

Zusammenschlussvorhaben
der E.ON AG mit der Gelsenberg AG
und
der E.ON AG mit der Bergemann GmbH

Ergänzendes Sondergutachten der Monopolkommission
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB

Inhaltsverzeichnis

I	Neugewichtung der Wettbewerbsbeschränkungen?	4
I.1	Rechtliche Bedenken	5
I.1.1	Entflechtungswirkungen des Ausscheidens von BP bei Ruhrgas	6
I.1.2	Entflechtungswirkung des Ausscheidens von BEB (ExxonMobil und Shell)	9
I.1.3	Bedeutung der Verbändevereinbarung Gas II und der Energiewirtschaftsnovelle im Ministererlaubnisverfahren	10
I.2	Wettbewerbliche Beurteilung.....	12
I.2.1	Entflechtungswirkungen des Ausscheidens von BP und BEB bei Ruhrgas	12
I.2.2	Die Verbändevereinbarung Gas II als Grundlage funktionsfähigen Durchleitungswettbewerbs?.....	15
I.2.3	Mindergewichtung der Wettbewerbsbeschränkung im Strommarkt?.....	16
II	Beurteilung der Auflagen	19
II.1	Erhaltung von Ruhrgas als deutsches Unternehmen	20
II.2	Wettbewerbspotentiale durch Veräußerung der Anteile an der VNG?	24
II.3	Abgabe verschiedener Beteiligungen an Regionalversorgern und Stadtwerken – Auflösung vertikaler Strukturen?	25
II.3.1	Veräußerung der Anteile an der EWE Aktiengesellschaft	27
II.3.2	Abgabe der Beteiligung an der Gelsenwasser AG.....	28
II.3.3	Veräußerung der Bayerngas-Anteile durch E.ON	28
II.3.4	Veräußerung der Beteiligung von E.ON an der swb AG.....	29
II.4	Legal Unbundling.....	30
II.5	Gas Release	32
II.6	Heilung von Verfahrensfehlern	33
III	Zusammenfassung und Empfehlungen	35

Vorwort

1. Mit Schreiben vom 23. August 2002 hat der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie die Monopolkommission darüber informiert, dass er beabsichtigt, unter Wahrung seiner Rechtsauffassung im Anschluss an die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. Juli 2002 eine erneute öffentliche mündliche Verhandlung im Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas durchzuführen, um den Bedenken des Gerichts Rechnung zu tragen und eine Heilung der festgestellten Verfahrensfehler vorzunehmen. Gegenstand der öffentlichen mündlichen Verhandlung sei die Verfügung des Ministers, vertreten durch Staatssekretär Tacke, vom 5. Juli 2002. Eine etwaige schriftliche Stellungnahme der Monopolkommission zum Verfahren solle rechtzeitig, möglichst vor dem Termin dieser Verhandlung am 5. September 2002, eingereicht werden.

2. Die Monopolkommission nimmt das Schreiben des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie zum Anlass für eine zweite Stellungnahme zu den Zusammenschlussvorhaben E.ON AG/Gelsenberg AG und E.ON AG/Bergemann GmbH, im Folgenden kurz „E.ON/Ruhrgas“. Diese neuerliche Stellungnahme der Monopolkommission ergänzt die im Mai 2002 vorgelegte Stellungnahme gemäß 42 Abs. 4 Satz 2 GWB. Insofern wird das zur Diskussion stehende Zusammenschlussvorhaben nicht noch einmal im Gesamtzusammenhang vorgestellt und systematisch untersucht. Vielmehr konzentriert sich die ergänzende Stellungnahme der Monopolkommission auf diejenigen Aspekte des Falles, die seit Mai neu in die Diskussion gekommen sind. Diese betreffen zum einen die Möglichkeit einer Relativierung der Bedeutung der Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund neuer Entwicklungen, zum anderen die Beurteilung der in der Ministerentscheidung vom 5. Juli 2002 vorgesehenen Auflagen.

3. Die vom Bundesminister für Wirtschaft und Technologie für eine Stellungnahme eingeräumte Frist ist zu kurz, als dass die Monopolkommission selbst noch einmal eine Anhörung mit den Verfahrensbeteiligten und anderen Betroffenen durchführen könnte, um zu erfahren, wie sie die neueren Entwicklungen sehen. Insofern ist die hier vorgelegte Ergänzung der Stellungnahme vom Mai *nicht* als neue Stellungnahme gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB anzusehen, wie sie im Fall einer Neuaufnahme des gesamten Ministererlaubnisverfahrens geboten wäre, sondern als ergänzendes Sondergutachten nach § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB. Eine neue Stellungnahme nach § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB würde eine gründlichere Prüfung der neu zur Diskussion stehenden Sachverhalte erfordern, als in der Kürze der Zeit möglich war. Dazu

wären insbesondere die Einschätzungen der Betroffenen in Erfahrung zu bringen.

4. Zusätzlich zu den in der Stellungnahme vom Mai genannten Materialien lagen der Monopolkommission für diese ergänzende Stellungnahme die folgenden Unterlagen vor:

- die Verfügung des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie vom 5. Juli 2002 (Gesch.-Z.: I B 1 – 22 08 40/ 129, im Folgenden „Verfügung“),
- die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. Juli 2002,
- eine Stellungnahme der für die Ampere AG und TXU Europe plc. tätigen Anwaltskanzlei Hogan & Hartson Raue, ergänzt um ein Gutachten der e-nervis advisors GmbH.

Ferner hat die Monopolkommission am 27. August 2002 mit Vertretern des Bundeskartellamts über die wettbewerbspolitische Bedeutung der zur Diskussion stehenden neueren Entwicklungen und der in der Verfügung vom 5. Juli 2002 vorgesehenen Auflagen diskutiert.

I. Neugewichtung der Wettbewerbsbeschränkungen?

5. Hinsichtlich der wettbewerblichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens ist der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen des Bundeskartellamts gebunden.¹ Diese Auffassung wird in der Verfügung des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie vom 5. Juli 2002 nicht infrage gestellt;² auch sei „nichts ersichtlich“, was die Feststellungen des Bundeskartellamts als „offensichtlich unplausibel, spekulativ oder widersprüchlich“ erscheinen ließe, ein Ausnahmefall, für den das Ministerium grundsätzlich eine Ausnahme von der Bindungswirkung der Kartellamtsentscheidung postuliert.³

6. Allerdings macht der Minister geltend, das Gewicht der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen sei aufgrund verschiedener neuerer Entwicklungen zu relativieren. Hinsichtlich der Gasmärkte verweist er zum einen auf die Möglichkeit des Eintretens neuer Wettbewerber, zum anderen auf die Unterzeichnung der Verbändevereinbarung Gas II und die Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes und weitere noch in Aussicht stehende Entwicklungen der gesetzlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen.⁴ Hinsichtlich der Strommärkte führt der Minister aus, aus heutiger Sicht sei das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung als begrenzt anzusehen, da die Verstromung von Gas erst ab etwa 2010 einen erheblichen Teil der Stromerzeugung ausmachen werde. Wie schwer diese künftige Beschränkung wiege, werde von den dann herrschenden Wettbewerbsverhältnissen auf den Gasmärkten abhängen. Diesbezüglich sei wiederum zum einen die Möglichkeit des Eintretens neuer Wettbewerber, zum anderen die Entwicklung eines funktionierenden Durchleitungsregimes zu berücksichtigen.

7. Die Monopolkommission hält die vom Bundesminister für Wirtschaft und Technologie vorgenommene Relativierung der Bedeutung des Gewichts der Wettbewerbsbeschränkungen für *rechtlich* und *inhaltlich problematisch*. Im Folgenden werden zunächst in Kapitel I.1 die rechtlichen Probleme diskutiert. Sodann wird in Kapitel I.2 die wettbewerbspolitische, inhaltliche Seite der Argumentation aufgegriffen.

¹ Kammergericht, WuW/E OLG 1937, 1938 *Thyssen/Hüller Hille*.

² Verfügung, Tz. 83.

³ Verfügung Tz. 83, WuW/E BMW 225, 226 *Kali und Salz/PCS*.

⁴ Verfügung, Tz. 99.

1.1 Rechtliche Bedenken

8. Rechtliche Bedenken ergeben sich vor allem daraus, dass einzelne wettbewerblich relevante Sachverhalte, deren Prüfung und Beurteilung dem Grundsatz nach in die Kompetenz des Bundeskartellamts fallen, vom Minister herausgegriffen werden, um das Gewicht der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu relativieren. Durch diese Vorgehensweise wird die Bindungswirkung der Kartellamtsentscheidung ausgehöhlt, wenn nicht gar gänzlich aufgehoben. Dadurch wird auch der Rechtsschutz der vom Zusammenschlussvorhaben Betroffenen beeinträchtigt.

9. Die Bedenken der Monopolkommission richten sich nicht grundsätzlich gegen die Praxis einer selbständigen Gewichtung der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkung durch den Minister. Insofern folgt die Monopolkommission *nicht* der Kritik von Möschel, der die Zulässigkeit einer solchen Gewichtung überhaupt infrage stellt.⁵ Die im Gesetz fixierte Voraussetzung der Ministererlaubnis betrifft einen Vergleich von Wettbewerbsbeschränkung und gesamtwirtschaftlichen Vorteilen. Um diesen Vergleich durchzuführen und zu beurteilen, ob „im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird“, müssen Wettbewerbsbeschränkung und gesamtwirtschaftliche Vorteile in Relation zueinander gesetzt werden. Eine – zumindest relative – Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkung und der gesamtwirtschaftlichen Vorteile liegt in der Natur der Sache.

10. Durch die Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkung darf allerdings die Bindungswirkung der Kartellamtsentscheidung nicht beeinträchtigt werden. Insbesondere geht es nicht an, dass Gesichtspunkte, die bereits Gegenstand des Verfahrens vor dem Bundeskartellamt waren oder gewesen sein mussten, im Ministererlaubnisverfahren dazu dienen, die Beurteilung der Wettbewerbswirkungen durch das Bundeskartellamt infrage zu stellen. Die Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkung im Ministererlaubnisverfahren sollte abstellen auf (i) die quantitative und qualitative Bedeutung der relevanten Märkte nach objektivierbaren Kriterien wie Umsätze, Stellung in der Wertschöpfungskette u.ä und (ii) die Bedeutung der für diese Märkte vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen, beides in Relation zum Gewicht der Gemeinwohlinteressen. Eine Relativierung der vom

⁵ W. Möschel, Neue Rechtsfragen bei der Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle, Abschnitt II.3.b (erscheint demnächst).

Bundeskartellamt ermittelten wettbewerblichen Wirkungen mit Hinweis darauf, dass zusätzliche Erwägungen ein anderes Bild der Wettbewerbsbeschränkung selbst ergeben, ist nach Auffassung der Monopolkommission jedoch nicht zulässig.

1.1.1 Entflechtungswirkungen des Ausscheidens von BP bei Ruhrgas

11. Die vorstehenden Bedenken betreffen insbesondere den Hinweis des Ministers auf die Möglichkeit, dass im Falle einer Genehmigung des Verkaufs der Gelsenberg AG durch BP an E.ON die Verbindung zwischen BP und Ruhrgas gelöst wird und „BP als neuer und potenter Wettbewerber künftig eine Rolle auf dem deutschen Gasmarkt spielen wird“. Insofern als das zur Diskussion stehende Zusammenschlussvorhaben gerade den Verkauf von Gelsenberg durch BP an E.ON betrifft, war der Umstand, dass durch diesen Verkauf die Verbindung zwischen BP und Ruhrgas gelöst würde, bereits Gegenstand des Verfahrens vor dem Bundeskartellamt. Hinsichtlich der durch die Entflechtung bedingten Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen hätten die beteiligten Unternehmen bereits im Rahmen dieses Verfahrens zumindest substantiiert darlegen müssen, dass solche Verbesserungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung verhindern. Die Parteien trifft nämlich auch vor dem Hintergrund des Amtsermittlungsgrundsatzes, wie er grundsätzlich für das Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt gilt, eine entsprechende Mitwirkungspflicht. Ist die Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GWB einschlägig, obliegt es den Parteien darüber hinaus, den Nachweis hinsichtlich der geltend gemachten Verbesserungen und ihrer Wirkungen im Verhältnis zu der festgestellten Marktbeherrschung zu erbringen. Tatsächlich sind die Parteien, soweit die Monopolkommission dies anhand der Verfahrensakten feststellen konnte, in ihrem Vortrag gegenüber dem Bundeskartellamt nicht auf die wettbewerblichen Implikationen der mit dem Verkauf von Gelsenberg an E.ON verbundenen Entflechtung von BP und Ruhrgas eingegangen⁶ und haben erst im Ministererlaubnisverfahren Be-

⁶ Vgl. Bundeskartellamt, Entscheidung im Zusammenschlussverfahren *E.ON/Gelsenberg* (B8 – 40000 – U – 109/01), S. 7 ff.

schwerde geführt, dass das Bundeskartellamt selbst bei seiner Entscheidung diese Entflechtung nicht genügend berücksichtigt habe.⁷

12. Die nach § 36 Abs. 1 GWB erforderliche Würdigung der wettbewerblichen Auswirkungen des beabsichtigten Zusammenschlusses, welche sowohl künftige Verbesserungen als auch absehbare Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen umfasst, ist vom Bundeskartellamt vorzunehmen. Sie ist nicht Gegenstand des Ministererlaubnisverfahrens. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass im Ministererlaubnisverfahren ebenfalls der Amtsermittlungsgrundsatz gilt. Die behördliche Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts findet nämlich stets dort ihre Grenze, wo die der Behörde zugewiesene Aufgabe endet. Aufgabe des Ministers im Ministererlaubnisverfahren ist es, die vom Bundeskartellamt festgestellte Wettbewerbsbeschränkung gegen mögliche gesamtwirtschaftliche Vorteile abzuwägen, nicht hingegen die wettbewerbliche Beurteilung seinerseits vorzunehmen. Die Beschwerde gegen die Nichtberücksichtigung der positiven Wettbewerbswirkungen der Entflechtung von BP und Ruhrgas durch das Bundeskartellamt hätte daher bei den zuständigen Gerichten vorgetragen werden müssen, nicht aber im Ministererlaubnisverfahren. Wenn der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie diese Beschwerde der Parteien zum Anlass nimmt, um im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens die Bedeutung der vom Kartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkung zu relativieren, so nimmt er für sich eine Kompetenz in Anspruch, die nach Gesetz und Rechtsprechung den Gerichten zukommt.

13. Die Vorgehensweise der am Zusammenschluss Beteiligten und des Ministers in diesem Punkt verletzt den Anspruch der sonstigen Betroffenen, insbesondere der zum Kartellamtsverfahren Beigeladenen, darauf, dass die wettbewerbsrechtliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kartellamtsentscheidung nach § 36 Abs. 1 GWB durch das zuständige Gericht vorgenommen wird. Daraus folgt eine Beeinträchtigung des Rechtsschutzes für den oben genannten Personenkreis, und zwar unabhängig davon, ob die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen schon im Rahmen der nach § 36 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbsatz GWB erforderlichen Gesamtbetrachtung oder erst im Rahmen der Abwägungsklausel i.S.d. § 36 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GWB hätte berücksichtigt werden müssen. Im ersteren Fall ergibt sich die Ein-

⁷ Ministererlaubnisverfahren im Zusammenschlussvorhaben E.ON/Gelsenberg vom 15. Februar 2002, S. 34, Stellungnahme der Verfahrensbeteiligten BP gegenüber dem Bundesminister für Wirtschaft und Technologie vom 21. März 2002, S. 10.

schränkung des Drittrechtsschutzes daraus, dass nur die kartellbehördliche Entscheidung der vollen gerichtlichen Nachprüfung unterliegt. Demgegenüber kann zwar auch die Ministererlaubnisentscheidung gerichtlich überprüft werden, die gerichtliche Kontrolle ist aber aufgrund des weiten Beurteilungsspielraums des Ministers eingeschränkt. Materiell-rechtlich kann das Gericht diese Entscheidung nur auf Beurteilungsfehler, etwa auf einen Nichtgebrauch der Beurteilungsermächtigung oder eine Überschreitung des Beurteilungsrahmens überprüfen. Für den Fall, dass die Verbesserungen im Rahmen der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GWB zu berücksichtigen sind, obliegt es den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen selbst, den Nachweis für die behaupteten Wettbewerbsverbesserungen und für das Gewicht dieser Wettbewerbsverbesserungen relativ zu den Nachteilen der Marktbeherrschung zu erbringen. In einem ordentlichen Gerichtsverfahren würde diese Beweislastregelung ebenso angewandt wie im Verfahren vor dem Bundeskartellamt. Etwaige Einwände der zum Verfahren Beigeladenen gegen die Behauptung von Wettbewerbsverbesserungen wären in einem solchen Verfahren von den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zu widerlegen. Demgegenüber spricht der Minister in diesem Zusammenhang von „entgegenstehenden, aber wenig substantiierten Einwänden einzelner Beigeladener“⁸ und bürdet somit den Beigeladenen die Beweislast auf.

14. Der Umstand, dass die am Zusammenschluss Beteiligten die möglichen Wettbewerbsverbesserungen aufgrund der Entflechtung von BP und Ruhrgas nicht schon im Verfahren vor dem Bundeskartellamt geltend gemacht haben, erweist sich noch aus einem weiteren Grund als besonders unbefriedigend. Würde man ein solches Vorgehen generell für zulässig erachten, würde nicht nur die vom Gesetz vorgesehene Arbeitsteilung zwischen Bundeskartellamt und Gerichten einerseits und Minister andererseits untergraben sowie der Drittrechtsschutz beeinträchtigt. Die Zusammenschlussparteien wären zudem in der Lage, mittels bewusster Vorenthaltung von Informationen wesentliche Teile der wettbewerblichen Prüfung, die dem Verfahren vor dem Bundeskartellamt vorbehalten ist, in das Ministererlaubnisverfahren zu verlagern. Dies würde um so eher geschehen, als die Zusammenschlussparteien einen für sie günstigen Ausgang des Ministererlaubnisverfahrens erwarten dürfen. Dies hätte letztlich die unerwünschte Folge, dass sich den Parteien gerade durch die Verletzung von verfahrensrechtlichen Mitwirkungspflichten

⁸ Verfügung, Tz. 99, S. 63.

ein erheblicher Spielraum zur Manipulation des Verfahrensgangs und der Entscheidungsfindung eröffnet.

1.1.2 Entflechtungswirkung des Ausscheidens von BEB (ExxonMobil und Shell)

15. Die behauptete Entflechtungswirkung der Übernahme von Ruhrgas durch E.ON beschränkt sich nicht auf die Lösung der Verbindung von BP und Ruhrgas. Am 3. Juli 2002 wurde bekannt gegeben, dass auch die von BEB gehaltene Ruhrgas-Beteiligung an E.ON verkauft werden soll, dass mithin auch die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen von ExxonMobil und Shell, den Eigentümern von BEB, mit Ruhrgas aufgelöst werden. Diese Ankündigung betrifft einen genuin neuen Sachverhalt; noch im Frühjahr war der Monopolkommission von Shell und ExxonMobil auf eine entsprechende Anfrage hin mitgeteilt worden, dass ein derartiger Verkauf nicht beabsichtigt sei und dass ExxonMobil und Shell bzw. BEB sich daher auch nicht als Verfahrensbeteiligte betrachteten.

16. Der Umgang mit einem solchen genuin neuen Sachverhalt im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens wirft schwierige verfahrensrechtliche Fragen auf. Insofern der Sachverhalt selbst neu ist, konnte er noch nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem Bundeskartellamt sein und kann daher auch noch nicht in die wettbewerbliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach § 36 Abs. 1 GWB eingegangen sein. Insofern er aber wettbewerbspolitisch bedeutsam ist, ist es angemessen, ihn im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens zu berücksichtigen. Auch hier müsste allerdings Sorge getragen werden, dass nicht die Maßstäbe, die das Gesetz für die Prüfung der wettbewerblichen Sachverhalte setzt, durch die Berücksichtigung eines solchen zusätzlichen wettbewerblich relevanten Sachverhalts im Ministererlaubnisverfahren verwässert werden. Dieser Gefahr wäre zu begegnen, wenn man für die wettbewerbliche Beurteilung in solchen Fällen grundsätzlich auf eine entsprechende Stellungnahme des Bundeskartellamts zurückgriffe.

17. Wie im Folgenden noch auszuführen sein wird, ist die wettbewerbliche Beurteilung der Entflechtungswirkungen des Ausscheidens von BEB bei Ruhrgas alles andere als einfach. Insofern ist es bemerkenswert, dass der Minister in seiner Verfügung vom 5. Juli 2002, d.h. nur zwei Tage nach Bekanntgabe der Entscheidung von ExxonMobil und Shell, imstande war, daraus auf eine Relativierung des Gewichts der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu schließen.

1.1.3 Bedeutung der Verbändevereinbarung Gas II und der Energiewirtschaftsnovelle im Ministererlaubnisverfahren

18. Die hier geäußerten rechtlichen Bedenken gelten auch für die Ausführungen des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie zur Bedeutung der Verbändevereinbarung Gas II, der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes und anderer Entwicklungen für die Gewichtung der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen. Auch diese Ausführungen stellen die rechtliche und tatsächliche Bindungswirkung der Kartellamtsentscheidung infrage. Wenn der Minister ausführt, die Unterzeichnung der Verbändevereinbarung Gas II und die zu erwartende Weiterentwicklung dieser Verbändevereinbarung „dürften auf mittlere Sicht zu strukturellen Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen führen, die geeignet sind, das gegenwärtige Gewicht der Wettbewerbsbedingungen zu relativieren“,⁹ so prognostiziert er letztlich, dass die Verbesserung der Durchleitungsbedingungen das Ausmaß der Marktbeherrschung in den Gasmärkten beeinflussen wird.

19. Tatsächlich ist die Bedeutung der Durchleitung für die Abgrenzung der Märkte und die Beurteilung der Marktbeherrschung vom Bundeskartellamt schon untersucht worden. Unter Verweis auf die Funktionsfähigkeit des Durchleitungswettbewerbs hatte E.ON im Rahmen des Kartellamtsverfahrens die Bundesrepublik Deutschland als räumlich relevanten Markt im Gasbereich bezeichnet,¹⁰ Ruhrgas sogar einen großen Teil der Europäischen Gemeinschaft unter Einschluss der Bundesrepublik Deutschland.¹¹ Demgegenüber hatte das Bundeskartellamt bei der räumlichen Marktabgrenzung im Gasbereich auf die Netzgebiete der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen abgestellt und dazu ausgeführt, ein funktionsfähiger Durchleitungswettbewerb sei auf dem Gasmarkt bislang nicht entstanden und könne für die nächste Zeit auch nicht erwartet werden.¹² Allerdings stellte das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung ausdrücklich auch noch fest, dass selbst bei bundesweiter Abgrenzung des Gasmarktes die Ruhrgas AG mit 58 % Marktanteil eine deutlich marktbeherrschende Stellung habe. Weiterhin stellte das Bundeskartellamt fest, dass bei bundesweiter Abgrenzung des Gasmarktes

⁹ Verfügung, Tz. 99, S. 100.

¹⁰ Kartellamtsentscheidung Tz. 6, S. 6.

¹¹ Kartellamtsentscheidung Tz. 8, S. 9.

¹² Kartellamtsentscheidung Tz. 22, S. 19 f.

die marktbeherrschende Stellung der Ruhrgas AG durch den Zusammenschluss mit E.ON deutlich verstärkt werde, da die Marktverschlusswirkung des Zusammenschlusses gut 20 % des gesamten Marktvolumens betreffe (gegenüber 33 % bei einer räumlichen Marktabgrenzung entsprechend den Netzgebieten).

20. Geht man mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Technologie von der Erwartung aus, dass die Verbändevereinbarung Gas II und etwaige Weiterentwicklungen zu einer erheblichen Verbesserung der Durchleitungsbedingungen führen wird, so wird man vermutlich von einer räumlichen Marktabgrenzung nach den bisherigen Netzgebieten zu einer nationalen Marktabgrenzung übergehen. Zur Beurteilung des Gewichts der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkung trägt dieser Befund aber nichts bei, denn das Bundeskartellamt selbst hat auch bei nationaler Marktabgrenzung ausdrücklich festgestellt, der Tatbestand der Marktbeherrschung und der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung sei erfüllt. Wenn der Minister ausführt, die Bedeutung der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkung werde durch die Verbändevereinbarung Gas II und die mit der Verbändevereinbarung verbundene Aussicht auf einen funktionsfähigen Durchleitungswettbewerb relativiert, so missachtet er den Umstand, dass die wettbewerblichen Auswirkungen eines funktionsfähigen Durchleitungsregimes in der Kartellamtsentscheidung grundsätzlich schon berücksichtigt sind. Insofern wird die tatsächliche Feststellung des Bundeskartellamts durch die Argumentation des Ministers aufgehoben. Dies ist nach Auffassung der Monopolkommission rechtlich problematisch.

21. Das hier geäußerte Bedenken wiegt umso schwerer, als die Argumentation des Ministers zu den wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarung Gas II und weiterer Entwicklungen zur Verbesserung des Durchleitungswettbewerbs rein spekulativer Natur sind. Die Verbändevereinbarung Gas II und die Neufassung des Energiewirtschaftsgesetzes sind noch nicht in Kraft getreten. Insofern kann über ihre Wirkungen nur gemutmaßt werden. Eine genauere Erläuterung dieser Wirkungen insbesondere im Hinblick auf die Beurteilung der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkung wird in der Verfügung des Ministers nicht gegeben. Dass bezüglich der Wirkungen der Verbändevereinbarung Gas II eine erhebliche Unsicherheit besteht, zeigt sich nicht zuletzt darin, dass die Anerkennung dieser Verbändevereinbarung als „gute fachliche Praxis“ im Sinne des neuen § 6a Abs. 2 EnWG auf den 31. Dezember 2003 befristet ist und diese Befristung ausdrücklich mit der Notwendigkeit der Erprobung der neuen gesetzlichen Regelung und der Verbändevereinbarung begründet worden ist. Die Monopolkommission hält es für problematisch,

polkommission hält es für problematisch, wenn die Bedeutung der vom Bundeskartellamt festgestellten und im Einzelnen justitiabel belegten Wettbewerbsbeschränkung durch einen pauschalen Verweis auf eine Neuerung relativiert wird, über deren Wirkungen man sich noch unklar ist, da es an der erforderlichen Erfahrung fehlt. Dies gilt umso mehr, als diese Neuerung zwischen den Verfassungsorganen umstritten und deshalb immer noch nicht endgültig Gesetz geworden ist.

22. In der Verfügung vom 5. Juli 2002 selbst räumt der Minister ein, dass die Verbändevereinbarung von verschiedenen Marktteilnehmern kritisch bewertet wurde, und bezeichnet sie – „auch nach dem Verständnis der Unterzeichner dieser Vereinbarung“ – als „Übergangslösung/Zwischenlösung auf dem Weg zu einem grundlegend verbesserten Marktzugangsmodell“. Darüber hinaus verweist er auf die Beschlüsse des Europäischen Rates von Barcelona vom März 2002 und den entsprechenden Entwurf der Europäischen Kommission vom Juni 2002 zur Änderung der Richtlinien über Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt. Solche Verweise auf im Fluss befindliche politische und regulatorische Entwicklungen sind nach Auffassung der Monopolkommission derart spekulativ, dass sie im Rahmen eines Verfahrens der Zusammenschlusskontrolle keinen Platz haben sollten. Wenn es möglich ist, im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens das Gewicht der rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen des Bundeskartellamts durch derartige Verweise auf für die Zukunft geplante wettbewerbspolitische Reformen zu relativieren, Reformen wohlgerne, deren endgültige Ausgestaltung noch aussteht und über die die Bundesregierung keine Kontrolle hat, so wird die von Gesetz und Rechtsprechung vorgesehene Bindungswirkung der Kartellamtsentscheidung *de facto* aufgehoben.

1.2 Wettbewerbliche Beurteilung

1.2.1 Entflechtungswirkungen des Ausscheidens von BP und BEB bei Ruhrgas

23. Im Ministererlaubnisverfahren vom 15. Februar 2002 und in der Stellungnahme der Verfahrensbeteiligten BP gegenüber dem Bundesminister für Wirtschaft und Technologie vom 21. März 2002 wird ausgeführt, das Ausscheiden von BP bei Ruhrgas bewirke eine Entflechtung mit positiven Folgen für den Wettbewerb. Die Rücksichtnahme auf Treuepflichten als Gesellschafter bei Ruhrgas, die BP in der Vergangenheit gehindert habe, „mit ih-

rem vollen Gewicht auf dem deutschen Gasmarkt aufzutreten“ werde als Folge der Entflechtung entfallen. Im Übrigen würden die Verbesserungen des verhandelten Netzzugangs BP die Möglichkeit geben, mit eigenem Gas selbst als Anbieter im deutschen Gasmarkt aktiv zu werden. Diese positiven Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlussvorhabens E.ON/Gelsenberg seien vom Bundeskartellamt nur unzureichend gewürdigt worden.

24. Ob das Bundeskartellamt den behaupteten Wettbewerbswirkungen der *Entflechtung von BP und Ruhrgas* in seiner Entscheidung kein Gewicht beigemessen hat, weil die Beteiligten selbst diesen Punkt im Verfahren vor dem Kartellamt nicht vorgetragen haben oder weil es ihn geprüft und für unbedeutend befunden hatte, muss an dieser Stelle nicht erörtert werden. Nach dem Vortrag der Beteiligten im Ministererlaubnisverfahren hat die Monopolkommission den Sachverhalt selbst am 28. März 2002 ausführlich mit Vertretern der Deutschen BP AG erörtert. In Anbetracht der Bindungswirkung der rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen des Bundeskartellamts hat die Monopolkommission bei ihrer Stellungnahme gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 vom Mai 2002 davon abgesehen, ausführlich auf diesen Sachverhalt einzugehen, und hat statt dessen darauf verwiesen, dass der Vortrag der Beteiligten zu den Wettbewerbswirkungen der Entflechtung von BP und Ruhrgas nicht im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens, sondern im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung durch das Bundeskartellamt sowie gegebenenfalls die Gerichte zu berücksichtigen wäre.¹³

25. Aus ihren eigenen Ermittlungen gewann die Monopolkommission wenig Vertrauen in die von den Antragstellern und von BP behaupteten Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen als Folge der Entflechtung. Insbesondere wurde für die Monopolkommission nicht deutlich, wie BP die bisher wirksamen und auch für die Zukunft zu erwartenden Durchleitungsbehinderungen überwinden könnte, zumal ein Bau eigener Leitungen nicht der Politik des Unternehmens entspricht. Nach dem Eindruck der Monopolkommission wäre eine Verbesserung allenfalls lokal im Umkreis bestimmter Grenz- oder Hafenstandorte zu erwarten, wo die Schwierigkeiten der Durchleitung von Gas zu bestimmten Großkunden vergleichsweise geringer sind. Von einer ins Gewicht fallenden Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im

¹³ Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, Sondergutachten 34, Baden-Baden 2002, Tz. 136 i.V.m. Tz. 97.

deutschen Gasmarkt insgesamt wäre man damit allerdings noch weit entfernt.

Bei der Wertung ihrer Ermittlungsergebnisse ließ die Monopolkommission sich auch von der Erwägung leiten, dass BP als Verkäuferin von Gelsenberg ein materielles Interesse an der Genehmigung des Zusammenschlusses hat. In Anbetracht dieses Interesses ist bei Absichtserklärungen wie der hier zur Diskussion stehenden ein besonderes Maß an Konkretheit hinsichtlich der Vorgehensweise zu fordern, insbesondere auch der Vorgehensweise im Umgang mit Schwierigkeiten, deren Auftreten von vornherein absehbar ist.

26. Die wettbewerblichen Wirkungen der neu ins Gespräch gekommenen *Entflechtung von BEB und Ruhrgas* sind schwieriger zu beurteilen. Da diese Entflechtung erst am 3. Juli angekündigt wurde, konnte sie noch nicht Gegenstand der Untersuchungen der Monopolkommission zur Vorbereitung ihres Sondergutachtens vom Mai 2002 sein. Für die hier vorgelegte Stellungnahme wiederum war die gesetzte Zeit zu kurz für eine genaue Prüfung des Sachverhalts unter Einbezug der Parteien. Insbesondere war es der Monopolkommission nicht möglich, die unternehmerischen Absichten von BEB bzw. von ExxonMobil und Shell zu ermitteln. Ob sie den Verkauf ihrer Ruhrgasanteile lediglich als Gelegenheit betrachten, unter Ausnutzung der geänderten steuerlichen Bedingungen „Kasse zu machen“ und sich aus dem deutschen Markt zurückzuziehen, oder ob sie die Entflechtung als Startsignal für eigenständige neue Aktivitäten im deutschen Gasmarkt betrachten, ist aus Sicht der Monopolkommission derzeit unklar.

Hinsichtlich der Möglichkeit eigenständiger neuer Aktivitäten von ExxonMobil und Shell bzw. BEB im deutschen Gasmarkt stellen sich allerdings ähnliche Fragen wie bei BP. Diese betreffen zunächst die Möglichkeit der Durchleitung. Zwar hat BEB – im Unterschied zu BP – ein eigenes Netz. Dieses Netz jedoch ist regional konzentriert auf das Belieferungsgebiet von BEB in unmittelbarer Nachbarschaft zu den deutschen und niederländischen Gasvorkommen der Gesellschaft und ihrer Eigner. Die Überschneidung mit dem Netzgebiet der Ruhrgas ist gering. Insofern kommt das Netz von BEB als Grundlage eines Wettbewerbs von BEB bzw. ExxonMobil und Shell mit Ruhrgas im deutschen Gasmarkt nur in Randzonen infrage, dort wo die Netzgebiete aneinandergrenzen oder sich überlappen. Ansonsten dürften BEB bzw. ExxonMobil und Shell für eigenständige wettbewerbliche Aktivitäten in ähnlicher Weise auf die Durchleitung durch das Netz der Ruhrgas angewiesen sein wie BP. Ob derartige Aktivitäten für die Unternehmen attraktiv sind oder ob es für sie nicht lohnenswerter wäre, etwaige freie Gasreserven an

Ruhrgas selbst zu liefern, müsste vor einer definitiven Wertung der wettbewerblichen Wirkungen der Entflechtung von BEB und Ruhrgas geklärt werden. Dabei wäre weiterhin zu fragen, inwiefern die Unternehmen überhaupt über freie Gasreserven verfügen bzw. inwiefern die Gasreserven der Unternehmen durch bestehende vertragliche Bindungen – einschließlich Lieferverpflichtungen an Ruhrgas – bereits verplant sind und dementsprechend nicht für neue wettbewerbliche Aktivitäten zur Verfügung stehen.

1.2.2 Die Verbändevereinbarung Gas II als Grundlage funktionsfähigen Durchleitungswettbewerbs?

27. In der Verfügung vom 5. Juli 2002 wird die Unterzeichnung der Verbändevereinbarung Gas II als weiterer Schritt zur Schaffung eines funktionierenden Durchleitungswettbewerbs hervorgehoben. Von der Verbändevereinbarung und etwaigen Weiterentwicklungen werden auf mittlere Sicht strukturelle Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen erwartet, „die geeignet sind, das gegenwärtige Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung zu relativieren“. Die Monopolkommission steht der Entwicklung des verhandelten Netzzugangs im Gasbereich deutlich skeptischer gegenüber. In ihrem Vierzehnten Hauptgutachten geht sie ausführlich darauf ein, dass die Verbändevereinbarung Gas II keine wesentlichen Verbesserungen gegenüber der Verbändevereinbarung Gas I mitsamt Nachträgen bietet.¹⁴ Insbesondere bleibt es auf der – für die Stellung von Ruhrgas relevanten – Transportstufe beim transaktionsabhängigen Modell der entfernungsabhängigen Tarifierung. Dieses Modell diskriminiert de facto die Wettbewerber des jeweiligen Netzbesitzers, denn etwaige Vorteile, die sich daraus ergeben, dass eine Transaktion des Wettbewerbers keinen Gasstrom induziert, sondern lediglich schon vorgesehene Gasströme in umgekehrter Richtung saldiert, kommen nicht dem Wettbewerber zugute und werden vom Netzbesitzer einbehalten. Weiterhin ungeregelt oder wettbewerbspolitisch unbefriedigend geregelt sind das Engpassmanagement, der Bilanzausgleich und die Lastprofile für gewerbliche Kleinkunden. In Anbetracht dessen, dass es bisher, d.h. unter der Verbändevereinbarung Gas I mitsamt Nachträgen, zu so gut wie keinem Durchleitungswettbewerb kam¹⁵ und dass die Verbändevereinbarung Gas II keine wesentlichen Verbesserungen gegenüber der Verbändevereinbarung Gas I ent-

¹⁴ Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Bonn 2002, Abschnitt 4 des Einleitungskapitels und Kapitel VI.

¹⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 34, a.a.O., Tz. 102.

hält, erwartet die Monopolkommission von dieser Neuregelung keine wesentlichen Wettbewerbsimpulse. Diese Einschätzung entspricht auch den Erfahrungen mit der Verbändevereinbarung I in der Stromwirtschaft, die ähnliche diskriminatorische Elemente enthält wie die Verbändevereinbarungen in der Gaswirtschaft.

28. Die Skepsis der Monopolkommission bezüglich der Möglichkeiten einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen in der Gaswirtschaft aufgrund der Verbändevereinbarung Gas II gründet sich auch darauf, dass die reibungslose Durchleitung nach Einschätzung der Monopolkommission nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist.¹⁶ Wenn es aufgrund der Marktverschlusswirkung der vertikalen Integration an prospektiven Kunden fehlt, so hat der Wettbewerber im Gasmarkt es schwer, auch wenn die Durchleitung selbst keine Probleme aufwirft. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die vertikale Integration der großen Verbundunternehmen insbesondere mit den kommunalen Endverteilern den Kreis der unabhängigen Kunden für Gasanbieter drastisch reduziert hat. Wenn durch die Fusion von E.ON und Ruhrgas die Lieferungen an E.ON-Tochtergesellschaften dem offenen Wettbewerb faktisch entzogen werden, wie dies an anderer Stelle der Verfügung vom 5. Juli 2002 eingeräumt und sogar als Vorteil der Fusion genannt wird,¹⁷ so ist nicht ersichtlich, worauf sich der als Folge der Verbändevereinbarung Gas II in Aussicht gestellte „funktionierende Durchleitungswettbewerb“ noch beziehen könnte.

1.2.3 Mindergewichtung der Wettbewerbsbeschränkung im Strommarkt?

29. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie geht davon aus, dass die Bedeutung der Wettbewerbsbeschränkung in den Strommärkten insofern vergleichsweise geringer anzusetzen ist, als diese Wettbewerbsbeschränkung in vollem Umfang erst ab etwa 2010 wirksam werden wird, da erst dann die Verstromung von Gas auch im Grund- und Mittellastbereich eine wettbewerbsfähige Alternative bietet. In Anbetracht der Unsicherheit über zukünftige Entwicklungen komme dieser Wettbewerbsbeschränkung geringeres Gewicht zu. Dies gelte insbesondere auch im Hinblick auf die Möglichkeit, dass die Wettbewerbsbeschränkung selbst bis 2010 durch den Eintritt etwa

¹⁶ Ebenda, Tz. 104.

¹⁷ Verfügung Tz. 116 ff.

von BP in den Gasmarkt oder durch die Entwicklung eines funktionierenden Durchleitungsregimes verringert werde.

30. Grundsätzlich ist es legitim, einer Entwicklung, die erst für die Zukunft zu erwarten ist und die mit Unsicherheit behaftet ist, ein vergleichsweise geringeres Gewicht beizumessen. Jedoch sollte dieses Gewichtungsprinzip konsistent auf *alle* Aspekte der nach § 42 GWB gebotenen Abwägung angewandt werden. Das betrifft insbesondere den erwarteten Beitrag der Fusion E.ON/Ruhrgas zur Versorgungssicherheit.

31. Zum Problem der Versorgungssicherheit ist der Monopolkommission in den von ihr durchgeführten Anhörungen mitgeteilt worden, bis zum Jahr 2020 sei die Versorgung mit Erdgas durch derzeit schon bestehende Verträge, insbesondere von Ruhrgas, gesichert. Dazu haben die Zusammenschlussbeteiligten in der Anhörung erläutert, aus ihrer Sicht gehe es bei dem Problem der Versorgungssicherheit um die Jahre ab 2020, für die der Bedarf noch nicht durch bestehende Verträge abgedeckt sei. Die angestrebten Investitionen in Russland seien genau dafür bestimmt, die ab 2020 eintretenden Risiken abzudecken. Diese Terminierung des Problems der Versorgungssicherheit auf die Jahre ab 2020 entspricht auch den Ausführungen im Ministererlaubnisverfahren und in dem im Auftrag von E.ON erstellten Gutachten von Prof. von Weizsäcker. Auch die Internationale Energieagentur rechnet mit Versorgungsengpässen als Folge unzureichender Investitionen erst ab 2020. Das Prinzip der Mindergewichtung von Entwicklungen, die erst für die Zukunft zu erwarten sind, wäre demnach auch auf die erwarteten Beiträge des Zusammenschlusses zur Versorgungssicherheit anzuwenden.

32. Das Prinzip der Mindergewichtung unsicherer Entwicklungen ist folglich auf Wettbewerbseffekte und Gemeinvorteile symmetrisch anzuwenden. Wenn also ausgeführt wird, dass die für die Zukunft erwarteten Effekte des Zusammenschlusses von E.ON und Ruhrgas auf den Wettbewerb in den Strommärkten möglicherweise dadurch ausgeglichen werden, dass BP und andere Unternehmen mit eigenen Gasreserven bis 2010 in den deutschen Markt eintreten, so wäre zu berücksichtigen, dass derselbe Vorgang auch einen Beitrag zur deutschen Gasversorgung leistet, mithin genau die Effekte, die den Wettbewerbsbeschränkungen entgegenwirken, auch dazu beitragen können, die Versorgung mit Erdgas sicherzustellen. Soweit es den Kunden betrifft und dieser Kunde nicht nur auf die Menge, sondern auch auf den Preis achtet, ist ohnehin der Wettbewerb der Anbieter eine wichtige Grundlage für die Sicherheit der Versorgung zu tragbaren Preisen.

II. Beurteilung der Auflagen

33. Eine Auflage verbindet die erteilte Erlaubnis mit der Verpflichtung der beteiligten Unternehmen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen. Das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle nach § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB beschränkt die Zulässigkeit von Auflagen auf solche Maßnahmen, welche sich auf Unternehmens- und Marktstrukturen beziehen. Daher sind Verpflichtungen, bestimmte Beteiligungen zu veräußern und die zu veräußernden Teile bestimmten Personen anzubieten, gesetzeskonform. Zulässig sind ferner Verpflichtungen, sich nicht an Zusammenschlüssen auf bestimmten Märkten oder mit bestimmten Unternehmen zu beteiligen oder personelle Verflechtungen aufzulösen. Vor dem Hintergrund, dass es dem Bundeskartellamt grundsätzlich untersagt ist, künftiges Marktverhalten von Unternehmen zu kontrollieren, sind demgegenüber Auflagen unzulässig, die in eine laufende Verhaltenskontrolle münden.

34. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie hat den durch die Zusammenschlussvorhaben entstehenden Wettbewerbsbeschränkungen ein erhebliches Gewicht beigemessen. Die Wettbewerbsbeeinträchtigungen werden nicht von den für die Zukunft erwarteten gesamtwirtschaftlichen Vorteilen aufgewogen. Ein Gleichgewicht zwischen den mit einem erheblichen Gewicht ausgestatteten Wettbewerbsbeschränkungen und den Gemeinwohlvorteilen ist nach der Auffassung des Ministeriums nur dann zu erreichen, wenn die Auflagen hinzutreten.¹⁸

Die Erlaubnis für die Zusammenschlüsse wurde daher mit Auflagen verbunden, die zum Teil dazu bestimmt sind, die gesamtwirtschaftlichen Vorteile der Zusammenschlüsse auf Dauer zu sichern, und die zum anderen ihre schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb verringern sollen. Bedenken gegen diese Auflagen betreffen zum Teil ihre Rechtmäßigkeit und zum Teil ihre Zweckmäßigkeit. Insgesamt sind sie nach Auffassung der Monopolkommission nicht dazu angetan, das relative Gewicht von wettbewerbsbeschränkenden Effekten der Zusammenschlüsse und den Allgemeinwohlinteressen daran so zu verändern, dass die Abwägung zu Gunsten einer Erlaubnis ausfällt.

¹⁸ Verfügung Tz. 140.

II.1 Erhaltung von Ruhrgas als deutsches Unternehmen

35. Für den Fall, dass ein anderes Unternehmen eine Stimmrechts- oder Kapitalmehrheit an E.ON erwirbt oder dass E.ON eine Kapital- oder Stimmrechtsmehrheit an der Ruhrgas veräußert, wird der E.ON AG auferlegt, die Einwilligung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie einzuholen. Die Einwilligung darf nur versagt werden, wenn der Erwerber „begründeten Anlass zu der Besorgnis gibt, dass energiepolitische Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt werden“. Ferner hat E.ON Ruhrgas „als importierendes Ferngasunternehmen mit Leitungsnetz und Bezugsverträgen“ im Wesentlichen zu erhalten. Diese Auflagen werden durch eine Pflicht zur regelmäßigen Berichterstattung abgerundet und gelten für einen Zeitraum von zehn Jahren.

36. Die genannten Auflagen unterscheiden sich von den im Fusionskontrollverfahren sonst üblichen Nebenbestimmungen dadurch, dass sie nicht auf die Untersagungskriterien des § 36 GWB, also auf die Marktstruktur bezogen sind. Sie sollen vielmehr dem vom Minister festgestellten Allgemeininteresse an der Erhaltung von Ruhrgas als deutschem Unternehmen zusätzliches Gewicht verleihen. Wenn man sich den Standpunkt des Ministeriums zu eigen macht, muss in der Tat die Dauerhaftigkeit der deutschen Kontrolle über Ruhrgas ein wesentlicher Faktor für das Gewicht dieses Allgemeininteresses sein, dem folglich auch besondere Bedeutung in der Abwägung von Wettbewerbsbeschränkung und Allgemeininteresse zukommt. Die Bedeutung der deutschen Kontrolle über Ruhrgas als Garant nationaler Versorgungssicherheit ist nämlich umso geringer, je weniger Gewähr dafür besteht, dass Ruhrgas nicht schon bald an ausländische Erwerber veräußert wird. Es ist allerdings fraglich, ob § 42 Abs. 2 Satz 1 GWB Auflagen dieser Art, die dem öffentlichen Interesse an der Wettbewerbsbeschränkung erst das hinreichende Gewicht verleihen, überhaupt zulässt.

37. Was zunächst die vom Bundeskartellamt nach § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB zu erteilenden Auflagen betrifft, so steht außer Frage, dass sie sich lediglich auf die Marktstruktur beziehen können. § 40 Abs. 3 Satz 1 und § 42 Abs. 2 Satz 1 GWB sind sprachlich ganz und gar gleichlautend gefasst, wenn man einmal davon absieht, dass in dem einen Fall von einer Freistellung die Rede ist und in dem anderen Fall von einer Erlaubnis. Dies spricht dafür, dass auch die Auflagen des Ministers sich auf die Marktstruktur im Sinne des § 36 GWB beziehen müssen. Dafür spricht ferner, dass § 42 Abs. 2 Satz 2 GWB insgesamt eine entsprechende Geltung von § 40 Abs. 3 GWB für das Verfahren der Ministererlaubnis anordnet. Demgegenüber könnte geltend gemacht

werden, dass der Minister andere materielle Entscheidungskriterien zu beachten hat als das Bundeskartellamt und dass deshalb auch § 40 Abs. 3 GWB in entsprechender Anwendung auf das Verfahren der Ministererlaubnis einen anderen, an die Entscheidungskriterien dieses Verfahrens angepassten Inhalt hat. Eine solche Mutation des § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB durch entsprechende Anwendung im Verfahren der Ministererlaubnis wird indessen nicht dem systematischen Standort der Ministererlaubnis im Gesetz gerecht. Die Ministererlaubnis ist als Ausnahmeregelung konzipiert, die es gestattet, einen Zusammenschluss für den Fall zu verwirklichen, dass ein überragendes Gemeinwohlinteresse die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung überwiegt. Wenn das Gemeinwohlinteresse wegen der Dynamik der Kapitalmärkte oder sonstwie aus der Natur der Sache heraus von vorübergehender Art ist und ihm erst durch ministerielle Auflagen Dauerhaftigkeit und damit hinreichendes Gewicht verliehen werden muss, so ist es eigentlich nur ein Artefakt der ministeriellen Willensbildung. Es zeigt sich, dass der Minister ein öffentliches Interesse von hinreichendem Gewicht im Sinne des § 42 Abs. 1 GWB hier nicht feststellt, sondern durch seine Auflagen überhaupt erst selbst erzeugt. Dies ist nach dem Urteil der Monopolkommission nicht von § 42 GWB gedeckt.

38. Auch wenn man sich dieser Auffassung nicht anschließt, ist nicht zu verkennen, dass das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle gemäß § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB auch für das Verfahren der Ministererlaubnis gilt, und zwar mit unverändertem Inhalt. Die jährliche Berichtspflicht, der E.ON nach der Verfügung des Ministeriums unterliegt, ist jedoch Teil einer solchen laufenden Verhaltenskontrolle, die sich auf die zu erhaltende deutsche Kontrolle über Ruhrgas richtet. Aber auch ohne eine solche Berichtspflicht wären die verschiedenen, auf die Konservierung des Status quo über zehn Jahre gerichteten Auflagen bezüglich der Anteilseignerschaft bei E.ON und Ruhrgas mit § 40 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 42 Abs. 2 Satz 2 GWB unvereinbar.

39. Rechtliche Bedenken ergeben sich gegen die Einwilligungserfordernisse im Falle des Mehrheitserwerbs bei E.ON und Ruhrgas ferner unter dem Gesichtspunkt der Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 56 EG. Der Europäische Gerichtshof hat in drei Urteilen vom 4. Juni 2002 zu solchen staatlichen

Zustimmungsvorbehalten Stellung genommen.¹⁹ Diese Entscheidungen hatten nationale Regelungen aus Belgien, Frankreich und Portugal zum Gegenstand, die auf die eine oder andere Weise für bestimmte Wirtschaftszweige und insbesondere für den Energiebereich einen Zustimmungsvorbehalt der jeweiligen Regierung für den Erwerb von Unternehmensanteilen generell oder durch Ausländer vorsahen. Der Gerichtshof hat dabei zunächst festgestellt, dass sich der Anwendungsbereich der Kapitalsverkehrsfreiheit im Sinne des Art. 56 EG auch auf Direktinvestitionen in Form der Beteiligung an einem Unternehmen durch den Erwerb von Aktien und beim Erwerb von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt erstreckt. Er hat ferner festgestellt, dass nationale Regelungen, die solchen Anteilserwerb von einer regierungsamtlichen Zustimmung abhängig machen, Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit darstellen. Dies gilt nicht nur für den Fall, dass sich das Zustimmungserfordernis auf den Erwerb durch Ausländer beschränkt wie im Falle Portugals, sondern auch für eine diskriminierungsfreie Regelung, die für sämtliche Anteilserwerbe oberhalb bestimmter Schwellenwerte gilt, gleich ob Ausländer oder Inländer als Erwerber auftreten (so im Falle Frankreichs). Freilich können solche Beschränkungen, wie der Gerichtshof feststellt, gerechtfertigt sein, wenn es sich um Unternehmen handelt, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder von strategischer Bedeutung erbringen. Der Gerichtshof nennt vier Kriterien für eine solche Rechtfertigung:

- Es müssen die in Art. 58 EG genannten Gründe oder zwingende Gründe des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung vorgebracht werden;
- die betreffenden Regelungen müssen für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedsstaates tätigen Personen oder Unternehmen gelten;
- sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten;
- sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist, so dass sie dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

Bemerkenswert ist dabei, dass der Gerichtshof die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der nationalen Regelungen nicht den nationalen Stellen überlassen, sondern selbst vorgenommen hat. Er hat sowohl die französische wie

¹⁹ EuGH 4.6.2002 – Rs. C-483/99 (*Kommission./Französische Republik*) EuZW 2002, 433; EuGH 4.6.2002 – Rs. C-503/99 (*Kommission./Königreich Belgien*), EuZW 2002, 429; EuGH 4.6.2002 – Rs. C-367/98 (*Kommission./Portugiesische Republik*), EuZW 2002, 437.

auch die portugiesische Regelung als zu allgemein und zu unbestimmt verworfen. Die Ausübung des Zustimmungsvorbehalts der Regierung unterliege im französischen Fall „keiner Voraussetzung, abgesehen von einer allgemeinen Bezugnahme auf den Schutz der nationalen Interessen ... Die betreffenden Anleger erhalten keinerlei Hinweis darauf, unter welchen konkreten objektiven Umständen eine vorherige Genehmigung erteilt oder versagt wird. Bei einer derartigen Unbestimmtheit ist für den Einzelnen der Umfang seiner Rechte und Pflichten aus Art. 73 b EGV [jetzt: Art. 56 EG] nicht erkennbar, so dass eine solche Regelung gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstößt. Die fragliche Regelung geht somit eindeutig über das hinaus, was zur Erreichung des von der französischen Regierung angeführten Ziels ... erforderlich ist.“

40. Im Unterschied dazu hat der Gerichtshof die Klage gegen die belgische Regelung abgewiesen. Sie unterschied sich freilich von den französischen Bedingungen in zwei wesentlichen Punkten:

- Die belgischen Vorschriften sehen einen Genehmigungsvorbehalt nicht für den Erwerb von Unternehmensanteilen vor, sondern für die Übertragung, Verwendung als Sicherheit oder Änderung des Verwendungszwecks der dem Unternehmen gehörenden Leitungen, die wichtige Infrastrukturen für die Beförderung von Energieerzeugnissen darstellen.
- Der Regierung steht kein Genehmigungsvorbehalt, sondern ein Widerspruchsrecht zu, das sie ausüben kann, wenn nach ihrer Auffassung die nationalen Interessen im Energiebereich beeinträchtigt sind.

41. Aus dem Vergleich der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs ergibt sich folgendes Bild. Da das öffentliche Interesse eines Mitgliedstaates letztlich nur auf die Verfügung über die energiewirtschaftlichen Infrastrukturanlagen gerichtet sein kann, lassen sich nationale Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit nur rechtfertigen, wenn sie sich unmittelbar auf diese Verfügungsgewalt beziehen; Regelungen, die darüber hinaus das gesamte Trägerunternehmen und auch noch seine Konzernmutter gleichsam mit Beschlag belegen, sind unverhältnismäßig. Die vom Bundesministerium für Wirtschaft erteilten Auflagen gehen über diese Grenze hinaus, soweit sie darauf gerichtet sind, Ruhrgas als deutsches Unternehmen zu erhalten. Sie sind daher mit Art. 56 EG unvereinbar.

II.2 Wettbewerbspotentiale durch Veräußerung der Anteile an der VNG?

42. Um den auf den Märkten für die Belieferung von Weiterverteilern, von lokalen Gasweiterverteilern sowie von endverbrauchenden Gasgroßkunden entstehenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen entgegenzuwirken, sollen sämtliche von E.ON und Ruhrgas gehaltenen Anteile an der Verbundnetz Gas AG verkauft werden. Bedingung ist, dass die Beteiligungen an Dritte verkauft werden, an denen E.ON/Ruhrgas nicht beteiligt sind oder die ihrerseits an E.ON/Ruhrgas ohne weitere Sperrrechte mit nicht mehr als 10 % beteiligt sind. Dies führe auch „zu einer gewissen Relativierung der Wettbewerbsbeschränkungen im Strombereich“.²⁰

Durch die Veräußerung werden die bisherigen kapitalmäßigen Verflechtungen zwischen VNG einerseits und E.ON/Ruhrgas andererseits aufgelöst. Der größte Teil der bislang von E.ON/Ruhrgas gehaltenen Anteile muss an einen Erwerber veräußert werden, der als „leistungsfähiges Unternehmen der Energiewirtschaft über finanzielle Ressourcen und über Erfahrungen verfügt, um VNG als aktiven Wettbewerber der Ruhrgas auf der Ferngasstufe zu etablieren“.²¹ 5,26 % der VNG-Anteile sind an einen weiteren Investor zu veräußern und bis zu 10 % der Anteile an kommunale Investoren aus Ostdeutschland bzw. an die VNG.

43. Nach Auffassung der Monopolkommission können von dieser Auflage gewisse wettbewerbliche Wirkungen erwartet werden. Die VNG stellt in Ostdeutschland die führende Ferngasgesellschaft dar, während Ruhrgas diese Position in den alten Bundesländern innehat. Eine Entflechtung dieser dominierenden Ferngasunternehmen ist insofern zu begrüßen, als die Verbindung zwischen ihnen aufgelöst würde und – da die Ruhrgas mit Leitungen in Ostdeutschland vertreten ist – ein zumindest potentiell Wettbewerbsverhältnis entstünde. Auch das Bundeskartellamt hat in seiner Untersagungsverfügung darauf hingewiesen, dass eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der VNG sowie der E.ON-Unternehmen, die von VNG beliefert werden, zu erwarten sei. Die VNG hält zudem einige energiewirtschaftliche Beteiligungen an Unternehmen der nachgelagerten Versorgungsstufen,²² so dass den mit dem durch das Zusammenschlussvorhaben E.ON/Ruhrgas her-

²⁰ Verfügung, Tz. 142.

²¹ Verfügung, Abschnitt 1.2.1.1.b.

²² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 34, a.a.O., Tab. 3.

beigeführten Marktverschlusswirkungen der vertikalen Integration zumindest punktuell begegnet werden könnte.

44. Gleichwohl bleibt fraglich, ob das Wettbewerbsverhältnis zwischen VNG und Ruhrgas mehr als ein potentielles sein wird. Die Voraussetzung hierfür wäre, dass ein potenter Wettbewerber der Ruhrgas in der Lage wäre, die Mehrheit an dem ostdeutschen Unternehmen zu erlangen. Hiergegen sprechen jedoch die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vorgesehenen Regelungen, welche sich auf die genauen Verkaufsmodalitäten beziehen. Dem mit dem entsprechenden energiewirtschaftlichen Know-how und finanziellen Ressourcen ausgestatteten möglichen Erwerber werden lediglich 26,84 % der Anteile an VNG zugestanden. Dies ermöglicht zwar einen Einblick in die Geschäftspolitik, genügt aber nicht für eine effektive Kontrolle der VNG. Weitere 10 % der VNG-Anteile sind in erster Linie ostdeutschen Kommunen zum Verkauf anzubieten; E.ON verkauft seine eigene Beteiligung von 5,26 % separat. Die VNG wird im Ergebnis ein Unternehmen mit einem zersplitterten Gesellschafterkreis sein. Ein Käufer hätte keine Gewähr, wesentliche Beschaffungs- und Absatzentscheidungen durchsetzen zu können. Die Möglichkeit, VNG als Wettbewerber der Ruhrgas im deutschen Markt zu etablieren, ist damit stark eingeschränkt. In diesem Zusammenhang findet das von den Antragstellern vorgetragene Argument Anwendung, wonach gerade die heterogene Gesellschafterstruktur der Ruhrgas AG wesentlich dazu beitrage, die Entwicklungsperspektiven des Ferngasunternehmens zu hemmen.

45. Inwiefern diese Auflage geeignet ist, den Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Strommarkt entgegenzuwirken, ist nicht ersichtlich.

II.3 Abgabe verschiedener Beteiligungen an Regionalversorgern und Stadtwerken – Auflösung vertikaler Strukturen?

46. Die Schwere der Wettbewerbsbeschränkungen auf der Ferngasstufe resultiert aus der mit dem Zusammenschluss bewirkten weitgehenden vertikalen Integration, welche E.ON/Ruhrgas ein beträchtliches Absatzvolumen sichert. Die Veräußerungsaufgaben, die sich auf den Verkauf von Beteiligungen an Regionalversorgern und Stadtwerken beziehen, zielen darauf ab, diese Marktverschlusswirkungen zu relativieren. Die vertikalen Verflechtungen zwischen Vorlieferanten und Abnehmern würden teilweise durchbrochen. Die Anzahl derjenigen Nachfrager, die unabhängig von den Interessen der Zusammenschlussbeteiligten auftreten könnten, würde erhöht. Die Wahrscheinlichkeit wirksamen Wettbewerbs zwischen E.ON/ Ruhrgas und den

Unternehmen, an denen Beteiligungen abzustoßen sind, auf den Märkten für die Belieferung von lokalen Gasweiterverteilern und von endverbrauchenden Gasgroßkunden, welche im Bereich des Ruhrgas-Leitungsnetzes liegen, würde erhöht. Dies sind im Wesentlichen die positiven wettbewerblichen Wirkungen, die sich das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie von den im Folgenden thematisierten Veräußerungen erhofft.

Tabelle 1 vermittelt einen Überblick über die Anteilseignerstruktur der in den Veräußerungsaufgaben genannten Unternehmen:

Tabelle 1:

Firma	Anteilseigner, Anteilsbesitz in Prozent	Gasabsatz 2001
Bayerngas GmbH	Stadtwerke München GmbH 28,0 % Stadtwerke Augsburg Energie GmbH 17,3 % Ruhrgas Energie Beteiligungs-AG, Essen 22,0 % E.ON Energie AG, München 22,0 % REWAG Regensburger Energie- und Wasserversorgung AG & Co KG 5,5 % Stadtwerke Ingolstadt Beteiligungen GmbH & Co.KG 2,6 % Stadt Landshut 2,6 %	60,5 Mrd. kWh
swb AG	E.ON AG 24,1 % Ruhrgas Aktiengesellschaft 11,3 % der niederländische Energieversorger Essent 51 % Freie Hansestadt Bremen 13,6 %	10,862 Mrd kWh
EWE Aktiengesellschaft	Weser-Ems-Energiebeteiligungen GmbH (WEE) (Landkreise und Städte im Weser-Ems-Gebiet) 59,4 % Energieverband Elbe-Weser Beteiligungsholding GmbH (EEW) (Landkreise im Weser-Elbe-Gebiet und die Stadt Cuxhaven) 13,2 % E.ON Energie AG 27,4 %	41,3 Mrd kWh
Gelsen-wasser AG	E.ON AG 80,5 % Kommunalbesitz 13,1 % Streubesitz 6,4 %	konzernweit: 12,722 Mrd kWh

Quelle: Eigene Erhebungen, Geschäftsberichte und Homepages der Unternehmen

II.3.1 Veräußerung der Anteile an der EWE Aktiengesellschaft

47. Die EWE Aktiengesellschaft ist ein Regionalversorgungsunternehmen, das neben der Strom- und Gasversorgung auch in den Bereichen Umwelt und Telekommunikation tätig ist. EWE beliefert zwischen Ems, Weser und Elbe rund eine Million Kunden mit Strom und verfügt über ein mehr als 76.000 km langes Mittel- und Niederspannungsnetz. Im Bereich der Versorgung von Endkunden mit Strom betrug der Marktanteil von EWE etwa 2,5 %. EWE bezieht den Strom von E.ON, die mit 27,4 % an EWE beteiligt ist.

Knapp 700.000 Kunden im Ems-Weser-Elbe-Gebiet, im östlichen Teil des Landes Brandenburg, auf der Insel Rügen und in Teilen Nord-Vorpommerns werden von EWE mit Erdgas versorgt. EWE verfügt nach eigenen Angaben zudem über umfangreiche unterirdische Erdgasspeicher. Im Jahre 2000 betrug der Gasabsatz der EWE 35 TWh; das Unternehmen erreichte damit einen Marktanteil von etwa 4 % im Gas-Endkundenmarkt.

48. Die Position von EWE als Erdgasabnehmer ist nach den der Monopolkommission vorliegenden Informationen unklar. Die Informationen lassen aber den Schluss zu, dass keine umfassenden wettbewerblichen Wirkungen zu erwarten sind.

Auf seiner Homepage gibt das Unternehmen bekannt, das Gas ohne Zwischenhändler direkt beim Erzeuger zu kaufen und damit Ersparnisse realisieren zu können. In diesem Falle steht das Unternehmen in keiner Vertragsbeziehung mit Ruhrgas – Ruhrgas ist auf der Ferngasstufe tätig und nicht im Bereich der Erdgasproduktion – und die Auflösung der vertikalen Integration kann sich folglich nicht auf den Gasmarkt beziehen. In einer der Monopolkommission zur Verfügung gestellten Stellungnahme heißt es hingegen, dass EWE auch schon in der Vergangenheit von sechs unterschiedlichen Gaslieferanten versorgt wurde.²³ In diesem Fall hätte eine Abgabe der Beteiligung an diesem Unternehmen gleichfalls keine umfassenden wettbewerblichen Wirkungen, da der Gasabsatz von Ruhrgas nur zu einem kleinen Teil eingeschränkt würde. Für den Strommarkt wären allenfalls geringfügige Wirkungen zu erwarten.

²³ Vgl. Hogan&Hartson Raue L.L.P., Stellungnahme im Ministererlaubnisverfahren E.ON/Gelsenberg/Bergemann, erstellt im Auftrag der Ampere AG und TXU Europe Group plc., S. 5.

49. In einer Gesamtbetrachtung ist diese Auflage jedenfalls nicht geeignet, die durch die Zusammenschlussvorhaben zu erwartenden erheblichen Marktverschlusswirkungen spürbar zu reduzieren.

II.3.2 Abgabe der Beteiligung an der Gelsenwasser AG

50. Die Gelsenwasser AG ist der bedeutendste Trinkwasserversorger in Deutschland. Die Aktivitäten dieses Unternehmens in der Strom- und Gasversorgung sind hingegen begrenzt; konzernweit werden pro Jahr etwa 12,72 Mrd. kWh Erdgas abgesetzt. Vor diesem Hintergrund ist die Wirkung einer Abgabe der 80,2 %igen Beteiligung an der Gelsenwasser im Hinblick auf den Gasmarkt zunächst gering.

51. Von Bedeutung für die wettbewerbspolitische Beurteilung dieser Auflage ist die Beteiligung in Höhe von 100 %, welche die Gelsenwasser an der Niederrheinischen Gas- und Wasserwerke GmbH hält. Das Versorgungsgebiet dieses Tochterunternehmens umfasst Teile Nordrhein-Westfalens und wird von Ferngasleitungen der Ruhrgas durchquert. Die Erdgasabgabe erreichte im Jahr 2001 ein Volumen von 2.111 Mio. kWh (2000: 2.322 Mio. kWh).

Eine Auflösung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung von E.ON/Ruhrgas an Gelsenwasser eröffnet zumindest die Möglichkeit, dass sich die Niederrheinischen Gas- und Wasserwerke um einen anderen Gaslieferanten bemühen. Angesichts des bestehenden und ihr Versorgungsgebiet durchziehenden Ruhrgas-Leitungsnetzes kommt diese Option jedoch nur bei funktionierendem Durchleitungswettbewerb ernsthaft in Betracht. Da ein solcher bislang noch nicht entstanden ist, sind die wettbewerbsfördernden Wirkungen dieser Auflage stark zu bezweifeln.

II.3.3 Veräußerung der Bayerngas-Anteile durch E.ON

52. Die Abgabe der Beteiligung in Höhe von 22 %, welche E.ON an der Bayerngas GmbH hält, lässt ebenfalls nicht darauf hoffen, die wettbewerbsbeeinträchtigenden Auswirkungen der Zusammenschlussvorhaben in wesentlichem Ausmaß zu relativieren. Neben E.ON hält auch die Ruhrgas Energie-Beteiligungs-Aktiengesellschaft – eine Tochtergesellschaft der Ruhrgas AG – 22 % der Anteile an der Bayerngas. In dem Auflagenbündel ist jedoch nicht vorgesehen, dass auch diese Beteiligung zu veräußern ist. Welchen Sinn diese halbherzige Auflage erfüllen soll, ist fraglich.

53. Bayerngas ist keine Ferngasgesellschaft, die selbständig Gas importiert, sondern eine regionale Ferngasgesellschaft, die ihr Gas von den importierenden Gesellschaften – wie beispielsweise Ruhrgas AG – bezieht. Die nicht E.ON oder Ruhrgas gehörenden Anteile an Bayerngas liegen in den Händen kommunaler Gesellschaften. Für derartige Konstellationen von kommunalen Gesellschaftern mit lokalen Interessen einerseits und großen Energieunternehmen als strategische Investoren andererseits hatte die Monopolkommission aufgrund ihrer Ermittlungen festgestellt, dass schon ein relativ kleiner Anteil des strategischen Investors genügt, um diesem die zur Sicherung des eigenen Absatzes erforderlichen Informationsvorteile und Einflussmöglichkeiten zu verschaffen.²⁴ Genau diese Möglichkeit bleibt E.ON/Ruhrgas aber erhalten, wenn die Beteiligung von Ruhrgas an Bayerngas bestehen bleibt. Die Abgabe der E.ON-Beteiligung ist von untergeordneter Bedeutung. Von dieser Auflage sind folglich keine wettbewerbsfördernden Wirkungen zu erwarten.

54. Dieser Befund entspricht im Übrigen der wettbewerblichen Beurteilung des Bundeskartellamtes. E.ON hatte bereits während des Kartellamtsverfahrens angeboten, ihre Beteiligung an der Bayerngas zu veräußern. Das Bundeskartellamt hat diesbezüglich festgestellt, dass diese Auflage in keiner Weise geeignet ist, „... die für Ruhrgas absatzsichernde Wirkung des Zusammenschlussvorhabens abzumildern“.²⁵

II.3.4 Veräußerung der Beteiligung von E.ON an der swb AG

55. Die swb AG ist das Nachfolgeunternehmen der Stadtwerke Bremen. Sie präsentiert sich als Infrastruktur- und Dienstleistungsunternehmen. Die Geschäftsbereiche Energie und Trinkwasser werden von den 100 %igen Tochterunternehmen swb Enordia und swb Bremerhaven wahrgenommen. Swb Enordia vermarktet Energie und Trinkwasser in Bremen, swb Bremerhaven liefert Strom, Erdgas, Wärme und Trinkwasser in Bremerhaven.

Die Anteile an der swb AG befinden sich zu 51 % im Eigentum des niederländischen Energieversorgers Essent, der wiederum den niederländischen Gebietskörperschaften zuzurechnen ist. E.ON ist mit 22 % an swb beteiligt und Ruhrgas hält 11,3 % der Anteile an der swb AG. Die Auflage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie sieht zwar vor, dass E.ON

²⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 34, Tz. 104.

²⁵ Kartellamtsentscheidung, Tz. 69.

die Beteiligung zu veräußern hat, die Anteile von Ruhrgas an swb bleiben indes unangetastet. Die mit einer solchen Beteiligung vermittelten Einblicke in relevante Informationen bezüglich der Beschaffungs- und Absatzpolitik der swb bleiben E.ON/Ruhrgas somit ohnedies erhalten.

56. Angesichts der bestehenden Beteiligungsstrukturen ist nicht ersichtlich, welche wettbewerbsfördernden Wirkungen die auferlegte Veräußerung haben soll. Soweit der niederländische Energieversorger Essent seine Mehrheit ausspielt, um den eigenen Gasabsatz zu sichern, sind die E.ON/Ruhrgas-Beteiligungen von untergeordneter strategischer Bedeutung. Soweit Essent auf entsprechende Einflussnahme verzichtet, begründet die verbleibende Ruhrgas-Beteiligung immer noch Informations- und Einflussmöglichkeiten. Die Veräußerung zeigt daher nur geringfügige wettbewerbliche Wirkungen.

II.4 Legal Unbundling

57. Die Auflage, eine gesellschaftsrechtliche Trennung der Netzgesellschaft von den Handelsaktivitäten vorzunehmen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Eine solche Auflage entspricht im Wesentlichen den Regelungen, welche die Binnenmarktrichtlinie für Elektrizität und das Energiewirtschaftsgesetz für die Stromwirtschaft bereits vorsehen. Der Gaswirtschaft ist es bislang stets gelungen, sich einer solchen Verpflichtung zu entziehen.

58. Die unter der Überschrift „Legal Unbundling“ in der Verfügung des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie firmierenden Maßnahmen sind jedoch zum Teil unklar und bedürfen teils einer laufenden Verhaltenskontrolle.

Ruhrgas hat bis zum 1. Januar 2004 folgende Maßnahmen durchzuführen:

- Das Geschäft des Erdgastransports über das Ruhrgas-Fernleitungsnetz wird in eine zu diesem Zweck gegründete, rechtlich selbständige Transportgesellschaft ausgegliedert.
- Die für das Geschäft des Erdgastransports zuständigen Personen dieser Transportgesellschaft gehören nicht betrieblichen Einrichtungen an, die direkt oder indirekt für die Erdgasgewinnung, den Erdgashandel oder die Endverteilung der Ruhrgas zuständig sind.
- Die Transportgesellschaft hat im Hinblick auf das Ferngasleitungsnetz der Ruhrgas wirksame Einflussmöglichkeiten, die für den Betrieb, die Wartung und die Unterhaltung des Netzes erforderlich sind. Darüber hinaus

hat die Transportgesellschaft die Entscheidungsbefugnis über den Ausbau von Transportstrecken des Netzes, wenn dessen Finanzierung aus den zu zahlenden Transportentgelten der für den Ausbau vorliegenden verbindlichen Transportbestellungen für die Transportgesellschaft wirtschaftlich erfolgen kann.

- Die Transportgesellschaft hat ferner Erdgas für Dritte diskriminierungsfrei zu transportieren, und zwar zu Konditionen, die nicht ungünstiger sind, als sie in vergleichbaren Fällen für den Erdgashandel der Ruhrgas oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen der Ruhrgas tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden.

Die Formulierung hinter dem dritten Spiegelstrich macht nicht deutlich, ob die zu gründende und rechtlich selbständige Transportgesellschaft zugleich das Eigentum an dem Transportnetz der Ruhrgas erhält. In der Auflage werden ferner weder die Methode noch potentielle Kontrollmechanismen festgelegt, mittels derer die Eigenständigkeit der Ruhrgas Transportgesellschaft sowie ihre rechtliche und organisatorische Unabhängigkeit sichergestellt werden.

59. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte die im Rahmen der zweiten Maßnahme angesprochene personelle Entflechtung satzungsmäßig verankert werden. Dies entspricht auch der Vorgehensweise der Stromversorgungsunternehmen. Wie die Erfahrungen in diesem Bereich lehren, sind von einer lediglich gesellschaftsrechtlichen Trennung keine wirksamen Wettbewerbsimpulse zu erwarten. Die Monopolkommission hat daher bereits in ihrer ersten Stellungnahme zum Ministererlaubnisverfahren vom Mai 2002 dargelegt, dass nur eine eigentumsmäßige Trennung von Transportnetz einerseits und Gashandel- und Lieferung andererseits die erhofften wettbewerblichen Wirkungen zu entfalten vermag.

60. An dieser Stelle ist noch einmal auf die allgemeinen Ausführungen der Monopolkommission zur wettbewerbspolitischen Bedeutung der diskriminierungsfreien Durchleitung zu verweisen.²⁶ Danach ist diskriminierungsfreie Durchleitung nur notwendig und nicht ohne weiteres hinreichend für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Auch bei formalrechtlich diskriminierungsfreier Durchleitung können Wettbewerbshemmnisse fortbestehen:

²⁶ S.o. Tz. 27 f.; Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Bonn 2002, Abschnitt 4 des Einleitungskapitels, Kapitel IV und Kapitel VI; Monopolkommission, Sondergutachten 34, Tz. 104 - 106.

- Eine formalrechtlich diskriminierungsfreie Durchleitungsregelung kann materiell diskriminierend wirken; dies gilt insbesondere für die in der Verbändevereinbarung Gas II vorgesehene entfernungsabhängige Tarifierung.
- Durch eine – letztlich willkürliche – Zurechnung von Fixkosten und Gemeinkosten zum Netz können Durchleitungspreise zu Lasten der konzernfremden Netznutzung überhöht werden; dies bezeichnet z.B. die derzeitige Situation in der Stromwirtschaft.
- Durch vertikale Vorwärtsintegration können die Absatzmärkte für den Wettbewerb verschlossen werden; dies ist gerade eine der von der Fusion E.ON/Ruhrgas erwarteten Wettbewerbsbehinderungen.

61. Die Auflage, welche der Transportgesellschaft aufgibt, Erdgas für Dritte diskriminierungsfrei zu transportieren, bedarf einer laufenden Verhaltenskontrolle durch die staatliche Kartellaufsicht und ist als Auflage daher rechtswidrig. In der Sache wiederholt der Auflagentext im Übrigen lediglich die gesetzliche Bestimmung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, der für die Unternehmen ohnehin bindend ist.

II.5 Gas Release

62. Ruhrgas wird mit dieser Auflage dazu verpflichtet, eine gesamte Verkaufsmenge von 75 Mrd. kWh im Rahmen eines Auktionsverfahrens, das erstmalig zum 1. Oktober 2003 durchzuführen ist, anzubieten. Die Auktion findet in insgesamt drei Teilschritten im Abstand von jeweils sechs Monaten statt. Die Übergabe der Release-Mengen erfolgt für zwei Auktionen am deutschen Emden-Bunde-Hub und für eine Auktion in Waidhaus. Ruhrgas übernimmt den Transport dieser Mengen zum Kunden des Käufers, soweit der Kunde nicht im eigenen Netz transportiert. Der Preis der Release-Mengen ist der Auktionspreis, der sich am jeweiligen Übergabepunkt ergibt. Für die Auktion wird jedoch ein monatlicher Mindestpreis festgesetzt, der sich anhand des durchschnittlichen Grenzübergangspreises für Erdgas in die Bundesrepublik Deutschland gemäß Veröffentlichungen des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle – zuzüglich Steuern – für den jeweiligen Liefermonat bemisst.

63. Diese Auflage begründet keine laufende Verhaltenskontrolle und steht somit im Einklang mit den Bestimmungen des GWB. Sie trägt jedoch angesichts der zu versteigernden Mengen und der Modalitäten des Auktionsver-

fahrens nicht dazu bei, wettbewerbsfördernde Effekte von beachtlichem Ausmaß zu realisieren.

64. Die für eine Auktion bereitzustellende Gasmenge entspricht etwa 4 % des von Ruhrgas im Jahre 2000 erreichten Gasabsatzes in Höhe von 612 Mrd. kWh. Die zur Verfügung stehende Auktionsmenge repräsentiert nurmehr 2,5 % des gesamten deutschen Gasmarktvolumens. Zum Vergleich sei ferner auf die Erfahrungen mit ähnlichen Programmen in anderen Ländern verwiesen: British Gas wurde im Jahre 1989 beispielsweise auferlegt, nur 90 % der neuen Gasfelder unter Vertrag zu nehmen. Die Gasproduzenten waren folglich gezwungen, 10 % ihres Gases an Dritte zu verkaufen. In Spanien waren 25 % der Erdgasverträge mit Algerien Händlern zum Verkauf an Kunden mit Wahlmöglichkeiten zugeteilt, während die restlichen 75 % bei ENAGAS für Verkäufe an regulierte Kunden verblieben.

Schon allein aufgrund dieser sehr geringen Größenordnung wird diese Auflage nicht dazu führen, Alternativen zu bestehenden Lieferketten in Anspruch zu nehmen bzw. die Marktanteilsverhältnisse im deutschen Gasmarkt in nennenswertem Umfang zu verändern. Wettbewerbsbehindernd wirken überdies die Befristung der Freigaben, die Konzentration auf den Handelspunkt Bunde/Emden und die Mindestpreisregelung auf Monatsbasis.

II.6 Heilung von Verfahrensfehlern

65. Der Bundesminister für Wirtschaft setzt das Erlaubnisverfahren in diesem Falle fort, um – unbeschadet seiner eigenen Rechtsauffassung – die Verfahrensfehler zu heilen, die das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Beschluss vom 25. Juli 2002 – Kart 25/02 (V) – festgestellt hat. Eine solche Heilung ist in § 45 VwVfG ausdrücklich vorgesehen; darauf gerichtete Handlungen können bis zum Abschluss eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. In § 45 Abs. 1 ist unter den möglichen, auf Heilung gerichteten Handlungen ausdrücklich die Nachholung einer Anhörung von Beteiligten genannt. An dieser Regelung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht bis in die jüngste Vergangenheit verbreitet Kritik geübt worden. Sie entzündet sich vor allem an § 45 Abs. 2; wenn bereits vor Gericht über die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Entscheidung gestritten werde und die Behörde dann eine unterlassene Verfahrenshandlung nachholen dürfe, werde in der Sache die Bindung der Verwaltung an das in Art. 20 Abs. 3 GG geschützte Rechtsstaatsprinzip relativiert. Während diese Kritik auf eine Verfassungswidrigkeit von § 45 Abs. 2 VwVfG hinausläuft, fordern andere, dass § 45 verfassungskonform im Lichte der Funktionen interpretiert werden

muss, die einzelnen Verfahrenshandlungen zu kommen. So wird beispielsweise darauf hingewiesen, dass die gesetzlich vorgesehene Mitwirkung des Personalrats nicht mehr nachgeholt werden könne, wenn der Dienstherr bereits einen Kündigungsbescheid erlassen hat. Ob dies entsprechend für Anhörungen gilt, ist ungewiss. Jedenfalls wird man für eine nachgeholte Anhörung aber fordern müssen, dass der Entscheidungsträger sie nicht lediglich als eine nachgeholte Pflichtübung betrachtet, sondern bereit ist, in eine „ergebnisoffene“ Auseinandersetzung mit den sich aus der Anhörung ergebenden Erkenntnissen einzutreten.²⁷ Da sich diese ergebnisoffene Einstellung nach dem Erlass einer Verwaltungsentscheidung nicht mehr von selbst versteht, wird sie von der Behörde dokumentiert werden müssen.

66. Für das anhängige Verfahren der Ministererlaubnis ergibt sich hieraus eine besondere Schwierigkeit. Einerseits würde eine Veränderung der Entscheidung, sei es in der Erlaubnis, sei es in den Auflagen, die Ergebnisoffenheit des Ministers in der nachgeholten Anhörung unter Beweis stellen. Andererseits bedürfte eine solche Abweichung einer näheren Begründung, da die Auflagenverfügung in der Entscheidung vom 5. Juli 2002 so verstanden werden kann und vom Oberlandesgericht Düsseldorf auch so verstanden wird, „daß nur allen Auflagen zusammen diese Eignung [zur maßgeblichen Verminderung der Wettbewerbsnachteile und zur entscheidenden Verstärkung der Gemeinwohlvorteile eines Zusammenschlusses] attestiert wird, und daß, wenn nur eine Auflage ausfiele, erst recht, wenn mehrere Auflagen ausfielen, die mit der Fusion verbundenen Gemeinwohlvorteile unzureichend wären, um die fusionsbedingten Wettbewerbsbeschränkungen in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zu kompensieren.“ Da eine Veränderung der Auflagen im Lichte der vorangehenden Ausführungen nicht ausgeschlossen erscheint, rät die Monopolkommission dem Minister zu einer eingehenden Begründung entsprechender Abweichungen von der früheren Entscheidung.

²⁷ BVerwG 12.12.1996 – 4 C – 19/95, BVerwGE 102, 358, 365 zu einer unterlassenen Anhörung in einem Planfeststellungsverfahren.

III. Zusammenfassung und Empfehlungen

67. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie hat der Monopolkommission mit Schreiben vom 23. August 2002 die Gelegenheit gegeben, sich zu den seit Mai 2002 eingetretenen Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben E.ON/Ruhrgas zu äußern. Die Monopolkommission nimmt dies zum Anlass, eine Stellungnahme zu der in der Verfügung des Ministeriums behaupteten Relativierung des Gewichts der Wettbewerbsbeschränkungen, zu den Auflagen und der Möglichkeit, Verfahrensfehler zu heilen, abzugeben.

68. In seiner Verfügungsentscheidung vom 5. Juli 2002 macht der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie geltend, das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkungen sei aufgrund verschiedener neuerer Entwicklungen zu relativieren. Hinsichtlich der Gasmärkte wird zum einen auf die Möglichkeit des Eintritts neuer Wettbewerber, zum anderen auf die Unterzeichnung der Verbändevereinbarung Gas II und die Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes verwiesen. Das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Strommarkt sei aus heutiger Sicht als begrenzt anzusehen, da sie erst ab 2010 wirksam würden.

69. Die Monopolkommission hält die vom Minister vorgenommene Relativierung der Bedeutung des Gewichts der Wettbewerbsbeschränkungen für rechtlich und inhaltlich problematisch. Rechtliche Bedenken ergeben sich vor allem daraus, dass einzelne wettbewerblich relevante Sachverhalte, deren Prüfung und Beurteilung dem Grundsatz nach in die Kompetenz des Bundeskartellamtes fallen, vom Minister herausgegriffen werden. Dies betrifft zum einen die möglichen Entflechtungswirkungen, welche durch das Ausscheiden von BP bzw. BEB aus dem Gesellschafterkreis der Ruhrgas postuliert werden. Zum anderen stoßen auch die Ausführungen zur Bedeutung der Verbändevereinbarung Gas II, der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes auf rechtliche Bedenken und sind darüber hinaus bezüglich der behaupteten wettbewerblichen Wirkungen stark anzuzweifeln.

Im Hinblick auf ein mögliches Engagement der BP auf dem deutschen Gasmarkt kann nach Ansicht der Monopolkommission nicht davon ausgegangen werden, dass die dargelegten Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten werden, da BP nicht beabsichtigt, eigene Leitungen zu verlegen und die Durchleitung noch nicht ausreichend funktionsfähig ist. Ein mögliches Ausscheiden von BEB aus der Ruhrgas wird aufgrund vergleichsweise geringer Überschneidungen der Leitungsnetze von BEB und Ruhrgas, dem nicht

funktionierenden Durchleitungswettbewerb sowie möglicherweise bestehender vertraglicher Bindungen zwischen Ruhrgas und BEB gleichfalls keine deutlichen Wettbewerbsimpulse entfalten. Die Verbändevereinbarung Gas II ist nach Auffassung der Monopolkommission keine tragfähige Grundlage für einen funktionsfähigen Durchleitungswettbewerb.

Die vom Bundesminister für Wirtschaft und Technologie vorgenommene Mindergewichtung der Wettbewerbsbeschränkungen im Strommarkt mag aufgrund der erst ab dem Jahre 2010 eintretenden Wirkungen gerechtfertigt sein. In diesem Fall müssen jedoch auch die Gemeinwohlvorteile analog gewichtet werden. Dies betrifft insbesondere die Versorgungssicherheit – hier werden tatsächliche Engpässe erst für das Jahr 2020 antizipiert.

70. Die Erlaubnis für die Zusammenschlüsse wurde mit Auflagen verbunden, welche einerseits die gesamtwirtschaftlichen Vorteile auf Dauer sicherstellen und andererseits ihre schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb verringern sollen. Bedenken gegen diese Auflagen betreffen teils ihre Rechtmäßigkeit und teils ihre Zweckmäßigkeit. Sie sind jedenfalls nicht dazu angetan, das relative Gewicht von wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen der Zusammenschlüsse daran so zu verändern, dass die Abwägung in die Empfehlung einer Genehmigung münden könnte.

Die mit der Change of Control-Auflage verbundenen Maßnahmen, welche darauf abzielen, die Ruhrgas als deutsches Unternehmen zu erhalten, sind nicht auf die Marktstruktur bezogen. Sie sollen vielmehr dem vom Minister konstatierten Allgemeininteresse an dem Erhalt von Ruhrgas als deutsches Unternehmen zusätzliches Gewicht verleihen. Die verschiedenen, auf die Konservierung des Status quo über zehn Jahre gerichteten Auflagen hinsichtlich der Anteilseignerschaft bei E.ON und Ruhrgas sind zum einen aufgrund der damit statuierten laufenden Verhaltenskontrolle unzulässig. Sie sind darüber hinaus mit Art. 56 EG unvereinbar, da sie die Kapitalverkehrsfreiheit einschränken.

Die verschiedenen Veräußerungsaufgaben sind zwar rechtlich zulässig, jedoch nicht geeignet, die bei Realisierung der Zusammenschlussvorhaben entstehenden weitgehenden Marktverschlusswirkungen der vertikalen Integration auch nur ansatzweise zu verringern. Sie sind zum Teil halbherzig, da nur die E.ON-Beteiligung zu veräußern ist, während die Beteiligung von Ruhrgas an dem entsprechenden Unternehmen bestehen bleibt. Zum Teil sind die potentiellen Erwerber aufgrund der Anteilseignerstruktur nicht in der Lage, eine effektive Kontrolle über das Unternehmen auszuüben.

71. Die Maßnahmen, welche in der Verfügung des Ministeriums im Hinblick auf die Versteigerung von Gasmengen durch die Ruhrgas AG vorgesehen sind, werden in ihren wettbewerblichen Wirkungen gleichfalls sehr begrenzt bleiben. Ernsthafte Wettbewerbsimpulse sind zum einen aufgrund der geringen Auktionsmengen und zum anderen aufgrund verschiedener Modalitäten des Auktionsverfahrens nicht zu erwarten. Eine ähnliche Beurteilung trifft auf die Legal Unbundling-Auflage zu, der es an einer hinreichenden Konkretisierung mangelt. Überdies wäre nach Ansicht der Monopolkommission eine eigentumsrechtliche Trennung vorzugswürdig.

72. Eine Heilung von Verfahrensfehlern durch Nachholung der Anhörung von Beteiligten sieht § 45 VwVfG prinzipiell vor. Notwendige Voraussetzung der Heilung ist allerdings zumindest eine „ergebnisoffene“ Auseinandersetzung mit den sich neu ergebenden Erkenntnissen durch den Entscheidungsträger. Für das anhängige Ministererlaubnisverfahren ergibt sich hieraus eine besondere Schwierigkeit, weil die Auflagenverfügung in der Entscheidung vom 5. Juli 2002 so verstanden werden kann, dass nur alle Auflagen zusammen geeignet sind, eine Genehmigung zu rechtfertigen. Daraus folgt, dass bei einer Änderung der Auflagen eine eingehende Begründung entsprechender Abweichungen von der früheren Entscheidung durch den Minister erforderlich wird.

73. Die Monopolkommission bekräftigt nochmals das Votum, das sie im Mai 2002 abgegeben hat. Dieses Votum behält auch vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich eingetretenen Entwicklungen und der vom Bundesminister für Wirtschaft und Technologie vorgesehenen Auflagen weiterhin Gültigkeit.

Bonn, 5. September 2002

M. Hellwig

J. Aldag

J. Basedow

K. Trebitsch