

**Nr. 178**

**CARSTEN GRAVE**

**BANKEN-FUSIONS-KONTROLLE IN DER  
FINANZKRISE**

**2010**

# ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

**Nr. 178**

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



**Dr. Carsten Grave**

Rechtsanwalt, Linklaters LLP

## Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise

Referat im Rahmen des Symposiums  
„Europäischer Finanzmarkt im Umbruch“  
zur Vortragsreihe „Rechtsfragen der Europäischen Integration“  
Bonn, den 30.10.2009

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

[www.zew.uni-bonn.de](http://www.zew.uni-bonn.de)

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

## Inhalt

1. Die Krise vor der Krise – das traditionelle Instrumentarium	2
1.1. Bankenklausel	2
1.2. Sanierungsfusion	9
1.3. Befreiung vom Vollzugsverbot	14
1.4. Bundesbank-/KfW-Klausel	17
1.5. Ministererlaubnis	17
1.6. Verlängerung von Fristen in Nebenbestimmungen	18
2. Der SoFFin im Auge des Sturms – das Instrumentarium für die Krise	19
2.1. Deutsche Fusionskontrolle	19
2.2. Europäische Fusionskontrolle	22
2.3. Ausländische Fusionskontrolle	29
3. Nach der Krise ist vor der Krise. – Verbesserungsbedarf in der Fusionskontrolle?	30
3.1. Öffentlichkeit des Fusionskontrollverfahrens	30
3.2. <i>Status quo ante</i> als Vergleichsmaßstab	31
4. „ <i>Too big to fail</i> “ als Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle?	34



Dieser Beitrag untersucht das fusionskontrollrechtliche Instrumentarium für die Bewältigung von Krisen eines Unternehmens und beleuchtet dessen Rolle in der globalen Finanzmarktkrise der Jahre 2008/09. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die deutsche Fusionskontrolle für die Bewältigung von Banken Krisen gut gerüstet ist, solange die Marktstruktur im deutschen Bankenwesen Zielkonflikte zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und der Stabilisierung des Finanzsystems gar nicht erst entstehen lässt.

## **1. Die Krise vor der Krise – das traditionelle Instrumentarium**

Das traditionelle fusionskontrollrechtliche Instrumentarium, das bereits vor Ausbruch der globalen Krise der Finanzmärkte existierte, ist auf den drohenden Untergang eines Unternehmens ausgerichtet. Dieser ist oft gerade dadurch ausgelöst, dass effizientere Wettbewerber dem sanierungsbedürftigen Unternehmen Kunden streitig machen. Sie bedienen die Nachfrage günstiger, schneller und/oder innovativer. Es handelt sich also regelmäßig nicht um die Krise eines gesamten Wirtschaftszweiges oder jedenfalls so vieler Unternehmen eines Wirtschaftszweiges, dass dieser seine gesamtwirtschaftliche Funktion (z.B. Versorgung der Volkswirtschaft mit Krediten) nicht mehr wahrnehmen könnte. Das traditionelle Instrumentarium ist daher auf seine Eignung zu überprüfen, die Krise eines ganzen Wirtschaftszweiges zu bewältigen.

### **1.1. Bankenklausele**

Die „Bankenklausele“ (§ 37 Abs. 3 GWB, Art. 3 Abs. 5 lit. a FKVO) entbindet bestimmte Zusammenschlussvorhaben von der Anmeldepflicht, d.h. solche Vorhaben können sofort umgesetzt werden, ohne dass die Beteiligten das Vollzugsverbot (§ 41 Abs. 1 Satz 1 GWB, Art. 7 Abs. 1 FKVO) verletzen. Jedoch führen die spezifischen Voraussetzungen der Bankenklausele dazu, dass diese regelmäßig in Sanierungsfällen

nicht einschlägig ist. Es ist allerdings auch nicht der Zweck der Bankenklausele, die Sanierung von Kreditinstituten zu erleichtern, sondern solche Vorgänge von der Fusionskontrolle auszunehmen, die auf Grund ihres nur vorübergehenden Charakters und ihres Zusammenhangs mit der sonstigen Tätigkeit der Banken keine Veränderungen der Marktstruktur erwarten lassen<sup>1</sup>.

Die Sanierung eines Kreditinstituts<sup>2</sup> beinhaltet oft den Einstieg eines neuen Gesellschafters und die Zuführung von Eigenkapital durch diesen. Die folgenden Maßnahmen können daher Teil einer Sanierung sein:

- Eine Kapitalerhöhung zwecks Stärkung der Eigenkapitalbasis einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft bedarf einer 75 %-igen Mehrheit in der Hauptversammlung (§§ 133 Abs. 1, 182 Abs. 1 AktG). Eine Ausnahme ist „genehmigtes Kapital“ (§§ 202 ff. AktG). Hier wird der Vorstand ermächtigt, das Grundkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch die Ausgabe neuer Aktien gegen Einlage zu erhöhen. Der Ermächtigungsbeschluss bedarf jedoch auch einer 75 %-igen Mehrheit in der Hauptversammlung (§ 202 Abs. 2 S. 1 AktG).

---

<sup>1</sup> Vgl. *Bach*, in Münchener Kommentar, *GWB*, 2008, § 37, Rz. 150; *Riesenkampff/Lehr*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, *Kartellrecht*, 2. Auflage 2009, § 37, Rz. 39; *Immenga/Körber*, in *Immenga/Mestmäcker*, *Wettbewerbsrecht EG/Teil 2*, 4. Auflage 2007, Art. 3 FKVO, Rz. 146.

<sup>2</sup> Die Darstellung beschränkt sich auf die Rechtslage bei Aktiengesellschaften, denn in dieser Rechtsform werden die meisten Kreditinstitute betrieben.

- Die Kapitalerhöhung erfolgt oft unter Ausschluss des Bezugsrechts zu Gunsten eines bestehenden oder neuen Großaktionärs. Das Bezugsrecht kann nur in dem Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals ausgeschlossen werden (§ 186 Abs. 3 AktG); der Ausschluss ist daher nur mit einer Mehrheit von 75 % möglich. Für den Ausschluss des Bezugsrechts bei genehmigtem Kapital wird die spätere Sanierung (der *eigenen* Gesellschaft) regelmäßig nicht im Bericht des Vorstands an die Hauptversammlung (§§ 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG) enthalten sein. Die Rechtsfolgen sind streitig<sup>3</sup>. Der Ausschluss des Bezugsrechts führt jedenfalls zu einer Verwässerung der Beteiligung der bisherigen Aktionäre und zu einer Erhöhung der Beteiligung des Großaktionärs. Wenn die erhöhte Beteiligung des Großaktionärs voraussichtlich die Mehrheit der Stimmrechte in zukünftigen Hauptversammlungen bedeutet, so vermittelt sie faktische Kontrolle über die Gesellschaft.
- Sehr hohe Beteiligungen erlauben darüber hinaus bestimmte gesellschafts- oder kapitalmarktrechtliche Maßnahmen, nämlich (a) den Abschluss eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages, der einer 75 %igen Mehrheit bedarf (§ 293 Abs. 1 Satz 2 AktG), (b) den Zwangsausschluss von Minderheitsaktionären (*squeeze-*

---

<sup>3</sup> Vgl. Hüffer, Aktiengesetz, 8. Auflage 2008, § 203, Rz. 36 ff., zu der umstrittenen Frage, unter welchen Bedingungen der Vorstand dann von genehmigtem Kapital Gebrauch machen kann. Entscheidet die Hauptversammlung in Kenntnis der Sanierungsplans über den Ausschluss des Bezugsrechts, so stellt sich dieses Problem natürlich nicht; zu dieser Situation Hüffer, ebd., § 186, Rz. 31 m.w.N.

out), der einer 95 %-igen Mehrheit bedarf (§ 327a Abs. 1 AktG), oder (c) den Rückzug von der Börse (*delisting*), der mit einfacher Mehrheit beschlossen werden kann; allerdings muss den Minderheitsaktionären ein Pflichtangebot über den Kauf ihrer Aktien durch die Gesellschaft (in den Grenzen der §§ 71 f. AktG) oder durch den Großaktionär unterbreitet werden<sup>4</sup>. Die Möglichkeit, eines späteren Erwerbers, solche Maßnahmen durchzuführen, kann auch die Verkäuflichkeit einer Beteiligung verbessern, ohne dass die Maßnahmen tatsächlich durchgeführt würden.

- Eine Variante der Kapitalerhöhung ist der „Kapitalschnitt“; es wird zunächst das Kapital des sanierungsbedürftigen Unternehmens herabgesetzt und anschließend sein Stammkapital – evtl. unter Bezugsrechtsausschluss zu Gunsten eines Großaktionärs – erhöht. Hier bedarf die Kapitalherabsetzung einer Mehrheit von 75 % (§ 222 Abs. 1, evtl. i.V.m. § 229 Abs. 3 AktG). Die anschließende Kapitalerhöhung folgt den allgemeinen Regeln.
- Gelegentlich will der erste Erwerber zwecks Sanierung des Zielunternehmens dessen Geschäftsbetrieb einer anderen Gesellschaft übertragen oder den Geschäftsbetrieb des Zielunternehmens schlicht einstellen. Auch dafür kann ein Beschluss der Hauptversammlung der Zielgesellschaft erforderlich sein<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Vgl. BGHZ 153, 47, 53 ff. – *Macrotron*.

<sup>5</sup> Siehe BGHZ 159, 30, 36 f. – *Gelatine I*.

§ 12 Abs. 4 Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz („**FMStBG**“) enthält besondere Vorschriften, welche die folgenden Kapitalmaßnahmen erleichtern:

- Ausgabe neuer Aktien aus dem gesetzlich genehmigten Kapital von bis zu 50 % des vorherigen Grundkapitals an den Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung („**SoFFin**“): § 3 Abs. 2 S. 1 FMStBG beseitigt das Erfordernis eines Beschlusses der Hauptversammlung zur Schaffung genehmigten Kapitals,
- Erhöhung des Grundkapitals gegen Einlagen (und die Ausgabe neuer Aktien an den SoFFin), evtl. unter Ausschluss des Bezugsrechts, und ggf. Herabsetzung des Grundkapitals: § 7 Abs. 2, 3 und 6 FMStBG erlaubt die entsprechenden Beschlüsse der Hauptversammlung mit einfacher bzw. 2/3-Mehrheit,
- bedingte Kapitalerhöhung: § 7a FMStBG erlaubt den Beschluss der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit,
- Schaffung neuen genehmigten Kapitals: § 7b FMStBG erlaubt den Beschluss der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit,
- Zwangsausschluss von Minderheitsaktionären: § 12 Abs. 4 FMStBG lässt eine 90 %-ige Mehrheit<sup>6</sup>; zudem können gemäß dem Gesetz zur Rettung von Unternehmen zur Stabilisierung des Finanzmarktes („Rettungsübernah-

---

<sup>6</sup> Einziger dem Verfasser bekannter Anwendungsfall dieser Vorschrift war die *Hypo Real Estate AG*.

megezet“) Anteile an Unternehmen des Finanzsektors enteignet werden<sup>7</sup>.

Die Beispiele zeigen, dass ein Großaktionär häufig sofort die Stimmrechte an der sanierungsbedürftigen Zielgesellschaft ausüben will. Für solche Vorhaben ist die Bankenklausele keine Lösung, denn sie befreit gerade nur solche Erwerber von der Fusionskontrolle, die nicht beabsichtigen, die Stimmrechte auszuüben. Die h.M. geht davon aus, ein Erwerber könne zunächst fusionskontrollfrei Anteile an der Zielgesellschaft erwerben, wenn er zu diesem Zeitpunkt nicht die Absicht habe die Stimmrechte auszuüben, und den Erwerb „nachträglich“ anmelden, wenn er *später* die Absicht entwickle von den Stimmrechten Gebrauch zu machen. Zwar wird dann nicht der Anteilserwerb, wohl aber die Ausübung des Stimmrechts von § 41 Abs. 1 GWB erfasst. Daher dürfen die Stimmrechte bis zur Freigabe durch die Kartellbehörden nicht tatsächlich ausgeübt werden<sup>8</sup>. Der Wille, sich später der Fusionskontrolle zu unterziehen und bis dahin keine Stimmrechte auszuüben, reicht für die Anwendung der Bankenklausele nicht.

Art. 3 Abs. 5 lit. a FKVO gestattet die Ausübung des Stimmrechts, um u.a. den Verkauf des Unternehmens vorzubereiten. Ob das auch in der deutschen Fusionskontrolle gilt, ist

---

<sup>7</sup> Ein Anwendungsfall ist bisher nicht ersichtlich.

<sup>8</sup> So u.a. *Mestmäcker/Veelken*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 37, Rz. 82; *Bechtold*, GWB, 5. Auflage 2008, § 37, Rz. 53; *Mäger*, in Münchener Kommentar (Fn. 1), § 37 GWB, Rz. 159.

umstritten<sup>9</sup>. Selbst das wäre für viele Fälle jedoch aus tatsächlichen Gründen keine Lösung: Erstens muss dem Erwerber im Zeitpunkt des Anteilserwerbs der Wille fehlen, die Stimmrechte überhaupt auszuüben (jedenfalls für andere als die in Art. 3 Abs. 5 lit. a FKVO genannten Zwecke). Auch die Kommission sieht den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch ein Bankkonsortium zur Abwendung der Insolvenz eines Unternehmens in der Regel nicht als Fall der Bankenklausele, da die beteiligten Banken typischerweise Einfluss auf strategische Entscheidungen nehmen wollen<sup>10</sup>. Zweitens ist die nachträgliche Anmeldung keine Lösung, wenn ein Sanierungsschritt, für welchen ein Hauptversammlungsbeschluss erforderlich ist, schnell erfolgen oder zumindest beschlossen werden muss.

Die Bankenklausele verlangt schließlich, dass der Erwerber bereits bei Anteilsübertragung die Absicht des Weiterverkaufs der Anteile an dem Zielunternehmen binnen zwölf Monaten hat. Oft schreckt der Erwerber aber davor zurück, diese Absicht öffentlich kundzutun (auch implizit durch Verzicht auf ein Fusionskontrollverfahren). Denn dies könnte das Vertrauen von anderen Aktionären, Darlehensgebern oder Kunden in die Sanierungsaussichten erschüttern. Der Großaktionär wird es oft vorziehen dem Markt zu signalisieren, er

---

<sup>9</sup> Vgl. *Mäger*, in Münchener Kommentar (Fn. 1), § 37 GWB, Rz. 159 (ablehnend), und *Ewen*, in Schulte, Handbuch Fusionskontrolle, 2005, Rz. 211 (bejahend).

<sup>10</sup> Kommission („KOM“), Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.02.2009, S. 10, Rz. 116.

bleibe auch über zwölf Monate hinaus „engagiert“, wenn das für die Sanierung erforderlich sei. Dann aber kann er sich nicht auf die Bankenklausel berufen.

## 1.2. Sanierungsfusion

Die „Sanierungsfusion“ (*failing company defence*) ist keine Ausnahme von der Anmeldepflicht. Zeitprobleme löst sie also nicht. Aber sie ermöglicht die Freigabe von Zusammenschlüssen wegen der Sanierungsbedürftigkeit des Zielunternehmens, wenn der Zusammenschluss nach den grundsätzlich geltenden Maßstäben (§ 36 Abs. 1 GWB: Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, Art. 2 Abs. 3 FKVO: erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs) zu untersagen wäre<sup>11</sup>. Nach klassischer Lesart sind dafür drei Bedingungen zu erfüllen:

---

<sup>11</sup> Soweit ersichtlich hat das BKartA bisher in folgenden Fällen eine Sanierungsfusion angenommen: BKartA, Tätigkeitsbericht („TB“) 1975, S. 42 f. – *Rheinisch-Westfälische Verlagsgesellschaft/Neue Ruhr-Zeitung*; BKartA, TB 1976, S. 44 – *Benteler/Niederrheinstahl*; BKartA, TB 1976, S. 79 f. – *Karstadt/Neckermann* (Freigabe unter Auflagen); BKartA, TB 1997/98, S. 18 und 88 f., WuW 1999, 34 – *Kölner Stadt-Anzeiger/Kölnische Rundschau*; BKartA, 21.10.2003, B7-100/03 – *Imation/EMTEC*, Rz. 54; BKartA, 11.04.2006, B6-142/05 – *RTL/n-tv*, Rz. 4.

In den folgenden Fällen wurde eine Sanierungsfusion abgelehnt: BKartA, TB 1976, S. 47 f. – *Thyssen/Hüller-Hille* (später wurde eine Ministererlaubnis gewährt, vgl. Bundeswirtschaftsministerium -,„BMWi“- , WuW/E BWM 159); BKartA, 19.09.2001, B9-15/01 – *ABRD-Möbelhandel/Möbel Engelhardt*, Rz. 27 (Freigabe unter Auflagen); BKartA, 10.12.2002, B6-98/02 – *Holtzbrinck/Berliner Verlag*, S. 39; BKartA, 10.10.2003, B1-180/02 – *Rheinkalk/Kalkwerk Lengerich*, Rz. 3 (Freigabe unter Auflagen); BKartA, 10.03.2005, B10-123/04 – *Rhön-Klinikum/Kreis Krankenhaus Bad Neustadt*, Rz. 232 ff., bestätigt durch OLG Düsseldorf, 11.04.2007, VI Kart 6/05 (V), WuW/E DE-R 1958 – *Rhön-Klinikum*, sowie BGH, 16.01.2008, KVR 26/07, WuW/E DE-R 2327 – *Kreis Krankenhaus Bad Neustadt*; BKartA, 06.06.2007, B3-6/07 – *LBK Hamburg/Krankenhaus Mariahilf*, Rz. 235 ff.; BKartA, 29.11.2007, B6-158/07 – *Land Rheinland-Pfalz/Lotto Rheinland-Pfalz*, Rz. 200 ff.

- Das Ausscheiden des Zielunternehmens aus dem Markt steht kurz bevor. Dies ist regelmäßig kaum mehr als die kartellrechtliche „Übersetzung“ der Aussage, das Zielunternehmen sei dringend sanierungsbedürftig und/oder es liege ein Insolvenzgrund vor (zu der besonderen Situation, wenn ein Eingreifen der öffentlichen Hand zu erwarten ist, siehe Ziffer 3.2 unten).
- Es gibt keine weniger wettbewerbsschädliche Alternative zum angemeldeten Zusammenschluss, d.h., kein anderer Erwerber würde das Zielunternehmen übernehmen. Für die Praxis wirft das die Frage auf, ob ein offenes und diskriminierungsfreies Auktionsverfahren durchgeführt werden muss, weil sonst das Fehlen anderer Erwerber nicht nachgewiesen ist. In einzelnen Entscheidungen nämlich hat das Bundeskartellamt die Sanierungsfusion mit dem Hinweis abgelehnt, es habe kein offenes Auktionsverfahren stattgefunden und daher sei nicht klar, ob es ggf. alterna-

---

Die KOM hat soweit ersichtlich in folgenden Fällen eine Sanierungsfusion bejaht: KOM, 14.12.1993, IV/M.308 – *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, Rz. 70 ff., bestätigt durch EuGH, 31.03.1998, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375 – *Französische Republik/Kommission*, Rz. 112 ff.; KOM, 11.07.2001, COMP/M.2314 – *BASF/Eurodiol/Pantochim*, Rz. 135 ff.; KOM, 01.07.2002, COMP/M.2810 – *Deloitte&Touche/Andersen (UK)*, Rz. 44 ff.; KOM, 05.09.2002, COMP/M.2816 – *Ernst&Young France/Andersen France*, Rz. 76 ff.; KOM, 13.12.2005, COMP/M.3910 – *Rockwood/Süd-Chemie*, Rz. 38 ff.

Soweit ersichtlich, hat die KOM in folgenden Fällen ablehnend entschieden: KOM, 02.10.1991, COMP/M.53 – *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, Rz. 31; KOM, 04.12.1996, COMP/M.774 – *Saint Gobain/Wacker Chemie/NOM*, Rz. 247 ff.; KOM, 26.06.1997, COMP/M.890 – *Blokker/ToysRUs*, Rz. 109 ff.; KOM, 27.05.1998, COMP/M.993 – *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, Rz. 70 ff.; KOM, 03.02.1999, COMP/M.1221 – *REWE/Meinl*, Rz., 62 ff. (Freigabe unter Zusagen); KOM, 02.04.2003, COMP/M.2876 – *Newscorp/Telepiu*, Rz. 205 ff.

tive Erwerber gegeben hätte<sup>12</sup>. Ein diskriminierungsfreies Auktionsverfahren allerdings verträgt sich ggf. nur schwer mit dem Wunsch der Beteiligten, die Rettung eines Kreditinstituts innerhalb der „eigenen Säule“ des Kreditwesens (d.h. private Banken, Sparkassen, Genossenschaftsbanken) zu organisieren. Bei einem diskriminierungsfreien Auktionsverfahren könnte durchaus ein Erwerber in eine „fremde“ Säule „eindringen“.

- Schließlich ist eine Sanierungsfusion nach der gegenwärtigen Praxis des Bundeskartellamts nur möglich, wenn ohne den Zusammenschluss – und daher bei Ausscheiden des Zielunternehmens aus dem Markt – dessen Marktanteil vollständig dem Erwerber zuwachsen würde. Damit sind Sanierungsfusionen bisher nur in bereits bestehenden Duopolen denkbar<sup>13</sup> oder wenn die anderen Marktteilnehmer einschließlich des Erwerbers gemeinsam marktbeherrschend waren<sup>14</sup>. Denkbar wären daneben Sanierungsfusionen allenfalls noch in Märkten mit differenzierten Produkten, wo Erwerber und Zielunternehmen die nächsten Wettbewerber (*closest competitors*) derart sind, dass mit

---

<sup>12</sup> Vgl. BKartA, *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt* (Fn. 11), Rz. 240; siehe auch BKartA, *EMTEC* (Fn. 11), Rz. 56 ff. (Ablehnung eines *management buy-out* als einziger Alternative); BKartA, *Berliner Verlag* (Fn. 11), Rz. 13 (die Parteien hätten nicht vorgetragen, ein Käufer, der die Zeitung unabhängig weiter betreiben würde, sei nicht auffindbar). Sowohl das BKartA als auch die KOM sind in Einzelfällen selbst an potentielle Erwerber heranzutreten, um die Veräußerungsmöglichkeit zu prüfen, vgl. BKartA, *Kölnische Rundschau* (Fn. 11), S. 89, und KOM, *Eurodiol* (Fn. 11), Rz. 147.

<sup>13</sup> So in BKartA, *Kölnische Rundschau* (Fn. 11), S. 88 f.; BKartA, *EMTEC* (Fn. 11), Rz. 62.

<sup>14</sup> BKartA, *n-tv* (Fn. 11), S. 41.

hoher Wahrscheinlichkeit ohne den Zusammenschluss alle Kunden des Zielunternehmens zum Erwerber abwandern.

Bei der Marktstruktur im deutschen Bankenmarkt – jedenfalls in den verschiedenen Segmenten des Privatkundengeschäfts – ist die Bedingung der Anwachsung des Marktanteils kaum erfüllbar. Die Anbieterstruktur ist kleinteilig und es gibt in jedem Segment diverse Anbieter. Auch wenn nicht immer klar ist, wie man die Verteilung der Marktanteile nach einem Zusammenschluss (oder in dessen Abwesenheit) simuliert<sup>15</sup>, so scheint die Annahme, alle Kunden einer Bank würden nach deren Ausscheiden aus dem Markt zu einer einzigen anderen Bank wechseln, regelmäßig unhaltbar.

Interessant ist daher, dass die Kommission im Fall *Eurodiol* erstmals ein modifiziertes Kriterium verwandte und es genügen ließ, dass „die zur Übernahme anstehenden Vermögenswerte ohne Fusion unweigerlich für den Markt verloren gehen“ würden. Sie wiederholte diesen Standpunkt in ihren Leitlinien über horizontale Zusammenschlüsse und stellte klar, dass die Anwachsung des Marktanteils und der Verlust der Vermögenswerte für den Markt alternativ die Freigabe eines Zusammenschlusses rechtfertigen kön-

---

<sup>15</sup> Siehe dazu BGH, WuW/E BGH 1655, 1660 – *Zementmahanlage II*; BKartA, *Krankenhaus Bad Neustadt* (Fn. 11), Rz. 244; BKartA, *Krankenhaus Mariahilf* (Fn. 11), Rz. 263 f.; BKartA, *Möbel Engelhardt* (Fn. 11), Rz. 27; BKartA, *Kalkwerk Lengerich* (Fn. 11), S. 39; KOM, *Andersen France* (Fn. 11), Rz. 62 ff., 80 ff.; KOM, *NOM* (Fn. 11), Rz. 253.

nen<sup>16</sup>. Fraglich ist allerdings, in welchem Umfang die Entscheidung der Kommission, das Kriterium der Sanierungsfusion auszuweiten, davon abhängt, dass der betroffene Markt an Kapazitätsengpässen leidet und *deshalb* der Erwerb des Zielunternehmens durch den Marktführer selbst einer Neuverteilung der Marktanteile des Zielunternehmens vorzuziehen ist<sup>17</sup>.

Die Haltung des Bundeskartellamts scheint bisher restriktiver; jedenfalls ist eine dem Fall *Eurodiol* vergleichbare Tatbestandsalternative in der deutschen Praxis bisher nicht erkennbar. Hinge ihre Anwendbarkeit aber tatsächlich von Kapazitätsengpässen im betroffenen Markt ab, so dürften ihre Voraussetzungen im Kreditwesen in Deutschland kaum erfüllt sein. Deutschland gilt im europäischen Ver-

---

<sup>16</sup> KOM, *Eurodiol* (Fn. 11), Rz. 135 ff., insbes. Rz. 142, 151, wo die bisherige Entscheidungspraxis aus *Kali+Salz* (Fn. 11) ausdrücklich ergänzt wird; KOM, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. C 31 vom 05.02.2004, S. 5, Rz. 90 (und Fn. 111). In *Andersen UK* (Fn. 11), Rz. 44 ff., prüft die KOM die Anwachsung des Marktanteils nicht, sondern stellt fest, dass die Verringerung von fünf auf vier große Prüfungsgesellschaften aufgrund der besonderen Situation von Andersen unausweichlich war und dass dies für den Wettbewerb nicht schädlicher war als das ersatzlose Ausscheiden von Andersen aus dem Markt; ähnlich KOM, *Andersen France* (Fn. 11), Rz. 76 ff. In *Süd-Chemie* (Fn. 11), Rz. 38 ff., begnügte sich die KOM mit der Feststellung, dass bei einer Untersagung ein Beteiligter den betroffenen Geschäftszweig einstellen würde (*failing division defence*) und dass der Zusammenschluss daher nicht zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen führe. In seiner frühen Entscheidungspraxis fasst das BKartA Sanierungsfusionen unter die Abwägungsklausel und prüfte unmittelbar die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen (auch) auf dem beherrschten Markt, vgl. BKartA, *Neue Ruhr Zeitung* (Fn. 11), S. 43; BKartA, *Hüller-Hille* (Fn. 11), S. 47 f.; BKartA, *Niederrheinstahl* (Fn. 11), S. 44. Das ist heute nicht mehr möglich, weil das BKartA Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen nur noch auf nicht beherrschten Märkten anerkennt, siehe z.B. BKartA, 22.02.2002, B7-168/01 – *Liberty Media/Kabel Deutschland*, Rz. 103 ff.

<sup>17</sup> Siehe KOM, *Eurodiol* (Fn. 11), Rz. 157 ff. KOM, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (Fn. 16), S. 14, Rz. 91, nennt die Unterversorgung nicht ausdrücklich, sondern erwähnt nur allgemein die „Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur“ bei Ausbleiben des Zusammenschlusses.

gleich eher als „*over-banked*“<sup>18</sup> (was für die Verbraucher nicht unbedingt schlecht sein muss).

Es sei schließlich darauf hingewiesen, dass der Genehmigung einer Sanierungsfusion regelmäßig ein längeres Verfahren vorausgeht<sup>19</sup>, weil die diversen Tatbestandsmerkmale sorgfältig geprüft werden müssen. Auch deshalb ist die Sanierungsfusion als Instrument für schnelle Rettungsaktionen oft nicht geeignet.

Im Ergebnis spielt die Sanierungsfusion aber bisher in der Praxis des Bundeskartellamts schlicht deshalb keine Rolle, weil keine „untersagungsnahe“ Bankenrettung ersichtlich ist. Selbst die „Großfusionen“ aus der jüngsten Vergangenheit gaben im Ergebnis keinen Anlass zu wettbewerblichen Bedenken<sup>20</sup>.

### **1.3. Befreiung vom Vollzugsverbot**

Für die Befreiung vom Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 2 GWB, Art. Abs. 3 FKVO ist die Notwendigkeit einer Sanierung unter Zeitdruck grundsätzlich als Befreiungsgrund an-

---

<sup>18</sup> Siehe die statistischen Angaben bei *Rickes*, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 75, 2006, Heft 4, S. 151, 154 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Office of Fair Trading („OFT“), *Anticipated acquisition by Lloyds TSB plc of HBOS plc – Report to the Secretary of State for Business Enterprise and Regulatory Reform*, 24.10.2008, Rz. 43 ff., wonach das OFT nur bei hinreichenden und zwingenden Beweisen („*sufficient compelling evidence*“) davon ausgehen könne, dass das Zielunternehmen aus dem Markt ausscheide. Sonst sei eine vertiefte Untersuchung durch die Competition Commission erforderlich.

<sup>20</sup> So BKartA, Fallbericht „Großfusionen im Bankensektor“ zu *Deutsche Bank/Deutsche Postbank* (B4-133/08, B4-29/09), *Commerzbank/Dresdner Bank* (B4-134/08) und *DZ Bank/WGZ Bank* (B4-177/08).

erkannt<sup>21</sup>. Zu beachten ist allerdings das Zusammenspiel von wettbewerblichen Bedenken und möglichen Auflagen (welche u.U. eine Sanierung unmöglich machen):

- Ist der Zusammenschluss problematisch, so wird mit der Befreiung vom Vollzugsverbot u.U. die Auflage verbunden, das Zielunternehmen *nicht* in den Geschäftsbetrieb des Erwerbers zu integrieren<sup>22</sup>. Die Gewährung von Darlehen oder anderen Finanzhilfen mag aber möglich sein. Dann ist

---

<sup>21</sup> Regierungsbegründung zur 6. GWB Novelle, BR-Drs. 852/97, S. 61; BKartA, TB 2007/08, S. 91 – *Richter+Frenzel/Schulte*; BKartA, 10.05.2002, B1-80/02 – *Basalt Deutsche Asphalt und Tendis*, BAnz v. 23.05.2002, S. 11071; BKartA, 20.02.2002, B7-206/01 – *T-Venture/Nexnet*, S. 16; BKartA, TB 2005/06, S. 21 – *FIMAG/Roba*; BKartA, 26.09.2001, B9-100/01 – *Deutsche Post/trans-o-flex (Befreiung vom Vollzugsverbot)*, S. 5, dazu auch BKartA, Pressemitteilung v. 28.09.2001; BKartA, WuW/E DE-V 772, 773 – *Wehrhahn; Pape/Töllner/Hossenfelder*, Kartellrechtspraxis und Kartellrechtsprechung 2002/03, 18. Auflage 2003, S. 152 f., zu mehrjährigen Rechtsstreiten über die Zulässigkeit des Zusammenschlusses; *Hossenfelder/Töllner/Ost*, Kartellrechtspraxis und Kartellrechtsprechung 2003/04, 19. Auflage 2005, S. 148 f., zu *Lufthansa/Augsburg Airways* und *M+W Zander/Krantz TKT*.

Zu Art. 7 Abs. 3 FKVO (und Art. 7 Abs. 4 FKVO 1989) vgl. KOM, 24.07.1991, IV/M.116 – *Kelts/American Express*, Rz. 2 und 7; KOM, 02.03.2005, COMP/M.3754 – *Strabag/Dywidag*, Rz. 4 und 10; KOM, 18.06.2003, COMP/M.3209 – *WPP/Cordiant*, Rz. 6; KOM, 15.10.1999, COMP/M.1696 – *Onex/Air Canada/Canadian Airlines*, WuW 1999, 1194. Entscheidungen nach Art. 7 Abs. 3 FKVO werden grundsätzlich nicht veröffentlicht; zu weiteren Fällen vgl. *Baron*, in Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2, 10. Auflage 2006, Art. 7 FKVO, Rz. 16 ff.

Nach Art. 7 Abs. 2 FKVO gilt – anders als in der deutschen Fusionskontrolle – kein Vollzugsverbot für öffentliche Übernahmeangebote, weshalb der SoFFin die Übernahme der Hypo Real Estate AG erst nach dem Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung anmelden konnte, vgl. KOM, 14.05.2009, COMP/M.5508 – *SoFFin/Hypo Real Estate*, Rz. 4.

<sup>22</sup> Siehe dazu BKartA, *trans-o-flex (Vollzugsverbot)* (Fn. 21), S. 6, wo die Befreiung eine Kooperation der Zusammenschlussbeteiligten ermöglichen sollte, die u.U. gegen das Vollzugsverbot verstieß. Untersagt blieben jedoch die Übertragung von Anteilen, Vermögenswerten oder Kundenbeziehungen sowie die gesellschaftsrechtliche Integration (Trennungsanordnung, *hold separate order*). Die Auflagen mögen auch der Tatsache geschuldet sein, dass das BKartA den Zusammenschluss als problematisch ansah und sich ein längerer Rechtsstreit um die erwartete Untersagung abzeichnete, vgl. BKartA, *trans-o-flex (Vollzugsverbot)* (Fn. 21), S. 4; BKartA, 20.11.2001, B9-100/01, WuW/E DE-V 501 – *Deutsche Post/trans-o-flex (Untersagung)*; OLG Düsseldorf, 13.08.2003, Kart 52/01 (V), WuW/E DE-R 1149 – *trans-o-flex*; BGH, 21.12.2004, KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419 – *trans-o-flex*. Siehe auch *Hossenfelder/Töllner/Ost* (Fn. 21), S. 148 f., zu *M+W Zander/Krantz TKT*, einem weiteren Fall mit Trennungsanordnung.

im Einzelfall zu überlegen, ob die Sanierung unter Beachtung der Auflagen noch möglich ist.

- Umgekehrt sind die Anforderungen an den Nachweis eines Befreiungsgrundes niedriger, wo es keine wettbewerblichen Bedenken gibt oder das Beschwerdegericht nach summarischer Prüfung durchgreifende Bedenken gegen die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamts hat<sup>23</sup>.

Ähnlich wie die Sanierungsfusion spielt auch die Befreiung vom Vollzugsverbot in der Praxis des Bundeskartellamts zu Zusammenschlüssen zwischen Banken – soweit ersichtlich – keine Rolle: Die 4. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts ist mit den Märkten vertraut und benötigt oft nur sehr wenig Zeit, um sich von den wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses ein Bild zu verschaffen. Das Bundeskartellamt kann daher Freigaben in extremen Fällen innerhalb eines Werktages erteilen<sup>24</sup>. Für die Beteiligten ist das oft weniger aufwändig als ein Antrag auf Befreiung vom Vollzugsverbot<sup>25</sup> (der ohnehin nicht von der Anmeldepflicht befreit). Bedenken muss man allerdings, dass dies nur möglich ist, weil die Marktstruktur über weite Strecken offen-

---

<sup>23</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, 17.09.2008, IV-Kart 4/08 (V), WuW/E DE-R 2433, 2436 – *Lotto Rheinland-Pfalz*; OLG Düsseldorf, 03.03.2008, IV-Kart 19/07 (V), WuW/E DE-R 2304, 2310 – *Lotto Rheinland Pfalz*.

<sup>24</sup> Auf Grund von verfahrensrechtlichen Restriktionen ist die Kommission nicht so flexibel und greift daher eher als das BKartA auf die Befreiung vom Vollzugsverbot zurück, siehe oben Fn. 21 und die Angaben bei *Baron*, in *Langen/Bunte* (Fn. 21), Art. 7 FKVO, Rz. 22. Sie erteilt aber in Sanierungsfällen durchaus „beschleunigte“ Freigaben; siehe dazu *Lowe*, *Competition Policy and the Global Economic Crisis*, *Competition Policy International*, 2009, Heft 2, S. 3, 17; *Hirsbrunner*, *EuZW* 2009, 239, beide zu KOM, 03.12.2008, COMP/M.5384 – *BNP Paribas/Fortis*.

<sup>25</sup> *Richter*, in *Wiedemann* (Fn. 21), § 21, Rz. 45; ähnlich *Hossenfelder/Töllner/Ost* (Fn. 21), S. 150.

sichtlich unproblematisch ist. Darauf ist zurückzukommen (siehe Ziffer 3 unten).

#### **1.4. Bundesbank-/KfW-Klausel**

Ihre Rolle bei der Bewältigung einer Banken-Krise fand auch eine Vorschrift, die hierfür kaum gedacht war, nämlich § 130 Abs. 1 Satz 2 GWB, welcher wegen der staatsrechtlichen Sonderstellung von Bundesbank und Kreditanstalt für Wiederaufbau („**KfW**“) diese vom Geltungsbereich des GWB ausnimmt. Denn die Rettung und Sanierung der IKB Deutsche Industriebank AG („**IKB**“) in den Jahren 2007 und 2008 erfolgte u.a. durch eine Kapitalerhöhung seitens des bisherigen Großaktionärs der IKB, der KfW. Sie hielt bereits lange vor Ausbruch der Krise der IKB eine Beteiligung von ca. 38 % und konnte ihre Beteiligung fusionskontrollfrei auf mehr als 90 % erhöhen.

#### **1.5. Ministererlaubnis**

Eine andere Vorschrift, die man eher als *sedes materiae* des Konflikts zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und anderen politischen Zielen wie der Rettung von Unternehmen ansehen würde, ist aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht für die schnelle Sanierung von Banken geeignet: die Ministererlaubnis nach § 42 GWB. Es macht keine Mühe, die Stabilität des Finanzsystems und die Vermeidung eines flächendeckenden „Banken-Kollaps“ als Gemeinwohl-Grund im Sin-

ne dieser Vorschrift anzusehen<sup>26</sup>, aber ihre Anwendung setzt eben eine Untersagung des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt voraus – das seinerseits gehindert ist, zwischen wettbewerblichen und außerwettbewerblichen Zielen abzuwägen. In Krisensituationen dauert dieses Verfahren zu lange.

### **1.6. Verlängerung von Fristen in Nebenbestimmungen**

Auch die Verlängerung von Fristen für die Umsetzung von Nebenbestimmungen kann genutzt werden, um Krisensituationen zu bewältigen<sup>27</sup>. Allerdings ist auch zu überlegen, ob nicht gerade in Krisenzeiten Nebenbestimmungen *strenger* gehandhabt werden müssen, z.B. weil die Umsetzung von Veräußerungsauflagen nach Vollzug eines Zusammenschlusses mangels eines liquiden Marktes für Unternehmensbeteiligungen unsicher erscheint<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> BKartA, TB 2007/08, S. 8, weist auf eine Art gedanklicher Verwandtschaft zwischen Ministererlaubnis und FMStFG hin, siehe dazu Ziffer 2.1 unten.

<sup>27</sup> Siehe KOM, MEMO/09/464 v. 19.10.2009, zum Fall KOM, 3.10.2007, COMP/M.4844 – *Fortis/ABN AMRO*, Rz. 240 ff., wo die KOM eine Frist von weiteren 24 Stunden gewährte, um eine vorläufige Einigung zu ermöglichen. Eine weitere Verlängerung stellte sie für den Fall in Aussicht, dass es zu einem verbindlichen Kaufvertrag komme. Diese gewährte die KOM später auch, vgl. KOM, MEMO/09/464 v. 20.10.2009; *Lowe*, *Economic Crisis* (Fn. 24), S. 17.

<sup>28</sup> Vgl. *Lowe*, *Economic Crisis* (Fn. 24), S. 17; *Burnside/Eberhardt*, *Financier Worldwide*, April 2009, S. 69 f.

## **2. Der SoFFin im Auge des Sturms – das Instrumentarium für die Krise**

Bei aller Diskussion, welche die mehrfach modifizierten Regelungen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes („**FMStG**“) hervorgerufen haben, herrschte fusionskontrollrechtlich um den SoFFin auffällige Unaufgeregtheit.

### **2.1. Deutsche Fusionskontrolle**

Ein wesentliches Instrument des SoFFin ist der Erwerb von Beteiligungen an Kreditinstituten gemäß § 7 Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz („**FMStFG**“).

Für den SoFFin gilt eine Ausnahme vom GWB gemäß § 17 FMStFG, die in der Sache allerdings bis zum 31. Dezember 2010 befristet ist, weil der SoFFin nur bis zu diesem Tag Stabilisierungsmaßnahmen einschließlich des Beteiligungserwerbs vornehmen kann (§ 13 FMStFG i.d.F. von Art. 1 Nr. 10 Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz). Nach der Regierungsbegründung ist der Zweck des § 17 FMStFG der Ausschluss der deutschen Fusionskontrolle: „Die Regelung schließt insbesondere die Anwendung der deutschen Fusionskontrolle auf die Beteiligung durch den Fonds aus. Europarechtliche Wettbewerbsvorschriften bleiben unberührt.“<sup>29</sup> Ohne diese Regelung wäre u.a. der Anteilserwerb des SoFFin von 25% plus eine Aktie an der Commerzbank

---

<sup>29</sup> BT-Drs. 16/10600, S. 12, zum damaligen § 17 FMStFG (Wettbewerbsrecht); siehe auch *Immenga*, EuZW 2009, 753.

AG im Mai 2009 ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss gewesen<sup>30</sup>.

Allerdings gewährt die Vorschrift keine Befreiung von der Fusionskontrolle für andere Teile der öffentlichen Hand (außer Bundesbank und KfW, siehe Ziffer 1.4 oben) und auch nicht für private Einrichtungen. So wurde die BayernLB durch den Freistaat Bayern und den Sparkassenverband Bayern saniert; der Erwerb der alleinigen Kontrolle über die BayernLB durch den Freistaat Bayern wurde vom Bundeskartellamt geprüft<sup>31</sup>. Die HSH Nordbank wurde von den Ländern Hamburg und Schleswig-Holstein gerettet; auch dies prüfte das Bundeskartellamt<sup>32</sup>.

Eine Ausnahme von § 1 GWB gewährt § 17 FMStFG ebenfalls, aber eine Ausnahme von Art. 81 EG kann nicht vom nationalen Gesetzgeber verfügt werden. Nun fände das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ohnehin nur in eng begrenzten Konstellationen Anwendung. Wenn der SoFFin Alleinkontrolle über mehrere Banken erwirbt, so entfällt das Kartellverbot schon deshalb, weil es sich bei den Banken dann nicht mehr um verschiedene „Unternehmen“ handelt. Soweit diese Sachverhalte allein der deutschen Fusionskontrolle unterliegen (würden), hat der deutsche Gesetzgeber sich eben für den Vorrang des FMStFG und den

---

<sup>30</sup> Der Verfasser nimmt an, dass die FKVO nicht anwendbar war, denn es ist keine Anmeldung bei der Kommission ersichtlich. Ein möglicher Grund ist, dass die Beteiligung dem SoFFin keine Kontrolle vermittelte.

<sup>31</sup> BKartA, B4-173/08, Freigabe v. 17.12.2008.

<sup>32</sup> BKartA, B4-55/09, Freigabe v. 29.05.2009.

Ausschluss der Fusionskontrolle entschieden. Raum für das Kartellverbot wäre also nur dort, wo der SoFFin<sup>33</sup> (a) eine Bank kontrolliert (wie z.B. die Hypo Real Estate AG) und an einer anderen eine (nicht-kontrollierende) Minderheitsbeteiligung hält (wie wohl an der Commerzbank AG<sup>34</sup>) oder (b) nach § 10 Abs. 2 FMStFG i.V.m. § 5 Finanzmarktstabilisierungsfondsverordnung („**FMStFV**“) das wettbewerbliche Verhalten verschiedener Banken koordiniert. Das wettbewerbspolitische Bedürfnis diese Fälle mit dem Kartellverbot zu erfassen, mag man getrost als minimal ansehen.

Interessanter ist die Frage, ob die Ausnahme vom GWB auch dann gilt, wenn der SoFFin Beteiligungen veräußert. Naturgemäß stellt sich diese Frage nur bis zum 31. Dezember 2010, denn dann endet die Ausnahmeregelung. Dass es danach durchaus zum Verkauf von SoFFin-Beteiligungen kommen kann, dass also der SoFFin nicht alle Beteiligungen bis zum diesem Tag verkauft haben muss, ergibt sich aus § 13 FMStFG, wonach der SoFFin *nach* dem 31. Dezember 2010 aufzulösen ist. Ein wesentliches Argument für eine Befreiung des SoFFin von der deutschen Fusionskontrolle mag das Bedürfnis nach Geschwindigkeit gewesen sein<sup>35</sup>. Derartige Eile, dass ein Fusionskontrollverfahren nicht durchlaufen werden

---

<sup>33</sup> Oder eine Einrichtung, die mit dem SoFFin (für Zwecke der Fusionskontrolle) „verbunden“ ist, z.B. das BMF oder die KfW, siehe Ziffer 2.2 unten, insbes. Fn. 39 ff.

<sup>34</sup> Vgl. Monopolkommission, Pressemitteilung v. 22.01.2009, „Staatliche Reaktionen auf die Wirtschaftskrise stellen Marktwirtschaft und Wettbewerb in Frage“, wo die Monopolkommission eine Einflussnahme des Bundes auf die Geschäftspolitik der Commerzbank AG besorgt.

<sup>35</sup> So BKartA, TB 2007/08, S. 7 f.

kann, dürfte beim Ausstieg des SoFFin aus seinen Beteiligungen wohl nicht mehr bestehen. Das Bundeskartellamt hat daher geäußert, beim Verkauf von Beteiligungen sei auch die deutsche Fusionskontrolle wieder anwendbar (selbst wenn der Verkauf vor dem 31. Dezember 2010 erfolgt)<sup>36</sup>. Man tut sich schwer dem Gesetzgeber zu unterstellen, der SoFFin solle die Möglichkeit haben eine Beteiligung an einen marktbeherrschenden Wettbewerber zu verkaufen, auch wenn das ggf. die Einnahmen des Fonds aus dem Beteiligungsverkauf maximiert<sup>37</sup>. Ohnehin ist ein solches marktbeherrschendes Kreditinstitut in Deutschland derzeit nicht ersichtlich. An Argumenten gegen die Fusionskontrolle beim *exit* des SoFFin bleibt also kaum etwas übrig.

## **2.2. Europäische Fusionskontrolle**

Der zwingende Vorrang der europäischen Fusionskontrolle (Art. 22 Abs. 3 FKVO, § 35 Abs. 3 GWB), wenn bestimmte Umsatzschwellen überschritten sind (und ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 3 FKVO vorliegt), macht die Analyse staatlicher Beteiligungsstrukturen als „Unternehmens-

---

<sup>36</sup> So BKartA, TB 2007/08, S. 8.

<sup>37</sup> Ähnlich OFT, *Lloyds/HBOS* (Fn. 19), Rz. 78 ff.

gruppen“ im Sinne von Art. 5 Abs. 4 FKVO erforderlich<sup>38</sup>. Eine solche Prüfung hat die Kommission im Fall *Hypo Real Estate* ausführlich geschildert<sup>39</sup>. Weil die Umsatzschwellen nach Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO bereits durch Zusammenfassung des SoFFin, des BMF und der KfW erfüllt waren, konnte die Kommission davon absehen, den „Konzern BMF“ in allen Einzelheiten auszuleuchten und zu prüfen, ob die Unternehmensgruppe noch darüber hinausgeht<sup>40</sup>. Für das deutsche Kartellrecht liegt es nahe, sogar von einem „Konzern Bundesrepublik“ auszugehen<sup>41</sup>.

Interessanterweise hat die FKVO kein „Ventil“ für außerwettbewerbliche Erwägungen wie die Stabilität der Finanzmärk-

---

<sup>38</sup> Nach *Lowe*, Economic Crisis (Fn. 24), S. 16, und *ders.*, Keeping Markets work effectively: Europe's challenge in recessionary times, 2009, S. 7, muss die KOM auch prüfen, ob überhaupt ein „Zusammenschluss“ vorliegt, oder vielmehr eine „Verstaatlichung“ (*nationalisation*). Erwirbt eine staatliche Einrichtung jedoch Anteile durch einen privatrechtlichen Vorgang wie ein öffentliches Übernahmeangebot, so scheint die Kommission ohne Weiteres von einem Zusammenschluss auszugehen, vgl. KOM, *Hypo Real Estate* (Fn. 21), Rz. 4 (siehe allerdings bei Fn. 45 ff. zu weiteren – unklaren – Fällen im Vereinigten Königreich). *Immenga*, EuZW 2009, 753, sieht den SoFFin nicht als „Unternehmen“ an, das eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ ausübe, sondern als dem „hoheitlichen Handeln nahe“.

<sup>39</sup> KOM, *Hypo Real Estate* (Fn. 21), Rz. 7 ff.; siehe dazu *Immenga*, EuZW 2009, 753, und FKVO, ErwG 22 und KOM, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen (Fn. 9), Rz. 13 ff.

<sup>40</sup> Während es für die Zuständigkeit genügt, die kleinstmögliche Unternehmensgruppe zu prüfen, welche die Umsatzschwellen erfüllt, muss die KOM für die materielle Prüfung die größtmögliche Gruppe unterstellen, nämlich den Bund, vgl. KOM, *Hypo Real Estate* (Fn. 21), Rz. 16, 28, 61. Ein Fehler unterläuft der KOM *m.E.* jedoch bei der Prüfung der „2/3-Regel“ (ebd., Rz. 26). Zwar stellt die KOM fest, dass Hypo Real Estate AG und die KfW nicht 2/3 ihrer gemeinschaftsweiten Umsätze in Deutschland erzielen, aber das muss nicht notwendigerweise für die „Unternehmensgruppe Bund“ und/oder die „Unternehmensgruppe BMF“ gelten – auch wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht.

<sup>41</sup> BGHZ 69, 334, 343 f. – *VEBA*.

te<sup>42</sup>. Art. 22 Abs. 4 FKVO erlaubt den Mitgliedstaaten bestimmte außerwettbewerbliche Erwägungen, zu denen auch das (Finanz-)Aufsichtsrecht zählt<sup>43</sup>. Aber die Mitgliedstaaten können nach dieser Vorschrift nur Zusammenschlüsse *untersagen*, welche die Kommission freigegeben hat. Es ist ihnen nicht möglich, Zusammenschlüsse *freizugeben*, welche die Kommission untersagt hat<sup>44</sup>.

Es stellt sich also die – bisher glücklicherweise hypothetische – Frage, wie die Kommission mit Zusammenschlüssen umgeht, welche aus Gründen der Stabilität des Finanzsystems geboten sind, eine problematische Marktstruktur aber weiter verschlechtern, möglicherweise bis zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 2 Abs. 3 FKVO. Für den Bankenmarkt im Vereinigten Königreich hätte sich diese Frage durchaus stellen können – sowohl bei der Übernahme von Halifax Bank of Scotland („**HBOS**“) durch Lloyds als auch beim Erwerb von Beteiligungen an Lloyds und Royal

---

<sup>42</sup> Vgl. *Lowe*; Markets (Fn. 38), S. 8 („*directed to one single objective*“); *Burnside/Eberhardt* (Fn. 28), S. 69 f.; *Immenga*, EuZW 2009, 753; *Hirsbrunner*, EuZW 2009, 239; *Pouncey/Bukovics*, ECLR 2009, 67, 71. Die Kommission hat sich jedenfalls gegen eine Aufweichung ihrer Grundsätze zur Sanierungsfusion verwahrt, vgl. *Lowe*, Economic Crisis (Fn. 24), S. 18, dass diese Figur jedenfalls kein „Allheilmittel“ ist. Siehe auch OFT, Restatement of OFT’s position regarding acquisitions of „failing firms“, OFT 1047, 18.12.2008: Zwar will das OFT von seinen Beurteilungsgrundsätzen nicht abweichen, jedoch die herrschenden wirtschaftlichen Bedingungen berücksichtigen, insbesondere Schwierigkeiten bei der Bereitstellung von Kapital für das Zielunternehmen (was das Ausscheiden des Zielunternehmens aus dem Markt wahrscheinlicher macht) und Schwierigkeiten von alternativen Erwerbern, eine Akquisition zu finanzieren (was alternative Erwerber weniger wahrscheinlich macht). Insgesamt dürften Sanierungsfusionen damit wahrscheinlicher werden. Ähnlich wohl *Lowe*, Markets (Fn. 38), S. 8 f.

<sup>43</sup> KOM, Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, abgedruckt in: Merger Control in the European Union – Situation in March 1998, S. 55.

<sup>44</sup> KOM, Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89 (Fn. 43), S. 54; *Lowe*, Economic Crisis (Fn. 24), S. 19; *ders.*, Markets (Fn. 38), S. 8; *Burnside/Eberhardt* (Fn. 28), S. 69 f.; *Pouncey/Bukovics*, ECLR 2009, 67, 69 f. Allgemein zur Berücksichtigung der Interessen der Mitgliedstaaten *Wagemann*, in Wiedemann (Fn. 21), § 15, Rz. 26 ff.

Bank of Scotland („**RBS**“) durch die Regierung des Vereinigten Königreichs:

- Der Zusammenschluss *Lloyds/HBOS* wurde (vermutlich) nur wegen der sog. „2/3-Regel“<sup>45</sup> (Art.1 Abs.2 und 3 FKVO, jeweils letzter Halbsatz) nicht bei der Kommission angemeldet, sondern u.a. beim Bundeskartellamt<sup>46</sup>. Das OFT nahm ausführlich Stellung und hielt den Zusammenschluss für problematisch<sup>47</sup>. Es wurde aber vom Secretary of State aus Gründen der Stabilität des Finanzsystems „überstimmt“<sup>48</sup>, nachdem die *Enterprise Act 2002 (Specification of Additional Section 58 Consideration) Order 2008* diesem kurz zuvor die Möglichkeit eingeräumt hatte, aus Gründen der Stabilität des Finanzmarktes („*maintaining the stability of the UK financial system*“) einen – ggf. wettbewerbsschädlichen – Zusammenschluss zu genehmigen. Die Entscheidung des Secretary of State wurde gerichtlich bestätigt<sup>49</sup>.
- Im November 2008 gründete die Regierung des Vereinigten Königreichs die UK Financial Investments Ltd. („**UKFI**“), deren Anteile zu 100 % das Finanzministerium,

---

<sup>45</sup> Aus öffentlichen Quellen ist nicht ersichtlich, warum die Kommission *nicht* zuständig war. *Lowe, Economic Crisis* (Fn. 24), S. 16, gibt jedenfalls keine Begründung. *Pouncey/Bukovics*, ECLR 2009, 67; *Burnside/Eberhardt* (Fn. 28), S. 69 f., verweisen ebenfalls auf die „2/3-Regel“.

<sup>46</sup> BKartA, B4-154/08, Liste v. 27.11.2008.

<sup>47</sup> Vgl. OFT, *Lloyds/HBOS* (Fn. 19), *passim*.

<sup>48</sup> Decision by Lord Mandelson, the Secretary of State for Business, not to refer to the Competition Commission the merger between Lloyds TSB Group plc and HBos plc under Section 45 of the Enterprise Act 2002, 31.10.2008.

<sup>49</sup> Competition Appeal Tribunal („**CAT**“), 10.12.2008, Case 1107/4/10/08 – Merger Action Group v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform (*Lloyds/HBOS*).

Her Majesty's Treasury („HMT“), hielt. UKFI erwarb dann über Tochtergesellschaften jeweils Mehrheitsbeteiligungen an Lloyds (einschließlich HBOS) und RBS. Anmeldungen bei der Kommission sind in beiden Fällen nicht ersichtlich. Der Grund könnte auch hier die „2/3-Regel“ sein. Unklar ist zudem, ob die Kommission bei der Prüfung ihrer Zuständigkeit die einzelnen Tochtergesellschaften der UKFI zu einer Unternehmensgruppe zusammenfasste (wenn nicht, waren die Umsatzschwellen ersichtlich nicht erfüllt). Vor dem Hintergrund, dass die Kommission die „Beteiligungen“ des BMF (an KfW und SoFFin) gemeinsam betrachtete, wäre ein Grund dafür jedenfalls nicht offensichtlich. Im Prinzip ist es auch möglich, dass die Kommission eine „Verstaatlichung“ an Stelle eines „Zusammenschlusses“ annahm, obwohl die Regierung die Anteile an RBS und Lloyds im Wege der Kapitalerhöhung erwarb, also durch einen grundsätzlich privatrechtlichen Vorgang<sup>50</sup>. Jedenfalls gab das Bundeskartellamt am 28. November 2008 den Erwerb der Alleinkontrolle über RBS durch HMT (nicht: UKFI) frei<sup>51</sup>, und am 19. Mai 2009 den Erwerb einer mindestens 50 %-igen Beteiligung an Lloyds durch HMT<sup>52</sup>.

Eine elegante Lösung wäre natürlich der Verweis an den Mitgliedstaat auf dessen Antrag (Art. 9 Abs. 2 FKVO) oder auf Antrag der anmeldenden Partei (Art. 4 Abs. 4 FKVO). An-

---

<sup>50</sup> Siehe dazu Fn. 38.

<sup>51</sup> BKartA, B4-160/08 (Liste v. 04.12.2008).

<sup>52</sup> BKartA, B4-54/09 (Liste v. 02.06.2009).

tragsberechtigt bei Art. 9 Abs. 2 FKVO oder berechtigt zum Widerspruch bei Art. 4 Abs. 4 FKVO ist der „Mitgliedsstaat“ und nicht die nationale Wettbewerbsbehörde. Das kann wichtig werden, wenn die nationale Behörde den Zusammenschluss verhindern möchte, aber vorhersieht, dass die Regierung nach Verweisung den Zusammenschluss durch außerwettbewerbliche Sondervorschriften ermöglichen möchte. Die nationale Behörde kann das – je nach innerstaatlicher Zuständigkeitsverteilung – dann nicht verhindern, indem sie keine Verweisung beantragt oder der Verweisung widerspricht<sup>53</sup>.

Jedenfalls im Privatkundengeschäft sind die betroffenen relevanten Märkte typischerweise national<sup>54</sup>, und – entgegen dem Anschein, den die deutsche Fassung der FKVO erweckt – muss der Mitgliedstaat auch nicht mit dem Antrag auf Verweisung bereits die wettbewerblichen Probleme vortragen und sich damit selbst das Leben schwer machen<sup>55</sup> – gerade wenn die nationale Kartellbehörde dem Zusammenschluss kritisch gegenübersteht. In der deutschen Fassung weist die Voraussetzung für eine Verweisung („erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“) zwar eine gewisse terminologische

---

<sup>53</sup> Die Vertretung Deutschlands obliegt der Bundesregierung und somit dem BMWi (§ 9 GO BReg). Allerdings ist die Kompetenz intern an das BKartA delegiert, was der KOM auch mitgeteilt wurde; sie steht jedoch unter dem Zustimmungsvorbehalt des BMWi und wird regelmäßig gemeinsam ausgeübt, vgl. *Baron*, in *Langen/Bunte* (Fn. 21), Art. 9 FKVO, Rz. 9; *Schild*, in *Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2007, Art. 9 FKVO, Rz. 18 f.

<sup>54</sup> Zur Abgrenzung der verschiedenen Märkte siehe u.a. KOM, *Hypo Real Estate* (Fn. 21), Rz. 28 ff.; KOM, *Fortis/ABN AMRO* (Fn. 27), Rz. 16 und 75 ff.

<sup>55</sup> Siehe auch den ErwG 16 zur FKVO und KOM, Mitteilung über Verweisung in Fusionssachen, ABl. EU Nr. C 56 v. 05.03.2005, S. 2, 6, Rz. 17.

Nähe zum Untersagungskriterium auf („erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“). Aus der englischen Fassung ergibt sich jedoch, dass das nicht gemeint war; die Verweisung kann vielmehr schon bei „drohenden erheblichen Auswirkungen“ auf den Wettbewerb erfolgen („*threatens to affect significantly competition*“), wogegen das Untersagungskriterium als „*significantly impede effective competition*“ umschrieben ist.

Allerdings ist umstritten, ob ein Mitgliedstaat wegen Art. 9 Abs. 8 FKVO nach dem Verweis eines Zusammenschlusses auch Vorschriften anwenden darf, die außerwettbewerblichen Zielen dienen, oder nur die Fusionskontrolle „im engeren Sinne“<sup>56</sup>. Man mag zu diesem Streit stehen, wie man möchte. Kaum bestreiten lässt sich aber, dass schon diese Unsicherheit „Gift“ für die Sanierung eines angeschlagenen Kreditinstituts durch Übernahme ist. Denn wenn die Freigabeentscheidung des Mitgliedstaates wegen Verstoß gegen die FKVO nichtig ist, so könnte auch der Anteilserwerb am sanierungsbedürftigen Institut unwirksam sein, evtl. mit der Folge der Unwirksamkeit von Beschlüssen der Hauptver-

---

<sup>56</sup> Für die Anwendbarkeit der Ministererlaubnis nach Verweisung *Baron*, in Langen/Bunte (Fn. 21), Art. 9 FKVO, Rz. 20; *ders.*, in *Schwerpunkte des Kartellrechts 2002*, S. 118; dagegen *Immenga/Körber*, in *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 1), Art. 9 FKVO, Rz. 72; *Bechtold* (Fn. 9), § 35, Rz. 16; *Schild*, in *Münchener Kommentar zum Kartellrecht* (Fn. 53), Art. 9 FKVO, Rz. 115. Siehe auch EuG, 03.04.2003, Rs. T-119/02 – *Royal Philips Electronics/Kommission*, Slg. 2003, II-1433, Rz. 343, wonach die KOM zwar ein weites Ermessen bei der Entscheidung über die Verweisung hat, aber eine Verweisung nicht beschließen kann, wenn diese erkennbar nicht geeignet ist, wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen. Interessanterweise ist die *Enterprise Act 2002 (Specification of Additional Section 58 Consideration) Order 2008* nicht anwendbar auf Fälle, die von der KOM an das Vereinigte Königreich verwiesen werden; *Pouncey/Bukovics*, ECLR 2009, 67, 73.

sammlung. Weitere Investoren, Fremdkapitalgeber und auch Kunden werden verunsichert, wenn der Kreis der Anteilseigner nicht sicher feststeht und entziehen dem sanierungsbedürftigen Institut ggf. ihre Unterstützung.

### **2.3. Ausländische Fusionskontrolle**

Der deutsche Gesetzgeber hat keine Ausnahme von der ausländischen Fusionskontrolle für den SoFFin angeordnet (und konnte das auch nicht). Gegebenenfalls müssen Beteiligungen des SoFFin also von ausländischen Kartellbehörden freigegeben werden.

Umgekehrt müssen auch die Rettungsaktionen ausländischer Regierungen ggf. beim Bundeskartellamt angemeldet und von diesem freigegeben werden. Grundsätzlich hätte der deutsche Gesetzgeber allerdings auch ausländische Rettungsaktionen von der deutschen Fusionskontrolle freistellen können. Er hätte die Ausnahme nach § 17 FMStFG zum Beispiel auf „Maßnahmen in anderen EU-Mitgliedsstaaten, die nach Art und Zweck mit § 7 FMStFG vergleichbar sind“ erstrecken können. Die Reichweite dieser Klausel wäre dann durch die Praxis des Bundeskartellamts oder – eine entsprechende Ermächtigung vorausgesetzt – durch Rechtsverordnung geklärt worden.

In der Sache sind aber, soweit ersichtlich, keine Rettungsaktionen, weder ausländische noch deutsche, an einer Kartellbehörde außerhalb des „Mutterlands“ einer Bank gescheitert.

### **3. Nach der Krise ist vor der Krise. – Verbesserungsbedarf in der Fusionskontrolle?**

Ist die deutsche Fusionskontrolle für die nächste Krise gerüstet? Das ist wohl der Fall. Allerdings ist „das Bessere der Feind des Guten.“ (Voltaire), und so mögen Verbesserungen im Detail möglich sein. Man muss sich nur stets des glücklichen Umstands bewusst sein, dass die Marktstruktur im Privatkundengeschäft in Deutschland „günstig“ (d.h. kleinteilig) ist und Zusammenschlüsse zwischen Kreditinstituten daher bisher keine Entscheidung zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und der Stabilität der Finanzmärkte erzwungen haben.

#### **3.1. Öffentlichkeit des Fusionskontrollverfahrens**

Das Bundeskartellamt besteht auf einer gewissen Öffentlichkeit des Fusionskontrollverfahrens, was regelmäßig die Veröffentlichung eines geplanten Zusammenschlusses auf der Internet-Seite des Bundeskartellamts einschließt, aber u.U. auch die Befragung von Marktteilnehmern unter Nennung des geplanten Zusammenschlusses.

Nun bringt deshalb evtl. gerade das Fusionskontrollverfahren die Schwierigkeiten eines Kreditinstitutes ans Tageslicht oder nährt zumindest Spekulation darüber. Beides kann den Erfolg einer Sanierung gefährden, die vielleicht gerade darauf beruht, dass ein Kreditinstitut übernommen wird *bevor* die Kunden ihre Einlagen abziehen und den gefürchteten *bank-*

*run* auslösen. Hier könnte eine klare Regelung helfen, nämlich dass die Veröffentlichung des Vorprüfverfahrens auf der Internet-Seite des Bundeskartellamts unterbleibt, wenn die Bundesbank und/oder die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („**BAFin**“) das Bundeskartellamt förmlich darum ersuchen. Es bliebe dann allerdings noch zu regeln, wie mit der Befragung von Marktteilnehmern durch das Bundeskartellamt umzugehen ist. Wenn jedoch Fälle binnen eines Werktages freigegeben werden können, so zeigt das, dass das Bundeskartellamt bestimmte Fälle ausschließlich auf der Grundlage eigener Sachkenntnis entscheiden kann und nicht immer auf die Stimmen Dritter angewiesen ist. Für ein Hauptprüfverfahren sollte der Ausschluss der Öffentlichkeit *m.E.* ohnehin nicht gelten. Das verfahrensrechtliche Instrument wäre noch zu überlegen, aber in Betracht kommen eine Weisung des BMWi an das Bundeskartellamt oder eine Regelung in der Geschäftsordnung des Bundeskartellamts.

### **3.2. *Status quo ante* als Vergleichsmaßstab**

Der Klärung durch die Wissenschaft harrt *m.E.* die Frage, in welchem Umfang gerade bei Unternehmen in der Krise der *status quo ante*, insbesondere die Marktstruktur vor dem

angemeldeten Zusammenschluss als Maßstab für dessen Beurteilung herangezogen werden kann<sup>57</sup>.

Ist das Zielunternehmen in der Krise, ohne dass zugleich die Voraussetzungen der Sanierungsfusion gegeben wären, so stellt sich durchaus die Frage, ob ausgerechnet dieser Wettbewerber den wettbewerblichen Verhaltensspielraum des Erwerbers beschränkt hätte („*flailing company defence*“). Greift die Fusionskontrolle auf Marktanteile zurück, wie dies in § 19 Abs. 3 GWB jedenfalls in Form von Vermutungen geschieht, so muss man auch fragen, welche Marktanteile das Zielunternehmen in Zukunft inne gehabt hätte<sup>58</sup> und ob sich aus dem gemeinsamen Marktanteil von Erwerber und Zielunternehmen wirklich die (vermutete) Marktbeherrschung ergibt.

Droht die Insolvenz des Zielunternehmens, muss die Kartellbehörde dann berücksichtigen, ob die öffentliche Hand das Unternehmen retten und am Leben erhalten würde (was zu-

---

<sup>57</sup> KOM, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (Fn. 16), Rz. 9; OFT, *Lloyds/HBOS* (Fn. 19), Rz. 41 ff., 55 ff., beide mit der grundsätzlichen Vermutung, dass der *status quo ante* die zukünftigen Wettbewerbsbedingungen am besten wiedergebe, und möglichen Abweichungen von diesem Grundsatz, u.a. bei einem sanierungsbedürftigen Zielunternehmen oder absehbaren Markteintritten.

<sup>58</sup> Vgl. KOM, *Andersen France* (Fn. 11), Rz. 62; KOM, *Andersen UK* (Fn. 11), Rz. 47. Das Problem ist zu unterscheiden von der Simulation einer möglichen Abschmelzung der Marktanteile der Beteiligten nach Vollzug des Zusammenschlusses, siehe z.B. KOM, 14.02.1995, IV/M.477 – *Mercedes-Benz/Kässbohrer*, Rz. 63 f.

gleich eine Sanierungsfusion ausschliesse)<sup>59</sup>. Muss das Bundeskartellamt also im Fusionskontrollverfahren den politischen Prozess simulieren, in dem über die Rettung des kriselnden Zielunternehmens entschieden wird, wenn das Bundeskartellamt die Rettung durch Übernahme nicht genehmigt? Und muss das Bundeskartellamt ggf. weiter vorhersehen, ob sich der Rettung des Unternehmens durch die öffentliche Hand dann ein Beihilfenverfahren der Kommission anschließt, an dessen Ende wiederum die Verkleinerung des Zielunternehmens durch „Ausgleichs-“ oder „Kompensationsmaßnahmen“ – mit einem entsprechenden Verlust an Marktanteilen – steht?<sup>60</sup> Muss das Bundeskartellamt schließlich versuchen zu ermitteln, wann und an wen die öffentliche Hand ihre Beteiligung, möglicherweise durch das Beihilfeverfahren gezwungen, wieder verkauft (als Alternative zum angemeldeten Zusammenschluss) und welche Rolle im Wettbewerb dieser Erwerber spielen würde?<sup>61</sup> Die Formulierung der Fragen sowie ihre Häufung legen nahe, dass *dem Ver-*

---

<sup>59</sup> OFT, *Lloyds/HBOS* (Fn. 19), Rz. 71 ff. (zum Eingreifen der öffentlichen Hand) und Rz. 59 zum Ausschluss der Sanierungsfusion. Nach CAT, *Lloyds/HBOS* (Fn. 49), Rz. 90, war das Eingreifen der öffentlichen Hand lediglich komplementär zur Übernahme von HBOS durch Lloyds. Die Inanspruchnahme des Rettungspakets der Regierung war daher keine Alternative zur Übernahme von HBOS durch Lloyds. Siehe auch BKartA, *Krankenhaus Bad Neustadt* (Fn. 11), Rz. 233, OLG Düsseldorf, *Rhön-Klinikum* (Fn. 11), WuW/E DE-R 1958, 1973, und BGH, *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt* (Fn. 11), WuW/E BGH 2327, 2340, wonach die Sicherstellung der Krankenhaus-Versorgung eine öffentliche Aufgabe ist und (bestimmte) Krankenhäuser auch bei finanziellen Schwierigkeiten nicht aus dem Markt ausscheiden. Allgemein zu staatlichen Beihilfen in der Fusionskontrolle EuGH, 31.01.2001, Rs. T-156/98, Slg. 2001, II-337 – *RJB Mining/Kommission*, Rz. 107 ff.; KOM, 05.05.2008, COMP/M.4956 – *STX/Aker Yards*, Rz. 70 ff.

<sup>60</sup> So wohl OFT, *Lloyds/HBOS* (Fn. 19), Rz. 71 ff., insbes. 76. Die Veräußerung oder Aufgabe von Geschäftszweigen als Ausgleichsmaßnahmen wird von dem Empfänger einer Beihilfe nämlich oft gerade dort verlangt, wo die Marktstellung des Empfängers ausgeprägt ist, vgl. *Deselaers/Küpper*, EWS 2009, 212, 214 f. m.w.N.

<sup>61</sup> So wohl OFT, *Lloyds/HBOS* (Fn. 19), Rz. 78 ff.

*fasser* mit diesem Ergebnis nicht wohl wäre. Das Fusionskontrollverfahren ist schließlich auf „Handhabbarkeit“ angelegt, damit es ein schnelles Verfahren bleibt. Mit einer Überfrachtung wäre niemandem gedient

#### **4. „Too big to fail“ als Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle?**

Den Beitrag beschließen sollen einige – zugegeben rudimentäre – Gedanken zu einem Thema, das kurz nach Bewältigung der voraussichtlich schlimmsten Phase der Finanzmarktkrise in die wettbewerbspolitische Diskussion Eingang fand: Soll das Kartellrecht, sollen die Kartellbehörden das Entstehen von „zu großen“ Kreditinstituten verhindern? Verschiedene prominente Vertreter von Kartellbehörden auf beiden Seiten des Atlantiks scheinen das zu erwägen:

- „Nor do we want to see two struggling banks cripple each other through a botched merger, or create another bank that is ‘to big too fail’.“ (Neelie Kroes)<sup>62</sup>
- „[A]ntitrust law has failed if we’ve allowed institutions to be created that are too big to fail.“ (Christine Varney)<sup>63</sup>
- „[M]ergers should arguably be examined with an eye toward whether they are creating a merged entity that is ‘too big to fail’. [...] Hence, if a merger creates a firm

---

<sup>62</sup> *Kroes*, Competition, the Crisis and the Road to Recovery, SPEECH/09/152 v. 30.03.2009, S. 4.

<sup>63</sup> *Varney*, Antitrust Attorney General, U.S. Department of Justice, confirmation hearing on Executive Nominations, 10.03.2009.

whose failure is likely to have a catastrophic effect on the market as a whole, because it is so integral to the market, the end result may be a substantial lessening of competition. It would arguably be better to avoid the creation of such firms in the first place through merger instead of having the Treasury Department bail them out." (Thomas J. Rosch)<sup>64</sup>

Wann ist eigentlich eine Bank „zu groß“? Ist sie schon dann zu groß, wenn ihre Insolvenz die gesamte Volkswirtschaft zu schädigen droht und die Regierung dieser Bank deshalb in Krisenzeiten mit öffentlichen Geldern beispringen muss (*too big to fail* oder *too systematic to fail*)? Oder ist eine Bank erst dann zu groß, wenn diese Rettung voraussichtlich die finanziellen Möglichkeiten der Regierung übersteigt (*too big to rescue*)? Wo auch immer man die Grenze für „zu groß“ ziehen möchte: Man wird sich stets der Frage stellen müssen, ob die Größe von Banken nicht auch volkswirtschaftlich wünschenswerte Wirkungen hat, die mit einer Kontrolle der Größe u.U. verhindert werden. Dazu gehören Größenvorteile (*economies of scale*) und/oder Verbundvorteile (*economies of scope*), welche es der Bank ermöglichen, bestimmte Leistungen (kosten-)günstiger zu erbringen. Auch die Risikotragfähigkeit einer Bank mag durchaus mit ihrer Größe steigen, so dass eine größere Bank von der Insolvenz eines großen Kreditnehmers nicht sofort „mitgerissen“ wird. Die Größe

---

<sup>64</sup> Rosch, Federal Trade Commissioner, Implications of the Financial Meltdown for the FTC, New York Bar Association Annual Dinner, 29.01.2009.

von Kreditinstituten kann also gerade zur Stabilisierung des Finanzsystems beitragen. Eine optimale Struktur, welche Stabilität und Wettbewerb bestmöglich in Einklang bringt, kennt sicherlich weder (a) nur wenige große Banken noch (b) nur viele kleine Banken. Das Problem hat keine „Ecklösung“, sondern es bedarf der Abwägung der verschiedenen wirtschaftspolitischen Aspekte, die einmal für größere und einmal für kleinere Banken sprechen. Das ist m.E. ein rechtspolitisches, kein rechtliches Problem. In der Fusionskontrolle in ihrer derzeitigen Gestalt ist für solche Überlegungen kein Raum.

Wäre schließlich die Fusionskontrolle überhaupt das geeignete Instrument für die Kontrolle der Größe von Banken? Der Vorteil der Fusionskontrolle ist sicherlich ihre Anknüpfung an recht klar definierte Ereignisse wie den Erwerb einer Beteiligung. Die Bewertung, ob es sich um einen „Zusammenschluss“ handelt, mag gerade bei § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB an Abgrenzungsschwierigkeiten leiden, aber es gibt andererseits eine zunehmende Menge von Präzedenzfällen, welche diese Arbeit erleichtern. Auch die Rechtsfolge wäre einfach: Der Zusammenschluss würde untersagt. Aber wie es eben das Wesen der Fusionskontrolle ist, erfasst sie das „interne“ Wachstum eines Unternehmens nicht, obwohl auch dieses zu einer marktbeherrschenden Stellung oder zu übermäßiger Größe führen kann. In der Wettbewerbspolitik ist das kein Systemfehler, sondern die Fusionskontrolle erfasst internes Wachstum deshalb nicht, weil die Anreize für Unternehmen,

bedarfsgerechte Produkte herzustellen und effizient zu produzieren, sonst geschmälert würden. Dass hier in einzelnen Fällen Unternehmen mit Marktmacht heranwachsen können, nimmt der Gesetzgeber eben in Kauf (und verlegt sich auf die *ex post*-Kontrolle nach Art. 82 EG, §§ 19, 20 GWB). Das liegt in seinem wirtschaftspolitischen Ermessen – ebenso wie die nun erwogene allgemeine Entflechtung, welche langfristig einzelnen Unternehmen durchaus das interne Wachstum „verleiden“ mag. Eine Kontrolle der Unternehmensgröße aus aufsichtsrechtlichen Gründen müsste auch dieses Problem optimal lösen.

Klar ist aber auch, dass aufsichtsrechtlich bedenkliche Größe nicht zwingend aus einer Marktstellung abgeleitet werden kann. Das aufsichtsrechtliche Gefahrenpotential knüpft eben nicht zwingend an die Marktstellung an.

Schließlich ist das Bundeskartellamt in seiner gegenwärtigen Gestalt – und mit seiner gegenwärtigen Personalausstattung – wohl kaum die richtige Behörde für die Beurteilung (bank-)aufsichtsrechtlicher Fragen. Wenn aber ohnehin die Beurteilung durch eine andere Behörde erforderlich ist, sei es die Bundesbank oder die BAFin, so verspricht die Prüfung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle auch keine praktischen Vorteile mehr. Zu erwägen wäre dann lediglich die Anknüpfung eines separaten behördlichen Verfahrens an den Zusammenschlusstatbestand, wie der Gesetzgeber in § 7 Abs. 1 und 2 Nr. 6 Außenwirtschaftsgesetz („**AWG**“)

i.V.m. § 53 Außenwirtschaftsverordnung („**AWV**“) einen modifizierten Tatbestand des Beteiligungserwerbs (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB) verwendet<sup>65</sup>.

Schließlich ist mehr als zweifelhaft, ob die geplante „allgemeine Entflechtung“ ersatzweise in der Bankenaufsicht Einsatz finden kann. Nach meinem Verständnis setzt dieses Instrument ein *wettbewerbliches* Defizit im Wettbewerb voraus. Es kommt daher nicht in Betracht.

---

<sup>65</sup> Siehe *Stork*, EWS 2009, 454, 456 m.w.N. Dieser Tatbestand ist noch in der Entwicklung, hat aber ein – aus kartellrechtlicher Sicht – nur schwer nachvollziehbares Eigenleben entwickelt. So sind nach Ansicht des BMWi konzerninterne Restrukturierungsmaßnahmen erfasst, vgl. *Hoening*, Börsenzeitung v. 23.9.2009, S. 2 zu *TDK/EPCOS*.

# ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT DER UNIVERSITÄT BONN

CENTER FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW, UNIVERSITY OF BONN  
CENTRE DE DROIT ECONOMIQUE EUROPEEN DE L'UNIVERSITE DE BONN

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling  
Prof. Dr. Meinhard Heinze †  
Prof. Dr. Matthias Herdegen  
Prof. Dr. Ulrich Huber  
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.  
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.  
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter (Sprecher)  
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Gfd. Direktor)  
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt  
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.  
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.  
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn  
Telefon: 0228 / 73 95 59  
Telefax: 0228 / 73 70 78  
E-Mail: [zew@uni-bonn.de](mailto:zew@uni-bonn.de)  
URL: [www.zew.uni-bonn.de](http://www.zew.uni-bonn.de)

[...]

**Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.**

- Nr. 150      Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151      Jan M. Smits, European Private Law, 2006
- Nr. 152      Juliane Kokott, Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof, 2006
- Nr. 153      Martin Nettesheim, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?, 2006
- Nr. 154      Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155      Christian Waldhoff, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, 2006; vergriffen
- Nr. 156      W. Rainer Walz, Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind, 2006
- Nr. 157      Theodor Baums, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2007
- Nr. 158      Christian Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, 2007
- Nr. 159      Ansgar Staudinger, Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts, 2007
- Nr. 160      Christian Calliess, Die Dienstleistungsrichtlinie, 2007
- Nr. 161      Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007
- Nr. 162      Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007

- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010