

Beschluss

in dem Verwaltungsverfahren

1. Mainova Aktiengesellschaft
Solmstraße 38
60623 Frankfurt am Main

Verfahrensbevollmächtigte zu 1.:
Schulte Rechtsanwälte
Hochstraße 49
60313 Frankfurt am Main

2. Aschaffener Versorgungs GmbH
Werkstraße 2
63739 Aschaffenburg

3. Stadt Aschaffenburg
Dalbergstraße 15
63739 Aschaffenburg

Verfahrensbevollmächtigte zu 2. und 3.:
C'M'S Hasche Sigle
Rechtsanwälte Steuerberater
Schöttlestraße 8
70597 Stuttgart

- Beteiligte -

wegen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 8. Beschlussabteilung am 22. Juli 2004 beschlossen:

1. Das mit Schreiben vom 11. März 2004 angemeldete und mit Schreiben vom 30. Juni 2004 modifizierte Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.

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

xxxxx,-- Euro

(in Worten: xxxxxxxxxxxxxx Euro)

festgesetzt und den Beteiligten zu 1. bis 3. auferlegt.

Gründe

I. Vorhaben

1. Die Beteiligte zu 1. (Mainova) beabsichtigt, 17,5 % der Anteile an der Beteiligten zu 2. (AVG) von der Beteiligten zu 3. (Stadt Aschaffenburg), welche derzeit 100 % der Anteile an der AVG hält, zu erwerben. Der Beteiligungserwerb soll mittels Kapitalerhöhung in der Weise erfolgen, dass neben Barmitteln die Gasversorgungsnetze in den Gemeinden xxxxxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxx einschließlich des vorgelegerten Hochdrucknetzes nebst Lieferverhältnis zum xxxxxxxxxxxxxxx xxxxx xxxxxxxxxxxxxx eingebracht werden. Die Gasnetze stehen derzeit im Eigentum der Gasversorgung Main-Spessart-GmbH, einer 100%igen Tochtergesellschaft der Mainova, und dienen der Versorgung des überwiegenden Teils des Landkreises Aschaffenburg. Sämtliche Konzessionsverträge sollen im Zuge des Vermögensübergangs auf die AVG übergehen.
2. Der Erwerb einer Beteiligung an der AVG durch Mainova erfolgt im Rahmen eines Konzepts der Stadt Aschaffenburg, vor dem Hintergrund der fortschreitenden Liberalisierung der Energiemärkte zur strategischen Stärkung der AVG mit benachbarten Versorgungsunternehmen zu kooperieren und diese Kooperationen über Beteiligungen an der AVG abzusichern. Zu diesem Zwecke hatte die Stadt Aschaffenburg vorbereitend mit Wirkung zum 1. Januar 2000 den Teilbetrieb Energie- und Wasserversorgung aus ihrem Eigenbetrieb "Stadwerke Aschaffenburg" ausgegliedert und auf die AVG übertragen. Im Rahmen des städtischen Konzepts sollte neben der Mainova ursprünglich die E.ON Bayern AG Anteile in Höhe von 12 % an der AVG erwerben. Nachdem E.ON Bayern aufgrund von vom Bundeskartellamt geltend gemachten wettbewerblichen Bedenken von dem Beteiligungserwerb Abstand genommen hat, wird jetzt mit xxx xxxx xxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxx xx xxxxxxxxxxxxxxx über die Übernahme der 12%igen Beteiligung verhandelt. Die drei ursprünglich vorgesehenen

Gesellschafter der AVG haben zur Gewährleistung einer einvernehmlichen Zusammenarbeit in der AVG einen Konsortialvertrag beschlossen. Dieser ist auch zur Grundlage des zur Mainova angemeldeten Zusammenschlussvorhabens gemacht worden. Nach schriftlicher Erklärung der Stadt Aschaffenburg vom 30. Juni 2004 haben sich im Hinblick auf die konsortialvertraglichen Regelungen auch keine Änderungen ergeben. Es ist beabsichtigt, einen Konsortialvertrag gleichen Inhalts auch mit Mainova und einem anderen Partner als E.ON Bayern AG zu vereinbaren. Neue Entwürfe liegen noch nicht vor. Danach soll die AVG von ihren Gesellschaftern mit dem Ziel geführt werden, als Regionalversorger für Strom, Gas, Wasser und Wärme im Stadtgebiet von Aschaffenburg und seinem Umland wertsteigernd zu wachsen (§ 2 KV). Die AVG soll künftig zwei Geschäftsführer haben, von denen einer auf Vorschlag der Stadt und einer auf gemeinsamen Vorschlag aller Partner gestellt werden soll (§ 4 KV). Der Aufsichtsrat der AVG wird zunächst aus 21 Mitgliedern bestehen, von denen Mainova 4 Mitglieder entsendet. Nach Ablauf der Wahlperiode des Stadtrats der Stadt Aschaffenburg, in der Mainova der AVG beigetreten ist, besteht der Aufsichtsrat aus 13 Mitgliedern, von denen Mainova 2 Mitglieder entsenden wird. Der Aufsichtsratsvorsitzende ist jeweils der Oberbürgermeister der Stadt Aschaffenburg. Es ist vorgesehen, dass sein erster Stellvertreter auf gemeinsamen Vorschlag von Mainova und dem weiteren Kooperationspartner zu bestellen ist (§§ 9, 10 GesV). In der Gesellschafterversammlung der AVG bedürfen Entscheidungen über die Zustimmung zum/zur

- Abschluss, Kündigung, Änderung und Aufhebung von Unternehmensverträgen
- Errichtung, Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen

einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 15 Abs. 2 GesV). Für die Gesellschafter der AVG besteht jeweils ein Vorkaufsrecht (§ 5 GesV). Das Ankaufsrecht der Stadt Aschaffenburg ist allerdings solange suspendiert, bis einer der übrigen Gesellschafter eine Beteiligung an der AVG von mindestens 25,1 % innehat (§ 5 Abs. 5 Satz 4 GesV). Veräußert die Stadt an einen Dritten mittelbar oder unmittelbar ihre Mehrheit an der AVG, so ist sie auf Verlangen der übrigen Konsortialpartner verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die übrigen Partner ihre Anteile an der AVG an den Dritterwerber, die Stadt Aschaffenburg oder einen sonstigen Dritten zu einem von dem Dritterwerber für den Mehrheitserwerb gezahlten quotal entsprechenden Kaufpreis verkaufen können (take-along-Recht, § 7 Abs. 3 Satz 1 KV).

II. Verfahrensgang

4. Mit als Telefax am 15. März 2004 im Bundeskartellamt eingegangenem Schreiben vom 11. März 2004 hat Mainova das Vorhaben des Erwerbs einer Beteiligung an der AVG in Höhe von 19,5 % nach § 39 GWB angemeldet. Mit Schreiben vom 25. März 2004 hat die Beschlussabteilung der Mainova mitgeteilt, dass sie im Hinblick auf einen möglichen reduzierten Anteilserwerb in Höhe von 17,5 % ein Fusionskontrollverfahren vom Amts wegen eingeleitet habe und dass sie beide Anteilserwerbs-Alternativen nebeneinander in einem einheitlichen Verfahren prüfen werde.
5. Mit gleichem Schreiben ist Mainova unter Hinweis auf § 40 Abs. 1 GWB mitgeteilt worden, dass die Beschlussabteilung in diesem einheitlichen Verfahren in die nähere Prüfung des Zusammenschlusses (Hauptprüfverfahren) eingetreten ist.
6. Mit Schreiben vom 18. Mai 2004 ist den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt worden, dass und aus welchen Gründen die Beschlussabteilung beabsichtige, das Zusammenschlussvorhaben sowohl bei einem 19,5%igen als auch bei einem 17,5%igen Anteilserwerb der Mainova an der AVG zu untersagen, und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Mit Schreiben gleichen Datums ist den Landeskartellbehörden Bayern und Hessen im Hinblick auf § 40 Abs. 4 GWB Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
7. Mit Telefax vom 2. Juni 2004 hat die Mainova als bis dahin allein anmeldendes Unternehmen einer Verlängerung der Untersagungsfrist bis zum 15. August 2004 zugestimmt.
8. Am 8. Juni 2004 hat ein erstes Gespräch mit einem der Verfahrensbevollmächtigten der Mainova stattgefunden, in dem im Wesentlichen noch einmal die Sach- und Rechtslage erörtert worden ist. Es wurden auch bereits einige Maßnahmen erörtert, die Mainova aus ihrer Sicht gegebenenfalls ergreifen könnte, um eine Untersagungsverfügung abzuwenden, ohne dass diese Maßnahmen (zu diesem Zeitpunkt) formal in das Verfahren eingeführt worden sind.
9. Mit Schreiben vom 30. Juni 2004 hat Mainova das angemeldete Zusammenschlussvorhaben dahingehend modifiziert, dass nicht eine Beteiligung an der AVG in Höhe von 19,5 %, sondern – entsprechend dem Konsortialvertrag – lediglich eine Beteiligung in Höhe von 17,5 % erworben werden soll. Damit hat

sich das im Hinblick auf diese Beteiligungshöhe eingeleitete Verfahren von Amts wegen erledigt.

10. Mit demselben Schreiben hat Mainova auch zu dem "Abmahnschreiben" der Beschlussabteilung vom 18. Mai 2004 Stellung genommen. Sie wendet sich einmal gegen die von der Beschlussabteilung zugrunde gelegten räumlichen Abgrenzung des Marktes, auf dem die Mainova bei der Belieferung der AVG tätig ist. Das Leitungsnetz der Mainova, aus dem diese Weiterverteiler beliefern, stelle kein zusammenhängendes Netz dar. Der Leitungsteil, aus dem die AVG beliefert werde, sei mit dem Kernleitungsnetz der Mainova in und um Frankfurt am Main nicht verbunden. Insofern könne nur der Leitungsteil der Mainova, aus dem die AVG beliefert werde, als relevanter Markt zugrunde gelegt werden. Auf diesem räumlichen Markt sei Mainova aber potenziell Wettbewerbs ausgesetzt und zwar zum einen durch an das Gasversorgungsnetz der AVG angrenzende Gasversorgungsunternehmen und zum anderen durch in einer Entfernung von unter 25 km am Versorgungsnetz der AVG vorbeiführende Ferngasleitungen der Wingas (nördlich) sowie der Ruhrgas (südlich). Die Versorgung der AVG könne daher mittels Sticheitung auch von diesen Unternehmen vorgenommen werden. Weiterhin ist Mainova der Auffassung, dass ihre Beteiligung an der AVG nicht dazu führe, dass sie künftig beim Neuabschluss von Gasbezugsverträgen der AVG bevorzugt werde. Im Hinblick auf die Marktstellung der AVG macht Mainova geltend, dass der Wegfall des potenziellen Wettbewerbs durch Mainova angesichts des weiterhin bestehenden potenziellen Wettbewerbs anderer benachbarter Unternehmen nicht ins Gewicht falle. Auch sei die derzeitige Alleinstellung der AVG bei der Belieferung von industriellen Gasgroßkunden äußerst labil, da ein Großkunde allein xx % der gesamten von AVG bezogenen Gasmenge abnehme und aufgrund seines hohen Gasbedarfs wettbewerbsmäßig besonders umworben sei. Schließlich vertritt Mainova die Auffassung, dass die wettbewerbsmäßigen Vorteile des Zusammenschlusses die von der Beschlussabteilung zugrunde gelegten wettbewerbsmäßig schädlichen Auswirkungen überwiegen. Durch die mit dem Beteiligungserwerb einhergehende Vergrößerung des AVG-Versorgungsnetzes würde für Wettbewerber die Gasdurchleitung zu im künftigen erweiterten Netzgebiet der AVG gelegenen Kunden erleichtert.
11. Mainova hat in dem Schreiben vom 30. Juni 2004 zur Abwendung der von der Beschlussabteilung beabsichtigten Untersagung nachfolgende Bedingungen/Auflagen (§ 40 Abs. 3 Satz 1 GWB) vorgeschlagen, die die von der Beschlussabteilung erwarteten wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens ausgleichen sollen:

- Mainova verpflichtet sich, AVG zu gestatten, bis zu 20 % der nach dem zwischen Mainova und AVG bestehenden Gasliefervertrag jährlich zu liefernden Gasmenge von Dritten zu beziehen und falls notwendig, die Durchleitung der Gasmenge durch ihre Netze diskriminierungsfrei und zu angemessenen Netznutzungsentgelten zu gestatten.
- ggf. zusätzlich: Mainova verpflichtet sich, sich mit allen ihr zur Verfügung stehenden Kräften (best efforts) zu bemühen, ihre Vertragsposition einschließlich aller Rechte und Pflichten aus dem zwischen Mainova und AVG bestehenden Gasliefervertrag vollständig auf die Gas-Union GmbH zu übertragen.
- alternativ zusätzlich zu obiger Zusage (erster Punkt) oder der Übertragung des Gasliefervertrages (zweiter Punkt):
Mainova verpflichtet sich, sich bei Entscheidungen über Gaslieferverträge zwischen Mainova und AVG der Stimme zu enthalten und die ihr gesellschaftsrechtlich zustehenden Informationsrechte insoweit nicht auszuüben.

12. Mit Schreiben vom 13. Juni 2004 haben auch die AVG und die Stadt Aschaffenburg gemeinsam zum "Abmahnschreiben" der Beschlussabteilung vom 18. Mai 2004 Stellung genommen. Sie stellen vor allem heraus, dass die AVG mit dem Unternehmensgegenstand Energie und Wasser ein Unternehmen der kommunalen Daseinsvorsorge sei, die Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltung sei. Anders als private Großkonzerne unterstützten kommunale Unternehmen zuverlässig die kommunalen Finanzen, soweit die Kommunen mit dem Geld ihrer Bürger erhebliches Kapital in ihrem Versorgungsunternehmen gebunden haben. Im (Verdrängungs-)Wettbewerbsprozess seit Beginn der Liberalisierung der Energiemärkte seien kommunale Wirtschaftsunternehmen benachteiligt, weil ihre rechtlichen Bedingungen zur Teilnahme am Wettbewerb durch die Gemeindeordnungen in Verbindung mit den jeweiligen Satzungen eingeschränkt sei. Das Zusammenschlussvorhaben und die damit verbundene Einbringung von angrenzenden Versorgungsnetzen stelle einen notwendigen Beitrag zur Erreichung einer für die AVG kritischen Betriebsgröße dar. Durch die angestrebte Regionalisierung werde auch die Leistungsfähigkeit der AVG durch Rationalisierungsmöglichkeiten erhöht. Über die Kommunalhaushalte komme der Rationalisierungserfolg den Verbrauchern wieder zugute. Darüber hinaus werde AVG durch die Übernahme von Gasnetzen dort, wo sie nicht die Stromversorgung betreibe, in die Lage versetzt, vorstehenden Wettbewerb zur Gewinnung der Gaskunden auch als Stromkunden zu betreiben. Auch die Aschaffener Seite ist unter Hinweis auf den xxx xxxxx xxxxx xxx xxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx Gasgroßkunden, der xx % des gesamten Gasabsatzes der AVG beziehe und der nur xxxxx xxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxx Kunde gehalten werden konnte, der Auffassung, dass es jedenfalls auf dem lokalen Markt in Aschaffenburg für die Belieferung von Gasgroßkunden Wettbewerb gebe. Ein solcher Wettbewerb gehe nicht nur von Mainova, sondern auch von anderen benachbarten bzw. bundesweit tätigen Gasversorgern aus. In ihrem eigenen Gasbezugsverhalten werde die AVG auch nach der Beteiligung der Mainova unabhängig bleiben. Dafür Sorge ihre Mitgliedschaft in der Stromeinkaufskooperation/Stromhandelsgesellschaft "Südwestdeutsche Stromhandels GmbH" (SüdWestStrom), die bald auch die Belieferung von Weiterverteilern mit Gas aufnehmen werde. Etwaige durch den Zusammenschluss bewirkte Wettbewerbsverschlechterungen würden jedenfalls durch bei der AVG auftretende Rationalisierungserfolge überwogen. Diese würden einmal eine Steigerung der Wettbewerbskraft der AVG und zum anderen zu einem stimulierten Durchleitungswettbewerb infolge niedrigerer Netznutzungsentgelte führen.

13. Am 8. Juli 2004 hat ein weiteres Gespräch im Bundeskartellamt mit Vertretern der Mainova und der Aschaffener Seite (AVG, Stadt Aschaffenburg) stattgefunden, indem die Sach- und Rechtslage noch einmal kontrovers erörtert worden ist. Von Mainova-Seite ist dabei die Annahme der Beschlussabteilung, dass Mainova bei der Belieferung von Weiterverteilern eine marktbeherrschende Stellung inne habe, auch mit dem Hinweis auf die bevorstehende Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen in der Energiewirtschaft in Frage gestellt worden.
14. Mit Schreiben vom 15. Juli 2004 haben sich die Stadt Aschaffenburg und die AVG der Anmeldung der Mainova angeschlossen und sich den bisherigen Vortrag der Mainova in dem Verfahren zu Eigen gemacht.
15. Die Landeskartellbehörden Bayern und Hessen haben sich nicht geäußert.

III. Die beteiligten Unternehmen

16. Mainova ist eine börsennotierte Aktiengesellschaft, deren Haupttätigkeit die Energie-(Strom-, Gas-, Wärme-, Wasser-)versorgung in Frankfurt am Main und im angrenzenden Umland ist. Die Stadtwerke Frankfurt am Main Holding GmbH, deren Geschäftsanteile wiederum im Alleineigentum der Stadt Frankfurt stehen, hält 75,2 % der Anteile. Daneben ist die Thüga AG, ein Unternehmen des E.ON-Konzerns, mit 24,4 % der Anteile beteiligt. Die übrigen Anteile befinden sich im Streubesitz. Im Strom- und Gasbereich beliefert Mainova über ein eigenes Leitungsnetz Weiterverteilern (nur Gas) und Endkunden. Die

Gasletzversorgung betreibt sie in Gemeinden östlich von Frankfurt am Main auch über ihre 100%ige Tochtergesellschaft Gasversorgung Main-Spessart GmbH.

Mainova ist mit 37,7 % auch größte Anteilseignerin der Gas-Union GmbH, Frankfurt am Main, einem benachbarten Gas-Regionalversorgungsunternehmen (in erster Linie Belieferung von Weiterverteilern und industriellen/gewerblichen Gaskunden), dessen Leitungssystem sich aus dem Großraum Frankfurt am Main im Süden bis in den Raum Kassel/Göttingen im Norden erstreckt. Zweitgrößter Anteilseigner der Gas-Union mit 25,93 % ist (über die Ruhrgas Energie Beteiligungs AG) wiederum der Mainova-Gesellschafter E.ON (über Thüga AG). Wesentliche weitere Beteiligungen der Mainova im Energiebereich sind:

Gasversorgung Main-Kinzig GmbH	(50 %)
Oberhessische Gasversorgung GmbH	(50 %)
Stadtwerke Hanau GmbH	(49,9 %)
Syneco GmbH & Co. KG	(21,98 %)

Im Strombereich erzielte Mainova im Jahr 2002 bei einem Stromabsatz von 3.263 GWh Umsatzerlöse in Höhe von insgesamt 268 Mio. Euro. Im Gasbereich hat sie im Jahr 2003 bei einem Gasabsatz von 24.216 GWh Umsatzerlöse in Höhe von 701,4 Mio. Euro erzielt. Den Strombedarf deckte Mainova zu ca. 40 % aus eigener Erzeugung (Heizkraftwerk West) und zu ca. 50 % durch Bezüge von ihrem Beteiligungsunternehmen Syneco GmbH & Co. KG, an dem auch ihre Muttergesellschaft Thüga AG mit rd. 11 % beteiligt ist. Den Gasbedarf hat Mainova im Jahr 2003 zu xx % bei ihrem Beteiligungsunternehmen Gas-Union GmbH und zu xx % bei der Ruhrgas AG gedeckt. Die Gasaktivitäten der Mainova verteilten sich im Jahr 2003 nach Absatz und Umsatz wie folgt:

<u>Gasabsatz an</u>	<u>Absatz in GWh</u>	<u>Umsatz in Euro</u>
<u>Weiterverteiler</u> (ohne verbundene Unternehmen)	xxxxx	xxxxx Mio.
<u>Gasgroßkunden</u>		
a) Netz Mainova	xxxxx	xxxxx Mio.
b) Netz Gasversorgung Main-Spessart	xxx	xxxx Mio.
c) Netz Gasversorgung Main-Kinzig	xxx	xxx Mio.
d) Netz Oberhessische Gasversorgungs AG	xxx	xxxx Mio.

HuK-Kunden und
Gas- Raumheizung

a)	Netz Mainova	xxxxx	xxxxx Mio.
b)	Netz Gasversorgung Main-Spessart	xxx	xxx Mio.
c)	Netz Gasversorgung Main-Kinzig	xxx	xxxx Mio.
d)	Netz Oberhessische Gasversorgungs AG	xxx	xxx Mio.

Mainova erzielte im Geschäftsjahr 2003 insgesamt Umsatzerlöse in Höhe von 1.166 Mio. Euro, die sämtlichst im Inland erzielt worden sind. Die gesamten, der Mainova über ihre Mehrheitsgesellschafterin Stadt Frankfurt am Main zu-rechenbaren Umsatzerlöse (Konzernumsatz Frankfurt am Main) betragen im Jahr 2002 2.251 Mio. Euro, die ebenfalls sämtlichst im Inland erzielt worden sind.

17. Die AVG versorgt Endkunden in der Stadt Aschaffenburg mit Strom, Gas, Wasser und Fernwärme. Das Stromversorgungsnetz der AVG grenzt im Westen an das Leitungsnetz von RWE und im Übrigen an das von E.ON an. Das Gasversorgungsnetz der AVG ist an das Ferngasleitungsnetz der Mainova angebunden. Angrenzende Gasletzversorgungsunternehmen sind die Mainova im Osten, das Mainova-Konzernunternehmen Gasversorgung Main-Spessart GmbH (100 % bei Mainova) im Osten und Westen, die Gasversorgung Unterfranken GmbH (50 % bei E.ON-Konzernunternehmen) im Süden sowie eine kleine Gasletzversorgungs-Insel des RWE-Konzerns (Vorlieferant: Mainova) im Westen. AVG erzielte im Geschäftsjahr 2002 Umsatzerlöse in Höhe von 86,3 Mio. Euro. Im Strombereich setzte sie im Jahr 2002 insgesamt 396,6 GWh ab, mit denen sie ca. 30 Mio. Euro Umsatz erzielte. Im Gasbereich setzte sie im gleichen Zeitraum insgesamt 1.620 GWh ab, mit denen sie ca. 41,2 Mio. Euro erzielte. Ihre Strom- und Gasaktivitäten verteilten sich nach Absatz und Umsatz wie folgt:

<u>Stromabsatz an</u>	<u>Absatz in GWh</u>	<u>Umsatz in Euro</u>
-----------------------	----------------------	-----------------------

nach Standardlastprofil belieferte (Klein-)Kunden	xxxxxxx	xxxxxxx Mio.
--	---------	--------------

leistungsgemessene (Groß-)Kunden	xxxxxxx	xxxxxxx Mio.
-------------------------------------	---------	--------------

Stromvorlieferant der AVG ist die RWE Energie AG (Stromlieferung im Jahr 2002: xxxxx GWh) im Rahmen eines zum xxxxxxxxxxxx kündbaren Liefervertrages und die KB-Kraftwerks-Betriebs-GmbH, ein industrielles Heizkraftwerk, von dem im Jahr 2002 xxxx GWh Überschussstrom im Rahmen eines bis zum 27.12.2006 laufenden Liefervertrages bezogen worden sind. Um sich neue Handlungsmöglichkeiten für die Strombeschaffung ab dem Jahr 2005 zu schaffen, ist die AVG im Februar dieses Jahres der SüdWestStrom unter Erwerb eines Geschäftsanteils in Höhe von 7 % beigetreten. xxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxx xxxxxx xxx xxxxxxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xx xxxxxxxx.

<u>Gasabsatz an</u>	<u>Absatz in GWh</u>	<u>Umsatz in Euro</u>
---------------------	----------------------	-----------------------

HuK-Kunden und Gas-Raumheizung	xxxxx	xxxxxxx Mio.
-----------------------------------	-------	--------------

Gasgroßkunden	xxxxxxx	xxxxxxx Mio.
---------------	---------	--------------

Gasvorlieferant der AVG ist die Mainova im Rahmen eines bis zum 30.09.2013 laufenden Liefervertrages.

Die AVG ist derzeit eine 100%ige Tochtergesellschaft der Stadt Aschaffenburg. Die Stadt hält die Anteile über ihren Eigenbetrieb "Stadtwerke Aschaffenburg – Kommunale Dienstleistungen", der als städtische Holdinggesellschaft dient. Der Eigenbetrieb hält außerdem Beteiligungen an der Stadtwerke Aschaffenburg Verkehrs GmbH (100 %) und an Unternehmen im Entsorgungsbereich. Der Stadt Aschaffenburg sind im Jahr 2002 insgesamt Umsatzerlöse in Höhe von xxxxxxx Mio. Euro zuzurechnen, die ausschließlich in Deutschland erzielt worden sind.

IV. Zusammenschlusstatbestand

18. Die jetzt den Gegenstand der Anmeldung bildende Beteiligung der Mainova an der AVG in Höhe von 17,5 % erfüllt nach Auffassung der Beschlussabteilung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (Erlangung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses).

19. § 37 Abs 1. Nr. 4 GWB zielt darauf ab, Unternehmensverbindungen zu erfassen, die dazu führen, dass der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen so wesentlich eingeschränkt wird, dass die Unternehmen nicht mehr unabhängig am Markt auftreten¹.

Zwar wird Mainova weder durch die Höhe der erworbenen Beteiligung allein noch durch zusätzlich eingeräumte Rechte gesicherte Einflussmöglichkeiten auf die AVG erwerben. Dies ist für die Frage, ob Mainova durch die Beteiligung einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf die AVG erlangen wird, aber nicht entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, ob durch sie die Möglichkeit einer Einflussnahme vermittelt wird, wobei diese Einflussmöglichkeit auch in tatsächlichen Umständen und Vorteilen bestehen kann. Dabei muss sich der Einfluss nicht notwendigerweise auf das gesamte Wettbewerbspotenzial des Beteiligungsunternehmens beziehen. Ausreichend ist vielmehr, dass zu erwarten ist, dass der Mehrheitsgesellschafter auf die Vorstellungen des bzw. der Minderheitsgesellschafter(s) Rücksicht nimmt oder diesem(n) freien Raum lässt, auch wenn das nur soweit geschieht, wie es seinen eigenen Interessen nicht zuwiderläuft. Diese Rücksichtnahme muss ihre Grundlage allerdings in der gesellschaftsrechtlichen oder einer dieser vergleichbaren rechtlichen Beziehung finden².

20. In der Gesamtschau aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände führt bereits der Erwerb der 17,5%igen Beteiligung trotz seiner relativ geringen Höhe zu einer solchen, den o. g. Kriterien entsprechenden Einflussmöglichkeit der Mainova auf die AVG.

So handelt es sich bei dem Engagement der Mainova nicht um eine reine Finanzbeteiligung. Mit der Aufnahme von benachbarten Regionalversorgungsunternehmen unter Einbringung von angrenzenden Strom- und Gasversorgungsnetzen soll aus Sicht der Stadt Aschaffenburg wegen der Unternehmensrisiken

¹ Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 11/4610, S. 20.

² Vgl. BGH WuW/E DE-R 607 "ASV/Stilke".

im geöffneten Energiemarkt die wirtschaftliche und wettbewerbliche Position der AVG gestärkt werden. Als Unternehmensrisiken sind dabei in dem Bericht über das Ergebnis der Kooperationsverhandlungen zur Beteiligung der Mainova und der ursprünglich vorgesehenen E.ON Bayern an der AVG (Stand 09.06.2003, Abschnitt 1. "Anlass für die Kooperationsverhandlungen der Stadtwerke/AVG") ausdrücklich auch "Absatz- und Preisrisiken" sowie "Wettbewerbs-/Kundenrisiken" genannt worden. Ziel der einzugehenden Kooperationen unter Einräumung einer Gesellschafterstellung war daher neben der Erschließung von wirtschaftlichen Synergien auch die "gemeinsame Absatzsicherung im Tarifikundenbereich", die "gemeinsame Versorgung von Bündelkunden und überregional operierenden Industriekunden" sowie die "gemeinsame Marktbearbeitung und Vertriebspartnerschaft" bei überregionalen Kunden (Bericht a.a.O., Abschnitt 2. "Ziele mit den Kooperationen"). Folgerichtig sind Verhandlungen mit einem Beteiligungsinteressenten, der lediglich eine bloße Finanzbeteiligung eingehen wollte, abgebrochen worden (vgl. Bericht a.a.O., Abschnitt 4. "Potenzielle Kooperationspartner für die AVG"). Mainova erfüllt die gestellten Anforderungen. Sie bringt benachbarte Gasversorgungsnetze in die AVG ein. Auch der weitere von der Stadt Aschaffenburg ausgesuchte Partner, die E.ON Bayern, hätte – bei einer kartellrechtlichen Freigabe – diese Anforderungen erfüllt. Auch er war bereit, benachbarte Stromversorgungsnetze in die AVG einzubringen. Der Eintritt in den Gesellschafterkreis der AVG erfolgt auch erklärtermaßen zur Begründung einer "langfristigen strategischen Partnerschaft" (Konsortialvertrag, Präambel Ziffer 2), innerhalb der in allen wirtschaftlich bedeutenden Fragen, die die AVG betreffen (also auch ihr wettbewerbliches Umfeld), eine einvernehmliche Lösung gesucht werden soll (Konsortialvertrag Ziffer 4).

Die Beteiligung von Mainova repräsentiert damit modellhaft³ eine Situation, in der das sich beteiligende Unternehmen und das Beteiligungsunternehmen künftig nicht mehr unabhängig am Markt auftreten werden. Die angestrebte Kooperation steht im unternehmerischen Interesse beider, so dass es einer bestimmten Beteiligungshöhe oder ausdrücklicher gesellschaftsrechtlicher Regelungen zur "Durchsetzung" der eigenen, mit den Partnern abgestimmten Interessen nicht bedarf. Mit der Einräumung einer gesicherten Aufsichtsratspräsenz (vier bzw. nach Absenkung der Zahl der AR-Mitglieder zwei Vertreter für Mainova) ist aber auch zusätzlich noch eine Plattform gegeben, über die Mainova seine wettbewerblichen Interessen, die neben den angestrebten Vertriebspartnerschaften naturgemäß auch eine weitgehende Berücksichtigung als Gasvorlieferant umfassen, zur Geltung bringen kann. Dass es

³ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2001/2002, BT-Drucks. 15/1226, S. 163.

sich bei der angestrebten Beteiligung von Mainova nicht lediglich um ein Finanzinvestment, sondern um eine unternehmerische Beteiligung handelt, mit der strategische Ziele verfolgt werden, zeigt auch die Regelung über die Einräumung von Vorkaufsrechten für die Gesellschafter der AVG (§ 5 GesV). Mainova kann damit verhindern, dass unerwünschte Mitgesellschafter in die AVG aufgenommen werden und damit die zusammen mit einem weiteren (Strom-)Partner bestehende Exklusivität ihrer Beziehung zur AVG und ihrem kommunalen Mehrheitsgesellschafter gestört wird.

Die durch die Beteiligung für Mainova entstehenden Einflussmöglichkeiten ergeben sich in erster Linie aus der Bereitschaft der AVG, der Mainova im Gasbereich im Rahmen einer partnerschaftlichen Kooperation einen derartigen Einfluss zu gewähren. Auf die Höhe der eingegangenen Beteiligung kommt es daher nicht entscheidend an. Eine Beteiligung in Höhe von 17,5 % ist in jedem Fall ausreichend, um als Basis für ein kooperatives Miteinander, in dem jeder der Partner seine Interessen zur Geltung bringen kann, solange sie den Interessen des anderen Partners nicht zuwider laufen, zu dienen.

21. Der Wettbewerbsbezug der dargelegten "Einflussmöglichkeit" der Mainova ergibt sich daraus, dass Mainova und AVG zum Teil in gleichen, zum Teil in vor- und nachgelagerten (Gas-)märkten tätig sind. Die Möglichkeit, über die Beteiligung an der AVG ihre Gasvorlieferantenposition bei der AVG dauerhaft abzusichern und die Erreichung eines wettbewerbslosen Zustandes bei der Belieferung von Letztverbrauchern liegt im unternehmerischen Interesse der Mainova und ist als Beleg für die wettbewerbliche Relevanz des erlangten erheblichen Einflusses der Mainova auf die AVG zu werten.
22. Der festgestellte wettbewerblich erhebliche Einfluss ist auch in der gesellschaftsrechtlichen Verbindung zwischen Mainova und der AVG begründet. Denn die durch den Zusammenschluss entstehenden Einflussmöglichkeiten ergeben sich in erster Linie aus der Bereitschaft der AVG, der Mainova im Rahmen einer gesellschaftsrechtlich abgesicherten partnerschaftlichen Kooperation einen solchen Einfluss zu gewähren.

V. Anwendungsbereich des GWB

23. Das Zusammenschlussvorhaben ist nach § 39 in Verbindung mit § 35 GWB anmelde- und kontrollpflichtig, da die Umsatzerlöse der an dem Beteiligungserwerb beteiligten Unternehmen insgesamt die Grenze von 500 Mio. Euro weltweit überschreiten und mindestens ein beteiligtes Unternehmen mehr als 25 Mio. Euro Inlandsumsatz erzielt. Die Ausnahme des § 35 Abs. 2 Nr. 1

GWB ("Anschlussklausel") liegt nicht vor. Eine Inlandsauswirkung nach § 130 Abs. 2 GWB ist durch die von den beteiligten Unternehmen erzielten Umsätze im Inland gegeben.

24. Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes ergibt sich aus dem Fehlen einer gemeinschaftsweiten Bedeutung im Sinne von Artikel 1 Abs. 2 und 3 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (insoweit unverändert gegenüber Art. 1 Abs. 2 und 3 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.

VI. Wettbewerbliche Beurteilung

25. Durch den Beteiligungserwerb werden marktbeherrschende Stellungen der Mainova und der AVG beim Absatz von Gas verstärkt.

A. Marktabgrenzung

26. Innerhalb des vertikal gegliederten Verteilungssystems in der Gaswirtschaft unterscheidet die Beschlussabteilung sachlich die Märkte für die Belieferung von Weiterverteilern und Endabnehmern.
27. Dabei wird die Belieferung von Weiterverteilern unterteilt nach der erstmaligen Belieferung von Weiterverteilern durch überregionale Ferngasunternehmen (Gasproduzenten und Gasimporteure) und auf der zweiten Stufe die Belieferung von Weiterverteilern (in der Regel Stadtwerke) durch die auf der ersten Stufe von überregionalen Ferngasunternehmen belieferten Weiterverteiler (regionale Ferngasunternehmen). Diese Differenzierung auf der Weiterverteilerstufe ist sachlich gerechtfertigt. Die besonderen Leistungen der überregionalen Ferngasunternehmen, nämlich die Einfuhr größerer Gasmengen aus Erzeugerländern, die Gewährleistung der Versorgungssicherheit durch entsprechend langfristige Lieferverträge mit den Erzeugern und das Vorhalten der Anlagen, die für die Einfuhr, den Langstreckentransport über Hochdruckleitungen und die Erbringung von Dienstleistungen an ihre Abnehmer (zum Beispiel Speicherung) erforderlich sind, werden von den regionalen Ferngasunternehmen in der Regel nicht erbracht. Hinzu kommt, dass die Mehrzahl der Stadtwerke aufgrund der historischen Entwicklung nicht an das Ferngastransportnetz der überregionalen Ferngasunternehmen, sondern an dasjenige der regionalen

Ferngasunternehmen angeschlossen ist. Aufgrund der nach wie vor unbefriedigenden Durchleitungsbedingungen im Gasbereich entfaltet damit die Stellung des regionalen Ferngasversorgers als Eigentümer der regionalen Ferngasleitungen eine erhebliche Abschottungswirkung gegenüber wettbewerbsbegründenden Durchleitungen von Seiten überregionaler Ferngasunternehmen, die auch auf die sachliche Marktabgrenzung überregionale/regionale Ferngasversorgung durchschlägt. Die Annahme zweier sachlich voneinander abzugrenzender Weiterverteilermärkte in Deutschland steht auch im Einklang mit der ständigen Praxis der EU-Kommission.⁴

28. Die Belieferung von Endkunden wird ihrerseits unterteilt in die Belieferung von Gasgroßkunden (industrielle und gewerbliche Sondervertragskunden) und Gaskleinkunden (HuK-Kunden und Heizgas-Kunden). 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 in Bezug auf die Preisstellung Verhandlungspositionen aufbauen. Für HuK- und Heizgaskunden kommt in der Regel nur die Versorgung zu dem vom örtlichen Versorger veröffentlichten allgemeinen Tarif in Betracht. Eine Reihe von Großunternehmen 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- und Heizgaskunden 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 ausschließlich auf Gas abzustellen.

29. In räumlicher Hinsicht grenzt die Beschlussabteilung die sachlich relevanten Gasmärkte regional nach den Netzgebieten der beteiligten Unternehmen ab. Denn obwohl mit der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts im Jahr 1998

⁴ Zuletzt: Kommissionsentscheidung vom 17. Dezember 2002 COMP/M. 2822 "ENBW/ENI/GVS" Tz. 13 ff.

die Legalisierung wettbewerbsbeschränkender Absprachen zur Abschottung von Belieferungsgebieten entfallen ist und mit der Einführung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nunmehr ein gesetzliches Instrumentarium zur Erzwingung von Durchleitungen in Einzelfällen besteht, ist an dieser räumlichen Markt- abgrenzung noch festzuhalten. Eine Änderung der durch regional begrenzte Märkte bestimmten Marktverhältnisse tritt nicht notwendigerweise bereits mit der Änderung der rechtlichen Rahmenbedingung ein, die bislang die regionale Begrenzung der Märkte ermöglicht haben. Maßgeblich ist vielmehr die Entwicklung der tatsächlichen Marktverhältnisse.⁵

30. Der Prozess der Gasmarktöffnung ist bisher äußerst schleppend verlaufen⁶ Die Verbändevereinbarung Gas II vom 3. Mai 2002, die im übrigen am 30. September 2003 ausgelaufen ist, hatte wegen des ihr zugrunde liegenden Netzzugangsmodells ("Punkt zu Punkt"-Durchleitung) keinen wesentlichen Fortschritt gebracht. Die Verhandlungen über eine verbesserte Verbändevereinbarung Gas III haben die Verbände abgebrochen. Potenzielle neue Wettbewerber für die Belieferung zumindest von Weiterverteilern und letztverbrauchenden Gasgroßkunden wie z. B. die Deutsche BP, die nach ihrer Lösung aus dem Kreis der Ruhrgas-Gesellschafter vor gut einem Jahr als aussichtsreichster neuer Gasanbieter galt, kommen bis jetzt mit ihren Anstrengungen, Kunden zu gewinnen, nicht wesentlich voran⁷. Als Grund wird nach wie vor das zu hohe Durchleitungsentgeltniveau der Gasnetzbetreiber genannt. Auch die EU-Kommission beanstandet, dass – europaweit – die meisten Betreiber von Gasfernleitungen bei der Zulassung Dritter zu ihren Transporteinrichtungen noch nicht einmal "good practices" geschweige denn "best practices" befolgen⁸. Der Bundesverband der Energie-Abnehmer e.V. (VEA) führt die mit seinem Preisvergleich Gas (Preisstand April 2004) festgestellten dramatischen Preisunterschiede (von bis zu 30 %) zwischen den einzelnen Gaslieferanten auf fehlenden Wettbewerbsdruck zurück und nennt als Hindernis für die Liberalisierung des Gasmarktes die unbefriedigende Regelung des Netzzugangs.⁹ Es kann daher zur Zeit nicht festgestellt werden, dass sich auf den inländischen Gasmärkten ein Durchleitungswettbewerb in einem Umfang entwickelt

⁵ Vgl. Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 4. November 2003 "*Strom und Telefon I*" (WuW/E DE-R 1206, 1208), in der dies im Hinblick auf den Stromkleinkundenmarkt unter Bezugnahme auf die Entscheidung "*Stromversorgung Aggertal*" (WuW/E DE-R 24, 27) erneut herausgestellt wird.

⁶ Vgl. auch "Monitoringbericht" des BMWA vom 31.8.2003, Abs. III. 2 e.

⁷ Vgl. für die Deutsche BP Pressemeldungen in: Handelsblatt, Süddeutsche Zeitung und Frankfurter Allgemeine Zeitung jeweils vom 18. Juni 2003; Handelsblatt vom 23. Juni 2004; Energie-Informationsdienst 27/04 vom 28. Juni 2004, S. 4.

⁸ Vgl. Energie-Informationsdienst 8/04, S. 17.

⁹ Vgl. VEA-Pressinformation vom 18. Juni 2004.

hat, der eine über die Reichweite eines Leitungsnetzes hinausgehende Markt-
abgrenzung zulassen würde. Bei dieser Markt-
abgrenzung wird wie im Strom-
bereich nicht von einem vollständigen Fehlen von Wettbewerb ausgegangen.
In Einzelfällen ist eine Durchleitung zumindest bei der Belieferung von Sonder-
vertragskunden bereits – unter relativ hohem Organisations- und Verhand-
lungsaufwand sowie verbunden mit hohen Kosten – bereits festzustellen. Die
gewissen Verbesserungen, die zum Beispiel an den gestiegenen Zahlen der
abgeschlossenen Durchleitungsverträge erkennbar sind, finden auf sehr nied-
rigem Niveau statt. Für sich genommen sagt die Zahl der Durchleitungsverträ-
ge (nach der letzten der Beschlussabteilung bekannten Angabe des BGW: 469
bis April 2003¹⁰) noch nichts über die Zahl der Belieferungsfälle aus. Für eine
Beliieferung werden oftmals mehrere Netze verschiedener Gesellschaften be-
nötigt. Dementsprechend muss eine weit geringe Anzahl an Belieferungen an-
genommen werden.

31. Vom heutigen Standpunkt aus kann auch trotz der bevorstehenden Umsetzung
der EU-Beschleunigungsrichtlinie Gas nicht erwartet werden, dass sich in
nächster Zeit ein "Durchleitungsmechanismus" entwickeln wird, der Vorausset-
zung für eine räumlich weitere Markt-
abgrenzung bereits zum jetzigen Zeitpunkt
wäre. Es ist nach wie vor ungewiss, inwieweit sich durch die in Kürze erfolgen-
de Novellierung der Energiegesetzgebung und die damit verbundene Aufnahme
der Tätigkeit der eingerichteten Regulierungsbehörde tatsächlich maßgeb-
licher Wettbewerb auf den Gasmärkten einstellen wird. Zwar liegt mittlerweile
der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Energiewirt-
schaftsrechts (veröffentlichter Stand: 25. Februar 2004) vor, nach dessen Arti-
kel 1 das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirt-
schaftsgesetz EnWG) neugefasst wird. Aus diesem Entwurf allein kann aber
nicht ohne weiteres die Erwartung hergeleitet werden, dass die Schwierigkei-
ten beim Netzzugang in einem für eine weitere räumliche Markt-
abgrenzung
ausreichendem Maße beseitigt werden. Zwar werden im Entwurf neben der
Übertragung der Aufgabe der Überwachung des Netzzugangs auf eine beson-
dere Regulierungsbehörde auch Regeln für die Entflechtung des Netzbetriebs
vom Vertriebsgeschäft eines Unternehmens ("unbundling") normiert und der
diskriminierungsfreie Zugang zu den Energie-(Strom- und Gas-)Netzen postu-
liert. Jedoch ist eine Würdigung der wettbewerblichen Auswirkungen des neu-
en EnWG frühestens möglich, wenn auch die die Regelungen des EnWG aus-
füllenden Verordnungsentwürfe vorliegen. Im Hinblick auf den Gasbereich ha-
ben die Verbände der Energiewirtschaft aber bereits jetzt – vor allem wegen
Fehlens eines wettbewerbsgerechten und wettbewerbsfördernden Netzzu-

¹⁰ Vgl. Pressemeldung des BGW vom 28. Juli 2003.

gangmodells (funktionsfähiges Entry-Exit-Modell), wegen des Fehlens der Bildung von netzübergreifenden Regelzonen sowie des Fehlens von Regelungen für die Beschaffung von Regelenergie – Kritik angemeldet¹¹. Aufgrund der im Vergleich zum Strommarkt weit ungünstigeren Situation auf dem Gasmarkt ist auch eine vorsichtige Prognose durchzuführen. Im deutschen Gasmarkt liegen schwierigere Bedingungen vor als in anderen europäischen Ländern, zum Beispiel durch die Existenz divergierender Gasqualitäten. Die Herstellung eines einheitlichen Marktgebietes stellt sich in Deutschland daher schwieriger dar. Es ist anzunehmen, dass funktionierender Wettbewerb im Gasmarkt auch nach Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinie – selbst bei adäquaten Durchführungsverordnungen – noch nicht sofort, sondern mit deutlicher zeitlicher Verzögerung eintreten wird. Insofern kann derzeit auch im Rahmen einer Prognose noch nicht von einem Durchleitungswettbewerb in einem Umfang ausgegangen werden, der bereits jetzt eine über die Reichweite eines Leitungsnetzes hinausgehende Marktabgrenzung zulassen würde.

32. Die oben dargelegten Marktabgrenzungen sind inhaltlich von der Rechtsprechung bereits einmal in einer vergleichbaren Situation, nämlich der bevorstehenden Liberalisierung der leitungsgebundenen Energiewirtschaft in den Fällen "*Stromversorgung Aggertal*" und "*Stadtwerke Garbsen*" vorgenommen worden¹².

B. Relevante Gasmärkte

33. Von einem Anteilsverkauf der Mainova an der AVG betroffen ist nach der unter A. dargestellten Marktabgrenzung einmal auf der Weiterverteilerebene der sachliche Markt der regionalen Ferngasversorgung, der räumlich das zur Belieferung von lokalen Weiterverteilern geeignete Leitungsnetz der Mainova umfasst.
34. Die Beschlussabteilung geht entgegen der Auffassung der Mainova von einem einheitlichen regionalen Weiterverteilermarkt aus, auf dem die Mainova tätig ist. So trifft nach Ansicht der Beschlussabteilung bereits der Vortrag der Mainova nicht zu, dass das Netzteil, aus dem die AVG beliefert wird, nicht mit dem Fernleitungsnetz der Mainova in und um Frankfurt am Main verbunden sei. Eine Verbindung der beiden Mainova-Netzteile wird nämlich durch die Gashochdruckleitung der Stadtwerke Hanau (zwischen den Regelanlagen 10024 und

¹¹ Vgl. gemeinsame Stellungnahme der Netznutzerverbände AFM+E, bne, VEA und VIK vom 15. Mai 2004; vor allem Kurzfassung, S. 4 ff.

www.vik-online.de/aktuell

¹² Vgl. WuW/E DE-R 24, 27 und 32, 33.

10013 ausweislich der von Mainova übergebenen Leitungskarte), an der Mainova mit 49,9 % beteiligt ist, gewährleistet. Zwar ist die Stadtwerke Hanau kein Konzernunternehmen der Mainova. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass im Rahmen der im Jahr 2003 zwischen Mainova und Stadtwerke Hanau begründeten "strategischen Partnerschaft" die Gashochdruckleitung der Stadtwerke Hanau auch für Mainova-Versorgungsaufgaben genutzt werden kann.

35. Aber auch, wenn das Hochdruckleitungsstück der Stadtwerke Hanau für Mainova-Versorgungsaufgaben nicht nutzbar gemacht werden kann, ist von einem einheitlichen Mainova-Weiterverteilermarkt auszugehen. Dies ergibt sich aus der räumlichen Nähe beider Netzteile, dem einheitlichen Leitungsmanagement durch Mainova und dem einheitlichen Gaseinkauf für das gesamte Mainova-Netz. Es besteht z. B. mit dem Gashauptlieferanten der Mainova, der Gas-Union, kein separater Liefervertrag für den Leitungsteil, aus dem u. a. die AVG beliefert wird. Mainova bezieht das für ihre Versorgungstätigkeit benötigte Gas sowieso nicht – auch nicht in ihrem Kernnetz – nur an einer Stelle, sondern leitungstechnisch optimiert aus einer ganzen Reihe von Übergabestellen ihrer Vorlieferanten. Es macht daher keinen Unterschied, ob zum Beispiel die Gas-Union das zu liefernde Gas über eine der Übergabestellen im Kernnetzbereich der Mainova oder über eine Übergabestelle in einem nicht mit diesem verbundenen Teilnetz einspeist. Insofern ist die fehlende Verbindung beider Mainova-Netzteile lediglich Ausdruck betriebswirtschaftlicher Überlegungen, nach denen eine eigene Netzverbindung bei Nutzung der Gas-Union-Infrastruktur überflüssig ist.
36. Hilfsweise wird dieser Untersagungsverfügung aber auch der von der Mainova angenommene räumliche Weiterverteilermarkt zugrunde gelegt, der durch den Netzteil der Mainova beschrieben wird, aus dem die AVG und andere Weiterverteilermärkte (so die Gasversorgung Main-Kinzig GmbH und die RWE-Versorgunginsel (Gemeinden Mainaschaff, Kleinostheim und Karlstein) im Nordwesten von Aschaffenburg) beliefert werden.
37. Von dem Zusammenschlussvorhaben betroffen sind weiterhin die beiden Gasendkundenmärkte, die räumlich durch das Gasverteilnetz der AVG gebildet werden.

C. Marktbeherrschung
(1) Regionaler Gasweiterverteilermarkt

38. Mainova ist in ihrem Netzgebiet bei der Belieferung von Stadtwerken marktbeherrschend. Sie hat dort einen Marktanteil von >90 % inne. Dabei wird von einem Marktvolumen im Jahre 2003 von xxxxxxx GWh ausgegangen. Einbezogen ist der Absatz der Mainova an Weiterverteiler (xxxxxxx GWh) ohne Lieferungen an die Gasversorgung Main-Spessart GmbH, die Gasversorgung Main-Kinzig GmbH und die oberhessische Gasversorgungs AG, die als konzerninterne und damit nicht marktrelevante Lieferungen bewertet worden sind. Einbezogen ist weiterhin die Liefermenge, die die Wingas im Jahre 2003 per Durchleitung durch das Netz der Mainova an die SW Bad Vilbel GmbH geliefert hat (343 GWh). Weitere Absatzmengen waren dem Marktvolumen nicht hinzuzurechnen. Nach Auskunft von Mainova ist es zu alternativen Belieferungen von Weiterverteiler-Kunden der Mainova durch Stichleitungsbau dritter Gasanbieter bisher nicht gekommen.
- Die einzelne Drittbelieferung eines Stadtwerks mittels Durchleitung stellt die marktbeherrschende Stellung der Mainova in ihrem Netzgebiet nicht in Frage. Sie ist bis jetzt die Ausnahme geblieben, obwohl die Ferngasleitung der Wingas (MIDAL) östlich von Frankfurt am Main das Leitungsnetz der Mainova durchquert. Aufgrund des weiterhin überragenden Marktanteils und des aufgrund des Leitungseigentums überragenden Zugangs zu den Stadtwerk-Kunden ist davon auszugehen, dass Mainova in ihrem Netzgebiet weiterhin über einen gegenüber aktuellen und potenziellen Wettbewerbern überragenden Verhaltensspielraum verfügt.
39. In dem hilfsweise zugrunde gelegten Weiterverteilermarkt, der durch den Netzteil gebildet wird, aus dem die AVG und andere Weiterverteiler beliefert werden (vgl. Rz. 34), wäre Mainova ebenfalls als marktbeherrschend anzusehen. Der Markt hätte im Jahr 2003 ein Volumen von xxxxx GWh gehabt (Belieferungen an die Gasversorgung Main-Spessart GmbH und die Gasversorgung Main-Kinzig GmbH sind als konzerninterne Lieferungen nicht zu berücksichtigen), mit deren Absatz Mainova im Jahr 2003 einen Umsatz in Höhe von xxxxx Mio. Euro erzielt hat. Auch dieser Teilmarkt hätte damit wirtschaftliches und wettbewerbliches Gewicht. Mainova ist dort bei der Belieferung von Weiterverteilern keinem aktuellen Wettbewerb ausgesetzt. Der Vortrag der Mainova, dass sie in diesem Netzteil besonders stark vom potenziellen Wettbewerb bedroht sei, vermag eine marktbeherrschende Stellung der Mainova nicht zu beseitigen. Die beiden Ferngasleitungen von Wingas (nördlich) und Ruhrgas

(südlich) führen jeweils in einiger Entfernung verbindungslos an den Weiterverteiler-Kunden der Mainova in diesem Netzteil vorbei. Diese Leitungen dienen in erster Linie dem Gasferntransport und sind für Wettbewerbshandlungen bisher kaum eingesetzt worden. Selbst wenn sich eine Stichleitung von diesen Leitungen zu den Weiterverteilerkunden der Mainova wirtschaftlich rechnen sollte und insofern tatsächlich potenziell Wettbewerb durch diese Leitungs-betreiber droht, verbliebe der Mainova bei einer Ausgangsposition von derzeit 100 % Marktanteil und dem derzeitigen alleinigen Leitungszugang zu diesen Kunden ein überragender Verhaltensspielraum und damit eine marktbeherrschende Stellung gegenüber diesen potenziellen Wettbewerbern.

Vergleichbares gilt für die an dieses Versorgungsnetz der Mainova und auch an das Versorgungsnetz der AVG angrenzenden benachbarten Gasversorgungsunternehmen. Im Hinblick auf die RWE-Betriebsstelle nordwestlich von Aschaffenburg, die von Mainova beliefert wird, ist ein potenzieller Wettbewerb mangels Wettbewerbsfähigkeit sogar von vornherein auszuschließen.

(2) Gasletztkundenmärkte

40. AVG ist innerhalb ihres zur Versorgung von Gaskleinkunden (HuK- und Heizgaskunden) geeigneten Gasleitungsnetz marktbeherrschend. Die AVG ist dort ohne Wettbewerber. Stichleitungsbau von potenziellen Wettbewerbern scheidet bei der Versorgung der Kleinkunden bereits aus wirtschaftlichen Gründen aus. Durchleitungswettbewerb zur Versorgung dieser Kundengruppe hat sich noch nicht einmal ansatzweise entwickelt.
41. Bei der Versorgung von Gasgroßkunden im Netz der AVG geht die Beschlussabteilung zugunsten der beteiligten Unternehmen unter den konkret vorgetragenen Umständen nicht von einer marktbeherrschenden Stellung der AVG aus. AVG ist auf diesem Markt von einem Großabnehmer (xxxx xxxxxxxxxxxx), der xx % (= xxxxx GWh) des gesamten Gasbezuges der AVG abnimmt und damit knapp xx % des AVG-Absatzes an Gasgroßkunden auf sich vereint, abhängig. Die von AVG vorgetragenen Anstrengungen, diesen Gasgroßkunden im Wettbewerb gegen große Konkurrenten xxxx xxx xxxxxxxx xxxx als Kunden zu erhalten, die auch nur in Partnerschaft mit dem Vorlieferanten Mainova (Sonderkonditionen für die Gasmengen, die an diesen Kunden geliefert werden) erfolgreich waren, schränkt den Verhaltensspielraum der AVG auf diesem Markt entscheidend ein.

D. Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auf den relevanten Gasmärkten
(1) Regionaler Gasweiterverteilermarkt

42. Die Beteiligung der Mainova an der AVG in Höhe von 17,5 % verstärkt die marktbeherrschende Stellung der Mainova in ihrem Netzgebiet bei der Belieferung von Stadtwerken. Mainova sichert tendenziell seinen bereits bestehenden Absatz an die AVG in Höhe von mindestens xxxxx GWh (Gasabsatz der AVG) ab. Zum einen erhöhen die mit der 17,5%igen Beteiligung vermittelten Informationsrechte und die mit der gesicherten Aufsichtsratspräsenz verbundenen Einflussmöglichkeiten für Mainova die Chancen, beim Neuabschluss von Gasbezugsverträgen zum Zuge zu kommen. Die Gesellschafterstellung erleichtert es Mainova jedenfalls, umfassend Kenntnis über Angebote von Wettbewerbern zu erlangen und gegebenenfalls auf diese einzusteigen. Zum anderen ist zu erwarten, dass die AVG und ihr kommunaler Mehrheitsgesellschafter auf die Belange des Mitgeschafters Mainova – auch im Hinblick auf den künftigen Abschluss von Gasbezugsverträgen – Rücksicht nehmen werden. Eine solche Rücksichtnahme kann darin bestehen, dass bei Gleichheit zweier Angebote dasjenige des Gesellschafter-Lieferanten zum Zuge kommt. Zu berücksichtigen ist auch, dass ein billigeres Angebot eines Wettbewerbers nicht unbedingt günstiger sein muss. Insoweit verbleibt den Gremien der AVG, die über einen neuen Bezugsvertrag entscheiden, ein Verhaltensspielraum, den sie zugunsten von Mainova nutzen können, zumal diese die Möglichkeit hat, innerhalb der Entscheidungsgremien nachdrücklich auf die Vorzüge des eigenen Angebots hinzuweisen. Schließlich kann die Gesellschafterstellung, die Mainova bei der AVG einnimmt, andere Anbieter davon abhalten, sich um die Belieferung der AVG mit Gas zu bemühen. Jedenfalls besteht die Gefahr, dass potenzielle Wettbewerber entmutigt und von einem aggressiven Wettbewerbsverhalten in Bezug auf die Belieferung der AVG abgehalten werden. Damit steigert die Beteiligung die Fähigkeit, nachstoßenden Wettbewerb abzuwehren.

Die hier angenommene Verstärkungswirkung stellt demnach nicht auf den Fall einer Einflussnahme ab, die zu einem Nachteil für die AVG führt. Zumindest dann, wenn vergleichbare Angebote vorliegen, wird der Minderheitsgesellschafter einen Vorteil vor den anderen Anbietern haben. Dieser Vorteil lässt sich durch den beschriebenen Informationsfluss verfestigen. Dies bedeutet nicht, dass ein Vertragsschluss mit Mainova in jedem Fall sicher anzunehmen ist. Eine tendenzielle Absatzsicherung ergibt sich aber schon aus den verbesserten Chancen des Minderheitsgeschafters.

Dieser Annahme steht auch nicht der Beitritt der AVG zur SüdWestStrom entgegen. Selbst wenn diese der AVG künftig auch als Gaslieferant zur Verfügung stehen sollte, ist der Bezug bei der SüdWestStrom nicht verpflichtend. Sie würde der AVG lediglich ein weiteres Angebot zum Gasbezug zur Verfügung stellen, das Mainova ggf. bei einem eigenen Angebot berücksichtigen müsste. Bei der Kalkulation des eigenen Angebots hat Mainova auch einem gegenüber Wettbewerbern erweiterten Handlungsspielraum, da Mainova aufgrund ihrer Beteiligung an dem Gewinn der AVG partizipiert und so tendenziell Mindereinnahmen bei Gaslieferungen an AVG kompensieren könnte.

43. Die mit 17,5 % relativ geringe Höhe der Beteiligung von Mainova steht dem ebenfalls nicht entgegen. Da die Beteiligung nicht gegen den Willen der Stadt Aschaffenburg erworben werden soll, sondern im Gegenteil Ausdruck einer partnerschaftlichen Kooperation zwischen der Stadt Aschaffenburg und Mainova ist, genügen auch Beteiligungen in dieser Höhe, um die geschilderten Auswirkungen erwarten zu lassen. Insofern wird auf die hier zu übertragenden Ausführungen zu der Erfüllung des Zusammenschlusstatbestandes der Erlangung eines "wettbewerblich erheblichen Einflusses" (oben Rz. 17 ff.) Bezug genommen.
44. Die eintretende Absatzsicherung im Netzgebiet der Mainova ist bedeutend. Sie macht xxxx % des Absatzes der Mainova an Stadtwerke aus. Das entspricht einer Marktanteilsabsicherung in Höhe von xxxx %.
45. Auf einem nach den Vorstellungen der Mainova abgegrenzten engeren Weiterverteilermarkt der lediglich den Netzteil umfasst, aus dem u. a. die AVG beliefert wird, würde die Mainova mit dem Zusammenschluss aus denselben Gründen ihre dort bestehende marktbeherrschende Stellung verstärken. Der Grad der eintretenden Absatzsicherung würde sich auf diesem engeren Markt noch wesentlich gravierender auswirken. Er würde xxxx % ausmachen. Da die Mainova auf diesem "Markt" noch ohne Wettbewerber ist, entspräche dieser Wert auch dem abgesicherten Marktanteil.

(2) Lokaler Gaskleinkundenmarkt

46. Auch die noch bestehende Alleinstellung der AVG in ihrem Netzgebiet bei der Versorgung von HuK- und Heizgaskunden wird durch die Beteiligung der Mainova abgesichert. Durch sie wird potenzieller Wettbewerb, der von Mainova ausgeht, von vornherein gedämpft. Zwar wäre eine Drittversorgung von Gaskleinkunden im Netzgebiet der AVG allein mittels Durchleitung vorstellbar, da

ein Stickleitungsbau von vornherein unwirtschaftlich wäre. Auch hat sich die Versorgung dieser Art von Kunden mittels Durchleitung in der Praxis trotz ihrer technischen und rechtlichen Möglichkeit noch nicht etabliert. Doch ist im Hinblick auf die bevorstehende Umsetzung der EU-Beschleunigungsrichtlinie "Gas" durch ein novelliertes Energiewirtschaftsrecht und insbesondere durch die Tätigkeit der in Kürze die Arbeit aufnehmende Regulierungsbehörde zu erwarten, dass sich in gewissem Umfang auch Durchleitungswettbewerb um Gaskleinkunden entwickeln wird¹³. Ein solcher vorstoßender Durchleitungswettbewerb ist wiederum insbesondere von Seiten vorgelagerter und benachbarter Gasregionalversorgungsunternehmen zu erwarten, die über das Know how und die Ressourcen verfügen, Durchleitungen auch unter schwierigen Bedingungen durchsetzen zu können. Damit sind Mainova und ihre Konzerntochter Gasversorgung Main-Spessart GmbH zwar nicht die einzigen möglichen Wettbewerber. Aufgrund der Stellung der Mainova als vorgelagerter Gasletztbetreiber und der Stellung der Mainova und ihrer Konzerntochter Gasversorgung Main-Spessart GmbH als an das Letztversorgungsnetz der AVG angrenzende Gasletztversorger kommt ihnen aber insoweit eine für Wettbewerbshandlungen besonders geeignete Stellung zu.

Die kapitalmäßige Verbindung von Mainova mit AVG lässt die Entwicklung eines derartigen Durchleitungswettbewerbs von Seiten Mainovas und der Gasversorgung Main-Spessart GmbH gegenüber AVG von vornherein nicht erwarten. Dies genügt, um bei der derzeitigen Monopolstellung der AVG von einer marktbeherrschungsverstärkenden Wirkung auszugehen.

E. Keine Sonderbehandlung kommunaler Unternehmen

47. Die festgestellten marktbeherrschungsverstärkenden Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens müssen im Rahmen der Fusionskontrolle auch kommunale Unternehmen gegen sich gelten lassen. Der Vortrag der AVG und der Stadt Aschaffenburg, dass die AVG als Unternehmen der kommunalen Daseinsvorsorge fusionsrechtlich eine andere Behandlung erfahren müsse als private Energie-Konzerne findet im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen keine Stütze. So ist auch der herausgestellte Umstand, dass eine erfolgreiche wirtschaftliche Tätigkeit der AVG notwendig sei, um die kommunalen Finanzen zu stärken als wettbewerbsfremd unberücksichtigt zu lassen. Es mag zutreffen, dass kommunale Unternehmen durch Gemeindeordnungen und Gemeindecapitularien in gewissem Umfang behindert werden, am Wett-

¹³ Die Prognose eines sich in gewissem Umfang entwickelnden Durchleitungswettbewerbs auch um diese Kunden beinhaltet aber nicht gleichzeitig die Prognose von über die Grenzen der Versorgungsnetzgebiete hinausgehenden räumlichen Gaskleinkunden-Märkten.

bewerb in vollem Umfang teilzunehmen. Diese Hemmnisse sind jedoch – soweit sie überhaupt noch bestehen – durch Änderungen der Rahmenbedingungen für die Teilnahme kommunaler Unternehmen am Wirtschaftsleben zu beseitigen. Eine besondere Behandlung bei der Anwendung des Kartellrechts rechtfertigen sie jedenfalls nicht.

F. Abwägungsklausel

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

49. Allerdings machen sowohl die Mainova als auch die Aschaffenburg Seite geltend, dass durch die mit dem Beteiligungserwerb einhergehende Vergrößerung des AVG-Gasletzversorgungsgebietes (in Folge der Einbringung der Gasletzversorgungsanlagen in den Gemeinden xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxx und xxxxxxxxxxxxxxx in die AVG) für Wettbewerber die Gasdurchleitung zu Kunden im künftigen erweiterten Netzgebiet der AVG erleichtert wird, da die Nutzung eines zusätzlichen Netzes künftig entfalle. Diese Argumentation ist zu relativieren. Sofern Endkunden, die im jetzigen AVG-Netz oder in dem Netzteil der Gasversorgung Main-Spessart GmbH, der in die AVG eingebracht werden soll, gelegen sind, derzeit von dritten außerhalb beider Netze tätigen Gaslieferanten mittels Durchleitung beliefert werden sollen, ist dazu die Durchleitung durch das Ferngasnetz der Mainova notwendig, von dem das Gas entweder in das Netz der AVG oder in das Netz der Gasversorgung Main-Spessart GmbH übergeleitet wird, in denen es dann zum Endkunden transportiert wird. Eine Doppelnutzung beider Netze findet dabei nicht statt. Auch künftig würde durchgeleitetes Gas vom Ferngasnetz der Mainova in ein lokales Verteilnetz, nämlich das der erweiterten AVG übergeleitet werden, in dem es zum Endkunden transportiert wird. Nur in den Fällen, in denen ein Gasanbieter Gas von einem lokalen Netz in das andere lokale Netz bzw. außerhalb von beiden Netzen durch eines der lokalen Netze zum anderen lokalen Netz transportieren will, entfielen künftig die Nutzung eines weiteren Netzes. Die daraus resultierenden Wettbewerbsverbesserungen für nur einen Teil möglicher Durchleitungssituationen sind aber vage und bleiben jedenfalls in ihrer Bedeutung für den Wettbewerb weit hinter den festgestellten wettbewerblich schädlichen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens zurück.

50. Die Aschaffener Seite hat in diesem Zusammenhang noch geltend gemacht, dass sie erst durch den Zugewinn an Versorgungsressourcen in Form benachbarter Versorgungsnetze im Rahmen der Beteiligung benachbarter regionaler Versorgungsunternehmen die zum wirtschaftlichen Erfolg notwendige kritische Größe erreiche. Durch sich dadurch ergebene Rationalisierungsvorteile könne sie ihre Leistungsfähigkeit steigern. Der erwartete Rationalisierungserfolg komme "über den Kommunalhaushalt" den Verbrauchern wieder zugute.

Es wird von der Beschlussabteilung nicht in Abrede gestellt, dass die Verwirklichung des Zusammenschlussvorhabens betriebswirtschaftliche Rationalisierungserfolge mit sich bringen kann. Es ist aber offenbar selbst nach dem eigenen Vortrag der Stadt Aschaffenburg und der AVG nicht zu erwarten, dass sich dieser Rationalisierungserfolg wettbewerblich positiv auswirken wird. Vielmehr sollen damit – kommunalpolitisch zu begrüßende, wettbewerblich aber nicht in Rechnung zu stellende – Leistungen der Kommune im gesamten Bereich der Daseinsvorsorge finanziell unterstützt werden. Soweit eine mit Rationalisierungserfolgen einhergehende Leistungssteigerung der AVG theoretisch wettbewerblich positive Impulse zu setzen vermag, werden diese Auswirkungen von den Beteiligten jedenfalls nicht im Sinne von § 36 Abs. 1, 2. Halbsatz GWB "nachgewiesen", sondern werden nur plakativ benannt. Dies gilt auch für die lediglich behauptete Verbesserung der Wettbewerbssituation durch vorstoßenden Wettbewerb auf den fremdversorgten lokalen Strommärkten in den Gemeinden, in denen die AVG die Gasversorgung von der Gasversorgung Main-Speessart GmbH übernehmen soll.

51. Zum Nachweis von durch den Zusammenschluss eintretende Wettbewerbsverbesserungen, die die Nachteile der Marktbeherrschung zu überwiegen haben (§ 36 Abs. 1, 2. Halbsatz GWB), reicht jedenfalls das Aufzählen von theoretischen Möglichkeiten solcher Verbesserungen nicht aus. Vielmehr ist der Eintritt solcher Verbesserungen der Kartellbehörde konkret nachzuweisen. Davon kann hier nicht ausgegangen werden.

G. Kompensationen

52. Die von Mainova angebotenen Kompensationen (§ 40 Abs. 3 GWB) sind sämtlichst nicht geeignet, die durch den Zusammenschluss zu erwartende Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Mainova auf dem regionalen Gasweiterverteilermarkt und von AVG auf dem lokalen "Aschaffener" Markt für die Belieferung von Kleinkunden mit Gas aufzuwiegen.

53. Das Angebot der Mainova, AVG zu gestatten, bis zu 20 % der nach dem zwischen Mainova und AVG bestehenden Gasliefervertrag jährlich zu liefernden Gasmenge von Dritten zu beziehen und falls notwendig, die Durchleitung der Gasmenge durch ihre Netze diskriminierungsfrei und zu angemessenen Netzzugangsbedingungen zu gestatten, hat aus Sicht der Beschlussabteilung keine wettbewerbliche Wertigkeit. Nach Auffassung der Beschlussabteilung bestehen erhebliche rechtliche Bedenken an der Wirksamkeit des bis zum Jahr 2013 laufenden Gesamtbedarfsdeckungs-Vertrages. Die Beschlussabteilung ist grundsätzlich der Auffassung, dass Energielieferverträge, die eine Belieferung von über 80 % der Bedarfsmenge zum Inhalt haben – wie der hier in Rede stehende Gasliefervertrag – bei einer längeren Laufzeit als zwei Jahre gegen deutsches (§§ 19, 20 Abs. 1 und ggf. § 1 GWB) und europäisches (Artikel 81, 82 EGV) Kartellrecht verstoßen und damit unwirksam sind. Die Aufgabe einer rechtlich angreifbaren Vertragsposition ist aber als Kompensationsmaßnahme in einem Fusionskontrollverfahren ungeeignet.
54. Das weitere Angebot von Mainova, sich mit allen ihr zur Verfügung stehenden Kräften zu bemühen, ihre Vertragsposition einschließlich aller Rechte und Pflichten aus dem mit AVG bestehenden Gasliefervertrag vollständig auf die Gas-Union zu übertragen, ist ebenfalls ungeeignet, die dargelegten wettbewerblich schädlichen Wirkungen des Zusammenschlusses auszugleichen. Eine derartige Auflage wäre bereits unzulässig, weil sie eine weiträumige unerlaubte Verhaltenskontrolle der Mainova zum Inhalt hätte, da beobachtet werden müsste, ob Mainova sich tatsächlich "nach besten Kräften" um eine derartige Vertragsübernahme durch Gas-Union bemüht. Darüber hinaus würde eine derartige Übertragung des Vertragsverhältnisses auf die Gas-Union keinerlei wettbewerbliche Impulse auslösen. Der nächste Wettbewerbszeitpunkt um die Belieferung der AVG ist bei Ablauf des gegenwärtigen Liefervertrages im Jahre 2013 oder, da von der Unwirksamkeit des lang laufenden Gesamtbezugsvertrages auszugehen ist, wahrscheinlich deutlich früher gegeben. Bis dahin findet Wettbewerb um die Belieferung der AVG nicht statt. Es ist daher aus wettbewerblicher Sicht gleichgültig, wer die Belieferung bis zu diesem Zeitpunkt durchführt. Zum nächsten Wettbewerbszeitpunkt hätte Mainova aber durch ihre Gesellschafterstellung bei der AVG genau die – die Verstärkung ihrer Position auf dem regionalen Gasweiterverteilermarkt bewirkende – bessere Ausgangsposition zur Erlangung eines Liefervertrages gegenüber ihren Wettbewerbern inne. Dies gilt auch, wenn Mainova zwischenzeitlich nicht mehr Lieferant gewesen ist.

55. Auch die von Mainova alternativ angebotene Verpflichtung, sich bei Entscheidungen der Organe der AVG über neue Gasbezugsverträge der Stimme zu enthalten, kann von der Beschlussabteilung nicht als kompensatorische Maßnahme berücksichtigt werden. Die Beschlussabteilung stellt zur Begründung von marktbeherrschungsverstärkenden Wirkungen auf den Energieweiterteilermärkten durch Beteiligung von aktuellen oder potenziellen Vorlieferanten in erster Linie nicht auf Mitsprache- und/oder Sperrrechte der Beteiligungserwerber, sondern auf die von den Beteiligungsunternehmen gegenüber ihrem Vorlieferanten-Gesellschafter zu erwartende Rücksichtnahme bei der Energiebeschaffung ab. Deshalb kommt auch einem Ausschluss des Stimmrechts der Mainova bei derartigen Entscheidungen keine entscheidende Bedeutung zu.

VII. Gebühren

56. xxx

57. xxx

58. xxx

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Wird Antrag auf Erteilung der Erlaubnis nach § 42 Abs. 1 GWB gestellt, so beginnt die Frist für die Beschwerde mit der Zustellung der Verfügung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit.

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.

Dr. Becker

Appel

Wieneke