

## Die Debatte um die geplante Fusion von E.on und Ruhrgas – Ministererlaubnis für Marktmacht?

*Michael Münter*

Unternehmenszusammenschlüsse sind in einer Marktwirtschaft nichts ungewöhnliches. Die Verantwortlichen der sich zusammenschliessenden Firmen erhoffen sich durch die Fusion in der Regel eine bessere Position des neuen Unternehmens auf dem Markt, einen Zuwachs an Produktivität und nicht zuletzt eine Senkung der Kosten. Die Konkurrenten der fusionierenden Betriebe werden den Zusammenschluss zumeist argwöhnisch betrachten, da es unter Umständen zu Einschränkungen des Wettbewerbs auf einem oder mehreren Märkten kommen kann. In der Bundesrepublik Deutschland werden Unternehmenszusammenschlüsse deshalb vom Bundeskartellamt überwacht. Unter bestimmten Voraussetzungen ist ein Zusammenschluss gegenüber dem Kartellamt anzeigepflichtig<sup>1</sup>.

Seit geraumer Zeit sorgt nun der angekündigte und ordnungsgemäß beantragte Zusammenschluss zweier Großunternehmen für Aufsehen: Die Düsseldorfer E.on AG und die Ruhrgas AG mit Sitz in Essen wollen fusionieren. Der E.on-Konzern, entstanden im Juni 2000 durch Fusion der Unternehmen VIAG und VEBA, ist der größte deutsche Stromkonzern mit rund 152.000 Beschäftigten und einem Umsatz von 79,6 Mrd. Euro. Die Ruhrgas AG ist der größte deutsche Importeur von Erdgas, sie beschäftigt rund 2.600 Mitarbeiter und verbuchte 2001 Umsatzerlöse in Höhe von 11,8 Mrd. Euro<sup>2</sup>. Die Fusion der beiden Unternehmen würde somit die Marktführer in zwei unterschiedlichen Teilbereichen der Energiewirtschaft zusammenführen. In diesem Zusammenhang ist eine Regelung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), umgangssprachlich häufig Kartellgesetz genannt, zu – nicht nur publizistischer – Prominenz gelangt, die sogenannte Ministererlaubnis.

### 1. Was ist eine Ministererlaubnis?

Das deutsche Wettbewerbsrecht sieht in Bezug auf die Kontrolle von anzeigepflichtigen Unternehmenszusammenschlüssen (dies hängt von den Umsätzen der Firmen ab, § 35 GWB) ein mehrstufiges Verfahren vor. Nach der Anmeldung des Fusionsvorhabens durch die beteiligten Unternehmen beim Bundeskartellamt wird der Fall an die inhaltlich zuständige Beschlussabteilung verwiesen. Diese prüft die eingereichten Unterlagen

und entscheidet, sozusagen in erster Instanz, über Genehmigung, Genehmigung mit Auflagen oder Untersagung der Fusion. Dabei sind dem Kartellamt recht enge zeitliche Grenzen gesetzt, denn ein angemeldeter Zusammenschluss gilt als genehmigt, wenn nicht innerhalb von vier Monaten nach Einreichung der vollständigen Unterlagen eine anderslautende Verfügung ergeht (GWB § 40).

Wird eine Fusion vom Kartellamt untersagt, so haben die Beteiligten Unternehmen zwei Möglichkeiten, um den Zusammenschluss dennoch zu vollziehen. Die erste Variante ist die Anfechtung der Verfügung des Kartellamtes beim örtlich zuständigen Oberlandesgericht (OLG), in der Hoffnung, dass dieses zu einem anderen Ergebnis kommt als das Kartellamt. Seit dem Umzug des Amtes von Berlin nach Bonn ist mit diesen Anfechtungen das OLG Düsseldorf betraut, genauer der dortige Kartellsenat. Die zweite Möglichkeit zur Umgehung des negativen Kartellamtsvotums ist das Beantragen einer Ministererlaubnis beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Diese Ministererlaubnis ist es nun, die im vorliegenden Fall für Aufsehen sorgt.

Die gesetzliche Grundlage der Ministererlaubnis findet sich in § 42 GWB. Dort heißt es:

„(1) Der Bundesminister für Wirtschaft erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluß, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluß durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu berücksichtigen. Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet ist. [...]

(4) Der Bundesminister für Wirtschaft soll über den Antrag innerhalb von vier Monaten entscheiden. Vor der Entscheidung ist eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen [...].“

Wie der vorstehende Gesetzestext deutlich macht, handelt es sich bei der Ministererlaubnis um die politische Dimension der Fusionskontrolle. Der zuständige Bundesminister erhält damit ein Instrument in die Hand, um nach politischen („überragendes Interesse der Allgemeinheit“) oder aber polit-ökonomischen („gesamtwirtschaftliche [...] Vorteile“) Kriterien, einen aus (rein) ökonomischen Gründen untersagten Unternehmenszusammenschluss doch noch zuzulassen. Gegen den Vollzug der Ministererlaubnis besteht wiederum Beschwerdemöglichkeit beim OLG Düsseldorf.

Besondere Brisanz erhielt diese Ministererlaubnis im aktuellen Fall vor allem dadurch, dass Wirtschaftsminister Werner Müller (parteilos) bis kurz vor seinem Eintritt in die Bundesregierung leitender Manager in einem der beteiligten Unternehmen war. Müller gehörte von 1980 bis 1997 in unterschiedlichen Funktionen dem VEBA-Konzern (jetzt E.on) an, zuletzt als Vorstand der Veba Kraftwerke Ruhr AG. Der Vorwurf der Befangenheit Müllers stand somit von Anfang an im Raum. Der Minister hat denn auch eine sogenannte Selbstablehnungsanzeige erstattet und die gesamte Angelegenheit seinem beamteten Staatssekretär, Alfred Tacke, übertragen. Somit handelt es sich im Falle von E.on/Ruhrgas genau genommen weniger um eine Ministererlaubnis, als eigentlich um eine „Staatssekretärerlaubnis“.

Zu einem Ministererlaubnisverfahren kam es in der Geschichte des GWB bisher in 16 Fällen<sup>3</sup>. Erstmals beantragt im Jahr 1974, im Jahr nach der Einführung der Fusionskontrolle durch die zweite Novelle des GWB, datiert der letzte Fall aus dem Jahr 1997. Lediglich einmal empfahl die Monopolkommission die Zulassung der Fusion uneingeschränkt, in zwei Fällen kam es zur Erlaubniserteilung mit Einschränkungen, drei Anträge wurden zurückgezogen und zehnmal plädierten die Mitglieder

des Gremiums mehrheitlich für Untersagung. Die zuständigen Bundeswirtschaftsminister kamen vor allem in den siebziger Jahren häufig zu einer anderen Auffassung (Erlaubnis bzw. Teilerlaubnis gegen die Empfehlung der Monopolkommission in vier von fünf Fällen), seit 1981 waren die Entscheidungen dann stets gleichgerichtet. Insgesamt kam es somit bisher in knapp drei Jahrzehnten sechsmal zu einer Ministererlaubnis, nach der die Unternehmen eine vom Bundeskartellamt untersagte Fusion doch noch vollziehen konnten.

## 2. Veränderte Wettbewerbsbedingungen – Die Liberalisierung des Energiemarktes

Hier kann nur kurz der wirtschaftliche Hintergrund der angekündigten Fusion der beiden Energieversorger skizziert werden<sup>4</sup>. Bis in die 1990er Jahre gab es in Deutschland im politischen Raum keine grundsätzliche Kritik daran, dass die Energieversorgung als Teil der Daseinsvorsorge staatlich bzw. privatwirtschaftlich-monopolistisch organisiert war. Das Energiewirtschaftsgesetz aus dem Jahr 1935 hatte weiterhin Bestand und die Struktur der Energieversorgung war von so genannten Gebietsmonopolen gekennzeichnet. Diese Strukturen waren sogar durch § 103 der alten Fassung des GWB gesetzlich abgesichert, eine, wie Volker Emmerich ausgeführt hat, „ebenso ungewöhnliche wie grundlose Privilegierung eines ganzen Wirtschaftszweiges [...], dem es dadurch ermöglicht wurde, über Jahrzehnte hinweg für Außenstehende nahezu unvorstellbare Monopolgewinne zu Lasten der Energieverbraucher einzufahren.“<sup>5</sup>

Der Druck zu Deregulierung und Liberalisierung ging vom Binnenmarktprojekt der Europäischen Union aus. Das neue deutsche Energiewirtschaftsgesetz von 1998 öffnete u.a. (grundsätzlich) den Netzzugang für Dritte, ohne explizit den Wettbewerb als Ziel zu verankern<sup>6</sup>. Gleichwohl ging es darum gewachsene monopolistische Strukturen aufzubrechen. Bisher sind die Energiemärkte in Deutschland (noch) wesentlich weniger stark wettbewerblich strukturiert, als etwa die neuen Märkte im Telekommunikationsbereich. So gibt es auf dem Strommarkt derzeit für E.on nur einen echten Konkurrenten, die RWE. Auf dem Gasmarkt hat Ruhrgas heute schon einen Marktanteil von rund 60%. Diese ausgesprochen starke Marktposition der beiden am geplanten Zusammenschluss beteiligten Unternehmen kam sowohl in den Ausführungen des Kartellamtes und der Monopolkommission als auch in der publizistischen Kontroverse über die Fusion immer wieder zur Sprache.

## 3. Die Erlaubnis zur Fusion

Betrachtet man den vorliegenden Fall genauer, so wird deutlich, dass er eigentlich aus zwei separaten Fällen besteht, nämlich den Versuchen der E.on AG, die Mehrheit an zwei verschiedenen Unternehmen zu übernehmen, die maßgeblichen Einfluss in der Ruhrgas AG haben. Am 15. August 2001 meldete E.on beim Bundeskartellamt gemäß § 39 GWB die Absicht zur Übernahme von 51% der Anteile der Gelsenberg AG an. Gelsenberg wiederum hält rund 25% der Anteile an Ruhrgas. Gut drei Monate später,

genauer am 9. November, gab der Düsseldorfer Konzern die geplante Übernahme von 99,66% der Anteile an der Bergemann GmbH bekannt, einer Holding-Gesellschaft, in die ein Dutzend anderer Unternehmen ihre Anteile (insgesamt 34,76%) an Ruhrgas eingebracht haben. Bei einer Genehmigung der Übernahme dieser beiden Unternehmen durch E.on würde deren Anteil an Ruhrgas somit knapp 60% betragen.

Die zuständige achte Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat im Fusionskontrollverfahren nach § 40 GWB die beiden Anträge von E.on getrennt voneinander behandelt und im ersten Fall (Übernahme Gelsenberg) am 17. Januar 2002 die Fusion abgelehnt<sup>7</sup>. Daraufhin beantragte E.on am 15. Februar eine Ministererlaubnis. Nur eine Woche später beschied das Kartellamt auch das zweite Fusionsersuchen negativ<sup>8</sup> (E.on stellte am 4. März auch in diesem Fall den Antrag auf eine Ministererlaubnis). In beiden Fällen begründete die zuständige Beschlussabteilung des Kartellamtes ihre ablehnende Haltung vor allem damit, dass durch eine Fusion „die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen sowohl beim Absatz von Gas als auch beim Absatz von Strom [zu] erwarten“<sup>9</sup> sei. Die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Auflagen zur Vermeidung eines Fusionsverbots seien nicht geeignet, die zu erwartenden Wettbewerbsverzerrungen auszugleichen.

Schon am 20. Februar 2002 hatte Wirtschaftsminister Müller im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung einer Ministererlaubnis gemäß § 42, 4 GWB die Monopolkommission zur Abgabe einer Stellungnahme zum Zusammenschluss E.on/Gelsenberg aufgefordert. Einen Monat später bat er dasselbe Gremium nun um die Verbindung beider Fälle und das Erstellen eines zusammenfassenden Sondergutachtens für die geplanten Übernahmen sowohl von Gelsenberg als auch von Bergemann durch E.on. Am 21. Mai veröffentlichte die Monopolkommission dieses Sondergutachten und kam darin „nach Abwägung der gewichteten Wettbewerbsbeschränkungen mit den vorgetragenen Gemeinwohlgründen mehrheitlich [es gab ein Sondervotum eines der Kommissionsmitglieder] zu der abschließenden Empfehlung, die von E.ON in den beiden Zusammenschlussvorhaben beantragten Genehmigungen nicht zu erteilen.“<sup>10</sup>

Am 5. Juli dann veröffentlichte der – wie oben schon erwähnt – mit der Entscheidung betraute Staatssekretär Tacke seine Entscheidung. Eine Ministererlaubnis wurde unter Auflagen (u.a. Verkauf von Unternehmensteilen der E.on und die Abgabe von 75 Mrd. kWh Gas) erteilt<sup>11</sup>. Tacke kam zu der Auffassung, dass die „nach § 42 GWB erforderliche Abwägung [...] dazu geführt [hat], dass die vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen unter Berücksichtigung der mit dieser Entscheidung verbundenen Auflagen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen und durch überragende Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt sind.“<sup>12</sup> Konkret gemeint ist damit die Stärkung „der internationalen Wettbewerbsfähigkeit von Ruhrgas und [...] die] Verbesserung der Versorgungssicherheit der Bundesrepublik Deutschland mit Erdgas“<sup>13</sup>. Gegen diese Verfügung legten eine Reihe von Mitbewerbern, schon am 5. Juli etwa die Ampere AG Berlin, Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein. Der dortige Kartellsenat beschloss daraufhin am 11. Juli in einer Eilentscheidung die aufschiebende Wirkung der Beschwerden und den Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Untersagung des Vollzugs der Fusion. Zur Begründung hieß es: „Die ernstlichen Zweifel des Senats an der Rechtmäßigkeit der Verfügung des Antragsgegners [Staatssekretär Tacke] resultieren aus der vorläufigen Beurteilung, dass die Verfügung – wie derzeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden muss – unter gravierenden Verfahrensfehlern zustande gekommen ist.“<sup>14</sup> Insbesondere wurde die Nichtanwesenheit von Staatssekretär Tacke bei der einzigen öffentlichen Verhandlung des Ministererlaubnisverfahrens moniert.

Das Bundeswirtschaftsministerium bemühte sich in einem neuen Anlauf, solche formalen Fehler zu vermeiden und erließ am 18. September 2002 eine weitere Minis-

tererlaubnis. Nebenbei bemerkt: Es ist nach Auskunft des OLG Düsseldorf juristisch noch nicht geklärt, ob es sich bei dieser zweiten Erlaubnis um eine vollständig neue oder lediglich eine Modifizierung der ersten handelt<sup>15</sup>. Diese zweite Ministererlaubnis kam im Grunde zum gleichen Ergebnis wie die erste, also Genehmigung des Zusammenschlusses, verschärfte aber die für den Fusionsfall vorgesehenen Auflagen. So muss sich etwa nun auch Ruhrgas von Beteiligungen trennen und die abzugebende Gasmenge wurde auf 200 Mrd. kWh erhöht. Schon vor dieser Entscheidung Tackes hatte das OLG Düsseldorf allerdings klargemacht, dass das Vollzugsverbot für die Fusion auch weiterhin in Kraft bleiben werde<sup>16</sup>.

Welchen Ausgang der Fusionsfall E.on/Ruhrgas nehmen wird, ist somit bis heute unklar – derzeit ist erneut die Justiz am Zug. Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf bereitet momentan das Hauptsacheverfahren vor. Ein Termin für die mündliche Verhandlung wird für Mitte Dezember angepeilt<sup>17</sup>. Vor Ende des Jahres 2002 wird dieses umstrittene Thema also wohl nicht entschieden sein.

#### 4. Die öffentliche Kontroverse: Die unsichtbare Hand des Marktes oder die sichtbare des Staates?

In der *Zeit* vom 8. Mai 2002 gab es ein publizistisches Aufeinandertreffen der besonderen Art. Zur Frage „Dürfen E.on und Ruhrgas fusionieren?“ nahmen Carl Christian von Weizsäcker, Professor für Volkswirtschaftslehre in Köln, und Wernhard Möschel, Professor für Wirtschaftsrecht in Tübingen, kontrovers Stellung. Interessant ist, dass beide Wissenschaftler Vorsitzende der Monopolkommission waren, von Weizsäcker von 1989 bis 1998, Möschel als sein unmittelbarer Nachfolger von 1998 bis 2000. Zudem sind beide beratend in der Energiewirtschaft tätig: von Weizsäcker für E.on, Möschel für den Hauptwettbewerber RWE. Entsprechend unterschiedlich fielen die Stellungnahmen der beiden Ökonomen aus. Von Weizsäcker schrieb unter der Überschrift „Wettbewerb ist nicht alles“:

„Wettbewerb ist Mittel zum Zweck. Der Zweck ist das Gemeinwohl und die Handlungsfreiheit der Bürger als Konsumenten, Unternehmer und Arbeitnehmer. Nicht immer bewirkt Wettbewerb das Gemeinwohl. Schon Adam Smith wusste, dass seine ‚unsichtbare Hand‘ nur segensreich wirkt, wenn der Hobbessche Leviathan das staatliche Gewaltmonopol durchsetzt, also dem Wettbewerb einen Ordnungsrahmen setzt. Der Marktoptimist Adam Smith sitzt auf den Schultern des grimmigen Realisten Thomas Hobbes. Und auf internationalen Märkten kann man nicht ohne weiteres die Hobbesschen Voraussetzungen unterstellen. Dort fehlt eine Instanz, die mit dem nationalstaatlichen Gesetzgeber vergleichbar wäre.

Die gegenwärtige deutsche Energiepolitik bewirkt, dass bis zum Jahre 2020 rund 75 Prozent der Primärenergie importiert werden muss. Die ehrgeizigen Ziele der Regierung zur Minderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen erzwingen gemäß Energiebericht des zuständigen Ministers, dass sich die Importe an Erdgas von 2000 bis 2020 verdoppeln müssen. Dieses zusätzliche Erdgas muss ganz überwiegend aus Russland kommen. Man kann ein ‚Schönwetter Szenario‘ der Zukunft entwickeln, wo die Versorgungssicherheit auch bei derart ausgeprägter Importlastigkeit der Energie kein Problem darstellt. [...]

Die Fusion E.on/Ruhrgas kann einen wesentlichen Beitrag zum Gelingen der deutsch-russischen Energiepolitik im Interesse der Versorgungssicherheit leisten. Ruhrgas ist mit Russland vertraut. E.on kann für ein dortiges verstärktes Engagement die Eigenmittel zur Verfügung stellen.

Diese Gemeinwohlvorteile müssen gegen die vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsverschlechterungen abgewogen werden. Analysen des Ifo Instituts führen zu einer Prognose fallender Gaspreise als Folge der Fusion. Allzu weit kann es deshalb mit der ‚Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung‘ nicht her sein.

Die Europäisierung der Märkte für Gas und Strom ist im Gang. Starke europäische Wettbewerber der Ruhrgas wie die staatlichen Unternehmen Gaz de France, ENI, Gasunie, Statoil oder Gazprom, aber auch wie die kapitalstarken ‚Öl-Majors‘ Exxon, RoyalDutch/Shell und BP werden der Ruhrgas in Zukunft auch und gerade in Deutschland heftige Konkurrenz machen. Die nunmehr zustande gekommene ‚Verbändevereinbarung Gas‘ öffnet die Gasleitungssysteme dem Wettbewerb. Das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung durch die Fusion kann ich angesichts dieses europäischen Hintergrundes nicht als hoch veranschlagen.

Wer sich nicht in einen Wettbewerbsfundamentalismus verrennt, sondern die Dinge pragmatisch angeht, für den überwiegen die Gemeinwohlvorteile wegen steigender Versorgungssicherheit die Wettbewerbsnachteile bei weitem.“  
(Quelle: Die Zeit, 8. Mai 2002, S. 26.)

Wernhard Möschel dagegen kam bei seinen Überlegungen zu einem ganz anderen Ergebnis. Er argumentierte unter der programmatischen Überschrift „Gemeinwohl ade“:

„Der Zusammenschluss E.on/Ruhrgas führt [...] dazu, dass ein marktbeherrschender Stromanbieter weitgehende Kontrolle über Gaslieferungen erhält. Letztere werden mittelfristig das entscheidende Vorprodukt für zukunftssträchtige Gas- und Dampf-Kraftwerke (GuD) sein.

Gemeinwohlgründe müssten im Einzelfall großes Gewicht haben, konkret nachgewiesen sein, und wettbewerbskonforme Abhilfemaßnahmen des Staates dürften nicht infrage kommen. Der Zusammenschluss muss unerlässlich für einen Eintritt der erstrebten Gemeinwohlvorteile. Nichts davon ist gegeben.

Die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Großunternehmens Ruhrgas ist nicht gefährdet. Die ‚gefüllten Taschen‘ der E.on sind für weitere Investitionen nicht erforderlich. Betriebswirtschaftliche Vorteile allein reichen nicht als Gemeinwohlgrund hin. Ein Ausstieg von Gesellschaftern bei der Ruhrgas bedingt nicht einen Zusammenschluss mit E.on. Es gibt wettbewerbskonformere Optionen, zum Beispiel ein *going public*. Pure Spekulation bleibt die These eine mit E.on vereinte Ruhrgas erhalte dann bessere Einkaufskonditionen von den meist ausländischen Gaslieferanten. Auf jeden Fall gibt es unter Bedingungen der Marktbeherrschung von E.on/Ruhrgas keinen Grund für die Annahme, solche Vorteile würden an die Verbraucher weitergereicht. Dazu braucht man den Peitschenschlageffekt des funktionierenden Wettbewerbs. [...]

Ein Preisproblem, das bei Lieferverknappungen entstehen könnte, ist in den langfristigen Gasbezugsverträgen geregelt. Überdies können die entwickelten Industrieländer Europas die besten Preise bezahlen. Ein Zusammenschluss E.on/Ruhrgas wirkte hier gar kontraproduktiv: Statt Risikostreuung in zwei selbstständigen Importunternehmen wird das Bezugsrisiko durch vereinheitlichte Planung gehäuft. Im Übrigen wäre die verhältnismäßige Antwort des Staates auf dieses eher theoretische Problem die Anordnung einer Bevorratungspflicht, wie sie beim Erdöl, aber eben nicht beim Gas besteht.“

(Quelle: Die Zeit, 8. Mai 2002, S. 26.)

Kurz vor dem erwarteten Votum der Monopolkommission vertrat Alexander Hagelüken in der *Süddeutschen Zeitung* eine wohlabgewogene Position. Er richtete den Blick auf einen Akteur, für den das Verfahren in jedem Fall eine Niederlage sein werde:

„Egal wie die Entscheidung [gemeint ist die Ministererlaubnis] ausfällt, ein Verlierer steht schon fest: Die Regierung selbst. Weil der zuständige Wirtschaftsminister Werner Müller lange bei Eon arbeitete, gilt die Regierung als befangen. Und dies umso mehr, als sich der Kanzler und sein Lieblingsgewerkschafter Schmoldt an Kungelrunden beteiligten, die Eon Hoffnung auf eine Zustimmung machten. Da hilft es Müller wenig, dass er die Erteilung der *Ministererlaubnis* an seinen Staatssekretär delegiert. Auch der Einwand, dass Politik auf Partei-Apparatschiks reduziert ist, wenn Quereinsteigern ihre berufliche Vergangenheit vorgeworfen wird, verfängt in der Öffentlichkeit kaum. Genehmigt die Regierung die Übernahme, dürfte dies als Geschenk gewertet werden. Versagt sie den Kauf, wird man ihr unterstellen, sie hätte dies nur getan, um einen Imageschaden abzuwenden.

Dabei lassen sich sowohl gegen wie für eine Ministererlaubnis ehrenhafte Argumente anführen [...]. Letztlich geht es darum, wie man Industriepolitik gegen Wettbewerb abwägt. Durch die

Gasübernahme würde Eon europaweit in die erste Energieliga aufsteigen, zu mächtigen, oft staatlich protegierten Konkurrenten etwa aus Frankreich. Das sichert deutsche Marktanteile und deutsche Arbeitsplätze, werben die Befürworter. In einem vereinten, offiziell auf Konkurrenz geeichten Europa klingt diese Argumentation überholt. Solange aber in Wirklichkeit Nachbarn wie Frankreich grenzenlosen Wettbewerb unterdrücken, sind industriepolitische Gedanken nicht abwegig.

Das große Argument gegen die Übernahme ist, dass es bisher auch keinen nennenswerten nationalen Wettbewerb gibt. In dieser Situation ist es ein Risiko, Ruhrgas mit seinem 60-Prozent-Marktanteil in die Hand eines Energieriesen zu geben. Die Regierung hat bisher nicht befriedigend dargelegt, wie endlich Konkurrenz um private Gasverbraucher entfacht werden soll, die zu hohe Preise zahlen. Solange dies so bleibt, wäre eine Ministererlaubnis falsch.“

(Quelle: Süddeutsche Zeitung, 14. Mai 2002.)

Nachdem die Monopolkommission Mitte Mai ihr ablehnendes Votum beschlossen hatte, lastete der ganze Druck nun auf dem Wirtschaftsminister bzw. seinem Staatssekretär. Klaus-Peter Schmid ging in der *Zeit* mit den politischen Entscheidern scharf ins Gericht. Unter der Überschrift „Was erlaubt sich der Minister?“ schrieb er:

„Der deutsche Energiemarkt, lange von Gebietsmonopolen beherrscht, ist in Bewegung. Wo man früher Konkurrenz mit der Lupe suchen musste und den Anbietern dicke Gewinne wie von selbst in den Schoß fielen, ist ein gewisses Maß an Wettbewerb eingeleitet. Ideal ist der Zustand noch nicht, aber allemal besser als vor der – vornehmlich von Brüssel erzwungenen – Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte. [...]

Wettbewerb, das kann man nicht dick genug unterstreichen, ist ein unentbehrliches Element der Marktwirtschaft. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist daher so etwas wie das Grundgesetz der deutschen Wirtschaft. Dass es respektiert wird, darüber wacht das Bundeskartellamt. Und es hat klar entschieden: Eine Kontrolle von Ruhrgas durch E.on würde deren marktbeherrschende Stellungen auf den Gas- und Strommärkten noch verstärken, den Wettbewerb gravierend beeinträchtigen. [...]

Auf dem deutschen Strommarkt sind heute nur noch vier große Spieler vertreten, und im Falle der Fusion macht sich einer davon auch noch auf dem Gasmarkt breit. Das Kartellamt sah darin ausreichende Gründe, um die Fusion zu verbieten. Diese Einschätzung der Wettbewerbsgefährdung ist für den Minister bindend, daran gibt es nichts zu interpretieren. Will er die Entscheidung des Kartellamtes konterkarieren, muss Müller überzeugende Gemeinwohlgründe finden, die für die Fusion sprechen. Die konnte die Monopolkommission ‚in keinem Fall‘ erkennen. Da ist nichts von Belang, was die Bedrohung des Wettbewerbs aufwiegen könnte. [...]

Erteilt Müller dennoch die Ministererlaubnis, ist sie mit dem Geruch eines zweifelhaften Verfahrens belastet. Der parteilose Wirtschaftsminister hat sich für befangen erklärt, weil er vor dem Eintritt ins Bundeskabinett als Manager in führender Stellung beim E.on-Vorgänger Veba tätig war. Die Entscheidung soll nun der Wirtschafts-Staatssekretär Alfred Tacke treffen. Aber es ist naiv zu glauben, ein Staatssekretär habe die Möglichkeit, quasi im luftleeren Raum unabhängig von seinem Minister und am Ende gar gegen ihn zu entscheiden.

Im Übrigen würde sich selbst der Minister bei seinem Kanzler absichern, und dass ein Gerhard Schröder mit den Wettbewerbshütern gegen die Bosse votieren würde, darf bezweifelt werden. Schließlich hat er sich bereits vor dem Verdikt des Kartellamtes der Forderung der Energiebranche nach einem Global Player im Gas-Geschäft angeschlossen. Kommt die Ministererlaubnis, wird ihr – wer immer sie erteilt – ein Geruch von Parteilichkeit anhängen.

Die Frage ist ohnehin, ob das Instrument der Ministererlaubnis sinnvoll und nötig ist. Dass es ein Fremdkörper im deutschen Wettbewerbsrecht ist, wird niemand ernsthaft bestreiten. Das Kartellamt spricht Recht, gegen seine Entscheidungen kann jederzeit vor dem zuständigen Gericht geklagt werden. Aber der Bundesminister quasi als Beschwerdeinstanz? Seine Aufgabe ist es für klare Gesetze und ihre Anwendung zu sorgen, nicht aber die Rechtsprechung zu korrigieren. [...]

Vor allem wäre der Zusammenschluss von E.on und Ruhrgas der falsche Anlass, um das Bundeskartellamt in die Schranken zu weisen. Seine Beschädigung wäre, gewollt oder ungewollt, ein gravierender Nebeneffekt einer Ministererlaubnis.“

(Quelle: Die Zeit, 29. Mai 2002.)

Anfang Juli bezog ein weiteres Mal ein prominenter Volkswirt Stellung in der Diskussion. In Hans-Werner Sinn, der neben einem Lehrstuhl an der Universität München auch die Präsidentschaft des ifo-Instituts in München innehat, fand E.on einen Befürworter der Fusion und die Ministererlaubnis einen Unterstützer. Sinn stellte in seinem Beitrag vor allem auf die Vorteile vertikal integrierter Unternehmen für die Verbraucher ab:

„Ein neuer Global Player der Energiewirtschaft [E.on/Ruhrgas] ist geschaffen, der eine vertikal durchintegrierte Leistungskette vom Gasimport bis zum Endverbraucher umfasst. [...]

Die langfristigen Großinvestitionen mit Pay-Off-Perioden von mehr als 50 Jahren, die im Gasgeschäft erforderlich sind, werden durch die vertikale Koppelung beherrschbar, weil sie die Käufer und Verkäufer von Gas auf der Großhandelsstufe von der Gefahr befreien, sich nach der Investition in irreversible Strukturen gegenseitig zu übervorteilen. Die gigantischen Rücklagen der Eon können zum Nutzen der Verbraucher in neue Gasleitungen, Speicher und andere Projekte der Gasinfrastruktur investiert werden.

Die Verbraucherschutzverbände sehen dies anders und haben bereits Klage gegen die Entscheidung angekündigt. Sie wissen aber nicht, was sie tun, denn sie unterstellen, dass der Zusammenschluss zu höheren Preisen und insofern zu einer Übervorteilung der Verbraucher führen wird.

Abgesehen davon, dass der Zusammenschluss schon aus den erwähnten Gründen mehr Investitionen in die Gasversorgung, höhere Absatzmengen und trendmäßig niedrigere Preise bringen wird, übersehen die Verbraucherschutzverbände einen grundlegenden Unterschied zwischen vertikalen und horizontalen Unternehmenszusammenschlüssen. Während letztere in der Tat regelmäßig zu oligopolistischen Preiserhöhungen zu Lasten der Verbraucher führen, haben vertikale Zusammenschlüsse genauso regelmäßig die gegenteilige Implikation. [...]

Werden Unternehmen zusammengeschlossen, so vermindert sich der Wettbewerb, und die externen Effekte werden internalisiert. Die Unternehmen nehmen bei der Preisgestaltung aufeinander Rücksicht. Insofern unterscheiden sich horizontaler und vertikaler Wettbewerb nicht. Wenn aber der horizontale Wettbewerb vermindert wird, bedeutet die Rücksichtnahme höhere Preise, und wenn der vertikale Wettbewerb vermindert wird, bedeutet sie niedrigere Preise. Die niedrigeren Preise dehnen den gemeinsamen Absatz aller Unternehmen der Lieferkette aus und führen sowohl zu einer Gewinnausweitung als auch zu einer Erhöhung des Konsumentennutzens.

Die Fusion von Eon und Ruhrgas ist eindeutig als vertikaler Verbund einzustufen. Bei diesem Verbund besteht eine Interessensharmonie zwischen den Verbrauchern und den betroffenen Unternehmen, weil beide Gruppen niedrigere Preise und höhere Absatzvolumina wollen.

Nur die anderen Unternehmen, die auf den jeweiligen Lieferstufen Konkurrenten der Ruhrgas und der Eon sind, müssen Nachteile hinnehmen, weil ihnen der neue Verbund als aggressiver Wettbewerber entgegentritt. Aber das ist immer so, wenn der Markt sich belebt und ein für die Verbraucher besseres Resultat zustande bringt. [...]

Die Verbraucherverbände sollten sich noch einmal genau überlegen, was sie tun. Big Business ist für sie nicht immer ein Nachteil.“

(Quelle: Financial Times Deutschland, 9. Juli 2002, S. 26.)

Nach der zweiten, verschärften Ministererlaubnis vom 18. September waren die Kommentarspalten der Wirtschaftsteile der Zeitungen erneut von diesem Thema beherrscht. Sehr kritisch äußerte sich Jürgen Klotz in der *Frankfurter Rundschau*:

„Auch Staatssekretäre haben ein Recht auf Irrtum. Insofern könnte man versucht sein, der jüngsten Entscheidung des Minister-Müller-Stellvertreters Alfred Tacke zumindest den positiven Aspekt abzugewinnen, dass er einen eingesehenen Fehler korrigiert und die nun bestätigte Erlaubnis für den Erwerb der Ruhrgas durch Eon mit strikteren Auflagen versehen hat.

Eine schlüssige Antwort auf die naheliegende Frage, welche zusätzlichen Erkenntnisse ihn bewogen, die Mammutfusion auf dem deutschen Gasmarkt jetzt an etwas härtere Bedingungen als im

Juli zu knüpfen, bleibt er jedoch schuldig. Weder vermag sein Hinweis darauf zu überzeugen, dass er damals mit der Verabschiedung der Novelle zum Energiewirtschaftsgesetz in dieser Legislaturperiode gerechnet habe. Noch bedeutet das Ausscheiden von Exxon und Shell aus dem Ruhrgas-Aktionärskreis eine der behaupteten ‚neueren Entwicklungen‘, die zunächst nicht hätten berücksichtigt werden können. Just den Rückzug von BP, Exxon-Mobil und Shell aus der Essener Ruhrgas hatte der Staatssekretär schon in seinem Juli-Beschluss ausdrücklich als ein den Wettbewerb belebendes Element gefeiert – nachzulesen unter Punkt 156 auf Seite 93 der damaligen Verfügung.

Von ‚neuerer Entwicklung‘ also keine Spur. Somit entlarvt sich die wegen handwerklicher Schlamperie Tackes notwendig gewordene Neuaufgabe des Erlaubnis-Verfahrens erstens als abgekartetes Spiel und zweitens als üble Schmierkomödie. Das bisschen jetzt aufgetragene weiße Salbe macht die ursprüngliche Entscheidung nicht erträglicher.“

(Quelle: Frankfurter Rundschau, 20. September 2002, S. 9.)

Werner Sturbeck sah dies in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* anders. Er unterstützte die Genehmigung des Zusammenschlusses durch den Staatssekretär und konnte sogar eine Zunahme an Wettbewerb auf dem Gasmarkt erkennen:

„Der Stromriese Eon hat abermals die ministerielle Erlaubnis erhalten, den führenden deutschen Gashändler Ruhrgas zu übernehmen. Staatssekretär Tacke folgt damit der europäischen Deregulierungspolitik. Deutschland hat seine Strom- und Gasmärkte sehr schnell geöffnet. Freilich müssen die Verbraucher erkennen, wie gering ihre Vorteile noch sind. Mißstände wie zu hohe Transportgebühren sind offensichtlich. Diese aber dürfen nicht zum Anlaß genommen werden, einheimische Energiekonzerne daran zu hindern, sich auf die allseits gewollte schärfere Konkurrenz in Europa vorzubereiten. Vielmehr müssen Politik und Kartellbehörden zuvörderst dafür sorgen, die noch vorhandenen Wettbewerbsbehinderungen auszumerzen. Die verschärften Auflagen sollen Eon dazu bringen, in Deutschland einen liquiden Handel mit Erdgas (Spotmarkt) zu gewährleisten. Das dient kleinen etablierten Versorgungsunternehmen ebenso wie den hierzulande noch wenig agierenden Energieriesen. Ein Spotmarkt macht Versorgungsunternehmen jeglicher Größenordnung flexibler. Auch ist er eine Voraussetzung dafür, daß sich die Preisbildung bei Erdgas von den politisch stärker beeinflussten Ölnotierungen löst. Die Ruhrgas ist in sehr langfristige Verträge eingebunden. Die Abgabe von Gasmengen an den Markt wird sie schmerzen, den Wettbewerb am Gasmarkt wird dies hingegen fördern.“

(Quelle: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 20. September 2002, S. 13.)

Ulf Brychcy schlug sich in der *Süddeutschen Zeitung* auf die Seite der Kritiker. Er sah die zukünftige Situation auf dem Gasmarkt völlig anders und ging nochmals auf das Spannungsfeld zwischen Industriepolitik und Verbraucherschutz sowie das Verfahren zur Vergabe der Erlaubnis ein:

„Der Fall Eon/Ruhrgas hat sich zu einer unendlichen Geschichte entwickelt, aus der sich zahlreiche Lehren ziehen lassen. Erstens: Einigen Politikern sind Zusagen gegenüber Großkonzernen wichtiger als die Interessen der Verbraucher. Zweitens: Dafür nehmen sie es sogar in Kauf, sich gründlich zu blamieren. Drittens: Öffentliche Proteste dringen kaum durch, weil sich neben der SPD auch die Union als Schutzmacht für Eon und Ruhrgas versteht. Und viertens: Die Ministererlaubnis im deutschen Kartellrecht ist überholt, weil sie Willkür zulässt und damit außerhalb der wettbewerblichen Ordnung steht.

Das zentrale Argument gegen die Übernahme von Ruhrgas durch den Energieriesen Eon bleibt trotz der von Wirtschaftsstaatssekretär Alfred Tacke notdürftig nachgebesserten Fusionsauflage bestehen: Sollte Eon das Ferngasunternehmen aus Essen schlucken, dann wird es bis auf weiteres keinen Wettbewerb auf dem Gasmarkt geben. Die Kunden, und hier vor allem die privaten Haushalte, müssen weiterhin überzogene Monopoltarife bezahlen. Und da Gaskraftwerke künftig für die Stromerzeugung immer wichtiger werden, kann der Riese Eon/Ruhrgas auch hier die Konditionen maßgeblich bestimmen. Der Konkurrenzdruck beim Strom ließe sogleich wieder nach.

Das Verfahren um die Ministererlaubnis war zu keiner Zeit ergebnisoffen und damit eine Farce. Etwas überspitzt gesagt: Bundeskanzler Schröder hatte den Eon-Managern die Genehmi-

gung zugesichert. Der eigentlich selbstbewusste Staatssekretär erschien somit als Erfüllungsgehilfe. Wohl auch deshalb verhedderte sich Tacke gleich mehrfach so heftig in dem Verfahren, dass seine Verfügungen vor Gericht anfechtbar wurden. Vergleichbares hat es in der Geschichte der deutschen Fusionskontrolle nie zuvor gegeben. [...]

Das Kartellamt und die Monopolkommission haben umfassend vor den weitreichenden wettbewerbsrechtlichen Problemen gewarnt und den Ruhrgas-Kauf durch Eon strikt abgelehnt. Damit wäre die Sache eigentlich erledigt gewesen. Tacke aber setzte sich darüber hinweg und führt kaum nachvollziehbare gesamtwirtschaftliche Vorteile, wie eine bessere Versorgungssicherheit beim Gas an. Es bleibt sein Geheimnis, warum dafür ein Monopol notwendig sein soll.“

(Quelle: Süddeutsche Zeitung, 20. September 2002, S. 19.)

## Anmerkungen

- 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Juli 2001, Siebenter Abschnitt, bes. § 39. – Allein im Jahr 2000 gab es 1.429 solcher anzeigepflichtiger Zusammenschlüsse. Vgl. Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/6300, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, S. 205.
- 2 E.on AG: Geschäftsbericht 2001, Düsseldorf 2002, o. S.; Ruhrgas AG: Geschäftsbericht 2001, Essen 2002, S. 3.
- 3 Alle Zahlen des folgenden Abschnitts nach: Ministererlaubnisverfahren bei Unternehmenszusammenschlüssen, [www.monopolkommission.de/stellung/mine\\_t.htm](http://www.monopolkommission.de/stellung/mine_t.htm), Abruf: 14.10.2002.
- 4 Vgl. für einen ersten Überblick Markus M. Müller/Roland Sturm: Was bleibt von staatlicher Verantwortung für die Grundversorgung der Bürger? Die Liberalisierung des Energie- und des Telekommunikationsmarktes in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Gegenwartskunde*, 49. Jhrg. (2000), Heft 1, S. 37-48. Aktuell und vergleichend angelegt ist die Studie von Bettina Bonde: Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft. Eine Untersuchung der politischen Ökonomie der Liberalisierung im internationalen Vergleich, Frankfurt am Main u.a. 2002.
- 5 Volker Emmerich: *Kartellrecht*. Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 2001, S. 345.
- 6 Müller/Sturm: Was bleibt von staatlicher Verantwortung?, S. 44.
- 7 Bundeskartellamt: B 8 – 40000 – U – 109/01 vom 17. Januar 2002.
- 8 Dass.: B 8 – 40000 – U – 149/01 vom 26. Februar 2002.
- 9 Dass.: B 8 – 40000 – U – 109/01, Ziff. 17; Dass.: B 8 – 40000 – U – 149/01, Ziff. 20.
- 10 Monopolkommission: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB, Ziff. 236.
- 11 Siehe Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie: Verfügung, *Gesch.-Z.* I B1 – 22 08 40 / 129.
- 12 Ebd., Ziff. 79.
- 13 Ebd., Ziff. 140.
- 14 Oberlandesgericht Düsseldorf: Beschluss, Kart 25/02 (V), S. 6.
- 15 Für diese telefonische Auskunft am 21. Oktober 2002 dankt der Autor Frau Claudia Neuhäus, stellvertretende Pressedezernentin des OLG Düsseldorf.
- 16 Eon bleibt trotz neuer Erlaubnis blockiert, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20. September 2002, S. 13.
- 17 Oberlandesgericht Düsseldorf: Pressemitteilung, 14. Oktober 2002.