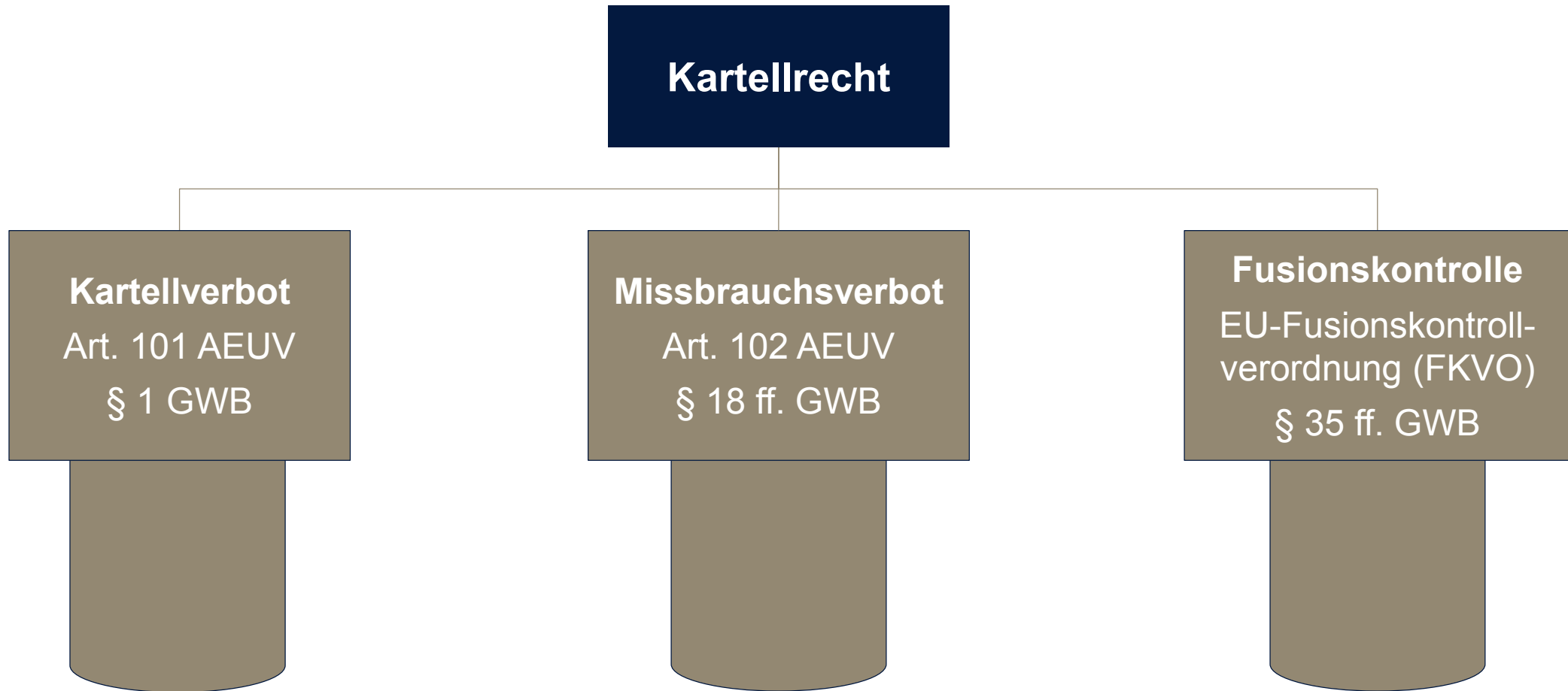


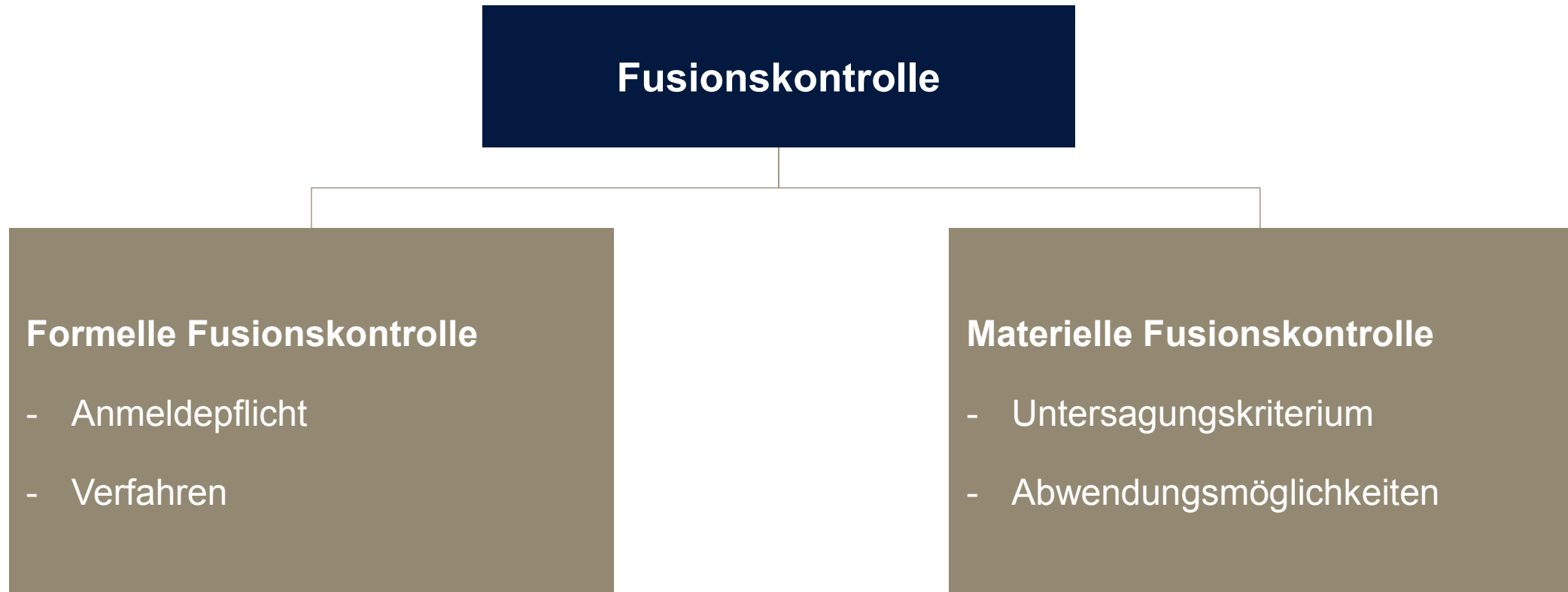
EUROPÄISCHE UND DEUTSCHE FUSIONSKONTROLLE

55. FIW-Akademie, 18./19. September 2019

Dr. Martin Raible, MALD (Fletcher)

I. EINFÜHRUNG





Einführung

Verhältnis Fusionskontrolle EU - Mitgliedstaaten

- **One-stop-shop: Vorrang der europäischen Fusionskontrolle bei Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung**
- **Nationale Fusionsvorschriften gem. § 35 Abs. 3 GWB nicht anwendbar, wenn europäische Fusionskontrolle ausschließlich anwendbar**
 - Ausschließliche Anwendbarkeit der europäischen Fusionskontrolle bei Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung i.S.d. Art. 3 FKVO, die Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 oder 3 FKVO erreichen
 - Art. 4 Abs. 5, 22 FKVO ermöglichen jedoch unter gewissen Voraussetzungen die Überprüfung von Zusammenschlüssen, die unterhalb der FKVO-Schwellenwerte liegen, durch die Kommission und umgekehrt (Verweisungssystem)
 - Verweisung an nationale Behörde auf Antrag Mitgliedstaat oder Zusammenschlussbeteiligte
 - Verweisung an Kommission auf Antrag Mitgliedstaat oder Zusammenschlussbeteiligte

Fusionskontrolle

Bedeutung für Transaktionen

- **Internationale Dimension**
- **Zeitplan**
- **Transaktionsrisiko und Unternehmenskaufvertrag**
- **Vollzugsverbot**

II. FORMELLE FUSIONSKONTROLLE

Formelle Fusionskontrolle

Zusammenschlusstatbestände Deutschland

- **Zusammenschlusstatbestand gem. § 37 GWB**
 - Abs. 1 Nr. 1: Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens (Vermögenserwerb)
 - Vermögen als Ganzes
 - Wesentlicher Teil des Vermögens
 - Abs. 1 Nr. 2: Erwerb der Kontrolle über ein anderes Unternehmen (Kontrollerwerb)
 - Alleinkontrolle (auch bei Beteiligungen unter 50 % möglich)
 - Mitkontrolle

Formelle Fusionskontrolle

Zusammenschlusstatbestände Deutschland

- **Zusammenschlusstatbestand gem. § 37 GWB**
 - Abs. 1 Nr. 3: Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen (Anteilserwerb)
 - erstmaliges Erreichen der genannten Stufen
 - 1. Stufe: 25 %
 - 2. Stufe: 50 %
 - Sonderfall nach Abs. 1 Nr. 3 S. 3: Gemeinsamer Anteilserwerb (Fiktion eines horizontalen Zusammenschlusses der Muttergesellschaften auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens)
 - Abs. 1 Nr. 4: Möglichkeit der Ausübung wettbewerblich erheblichen Einflusses
 - Auffangtatbestand (z.B. Anteilserwerb unter 25 % bei Vorliegen sog. Plusfaktoren)
 - „Plusfaktoren“ (z.B. zu erwartende Kooperation zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschafter, Zusatzrechte des Minderheitsgesellschafters, Know-How Vorsprung des Minderheitsgesellschafters)

Formelle Fusionskontrolle

Zusammenschlusstatbestände Deutschland

- **Einschränkungen**

- § 37 Abs. 2: Zusammenschluss bereits zusammengeschlossener Unternehmen und konzerninterne Vorgänge
- § 37 Abs. 3: Bankenklausel

Formelle Fusionskontrolle

Zusammenschlusstatbestände EU

- **Zusammenschlusstatbestand gem. Art. 3 FKVO**
 - Kontrollwechsel
 - Fusion
 - Rechtlich: Verschmelzung
 - Faktisch: Einheitliche Leitung
 - Kontrollerwerb
 - Alleinkontrolle
 - Gemeinsame Kontrolle
 - Gemeinschaftsunternehmen: Vollfunktionsfähigkeit
 - Einschränkungen (z.B. Bankenklausel)

Formelle Fusionskontrolle

Umsatzschwellen Deutschland

▪ **Umsatzschwellen § 35 Abs. 1 GWB:**

- > EUR 500 Mio. weltweit (alle beteiligten Unternehmen zusammen) und
 - > EUR 25 Mio. in Deutschland (ein beteiligtes Unternehmen) und
 - > EUR 5 Mio. in Deutschland (ein anderes beteiligtes Unternehmen)
- oder

▪ **Umsatzschwellen § 35 Abs. 1a GWB (transaktionswertbezogene Schwelle, mit 9. GWB-Novelle neu eingeführt):**

- > EUR 500 Mio. weltweit (alle beteiligten Unternehmen zusammen) und
- > EUR 25 Mio. in Deutschland (ein beteiligtes Unternehmen) und
- zweite Inlandsumsatzschwelle nicht erfüllt und
- Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss > EUR 400 Mio.
- → gemeinsamer Leitfaden des BKartA und der BWB

▪ **Ausnahmen (z.B. § 35 Abs. 2 Satz 1 GWB)**

Formelle Fusionskontrolle

Umsatzschwellen Deutschland

▪ Umsatzberechnung nach § 38 GWB

- Umsatzerlöse (ohne MwSt./Verbrauchssteuern) der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und der verbundenen Unternehmen (vgl. § 36 Abs. 2 GWB)
- keine Innenumsätze
- Sonderregelungen für
 - Warenhandel, Abs. 2: nur $\frac{3}{4}$ der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen
 - Presse- und Rundfunkumsätze, Abs. 3: Umsatzerlöse der Presse oder des Rundfunks mit Faktor 8 zu multiplizieren
 - Kredit- und Finanzinstitute sowie Bausparkassen, Abs. 4 S. 1: Anknüpfung an Ertragsgrößen
 - Versicherungsunternehmen, Abs. 4 S. 2, 3: Anknüpfung an Prämieinnahmen

Formelle Fusionskontrolle

Umsatzschwellen EU

▪ Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 oder 3 FKVO

- > EUR 5 Mrd. weltweit (alle beteiligten Unternehmen zusammen) und
- > EUR 250 Mio. EU-weit (mindestens von jeweils zwei beteiligten Unternehmen)

oder

- > EUR 2,5 Mrd. weltweit (alle beteiligten Unternehmen zusammen) und
- > EUR 100 Mio. jeweils in mindestens 3 Mitgliedstaaten (alle beteiligten Unternehmen zusammen) und
- > 25 Mio. in drei dieser Mitgliedstaaten und
- > EUR 100 Mio. EU-weit (mindestens jeweils von zwei beteiligten Unternehmen)

es sei denn alle Beteiligten haben jeweils mehr als 2/3 des EU-weiten Umsatzes in ein- und demselben Mitgliedstaat

▪ Umsatzberechnung

Formelle Fusionskontrolle

Verfahren Deutschland

- informelle Vorklärung möglich
- zweiphasiges formelles Verfahren
 - Vorprüfverfahren gem. § 40 Abs. 1 GWB: 1 Monat
 - Hauptprüfverfahren gem. § 40 Abs. 2 GWB: 4 Monate (einvernehmliche Fristverlängerung möglich)
- Ermittlungspraxis
- Entscheidungsmöglichkeiten
 - Freigabe, evtl. mit Auflagen und Bedingungen (beachte auch Möglichkeit der Freigabefiktion)
 - Untersagung
- Vollzugsverbot gem. § 41 GWB
- Beschwerde
- Ministererlaubnis gem. § 42 GWB

Formelle Fusionskontrolle

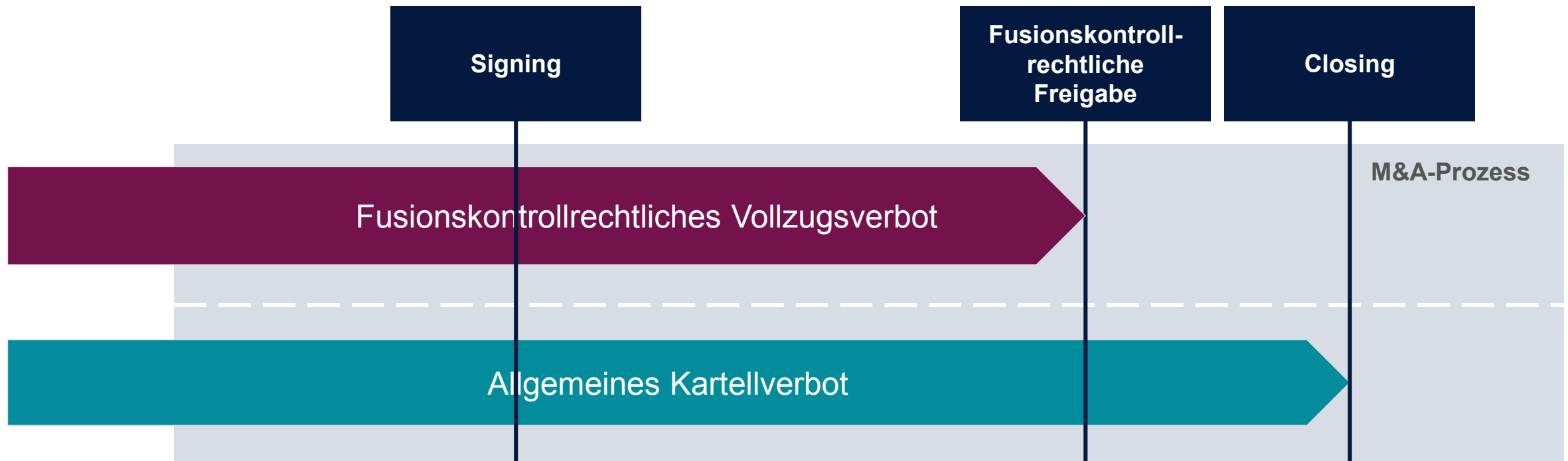
Verfahren EU

- informelle Vorklärung erforderlich
- zweiphasiges formelles Verfahren
 - Vorprüfverfahren (Phase 1): 25 Arbeitstage (nach Eingang der vollständigen Anmeldung), Art. 10 Abs. 1 FKVO
 - Prüfverfahren (Phase 2): 90 Arbeitstage (nach Einleitung des Verfahrens), Art. 10 Abs. 3 FKVO
 - Fristverlängerungen möglich, Gesamtdauer aller etwaigen Fristverlängerungen darf 20 Arbeitstage aber nicht übersteigen
- Ermittlungspraxis
- Entscheidungsmöglichkeiten
 - Freigabe, evtl. mit Auflagen und Bedingungen (beachte auch Möglichkeit der Freigabefiktion)
 - Untersagung
- Vollzugsverbot gem. Art. 7 FKVO
- Klage

Formelle Fusionskontrolle

Verfahren

- Vollzugs- und Kartellverbot



III. MATERIELLE FUSIONSKONTROLLE

Materielle Fusionskontrolle

Untersagungskriterium

▪ SIEC-Test

- Wortlaut § 36 Abs. 1 S. 1 GWB:

„Ein Zusammenschluss, durch den **wirksamer Wettbewerb erheblich behindert** würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen.“

- Mit 8. GWB-Novelle 2013 Angleichung an das europäische Recht

▪ **Marktbeherrschung zentrales Kriterium der Fusionskontrolle**

▪ **Bedeutung der Marktabgrenzung**

- Bedarfsmarktkonzept
- Sachlich
- Räumlich

▪ **Bedeutung Wettbewerbsökonomie**

Materielle Fusionskontrolle

Untersagungskriterium

- **Kriterien**
 - Vermutungsregeln (§ 18 Abs. 4 bis Abs. 6 GWB)
 - Wettbewerblich hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum?
 - Höhe des Marktanteils der an der Fusion beteiligten Unternehmen
 - Marktanteilszuwachs
 - Abstand zu den Wettbewerbern
 - Verteilung von Marktanteilen unter den Wettbewerbern

- **§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-3 GWB**
 - Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen
 - Bagatellmarkt
 - Sanierungsfusion Presse

Materielle Fusionskontrolle

Abwendungsmöglichkeiten

- **Veräußerungszusagen bevorzugt**
- **Beseitigung der Überschneidung oder Absenkung auf akzeptablen gemeinsamen Marktanteil**
- **„Lebensfähigkeit“ des Veräußerungsobjekts**
- **Eignung des Käufers**
- **Markttest**

IV. FALLBEISPIEL: E.ON UND RWE

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Sachverhalt

- **Sachverhalt (vereinfacht)**
 - März 2018: Bekanntgabe des Zusammenschlussvorhabens durch Energieversorger E.ON und RWE
 - Zweck des Vorhabens: Fokussierung auf bestimmte Geschäftsgebiete durch Aufteilung der Geschäftsfelder
 - RWE wird nach dem Zusammenschluss in erster Linie auf den vorgelagerten Märkten für Stromerzeugung und -großhandel tätig sein
 - E.ON wird sich auf die Verteilung von Strom und Gas und den einschlägigen Einzelhandel konzentrieren

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Sachverhalt

▪ Sachverhalt (vereinfacht)

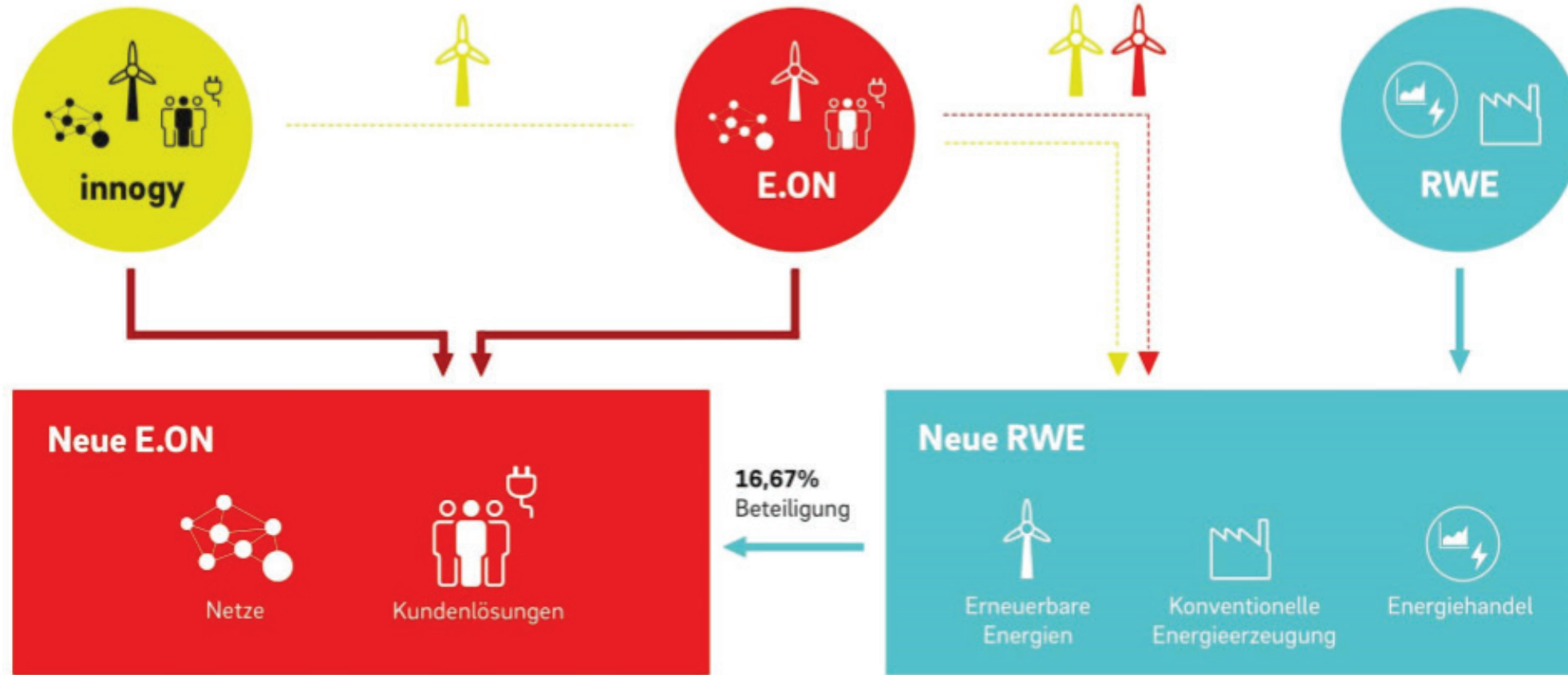
- Umsetzung durch komplexen Tausch von Vermögenswerten
 - (1) RWE erwirbt 16,67 % der Anteile an E.ON
 - (2) RWE erwirbt E-ON-Vermögenswerte zur Erzeugung von erneuerbarem Strom und von Kernenergiestrom
 - (3) E.ON übernimmt 76,8 % der Anteile an innogy, die derzeit noch von RWE gehalten werden (RWE behält aber das erneuerbare Energiegeschäft sowie das Gasspeichergeschäft)



3 Einzeltransaktionen, die jeweils getrennt zu prüfen sind

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Sachverhalt



*Dies ist eine vereinfachte Darstellung. Nukleare Anlagen sowie einige kleinere Anlagen und Beteiligungen bleiben unberücksichtigt.

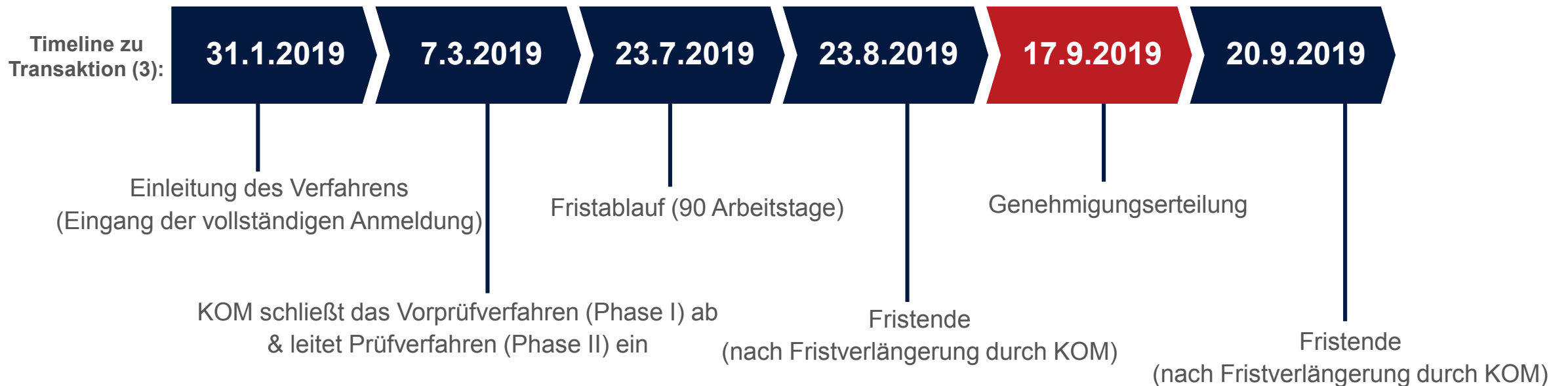
Quelle: https://www.energyfortomorrow.de/cgi-bin/show.ssp?companyName=1007_ma&language=German&id=0

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Stand der Fusionskontrollverfahren

▪ Stand der Fusionskontrollverfahren

- 26.02.2019: Genehmigung der Transaktion (1) durch das Bundeskartellamt (Ende des Verfahrens)
- 26.02.2019: Genehmigung der Transaktion (2) durch die Europäische Kommission (Ende des Verfahrens)
- 17.09.2019: Genehmigung der Transaktion (3) unter Auflagen durch die Europäische Kommission (Ende des Verfahrens)



Fallbeispiel

E.ON und RWE: Formelle Prüfung

Formelle Fusionsprüfung

(1) Erwerb von 16,67 % der Anteile an E.ON durch RWE

- Zusammenschlusstatbestand?
 - kein Zusammenschlusstatbestand der FKVO erfüllt, da Kontrollerwerb (-)
 - § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (+), da wettbewerblich erhebliche Einflussmöglichkeit von RWE auf E.ON
 - Einflussmöglichkeit auf die Willensbildung und auf das Marktverhalten von E.ON (insbes. Recht, ein Mitglied des Aufsichtsrats von E.ON vorzuschlagen)
 - RWE kann bei der Entscheidung über den Einsatz der Ressourcen von E.ON eigene Wettbewerbsinteressen zur Geltung zu bringen

- Umsatzschwellen § 35 GWB überschritten (+)

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Formelle Prüfung

Formelle Fusionsprüfung

(2) Erwerb der E-ON-Vermögenswerte zur Erzeugung von erneuerbarem Strom und von Kernenergiestrom durch RWE

- Zusammenschlusstatbestand?
 - Kontrollerwerb i.S.d. Art. 3 I lit. b FKVO und des § 37 I Nr. 2 GWB

- Vorrang der europäischen Fusionskontrolle, sodass Europäische Kommission zuständig?
 - Zusammenschluss mit gemeinschaftsweiter Bedeutung (+)
 - Verweisung an BKartA (-)

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Formelle Prüfung

Formelle Fusionsprüfung

(3) Übernahme der innogy-Anteile in Höhe von 76,8 % durch E.ON

- Zusammenschlusstatbestand?
 - Kontrollerwerb i.S.d. Art. 3 I lit. b FKVO und des § 37 I Nr. 2 GWB

- Vorrang der europäischen Fusionskontrolle, sodass Europäische Kommission zuständig?
 - Zusammenschluss mit gemeinschaftsweiter Bedeutung (+), Umsatz innogy ca. EUR 41 Mrd., E.ON ca. EUR 38 Mrd. & 2/3-Ausnahme nicht einschlägig, sodass nationale Fusionskontrolle gem. § 35 Abs. 3 GWB verdrängt
 - Verweisung an BKartA (-), da große Bedeutung des Zusammenschlusses für den gesamten europäischen Energiemarkt

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Materielle Prüfung

Materielle Fusionsprüfung

(1) Erwerb von 16,67 % der Anteile an E.ON durch RWE

▪ Maßstab

- Gesamttransaktion, d.h. es wurde vorausgesetzt, dass auch die anderen Transaktionen wie angemeldet vollzogen werden
- Hauptsächlich betroffener Markt: Markt für die Stromerzeugung und den Erstabsatz von Strom

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Materielle Prüfung

Materielle Fusionsprüfung

(1) Erwerb von 16,67 % der Anteile an E.ON durch RWE

▪ Sachliche Marktabgrenzung

- BKartA unterscheidet insbesondere folgende Märkte:
 - Stromer Absatzmarkt: Markt für die Erzeugung und den Erstabsatz von Strom
 - Markt für die Erzeugung und Vermarktung von EEG-Strom
 - Endkundenmarkt für Belieferung von Großkunden
 - Endkundenmarkt für Belieferung von Kleinkunden

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Materielle Prüfung

Materielle Fusionsprüfung

(1) Erwerb von 16,67 % der Anteile an E.ON durch RWE

▪ Räumliche Marktabgrenzung

- bisher nach BKartA: Staatsgebiet von Deutschland, Österreich und Luxemburg = 1 Marktgebiet
- nunmehr möglicherweise geboten, Marktgebiet auf Deutschland/Luxemburg zu beschränken
Grund: Einführung der Engpassbewirtschaftung an der österreichisch-deutschen Grenze am 1.10.2018, wodurch Österreich zu einem eigenständigen Marktgebiet geworden ist
- BKartA ist im vorliegenden Verfahren von engerem räumlichen Marktgebiet ausgegangen, ohne sich festzulegen

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Materielle Prüfung

Materielle Fusionsprüfung

(1) Erwerb von 16,67 % der Anteile an E.ON durch RWE

▪ Stellung des Zielunternehmens E.ON auf dem Stromer Absatzmarkt

- Erzeugungskapazitäten von E.ON sinken mit Atomausstieg bis 2022 auf weniger als 1 %

▪ Stellung des Erwerberunternehmens RWE

- Marktanteil i.H.v. 29,9 % (laut Energiemonitoring 2017; 2016 noch 33,5 %)
- Schlussfolgerung aus RSI (Residual Supply Index):
RWE bereits in nicht unerheblicher Anzahl von Stunden im Jahr unverzichtbar für Deckung der Stromnachfrage, allerdings nicht Niveau für Annahme einer marktbeherrschenden Stellung (aber Verschärfung mit Atom- und Kohleausstieg zu erwarten)

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Materielle Prüfung

Materielle Fusionsprüfung

(1) Erwerb von 16,67 % der Anteile an E.ON durch RWE

- **erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch Minderheitsbeteiligung (-)**
 - Minderheitsbeteiligung vermittelt RWE keine Kontrolle über die bei E.ON verbleibenden Erzeugungskapazitäten
 - bei dieser Beteiligungshöhe kann RWE seinen Einfluss im Tagesgeschäft gegen die Interessen von E.ON nicht durchzusetzen (z.B. durch Zurückhaltung der E.ON-Kraftwerke im Interesse von RWE)
 - keine relevante Verstärkung der Möglichkeiten und Anreize von RWE für eine preistreibende Kapazitätszurückhaltung durch Erwerb der Minderheitsbeteiligung (trotz Beteiligung an E.ON-Gewinnen)

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Materielle Prüfung

Materielle Fusionsprüfung

(2) Erwerb der E-ON-Vermögenswerte zur Erzeugung von erneuerbarem Strom und von Kernenergiestrom durch RWE

▪ **erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (-)**

- RWE zwar Marktanteil von ca. 30 Prozent, aber Zuwachs durch Vorhaben deutlich unter 1 % (zudem ist ein Teil des Zuwachses aufgrund des Atomausstiegs 2022 lediglich vorübergehend)
- Vorhaben hat keine Auswirkung auf Fähigkeit & Anreiz von RWE, die Marktpreise durch das Zurückhalten von Strom zu beeinflussen
Grund: Zuwachs so gering, dass er den Anreiz von RWE kaum wesentlich steigert

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Materielle Prüfung

Materielle Fusionsprüfung

(3) Übernahme der innogy-Anteile in Höhe von 76,8 % durch E.ON

- **erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs?**
 - Vorhaben bewirkt Wegfall eines wichtigen Wettbewerbers auf dem Energieeinzelhandelsmarkt in einer Reihe von Mitgliedstaaten (u.a. Deutschland und Tschechien)
 - Bedenken, dass verbleibender Wettbewerbsdruck ausreicht, um die Marktmacht des neu entstehenden Unternehmens zu beschränken und Preiserhöhungen für die Verbraucher zu vermeiden

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Materielle Prüfung

Materielle Fusionsprüfung

(3) Übernahme der innogy-Anteile in Höhe von 76,8 % durch E.ON

- **erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs?**
 - Bedenken der Kommission hinsichtlich folgender Märkte:
 - **Deutscher Markt für Heizstromlieferungen**
 - **Deutscher Markt für die Lieferung von Autobahn-Ladestationen für Elektrofahrzeuge**
 - **Tschechischer Markt für den Einzelhandel mit Gas und Strom**
 - **Ungarischer Markt für den Einzelhandel mit Strom für Unternehmen im nicht regulierten Marktsegment**

Fallbeispiel

E.ON und RWE: Materielle Prüfung

Materielle Fusionsprüfung


(3) Übernahme der innogy-Anteile in Höhe von 76,8 % durch E.ON

- **erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs?**

- Möglichkeiten von E.ON, um drohende Untersagung abzuwenden?

- **Verpflichtungszusagen** abgeben, die Bedenken der Kommission beseitigen!

z.B. Veräußerung des E.ON-Geschäfts im Bereich Einzelhandel mit Strom für Kunden im nicht regulierten Marktsegment in Ungarn und im Bereich Strom- und Gaseinzelhandel in Tschechien

 wenn Zusagen die Bedenken beseitigen können, **Freigabe unter der Auflage**, dass die Verpflichtungszusagen in vollem Umfang eingehalten werden (so geschehen am 17.9.2019)

VIELEN DANK

für Ihre Aufmerksamkeit

Standorte

Berlin

Friedrichstraße 71
10117 Berlin
Deutschland

T +49 30 800979-0
F +49 30 800979-979

Frankfurt

Taunusanlage 11
60329 Frankfurt
Deutschland

T +49 69 95514-0
F +49 69 95514-198

München

Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München
Deutschland

T +49 89 21667-0
F +49 89 21667-111

Brüssel

Rue de Loixum 25
1000 Brüssel
Belgien

T +32 2 551-1020
F +32 2 551-1039

Düsseldorf

Dreischeibenhaus 1
40211 Düsseldorf
Deutschland

T +49 211 54061-0
F +49 211 54061-111

Hamburg

Hohe Bleichen 19
20354 Hamburg
Deutschland

T +49 40 460017-0
F +49 40 460017-28

Stuttgart

Lautenschlagerstraße 21
70173 Stuttgart
Deutschland

T +49 711 8997-0
F +49 711 855096

www.gleisslutz.com