

Inhaltsübersicht

Geleitwort — V

Inhaltsverzeichnis — XI

Abkürzungsverzeichnis — XXXI

Literaturverzeichnis — XXXIX

Bearbeiterverzeichnis — XLI

Kapitel 1

Einführung in die Energiewirtschaft — 1

- A. Die technischen und wirtschaftlichen Grundlagen der Energieversorgung — 1
- B. Wertschöpfungsketten bei leitungsgebundenen Energiemärkten — 6
- C. Ausblick: Die Energiewirtschaft im Wandel — 24

Kapitel 2

Der energiekartellrechtliche Rechtsrahmen und seine aktuelle Fortentwicklung — 26

- A. Einführung — 26
- B. Historie — 30
- C. Überblick über die Anwendbarkeit, Zuständigkeiten und die Regelungsbereiche des Kartellrechts — 34
- D. Abgrenzung zum Regulierungsrecht — 55
- E. Änderungen durch die 9. GWB-Novelle und Entwicklungen auf EU-Ebene — 56

Kapitel 3

Erzeugung und Import, Energiehandel und Energievertrieb — 59

- A. Exploration, Erzeugung und Import — 59
- B. Kartellrechtlich relevante Klauseln in Energielieferverträgen — 71
- C. Missbrauchskontrolle — 94
- D. Vergleichsportale — 115
- E. Markttransparenz im Energiehandel — 120

Kapitel 4

Netzanschluss und Zugang zu Energieversorgungsnetzen und Speichereinrichtungen — 123

- A. Kartellrechtliche Vorgaben — 125
- B. Regulierungsrechtliche Vorgaben — 152
- C. Sonderfälle — 172
- D. Messwesen und „smart metering“ — 185

Kapitel 5

Kooperationen in der Energiewirtschaft — 190

- A. Grundlagen und Einführung — 190
- B. Maßstäbe für die kartellrechtliche Bewertung von Kooperationen — 199
- C. Kartellrechtliche Einordnung der typischen Kooperationsformen in der Energiewirtschaft — 208
- D. Sanktionen — 231
- E. Fazit und Ausblick — 232

Kapitel 6

Fusionskontrolle in der Energiewirtschaft — 234

- A. Abgrenzung zwischen europäischer und deutscher Fusionskontrolle — 235
- B. Ablauf des Fusionskontrollverfahrens — 258
- C. Materielle Prüfung — 262
- D. Verfahrensbeendigung — 269

Kapitel 7

Konzessionierungsverfahren/Netzübernahmen — 282

- A. Konzessionierungsverfahren als spezielle Kartellvergabeverfahren — 284
- B. Rechtsrahmen — 294
- C. Ablauf des Konzessionierungsverfahrens — 299
- D. Kartellrechtliche Betrachtung — 311
- E. Netzübernahmen als kartellrechtlich relevante Umsetzung der Konzessionsentscheidung — 336
- F. Rechtsschutz — 347

Kapitel 8

Die Fernwärmeversorgung aus der Sicht des Kartellrechts — 351

- A. Einleitung — 351
- B. Kartellrechtliche Kontrolle der Fernwärmepreise — 362
- C. Netzzugang — 374
- D. Verpflichtung zur Abnahme von Wärme — 382
- E. Besteht eine Verpflichtung der Gemeinden, Wegenutzungsrechte für Fernwärmenetze auszuschreiben? — 383
- F. Können Gemeinden nach dem Auslaufen von Wegenutzungsverträgen die Übertragung des Eigentums an den Fernwärmenetzen verlangen? — 411
- G. Der Kaufpreis für Fernwärmenetze — 420

Kapitel 9

Schwerpunkte und Verfahrensrecht der deutschen Kartellaufsicht — 424

- A. Einführung — 424
- B. Kartellverfahren nach deutschem Recht — 425

Kapitel 10

Grundzüge des europäischen Kartellverwaltungsverfahrens — 481

- A. Zuständigkeit der Europäischen Kommission — 481
- B. Verfahrenseröffnung — 481
- C. Instrumente der Europäischen Kommission — 483
- D. Buß- und Zwangsgeld — 487
- E. Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Europäischen Kommission — 489
- F. Anspruch auf Akteneinsicht gegen die Kartellbehörde — 489

Kapitel 11

Kartellzivilrecht — 491

- A. Unmittelbare zivilrechtliche Folgen — 492
- B. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch — 496
- C. Schadenersatz — 497
- D. Auskunftsansprüche — 521
- E. Gerichtliche Durchsetzung — 524
- F. Vergaberechtliche Selbstreinigung — 533

Kapitel 12

Vergabe- und Beihilfenrecht — 535

- A. Vergaberecht — 535
- B. Beihilfenrecht — 597

Stichwortverzeichnis — 623

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort — V

Inhaltsübersicht — VII

Abkürzungsverzeichnis — XXXI

Literaturverzeichnis — XXXIX

Bearbeiterverzeichnis — XLI

Kapitel 1

Einführung in die Energiewirtschaft — 1

- A. Die technischen und wirtschaftlichen Grundlagen der Energieversorgung — 1
 - I. Einführung — 1
 - II. Entwicklung der Energiemarktliberalisierung — 2
 - III. Technische und wirtschaftliche Grundlagen der Stromerzeugung und -verteilung — 3
- B. Wertschöpfungsketten bei leitungsgebundenen Energiemärkten — 6
 - I. Strommärkte — 6
 - 1. Stromerzeugung — 6
 - 2. Transport und Verteilung auf der Netzebene — 10
 - 3. Stromgroßhandel — 14
 - 4. Stromvertrieb — 17
 - II. Gasmärkte — 18
 - 1. Energieerzeugung — 18
 - a) Stromerzeugung mit Erdgas — 18
 - b) Wärmeerzeugung mit Erdgas — 18
 - c) Gas als Antrieb für Kraftfahrzeuge — 19
 - 2. Gastransport — 19
 - 3. Wettbewerb und Wertschöpfung auf Gasmärkten — 19
 - a) Distributionsstufen — 19
 - b) Wettbewerb in Gasnetzen — 20
 - III. Marktabgrenzung relevanter Strom- und Gasmärkte — 21
 - 1. Strommärkte — 21
 - 2. Gasmärkte — 22
- C. Ausblick: Die Energiewirtschaft im Wandel — 24

Kapitel 2

Der energiekartellrechtliche Rechtsrahmen und seine aktuelle Fortentwicklung — 26

- A. Einführung — 26
 - I. Wozu dient das Kartellrecht? — 26
 - II. Was sind die Rechtsquellen des Kartellrechtes? — 27

- III. Wie ist das Verhältnis von Kartellrecht und Lauterkeitsrecht sowie zum sektorspezifischen Regulierungsrecht? — **29**
- B. Historie — **30**
 - I. Kartellrechtsentwicklung auf europäischer Ebene — **31**
 - II. Kartellrechtsentwicklung in Deutschland — **32**
- C. Überblick über die Anwendbarkeit, Zuständigkeiten und die Regelungsbereiche des Kartellrechts — **34**
 - I. Wann findet europäisches oder deutsches Kartellrecht Anwendung und wer ist zuständig? — **34**
 - II. Welche Regelungen trifft das Kartellrecht? — **35**
 - 1. Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Kartellverbot) — **35**
 - a) Art. 101 AEUV — **35**
 - b) § 1 GWB — **42**
 - 2. Missbrauchsverbot — **43**
 - a) Art. 102 AEUV — **43**
 - b) § 19, 20, 29 GWB — **47**
 - 3. Zusammenschlusskontrolle — **49**
 - a) FKVO — **49**
 - b) §§ 35 ff. GWB — **50**
 - 4. Weitere Regelungsbereiche — **52**
 - a) Gemeinschaftsrecht — **52**
 - b) GWB — **53**
- D. Abgrenzung zum Regulierungsrecht — **55**
- E. Änderungen durch die 9. GWB-Novelle und Entwicklungen auf EU-Ebene — **56**

Kapitel 3

Erzeugung und Import, Energiehandel und Energievertrieb — 59

- A. Exploration, Erzeugung und Import — **59**
 - I. Betroffene Märkte — **59**
 - 1. Erdgas — **59**
 - a) Exploration — **59**
 - b) Entwicklung und Förderung/Beförderung und Bearbeitung — **60**
 - c) Großhandelsstufe — **61**
 - d) Belieferung von Endkunden — **62**
 - 2. Elektrizität — **62**
 - a) Sachliche Marktabgrenzung — **62**
 - b) Räumliche Marktabgrenzung — **66**
 - II. Kooperation bei Erschließung und Produktion — **68**
 - 1. Kooperation bei der Exploration und Entwicklung von Erdgasfeldern — **68**

- 2. Kooperation bei der Stromerzeugung — **69**
- III. Importverträge — **70**
- B. Kartellrechtlich relevante Klauseln in Energielieferverträgen — **71**
 - I. Kartellrechtlicher Rahmen für die Beurteilung von Lieferverträgen — **71**
 - 1. Art. 101 AEUV und § 1 GWB — **71**
 - a) Gruppenfreistellungsverordnung (EU) Nr. 330/2010 — **72**
 - aa) Voraussetzungen der Freistellung — **73**
 - bb) Anwendung der VO (EU) 330/2010 auf Energielieferverträge — **74**
 - b) Leitlinien Vertikalvereinbarungen — **78**
 - aa) Allgemein zu Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV — **78**
 - bb) Analyse einzelner Beschränkungen — **79**
 - 2. Art. 102 AEUV, § 19 GWB — **81**
 - II. Einzelne kartellrechtlich relevante Klauseln — **83**
 - 1. Bedarfsdeckungsklauseln — **83**
 - 2. Englische Klauseln — **86**
 - 3. Take-or-pay-Klauseln — **87**
 - 4. Gebietsbeschränkungen — **88**
 - 5. Kopplungsklauseln — **90**
 - 6. Rabattklauseln — **91**
 - 7. Preisklauseln in Redispatch-Verträgen — **92**
- C. Missbrauchskontrolle — **94**
 - I. Preishöhenkontrolle — **94**
 - 1. Methodik der Kartellbehörden — **94**
 - a) Grundsätzlicher rechtlicher Rahmen — **94**
 - b) Vergleichsmarktkonzept — **97**
 - c) Kostenkontrolle — **101**
 - d) Sonderfall Preishöhenkontrolle auf dem Markt für den Erstabsatz von Strom — **103**
 - 2. Anwendung der Preishöhenkontrolle in verschiedenen Märkten — **104**
 - a) Stromerzeugung — **104**
 - b) Grundversorgung — **109**
 - c) Heizstromversorgung — **112**
 - II. Sonderfall Preisspaltung — **114**
- D. Vergleichsportale — **115**
 - I. Marktabgrenzung — **115**
 - II. Wettbewerbsprobleme der Online-Vergleichsplattformen — **116**
 - 1. Bestpreisklauseln — **117**
 - 2. Marktmachtmissbrauch — **119**
- E. Markttransparenz im Energiehandel — **120**
 - I. Hintergrund und Grundkonzeption der Regelungen — **120**
 - II. Befugnisse der Markttransparenzstelle — **122**

Kapitel 4

Netzanschluss und Zugang zu Energieversorgungsnetzen und Speichereinrichtungen — 123

- A. Kartellrechtliche Vorgaben — 125**
 - I. Wettbewerbspolitische Ziele und Grundlagen der Öffnung des Energieversorgungsmarktes — 125**
 - II. Begriffsbestimmungen – Netzanschluss und Netzzugang, was ist das überhaupt? — 125**
 - III. Essential-Facilities-Doktrin als übergeordnetes Prinzip — 126**
 - IV. Kartellrechtliche Regelungen — 128**
 - 1. Kartellrechtliche Regelungen auf nationaler Ebene — 128**
 - a) § 111 EnWG – das Verhältnis des GWB zum EnWG — 128
 - b) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB — 130
 - aa) Geschichte/Kontext — 130
 - bb) Tatbestandsvoraussetzungen — 132
 - cc) Rechtsfolgen — 143
 - c) § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 20 GWB — 144
 - 2. Kartellrechtliche Regelungen auf EU-Ebene — 145**
 - a) Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Regelungen sowie deren Verhältnis zum Regulierungsrecht — 145
 - b) Kartellrechtliche EU-Regelungen — 146
 - c) Art. 102 AEUV in Verbindung mit der Essential-Facilities-Doktrin — 147
 - aa) Anwendbarkeit – Zwischenstaatlichkeitsklausel — 147
 - bb) Regelwerk sowie seine Voraussetzungen — 147
 - cc) EU-Rechtsprechung und Verfahren der KOM im energierechtlichen Bereich — 149
 - dd) Rechtsfolgen — 152
- B. Regulierungsrechtliche Vorgaben — 152**
 - I. EnWG – spezialgesetzliche Regelungen im Regulierungsrecht zum Netzanschluss und Zugang zu Energieversorgungsnetzen und Speichereinrichtungen — 153**
 - 1. Zugang zu Strom- und Gasversorgungsnetzen — 153**
 - a) Netznutzung im Strombereich — 155
 - b) Netznutzung im Gasbereich — 156
 - 2. Zugangsanspruch zu Speichereinrichtungen im Gasbereich — 156**
 - 3. Verweigerung des Netzzugangs nach § 20 Abs. 2 S. 1 EnWG — 158**
 - a) Betriebsbedingte Unzumutbarkeit — 159
 - b) Sonstige Unzumutbarkeitsgründe — 161
 - c) Sonderfall der Unzumutbarkeit der Netzzugangsgewährung im Gasbereich (§ 25 EnWG) — 161

- 4. Ausnahmen von der Verpflichtung zur Netzzugangsgewährung — **163**
 - a) Befreiung von der Netzzugangsverpflichtung im Strombereich — **163**
 - b) Befreiung von der Netzzugangsverpflichtung im Gasbereich — **164**
- 5. Netzzanschluss und Anschlussnutzung im Strom- und Gasbereich — **165**
 - a) „Mainova“-Beschluss/„Arealnetz“-Beschluss — **166**
 - b) Unterscheidung der Netzzanschlussansprüche nach §§ 17 Abs. 1 und 18 Abs. 1 S. 1 EnWG — **167**
- 6. Verweigerung des Netzzanschlusses — **167**
- 7. Netzentgelte — **169**
- II. Unterschiede zwischen den kartellrechtlichen und regulierungsrechtlichen Netzzanschluss- und Zugangsregelungen — **170**
- C. Sonderfälle — **172**
 - I. Bahnstrom — **172**
 - II. Ladesäulen – Elektromobilität — **173**
 - III. „Offshore“-Windenergie — **181**
- D. Messwesen und „smart metering“ — **185**
 - I. Submetering — **185**
 - II. Smart metering — **187**
 - 1. Grundlagenwissen zum MsbG — **187**
 - 2. § 30 MsbG und das Ziel der Etablierung einer wettbewerblichen Marktstruktur — **188**

Kapitel 5

Kooperationen in der Energiewirtschaft — 190

- A. Grundlagen und Einführung — **190**
 - I. Einführung und Begriff der Kooperation — **190**
 - II. Entstehung von Kooperationen im Energiesektor — **193**
 - III. Gründe für die Entstehung von Kooperationen — **194**
 - IV. Typische Kooperationsformen — **197**
- B. Maßstäbe für die kartellrechtliche Bewertung von Kooperationen — **199**
 - I. Das Kartellverbot, Art. 101 Abs. 1 AEUV — **200**
 - 1. Vorrang des Unionsrechts — **200**
 - 2. Die einzelnen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV — **200**
 - a) Vereinbarung, Beschluss, abgestimmte Verhaltensweise — **201**
 - b) Wettbewerbsbeschränkung — **201**
 - c) Spürbare Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels — **202**
 - d) Spürbarkeitsgrenze — **203**

- II. Legalausnahmen — **203**
 - 1. Gruppenfreistellungsverordnungen — **203**
 - 2. Ausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV — **204**
 - 3. Ausnahme nach § 3 GWB — **205**
- III. Verhältnis zur Fusionskontrolle — **206**
- C. Kartellrechtliche Einordnung der typischen Kooperationsformen in der Energiewirtschaft — **208**
 - I. Kooperationsbegriff im Lichte des Kartellrechts — **208**
 - II. Arbeits- und Bietergemeinschaften — **210**
 - III. Einkaufskooperationen — **212**
 - IV. Liefergemeinschaften — **215**
 - V. Handelskooperationen und Vertriebspartnerschaften — **215**
 - VI. Plattformmärkte — **216**
 - VII. Kooperationen im Netzbereich — **217**
 - VIII. Kooperation zum Zwecke des Informationsaustauschs — **219**
 - IX. Kooperative Gemeinschaftsunternehmen — **221**
 - 1. Typisierung von Gemeinschaftsunternehmen in Orientierung an der „Sektorenuntersuchung Walzasphalt“ des Bundeskartellamts — **222**
 - 2. Typ-U-Fälle: Kartellrechtlich unkritische Fälle — **224**
 - 3. Typ-A-Fälle: Regelvermutung unproblematisch erfüllt — **224**
 - 4. Typ-B-Fälle: Einzelne Voraussetzungen der Regelvermutung nicht erfüllt, aber dennoch kartellrechtlich problematisch — **225**
 - 5. Typ-C-Fälle: Wettbewerbsbeschränkungen durch Informationsaustausch — **228**
 - X. Wettbewerbsbeschränkungen in Gesellschaftsverträgen (von Gemeinschaftsunternehmen) — **229**
- D. Sanktionen — **231**
- E. Fazit und Ausblick — **232**

Kapitel 6

Fusionskontrolle in der Energiewirtschaft — 234

- A. Abgrenzung zwischen europäischer und deutscher Fusionskontrolle — **235**
 - I. Ziele — **235**
 - II. Anwendungsbereich — **236**
 - 1. FKVO — **236**
 - a) Schwellenwerte — **236**
 - b) Ausnahmen — **237**
 - 2. GWB — **238**
 - a) Schwellenwerte — **238**
 - b) Beteiligte Unternehmen — **238**

- c) Bestimmung der Umsatzerlöse — **240**
 - d) Ausnahmen — **241**
 - III. Zusammenschlusstatbestände — **242**
 - 1. FKVO — **242**
 - a) Fusion und Kontrollerwerb — **242**
 - b) Voraussetzungen des Kontrollerwerbs — **242**
 - aa) Alleiniger Kontrollerwerb — **243**
 - bb) Gemeinsamer Kontrollerwerb — **243**
 - c) Vollfunktions-GU — **244**
 - 2. GWB — **245**
 - a) Vermögenserwerb — **245**
 - b) Kontrollerwerb — **246**
 - c) Anteilserwerb — **248**
 - aa) GU — **248**
 - bb) Anwendbarkeit des § 1 GWB — **249**
 - d) Erwerb von wettbewerblich erheblichem Einfluss — **250**
 - IV. Verweisungsmöglichkeiten — **253**
 - 1. Leitsätze der Europäischen Kommission — **253**
 - 2. Verweisungen vor Anmeldung — **254**
 - a) Verweisung an nationale Kartellbehörde — **254**
 - b) Verweisung an die Europäische Kommission — **255**
 - 3. Verweisungen nach Anmeldung — **256**
 - a) Verweisung an nationale Kartellbehörde — **256**
 - b) Verweisung an die Europäische Kommission — **257**
- B. Ablauf des Fusionskontrollverfahrens — **258**
 - I. Verfahrensphasen — **258**
 - 1. GWB — **258**
 - 2. FKVO — **259**
 - II. Verfahrensgrundsätze — **260**
 - III. Sanktionen — **261**
- C. Materielle Prüfung — **262**
 - I. FKVO — **262**
 - II. GWB — **262**
 - 1. SIEC-Test — **262**
 - 2. Marktbeherrschende Stellung — **263**
 - a) Marktanteile — **263**
 - b) Gesamtbetrachtung der wettbewerblichen Verhältnisse — **264**
 - 3. Kausalität des Zusammenschlusses für die Wettbewerbsbehinderung — **267**
 - 4. Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen — **268**
 - 5. Bagatellmarktklausel — **268**

- D. Verfahrensbeendigung — 269**
 - I. Beendigungsmöglichkeiten — 269**
 - 1. FKVO — 269**
 - a) Veräußerungszusagen — 270
 - b) Andere Abhilfemaßnahmen — 272
 - c) Positive Auswirkungen von Zusage auf Marktstrukturen — 272
 - 2. GWB — 273**
 - a) Geeignete Zusagen — 273
 - b) Ungeeignete Zusagen — 275
 - c) Marktübergreifende Zusagen — 277
 - II. Ministererlaubnis — 277**
 - 1. Verfahren — 278
 - 2. Voraussetzungen — 279
 - 3. Praxis des BKartA — 280

Kapitel 7

Konzessionierungsverfahren/Netzübernahmen — 282

- A. Konzessionierungsverfahren als spezielle Kartellvergabeverfahren — 284**
 - I. Historie — 285**
 - II. Sinn und Zweck des Konzessionierungsverfahrens — 291**
 - III. Widerstrebende Interessen — 291**
 - 1. Gemeinde — 291
 - 2. Altkonzessionär — 293
 - 3. Drittbewerber — 294
 - 4. Letztverbraucher — 294
- B. Rechtsrahmen — 294**
 - I. EnWG und KAV — 295**
 - II. Anwendbarkeit des Kartellrechts — 295**
 - III. Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB — 296**
 - IV. Anwendbarkeit der Konzessionsrichtlinie — 297**
 - Exkurs: Inhouse-Vergabe — 297
- C. Ablauf des Konzessionierungsverfahrens — 299**
 - I. Vorbereitungsphase/Datenherausgabe nach § 46a EnWG — 299**
 - II. Konzessionierungsverfahren — 302**
 - 1. Erste Bekanntmachung — 302
 - 2. Auswahlverfahren — 303
 - 3. Rügeregime — 307
 - 4. Zweite Bekanntmachung — 310
 - III. Umsetzungsphase — 310**

D. Kartellrechtliche Betrachtung — 311**I. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die Gemeinde — 311**

1. Gemeinde als Unternehmen — **311**
2. Marktabgrenzung und Marktbeherrschung — **312**
3. Missbräuchliches Verhalten — **313**
 - a) Unzulässige Auswahlkriterien — **315**
 - b) Intransparenz der Kriterien — **322**
 - c) Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot — **323**
 - d) Unzulässige Gewichtung der Kriterien — **327**
 - e) Fehlende Gewichtung von Unter-/
Unterunterkriterien — **328**
 - f) Fehlerhafte Bewertungsmethode — **329**
 - g) Fehlerhafte Auswertung der Angebote — **331**
 - h) Verstoß gegen das Neutralitätsgebot — **332**

II. Rechtsfolge — 333

1. Unbillige Behinderung — **334**
2. Rechtsfolge: Nichtigkeit — **334**
3. Rechtsfolge bei Verstößen gegen § 3 Abs. 2 KAV — **335**
4. Rechtsfolge bei Verstößen gegen die
Bekanntmachungsvorschriften — **336**

E. Netzübernahmen als kartellrechtlich relevante Umsetzung der Konzessionsentscheidung — 336**I. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch den Altkonzessionär — 337**

1. Marktbeherrschende Stellung — **338**
2. Betroffener Markt — **338**
3. Missbräuchliches Verhalten — **341**
 - a) Verweigerung von Netzübernahmeverhandlungen — **341**
 - b) Zurückhaltung relevanter Daten — **342**
 - c) Fordern überhöhter Kaufpreise — **343**
 - d) Verweigerung der Übertragung sog. gemischt-genutzter
Anlagen — **345**
 - e) Fordern unwirtschaftlicher
Entflechtungslösungen — **345**
 - f) Übertragung der Erlösobergrenze — **346**

II. Rechtsfolge — 347**F. Rechtsschutz — 347**

- I. Gerichtlicher Rechtsschutz — **347**
- II. Behördlicher Rechtsschutz — **350**

Kapitel 8

Die Fernwärmeversorgung aus der Sicht des Kartellrechts — 351

- A. Einleitung — 351**
 - I. Die Fernwärmeversorgung in Deutschland — 351**
 - II. Das wettbewerbliche Potential im Bereich der Fernwärme — 354**
 - 1. Wettbewerb durch parallelen Leitungsbau (Infrastrukturwettbewerb) — 355**
 - 2. Wettbewerb zwischen mehreren Lieferanten in den Fernwärmenetzen (Durchleitungswettbewerb) — 358**
 - 3. Wettbewerb um die Fernwärmenetze — 361**
- B. Kartellrechtliche Kontrolle der Fernwärmepreise — 362**
 - I. Einführung — 362**
 - II. Marktabgrenzung — 362**
 - 1. Kleinverbraucher (Haushaltskunden und kleine Gewerbekunden) — 362**
 - a) Sachlich relevanter Markt — 362**
 - aa) Vor der Entscheidung für ein Heizsystem — 363**
 - bb) Nach der Entscheidung für ein Heizsystem — 363**
 - b) Räumliche Marktabgrenzung — 364**
 - 2. Großverbraucher (Industriekunden, Wohnungsunternehmen, Weiterverteiler) — 364**
 - a) Sachliche Marktabgrenzung — 364**
 - b) Räumliche Marktabgrenzung — 365**
 - III. Marktbeherrschende Stellung — 365**
 - 1. Kleinverbraucher (Haushaltskunden und kleine Gewerbekunden) — 365**
 - 2. Großverbraucher (Industriekunden, Wohnungsunternehmen, Weiterverteiler) — 366**
 - IV. Ermittlung einer Missbrauchssituation — 367**
 - 1. Kostenkontrolle — 367**
 - 2. Vergleichsmarktkonzept — 368**
 - a) Vergleichskonzepte — 369**
 - aa) Preisvergleich — 369**
 - bb) Erlösvergleich — 369**
 - b) Korrekturzuschläge bzw. -abschläge — 370**
 - aa) Unterschiedliche Beschaffungskosten — 370**
 - bb) Abnahmedichte — 370**
 - cc) Unterschiedliche Netzkosten — 371**
 - dd) Sondersituation in Ostdeutschland — 371**
 - ee) Kundenstruktur — 371**
 - ff) Pachtzinsen — 371**
 - gg) Leistungsumfang — 371**

- c) Erheblichkeitszuschlag — **372**
 - d) Rechtfertigungsgründe — **372**
 - V. Würdigung der Preishöhenkontrolle im Bereich der Fernwärme — **372**
 - VI. Ist eine Einbeziehung der Fernwärme in den Anwendungsbereich des § 29 GWB sinnvoll? — **373**
 - VII. Ist eine Preisregulierung sinnvoll? — **373**
- C. Netzzugang — **374**
 - I. Tatsächliche Hemmnisse für das Entstehen eines Durchleitungswettbewerbs — **374**
 - II. Der gesetzliche Anspruch auf Netzzugang — **376**
 - 1. Marktbeherrschung/Notwendigkeit der Mitbenutzung — **376**
 - 2. Möglichkeit und Zumutbarkeit des Netzzugangs — **376**
 - a) Möglichkeit des Netzzugangs — **377**
 - b) Zumutbarkeit des Netzzugangs — **379**
 - III. Angemessenes Zugangsentgelt — **380**
- D. Verpflichtung zur Abnahme von Wärme — **382**
- E. Besteht eine Verpflichtung der Gemeinden, Wegenutzungsrechte für Fernwärmenetze auszuschreiben? — **383**
 - I. Einführung — **383**
 - II. Grundlagen — **387**
 - 1. Einräumung der Wegenutzungsrechte auf privatrechtlicher Grundlage — **387**
 - 2. Keine Analoge Anwendung des § 46 Abs. 2 EnWG — **388**
 - 3. Eigentumsübertragungsanspruch ist Voraussetzung für eine Ausschreibung — **388**
 - III. Ausschreibungspflicht nach Art. 3 Abs. 1 GG — **389**
 - 1. Grundsätzliche Ausschreibungspflicht — **389**
 - 2. Steht das Eigentumsrecht des Inhabers eines bestehenden Netzes einer Ausschreibung entgegen? — **389**
 - IV. Ausschreibungspflicht nach Vergaberecht — **391**
 - 1. Ausschreibungspflicht nach EU-Sekundärvergaberecht — **391**
 - a) Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 (Vergaberichtlinie) — **391**
 - b) Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 (Konzessionsrichtlinie) — **391**
 - 2. Ausschreibungspflicht nach deutschem Vergaberecht — **392**
 - V. Ausschreibungspflicht nach EU-Primärrecht — **394**
 - VI. Ausschreibungspflicht nach deutschem Kartellrecht — **395**
 - 1. Anwendbarkeit des Kartellrechts — **395**
 - 2. Marktbeherrschende Stellungen der Gemeinden bei der Einräumung von Wegenutzungsrechten — **395**

3. Wegenutzungsrechte begründen faktische Ausschließlichkeitsstellungen — **396**
4. Diskriminierungs- und Behinderungsverbot, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB — **396**
 - a) §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m § 33 GWB begründen keinen Anspruch auf ein Wegenutzungsrecht — **397**
 - b) Ausschreibungspflicht nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB — **397**
- VII. Zulässige Laufzeit von Wegenutzungsverträgen für Fernwärmenetze — **400**
- VIII. Ist eine Inhouse-Vergabe der Wegenutzungsrechte für Fernwärmenetze zulässig? — **401**
 1. Vereinbarkeit der Inhouse-Vergabe mit dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB — **401**
 - a) Konzernprivileg — **401**
 - b) Abwägung der Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB — **402**
 2. Inhouse-Vergabe und Vergaberecht — **406**
 - a) Kontrollkriterium — **406**
 - b) Wesentlichkeitskriterium — **407**
 - aa) Zurechnung von Drittumsätzen — **408**
 - bb) Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamburg und Frankfurt zur Zurechnung von Drittumsätzen in der Energieversorgung — **409**
 - cc) Zurechnung von Drittumsätzen in der Fernwärmeversorgung — **410**
 - c) Private Kapitalbeteiligungen — **410**
 - d) Ergebnis — **411**
- F. Können Gemeinden nach dem Auslaufen von Wegenutzungsverträgen die Übertragung des Eigentums an den Fernwärmenetzen verlangen? — **411**
 - I. Einführung — **411**
 - II. Anspruch auf Eigentumsübertragung aus dem ausgelaufenen Konzessionsvertrag — **413**
 - III. Anspruch auf Eigentumsübertragung aus § 1004 Abs. 1 BGB — **416**
 - IV. Anspruch auf Eigentumsübertragung aus §§ 552 Abs. 1, 997 Abs. 2 BGB (analog) — **418**
 - V. Erstreckung des Übereignungsanspruchs auf Anlagen, die sich nicht in den Grundstücken der Gemeinden befinden — **419**
- G. Der Kaufpreis für Fernwärmenetze — **420**
 - I. Die Kaufering-Rechtsprechung des BGH — **421**
 - II. Ermittlung des Ertragswertes für Fernwärmenetze — **421**

Kapitel 9**Schwerpunkte und Verfahrensrecht der deutschen Kartellaufsicht — 424**

- A. Einführung — **424**
 - I. Kartellaufsicht im Allgemeinen — **424**
 - II. Kartellaufsicht im Energiebereich — **424**
- B. Kartellverfahren nach deutschem Recht — **425**
 - I. Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellämtern — **425**
 - 1. Gegenseitige Benachrichtigungs- und Abgabepflichten sowie Abgabe auf Antrag — **428**
 - 2. Zuständigkeitsrüge — **428**
 - II. Fusionskontrolle — **429**
 - III. Abgrenzung der Kartellaufsicht zur Energieaufsicht und zu den Regulierungsbehörden — **429**
 - IV. Kommunalaufsicht — **430**
 - V. Kartellbehördliche Praxis im Energiesektor — **431**
 - 1. Energieträger — **431**
 - a) Strom und Gas — **431**
 - b) Grundversorgung — **432**
 - aa) Kontrahierungszwang — **432**
 - bb) Preishöhenkontrolle — **434**
 - c) Heizstrom — **435**
 - d) Fernwärme — **436**
 - e) Gestattung von Wegenutzungsrechten für Gas- und Stromnetze — **437**
 - 2. Missbrauch — **438**
 - a) Behinderungsmissbrauch durch falsche Kundeneinstufung bei Gas — **438**
 - b) Heizstrom — **438**
 - aa) Verbraucherinnen und Verbraucher — **438**
 - bb) Andere Anbieter — **440**
 - c) Fernwärme — **440**
 - d) Behinderungsmissbrauch bei der Gestattung von Wegenutzungsrechten für Strom- und Gasnetze — **444**
 - e) Verstöße gegen die (Verfahrens-)Vorschriften zu Gestattung der Wegerechte — **445**
 - f) Verstoß des Altkonzessionärs gegen Wettbewerbsrecht durch Weigerung der Netzherausgabe — **448**
 - VI. Kartellverwaltungsverfahren — **451**
 - 1. Eröffnung des Verfahrens — **451**
 - 2. Adressat des Kartellverfahrens — **452**
 - 3. Beteiligte im Kartellverfahren — **453**

- 4. Instrumente der Kartellbehörde — **455**
 - a) Auskunftsverfügung, Durchsuchung/Beschlagnahme — **456**
 - b) Verpflichtungszusage — **456**
 - c) Abstellungsverfügung — **457**
 - d) Kein Anlass zum Tätigwerden (sog. Negativattest) nach § 32c GWB — **458**
 - e) Einstweilige Maßnahmen nach § 32a GWB — **460**
- VII. Bußgeldverfahren — **461**
 - 1. Bußgeld bei ordnungswidrigem Handeln — **462**
 - 2. Bußgeld bei Unterlassen — **463**
 - 3. Weitere Voraussetzungen — **465**
 - a) Bußgeldhöhe — **465**
 - b) Bußgeldzumessung im Einzelnen — **466**
- VIII. Kronzeugenprogramme — **466**
- IX. Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Kartellbehörde — **467**
 - 1. Rechtsweg — **467**
 - 2. Beschwerde — **467**
 - 3. Antrag auf vorbeugende Unterlassung — **468**
- X. Anspruch auf Akteneinsicht gegen die Kartellbehörde — **469**
 - 1. Akteneinsicht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz — **469**
 - a) Anspruchsinhaber — **470**
 - b) Zeitpunkt und Umfang der Akteneinsicht — **470**
 - 2. Spezialgesetzliche Akteneinsichtsrechte — **471**
 - 3. Ansprüche nach dem Umwelt- und Verbraucherinformationsgesetz — **472**
 - 4. Akteneinsicht nach den Informationsfreiheitsgesetzen — **473**
 - a) Anspruchsinhaber — **474**
 - aa) Kanzleien und Rechtsanwälte — **474**
 - bb) Gemeinden — **474**
 - cc) Energieversorgungsunternehmen — **475**
 - b) Konkurrenzverhältnis — **475**
 - c) Ausschlussgründe nach den §§ 3–6 IFG/§§ 6–9 IFG NRW — **476**
- XI. Sektoruntersuchungen — **479**
 - 1. Markterkundung — **479**
 - 2. Verbraucherschutz — **479**

Kapitel 10

Grundzüge des europäischen Kartellverwaltungsverfahrens — 481

- A. Zuständigkeit der Europäischen Kommission — **481**
- B. Verfahrenseröffnung — **481**
 - I. Adressaten des Verfahrens — **482**

- II. Beteiligte am Verfahren — **483**
- C. Instrumente der Europäischen Kommission — **483**
 - I. Auskunftsverlangen, Befugnis zur Befragung, Nachprüfungsbefugnisse — **484**
 - II. Verpflichtungszusage, Abstellungsverfügung sowie Feststellung, Einstweilige Maßnahmen, Sektorenuntersuchung — **485**
 - III. Feststellung der Nichtanwendbarkeit — **485**
- D. Buß- und Zwangsgeld — **487**
 - I. Bußgeld — **487**
 - II. Zwangsgeld — **488**
 - III. Kronzeugenprogramme — **488**
- E. Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Europäischen Kommission — **489**
- F. Anspruch auf Akteneinsicht gegen die Kartellbehörde — **489**

Kapitel 11

Kartellzivilrecht — 491

- A. Unmittelbare zivilrechtliche Folgen — **492**
 - I. Kartellverbot — **492**
 - 1. Wann führen unwirksame Regelungen zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages? — **493**
 - 2. Können unwirksame Regelungen auf ein noch zulässiges Maß angepasst werden? — **493**
 - 3. Welche Rechtsfolgen ergeben sich für Gesellschaftsverträge oder Satzungen? — **494**
 - II. Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot — **494**
 - III. Fusionskontrolle — **496**
- B. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch — **496**
- C. Schadenersatz — **497**
 - I. Praxisfälle aus der Energiewirtschaft — **498**
 - II. Auf welche Vorschriften können Schadenersatzansprüche gestützt werden? — **499**
 - 1. Vertragspflichtverletzung — **500**
 - 2. Zentrale Anspruchsnorm des § 33a Abs. 1 GWB — **500**
 - 3. Allgemeiner deliktischer Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. kartellrechtlichem Schutzgesetz sowie nach § 826 BGB — **503**
 - 4. Besonderer deliktsrechtlicher Anspruch mit bereicherungsrechtlichem Inhalt aus § 852 BGB — **504**
 - III. Wer haftet? — **504**
 - IV. Wie hoch ist der Schaden? — **507**
 - 1. Schadensgutachten — **508**

- 2. Vertragliche Schadenspauschale — **509**
 - 3. Einwand der Schadensweiterwälzung — **511**
 - 4. Ansprüche mittelbar Geschädigter und Preisschirmeffekte — **513**
- V. Wann verjährt der Schadenersatzanspruch? — **514**
- VI. Welche Entscheidungsparameter sind für die Geltendmachung von Kartellschadenersatz wichtig? — **518**
- D. Auskunftsansprüche — **521**
 - I. Wer kann von wem Auskunft verlangen? — **522**
 - II. Welche Einwände sind gegen die Auskunftserteilung zulässig? — **523**
 - III. Wie wird der Auskunftsanspruch abgewickelt? — **523**
- E. Gerichtliche Durchsetzung — **524**
 - I. „Forum Shopping“ bei international agierenden Kartellen? — **524**
 - II. Besonderheiten der deutschen Kartellgerichtsbarkeit — **527**
 - 1. Welche Gerichte sind zuständig? — **527**
 - 2. Welche Klageart? — **528**
 - 3. Welche Verfahrensart? — **529**
 - 4. Sonderregelungen für Streitwerte — **530**
 - III. Welche Besonderheiten bestehen bei Auskunftsansprüchen? — **532**
- F. Vergaberechtliche Selbstreinigung — **533**

Kapitel 12

Vergabe- und Beihilfenrecht — 535

- A. Vergaberecht — **535**
 - I. Das Vergaberecht im System des EU-Wettbewerbsrechts — **535**
 - 1. Vergaberechtliche Verpflichtungen aus dem EU-Primärrecht — **536**
 - 2. Vergaberichtlinien — **536**
 - II. Das Vergaberecht im System des GWB — **538**
 - 1. Kartellrechtliche Ausschreibungspflichten vor Einführung des Kartellvergaberechts — **538**
 - 2. Haushaltsrechtliche Ausschreibungspflichten — **539**
 - 3. Kartellvergaberecht seit 1999 — **539**
 - III. Vergabepflichten — **540**
 - 1. Adressaten des Kartellvergaberechts — **541**
 - a) Öffentliche Auftraggeber — **541**
 - aa) Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen — **541**
 - bb) Staatliche kontrollierte Unternehmen mit Tätigkeiten im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art — **541**
 - cc) Sonstige öffentliche Auftraggeber — **544**
 - b) Sektorenauftraggeber — **544**
 - aa) Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB — **544**

- bb) Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB — **547**
 - cc) Sonderrecht für Sektorenauftraggeber — **547**
 - c) Konzessionsgeber — **548**
- 2. Öffentliche Aufträge und Konzessionen — **548**
 - a) Öffentliche Aufträge — **548**
 - b) Konzessionen — **549**
 - c) Nicht dem Kartellvergaberecht unterliegende Verträge — **550**
 - d) Ausschreibungspflichtige Vertragsverlängerung und Vertragsänderung — **552**
 - aa) Optionen, Vertragsverlängerung — **552**
 - bb) Vertragsänderung — **552**
 - cc) Austausch des Vertragspartners — **555**
- 3. Schwellenwerte — **556**
 - a) Gegenwärtig geltende Schwellenwerte — **556**
 - b) Auftragswertermittlung — **556**
- 4. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts — **557**
 - a) Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in Form von In-House-Geschäften — **557**
 - aa) Kriterium: Kontrolle wie über eigene Dienststellen — **559**
 - bb) Kriterium: Tätigkeit im Wesentlichen für die Auftraggeber — **561**
 - b) Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in Form interkommunaler bzw. innerstaatlichen Kooperation — **563**
 - c) Besondere Ausnahmen für Auftragsvergaben im Konzern sowie bei Gemeinschaftsunternehmen im Sektorenbereich — **564**
 - aa) Sektorenvergaben im Konzern — **564**
 - bb) Sektorenvergaben an Gemeinschaftsunternehmen — **565**
 - d) Spezielle Ausnahmenvorschriften für Energiesektorenauftraggeber — **566**
- 5. Gänzliche Befreiung vom Anwendungsbereich des Sektorenvergaberechts — **566**
 - a) Freistellungsverfahren — **567**
 - b) Bislang freigestellte Bereiche — **567**
 - aa) Freistellung der Energieerzeugung und des Energiegroßhandels aus konventionellen Quellen — **567**
 - bb) Freistellung des Energievertriebs außerhalb der Grundversorgung — **568**
 - cc) Folgen — **568**
- 6. Gespaltene Vergaberegime — **568**
 - a) Auftragsvergaben im Sektorenbereich — **568**
 - b) Auftragsvergaben im Nichtsektorenbereich — **569**
 - c) Konzessionsvergaben — **570**

- 7. Verfahrensarten — **570**
 - a) Das offene Verfahren — **571**
 - b) Das nicht offene Verfahren — **571**
 - c) Verhandlungsverfahren — **572**
 - d) Der wettbewerbliche Dialog — **573**
 - e) Die Innovationspartnerschaft — **573**
- IV. Vergabegrundsätze — **574**
 - 1. Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz — **574**
 - 2. Diskriminierungsverbot — **575**
 - 3. Auftragsvergabe an qualifizierte Unternehmen — **576**
 - 4. Berücksichtigung mittelständischer Interessen — **577**
 - 5. Wirtschaftlichkeitsgebot — **578**
 - a) Wirtschaftlichkeit als Preis-/Leistungsverhältnis — **579**
 - b) Wertung anhand vorab bekannt gemachter Zuschlagskriterien — **579**
 - c) Wertungsmethode — **580**
 - 6. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit — **581**
 - 7. Grundsatz der elektronischen Kommunikation — **581**
 - 8. Strategische Ziele — **582**
 - a) Berücksichtigung nichtökonomischer Gesichtspunkte bei der Wertung — **582**
 - b) Zulässige Anknüpfung an den Herstellungsprozess — **583**
 - c) Ausführungsbedingungen — **583**
- V. Folgen von Vergabeverstößen — **584**
 - 1. Vergaberechtlicher Rechtsschutz — **584**
 - a) Vergabenachprüfungsverfahren — **585**
 - aa) Ausschluss vom Nachprüfungsverfahren wegen Verletzung der Rügeobliegenheit — **585**
 - bb) Entscheidung der Vergabekammer über Rechtsverletzung — **586**
 - b) Beschwerdeverfahren — **587**
 - c) Keine zweite gerichtliche Instanz, sondern nur Divergenzvorlage an den BGH — **587**
 - d) Bindungswirkung — **588**
 - 2. Unwirksamkeit von De-facto-Vergaben — **588**
 - 3. Schadenersatz — **589**
 - a) Ersatz (lediglich) des Vertrauensschadens — **589**
 - b) Weitere Ansprüche — **589**
 - 4. Objektive Verletzung des Unionsrechts — **590**
 - 5. Gesetzliches Kündigungsrecht — **591**
- VI. Verhältnis des Vergaberechts zum Kartellrecht — **591**
 - 1. Vergaberecht im Kartellrecht — **592**

- 2. Kartellrecht im Vergaberecht — **592**
 - a) Handlungen von Bietern oder Bewerbern — **593**
 - b) Verhalten des Auftraggebers selbst — **594**
- VII. Vergabepflichten von Energieversorgungsunternehmen außerhalb des Teils 4 des GWB — **595**
 - 1. Ausschreibungspflicht bei Übertragung der Grundzuständigkeit als Messstellenbetreiber — **595**
 - 2. Spezielle Verpflichtungen zur Ausschreibung von Energie nach dem EnWG — **596**
- B. Beihilfenrecht — **597**
 - I. Das Beihilfenrecht im System des Europäischen Wettbewerbsrechts — **597**
 - II. Der Beihilfentatbestand — **598**
 - 1. Begünstigung — **599**
 - a) Weiter Begriff — **599**
 - b) Private Investor Test — **600**
 - 2. Selektivität — **601**
 - 3. Gewährung aus staatlichen Mitteln — **601**
 - a) Weiter Begriff der Herkunft aus staatlichen Mitteln — **601**
 - b) Besonderheiten öffentlicher Unternehmen — **602**
 - c) Sonderproblem: Gesetzliche Umlagesysteme — **603**
 - 4. Eignung zur Wettbewerbsverfälschung — **606**
 - 5. Eignung zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels — **606**
 - a) Inhalt — **607**
 - b) Ausschluss bei rein lokalem Markt — **607**
 - c) De-minimis-Beihilfe — **607**
 - 6. Schlussfolgerung bei Erfüllung des Beihilfentatbestands — **608**
 - III. Rechtfertigung von Beihilfen — **608**
 - 1. Rechtfertigung ex lege nach Art. 107 Abs. 2 AEUV (Legalausnahme) — **609**
 - 2. Rechtfertigung durch die Kommission gem. Art. 107 Abs. 3 AEUV — **609**
 - a) Die einzelnen Rechtfertigungstatbestände — **609**
 - b) Vereinfachte Rechtfertigung — **610**
 - aa) Rechtfertigung nach den Umwelt- und Energiebeihilfenleitlinien — **610**
 - bb) Rechtfertigung nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung der Kommission ohne Notifikationspflicht — **611**
 - IV. Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV — **611**
 - 1. Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse — **611**
 - a) Begriff der DAWI — **612**
 - b) Abgrenzung zur Altmark-Trans-Rechtsprechung im Beihilfentatbestand — **612**

- c) Rechtfertigungsbedürfnisse und -möglichkeiten im Bereich der Energiewirtschaft — **614**
- 2. Sekundärrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten — **615**
 - a) Die DAWI-Mitteilung der Kommission — **615**
 - b) DAWI-Freistellungsbeschluss — **616**
- V. Beihilfenverfahren nach Art. 108 AEUV — **617**
 - 1. Verfahrensablauf bei angemeldeten Beihilfen — **617**
 - 2. Durchführungsverbot und Konsequenzen hieraus im Unionsrecht und im nationalen Recht — **618**
 - 3. Verfahren bei nicht angemeldeten Beihilfen — **619**

Stichwortverzeichnis — 623