

# Chinesische Staatsunternehmen – Eine Herausforderung für das europäische Wettbewerbsrecht?

Patricia Trapp\*

## Inhalt

A. Zusammenschlüsse unter Beteiligung staatlicher Unternehmen im Rahmen der Fusionskontrollverordnung	328
I. Der Unternehmensbegriff	328
II. Zusammenschluss	329
III. Gemeinschaftsweite Bedeutung	329
B. Die Entscheidungspraxis der Kommission	330
I. Fehlen einer autonomen Entscheidungsbefugnis gegenüber dem Staat	331
II. Möglichkeit der Abstimmung des geschäftlichen Verhaltens der staatlichen Unternehmen	332
III. Bestimmung der Größe der „wirtschaftlichen Einheit“	332
C. Herausforderungen in Bezug auf chinesische Staatsunternehmen	333
I. Die CGN/EDF-Entscheidung	334
II. Kontroverse	335
III. Auswirkungen auf andere Bereiche des europäischen Wettbewerbsrechts	338
IV. Gesteigerte wirtschaftliche Macht aufgrund vereinfachten Zugangs zu staatlichen Mitteln?	339
V. Berücksichtigung des potentiellen Wettbewerbs	341
D. Reform des europäischen Wettbewerbsrechts	343

Im Jahr 2017 erreichten die Direktinvestitionen Chinas in Europa ein Rekordhoch von 65 Milliarden Euro (79 Milliarden US-Dollar).<sup>1</sup> Hauptgrund hierfür: die Übernahme des Schweizer Agrarunternehmens *Syngenta* durch das chinesische Staatsunternehmen *ChemChina*, die im Mai 2017 für 43 Milliarden US-Dollar erfolgte.<sup>2</sup> Ob-

\* Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Christoph Herrmann, LL.M., Universität Passau.

1 Studie des Europäischen Parlaments v. Juni 2018: *Eine neue Ära in den Beziehungen zwischen der EU und China: umfassendere strategische Zusammenarbeit*, S. 15. Zu grundsätzlichen Entwicklungen der chinesischen Investitionstätigkeit in der Europäischen Union vgl. der von der Europäischen Kommission beauftragte Report „*CrossBorder Monitor*“ v. 29.05.2019, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc\\_157947.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157947.pdf) (11.03.2020).

2 Entscheidung der Kommission v. 05.04.2017, *ChemChina/Syngenta*, Fall Nr. M.7962.

wohl der Zusammenschluss *ChemChina/Syngenta* in seiner Dimension sicherlich eine Ausnahme darstellt, zeigt sich an ihm doch exemplarisch, welche zentrale Rolle Staatsunternehmen bei der Tätigkeit chinesischer Unternehmen auf dem europäischen Binnenmarkt spielen. Dementsprechend soll die nachfolgende Abhandlung der Darstellung des Regelwerks dienen, das im europäischen Wettbewerbsrecht für Staatsunternehmen (auch: *state owned entities* oder SOEs) gilt und welche Herausforderungen sich speziell in Bezug auf chinesische Staatsunternehmen stellen. Ferner werden weitere Fragestellungen, die sich durch die verstärkte Präsenz von Unternehmen mit chinesischer Staatszugehörigkeit allgemein ergeben, beleuchtet und Lösungsvorschläge dargestellt. Unter den „Lösungsansätzen“ ist die aktuelle Diskussion um eine Änderung bzw. Anpassung des europäischen Wettbewerbsrechts im Rahmen der jüngst vorgestellten EU-Industriestrategie hervorzuheben.

Wie sich anhand des eingangs erwähnten Beispiels vermuten lässt, spielt bei der Frage nach der Tätigkeit chinesischer Staatsunternehmen innerhalb Europas die Fusionskontrolle eine zentrale Rolle. Im Folgenden wird daher zunächst der allgemein durch die Fusionskontrollverordnung vorgegebene Rahmen für die Behandlung von Staatsunternehmen dargestellt, bevor auf den Sonderfall der chinesischen SOEs eingegangen wird.

#### **A. Zusammenschlüsse unter Beteiligung staatlicher Unternehmen im Rahmen der Fusionskontrollverordnung**

Die EU-Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004<sup>3</sup> (im Folgenden: FKVO) findet auf Unternehmenszusammenschlüsse Anwendung. Ein Zusammenschluss i.S.v. der FKVO wird dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle stattfindet, dass zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren oder dass eine oder mehrere Personen, die bereits ein Unternehmen kontrollieren, oder ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben.<sup>4</sup>

##### **I. Der Unternehmensbegriff**

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der FKVO sind „Unternehmen“ als am Zusammenschluss Beteiligte. Der Begriff des Unternehmens wird im europäischen Wettbewerbsrecht einheitlich definiert als „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.<sup>5</sup> Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist hierbei jede Tätigkeit, die darin besteht, Gü-

3 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 20.01.2004 L 024, S. 1.

4 Artikel 3 (1) FKVO.

5 EuGH, Rs. C-41/90, Höfner und Elser/Macrotron, ECLI:EU:C:1991:161 , Rn. 21.

ter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.<sup>6</sup> Dementsprechend können auch der Staat selbst sowie staatliche Unternehmen in den Anwendungsbereich der FKVO fallen, sofern sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.<sup>7</sup>

## II. Zusammenschluss

Es muss ferner ein Zusammenschluss zwischen Unternehmen im obigen Sinne vorliegen. Bei dem Vorliegen eines Zusammenschlusses zwischen zwei beteiligten Unternehmen,<sup>8</sup> die beide demselben Staat gehören, ist an dieser Stelle abzugrenzen, ob tatsächlich ein „Zusammenschluss“ i.S.d. der FKVO oder lediglich eine interne Reorganisation vorliegt, die nicht in den Anwendungsbereich der FKVO fällt.<sup>9</sup> Ersteres ist dann zu bejahen, wenn die beiden staatlichen Unternehmen zuvor „verschiedenen wirtschaftlichen Einheiten“ angehörten, die jeweils eine autonome Entscheidungsbefugnis besaßen. Ein Beispiel für einen derartigen Zusammenschluss ist die Entscheidung der Kommission im Fall von *Neste* und *Imatran Voima Oy (IVO)*, zwei finnischen Staatsunternehmen aus dem Energiesektor.<sup>10</sup> Hier bejahte die Europäische Kommission die Befugnis der Unternehmen, ihr jeweiliges Geschäftspolitik autonom umzusetzen. Als Begründung führte die Kommission an, dass die operativen Angelegenheiten beider Unternehmen von ihren jeweiligen Leistungen unabhängig voneinander geführt würden. Ferner übe der finnische Staat seine Kontrollmöglichkeiten nur in Fragen aus, die seine Stellung als Anteilseigner am Unternehmen beträfen, wie bspw. Aktienverkäufe, Börsennotierungen und Ähnliches.<sup>11</sup>

## III. Gemeinschaftsweite Bedeutung

Nach Bestimmung der an einem Vorhaben beteiligten Unternehmen ist die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses und damit die Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung anhand von Artikel 5 FKVO zu ermitteln. Dies ist dann der Fall, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die in der FKVO genannten Umsatzschwellen erreichen.<sup>12</sup> Hierfür sind die Umsätze der beteiligten

6 EuGH, Rs. C-309/99, Wouters u.a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, ECLI:EU:C:2002:98, Rn. 47.

7 Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV, Rn. 67-68.

8 Zum Begriff der beteiligten Unternehmen vgl. auch Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2009/C 43/09) v. 21.02.2009, Rn. 129-153.

9 Ibid., Rn. 52.

10 Entscheidung der Kommission v. 02.06.1998, *Neste/IVO*, Fall Nr. IV/M.931. Bislang hatte die europäische Kommission nicht über einen Zusammenschluss zu entscheiden, an dem zwei chinesische Staatsunternehmen beteiligt waren.

11 Entscheidung der Kommission v. 02.06.1998, *Neste/IVO*, Fall Nr. IV/M.931, Rn. 8.

12 Vgl. Artikel 1 (1), (2) FKVO.

Unternehmen zu addieren. Nach der sog. „Verbundklausel“ des Artikels 5 (4) FKVO können den beteiligten Unternehmen die Umsätze der mit ihnen verbundenen Unternehmen zugerechnet werden. So soll einerseits die Umgehung der FKVO durch konzerninterne Vermögensverlagerungen verhindert, andererseits der tatsächliche Gesamtumfang der durch den Zusammenschluss zusammengelegten wirtschaftlichen Ressourcen ermittelt werden.<sup>13</sup>

Sind an dem Zusammenschluss staatliche Unternehmen beteiligt, ist in Folge der soeben dargelegten Erwägungen zu ermitteln, ob bei der Umsatzberechnung nach Artikel 5 (4) FKVO die Umsätze *aller* Unternehmen des betreffenden Staates zusammengerechnet werden müssen. Nach dem Wortlaut des Artikels 5 (4) FKVO wäre dies grundsätzlich zu bejahen. Allerdings hält Erwägungsgrund Nr. 22 FKVO fest, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor zu beachten ist. Daher sind im öffentlichen Sektor bei der Berechnung des Umsatzes eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens unabhängig von den Eigentumsverhältnissen oder von den für sie geltenden Regeln der verwaltungsmäßigen Zuordnung lediglich die Unternehmen zu berücksichtigen, die eine mit einer autonomen Entscheidungsbefugnis ausgestattete wirtschaftliche Einheit bilden.<sup>14</sup>

Bei der Berechnung des Umsatzes staatlicher Unternehmen werden dementsprechend nur diejenigen Unternehmen berücksichtigt, die zu derselben wirtschaftlichen Einheit gehören und dieselbe autonome Entscheidungsbefugnis besitzen. Bei Fehlen einer Koordinierung mit anderen vom Staat kontrollierten Holdings ist ein Unternehmen daher als unabhängig zu betrachten und es findet keine Berücksichtigung der Umsätze anderer staatlicher Unternehmen statt. Umgekehrt gelten die Geschäftsberichte als dem Konzern des beteiligten Unternehmens i.S.v. Artikel 5 FKVO zugehörig, wenn Geschäftsentscheidungen durch dieselbe unabhängige Stelle getroffen werden.<sup>15</sup>

## B. Die Entscheidungspraxis der Kommission

Es ist ersichtlich, dass an mehreren Stellen innerhalb der Prüfung eines Zusammenschlusses unter Beteiligung von staatlichen Unternehmen die Frage nach dem Vorliegen einer mit autonomer Entscheidungsbefugnis ausgestatteten wirtschaftlichen Einheit maßgeblich ist. Die Zugehörigkeit eines staatlichen Unternehmens zu einer übergeordneten wirtschaftlichen Einheit wird dann bejaht, wenn das Unternehmen über keine Autonomie in Bezug auf die Festlegung seiner Strategie, seines Geschäftsplans und Budget verfügt und die Möglichkeit oder zumindest das Risiko besteht, dass der Staat das Marktverhalten der staatlichen Unternehmen koordinieren könnte, indem er eine solche Abstimmung des Marktverhaltens erleichtert oder sogar vor-

13 Körber, in: Immenga/Mestmäcker/Körber u.a. (Hrsg.), Artikel 5 FKVO, Rn. 58.

14 Erwgr. 22 FKVO.

15 Europäische Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2009/C 43/09) v. 21.02.2009, Rn. 193 f.

schreibt.<sup>16</sup> Als mögliches drittes, engeres Kriterium wird in der Literatur das tatsächliche Vorliegen einer Abstimmung zwischen den einzelnen SOEs genannt.<sup>17</sup>

## I. Fehlen einer autonomen Entscheidungsbefugnis gegenüber dem Staat

Bezüglich des Vorliegens – oder des Fehlens – einer autonomen Entscheidungsbefugnis des staatlichen Unternehmens gegenüber dem Staat in Bezug auf die soeben genannten Aspekte wirtschaftlicher Tätigkeit stellt die Kommission maßgeblich auf die Stimm- und Ernennungsrechte des Staates sowie die Befugnis, in die Geschäftsführung des Unternehmens einzutreten, ab. Zusätzlich werden Faktoren berücksichtigt, die sich aus der Sonderrolle des Staates als Investor ergeben. Hierunter fallen beispielsweise bestehende Verpflichtungen der Mitglieder der Führungsebene, staatlichen Vorgaben nachzukommen wie auch personelle Verbindungen zwischen dem Management des Unternehmens und dem Staat. Ein Beispiel aus der Entscheidungspraxis der Kommission, in dem diese formalen Einflussmöglichkeiten zu Tage traten, ist der Zusammenschluss zwischen dem russischen Unternehmen *Rosneft* und *TNK-BP*, welches nach britischem Recht inkorporiert war. Bei *Rosneft* handelte es sich um ein öffentliches Unternehmen, welches sich zu 75,16% im Eigentum der Holding *OJSC Rosneftegaz* befand, die wiederum vollständig im Eigentum des russischen Staates stand. In der Prüfung des Zusammenschlusses hielt die Kommission fest, dass die Mitglieder des Vorstandes von *Rosneft* von den Aktionären, mithin indirekt dem russischen Staat, berufen wurden. Der Vorstand musste ferner die Strategie sowie die Finanz- und Geschäftsvorgänge genehmigen, was die durch Russland ausgeübte Kontrolle verdeutlichte. Schließlich waren die staatlich ernannten Vorstandsmitglieder auch gesetzlich verpflichtet, ihre Stimme in Übereinstimmung mit den von der russischen Regierung erlassenen Richtlinien abzugeben. In Summe kam die Kommission hier zu dem Schluss, dass der russische Staat *de jure* in der Lage war, Einfluss auf strategische Geschäftentscheidungen *Rosnefts* zu nehmen. Im vorliegenden Fall wurde die Frage nach der Zugehörigkeit *Rosnefts* zu einer übergeordneten wirtschaftlichen Einheit mit anderen russischen Staatsunternehmen, die im Gas- und Öl-Sektor aktiv sind, offen gelassen.<sup>18</sup> Er zeigt aber, dass in der neueren Entscheidungspraxis der Kommission bereits eine *de jure* Einflussmöglichkeit des Staates ausreichend ist, um das Vorliegen einer autonomen Entscheidungsbefugnis des SOEs zu verneinen. Ob diese Kontrolle im Einzelfall tatsächlich auch ausgeübt wird, ist unbedeutlich.<sup>19</sup>

16 Kok, World Competition 2017/40, 583, 587.

17 Lallemand-Kirche et al., Journal of European Competition Law and Practice 2017/8, S. 295.

18 Beschluss der Kommission v. 08.03.2013, *Rosneft/TNK-BP*, Fall Nr. COMP/M.6801, Rn. 6-9.

19 Briguet, Journal of World Trade 2018/52, S. 839, 845.

## **II. Möglichkeit der Abstimmung des geschäftlichen Verhaltens der staatlichen Unternehmen**

Bei der Frage nach der Zuordnung eines oder mehrerer staatlicher Unternehmen zu einer übergeordneten wirtschaftlichen Einheit ist zu ermitteln, welche Stelle für die Geschäftentscheidungen der durch den Staat kontrollierten Unternehmen zuständig ist oder ob eine eigenständige Entscheidungsbefugnis der fraglichen Unternehmen vorliegt. Dies beantwortet die Kommission unter anderem anhand der Zahl an ineinander greifenden Direktorenposten (hierunter sind Fälle zu verstehen, in denen Mitglieder der Führungsebene eines SOEs gleichzeitig auch dem Führungspersonal eines anderen SOEs angehören) sowie der Existenz von Sicherheitsmaßnahmen, durch die der Austausch geschäftlich sensibler Informationen oder interner Dokumente vermieden werden soll.<sup>20</sup> Kann anhand dieser Kriterien keine eigenständige Entscheidungsbefugnis des SOEs angenommen werden, gehört es einer übergeordneten wirtschaftlichen Einheit an. Auch hier ist die *de jure* Möglichkeit der Beeinflussung des geschäftlichen Verhaltens ausreichend.

## **III. Bestimmung der Größe der „wirtschaftlichen Einheit“**

Wurde das Vorliegen einer eigenständigen Entscheidungsbefugnis des Staatsunternehmens abgelehnt und die Zugehörigkeit zu einer übergeordneten wirtschaftlichen Einheit bejaht, ist weiterhin zu ermitteln, welche die letztlich erwerbende Einheit ist und welche anderen Unternehmen unter der Kontrolle der letztlich erwerbenden Einheit zu berücksichtigen sind. Ein Beispiel hierfür ist der Zusammenschluss zwischen dem Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung („*SoFFin*“) und der *Hypo Real Estate*. Bei dem *SoFFin* handelte es sich um ein staatliches Interventionsmittel zur Abwendung der Folgen der Finanzkrise und zur Stabilisierung des Finanzsystems in Deutschland. Der *SoFFin* war einer rechtlichen und fachlichen Aufsicht durch das Bundesministerium der Finanzen unterworfen, sodass die Europäische Kommission zu dem Ergebnis kam, dass der *SoFFin* keine wirtschaftliche Einheit mit autonomer Entscheidungsbefugnis bildete. Neben dem Bundesministerium für Finanzen als maßgebliche wirtschaftliche „Übereinheit“ zog die Kommission auch in Erwägung, ob die Bundesregierung insgesamt oder der Bund die einschlägige wirtschaftliche Einheit darstellen, deren Umsätze in die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zusammenschlusses zwischen dem *SoFFin* und *Hypo Real Estate* miteinzubeziehen wären. Die Kommission traf diesbezüglich keine Entscheidung, da bereits die Miteinbeziehung der Umsätze auf Ebene des Bundesministeriums für Finanzen ausreichend war, um eine gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses zu begründen.<sup>21</sup> Hieran zeigt sich exemplarisch, dass es im Einzelfall problematisch sein kann, die letzterwerbende Einheit bzw. deren Größe zu bestimmen.

20 Kok, World Competition 2017/40, S. 583, 587.

21 Entscheidung der Kommission v. 14.05.2009, *SoFFin/HypoReal Estate*, Fall Nr. COMP/M.5508, Rn. 17-25.

### C. Herausforderungen in Bezug auf chinesische Staatsunternehmen

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit der Anwendung der dargelegten Grundsätze auf chinesische Staatsunternehmen. Hierzu ist zunächst anzumerken, dass die FKVO nicht zwischen EU-Unternehmen und Drittstaatenunternehmen unterscheidet.<sup>22</sup> Noch 2011 hielt der damalige Wettbewerbskommissar *Joaquín Almunia* fest, dass sich die durch die EU-Kommission im Rahmen von Zusammenschlusskontrollen durchgeführte Analyse ausschließlich auf wettbewerbsrechtliche Kriterien stützt und unabhängig von der Staatszugehörigkeit der beteiligten Unternehmen ist.<sup>23</sup> Die Beurteilung von Zusammenschlüssen unter Beteiligung chinesischer Staatsunternehmen hat daher grundsätzlich ebenfalls anhand der oben dargelegten Kriterien zu erfolgen.

Bei der Frage nach der Unabhängigkeit chinesischer Staatsunternehmen spielt die sog. SASAC (*State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council*) eine zentrale Rolle. Besagte Kommission wurde 2003 mit dem Ziel gegründet, ein institutionelles Regelwerk zur Trennung der verschiedenen Funktionen des Staates – einmal seine Funktionen im Sozial- und Verwaltungsbereich, einmal seine Funktion als Investor staatlicher Mittel – zu schaffen.<sup>24</sup> Neben der nationalen Kommission bestehen auch regionale bzw. lokale Kommissionen. Die zentrale Kommission beaufsichtigt die größten chinesischen Staatsunternehmen, die regionalen bzw. lokalen Kommissionen staatliche Beteiligungen von geringerem Umfang. Nach chinesischem Recht verfügt die SASAC über Kontrollmöglichkeiten wie beispielsweise die Befugnis, Mitglieder der Führungsebene der SOEs zu ernennen oder zu entlassen. Weiterhin führt die SASAC Jahres- und Amtszeitbeurteilungen der von ihr ernannten Mitglieder der Führungsebene durch und entscheidet über Boni und Strafen für die Manager entsprechend den von ihnen erzielten Beurteilungsergebnissen. Außerdem sieht das chinesische Recht vor, dass die zentrale SASAC die Investitionstätigkeit der ihr unterstellten Unternehmen beaufsichtigt und sie anleitet, Verfahren im Bereich der Entscheidungen bezüglich des Tätigens von Investitionen und Managementsysteme einzuführen und gegebenenfalls zu verbessern.<sup>25</sup>

In ihrer bisherigen Entscheidungspraxis hat die Europäische Kommission in der Regel keine finale Aussage zum Vorliegen einer „wirtschaftlichen Einheit“ zwischen den chinesischen SOEs, welche der Aufsicht der SASAC unterstellen, getroffen. Sie beschränkte sich vielmehr – ähnlich wie im oben gewählten Beispiel *SoFFin/Hypo Real Estate* – auf die Aussage, dass bereits die Umsätze der notifizierenden Unternehmen ausreichend waren, um eine Gemeinschaftsdimension des Zusammenschlusses zu begründen.<sup>26</sup> Weiterhin führte sie aus, dass selbst bei Annahme des Bestehens

22 Körber, in: Immenga/Mestmäcker/Körber u.a. (Hrsg.), Art. 24 FKVO, Rn. 2.

23 Almunia, Policy Objectives in Merger Control (SPEECH/11/561), 08.09.2011.

24 Briguet, Journal of World Trade 2018/52, S. 839, 847.

25 Entscheidung der Kommission v. 10.03.2016, *EDF/CGN/NNB Group of Companies*, Fall Nr. M.7850, Rn. 37-40.

26 Vgl. u.a. Entscheidung der Kommission v. 01.07.2015, *CNR/CNRC/Pirelli*, Fall Nr. M.7643, Rn. 6-7; Entscheidung der Kommission v. 31.03.2011, *China National Bluestar/Elkem*, Fall Nr. M.6082, Rn. 5, 6; Entscheidung der Kommission v. 19.05.2011, *DSM/Sinochem/JV*, Fall Nr. M.6113, Rn. 7-16.

einer wirtschaftlichen Einheit zwischen allen chinesischen SOEs der Zusammenschluss keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hervorrufen würde.<sup>27</sup> Durch Verwendung dieses „Worst-Case-Szenarios“<sup>28</sup> war es der Europäischen Kommission möglich, über längere Zeit keine definitiven Aussagen in Bezug auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit bei chinesischen Staatsunternehmen bzw. hinsichtlich der letztendlichen Größe der wirtschaftlichen Einheit zu treffen.

## I. Die CGN/EDF-Entscheidung

Eine Ausnahme von dieser Herangehensweise stellt die Entscheidung der Kommission in der Beurteilung eines Joint Ventures zwischen der *China General Nuclear Power Corporation (CGN)* und der *Électricité de France*-Gruppe (*EDF*) dar. 90% der Anteile der *CGN* befinden sich im Eigentum der *SASAC*, die verbleibenden 10% im Eigentum der Regierung der chinesischen Provinz von *Guangdong*.<sup>29</sup> Auf Basis der chinesischen Rechtslage kam die Kommission hier zu dem Ergebnis, dass die zentrale *SASAC* an maßgeblichen Entscheidungsfindungen im Unternehmen beteiligt ist. Auch die Möglichkeit der Beeinflussung des geschäftlichen Verhaltens der *CGN* wurde bejaht. Allein die Tatsache, dass keine parallelen Tätigkeiten in den Führungsebenen mehrerer SOEs vorlagen und Geheimhaltungsklauseln existierten, führe nicht dazu, dass die *SASAC* die geschäftliche Strategie *CGNs* vor dem Hintergrund der obigen Befugnisse nicht beeinflussen könnte.<sup>30</sup>

Weiterhin führte die Kommission aus, dass *CGN* im Energiesektor tätig wäre, der sowohl eine Grundlage für die nationale Wirtschaft ist als auch Auswirkungen auf die nationale Sicherheit hat. Es folgte eine Analyse des chinesischen Rechts, nach dem der chinesische Staat über die *SASAC* insbesondere im Bereich der Atomenergiewirtschaft in der Lage ist, die Zusammenarbeit der in dieser Branche tätigen Unternehmen zu beeinflussen.<sup>31</sup>

Auf Grundlage dessen, dass sich die zentrale *SASAC* in strategische Investitionsentscheidungen einmischen und jedenfalls die Zusammenarbeit zwischen staatlichen Unternehmen im Energiesektor vorschreiben oder vereinfachen kann, kam die Europäische Kommission zu dem Ergebnis, dass *CGN* und alle anderen chinesischen SOEs im Energiesektor als über keine autonome Entscheidungsbefugnis gegenüber der zentralen *SASAC* verfügend eingestuft werden sollten. In Folge dessen wurden sie als eine wirtschaftliche Einheit angesehen, deren Umsätze für die Bestimmung des

27 Vgl. u.a. Entscheidung der Kommission v. 01.07.2015, *CNRC/Pirelli*, Fall Nr. M.7643, Rn. 8-21; Entscheidung der Kommission v. 31.03.2011, *China National Bluestar/Elkem*, Fall Nr. M.6082, Rn. 5, 6; Entscheidung der Kommission v. 19.05.2011, *DSM/Sinochem/JV*, Fall Nr. M.6113, Rn. 7-16.

28 Briguet, *Journal of World Trade* 2018/52, S. 839, 846..

29 Entscheidung der Kommission v. 10.03.2016, *EDF/CGN/NNB Group of Companies*, Fall Nr. M.7850, Rn. 4.

30 Entscheidung der Kommission v. 10.03.2016, *EDF/CGN/NNB Group of Companies*, Fall Nr. M.7850, Rn. 42.

31 Entscheidung der Kommission v. 10.03.2016, *EDF/CGN/NNB Group of Companies*, Fall Nr. M.7850, Rn. 44-48.

Vorliegens eines Zusammenschlusses von gemeinschaftsweiter Bedeutung addiert wurden.<sup>32</sup> Der Anwendungsbereich der FKVO war somit eröffnet.

Hingegen ließ die Europäische Kommission im folgenden Schritt der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlusses die Frage offen, welche Unternehmen (CGN, chinesische Staatsunternehmen, die von der zentralen SASAC kontrolliert werden, und/oder chinesische Staatsunternehmen, die von lokalen SASACs kontrolliert werden) bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung des Sachverhalts miteinbezogen werden müssen, da unabhängig hiervon keinerlei wettbewerbsrechtliche Bedenken bestünden.<sup>33</sup>

Im Ergebnis entschied sich die Europäische Kommission, den Zusammenschluss gem. Artikel 6 (1) lit. b) FKVO und Artikel 57 des EWR-Abkommens für mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen vereinbar zu erklären.

## II. Kontroverse

Die Entscheidung der Kommission in der Sache *CGN/EDF* hatte eine Debatte über die Behandlung chinesischer Staatsunternehmen unter der Fusionskontrollverordnung zur Folge. Bereits 2012 hatte *Zhang* kritisiert, dass die Kommission in Fällen mit Beteiligung chinesischer SOEs in der Beurteilung einer autonomen Entscheidungsbefugnis der fraglichen Unternehmen die Vorgabe des Erwägungsgrundes Nr. 22 FKVO außer Acht ließe. Hiernach sind, wie bereits oben erwähnt, im öffentlichen Sektor bei der Berechnung des Umsatzes eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens „unabhängig von den für sie geltenden Regeln der verwaltungsmäßigen Zuordnung“ die Unternehmen zu berücksichtigen, die eine mit einer autonomen Entscheidungsbefugnis ausgestattete wirtschaftliche Einheit bilden. Nach *Zhang* sind die Verwaltungsbefugnisse der SASAC lediglich ein Spiegelbild ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde gegenüber staatlichen Unternehmen und folglich für die Frage nach dem Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit außer Acht zu lassen.<sup>34</sup> Dies lässt allerdings unbeachtet, dass die SASAC unabhängig davon, ob es ihr erlaubt ist, direkt in das Management oder die Geschäftsführung der staatlichen Unternehmen einzugreifen, über weitreichende Befugnisse verfügt, die es ihr ermöglichen, jedenfalls indirekt das Geschäftsverhalten der ihr unterstehenden SOEs zu bestimmen. Diese Befugnisse gehen über das hinaus, was für Aufsichtsbehörden üblich ist, sodass die Entscheidungspraxis der Kommission mit dem in Erwägungsgrund Nr. 22 FKVO zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor übereinstimmt.<sup>35</sup>

Ein weiterer Kritikpunkt besteht darin, dass die Kommission grundsätzlich in ihrer Entscheidungspraxis bereits die bloße Möglichkeit des Ausübens von Kontrolle als

32 Entscheidung der Kommission v. 10.03.2016, *EDF/CGN/NNB Group of Companies*, Fall Nr. M.7850, Rn. 49.

33 Entscheidung der Kommission v. 10.03.2016, *EDF/CGN/NNB Group of Companies*, Fall Nr. M.7850, Rn. 53.

34 Huyue Zhang, *Journal of Competition Law and Economics* 2012/8, S. 805 ff.

35 Kok, *World Competition* 2017/40, S. 583, 597, 598.

ausreichend betrachtet, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass ein SOE nicht über eine autonome Entscheidungsbefugnis gegenüber der Kommission verfügt. Dies wäre zu weitreichend.<sup>36</sup> Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass im Rahmen der Fusionskontrollverordnung die Tatsache, dass die bestimmende Einheit ihre Kontrollmöglichkeiten nicht tatsächlich gebraucht, grundsätzlich als Zustimmung oder zumindest Duldung der Handlungen der untergeordneten Einheit gewertet wird.<sup>37</sup>

Umgekehrt bemängeln Autoren das Abstellen der Kommission auf die rein rechtlichen Möglichkeiten der Einflussnahme in Bezug auf chinesische Staatsunternehmen als nicht weitreichend genug. Vielmehr müssten auch „faktische“ Einflussmöglichkeiten des chinesischen Staates berücksichtigt werden. Diese Argumentation stützt sich auf die engen Verbindungen zwischen den staatlichen Unternehmen und der Kommunistischen Partei Chinas (KP).<sup>38</sup> Vor dem Hintergrund, dass der Zusammenhang zwischen der KP und den staatlichen Unternehmen hinreichend belegt ist, wäre daher eine Vermutungsregelung des Bestehens von *de facto*-Kontrolle des chinesischen Staates in die Analyse der Kommission miteinzubeziehen, andernfalls würde – infolge der Missachtung der Sonderstellung des Staates als Investor – der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen, der auch der FKVO zugrunde liegt, missachtet.<sup>39</sup> Den staatlichen Unternehmen solle aber die Möglichkeit offen stehen, diese Vermutung zu widerlegen und so das Vorliegen einer autonomen Entscheidungsbefugnis nachzuweisen.<sup>40</sup>

In Bezug auf die konkrete Entscheidung der Kommission in *CGN/EDF* fällt auf, dass die Kommission hier erstmals bei der Analyse des Vorliegens einer autonomen Entscheidungsbefugnis auf die Besonderheiten des im konkreten Fall betroffenen Sektors abstelle. Eine vergleichbare Prüfung, bspw. bezüglich der Eigenheiten des Chemiesektors, wurde in vergangenen Entscheidungen betreffend SOEs nicht vorgenommen.<sup>41</sup> Ferner entscheidet sich die Kommission zwar bei der Frage, ob eine unionsweite Dimension des Zusammenschlusses vorliegt, für eine Miteinbeziehung aller im Energiesektor tätigen Unternehmen, die der zentralen SASAC zuzuordnen sind, lässt aber im folgenden Abschnitt die Frage offen, ob dies auch für die Analyse der wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses gilt.<sup>42</sup> Dies wirft ein Schlaglicht darauf, dass die Frage nach dem Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit unter Umständen auch Auswirkungen auf die substantielle Prüfung des Zusam-

36 Svetlicinii, *Revue Lamy de la Concurrence* 2017, S. 30 ff.

37 Odudu/Bailey, *Common Market Law Review* 2014/51, S. 1721, 1731.

38 Zu dem Themenkomplex vgl. z.B. Lin, *A Network Anatomy of Chinese State-Owned Enterprises*.

39 Briguet, *Journal of World Trade* 2018/52, S. 839, 852.

40 *Ibid.*, S. 854.

41 Vgl. wiederum der Fall *Rosneft/BP-TNK*: hier stellte die Kommission keinerlei Erwägungen bzgl. besonderer Möglichkeiten der Einflussnahme des russischen Staates speziell im Gas- und Ölsektor an.

42 Entscheidung der Kommission v. 10.03.2016, *EDF/CGN/NNB Group of Companies*, Fall Nr. M.7850, Rn. 53. Die gleiche Vorgehensweise wählte die Kommission auch im Fall von *Rosneft* und *TNK-BP*, vgl. Beschluss der Kommission v. 08.03.2013, *Rosneft/TNK-BP*, Fall Nr. COMP/M.6801, Rn. 11.

menschlusses entfalten kann, sollten mehrere derselben wirtschaftlichen Einheit angehörigen und auf demselben Markt tätigen Staatsunternehmen in die Beurteilung der Auswirkungen auf den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes miteinbezogen werden.<sup>43</sup>

Aus der Abwesenheit einer ausführlichen Prüfung in Bezug auf die Koordinierung des geschäftlichen Verhaltens von im Energiesektor tätigen Unternehmen haben Autoren geschlossen, dass nunmehr auch außerhalb des hier betroffenen Sektors eine *de facto* Annahme der Kommission gelte, wonach bei Abwesenheit von Autonomie eines SOEs gegenüber dem Staat gleichzeitig auch eine Annahme der Möglichkeit der Beeinflussung des geschäftlichen Verhaltens der SOEs bestünde.<sup>44</sup> Ob eine derart weitreichende Änderung der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission durch die Entscheidung *CGN/EDF* hervorgerufen werden sollte, erscheint allerdings fraglich. Auch ist nach der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission immer noch ungeklärt, wie lokale bzw. regionale SASACs bei der Bestimmung der „wirtschaftlichen Einheit“ zu bewerten sind. Dies gilt ebenso für die hierauf folgende Entscheidung der Kommission in der Sache *ChemChina/Syngenta*. Bei der Bewertung des Zusammenschlusses ließ die Kommission die Frage wiederum nach dem Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit zwischen *ChemChina* und anderen SOEs in Übereinstimmung mit ihrer vergangenen Herangehensweise nach einer „Worst-Case-Analyse“ offen: die Bejahung einer wirtschaftlichen Einheit zwischen *ChemChina* und anderen Unternehmen im Eigentum der chinesischen Zentralregierung würde sich nicht auf die wettbewerbsrechtliche Analyse auswirken.<sup>45</sup> *De Kok* sieht die Beschränkung in der Begründung der Kommission auf Unternehmen, die der Zentralregierung zuzuordnen sind, als einen Hinweis darauf, dass regionale und lokale SOEs nicht als der gleichen wirtschaftlichen Einheit zugehörig wie im Eigentum der Zentralregierung stehende SOEs betrachtet werden.<sup>46</sup>

Es wirkt, als wäre die Kommission sich des Zwiespalts bewusst, in dem sie sich befindet und würde deshalb nach Möglichkeit definitive Einschätzung hinsichtlich des Vorliegens einer „wirtschaftlichen Einheit“ vermeiden. Eine „großzügigere“ Annahme des Vorliegens einer wirtschaftlichen Einheit hat zwar als Folge, dass die Umsätze und Marktanteile der ihr zugehörigen Unternehmen bei der Prüfung einer unionsweiten Dimension des Zusammenschlusses miteinbezogen werden können (so im Fall *CGN/EDF*). Gleichzeitig führt aber ein weites Verständnis vom Begriff der wirt-

43 Emch, Kluwer Competition Law Blog, 27.05.2016; Svetlicinii, Revue Lamy de la Concurrence 2017, S. 30, 32.

44 Kok, World Competition 2017/40, S. 583, 600.

45 Entscheidung der Kommission v. 05.04.2017, *ChemChina/Syngenta*, Fall Nr. M.7962, Rn. 88: „*However, for the purpose of the Transaction, whether ChemChina is regarded as one economic entity with other companies owned by the Chinese Central Government or not, does not have an impact for the competitive assessment of the Commission. Therefore, for the purpose of the Transaction the Commission will leave the nature of the link between the Central SASAC/other SoEs and ChemChina open and consider the most restrictive approach under which ChemChina is regarded as one economic entity with other companies owned by the Chinese Central Government.*“.

46 Kok, World Competition 2017/40, S. 583, 604.

schaftlichen Einheit neben der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit und dem Anstieg an notifizierungspflichtigen Zusammenschlüssen umgekehrt unter Umständen dazu, dass Zusammenschlüsse zwischen zwei Staatsunternehmen, die zu einer wirtschaftlichen Einheit gehören, tatsächlich aber Wettbewerber sind, als lediglich „interne Reorganisationen“ gewertet werden, die selber nicht in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung fallen.<sup>47</sup> Dies könnte paradoxe Weise Zusammenschlüsse zwischen (chinesischen) Staatsunternehmen aus dem Anwendungsbereich der FKVO entfernen. Außerdem ist zu bedenken, dass sich die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit auch auf mögliche Abhilfemaßnahmen im Rahmen der FKVO auswirkt, insbesondere in Fällen in denen die Kommission die Veräußerung bestimmter Geschäftssparten des SOEs anordnet. Hier ist die Reichweite der „wirtschaftlichen Einheit“ von Relevanz, um den möglichen Käuferkreis zu bestimmen.<sup>48</sup>

### III. Auswirkungen auf andere Bereiche des europäischen Wettbewerbsrechts

Final ist zu beachten, dass sich die Frage nach dem Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit auch unmittelbar auf die Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auswirkt. Nach der Rechtsprechung des EuGH findet Artikel 101 AEUV nur auf die Beziehungen zwischen wirtschaftlichen Einheiten Anwendung, die zueinander in Wettbewerb treten können, nicht aber auf solche Beziehungen zwischen Konzernunternehmen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden.<sup>49</sup> In Abwesenheit eines wirksamen Binnenwettbewerbs zwischen staatlichen Unternehmen, die der gleichen wirtschaftlichen Einheit angehören, findet Artikel 101 AEUV auf sie keine Anwendung.<sup>50</sup> Abhängig von der Bejahung bzw. Verneinung der Zugehörigkeit zur selben wirtschaftlichen Einheit können Vereinbarungen zwischen staatlichen Unternehmen somit am Maßstab des Artikels 101 AEUV geprüft werden.<sup>51</sup>

47 Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2009/C 43/09), 21.2.2009, Rn. 51 Bis jetzt hatte die Kommission noch über kein Verfahren zu entscheiden, in denen die beiden Parteien des Zusammenschlusses chinesische Staatsunternehmen sind. Ein älteres Beispiel bzgl. zweier europäischer Unternehmen stellt *Ivo/Neste* dar, Entscheidung der Kommission v. 2.6.1998, Fall Nr. IV/M.931.

48 Kok, World Competition 2017/40, S. 583, 605.

49 EuGH, Rs. C-73/95 P., *Viho Europe BV/Kommission*, ECLI:EU:C:1996:405, Rn. 6.

50 Dies ist jedenfalls die Argumentation, die der EuGH in den Rs. C-73/95 P., *Viho*, Rn. 16; Rs. C-30/87, *Pompes Funèbres*, ECLI:EU:C:1988:225, Rn. 19; Rs. C-66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn. 35 anwandte. Diese lässt sich auf eine „wirtschaftliche Einheit“ bei mehreren SOEs übertragen. Auch hier fehlt es aufgrund der Weisungsgebundenheit gegenüber einer höheren Instanz an der Möglichkeit, effektiv zueinander in Wettbewerb zu treten und dementsprechend auch an der Möglichkeit einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung einer zwischen ihnen getroffenen Vereinbarung.

51 Speziell für staatliche Unternehmen als „wirtschaftliche Einheit“ i.S.v. Art. 101 AEUV vgl. Briguet, Journal of World Trade 2018/52, S. 839 ff.; Kok, World Competition 2017/40, S. 583 ff.; Huyue Zhang, Journal of Competition Law and Economics 2012/8, S. 805 ff. Für die Unanwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Verhalten innerhalb einer „wirtschaftlichen Einheit“ grds. vgl. Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Vorb. Art. 101-105 AEUV, Rn. 51.

Die Figur der „wirtschaftlichen Einheit“ findet darüber hinaus auch in Bezug auf die Zurechnung von wettbewerbswidrigen Handlungen oder Marktanteilen in der Rechtsprechung des EuGH Anwendung. Hinsichtlich der Zurechenbarkeit gilt, dass das den Wettbewerbsverstoß begehende Unternehmen nach dem Grundsatz der persönlichen Zurechenbarkeit verantwortlich ist. Daneben soll auch das dieses Unternehmen beherrschende Unternehmen verantwortlich sein, wenn das den Wettbewerbsverstoß begehende Unternehmen sein Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern vor allem wegen der wirtschaftlichen und rechtlichen Bindungen im Wesentlichen die Weisungen des herrschenden Unternehmens befolgt hat.<sup>52</sup> Als Begründung führt der EuGH an, dass in solchen Fällen Mutter- und Tochtergesellschaft Teil ein- und derselben wirtschaftlichen Einheit sind.<sup>53</sup> Ein solches Fehlen der Möglichkeit, das Verhalten auf den Markt autonom zu bestimmen, wird in Bezug auf 100%-ige Tochtergesellschaften widerleglich vermutet.<sup>54</sup> Zwar sind die Voraussetzungen, unter denen ein solches Fehlen einer autonomen Entscheidungsbefugnis angenommen wird, im Bereich der Fusionskontrolle und bei der Frage nach der Zurechnung von Verstößen, die durch ein Tochterunternehmen begangen wurden, nicht identisch. Dennoch erscheint es zumindest nicht als ausgeschlossen, dass bei Annahme der Zugehörigkeit eines staatlichen Unternehmens zu einer übergeordneten wirtschaftlichen Einheit mit autonomer Entscheidungsbefugnis dieser die Wettbewerbsverstöße des Unternehmens zugerechnet werden können.<sup>55</sup>

#### IV. Gesteigerte wirtschaftliche Macht aufgrund vereinfachten Zugangs zu staatlichen Mitteln?

Eine weitere Überlegung in Bezug auf die Beurteilung von Zusammenschlüssen unter Beteiligung chinesischer öffentlicher Unternehmen ist, ob sich ihr vereinfachter Zugang zu Kapital (in Form von staatlichen Bürgschaften, Darlehen, Kapitalspritzen etc.) im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens berücksichtigen lässt.

Möglicher normativer Anknüpfungspunkt hierfür ist Artikel 2 (1) lit. b) FKVO. Der Vorschrift zufolge berücksichtigt die Kommission bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen die „wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen“. Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass überragende Größe und/oder Ressourcen eines Unternehmens diesem auch dann eine marktbeherrschende Stellung oder jedenfalls nicht hinreichend durch den Wettbewerb kontrollierte Vorteile verschaffen können, wenn sie sich nicht in hohen Marktanteilen oder großer Finanzkraft niederschlagen.<sup>56</sup> Hieraus ergibt sich bereits, dass bei der Frage des Vorliegens großer „wirtschaftlicher Macht“ nicht auf die finanzielle Lage des Unterneh-

52 Bechtold/Bosch/Brinker, Art. 101 AEUV, Rn. 33.

53 EuGH, Rs. C-97/08 P, Akzo Nobel u.a./Kommission, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 58–59; EuGH, Rs. 6 und 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents/Kommission*, ECLI:EU:C:1974:5, Rn. 39, 41.

54 EuGH, Rs. C-97/08 P, Akzo Nobel u.a./Kommission, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 96–98.

55 So auch Huyue Zhang, *Journal of Competition Law and Economics* 2012/8, S. 805, 829.

56 Körber, in: Immenga/Mestmäcker/Körber u.a. (Hrsg.), Artikel 2 FKVO, Rn. 257.

mens abzustellen ist. Vielmehr sind hier die technischen oder wirtschaftlichen Ressourcen des Unternehmens in die Betrachtung miteinzubeziehen, wie bspw. ein privilegierter Zugang zu für das Tätigwerden auf einem Markt wichtigen Infrastruktureinrichtungen.<sup>57</sup> Es erscheint somit möglich, bestimmte Privilegierungen staatlicher Unternehmen besonders in Bezug auf Infrastruktur etc. in die Beurteilung des Zusammenschlusses miteinzubeziehen.

Des Weiteren legt Artikel 2 (1) lit. b) FKVO fest, dass die Finanzkraft (*deep pocket*) ebenfalls bei der Beurteilung des Zusammenschlusses zu beachten ist. Die Finanzkraft kann anhand unterschiedlicher Kennziffern gemessen werden. Geeignet sind hierfür die flüssigen Mittel eines Unternehmens, der Cash-Flow sowie durch Eigen- und Fremdfinanzierung beschaffbare Mittel.<sup>58</sup> Staatliche Beihilfen, der Zugang zu staatlichen Mitteln<sup>59</sup> und die Möglichkeit zur Quersubventionierung<sup>60</sup> finden in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission ebenfalls Berücksichtigung. Hierbei ist die Beurteilung der Kommission bezüglich der Auswirkungen der Beihilfe auf den Zusammenschluss unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Beihilfe unter den Regeln des Unionsrechts; insb. muss die Kommission bei Durchführung eines Verfahrens nach der FKVO nicht zuvor den Ausgang des Beihilfenprüfverfahrens abwarten.<sup>61</sup> In der Vergangenheit hat die Kommission allerdings festgehalten, dass wirtschaftliche und finanzielle Stärke zwar wichtige Kriterien in der Analyse nach der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt sind. In Abwesenheit anderer Indikatoren ist die finanzielle Stärke eines Unternehmens alleine aber unzureichend, um die Schaffung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu begründen, infolge derer der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird.<sup>62</sup> Ebenso stellte die Kommission in ihrer Entscheidung in dem Fall *BNP Paribas/Fortis* darauf ab, ob die staatlichen Mittel *in Zusammenhang mit den anderen Elementen der Marktsituation* dem fusionierten Unternehmen eine Position verschaffen, die zu einer erheblichen Einschränkung des Wettbewerbs führen würde.<sup>63</sup>

In Bezug auf chinesische Unternehmen folgt somit, dass der vereinfachte Zugang zu staatlichen Mitteln oder eine Subventionierung grundsätzlich bei der Beurteilung

57 Ibid., Rn. 261.

58 Hacker, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Artikel 2 FKVO, Rn. 183.

59 EuG., T-156/98, *R/JB Mining v Kommission*, ECLI:EU:T:2001:29, Rn. 112-125; Entscheidung der Kommission v. 07.05.2002, *RAG/Saarbergwerke/Preussag Anthrazit (II)*, Fall Nr. COMP/EGKS. 1350, Rn. 47 ff.; Entscheidung der Kommission v. 21.10.2002, *Deutsche Post/DHL (II)*, Fall Nr. COMP/M.2908, Rn. 29 ff.; Entscheidung der Kommission v. 03.12.2008, *BNP Paribas/Fortis*, Fall Nr. COMP/M.5384, Rn. 133-142.

60 Entscheidung der Kommission v. 30.07.1997, *Boeing/McDonnel Douglas*, Fall Nr. IV/M. 877, Rn. 78-81.

61 EuG, Urteil v. 31.01. 2001, Rs. T-156/98, *R/JB Mining v Kommission*, Rn. 115. Dies gilt nach aktuellem Recht ohnehin nicht für Subventionierung von Unternehmen durch Drittstaaten, da die Art. 107 ff. AEUV nur auf Beihilfen der Mitgliedstaaten Anwendung finden. Dementsprechend findet hier schon keine Prüfung hinsichtlich der Vereinbarkeit der Subvention des Drittstaats mit dem europäischen Beihilfenrecht statt.

62 Entscheidung der Kommission v. 21.10.2002, *Deutsche Post/DHL (II)*, Fall Nr. COMP/M. 2908, Rn. 32.

63 Entscheidung der Kommission v. 03.12.2008, *BNP Paribas/Fortis*, Fall Nr. COMP/M.5384, Rn. 140.

von Zusammenschlüssen berücksichtigt werden kann. Nach der obigen Entscheidungspraxis erscheint es aber als fraglich, ob allein das Vorliegen verstärkter „finanzialer Macht“ durch den Zugang zu staatlichen Mitteln als ausreichend betrachtet werden könnte, um einen Zusammenschluss für mit dem Binnenmarkt unvereinbar zu erklären. Auch ist zu berücksichtigen, dass eine Überprüfung der Art und des Umfangs des Zugangs chinesischer Unternehmen zu staatlichen Mitteln durch die Europäische Kommission unter Umständen einen erheblichen Untersuchungsaufwand bedeuten würde, was zusätzlich zu den hiermit einhergehenden praktischen Schwierigkeiten<sup>64</sup> auch vor dem Erfordernis der Wahrung der in Artikel 10 FKVO genannten Fristen als problematisch erscheint.

## V. Berücksichtigung des potentiellen Wettbewerbs

Betrifft die vorherigen Ausführungen Zusammenschlüsse unter Beteiligung chinesischer Unternehmen, so betrifft der folgende Abschnitt die Frage, inwieweit potentielle Markteintritte (chinesischer) Wettbewerber bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses zweier europäischer Unternehmen berücksichtigt werden sollten. Theoretisch erscheint eine Berücksichtigung bereits auf der Ebene der Marktdefinition möglich. Nach aktueller Kommissionspraxis wird der potentielle Wettbewerb bei der Marktdefinition aber nicht herangezogen, da die Voraussetzungen, unter denen potentieller Wettbewerb eine wirksame Wettbewerbskraft darstellt, von bestimmten Faktoren und Umständen in Zusammenhang mit den Markteintrittsbedingungen abhängt. Potentielle Markteintritte werden, sofern erforderlich, erst auf einer späteren Stufe der Untersuchung berücksichtigt, wenn die Stellung der beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt bestimmt worden ist und diese Stellung zu Wettbewerbsbedenken Anlass gibt.<sup>65</sup>

Aus der Berücksichtigung potentiellen Wettbewerbs folgt, dass die Höhe der Marktanteile auf einem relevanten Markt in ihrer Aussagekraft relativiert wird. Der potentielle Wettbewerb wirkt insoweit als Ausgleichsfaktor.<sup>66</sup> Diese Fragestellung erlangte nach der negativen Entscheidung der Kommission bzgl. eines Zusammenschlusses zwischen *Siemens* und *Alstom*<sup>67</sup> und der hierauf angestoßenen Debatte nach der Notwendigkeit von „Europäischen Champions“ Prominenz. Kern des Arguments ist, dass die Europäischen Fusionsregeln stärker mögliche Auswirkungen durch Be-

64 Zwar sieht Art. 25 des unter der Ägide der WTO abgeschlossenen Anti-Subventionsübereinkommens eine Pflicht zur Notifizierung der gewährten Subventionen für seine Mitgliedstaaten vor, was den Untersuchungsumfang verringern könnte. Dieser Verpflichtung wird jedoch nur äußerst selten nachgekommen. In Bezug auf chinesische Staatsunternehmen stellt sich außerdem die Frage, ob diese einen „*public body*“ i.S.d. ASÜ darstellen, sodass die Gewährung von Staatsunternehmen an andere Unternehmen ebenfalls in den Anwendungsbereich des ASÜ fiele, vgl. Ting-Wai, *Georgetown Journal of International Law* 2018/49, S. 845 ff.

65 Europäische Kommission, *Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft* (97/C 372/03), Rn. 24.

66 Körber, in: Immenga/Mestmäcker/Körber u.a. (Hrsg.), Artikel 2 FKVO, Rn. 283.

67 Beschluss der Kommission v. 06.02.2019, *Siemens/Alstom*, Fall Nr. M.8677.

werber aus Drittländern – insbesondere China – bei der Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses berücksichtigen sollten. Geschäfte dies nicht, liefe das Wettbewerbsrecht durch eine übermäßig strenge Anwendung insb. der Fusionsregeln in Gefahr, europäische Unternehmen im Vergleich zu ihren Konkurrenten aus Drittstaaten zu schwächen.<sup>68</sup>

Um potentiellen Wettbewerb eine marktmachtbegrenzende Wirkung beizumessen, müssen nach der Entscheidungspraxis der Kommission die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein: zunächst muss der Marktzutritt wahrscheinlich sein. Dies ist dann der Fall, wenn er unter Berücksichtigung der Auswirkungen, die zusätzliche Produktionsmengen auf die Preise im Markt hätten, sowie der potentiellen Reaktion der angestammten Anbieter hinreichend gewinnbringend wäre. Bei der Frage der Rentabilität des Markteintritts ist die zu erwartende Marktentwicklung zu berücksichtigen. Weiterhin müssen die potentiellen Markteintritte ausreichend zeitnah und anhaltend erfolgen können, um die Ausübung von Marktmacht zu verhindern. In der Regel gelten solche Markzutritte als ausreichend zeitnah, wenn sie innerhalb von zwei Jahren erfolgen. Dritte Voraussetzung ist, dass der Marktzutritt auch wettbewerbslich erheblich ist, d.h. im Umfang hinreichend, um wettbewerbswidrige Wirkungen eines Zusammenschlusses zu verhindern. Ihre Wirkung muss auf den gesamten Markt ausstrahlen. Schließlich muss der Markteintritt zu Angebotsmengen und –preisen erfolgen, die eine wirksame Einengung der Verhaltensspielräume der etablierten Unternehmen erwarten lassen.<sup>69</sup>

Wird in Bezug auf den Beschluss im Fall *Siemens/Alstom* unter anderem die Festlegung auf die oben erwähnte Zwei-Jahres-Frist kritisiert, so wird hierdurch verkannt, dass allein durch Ausdehnung besagter Frist im vorliegenden Fall das Ergebnis nicht anders ausgefallen wäre.<sup>70</sup> Die Untersuchungen der Kommission ergaben beispielsweise in Bezug auf Signalanlagen, dass chinesische Anbieter im Europäischen Wirtschaftsraum nicht präsent sind und noch nicht einmal versucht haben, an einer Ausschreibung diesbezüglich teilzunehmen. Außerdem ergab eine Durchsicht der internen Dokumente der europäischen Infrastrukturbetreiber, dass es selbst nach Ansicht der europäischen Betreiber jedenfalls über fünf Jahre dauern würde, bis die chinesischen Anbieter Produkte von hinreichender Qualität entwickeln würden, die den auf dem europäischen Markt erforderlichen Standards genügen.<sup>71</sup> Dementsprechend

68 Vgl. das Communiqué der Wirtschaftsminister von Frankreich, Deutschland und Polen für eine modernisierte europäische Wettbewerbspolitik v. 04.07.2019, <https://de.ambafrance.org/Gemeinsamer-Vorschlag-Frankreichs-Deutschlands-und-Polens-für-eine>, (22.01.2020). Zur durch Wirtschaftsminister Altmaier vorgestellten nationalen Industriestrategie 2030 Brauneck, S. 801 ff.

69 Hacker, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Artikel 2 FKVO, Rn. 205 und die von der Kommission veröffentlichten *Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen* (2004/C 31/03), Rn. 69-75.

70 Zumal die Kommission in ihrer vergangenen Praxis z.T. auch deutlich längere Zeiträume berücksichtigte, vgl. Entscheidung der Kommission v. 12.04.1991, *Alcatel/Telettra*, Fall Nr. IV/M.042, wo faktisch eine Zeitspanne von fünf Jahren berücksichtigt wurde.

71 Beschluss der Kommission v. 06.02.2019, *Siemens/Alstom*, Fall Nr. M.8677, Rn. 1024-1027.

wäre eine weitaus umfassendere Änderung der Leitlinien der Kommission – und auch ihrer Entscheidungspraxis – erforderlich, um in mit der zu *Siemens/Alstom* vergleichbaren Konstellationen zu dem Ergebnis zu kommen, dass der durch den potentiellen Eintritt von Bewerbern aus Drittstaaten ausgeübte Wettbewerbsdruck ausreichend ist, um die Bedenken bezüglich der negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb im Binnenmarkt auszuräumen.

Es erscheint durchaus fraglich, ob eine solche Änderung mit der Ratio der oben aufgezählten Voraussetzungen übereinstimmen würde. Hierüber wird einerseits berücksichtigt, dass auch zukünftige Markteintritte den Konkurrenzdruck auf dem Binnenmarkt erhöhen und damit in gewissem Maße die Absenkung des Konkurrenzdrucks durch den Zusammenschluss ausgleichen können. Gleichzeitig ist die Beschränkung auf Markteintritte, welche die besagten Kriterien erfüllen, aber erforderlich, um nur solche Markteintritte zu berücksichtigen, die auch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen solchen Wettbewerbsdruck ausüben können. Die Berücksichtigung von zukünftigen Markteintritten, die nach den aktuellen Kriterien nur in eingeschränkter Weise geeignet sind, Druck auf die sich zusammenschließenden Unternehmen auszuüben, birgt dementsprechend gleich mehrere Gefahren. Zunächst ist zu bedenken, dass sich mit steigender Ungewissheit bezüglich des ausgeübten Wettbewerbsdrucks durch den potentiellen Markteintritt des Wettbewerbers auch das Risiko erhöht, dass sich die Erwartungen hinsichtlich seines Potentials zum Ausgleich der Absenkung des Wettbewerbsdrucks durch den Zusammenschluss nicht realisieren. Dies hängt unmittelbar damit zusammen, dass ökonomische Prognosen dazu tendieren ungenauer zu werden, je weiter das Feld ist, das sie in Betracht nehmen – sowohl in zeitlicher wie auch in sachlicher Hinsicht. Schlussendlich birgt die Ausweitung der Kriterien, unter denen der potentielle Markteintritt als die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Zusammenschlusses ausgleichend betrachtet wird, allgemein das Risiko des Einsatzes der Fusionskontrolle zu protektionistischen Zwecken.<sup>72</sup>

## D. Reform des europäischen Wettbewerbsrechts

Wie bereits erwähnt sah sich die Kommission nach ihrer Entscheidung in der Sache *Siemens/Alstom* teils scharfer Kritik aus den Mitgliedstaaten ausgesetzt.<sup>73</sup> Unabhängig hiervon wurde die Anpassung des europäischen Wettbewerbsrechts gefordert, um den veränderten Gegebenheiten des heutigen Wirtschaftslebens, hierunter Fragen der Digitalisierung und des Klimawandels, Rechnung zu tragen. Mit Spannung wurde

72 Zur Debatte um die Schaffung von „European Champions“ vgl. auch Ackermann u.a., Common Market Law Review 2019/56, S. 329-338..

73 Aktuell ist ein erneutes Aufflammen der Debatte um die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen auf dem Binnenmarkt zu beobachten – diesmal anhand des Zusammenschlusses zweier Schiffsbauer, *Fincantieri* (Italien) und *Chantiers de l'Atlantique* (Frankreich). Auch hier befürchtet der französische Wirtschaftsminister bei Untersagung des Zusammenschlusses einen Nachteil der europäischen Schiffsbauindustrie vornehmlich gegenüber den chinesischen Schiffsbauern.

daher die Vorstellung der EU-Industriestrategie durch die Kommissionsmitglieder *Breton*, *Dombrovskis* und *Vestager* im März diesen Jahres erwartet. Im Rahmen be- sagter Strategie betont die Kommission – wenig überraschend – die Notwendigkeit einer unabhängigen und strikten Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbsrecht und wiederholt den Leitsatz, wonach die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Unternehmen auf dem globalen Markt das Vorliegen eines fairen Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt voraussetze. Weiterhin wird auf die aktuell stattfindende Überprüfung der *hard- und soft law* Wettbewerbsregeln verwiesen. Hierzu zählen unter anderem auf die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes<sup>74</sup> sowie die auf horizontale und vertikale Vereinbarungen zwischen Unter-nehmen anwendbaren Regeln.<sup>75</sup> Genauere Aussagen zu den geplanten Änderungen werden nicht getroffen (beispielsweise im Hinblick auf eine extensivere Berücksich- tigung des potentiellen Wettbewerbs bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen), sodass die Veröffentlichung des erneuerten Regelwerks zum Jahr 2021 abzuwarten ist. In Bezug auf staatliche Unternehmen und Subventionierung durch Drittunter-nehmen ist nach aktuellem Stand keine Anpassung des Wettbewerbsrechts selbst zu erwarten. Stattdessen wurde Mitte dieses Jahres ein Weißbuch zur Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten veröffentlicht.<sup>76</sup> Das Weißbuch stellt mögliche Ergänzungen bzw. Neuerungen der Rechtslage in der EU vor, mit deren Hilfe Verzerrungen infolge drittstaatlicher Subventionen für einen Wirtschaftsbeteiligten auf dem EU-Markt, Verzerrungen infolge drittstaatlicher Sub-ventionen im Zusammenhang mit dem Erwerb von EU-Unternehmen sowie bei der öffentlichen Auftragsvergabe angegangen werden können. Das Tätigwerden von SOEs findet in dem Weißbuch keine separate Behandlung, stattdessen stehen die ge-nerellen wettbewerbsverzerrenden Wirkungen der Präsenz von drittstaatlich subven-tionierten Unternehmen auf dem Binnenmarkt im Fokus. Von besonderem Interesse ist ein im Weißbuch vorgeschlagenes Instrument („Teilinstrument 2“), mit dem Ver-zerrungen begegnet werden soll, die durch drittstaatliche Subventionen verursacht werden, welche den Erwerb von EU-Unternehmen erleichtern. Unter Umständen kann hier die Kommission als die zuständige Aufsichtsbehörde, sollte sie zu dem Er-gebnis kommen, dass der Erwerb durch drittstaatliche Subventionen erleichtert wird und dieser den Binnenmarkt verzerrt, den Erwerb untersagen. Das Weißbuch geht davon aus, dass die vorgeschlagenen neuen Instrumente aufgrund ihrer unterschied-lichen Zielsetzungen eine Ergänzung zu den bestehenden Regeln der Fusionskontrolle

74 Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des re-levanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03) v. 09.12.1997.

75 Europäische Kommission, *Communication from the Commission to the European Parlia-ment, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A New Industrial Strategy for Europe* (COM(2020) 102 final) v. 10.03.2020, S. 5 f.

76 Europäische Kommission, Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subven-tionen aus Drittstaaten (COM(2020) 253 final) v. 17.06.2020.

und den Vorschriften des EU-Kartellrechts darstellen würden.<sup>77</sup> Dementsprechend würden die Anmeldung und die etwaige Beurteilung eines Erwerbs, der sowohl nach dem neuen Instrument als auch nach der FKVO anzumelden wäre, parallel, aber im Rahmen der jeweiligen Instrumente getrennt erfolgen. Ob diese avisierte Parallelität in der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach der FKVO und dem neuen Instrument so auch tatsächlich Realität wird, wird sich mit letztgültiger Sicherheit erst bei Vorliegen genauerer Gesetzesvorschläge sagen lassen.

Insofern gibt die Kommission den Mitgliedstaaten zumindest nach aktuellem Stand wenig Anlass zur Annahme, dass ihre Rufe nach einer stärkeren Berücksichtigung ausländischer Konkurrenz, speziell auch durch Staatsunternehmen, in einer Neuauslegung der europäischen Wettbewerbsregeln Gehör finden werden. Vielmehr soll das „*level playing field*“ innerhalb des Binnenmarktes durch angepasste Beihilfenregelungen sichergestellt und durch den vereinfachten Zugang zu Finanzmitteln hervorgerufene wettbewerbsverzerrende Wirkungen seitens Unternehmen mit Drittstaatszugehörigkeit vermieden werden. Umgekehrt scheint die Kommission ein globales „*level playing field*“ weiterhin weniger durch eine Änderung des europäischen Wettbewerbsrechts als vielmehr durch eine konsequente Anwendung der handelspolitischen Schutzinstrumente und eine Durchsetzung der Rechte aus Handelsabkommen der EU gemeinsam mit verstärkten Bemühungen um ein internationales Instrument für das öffentliche Beschaffungswesen erreichen zu wollen.<sup>78</sup>

Abschließend bleibt es daher bei der Feststellung, dass erst mit Veröffentlichung der in diesem Abschnitt erwähnten Rechtsinstrumente Klarheit darüber bestehen wird, wie sich das europäische Wettbewerbsrecht bzw. die europäische Industriepolitik unter dem Eindruck der aktuellen Entwicklungen und Veränderungen in der Weltwirtschaft verändern wird.

77 Europäische Kommission, Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten (COM(2020) 253 final) v. 17.06.2020, S. 48.

78 Europäische Kommission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A New Industrial Strategy for Europe* (COM(2020) 102 final) v. 10.03.2020, S. 6f.

## BIBLIOGRAPHIE

- ACKERMANN, THOMAS U.A., *Think big? Think twice! EU competition law in the face of calls for European champions*, Common Market Law Review, Vol. 56, 2019, S. 329–338
- BECHTOLD, RAINER; BOSCH, WOLFGANG; BRINKER, INGO (Hrsg.), *EU-Kartellrecht*, 3. Aufl., München, 2014
- BRAUNECK, JENS, *Nationale Industriestrategie 2030 – Europäische Champions mit geltendem EU-Recht vereinbar?*, Die öffentliche Verwaltung, 2019, S. 801–811
- BRIGUET, JULIEN, *The State's Invisible Hand: Chinese SOEs Facing EU Antitrust Law*, Journal of World Trade, Vol. 52, 2018, S. 839–858
- DE KOK, JOCHEM, *Chinese SOEs under EU Competition Law*, World Competition, Vol. 40, 2017, S. 583–612
- EMCH, ADRIAN, *EU merger control complications for Chinese SOE transactions* – Kluwer Competition Law Blog, 27.05.2016
- HUYUE ZHANG, ANGELA, *The Single Entity Theory: An Antitrust Time-Bomb for Chinese State-Owned Enterprises?*, Journal of Competition Law and Economics, Vol. 8, 2012, S. 805–830
- IMMENGA, ULRICH; MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM; KÖRBER, TORS-TEN; SCHWEITZER, HEIKE/ZIMMER, DANIEL (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, 6. Aufl., München, 2019
- GRABITZ, EBERHARD; HILF; MEINHARD; NETTESHEIM, MARTIN (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 68. EL. - Stand Oktober 2019 München
- LALLEMAND-KIRCHE, GENEVIÈVE; TIXIER, CAROLINE; PIFFAUT, HENRI, *The Treatment of State-owned Enterprises in EU Competition Law: New Developments and Future Challenges*, Journal of European Competition Law and Practice, Vol. 8, 2017, S. 295–308
- LIN, LI-WEN, *A Network Anatomy of Chinese State-Owned Enterprises* – EUI Working Paper RSCAS2017/07
- ODUDU, OKEOGHENE; BAILEY, DAVID, *The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law*, Common Market Law Review, Vol. 51, 2014, S. 1721–1758
- SCHRÖTER, HELMUTH; JAKOB, THINAM; MEDERER, WOLFGANG (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2014
- SVETLICINII, ALEXANDR, *The Acquisitions of the Chinese State-Owned Enterprises under the EU Merger Control Regime: Time for Reflection?*, Revue Lamy de la Concurrence, 2017, S. 30–36
- TING-WAI, CHIANG, *Chinese State-Owned Enterprises and the WTO's Anti-Subsidy Regime*, Georgetown Journal of International Law, Vol. 49, 2018, S. 845–886