



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 60/07

Verkündet am:
11. November 2008
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja
BGHR : ja

E.ON/Stadtwerke Eschwege

GWB § 19 Abs. 2, § 36 Abs. 1

- a) Für die Marktabgrenzung auf den Strommärkten kommt es darauf an, welche Strommengen "körperlich" angeboten werden. Deshalb besteht ein Erstabsatzmarkt für Strom, auf dem allein die stromerzeugenden und -importierenden Unternehmen als Anbieter auftreten. Bloße Stromgroßhändler gehören nicht zu den Anbietern auf diesem Markt.
- b) Räumlich ist der Erstabsatzmarkt für Strom deutschlandweit abzugrenzen. Ein europaweiter Markt besteht angesichts der begrenzten Übertragungskapazität der Grenzkuppelstellen nicht.
- c) Ob mehrere Unternehmen ein Oligopol i.S. des § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB bilden, ist anhand einer Gesamtbetrachtung aller für den Wettbewerb relevanten Umstände zu beurteilen. Wesentliche Indizien dafür sind eine hohe Markttransparenz und wirksame Abschreckungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei abweichendem Marktverhalten.

GWB § 70 Abs. 1

Das Beschwerdegericht braucht grundsätzlich die vom Bundeskartellamt aufgrund einer Marktdatenerhebung gewonnenen Ergebnisse nicht von Amts wegen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Vortrag der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich aufdrängenden Möglichkeiten dazu Anlass gibt.

BGH, Beschl. v. 11. November 2008 - KVR 60/07 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 2008 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Strohn und Dr. Grüneberg

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen zu 1 und 2 gegen den Beschluss des 2. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Juni 2007 in der Fassung der Berichtigungsbeschlüsse vom 8. Juni 2007 und 10. Juli 2007 wird zurückgewiesen.

Die Betroffenen zu 1 und 2 haben als Gesamtschuldner die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen des Bundeskartellamts zu tragen.

Die Auslagen der Beigeladenen werden nicht erstattet.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 5 Mio. € festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die E.ON Energie AG (Betroffene zu 1), eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der E.ON AG, hält 73% der Aktien der mittlerweile in E.ON Mitte AG umbenannten EAM Energie AG (Betroffene zu 2, im Folgenden: EAM). EAM beabsichtigt, von der Kreisstadt Eschwege (Betroffene zu 3) 33% der Geschäftsanteile an der Stadtwerke Eschwege GmbH (Betroffene zu 4, im Folgenden: SW Eschwege) zu erwerben. Die Betroffene zu 1 meldete diesen Erwerbsvorgang mit Schreiben vom 27. Januar 2003 beim Bundeskartellamt an.
- 2 SW Eschwege versorgt in der Kreisstadt Eschwege und angrenzenden Gemeinden die Endverbraucher mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser. Außerdem liefert sie Strom an zwei regionale Stromversorger. Bislang bezog sie den Strom nahezu ausnahmslos von EAM. Im Jahr 2001 erzielte SW Eschwege unter Einbeziehung von Gas-, Wasser- und Wärmelieferungen einen Umsatz in Höhe von knapp 27 Mio. €.
- 3 EAM betätigt sich unter anderem in Hessen als regionaler Strom- und Gasversorger. Strom bezieht sie von E.ON-Konzernunternehmen, Gas von der Gasunion GmbH. An dieser ist der E.ON-Konzern (im Folgenden: E.ON) mittelbar beteiligt. EAM beliefert sowohl Stadtwerke als auch Endverbraucher. Sie erzielte 2002 Umsatzerlöse in Höhe von rund 880 Mio. €.
- 4 Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss durch Verfügung vom 12. September 2003 untersagt (WuW/E DE-V 823). Zur Begründung hat es ausgeführt: E.ON und der RWE-Konzern (im Folgenden: RWE) bildeten auf den Märkten für die Belieferung von Weiterverteilern und industriellen/gewerblichen Großkunden mit Strom ein marktbeherrschendes Duopol, welches durch eine Minderheitsbeteiligung von EAM an SW Eschwege verstärkt würde. Aufgrund

der Bestimmungen des zwischen EAM und der Kreisstadt Eschwege geschlossenen Konsortialvertrages wäre damit zu rechnen, dass SW Eschwege die Lieferantenposition von EAM festigte. Auch würden durch den Zusammenschluss die Marktanteile von SW Eschwege auf dem Großkundenmarkt unter die Kontrolle des Duopols fallen. Schließlich würde die marktbeherrschende Stellung von Gasunion auf dem Gasmarkt verstärkt, weil sich EAM erwartungsgemäß dafür einsetzen würde, dass SW Eschwege Gas weiterhin von Gasunion bezöge.

5 Die gegen die Verfügung des Bundeskartellamts von den Betroffenen eingelegte Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2094). Mit der von dem Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Betroffenen zu 1 und 2 ihr Zusammenschlussvorhaben weiter.

6 B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

7 I. Der angefochtene Beschluss ist nicht schon wegen Fehlens einer ordnungsgemäßen Begründung nach § 547 Nr. 6 ZPO i.V. mit § 76 Abs. 2 Satz 1 GWB aufzuheben.

8 Dazu macht die Rechtsbeschwerde geltend, in dem Beschluss werde nicht auf den Einwand der Betroffenen eingegangen, die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts sei schon deshalb rechtswidrig, weil sie auf Feststellungen in anderen Verfahren, an denen die Betroffenen nicht beteiligt gewesen seien, Bezug nehme.

9 Damit ist kein Aufhebungsgrund nach § 547 Nr. 6 ZPO i.V. mit § 76 Abs. 2 Satz 1 GWB dargetan. Zwar kann eine Begründung im Sinne dieser Vorschriften auch fehlen, wenn auf ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungs-

mittel nicht eingegangen wird (st. Rspr., BGH, Urt. v. 15.10.1998 - I ZR 111/96, NJW 1999, 1110, 1113, insoweit in BGHZ 140, 84 nicht abgedruckt). Hier war aber offensichtlich, dass sich der Einwand erledigt hatte. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens sind die einzelnen Begründungselemente der angefochtenen Untersagungsverfügung ausführlich erörtert worden. Damit war ein etwaiger Verstoß des Bundeskartellamts gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs geheilt. Eines ausdrücklichen Eingehens auf den Einwand der Beschwerde bedurfte es daher nicht.

10 II. Das Beschwerdegericht ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass mit dem Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung von E.ON und RWE auf dem Strommarkt verstärkt würde und damit die Voraussetzungen für eine Untersagung nach §§ 35 ff. GWB erfüllt sind.

11 1. Das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestands steht außer Streit. Zutreffend ist das Bundeskartellamt davon ausgegangen, dass der Tatbestand eines Anteilserwerbs nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB erfüllt ist.

12 2. Davon betroffen ist der deutschlandweite Markt für den Erstabsatz von Strom seitens der Stromerzeuger und -importeure (Erstabsatzmarkt).

13 a) Das Beschwerdegericht hat dazu ausgeführt: Während das Bundeskartellamt in der angefochtenen Verfügung noch von einem dreistufigen Marktaufbau ausgegangen sei - auf der ersten Stufe die stromerzeugenden und -importierenden Unternehmen, auf der zweiten Stufe die regionalen Stromversorgungsunternehmen und sonstigen Weiterverteiler und auf der dritten Stufe die Endkunden -, habe die während des Beschwerdeverfahrens durchgeführte Marktdatenerhebung gezeigt, dass sich die Marktstruktur verändert habe. So seien die vier Verbundunternehmen - E.ON, RWE, Vattenfall Europe AG (im

Folgenden: Vattenfall) und EnBW AG (im Folgenden: EnBW) - über eigene Handelsunternehmen auf dem Weiterverteilermarkt tätig. Außerdem kauften Einkaufsgemeinschaften regionaler und lokaler Stromversorger und große Stadtwerke Strom, um ihn an andere Handelsunternehmen weiterzuverkaufen. Dadurch komme es bei einer Ermittlung der Umsätze auf dem Weiterverteilermarkt zu Mehrfachzählungen. Um genau festzustellen, welche eingekauften Liefermengen jeweils zur Versorgung der Endkunden verwendet würden, müsste jedes einzelne auf dieser Stufe getätigte Geschäft untersucht werden. Angesichts dessen sei das Zweitgeschäft mit Strom völlig außer Betracht zu lassen und insoweit allein auf den Erstabsatzmarkt abzustellen. Da die tatsächlich erzeugten und verbrauchten Strommengen im Wesentlichen unverändert geblieben seien, Strom nicht speicherbar sei und ein wettbewerbserheblicher Import von Strom wegen der geringen Kapazitäten der Grenzkuppelstellen (Interkonnektoren) nicht stattfindende, seien die nachfolgenden Handelsstufen abhängig von den Liefermengen und Preisen, die auf dem Erstabsatzmarkt von den Stromerzeugern und -importeuren vorgegeben würden. Der bloße Handel mit Strom habe deshalb keine eigenständige wettbewerbliche Funktion für die Elektrizitätsmärkte. Er könne folglich für die hier erforderliche Marktabgrenzung vernachlässigt werden. In räumlicher Hinsicht umfasse der Erstabsatzmarkt das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

- 14 b) Diese Ausführungen halten einer Rechtskontrolle stand. Die Abgrenzung des maßgebenden Marktes ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, der dabei die tatsächlichen Gegebenheiten des Marktes festzustellen hat. Das Rechtsbeschwerdegericht kann sie nur eingeschränkt überprüfen (BGHZ 92, 223, 238 - Gruner+Jahr/Die Zeit I; BGHZ 170, 299 Tz. 15 - National Geographic II). Diese Überprüfung zeigt hier keine Rechtsfehler auf.

- 15 Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung des Beschwerdegerichts beruht auf verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen und entspricht auch in der Sache der Rechtsprechung des Senats. Auszugehen ist dabei von dem Bedarfsmarktkonzept. Danach sind dem relevanten (Angebots-)Markt alle Produkte zuzurechnen, die aus der Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind (BGHZ 170, 299 Tz. 14 - National Geographic II, m.w.N.).
- 16 Die Rechtsbeschwerde meint, danach sei auf der ersten Stufe der Lieferkette nicht von einem Erstabsatzmarkt, sondern von einem Stromgroßhandelsmarkt auszugehen; darin seien auf Anbieterseite neben den Stromerzeugern und -importeuren auch diejenigen Stromhändler einzubeziehen, die nicht selbst Strom erzeugten oder importierten, sondern anderweitig gekauften Strom zum Weiterverkauf anböten; denn es mache aus der Sicht der Nachfrager - der regionalen und lokalen Weiterverteiler - keinen Unterschied, ob sie Strom vom Erzeuger, vom Importeur oder von einem Stromgroßhändler bezögen.
- 17 Dem kann nicht gefolgt werden. Die Rechtsbeschwerde verkennt die Funktion und Reichweite des Bedarfsmarktkonzepts. Dieses ist lediglich ein Hilfsmittel, um die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen die beteiligten Unternehmen ausgesetzt sind. Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, kommt es entscheidend darauf an, ob die Verhaltensspielräume dieses Unternehmens hinreichend durch den Wettbewerb kontrolliert werden. Ist das Bedarfsmarktkonzept im Einzelfall nicht geeignet, diese Frage zu beantworten, bedarf es einer Korrektur (BGHZ 170, 299 Tz. 19 - National Geographic II). Das gilt insbesondere dann, wenn ansonsten der Warenstrom nicht zutreffend dargestellt würde.

18 Der Senat hat bereits in der "Staubsaugerbeutelmarkt"-Entscheidung angenommen, dass eine Marktabgrenzung fehlerhaft ist, wenn sie dazu führt, dass Erzeuger und Weiterverkäufer auf eine Handelsstufe gestellt werden, obwohl die gesamte gehandelte Ware von den Erzeugern in den Verkehr gebracht worden ist (BGHZ 160, 321, 325 f.). So verhält es sich auch hier. Die Menge des insgesamt in Deutschland handelbaren Stroms wird durch die stromerzeugenden und -importierenden Unternehmen, vor allem die vier Verbundunternehmen E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW, vorgegeben. Der Stromimport ist dabei nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts nur von geringer Bedeutung. Er beträgt weniger als 10% des inländischen Stromabsatzes und ist wegen der beschränkten Kapazität der Grenzkuppelstellen nicht beliebig vermehrbar. Daraus folgt, dass Weiterverteilungsunternehmen nur den Strom zum Verkauf anbieten können, den sie zuvor von den Stromerzeugern und -importeuren gekauft haben. Würden sie auf eine Handelsstufe mit diesen Unternehmen gestellt, so würde die gehandelte Strommenge nicht zuverlässig abgebildet. Es käme zu Mehrfachzählungen. Der Marktanteil der Stromerzeuger und -importeure würde dadurch - unzutreffend - eingeschränkt, obwohl der gesamte gehandelte Strom allein von ihnen stammt.

19 Dementsprechend gehen von den Weiterverteilungsunternehmen auch keine relevanten wettbewerblichen Impulse auf die stromerzeugenden und -importierenden Unternehmen aus. Da Strom nicht speicherbar ist, die Importmöglichkeiten eingeschränkt sind und eine Substitution durch andere Energieträger nur in einem vernachlässigbaren Umfang möglich ist, entscheidet der auf dem Erstabsatzmarkt von den Stromerzeugern und -importeuren durchgesetzte Preis über das Preisniveau auf dem Weiterverteilermarkt. Die Stromgroßhändler können die von den Stromerzeugern und -importeuren vorgegebenen Preise allenfalls kurzfristig unterbieten, da sie sonst mit Verlust arbeiten müssten.

- 20 Diesem Ergebnis stehen die Ausführungen in dem Sondergutachten der Monopolkommission "Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung", anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht entgegen. Die Monopolkommission bewertet darin die vom Bundeskartellamt vertretene Abgrenzung des Erstabatzmarkts anhand des Bedarfsmarktkonzepts nicht abschließend, sondern hält es im Gegenteil für wahrscheinlich, dass eine Beurteilung nach dem Preisheraufsetzungstest (SSNIP-Test) zu demselben Ergebnis führen würde (Sondergutachten v. November 2007, Tz. 148 ff., BT-Drucks. 16/7087; zum Preisheraufsetzungstest s. BGH, Beschl. v. 4.3.2008 - KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 Tz. 18 f. = BGHZ 176, 1 - Soda Club II).
- 21 Dass die Europäische Kommission von einem einheitlichen Stromerzeugungs-/großhandelsmarkt ausgeht, spricht ebenfalls nicht gegen die Marktabgrenzung des Beschwerdegerichts. Die Kommission rechnet diesem Markt nämlich lediglich die im Inland erzeugten und die importierten Strommengen zu (Entscheidung v. 21.12.2005, COMP/M.3696 Tz. 223 f. - E.ON/MOL). Soweit in der Entscheidung "Gaz de France/Suez" die Stromgroßhändler neben den Stromimporten genannt werden (Entscheidung v. 14.11.2006, COMP/M.4180 Tz. 674), beruht das auf den Besonderheiten des dort untersuchten ungarischen Strommarkts (aaO Tz. 153). Von einer abweichenden Beurteilung durch die Kommission kann deshalb entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde keine Rede sein.
- 22 Auch die übrigen Einwände der Rechtsbeschwerde gegen die von dem Beschwerdegericht vorgenommene Marktabgrenzung greifen nicht durch. Zwar mag Strom über die Leipziger Energiebörse (European Energy Exchange, EEX) oder "over the counter" (OTC) leicht zu beschaffen sein. Es handelt sich dabei aber - soweit die gekauften Strommengen auch "körperlich" in Form von Netzspannung geliefert werden müssen - immer nur um die Mengen, die von den

stromerzeugenden und -importierenden Unternehmen angeboten werden. Über eine Verringerung der angebotenen Mengen können diese Unternehmen daher den Preis beeinflussen. Dem steht, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht entgegen, dass die technische Kapazität der Grenzkuppelstellen nicht zwingend den Umfang des grenzüberschreitenden Handels begrenzt, da Im- und Exporte miteinander zu saldieren sind. Für die Wettbewerbsverhältnisse kommt es entscheidend darauf an, welche Strommenge auf dem inländischen Markt tatsächlich zur Verfügung steht. Das hängt von dem Produktionsvolumen ab. Das Handelsvolumen könnte sich wegen der Engpässe an den Grenzkuppelstellen nur dann von dieser Menge merklich unterscheiden, wenn in erheblichem Umfang gleichzeitige Stromim- und -exporte stattfänden. Das hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt. Ein gleichzeitiger Im- und Export wäre angesichts des grundsätzlich jeweils nur in einer Richtung bestehenden Preisgefälles wirtschaftlich auch nicht sinnvoll. Ein ausländischer Stromanbieter kann in Deutschland keine nennenswerten Strommengen zu deutlich günstigeren als den inländischen Preisen anbieten, um so auf den deutschen Markt vorzustoßen. Er könnte die verkauften Mengen nämlich wegen der beschränkten Kapazität der Grenzkuppelstellen nicht aus ausländischer Erzeugung liefern, sondern müsste sich im Inland eindecken. Dann aber wäre er an die Preise gebunden, die von den inländischen Stromerzeugern verlangt werden.

- 23 Dieses Ergebnis stimmt überein mit den Feststellungen im Monitoringbericht 2007 der Bundesnetzagentur zum Engpassmanagement an den Grenzkuppelstellen (www.bundesnetzagentur.de/media/archive/12086.pdf, S. 27 ff.), auf den das Beschwerdegericht Bezug genommen hat, und in dem Sondergutachten der Monopolkommission (aaO Tz. 277 ff.) und wird bestätigt durch die weitere Feststellung des Beschwerdegerichts, dass tatsächlich weniger als 10% der inländischen Stromabsatzmenge importiert wird.

- 24 Räumlich ist der Erstabsatzmarkt deutschlandweit abzugrenzen. Die von der Rechtsbeschwerde geltend gemachte europaweite Abgrenzung scheitert an der begrenzten Kapazität der Grenzkuppelstellen, wie vorstehend ausgeführt. Deshalb ist das Beschwerdegericht zu Recht davon ausgegangen, dass der relevante Markt durch den Erstabsatz von Strom definiert wird und dabei noch kein europaweiter Wettbewerb stattfindet.
- 25 3. Rechtsfehlerfrei ist auch die Feststellung des Beschwerdegerichts, dass E.ON und RWE auf diesem so abgegrenzten Markt ein marktbeherrschendes Duopol bilden.
- 26 Ein marktbeherrschendes Duopol oder Oligopol i.S. des § 19 Abs. 2 GWB besteht, wenn zwischen zwei oder mehreren Unternehmen kein wesentlicher (Binnen-)Wettbewerb stattfindet und sie als Gesamtheit im Außenverhältnis keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind oder jedenfalls eine übertragende Marktstellung haben. Ob dies der Fall ist, hat grundsätzlich der Tatrichter zu beurteilen (BGHZ 49, 367, 377 - Fensterglas II). Das Rechtsbeschwerdegericht kann nur überprüfen, ob Verfahrensregeln verletzt worden sind (dazu im Folgenden unter a) und ob das Beschwerdegericht von zutreffenden rechtlichen Erwägungen ausgegangen ist (dazu unter b bis d). Dieser Überprüfung hält der angefochtene Beschluss stand.
- 27 a) Das Beschwerdegericht hat ohne Verfahrensfehler die in der Anlage 32 enthaltene Auswertung der von dem Bundeskartellamt während des Beschwerdeverfahrens durchgeführten Erhebung der Marktdaten für 2003 und 2004 berücksichtigt, obwohl den Betroffenen Einsicht nur in zwei der vom Bundeskartellamt dazu vorgelegten insgesamt 21 Aktenordnern gewährt, im Übrigen aber die Einsicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen verweigert worden ist.

28 aa) Darin liegt entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kein
Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG.

29 Das Beschwerdegericht hat den Inhalt der 19 den Betroffenen vorenthal-
tenen Aktenordner nicht i.S. von § 71 Abs. 1 Satz 2 GWB zur Grundlage seiner
Entscheidung gemacht. Es hat in diesem Zusammenhang lediglich die als An-
lage 32 zur Gerichtsakte gereichte Auswertung berücksichtigt. Daraus ergeben
sich die für die Entscheidung wesentlichen Marktdaten. Die Betroffenen hatten
Gelegenheit, von dieser Anlage Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern.

30 Dass den Betroffenen die Einsicht in die übrigen Aktenordner verwehrt
worden ist, verletzt nicht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Daten in
diesen Ordnern könnten allenfalls insofern von Bedeutung sein, als sich daraus
ergeben könnte, dass dem Bundeskartellamt Fehler bei der Marktdatenerhe-
bung unterlaufen sind und daher die Angaben in der Anlage 32 falsch sind. Das
aber ist keine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern der Sachverhaltsfeststel-
lung. Bei ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit der vom Bundeskartellamt mit-
geteilten Auswertungsergebnisse ist das Beschwerdegericht im Rahmen des
Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 70 Abs. 1 GWB verpflichtet, eigene Erhe-
bungen anzustellen.

31 bb) Auch ein Verstoß gegen diese Pflicht kann nicht festgestellt werden.

32 Nach der Rechtsprechung des Senats hat das Beschwerdegericht die
Möglichkeit, ergänzende Sachverhaltsermittlungen von der Kartellbehörde
durchführen zu lassen (BGHZ 155, 214, 220 f. - HABET/Lekkerland). Wird eine
Marktdatenerhebung durchgeführt, kann sich das Beschwerdegericht grund-
sätzlich darauf beschränken, die Ergebnisse dieser Erhebung zur Kenntnis zu
nehmen und zu verwerten. Das gilt insbesondere dann, wenn die Kartellbehör-

de ihre Zustimmung zur Einsicht in ihre Akten verweigert hat. Diese Erklärung ist nach § 72 Abs. 2 Satz 1 GWB grundsätzlich bindend. Vorakten im Sinne dieser Bestimmung sind auch diejenigen Akten, die von der Kartellbehörde erst während des gerichtlichen Verfahrens im Zuge ergänzender Ermittlungen angelegt werden. Damit ist das Beschwerdegericht, anders als das Bundeskartellamt in seiner Rechtsbeschwerdeerwiderung meint, bei Beachtung des Grundsatzes rechtlichen Gehörs - vorbehaltlich der hier nicht einschlägigen Ausnahmeregelung des § 71 Abs. 1 Satz 3 GWB - daran gehindert, den Inhalt dieser Akten bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Ob die Daten zuverlässig ermittelt worden sind, braucht es - ebenso wenig wie bei sonstigen der angefochtenen Entscheidung vorangehenden Datenerhebungen der Kartellbehörde - im Regelfall auch nicht auf andere Weise von Amts wegen nachzuprüfen. Das hat nur dann zu geschehen, wenn der Vortrag der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich aufdrängenden Möglichkeiten dazu Anlass gibt (BGHZ 51, 371, 377 - Papierfiltertüten II; BGH, Beschl. v. 22.11.1983 - KVR 2/83, WuW/E 2044, 2046 - Druckereikonditionen; BVerwG, Beschl. v. 2.11.2007 - 3 B 58/07, DÖV 2008, 336 Tz. 7; K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl., § 70 Rdn. 2 ff.). Einer entsprechenden Verfahrensrüge muss das Rechtsbeschwerdegericht nur dann nachgehen, wenn vorgetragen wird, welche Beweisanträge übergangen sind oder welche Ermittlungen noch hätten vorgenommen werden müssen (BGHZ 50, 357, 361 f. - Zementverkaufsstelle für Niedersachsen; BGH, Beschl. v. 22.11.1983 - KVR 2/83, WuW/E 2044, 2046 - Druckereikonditionen).

33 An einer solchen Rüge fehlt es im Streitfall. Die Rechtsbeschwerde beschränkt sich darauf, allgemeine Zweifel an der Zuverlässigkeit der von dem Bundeskartellamt gesammelten Daten und der von ihm vorgenommenen Auswertung zu äußern. Insbesondere zeigt sie nicht auf, dass die Beteiligten im Beschwerdeverfahren insoweit einen Beweisantrag gestellt hätten. Welche

konkreten Ermittlungen das Beschwerdegericht unterlassen haben soll, legt sie ebenfalls nicht dar.

34

Auch im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass das Beschwerdegericht notwendige Ermittlungshandlungen unterlassen hat. Allerdings hätte es nach § 72 Abs. 2 Satz 4 bis 6 GWB im Rahmen eines Zwischenverfahrens eine Entscheidung darüber treffen können, ob die in den gesperrten Akten enthaltenen Daten trotz ihres Charakters als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse hätten offengelegt werden müssen. An diesem Zwischenverfahren hätte es aber die mehr als 1000 Unternehmen, die vom Bundeskartellamt befragt worden sind, beteiligen müssen. Die Notwendigkeit eines solchen, auch unter dem Beschleunigungsgebot des § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 GWB zu beurteilenden Ermittlungsaufwands (BGHZ 170, 299 Tz. 15 - National Geographic II) musste sich dem Beschwerdegericht nicht aufdrängen. Es durfte sich vielmehr darauf beschränken, die Feststellungen des Bundeskartellamts mit anderen, davon unabhängigen Erkenntnissen zu vergleichen, nämlich mit den auch von den Betroffenen selbst herangezogenen Ergebnissen der Sektoruntersuchung der Kommission vom 10. Januar 2007 im Bereich Energie und den Zahlen des Verbandes der Elektrizitätswirtschaft e.V. (VDEW, jetzt Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. - BDEW) sowie der im Jahre 2005 veröffentlichten Untersuchung des Instituts für Wirtschaftswissenschaften der Universität Erlangen-Nürnberg über die Stromerzeugungskapazitäten in Deutschland. Das Beschwerdegericht war sich dabei der vor allem in den Auskünften der Marktteilnehmer begründeten Ungenauigkeit der Marktdatenerhebung sehr wohl bewusst, hat aber dennoch angenommen, dass jedenfalls die Größenordnung der Marktstrukturen zutreffend wiedergegeben worden sei. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Mit ihren dagegen gerichteten Angriffen begibt sich die Rechtsbeschwerde auf das ihr verschlossene Gebiet tatrichterlicher Würdigung.

35 b) Das Beschwerdegericht hat auf dieser Tatsachengrundlage ohne Rechtsfehler festgestellt, dass zwischen E.ON und RWE kein wesentlicher Wettbewerb besteht.

36 aa) Maßgeblich für das Beschwerdegericht war dabei eine Gesamtwürdigung der strukturellen Wettbewerbsbedingungen. Es hat dazu ausgeführt: Die beiden Konzerne wiesen zahlreiche strukturelle Gemeinsamkeiten auf, die ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten begünstigten. So seien sie jeweils vertikal integriert, böten sowohl Strom als auch Gas an, seien Eigentümer des weit überwiegenden Teils der Stromübertragungsnetze und seien über den größten nationalen Kohlestromerzeuger, die STEAG AG, und 13 Stromversorgungsunternehmen miteinander verflochten. Sie verfügten aufgrund eigener Kraftwerke, Anteilen an Gemeinschaftskraftwerken und langfristig vertraglich gesicherter Kraftwerksleistungen im Verhältnis zu den Verbundunternehmen Vattenfall und EnBW sowie den übrigen stromerzeugenden Unternehmen über die weitaus höchsten Stromerzeugungskapazitäten und die höchsten Anteile an der Nettostromerzeugung. Die Datenerhebung des Bundeskartellamts habe für das Jahr 2003 bei E.ON und RWE Stromerzeugungskapazitäten von 52% und Anteile an der Nettostromerzeugung von 57% ergeben gegenüber 30% bzw. 29% bei Vattenfall/EnBW. Diese Zahlen stimmten in ihrer Größenordnung mit denjenigen überein, die die Universität Erlangen-Nürnberg, der VDEW und die Kommission ermittelt hätten. Nach diesen Untersuchungen hätten die Betroffenen selbst die Anteile von E.ON/RWE mit 44 bzw. 49,6% gegenüber jeweils 27% bei Vattenfall/EnBW angegeben. Hinzu kämen die Homogenität des Produkts Strom, das geringe Innovationspotenzial bei Strom und die Transparenz der Abgabepreise.

37 Auch tatsächlich bestehe kein wesentlicher Wettbewerb zwischen E.ON und RWE, wie sich aus der Marktdatenerhebung des Bundeskartellamts erge-

be. So hätten die Kundenzugewinnquoten, die entsprechende Kundenwechsel indizierten, im Jahre 2003 bei den Weiterverteilern unter 1% und bei den Großkunden unter 4% gelegen, und im Jahre 2004 habe sich das nicht wesentlich verändert. Die Kundenwechsel auf der Distributionsstufe seien dagegen nicht zu berücksichtigen; sie seien ungeeignet, einen Wettbewerb zwischen E.ON und RWE zu belegen.

38 bb) Diese Ausführungen halten einer Rechtskontrolle stand.

39 Maßgebend für die Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse in einem möglichen Oligopol ist eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände (BGHZ 49, 367, 377 - Fensterglas II; BGH, Beschl. v. 22.6.1981 - KVR 5/80, WuW/E 1824, 1827 f. - Tonolli Blei- und Silberhütte Braubach). Dabei kommt - im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle - den die Marktstruktur bestimmenden Merkmalen eine besondere Bedeutung zu (BGHZ 79, 62, 66 f. - Klöckner-Becorit; BGHZ 88, 284, 289 f. - Gemeinschaftsunternehmen für Mineralölprodukte). Es ist zu untersuchen, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder des möglichen Oligopols zu rechnen ist. Das ist anzunehmen, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit besteht ("implizite Kollusion", Immenga/Körber in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl., Art. 2 FKVO Rdn. 414). Entscheidende Indizien dafür sind die Markttransparenz und die Abschreckungs- und Sanktionsmittel bei abweichendem Marktverhalten. Es muss ein Anreiz bestehen, nicht von dem gemeinsamen Vorgehen abzuweichen. Davon ist dann auszugehen, wenn jedes beteiligte Unternehmen weiß, dass eine auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, wettbewerbsorientierte Maßnahme die gleiche Maßnahme seitens der anderen Unternehmen auslösen würde, so dass es keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte (EuG, Urt. v. 6.6.2002 - T-342/99, Slg. 2002, II-2585 Tz. 61 f. = WuW/E

EU-R 559 - Airtours/First Choice). So besteht kein Anreiz für einen Preiswettbewerb, wenn eine Preissenkung durch ein Unternehmen von den anderen Unternehmen des Oligopols sofort erkannt und mit einer ebensolchen Preissenkung beantwortet werden kann, ohne dass sich dadurch die Marktanteile aller beteiligten Unternehmen verändern. In diesem Zusammenhang sind weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen, etwa die Symmetrie der beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Produktpalette, der verwendeten Technologie und der Kostenstruktur, etwaige Marktzutrittsschranken, die Nachfragemacht der Marktgegenseite und die Preiselastizität der Nachfrage. Von Bedeutung kann auch sein, ob aufgrund der Homogenität des vertriebenen Produkts ein Produkt- und Qualitätswettbewerb nur eingeschränkt oder gar nicht in Betracht kommt (BGHZ 88, 284, 290 - Gemeinschaftsunternehmen für Mineralölprodukte) und ob die Mitglieder des möglichen Oligopols gesellschaftsrechtlich miteinander verflochten sind (BGH, Beschl. v. 22.9.1987 - KVR 5/86, WuW/E 2433, 2439 f. - Gruner+Jahr/Zeit II). Daneben ist das tatsächliche Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen auf dem betreffenden Markt zu berücksichtigen (BGH, Beschl. v. 22.6.1981 - KVR 5/80, WuW/E 1824, 1827 f. - Tonolli Blei- und Silberhütte Braubach). Dabei kann eine geringe Kundenwechselquote ein Anzeichen für einen fehlenden Binnenwettbewerb sein (zum Ganzen Möschel in Immenga/Mestmäcker aaO § 19 Rdn. 78 ff.; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker aaO § 36 Rdn. 153 ff.; Ruppelt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 19 GWB Rdn. 60 ff.).

40 Gemessen daran halten die Ausführungen des Beschwerdegerichts einer rechtlichen Überprüfung stand.

41 Das Beschwerdegericht hat Strukturmerkmale festgestellt, die eine Reaktionsverbundenheit von E.ON und RWE erwarten lassen, nämlich die beiderseits vertikale Integration, das Auftreten sowohl auf den Strom- als auch auf

den Gasmärkten, die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen, die Homogenität des Produkts Strom, die hohen Marktanteile bei den Stromerzeugungskapazitäten und der Nettostromerzeugung sowie den deutlichen Marktabstand zu den konkurrierenden Unternehmen. Weiter hat es - wenn auch nur beiläufig - eine Transparenz der Abgabepreise festgestellt. Aus all diesen Umständen hat es im Rahmen einer Gesamtbeurteilung den Schluss gezogen, dass wesentlicher Wettbewerb im Innenverhältnis nicht stattfindet. Damit hat es entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde weder die wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse über die einem gleichförmigen Marktverhalten zugrunde liegende Reaktionsverbundenheit der Unternehmen außer Acht gelassen, noch ist es damit von der Rechtsprechung des Senats abgewichen. Insbesondere steht sein Prüfungsansatz auch nicht im Widerspruch zu den Grundsätzen, die das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften in der Entscheidung "Airtours/First Choice" aufgestellt hat (Slg. 2002, II-2585 Tz. 61 f.). Danach setzt eine kollektive Marktbeherrschung zum einen eine entsprechende Markttransparenz und zum anderen ausreichende Abschreckungsmittel voraus, um die einzelnen Oligopolmitglieder an einem Verlassen der gemeinsamen Strategie zu hindern. Aus der Entscheidung geht aber nicht hervor, dass - neben dem gesondert zu behandelnden Fehlen eines hinreichenden Außenwettbewerbs (dazu s. unten c) - nicht auch weitere Kriterien bei der Beurteilung der maßgeblichen Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt werden könnten.

42

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind die Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht unvollständig. Ihre Rüge, die Markttransparenz sei nicht näher belegt und die Abschreckungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei einseitigem Abweichen von der gemeinsamen Marktstrategie des Duopols seien nicht ausdrücklich festgestellt, trifft nicht zu. Beides ergibt sich aus der Gesamtheit der tatrichterlichen Feststellungen. Angesichts der Nichtspeicherbarkeit von Strom, der begrenzten Kapazitäten der den jeweiligen Unternehmen

zur Verfügung stehenden Stromerzeugungsanlagen, des erheblichen Zeit- und Kostenaufwands, der bei dem Bau neuer Anlagen entsteht, und der begrenzten Möglichkeit, Strom zu importieren, führt eine Preissenkung durch nur ein stromerzeugendes Unternehmen zwangsläufig dazu, dass es die dadurch ausgelöste erhöhte Nachfrage zunächst im Wesentlichen durch Zukäufe bei anderen stromerzeugenden Unternehmen oder dem nachgelagerten Handel decken muss. Umgekehrt wird angesichts der Homogenität des Produkts Strom das die Preise nicht senkende Unternehmen vor der Wahl stehen, die Preissenkung des anderen Unternehmens nachzuvollziehen oder Kunden zu verlieren. Damit ist hinreichend belegt, dass der Erstabsatzmarkt für Strom weitgehend transparent ist und dass ausreichende Abschreckungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei einem Ausscheren eines der beiden Unternehmen bestehen. Das andere Unternehmen könnte seine Preise im gleichen Maße senken. Damit würde insgesamt ein niedrigeres Preisniveau entstehen, ohne dass sich die Marktanteile der beiden Unternehmen wesentlich veränderten, sich die Preissenkung also lohnte. Das andere Unternehmen könnte auch seine Absatzmenge reduzieren und so den Konkurrenten "aushungern". Aber selbst wenn das andere Unternehmen weder seine Preise senkte, noch seine Absatzmenge reduzierte, wären die Möglichkeiten eines Preiswettbewerbs beschränkt. Die erforderlichen Zukäufe des die Preise senkenden Unternehmens müssten dann zu den ursprünglichen, höheren Preisen erfolgen. Auch damit wird der Anreiz zu einem Preiswettbewerb aber entscheidend gedämpft. Denn das die Preise senkende Unternehmen würde in Höhe der Preisdifferenz mit Verlust arbeiten.

43 Angesichts dieser für ein Fehlen eines Wettbewerbs zwischen den Duopolisten sprechenden Umstände konnte das Beschwerdegericht davon absehen, die unterschiedliche Zusammensetzung der Kraftwerksparks von E.ON und RWE näher zu untersuchen. Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass sich allein daraus eine andere Beurteilung ergeben könnte. Der Einwand der

Rechtsbeschwerde, die Netto-Industriestrompreise seien seit der Liberalisierung des Strommarktes erheblich gesunken, ist schon deshalb unerheblich, weil die Rechtsbeschwerde keinen Vortrag aufzeigt, dass die Preissenkungen in dem maßgeblichen Zeitraum ab 2003 stattgefunden hätten. Auch die von der Rechtsbeschwerde angeführten Kostensenkungsprogramme der Stromversorger rechtfertigen nicht den Schluss auf einen Wettbewerb zwischen den Duopolisten. Sie lassen sich ohne weiteres mit dem Bestreben nach Steigerung des Unternehmensgewinns und -werts erklären.

44 Frei von Rechtsfehlern ist auch die Feststellung des Beschwerdegerichts, dass tatsächlich kein nennenswerter Wettbewerb zwischen E.ON und RWE stattfindet. Diesen Schluss konnte das Beschwerdegericht aus den geringen, vom Bundeskartellamt ermittelten Kundenwechselquoten ziehen. Die Rechtsbeschwerde zieht die Höhe dieser Kundenwechselquoten zwar in Zweifel. Sie zeigt aber nicht auf, dass die Betroffenen Wechselquoten zwischen E.ON und RWE dargelegt hätten, die auf einen wirksamen Wettbewerb schließen lassen könnten.

45 Angesichts der zahlreichen, sämtlich gegen einen wirksamen Binnenwettbewerb sprechenden Umstände bedurfte es auch keiner gesonderten Abwägung. Es genügte die Gesamtschau auf diese Umstände.

46 c) Ebenfalls fehlerfrei hat das Beschwerdegericht festgestellt, dass E.ON und RWE in ihrer Gesamtheit eine im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern übertragende Marktstellung haben.

47 aa) Dazu hat es ausgeführt:

48 Die strukturellen Gemeinsamkeiten von E.ON/RWE mit Vattenfall/EnBW seien weitaus geringer als zwischen den Duopolisten. So hielten Vattenfall und

EnBW nur zusammen 35 Minderheitsbeteiligungen an Stromversorgern, während E.ON und RWE an insgesamt 204 solcher Unternehmen beteiligt seien. Vattenfall und EnBW lieferten nicht Strom und Gas aus einer Hand und hätten deutlich geringere Anteile an den Stromerzeugungskapazitäten und der Nettostromproduktion - je etwa 27% gegenüber etwa 44 bzw. 49,6% bei E.ON/RWE. Weiter hätten Vattenfall und EnBW eine geringere Finanzkraft und geringere Entwicklungsmöglichkeiten. Ein Wettbewerb werde auch erschwert durch Verflechtungen zwischen E.ON/RWE und EnBW bei zehn Stadtwerken und Regionalversorgungsunternehmen und zwischen E.ON und Vattenfall bei den Gemeinschaftskraftwerken Brunsbüttel, Brokdorf und Krümmel.

49 Auch gegenüber unabhängigen Kraftwerksbetreibern habe das Duopol eine überragende Marktstellung. Dabei handele es sich um kleine und mittlere Unternehmen, die nicht als Einheit aufträten und daher keinen Wettbewerbsdruck aufbauen könnten.

50 Ein Außenwettbewerb gegen E.ON und RWE finde auch tatsächlich nicht statt. Zwar hätten E.ON und RWE auf dem Großkundenmarkt seit dem Jahre 2000 Marktanteile verloren. Das spreche jedoch nicht für einen Wettbewerb gegen E.ON und RWE auf dem Erstabsatzmarkt, weil alle Stromhändler darauf angewiesen seien, den Strom von den Stromerzeugern zu kaufen. Das gelte auch in Bezug auf Vattenfall und EnBW. Deren Angaben zur Zahl der von ihnen gewonnenen (Wechsel-)Kunden im Rahmen der Marktdatenerhebung des Bundeskartellamts seien wegen falscher Bezugsgrößen bzw. Widersprüchlichkeit nicht verwertbar.

51 bb) Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

52 Wie bei der Feststellung, ob innerhalb des Oligopols ein maßgeblicher (Binnen-)Wettbewerb herrscht, ist auch bei der Untersuchung der (Außen-)Wettbewerbsstellung des Oligopols im Verhältnis zu den übrigen tatsächlichen oder potenziellen Marktteilnehmern eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände geboten. Dabei kann gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 i.V. mit Satz 1 Nr. 2 GWB der gemeinsame Marktanteil des Oligopols eine Rolle spielen (BGHZ 166, 165 Tz. 43 - DB Regio/Üstra), aber auch etwa der Abstand zu den nächststarken Wettbewerbern, die unterschiedlichen Unternehmensstrukturen, die etwaigen Marktzutrittsschranken und unternehmerischen Verflechtungen und die tatsächlich bestehenden Wettbewerbsverhältnisse. Diese Gesamtbetrachtung hat das Beschwerdegericht auch hinsichtlich des Außenwettbewerbs ohne Rechtsfehler angestellt.

53 Es hat dabei zutreffend die hohen Marktanteile von E.ON/RWE und den deutlichen Abstand zu den Marktanteilen von Vattenfall/EnBW berücksichtigt. Zwar hat es nicht festgestellt, dass die Marktanteile von E.ON/RWE - wie das Bundeskartellamt auf der Grundlage seiner Marktdatenerhebung geltend gemacht hat - die Vermutungsgrenze des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 GWB überschreiten. Sie liegen aber - jedenfalls bei der Nettostromerzeugung mit den vom Beschwerdegericht angenommenen 49,6% - sehr nahe an dieser Vermutungsgrenze, was bei der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde begegnet es keinen Bedenken, dass das Beschwerdegericht die Marktanteile auf dem Erstabsatzmarkt für Strom nicht exakt festgestellt hat. Es hat statt dessen die Werte aus der Marktdatenerhebung des Bundeskartellamts, aus den Veröffentlichungen der Kommission und des VDEW und aus der Untersuchung der Universität Erlangen-Nürnberg zusätzlich herangezogen und ist auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis gelangt, dass die beiden Duopolisten E.ON und RWE nach allen Zahlenwerken einen überragenden Marktanteil und einen erheblichen Marktabstand zu den nächs-

ten Wettbewerbern Vattenfall und EnBW haben. Dabei durfte es die Zahlen der Kommission und des VDEW ungeachtet der Tatsache berücksichtigen, dass die Betroffenen diese Zahlen zwar in das Verfahren eingeführt, zugleich aber ihre Richtigkeit bestritten hatten. Die Erwägung des Beschwerdegerichts, ähnliche Ergebnisse mehrerer voneinander unabhängiger Untersuchungen sprächen - ungeachtet gewisser methodischer Unterschiede im Einzelnen - für die Richtigkeit der diesen Ergebnissen gemeinsamen Größenordnung, ist Teil der dem Tatrichter vorbehaltenen Beweiswürdigung. Die Rechtsbeschwerde zeigt keinen Vortrag der Beteiligten auf, der zu davon abweichenden Erkenntnissen führen könnte.

54 Das Beschwerdegericht hat zutreffend nicht allein auf die Marktanteile abgestellt, sondern weitere Umstände berücksichtigt, so die geringere vertikale Integration von Vattenfall/EnBW, ihre Beschränkung auf den Strommarkt, ihre geringere Finanzkraft, ihre geringeren Entwicklungsmöglichkeiten und ihre Verflechtungen mit E.ON bzw. RWE. Die Würdigung, dass diese Marktstruktur erheblichen Wettbewerb zwischen den Duopolisten E.ON/RWE und Vattenfall/EnBW nicht erwarten lasse, ist möglich und daher von der Rechtsbeschwerde hinzunehmen.

55 Weiter hat das Beschwerdegericht festgestellt, dass auch tatsächlich nur geringer Wettbewerb zwischen E.ON/RWE und den übrigen Anbietern auf dem Erstabsatzmarkt für Strom besteht. Es hat dabei zutreffend auf die geringen Kundenwechselquoten zwischen den stromerzeugenden und -importierenden Unternehmen auf dem Erstabsatzmarkt abgestellt und daraus ein Indiz gegen einen wesentlichen Wettbewerb gewonnen. Entgegen der Meinung der Rechtsbeschwerde musste das Beschwerdegericht nicht auch die Kundenwechselquoten zwischen den Duopolmitgliedern und den Stromhändlern, Stadtwerken und Regionalversorgern feststellen. Darauf kommt es für die Wettbewerbsver-

hältnisse auf dem Erstabsatzmarkt nicht an. Für sie sind allein die Wettbewerbskräfte maßgeblich, die zwischen den stromerzeugenden und -importierenden Unternehmen herrschen.

56 Aus all diesen Umständen konnte das Beschwerdegericht ohne Rechtsfehler den Schluss ziehen, dass dem Duopol E.ON/RWE auf dem Erstabsatzmarkt für Strom jedenfalls eine überragende Marktstellung zukommt.

57 Ob nicht nur ein Duopol aus E.ON und RWE, sondern ein Oligopol aus E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW besteht, hat das Beschwerdegericht nicht geprüft. Die Frage bedarf keiner Erörterung, weil sie für die Zulässigkeit des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens ohne Bedeutung ist.

58 4. Von dem Zusammenschluss zwischen EAM und den SW Eschwege ist zu erwarten, dass er die marktbeherrschende Stellung von E.ON und RWE verstärkt.

59 a) Das Beschwerdegericht hat dies wie folgt begründet: Aufgrund der Regelungen des Konsortialvertrages zwischen EAM und der Kreisstadt Eschwege bestehe einige Wahrscheinlichkeit dafür, dass durch den Zusammenschluss das Absatzgebiet von EAM langfristig erhalten bleibe. So sei vorgesehen, dass im Rahmen einer strategischen Partnerschaft wichtige Angelegenheiten von SW Eschwege vorab zwischen EAM und der Stadt abgestimmt würden und dass, sollte es zu keiner Einigung kommen, der strittige Punkt - einmalig - von der Tagesordnung der Gesellschafterversammlung bzw. Aufsichtsratssitzung abgesetzt werde. Auch könnte EAM auf günstigere Konkurrenzangebote reagieren, indem sie ihr Angebot nachbessere oder Zusatzleistungen auf anderen Gebieten anböte. Bei einem Preisnachlass flösse ein Teil wieder als Gewinn an sie zurück. Unabhängig davon müsse der Zusammenschluss im Zu-

sammenhang mit der Unternehmensstrategie der Verbundunternehmen gewürdigt werden. Diese versuchten, mittels zahlreicher Beteiligungen an regionalen und lokalen Stromversorgern ihre Absatzgebiete langfristig zu sichern und potenziellen Wettbewerb abzuwehren. Die Mitgliedschaft von SW Eschwege an der Gesellschaft für Kommunale Kooperation (GKK), die für SW Eschwege und weitere regionale Energieversorger Rahmenverträge für den Strombezug aushandle, stehe nicht entgegen, weil diese jederzeit gekündigt werden könne und im Übrigen SW Eschwege seit Bestehen der GKK Strom von EAM bezogen habe.

60 b) Auch das hält einer Rechtskontrolle stand.

61 Bei der Prognose, ob die marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss i.S. des § 36 Abs. 1 GWB verstärkt wird, sind die Wettbewerbsbedingungen, die ohne den Zusammenschluss herrschen, zu vergleichen mit denen, die durch den Zusammenschluss entstehen würden. Dabei kommt es entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht auf einen bestimmten Grad an Spürbarkeit an (BGHZ 71, 102, 125 - Kfz-Kupplungen; BGH, Beschl. v. 23.10.1979 - KVR 3/78, WuW/E 1655, 1659 - Zementmahanlage II; Beschl. v. 21.12.2004 - KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419, 1424 - Deutsche Post/transo-flex; BGHZ 166, 165 Tz. 49 - DB Regio/Üstra). Bei Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad genügt schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs. Es reicht aus, wenn rechtliche oder tatsächliche Umstände dem marktbeherrschenden Unternehmen oder Oligopol zwar nicht zwingend, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wettbewerbssituation verschaffen. Dafür genügt es, wenn die Gefahr entsteht oder erhöht wird, dass potenzielle Wettbewerber entmutigt und so von einem nachstoßenden Wettbewerb abgehalten werden (BGHZ 136, 268, 278 ff. - Stromversorgung Aggertal; BGH, Beschl. v. 15.7.1997 - KVR 21/96, NJW

1998, 2444, 2449 - Stadtwerke Garbsen; BGHZ 166, 165 Tz. 49 - DB Regio/Üstra). Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde wird die marktbeherrschende Stellung eines Oligopols grundsätzlich schon dann verstärkt, wenn die Absatzmöglichkeiten nur eines der Oligopolmitglieder verbessert werden (BGH, Beschl. v. 12.2.1980 - KVR 4/79, WuW/E 1763, 1765 - Bituminöses Mischgut; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker aaO § 36 Rdn. 163; a.A. Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 36 Rdn. 21).

62 Diesen Grundsätzen ist das Beschwerdegericht gefolgt. Es hat zutreffend nicht nur auf den Gesellschaftsvertrag, sondern auch auf den zwischen EAM und der Kreisstadt Eschwege geschlossenen Konsortialvertrag abgestellt. Der Einfluss von EAM - und damit von E.ON - auf die Geschäftspolitik von SW Eschwege ist jedenfalls durch die Sperrminorität bei gesellschaftsvertragsändernden Beschlüssen nach § 53 GmbHG begründet und durch die Abstimmungspflicht gemäß dem Konsortialvertrag verfestigt. Die Möglichkeit, drei Aufsichtsratsmitglieder zu stellen, begründet die Gefahr, dass EAM Einblick in die Angebote von Wettbewerbern bei der Vergabe künftiger Stromlieferungsverträge erhält. Dass EAM das eigene Angebotsverhalten daran ausrichten kann, stellt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ebenso einen die Wettbewerbsposition von E.ON begünstigenden Vorteil dar wie die Möglichkeit, einen Preisnachlass teilweise durch eine entsprechend höhere Gewinnentnahme auszugleichen (BGHZ 136, 268, 281 f. - Stromversorgung Aggertal; BGH WuW/E DE-R 32 - Stadtwerke Garbsen). Auch ist das Beschwerdegericht zu Recht von einem hoch konzentrierten Erstabsatzmarkt ausgegangen. Die Rechtsbeschwerde, die das anzweifelt, folgt dabei nicht der - zutreffenden - Marktabgrenzung des Beschwerdegerichts.

63 Schließlich durfte das Beschwerdegericht auch als die marktbeherrschende Stellung von E.ON/RWE verstärkend berücksichtigen, dass diese Un-

ternehmen seit Jahren die Geschäftsstrategie verfolgen, mittels Minderheitsbeteiligungen an Stadtwerken und sonstigen Stromversorgern ihre Absatzwege langfristig zu sichern. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde wird damit nicht die Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls verlassen. Es werden vielmehr Umstände mitberücksichtigt, die dem einzelnen Zusammenschluss eine besondere, über den Einzelfall hinausgehende Wettbewerbswirkung beilegen.

- 64 III. Auch die Feststellungen des Beschwerdegerichts, dass durch den Zusammenschluss keine Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen i.S. des § 36 Abs. 1 Halbs. 2 GWB eintreten und dass die von den Beteiligten gemachten Zusagen nicht geeignet sind, an dem Untersagungstatbestand etwas zu ändern, sind rechtsfehlerfrei und werden von der Rechtsbeschwerde nicht in Frage gestellt.

65

IV. Ist somit das Zusammenschlussvorhaben schon wegen der Wettbewerbswirkungen auf dem Erstabatzmarkt für Strom zu untersagen, kann offenbleiben, ob es auch auf dem Strom-Großkundenmarkt und dem Gasmarkt die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB erfüllt, wie das Beschwerdegericht angenommen hat.

Tolksdorf

Raum

Meier-Beck

Strohn

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 06.06.2007 - VI-2 Kart 7/04 (V) -