



# **Wettbewerbsrechtliche Einordnung des RWE – E.ON- Zusammenschlussvorhabens**

**Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille)  
unter Mitarbeit von wiss. Mit. Markus Welzenbach**

**Sonderworkshop zum  
Zusammenschlussvorhaben RWE – E.ON  
Institut für Energie- und Regulierungsrecht (enreg) Berlin  
8. Mai 2018**

## **Gliederung:**

1. Das Vorhaben
2. Formelle Fusionsprüfung
3. Materielle Fusionsprüfung

## 1. Das Vorhaben

- 11./12.3.2018: Ad-hoc-Meldungen der beteiligten Unternehmen: Abschluss einer Vereinbarung zwischen E.ON und RWE über die Übertragung des von RWE gehaltenen Anteils an innogy sowie über einen weitreichenden Tausch von Geschäftsaktivitäten und Beteiligungen
- Das geplante Vorhaben hinsichtlich der Übernahme von innogy
  - Vollständiger Erwerb der von RWE gehaltenen 76,8 %-Beteiligung an innogy durch E.ON
  - Freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot von E.ON an die Minderheitsaktionäre von innogy
  - RWE behält das gesamte erneuerbare Energiegeschäft sowie das Gasspeichergeschäft von innogy sowie den innogy-Anteil am österreichischen Energieversorger Kelag (37,9 %)

## 1. Das Vorhaben

- Zusätzliche Tauschvorgänge im Hinblick auf Geschäftsaktivitäten und Beteiligungen
  - RWE erhält eine Beteiligung an E.ON in Höhe von 16,67 %
  - E.ON überträgt an RWE einen großen Teil seines Geschäfts mit erneuerbaren Energien
  - E.ON überträgt an RWE Minderheitsbeteiligungen seiner Tochter PreussenElektra an den von RWE betriebenen Kernkraftwerken Emsland (12,5 %) und Gundremmingen (25 %)
- Barzahlung von RWE an E.ON in Höhe von 1,5 Milliarden Euro

## Hintergrund des Zusammenschlusses (1)

### Aus gemeinsamer Pressemitteilung von E.ON und RWE:

- „Zwei europäische Energieunternehmen fokussieren ihre Aktivitäten“
- „Die Transaktion bündelt die Stärken der beiden früher vertikal integrierten deutschen Versorgungsunternehmen und ermöglicht die Fokussierung auf Netze und Kundenlösungen einerseits, sowie auf ein voll diversifiziertes Erzeugungsgeschäft andererseits.“
- „Mit der neuen E.ON entsteht ein führendes Unternehmen mit einem klaren Fokus auf intelligente Stromnetze und Kundenlösungen, ideal positioniert, um als Innovationstreiber die Energiewende in Europa voranzubringen.“

# 1. Das Vorhaben

## Hintergrund des Zusammenschlusses (1)

### Aus gemeinsamer Pressemitteilung von E.ON und RWE:

- „RWE wird zu einem breit aufgestellten Stromerzeuger, der sein konventionelles Erzeugungsgeschäft optimal mit einem großen Portfolio aus erneuerbaren Energien ergänzt und über seine bestehende Handelsplattform vernetzt.“
- „Die Transaktion bündelt die Stärken der beiden früher vertikal integrierten deutschen Versorgungsunternehmen und ermöglicht die Fokussierung auf Netze und Kundenlösungen einerseits, sowie auf ein voll diversifiziertes Erzeugungsgeschäft andererseits.“

## Hintergrund des Zusammenschlusses (2)

### Aus gemeinsamer Pressemitteilung von E.ON und RWE:

- „Durch die Transaktion wird RWE über „CO2-freie Erzeugungskapazitäten in Höhe von rund 8 Gigawatt (GW) aus Wind Offshore und Onshore sowie Wasser und Photovoltaik verfügen. RWE wird so zur Nummer drei in Europa im Geschäft mit erneuerbaren Energien insgesamt und zur Nummer zwei bei der Windkraft.“
- „Die neue E.ON wird das erste ehemals integrierte europäische Energieunternehmen, das sich konsequent auf die Bedürfnisse seiner rund 50 Millionen europäischen Kunden fokussiert und intelligente Netze sowie innovative Kundenlösungen anbieten wird.“

# 1. Das Vorhaben

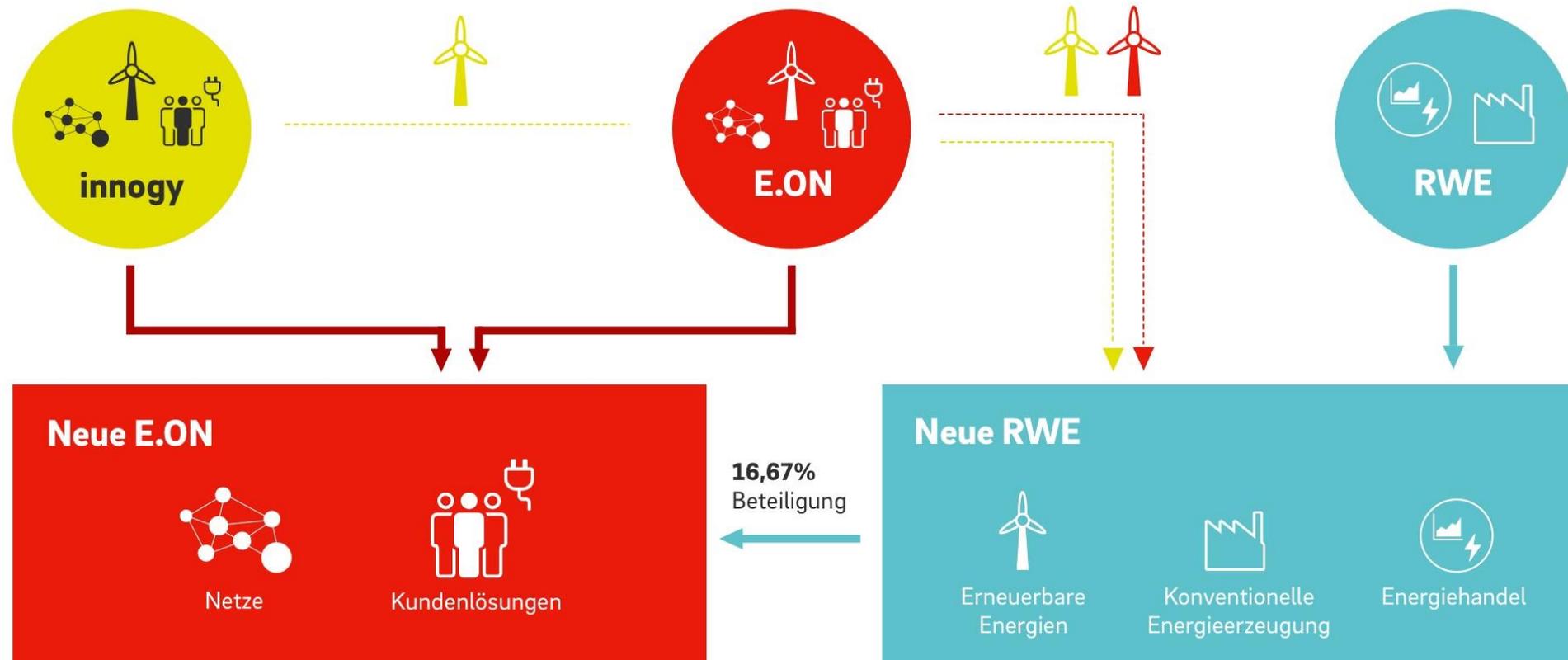
## Hintergrund des Zusammenschlusses (2)

### Aus gemeinsamer Pressemitteilung von E.ON und RWE:

- E.ON erwartet erhebliche Synergien (600-800 Mio. Euro jährlich), die ab 2022 realisiert werden sollen.
- Abschluss der Transaktion wird bis Ende des Jahres 2019 erwartet.

# 1. Das Vorhaben

## Zwei fokussierte europäische Energieunternehmen werden geschaffen



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

## 2. Formelle Fusionsprüfung

### a) **Anmeldung des geplanten Zusammenschlusses bei den zuständigen Wettbewerbsbehörden (vgl. Art. 4 I FKVO, § 39 GWB)**

- Grund: Vollzugsverbot bis zum Erlass einer Vereinbarkeitserklärung, Art. 7 I FKVO bzw. § 41 I GWB
- Zusammenschlussvorhaben RWE – E.ON: Bisher noch keine Anmeldung bei einer Wettbewerbsbehörde, lediglich informelle Vorgespräche (Brüssel, Bonn)

### b) Frage der Kontrollbedürftigkeit und der Zuständigkeit

#### Zweistufiges Vorgehen:

- Zusammenschluss im Sinne des Art. 3 FKVO bzw. des § 37 GWB?
  - Im Vergleich mit FKVO weiterer Zusammenschlussbegriff im GWB
- Zuständigkeit von Kommission oder Bundeskartellamt?
  - Schwellenwerte
  - one-stop-shop-Prinzip

### b) Frage der Kontrollbedürftigkeit und der Zuständigkeit – Forts.

#### Die unterschiedlichen Zusammenschlussbegriffe in FKVO und GWB:

##### **Art. 3 I FKVO:**

- lit a: Fusion (Verschmelzung)
- lit. b: Kontrollerwerb

##### **§ 37 I GWB**

- Nr. 1: Vermögenserwerb
- Nr. 2: Kontrollerwerb
- Nr. 3: Anteilserwerb [a) 50 %, b) 25 %]
- Nr. 4: Erlangung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses

## 2. Formelle Fusionsprüfung

### b) Frage der Kontrollbedürftigkeit und der Zuständigkeit – Forts.

#### Einzeltransaktionen des Zusammenschlussvorhabens E.ON - RWE:

- (1) Übernahme von innogy durch E.ON
- (2) Anteilserwerb von RWE an der neuen E.ON
- (3) Erwerb der Minderheitsbeteiligungen von PreussenElektra an den beiden RWE-Kernkraftwerken durch RWE
- (4) Eingliederung der von innogy und E.ON ausgegliederten Sparten (insbes. erneuerbare Energien) in RWE

### b) Frage der Kontrollbedürftigkeit und der Zuständigkeit – Forts.

#### (1) Die innogy-Übernahme durch E.ON

- Erwerb des 76,8 %-Anteils von RWE an innogy
  - Kontrollerwerb i.S.d. Art. 3 I lit. b FKVO sowie des § 37 I Nr. 2 GWB
- Zusätzlich: Freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot durch E.ON an Minderheitsaktionäre von innogy (insgesamt: 23,2 % der Anteile)
  - Keine weiteren fusionskontrollrechtlichen Bedenken: E.ON verfügt durch RWE-Anteil ohnehin über absolute Kontrolle, keine Sperrminorität gegeben
  - Keine gesonderte Fusionsprüfung erforderlich

### (1) Die innogy-Übernahme durch E.ON – Forts.

#### Schwellenwerte für die Zuständigkeiten der Kommission und des BKartA

##### – Zuständigkeit der Kommission

- Vss.: Anwendbarkeit der FKVO, d.h. gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlussvorhabens (Art. 1 I FKVO)
- Schwellenwerte für Anwendbarkeit der FKVO (Art. 1 II FKVO):
  - Weltweiter Gesamtvorjahresumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammengenommen von mehr als 5 Mrd. Euro und
  - Gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. EUR und
  - Beteiligte Unternehmen erzielen jeweils nicht mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in einem MS.

## 2. Formelle Fusionsprüfung

### (1) Die innogy-Übernahme durch E.ON – Forts.

#### Schwellenwerte für die Zuständigkeiten der Kommission und des BKartA

##### – Zuständigkeit des Bundeskartellamtes

- Vss.: Anwendbarkeit des GWB → Voraussetzungen des § 35 I GWB
  - Weltweiter Gesamtvorjahresumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammengenommen von mehr als 500 Mio. EUR und
  - Umsatzerlöse in Deutschland: Mehr als 25 Mio. EUR von mindestens einem der beteiligten Unternehmen und mehr als 5 Mio. EUR von einem anderen beteiligten Unternehmen und
  - Kein Zusammenschluss eines unabhängigen Unternehmens mit weltweitem Umsatz von weniger als 10 Mio. EUR mit einem anderen Unternehmen (§ 35 II GWB, de-minimis-Schwelle)

### (1) Die innogy-Übernahme durch E.ON

#### Verhältnis europäisches Recht – nationales Recht

- **one-stop-shop-Prinzip:** Ausschließliche Zuständigkeit der Kommission, sobald Anwendungsbereich der FKVO eröffnet (Art. 21 II, III FKVO, vgl. auch § 35 III GWB)
- Allerdings **Verweisungsmöglichkeiten** an die MS
  - Vor der Anmeldung und auf Antrag der Anmelder: Art. 4 Abs. 4 FKVO (bei mitgliedstaatlichem Schwerpunkt des Falles)
  - Nach der Anmeldung: Art. 9 FKVO (ggf. auf Antrag eines Mitgliedsstaates)

### (1) Die innogy-Übernahme durch E.ON

- Wegen hoher Umsatzzahlen FKVO anwendbar, Kommission zuständig (innogy ca. 41 Mrd. EUR, E.ON ca. 38 Mrd. EUR in 2017); gemeinschaftsweiter Umsatz von jeweils mehr als 250 Mio. EUR; zwei Drittel-Ausnahme hier kaum einschlägig, da Energiekonzerne in verschiedenen MS tätig).
- Verweisung an BKartA?
  - So im Fall RWE/Saar Ferngas (2006: Verweisung nach Art. 4 IV FKVO)
  - Verweisungsantrag nach Art. 9 II FKVO bspw. abgelehnt im Fall Telefónica Deutschland/E-Plus (2014)
  - Gegen Verweisung spricht: Nicht nur deutsche Märkte betroffen, Bedeutung der Transaktion für den europäischen Energiemarkt

### (2) Der Anteilserwerb von RWE an der neuen E.ON

- Anteilserwerb von 16,67 % fällt nicht unter den Zusammenschlussbegriff der FKVO (kein Kontrollerwerb)
- Vorgang bildet keine untrennbare Einheit mit der innogy-Übernahme, vgl. Tz. 44 der EG Fusionskontrollmitteilung: *„Nach der Fusionskontrollverordnung ist es jedoch nicht zulässig, verschiedene Transaktionen, die nur zum Teil den Erwerb der Kontrolle betreffen, zum Teil aber auch den Erwerb von anderen Vermögenswerten, z. B. Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollbefugnisse an anderen Unternehmen, gemeinsam zu behandeln.“*

### (2) Der Anteilserwerb von RWE an der neuen E.ON

- Zusammenschluss i.S.d. § 37 I GWB?
  - Nr. 2 (Kontrollerwerb) und Nr. 3 (Anteilserwerb i.H.v. 25 % oder 50 %) nicht einschlägig
  - Nr. 4: Wettbewerblich erheblicher Einfluss?
    - Auffangtatbestand
    - Mitunter weite Auslegung des Tatbestandes durch BKartA (Fall *Bonner Zeitungsdruckerei*: Anteilserwerb i.H.v. 9 %, Fall *A-TEC/Norddeutsche Affinerie*: Anteilserwerb i.H.v. 13,75 %)

### (2) Der Anteilserwerb von RWE an der neuen E.ON

- Insbesondere dann (+), wenn Recht zur Benennung von mehreren Geschäftsführungs- und/oder Aufsichtsratsposten
- Auch Marktstärke und Marktkenntnis des Erwerbers kann insoweit berücksichtigt werden
- Wettbewerblich erheblicher Einfluss dann (+), wenn RWE nicht unerheblichen Einfluss auf Besetzung des AR ausüben kann (bspw. 2 oder mehr von 9 bzw. 17 Mitglieder benennen kann)

## 2. Formelle Fusionsprüfung

### (3) Der Erwerb der Minderheitsbeteiligungen von PreussenElektra an den beiden RWE-Kernkraftwerken durch RWE

- RWE erwirbt Anteile am Kernkraftwerk Gundremmingen in Höhe von 25 %
  - 75 % der Anteile bereits im Eigentum der RWE Power AG
  - Lediglich Verstärkung einer bereits bestehenden Kontrolle → Vorgang fällt nicht unter den Zusammenschlussbegriff der FKVO und wohl auch nicht unter denjenigen des GWB → insoweit keine Fusionsprüfung erforderlich
- RWE erwirbt Anteile am Kernkraftwerk Emsland in Höhe von 12,5 %
  - 87,5 % der Anteile bereits im Eigentum der RWE Power AG
  - Lediglich Verstärkung einer bereits bestehenden Kontrolle → insoweit keine Fusionsprüfung erforderlich

### **SIEC-Kriterium: Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs?**

#### **Art. 2 III FKVO:**

„Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.“

#### **§ 36 I 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.“

## 3. Materielle Fusionsprüfung

### SIEC-Kriterium: Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs?

Unterscheide:

- Horizontale Fusionswirkungen
- Vertikale Fusionswirkungen
- Konglomerate Fusionswirkungen

Vorgehen:

- a) Bestimmung der vom Vorhaben betroffenen Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht (**Marktabgrenzung**)
- b) Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten? Insbes. **Marktbeherrschung** (Begründung oder Verstärkung).

## 3. Materielle Fusionsprüfung

### a) Betroffene Märkte des Zusammenschlussvorhabens RWE – E.ON

#### Betroffene Geschäftsfelder insbesondere:

- Erzeugung Energie/Strom (konventionelle Stromerzeugung, Ökostrom) und Handel
- Verteilung und Transport (über Netze)
- Vertrieb an Kunden

## 3. Materielle Fusionsprüfung

### a) Betroffene Märkte des Zusammenschlussvorhabens RWE – E.ON

#### (1) Sachliche Marktabgrenzung

BKartA differenziert in Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel (2011) insb. zwischen:

- Markt für den Erstabsatz von Strom → konventionelle Stromerzeugung
- Markt für Erzeugung und Vermarktung von EEG-Strom
- Markt für Vermarktung von Erzeugungskapazitäten als Regelenergie
- Keine Differenzierung nach Stellung in der Merit-Order

Gründe für Nichteinbeziehung des EEG-Stroms:

- Erzeugung und Vermarktung von EEG-Strom ist nicht wettbewerblich organisiert
- ist insbes. unabhängig von Nachfrage- und Preissignalen aufgrund spezieller gesetzlicher Bestimmungen

### a) Betroffene Märkte des Zusammenschlussvorhabens RWE – E.ON

#### (1) Sachliche Marktabgrenzung

EEG-Stroms als eigener Markt:

- Erzeugung und Vermarktung von EEG-Strom ist nicht wettbewerblich organisiert
- ist insbes. unabhängig von Nachfrage- und Preissignalen aufgrund spezieller gesetzlicher Bestimmungen

## 3. Materielle Fusionsprüfung

### a) Betroffene Märkte des Zusammenschlussvorhabens RWE – E.ON

#### (2) Markt für den Erstabsatz von Strom – räumliche Marktabgrenzung

- Früher rein nationale Marktabgrenzung
- Seit Sektoruntersuchung (2011): Einbeziehung des österreichischen Marktes
- Bisher keine Einbeziehung anderer nationaler Märkte (Grund insb.: Engpässe an den Grenzkuppelstellen)

### b) Der Markt für den Erstabsatz von Strom in Deutschland/Österreich

#### Marktkonzentration

#### Anteil an Kapazitätsmenge:

- 2009: Big 4: RWE 31 %, E.ON 19 %, Vattenfall 16 %, EnBW 14 % (insg. 80 %)
- 2015: Big 4: RWE 30 %, E.ON 9 %, Vattenfall 19 %, EnBW 11 % (insg. 69 %)
- 2016: Big 5: RWE 31 %, E.ON/Uniper 8,5 %, Vattenfall 15 %, EnBW 11 %, LEAG 4 % (insg. ca. 69 %)

Anfang 2018: Verkauf von E.ON-Tochter Uniper an Fortum (FIN)

*Art. 101 Abs. 1 AEUV verbietet Verzicht auf – potentiellen – Wettbewerb (hier: durch E.ON)!*

### b) Der Markt für den Erstabsatz von Strom in Deutschland/Österreich

#### Wettbewerbsprobleme infolge der Fusion?

- Oligopol der großen Energieversorger?
- In Vergangenheit (Sektoruntersuchung 2011) gemeinsame Marktbeherrschung der Big 4 angenommen
- Gilt das noch für Big 5?
- Keine Veränderung der Marktmacht des – unterstellten – 5er Oligopols ersichtlich, 39%-Beteiligung von RWE an Kelag bleibt konzernintern.

### b) Der Markt für den Erstabsatz von Strom in Deutschland/Österreich

#### Wettbewerbsprobleme infolge der Fusion?

- Einzelmarktbeherrschung durch RWE?
- RWE hat etwa 31 % Marktanteil, Vermutung erst ab 40 %, § 18 Abs. 4 GWB.
- Marktmachtverstärkende Wirkung aufgrund Verknüpfung der Aktivitäten mit (stärkerer) EEG-Stromerzeugung?
- Stärkung der Stellung von RWE durch Rückzug von E.ON aus dem Markt?
- RWE plant angeblich weitere Übernahmen im Bereich der konventionellen Stromerzeugung (Kohle- und Gaskraftwerke von EnBW)

## **3. Materielle Fusionsprüfung**

### **b) Der Markt für den Erstabsatz von Strom in Deutschland/Österreich**

#### **Wettbewerbsprobleme infolge der Fusion?**

- Gegen Marktbeherrschung und erhebliche Wettbewerbsbehinderung sprechen:
  - Rückläufiger Marktanteil der Big 4 bzw. Big 5
  - Stilllegung weiterer AKW bis 2022

## 3. Materielle Fusionsprüfung

### c) Der Markt für die Erzeugung und Vermarktung von EEG-Strom in D/A

- Geringe Marktanteile der Big 5: 6 % (Erzeugungsmenge) bzw. 3 % (Kapazitätsmenge), siehe Monitoringbericht BNetzA/BKartA 2017, S. 45.
- Innogy und E.ON setzten 2017 jeweils lediglich ca. 1 Mrd. EUR im Bereich der erneuerbaren Energien um (bei einem Gesamtumsatz von 41 bzw. 38 Mrd. EUR)
- Branche mit großem Wachstumspotenzial.
- Konkrete Wettbewerbsbedenken innerhalb des für die Fusionskontrolle relevanten Prognosezeitraums (3-5 Jahre) nicht ersichtlich.

## 3. Materielle Fusionsprüfung

### d) Der Markt für den Transport und die Verteilung von Strom (Netze)

- Übernahme der innogy-Netze bzw. Stadtwerk-Beteiligungen durch E.ON
- **Wettbewerbsprobleme infolge Fusion?**
  - Konzessionen (E.ON als Nachfrager):
    - Wettbewerb findet iFv Ausschreibungen statt
    - 20 Jahre Laufzeit
    - Kurzfristige Belebung des Wettbewerbs durch Sonderkündigungen (Change-of-Control-Klauseln)?
    - Gesteigerter Erfolgsdruck für E.ON, die auf Renditesteigerung angewiesen sein wird?

## 3. Materielle Fusionsprüfung

### d) Der Markt für den Transport und die Verteilung von Strom (Netze)

- Übernahme der innogy-Netze durch E.ON
- **Wettbewerbsprobleme infolge Fusion?**
  - Netznutzungsentgelte (E.ON als Anbieter): Kein Wettbewerb, natürliche Monopole → regulierter Bereich
    - Eigentumsverhältnisse bzw. Konzessionen Netze (Marktanteil) daher weniger relevant.
    - Zudem: Möglichkeit der Sonderkündigung von Kommunen aufgrund von Change-of-Control-Klauseln (Übernahme von innogy durch E.ON).

### e) Die Stromendkundenmärkte / Der Vertrieb an die Kunden

- **Differenzieren insb.:**
  - **RLM-Kunden** (industrielle oder gewerbliche Großverbraucher)
    - Bundesweiter Markt
  - **SLP-Kunden** (geringe Verbrauchsmengen: Haushaltskunden und kleinere Gewerbekunden)
    - Weitere Differenzierung:
      - (i) Heizstrom → netzgebietsbezogene Abgrenzung
      - (ii) Grundversorgung → netzgebietsbezogene Abgrenzung
      - (iii) Sonderverträge (ohne Heizstrom) → bundesweite Abgrenzung
- Nach Übernahme von innogy hat E.ON europaweit ca. 45 Mio. Kunden,
- zusätzlich erleichterter Kundenzugang aufgrund Verteilernetz

### e) Die Stromendkundenmärkte / Der Vertrieb an die Kunden

- **Differenzieren insb.:**
  - **RLM-Kunden** (industrielle oder gewerbliche Großverbraucher)
    - Bundesweiter Markt (CR 4: ca. 28 bzw. 31 % Marktanteil 2016 und 2015)
  - **SLP-Kunden** (geringe Verbrauchsmengen: Haushaltskunden und kleinere Gewerbekunden)
    - Weitere Differenzierung:
      - (i) Heizstrom → netzgebietsbezogene Abgrenzung (CR 4: ca. 62 %)
      - (ii) Grundversorgung → netzgebietsbezogene Abgrenzung (ca. 41 %)
      - (iii) Sonderverträge (ohne Heizstrom) → bundesweite Abgrenzung (ca. 34 bzw. 36 %)



**Danke für Ihr Interesse und Ihre  
Aufmerksamkeit!**

Prof. Dr. Florian Bien

Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht,  
internationale Schiedsgerichtsbarkeit und  
Bürgerliches Recht

[bien@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:bien@jura.uni-wuerzburg.de)