

# Chinesische Fusionskontrolle: Drache in der Ferne, Papiertiger daheim

Markus Masseli<sup>1</sup>

Kaum ein anderes Rechtsgebiet in China entwickelt sich zurzeit derart rasant und unter derart aufmerksamer internationaler Beobachtung wie das neue Fusionskontrollrecht, das mit dem Antimonopolgesetz (AMG)<sup>2</sup> am 01.08.2008 in Kraft getreten war. Im August 2008 und Anfang 2009 wurden erste Nebenbestimmungen erlassen, die die Fusionskontrolle, die im AMG nur rudimentär geregelt ist, genauer regeln. Anfang 2009 wurden auch zahlreiche Entwürfe für weitere relevante Nebenbestimmungen öffentlich zur Diskussion gestellt.<sup>3</sup> Fast ein Jahr nach Veröffentlichung dieser Entwürfe sind von gut der Hälfte der damals veröffentlichten Entwürfe endgültige Fassungen erlassen worden. Gleichzeitig stehen einige der damals erlassenen Nebenbestimmungen schon wieder zur Diskussion. In immer detaillierter und argumentativ aufwendiger ausfallenden Entscheidungen vermittelt das chinesische Handelsministerium außerdem erste Eindrücke seiner konkreten Fallpraxis.<sup>4</sup> Doch in welche Richtung entwickelt sich diese? Der vorliegende Beitrag soll einen kurzen Überblick über den bisher erreichten Stand der Fusionskontrolle in China geben und dazu Stellung nehmen.

## I. Neue Nebenbestimmungen

### 1. Abgrenzung des relevanten Marktes

Anfang Juli 2009 hatte die Antimonopolkommission des Staatsrates<sup>5</sup> Leitlinien zur Abgrenzung des relevanten Marktes<sup>6</sup>, die bereits im Mai verabschiedet worden waren, veröffentlicht. Die Leitlinien entsprechen inhaltlich im Wesentlichen dem Entwurf vom Januar.<sup>7</sup>

### 2. Umsatzberechnung im Finanzsektor

Kurze Zeit später wurde mit gemeinsamer Verordnung des Handelsministeriums, der Chinesischen Volksbank, der Chinesischen Bankaufsichtskommission, der Chinesischen Wertpapieraufsichtskommission und der chinesischen Versicherungsaufsichtskommission eine Methode zur Umsatzberechnung für die Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen im Finanzsektor<sup>8</sup> erlassen. Die Methode füllt die in § 3 Abs. 2 der Anmeldekriterien-Bestimmungen<sup>9</sup> vorgesehene Berücksichtigung der Besonderheiten des Finanzsektors bei der Frage der Anmeldeschwellen<sup>10</sup> aus.

<sup>1</sup> Dipl.-Kfm., LL.M.eur, Rechtsanwalt, Allen & Overy LLP Frankfurt am Main, markus.masseli@gmx.de. Der Autor promoviert bei Prof. Dr. Ulrich Manthe (Universität Passau) über das Fusionskontrollrecht der Volksrepublik China.

<sup>2</sup> Antimonopolgesetz der Volksrepublik China ( 中华人民共和国反垄断法 ) vom 30.08.2007, chinesisch-deutsche Fassung in ZChinR 2007, S. 307 ff. (Übersetzung: Markus Masseli), vgl. dazu Markus Masseli, Das Antimonopolgesetz der VR China, ZChinR 2007, S. 259 ff m.w.N.

<sup>3</sup> Vgl. dazu Markus Masseli, Die chinesische Fusionskontrolle im Lichte der ersten Nebenbestimmungen zum Antimonopolgesetz, ZChinR 2009, S. 18 ff. m.w.N. und ders., Volksrepublik China - Aktuelle Entwicklungen im Fusionskontrollrecht, GRUR Int 2009, S. 365 f. Die damals erlassenen Nebenbestimmungen und veröffentlichten Entwürfe sind in chinesisch-deutscher Fassung in ZChinR 2009, S. 44 ff. abgedruckt (Übersetzung: Markus Masseli).

<sup>4</sup> Vgl. bereits Markus Masseli, Volksrepublik China - Entscheidungspraxis des Handelsministeriums: Fusionskontrolle im Spannungsfeld von Kartellrecht und Protektionismus, GRUR Int 2009, S. 633 f. m.w.N.

<sup>5</sup> 国务院反垄断委员会 . Nach § 9 AMG richtet der Staatsrat eine Antimonopolkommission ein, die für die Organisation, Koordination und Leitung der Antimonopolarbeit zuständig ist und unter anderem folgende Aufgaben erfüllt: Erforschung und Erarbeitung von den Wettbewerb betreffenden Politnormen, Organisation von Untersuchungen und Beurteilungen der gesamten Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten und Bekanntmachung der Beurteilungsberichte, Festlegung und Bekanntmachung von Antimonopolrichtlinien und Koordination der Antimonopolverwaltungsvollzugsarbeit.

<sup>6</sup> Leitlinien der Antimonopolkommission des Staatsrates zur Abgrenzung des relevanten Marktes ( 国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南 ) vom 24.05.2009, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft, S. 383 ff.

<sup>7</sup> Leitlinien zur Abgrenzung des relevanten Marktes (Entwurf) ( 关于相关市场界定的指南 (草案) ), chinesisch-deutsch Fassung in ZChinR 2009, S. 90 ff. (Übersetzung: Markus Masseli). Vgl. zum Inhalt Markus Masseli, Die chinesische Fusionskontrolle im Lichte der ersten Nebenbestimmungen zum Antimonopolgesetz, ZChinR 2009, S. 18, 31 ff.

<sup>8</sup> Methode zur Umsatzberechnung für die Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen im Finanzsektor ( 金融业经营者集中申报营业额计算办法 ) vom 15.07.2009, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft, S. 400 ff.

Die Anmeldekriterien bilden anhand der Umsatzhöhe ein Grobraster, um potentiell wettbewerbschädigende Fusionen einer Fusionskontrollprüfung zu unterwerfen. In Branchen wie dem Finanzsektor unterscheidet sich jedoch der Umsatz sowohl von seiner Zusammensetzung als auch von seiner durchschnittlichen Höhe deutlich von anderen Branchen, so dass die allgemeinen Umschwellen kein sinnvoller Anhaltspunkt für potentielle Wettbewerbsschädigungen sind. Vor diesem Hintergrund verdeutlicht die Methode, aus welchen Bilanzpositionen bei den relevanten Institutionen im Finanzsektor der Umsatz zu berechnen ist und welche Positionen davon abzuziehen sind. Sie bestimmt sodann, dass von diesem Betrag nur ein Zehntel als Umsatz für die Zwecke der Anmelde-schwellen anzusetzen ist.

### 3. Anmeldung und Prüfung

Im November folgten schließlich die Methode zur Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen<sup>11</sup> und die Methode zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen<sup>12</sup>. Die beiden Methoden stimmen ebenfalls im Wesentlichen mit den jeweiligen Entwürfen vom Januar<sup>13</sup> überein.<sup>14</sup> Neben einigen unwesentlichen sprachlichen Änderungen und Verschiebungen, einigen Änderungen von Kann- in Muss-Vorschriften (und umgekehrt), sind vor allem die folgenden wesentlichen Punkte auffällig:<sup>15</sup>

#### a) Kontrolltatbestand

Zum einen konnte sich das Handelsministerium auch im zweiten Anlauf nicht dazu durchringen, den bis heute unklaren Kontroll-Tatbestand des § 20 (2)/(3) AMG zu definieren, anhand dessen das Vorliegen eines Zusammenschlusses in Fällen außer einer Verschmelzung bestimmt wird. Ansätze zu einer solchen Definition gab es sowohl in den Entwürfen zu diesen Nebenbestimmungen<sup>16</sup> als auch im allerersten Nebenbestimmungsentwurf vom März 2008<sup>17</sup>, wobei jeweils in erster Linie die Erlangung von 50% der Stimmrechte ausschlaggebend für das Vorliegen von Kontrolle sein sollte. Ebenfalls nicht übernommen wurde die im Entwurf vorgesehene Bestimmung zu Joint Ventures<sup>18</sup>, die im Entwurfsprozess noch mehrmals geändert wurde, bevor sie endgültig gestrichen wurde. Das Handelsministerium hat also immer noch zwei sehr wesentliche Streitpunkte nicht geklärt.

#### b) Kettenzusammenschlüsse

Zum anderen gab es eine Änderung bei der Beurteilung von Kettenzusammenschlüssen. Es handelt sich um den Fall, dass der Zusammenschluss von zwei Unternehmen, wenn er „auf einen Schlag“ vollzogen würde, wegen Überschreitens der Anmeldeschwellen anmeldepflichtig wäre, aber statt dessen in mehreren Schritten vollzogen wird, die wegen ihres geringeren Volumens jeweils getrennt betrachtet nicht anmeldepflichtig wären (wenn ein Unternehmen nur teilweise übernommen wird, ist sein Umsatz auch nur teilweise anzu-

<sup>9</sup> Bestimmungen des Staatsrats über die Anmeldekriterien von Unternehmenszusammenschlüssen ( 国务院关于经营者集中申报的规定 ) vom 03.08.2008, chinesisch-deutsche Fassung in ZChinR 2009, S. 44 f. (Übersetzung: Markus Masseli).

<sup>10</sup> Die Anmeldeschwellen für die chinesische Fusionskontrolle sind in den Anmeldekriterien-Bestimmungen festgelegt. Danach ist ein Zusammenschluss in China anzumelden, wenn entweder der zusammengesetzte weltweite Umsatz aller an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr RMB 10 Milliarden Yuan überstieg und darunter der Umsatz von mindestens zwei Unternehmen im letzten Geschäftsjahr in China RMB 400 Millionen Yuan überstieg; oder der zusammengesetzte Umsatz aller an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in China im letzten Geschäftsjahr RMB 2 Milliarden Yuan und darunter der Umsatz von mindestens zwei Unternehmen im letzten Geschäftsjahr in China RMB 400 Millionen Yuan überstieg (§ 3 Abs. 1 Anmeldekriterien-Bestimmungen).

<sup>11</sup> Methode zur Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen ( 经营者集中申报办法 ) vom 21.11.2009, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft, S. 390 ff.

<sup>12</sup> Methode zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ( 经营者集中审查办法 ) vom 24.11.2009, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft, S. 395 ff.

<sup>13</sup> Vorläufige Methode für die Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen (Meinungseinholungsentwurf) ( 经营者集中申报暂行办法 (征求意见稿) ), chinesisch-deutsche Fassung in ZChinR 2009, S. 68. ff. (Übersetzung: Markus Masseli) und Vorläufige Methode für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (Meinungseinholungsentwurf) ( 经营者集中审查暂行办法 (征求意见稿) ), chinesisch-deutsche Fassung in ZChinR 2009, S. 82. ff. (Übersetzung: Markus Masseli).

<sup>14</sup> Vgl. zum Inhalt Markus Masseli, Die chinesische Fusionskontrolle im Lichte der ersten Nebenbestimmungen zum Antimonopolgesetz, ZChinR 2009, S. 18, 22 ff.

<sup>15</sup> Vgl. New merger-control regulations create uncertainty, China Law & Practice, 01 December 2009, <http://www.chinalawandpractice.com/Article/2348830/Channel/12591/New-merger-control-regulations-create-uncertainty.html> (eingesehen am 03.12.2009).

<sup>16</sup> § 3 Abs. 1 Vorläufige Methode für die Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen (Meinungseinholungsentwurf) (Fn. 13): Der in § 20 (2)/(3) „Antimonopolgesetz“ genannte „Erwerb des Kontrollrechts an einem anderen Unternehmen“ umfasst: den Erwerb von mindestens 50% der Anteile mit Stimmrecht oder des Vermögens; obwohl nicht mindestens 50% der Anteile mit Stimmrecht oder des Vermögens erworben werden, durch Erwerb von Anteilen und Vermögen und durch vertragliche oder ähnliche Weise [Erwerb der] Fähigkeit, beim anderen Unternehmen über die Bestellung von mindestens einem Vorstandsmitglied und Schlüsselverwaltungspersonal, den Finanzzetat, den Betriebsvertrieb, die Preisfestsetzung, wichtige Investitionen oder andere wichtige Verwaltungs- und Betriebsentscheidungen zu bestimmen.

<sup>17</sup> § 2 Abs. 2 Bestimmungen des Staatsrats über die Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen (Diskussionentwurf) ( 国务院关于经营者集中申报的规定 (征求意见稿) ), chinesische Fassung einsehbar unter [http://www.gov.cn/zwhd/content\\_930449.htm](http://www.gov.cn/zwhd/content_930449.htm) (eingesehen am 31.03.2008): Der Erwerb des Kontrollrechts an einem anderen Unternehmen im Sinne des vorherigen Absatzes beinhaltet den Erwerb von 50% oder mehr der Aktien mit Stimmrecht oder des Vermögens, die Erlangung der Stellung als größter Inhaber von Aktien mit Stimmrecht oder Vermögens des anderen Unternehmens, die Möglichkeit, tatsächlich die Mehrheit der Stimmrechte des anderen Unternehmens zu kontrollieren, die Möglichkeit, die Hälfte oder mehr der Mitglieder des Vorstands des anderen Unternehmens zu ernennen, sowie andere Tatbestände, die das Antimonopolvollzugsorgan des Staatsrates bestimmt; die Fähigkeit, bestimmenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen auszuüben, bedeutet die Fähigkeit, auf die Produktion und die Managementstrategie bestimmenden Einfluss auszuüben.

setzen). Um dadurch bestehende Umgehungsmöglichkeiten zu beschränken, werden mehrere nacheinander zwischen identischen Unternehmen stattfindende Teilzusammenschlüsse innerhalb eines bestimmten Zeitraumes als ein einziger Zusammenschluss betrachtet und entsprechend die Umsatzschwellen berechnet. Dieser Zeitraum wurde von zunächst einem auf jetzt zwei Jahre verlängert.

#### 4. Ausländisch-chinesische Zusammenschlüsse

Schließlich wurden durch Verordnung des Handelsministeriums 2009 Nr. 6<sup>19</sup> vom 22.06.2009 die Bestimmungen 2006 (die Übernahmen chinesischer Unternehmen durch ausländische Investoren regulieren)<sup>20</sup> geändert und damit deren Verhältnis zum AMG geklärt. Die Bestimmungen 2006 hatten neben zahlreichen gesellschaftsrechtlichen, außenwirtschaftsrechtlichen und staatsicherheitsrechtlichen Bestimmungen auch Fusionskontrollregelungen enthalten. Deren Verhältnis zur Fusionskontrolle des AMG war nach dessen Inkrafttreten unklar. Durch die Änderungsverordnung wurden die Fusionskontrollregelungen in den Bestimmungen 2006 nun ersatzlos gestrichen. Dies entspricht im Ergebnis der bereits zuvor vom Autor vertretenen Auffassung, dass die Fusionskontrollregelungen in den Bestimmungen 2006 von denen im AMG verdrängt werden, die Bestimmungen 2006 im Übrigen aber anwendbar bleiben.<sup>21</sup> Die Änderung wirft die – allerdings wohl nur theoretisch interessante – Frage auf, ob die seinerzeit von sechs Organen<sup>22</sup> erlassenen Bestimmungen 2006 vom Handelsministerium allein geändert werden konnten.

<sup>18</sup> § 3 Abs. 2 Vorläufige Methode für die Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen (Meinungseinholungsentwurf): Wenn zwei oder mindestens zwei Unternehmen gemeinsam ein neues Unternehmen gründen, bildet dies einen in § 20 „Antimonopolgesetz“ genannten Unternehmenszusammenschluss.

<sup>19</sup> Verordnung des Handelsministeriums 2009 Nr. 6, Bekanntmachung der „Bestimmungen über die Fusion mit/die Übernahme von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren“ (中华人民共和国商务部令 2009 年第 6 号, 公布《关于外国投资者并购境内企业的规定》), chinesischer Text einsehbar unter <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/b/c/200907/20090706416939.html> (eingesehen am 23.07.2009).

<sup>20</sup> Bestimmungen zur Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren (关于外国投资者并购境内企业的规定) vom 08.08.2006, chinesischer Text einsehbar unter: [http://www.legal-daily.com.cn/misc/2006-08/29/content\\_397421.htm](http://www.legal-daily.com.cn/misc/2006-08/29/content_397421.htm) (eingesehen am 16.08.2008). Vgl. dazu: Stefanie Tetz, Die neuen Vorschriften für Unternehmenskäufe in China – Was ändert sich, was bleibt gleich?, ZChinR 2006, S. 392 ff.

<sup>21</sup> Vgl. Markus Masseli, Die chinesische Fusionskontrolle im Lichte der ersten Nebenbestimmungen zum Antimonopolgesetz, ZChinR 2009, S. 18, 20 f.

<sup>22</sup> Handelsministerium (商务部), Aufsichtskommission des Staatsrates für staatseigenes Vermögen (国务院国有资产监督管理委员会), Staatliches Steuererwaltungsamt (国家税务总局), Staatliches Verwaltungsamt für Industrie und Handel (国家工商行政管理总局), Chinesische Wertpapieraufsichtskommission (中国证券监督管理委员会) und Staatliches Devisenkontrollbüro (国家外汇管理局).

## 5. Weitere Entwicklungen

Mittlerweile scheinen auch drei der im Januar/Februar erlassenen Nebenbestimmungen, darunter die Leitansichten zur Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen<sup>23</sup>, wieder auf dem Prüfstand zu stehen, da darüber in einer vom Handelsministerium veranstalteten Konferenz im November diskutiert wurde.<sup>24</sup> Die Situation der Nebenbestimmungen bleibt daher weiter im Fluss, zumal noch die Verabschiedung zahlreicher Entwürfe ansteht.<sup>25</sup>

## II. Erste Fusionskontrollentscheidungen

Seit Inkrafttreten des AMG sind bisher sechs Fusionskontrollentscheidungen des Handelsministeriums veröffentlicht worden. Insgesamt sind deutlich mehr Entscheidungen gefallen. Nach einer vom Antimonopolbüro veröffentlichten Statistik<sup>26</sup> sind bis Ende Juni 2009 insgesamt 58 Fusionskontrollanmeldungen eingegangen, wovon insgesamt 46 bereits entschieden worden waren (43 Freigaben ohne Auflagen, 2 Freigaben mit Auflagen, 1 Untersagung). Mittlerweile dürfte die Zahl der entschiedenen Fälle deutlich höher liegen. Die im Vergleich dazu geringe Anzahl der veröffentlichten Entscheidungen erklärt sich dadurch, dass nach § 30 AMG nur Freigabeentscheidungen unter Auflagen und Untersagungsentscheidungen zu veröffentlichen sind.

### 1. Stil der Entscheidungen

Die bisher veröffentlichten Entscheidungen lassen sowohl einen eigenen Stil als auch eine Entwicklungstendenz erkennen.

Im internationalen Vergleich – insbesondere im Vergleich zu den Entscheidungen der Europäi-

<sup>23</sup> Leitansichten zur Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen (经营者集中申报指导意见) vom 05.01.2009, chinesisch-deutsche Fassung in ZChinR 2009, S. 48 ff. (Übersetzung: Markus Masseli).

<sup>24</sup> Symposium zu den „Regelungen der Antimonopolprüfung von Unternehmenszusammenschlüssen“ findet in Beijing statt („经营者集中反垄断审查规则“在京召开), <http://fdj.mofcom.gov.cn/aarticle/xxfb/200912/20091206646732.html> (eingesehen am 01.12.2009).

<sup>25</sup> Vorläufige Methode für die Beweissammlung bei unter Monopolverdacht stehenden Unternehmenszusammenschlüssen, die die Anmeldekriterien nicht erreichen (Entwurf) (关于对未达申报标准涉嫌垄断的经营者集中证据收集的暂行办法(草案)), Vorläufige Methode für die Untersuchung und Behandlung von Unternehmenszusammenschlüssen, die nicht gemäß dem Recht angemeldet wurden (Entwurf) (关于对未依法申报的经营者集中调查处理的暂行办法(草案)) und Vorläufige Methode für die Untersuchung und Behandlung von unter Monopolverdacht stehenden Unternehmenszusammenschlüssen, die die Anmeldekriterien nicht erreichen (关于对未达申报标准涉嫌垄断的经营者集中调查处理的暂行办法(草案)). Vgl. Markus Masseli, Die chinesische Fusionskontrolle im Lichte der ersten Nebenbestimmungen zum Antimonopolgesetz, ZChinR 2009, S. 18, 20.

<sup>26</sup> Neueste statistische Lage bei den Antimonopolprüfungsfällen von Unternehmenszusammenschlüssen (经营者集中反垄断审查案件最新统计情况), <http://fdj.mofcom.gov.cn/aarticle/zcfb/200907/20090706409831.html> (eingesehen am 21.07.2009).

schen Kommission – sind die Entscheidungsveröffentlichungen extrem kurz. Eine Sachverhaltschilderung fehlt ebenso wie eine Abwägung von Argumenten. Veröffentlicht wird nur die letztendlich die Entscheidung stützende Argumentation in Kurzform. Diese scheint jedoch mit jeder Entscheidung ein Stück ausführlicher auszufallen. Während die allererste Entscheidung praktisch keine Begründung enthielt, lassen sich den letzten Entscheidungen bereits konkrete kartellrechtliche Argumente entnehmen. Freilich kann mangels Sachverhalt und mangels Subsumtion nicht nachvollzogen werden, ob die angeführten Wettbewerbsprobleme tatsächlich vorlagen.

In dieser Art der Ergebnisdarstellung hat das Handelsministerium nach einigen Entscheidungen zu einem festen Entscheidungsaufbau gefunden, der nun in seinen wesentlichen Zügen jeder Entscheidung zugrunde liegt. Das Handelsministerium gliedert nach: Verfahrenseröffnung und Prüfungsprozess, Prüfungsinhalt, Prüfungsarbeit, gegebenenfalls Relevanter Markt, Wettbewerbsprobleme, Beratung der Auferlegung beschränkender Auflagen, Prüfungsentscheidung.

## 2. InBev – Anheuser-Busch

Die erste veröffentlichte Fusionskontrollentscheidung des Handelsministeriums<sup>27</sup> betrifft die Übernahme des US-Brauereikonzerns Anheuser-Busch durch den belgischen Brauereikonzern InBev. Das Handelsministerium hat die Übernahme unter Auflagen freigegeben.<sup>28</sup> Die Entscheidung ist auf beachtliche Kritik gestoßen. Dies betrifft nicht nur die praktisch nicht vorhandene Begründung, sondern auch den Inhalt der Entscheidung. Es wird vorgetragen, dass die auferlegten Auflagen nicht dazu geeignet seien, die durch den Zusammenschluss erzeugten Wettbewerbsbedenken auszuräumen, sondern nur auf zukünftiges Verhalten gerichtet seien und damit nicht von § 29 AMG gedeckt seien. Das Handelsministerium habe durch die Auflagen ohne Rechtfertigung im AMG seinen Kompetenzbereich auf an sich nicht anmeldepflichtige zukünftige Zusammenschlüsse erweitert.<sup>29</sup>

Ob die geäußerte inhaltliche Kritik zutrifft, lässt sich anhand der aus der Entscheidung verfügbaren Informationen wohl nicht abschließend beurteilen. Aus der Entscheidungsformulierung lässt sich jedenfalls nicht eindeutig entnehmen, dass das Handelsministerium keinerlei wettbewerbliche Bedenken hatte. Dass allein § 28 AMG zitiert wurde, ist dafür kein Beleg, denn § 28 AMG wird in der weiteren Entscheidungspraxis auch bei Auflagenfreigaben immer mit zitiert. Es mag sich hier schlicht um eine ungeschickte Zitation handeln. Vielmehr geht das Handelsministerium wörtlich davon aus, dass durch den Zusammenschluss „möglicherweise ungünstige Auswirkungen auf den zukünftigen Marktwettbewerb bei chinesischem Bier erzeugt werden“ und legt deswegen Verhaltensaufgaben auf. Auch das Argument, dass hier nur strukturelle Auflagen hätten auferlegt werden können, kann nicht überzeugen. Verhaltensaufgaben sind ein anerkanntes kartellrechtliches Instrumentarium und wettbewerbstheoretisch sind durchaus auch zukünftige Verhaltensweisen berücksichtigungsfähig. Die Kritik lässt sich wohl in erster Linie aus einem deutschrechtlichen Blickwinkel verstehen, da das deutsche Kartellrecht einen reinen Marktstrukturansatz verfolgt. Ein Marktverhaltensansatz hingegen kann durchaus zukünftiges Verhalten, wenn es durch den Zusammenschluss verursacht wird, berücksichtigen und auch entsprechend dagegen vorbeugende Auflagen begründen. Auch spätere Entscheidungen zeigen, dass das Handelsministerium – jedenfalls teilweise – einem Marktverhaltensansatz folgt (zum Beispiel Matsushita – Sanyo<sup>30</sup>). Die Frage, ob eine solche Verhaltensargumentation stichhaltig ist, lässt sich freilich anhand der Entscheidungsinformation nicht beantworten. Es ist auch richtig, dass jedenfalls die genannten Wettbewerbsbedenken weder sinnvoll die Auflagen begründen können noch als solche tragfähig sind.

Das Handelsministerium hat die Gelegenheit verpasst, mit seiner ersten öffentlichen Entscheidung erkennbar seinen wettbewerbspolitischen Standpunkt darzulegen und den Unternehmen zu zeigen, mit welchen Reaktionen sie rechnen müssen. Dies dürfte vorrangig daran gelegen haben, dass es erstens einen gefestigten Standpunkt noch nicht gibt und man sich vielmehr so lange wie möglich alle Optionen offen halten will, und dass zweitens sowohl Erfahrung als auch Arbeitskapazität fehlten, um eine elaboriertere erste, zu veröffentlichende Entscheidung zu erlassen.

<sup>27</sup> Es handelt sich gleichwohl nicht um die erste Fusionskontrollentscheidung des Handelsministeriums überhaupt. Es wurden vorher bereits sieben Freigabeentscheidungen erlassen, die aber – da sie nicht unter Auflagen standen – nicht veröffentlichungspflichtig sind. Vgl. *DAI Jianmin* (戴健民), Kritik und Analyse der Freigabe unter Auflagen durch das chinesische Handelsministeriums des Kaufs von Anheuser-Busch durch InBev (中国商务部附条件批准英博并购 AB 公司案之评析), *China M&A Law Report* (中国并购法报告) 2009, S. 119.

<sup>28</sup> Bekanntmachung 2008 Nr. 94, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft, S. 427 f.

<sup>29</sup> *MAO Xiaofei/Tobias Glas*, Das Antimonopolgesetz der Volksrepublik China in seinem ersten Jahr – Die jüngste Rechtspraxis in der Fusionskontrolle, *WuW* 2009, S. 1036, 1043 f.

<sup>30</sup> Vgl. dazu unten II.6.

## 2. Coca Cola – Huiyuan

Der Coca Cola – Huiyuan Fall ist in vielerlei Hinsicht ein Fall der Superlativen. Die Übernahme hätte mit einem Übernahmewert von ca. US \$ 2,4 Mrd. die größte ausländische Übernahme der chinesischen Geschichte werden sollen. Es war die in China wohl meistdiskutierte Fusion aller Zeiten, die auch international große Beachtung gefunden hat. Und es war die erste und bisher einzige Untersagungsentscheidung unter dem neuen AMG. Die Entscheidung<sup>31</sup> ist weltweit auf teils schärfste Kritik gestoßen. Darüber, was die eigentlichen Gründe für die Untersagung waren, kann außerhalb des Kreises der Insider bis heute nur spekuliert werden.<sup>32</sup> Der offiziellen Entscheidung lassen sich folgende Argumente entnehmen: Das Handelsministerium begründet die Untersagung im Wesentlichen mit der Möglichkeit der Übertragung der marktbeherrschenden Stellung Coca Colas auf dem Markt für kohlenensäurehaltige Softdrinks auf den Saftgetränkemarkt. Nachdem Verhandlungen über beschränkende Auflagen gescheitert waren, habe sich das Handelsministerium zu einer Untersagung gezwungen gesehen. Abgesehen von Zweifeln an der tatsächlichen Entscheidungsrelevanz von wettbewerblichen Kriterien gibt es durch mehrere unabhängige Quellen bestätigte Gerüchte, dass einerseits Coca Cola wegen des stark gefallen Aktienkurses von Huiyuan zuletzt kein Interesse mehr an einer Übernahme gehabt habe und andererseits die chinesische Regierung die Übernahme wegen des Widerstandes in der chinesischen Bevölkerung nicht habe genehmigen wollen und so die Untersagung mehr oder weniger im Einvernehmen aller Beteiligten stattgefunden habe, um die Probleme aller Beteiligten zu lösen (Coca Cola konnte sich ohne Verlust aus der Transaktion lösen und die chinesische Regierung konnte demonstrieren, dass sie auf die Befindlichkeiten des chinesischen Volkes hört und chinesische Marken vor dem Ausverkauf ins Ausland schützt).<sup>33</sup>

## 3. Mitsubishi-Rayon – Lucite

Die Fusion Mitsubishi-Rayon – Lucite spielte sich in der Chemie-Branche ab und betraf vor allem Märkte für verschiedene bei der Herstellung von

Flachbildfernsehern verwendete Materialien. Durch die Entscheidung des Handelsministeriums<sup>34</sup> wurde die Fusion unter Auflagen freigegeben. Es wurde ein Marktanteil des fusionierten Unternehmens von 64% und wegen vertikaler Effekte auf nachgelagerte Märkte (insbesondere Marktabschottung) eine negative Wirkung auf die Wettbewerbsstruktur festgestellt. Die Auflagen sahen die Abtrennung von 50% der Produktionskapazität von Lucite China für fünf Jahre sowie den Verzicht auf weitere Übernahmen und Fabrikneuerichtungen innerhalb der kommenden fünf Jahre vor. Die Entscheidung ist vergleichsweise ausführlich begründet und enthält erstmals Ausführungen zur Abgrenzung des relevanten Marktes. Sie ist im Vergleich zur kurz vorher gefallenen Coca Cola – Huiyuan Entscheidung gerade deswegen bemerkenswert, weil nach der Darstellung des Handelsministeriums hier die Wettbewerbsprobleme deutlich größer zu sein schienen als dort. Gleichwohl wurde diese Entscheidung nicht untersagt.<sup>35</sup>

## 4. General Motors – Delphi

Die Fusion General Motors – Delphi ist Teil der General Motors-Sanierung gewesen. Delphi ist einer der weltweit größten Automobilzulieferer. Mit der Entscheidung<sup>36</sup> wurde zum ersten Mal eine vertikale Fusion zweier Unternehmen auf nachgelagerten Märkten beurteilt. Die Fusion wurde unter Auflagen freigegeben. Die Entscheidung enthält eine vergleichsweise differenzierte Analyse der durch die vertikale Integration zu befürchtenden Wettbewerbsprobleme. Befürchtet wurde vor allem, dass General Motors von seiner neuen Tochtergesellschaft Delphi (die der einzige Zulieferer vieler chinesischen Automobilfabriken ist) aus diesem Zulieferverhältnis erlangte wettbewerbsrelevante Informationen von Konkurrenten erlangen könne. Als Problem sah man auch, dass Delphi den Wechsel von Zulieferern behindern könnte. Schließlich wurde befürchtet, dass andere Zulieferer im Vergleich zu Delphi bei der Belieferung von General Motors in Nachteil geraten würden. Bei den Auflagen handelt es sich um Verhaltensauflagen, die die genannten Bedenken ausräumen sollen.

<sup>31</sup> Bekanntmachung 2009 Nr. 22, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft, S. 403 ff.

<sup>32</sup> Vgl. Markus Masseli, Volksrepublik China – Entscheidungspraxis des Handelsministeriums: Fusionskontrolle im Spannungsfeld von Kartellrecht und Protektionismus, GRUR Int 2009, S. 633 f. m.w.N. und MAO Xiaofei/Tobias Glas, Das Antimonopolgesetz der Volksrepublik China in seinem ersten Jahr – Die jüngste Rechtspraxis in der Fusionskontrolle, WuW 2009, S. 1036, 1046 f.

<sup>33</sup> Weitere Einzelheiten bei Markus Masseli, Volksrepublik China – Entscheidungspraxis des Handelsministeriums: Fusionskontrolle im Spannungsfeld von Kartellrecht und Protektionismus, GRUR Int 2009, S. 633 f.

<sup>34</sup> Bekanntmachung 2009 Nr. 28, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft, S. 406 ff.

<sup>35</sup> Vgl. dazu näher Markus Masseli, Volksrepublik China – Entscheidungspraxis des Handelsministeriums: Fusionskontrolle im Spannungsfeld von Kartellrecht und Protektionismus, GRUR Int 2009, S. 633 f. und Mitsubishi/Lucite deal approved “with conditions”, China Law & Practice, Vol. 23, No. 4, S. 3.

<sup>36</sup> Bekanntmachung 2009 Nr. 76, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft, S. 410 ff.

## 5. Pfizer - Wyeth

Die Fusion Pfizer – Wyeth spielte sich auf dem Medizinprodukte-Markt ab. Sie wurde unter Auflagen freigegeben.<sup>37</sup> Die Entscheidung ist vor allem deshalb interessant, weil die Argumentation zum ersten Mal auf den sog. Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) gestützt wird. Der HHI ist eine Kennzahl zur Messung des Marktkonzentrationsgrades, die sich als Summe der quadrierten Marktanteile aller Wettbewerber auf einem Markt errechnet. Der maximale HHI von 10.000 bezeichnet ein vollkommenes Monopol. Je höher der HHI, desto konzentrierter der Markt. In der europäischen Fusionskontrolle wird der HHI für eine erste Grobeinschätzung der Wettbewerbsrelevanz von Fusionen herangezogen. Wenn der HHI nach der Fusion unterhalb von 1.000 bleibt, wird die Fusion als unbedenklich betrachtet. Das gleiche gilt in der Regel, wenn der HHI nach der Fusion zwischen 1.000 und 2.000 liegt und um weniger als 250 gestiegen ist, oder oberhalb von 2.000 liegt und um weniger als 150 gestiegen ist.<sup>38</sup> Im vorliegenden Fall hat das Handelsministerium eine Zunahme des HHI um 336 auf 2182 festgestellt, was auch nach europäischen Maßstäben als erster Anhalt für Wettbewerbsbedenken gilt. Es wurde auch hingewiesen auf den großen Abstand im Verhältnis zu den nächstgrößeren Wettbewerbern auf dem Markt. Ferner wurde mit hohen Markteintrittsschranken, die potentiellen Wettbewerb ausschließen, argumentiert, da auf dem Medizinproduktemarkt die Entwicklung eines neuen Produktes ungefähr 3 bis 10 Jahre dauere und Investitionen von US\$ 2,5 Mio. bis 10 Mio. erfordere. Die Entscheidung sieht strukturelle Auflagen vor.

## 6. Matsushita - Sanyo

In seiner bis dato umfangreichsten Entscheidung<sup>39</sup> hat das Handelsministerium die japanische Übernahme von Sanyo durch Panasonic (früher Matsushita) freigegeben. Die Fusion spielt auf dem Akku-Markt. In diesem Fall wurde auf Antrag des Anmeldenden erstmals die Prüfungsfrist nach § 26 Abs. 2 (1) AMG verlängert. Zum ersten Mal wurde auch der Weltmarkt als geographisch relevanter Markt identifiziert. Es werden ausführlich mögliche Verhaltensgesichtspunkte ausgeführt. Beispielsweise wird angeführt, dass die fusionierte Einheit wahrscheinlich keinem Wettbewerb ausgesetzt sein wird, weil aufgrund von Marktbesonder-

heiten Preiserhöhungen der fusionierten Einheit wahrscheinlich sogar für die Wettbewerber günstig sein könnten und diese daher keinen Anreiz hätten, Wettbewerbsdruck aufzubauen. Außerdem wird auf der Marktgegenseite zwischen der Marktmacht von großen und von kleinen Abnehmern unterschieden und geschlussfolgert, dass wegen der mangelnden Marktmacht der kleinen Nachfrager letztlich kein Gegengewicht auf der anderen Marktseite entstünde, auch wenn einzelne Großnachfrager eine erhebliche Nachfragemacht hätten. Die Entscheidung weist insgesamt das bisher höchste wirtschaftswissenschaftliche Argumentationsniveau auf. Gleichzeitig zeigt der Fall aber auch eindrucksvoll, mit welchen Gesamtverfahrenszeiträumen in China internationale Transaktionen hinausgezögert werden können. Allein die Zeitspanne von über drei Monaten bis zur formellen Verfahrensannahme ist mehr als bedenklich. Dies gilt umso mehr, als die Anmeldung nach Veröffentlichung der Leitansichten über die Anmeldeunterlagen<sup>40</sup> erfolgt ist. Insgesamt hat das Verfahren über neun Monate in Anspruch genommen und war eines der Kartellverfahren, die die Übernahme am längsten hinausgezögert haben.<sup>41</sup>

## 7. China Unicom – China Netcom

Ein bereits durch den ersten Blick auf die bisher veröffentlichten Entscheidungen genährter Verdacht wurde leider bestätigt und zeigt mehr als alle Kritikpunkte an der Detailargumentation des Handelsministeriums das eigentliche Problem der chinesischen Fusionskontrolle: Unter den bisher veröffentlichten Entscheidungen taucht keine einzige chinesische Fusion auf. Dass in fast eineinhalb Jahren keine chinesische Fusion Wettbewerbsbedenken ausgelöst haben soll, ist erstaunlich. Der Fall China Unicom – China Netcom hat gezeigt, dass dies unter anderem daran zu liegen scheint, dass chinesische Fusionen mangels jeglichen Wettbewerbsbewusstseins oftmals gar nicht erst angemeldet werden. In diesem Fall, der nach Auskunft des Handelsministeriums eindeutig anmeldepflichtig gewesen wäre, wurde im staatlichen Telekommunikationssektor eine gigantische Umstrukturierung vorgenommen, die die Fusion von China Unicom und China Netcom umfasste.<sup>42</sup> Augenschein-

<sup>40</sup> Leitansichten über die Dokumente und Unterlagen zur Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen (关于经营者集中申报文件资料的指导意见) vom 07.01.2009, chinesisch-deutsche Fassung in ZChinR 2009, S. 52 ff. (Übersetzung: Markus Masseli).

<sup>41</sup> Vgl. näher Anti-monopoly ministry tells Panasonic to divest overseas assets, China Law & Practice, 10 November 2009, <http://www.chinalawandpractice.com/Article/2334887/Anti-monopoly-ministry-tells-Panasonic-to-divest-overseas-assets.html> (eingesehen am 10.11.2009).

<sup>42</sup> Vgl. WANG Huaqiang (王华强), Handelsministerium: Unicom-Netcom-Fusion im Verdacht gegen das Antimonopolgesetz zu verstoßen (商务部: 联通网通合并涉嫌违反《反垄断法》), <http://tech.163.com/09/0501/10/587JON9U000915BE.html> (eingesehen am 04.05.2009).

<sup>37</sup> Bekanntmachung 2009 Nr. 77, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft, S. 415 ff.

<sup>38</sup> Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 05.02.2004, S. 5–18.

<sup>39</sup> Bekanntmachung 2009 Nr. 82, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft, S. 419 ff.

lich war das hinter beiden Staatsunternehmen stehende Ministerium – wie zur Zeiten der alten Monopolpyramide der frühen zentralen Staatsverwaltungswirtschaft<sup>43</sup> – davon ausgegangen, dass derartige „behördeninterne Umstrukturierungen“ das Handelsministerium als fachfremdes Ministerium nichts angingen.

## 8. Schlussfolgerungen

Das chinesische Handelsministerium hat es bisher versäumt, ein für China wichtiges und notwendiges Zeichen zu setzen: Eine der großen Neuerungen des AMG war es gewesen, dass nun nicht mehr nur ausländische Übernahmen chinesischer Unternehmen einer Fusionskontrolle unterfallen, sondern alle Zusammenschlüsse, die Auswirkungen auf den chinesischen Markt haben, insbesondere auch innerchinesische Zusammenschlüsse. Gerade in diesem innerchinesischen Bereich steht aber noch die gewaltige Aufgabe bevor, nach Jahrzehnten sozialistischer Zentralverwaltungswirtschaft ein Wettbewerbsbewusstsein zu entwickeln. Diese Aufgabe anzugehen hat das Handelsministerium mit seiner bisherigen Entscheidungspraxis versäumt. Dass trotz vermutlich unzähliger innerchinesischer Fusionen scheinbar allein ausländische Fusionen in den Augen des Handelsministeriums geeignet sind, Wettbewerbsbedenken auszulösen, sendet ein für China schädliches Signal: Nämlich dass die Fusionskontrolle chinesische Unternehmen, insbesondere Staatsunternehmen, nichts angeht. Und genau dies scheint auch die verbreitete Meinung der chinesischen Unternehmen zu sein. Das Handelsministerium kann scheinbar erfolgreich ignoriert werden. Dass es mittlerweile – wie gezeigt – eine entscheidende Autorität bei Transaktionen von Weltrang spielt und dort Großkonzernen empfindliche Auflagen abringt, ändert daran auch nichts. Der den chinesischen Verbrauchern entstehende Schaden wird auch nicht dadurch ausgeglichen, dass durch die faktische Nichtanwendung der Fusionskontrolle auf chinesische Fusionen – insbesondere von Staatsunternehmen – vermeintlich nationale Champions geschaffen werden, die international wettbewerbsfähig sein sollen. Man kann das am

hypothetischen Fall einer Fusion chinesischer Fluggesellschaften veranschaulichen, die einen international wettbewerbsfähigen nationalen Champion hervorbringen soll: Was nützt dem durchschnittlichen chinesischen Verbraucher, der hauptsächlich auf Inlandsstrecken unterwegs ist, dass die Fluggesellschaft auf internationalen Linien, die er kaum benutzt, wettbewerbsfähig ist, wenn auf den von ihm benutzten inländischen Linien völlig überhöhte Preise herrschen, weil die Fluggesellschaft mangels Wettbewerb (der durch die Fusion beseitigt wurde) schalten und walten kann wie ein Monopolist? Und was nützt China ein Kartellrecht, dessen Vorhandensein Grundvoraussetzung ist, um die Vorteile einer Marktwirtschaft genießen zu können, wenn es gerade in China nicht angewandt wird?

Bisher ist die neue Fusionskontrolle – für viele überraschend –, zwar ein gefürchteter Drache auf internationaler Ebene geworden. Zu Hause in China ist sie das geblieben, was allgemein erwartet worden war: ein Papiertiger. Es warten also noch herkulische Aufgaben auf das Handelsministerium, bis es auch zu Hause zum Drachen wird. Aber immerhin: Dies war wohl bisher keine Kartellbehörde auf Anhieb.

---

<sup>43</sup> Die Volkswirtschaft der Volksrepublik China war bis zu den Wirtschaftsreformen Ende der siebziger, Anfang der achtziger Jahre durch ein hoch konzentriertes Wirtschaftsverwaltungssystem gekennzeichnet, in der jede wirtschaftliche Entscheidung durch mehrere sog. „Stränge und Klumpen“ bis hin zu einer zentralen Verwaltungsbehörde lief. In dieser Wirtschaftsorganisation („Monopolpyramide“) gab es keine Unternehmen im eigentlichen Sinne, sondern nur Produktionseinheiten als Anhängsel der Staatsbehörden. Jede Produktionseinheit hatte nur die ihr zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. Über die Produktionsprogramme entschieden die Planungsbehörden. Gerade in den Wirtschaftsbereichen, die heute noch in staatlicher Hand sind, ist vieles von diesen alten Strukturen gerade im Denken der Verantwortlichen hängen geblieben. Vgl. dazu näher Markus Masseli (geb. Hippe), Zum Entwurf eines chinesischen Antimonopolgesetzes, ZChinR 2006, S. 347, 349.