

## Sanierungsfusionen im europäischen Wettbewerbsrecht

Erkan Daniş\*

### A. Einleitung

Vereinfacht ausgedrückt steht der Begriff der Sanierungsfusion für einen Zusammenschluss, bei dem ein vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch stehendes Unternehmen durch einen stärkeren (nicht notwendig größeren) Partner vor der Liquidation bewahrt wird<sup>1</sup>. Bei der Problematik der Sanierungsfusion geht es um Zusammenschlüsse, bei denen ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen von der Insolvenz bedroht ist und ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würde. Die Besonderheit bei einer Sanierungsfusion besteht darin, dass auch ohne den Zusammenschluss sich die Anzahl der Wettbewerber auf dem Markt verringern und Anlagevermögen aus dem Markt ausscheiden würde. Ferner können durch eine Sanierungsfusion die negativen sozialen Folgen einer Insolvenz abgewendet werden.

Die Rechtsfigur der Sanierungsfusion hat ihren Ursprung in Amerika<sup>2</sup>. Danach ist ein Zusammenschluss ist nicht geeignet, den

---

\* Wissenschaftlicher Assistent bei der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Handel-Universität Istanbul.

1 So Immenga, Konzentrationskontrolle und Sanierungsfusion, ZHR 137 (1973), S.334; ähnlich Emmerich, Kartellrecht 2001, S.305; Garten, Die Failing Company Defense im europäischen Recht, 2003, S.25; Siehe für die Begriff der Sanierungsfusion Bergau, Die Sanierungsfusion im europäischen Kartellrecht, 2003, S.7.

2 Siehe für das amerikanische Failing Firm Defence, Immenga, Konzentrationskontrolle und Sanierungsfusion, ZHR 137 (1973), S.335ff; Denzel, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 240ff; vgl. zur historischen Entwicklung Garten, Die Failing Company Defense im europäischen Recht, 2003, 25ff.

Wettbewerb wesentlich zu beschränken, wenn eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen insolvent ist und ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausschneiden würde. In seiner Entscheidung *International Shoe Company/FTC* gab der Supreme Court einen beabsichtigten Zusammenschluss der beiden weltweit größten Schuhhersteller frei<sup>3</sup>. Grundlage der Entscheidung war die drohende Insolvenz eines Unternehmens und die Tatsache, dass sich kein anderer Käufer für das von der Insolvenz bedrohte Unternehmen fand. Aus diesen Umständen folgte der Supreme Court, dass der Zusammenschluss zu keiner wesentlichen Wettbewerbsbehinderung führe und darüber hinaus förderlich für das öffentliche Interesse sei<sup>4</sup>. Mittlerweile sind die Voraussetzungen für eine „failing firm defence“ in den U. S. Horizontal Merger Guidelines festgeschrieben<sup>5</sup>.

Anders als im US-amerikanischen Kartellrecht mit seinen Merger Guidelines<sup>6</sup> und auch anders als im deutschen Kartellrecht<sup>7</sup> fehlte in dem europäischen Kartellrecht die schriftliche Fixierung des Instituts der Sanierungsfusion. Weder in der Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89 (FKVO 4064/89) noch in der Richtlinien oder Bekanntmachungen sind die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion geregelt<sup>8</sup>. Die Kommission hat in ihrer Entscheidungspraxis die Doktrin der Sanierungsfusion für das europäische Kartellrecht entwickelt. Schließlich übernimmt die Kommission die in der BASF Entscheidung<sup>9</sup> zu Grunde gelegten Kriterien in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse<sup>10</sup> gemäß der Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 (FKVO 139/2004)<sup>11</sup>.

3 Supreme Court E. v. 6. 1. 1930, 280 U.S., 291ff.

4 Supreme Court E. v. 6. 1. 1930, 280 U.S., 302.

5 U.S. Department of Justice und Federal Trade Commission, 1992 Horizontal Merger Guidelines Ziffer 5.

6 Siehe für die aktuelle Version von 1992 Merger Guidelines, Denzel, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 243ff; Fiedler, EG-Kommission erleichtert Voraussetzungen für Sanierungsfusionen, *EuZW* 2001, S. 586; Bergau, Die Sanierungsfusion im europäischen Kartellrecht, 2003, S.44ff.

7 Emmerich, Kartellrecht 2001, S.305ff; Immenga, Konzentrationskontrolle und Sanierungsfusion, *ZHR* 137 (1973), S.334; Bergau, Die Sanierungsfusion im europäischen Kartellrecht, 2003, S.74ff.

8 Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 vom 21.12.1989, ABl. Nr. L 395/1. Die FKVO wird ergänzt durch die Verordnung (EG) Nr. 447/98 vom 21.3.1998, ABl. Nr. L 61/1, die einzelne Verfahrensfragen regelt.

9 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001).

10 Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, AB1EG 2004 C 31/5 (im Folgenden: Zusammenschlussleitlinien).

11 Verordnung (EG) Nr.139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, AB1EG 2004 L 24, 1ff.

Im Folgenden wird die Entwicklung der Sanierungsfusion bis zur BASF-Entscheidung (1), die Änderung der Sanierungsfusion durch die BASF-Entscheidung (2) dargestellt.

## **B. Die Sanierungsfusion im europäischen Kartellrecht bis zur BASF-Entscheidung**

### **1. Erstmalige Auseinandersetzung der Sanierungsfusion mit der Kommissionsentscheidung de Havilland**

#### **a. Sachverhalt**

Die französische Aérospatiale und die italienische Alenia sind Staatsunternehmen, die auf dem Gebiet der zivilen und militärischen Luft- und Raumfahrtindustrie tätig sind<sup>12</sup>. Beide Unternehmen kontrollieren gemeinsam das Unternehmen Avions de Transport Régional (ATR), das Flugzeuge für den Regionalverkehr konzipiert, entwickelt, herstellt und vertreibt. De Havilland ist die kanadische Tochter von Boeing und produziert Regionalflugzeuge mit Turboprop-Triebwerken. Aérospatiale und Alenia planten, de Havilland zu erwerben und in ein gemeinsam kontrolliertes Unternehmen einzubringen.

#### **b. Vortrag der Parteien**

Die Parteien führten aus, dass de Havilland ohne den Zusammenschluss kurz- bis mittelfristig aus dem Markt ausscheiden würde. Das Unternehmen würde zwar nicht sofort aufgelöst, doch Boeing würde die Produktion auslaufen lassen, wenn der Zusammenschluss nicht zustande käme.

#### **c. Entscheidung**

Unabhängig von der Frage, ob eine Überlegung im Rahmen der Anwendung des Art. 2 der FKVO überhaupt relevant ist, hält die Kommission solch ein Ausscheiden als Wettbewerber nicht für wahrscheinlich. (...) Nach den der Kommission vorliegenden Angaben ist daher nicht davon auszugehen, dass de Havilland auf jeden Fall seinen Betrieb einstellen müsste, falls der Zusammenschluss nicht zustande kommt<sup>13</sup>. Es gäbe nämlich, so der Hinweis der Kommission, neben den Anmeldern auch noch einen weiteren Kaufinteressenten (British Aerospace).

12 Kommission Aérospatiale-Alenia/de Havilland, Sache IV/M.053, AB1. L 334/42ff., abgedruckt in WuW 1992, 163ff.

13 Kommission Aérospatiale-Alenia/de Havilland, Sache IV/M.053, AB1. L 334/42, Tz.31, WuW 1992 163ff. Rn.31.

Die Kommission hat in dieser Entscheidung ausdrücklich zwei Dinge festgestellt, um dem –Sanierungsfusion - Vortrag der Parteien entgegenzutreten: (1) der Betrieb muss nicht eingestellt werden und (2) es gibt einen weiteren Kaufinteressenten. Damit lehnte die Kommission das Vorliegen der faktischen Voraussetzungen der Theorie in aller Kürze ab, ohne sich über die grundsätzliche Rechtfertigung von Sanierungsfusionsargumenten zu äußern<sup>14</sup>.

## **2. Erstmalige Anwendung der Sanierungsfusion mit dem Kali&Salz Verfahren**

Zum ersten Mal seit dem Inkrafttreten der FKVO hatte sich die Kommission in diesem Fall mit der Beurteilung einer Sanierungsfusion und den sich daraus ergebenden Kausalitätsfragen bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung zu befassen.

### **a. Sachverhalt**

Kali und Salz AG, eine Tochtergesellschaft der BASF AG, war im Wesentlichen in den Produktbereichen Kali, Spezialsorten, Industrieprodukte auf Kali- und Salzbasis, Salz sowie Entsorgung tätig. In der MdK (Die Mitteldeutsche Kali AG) waren die Kali- und Steinsalzaktivitäten der ehemaligen DDR zusammengefasst. Alleinnige Aktionärin der MdK war die Treuhand, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, deren Aufgabe es war, die früheren staatlichen Betriebe der ehemaligen DDR wettbewerblich zu strukturieren und zu privatisieren. Das angemeldete Vorhaben sah vor, MdK in eine GmbH umzuwandeln, an der Kali und Salz AG mit 51% und die Treuhand mit 49% beteiligt sind.

### **b. Vortrag der Parteien**

Die Parteien machten geltend, dass MdK ohne den Zusammenschluss kurzfristig aus dem Markt ausscheiden müsste und die dann freiwerdenden Marktanteile im wesentlichen Kali und Salz zuwachsen würden. Damit seien die Voraussetzungen der „Failing Firm Defence“ erfüllt, nach der in einer derartigen Situation die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung fusionsrechtlich hingenommen werden müsste<sup>15</sup>.

---

14 Siehe für eine kritische Überlegung dieser Entscheidung, Kamburoglou, Erste Untersagungsentscheidung im Zusammenschlussvorhaben ATR/ de Havilland, WuW 1992, 305, (309).

15 Kommission Kali-Salz/MdK/Treuhand, Sache IV/M.308, AB1. 1994 Nr. L 186/38, Tz. 70.; WuW 1994, EG-Informationen, S. 118 (119).

### c. Entscheidung

Die wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses waren erheblich: Der Zusammenschluss führt auf dem deutschen Markt für landwirtschaftlich genutztes Kali zu einer faktischen Monopolstellung bei einem Marktanteil der Kali-Salz von 79% und der MdK von 19%<sup>16</sup>. In der europäischen Gemeinschaft wird es nach dem Zusammenschluss zwei dominierende Anbieter geben, und zwar einerseits Kali-Salz/MdK und andererseits den französischen Kali-Produzenten SCPA. Gemeinsam vereinigen beide Hersteller etwa 80% der gesamten Kaliproduktion.

Insgesamt hielt die Kommission in ihrer Entscheidung das Vorliegen der folgenden Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit der Sanierungsfusion für erforderlich<sup>17</sup>:

- *Das erworbene Unternehmen würde ohne die Übernahme durch ein anderes Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden.*

- *Die Marktposition des erworbenen Unternehmens würde im Falle seines Ausscheidens aus dem Markt dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen (Marktabsorptionskriterium).*

- *Es gibt keine weniger wettbewerbschädlichen Erwerbsoptionen.*

Die vorgenannten Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen und sind von dem anmeldenden Unternehmen vorzutragen und zu beweisen<sup>18</sup>. Die Kommission begründet dies damit, dass ein Zusammenschluss, in dessen Folge eine beherrschende Stellung entsteht, nur ausnahmsweise nicht kausal für das Entstehen der beherrschenden Stellung ist. Aus Sicht der Kommission hatten die Parteien im vorliegenden Fall die drei wesentlichen Kriterien für die Annahme einer Sanierungsfusion hinreichend nachgewiesen<sup>19</sup>. Obwohl die oben genannten wettbewerblichen Auswirkungen des

16 Kommission Kali-Salz/MdK/Treuhand, Sache IV/M.308, AB1. 1994 Nr. L 186/38, Tz. 46.

17 Kommission Kali-Salz/MdK/Treuhand, Sache IV/M.308, AB1. 1994 Nr. L 186/38, Tz. 71. Siehe auch Albers/Hacker in: Schröter/Jakop/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn.413ff.; Adt in: Groeben/Schwarze, Art. 2 FKVO, Rn.291ff.; Fiedler, EG-Kommission erleichtert Voraussetzungen für Sanierungsfusion, EuZW 2001, S.585 (587); Ristelhuber, Sanierende Unternehmensübertragung und Fusionskontrolle, ZIP 2003, S. 378 (379); Rau, Über die Genehmigungsfähigkeit von Sanierungsfusionen, BB 39/2002, S.1973 (1974)

18 Kommission Kali-Salz/MdK/Treuhand, Sache IV/M.308, AB1. 1994 Nr. L 186/38, Tz. 72.

19 Kommission Kali-Salz/MdK/Treuhand, Sache IV/M.308, AB1. 1994 Nr. L 186/38, Tz. 76.

Zusammenschlusses erheblich waren, erklärte die Kommission im Ergebnis den Zusammenschluss auch im Hinblick auf den deutschen Markt für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Da Kali-Salz ohnehin die Marktposition von MdK übernommen hätte, sei der Zusammenschluss nicht kausal für das Entstehen der beherrschenden Stellung. Damit wurde erst in dieser Entscheidung der Einwand der Sanierungsfusion angenommen und richtigerweise am Kriterium der Kausalität zwischen Zusammenschluss und Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung festgemacht.

In dieser Entscheidung diskutiert die Kommission die Sanierungsfusion unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Kausalität zwischen Zusammenschluss und Marktbeherrschung. Als Voraussetzungen für den Einwand der Sanierungsfusion fordert sie –wie bereits der US Supreme Court in seiner Entscheidung *International Shoe Company/FTC*–, dass ein Unternehmen ohne die Fusion aus dem Markt ausscheiden würde und es keine weniger wettbewerbschädliche Erwerbsalternative gibt.

Die Kommission gab den Zusammenschluss frei, da sie bereits die Kausalität für die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung verneinte. In dieser Entscheidung mußte die Kommission daher nicht auf das Tatbestandsmerkmal der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs eingehen.

### **3. Bestätigung der Sanierungsfusion durch den EuGH in Frankreich u.a./Kommission<sup>20</sup>**

Die vorgenannte Entscheidungspraxis der Kommission hat der EuGH mit dieser Entscheidung ausdrücklich bestätigt.

Frankreich und zwei große französische Unternehmen hatten eine Nichtigkeitsklage gegen die Kali-Salz Entscheidung der Kommission erhoben. Frankreich griff die Kommissionsentscheidung u.a. mit der Argumentation an, dass die Kommission unter Anwendung der Theorie der Sanierungsfusion den zu einem Monopol auf dem deutschen Kalimarkt führenden Zusammenschluss fehlerhaft genehmigt habe<sup>21</sup>.

Da die Kommission die tatsächlichen Voraussetzungen für das Entstehen einer kollektiv beherrschenden Stellung nicht hinreichend bewiesen hatte, erklärte der EuGH die Entscheidung insgesamt für nichtig. Er bestätigte jedoch die Rechtsfigur der Kommis-

20 EuGH vom 31.03.1998, Slg. 1998, I-1375 = EuZW 1998, S.299-315.

21 EuGH vom 31.03.1998, Slg. 1998, I-1375 = EuZW 1998, S.304, Rn.90.

sion failing firm defence, wie sie von der Kommission entwickelt wurde.

Der EuGH stellte fest, dass die Tatsache für sich genommen nicht zur Ungültigkeit der Kommissionsentscheidung führt, dass sich die von der Kommission aufgestellten Voraussetzungen nicht vollständig mit den im Rahmen der amerikanischen Theorie der „failing firm defence“ zu Grunde gelegten Kriterien decken<sup>22</sup>. Denn nur der Umstand, dass die von der Kommission aufgestellten Voraussetzungen nicht geeignet wären, die Ursächlichkeit eines Zusammenschlusses für die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes auszuschließen, könne ein Grund für die Ungültigkeit der streitigen Entscheidung darstellen<sup>23</sup>.

### **C. Die Veränderung der Sanierungsfusion im europäischen Kartellrecht durch die BASF-Entscheidung**

Der Einwand der Sanierungsfusion ist von der Kommission nach der Kali+Salz-Entscheidung auch in den Fällen Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM<sup>24</sup>, Blokker/Toys „Я“ Us<sup>25</sup>, Bertelsmann/Kirsch/Premiere<sup>26</sup> und Rewe/Meinl<sup>27</sup> geprüft worden. Die Kommission kam in allen vier Fällen zu dem Ergebnis, dass keine der drei von der Kommission in der Kali+Salz-Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen nachgewiesen worden war, so dass der Einwand fehlender Kausalität nicht greifen konnte. Mittlerweile ist der Einwand der Sanierungsfusion von der Kommission in dem BASF-Fall angewandt und weiterentwickelt worden. In der Entscheidung vollzog die Kommission jedoch eine Wende und schwächte die in der Kali-Salz-Entscheidung dargestellten strengeren Voraussetzungen der Sanierungsfusion ab.

22 EuGH vom 31.03.1998, Slg. 1998, I-1375 = EuZW 1998, S.306, Rn.112.

23 Siehe für die Diskussionen über diese Entscheidung bzw. Marktabsorptionskriterium Fiedler, EG-Kommission erleichtert Voraussetzungen für Sanierungsfusion, EuZW 2001, S.585 (587); Ristelhuber, Sanierende Unternehmensübertragung und Fusionskontrolle, ZIP 2003, S. 378 (379), anderer Ansicht Denzel, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 255.

24 Kommission vom 04.12.1996, Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, Sache COMP/M. 774, AB1 1997 Nr. L 247 S.1 Rn. 247-259.

25 Kommission vom 26.06.1997, Blokker/Toys „Я“ Us, Sache COMP/M. 890, AB1 1998 Nr. L 316 S.1 Rn. 109-113.

26 Kommission vom 27.05.1998, Bertelsmann/Kirsch/Premiere, Sache COMP/M. 993, AB1 1999 Nr. L 53 S.1 Rn. 72-76.

27 Kommission vom 03.02.1999, Rewe/Meinl, Sache COMP/M. 1221, AB1 1999 Nr. L 274 S.1 Rn. 66-69.

### 1. Sachverhalt

Die BASF AG erwarb die beiden belgischen Chemieunternehmen Pantochim und Eurodiol von deren italienischer Mutter, SISAS S.P.A., die selbst insolvent war<sup>28</sup>. Pantochim und Eurodiol standen unter Zwangsverwaltung, was nach belgischem Recht eine Vorstufe zum Insolvenzverfahren darstellt. Das für die Zwangsverwaltung zuständige Gericht erklärte der Kommission, dass die Unternehmen in Konkurs gingen, wenn der Zusammenschluss mit BASF untersagt würde.

### 2. Vortrag der Parteien

Nach Auffassung der Parteien erfüllte dieser Sachverhalt die Voraussetzungen der *failing firm defence*<sup>29</sup>. Insbesondere hätte BASF auch ohne die Fusion eine vergleichbare Stellung auf dem Markt erhalten und die Anlagen der in Frage stehenden Unternehmen wären in jedem Fall für den Markt verloren. Darüber hinaus sei nach der Praxis der EuGH<sup>30</sup> die dritte Bedingung der Kali+Salz-Entscheidung (Zuwachs der gesamten Marktanteile des erworbenen Unternehmens zugunsten des erwerbenden Unternehmens) nicht als notwendige Voraussetzung für die Anwendung der „*failing company defence*“-Theorie erachtet. Es reiche vielmehr aus, dass nur ein Teil des Marktanteils dem erwerbenden Unternehmen zuwachse<sup>31</sup>.

### 3. Entscheidung

Die BASF-Entscheidung geht intensiv auf die Kali+Salz-Entscheidung der Kommission und des EuGH ein<sup>32</sup>. Dieser Entscheidung zufolge setzt die Anwendung des Begriffs der „Sanierungsfusion“ generell voraus, dass die zur Übernahme anstehenden Unternehmen vor dem Bankrott stehen („*failing firms*“) und die Fusion nicht ursächlich für die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur ist<sup>33</sup>. Damit das Konzept der Sanierungsfusion greifen kann,

---

28 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 144 .

29 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 135.

30 EuGH Frankreich u.a./Kommission vom 31.03.1998, Slg. 1998, I-1375 = EuZW 1998, S.304.

31 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 149.

32 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 136ff.

33 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 140.

müssen nach Auffassung der Kommission die erste und dritte der insgesamt drei in der Kali+Salz-Entscheidung der Kommission festgelegten Voraussetzungen erfüllt sein, nämlich dass das erworbene Unternehmen ohne den Erwerb durch ein anderes Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde, und dass es keine weniger wettbewerbschädliche Erwerbsalternative gibt<sup>34</sup>.

Die Anwendung dieser beiden Voraussetzungen schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, dass die Aktiva der fraglichen Unternehmen durch Dritte auch dann noch übernommen werden können, wenn das Konkursverfahren bereits eröffnet ist<sup>35</sup>. Die Übernahme der Aktiva durch Wettbewerber im Verlauf des Konkursverfahrens könnte im Ergebnis aber durch einen alternativen Käufer gleichstehen. Deshalb muss zu den beiden Voraussetzungen hinzukommen, nämlich dass die zur Übernahme anstehenden Aktiva bei Nichtzustandekommen der Fusion unweigerlich für den Markt verloren gehen würden.

Vor diesem Hintergrund schlussfolgert die Kommission, dass eine Sanierungsfusion nur beim Vorliegen der folgenden Voraussetzungen in Betracht kommt:

- *das erworbene Unternehmen würde ohne den Erwerb durch ein anderes Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden,*
- *es bietet sich kein Erwerb durch einen alternativen Käufer an, der positivere Folgen für den Wettbewerb hätte,*
- *die zur Übernahme anstehenden Vermögenswerte würden ohne Fusion unweigerlich für den Markt verloren gehen*<sup>36</sup>.

Außerdem betont die Kommission, dass die Anwendung des Konzepts der Sanierungsfusion in jedem Fall voraussetzte, dass sich die Wettbewerbsstruktur durch die Fusion nicht mehr verschlechtert als ohne die Fusion<sup>37</sup>. Da die belgischen Firmen ohne die Übernahme durch die BASF Bankrott gegangen wären und da es keine anderen Kaufinteressenten gab, sind die ersten beiden

---

34 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 140.

35 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 141.

36 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 142.

37 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 143. Damit bleibt die *failing firm defence* ein Prüfungspunkt im Rahmen der Kausalität. So auch Rau, Über die Genehmigungsfähigkeit von Sanierungsfusionen, BB 39/2002, S.1973 (1976) und Strohm, BASF/Pantochim/Eurodiol, WuW 2001, S. 1203 (1204).

Bedingungen somit erfüllt<sup>38</sup>. Hinsichtlich der dritten und im europäischen Kartellrecht neuen Voraussetzung stellte die Kommission zunächst im Vergleich zur Kali+Salz-Entscheidung ausdrücklich fest, dass in dem Fall keine duopolistische Marktstruktur vorlag. In des erkannte die Kommission an, dass ohne die Übernahme durch BASF die Vermögenswerte vom Markt verschwinden würden und dass dies sehr wahrscheinlich zu einer deutlichen Verschlechterung des Marktes zum Nachteil der Kunden führen würde<sup>39</sup>. Dies bejaht die Kommission unter Verweis auf die Besonderheiten der betroffenen chemischen Fabriken und des belgischen Insolvenzrecht<sup>40</sup>.

Unter Berücksichtigung aller Faktoren in diesem besonderen Fall ist somit davon auszugehen, dass die Marktbedingungen im Falle der Fusion vorteilhafter sind als bei einem völligen Wegfall der zu erwerbenden Anlagen<sup>41</sup>. Aus den oben genannten Gründen kommt die Kommission zu dem Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben weder zur Begründung noch zur Verstärkung einer beherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde<sup>42</sup>. Bei einer Sanierungsfusion wird ein vor dem Konkurs stehendes Unternehmen durch ein finanzstarkes Unternehmen übernommen, um auf diese Weise den finanziellen Zusammenbruch zu verhindern.

#### **D. Fazit**

Bei einer Sanierungsfusion wird ein vor dem Konkurs stehendes Unternehmen durch ein finanzstarkes Unternehmen übernommen, um auf diese Weise den finanziellen Zusammenbruch zu verhindern.

Die Kommission stellt in ihren Zusammenschlussleitlinien übergreifend fest, dass die Genehmigung eines eigentlich problematischen Vorhabens dennoch mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein könne, wenn ein konkursgefährdetes Unternehmen von einem anderen übernommen werde und die anschließende

---

38 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 144-148.

39 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 151.

40 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 152.; vgl auch Strohm, BASF/Pantochim/Eurodiol, WuW 2001, S. 1203 (1206).

41 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 163.

42 Kommission BASF/Eurodiol/Pantochim, Sache COMP/M.2314 (2001), Rn. 164.

Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur nicht auf den Zusammenschluss zurückgeführt werden kann.<sup>43</sup> Nach Auffassung der Kommission setzt die Anerkennung einer derartigen so genannten „failing firm defence“ voraus, dass drei Bedingungen erfüllt sind:<sup>44</sup>

1. das Unternehmen, welches einen Sanierungsfall darstellen soll, wäre aufgrund seiner finanziellen Schwierigkeiten gezwungen, in naher Zukunft aus dem Markt auszuscheiden, falls es nicht durch ein anderes Unternehmen übernommen wird;

2. zu dem angemeldeten Zusammenschluss gibt es keine weniger wettbewerbswidrige Verkaufsalternative, und

3. die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens würden ohne den Zusammenschluss zwangsläufig vom Markt genommen werden.

Auch hier obliegt es wiederum den anmeldenden Unternehmen, das Vorliegen dieser drei Voraussetzungen nachzuweisen<sup>45</sup>. Hiermit stellt die Kommission klar, dass die beteiligten Unternehmen die Beweislast für die fehlende Kausalität und somit für den Einwand der Sanierungsfusion tragen.

Eine dogmatisch überzeugende Begründung für eine solche Beweislastumkehr steht jedoch bis jetzt aus. In der Fusionskontrolle selbst findet sich keine Stütze für eine Beweislastumkehr. Die Beweislast für die Unternehmen in Bezug auf die Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion könnte man höchstens auf folgende Überlegung stützen: Es ist davon auszugehen, dass sich in Zukunft die Wettbewerbsbedingungen auf einem Markt nicht drastisch verändern. Es besteht daher die Vermutung, dass ohne einen Zusammenschluss auch in Zukunft ähnliche Wettbewerbsbedingungen herrschen wie zum Zeitpunkt der Prüfung des Zusammenschlusses. Diese Vermutung führt dazu, dass die Unternehmen beweisen müssen, dass sich auch ohne einen Zusammenschluss die Wettbewerbsbedingungen drastisch verschlechtern würden. Die Beweislastverteilung für den Einwand der Sanierungsfusion ist aber im Ergebnis sicherlich richtig. Denn die Unternehmen befinden sich im Besitz der relevanten Daten. Müsste die Kommission beweisen, dass das betreffende Unternehmen nicht von der Insolvenz bedroht ist, so bestände die Gefahr, dass sich Unternehmen auf eine angeblich drohende Insolvenz berufen würden, um so eine Genehmigung eines wettbewerbschädlichen Zusammenschlusses zu erreichen.

43 Zusammenschlussleitlinien, Rn.89.

44 Zusammenschlussleitlinien, Rn.90.

45 Zusammenschlussleitlinien, Rn.91.

Der europäische failing firm defence stellt nach der Anerkennung der Sanierungsfusion durch den EuGH in der Entscheidung Kali und Salz und der neue Horizontalleitlinie einen weiteren Schritt in der analytischen Annäherung zwischen der europäischen und der US-amerikanischen Fusionskontrolle dar<sup>46</sup>. Die Leitlinien der Kommission lassen erwarten, dass die Kommission in Zukunft an ihrer bisherigen Praxis unter der Verordnung Nr. 4064/89 zur Sanierungsfusion festhalten wird. Entscheidendes Kriterium bei der Beurteilung von Sanierungsfusionen ist für die Kommission, ob die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur auf den Zusammenschluss zurückgeführt werden kann.

---

46 Nr. 5.1 der Merger Guidelines 1992 nennt insgesamt vier Voraussetzungen, die für die Anwendung der failing firm defense erfüllt sein müssen: a) drohende Zahlungsunfähigkeit; b) keine Möglichkeit zur Reorganisation in einem Insolvenzverfahren; c) keine anderen Käufer, mit denen ein Zusammenschluss geringere Wettbewerbsbeschränkungen verursachen würde; d) Nachweis, dass ohne den Zusammenschluss die Produktionsmittel des Sanierungsunternehmens aus dem Markt ausscheiden werden.

**Literaturverzeichnis**

- Bergau, Torsten: Die Sanierungsfusion im europäischen Kartellrecht, 2003, FIW Schriftenreihe Heft 193.
- Bunte, Hermann-Josef: Kartellrecht, München 2003.
- Commichau, Gerhard: Gründzüge des Kartellrechts, 2., völlig neu bearb. Aufl. – München 2002.
- Denzel, Ulrich: Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 1. Aufl. Stuttgart 2004.
- Emmerich, Volker: Kartellrecht, 9. Aufl. München 2001.
- Fiedler, Patrick: EG-Kommission erleichtert Voraussetzungen für Sanierungsfusionen, EuZW 2001, S. 585-589.
- Garten, Gregor Nikolaus Die Failing Company Defense im europäischen Recht, Frankfurt 2003.
- Groeben, Hans von der / Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl. Baden-Baden 2003. Zitiert als: Bearbeiter in: Groeben/Schwarze
- Immenga, Ulrich: Konzentrationskontrolle und Sanierungsfusion, ZHR 137 S.1973-1995.
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim: EG-Wettbewerbsrecht, München 1997. Zitiert als: Bearbeiter in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht
- Kamburoglou, Panagiotis: Erste Untersagungsentscheidung im Zusammenschlussvorhaben ATR/ de Havilland, WuW 1992, S. 305-315.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates v. 11.12.2001, abrufbar unter: [http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/gpr/2001/com2001\\_0745de01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/gpr/2001/com2001_0745de01.pdf). Zitiert als: Grünbuch
- Langen, Eugen / Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001. Zitiert als: Bearbeiter in: Langen/Bunte, Kartellrecht
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/ Schweitzer, Heike: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2., völlig erneuerte Aufl., München 2004. Zitiert als: Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht

- Rau, Stephan: Der Erwerb aus der Insolvenz und die Fusionskontrolle - über die Genehmigungsfähigkeit von Sanierungsfusionen, BB 2002, S. 1973-1976.
- Ristelhuber, Johannes: Sanierende Unternehmensübertragung und Fusionskontrolle, ZIP 2003, S. 378-383.
- Schröter, Helmuth/ Jakob, Thinam/ Mederer, Wolfgang (Hrsg.): Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003. Zitiert als: Verfasser in Schröter/ Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht.
- Strohm, Andreas: BASF/Pantochim/Eurodiol: Richtungswechsel in der Europäischen Fusionskontrolle?, WuW 2001, S. 1203 (1204).
- Wiedemann, Gerhard (Hrsg.): Handbuch des Kartellrechts, München 1999.