BUNDESKARTELLAMT
3. Beschlussabteilung
B 3 – 24410 – U – 8/03

Für Veröffentlichung bestimmt
Fusionskontrollverfahren
Verfügung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 GWB

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

1. Ajinomoto Co., Inc., Tokyo, Japan

2. Orsan S.A., Mesnil-Saint-Nicaise, Frankreich

Verfahrensbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwälte
Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton
Herren
Dr. Stephan Barthelmeß/Lars Rudolf
Main Tower
Neue Mainzer Straße 52
60311 Frankfurt

- Beteiligte –

wegen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 2. Mai 2003 beschlossen:

I. Der beabsichtigte Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Orsan S.A. durch die Ajinomoto Co., Inc. wird mit folgenden Nebenbestimmungen freigegeben:

1. Die Freigabe steht unter der auflösenden Bedingung, dass die Zusammenschlussbeteiligten bei der Europäischen Kommission keinen Antrag gemäß der Verordnung (EG) Nr. 384/96 des Rates (Amtsblatt 1996 L 56/1) auf Verlängerung der in Kraft befindlichen Antidumpingzölle auf Einfuhren von Mononatriumglutamat (MSG) stellen und nicht an einem derartigen Verfahren mitwirken.

2. Die Freigabe steht weiterhin unter der auflösenden Bedingung, dass die Zusammenschlussbeteiligten bei der Europäischen Kommission keinen Antrag gemäß der Verordnung (EG) Nr. 384/96 des Rates (Amtsblatt 1996 L 56/1) stellen und nicht an einem derartigen Verfahren mitwirken, das auf Erlass neuer – vorläufiger oder endgültiger - Antidumpingzölle auf Einfuhren von MSG gerichtet ist, die vor dem 1. Oktober 2006 in Kraft treten.

3. Das Bundeskartellamt kann auf Antrag der Zusammenschlussbeteiligten die auflösende Bedingung zu 2. widerrufen, wenn die Zusammenschlussbeteiligten dem Bundeskartellamt detailliert und nachprüfbar dargelegt haben, dass sich die Marktverhältnisse so geändert haben, dass eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussbeteiligten auf dem Markt für MSG ausgeschlossen ist, und wenn es aufgrund erheblicher gedumpter MSG-Einfuhren in die Europäische Gemeinschaft für die Zusammenschlussbeteiligten unzumutbar geworden ist, auf eine Untersuchung durch die Europäische Gemeinschaft und die Beantragung geeigneter Maßnahmen mit Wirkung vor dem 1. Oktober 2006 zu verzichten.

II. Die Gebühr für die Anmeldung wird auf

... EURO
(in Worten: ... EURO)

festgesetzt und den Beteiligten zu 1. und 2. als Gesamtschuldnern auferlegt.

Gründe

A.

I. Das angemeldete Vorhaben

Mit Wirkung vom 7. Januar 2003 hat die Ajinomoto Co., Inc., Tokyo, Japan (i.F. Ajinomoto), das Vorhaben angemeldet, die alleinige Kontrolle über die Orsan S.A., Mesnil-Saint-Nicaise, Frankreich (i.F. Orsan), zu erwerben. Bereits seit 1986 hält Ajinomoto eine Minderheitsbeteiligung von 19,61 % an Orsan, nunmehr sollen die restlichen 80,39 % der Anteile an dem Unternehmen von der bisherigen Mehrheitseignerin Amylum France S.A., Mesnil-Saint-Nicaise, Frankreich (i.F. Amylum) erworben werden. Amylum ihrerseits gehört zu dem britischen Konzern Tate & Lyle.

II. Die beteiligten Unternehmen

Das zu erwerbende Unternehmen Orsan ist eine Aktiengesellschaft nach französischem Recht, deren wesentlicher Geschäftsgegenstand die Herstellung und der Vertrieb von Mononatriumglutamat (MSG) ist. Das Unternehmen ist mit seiner Produktionsstätte in Neslé, Frankreich, der einzige Hersteller von MSG in Europa.

Im Übrigen ist Orsan tätig im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Asparginsäure für den Einsatz in Lebens- und Reinigungsmitteln sowie der PPH-Produktreihe, die aus reiner Glutaminsäure und deren Salzen besteht. Die Stoffe finden hauptsächlich Anwendung als Nahrungsergänzungsmittel und werden nur zu einem sehr geringen Teil im pharmazeutischen Bereich verwendet.

Von dem Vorhaben ausgeschlossen ist die Übertragung der Mehrheitsbeteiligung Orsans an der Orsan Guangzhou Gourmet Powder, Guangzhou, Volksrepublik China, das MSG für den chinesischen Markt produziert. Ebenso wird Orsans Geschäftsbereich Asparginsäure nicht an Ajinomoto übertragen.

Orsan hat in Deutschland keine Niederlassung, sondern ist ausschließlich über Importeure und im Direktvertrieb über Amylum tätig. Das Unternehmen erwirtschaftete im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr 2001/2002 (1. April 2001 bis 31. März 2002) Umsatzerlöse (ausschließlich des nicht übertragenen Geschäftsbereichs Asparginsäure) in Höhe von weltweit ... €, von denen ... € auf die Europäische Union sowie davon ... € auf Deutschland entfielen.

Der Erwerber Ajinomoto ist ein weltweit tätiges Unternehmen mit Hauptsitz in Japan, das hauptsächlich im Nahrungsmittelsektor sowie im Bereich Aminosäuren und pharmazeutische Produkte tätig ist. Die Aktivitäten im Nahrungsmittelsektor umfassen die Herstellung und den Vertrieb von Nahrungsmittelzusätzen (einschließlich MSG, anderer Grundgewürze sowie japanischer Gewürzmischungen), Speiseölen, verarbeiteten Lebensmitteln, tiefgefrorenen Lebensmitteln, Milchprodukten und Getränken. Der Konzernumsatz des Unternehmens betrug im letzten Geschäftsjahr 2001/2002 (1. April 2001 bis 31. März 2002) weltweit umgerechnet ... €, wovon ... € auf die europäische Union und davon ... € auf Deutschland entfielen.

Ajinomoto verfügt in Deutschland über keinen Produktionsstandort, sondern lediglich über eine Vertriebsgesellschaft namens Ajinomoto Europe Sales GmbH, Hamburg (AES). AES importiert MSG, andere Lebensmittelzusätze, Aminosäuren und Spezialchemikalien in die europäische Gemeinschaft, in den zentral- und osteuropäischen Raum sowie in den Nahen Osten und nach Afrika. Mit Ausnahme der Lieferung von Orsan aus Frankreich importiert Ajinomoto gegenwärtig sämtliche Nahrungsmittelzusätze, einschließlich MSG, aus Produktionsstätten in Asien (Japan, Indonesien und Thailand) und Südamerika.

III. Monatsbrief

Am 7. Februar 2003 hat die Beschlussabteilung den Verfahrensbevollmächtigten der Zusammenschlussbeteiligten mitgeteilt, dass sie in das Hauptprüfverfahren eingetreten ist.

B.

I. Formelle Untersagungsvoraussetzungen

Das Zusammenschlussvorhaben erfüllt die Tatbestände des Anteils- und Kontrollerwerbs im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 3 a) und Nr. 2 GWB.

Das Vorhaben ist kontrollpflichtig, da die Umsätze der Beteiligten die Schwellen des § 35 Abs. 1 GWB überschreiten und die Ausnahmetatbestände des § 35 Abs. 2 GWB nicht erfüllt sind. Insbesondere liegt auch eine Inlandsauswirkung des Zusammenschlussvorhabens im Sinne des § 130 Abs. 2 GWB vor, da der Erwerber als einer der Zusammenschlussbeteiligten mehr als 25 Mio. € Umsatz in Deutschland erzielt hat und damit die Umsatzschwelle des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB überschritten wird.

Der angemeldete Zusammenschluss fällt nicht in den Anwendungsbereich der EG-Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89, da der gemeinschaftsweite Umsatz von Orsan im letzten Geschäftsjahr 2001/2002 unter 100 Mio. € lag.

II. Materielle Untersagungsvoraussetzungen

1. Die betroffenen Produkte

Die einzige relevante Überschneidung zwischen den Geschäftstätigkeiten der Zusammenschlussbeteiligten besteht im Bereich MSG. MSG ist ein Würzmittel, das seit fast einem Jahrhundert für die Geschmacksverstärkung von Nahrungsmitteln benutzt wird. Sein wichtigster Bestandteil ist die Aminosäure Glutaminsäure bzw. deren Salz Glutamat. Glutamat ist in natürlicher Form in proteinhaltigen Lebensmitteln wie Fleisch, Gemüse, Geflügel und Milch enthalten. Es kommt in zwei Formen vor, zum einen „gebunden“, d.h. mit anderen Aminosäuren verbunden ein Protein- oder Peptidmolekül bildend sowie zum anderen „frei“, d.h. nicht mit einem Protein bzw. Peptid verbunden. Nur freies Glutamat findet als Geschmacksverstärker im Lebensmittelbereich Anwendung. MSG wird vornehmlich in der

Nahrungsmittelindustrie für die Geschmacksverstärkung von Nahrungsmitteln eingesetzt.

2. Sachliche Marktabgrenzung

In der Anmeldung wurde zunächst vorgetragen, es gebe einen Markt für Geschmackszutaten im allgemeinen, da weder das Bundeskartellamt noch die Europäische Kommission in ihrer Entscheidungspraxis zwischen verschiedenen Kräutern, Gewürzen und Geschmackszutaten unterschieden hätten. Erst in der kürzlich im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens ergangenen Entscheidung Fuchs Gewürze GmbH & Co. KG habe das Bundeskartellamt getrocknete Gewürze, Gewürzmischungen und Kräuter als einheitlichen Produktmarkt abgegrenzt. Auch die Kommission sei in den Fällen McCormick/CPC/ Rabobank/Ostmann und Unilever/Bestfoods von einem allgemeinen sachlich relevanten Markt unter Einschluss der verschiedenen Kräuter und Gewürze ausgegangen. Zudem seien sowohl in den Entscheidungen der Kommission als auch des Bundeskartellamtes Gewürzmischungen, die oftmals Geschmackszutaten wie MSG enthalten, einem so definierten Produktmarkt zugerechnet worden.

Die von den Anmeldern zitierten Entscheidungen des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission befassen sich entgegen den vorgenannten Andeutungen der Anmelder nicht eingehend mit der Frage, welchem sachlich relevanten Markt MSG zuzuordnen ist. Allein der Umstand, dass Gewürze oftmals Geschmackszutaten wie MSG enthalten, rechtfertigt nicht die Schlussfolgerung, MSG mit Kräutern, Gewürzen und sonstigen Geschmackszutaten zu einem sachlich relevanten Markt zusammenzufassen. Eine derartige Marktabgrenzung ist viel zu weit, da MSG nach den Auskünften der Nachfrager weder mit Kräutern noch mit Gewürzen funktionell austauschbar ist.

Als alternativen Vorschlag für die sachliche Marktabgrenzung haben die Anmelder den Markt für Geschmacksverstärker angeführt, da es neben MSG eine Reihe anderer Geschmackszutaten gebe, die ebenfalls eine geschmacksverstärkende Wirkung haben, wie z.B. Hefeextrakt, hydrolisierte Pflanzeneiweiße und Nukleotide.

Es ist zwar richtig, dass es neben MSG eine Reihe anderer Geschmackszutaten gibt, die Anwendungsbereiche dieser Produkte überschneiden sich aber nur teilweise mit MSG, hinsichtlich bestimmter Eigenschaften bestehen jedoch Unterschiede. Vor allem aber sind die anderen Geschmacksverstärker im Vergleich zu MSG wesentlich teurer. So beträgt der durchschnittliche Preis für Hefeextrakt ungefähr das vierfache des Preises von MSG (bis 5 € je kg Hefeextrakt im Vergleich zu ungefähr € 1,20 je kg MSG). Hydrolisierte Pflanzeneiweiße (hydrolized vegetable proteins, „HVP“) sind etwa 50 % teurer als MSG (etwa € 1,70 je kg HVP im Vergleich zu etwa € 1,20 je kg MSG). Der durchschnittliche Preis für Nukleotide beträgt mindestens das Zehnfache des Preises für MSG. Aus den vorgenannten Gründen sind die befragten Marktteilnehmer nahezu einhellig der Meinung, dass MSG nicht mit anderen Geschmacksverstärkern funktionell austauschbar ist. Aufgrund des Ergebnisses der Ermittlungen ist die Beschlussabteilung zu der Auffassung gelangt, dass MSG einen eigenständigen sachlich relevanten Markt bildet.

MSG wird ganz überwiegend in Asien hergestellt und verbraucht, was auf die traditionelle Verwendung von MSG für die Zubereitung asiatischer Gerichte zurückzuführen ist. Die führenden Hersteller sind neben Ajinomoto weitere asiatische Unternehmen, wie z.B. Vedan, Cheil Jedang und Daesang Miwon, die MSG in der Regel an mehreren Standorten in verschiedenen asiatischen Ländern produzieren. Der einzige europäische MSG-Produzent ist Orsan.

MSG wird sowohl in Großmengen an Kunden in der Lebensmittelindustrie als auch als abgepacktes Produkt für Endverbraucher an die Einzelhandelsvertriebskanäle abgesetzt. In Europa wird MSG zum größten Teil in Großmengen direkt oder über unabhängige Händler an Unternehmen der Lebensmittelindustrie vertrieben.

MSG wird weltweit gehandelt. So werden große Mengen des Produkts insbesondere aus Asien nach Europa geliefert, da die Transportkosten für MSG relativ gering und die Herstellungskosten in Asien deutlich niedriger sind. Der Europäische Rat hat jedoch wiederholt Importe vor allem aus verschiedenen ost- und südostasiatischen Ländern mit Antidumpingzöllen belegt, um den einzigen europäischen Hersteller Orsan vor dem Wettbewerb derartiger Einfuhren zu schützen. Die

Schutzmaßnahmen sind erstmals 1990 erlassen worden und in den Jahren 1992, 1993, 1996 und 1998 modifiziert worden. Nach Angaben der Anmelder ist jedoch trotz der Erhebung dieser Zölle noch immer mehr als die Hälfte des deutschen und europäischen Bedarfs von Herstellern außerhalb Europas importiert worden, so dass die Existenz von Orsan als europäischem Hersteller von MSG trotz eines europaweiten Marktanteils von 30 bis 40 % weiterhin gefährdet sei. Der mit weitem Abstand größte außereuropäische Importeur ist allerdings Ajinomoto, der nach Angaben der Anmelder einen europaweiten Marktanteil von 30 bis 40 % aufweist. Da zudem noch der indonesische MSG-Produzent SASA zum Ajinomoto-Konzern gehört, der seinerseits zu den größten außereuropäischen Importeuren gehört, dürfte der europaweite Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten insgesamt über > 2/3 betragen.

3. Räumlich relevanter Markt

In räumlicher Hinsicht ist der Markt für MSG bundesweit abzugrenzen, da das Bundeskartellamt durch den Anwendungsbereich der Fusionskontrollvorschriften normativ auf die Prüfung der Inlandsauswirkungen beschränkt ist. Aus ökonomischer Sicht handelt es sich hingegen um einen zumindest europaweiten Markt, da Transport- sowie Vertriebskosten nur einen relativ geringen Anteil an den gesamten Herstellungskosten für MSG ausmachen und MSG grundsätzlich weltweit gehandelt wird. Wegen der Antidumping-Maßnahmen der EU wird jedoch Anbietern aus den Ursprungsländern Vietnam, Taiwan, Korea und Brasilien der Zugang zum europäischen Markt erschwert.

4. Marktverhältnisse in Deutschland

In der Anmeldung haben die Anmelder zunächst unter Bezugnahme auf die Außenhandelsstatistik des Statistischen Bundesamtes vorgetragen, dass das Inlandsmarktvolumen für MSG wohl weniger als 15 Mio. € betrage, so dass es sich wahrscheinlich um einen Bagatellmarkt im Sinne des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB handele.

Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung hat sich jedoch herausgestellt, dass das Gesamtmarktvolumen in Deutschland mit schätzungsweise mindestens 26 Mio. € deutlich über der Bagatellmarktschwelle liegt.

Mit Auskunftsbeschlüssen vom 12. Februar 2003 wurden die Zusammenschlussbeteiligten unter anderem zu ihren MSG-Umsätzen in Deutschland befragt. Gemäß den dazu ergangenen Auskünften der Zusammenschlussbeteiligten haben diese im Jahr 2002 in Deutschland mit MSG einen gemeinsamen Umsatz in Höhe von ... € erwirtschaftet, wovon ... € auf Orsan und
... € auf Ajinomoto entfielen. Dies entspricht einem gemeinsamen Marktanteil der beiden Unternehmen von > 2/3 %. Unter Einbeziehung der mit Ajinomoto verbundenen SASA, die als indonesischer Hersteller von MSG einer der wichtigsten Lieferanten deutscher MSG-Handelsunternehmen ist, dürfte sich der Marktanteil sogar auf über 2/3 erhöhen.

Die Inlandsumsätze der im Übrigen befragten MSG-Anbieter, der MSG-Handelsunternehmen Helm, Omya Peralta, MCC Mennsing und Lamotte sowie des koreanischen MSG-Produzenten Cheil Jedang beliefen sich nach deren Angaben im Jahr 2002 auf insgesamt weniger als ... €. Da die MSG-Handelsunternehmen MSG entweder ausschließlich oder zum Teil von der mit Ajinomoto verbundenen SASA bezogen haben, entfällt allenfalls ... deren MSG-Umsätze auf Einkäufe von Wettbewerbern der Zusammenschlussbeteiligten. Die Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten, neben dem zuvor erwähnten koreanischen MSG-Produzenten Cheil Jedang sind dies die Unternehmen Vedan (Taiwan), Miwon (Korea) und Ve Wong (Indonesien), vereinen auf sich somit insgesamt nur weniger als 1/3 Marktanteil in Deutschland. Die vorgenannten Wettbewerber sind zwar jeweils hinsichtlich der Anzahl der MSG-Produktionsstandorte, der Kapazitäten und der weltweiten Marktanteile im Vergleich zu dem Weltmarktführer Ajinomoto wesentlich kleiner. Sie verfügen im Unterschied zu Orsan auch nicht über einen Produktionsstandort in der Europäischen Gemeinschaft. Im Verhältnis zu ihrer außereuropäischen Marktstellung und ihres bedeutenden Wettbewerbspotenzials sind jedoch vor allem die durch die EU-Antidumping-Maßnahmen in ihrem Marktzugang behinderten Produzenten Vedan, Miwon und Cheil Jedang in der europäischen Gemeinschaft und damit

auch in Deutschland eindeutig unterrepräsentiert. Bei einem Wegfall der EU-Antidumpingmaßnahmen ist daher zu erwarten, dass der wettbewerbliche Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten durch die oben genannten Wettbewerber hinreichend kontrolliert werden kann.

Auch die befragten Marktteilnehmer begründen ihre überwiegend sehr kritische Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Wesentlichen damit, dass der Marktzugang für preisgünstige außereuropäische MSG-Hersteller durch die Antidumping-Maßnahmen zum Schutze von Orsan erschwert wird.

5. Ergebnisse der Ermittlungen

Aufgrund des Ergebnisses der Ermittlungen ist die Beschlussabteilung der Ansicht, dass der Zusammenschluss des MSG-Weltmarktführers Ajinomoto mit dem einzigen europäischen MSG-Produzenten Orsan bei einem gemeinsamen Marktanteil von über 2/3 im Falle der Verlängerung der Antidumping-Schutzmaßnahmen zum Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung führen würde.

Die Beschlussabteilung beabsichtigte daher, das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen, falls die Zusammenschlussbeteiligten nicht darauf verzichten würden, die im September 2003 auslaufenden Antidumping-Schutzmaßnahmen auf Antrag zu verlängern oder neue Schutzmaßnahmen zu beantragen, solange dadurch die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten ist.

6. Einwand der Anmelder gegen die Untersagungsbefugnis des Bundeskartellamtes

Die Anmelder haben eingewandt, dass eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens aus völkerrechtlichen Gründen unzulässig sei. Unter Zugrundelegung des völkerrechtlichen Abwägungsgebotes sei, ungeachtet der wettbewerblichen Beurteilung, eine auf § 36 GWB gestützte Untersagung des Zusammenschlussvorhabens unzulässig.

Zu der völkerrechtlichen Interessenabwägung haben die Anmelder zunächst vorgetragen, dass die französische Rechtsordnung das vorliegende Zusammenschlussvorhaben billige. Aufgrund der in Frankreich getroffenen gesetzgeberischen Wertung, Zusammenschlüsse nicht der Fusionskontrolle zu unterwerfen, in denen die beteiligten Unternehmen nicht jeweils einen inländischen Umsatz in Höhe von 15 Mio. Euro erreichen, stehe das Vorhaben insbesondere auch im Einklang mit dem französischen Kartellrecht.

Im Übrigen berühre das Vorhaben unter wirtschafts- und sozialpolitischen Gesichtspunkten erhebliche Interessen der Republik Frankreich. Das aufgelaufene Defizit Orsans in Höhe von ... Euro habe zu einer Schrumpfung des Gesellschaftskapitals auf weit weniger als die gesetzlich vorgeschriebene Mindesthöhe geführt, so dass im Falle einer Untersagung des Zusammenschlusses – da kein anderer potenzieller Erwerber Interesse an einem Kauf von Orsan gezeigt habe – die Schließung der MSG-Produktionsstätte von Orsan in Neslé drohe. Die Werkschließung hätte zur Folge, dass in der strukturschwachen Region Picardie in Nordfrankreich der Verlust von ... direkt bei Orsan bestehenden Arbeitsplätzen eintreten würde. Daneben würden Arbeitsplätze verloren gehen, die mittelbar von dem Werk abhingen, wie z.B. Arbeitsplätze in den Bereichen der Glukoseherstellung, der Abwasserbehandlung, der Belieferung mit Elektrizität, Dampf/Druckluft und Brauchwasser im benachbarten Werk der Amylum S.A.. Zudem würde ein erheblicher Bedarf an Transport-, Lagerhaltungs- und Reinigungsdiensten entfallen. Darüber hinaus hätte eine Schließung der MSG-Produktionsstätte nachteilige Auswirkungen auf den französischen Agrarsektor. Es würden nicht nur weitere Überkapazitäten im Bereich des Weizenanbaus entstehen, sondern auch Arbeitsplätze im primären Sektor gefährdet. Die Nachfrage nach Glukose, dem Ausgangsstoff der MSG-Produktion bei Orsan, würde in der Größenordnung von 100.000 t fortfallen. Damit verbunden sei ein Nachfrageausfall nach Weizen, dem für die Herstellung der Glukose in Neslé verwendeten Rohstoff, von rd. 200.000 t. Dies wiederum entspreche einer landwirtschaftlichen Anbaufläche in der Größenordnung von 30.000 Hektar.

Der französische Minister für Landwirtschaft, Ernährung, Fischerei und den ländlichen Raum hat mit Schreiben vom 19. März 2003 an den Präsidenten des Bun-

deskartellamtes mit der im Wesentlichen gleichlautenden Begründung dargelegt, dass der Erhalt von Orsan für die strukturschwache Region Picardie von großer Bedeutung ist.

Nach Ansicht der Anmelder stehe dem schwerwiegenden Interesse Frankreichs ein – absolut gesehen – nur geringfügiges Interesse Deutschlands an einer Untersagung des Zusammenschlusses entgegen. In mehreren Entscheidungen habe das Bundeskartellamt seine Untersagungsbefugnis unter anderem mit der wirtschaftlichen Bedeutung des betroffenen Marktes, auf dem die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung drohte, begründet. Die wirtschaftliche Bedeutung des betroffenen Marktes sei vorliegend gering, sofern man von einem separaten Markt für MSG ausgehe. In diesem Fall läge der Verkaufswert in Deutschland jedenfalls nicht wesentlich oberhalb der auch nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt kennzeichnenden Bagatellmarktschwelle. Die Anmelder merken diesbezüglich an, dass ... des auf dem deutschen Markt nachgefragten MSG auf die Firmen ... und ... entfalle, zwei multinationale Unternehmen mit einer globalen Einkaufsstrategie. Denen gegenüber könne von einer marktbeherrschenden Stellung Ajinomotos nach einer Freigabe der angemeldeten Transaktion auf keinen Fall gesprochen werden.

Die Anmelder haben des Weiteren vorgetragen, dass für das Ausmaß des denkbaren deutschen Interesses an einer Untersagung der Transaktion von Bedeutung sei, inwieweit zu erwarten sei, dass sich die Wettbewerbsstruktur gerade durch den Zusammenschluss verschlechtern könnte. In diesem Zusammenhang zitieren die Anmelder die Entscheidung des Kammergerichts in Sachen Synthetischer Kautschuk II, worin ausgeführt worden sei, dass

> „auch nach Ansicht des Bundeskartellamts das Schwergewicht des insgesamt untersagten Zusammenschlussvorhabens im Ausland liegt, während im Inland eine demgegenüber relativ unbedeutende Wettbewerbsbeschränkung durch Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung Bayers eintreten würde.“
> (KG Synthetischer Kautschuk II WuW/E OLG 2411 f., 2419, 2420)

Aus der Entscheidung werde deutlich, dass jedenfalls geringfügige Strukturverschlechterungen die Untersagung eines reinen Auslandszusammenschlusses, der erhebliche Interessen eines ausländischen Staates berührt, nicht legitimieren können. Vorliegend sei aber unter keinem Prognoseblickwinkel mit einer mehr als geringfügigen Strukturverschlechterung zu rechnen:

Auf der Herstellerebene in Deutschland sei bereits theoretisch keine nachteilige Veränderung der Wettbewerbsstruktur denkbar, da es in Deutschland – wie in der gesamten Europäischen Gemeinschaft - neben Orsan keinen MSG-Hersteller gebe.

Auch auf der Vertriebsstufe resultierten durch den Zusammenschluss keine Nachteile für die Wettbewerbsstruktur. Die MSG-Nachfrage könne jederzeit von dritter Seite befriedigt werden. Der Gesamtabsatz an MSG in Deutschland stelle im Vergleich zu den von den Parteien geschätzten weltweiten Überkapazitäten allein der wichtigsten, zum Teil bereits mit Verkaufsniederlassung in Deutschland bzw. der europäischen Gemeinschaft vertretenen, exportaktiven Wettbewerber Vedan, Cheil Jedang und Daesan Miwon nur einen Bruchteil dar.

Schließlich sei auch die Kausalität etwaiger negativer Folgen gerade durch den Zusammenschluss stark zu relativieren: Es sei zwar zu erwarten, dass der Zusammenschluss zu einer Addition von Marktanteilen führen werde, allerdings würde Ajinomoto auch im Falle eines Verschwindens von Orsan aus dem Markt ein erheblicher Verkaufsanteil zuwachsen.

Der Vortrag der Anmelder, mit dem diese das Vorliegen einer wesentlichen Wirkung des Zusammenschlusses in Deutschland und damit die Untersagungskompetenz des Bundeskartellamtes in Abrede stellen wollen, ist nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht zutreffend. Die Anwendbarkeit des deutschen GWB kommt in Übereinstimmung mit dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip dann in Betracht, wenn sich eine Wettbewerbsbeschränkung im Inland auswirkt. Dieser in § 130 Abs. 2 GWB normierte Grundsatz bedeutet, dass die Fusionskontrollvorschriften nach den §§ 35 ff. GWB gemäß ihrem Schutzzweck dann anwendbar

sind, wenn durch den grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschluss die Struktur eines inländischen Marktes beeinflusst werden kann. Eine Beeinflussung der inländischen Marktstruktur wird bei grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen angenommen, wenn sich die in § 19 Abs. 2 GWB genannten strukturellen Marktmachtfaktoren spürbar ändern können, wobei an das Merkmal der Spürbarkeit relativ geringe Anforderungen gestellt werden (vgl. etwa BGH v. 29.05.1979, WuW/E 1613, 1615 „Organische Pigmente"; BKartA v. 23.09.1980, WuW/E BKartA 1837, „Bayer/Firestone"). Für die Beurteilung der Frage, ob durch einen Zusammenschluss eine erhebliche strukturelle Veränderung des betroffenen Marktes eintreten wird, ist die Veränderung der Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten der wichtigste Indikator. Im vorliegenden Fall würde sich der Marktanteil von Ajinomoto (einschließlich der verbundenen SASA) mit dem Erwerb von Orsan von über 1/3 auf über 2/3 erhöhen. Eine derartige Marktanteilsaddition stellt zweifelsohne eine erhebliche Strukturveränderung auf dem betroffenen Markt dar.

Die erhebliche Konzentration der Angebotsseite auf dem Markt für MSG wird auch nicht durch das Vorbringen der Anmelder relativiert, wonach ... der MSG-Nachfrage in Deutschland auf die multinationalen Konzerne ... und ... entfalle. Da der Marktzugang für eine Reihe von preisgünstigen MSG-Anbietern aus verschiedenen Ursprungsländern durch Antidumpingzölle der Europäischen Gemeinschaft erheblich erschwert wird, würden die zahlreichen kleinen und mittleren MSG-Nachfrager gegenüber den multinationalen Konzernen ... und ..., soweit die beiden Konzerne – wie die Anmelder behaupten - ihren MSG - Bedarf weltweit decken können, erheblich benachteiligt. Im Übrigen ist jedoch die Behauptung der Anmelder, die beiden vorgenannten Konzerne könnten ihren MSG – Bedarf weltweit decken, offenbar unrichtig. Nach Auskunft von ... besteht nämlich für die in der EU gelegenen Produktionsstätten des Konzerns keine Möglichkeit, MSG aus den mit Antidumping-Zöllen belegten Ursprungsländern unter Vermeidung dieser Zölle zu beziehen.

Die von den Anmeldern zitierte Entscheidung des Kammergerichts in Sachen Synthetischer Kautschuk II (KG Synthetischer Kautschuk II WuW/E OLG 2411 ff, 2419, 2420) stützt nicht die Ansicht der Anmelder, sondern die der Beschlussab-

teilung. Anders als in der vorgenannten Sache Synthetischer Kautschuk II liegt im hier zu beurteilenden Fall das Schwergewicht des Zusammenschlussvorhabens in Deutschland, da auf den deutschen Markt auch nach Angaben der Anmelder etwa > 20 % der europäischen Gesamtnachfrage nach MSG entfällt und die Zusammenschlussbeteiligten in Deutschland im Vergleich mit den anderen EU-Mitgliedsstaaten auch den höchsten Umsatz erwirtschaften. Das MSG-Absatzvolumen in Frankreich beträgt dagegen nach Schätzung der Anmelder nur < 50 %, was lediglich ... des deutschen Marktvolumens entspricht. Im Übrigen liegt das wertmäßige MSG-Marktvolumen in Deutschland mit rd. 26 Mio. Euro auch deutlich über der Bagatellmarktschwelle des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB, so dass es sich nach den Wertungen des deutschen Gesetzgebers um einen Markt handelt, dessen Größenordnung hinreichend ist, um Zusammenschlüsse auf diesem Markt der Fusionskontrolle zu unterwerfen.

Der wirtschaftliche Schwerpunkt der Transaktion liegt daher eindeutig in Deutschland. Selbst wenn die vorgetragenen wirtschafts- und sozialpolitischen Interessen Frankreichs am Erhalt des Unternehmens Orsan und den damit verbundenen Arbeitsplätzen als beachtlich angesehen werden, können diese die Untersagungskompetenz des Bundeskartellamtes auch nach den Abwägungsgeboten des Völkerrechts nicht in Frage stellen. Wenn, wie im vorliegenden Fall gegeben, der wirtschaftliche Schwerpunkt eines Zusammenschlussvorhabens gemäß den Marktanteilen und Umsätzen der Zusammenschlussbeteiligten eindeutig in Deutschland ist, kommt es nach den allgemeinen Grundsätzen des Wettbewerbsrechts nicht darauf an, wo die Produktionsstätten der Zusammenschlussbeteiligten liegen. Entscheidend ist vielmehr, wo die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens schwerpunktmäßig auftreten.

Im Übrigen stützt auch die Entscheidung des Europäischen Gerichts erster Instanz in der Sache Gencor Ltd./Kommission (Entscheidung vom 25. März 1999 Rs. T-102/96, Slg. 1999 II. 00753), die von den Anmeldern zur Begründung Ihrer völkerrechtlichen Argumentation angeführt worden ist, nicht die Rechtsauffassung der Anmelder sondern vielmehr die der Beschlussabteilung. Das Gericht führt in der Entscheidung aus, dass die Kommission für die Prüfung eines Zusammenschlusses zuständig ist, wenn vorherzusehen ist, dass dieser in der Europäischen

Gemeinschaft eine unmittelbare und wesentliche Auswirkung haben wird (s. Textziffer 90 der angegebenen Entscheidung). Das Gericht führt sodann unter Textziffer 98 Satz 2 Folgendes aus: „Dass nämlich im Kontext eines Weltmarktes andere Teile der Welt vom Zusammenschluss berührt werden, kann die Gemeinschaft nicht daran hindern, einen Zusammenschluss zu kontrollieren, der durch die Schaffung einer beherrschenden Stellung den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich beeinträchtigt.“ Sodann prüft das Gericht in Textziffern 102 ff., ob die Inanspruchnahme dieser Zuständigkeit durch die Gemeinschaft die Grundsätze der Nichtintervention und der Verhältnismäßigkeit verletzt hat. Das Gericht kommt bei der Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Kommission in ihrer fusionskontrollrechtlichen Zuständigkeit durch die einfachen Grundsatzerklärungen der ausländischen Regierung über ihre industriepolitischen Interessen an dem Zusammenschluss nicht gehindert sei.

Werden die vorgenannten Entscheidungsgründe des Europäischen Gerichtshofs erster Instanz zu der Frage der völkerrechtlichen Zuständigkeit von Kartellbehörden auf den vorliegenden Fall übertragen, so ergibt sich, dass die Rechtsauffassung der Beschlussabteilung mit den Maßstäben der vorgenannten Entscheidung übereinstimmt.

7. Einwand der Failing Company Defense

Die Anmelder haben im Übrigen vorgetragen, das Zusammenschlussvorhaben müsse unter dem Gesichtspunkt der „Failing Company Defense“ bewertet werden. Sie verweisen dabei auf die Entscheidung der EU-Kommission in dem Fusionskontrollverfahren BASF/Eurodiol/Pantochim vom 11. Juli 2001 (Comp/M. 2314). Hervorzuheben seien insbesondere die generellen Erwägungen der Kommission in den Randziffern 135-143. In Randziffer 137 nenne die Kommission zunächst die Voraussetzungen der Failing Company Defense gemäß ihrem früheren Fallrecht. Danach mussten die folgenden drei Bedingungen kumulativ erfüllt sein:

a) Das übernommene Unternehmen würde ohne die Übernahme in der nahen Zukunft aus dem Markt austreten;

b) Es gibt keinen alternativen Erwerber, dessen Erwerb weniger wettbewerbsschädlich wäre; und
c) Der Erwerber würde den Marktanteil des erworbenen Unternehmens ohnehin übernehmen, wenn dieses aus dem Markt ausscheiden würde.

Die Anmelder tragen sodann vor, dass die Kommission in der oben genannten Entscheidung diese Kriterien fortentwickelt habe. Insbesondere habe die Kommission das Kriterium unter c), wonach gesichert sein müsse, dass der Übernehmer sämtliche Marktanteile des übernommenen Unternehmens auch im Falle von dessen Ausscheiden aus dem Markt übernehmen würde, ausdrücklich aufgegeben. Stattdessen werde als drittes Tatbestandselement verlangt, dass die bei dem übernommenen Unternehmen vorhandenen Vermögensgegenstände für den Markt verloren gingen. Zusätzlich und als generelle Voraussetzung für die Anwendung der Failing Company Defense müsse das Ausscheiden des zu übernehmenden Unternehmens zu einer mindestens ebenso starken Verschlechterung der Marktverhältnisse führen wie die beabsichtigte Übernahme.

Die Anmelder sind der Ansicht, dass die in der oben genannten Entscheidung der Kommission aufgeführten drei Kriterien auch vorliegend erfüllt sind:

1. Es drohe im Falle einer Untersagung der angemeldeten Transaktion die Schließung der Produktionsstätte Orsans.
2. Die Bemühungen von Amylum S.A., der Mehrheitsgesellschafterin Orsans, einen alternativen Erwerber zu finden, seien ohne Erfolg geblieben.
3. Auch das neu formulierte dritte Element, nämlich dass die Vermögensgegenstände Orsans endgültig aus dem Markt ausscheiden würden, sei ohne weiteres gegeben. Dies werde schon dadurch dokumentiert, dass sämtliche anderen in Frage kommenden MSG-Hersteller kein Interesse an einem Engagement bei Orsan gezeigt hätten, u.a. mit dem Hinweis darauf, dass eine MSG-Produktion in Europa wegen des höheren Kostenniveaus für sie nicht interessant sei.

Auch die weitere generelle Voraussetzung, nämlich dass sich die Wettbewerbsstruktur ohne die angemeldete Transaktion mindestens ebenso verschlechtern

müsse wie nach einer Durchführung der angemeldeten Transaktion, sei hier erfüllt. Orsan sei gegenwärtig mit einer Produktionskapazität von ... MSG in der Lage, ... des europäischen Bedarfs an MSG zu decken. Es sei abzusehen, dass ein Wegfall von > 30 % des Angebotsvolumens - unter Annahme nicht ausreichend bestehender Wettbewerbsalternativen - zu einer erheblichen Verknappung des Angebots und damit zur entsprechenden Preissteigerung führen würde. Die mit einem Ausscheiden Orsans aus dem Markt verbundene Angebotsverknappung und die daraus resultierende Preiserhöhung sei insbesondere dann zu erwarten, wenn man, wie das Bundeskartellamt im vorliegenden Fall davon ausgehe, dass die Europäische Union einen separaten geografischen Markt darstelle, zu dem – insbesondere für asiatische Hersteller aufgrund der Antidumpingzölle der EU – signifikante Marktzutrittschranken bestünden. Die Anmelder gehen dagegen davon aus, dass der internationale Wettbewerb dafür sorgen werde, dass auch nach einem Vollzug des Zusammenschlusses der wettbewerbliche Verhaltensspielraum von Ajinomoto hinreichend eingeengt ist, so dass es nicht zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung kommen kann. Lehne man aber diese auf der Intensität des internationalen Wettbewerbs beruhende Prognose ab, müsse man konsequenterweise auch zugestehen, dass ein Wegfall der örtlichen Produktionskapazität Orsans nicht umgehend durch Lieferungen aus Asien ersetzt werden könne.

Die Beschlussabteilung teilt die Ansicht der Anmelder nicht, da die kumulativ zu erfüllenden Voraussetzung der Failing Company Defense weder nach der früheren Praxis der Kommission, die der nach wie vor bestehenden Praxis des Bundeskartellamts entspricht (s. Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamtes zur Fusionskontrolle unter Pkt. I.B.10), noch nach der von den Anmeldern zitierten neuen Entscheidungspraxis der Kommission im vorliegenden Fall erfüllt werden.

Nach der früheren Praxis der Kommission zur Failing Company Defense musste unter anderem die Bedingung erfüllt sein, dass der Erwerber den Marktanteil des erworbenen Unternehmens ohnehin übernehmen würde, wenn dieses aus dem Markt ausscheiden würde. Dies ist im vorliegenden Fall nicht zu erwarten, denn bei Ausscheiden Orsans aus dem Markt würden zugleich - da Orsan der einzige europäische MSG-Hersteller ist - die Antidumpingschutzmaßnahmen der EU ent-

fallen. Damit würden preisgünstige MSG-Anbieter, die bisher mit Antidumping-schutzzöllen der Europäischen Union vom Markt ferngehalten wurden, sofort einen unbeschränkten Zugang zum europäischen Markt erhalten. Da es, wie die Anmelder selbst an anderer Stelle vorgetragen haben, auf dem Weltmarkt ... Überkapazitäten gibt, ist damit zu rechnen, dass im Falle eines Ausscheidens von Orsan aus dem Markt und dem damit verbundenen Wegfall der Antidumping-schutzmaßnahmen neben Ajinomoto auch andere MSG-Anbieter einen erheblichen Teil des Marktanteils von Orsan übernehmen können. Aus dem gleichen Grund ist auch die nach der neuen Praxis der Kommission zur Failing Company Defense entwickelte Bedingung, wonach das Ausscheiden des zu übernehmenden Unternehmens zu einer mindestens ebenso starken Verschlechterung der Marktverhältnisse führen würde als die beabsichtigte Übernahme, im vorliegenden Fall erkennbar nicht erfüllt.

8. Modifikationen des Zusammenschlusses

Während einer Unterredung im Bundeskartellamt am 26. März 2003 wurde mit den Zusammenschlussbeteiligten das Ergebnis der Ermittlungen der Beschlussabteilung erörtert. Dabei wurde auf die Bedeutung der Antidumping-Schutzmaßnahmen für die Beurteilung der Marktverhältnisse hingewiesen. Im weiteren Verlauf des Verfahrens haben die Zusammenschlussbeteiligten, nachdem sie über die abweichende Rechtsauffassung der Beschlussabteilung zu den von ihnen vorgetragenen Einwänden informiert wurden, mit Schreiben vom 17. April die oben im Tenor des Beschlusses angeführten Nebenbestimmungen auch zum Gegenstand ihrer Anmeldung gemacht.

9. Die Nebenbestimmungen

Der Erwerb der restlichen Anteile an Orsan durch Ajinomoto ist unter den im Tenor aufgeführten Nebenbestimmungen und der den Nebenbestimmungen entsprechenden Ergänzung der Anmeldung freizugeben.

Die Nebenbestimmungen und die Ergänzung der Anmeldung sind erforderlich und geeignet, die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB zu beseitigen.

Durch den Zusammenschluss erreichen die Zusammenschlussbeteiligten einen addierten Marktanteil in Deutschland von > 2/3. Der hohe Marktanteil resultiert aber im Wesentlichen daher, dass MSG-Importe aus Vietnam, Taiwan, Korea und Brasilien durch Antidumping-Zölle der Europäischen Gemeinschaft behindert werden. Indem die Zusammenschlussbeteiligten auf die Verlängerung der im September 2003 auslaufenden Antidumping-Schutzmaßnahmen verzichten und – vorbehaltlich des Eintretens der Voraussetzung der Nebenbestimmungen zu 3. – innerhalb des von der Beschlussabteilung angenommenen Prognosezeitraums von 3 Jahren keinen neuen Antrag auf Einleitung eines Antidumping-Verfahrens stellen werden und auch nicht an einem derartigen Verfahren mitwirken werden, wird ein unbeschränkter weltweiter Handel mit MSG ermöglicht. Mit dem Wegfall der Antidumping-Schutzmaßnahmen werden insbesondere die bedeutenden ostasiatischen MSG-Anbieter Vedan und Cheil Jedang MSG preisgünstig aus Vietnam, Taiwan und Korea nach Europa exportieren können. Dies lässt erwarten, dass ein wesentlicher Preiswettbewerb auf dem europäischen und damit auch auf dem deutschen Markt einsetzen wird, der den Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten hinreichend kontrollieren wird und sehr bald zu einem Abschmelzen von deren Marktanteil führen wird.

Die Nebenbestimmungen zu 1. und 2. sind daher geeignet, hinreichenden Wettbewerb auf dem Inlandsmarkt für MSG zu ermöglichen und damit einer dauerhaften Verschlechterung der Marktstruktur entgegenzuwirken.

Die Nebenbestimmungen sind auch verhältnismäßig. Es wäre zu erwarten, dass die Zusammenschlussbeteiligten - mangels alternativer Möglichkeiten zur Abwendung der Untersagungsvoraussetzungen - ohne den Verzicht auf die Verlängerung der Antidumping-Maßnahmen auf Dauer eine marktbeherrschende Position innehätten. Das Zusammenschlussvorhaben hätte in diesem Falle vollständig untersagt werden müssen. Die Nebenbestimmungen zu 1. und 2. sind im Vergleich dazu das mildere Mittel zur Abwendung der Untersagungsvoraussetzungen. Zudem sorgt die Nebenbestimmung zu 3. dafür, dass die Zusammen-

schlussbeteiligten bei Wegfall der Untersagungsvoraussetzungen innerhalb des Prognosezeitraums von den Nebenbestimmungen zu 1. und 2. befreit werden können und ihre Rechte wahrnehmen können, wenn es aufgrund erheblicher gedumpter MSG-Einfuhren in die Europäische Gemeinschaft für die Zusammenschlussbeteiligten unzumutbar geworden ist, auf eine Untersuchung durch die Europäische Gemeinschaft und die Beantragung geeigneter Maßnahmen mit Wirkung vor dem 1. Oktober 2006 zu verzichten.

C.

Gebühren

xxx

D.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Str. 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht in Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Wangemann Dr. Pfeil-Kammerer Crede