

Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Jürgen F. Baur

René Grafunder

Verhaltensbezogene Nebenbestimmungen in der deutschen und europäischen Fusionskontrolle

Welche Zukunft hat das Verbot einer
laufenden Verhaltenskontrolle im GWB?

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einführung	15
I. Gegenstand, Grund und Gang der Untersuchung	15
1. Gegenstand der Untersuchung	17
2. Grund und Anlass der Untersuchung	17
3. Gang der Untersuchung	20
II. Das Regelungsumfeld	21
1. Die Fusionskontrolle im Spannungsfeld zwischen Struktur- und Verhaltenskontrolle	22
a) Wettbewerbstheoretische Grundlagen	23
b) Marktversagen und Intensität staatlicher Eingriffe	25
c) Umsetzung des regulation approach: Missbrauchsaufsicht und Regulierungsrecht	26
d) Umsetzung des structure approach: Fusionskontrolle	28
e) Zusammenwirken der verschiedenen Instrumente und ihre Unterschiede	29
2. Flexibilisierung der Fusionskontrolle durch Zusagen und Nebenbestimmungen	31
a) Arten von Nebenbestimmungen	33
b) Abgrenzung zur Abwägungsklausel	34
3. Inhaltliche Bindungen der Nebenbestimmungskompetenz	35
4. Insbesondere: Das Geeignetheitskriterium	37
a) Konkrete Eignung	38
b) Abstrakte Eignung	38
c) Praktische Eignung	39
Kapitel 2: Das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle	41
I. Ansatzpunkte gegen eine eigenständige Bedeutung (nur „Fremdzweck“)	41
1. Entstehungsgeschichte und Regierungsbegründung	41
2. Aspekte des Verbots vollständig vom Geeignetheitskriterium erfasst ...	43
3. Kein prinzipieller Ausschluss der Verhaltenskontrolle	47
II. Ansatzpunkte für eine eigenständige Bedeutung („Selbstzweck“)	48
1. Existenz und Wortlaut der Norm	48
2. Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle als allgemeines Prinzip der Fusionskontrolle?	49

3. Effizienz der Fusionskontrolle?	50
4. Schutzschild gegen Staatsdirigismus?	51
5. Wahrung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit?	52
6. Schutzschild der Kartellbehörden gegen missliebige Nebenbestimmungen?	53
III. Problemlösung: Definition der Geeignetheit	54
IV. BGH: Verbot „verdeutlicht und konkretisiert“ gesetzliche Vorgaben	55
 Kapitel 3: Die Praxis der deutschen Kartellbehörden	59
I. Verhaltensbezogene Nebenbestimmungen in ausgewählten Wirtschaftsbereichen	60
1. Einflussbegrenzung und Markttöffnung in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft	61
a) Die Konstellation der vertikalen Vorwärtsintegration	62
i) Marktstruktur und Marktbeherrschung	62
ii) Verstärkungswirkungen	66
(1) Absatzsicherung	67
(2) Marktabstottung	68
(3) Horizontale Wirkungen	69
iii) Alternative Handlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden	69
(1) Kein Zusammenschluss im Sinne von § 37 GWB	70
(2) Keine (spürbare) Verstärkungswirkung	71
(3) Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen (Abwägungsklausel)	73
(4) Strukturelle Auflagen	74
(5) Rücknahme der Anmeldung	75
(6) Untersagung der Beteiligung	75
b) Die Öffnung struktureller Absatzbeziehungen durch Einflussbegrenzungsauflagen	77
i) Gesellschaftsrechtliche Stellung und Einflussnahmemöglichkeiten	78
ii) Verpflichtung gegenüber der Kartellbehörde	80
(1) Theoretische Eignung	80
(2) Praktische Eingnung	81
(3) Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle	82
iii) Änderung des Gesellschaftsvertrags	82
(1) Bayernwerk/Contigas	82
(2) PE/BEWAG	84
(3) RAG/Saarbergwerke	86
(4) RWE/VEW	88
(5) EWE, e.dis/Stadtwerke Eberswalde	89

c) Die Öffnung vertraglicher Absatzbeziehungen	90
i) Vertragliche Lieferbeziehungen und ihre wettbewerblichen Wirkungen	91
ii) Nebenbestimmungen	96
(1) RWE/Thyssengas	97
(2) Verbundnetz Gas AG (VNG)/British Gas Deutschland (BGD)	97
(3) VEW/WFG/WGV	98
(4) EVS/ZEAG, EnBW/ZEAG	98
(5) „Stadtwerksfälle“	99
(6) E.ON/Wesertal (Fortum Energie)	100
(7) E.ON/Ruhrgas	101
iii) Inhaltliche Zulässigkeit	102
(1) Verzicht auf Demarkationsabreden	102
(2) Verzicht auf Gesamtbedarfsdeckung	103
(3) Reduzierung der Bedarfsdeckung	104
(4) Sonderkündigungsrechte und Laufzeitbegrenzung	106
(5) Gas-Release	108
(6) Versteigerung von Kuppelstellen-Kapazität	109
d) Netzzugang und Entflechtung	110
i) Durchleitung und vertikale Integration	110
ii) Staatliche Eingriffe zur Schaffung eines funktionierenden Zugangsregimes	113
(1) Durchleitungsverpflichtungen	113
(a) Regulierungsrecht	113
(b) Missbrauchsaufsicht	114
(2) Entflechtungsmaßnahmen	117
iii) Inhaltliche Zulässigkeit von Zugangs- und Entflechtungsverpflichtungen	120
(1) Öffentliche Durchleitungserklärung	120
(2) Legal unbundling	123
(3) Tatsächliche Durchleitungsverpflichtung	126
2. Wettbewerbliche Ausschreibung und Infrastrukturzugang im ÖPNV ...	128
a) Wettbewerbsbedingungen	130
b) Nebenbestimmungen	132
c) Bewertung	133
i) Ausschreibungsverpflichtungen	133
ii) Wirksamkeit der Ausschreibungen	136
iii) Diskriminierungsfreier Zugang	136
3. Redaktionelle Unabhängigkeit im Pressewesen	137

a) Wettbewerbsbedingungen	137
b) WAZ/NRZ	138
c) Holtzbrinck/Berliner Verlag	140
II. Das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle in einzelnen Untersagungsentscheidungen	143
1. E.ON/Stadtwerke Eschwege und E.ON/Stadtwerke Lübeck	143
2. Mainova/Aschaffener Versorgungs AG	144
3. MSV Medien Spezial Vertrieb/Presse Vertrieb Nord	145
4. Axel Springer/Pro7Sat1 Media	146
5. Coherent/Excel Technology	147
6. RWE/Saar Ferngas	148
7. A-TEC/Norddeutsche Affinerie	149
8. Loose/Poelmeyer	150
III. Veräußerungsaufgaben und laufende Verhaltenskontrollen	150
1. Abgrenzungsschwierigkeiten	151
2. Die bisherige Praxis	153
3. Die Mustertexte des Bundeskartellamts	157
 Kapitel 4: Verhaltensbezogene Nebenbestimmungen in der europäischen Fusionskontrolle	161
I. Grundsätze der Nebenbestimmungskompetenz der Europäischen Kommission	161
II. Die Praxis der Europäischen Kommission	166
1. Hauptzusagen	166
a) Einflussbegrenzende Zusagen	167
b) Marktöffnende Zusagen	169
i) Zugangsverpflichtungen im Bereich Telekommunikation und Energiewirtschaft	169
ii) Gewährleistung der Interoperabilität und des Zugangs zu Schlüsseltechnologien	171
iii) Zusammenschlüsse im Bereich Pay-TV	173
iv) Zusagen zur Öffnung von Lieferbeziehungen	175
v) Versteigerungen	177
c) „Reine Verhaltenszusagen“ (behavioural promises)	178
2. Nebenzusagen	181
a) Auf eine effektive Durchführung der Hauptzusagen gerichtete Maßnahmen	181
b) Die Hauptzusagen unterstützende und absichernde Maßnahmen	182
III. Europäische Zusagenpraxis und laufende Verhaltenskontrolle	184
1. Laufende Verhaltenskontrolle und theoretische Geeignetheit von Zusagen	185

a) Mehrwert von Verhaltensauflagen gegenüber Vorgaben des Art. 102 AEUV	186
b) Zukünftiges Unternehmensverhalten als Bestandteil der Fusionsprüfung	187
c) Verhältnis der Fusionskontrolle zu Art. 102 AEUV	188
d) Verhältnis der Fusionskontrolle zu Art. 101 AEUV	190
e) Erweiterung der Kompetenzen der Kommission	191
f) Praktische Überlegungen	192
2. Laufende Verhaltenskontrolle zur effektiven Umsetzung und Einhaltung von Zusagen	193
3. Tendenzen einer verstärkt „verhaltensorientierten“ europäischen Fusionskontrolle	197
a) Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Verhaltensweisen	198
b) Im Zweifel Freigabe problematischer Zusammenschlüsse?	198
c) Stärkung der Missbrauchsaufsicht – Schwächung der Fusionskontrolle	200
d) Berücksichtigung von Effizienzvorteilen	201
e) Der more economic approach	202
f) Das europäische Untersuchungskriterium (SIEC-Test)	202
Kapitel 5: Schlussfolgerungen und Thesen	203
I. Das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle und die Zulässigkeit von verhaltensbezogenen Nebenbestimmungen	204
1. Unterlassungspflichten und auflösende Bedingungen	204
2. Durchführungsnebenbestimmungen	205
3. Verpflichtung der bloßen Abgabe von Erklärungen	206
4. Begründung eines Dauerrechtsverhältnisses	207
5. Übertragung von Überwachungsaufgaben auf Dritte	208
6. Positive Tendenzen in der Praxis des Bundeskartellamts	209
II. Abschaffung des Verbots einer laufenden Verhaltenskontrolle	211
1. Vermutungslösung der Monopolkommission	212
2. Ausnahmen für bestimmte Wirtschaftsbereiche	213
3. Neue Fusionskontrollverfahren statt laufender Verhaltenskontrolle ...	215
4. Ausweitung der Nebenbestimmungskompetenz	216
III. Folgen der Abschaffung für die Fusionskontrolle	217
IV. Thesen der Untersuchung	220
Literaturverzeichnis	223
Entscheidungsverzeichnis	235