

Der Zusammenschluss E.ON/Ruhrgas und das deutsche Wettbewerbsrecht

Eine Entscheidungsauswahl zum Neuen Wirtschaftsrecht wäre unvollständig, würde man die Branchen der Energieversorgung ausklammern, bei denen neue Strukturen beispielhaft zu beobachten sind.

Gerade hier hat mit der geplanten Übernahme des Marktführers im Gasgroßhandel, der Ruhrgas AG, durch den Energiekonzern E.ON ein Zusammenschluss in letzter Zeit juristische und politische Wellen geschlagen. Die sich über die Instanzen hinziehende Fusionskontrolle wurde in der Presse bereits als „unendliche Geschichte“ bezeichnet¹.

1. Überblick über das bisherige Verfahren

Im August 2001 hatte die E.ON AG, das zweitgrößte Energieunternehmen in Europa,² als ersten Schritt zum Erwerb der Kapital- und Stimmenmehrheit an der Ruhrgas AG den geplanten Erwerb von 51 % der Anteile der Gelsenberg AG angemeldet.³

Gelsenberg hielt eine direkte Ruhrgas-Beteiligung von gut 25 % und hatte weitere Anteile in die Holding-GmbH Bergemann eingebracht, die insgesamt knapp 35 % der Ruhrgas-Aktien hielt. Zusätzlich hatte Gelsenberg auch die Ausübung ihrer direkten Stimmrechte auf Bergemann übertragen, die damit einen Stimmrechtsanteil von fast 60 % vertrat („Bergemann-Pool“). Im November meldete E.ON den fast 100%igen Anteilserwerb an Bergemann beim Bundeskartellamt (BKartA) an.

Mit Beschlüssen vom Januar und Februar 2002 untersagte das Amt beide Vorhaben.⁴ Dabei sah es im Erwerb der Gelsenberg-Anteile auch im Verhältnis E.ON / Ruhrgas einen Zusammenschluss im Wege einer sonstigen, einen wettbewerblich erheblichen Einfluss begründenden Verbindung (§ 37 I Nr. 4 GWB).⁵ Den Erwerb der Bergemann-Anteile sah es auch als mittelbaren Kontrollerwerb an Ruhrgas (Nr. 2).⁶

¹ So z.B. der kritische Kommentar vom 19.09.2002 unter www.sueddeutsche.de/index.php?url=/wirtschaft/aktuell/52960&datei=index.php.

² Nähere Angaben zum Konzern s. unter www.eon-ag.com/online/Push/de/corporate/7952546462/fs_corp.

³ Vgl. zur folgenden Darstellung der Vorhaben die Beschlüsse des BKartA vom 17.01.2002 (E.ON/Gelsenberg), abgedruckt in WuW/E DE-V511 = WuW 2002, 281 ff., und vom 26.02.2002 (E.ON/Bergemann), abgedruckt in WuW/E DE-V 533 = WuW 2002, 507 ff., beide abzurufen unter www.bundeskartellamt.de/fusion2002.html; sowie das vom Bundeswirtschaftsministerium zu beiden Vorhaben innerhalb des Verfahrens nach § 42 GWB in Auftrag gegebene sehr ausführliche Sondergutachten der Monopolkommission vom 21.05.2002, WuW/E DE-V 543 = WuW 2002, 617 ff., online abzurufen unter www.monopolkommission.de/sg_34/text_s34.pdf.

⁴ S. jeweils a.a.O.

⁵ S. a.a.O. E.ON/Gelsenberg, online S. 15, 16 = WuW 2002, 283.

⁶ S. E.ON/Bergemann, online S. 18, 19 = WuW 2002, 508.

Der Beurteilung der Vorhaben legte das BKartA beim Gas u.a. einen Produktmarkt der Belieferung von Weiterverteilern durch Ferngasunternehmen zugrunde. Räumlich hielt das Amt dabei an den Netzen der beteiligten Unternehmen fest, da in nächster Zeit nicht mit einer „automatischen“ Durchleitung zu rechnen sei.⁷

Auf dieser Grundlage ging das BKartA von einer Marktbeherrschung durch Ruhrgas aus, die in ihrem Tätigkeitsgebiet nahezu alle relevanten Weiterverkäufer beliefert und auch hinsichtlich der neben dem Marktanteil maßgeblichen Faktoren zumindest über eine überragende Marktstellung i.S.d. § 19 II 1 Nr. 2 GWB verfüge.⁸

Diese Stellung werde durch die Vorhaben erheblich verstärkt, denn so werde nicht nur der bisherige Absatz an E.ON - Unternehmen abgesichert, sondern Ruhrgas auch ermöglicht, ihren Anteil an der Belieferung dieses Abnehmerkreises zu erhöhen.⁹

Daneben würden die Vorhaben im Netzbereich von Ruhrgas auch überragende Marktstellungen von E.ON - Unternehmen bei der Belieferung von Endkunden und Stadtwerken verstärken, da Ruhrgas als potentieller Wettbewerber in den jeweiligen Versorgungsgebieten ausfiele.¹⁰ Eine parallele Entwicklung sah das Kartellamt in den neuen Bundesländern für das Netz der Ferngasgesellschaft VNG, an der Ruhrgas mit über einem Drittel beteiligt ist.¹¹ Auch bei VNG befürchtete es zudem die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei der Belieferung von Gasweiterverteilern.¹²

Im Strombereich ging das BKartA bei der Endabnahme durch Großkunden und der vorgeschalteten Belieferung von Weiterverteilern von bundesweiten Märkten aus. Auf diesen verstärkte die Umsetzung der Vorhaben die kollektive Marktbeherrschung durch ein Duopol E.ON / RWE, dem die strukturelle Absicherung des Zugangs zur Ressource Gas bei der Stromerzeugung einen maßgeblichen Vorsprung verschaffe.¹³ Wettbewerbsverbesserungen, die gegenüber diesen gravierenden Auswirkungen der angemeldeten Vorhaben überwiegen würden, sah das BKartA nicht.

Auch seien die von E.ON vorgeschlagenen Zusagen und Auflagen¹⁴ nicht geeignet, die zu erwartenden Verstärkungen marktbeherrschender Stellungen aufzuwiegen.¹⁵

⁷ S. z.B. E.ON/Gelsenberg, online S. 19, 20 = WuW 2002, 284.

⁸ Vgl. a.a.O., online S. 20 ff = WuW 2002, 285 f.

⁹ Vgl. a.a.O., online S. 22 ff = WuW 2002, 286 ff.

¹⁰ Vgl. a.a.O., online S. 31 ff = WuW 2002, 289 ff.

¹¹ Vgl. E.ON/Bergemann, online S. 38, 39.

¹² Vgl. a.a.O., online S. 37 ff.

¹³ Vgl. z.B. a.a.O., online S. 40 ff = WuW 2002, 292 ff.

¹⁴ Vgl. dazu E.ON/Gelsenberg, online S. 7, 8 bzw. E.ON/Bergemann, S. 8, 9.

¹⁵ E.ON/Gelsenberg, online S. 50, 51 = WuW 2002, 296 am Ende; E.ON/Bergemann, S. 59, 60.

Trotz der eindeutigen Bewertung durch das BKartA gelang es E.ON, im Juli für beide Vorhaben doch eine „Freigabe“ durch Ministererlaubnis nach § 42 GWB zu erhalten.¹⁶ Dabei rief das vorgeschaltete Verfahren insoweit Kritik hervor, als sich der zuständige Wirtschaftsminister – seinerzeit Dr. Müller – wegen persönlicher Befangenheit durch seinen Staatssekretär Dr. Tacke vertreten ließ und dieser wiederum nicht selbst bei der mündlichen Erörterung anwesend war.¹⁷

Inhaltlich wurde die Erlaubnis mit wesentlichen gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des geplanten Zusammenschlusses begründet.¹⁸ Mit dieser Sicht wich das Ministerium von der ausführlich begründeten Empfehlung der Monopolkommission vom Mai ab, die mehrheitlich eine Rechtfertigung durch hinreichende Gemeinwohlgründe verneint hatte und eine deutsche Freigabe darüber hinaus ohnehin mit einer überraschenden EG-rechtlichen Begründung für unzulässig hielt.¹⁹

Insbesondere argumentierte das BMWi, der Zusammenschluss mit E.ON ermögliche im Gegensatz zur bestehenden Aktionärsstruktur der Ruhrgas die Entwicklung zu einem leistungsfähigen, vertikal integrierten Unternehmen, das sich im Umbruch der europäischen Energiemärkte im internationalen Wettbewerb behaupten könne.

Durch die kapitalmäßige Verbindung mit E.ON ließen sich insbesondere Beteiligungschancen in der russischen Erdgasproduktion nutzen, was die Versorgungssicherheit in Deutschland auch künftig gewährleiste. Dieser Prognose des Ministeriums lag u.a. eine Investitionszusage von E.ON bzgl. Ruhrgas in Höhe von 6-8 Mrd. zugrunde.²⁰

Zwar leugnete das BMWi die wettbewerblichen Nachteile für die inländischen Märkte nicht, diese Wirkungen seien jedoch mit entsprechenden Auflagen auszugleichen, darunter Verpflichtungen zur Abgabe der jeweiligen Beteiligungen an VNG und RWE, zu einer rechtlichen Trennung zwischen Netzbetrieb und Erdgashandel bei Ruhrgas („legal unbundling“) sowie zur Versteigerung einer konkreten Menge kontrahierten Gases an Wettbewerber („gas release“).

Daneben setzte man auf die Zusagen von E.ON und Ruhrgas, den Zugang zu ihren Gasnetzen zu verbessern.²¹

¹⁶ Vgl. die Pressemitteilung unter www.bmwi.de/Homepage/Presseforum/Pressemitteilungen/2002/2705prm1.jsp.

¹⁷ Ein Umstand, der - soweit ersichtlich - erstmals in diesem Verfahren ernsthaft beanstandet wurde.

¹⁸ S. zu Einzelheiten der Argumentation die oben in Fußnote 16 angegebene Pressemitteilung des Ministeriums.

¹⁹ Vgl. das in Fußnote 3 zitierte Sondergutachten.

²⁰ Vgl. z.B. den späteren Beschluss Kart 25/02 (V) des Oberlandesgerichts Düsseldorf in der Sache, dort S. 27, abzurufen unter www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/presarch/dokumente/beschl/kartsenat/eon%20.pdf.

²¹ S. zu Einzelheiten der Auflagen und Zusagen die Pressemitteilung des BMWi (oben zitiert in Fußnote 16).

Gegen die Freigabe durch das Ministerium legten die beigeladenen Konkurrenten im nächsten Verfahrensschritt nach § 63 I, II GWB Beschwerde beim zuständigen OLG Düsseldorf ein.²² Dieses stoppte, wie gleichzeitig beantragt, aufs Erste den Vollzug der angemeldeten Zusammenschlüsse im Weg der einstweiligen Anordnung.²³

In seiner Begründung stützte das Gericht ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Erlaubnis in erster Linie auf Verfahrensfragen.²⁴

So verstoße der Umstand, dass der als Ministervertreter berufene Staatssekretär bei der mündlichen Erörterung nicht anwesend war, gegen § 56 III 1, 3 GWB, der diese Verfahrenspflicht nach zutreffender Rechtsansicht an den Entscheidenden binde.²⁵

Weiter rügte der Senat, dass Verfahrensbeteiligten zu der entscheidungserheblichen Investitionszusage der E.ON und dem mit ihr ausgehandelten Auflagenpapier kein ausreichendes rechtliches Gehör gewährt worden sei.²⁶

Aufgrund dieser Verstöße sei die Erlaubnis sehr wahrscheinlich aufzuheben, da sich kaum nachweisen lassen werde, dass die Fehler nicht kausal gewesen seien.

Dagegen nahm das Gericht von seinen zunächst geäußerten *ernstlichen* Zweifeln an der deutschen Kontrollkompetenz zugunsten der Europäischen Kommission zunächst wieder Abstand, ohne den speziellen Bedenken der Monopolkommission zu folgen. Hinsichtlich der EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO) fortbestehende Fragen sollen im Hauptsacheverfahren geklärt werden.²⁷

Während E.ON im August rechtswahrend auch Beschwerde gegen die Untersagung durch das BKartA eingelegt hat²⁸, hat das Ministerium das Verfahren nach §§ 42 IV, 56 GWB hinsichtlich der gerügten Mängel durch erneute Anhörung „nachgebessert“ und der Monopolkommission nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Wegen der bereits getroffenen Entscheidung des BMWi wurde die Vorgehensweise von Stimmen des Kartellrechts als unzulässig beanstandet.²⁹

²² Darunter Energiehändler (Ampere, Trianel) wie Stadtwerke (Aachen, Rosenheim).

²³ S. die in Fußnote 19 zitierte Fundstelle.

²⁴ Die an sich interessantere Frage, inwieweit das Gericht bereit ist, die Erwägungen des Ministeriums selbst auf ihre Plausibilität hin zu untersuchen, ist damit – noch – nicht akut geworden; vgl. dazu KG, WuW/E OLG 1937 und Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., § 26 S. 330.

²⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., S. 17 ff.

²⁶ Vgl. a.a.O., S. 26 ff.

²⁷ Vgl. a.a.O., S. 37, 38.

²⁸ Vgl. die Pressemeldung des BKartA vom 07.08.02 unter www.bundeskartellamt.de/07_08_2002.html.

²⁹ Vgl. zur Übersicht den Beitrag „Neue Anhörung schafft noch keine Rechtsklarheit“ vom 19.09.2002 unter www.handelsblatt.com.

In der „korrigierten“ Freigabe wurden insbesondere die Auflagen deutlich verschärft, so wurden die aufgegebenen Veräußerungen ausgeweitet und den abzugebenden Unternehmen Sonderkündigungsrechte beim Bezug eingeräumt, die zu versteigernde Gasmenge wurde von 75 auf 200 Mrd. kWh heraufgesetzt.³⁰

Jedoch wird die Ausgleichskraft der Auflagen weiter kontrovers beurteilt, zumal auch das BMWi anscheinend seine Prognose neuer Wettbewerbsimpulse durch Konzerne wie BP nach ihrer Entflechtung von Ruhrgas relativiert.³¹

Was die weitere Entwicklung des Verfahrens angeht, dürfte es spannend bleiben. Zwar hat das OLG Düsseldorf Anfang Oktober eine Beschwerde der im Verfahren der Ministererlaubnis nicht beigeladenen Organisation Greenpeace zurückgewiesen.³² Auseinandersetzen muss sich das Gericht jetzt jedoch noch mit einer weiteren neuen Beschwerde.³³ Auch die von den Fusionsbeteiligten dringend erwartete Entscheidung über den Antrag des Wirtschaftsministeriums, die einstweiligen Anordnungen jetzt aufzuheben, steht im Moment (4. Oktoberwoche) noch aus.³⁴

Vor allem steht das Beschwerdeverfahren in der Hauptsache erst am Anfang. In seinem Rahmen ist nicht zuletzt auch eine Stellungnahme des Gerichts zur Frage der nationalen Kontrollzuständigkeit zu erwarten.³⁵ In diesem Kontext sind u.a. die zwischenzeitlichen Veränderungen in den Beteiligungsstrukturen des E.ON-Konzerns von Interesse³⁶, die aus der Ausnahmeregel der „Zweidrittelklausel“ des Art. 1 III der FKVO heraus zur Zuständigkeit der Europäischen Kommission führen könnten. In diesem Fall käme es aus deutscher Sicht darauf an, ob trotz der „Nachbesserung“ der Freigabe mit dem BMWi *ein* Verfahren mit fortbestehender Eingangskompetenz anzunehmen ist.³⁷

E.ON seinerseits hat wiederholt betont, notfalls den Rechtsweg auszuschöpfen³⁸.

³⁰ Vgl. die Mitteilung unter www.bmw.de/Homepage/Presseforum/Pressemitteilungen/2002/2919prm1.jsp.

³¹ Dies aufgrund der zur Zeit noch bestehenden Zugangshindernisse, vgl. Financial Times Deutschland vom 20.09.2002 unter www.ftd.de/ub/in/1032435485986.html?nv=7dm und [/1032435485462.html?nv=7dm](http://1032435485462.html?nv=7dm).

³² Vgl. unter www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/presarch/dokumente/bschl/kartsenat/greenpeace.pdf.

³³ Beschwerdeführer ist die ares Energie AG, vgl. die Pressemitteilung des OLG Düsseldorf vom 14.10.2002 unter www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/presarch/dokumente/pm/kartsenat/kart25_02vpm5_.pdf.

³⁴ Sie wird nicht vor Ende Oktober erwartet, vgl. die in Fußnote 32 zitierte Pressemitteilung.

³⁵ Neben den Heilungsvoraussetzungen als solchen, insbesondere im Hinblick auf die „Ergebnis-Offenheit“.

³⁶ Vgl. hierzu die Angaben unter www.eon-ag.com/online/Push/de/corporate/7952546462/fs_corp sowie [/onlineres/common/download/EON_ZB_d_2Q02.pdf](http://onlineres/common/download/EON_ZB_d_2Q02.pdf) und [/online/Push/de/media/0/fs_media](http://online/Push/de/media/0/fs_media).

³⁷ Vgl. die Ausführungen auf S. 24 ff. der „korrigierten“ Freigabe-Entscheidung vom 18. September.

³⁸ S. Zwischenbericht II/2002 unter www.eon-ag.com/onlineres/common/download/EON_ZB_d_2Q02.pdf und die Pressemitteilung vom 19.09.2002 unter www.eon-ag.com/online/Push/de/media/7950936386/fs_media.

2. Grundsätzliche Gedanken zum deutschen Recht der Fusionskontrolle

Unabhängig vom weiteren Fortgang gibt das Verfahren E.ON / Ruhrgas Anlass zu einigen Gedanken zum deutschen und europäischen Fusionskontrollrecht, denn es rückt das im internationalen Vergleich einzigartige Instrument der Ministererlaubnis nach Jahren wieder ins Zentrum der Aufmerksamkeit.

Aus statistischer Sicht ist zunächst festzuhalten, dass seit Einführung des Instituts iRd zweiten GWB-Novelle im Jahr 1973 bisher sechzehn Anträge gestellt wurden.³⁹ Davon wurden je fünf abgelehnt⁴⁰ bzw. mangels Erfolgsaussicht zurückgenommen.⁴¹ Nur in sechs Fällen kam es zu einer Freigabe⁴², meistens unter Auflagen⁴³, so zuletzt 1989 bei „Daimler-Benz / MBB“. Die letzte Entscheidung (Ablehnung des Vorhabens „Kali+Salz / PCS“) stammt aus dem Jahr 1997.

Mit der Freigabe von E.ON / Ruhrgas weicht das BMWi somit nach über zehn Jahren in einem Sachverhalt von immenser wirtschaftlicher Bedeutung erstmals wieder von der Entscheidung des Bundeskartellamts (und der Monopolkommission) ab.

Damit gibt es, über die Diskussion um Verfahren und Inhalt der konkreten Freigabe hinausgehend, Anlass zum Nachdenken über die Möglichkeit politischer Intervention und ihre Ausgestaltung durch das Instrument der Ministererlaubnis des § 42 GWB.⁴⁴

Als Ausgangspunkt dürfte festzuhalten sein, dass eine Zusammenschlusskontrolle ausschließlich nach wettbewerblichen Maßstäben in der Tat dort nach Ausnahmen verlangt, wo sonst trotz besonderer Umstände grundlegende Allgemeininteressen außer Betracht bleiben müssten.

³⁹ Von diesen fünfzehn bis 1992, vgl. den selbstkritischen Erfahrungsbericht des BMWi in WuW 1992, 925 ff. (s. auch den vorherigen Bericht in WuW 1986, 788 f.)

⁴⁰ WuW/E BMW 149 „VAW/Kaiser“ (1975); WuW/E BMW 185 „VEW/Sidéchar“ (1985); WuW/E BMW 207 „MAN/ Sulzer“ (1990); WuW/E BMW 213 „BayWA AG/WLZ Raiffeisen AG“ (1992); WuW/E BMW 225 „Kali+Salz/PCS“ (1997).

⁴¹ In den Fällen „Sachs/GKN“ (1978); „Burda/Springer“ (1983); „Klöckner/SEN“ (1985); „Rheinmetall/WMF“ (1986); „Daimler-Benz/MAN/Enasa“ (1990).

⁴² WuW/E BMW 147 „Veba/Gelsenberg“ (1974); WuW/E BMW 155 „Babcock/Artos“ (1976); WuW/E BMW 159 „Thyssen/Hüller-Hille (Teilerlaubnis, 1977); WuW/E BMW 165 „Veba/BP“ (1979); WuW/E BMW 177 „IBH/Wibau“ (1981); WuW/E BMW 191 „Daimler-Benz/MBB“ (1989).

⁴³ Ausnahmen: „Veba/Gelsenberg“; „IBH/Wibau“.

⁴⁴ Zu beobachten sind grundlegende Erwägungen mittlerweile selbst in der Tagespresse, vgl. nur den Beitrag vom 02.08.2002 unter www.sueddeutsche.de/index.php?url=/wirtschaft/aktuell/49638&datei=index.php.

Insofern lässt sich die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, ein Instrument zur Einzelfalllösung derartiger Zielkonflikte auch nach der sechsten Novelle des GWB beizubehalten, wohl kaum beanstanden.⁴⁵

⁴⁵ So auch Bechtold, GWB, 2. Aufl., § 42 Rdn. 1 mit Hinweis auf den Reg.-Entwurf zur 6. GWB-Novelle.

Was das spezifische Instrument der Ministererlaubnis des GWB betrifft, beruht es bekanntlich auf einer bewussten Entscheidung gegen denkbare Alternativen und zugunsten einer zweistufigen Zuständigkeitsverteilung zwischen Kartellamt und Wirtschaftsministerium, um eine auf Sonderfälle beschränkte „Einbruchstelle“ für außerwettbewerbliche Erwägungen mit dem Grundkonzept einer Kontrolle allein anhand von Wettbewerbsprognosen zu verbinden und das BKartA seinerseits vor industriepolitischer Beeinflussung zu schützen.⁴⁶

Allerdings führt gerade die kontroverse Diskussion um die Freigabe E.ON / Ruhrgas wieder vor Augen, welche „Gefahren“ mit industriepolitisch motivierter Intervention naturgemäß auch bei gestuften Verfahren verbunden sind.⁴⁷

In diesem Zusammenhang sei nur daran erinnert, dass die Erlaubnis entgegen der Empfehlung der Monopolkommission dem BMWi von einigen Seiten zumindest den Vorwurf eines nicht ergebnisoffenen Verfahrens eingebracht hat.⁴⁸

Unabhängig von derartigen Vorwürfen zeigen sich zwangsläufig auch im Rahmen der Ministererlaubnis die generellen Schwierigkeiten jeder Entwicklungsprognose. Im Rückblick musste dies auch das BMWi selbst einräumen, bezeichnenderweise gerade mit Bezug auf die Frage der Versorgungssicherheit bei Erdöl und Gas.⁴⁹

Letztlich sollten die mit der Ministererlaubnis verbundenen Problemfelder indes nicht als Argument gegen das Instrument als solches, sondern für das deutsche Konzept einer zweistufigen Prüfung – einschließlich einer obligatorischen Stellungnahme der Monopolkommission – gesehen werden.⁵⁰

So weisen die getrennte Beurteilung und Begründung sowohl den Zielkonflikt als auch den Unterschied von „neutraler Kontrolle“ und „Korrektur“ transparent aus.

⁴⁶ Vgl. Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 42 Rdn. 1,2.

⁴⁷ Vgl. zur Freigabe im Fall „Daimler-Benz/MBB“ die sehr kritische Beurteilung von Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 42 Rdn. 8, 9 mit Fundstellen zum damaligen Entscheidungsprozess.

⁴⁸ Vgl. den Beitrag vom 19.09.2002 unter www.sueddeutsche.de/index.php?url=/wirtschaft/aktuell/52960&datei=index.php (=Fußnote 1 oben).

⁴⁹ Vgl. hierzu den in Fußnote 37 zitierten Erfahrungsbericht von 1992, S. 928.

⁵⁰ Nachdrücklich für eine Beibehaltung des Instruments plädieren Basedow, EuZW 2002, Heft 14, S. 417 und Dreher, WuW 2002, Heft 7/8, S. 665.

Dies wird noch verstärkt, wenn man davon ausgeht, dass dem BMWi über den Nachweis elementarer Belange der Allgemeinheit hinaus auch der Beleg obliegt, weshalb gerade die konkrete Freigabe ein geeignetes und verhältnismäßiges Mittel zur Verwirklichung dieser Ziele ist.⁵¹

Vor diesem Hintergrund führt das von den Wettbewerbern gegen die Freigabe von E.ON / Ruhrgas initiierte Beschwerdeverfahren weiter anschaulich vor Augen, dass die ministerielle Freigabe auch in der Praxis nicht außerhalb jeder Kontrolle steht.

Was die grundsätzliche Alternative eines einstufigen Verfahrens angeht, lassen sich zur Zeit recht aufschlussreiche Beobachtungen im englischen Recht machen:

Während man in Großbritannien die generelle Berücksichtigung der verschiedenen Aspekte des „public interest“⁵² bisher als „Herzstück“ der Zusammenschlusskontrolle durch die zuständige Competition Commission ansah, rückt nun ein Gesetzentwurf⁵³ bewusst von diesem Modell ab.⁵⁴ Stattdessen sollen außer-wettbewerbliche Belange nunmehr primär durch Interventionsmöglichkeiten der Regierung⁵⁵ in bestimmten Situationen des „public-interest“⁵⁶ berücksichtigt werden.⁵⁷ Auch bei vorsichtiger Beurteilung scheint die Hinwendung zu einem gestuften „Verfahren“ damit als Fortschritt gesehen zu werden.

Auch die europäische Fusionskontrolle durch die Kommission eröffnet bekanntlich weitreichende Möglichkeiten der Berücksichtigung von industriepolitischen Belangen. Inwieweit dies in der Praxis ausgeschöpft wird und aus einzelnen Entscheidungen herauszulesen ist, soll hier nicht vertieft werden.⁵⁸

⁵¹ Vgl. Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 42 Rdn. 30.

⁵² Hierzu werden gemäß dem Fair Trading Act (FTA) neben der Aufrechterhaltung / Förderung des heimischen Wettbewerbs und seiner Funktionen auch Verbraucherinteressen, Fragen der Beschäftigungspolitik sowie die Aufrechterhaltung / Förderung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit britischer Unternehmen gezählt.

⁵³ „Enterprise Bill“, abzurufen unter www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldbills/112/2002112a.pdf; vgl. auch die Hinweise des Department of Trade and Industry unter www.dti.gov.uk/enterprisebill/index.htm.

⁵⁴ Verbraucherinteressen sind allerdings generell weiterhin zu beachten, vgl. clauses 34, 35 der Enterprise Bill.

⁵⁵ In Gestalt d. Secretary of State.

⁵⁶ Bisher sind insoweit allein Fragen der nationalen Sicherheit anerkannt, vgl. clauses 41 ff. der Enterprise Bill.

⁵⁷ Vgl. zum Überblick über die bisherige Kontrolle und die vorgesehenen Änderungen auch die Informationen der Competition Commission unter www.competition-commission.org.uk.

⁵⁸ Vgl. dazu die ausführliche Untersuchung von Mischke, „Nicht-wettbewerbliche Faktoren in der europäischen Fusionskontrolle“, 2002, sowie die Beiträge in: Oberender (Hrsg.); „Die Europäische Fusionskontrolle“, 2000, aus der Schriftenreihe des Vereins für Sozialpolitik, die einen interessanten Einblick in die Unternehmenssicht geben.

Festhalten lässt sich an dieser Stelle jedenfalls, dass die deutsche Ministererlaubnis nicht zuletzt auch mit Blick auf Europa ein gewisses Anpassungspotential bei der Frage industriepolitisch motivierter Fusionsgenehmigungen darstellt. Ein wichtiger Unterschied, der allerdings – wie es auch die englische Entwicklung andeutet – gerade für das zweistufige Konzept des GWB spricht, dürfte dabei aber die größere Transparenz des Zielkonflikts bleiben.

Im Kontext des Europarechts ist abschließend noch auf eine – soweit ersichtlich⁵⁹ – bisher nicht näher diskutierte Frage zum Verhältnis von deutscher Fusionskontrolle und Gemeinschaftsrecht hinzuweisen, die von der deutschen Monopolkommission in ihrer Stellungnahme vom Mai aufgeworfen wurde: Können auch die Art. 81, 82 EGV unter den Voraussetzungen der Zwischenstaatlichkeitsklausel eine deutsche Freigabe nach §§ 35 ff. GWB sperren, wenn die FKVO selbst nicht greift?

Die Monopolkommission hat diese Frage bejaht und daraus in ihrer Empfehlung an das BMWi gefolgert, das Ministerium müsse die Fusionsbeteiligten unter Aussetzung des Verfahrens an die Europäische Kommission verweisen.⁶⁰ Wie erwähnt, sind dem Gedankengang weder das Ministerium noch das OLG Düsseldorf gefolgt.

Es ist bemerkenswert, dass eine derart elementare Frage wie die der Bedeutung der Art. 81, 82 EGV für einen Zusammenschluss nach Inkrafttreten der FKVO und ihrer Konsequenzen für die deutsche Kontrollkompetenz nach Jahrzehnten zum ersten Mal in einem Sondergutachten in Deutschland als Problem aufgeworfen wird.

Der juristische Gedankengang der Monopolkommission wurde im Schrifttum bereits detailliert angegriffen.⁶¹ Auf diese Ausführungen sei an dieser Stelle abschließend verwiesen.

⁵⁹ So auch Dreher, WuW 2002, 828.

⁶⁰ S. 118 ff. des Gutachtens vom 21.05.2002 unter der Internetadresse in Fußnote 3 bzw. WuW 2002, 618 ff.

⁶¹ Vgl. Dreher a.a.O.