

Die chinesische Fusionskontrolle im Lichte der ersten Nebenbestimmungen zum Antimonopolgesetz

Markus Masseli¹

„The lawyers are ready, but the law isn't.“ So hatte treffend die China Law & Practice getitelt.² Am 1. August 2008 war das „Antimonopolgesetz der Volksrepublik China“ (AMG)³ in Kraft getreten. Nicht so die Nebenbestimmungen, die es ergänzen sollten und von denen zwischenzeitlich über 40 angekündigt waren.⁴ So bestimmt etwa § 21 AMG: „Unternehmenszusammenschlüsse, die die vom Staatsrat bestimmten Anmeldekriterien erreichen, müssen von den Unternehmen zunächst beim Antimonopolvollzugsorgan des Staatsrates angemeldet werden; vor der Anmeldung darf der Zusammenschluss nicht vollzogen werden.“ Die Anmeldekriterien, die noch in § 17 AMG-E⁵ enthalten waren, wurden vom Rechtsausschuss des Nationalen Volkskongresses nach der ersten Lesung „in Anbetracht dessen, dass die verschiede-

nen Meinungen zu den Anmeldekriterien sehr unterschiedlich sind“ entfernt und die Regelung dem Staatsrat überantwortet.⁶ Ungefähr ein halbes Jahr vor Inkrafttreten des AMG hatte dieser zwar einen Diskussionsentwurf zu „Bestimmungen des Staatsrats über die Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen“⁷ veröffentlicht, der nicht nur die Anmeldekriterien, sondern auch zahlreiche weitere Bestimmungen zum Anmeldeverfahren enthielt. Dieser Entwurf wurde aber nie Gesetz. Am 1. August 2008 trat § 21 AMG in Kraft. Anmeldekriterien gab es nicht. Es gab nun eine Fusionskontrolle, aber niemand wusste, wen sie betraf. Was für die Zusammenschlussparteien aber eine sehr wichtige Frage war, denn immerhin durfte nach § 21 AMG ein Zusammenschluss, der angemeldet werden muss, vor der Anmeldung nicht vollzogen werden und konnte er, wenn er doch vollzogen wurde, entflochten und die Beteiligten mit einem Bußgeld von bis zu RMB 500.000 Yuan bedacht werden (§ 48 AMG). Auch das Anmeldeverfahren ist im AMG nur höchst rudimentär ausgestaltet. Die Unternehmen, die schon nicht wussten, ob sie einen Unternehmenszusammenschluss anmelden mussten, wussten also im Großen und Ganzen auch nicht, wie sie ihn anmelden sollten. Auch dies ist aber für die Zusammenschlussparteien, die ein großes Interesse an einem zügigen Vollzug des Zusammenschlusses haben, eine wichtige Frage, beginnen doch die Fusionskontrollprüfung und deren Fristen gem. § 25 AMG erst an dem Tag, an dem die vollständigen Anmeldeunterlagen eingereicht worden sind und kann das Antimonopolvollzugsorgan gem. § 24 AMG bis dahin zur Vervollständigung auffordern und darf der Zusammenschluss bis zur

¹ Dipl.-Kfm., LL.M.eur., Rechtsanwalt, Freshfields Bruckhaus Deringer Frankfurt am Main, markus.masseli@gmx.de. Der Autor promoviert bei Prof. Dr. Ulrich Manthe (Universität Passau) über das Fusionskontrollrecht der Volksrepublik China. Der Autor ist wie immer Herr Dr. Knut Benjamin Pißler vom Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Privatrecht in Hamburg für vielerlei Anregungen, Diskussionen und Hilfestellungen dankbar.

² China Law and Practice, Vol. 22 (2008), Nr. 6, S. 10 ff.

³ 《中华人民共和国反垄断法》，chinesisch-deutsche Fassung in ZChinR 2007, S. 307 ff. (Übersetzung Markus Masseli) und weitere deutsche Fassung mit Anmerkungen bei Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 30.08.07/1 (Übersetzung Frank Münzel). Von den mittlerweile zahlreichen deutschen Beiträgen zum AMG vgl. FANG Xiaomin, Die Kontrolle von Zusammenschlüssen im chinesischen Antimonopolgesetz, ZWeR 2008, S. 385 ff.; Moritz Lorenz, Das neue chinesische Kartellgesetz, WuW 2008, S. 814 ff.; ders., Änderungen der Rechtspraxis durch das neue chinesische Kartellgesetz, RIW 2007, S. 927 ff.; MAO Xiaofei/Tobias Glass, Das neue Antimonopolgesetz der Volksrepublik China, GRUR Int. 2008, S. 105 ff.; dies., Das chinesische Antimonopolgesetz im Lichte des deutschen Kartellrechts, ZWeR 2008, S. 88 ff.; Markus Masseli, Das Antimonopolgesetz der VR China, ZChinR 2007, S. 259 ff.; WANG Xiaoye, Erlass und Ausführung des chinesischen Kartellgesetzes, RIW 2008, S. 417 ff.

⁴ Vgl. Das Antimonopolgesetz tritt am 1. August in Kraft (反垄断法8月1日开始实施), <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/difang/bingtuan/200808/20080805704413.html> (eingesehen am 09.01.2009).

⁵ Antimonopolgesetz der Volksrepublik China (Entwurf) [《中华人民共和国反垄断法(草案)》], chinesisch-deutsche Fassung in ZChinR 2006, S. 426 ff. (Übersetzung Markus Hippe). Vgl. aus den zahlreichen deutschen Beiträgen Markus Hippe, Zum Entwurf eines chinesischen Antimonopolgesetzes, ZChinR 2006, S. 347 ff.; Moritz Lorenz, Die bevorstehende chinesische Kartellgesetzgebung, GRUR Int. 2006, S. 468 ff.; MAO Xiaofei, Die aktuelle kartellrechtliche Entwicklung in der Volksrepublik China, GRUR Int. 2007, S. 576 ff. und WANG Xiaoye, Einige Fragen und Probleme des neuesten Entwurfs des chinesischen Antimonopolgesetzes, ZChinR 2007, S. 164 ff.

⁶ Bericht des Rechtsausschusses des Nationalen Volkskongresses über die Änderungslage des „Antimonopolgesetz der Volksrepublik China (Entwurf)“ [全国人大法律委员会关于《中华人民共和国反垄断法(草案)》修改情况的汇报], chinesischer Text unter: http://www.npc.gov.cn/npc/zt/2007-06/24/content_1382614.htm (eingesehen am 11.11.2008), unter Ziff. 6.

⁷ 《国务院关于经营者集中申报的规定(征求意见稿)》，chinesischer Text einsehbar unter: http://www.gov.cn/zwhd/content_930449.htm (eingesehen am 31.03.2008).

auf die Prüfung folgenden Freigabe bzw. bis zum Fristablauf nicht vollzogen werden (§§ 25 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 AMG). SHI Jianzhong, Professor an der China University of Political Science and Law⁸ und Leiter des dortigen Forschungszentrums für Wettbewerbsrecht⁹ bemerkte dazu in seinem viel beachteten Fernsehinterview zum Inkrafttreten des AMG am 1. August 2008 auf CCTV, „man muss sagen, dass dies bedauerlich ist.“¹⁰ Jedenfalls Insider konnten sich zwar einigermaßen darauf einstellen, welche Anmeldekriterien später gelten würden, denn am 1. August 2008 tagte der Staatsrat und zeigte sich im Grundsatz mit einem geänderten Entwurf zu Bestimmungen über Anmeldekriterien von Unternehmenszusammenschlüssen einverstanden.¹¹ Dies änderte freilich nichts daran, dass rein juristisch gesehen zunächst Normenmangel herrschte. Das Handelsministerium hielt im Übrigen wohl für die Anmeldung bis auf weiteres die „Leitlinien zur Antimonopolanmeldung von Übernahmen inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ vom 8. März 2007¹² für anwendbar,¹³ die vom Antimonopoluntersuchungsbüro¹⁴ beim Handelsministerium zu den „Bestimmungen zur Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ (im Folgenden „Bestimmungen 2006“) vom 8. August 2006¹⁵ erlassen worden waren. Diese unbefriedigende Rechtslage wurde glücklicherweise aber bald jedenfalls insoweit beendet, als am 3. August 2008 die „Bestimmungen des Staatsrats über die Anmeldekriterien von Unternehmenszusammenschlüssen“¹⁶ (im Folgenden „Bestimmungen“) erlassen wurden und am

gleichen Tag in Kraft traten. Man wusste nun wenigstens, wer anmelden musste. An gleicher Stelle wurde dann auch erstmals gesetzlich bestätigt, dass das Handelsministerium (MOFCOM)¹⁷ für die Fusionskontrolle zuständig sein würde. Dies wurde dann am 22. August 2008 in den neuen „Bestimmungen über die Hauptamtspflichten, die Organisationsstruktur und den Personalstellenplan des Handelsministeriums“¹⁸ (im Folgenden „MOFCOM-Bestimmungen“) bestätigt, wo diese Aufgabe innerhalb des Handelsministeriums einem neu gegründeten Antimonopolbüro des Handelsministeriums¹⁹ (im Folgenden „Antimonopolbüro“) überantwortet wurde. Man wusste nun also auch, wo man anmelden musste. Anfang 2009, nachdem es schon diverse Fusionskontrollanmeldungen gegeben hatte, über die in großen Teilen schon entschieden worden war,²⁰ folgten dann endlich auch weitere konkretere Bestimmungen zur Anmeldung und Prüfung. Mittlerweile weiß man also auch, wie man anmelden muss und wie das weitere Verfahren verläuft. Von diversen weiteren Bestimmungen wurden Diskussionsentwürfe veröffentlicht. Dieser Beitrag erläutert dazu im Folgenden die wesentlichen Einzelheiten. Es darf vorweggenommen werden, dass das lange Warten mit einem sich entwickelnden Leitliniensystem belohnt wird, dass den internationalen Vergleich nicht zu scheuen braucht.

⁸ 中国政法大学.

⁹ 竞争法研究中心.

¹⁰ Nachrichten 1+1 (新闻 1+1): Kann man beim „Antimonopolgesetz“ die Klinge des gezogenen Schwertes nicht sehen? [《反垄断法》剑出未见锋?], http://news.cctv.com/china/20080801/110985_4.shtml (eingesehen am 09.01.2009).

¹¹ Der Ständige Ausschuss des Staatsrates berät unter Vorsitz von WEN Jiabao die Devisenkontrollbestimmungen und andere Entwürfe [温家宝主持国务院常务会议审议外汇管理条例等草案], http://www.gov.cn/ldhd/2008-08/01/content_1062156.htm (eingesehen am 31.01.2009).

¹² 《外国投资者并购境内企业反垄断申报指南》, chinesischer Text einsehbar unter: <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/bb/200704/20070404597464.html> (eingesehen am 21.07.2008).

¹³ Holger Hohmann/Georg Böttcher, Das neue chinesische Kartellrecht aus Unternehmerischer Perspektive, Vortrag am 05.11.2008 am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München.

¹⁴ 反垄断调查办公室. Dieses war unter den Bestimmungen 2006 für die Fusionskontrolle im Rahmen der Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren zuständig.

¹⁵ 《关于外国投资者并购境内企业的规定》, chinesischer Text einsehbar unter: http://www.legaldaily.com.cn/misc/2006-08/29/content_397421.htm (eingesehen am 16.08.2008). Vgl. aus den deutschen Beiträgen dazu: Moritz Lorenz, Praxis und Perspektiven der chinesischen Zusammenschlusskontrolle, WuW 2006, S. 1245 ff. und Stefanie Tetz, Die neuen Vorschriften für Unternehmenskäufe in China – Was ändert sich, was bleibt gleich?, ZChinR 2006, S. 392 ff.

¹⁶ 《国务院关于经营者集中申报标准的规定》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

¹⁷ 中华人民共和国商务部, Ministry of Commerce, <http://www.mofcom.gov.cn/>.

¹⁸ 《商务部主要职责内设机构和人员编制规定》, Quelle des chinesischen Textes: <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/ae/ai/200808/20080805739577.html> (eingesehen am 26.08.2008).

¹⁹ 商务部反垄断局, <http://fdj.mofcom.gov.cn/>.

²⁰ Nach Aussage eines Verantwortlichen des Antimonopolbüros des Handelsministeriums vom 18.11.2008 waren seit Inkrafttreten des Antimonopolgesetzes am 01.08.2008 bis zum 19.11.2008 über 10 Unternehmenszusammenschlussanmeldungen eingegangen, bei 13 davon wurde bereits ein Verfahren eingeleitet und über 8 wurde bereits entschieden. Da gemäß § 30 AMG nur solche Entscheidungen öffentlich bekannt gemacht werden müssen, die den Zusammenschluss untersagen oder beschränkende Auflagen auferlegen, und bislang nur eine Entscheidung veröffentlicht wurde – die beschränkende Auflagen auferlegt hatte (INBEV – ANHEUSER-BUSCH), folgt daraus, dass von den 8 Entscheidungen 7 Freigabeentscheidungen waren. Vgl. *Antimonopolbüro des Handelsministeriums* [商务部反垄断局], Interview mit einem Verantwortlichen des Antimonopolbüros des Handelsministeriums zu relevanten Fragen der Antimonopolprüfung bei Unternehmenszusammenschlüssen (商务部反垄断局负责人就经营者集中反垄断审查有关问题答记者问), <http://fdj.mofcom.gov.cn/aarticle/zcfb/200812/20081205935637.html> (eingesehen am 25.01.2009).

A. Rechtsgrundlagen

I. Übersicht über die neuen Nebenbestimmungen

1. Bereits geltende Nebenbestimmungen

Bereits in Geltung sind die Bestimmungen und die MOFCOM-Bestimmungen, die Verwaltungsnormen²¹ im Sinne der §§ 56 ff. Gesetzgebungsgesetz²² sind und damit im Rang hinter dem AMG stehen (§ 79 Abs. 2 Gesetzgebungsgesetz), außerdem die „Bekanntmachung des Obersten Volksgerichts über gewissenhaftes Lernen und Durchführung des ‚Antimonopolgesetzes der Volksrepublik China‘“ vom 28. Juli 2008²³ (im Folgenden „OVG-Bekanntmachung“), die „Leitansichten über die Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen“ vom 7. Januar 2009²⁴ (im Folgenden „LL-Anmeldung“), die „Leitansichten über die Dokumente und Materialien zur Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen“ vom 7. Januar 2009²⁵ (im Folgenden „LL-Unterlagen“) und die „Leitlinien für die Erledigung der Antimonopolprüfung von Unternehmenszusammenschlüssen“ vom 1. Januar 2009²⁶ (im Folgenden „LL-Prüfung“). Bis auf die OVG-Bekanntmachung dürfte es sich um „Regeln“²⁷ im Sinne der §§ 71 ff. Gesetzgebungsgesetz handeln, die im Rang hinter dem AMG, den Bestimmungen und den MOFCOM-Bestimmungen stehen (§ 79 Gesetzgebungsgesetz).

2. Veröffentlichte Entwürfe

Ferner hat das Handelsministerium zur Meinungseinholung die „Leitlinien zur Abgrenzung des relevanten Marktes (Entwurf)“²⁸ (im Folgenden „LL-Marktabgrenzung“), die „Vorläufige Methode für die Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen (Meinungseinholungsentwurf)“²⁹ (im Folgenden „VM-Anmeldung“), die „Vorläufige Methode für die Beweissammlung bei unter Mono-

polverdacht stehenden Unternehmenszusammenschlüssen, die die Anmeldekriterien nicht erreichen (Entwurf)³⁰ (im Folgenden „VM-Beweissammlung“), die „Vorläufige Methode für die Untersuchung und Behandlung von unter Monopolverdacht stehenden Unternehmenszusammenschlüssen, die die Anmeldekriterien nicht erreichen“³¹ (im Folgenden „VM-Nichterreichen“), die „Vorläufige Methode für die Untersuchung und Behandlung von Unternehmenszusammenschlüssen, die nicht gemäß dem Recht angemeldet wurden (Entwurf)“³² (im Folgenden „VM-Nichtanmeldung“), und die „Vorläufige Methode für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (Meinungseinholungsentwurf)“³³ (im Folgenden „VM-Prüfung“), veröffentlicht. Es handelt sich bei all diesen Normen ebenfalls um Regeln, die im Rang hinter dem AMG den Bestimmungen und den MOFCOM-Bestimmungen stehen. Die Entwürfe enthalten in weiten Teilen – oft bis auf den Wortlaut – mit den Leitansichten und Leitlinien übereinstimmende Inhalte, so dass denkbar ist, dass die Leitansichten und Leitlinien als provisorische Zwischenlösung gedacht sind, die durch die in der Entwurfsphase befindlichen Methoden abgelöst werden sollen. Diese Methoden wiederum werden explizit als vorläufig bezeichnet, so dass das Handelsministerium insgesamt das in der Entstehung befindliche Regelwerk nur als Testlauf zu verstehen scheint, aus dessen Erfahrungen heraus dann ein auf längere Dauer gedachtes System von Leitlinien entwickelt werden soll.

II. Verhältnis zu der Anmeldung nach den Bestimmungen 2006

In der Euphorie über das neue AMG oftmals unbeachtet, aber juristisch nichtsdestotrotz relevant ist die Frage nach dem Verhältnis des AMG zu den Bestimmungen 2006. Auch die Bestimmungen 2006 enthalten nämlich Regelungen einer Fusionskontrolle. Da sie nicht, wie vielleicht zu erwarten gewesen wäre, mit Inkrafttreten des AMG außer Kraft getreten sind, sondern weiter gelten, stellt sich die Frage, wie sich die Anmeldung und Fusionskontrolle nach dem neuen AMG zu der Anmeldung und Fusionskontrolle nach den Bestimmungen 2006 verhält. Relativ früh wurde die Meinung vertreten, die Bestimmungen 2006 seien für ausländische Übernahmen insgesamt *lex specialis*.³⁴ Diese

²¹ 行政法规.

²² Gesetzgebungsgesetz der VR China vom 15.03.2000 [《中华人民共和国立法法》], chinesische Fassung unter http://news.xinhuanet.com/legal/2003-01/21/content_699610.htm (eingesehen am 25.01.2009), deutsche Übersetzung mit Anmerkungen bei Frank Münzel [Hrsg.], Chinas Recht 15.3.00/2.

²³ 《最高人民法院关于认真学习和贯彻《中华人民共和国反垄断法》的通知》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

²⁴ 《关于经营者集中申报的指导意见》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

²⁵ 《关于经营者集中申报文件资料的指导意见》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

²⁶ 《经营者集中反垄断审查办事指南》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

²⁷ 规章.

²⁸ 《关于相关市场界定的指南(草案)》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

²⁹ 《经营者集中申报暂行办法(征求意见稿)》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

³⁰ 《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)》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

³¹ 《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)》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

³² 《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)》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

³³ 《经营者集中审查暂行办法(征求意见稿)》, chinesisch-deutsche Fassung in diesem Heft.

Auffassung erkennt dabei selbst, dass es juristisch gesehen fragwürdig erscheint, dass Verwaltungsrechtsnormen (hier die Bestimmungen 2006) ein Gesetz (hier das AMG) verdrängen sollen (dieses ist angesichts von § 79 Abs. 1 Gesetzgebungsgesetz, der den Vorrang von Gesetzen vor Verwaltungsrechtsnormen bestimmt, jedenfalls juristisch undenkbar). Auch vom Zweck des AMG her kann dieser Auffassung aber nicht gefolgt werden. Das AMG sollte ein einheitliches Fusionskontrollregime für inländische wie ausländische oder ausländisch-inländische Fusionen errichten.³⁵ Die Fusionskontrollregelungen in den Bestimmungen 2006 waren hingegen, genau wie die in deren Vorläufer (die „Vorläufigen Bestimmungen für den Erwerb inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ vom 03.07.2003³⁶ (im Folgenden „Bestimmungen 2003“)) wohl – jedenfalls hinsichtlich der Fusionskontrolle – nur als Provisorium gedacht bis das AMG in Kraft tritt. Dass die Bestimmungen 2006 gleichwohl nicht mit Inkrafttreten des AMG außer Kraft gesetzt wurden, lässt sich dadurch erklären, dass dort die Fusionskontrollvorschriften nur einen sehr kleinen Teil der Regelung ausmachen und ansonsten sehr viele nicht fusionskontrollrelevante Bereiche geregelt werden. Man hätte also die Bestimmungen 2006 nicht einfach außer Kraft setzen können, sondern diese vielmehr ändern müssen, was dem Gesetzgeber wohl angesichts der ohnehin großen Zahl von im Zusammenhang mit dem AMG neu zu erlassenden Regelungen und der gerade im kartellrechtlichen Bereich teilweise sehr konträren Auffassungen zu aufwendig und problematisch erschien. Richtig dürfte dagegen sein, dass grundsätzlich die Bestimmungen 2006 und das darin vorgesehene Anmelde- und Prüfungsverfahren weiter gelten (das folgt schon daraus, dass das Handelsministerium nach Inkrafttreten des AMG in Ziff. 5. (2) MOFCOM-Bestimmungen explizit als zuständige Behörde für diese Verfahren angegeben wurde und auf der Homepage der Abteilung für Abkommen und Verträge weiterhin die „Leitlinien zur Antimonopolanmeldung von Übernahmen inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ eingestellt sind), aber die im Widerspruch zum AMG stehenden Regelungen gem. § 79 Abs. 1 Gesetzgebungsgesetz automatisch außer Kraft getreten sind.³⁷ Auch die aufgrund des AMG

erlassenen Nebenbestimmungen ohne Gesetzesrang im Sinne der §§ 7 ff. Gesetzgebungsgesetz, wie etwa die Bestimmungen, dürften widersprechenden Regelungen der Bestimmungen 2006 vorgehen. Fragwürdiger erscheint dies wiederum bei den Leitansichten, Leitlinien und vorläufigen Methoden, da es sich dabei um Regeln handelt, die den Bestimmungen 2006, die Verwaltungsrechtsnormen sind, gem. § 79 Abs. 2 Gesetzgebungsgesetz eigentlich im Rang nachstehen. Jedenfalls soweit sie nur Bestimmungen des AMG ausfüllen (was bei einem weiten Verständnis dieses Begriffs durchgehend zutrifft), dürfte sich der Vorrang des AMG aber auch auf die Leitansichten, Leitlinien und Vorläufigen Methoden erstrecken.

B. Formelle Fusionskontrolle

I. Zuständigkeiten

a) Antimonopolbüro des Handelsministeriums

Wie schon angeklungen, ist erwartungsgemäß das Handelsministerium die zentrale Behörde der chinesischen Fusionskontrolle geworden, wobei es insoweit durch das neu gegründete Antimonopolbüro, das gemäß Ziff 3. (11) MOFCOM-Bestimmungen ein inneres Organ³⁸ des Handelsministeriums ist, handelt. Das Antimonopolbüro führt die Antimonopolprüfung bei Unternehmenszusammenschlüssen durch, leitet chinesische Unternehmen bei ausländischen Fusionskontrollverfahren an und vertritt die VR China in der internationalen Kartellrechtszusammenarbeit (Ziff. 2. (15), 3. (11) MOFCOM-Bestimmungen). Weitere Funktionen bestehen im Entwurf der relevanten Normen für Unternehmenszusammenschlüsse, der Beratung, Annahme der Anmeldung, Anhörung, Untersuchung und Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, der Annahme von Anzeigen über Unternehmenszusammenschlüsse und der Beaufsichtigung rechtswidriger Verhaltensweisen, der Untersuchung von Monopolverhalten im Außenhandel und dem Ergreifen der notwendigen Maßnahmen.³⁹ Das Antimonopolbüro des Handelsministeriums ist ferner das Arbeitsorgan der in § 9 AMG eingeführten Antimonopolkommission des Staatsrats (Ziff. 5 (1) MOFCOM-Bestimmungen).⁴⁰ Es ist auch in den Entwürfen für die vorläufigen Methoden jeweils als Vollzugsorgan angegeben,

³⁴ Daniel Sprick, Die Zusammenschlusskontrolle nach dem Recht der Volksrepublik China – Eine Analyse der jüngsten Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung von Zusammenschlüssen mit Auslandsbezug, ZChinR 2008, 122 ff.

³⁵ FANG Xiaomin, Die Kontrolle von Zusammenschlüssen im chinesischen Antimonopolgesetz, ZWeR 2008, S. 385, 386 ff.

³⁶ 《外国投资者并购境内企业暂行规定》, chinesisch-deutsche Fassung in ZChinR 2004, S. 48 ff. (Übersetzung JIAO Meihua und Mario Feuerstein). Vgl. dazu: Mario Feuerstein, Erwerb inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren in China, ZChinR 2004, S. 19 ff.

³⁷ So auch FANG Xiaomin, Die Kontrolle von Zusammenschlüssen im chinesischen Antimonopolgesetz, ZWeR 2008, S. 385 ff., 388.

³⁸ 内设机构.

³⁹ Wichtige Funktionen [重要职能], <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/gywm/200809/20080905756026.html> (eingesehen am 01.02.2009).

⁴⁰ Vgl. auch Wichtige Funktionen [重要职能], <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/gywm/200809/20080905756026.html> (eingesehen am 01.02.2009).

dem auch die Auslegung dieser Normen obliegt (vgl. etwa §§ 16, 17 VM-Nichterreichen).

b) Aufbau und Personal des Antimonopolbüros

Das Antimonopolbüro unterteilt sich intern weiter in sechs Stellen, nämlich die Stelle für Generelle Angelegenheiten,⁴¹ die Wettbewerbspolitikstelle,⁴² die Untersuchungsstellen Eins und Zwei,⁴³ die Rechtsvollzugsaufsichtsstelle⁴⁴ und die Wirtschaftsanalysestelle⁴⁵.⁴⁶ Der erste Leiter des Antimonopolbüros ist SHANG Ming,⁴⁷ der über zwanzig Jahre im Außenhandelsministerium gearbeitet hatte und zuletzt fünf Jahre Leiter der Abteilung für Abkommen und Verträge des Handelsministeriums war, die zunächst für die Durchführung der Bestimmungen 2003 und sodann der Bestimmungen 2006 zuständig war. SHANG hat eine juristische Ausbildung.⁴⁸ Stellvertretende Leiterin des Antimonopolbüros ist ZHAO Hong,⁴⁹ die nach einer juristischen Ausbildung an der Universität Peking zunächst im Außenhandelsministerium und dann im Handelsministerium (zuletzt als Assistentin des chinesischen Verhandlungsvertreters für den WTO-Beitritt) gearbeitet hatte.⁵⁰ Außerdem hat das Antimonopolbüro ca. 20 weitere Mitarbeiter.⁵¹ Das Antimonopolbüro hat bisher nur eine funktionierende chinesische Homepage,⁵² die laufend erweitert wird und insbesondere zur Meinungseinholung und zur Bekanntmachung der Fusionskontrollentscheidungen gem. § 30 AMG genutzt wird.

c) Weitere Zuständigkeiten des Handelsministeriums

Das Handelsministerium bleibt ferner für die Prüfung der Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren nach den Bestimmungen 2006 verantwortlich. Für die Staatssicherheitsprüfung gem. § 31 AMG wird eine innerministerielle Gemeinschaftssitzung für die

Sicherheitsprüfung bei der Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren gemeinsam vom Handelsministerium, der Staatlichen Entwicklungs- und Reformkommission⁵³ und den relevanten Ministerien eingerichtet und einberufen (Ziff. 5 (2) MOFCOM-Bestimmungen).

II. Anmeldepflicht

1. Unternehmenszusammenschluss

a) Begriff jingyingzhe-jizhong

Die Zusammenschlusskontrolle der §§ 20 ff. AMG betrifft nach dem Wortlaut des Gesetzes jingyingzhe-jizhong.⁵⁴ Über die richtige Übersetzung dieses chinesischen Wortes bestehen unterschiedliche Auffassungen. Ausgangspunkt des Streits ist, dass der chinesische Gesetzgeber nicht das eigentlich vorhandene chinesische Wort für Unternehmenszusammenschluss verwendet (nämlich qiye-hebing,⁵⁵ oder das vom taiwanesischen Gesetzgeber verwendete Wort shiye-jiehe⁵⁶), sondern ein neues Kunstwort dafür geschaffen hat, das wörtlich am ehesten durch den von der China Law and Practice oder der offiziellen englischen Übersetzung auf der Regierungsseite Invest in China⁵⁷ verwendeten englischen Begriff „concentration of business operators“ wiedergegeben werden kann. Der Grund für die Nichtverwendung des Begriffs qiye für Unternehmen ist zum einen, dass man einen funktionalen Unternehmensbegriff erreichen wollte, der nicht auf irgendwelche Rechtsformen oder nur auf die Privatwirtschaft beschränkt ist, und zum anderen dass in der VR China traditionell erst ab neun Mitarbeitern von Unternehmen gesprochen wird, so dass insoweit unter Umständen falsche Assoziationen mit dem Begriff verknüpft gewesen wären.⁵⁸ Weiterer Beweggrund war, dass vor dem Hintergrund des Rechts der Staatsunternehmen, das größtenteils an den Betreiber dieser Unternehmen und nicht deren Eigentümer anknüpft, weder das Unternehmen als solches noch sein Rechtsträger, sondern sein Betreiber Adressat sein sollte. Der Begriff jingyingzhe (business operator) gibt somit relativ genau den funktionalen Unternehmensbegriff wieder.⁵⁹ Auch der

⁴¹ 综合处.

⁴² 竞争政策处.

⁴³ 调查一处, 调查二处.

⁴⁴ 监察执法处.

⁴⁵ 经济分析处.

⁴⁶ Vgl. <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/gwym/200811/20081105868495.html> (eingesehen am 31.01.2009).

⁴⁷ 尚明.

⁴⁸ Vgl. Kurzer Lebenslauf von Büroleiter SHANG Ming (尚明局长简历), <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/gwym/200811/20081105883844.html> (eingesehen am 31.01.2009).

⁴⁹ 赵宏.

⁵⁰ Vgl. Kurzer Lebenslauf von stellvertretender Büroleiterin ZHAO Hong (赵宏副局长简历), <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/gwym/200811/20081105884211.html> (eingesehen am 31.01.2009).

⁵¹ Gemeinsames Photo der Mitarbeiter des Antimonopolbüros (反垄断局工作人员合影), <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/tpxw/200810/20081005843668.html> (eingesehen am 31.01.2009).

⁵² <http://fldj.mofcom.gov.cn>.

⁵³ 中华人民共和国国家发展和改革委员会, englisch: National Development and Reform Commission (NDRC), <http://www.ndrc.gov.cn/>.

⁵⁴ 经营者集中.

⁵⁵ 企业合并, vgl. etwa WANG Xiaoye [王晓晔], Wettbewerbsrecht [竞争法], Beijing 2007, S. 322 ff.

⁵⁶ 事业结合, vgl. die Homepage der taiwanesischen Fair Trade Commission, <http://www.ftc.gov.tw/>.

⁵⁷ http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Laws/law_en_info.jsp?docid=85714 (eingesehen am 07.02.2009).

⁵⁸ Vgl. Daniel Sprick, Die Zusammenschlusskontrolle nach dem Recht der Volksrepublik China - Eine Analyse der jüngsten Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung von Zusammenschlüssen mit Auslandsbezug, ZChinR 2008, 122, 127 f.

Begriff *jizhong* (concentration) wurde bewusst gewählt, weil man sich insoweit die europäische Fusionskontrolle zum Vorbild gemacht hat und die europäische Fusionskontrollverordnung auf Englisch von „concentrations between undertakings“ spricht.⁶⁰ Da somit aber feststeht, dass der chinesische Gesetzgeber mit dem Begriff *jingyingzhe-jizhong* genau das beschreiben wollte, was in Europa unter Unternehmenszusammenschluss (so ja auch die offizielle deutsche Übersetzung von „concentrations between undertakings“ in der deutschen Fassung der europäischen Fusionskontrollverordnung) verstanden wird, spricht nichts dagegen, dies als Übersetzung zu verwenden, zumal der alternativ vorgeschlagene Begriff „Konzentration von Gewerbetreibenden“⁶¹ falsche Assoziationen zum Gewerberecht weckt und ein in Anlehnung an die englische Übersetzung gewählter Begriff „Konzentration von Betreibern“ im Deutschen gänzlich unverständlich sein dürfte.

b) Kontrollerwerb

Viele bisher problematische Fragen des Zusammenschlussbegriffs befinden sich auf dem Weg zur Klärung. Das AMG (in § 20) und die Bestimmungen (in § 2) hatten den Begriff des Unternehmenszusammenschlusses bisher nur dahingehend definiert, dass darunter die Fusion und der Erwerb der Kontrolle oder eines bestimmenden Einflusses entweder durch Anteilsrechtserwerb, Vermögenserwerb oder auf vertraglichem Wege fallen. Unklar war insbesondere, wie der Kontrollerwerb und der Erwerb eines bestimmenden Einflusses abgegrenzt werden soll und ob die Gründung eines Joint-Ventures unter den Zusammenschlussbegriff fällt.⁶² Die VM-Anmeldung sieht nun in § 3 Abs. 1 vor, dass ein Kontrollrechtserwerb vorliegt, wenn mindestens 50% der Anteile mit Stimmrecht oder des Vermögens erworben werden oder 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 die Fähigkeit erlangt wird, beim anderen Unternehmen über die Bestellung von mindestens einem Vorstandsmitglied, von Schlüsselverwaltungspersonal, über den Finanzetat, den Vertrieb, die Preisfestsetzung, wichtige

Investitionen oder andere wichtige Verwaltungs- und Betriebsentscheidungen zu bestimmen.

c) Joint-Ventures

Ferner soll die Gründung eines Joint-Venture-Unternehmens explizit einen Zusammenschluss darstellen (§ 3 Abs. 2 VM-Anmeldung).⁶³

2. Anmeldekriterien

Wie schon erwähnt, sind nunmehr auch die Anmeldekriterien von den Bestimmungen geklärt. Danach müssen Unternehmenszusammenschlüsse angemeldet werden, wenn entweder der zusammengerechnete 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 zusammengerechnete Umsatz aller an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in China im letzten Geschäftsjahr RMB 2 Milliarden Yuan überstieg und darunter der Umsatz von mindestens zwei Unternehmen im letzten Geschäftsjahr in China RMB 400 Millionen Yuan überstieg (§ 3 Abs. 1 Bestimmungen). Bei der Berechnung des Umsatzes müssen die tatsächlichen Umstände des Bankenwesens, Versicherungswesens, Effektenhandelswesens, Termingeschäftswesens und anderer besonderer Branchen und Gebiete bedacht werden, wobei die genaue Methode vom Handelsministerium des Staatsrates gemeinsam mit den betreffenden Ministerien des Staatsrates bestimmt werden kann (§ 3 Abs. 2 Bestimmungen).

Die VM-Anmeldung definiert die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Anmeldekriterien näher.

a) Umsatzbegriff

Demnach umfasst der Umsatz die aus dem Vertrieb von Produkten und der Erbringung von Dienstleistung erzielten Einnahmen des relevanten Unternehmens innerhalb des letzten Geschäftsjahres, abzüglich aller Steuerzahlungen, jedoch ohne Abzug der Unternehmenseinkommensteuer und der anrechenbaren Mehrwertsteuer (§ 4 Abs. 1 VM-Anmeldung).

b) Räumliche Abgrenzung

„In China“ wird Umsatz erzielt, wenn der Standort des Abnehmers der vom Unternehmen

⁵⁹ Vgl. auch *Moritz Lorenz/LIU Xu*, Der Unternehmensbegriff des chinesischen Kartellrechts, RIW 2009, 33, 35

⁶⁰ Vgl. *MAO Xiaofei/Tobias Glass*, Das chinesische Antimonopolgesetz im Lichte des deutschen Kartellrechts, ZWeR 2008, 88, 93.

⁶¹ Vgl. *Daniel Sprick*, Die Zusammenschlusskontrolle nach dem Recht der Volksrepublik China – Eine Analyse der jüngsten Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung von Zusammenschlüssen mit Auslandsbezug, ZChinR 2008, 122, 127 f.

⁶² *Holger Hohmann/Georg Böttcher*, Das neue chinesische Kartellrecht aus Unternehmerischer Perspektive, Vortrag am 05.11.2008 am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München.

⁶³ Insoweit von der gegenwärtigen Entwicklung überholt *Moritz Lorenz/LIU Xu*, Der Unternehmensbegriff des chinesischen Kartellrechts, RIW 2009, 33, 42, die noch davon ausgegangen waren, die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens unterliege nicht der Fusionskontrolle nach dem AMG.

angebotenen Waren und Dienstleistungen in China liegt. Die Sonderverwaltungszone Hongkong und Macau sowie Taiwan zählen nicht zu China in diesem Sinne (§ 4 Abs. 2 VM-Anmeldung).

c) Umsatz eines einzelnen Unternehmens

Der Umsatz eines einzelnen Unternehmens umfasst auch den Umsatz der von ihm kontrollierten oder es kontrollierenden Unternehmen sowie aller weiteren von letzteren kontrollierten Unternehmen. Dabei wird der Umsatz zwischen diesen Unternehmen nicht berücksichtigt (§ 5 VM-Anmeldung).

d) Zusammengerechneter Umsatz aller Unternehmen

Für die Berechnung des zusammengerechneten Umsatz aller am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ist eine Besonderheit zu beachten, wenn die einzelnen am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ein anderes Unternehmen gemeinsam kontrollieren. In diesem Fall darf der zusammengerechnete Umsatz nicht den Umsatz umfassen, der zwischen dem gemeinsam kontrollierten Unternehmen und irgendeinem es gemeinsam kontrollierenden Unternehmen (oder einem mit einem solchen in einer Kontrollbeziehung stehenden Unternehmen) stattfindet. Der zusammengerechnete Umsatz muss aber den Umsatz zwischen dem gemeinsam kontrollierten Unternehmen und dritten Unternehmen umfassen. Dieser Umsatz muss auf die das Unternehmen gemeinsam kontrollierenden Unternehmen gleichmäßig aufgeteilt werden (§ 6 VM-Anmeldung).

e) Sukzessiver Zusammenschluss

Weitere Besonderheiten gelten bei sukzessiven Zusammenschlüssen. Zunächst gilt, dass wenn ein Unternehmenszusammenschluss nur den Erwerb eines Teiles eines oder mehrerer Unternehmen betrifft, in Bezug auf die Käuferseite der Umsatz nur anteilig berechnet wird. Wenn aber zwischen denselben Unternehmen innerhalb eines Jahres fortgesetzt mehrere solcher Teil-Unternehmenszusammenschlüsse verwirklicht werden, die jeweils als solche nicht die Anmeldekriterien erreichen, müssen diese als eine einzige Zusammenschlusstransaktion angesehen werden. Dabei ist die Zeit der letzten Zusammenschlusstransaktion maßgeblich. Der Umsatz dieses sukzessiven Zusammenschlusses wird aus den Teil-Transaktionen zusammen berechnet. Der relevante Jahreszeitraum umfasst die Zeitspanne vom Tag der Vollendung der ersten Zusammenschlusstransaktion bis zum Tag der Vertragsunterzeichnung für die letzte

Zusammenschlusstransaktion (§ 7 VM-Anmeldung).

3. Zur Anmeldung Verpflichteter

§ 10 Abs. 1 VM-Anmeldung bestimmt, wer zu Anmeldung verpflichtet ist. Bei einem durch Fusion verwirklichten Unternehmenszusammenschluss sind alle an der Fusion beteiligten Unternehmen zur Anmeldung verpflichtet; bei Unternehmenszusammenschlüssen anderer Form ist das Unternehmen, das das Kontrollrecht oder einen bestimmenden Einfluss erwirbt, zur Anmeldung verpflichtet und die übrigen Unternehmen zur Mitwirkung. Wenn der zur Anmeldung Verpflichtete den Zusammenschluss nicht anmeldet, können die anderen am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine Zusammenschlussanmeldung einreichen.

4. Zusammenschlüsse, die nicht die Anmeldekriterien erreichen

In bestimmten Fällen ist auch bei Unternehmen, die nicht die Anmeldekriterien erreichen, eine Prüfung vorgesehen. § 4 Bestimmungen sieht vor, dass wenn ein Unternehmenszusammenschluss die Anmeldekriterien nicht erreicht, aber die gesammelten Tatsachen und Beweise zeigen, dass der betreffende Unternehmenszusammenschluss eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hat oder haben könnte, eine Untersuchung durchgeführt werden muss. Die VM-Beweissammlung enthält zu dieser Beweissammlung, die VM-Nichterreichenden zu der darauffolgenden Untersuchung nähere Ausführungsbestimmungen.

a) Beweissammlung

Die VM-Beweissammlung regelt die Sammlung von Tatsachen und Beweisen. Danach kann das Antimonopolbüro aufgrund von aus rechtmäßigen Kanälen erlangten Informationen zum Beispiel aus Beschwerden, Medieninformationen oder Meinungen der entsprechenden Ministerien eine erste Analyse von nicht die Anmeldekriterien erreichenden Unternehmenszusammenschlüssen durchführen. Diese Analyse muss durchgeführt werden, wenn Beschwerden in Schriftform eingereicht werden und die relevanten Tatsachen und Beweise bereitstellen (§ 3 VM-Beweissammlung). Das Antimonopolbüro kann bei der ersten Analyse unter anderem die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und die Stärke der Resonanz in der öffentlichen Meinung in Betracht ziehen (§ 4 VM-Beweissammlung). Wenn nach der ersten Analyse hinreichender Grund für den Verdacht besteht, dass der Unternehmenszusammenschluss eine den

Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hat oder haben kann, muss das Antimonopolbüro ein Beweissammelungsverfahren einleiten (§ 5 VM-Beweissammlung). Es können dabei zum Beispiel Information aus öffentlichen Kanälen gesammelt werden, die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen befragt werden (§ 6 VM-Beweissammlung). Beweise sollen dabei unter anderem zu den Marktanteilen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, dem relevanten Markt, sowie zu Marktkonzentrationsgrad und Marktwettbewerbssituation gesammelt werden (§ 8 VM-Beweissammlung). Wenn es hinreichende Beweise für den Verdacht gibt, dass der Unternehmenszusammenschluss eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hat oder haben kann, muss das Antimonopolbüro ein Untersuchungsverfahren einleiten (§ 9 VM-Beweissammlung). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben ein Recht auf Gehör (§ 10 VM-Beweissammlung). Das Antimonopolbüro muss über Einleitung, Verlauf und Inhalt eines Beweissammelungsverfahrens grundsätzlich Geheimhaltung wahren (§ 12 Abs. 1 VM-Beweissammlung). Die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen bedarf der Zustimmung (§ 12 Abs. 2 VM-Beweissammlung). Alle Personen, die durch das Beweissammelungsverfahren Kenntnis von Einleitung, Verlauf und Inhalt des Beweissammelungsverfahrens und relevanten Geschäftsgeheimnissen erlangt haben, trifft ebenfalls eine Geheimhaltungspflicht (§ 12 Abs. 3 VM-Beweissammlung). Wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen an der Beweissammlung nicht mitwirken, kann das Antimonopolbüro gemäß den besten zu erlangenden Beweisen bestimmen, ob ein Untersuchungsverfahren einzuleiten ist (§ 13 VM-Beweissammlung).

b) Untersuchung

Die VM-Nichterreichen enthält Bestimmungen über die nachfolgende Untersuchung. Das Antimonopolbüro muss schriftlich die untersuchten Unternehmen von der Entscheidung, eine Untersuchung einzuleiten, benachrichtigen und die von den untersuchten Unternehmen einzureichenden Dokumente und Materialien mitteilen (§ 2 VM-Nichterreichen). Bei der Untersuchung hat das Antimonopolbüro die in § 39 AMG genannten Untersuchungsbefugnisse und kann nach Bedarf die Meinungen anderer Regierungsministerien, Branchenverbände, Unternehmen, Verbraucher und anderer Einheiten und Privatpersonen einholen (§ 3 VM-Nichterreichen). Die untersuchten Unternehmen, die in einer Nutzen und Schaden tragenden Beziehung zu ihnen stehenden Personen und andere relevante Einheiten und Privatpersonen müssen gemäß § 42 AMG bei der Untersu-

chung mitwirken (§ 4 VM-Nichterreichen). Die Fristen für die Untersuchung richten sich nach den Bestimmungen des AMG über die Fristen für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (§ 5 VM-Nichterreichen). Wenn der Unternehmenszusammenschluss noch nicht vollzogen ist, können die untersuchten Unternehmen beantragen mit dem Antimonopolbüro eine Beratung durchzuführen. Die untersuchten Unternehmen können sich schriftlich verpflichten, innerhalb einer vom Antimonopolbüro festgesetzten Frist den Zusammenschluss abzubrechen um die Untersuchung zu beenden (§ 6 VM-Nichterreichen). Wenn der Unternehmenszusammenschluss noch nicht vollzogen ist und die untersuchten Unternehmen, bevor das Antimonopolbüro eine Entscheidung erlassen hat, die Ausführung des Zusammenschlusses fortführen, müssen sie die Entscheidung des Antimonopolbüros und das damit für die Unternehmen entstehende Risiko auf sich nehmen (§ 7 VM-Nichterreichen).

c) Prüfung

Das Antimonopolbüro beurteilt nach den in § 27 AMG bestimmten Prüfungskriterien für die Zusammenschlussuntersagung, ob der Unternehmenszusammenschluss eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hat oder haben kann (§ 8 VM-Nichterreichen). Im Untersuchungsverfahren kann das Antimonopolbüro aus eigener Initiative oder auf Antrag der untersuchten Unternehmen oder in einer Nutzen und Schaden tragenden Beziehung zu ihnen stehender Personen eine Anhörung organisieren (§ 9 VM-Nichterreichen). Wenn die untersuchten Unternehmen sich verpflichten, innerhalb einer vom Antimonopolbüro festgesetzten Frist konkrete Maßnahmen zu ergreifen um die den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung zu beseitigen, kann das Antimonopolbüro gemäß § 45 AMG das Verfahren einstellen. Im Übrigen gelten die allgemeinen Regelungen für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (§ 10 VM-Nichterreichen).

d) Entscheidung

Nach der Untersuchung muss das Antimonopolbüro eine Entscheidung erlassen. Wenn der Unternehmenszusammenschluss noch nicht vollzogen ist und er eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hat oder haben kann, kann das Antimonopolbüro eine Untersagungsentscheidung oder Freigabeentscheidung unter Auflagen erlassen. Wenn der Unternehmenszusammenschluss bereits vollzogen ist und er eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hat oder haben kann, kann das Antimonopol-

polbüro gemäß § 48 AMG ein Bußgeld verhängen und die Entflechtung anordnen. Wenn der Unternehmenszusammenschluss keine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hat oder durch eine Selbstverpflichtung der untersuchten Unternehmen die den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung beseitigt ist, wird die Untersuchung eingestellt (§ 11 VM-Nichterreichen). Das Antimonopolbüro muss den untersuchten Unternehmen Gelegenheit geben, Meinungen vorzubringen und sich zu verteidigen (§ 12 VM-Nichterreichen). Es muss die Entscheidung den untersuchten Unternehmen schriftlich bekannt geben und eine Entscheidung, die den Unternehmenszusammenschluss untersagt oder dem Unternehmenszusammenschluss beschränkende Auflagen auferlegt, unverzüglich öffentlich bekannt machen (§ 13 VM-Nichterreichen). Ferner bestehen Sondervorschriften für die öffentliche Zustellung, die durch Einstellung des zuzustellenden Dokuments auf der Website des Handelsministeriums erfolgt und eine Zugangsfiktion nach zwei Wochen (bei Zustellung ins Ausland - inklusive Taiwan, Hongkong und Macau - nach sechs Wochen) nach sich zieht (§ 14 VM-Nichterreichen). Das Antimonopolbüro, die untersuchten Unternehmen und andere Einheiten und Privatpersonen müssen bezüglich der im Untersuchungsverfahren zur Kenntnis gelangten Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich⁶⁴ Geheimhaltung wahren (§ 15 VM-Nichterreichen).

e) Freiwillige Anmeldung

Die VM-Anmeldung sieht weiterhin vor, dass auch wenn ein Unternehmenszusammenschluss nicht die Anmeldekriterien erreicht, die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen freiwillig eine Unternehmenszusammenschlussanmeldung einreichen können (§ 8 Abs. 2 VM-Anmeldung). In dem Zeitraum der darauf folgenden Untersuchung können die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen selbst entscheiden, ob sie den Vollzug ihrer Zusammenschlusstransaktion vorübergehend aussetzen, sie tragen die entsprechenden Konsequenzen eines Vollzuges (§ 8 Abs. 3 VM-Anmeldung).

5. Nicht angemeldete Zusammenschlüsse, die die Anmeldekriterien erreichen

Die VM-Nichtanmeldung sieht vor, dass das Antimonopolbüro aufgrund von aus rechtmäßigen Kanälen erlangten Informationen zum Beispiel aus

Beschwerden, Medieninformationen oder Meinungen der entsprechenden Ministerien eine Untersuchung von Unternehmenszusammenschlüssen durchführen kann, die im Verdacht stehen, die Anmeldekriterien zu erreichen, aber nicht angemeldet wurden. Es muss dies tun, wenn Beschwerden in Schriftform eingereicht werden und die relevanten Tatsachen und Beweise bereitstellen (§ 3 VM-Nichtanmeldung). Es hat dabei die Untersuchungsbefugnisse gemäß § 39 AMG (§ 4 VM-Nichtanmeldung). Wenn der Unternehmenszusammenschluss die Anmeldekriterien erreicht aber nicht angemeldet wurde und noch nicht vollzogen ist, kann das Antimonopolbüro die untersuchten Unternehmen auffordern, unverzüglich eine Anmeldung durchzuführen und eine Prüfung durchführen, ob der Unternehmenszusammenschluss eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hat oder haben kann. Bei bereits vollzogenen Zusammenschlüssen kann das Antimonopolbüro auf der Grundlage der Durchführung einer Untersuchung, ob der Unternehmenszusammenschluss eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hat oder haben kann, gemäß § 48 AMG ein Bußgeld verhängen und die Entscheidung öffentlich bekanntmachen (§ 5 VM-Nichtanmeldung). Die untersuchten Unternehmen und weitere Beteiligte haben ein Recht auf Gehör (§ 8 VM-Nichtanmeldung). Es bestehen wiederum Geheimhaltungspflichten für das Antimonopolbüro (§ 11 VM-Nichtanmeldung). Ferner bestehen die oben B. II. 4. d) genannten Sondervorschriften für die öffentliche Zustellung (§ 9 VM-Nichtanmeldung).

III. Anmeldeverfahren

1. Vorbesprechung

Vor der förmlichen Anmeldung können die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bezüglich der relevanten Probleme der Zusammenschlussanmeldung beim Antimonopolbüro eine Vorbesprechung beantragen. Der Besprechungsantrag muss in schriftlicher Form eingereicht werden (§ 9 VM-Anmeldung). Er muss Informationen wie den Anmeldenden, den Antragsgegenstand, eine Transaktionsübersicht, die zu besprechenden Probleme und die Kontaktperson enthalten und die Unternehmen müssen beim Antimonopolbüro die betreffenden notwendigen Dokumente und Materialien der Zusammenschlusstransaktion, die besprochen werden soll, bereitstellen (§ 1 LA-Anmeldung).

⁶⁴ Eine Ausnahme gilt gem. § 15 VM-Nichterreichen, wenn gemäß den Bestimmungen der Gesetze und Verwaltungsrechtsnormen die Geschäftsgeheimnisse offenbart werden müssen oder im Vorhinein die Zustimmung des Rechtsinhabers des Geschäftsgeheimnisses erlangt wurde.

2. Anmeldeunterlagen

a) Inhalt

Die Anmeldeunterlagen werden detailliert in den LA-Unterlagen geregelt. Als Anhang dazu stellt das Antimonopolbüro auch ein Musteranmeldedformular bereit, das der Anmeldende als Grundlage für seine Anmeldung verwenden kann.

aa) Anmeldeschrift

Zur Anmeldung gehört zunächst die Anmeldeschrift. Die Anmeldeschrift muss unter anderem die Bezeichnung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, ihren Sitz, ihren Geschäftsbereich und die Anmeldekriterien, die der Zusammenschluss erfüllt, enthalten. Der Inhalt der Anmeldeschrift muss einfach und klar sein und vom Anmeldenden oder dessen Bevollmächtigten unterschrieben werden. Der Anmeldeschrift muss ein Auszug beigefügt werden, der keine Geschäfts- oder Staatsgeheimnisse enthält (§ 1 LA-Unterlagen).

bb) Informationen über die Zusammenschlussparteien

Es müssen die Details der Zusammenschlussparteien dargestellt werden, unter anderem Unternehmensnamen, Registrierungsort, Geschäftsbereich, Unternehmensform, Kontaktperson, Umsatz und Ausweis- und Registrierungsdokumente müssen eingereicht werden und, wenn die Anmeldung durch einen Bevollmächtigten vorgenommen wird, die Bevollmächtigungsurkunde (§ 2 LA-Unterlagen). Ferner muss eine Namensliste und kurze Beschreibung von Unternehmen und natürlichen Personen, die mit den Zusammenschlussparteien verbunden sind oder in Beziehung stehen, bereitgestellt werden. Dazu können Organigramme verwendet werden. Die Gesellschaften, die im relevanten Geschäftsbereich des angemeldeten Zusammenschlusses tätig sind, müssen detaillierter vorgestellt werden (§ 3 LA-Unterlagen).

cc) Informationen über die Zusammenschlusstransaktion

Erforderlich ist weiter eine Übersicht über die Zusammenschlusstransaktion, die unter anderem die Hintergründe und die Art des Zusammenschlusses (zum Beispiel Vermögenskauf, Anteilsrechtskauf, Fusion, Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens), geplantes Abschlussdatum und die Struktur nach Abschluss des Zusammenschlusses enthalten muss (§ 4 LA-Unterlagen).

dd) Informationen über den Einfluss auf den relevanten Markt

Der Einfluss des Zusammenschlusses auf die Wettbewerbssituation des relevanten Marktes muss erläutert werden. Dies umfasst unter anderem die Abgrenzung des relevanten Marktes, seine Größenordnung, wesentliche Marktwettbewerber und ihre Marktanteile, den Marktkonzentrationsgrad, den Einfluss des Zusammenschlusses auf die Marktstruktur, wesentliche Up- und Downstream-Unternehmen, Angebotsstruktur und Nachfragestruktur (§ 5 LA-Unterlagen). Ferner muss eine Markteintrittsanalyse gemacht werden (§ 6 LA-Unterlagen). Horizontale oder vertikale Kooperationsvereinbarungen der Unternehmen auf dem relevanten Markt müssen erläutert werden (§ 7 LA-Unterlagen). Der Einfluss des Zusammenschlusses auf Marktstruktur, die Branchenentwicklung, die Wettbewerber, die Up- und Downstream-Unternehmen, die Verbraucher, den technischen Fortschritt, die wirtschaftliche Entwicklung und das öffentliche Interesse muss erläutert werden (§ 8 LA-Unterlagen). Vom Zusammenschluss vielleicht erzeugte Effizienzen und entsprechende stützende Dokumente müssen aufgezeigt werden und es muss analysiert werden, wie und wann Effizienzen verwirklicht werden, der Grad der Beteiligung der Verbraucher und ob es bei Nichtdurchführung des Zusammenschlusses unmöglich ist, diese Effizienzen zu verwirklichen (§ 9 LA-Unterlagen). Weiter müssen Größenordnung und Wettbewerbskraft der Zusammenschlussparteien auf anderen Märkten dargestellt werden (§ 10 LA-Unterlagen).

ee) Zusammenschlussdokumente

Die Zusammenschlussvereinbarung einschließlich aller Transaktionsdokumente, Nachtragsdokumente und Anlagen (§ 11 LA-Unterlagen), die geprüften Finanzberichte aller Zusammenschlussparteien des letzten Geschäftsjahres (§ 12 LA-Unterlagen), etwaige Analysen und Berichte (wie zum Beispiel Machbarkeitsstudien, Due Diligence-Berichte, Branchenentwicklungsberichte, und Prognoseberichte für die zukünftige Entwicklung nach der Transaktion) (§ 13 LA-Unterlagen). Es muss der eventuelle Einfluss auf die Unternehmen und den relevanten Markt erläutert werden, wenn der Zusammenschluss verboten wird (§ 14 LA-Unterlagen).

ff) Weitere Meinungen

Informationen über Branchenverbände sind erforderlich. Es können auch Informationen über Sachverständige aus der relevanten Branche eingereicht werden (§ 15 LA-Unterlagen), ferner die Meinungen zum Beispiel von Gebietsregierungen und

verantwortlichen Ministerien und eine Prognose der gesellschaftlichen Reaktion auf den Zusammenschluss (§ 16 LA-Unterlagen). Anmeldungen des betreffenden Zusammenschlusses in anderen Jurisdiktionen sind anzugeben (§ 17 LA-Unterlagen). Wenn der Zusammenschluss insolvente Unternehmen, die Staatssicherheit, Industriepolitik, staatseigenes Vermögen, die Zuständigkeit anderer Ministerien und bekannte Marken berührt, muss diesbezüglich eine besondere Erklärung abgegeben werden (§ 18 LA-Unterlagen).

gg) Richtigkeitsversicherung

Von allen Zusammenschlussparteien und etwaigen Bevollmächtigten muss eine unterschriebene Erklärung über die Richtigkeit der Anmeldeunterlagen abgegeben werden (§ 19 LA-Unterlagen).

b) Form und Sprache

Die Unternehmen müssen gleichzeitig mit den in Papierform eingereichten Anmeldeunterlagen inhaltsgleiche elektronische Dateien auf CD einreichen, die vernünftig angeordnet sein müssen. Unterlagen in Abschrift, Kopie oder als Fax müssen eine Bestätigung des Originals enthalten. Der Anmeldende muss gleichzeitig die für die Veröffentlichung bestimmte und die vertrauliche Version der Anmeldeunterlagen und -materialien einreichen. Er muss in den Anmeldeunterlagen die Geschäftsgeheimnisse und andere der Geheimhaltung bedürftige Informationen markieren (§ 13 VM-Anmeldung).

Der Anmeldende muss in Chinesisch verfasste Dokumente und Materialien einreichen. Wenn die Originaldokumente und -unterlagen in fremder Sprache geschrieben sind, müssen chinesische Übersetzungen eingereicht werden und die ausländischen Originalunterlagen beigelegt werden (§ 13 VM-Anmeldung). Bezüglich der Zusammenschlussvereinbarung und den Jahresabschlüssen genügt eine chinesische Zusammenfassung der wesentlichen Teile (§§ 11 S. 2, 12 S. 2 LA-Unterlagen).

3. Bevollmächtigte

Der Anmeldende kann selbst anmelden oder dafür einen anderen bevollmächtigen (§ 10 Abs. 2 VM-Anmeldung). Ein ausländischer Anmeldender muss einen Vertreter oder einen Zustellungsempfänger mit Sitz im Inland bevollmächtigen (§ 2 Abs. 3 S. 2 LA-Unterlagen).

4. Verfahren

Die LL-Prüfung enthält Details für das Anmeldeverfahren. Der Anmeldende muss die Anmeldeunterlagen über das Servicecenter für Verwaltungsangelegenheiten an das Antimonopolbüro senden. Das Antimonopolbüro prüft in einer ersten Prüfung ob die Anmeldeunterlagen den Anforderungen entsprechen und stellt in diesem Fall ein „Registrierungsformular für Informationen der Antimonopolanmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen“ aus. Wenn die Unterlagen nicht den Anforderungen entsprechen, gibt sie das Antimonopolbüro zurück oder fordert den Anmeldenden zur Ergänzung auf (Ziff. 1 LL-Prüfung). Wenn die Unterlagen nicht vollständig sind, müssen sie innerhalb einer vom Antimonopolbüro bestimmten Frist ergänzt werden. Wenn der Anmeldende nicht innerhalb der Frist ergänzt wird er behandelt, als wenn er nicht angemeldet hätte (Ziff. 2 LL-Prüfung).

IV. Prüfungsverfahren

Die VM-Prüfung enthält Details zum Prüfungsverfahren.

1. Rücknahme der Anmeldung

Wenn nach Verfahrenseröffnung beim Antimonopolbüro und vor Erlass einer Entscheidung der Anmeldende die Rücknahme der Anmeldung verlangt, muss er einen schriftlichen und begründeten Antrag einreichen. Außer wenn der Anmeldende die Zusammenschlusstransaktion aufgibt, bedarf die Rücknahme der Zustimmung des Antimonopolbüros. Wenn die Anmeldung eines Unternehmenszusammenschlusses zurückgenommen wird, endet das Prüfungsverfahren. Die Zustimmung des Antimonopolbüros zur Rücknahme gilt nicht als Genehmigung des Zusammenschlusses (§ 3 VM-Prüfung).

2. Allgemeine Grundsätze

Im Prüfungsverfahren ermuntert das Antimonopolbüro den Anmeldenden, so früh wie möglich unaufgefordert Unterlagen einzureichen, die hilfreich für die Durchführung der Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses und den Erlass einer Entscheidung sind (§ 4 VM-Prüfung). Im Prüfungsverfahren muss das Antimonopolbüro dem Anmeldenden Gelegenheit geben, Meinungen vorzubringen und sich zu verteidigen (§ 5 VM-Prüfung). Das Antimonopolbüro kann nach Bedarf die Meinungen anderer Ministerien, Branchenverbände, Unternehmen, Verbraucher und anderer Einheiten und Privatpersonen einholen (§ 6 VM-Prüfung).

3. Anhörungskommission

Das Antimonopolbüro kann im Prüfungsverfahren eine Anhörungskommission einberufen um Beweise zu ermitteln und die Meinungen aller relevanten Seiten anzuhören. Es kann dafür Vertreter der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber, Up- und Downstream-Unternehmen und anderer relevanter Unternehmen und relevante Experten, Vertreter von Branchenverbänden, Vertreter von relevanten Ministerien und Verbrauchervertreter zur Teilnahme einladen. Die Anhörungskommission wird nicht öffentlich durchgeführt (§ 7 VM-Prüfung). Wenn ein Teilnehmer an der Anhörungskommission in Erwägung von Geschäftsgeheimnissen und anderen geheim zu haltenden Faktoren wünscht, einzeln auszusagen, kann eine Einzelanhörung organisiert werden; wenn eine Einzelanhörung organisiert wird, unterliegt der Inhalt der Anhörung grundsätzlich der Geheimhaltung (§ 8 VM-Prüfung).

4. Vorprüfung

Wenn in der Phase der ersten Prüfung das Antimonopolbüro entscheidet, kein Hauptprüfungsverfahren durchzuführen, muss es den Anmeldenden schriftlich benachrichtigen; wenn es meint, dass die Durchführung eines Hauptprüfungsverfahrens notwendig ist, muss es die Entscheidung erlassen, ein Hauptprüfungsverfahren durchzuführen und den Anmeldenden davon schriftlich benachrichtigen. Wenn das Antimonopolbüro die Entscheidung erlässt, eine Hauptprüfung nicht durchzuführen, oder nicht fristgemäß eine Entscheidung erlässt, können die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss vollziehen (§ 9 VM-Prüfung).

5. Hauptprüfung

Wenn in der Phase der Hauptprüfung das Antimonopolbüro meint, dass der Unternehmenszusammenschluss eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hat oder haben kann, kann es in schriftlicher Form die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen von seiner ablehnenden Meinung in Kenntnis setzen und ihnen eine angemessene Frist setzen um schriftlich Einwendungen zu erheben. Die Einwendungen müssen die relevanten Tatsachen und Gründe enthalten und die relevanten Beweise bereitstellen. Wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nicht innerhalb der Frist Einwendungen erheben, werden sie behandelt, als wenn sie keine abweichende Ansicht zu der ablehnenden Meinung des Antimonopolbüros hätten (§ 10 VM-Prüfung).

6. Beschränkende Auflagen

Im Prüfungsverfahren können die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und das Antimonopolbüro gleichermaßen zur Beseitigung der den Wettbewerb ausschließenden oder beschränkenden Wirkung, die der Unternehmenszusammenschluss hat oder haben kann, beschränkende Auflagen vorschlagen, die zu einer Anpassung des Zusammenschlusstransaktionsplanes führen. Wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen beschränkende Auflagen vorschlagen, müssen sie gleichzeitig klar aufzeigen, welche Informationen sie für geheimhaltungsbedürftig halten, den Grund erläutern und eine nicht geheimhaltungsbedürftige Version bereitstellen. Gemäß den konkreten Umständen der Unternehmenszusammenschlusstransaktion können beschränkende Auflagen insbesondere strukturelle Auflagen wie die Abtrennung eines Teils des Vermögens oder Geschäftsbetriebs der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, Verhaltensaufgaben, wie die Öffnung ihrer Netzwerke oder Plattformen oder sonstiger essential facilities oder die Lizenzierung von Schlüsseltechnologien durch die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, oder aus strukturellen Auflagen und Verhaltensaufgaben verbundene kombinierte Auflagen sein (§ 11 VM-Prüfung). Die von den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen beschränkenden Auflagen müssen die den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung, die der Unternehmenszusammenschluss hat oder haben kann, beseitigen können und realistischerweise durchführbar sein. Die nichtgeheimhaltungsbedürftige Version der beschränkenden Auflagen muss klar und deutlich sein und Dritten eine hinreichende Beurteilung ihrer Wirksamkeit und Durchführbarkeit ermöglichen (§ 12 VM-Prüfung). Im Prüfungsverfahren können die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sowohl die von ihnen vorgeschlagenen beschränkenden Auflagen ändern als auch neue beschränkende Auflagen vorschlagen. Wenn die beschränkenden Auflagen am Ende die den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung, die der Unternehmenszusammenschluss hat oder haben kann, nicht beseitigen können, kann das Antimonopolbüro den Unternehmenszusammenschluss untersagen (§ 13 VM-Prüfung). Das Antimonopolbüro richtet ein System zur Überwachung der Durchführung von unter Auflagen genehmigten Zusammenschlüssen ein und führt bezüglich der Handlungen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zur Erfüllung der beschränkenden Auflagen eine Überwachung und Kontrolle durch; die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen müssen regelmäßig dem Antimonopolbüro über die Durchfüh-

rungssituation der beschränkenden Auflagen berichten. Wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nicht die aus den beschränkenden Auflagen erwachsenden Pflichten erfüllen, kann das Antimonopolbüro Ihnen eine Pflicht zur Korrektur auferlegen und gemäß den Bestimmungen des AMG vorgehen (§ 15 VM-Prüfung).

7. Geheimhaltungspflicht

Die Beteiligten haben eine Geheimhaltungspflicht bezüglich der während der Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses zur Kenntnis gelangten Geschäftsgeheimnisse und anderer der Geheimhaltung bedürftigen Informationen (§ 16 VM-Prüfung).

V. Entscheidung

Die VM-Prüfung enthält auch Details zur Entscheidung.

1. Arten und Frist

In der Phase der Hauptprüfung kann das Antimonopolbüro eine Untersagungsentscheidung oder eine Freigabeentscheidung erlassen. Das Antimonopolbüro kann entscheiden, einer Freigabeentscheidung beschränkende Auflagen beizufügen, die den dem Wettbewerb nachteiligen Einfluss des Zusammenschlusses mindern. Das Antimonopolbüro muss innerhalb der in § 26 AMG bestimmten Frist eine Entscheidung der Hauptprüfung erlassen und den Anmeldenden schriftlich benachrichtigen. Es muss Untersagungsentscheidungen oder die dem Unternehmenszusammenschluss beschränkende Auflagen auferlegenden Entscheidungen unverzüglich öffentlich bekannt machen. Bevor das Antimonopolbüro eine Entscheidung der Hauptprüfung erlässt, dürfen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss nicht vollziehen. Wenn das Antimonopolbüro eine Freigabeentscheidung erlässt oder nicht fristgemäß eine Entscheidung erlässt, dürfen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss vollziehen (§ 14 VM-Prüfung).

2. Öffentliche Bekanntmachung

Gem. § 30 AMG müssen Untersagungsentscheidungen und Auflagen auferlegende Freigabeentscheidungen öffentlich bekanntgemacht werden. Dies ist zum ersten Mal im Falle der Fusion INBEV-Anheuser-Busch geschehen, der vom Handelsministerium unter Auflagen freigegeben wurde.⁶⁵ Die

Entscheidung fällt dabei im internationalen Rahmen nicht aus der Reihe, auch das US-amerikanische Justizministerium hatte die Übernahme nur unter Auflagen freigegeben.⁶⁶ Die Entscheidung ist hier vor allem deswegen interessant, weil sie einen Eindruck dessen vermittelt, was das Antimonopolbüro unter der Entscheidungsveröffentlichung nach § 30 AMG versteht. Es werden nämlich weder Tatbestand noch Gründe genannt (wenn man von einer extrem kurzen Zusammenfassung des Verfahrensablaufs und der Erklärung, dass die Auflagen „im Hinblick auf das gewaltige Ausmaß der Fusion, den relativ großen Marktanteil nach der Fusion, die offensichtliche Verstärkung der Wettbewerbskraft und um den möglicherweise ungünstigen Einfluss auf den zukünftigen Wettbewerb auf den chinesischen Biermarkt zu verringern“ gemacht wurden (Ziff. III der Entscheidung)). Für das Antimonopolbüro hat die Nichtveröffentlichung von Gründen den Vorteil, dass es z.B. nicht kundtun muss, dass eigentlich keine wettbewerbspolitischen, sondern überwiegend industriepolitische Gründe für die Entscheidung maßgeblich waren. Eine solche Vorgehensweise wird auf Dauer der Entstehung eines verlässlichen Fusionskontrollrechts entgegenstehen. Gerade im Bereich der Fusionskontrolle ist nämlich eine gewisse Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit wichtig, die nicht zu erreichen sein wird, wenn man die Ansichten der Fusionskontrollbehörde nicht kennt oder allenfalls erraten kann. Auch Leitlinien und abstrakte Ansichten – wie sie jetzt zum Teil veröffentlicht werden – können konkrete Fallentscheidungsgründungen nicht ersetzen. Eine vorbereitende Rechtsberatung für Fusionen wird so vielfach im Bereich der Spekulation bleiben und den chinesischen Fusionskontrollentscheidungen wird immer der fade Beigeschmack von potentiellen Willkürakten anhaften.

VI. Rechtsschutz

Im Vergleich zum Staatsrat und dessen Ministerien erstaunlich früh – nämlich noch vor Inkrafttreten des AMG – hat sich das Oberste Volksgericht in der OVG-Bekanntmachung zu Fragen des Rechtsschutzes nach dem AMG geäußert und die chinesischen Gerichte auf eine gewissenhafte Vorbereitung auf Kartellgerichtsverfahren und eine ordentliche Durchführung der Verfahren eingeschworen. Zuständig sind die Kammern für geistige Eigentumsrechte (Ziff. 2 OVG-Bestimmungen).

⁶⁵ Öffentliche Bekanntmachung des Handelsministeriums der Volksrepublik China Nr. 95 aus 2008 (中华人民共和国商务部公告[2008]第95号) vom 18.11.2008, <http://fdj.mofcom.gov.cn/aarticle/ztzx/200811/20081105899216.html> (eingesehen am 08.02.2009).

⁶⁶ Anheuser-Busch: US-Kartellbehörde genehmigt Übernahme durch InBev unter Auflagen, http://www.finanzen.net/nachricht/Anheuser_Busch_US_Kartellbehoerde_genehmigt_Uebernahme_durch_InBev_unter_Auflagen_811064 (eingesehen am 08.02.2009).

C. Materielle Fusionskontrolle

1. Relevanter Markt

Der relevante Markt ist eines der zentralen Konzepte des Kartellrechts und hat insbesondere für die Fusionskontrolle eine eminent wichtige Bedeutung, da die Beurteilung nahezu aller relevanten Effekte einer Fusion davon abhängt, in Bezug auf einen wie großen Markt man sie betrachtet. Das AMG enthält zum relevanten Markt lediglich die inhaltslose Bestimmung des § 12 Abs. 2, die lediglich auf die Selbstverständlichkeit hinweist, dass der sachliche, räumliche und zeitliche Markt abzugrenzen ist. Wie diese Abgrenzung genau vorzunehmen ist, regelt nun LL-Marktabgrenzung genauer.

a) Arten

aa) Sachlicher Markt

Der sachlich relevante Markt ist der aus einer Gruppe oder Art von Waren, die anhand von Faktoren wie Eigenschaften, Verwendungszweck und Preis der Ware gegenseitig substituiert werden können, zusammengesetzte Markt und umfasst im Wesentlichen alle Waren, die aus Sicht der Nachfrager in einem engen Substitutionsverhältnis stehen (§ 3 Abs. 2 LL-Marktabgrenzung).

bb) Räumlicher Markt

Der relevante räumliche Markt ist das geographische Gebiet, in dem die Waren, die ein enges Substitutionsverhältnis haben, zueinander im Wettbewerb stehen (§ 3 Abs. 3 LL-Marktabgrenzung).

cc) Zeitlicher Markt, geistige Eigentumsrechte

Wenn der Produktionszyklus, die Nutzungsdauer, die Saisonabhängigkeit, die Modeabhängigkeit oder die Schutzdauer geistiger Eigentumsrechte ein nicht zu ignorierendes Merkmal der Waren bilden, muss bei der Abgrenzung des relevanten Marktes auch der zeitlich relevante Markt abgegrenzt werden (§ 3 Abs. 4 LL-Marktabgrenzung).

b) Abgrenzung

aa) Substituierbarkeitsanalyse

Für die Abgrenzung wird hauptsächlich die Nachfragesubstitution in Betracht gezogen. Wenn die Angebotssubstitution für Unternehmensverhalten eine der Nachfragesubstitution vergleichbare Wettbewerbschranke erzeugt, kann auch gleichzeitig die Angebotssubstitution in Betracht gezogen werden (§ 4 LL-Marktabgrenzung). Die Marktabgrenzung durch Substituierbarkeitsanalyse ist

international üblich und beruht im wesentlichen auf dem Gedanken, dass Waren dann in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen, wenn sie von der Marktgegenseite als austauschbar (substituierbar) betrachtet werden. Ist diese Substituierbarkeit vorhanden, setzt sie dem Anbieter diese Waren für sein Wettbewerbsverhalten (insbesondere seine Preissetzung) eine sehr wirksame Schranke, denn wenn der Anbieter etwa seine Preise erhöht, kann der Nachfrager auf substituierbare Waren anderer Anbieter ausweichen. Der Raum, in dem solche Wettbewerbsbeziehungen bestehen, ist demnach der relevante Markt. Bestehen solche Wettbewerbsbeziehungen hingegen nicht, handelt es sich aus Sicht der Marktteilnehmer um eine andere Ware, die auch auf einem anderen Markt gehandelt wird (vgl. auch in Ansätzen die Einleitung in § 4 LL-Marktabgrenzung).

bb) Nachfragesubstitution

Die Nachfragesubstitution ist vom Blickpunkt der Nachfrager betrachtet die Bestimmung des Substitutionsgrades zwischen ungleichen Waren anhand von Faktoren wie Nachfrage der Verbraucher nach Funktion oder Verwendungszweck der Waren, Qualitätsbilligung, Akzeptanz des Preises und Schwierigkeit der Verfügbarkeit. Grundsätzlich ist die Wettbewerbsbeziehung umso stärker, und entsprechend die Zugehörigkeit zum selben relevanten Markt umso wahrscheinlicher, je höher vom Blickpunkt der Nachfrager aus betrachtet der Substitutionsgrad zwischen den Waren ist (§ 5 LL-Marktabgrenzung).

cc) Angebotssubstitution

Die Angebotssubstitution ist vom Blickpunkt der Unternehmer betrachtet die Wahrscheinlichkeit, dass in einer Situation, in der ohne dass es eines besonders großen Einsatzes zur Umgestaltung oder Anpassung der Produktionsanlagen oder der Übernahme eines besonders großen Risikos bedürfte, innerhalb kurzer Zeit die Produktion umgestellt und andere Waren mit enger Substitution, die Marktwettbewerbskraft haben, bereitgestellt werden können. Grundsätzlich ist der Angebotssubstitutionsgrad umso höher und entsprechend die Zugehörigkeit zum selben relevanten Markt umso wahrscheinlicher, je kleiner der Einsatz für die Umgestaltung und Anpassung der Produktionsanlagen ist, je kleiner das zusätzlich zu übernehmende Risiko ist, je schneller umgestellt und Waren mit enger Substitution bereitgestellt werden können und je stärker die Wettbewerbskraft dieser Waren auf dem Markt ist (§ 6 LL-Marktabgrenzung).

dd) Analyseschritte

Zunächst wird aufgrund von Tatsachen wie den Merkmalen, dem Verwendungszweck und dem Preis der Waren eine Analyse der Nachfrage- substitution durchgeführt und wenn notwendig außerdem eine Analyse der Angebotssubstitution. Wenn der relevante Markt danach nicht hinreichend klar oder umstritten ist, kann anhand des Analysegedankenganges des „hypothetischen Monopolisten-Tests“ der relevante Markt abgegrenzt werden. Jede angewandte Methode zur Abgrenzung des relevanten Marktes muss aber stets die Wesensmerkmale der Waren erfassen, und darf nicht von den grundlegenden Eigenschaften der Waren abweichen (§ 7 LL-Marktabgrenzung).

ee) Faktoren für die Abgrenzung des sachlichen Marktes

Um vom Nachfrageblickpunkt aus den relevanten Warenmarkt abzugrenzen sind unter anderem sämtliche Merkmale und der Verwendungszweck der Waren, Nachfragepräferenzen, Markentreue und Kosten für den Umstieg auf Substitute, vom Angebotsblickpunkt aus sind unter anderem Produktionsablauf und -technologie, Schwierigkeitsgrad der Produktionsumstellung, benötigte Zeit zur Produktionsumstellung, zusätzliche Kosten und Risiken der Produktionsumstellung, Marktwettbewerbskraft der angebotenen Waren nach der Produktionsumstellung und Vertriebskanäle zu berücksichtigen (§ 8 LL-Marktabgrenzung).

ff) Faktoren für die Abgrenzung des räumlichen Marktes

Um vom Nachfrageblickpunkt aus den relevanten räumlichen Markt abzugrenzen, sind unter anderem Transportkosten, das tatsächliche Gebiet, in dem die Mehrheit der Nachfrager die Waren auswählt, Handelsbarrieren zwischen den Gebieten, Bevorzugung bestimmter Gebiete durch die Nachfrager und die Menge von Waren, die ausgeführt und eingeführt werden, zu berücksichtigen. Wenn vom Angebotsblickpunkt aus der relevante räumliche Markt abgegrenzt wird, muss die Zeitdauer für die Bereitstellung von Waren in andere Gebiete in Betracht gezogen werden und ob zum Beispiel Änderungskosten für die Änderung der Bestellung auf ein Unternehmen in einem anderen Gebiet entstehen (§ 9 LL-Marktabgrenzung).

gg) Hypothetischer Monopolisten-Test

Mittels des hypothetischen Monopolisten-Tests wird der relevante Markt als der kleinste Waren- und Gebietsbereich bestimmt, für den ein hypothetischer Monopolist den Preis über dem Wettbewerbspreisniveau halten kann. Dabei wird zuerst

der sachlich relevante Markt abgegrenzt. Zunächst wird, in der Überlegung ausgehend von den Zielwaren, die die in der Antimonopoluntersuchung betrachteten Unternehmen bereitstellen, unterstellt, das Unternehmen in dem betreffenden Gebiet sei ein Monopolist mit dem Betriebsziel der Gewinnmaximierung, und dann wird die Frage untersucht, ob der hypothetische Monopolist unter der Voraussetzung, dass die Vertriebsbedingungen der anderen Waren unverändert bleiben, dauerhaft (mindestens 1 Jahr) in einem kleinen Ausmaß (zum Beispiel 5%-10%) den Warenpreis erhöhen kann. Der Preisanstieg der Zielwaren kann dazu führen, dass Nachfrager darauf ausweichen, andere in einer engen Substitutionsbeziehung stehende Waren zu kaufen, und so zu bewirken, dass die Absatzmenge des hypothetischen Monopolisten sich verringert. Wenn nach der Warenpreiserhöhung die Verringerung der Absatzmenge des hypothetischen Monopolisten nicht ausreicht, um dessen Gewinn zu verhindern, dann ist der hypothetische Monopolist der einzige Produzent dieser Waren und der relevante Markt sind die Zielwaren im Zielgebiet. Wenn die Preiserhöhung eine starke Substitution anderer Waren gegen die Zielwaren auslöst und die Preissteigerungshandlung des hypothetischen Monopolisten unrentabel werden lässt, dann müssen die engen Substitutionswaren zum relevanten Markt hinzugefügt werden. Darauf folgend wird mit der erweiterten Warensammlung als Ausgangspunkt gemäß einem dem vorangehenden entsprechenden Gedankengang nach einer Preissteigerung für die betreffende Warensammlung untersucht, ob sie für den hypothetischen Monopolisten rentabel ist. Wenn die Antwort positiv ausfällt, dann bildet die neue Warensammlung den relevanten Warenmarkt; andernfalls muss der vorangehende Analyseprozess fortgesetzt werden. Weil die Warensammlung immer größer wird, wird die Substituierbarkeit der Waren innerhalb der Sammlung mit den Waren außerhalb der Sammlung immer kleiner und kann daher schließlich ein gewisser Warenmarkt erscheinen und innerhalb dieses Warenmarktes kann der hypothetische Monopolist durch Preiserhöhungen Gewinn realisieren; damit wird die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erreicht. Nach der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes wird der relevante räumliche Markt abgegrenzt. Ähnlich wie bei der Abgrenzung des relevanten Warenmarktes, geht die Abgrenzung des relevanten räumlichen Marktes zunächst vom in der Antimonopoluntersuchung betrachteten Zielgebietsmarkt aus, und es wird untersucht, ob unter der Voraussetzung unveränderter Vertriebsbedingungen in den anderen Gebieten für einen hypothetischen Monopolisten die Durchführung einer Preisänderung kleinen

Ausmaßes bei den relevanten Waren des betreffenden Gebietsmarktes rentabel ist, wenn die Antwort positiv ist, ist damit der relevante räumliche Markt erlangt; wenn eine starke Substitution durch andere Gebietsmärkte die Preissteigerung unrentabel werden lässt, muss der Gebietsmarktbereich vergrößert werden, bis die Preissteigerung schließlich rentabel ist; dann ist der relevante räumliche Markt abgegrenzt (§ 10 LL-Marktabgrenzung). Der so beschriebene hypothetische Monopolisten-Test (auch SSNIP⁶⁷-Test genannt) entspricht internationalen Standards und basiert auf der Nachfrage-Elastizität und Kreuzpreiselastizität.⁶⁸

hh) Praxisprobleme des hypothetischen Monopolisten-Tests

Im Grundsatz muss bei der Anwendung des hypothetischen Monopolisten-Tests zur Abgrenzung des relevanten Marktes der gewählte Bezugspreis der Wettbewerbspreis sein. In vielen Fällen wird der Bezugspreis nahe beim gegenwärtigen Preis liegen. Aber wenn der gegenwärtige Preis offenkundig vom Wettbewerbspreis abweicht, zum Beispiel aufgrund einer überlegenen Marktstellung, oder weil der gegenwärtige Preis das Ergebnis stillschweigender Absprachen ist, kann bei Wahl des gegenwärtigen Preises als Bezugspreis der relevante Markt unkorrekt abgegrenzt werden. Unter solchen Umständen muss bezüglich des Preises eine Analyse durchgeführt werden und der Preis, der am ehesten Wettbewerbscharakter hat, verwendet werden. Außerdem kann gemäß der vom Fall betroffenen Branchen und ähnlicher ungleicher Umstände das Ausmaß der Preissteigerung kleinen Ausmaßes analysiert und bestimmt werden. Bei der Preiserhöhung kleinen Ausmaßes durch ein Unternehmen muss nicht die Substitutionsreaktion aller Nachfrager (oder Gebiete) gleich sein. Bei ungleichen Substitutionsreaktionen kann für ungleiche Nachfragergruppen (oder Gebiete) ein Test mit ungleichen Ausmaßen durchgeführt werden. In diesem Fall muss bei der Abgrenzung des relevanten Marktes auch die Situation der Nachfragergruppen und bestimmten Gebiete in Betracht gezogen werden (§ 11 LL-Marktabgrenzung).

2. Effizienzeinwand

Umstritten ist weiterhin, ob das AMG einen sog. Effizienzeinwand (efficiency defense) kennt und auf welche Norm dieser gegebenenfalls zu stützen wäre.

a) Wirtschaftswissenschaftliches Konzept des Effizienzeinwandes

Das Konzept des Effizienzeinwandes stammt aus einer Gesamtbetrachtungsweise aller wirtschaftlichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses. Ein Zusammenschluss bewirkt im Allgemeinen zunächst eine Marktmachtsteigerung der Zusammenschlussunternehmen und führt dadurch zu Preissteigerungen und damit zu Nachteilen für die Verbraucher (Senkung der Konsumentenrente). Gleichzeitig werden durch die Fusion aber oft Effizienzvorteile bei den Zusammenschlussunternehmen erreicht (Kosteneinsparungen durch Rationalisierungseffekte, Economies of Scale, technologische Synergien etc.) was zu einer Steigerung der Produzentenrente führt. Zum einen kann die Steigerung der Produzentenrente stärker sein als die Senkung der Konsumentenrente und so per Saldo zu einer Steigerung des gesamtwirtschaftlichen Nutzens, der als Summe von Konsumenten- und Produzentenrente definiert ist, führen (sog. Williamson Trade-Off; Effizienzvorteil im weiteren Sinne). Zum anderen kann es sein, dass die durch Fusion ausgelösten Effizienzvorteile, gefördert durch bestimmte Wettbewerbsstrukturen auf dem relevanten Markt, so stark sind, dass sie zu einer gegenläufigen Preissenkung führen, die die Preissteigerung durch die Marktmachtsteigerung mindestens ausgleicht oder sogar übertrifft. In diesem Fall wird letztlich nicht nur die Produzentenrente (und damit per Saldo unter Umständen der gesamtwirtschaftliche Nutzen), sondern auch die Konsumentenrente auf dem Markt gesteigert (Effizienzvorteil im engeren Sinne).⁶⁹

b) Befürwortende Auffassung

Der Autor hat bereits früh die Auffassung vertreten, dass die Möglichkeit der Berücksichtigung eines Effizienzeinwandes sich aus dem Wortlaut von § 28 S. 2 AMG ergibt, wonach der Unternehmenszusammenschluss nicht untersagt werden muss, „wenn die Unternehmen beweisen können, dass der den Wettbewerb fördernde Einfluss des Unternehmenszusammenschlusses erkennbar gewichtiger ist als der dem Wettbewerb nachteilige Einfluss oder der Unternehmenszusammenschluss dem gesellschaftlichen öffentlichen Interesse entspricht.“ Der Effizienzvorteil im engeren Sinne kann dabei unter die erste Alternative subsumiert werden, dass der den Wettbewerb fördernde Einfluss des Unternehmenszusammenschlusses erkenn-

⁶⁷ Small but Significant Non-transitory Increase in Price.

⁶⁸ Vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, § 16 Rn. 6 ff.

⁶⁹ Vgl. zu den genauen ökonomischen Hintergründen Lars-Hendrik Röller/Johan Stennek/Frank Verboven, Efficiency gains from mergers, Europäische Kommission GD Wettbewerb, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/efficiency_gains.pdf (eingesehen am 06.02.2009).

bar gewichtiger ist als der dem Wettbewerb nachteilige Einfluss. Der Effizienzvorteil im weiteren Sinne ließe sich jedenfalls unter die zweite Alternative (gesellschaftliches öffentliches Interesse) subsumieren, wenn man darunter auch den gesamtwirtschaftlichen Nutzen als Summe von Konsumenten- und Produzentenrente versteht.⁷⁰

c) Ablehnende Auffassung

Dem wurde entgegengehalten, die zwei Freistellungsalternativen würden keinen Effizienzeinwand begründen, sondern würden vielmehr inhaltlich der Abwägungsklausel in § 36 Abs. 1 GWB bzw. der Ministererlaubnisbegründung in § 42 Abs. 1 GWB entsprechen. Ein Effizienzeinwand könne gleichwohl unter Umständen auf die Prüfungskriterien „Einfluss auf den technischen Fortschritt, auf die Konsumenten und auf die volkswirtschaftliche Entwicklung“ (vgl. § 27 Nr. 3, 4, 5 AMG) gestützt werden.⁷¹

d) Argumente aus den neuen Leitlinien

Die neuen LA-Unterlagen sehen in § 9 ausdrücklich vor, dass bei der Anmeldung vom Zusammenschluss vielleicht erzeugte Effizienzen angegeben werden müssen, wobei analysiert werden muss, wie die Effizienzen verwirklicht werden, die Zeit der Verwirklichung, die Quantifizierungsmethode, der Grad der Beteiligung der Verbraucher und ob es bei Nichtdurchführung des Zusammenschlusses unmöglich ist, diese Effizienzen zu verwirklichen. Das Vorhandensein dieser Bestimmung, die exponierte Stellung in einem gesonderten Paragraphen und die explizite Nennung des Begriffs Effizienzen dürften eindeutig dafür sprechen, dass das Handelsministerium einen Effizienzeinwand anerkennen wird, da nicht zu erklären wäre, wieso das Handelsministerium Informationen über zu erwartende Effizienzen benötigt, wenn diese keinen Einfluss auf die materielle Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses hätten. Dass dabei auch der Grad der Beteiligung der Verbraucher anzugeben ist, spricht allerdings dafür, dass nur Effizienzvorteile im engeren Sinne Berücksichtigung finden können, da für Effizienzvorteile im weiteren Sinne gerade keine Verbraucherbeteiligung erforderlich ist (s.o.). Es spricht außerdem vieles dafür, dass dieser Effizienzeinwand nicht in den Prüfungskriterien des § 27 Nr. 3, 4, 5 AMG zu verorten ist, denn diese werden in den LA-Unterlagen an anderer Stelle (nämlich in

§ 8) behandelt. Damit bleibt Grundlage für den Effizienzeinwand nur § 28 Satz 1 oder Satz 2 AMG. Man könnte insoweit einerseits annehmen, dass bei einem erfolgreichen Effizienzeinwand bereits keine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung im Sinne von § 28 S. 1 AMG vorliegt. Dies wäre jedenfalls insoweit denkbar, als § 28 S. 1 AMG dem Wortlaut nach – anders als § 36 Abs. 1 GWB – keinen strukturellen Ansatz, sondern einen Wirkungsansatz normiert. Während Effizienzen die marktstrukturellen Auswirkungen eines Zusammenschlusses zwar nicht kompensieren können (und deswegen im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB keine Berücksichtigung finden können), können sie sehr wohl die Wirkung des Zusammenschlusses auf die Preise ausgleichen (s.o.). Nimmt man dies an, würde das Antimonopolbüro die Beweislast dafür tragen, dass keine ausreichenden Effizienzvorteile entstehen. Andererseits könnte man annehmen, dass bei einem erfolgreichen Effizienzeinwand im Sinne des § 28 S. 2 Alt. 1 AMG der den Wettbewerb fördernde Einfluss erkennbar gewichtiger ist als der dem Wettbewerb nachteilige Einfluss. Der Wortlaut der Vorschrift würde dies jedenfalls decken (s.o.). Dass für die Vorschrift § 36 Abs. 1 GWB Pate stand und dieser im deutschen Recht so interpretiert wird, dass er einen Effizienzeinwand nicht deckt, hindert jedenfalls das chinesische Antimonopolbüro und die chinesischen Gerichte nicht, die Vorschrift anders auszulegen. Dies muss umso mehr gelten, als das chinesische AMG mit seinem potentiell wirkungsbasierten Ansatz einen gänzlich anderen Rahmen bietet als das deutsche GWB mit seinem Marktstrukturansatz. Geht man davon aus, dass der Effizienzeinwand in § 28 S. 2 Alt. 1 AMG verankert ist, würden die Unternehmen die Beweislast tragen. Da die in den LA-Unterlagen genannten Angaben sämtlich Pflichtangaben sind und die Effizienzen sogar in dem Musteranmeldeformular unter einem gesonderten Punkt anzugeben sind, spricht einiges dafür, dass Effizienzen nicht unter § 28 S. 2 AMG (mit Beweislast für die Unternehmen), sondern unter § 28 S. 1 AMG fallen, da sonst die Angabepflicht kaum zu erklären wäre. Dies wäre auch wettbewerbspolitisch sinnvoll, da ein Zusammenschluss mit Effizienzvorteilen im engeren Sinne (jedenfalls der Wirkung nach) nicht wettbewerbschädlich ist (s.o.).

e) Folgerungen

Aus all dem muss folgen, dass ein Effizienzeinwand jedenfalls hinsichtlich von Effizienzvorteilen im engeren Sinne unter dem AMG möglich ist und dieser auch vom Antimonopolbüro von Amts wegen zu prüfen ist. Es dürfte aber auch denkbar sein, dass Effizienzvorteile im weiteren Sinne

⁷⁰ Markus Masseli, Das Antimonopolgesetz der Volksrepublik China, ZChinR 2007, 259, 268 f.

⁷¹ Vgl. WANG Xiaoye, Erlass und Ausführung des chinesischen Kartellgesetzes, RIW 2008, 417, 425; FANG Xiaomin, Die Kontrolle von Zusammenschlüssen im chinesischen Antimonopolgesetz, ZWeR 2008, 385, 403 ff.

Berücksichtigung finden, wobei diese dann unter § 28 S. 2 Alt. 2 AMG subsumiert werden könnten.

D. Ausblick und Empfehlungen

Die von einem etwas chaotischen Anlauf geplagten Rechtsanwender werden mittlerweile durch ein Leitliniensystem von internationalem Niveau entschädigt, das – wenn es entsprechend angewandt wird – auch Anforderungen an eine wirtschaftswissenschaftliche Herangehensweise an die Fusionskontrolle erfüllen kann (dies wird in den Vorworten der Meinungeinholungen zu den Entwürfen mehrfach explizit als Ziel angegeben).

I. Positive Signale

Sehr positiv fällt auf, dass die Bestimmungen bisher in enger Zusammenarbeit mit Wissenschaft und Praxis entstanden sind und das Handelsministerium sich bemüht, auf Kritikpunkte einzugehen und Vorschläge zu beachten. Es sucht auch außerhalb der üblichen Beratungen durch viele Internetmeinungeinholungen Feedback zu seinen Entwürfen und scheint dieses auch weitgehend umzusetzen.

II. Kritikpunkte

Als eindeutig negativ ist dagegen die weiterhin mangelnde Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit chinesischer Fusionskontrollentscheidungen, die sowohl auf der fehlenden Veröffentlichung einer Entscheidungsbegründung als auch dem zu vermutenden großen Einfluss der Industriepolitik beruht. Will China hier dauerhaft ein verlässliches und funktionierendes Fusionskontrollsystem etablieren, wird dazu jedenfalls eine Veröffentlichung von Entscheidungsgründen erforderlich sein, die auch Art und Ausmaß industriepolitischer Erwägungen deutlich machen. Hier wird – auch für die chinesischen Unternehmen – auf Dauer ein offenes Bekenntnis zu industriepolitischer Entscheidungsfindung, die nachvollziehbar und (soweit dies möglich ist) auf vorhersehbar wird, weniger Image-Schaden anrichten als vordergründige und oberflächliche wettbewerbspolitische Begründungen, die immer den Verdacht in sich tragen werden, im Grunde genommen willkürliche Industriepolitik zu sein. Hier mag das deutsche GWB mit seiner Ministererlaubnis (§ 42 GWB) vom Grundgedanken her ein Vorbild sein für eine rechtlich einwandfreie Verbindung von Wettbewerbs- und Industriepolitik in Fusionskontrollverfahren: Die Industriepolitik wird nicht per se hinter die Wettbewerbspolitik zurückgestellt, aber wenn eine industriepolitische Entscheidung getroffen wird, muss dies erstens offen ausgesprochen werden und es muss zweitens eine argumentative Abwägung zwischen den indu-

striepolitischen und den wettbewerbspolitischen Faktoren stattfinden. Dies dürfte dann auch insoweit disziplinierend wirken, als dem Handelsministerium erstens selbst deutlicher vor Augen geführt wird, zu welchen wettbewerbspolitischen Kosten ein vermeintlicher industriepolitischer Ertrag erkaufte wird und es sich zweitens insoweit auch vor der Öffentlichkeit rechtfertigen muss.

III. Landmark-Case Coca Cola – Huiyuan

Derzeit wird in Kartellrechtskreisen mit Spannung die Entscheidung im Fall Coca Cola – Huiyuan erwartet. Coca Cola hatte Anfang September 2008 angekündigt, den chinesischen Saftersteller Huiyuan zu übernehmen. Das Angebot hat insgesamt einen Wert von ca. US\$ 2,3 Mrd. (ca. EUR 1,6 Mrd.). Huiyuan zählt zu den 25 bekanntesten Marken Chinas. Die Übernahme wäre die größte Akquisition, die bisher ein ausländischer Konzern auf dem chinesischen Markt getätigt hätte und würde Coca Cola einen Anteil von rund 20% am chinesischen Saftmarkt verschaffen. Alteigentümer waren bisher unter anderem Zhu Xinli und der französische Nahrungsmittelkonzern Danone zu zusammen rund zwei Dritteln.⁷² Der Fall wirft viele fundamentale Kartellrechtsfragen auf und seine Entscheidung wird daher in vielerlei Hinsicht als richtungsweisend angesehen. Unter anderem wird die Frage des relevanten Marktes eine große Rolle spielen. Während Huiyuan nämlich zwar einen signifikanten Marktanteil auf dem Reinsaft-Markt hat, ist sein Marktanteil auf dem gesamten Saftmarkt – auf dem Coca Cola einen großen Anteil hat – deutlich geringer. Die kartellrechtliche Beurteilung wird daher wesentlich davon abhängen, wie weit man den relevanten Markt definiert (Reinsaft-Markt oder gesamter Saftmarkt). Wegen des überragenden Bekanntheitsgrades der Marke wird weiterhin auch die Anwendbarkeit von § 7 AMG (Wirtschaftszweige im nationalen Interesse) eine Rolle spielen.⁷³ Da insofern eine Staatssicherheitsprüfung gem. § 31 AMG durchgeführt wird,⁷⁴ dürfte die Entscheidung auch in der Frage, wie sehr die chinesische Fusionskontrolle von Industriepolitik und Protektionismus geprägt sein wird, richtungsweisend sein. Eine Entscheidung wird im Laufe des Frühjahrs erwartet.

⁷² Ingo Reich, Coca-Colas China-Pläne in Gefahr, Handelsblatt vom 5./6./7.09.2008, S. 20.

⁷³ Coke's offer for Huiyuan raises concerns, China Law & Practice, <http://www.chinalawandpractice.com/Article/2029207/Channel/16143/COKE-OFFER-FOR-HUIYUAN-RAISES-CONCERNS.html> (eingesehen am 23.09.2008).

⁷⁴ WANG Fang [王芳], Coca Cola wird Antimonopolanmeldung einreichen (可口可乐将递交反垄断审查), http://www.legaldaily.com.cn/2007fycj/2008-09/10/content_942952.htm (eingesehen am 11.09.2008).

IV. Schluss

Es bleibt spannend, die weitere Entwicklung der Fusionskontrolle und die Auslegung und Ausübung des neuen Regelungssystems durch das Antimonopolbüro zu verfolgen. Ein effizientes und wirtschaftswissenschaftlich ausgerichtetes Fusionskontrollsystem hat immer positive Auswirkungen auf die Wirtschaft eines Landes und ist auf lange Sicht einem industriepolitischen Ansatz überlegen. Dies haben nahezu sämtliche Ministererlaubnisfälle im deutschen Recht gezeigt. Man darf daher weniger im Interesse ausländischer Unternehmen und multinationaler Konzerne als vielmehr im Interesse Chinas hoffen, dass sich die deutlich angelegte industriepolitische Ausrichtung der chinesischen Fusionskontrolle weniger auswirkt als die ebenfalls angelegte Offenheit für wirtschaftswissenschaftliche und wettbewerbstheoretische Erkenntnisse.