

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort	V
Vorwort der Autoren	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XVII
Einleitung	1

Kapitel 1.

Die Entwicklung des Energiemarktes und der Trend zur Konzentration

A. Struktur des Energiemarktes vor der Liberalisierung	5
I. Strommarkt	5
1. Versorgungsstufen und Marktteilnehmer	5
a. Stromerzeugung	5
b. Stromtransport	5
c. Stromverteilung	6
d. Übersicht über die Lieferketten	7
e. Marktanteile der führenden Unternehmen vor der Liberalisierung	8
2. Wettbewerbssituation vor der Liberalisierung	9
3. Veränderung der energierechtlichen Rahmenbedingungen durch die Liberalisierung	12
4. Wettbewerbsverhalten in der ersten Phase der Liberalisierung	16
II. Gasmarkt	19
1. Versorgungsstufen und Marktteilnehmer	19
a. Gasproduktion und Importe	20
b. Gastransport und Speicherung	21
c. Gasverteilung	23
d. Überblick über die Lieferketten	25
2. Wettbewerbssituation vor der Liberalisierung	27
3. Veränderung der energierechtlichen Rahmenbedingungen durch die Liberalisierung	28
4. Wettbewerbsverhalten in der ersten Phase der Liberalisierung	30
B. Der Trend zur Konzentration	32
I. Entwicklungen in den 1990er Jahren bis zur Liberalisierung 1998	32
II. Fusionen nach der Liberalisierung 1998 bis 2003	34
1. RWE/Erdgas Schwaben	35
2. VEW/Westfälische Ferngas	35
3. VEBA/VIAG und RWE/VEW	36
a. Dimension der Zusammenschlüsse	36

b. Bewertung der Auswirkungen der Zusammenschlüsse durch des Bundeskartellamt	38
c. Auflagen	41
4. E.ON/Heingas und Bewag/HEW/VEAG	44
5. HEW/VEAG/Laubag	46
6. E.ON/Ruhrgas	50
7. RWE/GEW Rheinenergie oder die „20%-Min“ des Bundeskartellamtes	53
8. E.ON/Elektrizitätsversorgung Westfalen	54
9. E.ON/Stadtwerke Lübeck	56
10. Beteiligungen der RWE im Gebiet Rhein-Ruhr	58
11. Beteiligungen ausländischer Energieversorgungsunternehmen	59
12. Zwischenfazit	60

Kapitel 2.

Die Grundsätze der wettbewerbsorientierten Fusionskontrolle

A. Zielsetzung des Fusionskontrollrechts	67
B. Duales System: Nationale und europäische Fusionskontrolle	68
I. Verteilung der Kompetenzen: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und EG-Fusionskontrollverordnung	68
1. Grundsätze des Verhältnisses der Europäischen Kommission zu den nationalen Kartellbehörden nach der EG-Fusionskontrollverordnung	68
2. Ausnahmefälle und Verweisungsmöglichkeiten	70
a. Schutz bestimmter berechtigter Interessen	70
b. Verweisungsregime	70
aa. Subsidiaritätsprinzip	70
bb. Verweisung von der Kommission auf Antrag eines Mitgliedstaates an die Mitgliedstaaten gemäß Art. 9 FKVO	71
cc. Verweisung an die Kommission auf Antrag der Mitgliedstaaten gemäß Art. 22 I – III FKVO	72
dd. Verweisung an einen Mitgliedstaat auf Antrag der Unternehmen vor Anmeldung gemäß Art. 4 IV FKVO	72
ee. Verweisung von den Mitgliedstaaten an die Kommission auf Antrag der Unternehmen gemäß Art. 4 V FKVO	73
II. Zusammenschlussvorhaben von gemeinschaftsweiter Bedeutung	73
1. Relevanz von Schwellenwerten	73
2. Generalschwelle des Art. 1 II FKVO	74
3. Spezialschwelle des Art. 1 III FKVO	74
4. Einzelheiten der Umsatzberechnung, Art. 5 FKVO	75
5. Beispielfälle der Abgrenzung aus der Energiewirtschaft	75
6. Offene Fragen nach der Reform der EG-Fusionskontrollverordnung zum 1. Mai 2004	76

C. Grundzüge der nationalen Fusionskontrolle	77
I. Überblick über die wesentlichen Prüfungsschritte	77
II. Zusammenschluss gemäß § 37 GWB	78
1. Überblick über die Arten relevanter Zusammenschlüsse	78
2. Unternehmensbegriff	80
3. Vermögenserwerb, § 37 I Nr. 1 GWB	80
4. Kontrollerwerb, § 37 I Nr. 2 GWB	82
5. Anteilerwerb, § 37 I Nr. 3 GWB	84
6. Erwerb von wettbewerblich erheblichem Einfluss, § 37 I Nr. 4 GWB	85
a. Charakter: Auffangtatbestand	85
b. Tatbestandsvoraussetzungen des § 37 I Nr. 4 GWB	86
7. Wesentliche Verstärkung bereits bestehender Unternehmens- verbindungen, § 37 II GWB	91
III. Umsatzschwellen und Umsatzberechnung, § 35 I GWB	94
1. Grundfall des § 35 I GWB: Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen	94
a. Quantitative Kriterien	94
b. Beteiligte Unternehmen	94
c. Ermittlung der Umsatzerlöse	97
2. Ausnahmetatbestände des § 35 II GWB: Toleranzklauseln	99
a. Sonderregelung des § 35 II 1 Nr. 1 GWB: Anschluss- bzw. Bagatellklausel	100
b. Sonderregelung des § 35 II 1 Nr. 2 GWB: Bagatellmarkt- klausel	101
IV. Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle, § 35 III GWB	103
V. Grundzüge der materiellen Fusionskontrolle, § 36 I GWB	103
1. Untersagungsvoraussetzung	103
2. Marktbeherrschung	104
a. Marktbeherrschung, § 19 II GWB	104
b. Marktbeherrschungsvermutung, § 19 III GWB	107
c. Bezugspunkt: Sachlich und räumlich relevanter Markt	109
aa. Sachlich relevanter Markt	109
bb. Räumlich relevanter Markt	114
3. Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung	119
4. Kausalität zwischen Marktstrukturveränderung und Zu- sammenschluss	121
5. Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss gemäß § 36 I 2 GWB (Abwägungs- klausel)	122
6. Auflagen und Bedingungen als Möglichkeiten der Ausräu- mung der Untersagungsvoraussetzungen	124
a. Grundsätze	124
b. Beispiele für erfolgreiche und nicht erfolgreiche Aufla- genangebote/Zusagen	125
VI. Verfahrensrechtliche Regelungen	127
1. Anmeldepflicht und Vollzugsverbot	127

2. Anmeldefähigkeit	128
3. Adressaten der Anmeldepflicht, § 39 II GWB	130
4. Inhalt der Anmeldepflicht, § 39 III GWB	130
5. Verfahrensverlauf	131
a. Struktur/interne Zuständigkeiten	131
b. Vorprüfverfahren	132
c. Hauptprüfverfahren	133
d. Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamts	133
e. Obligatorische mündliche Verhandlung	134
f. Bekanntmachung im Bundesanzeiger, Gebühren	135
VII. Beteiligte	135
1. Fusionsparteien, § 54 II Nr. 1 GWB	136
2. Betroffene, § 54 II Nr. 2 GWB	136
3. Beigeladene, § 54 II Nr. 3 GWB	136
a. Allgemeine Regeln zum Stuserwerb	136
b. Rechtsanspruch und Rechtsmittel	142
D. Rechtsschutz im Rahmen der nationalen Fusionskontrolle	146
I. Rechtsweg	146
II. Rechtsbehelfe	146
1. Allgemeines	146
2. Die unterschiedlichen Beschwerdearten im Überblick	147
a. Anfechtungsbeschwerde	147
b. Verpflichtungsbeschwerde	147
c. Allgemeine Leistungsbeschwerde	148
d. Nachträgliche Feststellungsbeschwerde/„Fortsetzungs- feststellungsbeschwerde“	149
e. Allgemeine Feststellungsbeschwerde	150
f. Einstweiliger Rechtsschutz	150
III. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerdearten im kartellgerichtlichen Beschwerdeverfahren	151
1. Voraussetzungen der Anfechtungsbeschwerde	151
2. Voraussetzungen der Verpflichtungsbeschwerde	154
3. Einstweiliger Rechtsschutz, insbesondere die problema- tische Beschränkung des Rechtsschutzes Dritter nach der 7. GWB-Novelle	158
a. Antrag, Inhalte und Antragsfrist	158
b. Verletzung subjektiver Rechte des Drittklägers nach der 7. GWB-Novelle	158
c. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfü- gung	166
d. Unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interes- sen gebotene Härte	167
E. Grundzüge der europäischen Fusionskontrolle	168
I. Unternehmenszusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung	168
II. Zusammenschlusstatbestände	168
III. Der Prüfungsmaßstab für die Beurteilung eines Zusammen- schlusses	169

1. Der sog. Marktbeherrschungstest nach der EG-Fusionskontrollverordnung in der bis zum 30. April 2004 geltenden Fassung der Verordnung (EWG) 4064/89	170
2. Veränderung des Prüfungsmaßstabs der EG-Fusionskontrollverordnung in der seit 1. Mai 2004 geltenden Fassung der Verordnung (EG) Nr. 139/2003 – der sog. SLC-Test	171
3. Berücksichtigungsfähigkeit sog. Effizienz bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses	173
IV. Auflagen	174
V. Verfahrensregelungen für Fusionskontrollverfahren vor der Europäischen Kommission	175
1. Verfahrensablauf nach der EG-Fusionskontrollverordnung in der bis zum 30. April 2004 geltenden Fassung der Verordnung (EWG) 4064/89	175
2. Verfahrensablauf nach der EG-Fusionskontrollverordnung in der seit 1. Mai 2004 geltenden Fassung der Verordnung (EG) Nr. 139/2003	176
a. Anmeldung	176
b. Verfahrensablauf und Änderungen im Fristenregime	177
VI. Ergänzende Befugnisse der Europäischen Kommission	178
1. Ermittlungsbefugnisse	178
2. Sanktionsmöglichkeiten	179
3. Weitere Verbesserungen zur Erhöhung der Effizienz und Verbesserung der Entscheidungsqualität	179
F. Möglichkeit einer „primärrechtlichen Fusionskontrolle“ über Art. 81, 82 EGV	181
I. Anwendungsbereich der primärrechtlichen Fusionskontrolle	181
1. Subsidiarität der Prüfung des Vorhabens nach Art. 81, 82 EGV	181
2. Anwendbarkeit der Art. 81, 82 EGV	181
a. Kein Ausschluss der Anwendbarkeit über Art. 86 II EGV	181
b. Verhältnis zur EG-Fusionskontrollverordnung	182
3. Zuständigkeit und Verfahren für die Anwendung von Art. 81, 82 EGV	185
a. Anwendung der EG-Kartellverordnung	185
b. Zuständigkeit und Verfahren gemäß Art. 84 und 85 EGV	186
II. Voraussetzungen der Fusionskontrolle gemäß Art. 81 EGV	188
1. Vereinbarung i. S. d. Art. 81 EGV	188
2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	189
3. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	191
III. Voraussetzungen der Fusionskontrolle gemäß Art. 82 EGV	192
1. Marktbeherrschende Stellung	192

2. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	194
3. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	195
IV. Fazit	195

Kapitel 3.

Die Grundsätze der politischen Fusionskontrolle

A. Einordnung des Instrumentes Ministererlaubnis und Genehmigungsgrundsätze	197
B. Voraussetzungen einer Ministererlaubnis	200
I. Formelle Voraussetzungen	200
1. Die Zuständigkeit des Bundeswirtschaftsministers	200
2. Die Vertretung des Ministers im Falle seiner Verhinderung: Auslegung der § 14 I und III GOReg	202
a. Vertretung des Ministers durch den Staatssekretär?	202
b. Gegenauffassung: Vertretung durch einen anderen Minister	203
c. Wertung dieser Rechtsauffassungen	204
d. Keine Klarstellung im Rahmen der 7. GWB-Novelle	207
3. Anforderungen an das Ministererlaubnisverfahren	207
a. Antrag	208
b. Stellungnahme der Monopolkommission	208
aa. Die Monopolkommission – Aufbau, Kompetenzen, rechtlicher Status	208
bb. Die Stellungnahme der Monopolkommission, § 42 IV 2 GWB	209
c. Stellungnahme/Anhörung der Beteiligten, § 28 VwVfG	210
d. Mündliche Verhandlung, § 56 III 3 i. V. m. III 1 GWB	210
aa. Rechtslage nach der 6. GWB-Novelle	210
bb. Rechtslage nach der 7. GWB-Novelle?	212
e. Akteneinsichtsrechte, § 29 VwVfG	214
f. Zulässigkeit einer Heilung von Verfahrensfehlern	215
aa. Grundsätzliches	215
bb. Anwendbarkeit von § 45 VwVfG auf mündliche Verhandlungen i. S. v. § 56 GWB?	217
II. Materielle Voraussetzungen einer Genehmigung gemäß § 42 GWB	220
1. Gesamtwirtschaftliche Vorteile eines Zusammenschlusses	220
a. Sicherung gesamtwirtschaftlich notwendiger Wirtschaftsbereiche, insbesondere Energieversorgung	222
b. Erhaltung oder Herbeiführung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auf ausländischen Märkten	224
c. Rationalisierungsvorteile	227
d. Erhalt von Arbeitsplätzen	229
e. Erhaltung von Unternehmen und der in ihnen angelegten gesamtwirtschaftlichen Werte wie Fertigungs-Know-how etc.	231
f. Know-how-Gewinn	232
g. Sanierung der beteiligten Unternehmen	233
h. Entlastung des Bundeshaushaltes	233

2. Überragendes Interesse der Allgemeinheit	234
3. Nachweispflicht für fusionsbedingte Vorteile	236
4. Bindung an Vorgaben des Bundeskartellamtes	236
5. Abwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und gesamtwirtschaftlichen Vorteilen bzw. Allgemeininteressen	238
6. Berücksichtigung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen und Beeinträchtigungen von Allgemeininteressen	239
7. Absolute Grenzen der Genehmigungsfähigkeit	240
a. Keine Gefährdung der marktwirtschaftlichen Ordnung	241
b. Laufende Verhaltenskontrolle durch Auflagen	242
c. Vereinbarkeit mit Europarecht	242
C. Rechtsschutz gegen Ministererlaubnis-Entscheidungen	243
I. Beschwerde	243
II. Umfang der gerichtlichen Nachprüfung	244
1. Umfassende Rechtskontrolle	244
2. Grenzen bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung	245
3. Anforderungen aufgrund Verfassungs- und Europarechts	247
III. Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz	250

Kapitel 4.

Das Beispiel E.ON/Ruhrgas

A. Die Dimension des Zusammenschlusses	253
I. Beschreibung der Fusionsbeteiligten	253
II. Zusammenschluss zum führenden europäischen Energieversorger	256
III. Der Verfahrensverlauf im Kurzüberblick	257
IV. Die Beigeladenen	258
B. Die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt	260
I. Die Verfahren vor dem Bundeskartellamt	260
II. Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung	261
III. Feststellung der Verstärkung marktbeherrschender Stellungen	261
1. Gas	261
2. Strom	263
3. VNG	265
4. Ausmaß der Verstärkung marktbeherrschender Stellungen	267
IV. Feststellung der Untauglichkeit von Nebenbestimmungen zur Kompensation der Wettbewerbsbeschränkungen	268
V. Reaktion der E.ON auf die Bundeskartellamtsentscheidung	270
C. Der Weg bis zur ersten Ministererlaubnis	270
I. Vorgespräche und Zusagen	270
II. Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis	271
III. Beiladungen zum Ministererlaubnisverfahren	272
IV. Die Abgabe des Verfahrens von Bundeswirtschaftsminister Müller wegen Befangenheit an den Staatssekretär Tacke	274
V. Das erste Sondergutachten der Monopolkommission	275

1. Ergebnis und Empfehlung der Monopolkommission	275
2. Auffassung der Monopolkommission zu den Wettbewerbsbeschränkungen auf den Strom- und Gasmärkten	275
3. Auffassung der Monopolkommission hinsichtlich möglicher Gemeinwohlvorteile des Zusammenschlusses	277
a. Zur Frage der Handlungsfähigkeit von Ruhrgebiets- und südwestdeutscher Energieversorger als Grund	277
b. Zur Frage der beabsichtigten vertikalen Integration als Quelle von Gemeinwohlvorteilen	277
aa. Senkung der Endverbraucherpreise als Folge vertikaler Integration?	278
bb. Vertikale Integration als Schutz vor opportunistischem Verhalten?	278
cc. Vertikale Integration und die Problematik der „Take-or-pay-Verträge“	280
dd. Vertikale Integration und Marktverschluss	280
c. Zur Frage der Versorgungssicherheit	281
d. Zur Frage der internationalen Wettbewerbsfähigkeit	283
aa. Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit auf Beschaffungsmärkten durch Verstärkung der Nachfragemacht	283
bb. Verbesserung der Wettbewerbspositionen auf ausländischen Absatzmärkten	283
e. Zur Frage der Arbeitsplätze und der Umweltaspekte	284
4. Beurteilung möglicher Auflagen	284
5. Europarechtliche Zulässigkeit der Ministererlaubnis	285
VI. Die (erste) mündliche Verhandlung am 29. Mai 2002	286
VII. Vertrauliche Auflagenverhandlungen	287
VIII. Die (erste) Ministererlaubnis vom 5. Juli 2002	288
1. Relativierung/Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkungen	288
2. Begründung hinsichtlich der Gemeinwohlvorteile	290
a. Internationale Wettbewerbsfähigkeit	290
b. Versorgungssicherheit	291
c. Erhaltung und Schaffung von Arbeitsplätzen	293
d. Umwelt- und Klimaschutz	293
3. Erlassene Auflagen	293
D. Die erste Entscheidung des OLG Düsseldorf: Stopp der Fusion	295
I. Der Antrag auf Erlass der Eilverfügung und die wesentlichen Kritikpunkte	295
1. Antrag und Antragsteller	295
2. Wesentliche Kritikpunkte	296
a. Verstöße gegen nationale Rechtsvorschriften	296
aa. Zuständigkeits- und Verfahrensfehler	296
bb. Eklatante Widersprüche in der Argumentation und Sachverhaltsbewertung	298
cc. Fehlerhaftes Hinwegsetzen über vom Bundeskartellamt festgestellte Wettbewerbsbeschränkungen	299
dd. Zugrundelegung falscher Tatsachen bei der Neuge-	

wichtung der Wettbewerbsbeschränkung und offensichtliche Prognosefehler	300
ee. Verstoß gegen die rechtlichen Grenzen bei der Konkretisierung des Begriffs der Versorgungsnotwendigkeit	300
ff. Keine ausreichende Darlegung und Beweis von Gemeinwohlvorteilen der Fusion; Zugrundelegung falscher Tatsachen	301
gg. Abstellen auf ungeeignete Auflagen und Zugrundelegung falscher Tatsachen und Prognosen bei der Bewertung der Wettbewerbsverbesserung durch Auflagen	302
b. Europarechtswidrigkeit der Entscheidung	303
II. Der Stopp der Fusion im einstweiligen Rechtsschutzverfahren	305
1. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 11. Juli 2002 ohne mündliche Verhandlung	305
2. Bestätigender Beschluss vom 25. Juli 2002 nach mündlicher Verhandlung	306
a. Abwesenheit Tackes in der einzigen mündlichen Verhandlung am 29. Mai 2002	307
b. Fehlendes rechtliches Gehör	308
c. Vorläufiges Fallenlassen des Argumentes der Zuständigkeit der Europäischen Kommission	308
E. Tatsächliche weitere Entwicklungen	309
I. Weitere Beschwerden, auch an die Europäische Kommission	309
II. Der Fall des Energie Brokers Ampere	310
F. „Heilungsverfahren“ und Erlass der zweiten Ministererlaubnis	311
I. Das Heilungsverfahren: Warum nun „alles gut“ sein soll	311
II. Die ergänzende Stellungnahme der Monopolkommission	312
III. Die (zweite) Ministererlaubnis vom 18. September 2002	313
IV. Antrag auf Aufhebung der Beschlüsse des OLG Düsseldorf durch das Bundeswirtschaftsministerium	314
G. Der neunte Antragsteller und Beschwerdeführer: Die Ares	315
H. Die zweite Entscheidung des OLG Düsseldorf: Aufrechterhaltung des „Fusionsstopps“	315
I. Kritik der Antragsteller	315
II. Ablehnungsentscheidung vom 16. Dezember 2002	316
1. Keine Heilung nach § 45 I Nr. 3 VwVfG	316
2. Weiter Beurteilungsspielraum des Ministers	316
3. Grundsätze der präventiven Fusionskontrolle	317
4. Verletzung des rechtlichen Gehörs im Heilungsverfahren	317
5. Im Übrigen: Materiellrechtliche Gründe	318
I. Reaktionen und Erwartungen	318
J. Mündliche Verhandlung zur Hauptsache und außergerichtliche Einigung	319
I. Mündliche Verhandlung	319
II. Rücknahme der Beschwerden und Anträge	320
III. Inhalte der Einigung	320

IV. Überprüfung der außergerichtlichen Einigung durch das Bundeskartellamt	322
K. Anschlussbeschwerde und Offerlegungsbemühungen	322
L. Die Umsetzung der Auflagen aus der Ministererlaubnis	324
I. Veräußerungsaufgaben	324
II. Gas-Release-Programm	325
III. Legal Unbundling	326
IV. Freiwerden von Mengen	326

Kapitel 5.

Zusammenfassung, Resümee und Ausblick

A. Der Konzentrationsprozess und die sich wandelnde Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes	327
B. Geplante Änderungen im Recht der Zusammenschlüsse im Rahmen der 7. GWB-Novelle	328
C. Weitgehende Wirkungslosigkeit der Vorschriften der EG-Fusionskontrollverordnung und die Veränderung des Prüfungsmaßstabes als Unsicherheitsfaktor?	329
D. Ausblick	330
Stichwortverzeichnis	333