

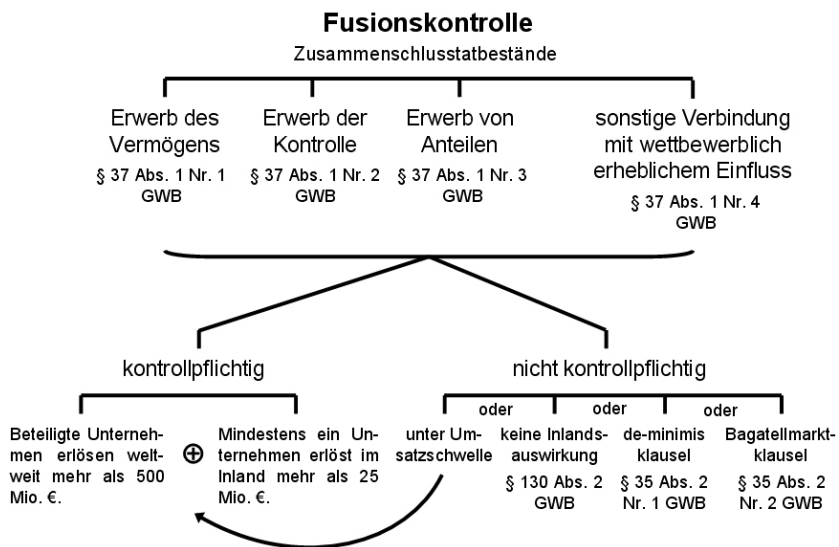
3. Kapitel Kernschnittstellen zum Energierecht

III. Kartellrecht

1. Fusionskontrolle.

(...)

a) Zusammenschlusstatbestände. Was gilt nun im Einzelnen als Zusammenschluss i.S.d. der 37 GWB?



Nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB gilt zunächst der Erwerb des ganzen oder wesentlichen Vermögens als Zusammenschluss. Dabei kommt es nicht nur auf das quantitative Verhältnis zwischen Gesamt- und veräußertem Vermögen des Veräußerers an. Vielmehr kann ein Vermögensteil schon

dann als wesentlich gelten (so das BKartA in: BKartA-Merkblatt Fusionskontrolle, Seite 11), wenn ihm z.B. im Hinblick auf die Produktion und die jeweiligen Marktverhältnisse eine **eigenständige Bedeutung** zukommt und er deshalb als ein vom übrigen Vermögen des Veräußerers abtrennbarer einheitlicher Teil erscheint. Der Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle stellt ein Zusammenschluss i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB dar. Kontrolle liegt bereits vor (so das BKartA in: BKartA-Merkblatt Fusionskontrolle, Seite 12) wenn auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens ein bestimmender Einfluss ausgeübt werden kann (z.B. Besetzung der Geschäftsführung). Als Zusammenschluss gilt gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB weiterhin der Erwerb von Anteilen, vorausgesetzt, dass diese Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen schon gehörenden Anteilen, 50 Prozent oder 25 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen oder übersteigen. Sind diese Kriterien streng formal zu betrachten oder ist darüber hinaus ein steigender Einfluss auf das Unternehmen zu fordern?

Mit dieser Frage hatte sich das BKartA im Mai 2009 anlässlich des geplanten Beteiligungserwerbs der RheinEnergie AG an der Stadtwerke Bonn Beteiligungs-GmbH (dazu auch: Bosch, NJW 2011, 3484 [3487]) zu beschäftigen.

BKartA: Maßgeblich für die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Anteilserwerbs des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB sei ausschließlich (so das BKartA in: BKartA-Fallbericht: RheinEnergie AG, Seiten 2 und 3), dass die erworbenen Anteile zusammen mit sonstigen, dem Erwerber bereits gehörenden Anteilen, 25 Prozent oder 50 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte des erworbenen Unternehmens erreichen. Ohne Bedeutung sei, ob durch den Erwerb der Anteile eine Kontrolle oder auch nur ein Einfluss auf das Unternehmen erlangt werde (so das BKartA weiter).



Schließlich erfasst § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB in einem **Auffangtatbestand** jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können, als Zusammenschlusstatbestand.

In den letzten 10 Jahren hat das BKartA großen Energieversorgungsunternehmen mehrmals die Beteiligung an Stadtwerken untersagt, so beispielsweise E.ON Hanse die Beteiligung an den Stadtwerken Lübeck (BKartA: Pressemitteilung vom 24.11.2003), der zum E.ON-Konzern ge-

hörenden EAM Energie AG den Erwerb einer Beteiligung an der Stadtwerke Eschwege GmbH (BKartA: Pressemitteilung vom 23.9.2003). Aus jüngster Zeit gibt es aber auch gegensätzliche Entscheidungen. So hat das BKartA beispielsweise am 8.12.2011, Az: B8 – 94/11, die Verlängerung der befristeten RWE Minderheitsbeteiligung an den Stadtwerken Unna freigegeben.

BKartA: Der Sektor der leitungsgebundenen Energie - insbesondere der Strombereich - habe sich seit der Markttöffnung Ende der 1990er Jahre stark verändert (so das BKartA in: BKartA-Fallbericht: StW-Unna, Seite 1). Auch die Erzeugung und der Absatz von EEG-Strom wirken sich auf den allgemeinen Markt aus, was bei der materiellen Prüfung zu berücksichtigen sei (so das BKartA weiter, a.a.O.).



Von der Fusionskontrolle ausgeschlossen sind, wie schon angesprochen, Zusammenschlüsse auf **Bagatellmärkten**. Ein Unternehmen befindet sich auf einem Bagatellmarkt, wenn es im letzten Geschäftsjahr weltweit weniger als 10 Mio. € Erlöst hat oder ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens 5 Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen von weniger als 15 Mio. € umgesetzt wurden. Hier vertritt das BKartA die sog. **Bündeltheorie**, rechnet also mehrere räumlich und sachlich gleichartige Märkte zusammen, wenn es sich sonst als künstliche Marktaufteilung darstellen würde. Das hat zur Folge, dass die Bagatellschwellen sehr viel schneller überschritten sind (dazu Bosch, NJW 2011, 3484 [3487]).

Rückblickend betrachtet hat die Liberalisierung der Märkte nicht dazu geführt, dass die Anzahl der großen Versorger gestiegen ist. Sie ist sogar gesunken: von ursprünglich acht auf vier. Badenwerk und EVS fusionierten zur EnBW, VEBA und VIAG zu E.ON, E.ON und Ruhrgas zu E.ON (dazu im Einzelnen Becker, in: Becker: Aufstieg/Krise-Stromkonzerne, Seite 146). Die **Fusionskontrolle funktioniert in der Energiewirtschaft** nicht (so die provozierende These von Becker in: Becker: Aufstieg/Krise-Stromkonzerne, Seite 146).

b) Kontrollverfahren. Begründet oder verstärkt der Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens, verbietet das BKartA die Fusion. Anmelde- und Anzeigepflichten regelt § 39 GWB, den Ablauf des Hauptprüfungsverfahrens § 40 GWB. Zuständig bei Anfechtung der Untersagungsverfügung ist das Oberlandesgericht. Gibt es unabhängig von der Anfechtung der Untersagungsverfügung noch weitere Möglichkeiten, den untersagten Zusammenschluss dennoch zu erlauben?

Ministererlaubnis: Nach § 42 GWB kann der Bundeswirtschaftsminister unter anderem auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss erteilen, wenn im Einzelfall der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.



So geschah es im eingangs geschilderten Beispiel der Übernahme des Gasimporteurs Ruhrgas im Jahre 2002. Das Bundeskartellamt hatte den Erwerb der Mehrheitsbeteiligung an der Gelsenberg AG Essen (Ruhrgas) durch die E.ON AG zunächst verboten (BKartA: Pressemitteilung vom 21.01.2002). Der damalige parteilose Bundeswirtschaftsminister Werner Müller übertrug die Entscheidung über den E.ON/Ruhrgas Zusammenschluss an seinen Staatssekretär Alfred Tacke. Werner Müller war früher beim VEBA Konzern beschäftigt, einem Rechtsvorgänger des heutigen E.ON Konzerns (so: www.spiegel.de, 4.7.2002). Tacke erteilte die Ministererlaubnis.