

Gregor Nikolaus Garten

Die Failing Company Defense im europäischen Recht

Eine Untersuchung zur Berücksichtigung
von Sanierungsgesichtspunkten in der
europäischen Fusionskontrolle



PETER LANG

Europäischer Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel: Begriff und Einführung in die Problematik	21
I. Zielkonflikt.....	21
1. Der Konflikt zwischen Unternehmenserhalt und dem Schutz wettbewerbllicher Marktstrukturen.....	21
2. Reaktion der Fusionskontrolle auf diesen Konflikt..?.....	22
3. Gegenstand dieser Untersuchung.....	24
II. Die historische Entwicklung der Failing Company Defense.....	25
1. Die Wurzeln der Failing Company Defense.....	25
a. Vorläufige Definition.....	25
b. Historische Entwicklung.....	26
aa. Failing Company Defense als Richterrecht.....	26
bb. Die Entscheidung International Shoe Company v. FTC.....	27
cc. Die Entscheidung Citizen Publishing Co. v. United States.....	30
2. Der Failing Company Defense vergleichbare Rechtsinstitute in den europäischen Mitgliedstaaten.....	33
a. Sanierungsfusionen in Deutschland.....	34
aa. Wettbewerbliche Bilanz.....	34
bb. Ministererlaubnisverfahren.....	35
b. Die Failing Company Defense und vergleichbare Regelungen in Großbritannien und Frankreich.....	36
aa. Rescue Merger und Failing Company Defense im englischen Recht.....	36
bb. Der bilan social und die entreprise defaillante im französischen Recht.....	37
3. Failing Company Defense im Recht der Europäischen Gemeinschaft....	39
III. Grundsätzliche wettbewerbsrechtliche Bedenken gegen den Zusammenschluss mit einem sanierungsbedürftigen Unternehmen.....	43
1. Erhöhung des Konzentrationsgrades.....	45
2. Überproportionaler Zuwachs an Marktanteilen.....	45
3. Einschränkung des Wettbewerbs um Verbraucher.....	46
4. Verwendung der Produktionsanlagen.....	47
5. Wettbewerbswidrige Preisgestaltung.....	47
6. <i>Piecemeal Säle</i>	48
7. Zwischenergebnis.....	49
IV. Ergebnisse und Fragestellung.....	49

2. Kapitel: Voraussetzungen der Failing Company Defense	51
I. Voraussetzungen.....	51
1. Ohne Übernahme drohendes Ausscheiden des sanierungsbedürftigen Unternehmens aus dem Markt.....	52
a. Handhabung dieses Kriteriums im europäischen Recht.....	52
b. Kommissionsentscheidungen.....	53
c. US-amerikanische Erfahrungen mit der „Failing Company“.....	57
aa. Bevorstehende Insolvenz.....	58
bb. Failure ohne bevorstehende Insolvenz.....	61
cc. Restrukturierungsmöglichkeit.....	63
d. Failure eines Tochterunternehmens oder Geschäftsbereichs.....	65
aa. US-amerikanisches Recht.....	65
bb. Europäisches Recht.....	67
2. Keine weniger wettbewerbsschädliche Alternative.....	68
a. Das Kriterium im europäischen Recht.....	68
aa. Allgemeines.....	68
bb. Veräußerung in Teilen als Alternative.....	69
cc. Verspätetes Angebot.....	70
dd. Erfordernis hoher Transparenz.....	70
ee. Erfolgreiche Nachweise.....	71
ff. Zwischenergebnis.....	72
b. Das Alternative Purchaser Requirement im US-Recht.....	72
aa. Definition, des zu bevorzugenden Alternativerwerbers.....	72
(1) Ein Erwerber kann nur dann zu bevorzugen sein, wenn er beabsichtigt, im Markt zu verbleiben.....	73
(2) "Bevorzugter" Erwerber.....	73
(a) Alternativerwerb voraussichtlich wettbewerbskonform....	74
(b) Alternativerwerb unterläge selbst dem Alternative Purchaser-Erfordernis.....	74
bb. Die erforderliche Sorgfalt in der Auswahl des Erwerbers.....	75
(1) Vollständige Suche.....	75
(2) Vernünftige Anzahl von Anfragen.....	77
(3) Freiwillige Angebote.....	78
cc. Unannehmbar niedrige Alternativangebote.....	80
(1) Angebot unter Wert ist nicht zwangsläufig unangemessen niedrig.....	80
(2) Erhebliche Unterschiede sind unwahrscheinlich.....	81
(3) Definition von „unangemessenem“ Angebot.....	81
dd. Alternativangebote, die sich nur auf Teile des Unternehmens beziehen.....	82

ee. Berücksichtigung des Fortbestandes des Unternehmens nach vollzogenem Zusammenschluss.....	83
ff. Das Market Power Premium.....	85
gg. Areedas Vorschlag.....	86
3. Marktposition des erworbenen Unternehmens fiele im Falle seines Ausscheidens dem aufnehmenden Unternehmen zu:.....	87
II. Kritik an den Voraussetzungen..... ^	91
1. Enge Auslegung.....	92
2. Kein Wettbewerbsbezug der Voraussetzungen.....	93
3. Besonderheit im europäischen Recht.....	94
III. Zum weiteren Gang der Darstellung.....	95
f.. IV. Ergebnis.....	95
3. Kapitel: Genehmigung in Ermangelung entstehender Marktbeherrschung Berücksichtigung von Sanierungsaspekten im Zuge der Fest- stellung einer marktbeherrschenden Stellung	97
↳	
I. Einleitung.....	97
II. Relativierung der addierten Marktanteile.....	97
1. Marktbeherrschende Stellung.....	97
2. Die General Dynamics-Argumentation im amerikanischen Recht.....	99
a. Vorgeschichte: Brown Shoe und Philadelphia National Bank.....	100
b. United States v. General Dynamics Corp.....	102
c. 1992 Merger Guidelines.....	104
d. Dynamische Betrachtung der Marktanteile.....	105
3. Die General Dynamics Argumentation im Europäischen Fusionskontrollrecht.....	105
a. Rechtliche Grundlage.....	105
b. Entscheidungen der Kommission.....	107
aa. Die Entscheidung Mannesmann/VDO der EU-Kommission.....	107
bb. Weitere Entscheidungen.....	108
cc. Die Entscheidung Elf Aquitaine-Thyssen/Minol der EU-Kommission.....	109
c. Ergebnis.....	109
I. Das Verhältnis der General Dynamics Defense zur Failing Company Defense.....	110
1. Einleitung.....	110

2. Die Grenzen von General Dynamics.....	111
a. Von General Dynamics zur Financial Weakness Defense.....	111
b. Kritik.....	113
3. Sanierungsbedürftigkeit kein hinreichender Grund.....	115
a. Ansatz.....	115
b. Verschlechterung der Marktstruktur.....	116
c. Kriterien.....	117
4. Übertragbarkeit der Lösung auf das Europäische Recht.....	119
5. Das Merkmal der „Verstärkung“ einer marktbeherrschenden Stellung.....	120
6. Die Fusionskontrollentscheidung Boeing Company/McDonnell- Douglas Corporation.....	121
a. Die Entscheidung der Federal Trade Commission.....	121
b. Die Entscheidung der EU-Kommission.....	123
c. Vergleich.....	124
7. Grenzen der Relativierung gegenwärtiger Marktanteile.....	125
IV. Keine Marktbeherrschung trotz festgestellt hoher Marktanteile.....	126
V. Ergebnis.....	127
4. Kapitel: Genehmigung trotz entstehender Marktbeherrschung - Kausalität und die Bedeutung der Sanierungsbedürftigkeit für die Feststellung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung...	129
I. Kausalität.....	129
1. Fragestellung.....	129
2. Besonderheiten bei der Zurechnung-.....	131
a. Marktanteile.....	132
b. Marktzutrittsschranken.....	135
c. Entwicklung des Angebots und der Nachfrage.....	137
3. Besonderheiten bei vertikalen und konglomeraten Fusionen.....	138
a. Vertikale Fusionen.....	138
b. Konglomerate Fusionen.....	139
4. Zwischenergebnis.....	140
5. Die Bedeutung des Alternativerwerbererfordernisses.....	140
II. Vergleich der Wettbewerbszustände nach entstandener Marktbeherrschung-RuieofReason.....	142
1. Einleitung.....	142
2. Verhältnis zum Kausalitätsargument.....	143
3: Rechtliche Grundlage für den Vergleich.....	144

a. Gleichzeitig eintretende Wettbewerbsverbesserungen auf dem gleichen Markt.....	145
aa. Rechtliche Zulässigkeit.....	145
bb. Beschränkung auf Ausnahmen.....	147
cc. Fallgruppen.....	148
(1) Mehrere Unternehmen müssten den Markt verlassen.....	148
(2) Verringerung der relativen Konzentration.....	149
(3) Dekonzentration.....	150
b. Verbesserung der Marktstruktur bei der Betrachtung mehrerer Märkte.....	151
aa. Zulässigkeit.....	151
bb. Fallgruppen.....	152
cc. Problembereiche.....	154
c. Rationalisierungsgesichtspunkte.....	155
aa. Grundsätzliches.....	155
bb. Die BASF/Eurodiol/Pantochim-Entscheidung.....	156
cc. Ergebnis.....	157
4. Zwischenergebnis.....	158
IV. Ergebnis.....	159
. Kapitel: Failing Company Defense: Genehmigung trotz entstehender Marktbeherrschung - die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Faktoren.....	161
\ I. Einleitung.....	161
Die sogenannte Hardship Rationale zur Berücksichtigung privater Interessen.....	162
1. Art und Gewicht der involvierten Interessen.....	162
a. Arbeitsmarktinteressen.....	163
aa. Erhaltung von Arbeitsplätzen.....	163
bb. Wirtschaftspolitische Zweifel.....	164
cc. Sicherstellung der Rettung von Arbeitsplätzen.....	168
b. Sonstige Interessen privater Natur.....	171
aa. Gläubigerinteressen.....	171
bb. Eigentümerinteressen.....	173
c. Ausgleich der Interessen.....	174
! Ökonomische Rechtfertigung: Die Efficiency Rationale.....	175
. 1. Rationalisierungsvorteile durch Zusammenschluss mit einer Failing Company.....	177

a.	Zusammenschluss führt zu größerer Produktionsmenge und zu niedrigeren Preisen als Marktaustritt.....	177
aa.	Abstimmung zwischen gesteigerter Produktionskapazität und gesteigerter Marktmacht.....	177
bb.	Kritik an dieser Auffassung.....	180
ce.	Ertragssteigerung als Motivation für den Zusammenschluss mit einer Failing Company.....	181
b.	Abwägung Zuwachs an Produktionskapazität, beim aufnehmenden Unternehmen mit Abnahme der Produktionskapazität bei den verbliebenen Unternehmen.....	182
c.	Ergebnis.....	184
d.	Fragen, die sich aus der ökonomischen Analyse ergeben.....	184
aa.	Frage der Beweislast.....	185
bb.	Das alternative purchaser-Erfordernis.....	185
e.	Bedenken gegen eine ökonomische Analyse bei der Sanierungsfusion.....	186
2.	Vor- und Nachteile einer Efficiency Defense.....	187
a.	Zielsetzung des Wettbewerbsrechts.....	188
b.	Überschätzung der Effizienzen infolge von Zusammenschlüssen.....	189
c.	Weitere Probleme.....	191
d.	Zwischenergebnis.....	192
IV.	Die Berücksichtigungsfähigkeit außerwettbewerblicher Interessen im US-Fusionskontrollrecht.....	192
1.	Hardship Rationale im US-amerikanischen Antitrustrecht.....	192
a.	Historische Entwicklung.....	193
b.	Systematik des Antitrustrechts.....	197
c.	Zweck von Section 7 Clayton Act.....	199
d.	Ergebnis: kritische Betrachtung der Hardship Rationale.....	200
e.	Tendenz zur wettbewerbsbezogenen Betrachtung.....	202
2.	Berücksichtigung von Rationalisierungsvorteilen im US-Antitrustrecht.....	202
V.	Berücksichtigungsfähigkeit außerwettbewerblicher Interessen privater, sozial- und industriepolitischer Natur sowie von Rationalisierungsvorteilen in der Entscheidung nach EU-Recht.....	204
1.	Einleitung.....	204
a.	Hardship-Argumente.....	204
b.	Efficiencies-Argumente.....	205
c.	Fragestellung.....	207
2.	Die Bedeutung des Fortschrittseinwands ...i.....	208

a. Art. 2 Abs. 1 lit. b a.E. FusionskontrollVO als Ausnahmetatbestand.....	208
b. Abwägungstatbestand i.S.d. Public Policy Approach.....	209
aa. Wortlaut.....	211
bb. Geschichte.....	211
cc. Parallelität zu Art. 81 Abs. 3 Nr. 1 EGV.....	213
(1) Die Freistellungsvoraussetzung Nr. 1 des Art. 81 Abs. 3 EGV.....	214
(a) Rationalisierungsvorteile.....	214
(b) Überwindung von Strukturkrisen.....	216
(2) Übertragbarkeit der Kriterien auf die Fusionskontrolle.....	217
dd. Zwischenergebnis.....	220
Erwägungsgrund Nr. 13.....	221
a. Allgemeine Vertragsziele nach Art. 2 EGV.....	221
aa. Die Vertragsziele nach dem ursprünglichen Vertrag.....	221
bb. Wirtschaftsverfassung der EG nach dem Vertrag von Maastricht.....	222
cc. Bedeutung der Querschnittsklausel des Art. 157 Abs. 3 S. 1 EGV.....	224
dd. Die Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam.....	225
ee. Das Wettbewerbsverständnis des EuGH.....	225
ff. Die Politikbereiche der Industriepolitik und der Beschäftigungspolitik und die beiden Rationales.....	228
(1) Hardship Rationale und „Industriepolitik“.....	228
(2) Efficiencies und „Industriepolitik“.....	229
(3) Hardship Rationale und Beschäftigungspolitik.....	230
b. Berücksichtigung des Kohäsionseinwands in dem 13. Erwägungs- grund.....	231
aa. Inhalt von Art. 130 a EGV.....	232
bb. Verhältnis zur Wettbewerbspolitik.....	233
c. Berücksichtigungsfähigkeit des 13. Erwägungsgrundes.....	234
aa. Eigenständige Rechtfertigung.....	234
bb. Auslegungshilfe oder Zweifelsregel.....	238
(1) Auslegungsregel.....	238
(2) Zweifelsregel.....	239
(3) Berücksichtigung von Rationalisierungsvorteilen in der wettbewerblichen Analyse.....	240
d. Zwischenergebnis.....	241
^Ergebnis.....	242

6. Kapitel: Erfordernis einer Sanierungsklausel	245
I. Rechtspolitische Würdigung des gefundenen Ergebnisses.....	245
1. Die Grenzen der Berücksichtigungsfähigkeit von Sanierungsge- sichtspunkten in der europäischen Fusionskontrolle.....	245
2. Vergleich zur Rechtslage in den USA.....	246
3. Begriff der Sanierungsklausel.....	247
a. Erforderlichkeit einer Abwägungsklausel.....	249
aa. Geschützte Interessen.....	249
bb. Derzeitige Kommissionspraxis.....	250
cc. Angemessenheit.....	252
b. Rechtspolitische Überlegungen.....	253
c. Zulässigkeit einer solchen Klausel.....	253
II. Schlussbetrachtung.....	255
III. Ausblick.....	256
7. Kapitel:Zusammenfassung der Ergebnisse:	259