmen verhalten. Die im Konsortialvertrag verabredeten Grundsätze, Ziele und Maßnahmen geben genug Interpretationsspielraum, darin auch die Absatzinteressen von X. auf dem Stromsektor zu erkennen (vgl. z.B. § 2 – Grundsätze der Kooperation und unternehmenspolitische Ausrichtung: Energiebeschaffung, Erweiterung der Geschäftsaktivitäten in der Strom-, Gas- und Wasserversorgung; § 3 – Unternehmerische Ziele: Aufrechterhaltung und Weiterentwicklung der Wertschöpfungskette in den Geschäftsfeldern, Weiterentwicklung der vorhandenen Produkt- und Dienstleistungspalette und Erweiterung vorhandener Geschäftsfelder, Aufbau neuer Geschäftsfelder, Erschließung neuer, insbesondere regionaler Märkte; § 4 – Partnerschaftliche Zusammenarbeit: Akquisition und Belieferung von Bündel- und Großkunden).

Zwar werden im Konsortialvertrag ein weiterhin maßgeblicher Einfluss der Kreisstadt E. in den Organen und Gremien der Stadtwerke E. und eine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit der Stadtwerke E. bei der Beschaffung unter anderem von Energie betont (vgl. § 2). Jedoch ist daneben mit gleichem Gewicht in § 2 des Konsortialvertrages der Satz aufgestellt worden:

Unabhängig davon, dass die unternehmerische Führung und das operative Geschäft der SWE GmbH weiterhin von deren Unternehmensleitung betrieben werden, haben die Kreisstadt E. und die X. das Ziel, notwendige Entscheidungen und Maßnahmen einvernehmlich zu treffen bzw. vorzunehmen und umzusetzen.

Davon ausgehend haben die Parteien im Konsortialvertrag dezidiert geregelt, auf welche Weise die von ihnen angestrebte Einvernehmlichkeit bei den Entscheidungen und Maßnahmen erreicht werden soll. Nach § 5 des Konsortialvertrages erhält vor der Bestellung eines Mitglieds der Geschäftsführung und vor jedem späteren Wechsel in der Geschäftsführung der Stadtwerke E. X. rechtzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme. In § 6 des Vertrages haben die Parteien Abreden über das Verfahren der unter ihnen vorzunehmenden Abstimmung getroffen. Im Sinn klarer und verbindlicher Verhaltensregeln ist darin bestimmt:

1. Die Parteien werden sich auf Wunsch einer Partei in wichtigen Angelegenheiten, insbesondere vor Gesellschafterversammlungen oder Aufsichtsratssitzungen, rechtzeitig abstimmen. Die Abstimmung erfolgt zwischen dem Bürgermeister der Kreisstadt E. oder seinem Vertreter und einem Vorstandsmitglied der X..

2. Zeichnet sich vor einer Gesellschafterversammlung oder Aufsichtsratssitzung ab, dass keine gemeinsame Position abgestimmt werden kann, so verpflichten sich beide Parteien, auf Wunsch einer Partei darauf hinzuwirken, dass der strittige Punkt von der Tagesordnung

abgesetzt wird, es sei denn, der Beschluss duldet keinen Aufschub. In der Zwischenzeit werden die Parteien weiter nach gemeinsamen Lösungen suchen. Ist auch bis zu einer weiteren Gesellschafterversammlung oder Sitzung des Aufsichtsrates keine gemeinsame Position gefunden worden, so wird der Tagesordnungspunkt in dieser Sitzung beibehalten und entsprechend den Mehrheitsverhältnissen entschieden.

96

97

Eine wichtige Angelegenheit, die auf Antrag von X. zum Gegenstand einer Meinungsabstimmung mit der Stadt E. gemacht werden darf, ist zweifelsfrei auch der Neuabschluss von Strombezugsverträgen. Der Umstand, dass die Parteien sich auf Wunsch über den Abschluss eines Strombezugsvertrages verständigen wollen, bringt allein schon einen nicht unerheblichen Vorteil für X. mit sich. Denn während ohne den Zusammenschluss die Stadtwerke E. – und in Zweifelsfällen die Alleingeschafterin Stadt E. – die dahingehende Entscheidung, insbesondere die Wahl des Vertragspartners, allein trafen, hat sich darüber als Folge des Zusammenschlusses die Stadt E. mit dem Minderheitsgeschafter X. auf Verlangen vorher ins Benehmen zu setzen. Liegen ihr bekannt werdende Konkurrenzangebote vor, kann X. mit Erfolg auf die Vorzüge des eigenen Angebots hinweisen. Gegenüber Preisvorstößen anderer Anbietern kann X. ihr Angebot nachbessern. Dafür hat X. schon deswegen einen Verhaltensspielraum, weil sie damit rechnen kann, dass ein Teil eines gewährten Preisnachlasses als Unternehmensgewinn der Stadtwerke E. an sie zurückfließen wird. X. kann sich aber auch auf die im Konsortialvertrag auf zahlreichen Geschäftsfeldern vereinbarte Zusammenarbeit berufen. Die Kenntnis eines preisgünstigeren Konkurrenzangebots versetzt X. in die Lage, darauf mit dem eigenen Angebot z.B. in der Weise einzugehen, dass im Rahmen der Kooperation mit den Stadtwerken E. bestimmte, bislang noch nicht konkret geplante Maßnahmen einer Zusammenarbeit, für die X. oder ein Konzernunternehmen von Y. das Know-how liefert, nunmehr zusätzlich offeriert werden. Im Rahmen der vereinbarten Abstimmung muss X. zu solchen Reaktionen auf Verlangen Gelegenheit gegeben werden. Dergleichen würden die Vertreter der Stadtwerke E., aber auch die Repräsentanten der Stadt E., nach dem Grundsatz, dass das preiswerteste Angebot nicht ohne Weiteres auch das wirtschaftlichste und annehmbarste ist, bei ihrer Entscheidung zu bedenken und abzuwägen haben, wenn sie die Nachfrageentscheidung nicht schon aus Rücksichtnahme auf die mit dem Minderheitsgeschafter X. verabredete Kooperation oder aus Verbundenheit mit ihrem Minderheitsgeschafter zu dessen Gunsten treffen wollen.

98

Die X. danach zu Gebote stehenden Einflussmöglichkeiten sind geeignet, Wettbewerber davon abzuhalten, sich um eine Belieferung der Stadtwerke E. zu bemühen. Auch wenn Nachfrageentscheidungen nicht notwendig zu Gunsten von X. ausfallen werden, ist aus der Sicht des Wettbewerbs nach den Umständen jedenfalls aber eine dahingehende Erwartung gegeben. Infolgedessen besteht die Gefahr, dass potentielle Wettbewerber sich von einem Wettbewerb um die Belieferung der Stadtwerke E. entmutigt zurückziehen. Der Zusammenschluss steigert – dem Marktbeherrscher Y. zurechenbar – danach die Fähigkeit von X., Wettbewerbsvorstöße abzuwehren (vgl. BGH NJW 1998, 2444, 2449 – Stadtwerke Garbsen mwN). Er erweist sich damit zugleich als ein Instrument zur langfristigen Behauptung von Absatzmärkten durch vertikale Integration (vgl. auch Monopolkommission, XIV. Hauptgutachten, Kap. IV 2.3.1.2; XV. Hauptgutachten, Kap. IV 2.5.2). Das Zusammenschlussvorhaben erzeugt in Bezug auf die Marktbeherrschung durch Y. Verstärkungswirkungen auf dem Absatzmarkt für Strom und auf dem Großkundenmarkt. Die Stadtwerke E. zählen zwei private Energieversorger zu ihren Kunden.

99

bbb) Von den Beteiligten sind keine Umstände aufgezeigt worden, die eine andere rechtliche Beurteilung gebieten. Vom Zusammenschlussvorhaben gehen zwar nur verhältnismäßig geringe Verstärkungswirkungen aus, zumal es sich bei den Stadtwerken E. um ein eher kleines Stadtwerk handelt. Die den Stromabsatz beherrschende Erzeugungsstufe unterliegt jedoch einer hohen Konzentration (s.o. S. 9 f). Auf Märkten, die durch eine hohe Konzentration geprägt sind, genügt bereits eine geringe Beeinträchtigung des Restwettbewerbs, um zu einer Verstärkung der beherrschenden Stellung eines Zusammenschlussbeteiligten zu kommen (vgl. BGH NJW 1998, 2444, 2447 mwN). Dieser Rechtssatz trifft auch auf den Streitfall zu.

100

Unabhängig davon hat das Bundeskartellamt mit Recht darauf hingewiesen, dass es nicht ausreicht, die wettbewerbliche Betrachtung auf einen einzelnen, möglicherweise weniger schwer wiegenden Fall einer (Minderheits-) Beteiligung von Verbundunternehmen an regionalen und lokalen Stromversorgungsunternehmen zu beschränken, sondern dass die Bedeutung solcher Beteiligungen für den Wettbewerb nur vollständig erfasst werden kann, wenn sie in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden (ebenso: Monopolkommission aaO). Ausgehend von diesem

101

Vorverständnis ist festzustellen, dass die Verbundunternehmen seit Ende der 90er Jahre Beteiligungen an regionalen und lokalen Versorgern stark ausgebaut und insbesondere lokale Versorger dies zugelassen haben. Diese wenden dadurch einen potentiellen Wettbewerb der Verbundunternehmen bei Großkunden in ihrem Versorgungsgebiet ab. Im Gegenzug wächst erfahrungsgemäß ihre Bereitschaft, auf wettbewerbliche Vorstöße gegen den Minderheitsgesellschafter zu verzichten. Für die Verbundunternehmen (und deren Tochterunternehmen) führt dies dazu, dass die Lieferbeziehungen von langfristigen (und insoweit möglicherweise anstößigen) Bezugsverträgen unabhängig werden, Absatzmärkte vielmehr durch vertikale Integration gesichert werden können. Für den potentiellen Wettbewerb erzeugt indes gerade die Verbreitung der vertikalen Integration eine abschreckende Signalwirkung, die sich auf den Kreis der regionalen und lokalen Stromversorger insgesamt erstreckt und im selben Maß die Fähigkeit der Verbundunternehmen stärkt, Wettbewerbsvorstöße abzuwehren. Infolgedessen entfaltet der Erwerb von (Minderheits-) Beteiligungen an regionalen und lokalen Versorgungsunternehmen gerade durch sein verbreitetes Vorkommen eine besondere Wettbewerbsschädlichkeit.

Die Mitgliedschaft der Stadtwerke E. in der Gesellschaft für kommunale Kooperation (GKK) steht der angenommenen Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Y. nicht entgegen. Die Stadtwerke E. sind durch nichts gehindert, diese Mitgliedschaft aufzugeben. Ungeachtet dessen haben die Stadtwerke E., solange die GKK existiert und sie ihr angehören, Strom ausschließlich stets vom Y.-Konzernunternehmen X. bezogen. Anhaltspunkte dafür, dass sich dies ändern könnte, sind nicht hervorgetreten.

102

2. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Gasmarkt für die Belieferung von lokalen Weiterverteilern durch regionale Weiterverteilern:

103

a) Der Zusammenschluss lässt ferner erwarten, dass auf dem Markt für die Belieferung lokaler Weiterverteilern (Stadtwerke E.) die marktbeherrschende Stellung des regionalen Weiterverteilers G. GmbH, eines dritten Unternehmens, verstärkt wird. Dabei handelt es sich um einen zusätzlichen Untersagungsgrund.

104

Unschädlich ist, dass die Verstärkungswirkung bei der in der Zusammenschlusskontrolle gebotenen prognostischen Prüfung nicht unmittelbar bei den Zusammenschlussbeteiligten oder bei einem mit ihnen im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen, sondern bei einem dritten Unternehmen eintritt. Auch die bei einem dritten Unternehmen zu erwartende Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gebietet eine Untersagung des Zusammenschlusses nach § 36 Abs. 1 GWB, sofern an jenem Unternehmen Zusammenschlussbeteiligte oder mit ihnen verflochtene Unternehmen jedenfalls Beteiligungen unterhalten, die beim Erwerb einen Kontrolltatbestand nach § 37 Abs. 1 GWB erfüllen (ebenso: Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 36 Rn. 131, 132; aA: Bechtold, GWB, 4. Aufl., § 36 Rn. 7).

105

Der Wortlaut der Norm lässt diese Auslegung zu. Danach ist nur erforderlich, dass ursächlich durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Die von den Beteiligten entgegen gehaltene historische Betrachtung (GA 439 ff) widerspricht dem nicht. Der Anwendungsbefehl einer Norm ist zu befolgen, wenn der Sachverhalt nach Wortlaut, Systematik und Zweck den gesetzlichen Tatbestand erfüllt. Der historischen Auslegung kommt dabei in der Regel nur eine begrenzte Rolle zu. Sie ist vor allem bei jüngeren Gesetzen relevant. Unabhängig davon spricht im hier vorliegenden Zusammenhang eine historische Betrachtung gerade gegen das von den Beteiligten vertretene engere Normverständnis, wonach es nur auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ankommen soll. Denn § 23 a Abs. 1 und Abs. 2 S. 2, 3 GWB aF, der auf die "am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen" abstellte, ist durch die 6. GWB-Novelle aufgehoben worden. Davon abgesehen war der Anwendungsbereich von § 23 a GWB aF – als einer Sondernorm – auf die darin geregelten Vermutungstatbestände für marktbeherrschende Stellungen begrenzt, wohingegen auch schon der damalige Untersagungstatbestand des § 24 Abs. 1 GWB aF keine Beschränkung dahin enthielt, dass nur eine bei den zusammenschlussbeteiligten Unternehmen zu erwartende Begründung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung die Untersagung eines Zusammenschlusses gebot.

106

Auch die Systematik des Gesetzes rechtfertigt nicht jene von den Beteiligten vertretene enge Auslegung. Dafür gibt die von den Beteiligten herangezogene Verbundklausel in § 36 Abs. 2 GWB nichts her. Dadurch soll sichergestellt werden, dass rechtlich selbständige Unternehmen, die aufgrund ihrer Abhängigkeit von einem herrschenden Unternehmen oder wegen

107

konzernmäßiger Verflechtungen als eine wirtschaftliche Einheit anzusehen sind, auch im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle als Einheit behandelt werden. Die Norm soll Zusammenschlüsse erfassen, durch die eine beherrschende Stellung gerade bei den so verbundenen Unternehmen entsteht oder verstärkt wird. Der Anwendungsbereich der Vorschrift wird aber nicht dadurch berührt, dass die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung eines einzelnen dritten Unternehmens, hier der G., unter § 36 Abs. 1 GWB gefasst wird. Umgekehrt besagt § 36 Abs. 2 GWB nichts darüber, dass Verflechtungen unterhalb der Schwelle einer Beherrschung, welche die Zusammenschlussbeteiligten mit jenem dritten Unternehmen aufweisen, bei der Zusammenschlusskontrolle unbeachtlich sind, wenn der Zusammenschluss bei dem dritten Unternehmen die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten lässt.

Im Gegenteil ergibt sich aus dem Zweck der Norm, dass § 36 Abs. 1 GWB auch auf Fälle der vorliegenden Art anzuwenden ist. Seinem Zweck nach soll § 36 Abs. 1 GWB zum Schutz des Wettbewerbs (oder jedenfalls eines Restwettbewerbs) jedwede Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung unterbinden. Der Zweck der Vorschrift verbietet insoweit nicht nur jede Einschränkung bei der Frage, wo eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sondern gebietet eine weite Auslegung. 108

Darauf, ob – wie die Beteiligten zu Unrecht meinen – das vorstehend dargestellte Verständnis in einem Gegensatz zu Vorschriften des EG-Fusionskontrollrechts und deren Auslegung steht, kommt es nicht an. Das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben ist ohne eine gemeinschaftsweite Bedeutung. 109

Im Streitfall liegen die eingangs dargestellten Voraussetzungen, die G. GmbH in die fusionsrechtliche Kontrolle einzubeziehen, vor. An der G. GmbH ist der Y.-Konzern unmittelbar und mittelbar beteiligt, und zwar 110

- unmittelbar durch die Beteiligung der R2. E... Beteiligungs-AG, an der Y. beteiligt ist, an der G. GmbH, 111
- mittelbar aufgrund der Beteiligung des Y.-Konzernunternehmens T. AG an der Gesellschafterin M2. AG der G. GmbH und
- abermals mittelbar durch die 48,9 %ige Beteiligung der X. E... AG an der Stadtwerke G2. AG, die ihrerseits eine Minderheitsbeteiligung an der G. hält. 112

Die vorgenannten Beteiligungen erfüllen den Tatbestand eines Kontrollerwerbs nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB. 113

b) Die G. GmbH als regionale Weiterverteilerin ist auf dem Markt für die Belieferung lokaler Weiterverteiler mit Gas (Stadtwerke E.) marktbeherrschend im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB. Der einschlägige Markt ist netzbezogen abzugrenzen. Bei dieser Rechtslage unterliegt keinem Zweifel, dass die G., da sie über das Gasleitungsnetz verfügt, im Verhältnis zu Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat, solange nicht ein rechtlich abgesichertes und praktisch handhabbares Durchleitungssystem besteht, das anderen Weiterverteilern die Möglichkeit einräumt, Nachfrager in dem in Rede stehenden Gebiet zu Wettbewerbsbedingungen zu beliefern (vgl. BGH NVwZ 2006, 962 – Stadtwerke Dachau; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2006 – VI-2 Kart 1/06 (V)). Ein Durchleitungssystem, das diesen Ansprüchen genügt, ist bis heute nicht existent. 114

c) Durch den Zusammenschluss wird die beherrschende Stellung der G. GmbH verstärkt. Es ist zu erwarten, dass im Rahmen des im Konsortialvertrag mit der Kreisstadt E. vereinbarten Abstimmungsprozesses X. beim Neuabschluss von Gasbezugsverträgen dafür eintreten wird, dass die G. weiterhin den Zuschlag erhält, und dass die Stadtwerke E. darauf eingehen werden. Das ergibt sich aus den vorhin aufgezeigten Beteiligungsverhältnissen an der G., an der mittelbar die Y. AG, aber auch X. beteiligt sind. Da infolge des Zusammenschlusses Y. mittelbar auch an den Stadtwerken E. beteiligt wäre, entsteht ein ringförmiges Beteiligungsgeflecht, das die Bereitschaft, die G. weiter zu beauftragen, fördert. Davon abgesehen ist anzunehmen, dass auch der G. Gelegenheit gegeben würde, auf preisgünstigere Konkurrenzangebote einzugehen. Ein weiteres Motiv für X., sich für einen weiteren Gasbezug von der G. einzusetzen – wie auch für die Stadtwerke E., sich davon überzeugen zu lassen, ist darin zu sehen, dass dadurch der Gasabsatz der Y. R2. AG gefördert würde, die in der Vergangenheit bereits etwa drei Viertel ihres Gasbedarfs der Stadtwerke E. deckte. Die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der G. ist mithin darin zu erkennen, dass durch den Zusammenschluss der von ihr jetzt schon gehaltene 115

Absatzanteil in ihrem Netzgebiet zusätzlich abgesichert würde.

Die mit den Einwirkungsmöglichkeiten der X. zu erwartende Verstärkungswirkung verschafft der G. zwar nur verhältnismäßig geringe Vorteile. Da die Gasmärkte einen hohen Konzentrationsgrad aufweisen, genügt jedoch schon eine geringe Beeinträchtigung des potentiellen Restwettbewerbs, um eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der G. zu bejahen. 116

3. Es ist weder nachgewiesen noch sonst zu erkennen, dass d u r c h den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 36 Abs. 1 2. Hs. GWB). Von den Beteiligten behauptete Synergieeffekte kommen, sofern sie eintreten, allenfalls ihnen selbst zugute. Dass Abnehmer und Endkunden daran angemessen beteiligt werden, ist keinesfalls gesichert. 117

4. Die von den Beteiligten erteilten Zusagen sind ungeeignet, die durch den Zusammenschluss zu erwartende Verstärkung marktbeherrschender Stellungen und die damit notwendig verbundenen Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen auszugleichen. An einen solchen Ausgleich sind hohe Anforderungen zu richten, da durch den Zusammenschluss auf stark konzentrierten Märkten mit den Stadtwerken E. ein bislang ungebundener Nachfrager dem Wettbewerb entzogen wird. Ob Kompensationszusagen nur zu berücksichtigen sind, wenn sie auf den von den Verschlechterungen betroffenen Märkten wirksam werden, also eine unmittelbar vorteilhafte Wirkung für den Wettbewerb entfalten, bedarf keiner Entscheidung. Die von den Beteiligten gemachten Zusagen haben bereits aus anderen Gründen als unzureichend auszuscheiden. 118

a) Die Annahme der Beteiligten, die Zusage der X., das ihr gehörende Stromverteilnetz in der Stadt M3. an die M3.-Werke GmbH zu veräußern, kompensiere die Verschlechterung der Marktverhältnisse auf dem Strom-Großkundenmarkt, ist fernliegend. Die M3.-Werke nutzen das Verteilnetz bereits aufgrund einer Pacht- und Betriebsführungsvereinbarung mit X.. Eine Absicherung durch Eigentumserwerb bringt nur eine graduelle Besserstellung mit sich. Ungeachtet dessen scheidet eine Ausgleichswirkung auch wegen der betroffenen Stromvolumen aus. Auf die Stadtwerke E. entfällt ein etwa doppelt so hoher Stromabsatz wie auf die M3.-Werke (ca. 200 GWh : rund 107 GWh). Die von X. im Absatzgebiet der M3.-Werke an Großkunden durchgeleiteten Strommengen (ca. 50 GWh) sind den M3.-Werken hingegen nicht zuzurechnen. Der Entscheidung ist nicht zugrundezulegen, dass dieser Absatz auf die M3.-Werke übergeht. Ginge er über, gewährte auch dies keinen angemessenen Ausgleich, da die dem Wettbewerb entzogenen Absatzmengen immer noch um ein Drittel höher wären als die freigewordenen Mengen. Zugesagte Sonderkündigungsrechte für Stromgroßkunden von X. im Vertriebsgebiet der M3.-Werke sind ebenfalls ungeeignet, einen Ausgleich zu bewirken. Lieferverträge waren zum überwiegenden Teil ohnedies nur bis zum Ablauf der Jahre 2003 und 2004 befristet. 119

Auf dem Markt für den Erstabsatz von Strom wirkt sich die Veräußerung des Stromnetzes in der Stadt M3. nicht aus. 120

b) Was den betroffenen Gasmarkt für die Belieferung von lokalen Weiterverteilern anbelangt, stellt die Zusage von X., eine 49 %ige Beteiligung am Anlagenplaner und -bauer K. GmbH in ... zu veräußern, ersichtlich keinen Ausgleich für die zu erwartenden Nachteile dar. Die Zusage zielt auf die vage Expektanz ab, die K. GmbH werde die Gasbezugsentscheidungen der zahlreichen und weit verstreut ansässigen Betreiber von ihr geplanter, errichteter und/oder gewarteter Gasanlagen erfolgreich beeinflussen können. Diese Annahme geht über bloße Vermutungen nicht hinaus und stellt keinesfalls einen Ausgleich für die zu erwartenden Verschlechterungen der Marktverhältnisse her. Im Unterschied zur K. GmbH hat es X. außerdem nur mit einem Lieferverhältnis zu tun, bei dem es die Bereitschaft, Gas von einem bestimmten Lieferanten (der G. GmbH) zu beziehen, zu fördern gilt. 121

III. 122
Die Rechtsbeschwerde ist nach § 74 Abs. 2 GWB zugelassen worden. 123

Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB. Die Beteiligten haben auch die Kosten der Beigeladenen zu tragen. Ein Beigeladener ist kostenrechtlich wie der Beschwerdeführer oder Beschwerdegegner zu behandeln, wenn er die durch die Beiladung begründete Rechtsstellung im Beschwerdeverfahren nutzt, indem er sich an diesem Verfahren beteiligt. Die Beigeladene hat im Beschwerdeverfahren schriftsätzliche Stellungnahmen zur Sache abgegeben. Eine Antragstellung war nicht erforderlich. 124

Streitwert für das Beschwerdeverfahren: 5.000.000 EUR 125

und für jede Beschwerde: 1.125.000 EUR 126

Durch eine am Erwerbspreis ausgerichtete Streitwertfestsetzung wird der Prozessgegenstand nicht zureichend erfasst. Das wirtschaftliche Interesse der Beteiligten geht darüber weit hinaus. Es ist auf eine langfristige Absatz- und Kooperationssicherung gerichtet, von der mindestens der Elektrizitätsbereich der Stadtwerke E. betroffen ist. Das wirtschaftliche Interesse der Beteiligten hat der Senat geschätzt.

127

D. S. D.-B.

128