

Die Zusammenschlusskontrolle nach dem Recht der Volksrepublik China

Eine Analyse der jüngsten Rechtssetzung unter besonderer Berücksichtigung von Zusammenschlüssen mit Auslandsbezug

Daniel Sprick¹

I. Einführung

Als die weltweit größte Investitionsgesellschaft Blackstone zu Beginn des Jahres 2007 ihre Aktivitäten auch auf die VR China erstreckte,² hatte die Umstrukturierung der chinesischen Unternehmenslandschaft eine neue Stufe erreicht. Sollten andere ausländische Investitionsgesellschaften folgen, wären zukünftig vermehrt großvolumige Unternehmenszusammenschlüsse in der VR China zu erwarten. Gleichzeitig steht zu vermuten, dass gerade auf den traditionell sehr gering konzentrierten Märkten der VR China sich dieser Trend negativ auf den Wettbewerb auswirken könnte.³ Auch wenn der Konzentrationsgrad etlicher Branchen sich in den letzten Jahren allmählich erhöht hat,⁴ bleibt das Niveau in der Regel so niedrig, dass

besonders der Marktzutritt eines ressourcenreichen Großkonzerns durch einen Zusammenschluss dem Wettbewerb zuwiderlaufende Effekte hätte. Dies wirft die Frage auf, wie sich die kartellrechtlichen Regulierungsbemühungen der chinesischen Regierung auf die Zusammenschlussaktivitäten in der VR China auswirken werden. Die Kontrolle des externen Unternehmenswachstums ausländischer Unternehmen in China ist zum jetzigen Zeitpunkt Regelungsmaterie von zwei Rechtsvorschriften: Zunächst beinhaltet das am 01.08.2008 in Kraft tretende Kartellgesetz⁵ ein Kapitel mit der Überschrift „Konzentration von Gewerbetreibenden“⁶. Für ausländische Unternehmen gelten außerdem die „Bestimmungen über den Kauf von/die Fusion mit inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren“⁷ in der Fassung von 2006 [im Folgenden Bestimmungen 2006], in denen ein Kapitel mit „kartellrechtlicher Kontrolle“⁸ überschrieben ist. Obwohl bereits im Jahr 2003 die zuletzt genannte Form der Zusammenschlusskontrolle in vorläufigen Bestimmungen [im Folgenden Bestimmungen 2003]⁹ eingeführt wurde, dauerte es bis zum Herbst 2006, bis erstmals eine kartellrechtliche Überprüfung eines Zusammenschlusses durchgeführt wurde.¹⁰

¹ Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für moderne China-Studien an der Universität zu Köln (dsprick@uni-koeln.de).

² Nachdem die chinesische Regierung im Mai 9,4% der Anteile von Blackstone für US\$ 3 Mrd. übernommen hatte, einigte sich Blackstone im September mit der China National Chemical (中国化工集团公司) bis zu 20% von deren Tochtergesellschaft China National Bluestar (中国蓝星集团总公司) für bis zu US\$ 500 Mio. zu kaufen, wobei zu beachten ist, dass dieser Zusammenschluss noch nicht genehmigt ist. Vgl. *Cathy Chan/Michele Batchelor*, Blackstone to Sign \$500 Million BlueStar Purchase, <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=20601014&refer=funds&sid=aJL4Tu8lyZqY#> (eingesehen am 10.09.2007).

³ Vgl. zum niedrigen Konzentrationsgrad etwa *YIN Xiaohong* (殷晓红)/*TIAN Xiaogeng* (田晓耕), Industriekonzentration und die Wettbewerbsfähigkeit der Handel treibenden Industrie (产业集中度与贸易产业的竞争力), in: *Productivity Research* (生产力研究) 2007, Nr. 13, S. 103 f.; *HE Zili* (何自力)/*FANG Xianhui* (房贤会), Industrieanpassung: Ziel, Weg und Politik (产业整合: 目标、路径与政策), in: *Productivity Research* (生产力研究) 2007, Nr. 12, S. 89-90, 143; *GU Lulu* (顾露露), Die chinesischen Produktionsbranchen in der Branchenwahl multinationaler Zusammenschlüsse (中国制造业对外跨国并购的行业选择), in: *Xuexi yu shijian* (学习与实践) 2007, Nr. 5, S. 51 ff.; *LIANG Hongyan* (梁红岩) Übermäßiger Wettbewerb in der Industrie und dessen Einschränkung (产业过度竞争及其防范), in: *Investment & Finance* (投资与理财) 2007, Nr. 5, S. 114 f., 57.

⁴ Vgl. *WANG Yafei* (王亚飞), Eine Untersuchung der eindeutigen Hinweise auf den gegenwärtigen Zustand industrieller Cluster in China am Beispiel der produzierenden Branchen (我国产业集群现状实证研究—以制造业为例), in: *Chongqing shifan daxue xuebao* (重庆师范大学学报) 2006, Nr. 2, S. 11 ff.

⁵ Kartellgesetz der VR China (中华人民共和国反垄断法) v. 30.08.2007, chinesisch-deutsch in: *ZChinR* 2007, S. 307 ff.

⁶ Chinesisch: 经营者集中.

⁷ Bestimmungen über den Kauf von/die Fusion mit inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren (关于外国投资者并购境内企业的规定) v. 08.08.2006; chinesisch-englisch in: *CCH Asia Pacific* (Hrsg.), *CCH China Laws for Foreign Business – Business Regulation*, Volume 1-6, Hong Kong 1985 ff. ¶13-625.

⁸ Chinesisch: 反垄断审查.

⁹ Vorläufige Bestimmungen für den Erwerb inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren (外国投资者并购境内企业暂行规定), in: *Amtsblatt des Staatsrates* (国务院公报) 2003, Nr. 13, S. 41 ff.; chinesisch-deutsch in: *ZChinR* 2004, S. 48 ff.

Im Folgenden soll zunächst der Umfang der Zusammenschlussaktivitäten in der Volksrepublik China dargestellt werden (II). Anschließend werden einige Beispiele für Zusammenschlüsse internationaler Konzerne in China (bzw. für entsprechende Bemühungen) angeführt (III). Hiernach wird der Rahmen für die kartellrechtliche Überprüfung von Zusammenschlüssen erläutert, wobei zwischen der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz und den Bestimmungen 2006 zu unterscheiden ist (IV). In einer Schlussbetrachtung werden einige wesentliche Aspekte zusammengefasst (V).

II. Umfang der Zusammenschlussaktivitäten in der VR China

Von den überwiegend politisch motivierten Zusammenschlüssen zu Beginn der Reformperiode abgesehen,¹¹ ist das Phänomen des externen Unternehmenswachstums in der VR China als ein Produkt der fortschreitenden Integration in die Weltwirtschaft zu verstehen. Der Markt für Unternehmensanteile begann erst in der unmittelbaren Vorlaufzeit vor dem WTO-Beitritt Chinas sein Potenzial für die Neuordnung chinesischer Unternehmen zu entfalten. Offenbar aus Sorge vor der erstarkenden, ausländischen Konkurrenz gingen etliche chinesische Unternehmen Verbindungen ein, so dass für das Jahr 2002 der Vollzug von 653 Zusammenschlüssen mit einem Gesamtvolumen von RMB 53,52 Mrd. Yuan ausgewiesen wurde.¹² Einen neuen Höhenflug erlebte dieser Markt im Jahr 2006, als viele bisher nicht handelbare Anteile von Staatsunternehmen in den Handel kamen. In der allgemeinen Börseneuphorie stieg die Zahl der

chinesischen Unternehmensfusionen und -übernahmen im Vergleich zum Vorjahr um 25% auf 1.270; das Volumen dieser Aktivitäten stieg sogar um 77% auf US\$ 56,8 Mrd.¹³

Gerade ausländische Unternehmen beteiligten sich immer häufiger an Zusammenschlussaktivitäten in China und entdeckten die Übernahme bestehender Unternehmen als attraktive Alternative für einen Marktzutritt.¹⁴ Zwischen 2001 und 2003 stieg der Anteil von Fusionen und Übernahmen an den ausländischen Direktinvestitionen in China von 5% auf 7,1%, was ein Gesamtvolumen von US\$ 6 Mrd. für das Jahr 2003 bedeutete.¹⁵ Eine chinesische Quelle spricht allerdings für das Jahr 2004 von insgesamt 2.548 Zusammenschlüssen mit einem Volumen von lediglich gut US\$ 5 Mrd., für das Jahr 2005 dann von 3.298 Zusammenschlüssen mit einem Volumen von fast US\$ 12 Mrd. und für die ersten fünf Monate des Jahres 2006 von bereits 1.487 Zusammenschlüssen und einem Volumen von US\$ 8 Mrd.¹⁶ Die mangelnde Kohärenz der vorliegenden Daten ist sicherlich in der nicht einheitlichen Definition des Zusammenschlussbegriffes, in verschiedenen Herangehensweisen der Volumeberechnung und der kaum zu bewältigenden Abgrenzung vom ausländischen Investor, der einen Zusammenschluss betreibt, zur ausländischen Direktinvestition in Form eines Zusammenschlusses zu suchen. So hatte für das Jahr 2004 etwa das amerikanische Unternehmen Dealogic für Zusammenschlüsse mit Auslandsbezug ein Gesamtvolumen von sagenhaften US\$ 18 Mrd. errechnet und für 2006 wurde von demselben Unternehmen das Volumen bereits auf US\$ 30,2 Mrd. beziffert.¹⁷ Diese Zahlen sind sicherlich sehr verlockend für alle, die die zunehmende Bedeutung von Zusammenschlüssen in der VR China

¹⁰ Betroffen waren das französische Unternehmen SEB (Marke Tefal) und der chinesische Produzent für Kochgeschirr Supor; vgl. WU Weiyang/HE Liang/DI Zhiyuan (Hrsg.) (吴伟央 / 贺亮 / 邸智源), Der Rechtsgegenstand internationaler Unternehmensfusionen und -käufe (跨国公司并购法律事务), Beijing 2007.

¹¹ Vgl. zu dieser Phase etwa: FEI Yitwen, The Institutional Change in China after its Reform in 1979. An Institutional Analysis with a Focus on Mergers and Acquisitions, Rotterdam 2004; Doris Fischer, Aufbau einer Wettbewerbsordnung im Transformationsprozeß. Problematisierung am Beispiel der wettbewerbstheoretischen Diskussion und der Wettbewerbspolitik in der VR China, Baden-Baden 2000; Kenneth Hamner, The Globalization of Law: International Merger Control and Competition Law in the United States, the European Union, Latin America and China, in: Journal of Transnational Law and Policy 2 (2002), S. 385 ff.; Lisa Keister, Chinese Business Groups. The Structure and Impact of Interfirm Relations during Economic Development, Oxford 2000; LIN Ping, Merger Control in China, Hong Kong 2004; Frank Münzel, Kartellrecht in China, in: Adolf Dietz (Hrsg.), Die Neuordnung des gewerblichen Rechtsschutzes in China. Texte und Einführungen zum Patent-, Warenzeichen-, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Weinheim 1988, S. 147 ff.; SHAO Jiandong, Unternehmensgruppen und Zusammenschlusskontrolle in China: Empfiehlt sich eine Regelung nach deutschem Modell, Frankfurt am Main 1996; WANG Xiaoye, Monopole und Wettbewerb in der chinesischen Wirtschaft. Eine kartellrechtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der US-amerikanischen und deutschen Erfahrungen bei der Fusionskontrolle, Tübingen 1993; YOU Ji, Corporatization, Privatization and the New Trend in Mainland China's Economic Reform, in: Issues & Studies (31) 1995, S. 28 ff.

¹² Vgl. LIN Ping 2004 (Fn. 11), S. 2.

¹³ Vgl. TANG Fuchun, China's Top 10 Mergers and Acquisitions Revealed, <http://www.china.org.cn/english/BAT/195761.htm> (eingesehen am 11.09.2007).

¹⁴ Vgl. WANG Jiang (王江) / LÜ Qinghua (吕庆华), Untersuchung über Probleme des Systems der Einholung von ausländischen Direktinvestitionen in China (对中国引进FDI 规划问题的探讨), in: Beijing gongshang daxue xuebao (北京工商大学学报) 2005, Nr. 5, S. 72.

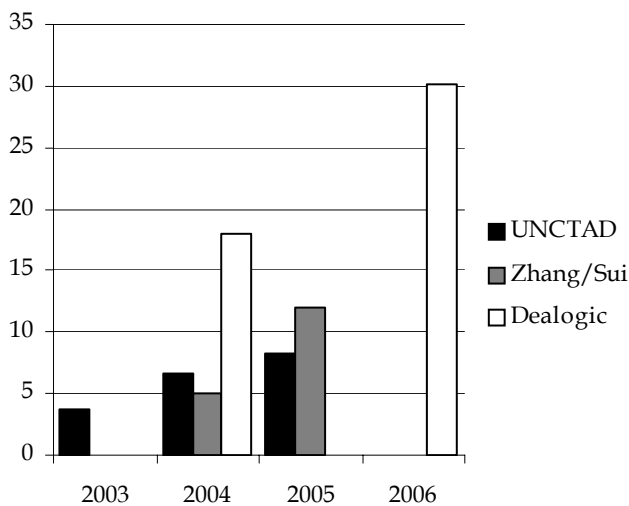
¹⁵ Vgl. OECD (Hrsg.), OECD Investment Policy Reviews. China. Open Policies Towards Merger and Acquisition, Paris 2006, S. 19.

¹⁶ Vgl. ZHANG Xiusheng (张秀生) / SUI Qiang (隋强), Eine Analyse der gegenwärtigen Regulierung von Zusammenschlüssen durch ausländische Investoren in China und ein Vorschlag an die Politik (我国现行对外投资并购规制评析及政策建议), in: Chinese Public Administration (中国行政管理) 2007, Nr. 4 (262), S. 33.

¹⁷ Vgl. TANG Fuchun (Fn. 13). Dealogic scheint für seine hohen Volumina berühmt zu sein, so verglich ein Workshop der OECD über internationale Investitionsstatistiken die von diesem Unternehmen errechneten Zahlen über Fusionen und Übernahmen in Kanada mit denen der kanadischen Regierung und stellte fest, dass Dealogic beispielsweise für das Jahr 2000 ein Volumen von CN\$ 208,9 Mrd. errechnet hatte, während das kanadische Statistikamt lediglich auf CN\$ 65,4 Mrd. kam. Als Quelle für diese exorbitante Differenz wurde neben unterschiedlichen Berechnungsmethoden auch der Dokumentationszweck kommerzieller Studien genannt. Vgl. <http://imf.org/external/pubs/ft/bop/2006/06-21A.pdf> (eingesehen am 20.09.2007).

präsentieren wollen, bergen jedoch natürlich die Gefahr, die tatsächliche Entwicklung zu verzerren. Größere Verlässlichkeit bietet der Datensatz der UNCTAD¹⁸, der sich auf Berechnungen von Thomson Financial stützt und alle Zusammenschlüsse, bei denen wenigstens 10% an Unternehmensanteilen in einer grenzüberschreitenden Transaktion übernommen werden und das Nettovolumen dieser Zusammenschlüsse erfasst.¹⁹ Unter diesen Maßgaben wird für die VR China ein Volumen an grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen von US\$ 3,8 Mrd. für das Jahr 2003, US\$ 6,7 Mrd. für das Jahr 2004 und US\$ 8,2 Mrd. für das Jahr 2005 errechnet.²⁰

Volumen aller ausländisch kapitalisierten Zusammenschlüsse in der VR China in Mrd. US\$



Volumina ausländisch kapitalisierter Zusammenschlüsse nach Zhang/Sui



Letztlich ist aber auch anhand dieser Daten zu konstatieren, dass der Markt für Unternehmenskontrolle in der VR China weiter an Bedeutung zunimmt und der Zusammenschluss von Unternehmen für ausländische Investoren zu einem wichtigen Instrument der Positionierung auf dem chinesischen Markt geworden ist. Besonders bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass auch der Umfang der einzelnen Zusammenschlüsse zunimmt. So berichtet die bereits genannte chinesische Quelle, dass im Jahr 2004 der durchschnittliche Umfang eines Zusammenschlusses US\$ 19,8 Mio., im Jahr 2005 US\$ 36,4 Mio. und in den ersten fünf Monaten des Jahres 2006 US\$ 54,8 Mio. betrug. Gleichzeitig stieg die Zahl der Zusammenschlüsse, deren Volumen US\$ 100 Mio. überschritt von 31 im Jahr 2004 auf 35 im Jahr 2005 und betrug in den ersten fünf Monaten des Jahres 2006 bereits 22.²¹ Diese Entwicklung legt den Schluss nahe, dass die Zuversicht internationaler Unternehmen in das Gelingen und den Erfolg größerer Zusammenschlüsse in der VR China nachhaltig gewachsen ist.

III. Zusammenschlüsse internationaler Konzerne in der VR China

Der erweiterte Investitionsschutz nach dem Beitritt Chinas zur WTO ermutigte ausländische Unternehmen sich auf dem chinesischen Markt neu aufzustellen. Eine der ersten Tendenzen war die Bildung von Investitions- bzw. Beteiligungsgesellschaften (Holdings), die dann als Vehikel benutzt wurden, um bisherige Investitionen in China zu vernetzen und besonders in vor- und nachgelagerten Märkten weitere Zusammenschlüsse herbeizuführen.²² Schon vor dem WTO-Beitritt hatten ausländische Unternehmen damit begonnen, die Kontrolle über die häufig ungeliebten und wenig profitablen Gemeinschaftsunternehmen zu erlangen, um diese unter ein gemeinsames Dach bringen zu können.²³ Die chinesische Wirtschaftsadministration verfolgte diese Entwicklung mit zunehmender Wachsamkeit, wobei sich ihr Interesse besonders auf die Zusammenschlussaktivitäten von multinationalen Konzernen in China richtete. Investitionsziele dieser Konzerne wurden immer häufiger Unternehmen, die entweder Marktführer in China sind oder deren Marken sich notorischer Bekanntheit auf dem chinesischen Markt erfreuen.²⁴ Als Beispiele für diese Aktivitäten werden immer wieder die Übernahme von Luckyfilm²⁵ durch Kodak im Jahr 2003, die Übernahme des

¹⁸ United Nations Conference on Trade and Development.

¹⁹ Vgl. UNCTAD (Hrsg.), World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development, New York 2006, S. 297.

²⁰ Vgl. UNCTAD (Fn. 19), S. 320.

²¹ Vgl. ZHANG/SUI (Fn. 16), S. 33.

²² Vgl. LIN Feng (林峰), Strategische Anpassung multinationaler Gesellschaften und Chinas Gegenmaßnahmen (跨国公司战略调整与中国对策), Beijing 2005.

²³ Vgl. OECD (Fn. 15), S. 24.

zweitgrößten chinesischen Bierbrauers Harbin²⁶ durch SAB Miller, die Akquisition der notorisch bekannten Marken Little Nurse und Yuesai²⁷ durch L’Oreal innerhalb weniger Wochen im Jahr 2004, die Übernahme von Robust Mineral Water²⁸ durch Danone, die Aktivitäten der deutschen Schaeffler Gruppe in der Achslagerbranche²⁹ und besonders auch die Bemühungen der Investitionsgesellschaft Carlyle um Anteile des chinesischen Maschinenbauers Xugong³⁰ genannt.³¹ Vor dem Hintergrund dieser und ähnlicher Zusammenschlüsse breitete sich in der VR China die Sorge vor der wachsenden wirtschaftlichen Macht multinationaler Konzerne aus und man begann, den über die Jahre der Wirtschaftsreformen sich mühsam entfaltenden Wettbewerb in Gefahr zu sehen.³² Das Kartellbüro des Amtes für fairen Handel der Staatlichen Verwaltung für Industrie und Handel hat sich dieser Problematik in einer Untersuchung über das wettbewerbsbeschränkende Verhalten von multinationalen Konzernen gewidmet. Während des einjährigen Untersuchungszeitraums wurde festgestellt, dass es etlichen Unternehmen bereits gelungen sei, u.a. mittels Unternehmenskäufen eine monopolähnliche Stellung zu erreichen. Dieses Ergebnis ist jedoch nicht zu hoch zu bewerten, da als Beispiele in dieser Studie meist nur Unternehmen wie Alcatel, Tetrapak oder Microsoft genannt werden, die weltweit marktbeherrschende Stellungen innehaben.³³

Insgesamt zeigt sich in der Rezeption dieser und ähnlicher Großunternehmen eine Akzentverschiebung in der chinesischen Industriepolitik. Während lange Jahre ausländische Konzerne mit all ihrem Kapital, ihrer Technologie und ihren modernen Managementmethoden grundsätzlich als willkommene Investoren gesehen wurden,³⁴ wirken heute gerade diese umfassenden Kompetenzen solcher Unternehmen als Gefahrenquelle für die chinesische Wirtschaftsordnung. Die ehemals bestehenden Regulierungen sind offenkundig nicht dafür geeignet, das externe Wachstum multinationaler Konzerne auf dem chinesischen Markt so zu begrenzen, wie es die volksrepublikanische Wirtschaftsadministration heute für nötig hält. Zudem schränkt die obligatorische Liberalisierung des Investitionsregimes nach dem WTO-Beitritt die Steuerungsmöglichkeiten der VR China massiv ein. So ist in der nun erfolgten wettbewerbsrechtlichen Regulierung von Investitionstätigkeiten auch der Versuch zu sehen, den industriepolitischen Gestaltungsspielraum innerhalb des WTO-Regimes auszuschröpfen. Inwieweit auch das Schutzgut freier Wettbewerb durch diese Maßnahmen eine Aufwertung erfahren hat oder erfahren wird, ist sicherlich noch offen und muss die Auslegungspraxis der bisher erlassenen Normen und das chinesische Fusionskontrollrecht de lege ferenda erst noch zeigen.

IV. Kartellrechtliche Überprüfung von Zusammenschlüssen in der VR China

Externes Unternehmenswachstum löst in der VR China etliche unterschiedliche Kontrollmechanismen aus. Die kartellrechtliche Überprüfung ist in diesem Geflecht die jüngste Kontrollmethode und bisher von eher geringer praktischer Bedeutung. Von wesentlich größerer Bedeutung ist zunächst das klassische System der Investitionsregulierung der VR China. Hier werden neben einer grundlegenden Differenzierung nach in- und ausländischen, staatlichen und privaten Investitionen auch Umfang, Branche und Standort des Investitionsprojekts als maßgebliche Kriterien her-

²⁴ Vgl. YU Li (于立)/TANG Yaojia (唐家), Untersuchung der Politik zu ausländischen Zusammenschlüssen aus dem Blickwinkel des Kartellrechts (反垄断视角下的外资并购政策分析), in: Jingji yu guanli yanjiu (经济与管理研究) 2006, Nr. 8, S. 21.

²⁵ 乐凯.

²⁶ 哈尔滨啤酒.

²⁷ 小护士 / 羽西.

²⁸ 乐百氏.

²⁹ Zunächst drängte die zur Schaeffler Gruppe gehörende FAG die in Ningxia ansässige NXZ (西北轴承股份有限公司) aus einem Joint Venture und bemüht sich seit dem Jahr 2006 um die Übernahme des staatseigenen Betriebes und Branchenführers Luoyang Bearings (洛阳轴承集团铁路轴承有限公司).

³⁰ 徐工集团.

³¹ Vgl. etwa WANG Xiaoye (王晓晔), Kommentar zum Kartellrecht Chinas im Jahr 2006, in: Fazhi yanjiu (法治研究) 2007, Nr. 5, S. 13-16; WANG Zhongmei (王中美), Multinationale Unternehmen in China und die Grenzen des Kartellrechts (在华跨国公司反垄断的界限), in: Economic Herald (经济导刊) 2005, Nr. 11, S. 82-85; o.A., Sechs große Risiken bei ausländisch-investierten Zusammenschlüssen (外资并购6大风险), in: Capital Shanghai (上海国资) 2007, Nr. 5, S. 89-92; WEI Gang (魏刚), Das Kartellrecht als Hilfsantrieb für die industrielle Sicherheit (反垄断产业安全的助推器), in: China Investment (中国投资), 2006, Nr. 10, S. 32-34.

³² Vgl. etwa LIN Feng (Fn. 22); SHAN Bao (单宝), Achtung! Monopolisierung durch ausländisch-investierte Zusammenschlüsse (危险! 外资并购垄断化), in: Jingji yu guanli (经营与管理) 2006, Nr. 6, S. 22 f.; DENG Tiansheng (邓田生)/LIU Kanghao (刘慷豪), Untersuchung der Einflüsse monopolistischer Zusammenschlüsse ausländischer Unternehmen in China auf die nationale Industriesicherheit (外商在华垄断性并购对我国产业安全的影响分析), in: Xiandai guanli kexue (现代管理科学) 2007, Nr. 3, S. 58 f.

³³ Vgl. Kartellbüro des Amtes für fairen Handel der Staatlichen Verwaltung für Industrie und Handel (国家工商总局公平交易局反垄断处) (Hrsg.), Erscheinungsformen wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen multinationaler Gesellschaften in China und entsprechende Gegenmaßnahmen (在华跨国公司限制竞争行为表现及对策), in: Gongshang xingzheng guanli (工商行政管理) 2004, Nr. 5, S. 42 f.

³⁴ Die hier aufgeführte Trias an Attributen wurde 1987 explizit in einem Dokument der KPCh mit dem Titel „Die Reform- und Öffnungspolitik entspricht der Eigenart Chinas“ aufgenommen [改革、开放政策符合中国国情], in: Sammlung von wichtigen Dokumenten und Informationen der KPCh (中国共产党重要文献信息库) 1987, Nr. 3] und wurde zuletzt als Voraussetzung für eine strategische Investition ausländischer Unternehmen in börsennotierten Gesellschaften in eine Verwaltungsvorschrift aufgenommen [§ 1 Verwaltungsmaßnahme für die strategische Investition ausländischer Investoren in börsennotierte Gesellschaften (外国投资者对上市公司战略投资管理办法) vom 31.12.2005, in: WU et. al. (Fn. 10), S. 410-412].

angezogen.³⁵ Von eher formalistischem Gehalt sind Kontrollen durch kapitalmarktrechtliche Vorschriften.³⁶ Ein sehr komplexes Themengebiet stellen hingegen die Kontrollmechanismen aus dem Bereich der Übernahme von staatseigenen Unternehmen bzw. von Unternehmensanteilen aus staatlicher Hand dar, die als eine große Hürde für Zusammenschlüsse zu sehen sind.³⁷ Gerade die obligatorische Bewertung von Staatsvermögen vor dem Eigentumsübergang bereitet häufig enorme Probleme, so dass diese Regulierungsmethode besonders geeignet ist, Zusammenschlussvorhaben scheitern zu lassen.³⁸ Zusammenschlüsse mit Staatsunternehmen größerer Dimension, die grundsätzlich eine kartellrechtliche Überprüfung auslösen würden, sind zudem prädestiniert vor dieser Kontrollebene im Geflecht des chinesischen Investitionsregimes stecken zu bleiben. Nicht selten sind es hier politische Entscheidungen oberster Ebenen, die den Vollzug von Zusammenschlüssen blockieren. So steht das bereits erwähnte Projekt der Investitionsgesellschaft Carlyle, einen kontrollierenden Anteil des chinesischen Maschinenbauers und Staatsunternehmens Xugong zu übernehmen, selbst nach zwei Jahren stetiger Verhandlungen zwischen den Unternehmen, dem Handelsministerium und der Kommission für Reform und Entwicklung immer noch nicht vor dem Abschluss.³⁹ Die Argumentationen ranken sich in diesem und vergleichbaren Fällen meist um den unklaren Begriff der nationalen Industriesicherheit⁴⁰ und fordern die Unverkäuflichkeit von Unternehmen wie Xugong, die entweder aufgrund ihrer Größe oder Branchenzugehörigkeit aus chinesischer Sicht zum Rückgrat der Wirtschaft gehören.⁴¹ Dass die-

ser Aspekt auch im Kartellgesetz aufgenommen wurde,⁴² verdeutlicht, in Verbindung mit der bisherigen Nachrangigkeit originär kartellrechtlicher Kontrolle, die Rolle des Kartellrechts als zusätzliche Maßnahme einer lenkenden Industriepolitik. Wettbewerbspolitische Aspekte treten bislang noch hinter nationalökonomischen Erwägungen zurück und werden erst zur vollen Geltung kommen können, wenn sich eine dauerhafte Praxis der Zusammenschlusskontrolle etabliert hat.

1. Rangordnung der kartellrechtlichen Rechtsvorschriften

Die Rechtssetzung der VR China ist oftmals für ihre mangelhafte Technik und Missachtung grundlegender Regeln der Gesetzgebungslehre kritisiert worden.⁴³ So werden die klaren Regeln des Gesetzgebungsgesetzes über die Rangordnung⁴⁴ und den Umfang der Regelungsmaterie der verschiedenen Arten von Rechtsnormen⁴⁵ und somit der Vorrang der Gesetze mitunter missachtet.⁴⁶ Zudem manifestiert sich die unklare materiellrechtliche Normenhierarchie von Gesetzen, Verwaltungsrechtsbestimmungen⁴⁷ und Verwaltungsvorschriften⁴⁸ als rangniedrigste Rechtssetzung zuweilen auch in der uneinheitlichen Anwendungspraxis der zuständigen Verwaltungsorgane.⁴⁹ Die chinesische Regierung versucht diesem Problem zu begegnen, indem mittlerweile jede Rechtsnorm unterhalb der Gesetze dem Rechtssetzungsbüro des Staatsrates⁵⁰ vorgelegt wird oder indem z.B. im Jahr 2007 eine Bereinigung der Gesetze durchgeführt wurde.⁵¹ Diese und ähnliche Programme sind jedoch kaum geeignet, für umfassende Transparenz zu sorgen und die strukturellen Probleme der chinesischen Gesetzgebung zu beheben, die sich aus dem schwa-

³⁵ Zu den Gewerbelenkungenkatalogen für ausländische Investitionen: *Andreas Diem*, Das Recht der Investitionen in China, Baden-Baden 2000; *Robert Heuser/Roland Klein* (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China. Gesetze und Analysen. Hamburg 2004; *Robert Heuser*, Grundriss des chinesischen Wirtschaftsrechts, Hamburg 2006; *HE Liping* (贺力平)/*CAI Xing* (蔡兴), Trends, Tendenzen und Anpassung der Politik bei der Einholung ausländischer Investitionen in China (中国引进外资的趋势、动向和政策调整), in: *Kaifang daobao* (开放导报) 2006, Nr. 6, S. 27-32; *YIN Huafeng* (殷华方), Eine Untersuchung über die Branchenpolitik Chinas bei der Einholung ausländischer Direktinvestitionen: 1979-2004 (中国引进外商直接投资产业政策研究: 1979-2004), in: *Chanye jingji yanjiu* (产业经济研究) 2006, Nr. 6, S. 1-7.

³⁶ Zu dieser Problematik: *Esther Nägeli Kellerhals*, Alternative Investment Forms to Joint Ventures in China, Zürich 2002; *LUO Wenzhi* (罗文志)/*DONG Hanbing* (董寒冰), Legal Practice for M & A of Public Companies (上市公司并购法律事务), Beijing 2005.

³⁷ Vgl. *WU et. al.* (Fn. 10), S. 118 ff.

³⁸ Vgl. *WANG Diao* (王钧)/*WANG Dianna* (王典娜), Grundlegende Umstände und Ansichten zum Erwerb staatlichen Vermögens von Gesellschaften durch ausländische Investoren (外资收购公司国有产权的基本情况及其认识), in: *Jingji yanjiu cankao* (经济研究参考) 2006, Nr. 71, S. 40.

³⁹ Vgl. *GUAN Weili* (管维立), Erläuterungen zum Preis bei der Übernahme von Xugong durch Carlyle (解读凯雷并购徐工对价), in: *CFO World* (首席财务官) 2006, Nr. 10, S. 54-57.

⁴⁰ 国家产业安全.

⁴¹ Vgl. *YIN Fei* (尹非), Die chinesische Politik gegenüber ausländischen Investitionen aus der Warte der Verzögerungen bei dem Zusammenschluss von Carlyle und Xugong (由凯雷收购徐工受阻看我国外资政策), in: *Shidai jingmao* (时代经贸) 2007, Nr. 5, S. 65, 67.

⁴² § 31 Kartellgesetz; § 12 Bestimmungen 2006.

⁴³ Vgl. *Stanley Lubman*, Looking for Law in China, in: *Columbia Journal of Asian Law* (Fall No. 1) 2006, Nr. 20, S. 33 ff.

⁴⁴ § 79 Gesetzgebungsgesetz der VR China (中华人民共和国立法法) v. 15.03.2000; deutsch in: *Robert Heuser*, „Sozialistischer Rechtsstaat“ und Verwaltungsrecht in der VR China (1982-2002), Hamburg 2003.

⁴⁵ §§ 8f., 56, 71 Gesetzgebungsgesetz 2000 (Fn. 44).

⁴⁶ Vgl. *LIU Xin* (刘莘), Gesetzeskollision und Gesetzgebungsstrategie im Inland (国内法律冲突与立法对策), Beijing 2003, S. 7 ff., 21 ff.

⁴⁷ 行政法规, deutsch auch: Verwaltungsrechtsnormen.

⁴⁸ 规章, deutsch auch: Ministerialregel.

⁴⁹ Vgl. *Randall Peerenboom*, China's Long March toward Rule of Law, Cambridge 2002, S. 239 ff.

⁵⁰ 国务院法制办.

⁵¹ Am 23.01.2008 wurde schließlich eine Liste von 49 bereits ersetzten und 43 außer Kraft gesetzten Verwaltungsrechtsbestimmungen veröffentlicht, deren Geltung bisher unklar war; Bestimmung des Staatsrates zur Annullierung von Verwaltungsrechtsbestimmungen (国务院关于废止部分行政规定的决定) v. 15.01.2008, Amtsblatt des Staatsrats 2008, Nr. 11, S. 7 ff.

chen Gesetzgeber und der starken, rechtssetzenden Verwaltung ergeben.⁵²

Aus formalrechtlicher Sicht handelt es bei den Bestimmungen 2006 um eine Verwaltungsvorschrift gemäß Artikel 90 Abs. 2 der geltenden Verfassung,⁵³ also um eine Rechtsvorschrift, die auf der Grundlage einer Verwaltungsrechtsbestimmung oder eines Gesetzes durch ein Organ des Staatsrates erlassen wurde. Aufgewertet wird diese Legitimationskette hier durch die Beteiligung von zugleich sechs Organen des Staatsrates.⁵⁴ Allerdings stellen gerade die kartellrechtlichen Normen materiell neues Recht dar, so dass gemäß dem Gesetzgebungsgesetz für diesen Regelungsinhalt eigentlich die Form eines Gesetzes, bzw. nach Ermächtigung durch den Nationalen Volkskongress, einer Verwaltungsrechtsbestimmung hätte gewählt werden müssen.⁵⁵ Das Kartellgesetz hat also grundsätzlich Vorrang vor den Bestimmungen 2006. Die fortwirkende Geltung dieser Normen ist jedoch kaum in Zweifel zu ziehen, so dass die Bestimmungen 2006 als *lex specialis* zum Kartellgesetz verstanden werden sollten. Diese Auffassung wird von der kurz nach der Verabschiedung des Kartellgesetzes veröffentlichten Kommentierung gestützt, die an etlichen Stellen auf die Regelungen der Bestimmungen 2006 verweist.⁵⁶

2. Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz

Dem Konzept eines eigenständigen Kartellrechts begegneten die Verantwortlichen der chinesischen Wirtschaftsreformen lange Zeit mit erheblicher Skepsis. Man hatte Sorge, dass sich viele Staatsunternehmen in einer durch ein Kartellgesetz geschützten Wettbewerbsumgebung nicht würden halten können, weil man dann existenzsichernde Monopolstellungen aufgeben müsste. Außerdem befürchtete man, dass eine aktive Zusammenschlusskontrolle einer Verdichtung der chinesischen Unternehmenslandschaft abträglich

sei, was besonders im Kontext des internationalen Wettbewerbs ein vitales Interesse der chinesischen Wirtschaft sei.⁵⁷ Regelungsbedarf sah man offenbar hauptsächlich hinsichtlich der wachsenden Marktmacht ausländischer Konzerne. Da aber schon die Bestimmungen 2003 ein recht brauchbares Regelwerk darstellten, um wettbewerbsschädigendes externes Unternehmenswachstum ausländischer Konzerne zu unterbinden, war für diese Regelungsmaterie ein Kartellgesetz nicht unbedingt notwendig. Größerer Handlungsbedarf wurde im Bereich der Verwaltungskartelle, d.h. in der Missbrauchsaufsicht von Marktmacht gesehen, die durch Verflechtungen von Unternehmen und Verwaltung entsteht, entstanden ist oder verstärkt wird.⁵⁸ Dementsprechend waren es die Verwaltungskartelle, die in ersten Kommentaren zum neuen Kartellgesetz, die sich an eine breitere Öffentlichkeit richteten, in den Mittelpunkt gestellt wurden.⁵⁹ Im Folgenden soll jedoch nur auf die erste allgemeine Zusammenschlusskontrolle der VR China eingegangen werden, die im Kartellgesetz im 4. Kapitel (Konzentration von Gewerbetreibenden) in den §§ 20-31 normiert wurde.

a. Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle gemäß dem Kartellgesetz

Für die Normadressaten wurde der Begriff Gewerbetreibende⁶⁰ gewählt, der in § 12 Kartellgesetz als natürliche oder juristische Person oder sonstige Organisation definiert wird, die Waren produziert oder vertreibt oder Dienstleistungen anbietet. In der Kommentierung heißt es dazu, dass hier alle rechtlich und wirtschaftlich selbständigen, an marktwirtschaftlichen Tätigkeiten teilnehmenden Subjekte erfasst werden sollten. Explizit wendet man sich gegen den Begriff Unternehmen, um keine teleologische Extension vornehmen zu müssen, die einen funktionalen Unternehmensbegriff herausarbeitet.⁶¹ Diesen Weg musste der Europäische Gerichtshof gehen, um den Anwendungsbereich des EGV auszudehnen und löste damit den Unternehmensbegriff von Rechtsform- oder Finanzierungserfordernissen.⁶² Außerdem spielen

⁵² Vgl. Lubman (Fn. 43), S. 33-41.

⁵³ Verfassung der VR China (中华人民共和国宪法) vom 14.03.2004; deutsch in: Heike Holbig, Auf dem Weg zur konstitutionellen Einpartei-herrschaft? Die Verfassungsänderungen vom März 2004, in: China aktuell (März) 2004, S. 259-274.

⁵⁴ Handelsministerium, Kommission für die Verwaltung und Kontrolle des Staatsvermögens, Staatliches Zentralamt für Steuern, Staatliche Verwaltung für Industrie und Handel, Chinesische Kommission der Wertpapieraufsicht, Staatliche Devisenverwaltung (商务部, 国有资产监督管理委员会, 国家税务总局, 国家工商行政管理总局, 中国证券监督管理委员会, 国家外汇管理局).

⁵⁵ §§ 8 f. Gesetzgebungsgesetz 2000 (Fn. 44).

⁵⁶ Vgl. Wirtschaftsrechtsbüro der Arbeitsgruppe zum Rechtssystem des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (全国人大常委会法制工作委员会经济法室) (Hrsg.), Kommentierung zum Paragraphentext, Begründung der Gesetzgebung und tangierte Normen des Kartellgesetzes der Volksrepublik China (中华人民共和国反垄断法条文说明、立法理由及相关规定), Beijing 2007 (im Folgenden Kommentierung), vgl. z.B. S. 130 f. zu § 21 Kartellgesetz; siehe unten Kap. IV. 2.b.

⁵⁷ Vgl. WANG Xiaoye/TAO Zhenghua, WTO Competition Policy and its Influence in China, in: Social Sciences in China 2004, Nr. 1, S. 43-53.

⁵⁸ Vgl. Kapitel 31 § 3 Auszug aus dem 11. Fünfjahresplan zur volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung (国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要) vom 14.03.2006, in: http://www.gov.cn/gongbao/content/2006/content_268766.htm (eingesehen am 12.10.2007); HUANG Guanying (黄冠颖), Erwägungen zur chinesischen Kartellrechtsgesetzgebung (关于中国反垄断立法的思考), in: Fuzhou dangxiao xuebao (福州党校学报) 2006, Nr. 5, S. 54-57.

⁵⁹ Vgl. HUANG Xiaowei (黄小伟), Die Verabschiedung des Kartellgesetzes ist der Beginn der Kartellkontrolle (反垄断法出台是反垄断的起点), in: Nanfang zhoubao (南方周末) 06.09.2007, S. 16.

⁶⁰ 经营者 .

⁶¹ Kommentierung (Fn. 56), S. 61.

sicherlich historisch-ideologische Implikationen des Unternehmensbegriffes eine Rolle, die dafür sorgen, dass traditionell in der VR China erst ab dem neunten Mitarbeiter von Unternehmen gesprochen wird, was den Anwendungsbereich unnötig einengen würde.⁶³

Auch der Tatbestand der Konzentration von Gewerbetreibenden ist durch seinen allgemeinen Charakter wesentlich leichter zu erfassen, als noch in den Bestimmungen 2006. Gemäß § 20 Kartellgesetz sind drei Arten der Konzentration erfasst:

- Fusion (Nr. 1);
- Erlangung von Kontrolle durch Anteils- oder Vermögenserwerb (Nr. 2);
- Erlangung von Kontrolle oder der Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines anderen Gewerbetreibenden auszuüben (Nr. 3).

In § 20 Nr. 3 Kartellgesetz wird das Problem angegangen, auch solche Formen des externen Unternehmenswachstums zu erfassen, die sich nicht in gesellschaftsrechtlicher Form darstellen lassen. Gerade in der häufig auch informell organisierten chinesischen Unternehmenslandschaft ist dies von immenser Bedeutung.⁶⁴ Die Kommentierung zum Kartellgesetz erläutert zu diesem Punkt, dass direkte und indirekte, mittelbare und unmittelbare Formen des bestimmenden Einflusses den Tatbestand erfüllen und dass unter diese Vorschrift auch Personen fallen, die mittels Investitionsbeziehungen, Vereinbarungen oder anderen Arrangements⁶⁵ tatsächlich die Möglichkeit haben, das Verhalten einer Gesellschaft zu koordinieren.⁶⁶ Leider äußert sich die Kommentierung jedoch nicht zu möglichen Methoden, wie Kontrolle oder bestimmender Einfluss festgestellt werden können.

b. Anmeldekriterien der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz

Während sich in den vorangegangenen Entwürfen zum Kartellgesetz die Anmeldekriterien auf klar definierte Umsatzschwellen bezogen,⁶⁷ spart die endgültige Fassung diese Frage komplett aus und verweist in § 21 Kartellgesetz auf eine noch zu erlassende Durchführungsverordnung des Staatsrates. Somit müssen die Verantwortlichen das Jahr zwischen Veröffentlichung und Inkrafttreten des Gesetzes nutzen, um hier eine Lösung zu finden. Die Kommentierung verweist auf die Umsatzschwellen des Entwurfes, bzw. der Bestimmungen 2006, so dass auch in der Durchführungsverordnung eine Normierung dieser Methode zu erwarten ist. Gleichzeitig wird diskutiert, für unterschiedliche Branchen die Höhe der Umsatzschwellen zu variieren und eventuell über Marktanteile eine weitere Differenzierung vorzunehmen.⁶⁸ Während also grundsätzlich dem europäischen Vorbild der Umsatzschwellen gefolgt wird, hält man sich auch die US-amerikanische Herangehensweise, d.h. die Analyse von Marktkonzentrationen, offen.

Das Kartellgesetz hat eine Ausnahme für die Anmeldung vorgesehen. Nach § 22 ist keine Anmeldung vorzunehmen, wenn ein am Zusammenschluss Beteiligter 50% der Anteile oder des Vermögens aller anderen Beteiligten hält (Nr. 1) oder ein nicht am Zusammenschluss Beteiligter 50% der Stimmrechte oder des Vermögens an allen Beteiligten hält (Nr. 2). Der chinesische Gesetzgeber geht also davon aus, dass es in derartigen Zusammenschlüssen keine oder jedenfalls keine negativen Effekte auf die Wirtschaftsordnung gibt. Die Kommentierung zu § 22 Kartellgesetz differenziert bei einer Beurteilung zwischen der makro- und mikroökonomischen Perspektive und argumentiert, dass sich bei einem Zusammenschluss gemäß § 22 Kartellgesetz aus der ersteren (und wichtigeren) Werte keine Veränderung der Marktstruktur und Wettbewerbssituation ergäbe.⁶⁹ Entwicklungen des Marktes und Wettbewerbes werden also im Kartellrecht der VR China jedenfalls nicht immer aus der Perspektive des einzelnen Marktteilnehmers beurteilt.

⁶² EuGH, Urteil vom 23.04.1991, Rechtssache C-41/90 „Höfner und Elser“.

⁶³ Vgl. QIAN Yingyi, The Process of China's Market Transition (1978-98): The Evolutionary, Historical and Comparative Perspectives. Paper prepared for the Journal of Institutional and Theoretical Economics symposium on „Big-Bang Transformation of Economic Systems as a Challenge to New Institutional Economics,“ June 9-11, 1999, Wallerfangen/Saar. Die Grenze von acht Mitarbeitern geht wahrscheinlich auf eine Erläuterung Engels zurück, der einen Betrieb erst ab dem achten Lohnarbeiter als kapitalistisch beschreibt; vgl. Friedrich Engels, Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft, in: Karl Marx/Friedrich Engels, Werke, herausgegeben vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Bd. 1-43, Berlin, S. 7860.

⁶⁴ Vor derartigen Schwierigkeiten warnte aus der koreanischen Perspektive: Ohseung Kwon, Applying the Korean Experience with Antitrust Law to the Development of Competition Law in China, in: Washington University Global Studies Law Review 2004, Nr. 3, S. 347-361.

⁶⁵ 投资关系、协议或者其他安排。

⁶⁶ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 117.

⁶⁷ Der Entwurf 2006 sah einen Jahresumsatz aller Beteiligten von weltweit RMB 12 Mrd. Yuan in Verbindung mit RMB 800 Mio. Yuan Umsatz in der VR China eines Beteiligten vor. Vgl. Antimonopolgesetz der VR China (Entwurf), in: ZChinR 2006, S. 426 ff.

⁶⁸ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 129 f.

⁶⁹ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 141 f. Als Vorbild für diese Regelung wird das russische Kartellgesetz genannt.

c. Prüfungskriterien der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz

In § 27 Kartellgesetz wurde eine Liste von Prüfungskriterien für die Zusammenschlusskontrolle normiert. Die sechs zu erwägenden Aspekte sind demnach:

- Marktanteile und Marktmacht auf einem relevanten Markt (Nr. 1);
- Konzentrationsgrad des relevanten Marktes (Nr. 2);
- Einfluss des Zusammenschlusses auf den Marktzutritt und die technische Entwicklung (Nr. 3);
- Einfluss des Zusammenschlusses auf die Verbraucher und andere Gewerbetreibende (Nr. 4);
- Einfluss des Zusammenschlusses auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung (Nr. 5);
- andere Faktoren, die von der zuständigen Behörde als den Wettbewerb beeinflussend angesehen und definiert werden (Nr. 6).

Diese Liste wird durch Nr. 6 für weitere Aspekte offen gehalten und bedarf selbst in den normierten Punkten einiger Konkretisierung. Die Kommentierung erläutert zu § 22 Nr. 1, dass zunächst nach Marktanteilen gefragt werde, da diese eine signifikante Beschränkung des Wettbewerbs indizieren sollen. Der Aspekt Marktmacht in Nr. 1 soll anhand von Kriterien wie vertikale und horizontale Vernetzung sowie den potenziellen Auswirkungen des Zusammenschlusses beurteilt werden, wobei Markteintrittsmöglichkeiten, Substituierbarkeit von Produkten, Effizienzsteigerung oder Gestaltungsfreiheit in der Preisfindung eine Rolle spielen.⁷⁰ Bei der Bewertung der Unternehmenskonzentration nach Nr. 2 schlägt die Kommentierung eine Beurteilung auf der Grundlage des Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI-Index) vor.⁷¹ In Bezug auf die Kriterien Markteintritt und technische Entwicklung in Nr. 3 referiert die Kommentierung die entsprechenden Punkte des „Anmeldeleitfaden zur Kartellkontrolle bei einem Kauf von/ einer Fusion mit inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren“⁷² [im Folgenden Leitfaden], so dass hier auf diese verwiesen werden kann.⁷³ Zu Nr. 4 nennt die Kommentierung die Aspekte Preis und Qualität und stellt auch die

Bedeutung von Zusammenschlüssen auf vor- und nachgelagerten Märkten heraus.⁷⁴ Zu der eigentlich besonders interpretationsbedürftigen Beurteilung nach gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten (Nr. 5) bleibt auch die Kommentierung sehr vage, so dass gerade dieses Kriterium geeignet erscheint, Zusammenschlussvorhaben zu gefährden. Die Kommentierung verweist lediglich zunächst auf die allgemeinen Ziele des Kartellgesetzes⁷⁵ und rechtfertigt dann etwaige Untersagungen aufgrund von politischen Richtlinien (z.B. im Bereich der Branchenstrukturentwicklung) mit Schlagwörtern wie „Entwicklungsland“ und „Anfangsstadium der sozialistischen Marktwirtschaft“.⁷⁶

Ein wichtiger Aspekt der Prüfung eines Zusammenschlusses ist es, zunächst den relevanten Markt zu definieren. Da dies auch für andere kartellrechtliche Untersuchungen von Bedeutung ist, wurde bereits im allgemeinen Teil des Kartellgesetzes, in § 12, eine Legaldefinition vorgenommen. Gemäß dieser Vorschrift sind ein sachlicher, räumlicher und zeitlicher Markt abzugrenzen. Allerdings sind auch diese Aspekte genauer zu betrachten. Der sachliche Markt soll nach der Kommentierung anhand von Eigenschaften, Verwendungsmöglichkeiten und Preisen der jeweiligen Waren oder Dienstleistungen erfasst und aus der Warte des Verbraucherhorizontes mittels eines Substitutions-tests abgegrenzt werden.⁷⁷ Auch der räumliche Markt wird aus der Verbraucherperspektive beurteilt, wobei vor allem der Preis der Produkte und die Besonderheiten der Verbraucher aber auch politische, wirtschaftliche und kulturelle Unterschiede der Regionen zu beachten sind.⁷⁸ Gerade die letzten Punkte verdeutlichen sehr gut, dass die chinesische Wirtschaftsadministration den Markt auf dem Staatsgebiet der VR China keineswegs als homogen oder gar einheitlich versteht.⁷⁹

d. Eingreifkriterien des Kartellgesetzes bezüglich der Konzentration von Gewerbetreibenden

Die Eingreifkriterien des allgemeinen Teils des Kartellgesetzes sind im Wesentlichen als programmatische Leitsätze zu verstehen, geben aber auch einen guten Einblick in die systematische und teleologische Einbettung des Kartellgesetzes in die chinesische Wirtschaftsgesetzgebung. In § 1 werden

⁷⁰ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 177 f.

⁷¹ Der Herfindahl-Hirschmann-Index ist eine Berechnungsmethode für die Ermittlung von Marktkonzentrationen, die auch von den amerikanischen Kartellbehörden verwendet wird.

⁷² 外国投资者并购境内企业反垄申报指南 von 09.03.2007, chinesisch-englisch in: China Law and Practice, Vol. 21 (2007), Nr. 3, S. 35 ff.

⁷³ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 178 f. Siehe unten Kap. IV.3.f.

⁷⁴ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 179.

⁷⁵ § 1 Kartellgesetz; siehe unten Kap. IV.2.d.

⁷⁶ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 180.

⁷⁷ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 61.

⁷⁸ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 62.

⁷⁹ Allerdings darf hier nicht übersehen werden, dass die Formulierung „Regionen“ immer auch Taiwan einschließt, was zwangsläufig zu kultureller, politischer und wirtschaftlicher Varianz des „Marktes China“ führt.

als Ziele der Schutz des fairen Wettbewerbs, die Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz, der Schutz von Verbraucher- und Wohlfahrtsinteressen und die gesunde Entwicklung der Marktwirtschaft sozialistischer Prägung angeführt. In dieser Vielzahl von Zielen stellt sich nun die Frage nach einer Hierarchie, bzw. nach dem Verhältnis der verschiedenen Ziele zueinander. Schließlich sind Widersprüche zwischen z.B. einer Effizienzsteigerung (z.B. Einsparung von Arbeitsplätzen) und dem Schutz von Wohlfahrtsinteressen (z.B. Erhalt von Arbeitsplätzen) evident. Von besonderem Interesse ist dabei das Verhältnis von Wettbewerbsschutz zu entwicklungspolitischen Erwägungen. Die Kommentierung führt zu ersterem Aspekt aus, dass der Zweck des Wettbewerbs darin besteht, die Effizienz der Gesamtwirtschaft zu steigern und die dadurch erlangten Vorteile an die Gesellschaft weiter zu geben. Zwar soll auch die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen Gewerbetreibenden geschützt werden; es sei aber zu beachten, dass eben nicht der freie, sondern der faire Wettbewerb geschützt wird.⁸⁰ Als Aspekte des Schutzes von Wohlfahrtsinteressen nennt die Kommentierung Energieeffizienz, Umweltschutz, Katastrophenschutz und -hilfe, Beschäftigung und die Gewährleistung, dass im Außenhandel und in der Wirtschafts Kooperation mit dem Ausland (nur) lautere Interessen realisiert werden.⁸¹ Begründet werden all diese Ziele mit den Erfordernissen einer „guten und schnellen“⁸² Wirtschaftsentwicklung des Landes in Verbindung mit dem gegenwärtigen Anfangsstadium der sozialistischen Marktwirtschaft. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der freie Wettbewerb (noch) nicht als Ordnungsprinzip für die chinesische Wirtschaft geeignet sei, was mit der mangelnden Durchdringung des Wirtschaftsverkehrs vom Wettbewerbsgedanken begründet wird.⁸³ Die Kommentierung ordnet das Kartellrecht also der aktiven Wirtschaftslenkung unter und verdeutlicht den primär ziel- und zweckorientierten Charakter des Wettbewerbs in der VR China.

Ein konkreteres Eingreifkriterium wird in § 3 Nr. 3 Kartellgesetz normiert. Hier heißt es, dass der Tatbestand Kartellverhalten, welcher nach § 1 Kartellgesetz zu verhindern oder aber jedenfalls zu untersagen ist, erfüllt ist, wenn durch einen Zusammenschluss von Gewerbetreibenden der Wettbewerb ausgeschlossen wird oder aber dieser Zusammenschluss eine beschränkende Wirkung auf den Wettbewerb hat. Diese beiden Aspekte

werden in § 28 Kartellgesetz nochmals als Untersagungskriterium wiederholt. Versteht man nun den Wettbewerb aber als ein Instrument der Wirtschaftsentwicklung, so müssen auch Ausschluss und Beschränkung des Wettbewerbs vor dem Hintergrund der jeweiligen Zielsetzungen der Wirtschaftspolitik interpretiert werden und somit das Eingreifkriterium gemäß § 3 Nr. 3 Kartellgesetz keine Anwendung auf entwicklungspolitisch begründete Wettbewerbsbeschränkung finden.

Die utilitaristische Auffassung von Wettbewerb manifestiert sich auch in § 4 Kartellgesetz. Hier wird zunächst klargestellt, dass es in der Hoheit des Staates liegt, Wettbewerbsregeln zu schaffen, die vor allem der sozialistischen Marktwirtschaft zu entsprechen haben, während gleichzeitig auch die makroökonomische Steuerung der Wirtschaft weiter verbessert werden soll. Die Kommentierung zum Kartellgesetz verdeutlicht jedoch, dass es sich hier keinesfalls um eine Entkräftung des Wettbewerbsgedanken handelt, sondern lediglich den gegenwärtigen Unvollkommenheiten der chinesischen Wirtschaft geschuldet ist, vor deren Hintergrund der Wettbewerb zunächst noch reguliert werden müsse, um dann später als schützenswert gelten zu können.⁸⁴ Das Ziel dieser Vorgehensweise ist dann gemäß § 4 Kartellgesetz ein harmonisierter, offener, wettbewerbsmäßiger und geordneter Markt. Wettbewerb wird also auch hier primär als ein Instrument der Wirtschaftslenkung gesehen und erst für die Zukunft als ein eigenständiges, bisher noch nicht voll entwickeltes Schutzgut verstanden.

Es ist jedoch äußerst unwahrscheinlich, dass diese theoretischen Fragen einzige Grundlage für die Entscheidung über konkrete Zusammenschlüsse sein werden. Ihr Einfluss auf die Anwendung offen formulierter Normen darf allerdings nicht unterschätzt werden.

e. Freistellungskriterium der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz

Im Gegensatz zu den Bestimmungen 2006 findet sich im Kartellgesetz keine Auflistung von möglichen Freistellungskriterien. Lediglich in § 28 Satz 2 werden diese angedeutet. So können die generell von einer Untersagung bedrohten Beteiligten eines Zusammenschlusses den Nachweis erbringen, dass die positiven Effekte des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb die negativen Auswirkungen bei weitem überwiegen bzw. dass der Zusammenschluss im öffentlichen Interesse steht. Das Kriterium des öffentlichen Interesses wird im Kommentar im Gegensatz zur Abwägung

⁸⁰ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 2 f.

⁸¹ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 3.

⁸² 又好、又快.

⁸³ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 1.

⁸⁴ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 15.

der Effekte auf den Wettbewerb detailliert ausgeführt, wobei vor allem abermals auf die Aspekte Energieeffizienz, Umweltschutz, Beschäftigung und technologischer Fortschritt abgestellt wird.⁸⁵ Insgesamt bleibt die Freistellung eines Zusammenschlusses nach dem Kartellgesetz jedoch sehr vage, so dass auch hier der Staatsrat gefordert ist, weitere Rechtsnormen zu erlassen.

f. Prüfung eines ausländischen Zusammenschlusses auf dessen Vereinbarkeit mit der Staatssicherheit

Eine besondere Hürde wurde vom Kartellgesetz für Zusammenschlüsse ausländischer Investoren mit inländischen Unternehmen geschaffen, so dass die Bestimmungen 2006 nicht die einzige Rechtssetzung ist, die bei Zusammenschlüssen mit Auslandsbezug Anwendung findet. In § 31 Kartellgesetz ist für die besagten Zusammenschlüsse eine Staatssicherheitsprüfung vorgesehen, welche die Kommentierung zum Kartellgesetz in ein direktes Verhältnis zur Prüfung auf Beeinflussung der nationalen Wirtschaftssicherheit in § 12 der Bestimmungen 2006⁸⁶ setzt und explizit als Instrument des Investitionsregimes versteht. Begründet wird diese Maßnahme mit den Unvollkommenheiten und der Schwäche des chinesischen Marktes, der sich noch entwickeln müsse.⁸⁷ Ausländische Investitionen werden auch in der Kommentierung durchaus als hilfreich für die Entwicklung gesehen, lösen aber offenbar bei der chinesischen Wirtschaftsadministration immer noch eine latente Xenophobie aus. Die Kommentierung bleibt generell sehr unklar in Bezug auf mögliche Prüfungskriterien und nennt als Kriterien der Staatssicherheitsprüfung unter anderem die Wirtschaftssicherheit, Sicherheit der Landesverteidigung und kulturelle Sicherheit.⁸⁸ Es bleibt abzuwarten, wie China mit dieser unbestimmten Rechtsgrundlage verfahren und ob sich tatsächlich eine Sicherheitsüberprüfung von Zusammenschlüssen etablieren wird.

Dass eine solche Prüfung nicht in den Entwürfen, sondern erst im Jahr 2007 in der endgültigen Fassung auftaucht, scheint auch einer außerchinesischen Gesetzgebung geschuldet zu sein: Im Zuge der Übersensibilisierung der USA bezüglich der nationalen Sicherheit nach dem 11. September 2001 wurde am 26. Juli 2007 der Foreign Investment and National Security Act⁸⁹ erlassen, der es dem Präsidenten der USA ermöglicht, ausländische Investi-

tionen zu untersagen, wenn diese die nationale Sicherheit gefährden. Bereits 1988 hatten die USA auf der Grundlage des Defence Production Act, die Exon-Florio Provision erlassen, die dem Präsidenten vergleichbare Kompetenzen einräumten und in dem Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) eine dem Finanzministerium angegliederte Untersuchungsbehörde schuf.⁹⁰ Die erste Untersagung betraf ausgerechnet das chinesische Unternehmen China National Aero-Technology Import and Export Corporation (CATIC), dem es nicht gestattet wurde das amerikanische Luftfahrtunternehmen Mamco Manufacturing Company zu übernehmen. Ein weiteres chinesisches Zusammenschlussvorhaben, das vom CFIUS untersucht wurde, war die Übernahme von IBM durch Lenovo, die jedoch freigestellt wurde. Die Übernahme von UNOCAL durch CNOOC geriet gleichsam auf die Agenda des CFIUS, wurde zwar nicht untersagt, scheiterte jedoch aus politischen Gründen, obwohl die chinesische Seite bereit war, eine Sicherheitsprüfung über sich ergehen zu lassen.⁹¹ Die protektionistische Politik eines anderen Staates sollte zwar nicht als Rechtfertigung für eigenen Protektionismus dienen dürfen, lässt aber in diesem Fall die Staatssicherheitsprüfung der VR China in einem etwas anderen Licht erscheinen.

g. Behörde und Verfahren der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz

Die Zuständigkeit für die Zusammenschlusskontrolle ist noch nicht eindeutig normiert worden. In § 10 Kartellgesetz heißt es, dass es dem Staatsrat obliegt, die Organe (oder ein Organ) mit den jeweiligen Aufgaben des Kartellgesetzes zu betrauen. Es werden jedoch keine konkreten Angaben darüber gemacht, welche (bestehenden) Organe hier gemeint sind. Auch die Kommentierung zum Kartellgesetz lässt diese Frage noch offen. Sie beschreibt die Varianten anderer Länder die Zuständigkeit entweder zu bündeln oder einem einzigen eigenständigen Organ zu übertragen.⁹² Um diese Problematik gibt es noch etliche Diskussionen und während in der Sekundärliteratur häufig eine unabhängige Behörde gefordert wird,⁹³ scheint die bestehende Administration und mit ihr die Kommentierung die Kompetenzen auf ver-

⁸⁵ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 186 f.

⁸⁶ Siehe hierzu unten Kap. IV.3.c.

⁸⁷ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 209 f.

⁸⁸ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 210.

⁸⁹ Public Law 110-49—JULY 26, 2007.

⁹⁰ Vgl. James K. Jackson, The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment, in: Congressional Research Service RS22197.

⁹¹ Vgl. David Marchick/Richard Mintz, The Shifting Landscape of CFIUS, in: China Business Review 2007, January-February, S. 42 ff.; HAN Long (韩龙), Chinas Vorbild: Die Staatssicherheitsprüfung der USA bei ausländischen Zusammenschlüssen (美国对外资并购的国家安全审查制度: 中国之借鉴), in: Jianghai xuekan (江海学刊) 2007, Nr. 4, S. 133-138.

⁹² Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 48.

⁹³ Vgl. etwa ZENG Chenke (曾晨珂), Über den Aufbau der staatlichen Kartellrechtvollzugsorgane (论我国反垄断法执法机构的设置), in: Fazhi yu shehui (法制与社会) 2007, Nr. 5, S. 72 f.

schiedene Organe aufteilen zu wollen.⁹⁴ Für die Koordinierung aller kartellrechtlichen Aufgaben und die weitere Rechtssetzungstätigkeit soll nach § 9 Kartellgesetz ein neues Kartellkomitee unter dem Staatsrat zuständig sein.

Gemäß § 21 Kartellgesetz sind Zusammenschlüsse vor dem Vollzug anzumelden und es besteht ein Vollzugsverbot für nicht freigestellte Zusammenschlüsse. Die VR China folgt also dem Modell einer präventiven Zusammenschlusskontrolle. In den §§ 23-26 Kartellgesetz wird schließlich das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle umrissen. Grundsätzlich unterscheidet es sich nicht von der zweigliedrigen Struktur (bestehend aus 30 Tagen Vorprüfung und zusätzlich 60 Tagen Hauptprüfung) der Bestimmungen 2006,⁹⁵ sieht aber für die Phase der Hauptprüfung gemäß § 26 Abs. 2 Kartellgesetz unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit vor, das Hauptverfahren um weitere 60 Tage zu verlängern. Zusätzlich wird in § 29 Kartellgesetz normiert, dass ein Zusammenschluss auch unter Auflagen, bzw. in geänderter Form freigestellt werden kann, so dass hier der Staatsrat, bzw. dessen zuständiges Organ einen relativ großen Gestaltungsspielraum in der Entscheidungsfindung hat. Sollte das zuständige Organ in der beschriebenen Frist keine Hauptprüfung eingeleitet bzw. keine abschließende Entscheidung getroffen haben, kann gemäß § 25 Abs. 2 bzw. § 26 Abs. 3 der Zusammenschluss vollzogen werden. In § 53 Kartellgesetz wird schließlich auch der Widerspruch gegen Entscheidungen der Vollzugsorgane normiert. Gegen Entscheidungen nach den §§ 28 und 29 Kartellgesetz ist zunächst Verwaltungswiderspruch zu erheben und wenn dieser keinen Erfolg hat, besteht die Möglichkeit der Verwaltungsklage. Gegen andere Entscheidungen kann sich der Betroffene direkt mit einer Verwaltungsklage wehren. Es ist anzunehmen, dass diese Regelungen nun auch auf Zusammenschlüsse Anwendung finden, die nach den Bestimmungen 2006 beurteilt werden, also zukünftig auch für diese Zusammenschlüsse der Rechtsweg der Verwaltungsklage besteht.⁹⁶

3. Zusammenschlusskontrolle nach den „Bestimmungen über den Kauf von/ die Fusion mit inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren“

Die hier behandelten Bestimmungen wurden am 08.08.2006 vom Handelsministerium veröffentlicht und sind am 08.09.2006 in Kraft getreten. In

den §§ 51-54 dieser Verwaltungsvorschrift finden sich Regeln für eine kartellrechtliche Überprüfung von Unternehmenszusammenschlüssen.

a. Anwendungsbereich der Fusionsbestimmungen

Zunächst ist zu prüfen, wie die Normadressaten ausländischer Investor⁹⁷ (als Erwerber), inländisches Unternehmen⁹⁸ (als Übernahmeziel) und das Akronym Fusion/Kauf⁹⁹ definiert werden.

Als ausländischer Investor kommt zunächst (wie bereits in den Bestimmungen 2003) jede ausländische natürliche und juristische Person in Betracht.¹⁰⁰ Die Regeln des § 9 Abs. 3 der Bestimmungen 2006 lassen auch erkennen, dass im Ausland von natürlichen oder juristischen chinesischen Personen errichtete juristische Personen als ausländischer Investor gelten. Problematisch ist die Qualifikation von ausländisch kapitalisierten Unternehmen [im Folgenden FIE = Foreign Invested Enterprise] als ausländische Investoren. Grundsätzlich gilt, dass (wie bereits in den Bestimmungen 2003) ein FIE nur im Vermögenserwerb (s.u.) als ausländischer Investor gewertet wird.¹⁰¹ Allerdings hat sich gemäß § 55 der Bestimmungen 2006 jedenfalls der Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Überprüfung ausgeweitet. So sollen die Bestimmungen 2006 gemäß § 55 Abs. 3 auch auf jede Fusion und Übernahme eines inländischen Unternehmens mittels eines FIE durch einen ausländischen Investor angewendet werden, wenn es in anderen einschlägigen Vorschriften keine entsprechenden Regelungen gibt.¹⁰² Da bisher in keiner weiteren geltenden Rechtsvorschrift eine Kartellkontrolle normiert ist, finden die entsprechenden Normen der Bestimmungen 2006 Anwendung. Die Formulierung des § 55 Abs. 3 lässt allerdings nicht klar erkennen, ob nun jedes FIE beim Zusammenschluss mit einem inländischen Unternehmen als ausländischer Investor im Sinne der Bestimmungen 2006 gilt, ob wie in § 2 Halbs. 2 Alt. 1 lediglich FIEs in Betracht kommen, die zum Zwecke eines Zusammenschlusses gegründet wer-

⁹⁷ 外国投资者 .

⁹⁸ 境内企业 .

⁹⁹ 并购 , dieser Begriff ist sicherlich dem Englischen „Merger and Acquisition“ entlehnt. Dem Terminus Zusammenschluss würde eher das chinesische 兼并 entsprechen, für Fusion wird traditionell eher der Begriff 合并 oder in der durchaus negativen Konnotation 并购 benutzt. Der Bestandteil 购 in dem heute verwendeten 并购 wurde vom Ausdruck 企业收购 für Unternehmenskauf übernommen.

¹⁰⁰ § 2 Bestimmungen 2006 (Fn. 7).

¹⁰¹ Vgl. zum Anwendungsbereich der Vorläufigen Bestimmungen: Mario Feuerstein, Erwerb inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren in China, in: ZChinR 1/2004, S. 19 ff.

¹⁰² Z.B. die Verwaltungsmaßnahme für die strategische Investition ausländischer Investoren in börsennotierte Gesellschaften (外国投资者对上市公司战略投资管理办法) vom 31.12.2005, in: WU et. al. (Fn. 10), S. 410-412.

⁹⁴ Vgl. Kommentierung (Fn. 56), S. 48 f., 129 f.

⁹⁵ Siehe unten Kap. IV.3.f.

⁹⁶ Siehe unten Kap. IV.3.f.

den¹⁰³ oder ob etwa keine Mittel für den Zusammenschluss eingesetzt werden dürfen, die im Inland erwirtschaftet worden sind. Da in § 55 Abs. 3 Halbs. 2 explizit auf die vorrangige Anwendung der Bestimmungen zur Fusion und Aufspaltung von FIEs¹⁰⁴ verwiesen wird und dort in § 2 auf alle ausländischen Unternehmen mit Rechtspersönlichkeit abgestellt wird, sollten die Bestimmungen 2006 hier weit verstanden werden, so dass davon ausgegangen werden muss, dass in diesem Fall jedes FIE als ausländischer Investor gilt.

Als inländisches Unternehmen bezeichnet § 2 der Bestimmungen 2006 explizit alle nicht ausländisch kapitalisierten Unternehmen. In der Verkürzung dieses Ausdruckes wählt der Gesetzgeber die Formulierung der inländischen Gesellschaft, so dass hier alle in der VR China ohne eine ausländische Beteiligung errichteten und registrierten GmbHs und AGs erfasst werden.¹⁰⁵ Auch bei der Definition des Begriffs „inländisches Unternehmen“ erweitern die Kollisionsbestimmungen des § 55 der Bestimmungen 2006 den Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Kontrolle. Gemäß § 55 Abs. 2 finden die Bestimmungen 2006 Anwendung, wenn ein ausländischer Investor bestehende Anteile oder in einer Kapitalerhöhung neu ausgegebene Anteile eines FIE übernimmt, soweit sich in den anderen einschlägigen Vorschriften keine Regelung findet.¹⁰⁶ Somit können in diesen Grenzen auch FIE als inländische Unternehmen für eine kartellrechtliche Überprüfung gemäß den §§ 51-54 der Bestimmungen 2006 in Frage kommen.

Undefiniert bleibt auch das Akronym Fusion/Kauf. Es werden in § 2 der Bestimmungen 2006 lediglich zwei Zusammenschlussvarianten in jeweils zwei Formen normiert, die beide grundsätzlich als Unternehmenskäufe zu beurteilen sind. Als Anteilsrechts-Fusion/Kauf¹⁰⁷ (Anteilsrechtserwerb) wird verstanden, wenn bestehende Gesellschaftsanteile gekauft oder im Zuge einer Kapitalerhöhung neu ausgegebene Anteile übernommen werden, so dass in beiden Fällen die inländische Gesellschaft in ein FIE umgewandelt wird.¹⁰⁸ Die

zweite Variante wird als Fusion/Kauf von Anlagevermögen¹⁰⁹ (Vermögenserwerb) bezeichnet. Für diese zweite Variante werden die beiden Möglichkeiten genannt, dass der ausländische Investor eine Gesellschaft gründet und in der Gründung durch Vereinbarung Anlagevermögen eines inländischen Unternehmens erwirbt und dieses betreibt oder dass die Gründung der Gesellschaft mit Hilfe des zuerst erworbenen Anlagevermögens als Sacheinlage erfolgt. Da gemäß § 27 der Bestimmungen 2006 im Falle eines Anteilsrechtserwerbs der ausländische Investor eigene und im Ausland gehandelte Anteilsrechte als Zahlungsmittel einsetzen kann, fällt auch diese Fusion im engeren Sinne in den Anwendungsbereich der Bestimmungen.

b. Anmeldekriterien der kartellrechtlichen Kontrolle

§ 51 der Bestimmungen 2006 legt die Anmeldepflicht eines Zusammenschlusses zur kartellrechtlichen Kontrolle dem ausländischen Investor auf. Es werden vier konkrete Kriterien genannt, die jeweils eine Anmeldung erforderlich machen. Laut § 51 Abs. 1 Nr. 1 erfordert die Überschreitung der Schwelle von RMB 1,5 Mrd. Yuan Jahresumsatz eines der Beteiligten auf dem chinesischen Markt eine Anmeldung. Ferner ist eine Anmeldung laut § 51 Abs. 1 Nr. 2 auch angezeigt, wenn innerhalb eines Jahres bereits Zusammenschlüsse mit mehr als zehn Unternehmen in verbundenen Branchen betrieben wurden. Diese Vorschrift ist fragwürdig, da z.B. der elfte Zusammenschluss mit dem elften kleineren Unternehmen aus der elften Provinz, in denen jeweils weniger als 25% der Anteile gehalten werden, auch zur Anmeldung verpflichtet, obwohl hier weder von übermäßiger Konzentration, noch von Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder von Schädigung des Verbrauchers gesprochen werden kann.¹¹⁰ Es würde sich anbieten, eine de-minimis-Regel einzuführen, die z.B. eine Mindestgröße des Jahresumsatzes der übernommenen Unternehmen normiert oder aber wenigstens den offenen Begriff der „verbundenen Branchen“ auf austauschbare Produkte zu beschränken. § 51 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 stellen bei der Anmeldepflicht auf Marktanteile ab. Sobald ein Beteiligter – einschließlich der Unternehmen, die mit diesem verbunden sind – vor dem Zusammenschluss bereits 20% Marktanteil hat oder wenn der Zusammenschluss zu 25% Marktanteil führt, so ist dieser Zusammenschluss anzumelden. Einen Hinweis auf den Umfang der Zurechnung verbundener Unternehmen liefert § 3

¹⁰³ Vgl. WU et al. (Fn. 10), S. 96.

¹⁰⁴ 关于外商投资企业合并与分立的规定 v. 22.11.2001; in: LUO et al. (Fn. 36), S. 490-495.

¹⁰⁵ Vgl. Feuerstein (Fn. 51), S. 20 f.

¹⁰⁶ Als Spezial-Vorschrift werden hier explizit die Bestimmungen über einige Fragen bezüglich der Anteilsveränderungen der Investoren in FIE genannt (外商投资企业投资者股权变更的若干规定 v. 28.05.1997), in: LUO et al. (Fn. 36), S. 499-502.

¹⁰⁷ 股权并购.

¹⁰⁸ Aus § 9 der Bestimmungen 2006 erschließt sich, dass eine Mindest-erwerbsmenge nicht erforderlich ist, um als FIE im Sinne dieser Bestimmungen zu gelten. Lediglich um als vorzugsberechtigtes FIE zu gelten, ist eine Mindest-erwerbsmenge von mehr als 25% der Anteile des inländischen Unternehmens erforderlich. Zu dieser Problematik allgemein: Kellerhals (Fn. 36), S. 109 ff.

¹⁰⁹ 资产并购.

¹¹⁰ Vgl. WANG Xiaoye (王晓晔), Kommentar zum chinesischen Kartellrecht im Jahr 2006 (2006年中国反垄断法评述), in: Fazhi yanjiu (法治研究) 2007, Nr. 5, S. 15.

Nr. 5 Leitfaden, der alle mit einer Zusammenschlusspartei verbundenen Unternehmen und natürliche Personen¹¹¹ definiert, die bei einer Anmeldung zu nennen sind. Es werden genannt: 1.) Alle Unternehmen oder natürliche Personen, die eine der Zusammenschlussparteien direkt oder indirekt kontrollieren; 2.) Alle Unternehmen, die von einer der Zusammenschlussparteien direkt oder indirekt kontrolliert werden; 3.) Alle weiteren Unternehmen, die von den in Nr. 1 bezeichneten Unternehmen oder natürlichen Personen direkt oder indirekt kontrolliert werden; 4.) Alle sonstigen verbundenen Unternehmen und natürlichen Personen. Diese sehr weiten Vorgaben sind auf das Bestreben des Gesetzgebers zurückzuführen, auch informelle Bindungen zu erfassen, deren Bedeutung für China nicht häufig genug betont werden kann.¹¹² Greift man auch für die Bestimmung eines relevanten Marktes, die für eine Berechnung von Marktanteilen unerlässlich ist, ebenfalls auf Anmeldeerfordernisse aus dem Leitfaden zurück, so ist der relevante Markt gemäß § 5 Nr. 8 Leitfaden anhand des sachlichen und räumlichen Marktes¹¹³ zu bestimmen. Gemäß § 5 Nr. 9 Leitfaden sind anhand der Bilanzen der letzten zwei Jahre die Umsätze auf dem relevanten Markt darzustellen und Marktanteile zu errechnen, wobei Datenherkunft und Berechnungsmethode darzulegen sind.

Neben diesen vier relativ transparenten Punkten des § 51 Abs. 1 Nr. 1-4 der Bestimmungen 2006 kann gemäß § 51 Abs. 2 der Bestimmungen 2006 aber auch dann eine Anmeldepflicht bestehen, wenn keine der vier genannten Kriterien erfüllt ist. Wenn nämlich ein inländischer Wettbewerber, eine relevante Behörde oder eine Branchenvereinigung einen Antrag auf Anmeldung stellt und wenn das Handelsministerium oder die Staatliche Verwaltung für Industrie und Handel [im Folgenden SAIC = State Administration for Industry and Commerce] der Meinung ist, dass „der Zusammenschluss bezüglich des Marktanteils besonders groß“¹¹⁴ ist oder wenn „andere wichtige Faktoren vorliegen, die z.B. den Wettbewerb gravierend beeinträchtigen“¹¹⁵, dann kann der ausländische Investor ebenfalls zur Anmeldung verpflichtet werden. Hier wird jedem Konkurrenten die Möglichkeit gegeben, die Wirtschaftsverwaltung zu einer Überprüfung eines für ihn nachteiligen Zusammenschlusses aufzufordern. Dieser Umstand ist grund-

sätzlich durchaus positiv zu bewerten, da es die Aufgabe des Staates ist, strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsordnung zu verhindern und dem betroffenen Unternehmen die Chance gegeben werden sollte, den Staat auf eine drohende Verschlechterung aufmerksam zu machen. Problematisch ist jedoch wiederum die offene Formulierung der Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Wirtschaftsverwaltung tatsächlich zu einer Anmeldung verpflichtet. Interessanterweise führte gerade das Verfahren gemäß § 51 Abs. 2 zur ersten Kartellanhörung¹¹⁶ der VR China: Als der französische Konzern SEB, zu dem u.a. die Marken Tefal, Moulinex und Rowenta zählen, 61% des chinesischen Marktführers für Kochgeschirr Supor übernehmen wollte, erhielt die Chinesische Vereinigung der Metallwarenproduzenten¹¹⁷ im Oktober 2006 eine Anfrage des Handelsministeriums mit der Bitte um eine Einschätzung dieses Zusammenschlusses.¹¹⁸ Diese Branchenvereinigung äußerte in ihrer Antwort keinerlei Bedenken, so dass dem Zusammenschluss grundsätzlich nichts mehr im Wege stand. Allerdings fühlten sich etliche Mitglieder der Kochgeschirrsparte dieser Vereinigung übergangen und sahen ihre Meinung nicht repräsentiert. Als Grundlage für eine positive Beurteilung wurde vor allem die Verflechtung des geschäftsführenden Vorstands der Branchenvereinigung mit Supor genannt. Dieser war nämlich bis zum Oktober 2006 als unabhängiger Vorstand¹¹⁹ bei Supor tätig. Vor diesem Hintergrund machten dann sechs Wettbewerber von Supor von ihrem Recht gemäß § 51 Abs. 2 der Bestimmungen 2006 Gebrauch und forderten das Handelsministerium zu einer Kartellanhörung auf, die dann (leider) in nicht öffentlicher Sitzung durchgeführt wurde.¹²⁰ Trotz der durchaus berechtigten Bedenken der Wettbewerber von Supor in Bezug auf dessen verstärkte Marktmacht, sah das Handelsministerium offenbar keine Gefährdung des Wettbewerbs und der Verbraucherinteressen, so dass im April 2007 schließlich die Freistellung erfolgte.¹²¹ Es ist sicherlich zu früh, die Kartellkontrolle aus dieser ersten Episode der VR China abschließend zu beurteilen und als zusammenschlussfreundlich zu charakterisieren. Zum jetzigen Zeitpunkt stellt sie sich aber

¹¹⁶ Siehe unten Kap. IV.3.g.

¹¹⁷ 中国五金制品协会.

¹¹⁸ Ob dieses Vorgehen gängige Praxis des Handelsministeriums ist, konnte nicht geklärt werden.

¹¹⁹ 独立董事. Vgl. § 123 Gesellschaftsgesetz (Fn. 111) und Anmerkung 15 des Herausgebers in der genannten Übersetzung.

¹²⁰ Vgl. YUAN Huaming (袁华明), Der Fusionsfall Supor: Ein Streit mit vielen Wendungen (苏泊尔并购案一波三折), in: Jingji zongheng (经济纵横) 16.12.2006, S. 40 f.; WANG Xiaoye (Fn. 110), S. 16.

¹²¹ Vgl. „Fusion von Supor durch SEB vom Handelsministerium gebilligt“ <http://german.mofcom.gov.cn/aarticle/nachrichten/200704/20070404564425.html> (eingesehen am 22.10.2007).

¹¹¹ 关联关系的企业和个人. Zur Definition von Verbindung (关联关系) vgl. auch § 217 Nr. 4 Gesellschaftsgesetz der VR China (中华人民共和国公司法), deutsche Übersetzung in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht 27.10.2005/1.

¹¹² Vgl. etwa: Lisa Keister (Fn. 11), S. 113 ff.

¹¹³ 产品市场和地域市场.

¹¹⁴ 并购涉及市场份额巨大.

¹¹⁵ 其他严重影响市场竞争等重要因素.

eher als eine Remonstrationsinstanz für chinesische Unternehmer dar und ist somit als neue Möglichkeit zu sehen, durch die (Privat)-Unternehmer auf Entscheidungsprozesse der Verwaltung Einfluss nehmen können. Eine industrie- oder investitionspolitische Bedeutung ist noch nicht zu erkennen.

Die Anmeldekriterien des § 53 der Bestimmungen 2006 für Zusammenschlüsse im Ausland sehen die unscharfen Generalklauseln des § 51 der Bestimmungen 2006 nicht vor, sondern beinhalten lediglich einen abgeschlossenen Katalog von Voraussetzungen, unter denen eine Anmeldung vorgenommen werden muss. Laut § 53 ist ein Zusammenschluss anzumelden, wenn einer der Beteiligten in der VR China über Vermögenswerte von mehr als RMB 3 Mrd. Yuan verfügt (Nr. 1), wenn der letzte Jahresumsatz eines der Beteiligten in der VR China über RMB 1,5 Mrd. Yuan beträgt (Nr. 2), wenn der Marktanteil eines Beteiligten – einschließlich der mit diesem verbundenen Unternehmen – in der VR China vor dem Zusammenschluss bereits 20% Marktanteil erreicht hat, bzw. wenn der Zusammenschluss dazu führt, dass sich der bestehende Marktanteil auf 25% erhöht (Nr. 3 und 4) oder wenn ein Beteiligter in der VR China an mehr als 15 FIE direkt oder indirekt Anteile hält (Nr. 5). Neben der Schwierigkeit bei der Berechnung von Marktanteilen liegt das Hauptproblem dieses Paragraphen in dem unklaren Anwendungsbereich. Der Tatbestand des Zusammenschlusses im Ausland¹²² wird nicht definiert. Da in dieser Bestimmung nicht auf einen allgemeinen Zusammenschlussbegriff wie z.B. auf eine wesentliche Kontrolländerung, abgestellt wird, muss davon ausgegangen werden, dass eine Anmeldung immer dann vorzunehmen ist, wenn ein Anteilserwerb oder ein Vermögenserwerb im Sinne von § 2 der Bestimmungen 2006 vorliegt.

c. Eingreifkriterien der Fusionsbestimmungen

Ein sehr allgemeiner Katalog von Untersagungskriterien eines Zusammenschlusses findet sich in § 3 der Bestimmungen 2006, der u.a. die Grundsätze von „Gerechtigkeit und Vernunft“, „wertgemäßer Entgeltlichkeit“ sowie „Treu und Glauben“ normiert.¹²³ Diese Trias darf nicht überbewertet werden und bildet sicherlich nicht das faktische Eingreifkriterium. Sie könnte aber jederzeit als Rechtsgrundlage für politisch-motiviertes Verwaltungshandeln dienen und verdeutlicht in ihrer Unbestimmtheit einmal mehr eines der Kernprobleme der chinesischen Rechtsordnung.¹²⁴ In ähnlicher Weise sind in § 3 der Bestimmungen 2006

auch die Kriterien „Störung der sozio-ökonomischen Ordnung“, „Verletzung gesellschaftlicher Interessen“ und „Abfluss von Staatsvermögen“,¹²⁵ zu sehen, die ebenfalls eine Grundlage für einen Eingriff darstellen. Diese in chinesischen Rechtsdokumenten redundant auftauchenden Begriffe entfalten in der Regel ohne entsprechende Konkretisierungen keine direkte Wirkung. Sie fassen nur die Leitgedanken der chinesischen Wirtschaftsgesetzgebung zusammen, deren Geist jedoch in strittigen Fragen bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen einen nicht zu unterschätzenden Einfluss haben wird.

Ein weiteres politisch-motiviertes Eingreifkriterium findet sich in § 12 Abs. 2 der Bestimmungen 2006. Als Grundlage für eine Untersagung werden hier „tatsächliche oder mögliche gravierende Auswirkungen auf die nationale Wirtschaftssicherheit“¹²⁶ postuliert. Als Anmeldekriterien werden in § 12 Abs. 1 die Entstehung tatsächlicher Kontrolle eines ausländischen Investors in einem Unternehmen, das in einem „Schwerpunktgewerbe“ tätig ist,¹²⁷ die tatsächliche bzw. potenzielle Beeinträchtigung der „nationalen Wirtschaftssicherheit“ oder die Übertragung der Nutzung an einem berühmten Warenzeichen bzw. einer alten chinesischen Marke genannt. Sobald eines dieser Kriterien erfüllt wird, haben die Beteiligten des Zusammenschlusses den entsprechenden Umstand dem Handelsministerium zur Genehmigung anzuzeigen. Die Unbestimmtheit insbesondere des Kriteriums „mögliche Beeinträchtigung der nationalen Wirtschaftssicherheit“ bietet großes Potenzial für Rechtsunsicherheit in Bezug auf Anmeldepflichten und mögliche Eingriffe des Handelsministeriums in ein Zusammenschlussvorhaben. Indem dieses Eingreifkriterium durch die Nennung der Genehmigungsbehörde im Vergleich zu den bisher erwähnten Eingreifkriterien wesentlich konkreter ist, wird deutlich, dass diese Norm keinesfalls nur als Proklamation einer

¹²⁴ Das Prinzip der wertgemäßen Entgeltlichkeit hat seine theoretischen Wurzeln im sozialistischen Wertgesetz und taucht lediglich noch in einem geltenden nationalen Gesetz auf: § 4 Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts (中华人民共和国民法通则) v. 12.04.1986; deutsche Übersetzung in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht 12.4.86. Der Konsens, dass dieses Prinzip keine Anwendung mehr finden soll [vgl. etwa TANG Yong, Die wertgemäße Entgeltlichkeit ist kein Grundsatz des Zivilrechts (等价有偿不是民法的基本原则), in: Guizhousheng zhengfa guanli ganbu xueyuan xuebao (贵州省政法管理干部学院学报) 2001, Nr. 1, S. 41 f.], könnte sich langsam auflösen. So wurde etwa im Jahr 2006 eine „Ansicht über die Kreditsicherung kleiner und mittlerer Unternehmen“ [关于加强中小企业信用担保体系建设意见的通知, in: http://www.gov.cn/zwgk/2006-12/01/content_459533.htm (eingesehen am 20.10.2007)] verabschiedet, die dieses Prinzip wieder aufnimmt.

¹²⁵ 扰乱社会经济秩序和损害社会公共利益, 不得导致国有资产流失.

¹²⁶ 对国家经济安全造成或可能造成重大影响. Auf diesen Punkt wird in Kapitel 4.2 näher eingegangen.

¹²⁷ Zum Themenkomplex Schwerpunktgewerbe vgl. HONG Hai (洪海), Untersuchung und Praxis der Leitlinien bei der Aufsicht über Schwerpunktgewerbe (重点行业监管思路的探索与实践), in: Zhongguo gongshang guanli yanjiu (中国工商管理研究) 2007, Nr. 5, S. 24-27.

¹²² 境外并购.

¹²³ 公平合理、等价有偿、诚实信用的原则.

Industriepolitik zu sehen ist, sondern direkte Auswirkungen auf Zusammenschlussvorhaben nach den Bestimmungen 2006 haben kann. Ob es sich hier um eine eigenständige Überprüfung von Zusammenschlüssen handelt oder ob dieser Kontrollmechanismus zukünftig vielleicht von der oben genannten Staatssicherheitsprüfung überlagert wird,¹²⁸ kann noch nicht beantwortet werden, letzteres liegt jedoch nahe.

Als originär kartellrechtliche Eingreifkriterien sind in § 3 der Bestimmungen 2006 „übermäßige Konzentration“ und „Ausschluss oder Beschränkung von Wettbewerb“ zu finden.¹²⁹ Fraglich ist, in welchem Verhältnis diese beiden Aspekte zueinander stehen. Müssen sie kumulativ vorliegen, bedarf es sogar einer Kausalität oder genügt es für einen Eingriff, wenn nur eines dieser Kriterien erfüllt ist? Im Abschnitt 5 der Bestimmungen 2006 über die Kartellkontrolle wird schließlich in § 52 die mögliche Entstehung übermäßiger Konzentration an eine Gefährdung des laueren Wettbewerbs oder an eine Schädigung von Verbraucherinteressen gebunden. Es wird also Unternehmenskonzentration erst dann als gefährdend angesehen, wenn in ihrer Folge¹³⁰ entweder das abstrakte Schutzgut des laueren Wettbewerbs oder Verbraucherinteressen beeinträchtigt werden. Dieser Ansatz steht im Einklang mit dem Bemühen der chinesischen Wirtschaftspolitik, die Fragmentarisierung der Unternehmenslandschaft zu beheben und das Entstehen von effizienten Konzernen nicht durch kartellrechtliche Erwägungen zu behindern.¹³¹

Hinweise auf Bewertungskriterien hinsichtlich der Beschränkung bzw. des Ausschlusses von Wettbewerb lassen sich im Leitfaden finden. So sind gemäß § 5 Nr. 10 Leitfaden die fünf wichtigsten Wettbewerber auf dem relevanten Markt zu nennen. Gemäß § 5 Nr. 11 ist eine Analyse der Bezugs- und Absatzstrukturen des relevanten Marktes vorzunehmen. § 5 Nr. 12 verlangt des Weiteren eine detaillierte Analyse der Wettbewerbssituation des relevanten Marktes. Hier wird insbesondere auf den Markteintritt abgestellt, indem nach größeren Marktein- oder -austritten der letzten drei Jahre gefragt wird und nach den allgemeinen Bedingungen für einen Markteintritt. Außerdem sollen die Gesamtkosten für einen Eintritt kalkuliert, mögliche rechtliche oder tatsäch-

liche Eintrittsschranken benannt, Hinderungsgründe in Bezug auf geistige Schutzrechte und Produktstandards erläutert, der Umfang und die Zahl von Wettbewerbern auf dem relevanten Markt und potenzielle Schranken im Bereich vor- und nachgelagerter Märkte dargestellt werden. Außerdem sollen horizontale und vertikale Kooperationsvereinbarungen erläutert werden.

Insgesamt legt der Leitfaden also sein Hauptaugenmerk auf die Marktstruktur und deren Veränderung durch einen Zusammenschluss von relevanten Märkten. Wenn man dies nun vor dem Hintergrund des § 52 Bestimmungen 2006 sieht, der den Schutz von Verbraucherinteressen als Gradmesser für eine übermäßige Konzentration an prominenter Stelle normiert, so scheint sich die chinesische Zusammenschlusskontrolle sowohl am Marktergebnis als auch an der Marktstruktur zu orientieren.

Da das chinesische Recht der Zusammenschlusskontrolle im Sinne der Bestimmungen 2006 dem Auswirkungsprinzip¹³² folgt, kann ein Eingriff laut § 53 auch durch Zusammenschlüsse ausgelöst werden, die im Ausland stattfinden. Parallel zu § 52 sieht § 53 vor, dass ein Zusammenschluss im Ausland zu untersagen ist, wenn dadurch eine übermäßige Konzentration auf dem chinesischen Markt entsteht, die den laueren Wettbewerb gefährdet und die den Interessen der Verbraucher schadet. Inwieweit die chinesische Wirtschaftsverwaltung in der Lage ist, einen ausländischen Zusammenschluss komplett oder nur den Zusammenschluss von in China registrierten Tochterunternehmen zu untersagen, bleibt offen. Die Regelung des § 53 der Bestimmungen 2006 muss insgesamt eher als eine vorläufige, wegweisende Richtlinie begriffen werden, die angesichts der enormen Komplexität des Themas noch erheblicher Konkretisierung bedarf.¹³³

d. Freistellung von der kartellrechtlichen Kontrolle

Ein Zusammenschluss im Sinne der Bestimmungen 2006 kann von dem kartellrechtlichen Kontrollverfahren freigestellt werden, wenn er eine der in § 54 genannten Bedingungen erfüllt. Das bedeutet, dass ein Zusammenschluss, der nach § 51 oder § 53 anzumelden ist, von dem Kontrollverfahren befreit ist, wenn durch den Zusammenschluss die Wettbewerbsbedingungen oder die Marktausgewogenheit verbessert werden (§ 54 Nr. 1), wenn

¹²⁸ Siehe oben Kap. IV.2.f.

¹²⁹ 造成过度集中、排除或限制竞争。

¹³⁰ Zur Kausalität: Vgl. *CHONG Seung*, *The Law and Practice of Mergers and Acquisitions in the People's Republic of China*, Oxford 2007, S. 117.

¹³¹ Vgl. *WANG Zuo* (王佐), *Der Vorsitzende der Staatlichen Kommission für Umsetzung der Eisen- und Stahlbranchenentwicklungspolitik* (国家发改委主任马凯指出贯彻钢铁产业发展政策应重点做好十项工作), in: *Kexue juece* (科学决策) 2005, Nr. 6, S. 6 f.

¹³² Dieses Prinzip ermöglicht es einem Staat, einen außerhalb des Staatsgebietes stattfindenden Vorgang als Anknüpfungspunkt für eine nationale Norm zu nehmen, um deren Auswirkungen innerhalb des Staatsgebietes zu regulieren.

¹³³ Vgl. *WU et al.* (Fn. 10), S. 174.

eine Sanierungsfusion zum Erhalt von Arbeitsplätzen beiträgt (§ 54 Nr. 2), wenn der Zusammenschluss die internationale Wettbewerbsfähigkeit erhöht, fortschrittliche Technologie einführt, Managementenerfahrung verbessert (§ 54 Nr. 3) oder wenn die Umwelt verbessert werden könnte (§ 54 Nr. 4). Auch diese vier Kriterien lesen sich in ihrer Unbestimmtheit wie ein politisches Programm und scheinen ebenfalls zentrale Ziele der chinesischen Gesetzgebung widerzuspiegeln. Auch der Leitfaden konkretisiert diese Freistellungskriterien nicht. § 3 Nr. 15 Leitfaden gibt lediglich Auskunft darüber, dass es dem zur Anmeldung Verpflichteten obliegt, Unterlagen einzureichen, die eine Freistellung begründen könnten. Bemerkenswert ist, dass von einer kartellrechtlichen Prüfung völlig abgesehen werden kann, wenn nur eine der oben genannten Kriterien erfüllt ist. Es kann also vorkommen, dass ohne jegliche Güterabwägung selbst Monopolstellungen zu erlauben sind, wenn dies etwa der Verbesserung oder des Schutzes der Umwelt dient. Diese hierin zu beobachtende Priorität von entwicklungspolitischen Grundsätzen über den Schutz des Wettbewerbes ist keine Eigenart der VR China. Allerdings geht China mit dem uneingeschränkten Primat der Entwicklungspolitik über die Grenzen z.B. der europäischen Gruppenfreistellungen hinaus.¹³⁴

e. Zuständige Organe der kartellrechtlichen Kontrolle

Die kartellrechtliche Kontrolle liegt gemäß § 51 der Bestimmungen 2006 in den Händen von zwei Organen des Staatsrates. Im Handelsministerium ist es das Kartellkontrollbüro¹³⁵ in der Abteilung für (völkerrechtliche) Übereinkommen und Recht¹³⁶, und in der SAIC ist es das Kartellbüro¹³⁷ im Amt für Fairen Handel¹³⁸. Diese fragwürdige Doppelzuständigkeit wird von chinesischen Autoren häufig mit dem US-amerikanischen System der Kartellkontrolle durch die Fair Trade Commission und das Justizministerium verglichen und versucht zu rechtfertigen.¹³⁹ Dabei wird jedoch außer Acht gelassen, dass diese beiden Organe in ein System klar abgegrenzter Kompetenzen eingebunden sind, während in der VR China eine gemeinsame Kom-

petenz der genannten Organe besteht.¹⁴⁰ Es ist aber zu vermuten, dass auf der Arbeitsebene das Handelsministerium federführend ist, während die SAIC eher eine beratende Funktion hat und als zentrale Registrierungsbehörde für Umwandlungen und Gründungen von Gesellschaften die gesammelten Daten auf anmeldepflichtige Zusammenschlüsse überprüft. So ist es das Kartellkontrollbüro im Handelsministerium, welches den Leitfaden veröffentlicht hat und gemäß § 7 Leitfaden die zur Anmeldung eines Zusammenschlusses erforderlichen Unterlagen annimmt sowie gemäß § 5 Leitfaden in informellen Vorverhandlungen Unklarheiten in Bezug auf eine mögliche Anmeldung ausräumen soll.

f. Verfahren der kartellrechtlichen Kontrolle

Da es sich auch hier um ein präventives Kontrollverfahren handelt, ist eine Anmeldung ebenfalls vor dem Vollzug des Zusammenschlusses durch den ausländischen Investor vorzunehmen (§ 51 der Bestimmungen 2006). Wie bereits beschrieben, kann der Investor aber auch vom Handelsministerium oder dem SAIC zur Anmeldung aufgefordert werden.¹⁴¹

Der Inhalt der Anmeldung wird in den Bestimmungen 2006 nicht näher ausgeführt. Genaue Auskunft über Formalia der Anmeldung erteilt der Leitfaden des Kartellkontrollbüros des Handelsministeriums. § 4 des Leitfadens beschränkt das Verfahren auf 30 Tage und normiert wie im Kartellgesetz eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt, indem ein Zusammenschluss freigestellt ist, wenn der Anmeldende nach 30 Tagen keinen gegenteiligen Bescheid erhalten hat. Wird das Hauptverfahren eingeleitet, verlängert sich die Frist um 60 Tage. Die Bestimmungen 2006 sehen in § 52 ebenfalls eine Frist von 90 Tagen vor, innerhalb derer – wenn erforderlich – eine Anhörung mit allen Betroffenen einzuberufen und durchzuführen und eine Entscheidung über die Freistellung zu treffen ist. Auch wenn dies nicht eindeutig ersichtlich ist, liegt es nahe, dass die im Leitfaden genannte Frist von 30 Tagen sich nur auf das Vorverfahren bis zur Eröffnung eines Hauptverfahrens (des Anhörungsverfahrens) bezieht. Letzteres soll in konzertierter Form von Handelsministerium (bzw. deren Kartellkontrollbüro) und SAIC (bzw. deren Kartellbüro) durchgeführt werden. Als Teilnehmer der Anhörung kommen neben den direkt am Zusammenschluss Beteiligten auch alle relevanten Behörden,

¹³⁴ Art. 81 Abs. 3 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [im Folgenden EGV]: als Grundlage für diverse Gruppenfreistellungsverordnungen wird in Art. 81 Abs. 3 a) EGV eingeschränkt durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung und b) durch ein Verbot für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. EGV v. 07.02.1992, Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften Nr. C 340, S. 1 ff.

¹³⁵ 反垄断调查办公室.

¹³⁶ 条约法律司.

¹³⁷ 反垄断处.

¹³⁸ 公平交易局.

¹³⁹ Vgl. *WU et al.* (Fn. 10), S. 157 f.

¹⁴⁰ Vgl. *Stephen Calkins*, Perspectives on State and Federal Antitrust Enforcement, in: *Duke Law Journal* 2003, Nr. 53, S. 673 ff.; *James F. Rill*, The Evolution of Modern Antitrust Among Federal Agencies, in: *George Mason Law Review* 2002, Nr. 11, S. 135 ff.

¹⁴¹ Siehe oben Kap. IV.3.b.

Organe, Wettbewerber und andere maßgeblich betroffene Parteien¹⁴² in Betracht. Eine gerichtliche Überprüfung einer etwaigen Untersagung sehen die Bestimmungen 2006 nicht vor. Mit Inkrafttreten des Kartellgesetzes sollte sich der dort normierte Verwaltungsrechtsweg jedoch auch auf Streitfälle erstrecken, die einen Zusammenschluss gemäß den Bestimmungen 2006 zum Gegenstand haben.¹⁴³ Während das Fehlen eines Rechtswegs in den Bestimmungen 2006 in der chinesischen Literatur durchaus moniert wird, gilt hingegen das Anhörungsverfahren als eine vorbildliche Umsetzung des Verwaltungsgenehmigungsgesetzes¹⁴⁴, da es sowohl eine Einbindung aller Betroffenen als auch eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt vorsieht.¹⁴⁵

V. Schlussbetrachtung

Die Zusammenschlusskontrolle der VR China weist als ein sehr junges Rechtsgebiet noch keine nennenswerte Anwendungspraxis auf, so dass die vielen offenen Formulierungen der Rechtsnormen bislang faktisch keine Rechtsunsicherheit verursacht haben. Sollte sich allerdings auf der Grundlage der jetzigen Rechtsquellen eine Praxis der Zusammenschlusskontrolle entfalten, so liefern etwa die unbestimmten Entscheidungskriterien des § 27 Kartellgesetz viele Anknüpfungspunkte für überraschende Entscheidungen der Kartellbehörde.¹⁴⁶ Gleichzeitig wird aber der Staatsrat bis zum Inkrafttreten des Kartellgesetzes noch einige Verwaltungsrechtsbestimmungen erlassen, die Antworten auf bisher offene Fragen geben werden. Von besonderem Interesse werden dabei etwaige Vermutungsschwellen und deren Differenzierung nach verschiedenen Branchen sein.¹⁴⁷ Auch weitere Kartellüberprüfungen auf der Grundlage der Bestimmungen 2006 (oder später des Kartellgesetzes) könnten detaillierte Informationen liefern, wenn die zuständige Behörde eine Dokumentationspraxis einführen würde. Es bleibt also abzuwarten, wie sich die Zusammenschlusskontrolle entwickeln wird, bevor eine detaillierte Analyse oder Rechtsvergleichung vorgenommen werden kann.

Bereits jetzt festzustellen ist allerdings, dass das chinesische Recht der Unternehmenszusammenschlüsse vom Primat einer aktiven Industriepolitik gekennzeichnet ist, indem der Schutz des Wettbewerbs hinter entwicklungspolitischen Zielen zurücktritt.¹⁴⁸ In Bezug auf externes Unternehmenswachstum liegt der Fokus dieser Ziele momentan vornehmlich auf der Förderung der Unternehmenskonzentration. Eine kartellrechtliche Kontrolle von Zusammenschlüssen spielt in der chinesischen Wirtschaftslenkung daher bisher keine Rolle. So ist es bezeichnend, dass selbst Zusammenschlüsse, die die Marktmacht von ausländischen Unternehmen vergrößern, kein regelmäßiges Ziel der Kartellüberprüfung geworden sind. Der Fall SEB/Supor hat zudem bestätigt, dass Zusammenschlüsse jedenfalls nicht aus der Warte der Wettbewerber beurteilt werden.¹⁴⁹ Die chinesische Wirtschaftsadministration sieht die Zusammenschlusskontrolle also offenbar als eine potenzielle Variante der Investitionslenkung, für den Fall dass die klassischen Lenkungsinstrumente durch völkerrechtliche Verpflichtungen nicht mehr greifen dürfen.

¹⁴² 其他利害关系方.

¹⁴³ Siehe oben Kap. IV.2.g.

¹⁴⁴ Verwaltungsgenehmigungsgesetz (中华人民共和国行政许可法) v. 27.08.2003, chinesisch-deutsch in: ZChinR 2003, S. 236 ff.

¹⁴⁵ Vgl. LUO Xusheng (罗许生), The Problems in the Administrative Permission Procedure (行政许可听证程序中几个问题的梳理), Journal of Henan Public Security Academy (河南公安高等专科学校学报) 2005, Nr. 3, S. 39; LIU Zhiwei (刘志伟), Ausländisch kapitalisierte Zusammenschlüsse und der Schutz nationaler Industrien (外资并购与本国产业保护), Cooperative Economy & Science (合作经济与科技) 2007, Nr. 4, S. 56.

¹⁴⁶ Siehe oben Kap. IV.2.c.

¹⁴⁷ Siehe oben Kap. IV.2.b.

¹⁴⁸ Siehe oben Kap. IV.2.d.

¹⁴⁹ Siehe oben Kap. IV.3.b.