

## **Zusammenschlusskontrolle und „Sanierungsfusionen“ in Zeiten der Wirtschaftskrise**

### **1. Einleitung**

Wirtschaftskrisen, besonders wenn sie vom Ausmaß derjenigen sind, die wir jetzt erleben, geben Anlass für Fragestellungen, die oft bis zu den Fundamenten der freien Wirtschaft reichen. Im Zentrum steht dabei die Reichweite der Marktaufsicht und die Art, in der sie durch die zuständige Behörde durchgeführt wird. So sehr dies auf dem ersten Blick widersprüchlich erscheinen mag, wird zugleich die Verschärfung und die Abmilderung der Marktaufsicht gefordert. Die Verschärfung soll Phänomene vermeiden, die die Krise verursacht haben – sie bezieht sich hauptsächlich auf den Funktionsrahmen des Finanzmarktes. Der Ruf nach Abmilderung der Kontrollmaßnahmen zielt hingegen darauf ab, Unternehmen zu unterstützen, die sich wegen der Krise in wirtschaftlich kritischer Lage befinden. In diesem Zusammenhang wird die „flexiblere“ Anwendung der Beihilfenregeln sowie der Wettbewerbsregeln diskutiert.

Die Gefahren, die die unüberlegte Erfüllung solcher Forderungen in sich birgt, sind offensichtlich: die unverhältnismäßige Schärfe der Kontrollmaßnahmen, könnte zu Staatsinterventionismus führen, während die Verminderung der Wettbewerbskontrolle zugunsten bestimmter Wirtschaftszweige oder bestimmter Unternehmen den Wettbewerb sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene verfälschen könnte.

Dementsprechend müssen die Voraussetzungen geprüft werden, unter denen ein „korrigierender Eingriff“ bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts angemessen oder zumutbar ist. Was die Verhaltensvorschriften anbelangt, könnte man dabei an die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 auf Vereinbarungen denken, die auf die Überwindung einer Strukturkrise durch Abschaffung von Überkapazitäten abzielen.<sup>1</sup> Dagegen wäre eine restriktive Auslegung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kaum vertretbar. In der Tat, darf eine Wirtschaftskrise die ungerechtfertigte Herbeiführung von Schäden an Mitbewerbern, Vertragspartnern oder Verbrauchern durch den Marktbeherrscher nicht legitimieren. Mit anderen Worten darf sich dieser in Krisenzeiten auf Kosten anderer retten. Im Gegenteil, können solche Zeiten die Auferlegung zusätzlicher Pflichten auf das marktbeherrschende Unternehmen rechtfertigen, wie z.B.

---

<sup>1</sup> Wiedemann/Lübbig, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, § 8 Rdn. 212 ff.; Körber, Kartellrecht in der Krise, WuW 2009, 873, 880-881.

Pflichten des Marktbeherrschers, die Wettbewerber seiner Tochtergesellschaft bei Rohstoffknappheit zu beliefern.<sup>2</sup>

In Wirtschaftskrisen werden vor allem Anpassungen bei der Fusionskontrolle diskutiert. Fusionen mit Wettbewerbern, die wirtschaftlich und technologisch in der Lage sind, das gescheiterte Unternehmen wieder wettbewerbsfähig zu machen, sollen als Alternative zur Kapitalgewährung wirken. Derartige Fusionen, entsprechend ihrer Funktion als „Sanierungsfusion“ bekannt, sind nicht gesetzlich geregelt. Sie sind zu verstehen als „Zusammenschlüsse zweier oder mehrerer Unternehmen, von denen eines ohne diesen Zusammenschluss den Markt im Rahmen eines Insolvenzverfahrens verlassen müsste“<sup>3</sup>.

Sanierungsfusionen befinden sich im Grenzbereich zwischen Umstrukturierung des Unternehmens und Wettbewerbsrecht. Aus Sicht der Fusionskontrolle gilt es zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine Fusion, die eine Sanierung anstrebt, eine günstigere Behandlung erfahren dürfte. In Zeiten der Wirtschaftskrise stellt sich als zusätzliche Frage, ob diese Voraussetzungen strikt befolgt oder insoweit angepasst werden sollten, um die Rettung gescheiterter Unternehmen zu begünstigen.

## **II. Die Sanierungsfusion im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Fusionskontrolle**

### ***1. Der Fall „Kali & Salz“ und der Kausalzusammenhang zwischen der Sanierungsfusion und der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung***

Die gemeinschaftsrechtliche Fusionskontrolle enthält keine Regelungen für Sanierungsfusionen. Die diesbezügliche Einordnung wurde im Gemeinschaftsrecht durch die Rechtsprechung entwickelt. Die Kommission hat das Problem bereits in der Entscheidung „*Aerospatiale-Alenia/de Havilland*“, der ersten Verbotsentscheidung unter Anwendung der Verordnung 4064/89, angetastet, ohne sich allerdings damit auseinanderzusetzen, da sie nicht für wahrscheinlich gehalten hat, dass „de Havilland“ mittel- bis langfristig wegen ihrer wirtschaftlichen Schwierigkeiten aus dem Markt ausscheiden würde.<sup>4</sup> In ihrer ersten systematischen Untersuchung einer Sanierungsfusion, im Fall „*Kali & Salz*“<sup>5</sup>, befasste sich die Kommission mit der Problematik des Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluss und der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Die Kommission ging davon aus, dass ein Zusammenschluss verboten werden muss, soweit die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf ihn zurückzuführen ist. Wenn es an dieser Voraussetzung fehlt, kann der Zusammenschluss

---

<sup>2</sup> Körber, 875.

<sup>3</sup> Ehrlicke, Sanierungsfusion in der europäischen Fusionskontrolle in Taeger/Wiebe (Hgb.), Informatik-Wirtschaft-Recht, Regulierung der Wissensgesellschaft (FS W. Kilian), 2004, 623.

<sup>4</sup> Fall IV/M.053 „*Aerospatiale- Alenia/de Havilland*“, ABl. EG 1991 Nr. L334/42 Tz. 31.

<sup>5</sup> Fall IV/M.308 „*Kali & Salz/MdK/Treuhand*“, ABl. EG 1994 Nr. L186/38.

nicht unter das Verbot fallen. Nach Ansicht der Kommission ist ein derartiger Kausalzusammenhang zu bejahen, wenn feststeht, dass

- das erworbene Unternehmen ohne die Übernahme durch ein anderes Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde,
- die Marktposition des erworbenen Unternehmens im Falle seines Ausscheidens aus dem Markt dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen würde,
- es keine weniger wettbewerbsschädliche Erwerbsoption gibt.<sup>6</sup>

Demzufolge fehlt es an einem Kausalzusammenhang zwischen Sanierungsfusion und Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, wenn diese nicht auf den Zusammenschluss selbst, sondern auf das Ausscheiden des gescheiterten Unternehmens zurückzuführen ist. Diese Entwicklung wäre also nicht zu vermeiden, auch wenn der Zusammenschluss verboten wäre. In der Entscheidung wurde aber auch betont, dass von einer derartigen Situation nur in Ausnahmefällen auszugehen sei. Üblicherweise sei eine Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur zu vermuten, wenn durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt würde. Diese Vermutung zu widerlegen sei eine Aufgabe der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.<sup>7</sup>

Nach der Kommissionsentscheidung (die durch den EuGH übernommen wurde, auch wenn dieser die Entscheidung aus anderen Gründen aufhob),<sup>8</sup> ist das Vorliegen der Voraussetzungen des Sanierungseinwands nicht als Rechtfertigung der Sanierungsfusion anzusehen, sondern als Element, das den Tatbestand der Untersagung des Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89 vernichtet,<sup>9</sup> was nahezu selbstverständlich war, angesichts der Tatsache, dass der Tatbestand von Art. 2 Abs. 3 keine Ausnahme enthielt. Das Gericht erweiterte den Anwendungsbereich für Sanierungseinwands, indem es der Voraussetzung der Übernahme der Marktanteile des gescheiterten Unternehmens durch das erwerbende Unternehmen als nicht zwingend betrachtete.<sup>10</sup>

Soweit nach dem Marktaustritt des gescheiterten Unternehmens mehr als ein Konkurrent auf dem Markt verbleiben würde, stoßen die in *“Kali & Salz”* angewandten Kriterien, obwohl *prima facie* klar und angemessen, auf Schwierigkeiten. Die Marktanteile des ausscheidenden Unternehmens würden in diesem Fall nicht zwingend durch das übernehmende Unternehmen aufgenommen, sondern würden sich auf dieses und auf die Konkurrenten verteilen. Dementsprechend kann der Kausalzusammenhang zwischen der Sanierungsfusion und der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden

<sup>6</sup> Fall IV/M.308 *“Kali & Salz/MdK/Treuhand”*, Tz. 71.

<sup>7</sup> Fall IV/M.308 *“Kali & Salz/MdK/Treuhand”*, Tz. 72.

<sup>8</sup> EuGH, Entscheidung vom 31.3.1998, Rs. C-68/94 & 30/95 *“Französische Republik gegen Kommission”*, Sammlung 1998, I-1375, Rn. 111-124.

<sup>9</sup> *Ehricke*, 633.

<sup>10</sup> Siehe *Baccaro*, *Failing Firm Defence and Lack of Causality: Doctrine and Practice in Europe of Two Closely Related Concepts*, E.C.L.R. 2004, 11, 14; *Ehricke*, 633-634.

Stellung nicht ausgeschlossen werden. Die Sanierungsfusion lässt sich also in derartigen Fällen nicht als wettbewerbsrechtlich neutral einzustufen.

Außerdem trägt das Kriterium der Übernahme der Marktanteile des insolventen Unternehmens durch das erwerbende Unternehmen dem potentiellen Wettbewerb nicht ausreichend Rechnung. Sogar in Märkten, in denen nur das gescheiterte und das erwerbende Unternehmen tätig sind, könnte die durch das Ausscheiden des gescheiterten Unternehmens frei werdenden Marktanteile von einem Newcomer bestritten werden. Dementsprechend wäre gegenüber der Annahme eines Zusammenschlusses, die zur Monopolisierung des Marktes führen würde, die Insolvenz des gescheiterten Unternehmens vorzugswürdig. Das Verbot des Zusammenschlusses würde den Wettbewerb zwischen dem verbleibenden Unternehmen und den neu in den Markt eingetretenen Konkurrenten aufrechterhalten.<sup>11</sup>

## **2. Der Fall “BASF” und die Betonung der wirtschaftlichen Betrachtung**

### **a) Das Kriterium des unvermeidlichen Ausscheidens der Aktiva des gescheiterten Unternehmens**

Über zehn Jahre nach ihrer Entscheidung “Kali & Salz” ist die Ansicht der Kommission unverändert geblieben. Trotzdem wurde bis zum Fall “BASF/Eurodiol/Pantochim”<sup>12</sup> kein Zusammenschluss aufgrund des Sanierungseinwands als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt.<sup>13</sup>

Im Fall “BASF” rückte die Kommission von einer formalen Prüfung des Kausalzusammenhangs ab, hin zu einer “wertenden wirtschaftlichen Betrachtung” des Marktes mit und ohne den Zusammenschluss.<sup>14</sup> Sie Kommission hielt sich nur an zwei Kriterien der “Kali & Salz”-Entscheidung fest: zum einen daran, ob das erworbene Unternehmen ohne den Erwerb durch ein anderes Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde und zum anderen, ob es keine weniger wettbewerbsschädliche Erwerbsoption gibt. Die Frage, ob die Marktanteile des gescheiterten Unternehmens durch das erwerbende Unternehmen absorbiert würden, wird durch jene ersetzt, ob die zur Übernahme anstehenden Aktiva bei Nichtzustandekommen der Fusion unweigerlich für den Markt verloren gehen würden.<sup>15</sup> Mit der Einführung dieses neuen Kriteriums

---

<sup>11</sup> Ehricke, 637-638.

<sup>12</sup> Fall IV/M.2314 “BASF/Eurodiol/Pantochim”, ABl. EG 2002 Nr. L132/45.

<sup>13</sup> Sie auch Wiedemann/Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16 Rdn. 223-224 mit weiteren Hinweisen; Kokkoris, Failing Firm Defence in the European Union: A Panacea for Mergers?, ECLR 2006, 494.

<sup>14</sup> Baron in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, FKVO, Art. 2, Rdn. 201.

<sup>15</sup> Fall IV/M.2314 “BASF/Eurodiol/Pantochim”, Tz. 141.

bezweckt die Kommission, dass sich die Wettbewerbsstruktur durch die Fusion nicht mehr verschlechtert als ohne die Fusion.<sup>16</sup>

Im Fall “*BASF*” bezweckte BASF die Gesellschaften Eurodiol und Pantochim zu erwerben, die sich bereits in einem Vergleichsverfahren nach belgischem Recht befanden. Durch die Übernahme von Eurodiol hätte BASF eine beherrschende Stellung auf dem Markt für bestimmte chemische Produkte begründet. Angesichts der Besonderheiten des belgischen Konkursrechts sowie der Eigenschaften des Standortes, an dem Eurodiol und Pantochim Chemikalien mit hohen Umweltrisiken produzierten, kam die Kommission zum Schluss, dass das Ausscheiden von Eurodiol zur erheblichen Kürzung der Produktionskapazitäten in diesem Bereich zur Folge geführt hätte, deren Ausgleich kurzfristig nicht möglich gewesen wäre.

Vergleiche man dieses Ergebnis mit den Auswirkungen einer Übernahme der Eurodiol durch die BASF, so ergebe sich für die Kunden des gescheiterten Unternehmens ein günstigeres Ergebnis sowohl hinsichtlich der Verfügbarkeit der fraglichen Produkte, als auch hinsichtlich deren Preise. Demzufolge würde der Zusammenschluss weder zur Entstehung noch zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, durch die ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde.<sup>17</sup>

Wie der Analyse der Kommission zu entnehmen ist, sind bei Sanierungsfusionen die Vergleichskriterien, die als Grundlage der Bewertung von Zusammenschlüssen dienen, anders konzipiert als bei den sonstigen Zusammenschlüssen. In der Tat, während die Kommission üblicherweise die Marktsituation ohne den Zusammenschluss mit dieser nach dem Zusammenschluss vergleicht,<sup>18</sup> setzt sie bei Sanierungsfusionen nicht die derzeitige Lage mit einer hypothetischen zukünftigen Lage gegenüber. Sie vergleicht vielmehr zwei hypothetische zukünftige Marktsituationen miteinander, d.h. sie vergleicht die Wettbewerbsstruktur, die nach dem Zusammenschluss entsteht, mit jener, die sich aus dem Marktausscheiden des gescheiterten Unternehmens ergeben würde.

Dieselben Bewertungsprognosen sehen nunmehr auch die Leitlinien für die Bewertung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse (2004) vor. Dennoch scheint die Analyse in den Leitlinien von der entsprechenden Analyse in der “*BASF*” –Entscheidung abzuweichen,<sup>19</sup> und die Kausalität als Hauptvoraussetzung für die Annahme einer Sanierungsfusion wieder einzuführen. Inhaltlich wird allerdings die Voraussetzung des Kausalzusammenhangs mit der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen verknüpft, da das Fehlen eines solchen Zusammenhangs bejaht wird, wenn sich die Wettbewerbsstruktur ohne den Zusammenschluss zumindest in gleichem Ausmaß

<sup>16</sup> Fall IV/M.2314 “*BASF/Eurodiol/Pantochim*”, Tz. 143. Zur Analyse der Kriterien in der Kommissionspraxis siehe *G. Monti*, *Merger Defences in Amato/Ehlermann* (ed.), *EC Competition Law – A Critical Assessment*, 2007, 519, 534 ff.

<sup>17</sup> Fall IV/M.2314 “*BASF/Eurodiol/Pantochim*”, Tz. 157 ff.

<sup>18</sup> Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 2004, C 31/03, Tz. 9.

<sup>19</sup> Dazu näher *G. Monti*, 540-541.

verschlechtern würde.<sup>20</sup> Zusammenfassend könnte man sagen, dass die mechanische Kausalitätsprüfung, die in der Entscheidung “*Kali & Salz*” entwickelt wurde, zugunsten einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise aufgegeben wird, die die Wettbewerbsstruktur nach dem Zusammenschluss mit der Wettbewerbsstruktur vergleicht, die sich ergeben würde, nachdem die Vermögensgegenstände des insolventen Unternehmens den Markt verlassen würden.

**b) Sanierungsfusion und Effizienz (“*rescue merger*”, “*failing company defense*” und “*efficiency defense*”)**

Die Behandlung von Sanierungsfusionen (“*rescue mergers*” nach Ausdruck der Kommission)<sup>21</sup> durch die EG-Fusionskontrolle, wie sie in der “*BASF*”– Entscheidung und in den Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse zusammengefasst wird, orientiert sich an den Thesen des US–amerikanischen Antitrust.

Der US–amerikanische Supreme Court befasste sich zum ersten Mal mit der Problematik der gescheiterten Unternehmen (“*failing company defense*” oder “*failing firm defense*”) in der Entscheidung “*International Shoe*” aus dem Jahre 1930<sup>22</sup>. Da das Vermögen des konkursbedrohten Zielunternehmens derart reduziert und die Sanierungsaussicht so gering geworden war, dass die Insolvenz eine ernste Gefahr darstellte, die die Interessen von Aktionären, Vertragspartnern und Angestellten erhebliche Schäden zufügen würden, nahm das Gericht an, dass die Übernahme des einzigen Konkurrenten nicht auf die Beschränkung des Wettbewerbs abzielte.<sup>23</sup> Die “*failing company defense*” wurde in der Entscheidung “*Citizen Publishing*”<sup>24</sup> bestätigt und klargestellt. Allerdings hat bislang die Berufung auf die “*failing firm defense*” nur in ganz wenigen Fällen zur Freigabe einer Fusion geführt.<sup>25</sup>

Der Standpunkt der US–Rechtsprechung wurde in den Horizontal Merger Guidelines des Departments of Justice und der FTC aus dem Jahre 1992 festgeschrieben.<sup>26</sup> Nach diesen Leitlinien ist unter folgenden Voraussetzungen nicht zu erwarten, dass ein Zusammenschluss Marktmacht begründet, verstärkt oder deren Ausübung ermöglicht: (a) das gescheiterte Unternehmen würde in absehbarer Zeit in Insolvenz gehen, (b) ein Restrukturierungsversuch bliebe erfolglos, (c) es gab andere Versuche, Alternativangebote zu gewinnen, die die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens auf dem Markt weiterhalten würden und zugleich weniger schädliche Auswirkungen auf dem Wettbewerb als der Zusammenschluss haben würde, und (d) die

<sup>20</sup> Leitlinien, Tz. 89.

<sup>21</sup> Fall IV/M.2314 “*BASF/Eurodiol/Pantochim*”, Tz. 135 ff.

<sup>22</sup> “*International Shoe Co. v. FTC*”, 280 U.S. 291 (1930).

<sup>23</sup> “*International Shoe Co. v. FTC*”, 280 U.S. 302.

<sup>24</sup> “*Citizen Publishing Co. v. US*”, 394 U.S. 131, 138 (1969). Die Kriterien für die Anerkennung der “*failing company defense*” sind zwei: Einerseits muss annähernd sicher sein, dass das gescheiterte Unternehmen in Insolvenz geht und ein Umstrukturierungsversuch aussichtslos wäre; andererseits darf keine den Wettbewerb weniger beschränkende Lösung vorhanden sein.

<sup>25</sup> *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, 2. Aufl. 1999, 546; *Ehricke*, 629.

<sup>26</sup> Siehe <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.shtm> (Tz. 5.1).

Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens würden ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden.

In der Tat wird die besondere Behandlung von Sanierungsfusionen nunmehr mit der Verbesserung der Effizienz begründet<sup>27</sup>. Diese Tendenz steht im Einklang mit der generellen Ausrichtung des amerikanischen Kartellrechts auf wirtschaftliche Effizienz. Auf europäischer Ebene wird diese Zielsetzung mit dem Ruf nach “*more economic approach*” bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts Ausdruck verliehen<sup>28</sup>.

Die Logik der Effizienz im Rahmen der Behandlung von Sanierungsfusionen gründet sich auf die Annahme, dass die Vermeidung der Verwaltungskosten eines Insolvenzverfahrens und die Bewahrung der Vermögenswerte für die Konsumentenwohlfahrt nützlicher als die Insolvenz des gescheiterten Unternehmens ist. Dem allgemeinen wirtschaftlichen Nutzen wird dadurch gedient, dass das erwerbende Unternehmen Vermögenswerte erhält, die es braucht, um die frei werdenden Marktanteile des gescheiterten Unternehmens zu übernehmen, ohne die entsprechenden Kosten der Erweiterung seiner Produktionskapazität zu tragen. Demnach verbindet die heutige Stellungnahme des amerikanischen Antitrust die Sanierungsfusion nicht mit dem Schicksal des gescheiterten Unternehmens, sondern mit dem Schicksal seiner Vermögenswerte und Produktionskapazitäten<sup>29</sup>.

Darüber hinaus wird die Verbindung von Sanierungsfusion und Effizienz mit dem Argument erklärt, dass niemand ein gescheitertes Unternehmen erwirbt, wenn er nicht davon ausgeht, dass dieses Unternehmen durch Kostenreduzierung oder durch Einnahmensteigerung gewinnerzielend werden kann.<sup>30</sup> Eigentlich seien bei Sanierungsfusionen Effizienzvorteile weniger hypothetisch als bei anderen Zusammenschlüssen. Denn ein Wettbewerber ist umso weniger bereit die Kontrolle eines gescheiterten Unternehmens zu erwerben, wenn sich aus dem Zusammenschluss keine Effizienzvorteile ergeben. Im allgemeinen kann man behaupten, dass eine Effizienzvermutung vorliegt, wenn Wettbewerber am Erwerb des gescheiterten Unternehmens interessiert sind.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> *Hovenkamp*, 545; *Heyer/Kimmel*, Merger Review of Firms in Financial Distress, EAG Discussion Paper 09-1 (March 2009), 6 ff. <http://www.usdoj.gov/atr/public/eag/244098.pdf>; *Kimmel*, The Supreme Court’s Efficiency Defense, 12 Sup. Ct. Econ. Rev. 209.

<sup>28</sup> Siehe z.B. *Schmidtchen*, Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen “*more economic approach*”, German Working Papers in Law and Economics 2005; *Budzinski*, “Wettbewerbsfreiheit” und “More Economic Approach”: Wohin steuert die Europäische Wettbewerbspolitik?, Marburger Papers on Economics, 13-2007; *Immenga*, Ökonomie und Recht in der europäischen Wettbewerbspolitik, ZWeR 2006, 346; *Schmidtchen*, Der “*more economic approach*” in der Wettbewerbspolitik, WuW 2006, 6; *Albers*, “More economic approach”, WuW 2006, 3; *Hildebrandt*, Der “*more economic approach*” in der Wettbewerbspolitik, WuW 2005, 513; *Schmidt*, More economic approach versus Justiziabilität, WuW 2005, 877.

<sup>29</sup> *Hovenkamp*, 545; *Ehrlicke*, 631.

<sup>30</sup> *Heyer/Kimmel*, 5. Siehe auch *Kimmel*, 210, 221; *Shapiro*, Competition Policy in Distressed Industries, 2009, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/245857.htm>, 21.

<sup>31</sup> *Kimmel*, 221.

Auf Grundlage des Kriteriums der Effizienz lassen sich auch die Argumente der Parteien der Sanierungsfusion bewerten. Üblicherweise wird argumentiert, dass das gescheiterte Unternehmen nicht mehr alleine am Markt fortbestehen könnte. Eine Zukunftschance sei nur im Rahmen der Übernahme gegeben. In jedem Fall sei also ein Unternehmen weniger am Markt tätig, mit der Folge, dass der Zusammenschluss keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben würde. Dieses Argument ist stichhaltig, soweit Effizienzvorteile zu erwarten sind. Unter dieser Voraussetzung kann der Zusammenschluss als verbraucherfreundlich und daher mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar bewertet werden. Ist jedoch diese Voraussetzung nicht erfüllt, dann werden Preiserhöhungen die Folge des Zusammenschlusses sein. Der wirksamste Weg, Preiserhöhungen zu erzielen, wäre, die Tätigkeit des gescheiterten Unternehmens nach dem Erwerb einzustellen. In diesem Fall ist es zu vermuten, dass das erwerbende Unternehmen diese Entwicklung geplant hat, weil es die Fortsetzung der Tätigkeit des gescheiterten Unternehmens vermeiden möchte. Es ist naheliegend, dass ein solcher Zusammenschluss das Ausscheiden des gescheiterten Unternehmens beschleunigt.<sup>32</sup>

Die Bedeutung welche das Kriterium der Effizienz im Rahmen der Sanierungsfusionen erhalten hat, wirft die Frage des Verhältnisses zwischen des Sanierungsfusions- (*“failing company defense”*) und des Effizienzeinwands (*“efficiency defense”*) auf. Handelt es sich um zwei unterschiedliche Faktoren im Rahmen der Zusammenschlussbewertung oder besteht eine Substitutionstendenz des ersteren durch den letzteren? Es ist festzuhalten, dass der für beide erforderliche Vergleich von Vor- und Nachteilen, unterschiedlich ist. So werden bei der Prüfung der *“efficiency defense”* die Verbrauchervorteile mit den Wettbewerbsnachteilen des Zusammenschlusses verglichen. Dagegen werden im Rahmen der Prüfung der *“failing company defense”* die Zusammenschlussvorteile gegen die Nachteile abgewogen, die für die Verbraucher entstehen würden, wenn sich der Zusammenschluss nicht vollziehen würde.<sup>33</sup>

Bis heute ist weder in de USA, noch in der EU ein Zusammenschluss mit Berufung auf die *“efficiency defense”* freigegeben, der unter anderen Umständen verboten worden wäre.<sup>34</sup> Hat dies zu bedeuten, dass die Verbindung von Sanierungsfusion und der Effizienz ähnliche Ergebnisse in der Praxis haben wird? Wie bereits erwähnt, wurde der Sanierungseinwand im amerikanischen oder europäischen Recht in seltenen Fällen angenommen, und auch nur in solchen Fällen, die Besonderheiten aufwiesen (des dyopolistische Marktes im Fall *“Kali & Salz”*; des belgischen Insolvenzrechts im Fall *“BASF”*).

Um bewerten zu können, inwieweit die Skepsis der Kontrollbehörden gegenüber dem Sanierungseinwand berechtigt ist, sind die Ansichten der Literatur hinsichtlich des Anwendungsbereichs und der Voraussetzungen der Sanierungsfusion einzubeziehen.

---

<sup>32</sup> Heyer/Kimmel, 7-8.

<sup>33</sup> Wolf, Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle, 2009, 51.

<sup>34</sup> Siehe statt vieler Wolf, 44 ff.; Warler, Failing Company Defense, Sanierungsfusion und Rescue Merger, 2008, 140 ff., 182.



### III. Die Diskussion um den Anwendungsbereich der Sanierungsfusion

#### a) Die Diskussion im amerikanischen Recht

Die *“failing company defense”* hat von der amerikanischen Antitrustlehre deutliche Kritik erfahren. Nur eine Mindermeinung der Lehre steht der Anwendung der Sanierungsfusion positiv gegenüber. Im Gegensatz dazu zieht die wohl herrschende Meinung sowohl die Anwendungsmethode, als auch die Notwendigkeit einer *“failing firm defense”* in Zweifel.

Bereits in den 80er Jahren bezeichnete der Assistant Attorney General des US-Justizministeriums die *“failing firm defense”* als eine *“Anhäufung von Widersprüchen”*. Er fügte hinzu, dass, außer in Ausnahmefällen, je mehr er sich mit der *“failing firm defense”* befasse, desto weniger könne er ein gewichtiges wirtschaftliches Argument für dessen Begründung erkennen. Die *“failing firm defense”* würde einen unzulässigen Vergleich zwischen wettbewerblichen und außerwettbewerblichen Parametern voraussetzen, wie z.B. die Interessen der Aktionäre oder Arbeitnehmer des gescheiterten Unternehmens.<sup>35</sup>

Zur Verteidigung der *“failing firm defense”* wurde die Meinung vertreten, dass Zusammenschlüsse mit gescheiterten Unternehmen nicht den Markt behindern, sondern dem Wohlstand des Verbrauchers dienen. Nach dieser Ansicht ist bei Zusammenschlüssen allgemein von einer Stärkung des Wettbewerbs auszugehen. Zusammenschlüsse seien gewöhnlich mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar. Dies gelte umso mehr, wenn ein gescheitertes Unternehmen am Zusammenschluss beteiligt sei, da durch die Übernahme eines solchen Unternehmens keine neue Monopolmacht gebildet werde. Die Abwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Effizienzgewinnen sei nur in Fällen erforderlich, in denen die beteiligten Unternehmen wirtschaftlich gesund seien und der Wettbewerb durch das Ausscheiden eines Unternehmens behindert werde. Aus diesem Grund, aber auch weil die einzelfallartige Anwendung des Sanierungseinwands zu verfehlten Ergebnissen führen könnte, sei es vorzugswürdig, die *“failing firm defense”* als *“absolute defense”* anzusehen. Das würde bedeuten, dass die *“failing firm defense”* als *“per se rule”* angewandt werden sollte, welche die zur Vereinbarkeitserklärung des Zusammenschlusses ohne weitere Bewertung der Wettbewerbsauswirkungen zur Folge habe würde, wenn die daran beteiligten Unternehmen nachweisen könnten, dass die Voraussetzungen der *“failing firm defense”* erfüllt seien.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Baxter, Remarks: The Failing Firm Doctrine, 50 Antitrust L.J. 247, 248, 252 (1981-1982).

<sup>36</sup> McChesney, Defending the Failing-Firm Defense, 65 Neb. L. Rev. 1, 19-20 (1986). Siehe auch Kwoka/Warren-Boulton, Efficiencies, failing firms, and alternatives to merger: a policy synthesis, 31 Antitrust Bull 431, 446-447 (1986). Die Autoren stellen fest, dass marktbeherrschende Unternehmen keine Vermögensgegenstände, die sonst aus dem Markt ausscheiden würden, in der Absicht erwerben, ihre Überkapazität zu erweitern. Kwoka/Warren-Boulton vertreten eine *“exiting asset defense”*. Hauptkriterium dieses Ansatzes ist es, ob die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens in naher Zukunft vom Markt ausscheiden werden. Wenn der am Erwerb interessierte Wettbewerber den höchsten Preis für die Vermögenswerte des gescheiterten anbiete, dann ließe sich dies eher mit Effizienz als mit Marktmachtkriterien erklären. Demnach müsste für derartige Zusammenschlüsse eine

Im Gegensatz dazu wird nach einer anderen Ansicht die Hauptvoraussetzung der “*failing firm defense*”, d.h. die Annahme, dass der Erwerb eines gescheiterten Unternehmens immer wettbewerbsfördernd wirke, und daher dem Marktausscheiden des gescheiterten Unternehmens vorzuziehen sei, in Zweifel gezogen. Diese Grundthese sei fehlerhaft, da allein die Wettbewerbsbeschränkungen zwischen dem gescheiterten und dem erwerbenden Unternehmen berücksichtigt werden und nicht die Wettbewerbsbeschränkungen außerhalb dieses Verhältnisses. Wenn aber die “*failing firm defense*” allein auf die Prüfung der wirtschaftlichen Lage des gescheiterten Unternehmens abstelle, vernachlässige sie die entscheidende Frage, ob der Wettbewerb nach dem Zusammenschluss oder nach dem Marktausscheiden des wirksamer werde.<sup>37</sup> Aus diesem Grund sei die Einordnung der These des “*failing firm defense*” als “*absolute defense*” abzulehnen. Vorzugswürdig sei demgegenüber eine Einzelfallbewertung jedes Zusammenschlusses auf Grundlage eines “*rule of reason*”, die alle Marktbedingungen in Betracht ziehen würde, um den Wettbewerb effektiv zu schützen.<sup>38</sup> Im Rahmen dieser Bewertung sollen Effizienzgewinne unter denselben Voraussetzungen wie bei jedem Zusammenschluss berücksichtigt werden. In diesem Sinne sei es Aufgabe der interessierten Parteien nachzuweisen, dass Effizienzgewinne von dem Zusammenschluss zu erwarten seien.<sup>39</sup>

### **b) Die Diskussion im Gemeinschaftsrecht**

Bei der Diskussion im EU-Wettbewerbsrecht kann es gar nicht um die Anwendung einer “*per se rule*” oder einer “*rule of reason*” gehen, denn im Gemeinschaftsrecht werden bei der Bewertung von Sanierungsfusionen die Auswirkungen des Zusammenschlusses und

---

Vermutung gelten, dass sie mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar sind. Die “*exiting asset defense*” müsste auch auf Unternehmen anwendbar sein, die eine führende Stellung auf hochkonzentrierten Märkten haben.

<sup>37</sup> *Paredes*, Turning the failing Firm Defense Into a Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines, 13 Yale J. on Reg. 347, 377 (1996).

<sup>38</sup> *Campbell*, The Efficiency of the Failing Company Defense, 63 Tex. L. Rev. 251, 268-269 (1984) der eine Einzelfallanwendung der “*failing firm defense*” befürwortet, obwohl er anerkennt, dass die Berechnungsschwierigkeiten ein Argument für die Anwendung von “*per se*” Regeln darstellt. *Campbell* meint aber, dass diese Schwierigkeiten auf Grundlage des Marktanteils überwunden werden können. Sollte diese vereinfachte Prüfung positiv ausfallen, dann könnten überzeugende Schlüsse über die Effizienzgewinne gezogen werden. Wenn das gescheiterte Unternehmen eine beherrschende Stellung innehatte, es müsste nachgewiesen werden, dass sich trotz der Verstärkung dieser Marktstellung Effizienzgewinne aus der Sanierungsfusion ergeben würden. Ansonsten, soweit diese letzteren Fälle nur ausnahmsweise vorkommen würden, sollte man sie aus verfahrensökonomischen Gründen freigeben. Dies wäre auch mit dem Ziel der Verbraucherwohlfahrtsbesserung zu vereinbaren. Siehe auch *Zhong*, The Failing Company Defense After the Commentary: Let it go, 41 U. Mich. J. L. Reform 745, 770-771 (2008). *Paredes*, 378 ff. schlägt vor, den Grund des Unternehmensscheiterns zu prüfen: (a) Wenn es auf langjährige Überkapazitäten des Marktes zurückzuführen sei, müsste man den Zusammenschluss verbieten. (b) Wenn eine fundamentale strukturelle Schwäche vorliegen würde, die weder von dem gescheiterten noch von dem erwerbenden Unternehmen überwunden werden könnte, sei der Zusammenschluss freizustellen. (c) In sonstigen Fällen müssten die Kartellbehörden die Auswirkungen des Zusammenschlusses mit den Folgen des Marktausscheidens des gescheiterten Unternehmens vergleichen und den Zusammenschluss freigeben, wenn dies den Wettbewerb stärken würde.

<sup>39</sup> Siehe *Zhong*, 770-771.

alternativ des Marktausscheidens des gescheiterten Unternehmens auf die Wettbewerbsstruktur geprüft. Dies ist sowohl in der “BASF” Entscheidung als auch in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ausdrücklich vorgesehen.

**aa)** Vor kurzem wurde die Ansicht vertreten, dass die Kriterien der horizontalen Leitlinien sehr streng seien. Es werde mehr verlangt, als der Nachweis der fehlenden Kausalität zwischen Zusammenschluss und Wettbewerbsbeschränkung.<sup>40</sup> Nach dieser Ansicht verlange das Kriterium der „Unvermeidlichkeit“ des Marktausscheidens des gescheiterten Unternehmens im Fall eines Zusammenschlussverbotes vom erwerbenden Unternehmen höhere Beweisanforderungen, als dass durch den Zusammenschluss “der Wettbewerb nicht erheblich behindert werde”. Dennoch sei ein Zusammenschluss beim Nachweis der fehlenden Kausalität nicht zu beanstanden. Jede zusätzliche Voraussetzung müsse als überflüssig angesehen werden. Faktoren, die sich auf die Effizienzförderung beziehen, seien im Rahmen der Analyse des “*efficiency defense*” zu berücksichtigen. Darüber hinaus übersteige der Nachweis der Unvermeidbarkeit des Marktausscheidens der Vermögenswerte die Beweisanforderung des „angemessenerweise zu erwartenden“, welche bei der Zusammenschlusskontrolle üblich sei. Auch stelle die “nahe Zukunft”, innerhalb derer die Vermögenswerte aus dem Markt erwartungsgemäß ausscheiden würden, einen kürzeren Zeitraum dar, als derjenige, den die Kommission als angemessen für den Marktzutritt eines Unternehmens ansehe, um ihn als potentiellen Konkurrenten zu bewerten.

**bb)** Das Bedürfnis einer Abwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Verbraucherwohlfahrt wird als Hauptschwäche der Behandlung von Sanierungsfusionen nach dem Konzept der “BASF”- Entscheidung und der Leitlinien der Kommission angesehen.

In der Tat setze die Anwendung der “*failing firm defense*” die Feststellung der Effizienzvorteile voraus, wie z.B. die Kostenverringerung, die durch den Zusammenschluss erreicht werden. Es wird allerdings darauf hingewiesen, dass die Kommission nicht klarstellt habe, wie sich Effizienz messen ließe und welcher Zeitraum dafür relevant sei. Vor allem mache die Kommission aber nicht deutlich, wie die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Marktstellung des neuen Unternehmens gegenüber den Folgen des Marktausscheidens des gescheiterten Unternehmens auf die Preisgestaltung abzuwiegen sei.<sup>41</sup> Da die Marktmacht und die Beeinflussung der Preisentwicklung unterschiedliche Kriterien seien, sei die Abwägung zwischen ihnen nicht verifizierbar und mit erheblichen Rechtssicherheitsproblemen verbunden.<sup>42</sup>

Die Unklarheit der Anwendungskriterien und die daraus folgende Rechtsunsicherheit würden die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung bei Sanierungsfusionen erhöhen. So könne die Sanierungsfusion ineffiziente Unternehmen, die sonst der Wettbewerb im Ausleseverfahren aus dem Markt getrieben hätte, “künstlich” am Markt aufrechterhalten.

<sup>40</sup> *Bavasso/Lindsay*, Causation in EC Merger Control, 3 J. Competition L. & Econ. 181, 194 ff. (2007). Siehe auch *Korah*, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 9. Aufl. 2007, 416.

<sup>41</sup> *Warler*, 167-168, *Ehrlicke*, 639-641.

<sup>42</sup> *Ehrlicke*, 640.

Die Marktverfälschung, die eine fehlerhaft genehmigte Sanierungsfusion verursache, könne in Märkten mit Überkapazitäten dazu führen, dass nicht das gescheiterte sondern andere Unternehmen den Markt verlassen, die nach dem Zusammenschluss weniger effizient als das gescheiterte geworden seien.<sup>43</sup>

#### **IV. Empfiehlt sich eine “lockere” Anwendung des Sanierungseinwands in Krisenzeiten?**

##### ***a) Sind die Kriterien bei der Anwendung der Sanierungsfusion zu streng?***

Aus der Diskussion um die Anwendung des Sanierungseinwands zeigt sich, dass dieser strengen Bedingungen unterliegt. In der Tat mag es *prima facie* übertrieben erscheinen, vom erwerbenden Unternehmen zu verlangen, die Unvermeidlichkeit des Marktausscheidens des gescheiterten Unternehmens nachzuweisen. Dennoch muss auch die Zweckmäßigkeit der kritischen Haltung der Kontrollbehörden anerkannt werden, denn Darlegungen, die die Fusionsfreigabe ermöglichen, lassen sich von den interessierten Unternehmen einfach formulieren, sind allerdings wegen der Informationsasymmetrien schwer nachzuprüfen.<sup>44</sup> Auf jeden Fall wird die Vorlage von Gewinn-, Liquiditäts- und Kreditwürdigkeitsanalysen des Zielunternehmens in der Regel für die Beteiligten möglich und für die Kontrollbehörde ausreichend sein.<sup>45</sup>

Darüber hinaus mag es zutreffen, dass sich aus der Sanierungsfusion selbst eine Effizienzvermutung ergibt, doch betrifft das nicht die Wettbewerbsstruktur im relevanten Markt, sondern vor allem die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Um feststellen zu können inwieweit der Zusammenschluss mit Effizienzgewinnen verbunden ist, müssen die Gründe für das Scheitern des Zielunternehmens aber auch die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf tatsächliche und potentielle Konkurrenten untersucht werden. Dies kann nicht durch eine verallgemeinerte Betrachtungsweise, sondern nur auf der Grundlage einer Einzelfallwürdigung erfolgen, die alle Besonderheiten der jeweiligen Sanierungsfusion in Betracht zieht.

Was die Abwägung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Wettbewerbsstruktur und der Effizienzvorteile anbelangt, könne man im Prinzip der Ansicht zustimmen, dass es zum großen Teil willkürlich ist (wegen der Unmöglichkeit der Formulierung genauer Voraussagen über die Ergebnisse des Wettbewerbsverfahrens sowie der Kalkulation der erwarteten Effizienzgewinne),<sup>46</sup> die wirtschaftlichen Ergebnisse des Zusammenschlusses gegen jene vorzuziehen, die das

---

<sup>43</sup> Ehricke, 640-641.

<sup>44</sup> Office of Fair Trading (OFT), Restatement of the OFT’s position regarding acquisitions of “failing firms”, December 2008, παρ. 8, [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/business\\_leaflets/general/oft1047.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/general/oft1047.pdf).

<sup>45</sup> Oxera, Failing, or just flailing? The failing-firm defence in mergers, Agenda 3/2009, 3, [www.oxera.com/main.aspx?id=4906](http://www.oxera.com/main.aspx?id=4906).

<sup>46</sup> Sullivan/Grimes, The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, 2000, 614.

“Entdeckungsverfahren Wettbewerb” mit sich bringen würde.<sup>47</sup> Es ist allerdings zuzugeben, dass jede Voraussage im Rahmen der Fusionskontrolle naturgemäß einen gewissen Grad von Unsicherheit beinhaltet. Wie bei der Anwendung der “*efficiency defense*”, bedeuten die Bewertungsschwierigkeiten der Effizienzgewinne, dass diese erst dann berücksichtigt werden können, wenn sie qualitativ als erheblich einzuordnen während die möglichen wettbewerbsbeschränkenden Folgen als gering anzusehen sind.<sup>48</sup> Aufgrund dessen wird der Anwendungsbereich des Sanierungseinwandes erheblich verringert.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die sehr zurückhaltende und auf der Grundlage von Einzelfällen orientierte Behandlung von Sanierungsfusion in Anbetracht der unsicheren Wirkungen auf die Wettbewerbsbedingungen berechtigt ist.

### ***bb) Wettbewerbspolitik in Zeiten der Krise***

In Zeiten von Wirtschaftskrisen sind Vorschläge, die auf eine “lockere” Anwendung der Wettbewerbsregeln abzielen, nicht selten. Sie beruhen auf dem Argument, dass eine stärkere Staatsintervention in der Wirtschaft gerechtfertigt sei, wenn der Markt versage.

Eines der bekanntesten Beispiele, in denen der Gesetzgeber dem Ruf nach weniger Wettbewerb in Krisenzeiten nachgegeben hat, ist das amerikanische “*National Industrial Recovery Act*” (oder einfach “*NIRA*”) aus dem Jahre 1933, welches den Zweck verfolgte, die Schäden aus der Krise des Jahres 1929 zu bekämpfen. Zu diesem Zweck wurde den Unternehmen Antitrustimmunität gewährt, die bereit waren, Tarifverträge mit Arbeitnehmervereinen abzuschließen. So haben Vereinbarungen über Beschränkung des Preiswettbewerbs, der Produktion und der Investitionen die Form von “*Industry Codes*” angenommen, die angeblich den lautereren Wettbewerb schützen sollten. Paradox wie es klingen mag, hat die Antitrust Division des US-Justizministeriums zu der Durchsetzung dieser Vereinbarungen beigetragen. Die Ergebnisse des *NIRA* haben sich als sehr schädlich für die amerikanische Wirtschaft erwiesen. Die Erfahrung mit dem *NIRA* hat demonstriert, dass die Aufrechterhaltung des Wettbewerbssystems sowohl in Zeiten des wirtschaftlichen Aufschwungs, als auch in Zeiten von Wirtschaftskrisen gleich unerlässlich ist<sup>49</sup>.

Gilt diese allgemeine Schlussfolgerung unverändert für die Fusionskontrolle? Inwieweit eine großzügige Anwendung des Sanierungseinwands positiv ausfallen würde, ist keineswegs eindeutig. Man könnte behaupten, dass der Schaden, der in Zeiten der Wirtschaftskrise für die Ökonomie entsteht, wenn eine Wettbewerbsbehörde das Zielunternehmen fälschlicherweise als lebensfähig ansieht, größer ist, als wenn die Behörde den umgekehrten Fehler begeht, d.h. wenn sie fälschlicherweise von einer Insolvenz ausgeht. Daher müsse man im Zweifel nicht sehr strikt bei der Anwendung der

<sup>47</sup> Vgl. *Strohm*, BASF/Pantochim/Eurodiol: Richtungswechsel in der Europäischen Fusionskontrolle?, WuW 2001, 1203, 1205.

<sup>48</sup> *Drauz*, An efficiency defense for mergers: Putting an intricate puzzle together, ZWeR 2003, 254, 269.

<sup>49</sup> *Heyer/Kimmel*, 10, *Shapiro*, 6 ff., 11.

Zusammenschlusskontrolle sein, wenn ein gescheitertes Unternehmen daran beteiligt ist. Allerdings, könnte man, mangels empirischer Nachweise, auch für das Gegenteil, d.h. für eine schärfere Zusammenschlusskontrolle, argumentieren. Es ist grundsätzlich richtig, dass immer ein Schaden entsteht, wenn ein Zusammenschluss verboten wird, der die Kosten des gescheiterten Unternehmens reduziert hätte. Doch muss man auch beachten, dass die Kosten der Marktmacht, die mit der Freigabe des Zusammenschlusses entsteht oder verstärkt wird, größer in Zeiten der Wirtschaftskrise ist, denn in solchen Zeiten sind Neueintritte in den relevanten Markt eher unwahrscheinlich. In Anbetracht dieser Unsicherheit scheint eine agnostische Einstellung zur Anwendung des Sanierungseinwandes empfehlenswert.<sup>50</sup>

Eine großzügige Haltung gegenüber Sanierungsfusionen in der Absicht, Unternehmen zu unterstützen, die wegen der Krise konkursreif geworden sind, wird in der Regel den Wettbewerb verfälschen, ohne das verfolgte Ziel zu erreichen. Durch die Erweiterung des Begriffs des gescheiterten Unternehmens würden unter den Schutzbereich der Sanierungsfusion Unternehmen fallen, die solchen Schutz nicht nötig haben. Auch im Rahmen einer Studie des OECD wird darauf hingewiesen, dass gerade in krisengeschüttelten Märkten eine lockere Anwendung der Zusammenschlusskontrolle die Gefahr in sich birgt, den wirtschaftlichen Zustand der Konkurrenten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zu verschlechtern.<sup>51</sup> Die ungerechtfertigte Privilegierung einiger Unternehmen bedeutet also eine Diskriminierung ihrer Konkurrenzunternehmen.<sup>52</sup> Dies gilt sowohl für tatsächliche als auch für potentielle Konkurrenten, denn für diese würde der Eintritt in den Markt durch die Sanierungsfusion erschwert. Auch könnte durch die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften ohne konsequente und klare Kriterien die Wettbewerbspolitik zu einer Industriepolitik geraten.<sup>53</sup>

Außerdem muss berücksichtigt werden, dass die Annahme des Sanierungseinwandes, obwohl die Voraussetzung der Effizienzverbesserung nicht vorliegt, dem Schutzziel des Wettbewerbsrechts zuwiderläuft, da sie den Schutz der Interessen einzelner Unternehmen dem Schutz des Wettbewerbs als Mittel zur Steigerung der Verbraucherwohlfahrt vorziehen würde.<sup>54</sup>

Schließlich muss die Reaktion der Kontrollbehörden negativ auf Vorschläge sein, außerwettbewerbliche Kriterien in die Bewertung von Sanierungsfusionen einzubeziehen. Die Berücksichtigung derartiger Kriterien, insbesondere der sozialen Auswirkungen des Dilemmas zwischen Zusammenschluss oder Marktausscheiden des gescheiterten Unternehmens (z.B. Erhalt der Arbeitsplätze),<sup>55</sup> die entgegen der Kritik aus der Lehre

---

<sup>50</sup> Heyer/Kimmel, 11.

<sup>51</sup> OECD, Failing firm defense, 1995, 22 ([www.oecd.org/dataoecd/35/6/1920253.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/35/6/1920253.pdf)).

<sup>52</sup> Dazu Sullivan/Grimes, 615.

<sup>53</sup> Haucap, Wirtschaftskrise – Krise der Marktwirtschaft, WuW 2009, 247.

<sup>54</sup> Shapiro, 18; Sullivan/Grimes, 614. Vgl. Strohm, 1204-1205.

<sup>55</sup> Es wird allerdings zurecht darauf hingewiesen, dass die Unternehmenssanierung eher eine Minderung als den Erhalt von Arbeitsplätzen voraussetzt, siehe dazu Möschel, Die Sanierungsfusion im Recht der Zusammenschlusskontrolle, FS für Robert Fischer 1979, 487, 506.

sowohl von der Kommission als auch von dem EuG miteinbezogen werden,<sup>56</sup> vergrößert die Rechtsunsicherheit, die ohnehin wegen der Schwächen bei der Abwägung von Wettbewerbsbeschränkungen und Verbraucherinteressen nicht zu übersehen ist. Soziale Kriterien können allein im Rahmen von politischen Entscheidungen in Betracht gezogen werden, soweit dies in den jeweiligen Rechtsordnungen (z.B. im Rahmen der Ministererlaubnis des § 42 GWB, nicht jedoch im Rahmen der Auslegung des Art. 2 VO 139/04) vorgesehen ist.<sup>57</sup>

## V. Ergebnisse

Aus der obigen Analyse ergeben sich im wesentlichen drei Ergebnisse. Zwei davon beziehen sich auf die spezifische Problematik der Sanierungsfusion, während das dritte mit den Prioritäten der Wettbewerbspolitik zusammenhängt:

1. Die Privilegierung von Sanierungsfusionen kann nicht zur Bewältigung von Wirtschaftskrisen beitragen. Dies gilt nicht nur weil sie einzelne Unternehmen betrifft und nicht eine Art von *“distressed industry defense”*<sup>58</sup> ist, sondern auch weil ihre Anwendung nur ausnahmsweise mehr Nutzen als Schaden verursacht.<sup>59</sup> Auf jeden Fall verbessert sie ganz selten die Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten Markt verbessert.<sup>60</sup> Die Abwägungsschwächen, mit denen die Anwendung der Sanierungsfusionslehre verbunden ist, und die Unsicherheit der Wettbewerbsauswirkungen der Sanierungsfusionen erhöhen sich noch in Zeiten von Wirtschaftskrisen, denn gerade in solchen Zeiten wird die Frage noch schwieriger zu beantworten sein, ob die wirtschaftliche Lage der gescheiterten Gesellschaft auf die Entwicklung der Unternehmensgrundlagen oder auf eine kurzzeitige Lücke beim Finanzfluss zurückzuführen ist.<sup>61</sup>

2. Die Anwendungsprinzipien der Zusammenschlusskontrolle bleiben unverändert, sowohl in Zeiten des Aufschwungs, als auch in Zeiten der Krise. Diese Feststellung gilt sowohl für Kartellbehörden, als auch für internationale Wirtschaftsorganisationen.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> Siehe dazu *Warler*, 131 ff., 135 ff. mit weiteren Hinweisen. Für eine allgemeine Anwendung von sozialen Kriterien *Correia*, *The failing Company Defense – Statement before the FTC*, 14.11.1995 <http://www.ftc.gov/opp/global/final.shtm>; *Kokkoris*, *Failing Firm Defence: A Success or Failure for Corporate Restructuring?* *International Corporate Rescue* 2007, 149, 156; *Friedman*, *Untangling the Failing Company Doctrine*, 64 *Tex. L. Rev.* 1375 (1986). Siehe auch *Monti*, 541.

<sup>57</sup> Für eine sehr vorsichtige Anwendung der Ministererlaubnis auf Sanierungsfusionen *Catranis*, *Die Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle – dargestellt am Beispiel der Sanierungsfusion*, 1981, 180.

<sup>58</sup> Siehe *Körber*, 877. Vgl. *Pitofsky*, *Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy*, 81 *Geo. L.J.* 195, 229, 237 ff.

<sup>59</sup> *Baxter*, 252.

<sup>60</sup> *Catranis*, 181.

<sup>61</sup> *Oxera*, 1.

<sup>62</sup> So z.B. *Kroes*, *Dealing with the current financial crisis*, 6.10.2008, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/498>; *Heitzler*, *Ordnungspolitik in der Krise*, *WuW* 2009, 359; *OECD*, *Global Forum on Competition, The Role of Competition Authorities in the Management of Economic Crises*, Note by the Secretariat, [www.oilis.oecd.org/olis/2009doc.nsf/ENGDATCORPLOOK/NT00000AC2/\\$FILE/JT03259023.PDF](http://www.oilis.oecd.org/olis/2009doc.nsf/ENGDATCORPLOOK/NT00000AC2/$FILE/JT03259023.PDF).

3. Der Sanierungseinwand, wie er sich in der Praxis der Kommission entwickelt hat, ist grundsätzlich in der Effizienzproblematik integriert. Die Sanierungsfusionslehre bezweckt also die Verfolgung bestimmter wirtschaftlicher Ergebnisse innerhalb der Grenzen, die die Nichtverschlechterung der Wettbewerbsstruktur des relevanten Marktes zieht. Die gleichzeitige Verfolgung der Sicherung von Wettbewerbsbedingungen und der Erzeugung bestimmter wirtschaftlicher Ergebnisse, d.h. die gleichzeitige Verfolgung bestimmter wirtschaftlicher Ziele und des Verfahrens, aus dem sich diese Ziele ergeben sollen, bereitet besondere Probleme für die Zusammenschlusskontrolle. Die Berechnung der wirtschaftlichen Ergebnisse der Sanierungsfusion oder des Marktausscheidens des gescheiterten Unternehmens und dessen Vermögenswerte, und die Abwägung jeder dieser Alternativen mit den jeweiligen Auswirkungen auf dem Wettbewerb übersteigt deutlich die Schwierigkeiten, mit denen die Kartellbehörden bei der Anwendung dieser Kontrolle normalerweise konfrontiert sind.

Diese Feststellung bestätigt die Ansicht, dass eine Wettbewerbspolitik, die sich nicht darauf beschränkt, Wettbewerbsbedingungen zu sichern, sondern dies mit der Verfolgung konkreter Ziele zu kombinieren versucht, in der Regel in eine Sackgasse gerät.