

## Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen der Krisenbewältigung

### 1. Einleitung

Die gegenwärtige Finanz- und Wirtschaftskrise stellt die Rechtsordnung bzw. deren Reaktionsfähigkeit auf geänderte wirtschaftliche und wirtschaftspolitische Rahmenbedingungen auf eine Bewährungsprobe. Im ersten rechtlichen Vortrag dieses Symposiums sollen daher auf Einladung des Forschungszentrums „Europäische Integration“ der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck einige Schlaglichter auf die Reaktion bzw. die Reaktionsmöglichkeit des Gemeinschaftsrechts auf die Krise geworfen werden.<sup>1</sup> In Abgrenzung zum Beitrag von *Wolfgang Mederer*<sup>2</sup> sollen dabei die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen jener Maßnahmen aufgezeigt und erläutert werden, die in Reaktion auf die gegenwärtige Finanzkrise getroffen worden sind. Der Beitrag soll dabei einerseits in die von *Mederer* näher auszuführenden Probleme des europäischen Beihilfenrechts einführen, andererseits aber auch eine gemeinschaftsrechtliche „Spurensuche“ unternehmen, ob und inwieweit dieses Instrumente zur Verfügung stellt, die zur Bekämpfung der Krise genutzt werden können. Dies soll zudem aus der speziellen Sicht der anwaltlichen Praxis geschehen, welche von der gegenwärtigen wirtschaftlichen Lage ebenfalls spürbar verändert worden ist. Während die sogenannte Finanzkrise kurzfristig – gerade im Sommer 2009 – zu einem durchaus merklichen Rückgang an Arbeitsanfall geführt hat, sind es doch insbesondere die Fragestellungen der Mandanten, in denen sich die geänderte wirtschaftliche Lage ausdrückt.<sup>3</sup> Von diesen geänderten Fragestellungen der Unternehmen soll auch der folgende Streifzug durch das Wettbewerbskapitel des EG-Vertrags geleitet sein.

1 Die Vortragsfassung wurde im Wesentlichen beibehalten.

2 Siehe den Beitrag von *Mederer*, Europäisches Beihilfenrecht als Instrument des Krisenmanagements, nachstehend auf S. 207 ff.

3 Der Rückgang an Arbeitsanfall war im Wesentlichen auf den zeitweiligen Stillstand der Fusionsaktivitäten auf den Märkten zurückzuführen, sind doch Fusionskontrollanmeldungen das *bread and butter business* eines heimischen Wettbewerbsjuristen.

## 2. Das Wettbewerbskapitel des EG-Vertrags

Stellt man sich die Frage nach gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen der Krisenbewältigung, so sucht man zuerst naheliegenderweise unter jenen Vorschriften und Regelungen des Gemeinschaftsrechts, die den gemeinsamen Markt ordnen; handelt es sich beim Binnenmarkt doch um das „Kronjuwel“ der europäischen Gemeinschaft.<sup>4</sup> Unter den Binnenmarktvorschriften sind es wiederum die Vorschriften über den freien Wettbewerb, die hier einer näheren Betrachtung unterzogen werden sollen.

Welche Instrumente hat das europäische Wettbewerbsrecht nun im Rahmen der Krisenbewältigung zu bieten? In der Vorbereitung für diesen Beitrag habe ich hier drei praktisch bedeutsame Bereiche identifiziert:

- Das Kartellverbot gemäß Art. 81 EGV,<sup>5</sup>
- die Praxis der Kommission zur Fusionskontrollverordnung (FKVO)
- die Regelungen über staatliche Beihilfen.

### 2.1. Kartellverbot – „Krisenkartelle“?

Art. 81 EG verbietet allgemein alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Ausnahmen, die letztlich auf eine Abwägung zwischen der Effizienz einer Vereinbarung und ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung abstellen, sind in Abs. 3 leg cit vorgesehen. Der Vertrag kennt aber keine Ausnahme vom Kartellverbot, die nicht auf die Effizienz einer Vereinbarung zwischen Unternehmen bzw. einer Kartellabsprache zurückzuführen wäre. Dennoch gab es in der Geschichte des europäischen Kartellrechts, bzw. in der Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu Art. 81 EGV, krisenbedingte Ausnahmen vom strengen Kartellverbot, die im Folgenden etwas näher dargestellt werden sollen.<sup>6</sup>

4 So zuletzt die Kommissarin für Wettbewerbspolitik, Frau *Nellie Kroes* in einer Ansprache anlässlich der *13<sup>th</sup> Annual Competition Conference of the International Bar Association*, Fiesole, 11.9.2009, SPEECH/09/385.

5 Nunmehr Art. 101 AEUV; vgl. dazu die Übereinstimmungstabelle EGV-AEUV auf S. 404.

6 Die folgenden Ausführungen folgen im Wesentlichen jenen von *Winterstein* in *Schröter/Jakob/*

Es sind Faktoren wie Nachfragerückgang, Überkapazitäten, nicht kostendeckende Preise, technologische Neuerungen oder neu auf den Markt tretende Wettbewerber oder Substitutionsprodukte, welche die dadurch bedrängten Unternehmen dazu bewegen, dem verstärkten Wettbewerbsdruck durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen auszuweichen. Krisensituationen und Kartellbildung gehen daher regelmäßig Hand in Hand, und Kartellteilnehmer berufen sich oft auf die „Krise“ ihres Wirtschaftszweigs, die ein gemeinsames Gegensteuern der Unternehmen erfordere, insbesondere um Arbeitsplätze zu bewahren.

Grundsätzlich ergibt sich weder aus dem Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 EGV noch aus sonst einer Bestimmung des Vertrags, dass eine Krise des Marktes Preis- und/oder Quotenkartellen ihren wettbewerbswidrigen Charakter nehmen könnte. Dass die Hersteller solche Absprachen immer wieder für wünschenswert halten, um ihre Verluste zu mindern, oder sogar für unerlässlich, um ihr Überleben zu sichern, ändert nichts an dieser zwingenden Feststellung.<sup>7</sup> Krisen sind – auch wenn ihre Bewältigung schmerzhaft sein mag – Teil einer funktionierenden Marktwirtschaft.

Die Kommission steht daher grundsätzlich auf dem Standpunkt, dass Krisensituationen im Grundsatz mit marktwirtschaftlichen Mitteln und nicht mit Kartellabsprachen zu lösen sind. Auch nach Ansicht des EuG könne die Tatsache, dass sich der von der Absprache betroffene Wirtschaftsbereich in einer schweren Krise befinde, nicht zu dem Schluss führen, dass die Bedingungen für die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EGV nicht erfüllt seien.<sup>8</sup> Preis- und Mengenabsprachen fallen daher ausnahmslos unter das Kartellverbot.

Im Falle der Aufdeckung eines geheimen Preis- und/oder Quotenkartells wird jeder Berufung auf Krisensituationen – mögen diese auch struktureller Art sein – der Erfolg versagt bleiben.<sup>9</sup> Dies gilt auch dann, wenn die „Umstrukturierungspolitik“ der Kartellteilnehmer einen für die europäische Wirtschaft wichtigen Sektor betrifft.<sup>10</sup> Die schwierige Wirtschaftslage des vom Kartell betroffenen Wirtschaftszweigs kann allenfalls mildernd in die Bemessung der Geldbuße einfließen.

7 EuGH 25.10.2001, C-245/99 P, *Montedison SpA gegen Kommission*, Schlussanträge GA *Mischo*, Rn. 58.

8 EuG 20.4.1999, T-305/94 ua, *Limburgse Vinyl Maatschaapji/Kommission*, Slg 1999, II-931, Rn. 740.

9 EuG 20.4.1999, T-305/94 ua, *Limburgse Vinyl Maatschaapji/Kommission*, s Fn. 8, Rn. 741; EuG 6.4.1995, T-148/89, *Trefilunio/Kommission (Betonstahlmatten)*, Slg 1995, II-1063, Rn. 113.

Ausnahmsweise und unter bestimmten, engen Bedingungen hat sich die Kommission jedoch bereit gezeigt, bilateralen<sup>11</sup> oder multilateralen<sup>12</sup> Vereinbarungen, die zur Bewältigung einer strukturellen Krise einen Abbau von Überkapazitäten vorsehen, eine Freistellung zu gewähren. Diese Bereitschaft der Kommission, direkte Eingriffe von Marktteilnehmern in das natürliche Spiel der Marktkräfte – mit dem ausdrücklichen Zweck, den Wettbewerb zu beschränken – zu genehmigen, stellt einen Systembruch dar, zu dem sich die Kommission angesichts der Wirtschaftskrise in den 1970er Jahren veranlasst sah.<sup>13</sup> Die Kommission ging seither von der Annahme aus, dass in gewissen, durch strukturelle Überkapazitäten hervorgerufenen Krisensituationen eines Wirtschaftszweigs die Marktkräfte nicht in der Lage seien, die erforderliche Kapazitätsreduktion herbeizuführen.<sup>14</sup>

Aus Sicht der Kommission ist es dabei von zentraler Bedeutung, derartige strukturelle Krisensituationen von bloß konjunkturellen und zyklischen Schwierigkeiten eines Sektors zu unterscheiden.<sup>15</sup> In ihrer Entscheidungspraxis stellte die Kommission zu diesem Zweck darauf ab, ob die Anbieter in der Lage waren, durch Preiserhöhungen oder Mengenreduktionen Angebot und Nachfrage einander wieder anzunähern. War dies nicht der Fall – etwa weil es den Anbietern an Marktmacht mangelte, weil die Verringerung der Kapazität wegen hoher Fixkosten schwierig war<sup>16</sup> oder weil kein Anbieter zu einer Kapazitätsreduktion ohne die Sicherheit bereit war, dass sich auch seine Konkurrenten an dieser Maßnahme beteiligen würden<sup>17</sup> – konnte nach Ansicht der Kommission ein Kartell wirksam zu

11 Dabei handelt es sich in der Regel um Spezialisierungsvereinbarungen. Vgl. dazu XII. WB (1982), Rn. 40 sowie die Kommissionsentscheidungen in den Sachen *Rovin*, XIII. WB (1983), Rn. 60; XIV. WB (1984), Rn. 85, und Bekanntmachung nach Art. 19 Abs. 3 VO Nr. 17, ABl. 1983 Nr. C 295/6; *Enichen/ICI*, ABl. 1988 Nr. L 50/18 bzw. XXI. WB (1981), S 377; *BPCL/ICI*, ABl. 1988 Nr. L 150/35 und *Bayer/BP Chemicals*, ABl. 1994 Nr. 174/34.

12 Vgl. die grundsätzlichen Ausführungen in XIII. WB (1983), Rn. 56–61; XIV. WB (1984), Rn. 80–85 und XXIII. WB (1993), Rn. 82–89; die Kommissionsentscheidungen *Kunstfasern*, ABl. 1984 Nr. L 207/17 und *Stichling Baksteen*, ABl. 1994 Nr. L 131/15 sowie die Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Abs. 2 EG, im Fall Niederlande – Beihilfe C 96/2001 (ex N 568/2001), *Rationalisierung von Schweineschlachtbetrieben*, ABl. 2002 Nr. C 37/17.

13 Für einen historischen Überblick vgl. *Joanna Goyder*, EC Competition Law 1998, S. 170.

14 ABl. 1984 Nr. L 207/17, Kommissionsentscheidungen *Kunstfasern*, Rn. 31, und ABl. 1994 Nr. L 131/15, *Stichling Baksteen*, Rn. 21.

15 Probleme nur einzelner Unternehmen eines Industriezweigs reichen für die Annahme einer „Krise“ zur Rechtfertigung eines Krisenkartells keinesfalls aus.

16 Entscheidung *Stichling Baksteen*, siehe Fn. 14, Rn. 22, 23, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Abs. 2 EG-Vertrag, im Fall Niederlande – Beihilfe C 96/2001 (ex N 568/2001), *Rationalisierung von Schweineschlachtbetrieben*, ABl. 2002 Nr. C 37/17.

17 Kommissionsentscheidungen *Kunstfasern*, siehe Fn. 14, Rn. 32 und *Stichling Baksteen*, siehe Fn. 14, Rn. 24.

einer Kapazitätsreduktion führen. In deren Verlauf würden vor allem die veralteten und unrentablen Produktionsstätten geschlossen und die Produktionsabläufe dadurch verbessert.<sup>18</sup>

Aus ökonomischer Sicht ist es zweifelhaft, ob die genannten Überlegungen eine wohlwollende Haltung der Wettbewerbsbehörde rechtfertigen. Wenn hohe Fixkosten eine Kapazitätsreduktion unrentabel machen, ist der Marktaustritt angezeigt. Die Beseitigung der Ungewissheit über die Reaktion der Mitbewerber ist gerade der Kern jedes Kartells. Darüber hinaus ist die Effektivität von Kartellen zur Lösung struktureller Probleme umstritten. Kartelle können auch dazu führen, dass die Marktposition der stärksten Kartellmitglieder weiter verstärkt wird.<sup>19</sup> Schließlich könnte auch hinterfragt werden, ob, wie die Kommission meint,<sup>20</sup> Kartelle tatsächlich geeignet sind, den notwendigen Kapazitätsabbau unter annehmbaren sozialen Bedingungen zu gewährleisten, und weiter, ob der Wohlstandstransfer von den Kunden bzw. Abnehmern des Kartells zu deren Mitgliedern bzw. den Beschäftigten des betroffenen Sektors gerechtfertigt ist.

Dennoch hat die Kommission Freistellungen gewährt, wenn die oben genannten Faktoren vorlagen<sup>21</sup> bzw. wird sie die Freistellung verweigern, wenn sie nicht vorliegen.<sup>22</sup> Die Begründung der Kommission, warum auch die übrigen drei Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllt seien, lassen allerdings Fragen offen. Zur angemessenen Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn etwa räumte die Kommission ein, dass der bewilligte Kapazitätsabbau – jedenfalls kurzfristig – zu Preiserhöhungen für die Verbraucher führen würde. Ob die Verbraucher im Gegenzug tatsächlich langfristig von der durch das Kartell möglicherweise bewirkten Sanierung des Sektors – noch dazu angemessen – profitieren, möge dahingestellt bleiben.<sup>23</sup>

18 Dadurch würde das Kartell zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen und daher eine der in Art. 81 Abs. 3 aufgestellten Bedingungen für die Freistellbarkeit erfüllen. Kommissionsentscheidungen *Kunstfasern*, s. Fn. 14, Rn. 35 und *Stichling Baksteen*, s. Fn. 14, Rn. 26 iVm 31.

19 Eine wirtschaftswissenschaftliche Studie über die Auswirkungen des erwähnten, von der Kommission bewilligten Kunstfaserkartells legt eher die zweite Möglichkeit nahe.

20 Kommissionsentscheidungen *Kunstfasern*, s. Fn. 14, Rn. 37 und *Stichling Baksteen*, s. Fn. 14, Rn. 27.

21 Kommissionsentscheidungen *Kunstfasern*, s. Fn. 14 und *Stichling Baksteen*, s. Fn. 14; nach dem EGKSV: Entscheidung der Kommission in der Sache *Stahlkrise*, ABl. 1994 Nr. L 6/30.

22 Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Abs. 2 EG-Vertrag, im Fall Niederlande – Beihilfe C 96/2001 (ex N 568/2001), *Rationalisierung von Schweineschlachtbetrieben*, ABl. 2002 Nr. C 37/17.

23 Kommissionsentscheidungen *Kunstfasern*, s. Fn. 14, Rn. 41 und *Stichling Baksteen*, s. Fn. 14, Rn. 31.

Auch die Ansicht, dass die Kartellmitglieder wegen wirksamen Außenwettbewerbs nicht in der Lage seien, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten,<sup>24</sup> scheint nicht auf einer eingehenden Analyse der tatsächlichen und potentiellen Angebotsituation zu beruhen.<sup>25</sup> Eine solche Analyse erscheint indes angesichts der von der Kommission anerkannten Tatsache angezeigt, dass es gerade die Einbindung des größtmöglichen Teiles des Angebots des betroffenen Sektors in das Kartell ist, auf der dessen Wirksamkeit beruht.

Die Freistellung vertraglich festgelegter Kapazitätsabbauprogramme (einschließlich des Verbots der Errichtung neuer Kapazitäten) umfasst auch gewisse – als erforderlich betrachtete – begleitende Beschränkungen wie etwa Kompensationszahlungen und Vertragsstrafen sowie einen Informationsaustausch durch einen unabhängigen Treuhänder. Allerdings durfte sich die Vereinbarung nur auf das eigentliche Problem – nämlich die strukturelle Überkapazität – beziehen und keine Absprachen über Preise, (feste) Quoten, Absatzbedingungen, Ein- und Ausfuhren, gemeinsamen Ankauf von vom Kartell nicht erfassten Kapazitäten, Lieferungen und Unternehmenszusammenschlüsse sowie keinen Informationsaustausch über erzeugte und verkaufte Mengen der einzelnen Unternehmen untereinander enthalten.<sup>26</sup>

Die bisher erteilten Freistellungen waren schließlich auf wenige Jahre befristet, und für die Zeit nach deren Ablauf erlegten die Vereinbarungen den Beteiligten keinerlei Beschränkungen auf.<sup>27</sup> Aus heutiger Sicht ist es nicht nur äußerst fraglich, ob und wie diese alte Kommissionspraxis zu Krisenkartellen in der gegenwärtigen Situation Anwendung finden könnte. Die oben dargestellten Ausnahmen wären vielmehr nach der heutigen Praxis der Europäischen Kommission zum Kartellverbot generell undenkbar. Die Kommission verfolgt ganz im Gegenteil eine *zero tolerance policy* gegenüber sog. *hardcore*-Kartellen und verhängt immer neue Rekordgeldbußen gegen die beteiligten Kartellanten.<sup>28</sup>

Ein ähnlich motiviertes Instrument zum Umgang mit vom Strukturwandel betroffenen Industrien ist die in der Kommissionspraxis zu Fusionskontrollverordnung vereinzelt akzeptierte sog. „*Failing Firm Defense*“.

24 Kommissionsentscheidungen *Kunstfasern*, s. Fn. 14, Rn. 49 ff und *Stichling Baksteen*, s. Fn. 14, Rn. 38 ff.

25 Vgl. dazu EuG 28.2.2002, T-395/94, *Atlantic Container Line AB/Kommission*, Rn. 333 ff.

26 Kommissionsentscheidungen *Kunstfasern*, s. Fn. 14, Rn. 5 und *Stichling Baksteen*, s. Fn. 14, Rn. 6.

27 Kommissionsentscheidungen *Kunstfasern*, s. Fn. 14, Rn. 42 ff und *Stichling Baksteen*, s. Fn. 14, Rn. 33 ff.

28 Vgl. die Rede von *Nellie Kroes* am Europäischen Hochschulinstitut in Fiesole, 11.9.2009 (Fn. 4).

## 2.2. „Failing firm defense“ in der Fusionskontrolle?

Ein zweiter Themenbereich, in dem man zu praktischen Instrumenten zur Krisenbewältigung fündig werden könnte, ist die Fusionskontrolle. Die Konzentrationstätigkeit auf den Märkten ist – wie unschwer zu erkennen – ein Indikator der gegenwärtigen Konjunkturlage. In Zeiten einer guten Wirtschaftslage wird üblicherweise viel fusioniert; Unternehmen mit *deep pockets* gehen auf den globalen Märkten eifrig auf Einkaufstouren. Daraus wird auch verständlich, dass ein Rückgang der Fusions- (und der damit verbundenen Fusionskontrollanmeldungs-) Aktivitäten als erstes Zeichen der Krise spürbar war.

Zusammenschlüsse sind aber nicht nur ein Zeichen dafür, dass es bestimmten Firmen gut geht, sondern umgekehrt auch ein Zeichen dafür, dass es anderen Firmen schlecht geht. Diese werden häufig Ziel (*target*) von Übernahmebestrebungen. Vor dem Hintergrund des sog. „Dominanztests“, der wesentlichen materiellen Regelung der europäischen Fusionskontrolle, stellt sich nun die Frage, ob, und wenn ja, wie auf die schlechte wirtschaftliche Lage eines Unternehmens bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses Rücksicht genommen werden kann.

Art. 2 Abs. 3 Fusionskontrollverordnung<sup>29</sup> sieht vor:

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. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine dominante Marktstellung erreicht oder verstärkt wird, hat die Kommission eine Reihe von Faktoren zu berücksichtigen. Art. 2 Abs. 1 lit b FKVO nennt bspw. die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage zwischen den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts. Auf Grundlage des zuletzt genannten Faktors berücksichtigt die Kommission eventuell auch Effizienzvorteile, die sich aus einem Zusammenschluss ergeben können. Nicht ausdrücklich erwähnt ist hingegen die Idee, dass ein Zusammenschluss dadurch gerechtfertigt werden könnte, dass ein Zielunternehmen ohne die geplante Übernahme wirtschaftlich scheitern bzw. in Konkurs gehen müsste. Auch kennt die

29 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004, ABl. 2004, L 24 S. 1 ff.

europäische Fusionskontrolle keine sog. *public interest considerations*. Einige Entscheidungen der Europäischen Kommission haben dennoch – inspiriert durch die Praxis der amerikanischen Wettbewerbsbehörde – eine sog. *failing firm defense* zugelassen.

Erstmals angesprochen wurde die Frage der *failing firm defense* im Fall *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*.<sup>30</sup> Die Kommission hat die Argumentation der Parteien in diesem Fall jedoch nicht akzeptiert. Im Fall *Kali und Salz/MdK/Treuhand*<sup>31</sup> hat die Kommission den Zusammenschluss unter Anwendung des Gedankens der *failing firm defense* freigegeben. Die Entscheidung der Kommission wurde zwar vom EuGH aufgehoben, jedoch hinsichtlich der Frage der *failing firm defense* bestätigt.<sup>32</sup> Nach dieser Entscheidung konnte die *failing firm defense* unter drei Voraussetzungen geltend gemacht werden:<sup>33</sup> (i) es musste feststehen, dass das erworbene Unternehmen ohne die Übernahme durch ein anderes Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde; (ii) die Marktposition des erworbenen Unternehmens im Falle seines Ausscheidens dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen würde; sowie (iii) es keine weniger wettbewerbsschädliche Erwerbsoption gibt.

Im Verfahren vor dem EuGH war insbesondere das zweite Kriterium umstritten. Der EuGH hat sich ausführlich mit diesem Kriterium auseinandergesetzt und es letztlich bestätigt.<sup>34</sup> Der Gerichtshof führt aus, dass die Entscheidung der Kommission nur dann aufzuheben wäre, wenn der von ihr angewandte Standard nicht geeignet gewesen wäre, die Kausalität auszuschließen.<sup>35</sup> Aus dem Urteil ergibt sich, dass die Kriterien der Kommission nach Ansicht des EuGH hinreichende, aber nicht notwendige Bedingungen für den Ausschluss der Kausalität darstellen. Das Urteil lässt daher die Möglichkeit offen, dass die Kausalität in Fällen einer *failing firm defense* auch aus anderen Gründen ausgeschlossen sein könnte.<sup>36</sup> Die Position des Gerichtshofes in *Kali und Salz* war also weiter als die Position der Kommission.<sup>37</sup>

Häufig wird im Zusammenhang mit dem zweiten Kriterium aus *Kali und Salz* darauf hingewiesen, dass dieses Kriterium bei wörtlicher Betrachtung nur im Falle eines *Duopols*, also einer Sanierungsfusion zum

30 Kommission, 26.6.1991, M.53, *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*, Rn. 31.

31 Kommission, 14.12.1993, M.308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, Rn. 70 ff.

32 EuGH 31.3.1998, C-68/94 und C-30/95, *Kali und Salz*, Slg 1998, I-1375.

33 Kommission, 14.12.1993, M.308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, Rn. 71.

34 EuGH 31.3.1998, C-68/94 und C-30/95, *Kali und Salz*, Slg 1998, I-1375, Rn. 90–125.

35 EuGH 31.3.1998, C-68/94 und C-30/95, *Kali und Salz*, Slg 1998, I-1375, Rn. 112.

36 *Bengtsson/Loriot/Whelan* in *Drauz/Jones* (ed), *EU Competition Law, Mergers and acquisitions 2006*, Rn. 4.620.

37 Vgl. auch *Baccaro*, *V. Failing Firm Defence and Lack of Causality*, 2004 ECLR, S. 11 (14).

Monopol, erfüllt sein könne. Dies ist jedenfalls insofern richtig, als der Nachweis, dass alle Marktanteile dem Erwerber zufallen würden, außerhalb einer Duopolsituation sehr schwer fallen muss. Bemerkenswert ist aber insoweit, dass die Kommission dieses Kriterium auch in Fällen angewendet hat, die keine Fusion zum Monopol zum Gegenstand hatten.<sup>38</sup>

Zu einer Modifikation dieses Kriteriums kam es in der Entscheidung *BASF/Eurodiol/Pantochim*.<sup>39</sup> Nach den Kriterien, die die Kommission in dieser Entscheidung aufgestellt hat, setzt die *failing firm defense* nicht mehr voraus, dass die Marktanteile des erworbenen Unternehmens dem Erwerber zufallen; vielmehr reicht es aus, dass die Vermögenswerte ohne den Zusammenschluss (zwangsläufig) aus dem Markt ausscheiden. Die Kommission fügt an, dass in jedem Fall die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur durch den Zusammenschluss zumindest nicht schlimmer als ohne den Zusammenschluss sein darf.<sup>40</sup>

Dieser modifizierte Test liegt auch den Horizontalleitlinien zugrunde.<sup>41</sup> Danach setzt die Argumentation mit einer Sanierungsfusion voraus, dass das Unternehmen, welches einen Sanierungsfall darstellen soll, aufgrund seiner finanziellen Schwierigkeiten gezwungen wäre, in naher Zukunft aus dem Markt auszuschneiden, falls es nicht durch ein anderes Unternehmen übernommen wird; es zu dem angemeldeten Zusammenschluss keine weniger wettbewerbswidrige Alternative gibt und die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens ohne den Zusammenschluss zwangsläufig vom Markt genommen werden.

Für das Verständnis des Anwendungsbereichs dieser Regelung ist zu beachten, dass nach den Horizontalleitlinien die genannten Kriterien „besonders wichtig“<sup>42</sup> sind. Andere Kriterien können somit nach dieser Formulierung durchaus ebenfalls berücksichtigt werden. Die Einzelheiten der Anwendung der genannten Kriterien sind noch nicht abschließend geklärt. Die Kommission ist bei der Annahme der Voraussetzungen eher zurückhaltend, insbesondere wenn die Argumentation erst spät im Verfahren aufgeworfen wird.<sup>43</sup> Uneingeschränkt bejaht hat die Kommission die

38 Kommission 26.6.1997, M.890, *Blokker/Toys'R'Us*, Rn. 110.; Kommission 4.12.1996, M.774, *Saint-Gobain/Wacker Chemie/NOM*, Rn. 246; vgl. *Bengtsson/Loriot/Whelan*, aaO, Rn. 4.620 mit weiteren Nachweisen.

39 Kommission 11.7.2001, M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim*, Rn. 135 ff.

40 Kommission 11.7.2001, M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim*, Rn. 143.

41 Horizontalleitlinien, Rn. 90.

42 Horizontalleitlinien, Rn. 90.

43 *Bengtsson/Loriot/Whelan* (Fn 36), Rn. 4.629; vgl. Kommission 2.4.2003, *Newscorp/Telepiù*, M.2876, Rn. 215.

*failing firm defense* somit bisher nur in zwei Fällen.<sup>44</sup> Es bleibt abzuwarten, ob die Argumentation mit einer drohenden Insolvenz bei der Kommission in nächster Zeit eher auf offene Ohren treffen wird.

Als Fazit kann man also festhalten, dass die Sanierungsfusion bisher im Rahmen der Krisenbewältigung nicht spürbar stärker Anwendung gefunden hätte als zuvor. Dabei muss aber beachtet werden, dass das Gros der krisenbedingten Fusionsaktivitäten auf den Märkten zum gegenwärtigen Zeitpunkt (Oktober 2009) noch nicht eingesetzt hat. Erst nach Auslaufen der nachfolgend zu besprechenden, beihilfenrechtlichen Unterstützungsmaßnahmen für krisengeschüttelte Unternehmen wird es wohl zu einer neuerlichen Fusionswelle kommen. Wie aus der OECD ebenso wie aus der Kommission zu vernehmen ist, befasst man sich dort bereits intensiv mit möglichen Modellen der Sanierungsfusion.<sup>45</sup>

### 3. Grundlagen der State Aid Policy in der Krise

#### 3.1. Zum Beihilfenbegriff

Beihilfen sind aus staatlichen Mitteln gewährte Zuwendungen ohne marktgerechte Gegenleistung, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Sie sind nach Art. 87 Abs. 1 EGV grundsätzlich unzulässig, soweit sie den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen. Das Verbot staatlicher Beihilfen richtet sich also an die Mitgliedstaaten, die durch derartige Eingriffe nicht nur den Wettbewerb untereinander, sondern auch den Wettbewerb zwischen den auf dem Binnenmarkt tätigen Unternehmen verfälschen könnten. Über die Rolle und Bedeutung des europäischen Beihilfenrechts in der Finanz- und Wirtschaftskrise gibt der Beitrag von *Mederer*<sup>46</sup> ausführlich Auskunft. Hier soll eine ganz grundlegende Kategorisierung nur allgemein in die Thematik einführen.

<sup>44</sup> Kommission 14.12.1993, M.308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, Rn. 73 ff; Kommission 11.7.2001, M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim*, Rn. 147.

<sup>45</sup> S die Stellungnahmen der DG *Competition* zur *failing firm defense* anlässlich des *Round Table Meetings* des *OECD Competition Committee* vom 21.10.2009, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/oecd\\_submissions.html](http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/oecd_submissions.html) (Stand 31.07.2010).

<sup>46</sup> S dazu den Beitrag von *Mederer*, *Europäisches Beihilfenrecht als Instrument des Krisenmanagements*, nachstehend auf S. 207 ff.

#### 3.2. Beihilfen in der Krise

Im Zusammenhang mit der Wirtschaftskrise spielen insbesondere direkte Beihilfen in Form von Finanzspritzen bzw. Rekapitalisierungsmaßnahmen, die Übernahme von Haftungen durch die Mitgliedstaaten sowie Darlehen der Mitgliedstaaten an betroffene Unternehmen eine Rolle. Ein medienwirksames Beispiel mag hier die Übernahme des deutschen Automobilherstellers Opel durch Magna sein. In Deutschland sollte diese (letztlich gescheiterte) Übernahme nicht nur durch staatliche Haftungsübernahmen, sondern auch durch direkte Kapitalzuflüsse seitens der öffentlichen Hand unterstützt werden.<sup>47</sup> In Österreich war nur von Haftungsübernahmen die Rede.

Zu Beginn der gegenwärtigen Finanzkrise wurde durchaus auch die Forderung erhoben, die strengen Regelungen des europäischen Beihilfenrechts für die Dauer der Krise auszusetzen. Die Reaktion der irischen Regierung auf die massive Bedrohung ihres Bankensektors („Rettungsschirm“) war es hingegen, die bei den anderen Mitgliedstaaten Zweifel auslöste, ob eine unkoordinierte, völlig den jeweiligen Mitgliedstaaten allein überlassene Beihilfenpolitik nicht noch schädlichere Auswirkungen auf die Märkte haben würde, als eine zumindest seitens der Kommission kontrollierte und koordinierte Rettungsaktion. Aufgrund dieser Erkenntnis kam es im Herbst 2008 zur Erstellung einiger Mitteilungen der Europäischen Kommission, in denen sie ihre Haltung zur Anwendung des Beihilfenrechts in der Krise niederlegte. Dazu zählen die Mitteilung der Kommission – Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise,<sup>48</sup> die Mitteilung zur Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise,<sup>49</sup> die Mitteilung zur Rekapitalisierung von Finanzinstituten in der derzeitigen Finanzkrise: Beschränkung der Hilfen auf das erforderliche Minimum und Vorkehrungen gegen unverhältnismäßige Wettbewerbsverzerrungen,<sup>50</sup> die Mitteilung über die Behandlung wertgeminderter Aktiva im Bankensektor der Gemeinschaft<sup>51</sup> und die Mitteilung der Kommission über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturi-

<sup>47</sup> S Pressemitteilung vom 16.10.2009, MEMO/09/460.

<sup>48</sup> ABl. 2009 C 83/1.

<sup>49</sup> ABl. 2008 C 270/8.

<sup>50</sup> ABl. 2009 C 10/2.

<sup>51</sup> ABl. 2009 C 72/1.

rierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der derzeitigen Krise gemäß den Beihilfenvorschriften.<sup>52</sup>

Die vorstehenden Ausführungen setzen als bekannt voraus, dass die Europäische Kommission gemäß Art. 87 EGV ein Genehmigungsmonopol für staatliche Beihilfen innehat. Ähnlich wie im Bereich der Fusionskontrolle müssen staatliche Beihilfen bei der Kommission angemeldet und genehmigt werden. Verständlicherweise wirft dies zeitliche Probleme auf, wenn zur Bewältigung akuter Schieflagen kurzfristigstes Handeln notwendig wird. Selbst wenn die Kommission – wie im Zuge der Finanzkrise geschehen – ihre Verfahrensführung massiv beschleunigt, führt ein förmliches Kommissionsverfahren dennoch zu Verzögerungen, die die Existenz einer betroffenen Bank gefährden könnten. Aus diesem Grund wurde seitens der Kommission versucht, möglichst viele praktische Fragen mit den erwähnten *soft law*-Instrumenten abzuhandeln und zu beantworten. Insbesondere wurden die Mitgliedstaaten angeregt, ihrerseits nationale Beihilfenregelungen auszuarbeiten und von der Kommission genehmigen zu lassen. In weiterer Folge können Einzelbeihilfen jeweils unter die anwendbare nationale Regelung subsumiert werden und müssen nicht mehr einzeln von der Kommission genehmigt werden.

### 3.3. Genehmigungstatbestände

#### 3.3.1. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen (Art. 87 Abs. 3 lit c EGV)

In ihrer Anwendungspraxis vor der gegenwärtigen Krise hat die Kommission zur Genehmigung von Rettungsbeihilfen regelmäßig auf den Auffangtatbestand des Art. 87 Abs. 3 lit c EGV zurückgegriffen und dazu auch Leitlinien erlassen.<sup>53</sup> Die Leitlinien gelten für Beihilfen zur Rettung und/oder Umstrukturierung von einzelnen Unternehmen in Schwierigkeiten. Auf den Stahlsektor und den Kohlebergbau finden sie keine Anwendung. Für Umstrukturierungen im Agrarsektor gelten spezifische Zusatzvorschriften.

Ein Unternehmen in Schwierigkeiten ist ein Unternehmen, das nicht in der Lage ist, mit eigenen finanziellen Mitteln oder Fremdmitteln, die ihm

von seinen Eigentümern/Anteilseignern oder Gläubigern zur Verfügung gestellt werden, Verluste aufzufangen, die das Unternehmen auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher in den wirtschaftlichen Untergang treiben werden, wenn der Staat nicht eingreift. Eine Rettungsbeihilfe ist eine befristete, reversible Unterstützungsmaßnahme: Sie soll das Unternehmen so lange über Wasser halten, bis ein Umstrukturierungs- oder Liquidationsplan erstellt worden ist bzw. bis die Kommission oder die zuständige nationale Behörde eine Entscheidung zu diesem Plan getroffen hat. Eine Umstrukturierungsbeihilfe stützt sich dagegen auf einen realistischen, kohärenten und weitreichenden Plan zur Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität eines Unternehmens.

Die Voraussetzungen für die Gewährung von Rettungs- und von Umstrukturierungsbeihilfen sind unterschiedlich. Für Rettungsbeihilfen gilt insbesondere Folgendes:

- Der Begünstigte muss ein Unternehmen in Schwierigkeiten sein.
- Die Beihilfe muss aus einer reversiblen Finanzhilfe in Form einer Darlehensbürgschaft oder eines Darlehens zum Marktzinssatz bestehen (der mindestens den von der Kommission festgelegten Referenzzinssätzen vergleichbar ist).
- Ihre Höhe muss auf den für die Weiterführung des Unternehmens notwendigen Betrag begrenzt sein.
- Sie darf nur für den zur Ausarbeitung des Sanierungsplans erforderlichen Zeitraum gezahlt werden (höchstens sechs Monate).
- Sie muss durch soziale Gründe gerechtfertigt sein und darf die Lage des betreffenden Wirtschaftszweigs in den anderen Mitgliedstaaten nicht aus dem Gleichgewicht bringen. Bei der Anmeldung muss sich der Mitgliedstaat verpflichten, der Kommission innerhalb von sechs Monaten nach Gewährung der Rettungsbeihilfe entweder einen Umstrukturierungsplan oder einen Liquidationsplan vorzulegen oder aber den Nachweis zu erbringen, dass das Darlehen vollständig zurückgezahlt und/oder die Bürgschaft ausgelaufen ist.
- Es muss sich um eine einmalige Intervention handeln (Grundsatz der einmaligen Beihilfe).

Umstrukturierungsbeihilfen hingegen dürfen nur bei Vorliegen der folgenden Voraussetzungen gewährt werden:

- Das Unternehmen muss ein Unternehmen in Schwierigkeiten sein.
- Der Kommission muss ein Umstrukturierungsplan zur Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität innerhalb eines angemessenen Zeitraums vorgelegt werden.

<sup>52</sup> ABl. 2009 C 195/9.

<sup>53</sup> Vgl. Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten. ABl. 2004 C 244/3 ff.

- Zur Vermeidung übermäßiger Wettbewerbsverzerrungen müssen Ausgleichsmaßnahmen getroffen werden (z.B. Kapazitätsabbau).
- Die Beihilfe beschränkt sich auf das zur Durchführung der Umstrukturierung erforderliche Minimum. Die Begünstigten müssen einen beträchtlichen Eigenbeitrag leisten, der kein Beihilfeelement enthält.
- Das Unternehmen muss den Umstrukturierungsplan vollständig durchführen und alle an ihn geknüpften Bedingungen erfüllen.
- Die Umstrukturierungsbeihilfe darf nur ein Mal gewährt werden (Grundsatz der einmaligen Beihilfe).
- Es werden eine strikte Kontrolle und Jahresberichte verlangt.
- Die Kommission befürwortet Beihilfen zur Deckung der sozialen Kosten von Umstrukturierungsmaßnahmen.

Bei Großunternehmen wird eine Einzelanmeldung jeder Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfe verlangt. Bei KMU dürfen Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen (in Höhe von bis zu EUR 10 Mio. pro Unternehmen) im Rahmen von zuvor angemeldeten und genehmigten Beihilferegelungen gewährt werden.

### 3.3.2. *Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats (Art. 87 Abs. 3 lit b EGV)*

Erst im Zuge der noch nie dagewesenen Krisensituation, die sich mit Herbst 2008 (insbesondere durch den Zusammenbruch der amerikanischen Investmentbank *Lehman Brothers*) entwickelte, rekurrierte die Kommission erstmals für den Bankensektor<sup>54</sup> auf Art. 87 Abs. 3 lit b EGV, der die Genehmigung staatlichen Beihilfen zur „Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats“ ermöglicht. Im Bedrohungsszenario der Krise sah man eine entsprechende beträchtliche Störung, die es rechtfertigte, die getroffenen – und in weiterer Folge von *Wolfgang Mederer*<sup>55</sup> näher auszuführenden – Maßnahmen zu ergreifen.

<sup>54</sup> Dem Vernehmen nach ergingen zuvor nur zwei Entscheidungen auf dieser Rechtsgrundlage. Sie betrafen die griechische Wirtschaftslage in den 80er Jahren.

<sup>55</sup> Vgl. dazu den Beitrag von *Mederer*, Europäisches Beihilfenrecht als Instrument des Krisenmanagements, nachstehend auf S. 207 ff.

## 4. Fazit und Ausblick

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass das europäische Wettbewerbsrecht durchaus ausreichend Flexibilität aufweist, um akuten krisenbedingten Bedrohungen der Marktwirtschaft auf dem Binnenmarkt gegenzusteuern. Während in ihren Auswirkungen ohnehin bedenkliche Ausnahmen vom Kartellverbot zwar heute nicht mehr gewährt werden, bieten die Instrumente der Sanierungsfusion, insbesondere aber der überaus flexible und praktische Zugang der Europäischen Kommission im Beihilfenrecht, konkrete Ansatzpunkte zur Krisenbekämpfung. Ob und inwieweit dadurch die Büchse der Pandora geöffnet wurde und wie diese in weiterer Folge wieder geschlossen werden kann, wird die Kommission nach Auslaufen der krisenbedingten Unterstützungsmaßnahmen beweisen müssen. Mit Sicherheit ist und war die gegenwärtige Finanzkrise nicht nur für die zuständigen Dienststellen der GD Wettbewerb und ihre Mitarbeiter, sondern insbesondere auch für die materiellen Regelungen des europäischen Beihilfenrechts eine Bewährungsprobe, die auch in der zukünftigen Anwendung dieser Regelungen ihre Spuren hinterlassen wird.