

Kapitel IV

Chinas Staatskapitalismus: Herausforderung für die europäische Marktwirtschaft

Kurz gefasst

Summary

- 1 Einführung
 - 1.1 Merkmale des chinesischen Staatskapitalismus
 - 1.2 Chinas Bedeutung für die Weltwirtschaft und die Europäische Union wächst
 - 1.3 Wettbewerbsrelevanz für die Europäische Union
 - 2 Wettbewerbspolitische Anknüpfung und Zielkonflikte
 - 2.1 Systementscheidung und Funktionsgarantien der europäischen Wirtschaftsordnung
 - 2.2 Wettbewerbsrecht sowie Grundfreiheiten und Grundrechte
 - 2.3 Außenwirtschaftsrecht
 - 2.4 Verhältnis von Außenhandels- und Wettbewerbsregeln zueinander
 - 3 Weiterentwicklung bestehender Instrumente
 - 3.1 Instrumente zum Wettbewerbsschutz bei staatlich beeinflusstem Unternehmensverhalten
 - 3.2 Instrumente zum Wettbewerbsschutz bei nicht marktwirtschaftlichen drittstaatlichen Maßnahmen
 - 3.3 Instrumente für Markteingriffe durch Veränderungen in der Marktstruktur
 - 4 Einführung neuer Instrumente
 - 4.1 Instrumente zur Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen im EU-Binnenmarkt
 - 4.2 Instrumente zur Durchsetzung europäischer Wettbewerbsprinzipien im Verhältnis zu Drittstaaten
 - 5 Zusammenfassung der Empfehlungen
-

Kurz gefasst

Die Volksrepublik China (im Folgenden: China) hat seit der Einleitung der ersten marktwirtschaftlichen Reformen vor einigen Jahrzehnten eine beeindruckende wirtschaftliche Entwicklung verzeichnet. Gemessen am kaufkraftbereinigten Bruttoinlandsprodukt ist China bereits heute die größte Volkswirtschaft der Welt. Gleichzeitig ist die **Bedeutung Chinas für die Weltwirtschaft** in den vergangenen Jahrzehnten **erheblich gestiegen**. Insbesondere seit dem Beitritt Chinas zur Welthandelsorganisation im Jahr 2001 ist es zu Verschiebungen im Welthandel gekommen. Ohne Berücksichtigung des Warenhandels zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) ist der Anteil Chinas (ohne Hongkong) am weltweiten Warenexport vom Jahr 2002 bis zum Jahr 2018 von ca. 7 auf ca. 17 Prozent gestiegen. Im gleichen Zeitraum sind die Anteile der EU und der Vereinigten Staaten (USA) von rund 18,3 bzw. 15,2 Prozent auf ca. 15,6 bzw. 11,3 Prozent gesunken. Nach den USA ist China derzeit der **zweitgrößte Handelspartner der EU und die EU der größte Handelspartner Chinas**.

China ist heute weder eine Marktwirtschaft noch eine Planwirtschaft, sondern verfolgt mit seiner „Sozialistischen Marktwirtschaft mit chinesischen Merkmalen“ ein hybrides Wirtschaftsmodell, das sowohl staatswirtschaftliche als auch marktwirtschaftliche Elemente enthält. **Stärker als in den europäischen Marktwirtschaften greift der chinesische Staat zur Erreichung seiner industriepolitischen Ziele auf vielfache Weise in das Wirtschaftsgeschehen ein.** Von **besonderer Bedeutung** sind in diesem Zusammenhang **wirtschaftliche Vergünstigungen (Subventionen)**, von denen sowohl staatliche als auch private Unternehmen profitieren. Im internationalen Kontext können derartige staatliche Eingriffe zu Wettbewerbsvorteilen für chinesische Unternehmen gegenüber nicht subventionierten Unternehmen führen. Aufgrund der gestiegenen wirtschaftlichen Bedeutung Chinas wirken sich solche staatlichen Eingriffe zunehmend auch auf das Wirtschaftsgeschehen innerhalb der EU aus und benachteiligen europäische Unternehmen im Wettbewerb mit ihren chinesischen Konkurrenten.

Um **Wettbewerbsnachteile für europäische Unternehmen** zu vermeiden, wird seit einiger Zeit verstärkt über Reformmöglichkeiten im europäischen Außenwirtschafts- und Wettbewerbsrecht diskutiert. Dabei ist zu beachten, dass die **Einflussnahme von Drittstaaten auf die Wirtschaft bereits Regeln unterliegt**. Im grenzüberschreitenden Warenverkehr sind europäische Unternehmen insoweit schon durch **Antidumping- und Antisubventionsinstrumente** geschützt. Das Antidumpinginstrument berücksichtigt dabei die Besonderheiten, die sich aus der chinesischen Wirtschaftsform ergeben. Denn Vergleichspreise werden nicht im chinesischen Heimatstaat ermittelt, sofern diese sich „nicht aus dem freien Spiel der Marktkräfte ergeben“. Anzumerken ist allerdings, dass speziell beim Einsatz von Antidumpinginstrumenten der Schutz europäischer Unternehmen im Sinne einer europäischen Industriepolitik im Vordergrund steht und der Schutz des Wettbewerbs dahinter zurücktritt. Für die Verbraucher bedeutet dies, dass damit auch ein möglicher Preiswettbewerb durch chinesische Anbieter geschwächt wird. Um die positiven Effekte eines Preiswettbewerbs durch chinesische Konkurrenten zu erhalten, sollte der Schutz des Wettbewerbs bei der Anwendung des Antidumpingrechts deshalb in Zukunft stärker gewichtet werden. Das Antisubventionsrecht setzt zwar ebenfalls einen eher industriepolitischen Schwerpunkt. Insoweit gewichtet es die positiven Wirkungen von Subventionen gering, die sich insbesondere in Form niedrigerer Importpreise zeigen. Demgegenüber besteht ein normatives Interesse am Ausgleich subventionsbedingter Wettbewerbsvorteile.

Davon abgesehen sind die **EU-Wettbewerbsregeln** zwar nicht unmittelbar auf Maßnahmen von Drittstaaten, aber immerhin **auf das Verhalten von Unternehmen aus Drittstaaten in der EU anwendbar**. Bei der Beurteilung der Marktstellung solcher Unternehmen (in der Missbrauchs- und Fusionskontrolle) kann auch berücksichtigt werden, dass dahinter ein Drittstaat steht. Dessen ungeachtet ist die Frage, ob ein unternehmerisches Verhalten gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot (Art. 101 bzw. Art. 102 AEUV) verstößt, allein anhand der Tatbestandsvoraussetzungen der betreffenden Vorschriften zu beantworten. Es ist nicht möglich, zusätzlich zu diesen Voraussetzungen zu berücksichtigen, dass das Verhalten auf die besonderen Gegebenheiten in einem Drittstaat zurückzuführen ist oder durch diesen sogar gezielt gefördert wurde.

Bei Unternehmenserwerbsvorgängen ist zwischen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung, ob der Vorgang zu Marktmacht führt, und einer etwaigen beihilferechtlichen Überprüfung einer mitgliedstaatlichen wirtschaftlichen Unterstützung des Erwerbs zu trennen. Eine drittstaatliche Subventionierung des Erwerbs unterliegt als solche

bisher keiner Überprüfung. In Anbetracht dessen wird immer wieder ein stärkerer Einsatz der **Investitionskontrolle** diskutiert. Diese ist auch inzwischen bereits mehrfach angepasst und verschärft worden. Die Investitionskontrolle ist allerdings primär **auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgerichtet** und sollte auch darauf beschränkt bleiben. Ein industriepolitischer Einsatz ist zu vermeiden.

In Bezug auf **mitgliedstaatliche Beschaffungsvorgänge** dienen die bestehenden Regelungen dem doppelten Ziel, Verzerrungen auf den europäischen Beschaffungsmärkten zu vermeiden und einen Beitrag zur Wahrung der Gegenseitigkeit beim Zugang zu ausländischen Beschaffungsmärkten zu leisten. Der Umstand, dass ein Bieter staatlicher Kontrolle bzw. Finanzierung unterliegt und seine Gebote deshalb möglicherweise nach anderen als marktwirtschaftlichen Kriterien abgibt, kann im bestehenden Rechtsrahmen – abgesehen von der Möglichkeit der Berücksichtigung „vergabefremder Kriterien“ – nicht einheitlich erfasst werden. Statt dessen findet sich eine Vielzahl von Einzelregelungen, die unterschiedlichen Zielen dienen. Hierdurch entsteht eine unübersichtliche Gemengelage, bei der **fraglich** bleibt, ob sie einen wirksamen **Schutz der Chancengleichheit gegenüber staatlich verursachten Wettbewerbsverzerrungen** tatsächlich gewährleisten kann.

Der Schutz europäischer Unternehmen bzw. der europäischen Marktwirtschaft ist nach den bestehenden Regeln also in bestimmten Situationen lückenhaft. Das ist namentlich der Fall, **wenn Drittstaaten Subventionen leisten**, durch welche Unternehmen bei ihrer Tätigkeit in der EU einen Wettbewerbsvorteil gegenüber nicht drittstaatlich subventionierten Unternehmen haben und in der Folge Marktanteile zulasten dieser Wettbewerber gewinnen können. Durch den bestehenden Rechtsrahmen (Außenwirtschafts- und Wettbewerbsrecht) nicht abgedeckte Wettbewerbsnachteile für europäische Unternehmen sind z. B. dann anzunehmen, wenn drittstaatlich subventionierte Unternehmen zur Umgehung von Antidumping- oder Ausgleichszöllen ihre **Produktion in die EU verlagern** und die Produkte hier vertreiben. Dasselbe gilt, wenn sie subventionierte **Dienstleistungen** erbringen, da Dienstleistungen – anders als Waren – über das außenwirtschaftliche Instrumentarium nicht erfasst werden können. Wettbewerbsnachteile bestehen ferner, wenn drittstaatlich subventionierte Unternehmen aufgrund der Subvention bei **Unternehmenserwerbs- oder Beschaffungsvorgängen** bessere Angebote als ihre nicht subventionierten Mitbewerber abgeben können. Zwar profitiert die EU von Subventionen, die durch den chinesischen Steuerzahler finanziert werden und die zu niedrigpreisigen Vorprodukten oder Konsumgütern für die verarbeitende Industrie oder die europäischen Verbraucher führen. Jedoch schließt das durch die europäischen Verträge geprägte Verständnis von Wettbewerb in der EU auch eine wettbewerbliche Chancengleichheit der im Binnenmarkt tätigen Unternehmen mit ein. Zu diesem Zweck besteht im EU-Binnenmarkt eine Beihilfenkontrolle gemäß Art. 107 ff. AEUV. Diese ist auf drittstaatliche Unterstützungsmaßnahmen mit Auswirkungen auf den Binnenmarkt nicht anwendbar. Das gilt selbst dann, wenn Unternehmen aufgrund drittstaatlicher Subventionen sukzessive Marktmacht aufbauen können oder wenn Unternehmen sich umgekehrt aus dem Wettbewerb mit subventionierten Konkurrenten zurückziehen oder eigene Forschungs- und Entwicklungsanstrengungen aufgeben. In diesen Fällen bestehen jeweils regulatorischen Lücken, weil die vorhandenen Instrumente drittstaatliche Subventionen nicht erfassen.

Zur Schließung der vorhandenen Lücken sind in jüngster Zeit verschiedene **Vorschläge** gemacht worden, die entweder auf eine **Gleichbehandlung von drittstaatlichen Subventionen und mitgliedstaatlichen Beihilfen** ausgerichtet sind **oder wettbewerbliche Fairness dadurch herstellen sollen, dass subventionierte Unternehmen verschärften Verhaltensauflagen (wie marktbeherrschende Unternehmen) unterworfen werden** sollen. Die Europäische Kommission hat ein Weißbuch über die Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten vorgelegt. Darin hat sie drei Teilinstrumente vorgeschlagen, die drittstaatliche Subventionen im Wesentlichen im Sinne der Beihilfeäquivalenz neutralisieren sollten. Eines der Teilinstrumente sollte im Allgemeinen die Überprüfung drittstaatlicher Subventionen von Amts wegen ermöglichen, während die anderen beiden speziell die Überprüfung von Unternehmenserwerbs- und Beschaffungsvorgängen betreffen und auf Anmeldung zu einer Überprüfung führen würden. Bei Feststellung einer Verzerrung des EU-Binnenmarktes könnte die Rückzahlung der Subvention verlangt werden, oder den Unternehmen würden Abhilfemaßnahmen auferlegt. Die Zuständigkeit für die Anwendung des zweiten Teilinstruments läge bei der Europäischen Kommission, im Übrigen würde die Zustän-

digkeit zwischen der Kommission und mitgliedstaatlichen Behörden aufgeteilt. Dem Weißbuch waren unter anderem Vorschläge der Niederlande und von Verbandsseite vorausgegangen.

Aufbauend auf den vorausgegangenen Überlegungen befürwortet die **Monopolkommission die Einführung eines Drittlandsbeihilfeinstruments, mit dem drittstaatliche Subventionen und mitgliedstaatliche Beihilfen möglichst weitgehend gleichgestellt** würden. Dabei sollte es sich aber – abweichend von den Überlegungen der Europäischen Kommission – um ein **einheitliches Instrument** ohne Aufgliederung in mehrere Teilinstrumente handeln. Die von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Teilinstrumente beziehen sich zudem auf Subventionen im Sinne der Antisubventionsverordnung und des Sektorwettbewerbsrechts. Das von der Monopolkommission befürwortete Instrument wäre hingegen bei allen drittstaatlichen Subventionen anwendbar, die als mitgliedstaatliche Maßnahme gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoßen würden. Ein derartiges Drittlandsbeihilfeinstrument könnte **auf Art. 103, 109 i. V. m. Art. 352 AEUV gestützt** werden und dürfte mit WTO-Recht vereinbar sein. Denn es würde lediglich dafür sorgen, dass alle Unternehmen bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit im EU-Binnenmarkt gleich behandelt werden. Die bislang bestehende Selbstdiskriminierung bei mitgliedstaatlichen Beihilfen würde dadurch abgebaut. Durch die **Möglichkeit einer Anerkennung von Subventionskontrollregimen**, die mit dem EU-Beihilferecht vergleichbar sind, lässt sich die Anwendung des neu vorgeschlagenen Instruments auf die Fälle begrenzen, in denen Unternehmen bei ihrer Wirtschaftstätigkeit durch einen unterschiedlichen Umgang mit Subventionen effektiv benachteiligt werden. Um ein mögliches Konfliktpotenzial zu bereits bestehenden Regelungen zu minimieren, sollte das Instrument allerdings **gegenüber den bestehenden Regelungen des Außenwirtschafts- und EU-Wettbewerbsrechts nachrangig** angewendet werden. Die Monopolkommission befürwortet hierzu die **verfahrensrechtliche Ausgestaltung als Interventionsrecht**. Speziell in **Fällen des Unternehmenserwerbs und bei mitgliedstaatlichen Beschaffungen** sollte für alle Beteiligten zudem eine **Stillhalteverpflichtung** gelten, d. h. das Verfahren sollte bis zur Prüfung der Drittlandsbeihilfe ausgesetzt werden. Dies würde verhindern, dass die Subvention in Fällen des Unternehmenserwerbs an den Veräußerer oder bei Beschaffungen an den Träger der ausschreibenden Stelle fließt und dann diesem mittelbar Begünstigten eine mögliche Ausgleichsabgabe auferlegt werden müsste.

Die **Zuständigkeit** für die Anwendung des Instruments sollte einheitlich **bei der Europäischen Kommission** liegen. Das Verfahren sollte durch eine **Anzeige (Notifizierung) des Erhalts drittstaatlicher Subventionen** durch die betroffenen Unternehmen ausgelöst werden. Die Europäische Kommission hätte dann **zu entscheiden, ob sie ein Prüfungsverfahren eröffnet**. Maßgeblich hierfür wäre die Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine Intervention geboten sein kann, um den subventionsbedingten Vorteil zum Schutz des EU-Binnenmarktes abzuschöpfen. In dem Prüfungsverfahren würde die Europäische Kommission untersuchen, ob die Subvention unter Berücksichtigung des Unionsinteresses mit dem EU-Binnenmarkt vereinbar ist. Wenn dies zu verneinen ist, würde die Europäische Kommission die betroffenen **Unternehmen zu einer Ausgleichsabgabe verpflichten**, die an den EU-Haushalt zu zahlen wäre. Alternativ sollte es den betroffenen Unternehmen gestattet werden, den erhaltenen wirtschaftlichen Vorteil an den Drittstaat zurückzuführen. **Bei fehlender Kooperation** könnten **Geldbußen** verhängt werden.

Dem **Informationsdefizit** der EU-Behörden bezüglich drittstaatlicher Subventionen **bei drittstaatlich kontrollierten Unternehmen** (State-Owned Enterprises – SOEs) sollte damit begegnet werden, dass bei Unternehmen mit einer drittstaatlichen Kapitalbeteiligung oberhalb eines bestimmten Schwellenwerts (z. B. 20 %) die Subventionierung vermutet wird. Den Unternehmen sollten im Fall einer Intervention auch besondere **Transparenzpflichten** auferlegt werden können. Wenn Auskünfte auf Anfrage nicht vollständig und zutreffend erteilt werden, sollte die Europäische Kommission allgemein berechtigt sein, **auf vorhandene Tatsachen (facts available)** abzustellen. Dies könnte sich auf die Buchführung, die Gestehungskosten von Waren und Dienstleistungen oder den Umfang bzw. Wert drittstaatlicher Finanzierungsleistungen beziehen.

Die Monopolkommission legt in diesem Hauptgutachten einen **eigenen Regelungsentwurf** vor, in dem sie ihre Überlegungen zu einem Drittlandsbeihilfeinstrument konkretisiert. Das Instrument könnte in eine EU-Verordnung gefasst werden, die sowohl die Wettbewerbsverzerrungen zugunsten drittstaatlich subventionierter Unternehmen als auch die Informationsdefizite bezüglich der Subventionen adressieren würde.

Die Monopolkommission schlägt zudem vor, die **europäischen Fusionskontrollregeln** anzupassen. Dort, wo sich Unternehmen zusammenschließen, die einem potenziellen Wettbewerb von drittstaatlichen Unternehmen ausgesetzt sein können, sollte zukünftig stärker berücksichtigt werden, dass der **Markteintritt** solcher **Unternehmen von politisch-strategischen** und nicht nur von wirtschaftlichen **Erwägungen abhängen** kann. Deshalb sollte eine entsprechende Ergänzung der Kommissionsleitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse geprüft werden.

Neben dem Wettbewerbsschutz im EU-Binnenmarkt (Defensivinstrumente) werden auch Maßnahmen zum Schutz von europäischen Unternehmen im Fall drittstaatlich verursachter Wettbewerbsverzerrungen und zur **Durchsetzung europäischer Wettbewerbsprinzipien im Verhältnis zu Drittstaaten** (Offensivinstrumente) diskutiert. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass – gegebenenfalls politisch unterstützte – „Abwehrfusionen“ zum Schutz gegen drittstaatlich subventionierte Unternehmen ähnliche wettbewerbliche Probleme aufwerfen können wie Abwehr- bzw. Exportkartelle oder Defensivbeihilfen (Einsatz von sog. *matching clauses*). Davon abgesehen äußert sich die Monopolkommission zu drei Teilaspekten der Diskussion um Instrumente, die eingesetzt werden können, um das Verhältnis zu Drittstaaten zu regeln: (1) der Einführung eines Internationalen Vergabeinstruments, (2) der EU-Konnektivitätsstrategie und (3) dem angestrebten Investitionsabkommen zwischen der EU und China.

Das seit längerem diskutierte **Internationale Vergabeinstrument** (International Procurement Instrument – IPI) könnte den bestehenden Ungleichheiten im Zugang zu den Beschaffungsmärkten in der EU und in China entgegenwirken. Das IPI soll Preisanpassungsmaßnahmen für die Gebote von Bietern aus Drittstaaten in Fällen ermöglichen, in denen die Drittstaaten zu keinen Verhandlungen über den wechselseitigen Marktzugang bereit sind und selbst EU-Unternehmen bei öffentlichen Beschaffungen benachteiligen. Im Umgang mit dem chinesischen Staatskapitalismus erscheint die **Herstellung wettbewerblicher Chancengleichheit** im EU-Binnenmarkt allerdings **vordringlich**.

Die **EU-Konnektivitätsstrategie** bildet ein Gegenstück zum chinesischen Projekt einer „Neuen Seidenstraße“ im Verhältnis zu Drittstaaten. Die EU-Konnektivitätsstrategie umfasst unter anderem Finanzierungsinstrumente, die für Investitionen in Drittstaaten eingesetzt werden sollen und die zum Ausgleich von Finanzierungslücken bei Investitionen im gemeinsamen Interesse, aber auch zum Ausgleich von wettbewerbsverzerrenden chinesischen Finanzmaßnahmen dienen können. Die EU sollte darauf achten, sich im Rahmen der EU-Konnektivitätsstrategie auf die **Verfolgung gemeinsamer Interessen mit den betreffenden Drittstaaten** zu konzentrieren. Die Verfolgung des einseitigen Interesses an einer Förderung europäischer Unternehmen könnte die Entwicklung der Märkte in den betreffenden Drittstaaten und damit auch ihre Heranführung an den EU-Binnenmarkt behindern.

Schließlich wäre wünschenswert, dass ein mögliches **Abkommen zu den Wirtschaftsbeziehungen zwischen der EU und China insbesondere staatliche Subventionen abdeckt**. Dies sollte nicht auf den Investitionsbereich beschränkt werden, sondern auch Waren und Dienstleistungen allgemein umfassen. Bei Verhandlungen zum Investitionsschutz muss vermieden werden, dass mögliche Anpassungen des europäischen Rechtsrahmens infolge eines etwaigen Abkommens mit investitionsschutzrechtlichen Standards kollidieren. Umgekehrt ist eine effektive Durchsetzung sicherzustellen.

Summary

The People's Republic of China has undergone impressive economic development since the introduction of market economy reforms several decades ago. Measured in terms of gross domestic product, which is adjusted in terms of purchasing power, China is the largest economy in the world. At the same time, **China's importance for the global economy has increased considerably** in recent decades; especially since China's accession to the World Trade Organization in 2001, there have been shifts in world trade. Excluding trade in goods between the Member States of the European Union, China's share (excluding Hong Kong) in global exports of goods rose from around 7% to around 17% between 2002 and 2018. In the same period, the shares of the EU and the United States have fallen from around 18.3% and 15.2% to around 15.6% and 11.3%, respectively. After the USA, China is currently the EU's **second largest trading partner and the EU is China's largest trading partner**.

Today, China is neither a market economy nor a planned economy, but with its "Socialist Market Economy with Chinese Characteristics" it pursues a hybrid economic model that contains both state-economy and market-economy elements. **More strongly than in European market economies, the Chinese state intervenes in economic affairs in many different ways to achieve its industrial policy goals.** Of **particular importance** in this context are **economic benefits (subsidies)** which state or private undertakings enjoy. In the international context, such state intervention can lead to competitive advantages for Chinese undertakings over non-subsidised undertakings. Due to China's growing economic importance, such state intervention is increasingly affecting the EU economy and putting European undertakings at a competitive disadvantage vis-à-vis their Chinese competitors.

In order to avoid **competitive disadvantages for European undertakings**, there has been an increasing debate for some time about possible reforms to European foreign trade and competition law. It should be noted that the **influence of third countries on the economy is already subject to rules.** In cross-border trade, European undertakings are already protected by **anti-dumping and anti-subsidy instruments.** The anti-dumping instrument takes into account the particularities of the Chinese economic system. Hence, comparative prices are not determined in the Chinese home country as long as they "do not result from the free play of market forces". However, it should be noted that especially when anti-dumping instruments are used, the protection of European undertakings in terms of a European industrial policy is in the foreground and the protection of competition takes a back seat. For consumers, this means that possible price competition from Chinese suppliers is also weakened. In order to preserve the positive effects of price competition from Chinese competitors, the protection of competition in the application of anti-dumping law should therefore be given greater weight in future. Anti-subsidy law also has an industrial policy focus. Against this backdrop, it gives little weight to the positive effects of subsidies, which are particularly evident in the form of lower import prices. On the other hand, there is a normative interest in the compensation of competitive advantages caused by subsidies.

Complementing the trade instruments, the **EU competition rules** are not directly applicable to measures of third countries, but they are **applicable to the behaviour of undertakings from third countries in the EU.** When assessing the market position of such undertakings (in abuse and merger control) it can also be taken into account that a third country is behind them. Irrespective of this, the question of whether corporate conduct violates the prohibition of cartels or abuses (Art. 101 or Art. 102 TFEU) must be answered solely on the basis of the constituent elements of the relevant provisions. It is not possible to take into account, in addition to these prerequisites, that the conduct is due to the special circumstances in a third country or was even deliberately encouraged by that country.

In the case of company acquisitions, a distinction must be made between the merger control assessment of whether the transaction gives rise to market power and any examination under State aid law of economic support for the acquisition by a Member State. Third-country subsidies for the acquisition are as such not yet subject to review. In view of this, a stronger use of **investment control** is also regularly discussed. This control has already been adapted and tightened several times in the meantime. However, it is primarily **aimed at protecting public safety and order** and should also be limited to this. Industrial policy use should be avoided.

With regard to **Member State procurement**, the existing rules serve the dual objective of avoiding distortions in European procurement markets and contributing to maintaining reciprocity in access to foreign procurement markets. The fact that a bidder is subject to state control or financing and may therefore submit its bids according to criteria other than market economy criteria cannot be uniformly covered in the existing legal framework – apart from the possibility of taking into account “criteria other than those relating to the award of the contract”. Instead, there is a large number of individual rules that serve different objectives. This results in a confusing situation, which leaves it **questionable** whether it can actually guarantee **effective protection of equal opportunities against state-induced distortions of competition**.

Thus, the protection of European undertakings or the European market economy under the existing rules is incomplete in certain situations. This is **particularly** the case **if third countries provide subsidies** which give undertakings a competitive advantage over undertakings not subsidised by third countries when operating in the EU, and if those subsidised undertakings can subsequently gain market share at the expense of these competitors. Competitive disadvantages for European undertakings not covered by the existing legal framework (i.e., the foreign trade and competition rules) may be assumed, for example, if undertakings subsidised by third countries **relocate their production to the EU** and sell their products here in order to circumvent anti-dumping or countervailing duties. The same applies if they provide subsidised **services**, since services – unlike goods – cannot be covered by foreign trade instruments. Competitive disadvantages also exist if undertakings subsidised by third countries are able to submit better bids than their non-subsidised competitors due to the subsidy in **company acquisition** or **procurement transactions**. It is true that the EU benefits from subsidies financed by the Chinese taxpayer, which result in low-priced input products or consumer goods for the manufacturing industry or European consumers. However, the understanding of competition in the EU, which is shaped by the European Treaties, also includes a competitive level playing field for undertakings operating in the internal market. To this end, the EU internal market is subject to State aid control in accordance with Article 107 et seq. TFEU. This is not applicable to third-country support measures with effects on the internal market. This is true even if companies are able to successively build up market power due to third party subsidies or if, conversely, companies withdraw from competition with subsidised competitors or abandon their own research and development efforts. In these cases there are regulatory gaps because the existing instruments do not cover third country subsidies.

To close the existing gaps, various **proposals** have recently been made, either to ensure **equal treatment of third country and Member State subsidies** or to ensure **fair competition by subjecting subsidised undertakings to stricter behavioural requirements (e.g., dominant undertakings)**. In this White Paper, three instrumental modules are proposed that should neutralise third-country subsidies in the sense of aid equivalence. One of the sub-instruments should generally allow for ex officio review of third-country subsidies, while the other two would specifically address the review of acquisitions and procurement transactions and would lead to a review upon notification. If a distortion of the EU internal market is found to exist, the subsidy could be required to be repaid or remedial action could be imposed on undertakings. The European Commission would be responsible for the application of the second sub-instrument, and responsibility would be shared between the Commission and Member State authorities. The White Paper had been preceded by proposals from the Netherlands and from associations, among others.

Based on the preceding considerations, the **Monopolies Commission advocates the introduction of an instrument for third-party aid, which would put third-country subsidies and Member State aid on an equal footing** as far as possible. In contrast to the considerations of the European Commission, however, this should be a **single instrument** without a breakdown into several sub-instruments. The modules proposed by the European Commission moreover relate to subsidies within the meaning of the Anti-Subsidy Regulation and sectoral competition law. The instrument advocated by the Monopolies Commission, on the other hand, would apply to all third-country subsidies which, as a Member State measure, would violate Article 107 (1) TFEU. Such an instrument **could be based on Articles 103, 109 in conjunction with Article 352 TFEU** and would likely be compatible with WTO law. The instrument would only ensure that all undertakings are treated equally in their economic activities in the EU internal market. The existing self-discrimination with regard to State aid would be reduced. The **possibility of recognising**

subsidy control regimes comparable to EU State aid law would moreover limit the application of the newly proposed instrument to cases in which undertakings are effectively disadvantaged in their economic activities due to different treatment of subsidies. However, in order to minimise the potential for conflict with existing regulations, the instrument should be applied **subordinate to existing regulations under foreign trade and EU competition law**. To this end, the Monopolies Commission advocates the **procedural design as a power to intervene**. Especially **in cases of company acquisitions and** in the case of **Member State procurement** procedures where the subsidy is passed on to third parties, a **standstill obligation** should apply to all parties concerned, i.e. the procedure should be suspended pending the examination of the third country aid. This would prevent the subsidy from flowing to the seller in cases of business acquisition or, in the case of purchases, to the agent of the tendering body, which would then have to impose a possible countervailing duty on this indirect beneficiary.

The **competence** for the application of the instrument should **lie uniformly with the European Commission**. The procedure should be triggered by a **notification of the receipt of third-country subsidies** by the undertakings concerned. The European Commission would then have to **decide whether to open an investigation procedure**. This would be based on the likelihood that intervention may be necessary to eliminate the subsidy advantage in order to protect the EU internal market. In the investigation procedure, the European Commission would examine whether the subsidy is compatible with the EU internal market, taking into account the Union interest. If the answer is no, the European Commission would **oblige the undertakings concerned to pay a compensatory levy** to the EU budget. Alternatively, the undertakings concerned should be allowed to repatriate the economic advantage received to the third country. **Fines could be imposed** in the event of **non-cooperation**.

The EU authorities' **lack of information on** third-country subsidies for **state-owned enterprises (SOEs)** should be addressed by a presumption that undertakings with a third-country shareholding above a certain threshold (e.g., 20%) are benefiting from subsidies. It should also be possible to impose special **transparency obligations** on such undertakings in the event of intervention. Where information is not fully and accurately provided on request, the European Commission should generally be entitled to **rely on the facts available**. This could relate to accounting, the cost of goods and services or the volume or value of third country financing.

In this Biennial Report, the Monopolies Commission presents its **own draft regulation** in which it sets out its ideas on an instrument of third-country aid. The instrument could be set out in an EU regulation which would address both the distortions of competition in favour of undertakings subsidised by third countries and the information deficits regarding the subsidies.

The Monopolies Commission also proposes to adapt the **European merger control rules**. Where undertakings merge that may be exposed to potential competition from third-country undertakings, greater account should be taken in future of the fact that the **market entry of such undertakings may depend on political-strategic** and not just economic **considerations**. It should therefore be considered to make a corresponding addition to the Commission guidelines on the assessment of horizontal mergers.

In addition to the protection of competition in the EU internal market (defensive instruments), measures to protect European companies in the event of distortions of competition caused by third countries and to **enforce European competition principles in relation to third countries** (offensive instruments) are also being discussed. The Monopolies Commission points out that "defensive mergers" for the protection against companies subsidised by third countries - if necessary with political support - can pose similar competition problems as defensive or export cartels or defensive aid (use of so-called matching clauses). Apart from this, the Monopolies Commission comments on three partial aspects of the discussion on instruments that can be used to regulate relations with third countries: (i) the introduction of an international public procurement instrument, (ii) the EU connectivity strategy and (iii) the envisaged EU–China investment agreement.

The **International Procurement Instrument (IPI)**, which has been discussed for some time, could help to address the existing inequalities in access to procurement markets in the EU and China. The purpose of the IPI is to allow price adjustment measures for bids from third country bidders in cases where third countries are not prepared to negotiate reciprocal market access and themselves disadvantage EU companies in public procurement. However, in

dealing with Chinese state capitalism, the **creation of a competitive level playing field** in the EU internal market should be considered **a priority**.

The **EU connectivity strategy** is a counterpart to the Chinese project of a “Belt and Road” Initiative in relation to third countries. The EU connectivity strategy includes financial instruments to be used for investments in third countries, which can be used to fill gaps in financing for investments in the common interest, but also to offset competition-distorting Chinese financial measures. The EU should ensure that the EU connectivity strategy focuses on **pursuing common interests with the third countries concerned**. The pursuit of a unilateral interest in promoting European undertakings could hinder the development of markets in the third countries concerned and thus also their rapprochement to the EU internal market.

Finally, it would be desirable for a possible **agreement on EU–China economic relations to cover in particular state subsidies**. This should not be limited to the investment sector, but should also cover goods and services in general. In negotiations on investment protection, it must be avoided that possible adjustments to the European legal framework as a result of a possible agreement conflict with standards of investment protection law. Conversely, effective enforcement must be ensured.

1 Einführung

551. Die Volksrepublik China (im Folgenden: China) hat in den vergangenen Jahrzehnten eine beeindruckende wirtschaftliche Entwicklung verzeichnet. Ausgangspunkt dieser positiven wirtschaftlichen Entwicklung waren die unter Deng Xiaoping ab dem Jahr 1978 eingeleiteten Wirtschaftsreformen, in deren Folge nach und nach marktwirtschaftliche Elemente in das zuvor rein planwirtschaftliche System Chinas eingeführt wurden. Heute ist China weder eine Markt- noch eine Planwirtschaft, sondern verfolgt vielmehr sein eigenes Wirtschaftssystem, das auch als „Sozialistische Marktwirtschaft mit chinesischen Merkmalen“ bezeichnet wird. Hierbei handelt es sich um ein hybrides Wirtschaftsmodell, das sowohl staatswirtschaftliche als auch marktwirtschaftliche Elemente enthält und das durch ein hohes Maß an industriepolitischen Eingriffen in die Wirtschaft und einer Einflussnahme des Staates auf Unternehmen geprägt ist.

552. Ein wichtiger Meilenstein für die wirtschaftliche Entwicklung Chinas war der Beitritt zur Welthandelsorganisation (World Trade Organization – WTO) im Jahr 2001, in dessen Folge die Handelsbarrieren zwischen China und anderen WTO-Staaten deutlich reduziert wurden. Seit dem WTO-Beitritt ist Chinas Anteil am Welthandel deutlich gestiegen, sodass China heute die größte Handelsnation und insbesondere die größte Exportnation weltweit ist. Gemessen am kaufkraftbereinigten globalen Bruttoinlandsprodukt (BIP) war China im Jahr 2018 mit einem Anteil von ca. 18,7 Prozent zudem noch vor den Vereinigten Staaten mit einem Anteil von ca. 15,2 Prozent die größte Volkswirtschaft der Welt.¹

553. Aktuell befindet sich die chinesische Wirtschaft in einer Umbruchphase. Während bis vor einigen Jahren noch jährlich zweistellige Wachstumsraten erreicht wurden, fallen die aktuellen Wachstumszahlen deutlich geringer aus. Ein wesentlicher Grund hierfür ist das Ende des sogenannten „nachholenden Wachstums“, welches die chinesische Wirtschaftsentwicklung in den vergangenen Jahrzehnten stark geprägt hatte. China steht damit aktuell vor der Herausforderung, ein neues Entwicklungs- bzw. Wachstumsmodell zu identifizieren.² Der Wandel hin zu einer produktiveren und innovativeren Wirtschaftsstruktur wird dabei vonseiten des chinesischen Staates durch eine aktive Industriepolitik begleitet. Ein Beispiel hierfür ist die Industriestrategie „Made in China 2025“, die unter anderem darauf abzielt, in zehn Industriezweigen zum weltweiten Marktführer zu werden. Auch die großen und innovativen chinesischen Technologieunternehmen, z. B. Alibaba, Huawei oder Tencent, verdeutlichen den stattfindenden Wandel Chinas von der verlängerten Werkbank der Welt hin zu einer produktiveren und innovativeren Wirtschaft.

554. Politisch beansprucht die Kommunistische Partei Chinas (KPCh) im chinesischen Einparteiensystem unverändert die uneingeschränkte Macht für sich. Seit der Amtsübernahme von Xi Jinping wurde die Rolle der KPCh zulasten der Regierungsorgane noch weiter gestärkt. Dies zeigt sich auch in einer noch intensiveren Einflussnahme der KPCh bzw. der chinesischen Regierung auf einzelne Unternehmen. Insgesamt ist derzeit eine Abkehr Chinas von dem lange Zeit vorherrschenden schrittweisen Ausbau marktwirtschaftlicher Mechanismen festzustellen. Die mit dem WTO-Beitritt Chinas vom Westen gehegte Hoffnung, China könnte sich zu einer Marktwirtschaft und einer offeneren Gesellschaft entwickeln, hat sich nicht erfüllt.³

555. Mit der gestiegenen wirtschaftlichen Bedeutung Chinas für die Weltwirtschaft gehen auch ein gestiegenes politisches Selbstbewusstsein und ein größerer Machtanspruch Pekings einher. China versucht, seinen politischen wie wirtschaftlichen Einfluss sowohl im asiatischen Raum als auch weltweit auszudehnen. In diesem Rahmen ist auch das Projekt einer „Neuen Seidenstraße“ („Belt-and-Road-Initiative“ – BRI) zu sehen. Diese verfolgt zwar offi-

¹ Internationaler Währungsfonds, World Economic Outlook Database, Stand Oktober 2019 zitiert nach Statista, Die 20 Länder mit dem größten Anteil am kaufkraftbereinigten globalen Bruttoinlandsprodukt (BIP) im Jahr 2018, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/166229/umfrage/ranking-der-20-laender-mit-dem-groessten-anteil-am-weltweiten-bruttoinlandsprodukt>, Abruf am 12. Juni 2020.

² Taube, M., Grundzüge der wirtschaftlichen Entwicklung und ihre ordnungspolitischen Leitbilder in der VR China seit 1949, Duisburger Arbeitspapiere Ostasienwissenschaften, No. 96/2014, S. 15 ff.

³ BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 2 f.

ziell das Ziel, neue interkontinentale Handels- und Infrastrukturnetze zwischen China und zahlreichen Ländern in Afrika, Asien und Europa zu schaffen. Gleichzeitig ermöglichen es die im Rahmen der BRI getätigten Investitionen dem chinesischen Staat aber auch, gegebenenfalls Einfluss auf politische Entscheidungen in den betroffenen Ländern zu nehmen. In der Europäischen Union (EU) wurde im Rahmen der BRI insbesondere die Übernahme des griechischen Hafens von Piräus vollzogen. Bedeutend ist aus europäischer Sicht weiterhin das „17+1-Format“, in dessen Rahmen jährlich Treffen zwischen dem chinesischen Ministerpräsidenten und den Regierungschefs mittel- und osteuropäischer Länder stattfinden. Auch hier geht es zwar primär um die Entwicklung der geschäftlichen Beziehungen zwischen den Ländern sowie um Investitionsmöglichkeiten für chinesische Unternehmen. Gleichzeitig kann China diese Beziehungen und die dadurch entstehenden wirtschaftlichen Abhängigkeiten möglicherweise aber auch nutzen, um vermehrt Einfluss auf Entscheidungen dieser Länder und damit auch auf Entscheidungen der EU zu nehmen.

556. In Anbetracht des wirtschaftlichen Aufholprozesses Chinas und der unterschiedlichen politischen und wirtschaftlichen Systeme wird teilweise bereits von einem Systemwettbewerb zwischen den marktwirtschaftlichen und liberalen politischen Systemen des Westens und dem autoritären, staatskapitalistischen System Chinas gesprochen.⁴ Auch die Europäische Kommission hat China in einem Strategiepapier zuletzt als „Systemrivale[n], der alternative Governance-Modelle propagiert“ bezeichnet.⁵ Sie benennt dabei mehrere Maßnahmen aus unterschiedlichen Politikfeldern, die gegenüber China oder in Zusammenarbeit mit China ergriffen werden sollten. Mit Blick auf die wirtschaftlichen Beziehungen will die EU insbesondere mehr Gegenseitigkeit (Reziprozität) gegenüber China einfordern. In diesem Rahmen soll insbesondere eine Reform der WTO angegangen sowie ein bereits seit längerem mit China verhandeltes Investitionsabkommen abgeschlossen werden. Zudem sollen mit Blick auf mögliche Wettbewerbsprobleme bestehende Lücken im EU-Recht ermittelt werden, „um die wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen ausländischer staatlicher Beteiligungen und Finanzierungen auf den Binnenmarkt vollständig zu beseitigen“. Entsprechende Ankündigungen finden sich auch in der neuen Industriestrategie der Europäischen Kommission.⁶ Demnach sollen die bestehenden EU-Wettbewerbsvorschriften unter anderem im Bereich der Fusionskontrolle sowie in Bezug auf staatliche Beihilfen überprüft werden. Im Juni 2020 hat die Europäische Kommission zudem ein Weißbuch vorgelegt, das die wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen ausländischer Subventionen im Binnenmarkt sowie den ausländischen Zugriff auf öffentliche Aufträge in der EU und auf EU-Mittel thematisiert.⁷ Um die Wettbewerbsverzerrungen durch drittstaatliche Subventionen zu erfassen, soll ein Vorschlag für einen Rechtsakt im Jahr 2021 vorgelegt werden.

557. Die Monopolkommission befasst sich in dem vorliegenden Kapitel mit dem Verhältnis zwischen China und der EU ihrem Auftrag entsprechend vorrangig aus wettbewerblicher Sicht. Hierzu wird zunächst das staatskapitalistische System Chinas sowie die Bedeutung Chinas für die Weltwirtschaft und insbesondere die EU beschrieben. Anschließend wird auf mögliche Wettbewerbsprobleme, die sich aus den zahlreichen Markteingriffen und staatlichen Unterstützungsmaßnahmen des chinesischen Staates, insbesondere in Form von Subventionen, im internationalen Wettbewerb und vor allem im EU-Binnenmarkt ergeben können, eingegangen. Im weiteren Verlauf wird untersucht, inwieweit diese Wettbewerbsprobleme mithilfe des geltenden wettbewerbsrechtlichen und außenwirtschaftlichen Instrumentariums ausreichend erfasst werden können und an welchen Stellen Reformbedarf besteht.

⁴ Siehe z. B. BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019; Fuest, C., ifo Standpunkt Nr. 200: Der dritte Systemwettbewerb, 8. November 2018.

⁵ EU-Kommission und Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat – EU-China Strategische Perspektiven, JOIN (2019) 5 final, 12. März 2019, S. 7 (EU-Strategiepapier).

⁶ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Eine neue Industriestrategie für Europa, COM(2020) 102 final, 10. März 2020.

⁷ EU-Kommission, Weißbuch: Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final, 17. Juni 2020.

558. Ausgeklammert bleiben Probleme, die sich allein auf den chinesischen Markt beziehen und über den Wettbewerbsschutz im EU-Binnenmarkt nicht behoben werden können (z. B. Schutz des geistigen Eigentums und *Joint-Venture*-Zwang in China). Dem steht nicht entgegen, dass solche Probleme erhebliche Rückwirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen in der EU und auf den Weltmärkten haben können. Eine Lösung solcher Probleme kann allerdings nur innerhalb Chinas bzw. auf Basis gemeinsamer Abkommen zusammen mit China gefunden werden.

1.1 Merkmale des chinesischen Staatskapitalismus

559. China bezeichnet sein Wirtschaftssystem heute selbst als „Sozialistische Marktwirtschaft mit chinesischen Merkmalen“. Es handelt sich dabei um ein hybrides Wirtschaftsmodell, das sowohl staatswirtschaftliche als auch marktwirtschaftliche Elemente enthält. Wesentliches Merkmal dieses Wirtschaftssystems ist die herausragende und lenkende Rolle des Staates bzw. der Kommunistischen Partei Chinas (KPCh).

560. Im chinesischen Wirtschaftssystem kommt der zentralstaatlichen Wirtschaftsplanung eine bedeutende Rolle zu. In übergeordneten Plänen der Zentralregierung, wie etwa dem nationalen Fünf-Jahres-Plan, aber auch der Strategie „Made in China 2025“ oder der „Belt-and-Road“-Initiative, werden bestimmte ökonomische Ziele und Visionen definiert, wie etwa das Erreichen eines bestimmten Wirtschaftswachstums oder die strategische Förderung einzelner Wirtschaftsbereiche oder Schlüsselindustrien. Aus diesen übergeordneten Plänen der Zentralregierung werden wiederum entlang administrativer Hierarchien, organisatorischer Kompetenzen, thematischer Bereiche oder sektoraler Strukturen zahlreiche Subpläne abgeleitet.⁸ Zusätzlich existieren sogenannte Kataloge, welche die Ziele der Pläne in messbare Key-Performance-Indikatoren übersetzen, sowie sogenannte Umsetzungsdokumente, welche die konkret eingesetzten Politikinstrumente ausweisen. Diese Pläne haben allerdings primär eine indikative Bedeutung und werden bei Bedarf kontinuierlich angepasst. Sie stellen insoweit vor allem eine grobe Leitlinie dar, an der sich die Regierungen und Institutionen auf den unterschiedlichen staatlichen Ebenen sowie die chinesischen Unternehmen orientieren können.

561. Eine besondere Rolle kommt im chinesischen Staatskapitalismus Staatsunternehmen (*state-owned enterprises* – SOEs) zu, wobei insbesondere die großen SOEs traditionell in strategischen Sektoren oder Schlüsselindustrien tätig sind. SOEs verfolgen dabei nicht allein kommerzielle Interessen, sondern sind häufig auch ein Instrument der Regierung, um die Kontrolle über Beschäftigung und die Ausrichtung der Wirtschaft zu behalten.⁹ In diesem Rahmen sollen sie etwa dazu beitragen, die Konkurrenzfähigkeit Chinas in Schlüsselbranchen zu sichern, die wirtschaftliche und soziale Stabilität aufrechtzuerhalten und öffentliche Güter bereitzustellen. Angaben zur Anzahl der SOEs in China variieren aufgrund unterschiedlicher Begriffsdefinitionen bzw. Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich der Frage, was genau ein Staatsunternehmen ist. Im Mindesten ist den Definitionen gemeinsam, dass eine staatliche Kapitalbeteiligung oder eine (nicht näher konkretisierte) staatliche Eigentümerschaft besteht.¹⁰ Nach einem Bericht der Weltbank gab es in China im Jahr 2015 ca. 167.000 SOEs außerhalb des Finanzsektors.¹¹ Zwischen 2008 und 2015 ist die Anzahl der SOEs demnach um ca. 52 Prozent gestiegen. Andere Quellen schätzen die

⁸ Taube, M./in der Heiden, P. T., Assessment of the normative and policy framework governing the Chinese economy and its impact on international competition. Final Extended Report, Gutachten für AEGIS Europe, 13. August 2015, https://static1.squarespace.com/static/5537b2f8e4b0e49a1e30c01c/t/55d1966ae4b02198ab303ccb/1439798890849/MES%2Bhina%2BStudy_Taube_Full%2BVersion-13August15_F.pdf, Abruf am 30. Juni 2020.

⁹ Zumholz, M., Staatsunternehmen, in: Darimont, B., Wirtschaftspolitik der Volksrepublik China, Wiesbaden 2020, S. 70, 76.

¹⁰ Siehe z. B. OECD: „state exercises legal ownership“/„Staat eine Eigentümerfunktion wahrnimmt“; siehe OECD, Competitive Neutrality, Report, 2012, S. 17; OECD-Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, Ausgabe 2015, S. 15, https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-leitsatze-zu-corporate-governance-in-staatseigenen-unternehmen-ausgabe-2015_9789264251526-de#page1, Abruf am 30. Juni 2020.

¹¹ Weltbank/Development Research Center of the State Council, the People's Republic of China, Innovative China. New Drivers of Growth, 2019, S. 42.

Anzahl der SOEs auf ca. 150.000.¹² Ca. ein Drittel der SOEs wird von der Zentralregierung kontrolliert, die übrigen SOEs sind im Besitz von Provinz- und Stadtregierungen. Aktuell unterstehen 97 der Zentralregierung unterliegende Großkonzerne der direkten Aufsicht durch die Kommission zur Kontrolle und Verwaltung von Staatsvermögen (State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council – SASAC).¹³ Aufgabe der SASAC ist unter anderem sicherzustellen, dass die beaufsichtigten Großkonzerne im internationalen Vergleich wettbewerbsfähig und rentabel sind. Zudem soll sie den Abfluss von Staatsgeldern verhindern. Seit dem Jahr 2010 übernimmt die SASAC ferner Aufgaben im Bereich der Umstrukturierung, Regulierung, Aufsicht sowie der strategischen Organisation des Staatssektors.¹⁴ Die Lokalregierungen auf Provinz- oder Stadtebene verfügen über ähnliche Verwaltungsapparate wie die SASAC.

562. Trotz ihrer zentralen Stellung im chinesischen Wirtschaftssystem haben SOEs über die letzten Jahrzehnte insgesamt an Relevanz verloren, wenngleich ihre Bedeutung entgegen diesem Trend seit einigen Jahren wieder zunimmt. Ursächlich für die zunächst rückläufige Bedeutung von SOEs waren insbesondere umfangreiche Wirtschaftsreformen, durch die die wirtschaftliche Betätigung von Privatunternehmen gefördert bzw. erleichtert wurde. Angaben zur quantitativen Bedeutung von SOEs für die chinesische Wirtschaft variieren. In einer älteren Studie der Weltbank wird etwa geschätzt, dass von 1998 bis 2010 der Anteil von SOEs an der industriellen Gesamtbeschäftigung von ca. 61 auf ca. 19 Prozent und ihr Anteil an der Gesamtzahl der Industrieunternehmen von ca. 39 auf ca. 4,5 Prozent zurückgegangen ist.¹⁵ Für das Jahr 2015 beziffert die Weltbank den Anteil der SOEs außerhalb des Finanzsektors am chinesischen Bruttoinlandsprodukt (BIP) auf ca. 52 Prozent.¹⁶ Eine andere Untersuchung schätzt für das Jahr 2017 den Anteil von SOEs an der Gesamtbeschäftigung in China auf ca. 5 bis 16 Prozent und ihren Anteil am chinesischen BIP auf ca. 23 bis 28 Prozent.¹⁷ Hiervon ungeachtet hat die Bedeutung von SOEs insbesondere seit der Amtsübernahme durch Präsident Xi Jinping wieder zugenommen. Dies zeigt sich nicht zuletzt in einigen politisch verordneten Großfusionen chinesischer SOEs, durch die international wettbewerbsfähige Unternehmen geschaffen werden sollen. Auch der Internationale Währungsfonds (IWF) weist in einem Länderbericht darauf hin, dass SOEs seit der Finanzkrise gewachsen sind und die Gefahr bestehe, dass der Privatsektor infolge aktueller Reformen verdrängt werde.¹⁸

563. Die Bedeutung privater Unternehmen für die chinesische Wirtschaft hat seit Einleitung der Wirtschaftsreformen im Jahr 1978 zugenommen. Viele frühere SOEs sind in den vergangenen Jahrzehnten in den Privatsektor überführt worden. Private Unternehmen sind zudem der wesentliche Treiber des chinesischen Wirtschaftswachstums.¹⁹ Ihr Anteil am chinesischen BIP wird auf bis zu 70 Prozent und ihr Anteil an der Gesamtbeschäftigung auf ca. 60 bis 85 Prozent geschätzt, wobei die Angaben teilweise stark variieren.²⁰ Im Vergleich mit chinesischen SOEs

¹² EU-Kommission, Commission Staff Working Document On Significant Distortions In The Economy Of The People's Republic Of China For The Purposes Of Trade Defence Investigations, SWD(2017) 483 final/2, 20. Dezember 2017, S. 88 f.; Zumholz, M., Staatsunternehmen, in: Darimont, B., Wirtschaftspolitik der Volksrepublik China, Wiesbaden 2020, S. 74.

¹³ Siehe hierzu die Liste auf der Website der SASAC, <http://www.sasac.gov.cn/n2588035/n2641579/n2641645/index.html>, Abruf am 12. Juni 2020.

¹⁴ Zumholz, M., Staatsunternehmen, in: Darimont, B., Wirtschaftspolitik der Volksrepublik China, Wiesbaden 2020, S. 73.

¹⁵ Weltbank/Development Research Center of the State Council, the People's Republic of China, China 2030: Building a Modern, Harmonious, and Creative Society, 2013, <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/China-2030-complete.pdf>, Abruf am 2. Juni 2020.

¹⁶ Weltbank/Development Research Center of the State Council, the People's Republic of China, Innovative China. New Drivers of Growth, 2019, S. 42.

¹⁷ Zhang, C., How Much Do State-Owned Enterprises Contribute to China's GDP and Employment?, 15. Juli 2019, <http://documents.worldbank.org/curated/en/449701565248091726/pdf/How-Much-Do-State-Owned-Enterprises-Contribute-to-China-s-GDP-and-Employment.pdf>, Abruf am 12. Juni 2020.

¹⁸ Internationaler Währungsfonds, IMF Country Report No. 17/247: The People's Republic of China – 2017 Article IV Consultation, August 2017, S. 16.

¹⁹ Siehe hierzu z. B. World Economic Forum, Explained, the role of China's state-owned companies, <https://www.weforum.org/agenda/2019/05/why-chinas-state-owned-companies-still-have-a-key-role-to-play>, Abruf am 12. Juni 2020.

²⁰ Cordes, E. et al., Privatunternehmen, in: Darimont, B., Wirtschaftspolitik der Volksrepublik China, Wiesbaden 2020, S. 85 ff.

gelten chinesische Privatunternehmen insgesamt als wesentlich produktiver und erfolgreicher, was nicht zuletzt darauf zurückgeführt wird, dass sie stärker marktorientiert sind. Chinesische Privatunternehmen sind zudem wesentlich weniger verschuldet als chinesische SOEs. So lag etwa der Verschuldungsgrad, d. h. das Verhältnis zwischen dem bilanziellen Fremd- und Eigenkapital, privater Unternehmen im Jahr 2016 bei ca. 105 Prozent und der von SOEs bei ca. 160 Prozent.²¹

564. Ungeachtet der bestehenden Unterschiede zwischen staatlichen und privaten Unternehmen ist zu beachten, dass eine Unterteilung chinesischer Unternehmen allein nach der Eigentümerschaft in privat und staatlich nicht in jedem Fall zielführend ist.²² So gibt es sowohl staatliche als auch private Unternehmen, die eher staatsnah sind und stark staatlich gefördert werden, als auch eher marktbasierter und wettbewerbsorientierter chinesische Unternehmen.²³ Zudem übt der chinesische Staat sowohl auf SOEs als auch auf viele private Unternehmen, insbesondere solche, deren Produkte als strategisch wichtig erachtet werden, Einfluss aus. Kennzeichnend für das politökonomische System Chinas ist insoweit eine „weitgehende Interessenkongruenz“ zwischen der KPCh, der Regierung und den Unternehmen sowie eine „weitreichende Identität“ der Eliten und Entscheidungsträger in der KPCh und der Staatsregierung sowie der Unternehmenslenker der führenden chinesischen Firmen.²⁴ Der steigende Einfluss des chinesischen Staates in den letzten Jahren zeigt sich zudem in einer Zunahme von Parteizellen in Privatunternehmen. Von Bedeutung ist in diesem Rahmen schließlich auch das „Corporate Social Credit System“, durch das der chinesische Staat letztlich das Verhalten von Unternehmen überwachen und sanktionieren kann.

565. Abgesehen von dieser Einflussnahme auf Unternehmensentscheidungen greift der chinesische Staat zur Erreichung seiner industriepolitischen Ziele auf vielfache Weise in das Wirtschaftsgeschehen ein. Dies betrifft zum einen die Preissetzung in zahlreichen Bereichen. Preisverzerrende Eingriffe finden sich dabei vor allem auf vorgelagerter Ebene, etwa bei den Preisen für Kapital, Land, Arbeit und Energie, während eine freie Preisbildung gerade im Konsumgüterbereich vorherrscht.²⁵ Zum anderen greift der Staat mittels staatlicher Unterstützungsmaßnahmen für bestimmte Branchen oder Unternehmen gezielt in Märkte ein. Dies geschieht etwa in Form wirtschaftlicher Vergünstigungen (Subventionen), in direkter Form, z. B. von Finanzhilfen, aber auch indirekt in Form z. B. von steuerlichen Vergünstigungen. Wichtig ist dabei zu betonen, dass von solchen Maßnahmen des chinesischen Staates zur Unterstützung bzw. Subventionierung einzelner Unternehmen oder Branchen sowohl staatliche als auch private Unternehmen profitieren können.

566. Eine mögliche und in den letzten Jahren wiederholt aufgetretene Folge der interventionistischen Politik Chinas ist der Aufbau von Überkapazitäten. Beispiele hierfür sind etwa die Aluminium- und Stahlindustrie, die insbesondere von umfangreichen Energiesubventionen des chinesischen Staates profitiert haben. Sofern entsprechende Überkapazitäten in diesen Sektoren durch den Export auch zu einer Angebotssteigerung im Ausland führen, wirken sich diese zunächst auf den chinesischen Markt beschränkten Verzerrungen auch international zum Nachteil ausländischer Konkurrenten aus.

567. Schließlich existieren in China zahlreiche Restriktionen, durch die ausländische Unternehmen benachteiligt werden. Dies betrifft insbesondere den Marktzugang, der in vielen Sektoren für ausländische Unternehmen beschränkt ist. So bestehen etwa in einigen Branchen Investitionsverbote oder Beteiligungsobergrenzen, in anderen Wirtschaftsbereichen ist der Marktzugang nur im Rahmen von Joint Ventures unter Beteiligung eines chinesischen

²¹ Cordes, E. et al., a. a. O., S. 90; Lardy, N. R., *The State Strikes Back. The End of Economic Reform in China?*, Washington, DC 2019, S. 61.

²² Siehe hierzu etwa EU-Kommission, *Commission Staff Working Document On Significant Distortions In The Economy Of The People's Republic Of China For The Purposes Of Trade Defence Investigations*, SWD(2017) 483 final/2, 20. Dezember 2017.

²³ Huotari, M., *Staat und Wirtschaft*, in: Heilmann, S., *Das politische System der Volksrepublik China*, Wiesbaden 2016, S. 199 f.

²⁴ Taube, M., *Chinas Streben nach Zukunftstechnologien – partnerschaftliches Agieren von Staat und Unternehmertum als Erfolgsgeheimnis*, ifo Schnelldienst 71(14), 2018, S. 18.

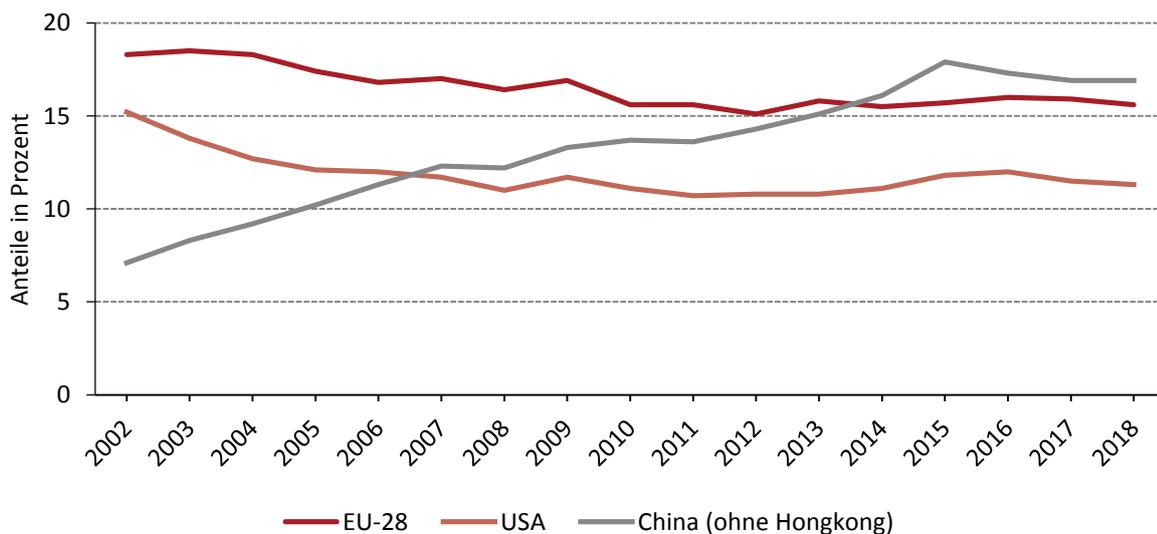
²⁵ EU-Kommission, *Commission Staff Working Document On Significant Distortions In The Economy Of The People's Republic Of China For The Purposes Of Trade Defence Investigations*, SWD(2017) 483 final/2, 20. Dezember 2017; Taube, M./in der Heiden, P. T., a. a. O.

Unternehmens möglich. Derartige Beschränkungen werden unter anderem eingesetzt, um ausländische Investitionen gezielt in bestimmte Branchen zu lenken oder Technologie und Know-how ausländischer Unternehmen in China zu nutzen. Daneben werden nicht chinesische Unternehmen auch bei öffentlichen Vergabeverfahren benachteiligt. Hingewiesen wird insoweit etwa auf „nicht nachvollziehbare Standards“, „Buy Chinese“-Verpflichtungen sowie Punktesysteme, durch die ausländische Unternehmen gegenüber chinesischen Unternehmen schlechtergestellt werden.²⁶

1.2 Chinas Bedeutung für die Weltwirtschaft und die Europäische Union wächst

568. Die Bedeutung Chinas für die Weltwirtschaft ist in den vergangenen Jahrzehnten erheblich gestiegen. Insbesondere seit dem Beitritt Chinas zur WTO im Jahr 2001 ist es zu erheblichen Verschiebungen im Welthandel gekommen. Vom Jahr 2002 bis zum Jahr 2018 ist der Anteil Chinas (ohne Hongkong) am weltweiten Warenexport, ohne Berücksichtigung des Warenhandels innerhalb der EU, von ca. 7 auf ca. 17 Prozent gestiegen, während die Anteile der EU und der Vereinigten Staaten (USA) von rund 18,3 bzw. 15,2 Prozent auf ca. 15,6 bzw. 11,3 Prozent gesunken sind.²⁷ Betrachtet man die Warenimporte, so ist in dem gleichen Zeitraum der Anteil Chinas (ohne Hongkong) von ca. 6 auf ca. 14 Prozent gestiegen, während der Anteil der EU von rund 18,4 auf 15,2 Prozent und der Anteil der USA von fast 25 auf ca. 17 Prozent zurückgegangen ist.

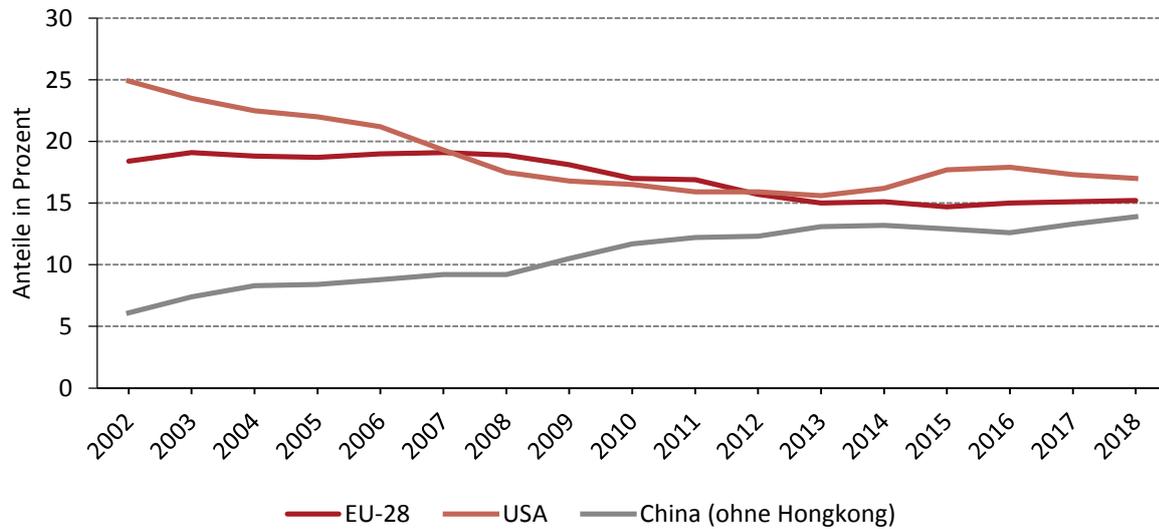
Abbildung IV.1: Entwicklung der Anteile an den weltweiten Warenexporten



Quelle: Eurostat (ext_lt_introle); eigene Darstellung

²⁶ Siehe BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 16.

²⁷ Vgl. Eurostat, Share of EU in the World Trade, http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=ext_lt_introle, Abruf am 12. Juni 2020.

Abbildung IV.2: Entwicklung der Anteile an den weltweiten Warenimporten

Quelle: Eurostat (ext_lt_introle); eigene Darstellung

569. Der internationale Aufstieg Chinas hat in vielen Regionen der Welt zu Änderungen in der Wirtschaftsstruktur geführt. In vielen Ländern kam es durch die erhöhte Importkonkurrenz in Folge der gestiegenen Importe aus China, mit denen heimische Unternehmen preislich nicht konkurrieren konnten, zu Marktaustritten und damit einhergehend zu Arbeitsplatzverlusten. Eine Studie für die USA zeigt etwa, dass der Beitritt Chinas zur WTO in den USA einen negativen Einfluss auf Arbeitsplätze und die Löhne Geringqualifizierter hatte.²⁸ Für Deutschland sind demgegenüber im Aggregat keine derartigen Auswirkungen feststellbar.²⁹ Dies wird unter anderem darauf zurückgeführt, dass sich die deutsche Industrie bereits vorab an die günstigere Konkurrenz aus Osteuropa angepasst hatte, durch die Ostöffnung neue Exportmöglichkeiten entstanden und sich für deutsche Qualitätsprodukte neue Absatzmöglichkeiten in China eröffneten.³⁰

570. Betrachtet man die bilateralen Handelsbeziehungen zwischen China und der EU, so ist China heute nach den USA der zweitgrößte Handelspartner der EU und die EU Chinas größter Handelspartner. Seit dem Beitritt Chinas zur WTO ist das Warenhandelsvolumen zwischen China und der EU stark angestiegen. Im Jahr 2019 lag das gehandelte Warenvolumen zwischen der EU und China (ohne Hongkong) bei ca. EUR 645 Mrd.³¹ Hiervon entfielen ca. EUR 225 Mrd. auf Exporte der EU nach China und ca. EUR 420 Mrd. auf Importe aus China in die EU. Der Anteil Chinas am Warenexport der EU ist zwischen 2002 und 2019 von ca. 4 auf ca. 11 Prozent und am Warenimport der EU von ca. 9,7 auf ca. 20,4 Prozent gestiegen. Berücksichtigt man zusätzlich den Warenhandel der EU mit Hongkong, der im Jahr 2019 ca. EUR 36,7 Mrd. an EU-Exporten und ca. EUR 11,3 Mrd. an EU-Importen umfasste, so erhöht sich der Anteil Chinas (inkl. Hongkong) an den EU-Exporten im Jahr 2019 auf ca. 12,8 Prozent und an den EU-Importen auf ca. 21 Prozent. Das Warenhandelsvolumen der EU mit den USA belief sich demgegenüber im Jahr 2019 auf ca. EUR 744 Mrd., wovon ca. EUR 450 Mrd. auf Exporte der EU in die USA und ca. EUR 294 Mrd. auf Im-

²⁸ Autor, D. H. et al., The China Syndrome: Local Labor Market Effects of Import Competition in the United States, *American Economic Review* 103(6), 2013, S. 2162–68.

²⁹ Dauth, W. et al., The Rise of the East and the Far East: German Labor Markets and Trade Integration, *Journal of the European Economic Association* 12(6), 2014, S. 1643–75.

³⁰ Vgl. Marin, D., Der Chinaschock: Was macht Deutschland anders?, *Ökonomenstimme*, 25. September 2017, <https://www.oekonomenstimme.org/artikel/2017/09/der-china-schock-was-macht-deutschland-anders>, Abruf am 12. Juni 2020 sowie die dort angegebene Literatur.

³¹ Eurostat, Extra-EU trade by partner (ext_lt_maineu), https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=ext_lt_maineu, Abruf am 12. Juni 2020.

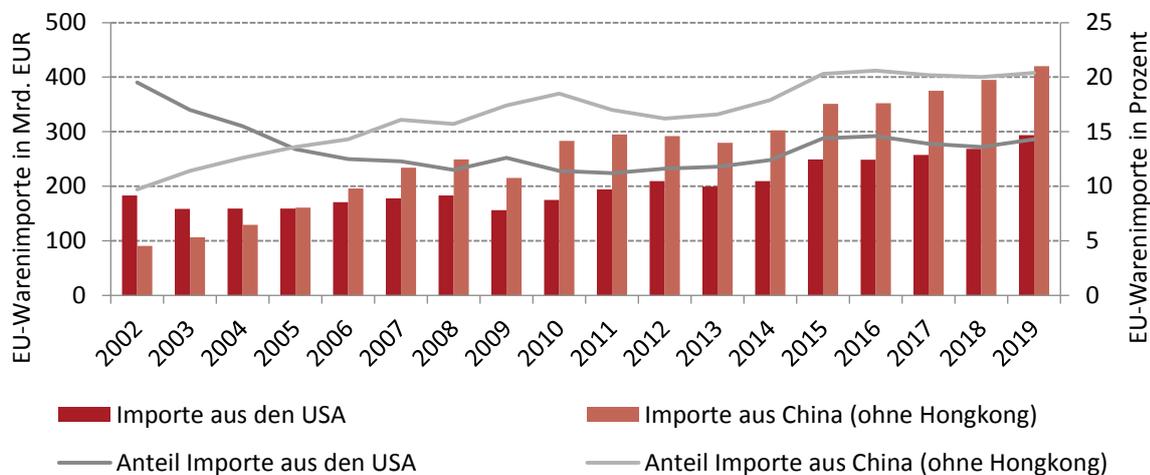
porte der EU aus den USA entfielen. Der Anteil der Warenexporte in die USA ist von 2002 bis 2019 von ca. 28 auf ca. 22 Prozent und der Anteil der Warenimporte aus den USA von ca. 19,5 auf ca. 14,3 zurückgegangen.

Abbildung IV.3: Höhe und Anteile der Warenexporte der EU-28 nach China und in die USA



Quelle: Eurostat (ext_lt_maineu); eigene Darstellung

Abbildung IV.4: Höhe und Anteile der Warenimporte der EU-28 aus China und den USA



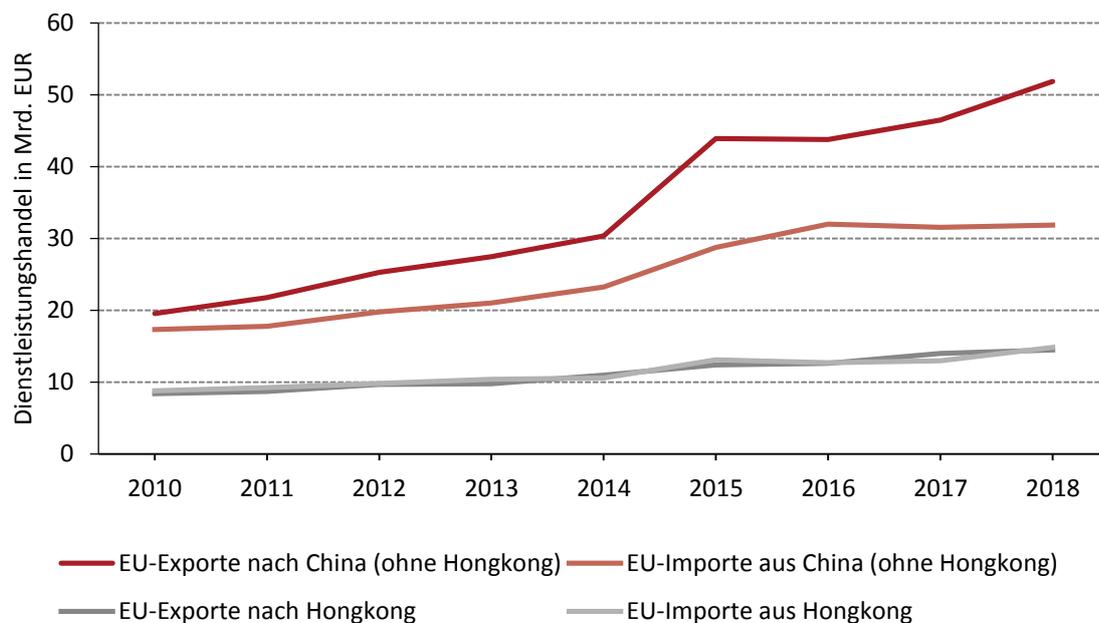
Quelle: Eurostat (ext_lt_maineu); eigene Darstellung

571. Im Vergleich zum Warenhandel ist der Handel mit Dienstleistungen zwischen der EU und China weniger stark ausgeprägt. Nach den USA (ca. EUR 494 Mrd.) und der Schweiz (ca. EUR 192 Mrd.) ist China der drittstärkste Handelspartner der EU im Dienstleistungsbereich. Das Volumen im Dienstleistungshandel zwischen der EU und China ist von 2010 bis 2018 von ca. EUR 36,9 Mrd. auf ca. EUR 83,7 Mrd. (ohne Hongkong) bzw. von ca. EUR 54 Mrd. auf ca. 113 Mrd. (inklusive Hongkong) angestiegen.³² Im Jahr 2018 entfielen ca. EUR 51,8 Mrd. auf EU-Exporte nach und ca. EUR 31,9 Mrd. auf EU-Importe aus China (ohne Hongkong) sowie ca. EUR 14,5 Mrd. auf EU-Exporte nach

³² Eurostat, International trade in services (since 2010) (BPM6), https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=bop_its6_det, Abruf am 12. Juni 2020.

und ca. EUR 14,8 Mrd. auf EU-Importe aus Hongkong. Insgesamt weist die EU somit – anders als im Warenhandel – im Dienstleistungshandel einen Überschuss mit China auf. Ohne Hongkong lag der Anteil Chinas an den Exporten und Importen der EU im Dienstleistungsbereich im Jahr 2018 bei ca. 5,4 bzw. ca. 4,1 Prozent, inklusive Hongkong erhöhen sich diese Anteile auf ca. 6,9 bzw. ca. 6 Prozent. Auf die USA entfiel demgegenüber ein Anteil von ca. 26,8 Prozent der Dienstleistungsexporte bzw. 30,5 Prozent der Dienstleistungsimporte der EU.

Abbildung IV.5: Entwicklung des Dienstleistungshandels zwischen der EU-28 und China



Quelle: Eurostat (bop_its6_det); eigene Darstellung

572. Neben dem Waren- und Dienstleistungshandel ist auch das Volumen der chinesischen Direktinvestitionen in der EU, insbesondere in der Form von Unternehmensbeteiligungen und -übernahmen, in den letzten zwei Jahrzehnten deutlich gestiegen. Im Jahr 2018 wurden ca. 40 Prozent der chinesischen Direktinvestitionen in Europa getätigt.³³ Die Angaben zur Höhe der chinesischen Direktinvestitionen variieren aufgrund unterschiedlicher Berechnungsmethoden je nach Quelle.³⁴ Nach einer Studie von Rhodium Group (RHG) und dem Mercator Institute for China Studies (MERICS) sind die chinesischen Direktinvestitionen in der EU-28 vom Jahr 2000 bis zum Jahr 2019 von jährlich ca. EUR 0,1 Mrd. auf ca. EUR 11,7 Mrd. angestiegen.³⁵ Seit einem Höchststand im Jahr 2016 von ca. EUR 37,3 Mrd. ist das Volumen der jährlichen chinesischen Direktinvestitionen rückläufig und entspricht aktuell ungefähr dem Niveau der Jahre 2013/2014.³⁶ Ebenfalls rückläufig ist der traditionell hohe Anteil chinesischer Staatsunternehmen an den chinesischen Direktinvestitionen in der EU. Im Jahr 2019 entfielen auf chinesische Staatsunternehmen nur noch 11 Prozent der chinesischen Direktinvestitionen in der EU im Vergleich zu mehr als

³³ Felbermayr, G. et al., Feindliche Übernahme? Chinas Auslandsinvestitionen unter der Lupe, ifo Schnelldienst 72(8), 2019, S. 27–39.

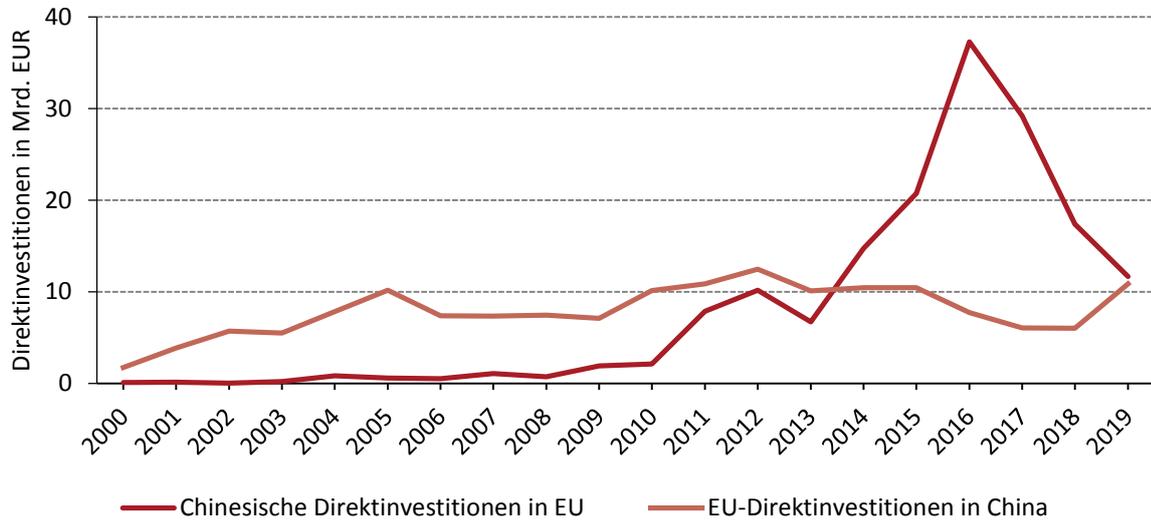
³⁴ Nach offizieller Definition liegt eine Direktinvestition vor, wenn der Investor mindestens 10 Prozent der Stammaktien oder Stimmrechte erwirbt und damit Einfluss auf das ausländische Unternehmen nehmen kann. Nach dieser Definition ist etwa die Beteiligung von Geely an Daimler in Höhe von 9,7 Prozent im Jahr 2018 nicht als Direktinvestition zu werten.

³⁵ Rhodium Group/Merics, Chinese FDI in Europe: 2019 Update. Special Topic: Research Collaborations, April 2020.

³⁶ Als wesentliche Gründe für den Rückgang der Direktinvestitionen seit 2016, der den weltweiten Rückgang chinesischer Investitionen widerspiegelt, werden anhaltende Kapitalkontrollen und eine Verknappung der Liquidität in China genannt. Zudem wird auf neue Regularien im Bereich der Investitionskontrolle einiger Mitgliedstaaten verwiesen, wodurch chinesische Auslandsinvestitionen verstärkt auf Sicherheitsrisiken überprüft wurden. Dies könnte Investitionen verzögert oder verhindert haben. Siehe hierzu Rhodium Group/Merics, Chinese FDI in Europe: 2018 Trends and Impact of New Screening Policies, März 2019.

70 Prozent im Zeitraum von 2010 bis 2015.³⁷ Trotz des aktuellen Rückgangs haben die jährlichen chinesischen Direktinvestitionen die Direktinvestitionen der EU in China in den vergangenen Jahren deutlich überstiegen. Letztere lagen im Jahr 2019 bei ca. EUR 10,9 Mrd.

Abbildung IV.6: Entwicklung der jährlichen Direktinvestitionen zwischen der EU-28 und China



Anm.: Die Daten zeigen den Gesamtwert der Direktinvestitionstransaktionen von Unternehmen aus Festlandchina bzw. der EU, die mit einer signifikanten Unternehmenskontrolle einhergehen (> 10 % Eigenkapitalanteil). Erfasst sind sowohl Erwerbsvorgänge als auch Unternehmensneugründungen (Greenfield-Investment).

Quelle: Rhodium Group; eigene Darstellung

573. Die genannten Daten verdeutlichen die zunehmende Aktivität chinesischer Investoren in der EU in den letzten Jahren. Dessen ungeachtet ist der Bestand chinesischer Direktinvestitionen in der EU etwa im Vergleich zum Bestand US-amerikanischer Direktinvestitionen weiterhin gering. So belief sich der Bestand US-amerikanischer Direktinvestitionen in der EU Ende 2018 auf ca. EUR 2.180 Mrd., während der Bestand an chinesischen Direktinvestitionen bei ca. EUR 63 Mrd. (ohne Hongkong) bzw. ca. EUR 231 Mrd. (inkl. Hongkong) lag.³⁸ Allerdings hat sich der Bestand chinesischer Direktinvestitionen in der EU in den vergangenen Jahren kontinuierlich erhöht, während der Bestand US-amerikanischer Direktinvestitionen seit einem Höchststand im Jahr 2016 von ca. EUR 2.568 Mrd. rückläufig ist. Gleichzeitig lag der Bestand der Direktinvestitionen der EU in China Ende 2018 mit ca. EUR 190 Mrd. (ohne Hongkong) bzw. EUR 351 Mrd. (inkl. Hongkong) weiterhin über dem Bestand chinesischer Direktinvestitionen in der EU.

574. Der insgesamt deutliche Anstieg des chinesischen Direktinvestitionsvolumens ist – von der grundsätzlichen Zunahme an Transaktionen abgesehen – durch einzelne, sehr große Investitionen getrieben. Mit Blick auf Deutschland ist hier z. B. die Übernahme von Kuka durch Midea im Jahr 2016 in Höhe von EUR 4,5 Mrd. zu erwähnen.³⁹

³⁷ Der Rückgang wird zum einen auf umfangreiche Direktinvestitionen chinesischer Privatunternehmen sowie zum anderen auf Restriktionen in China selbst sowie Abwehrmaßnahmen bzw. ein sich veränderndes regulatorisches Umfeld in der EU zurückgeführt. Siehe hierzu Rhodium Group/Merics, Chinese FDI in Europe: 2019 Update. Special Topic: Research Collaborations, April 2020.

³⁸ Eurostat, EU direct investment positions, flows and income, breakdown by partner countries (BPM6), https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=bop_fdi6_geo, Abruf am 12. Juni 2020.

³⁹ Bedeutsam ist ferner etwa der Einstieg von Geely bei Daimler mit ca. EUR 7,5 Mrd. im Jahr 2018. Da Geely allerdings weniger als 10 Prozent der Stimmrechte erworben hatte, wird diese Transaktion in vielen Statistiken nicht als ausländische Direktinvestition erfasst.

Eine aktuelle Studie zeigt zudem, dass Unternehmenskäufe chinesischer Investoren Unterschiede zu den Käufen von Investoren aus anderen Staaten aufweisen. Chinesische Investoren kaufen demnach vor allem höher verschuldete Unternehmen mit einer niedrigeren Profitabilität.⁴⁰ Daneben bestehen Unterschiede zwischen den Investitionen von chinesischen Staats- und privaten Unternehmen. Die Investitionen chinesischer SOEs orientieren sich stark an den strategischen Zielen, wie sie in den staatlichen Plänen, z. B. der „Belt-and-Road“-Initiative und „Made in China 2025“, genannt sind. Für private chinesische Investoren ist ein solcher Fokus hingegen nicht feststellbar.

1.3 Wettbewerbsrelevanz für die Europäische Union

575. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Konkurrenzsituation zwischen europäischen und chinesischen Unternehmen werden einige industriepolitische Praktiken Chinas, die auf unterschiedlichen Märkten zu Wettbewerbsverzerrungen führen, zunehmend kritisch hinterfragt. Grob unterscheiden lassen sich dabei einerseits Maßnahmen, die den Zugang zum chinesischen Markt für europäische Unternehmen einschränken, und andererseits Maßnahmen, die zu Wettbewerbsvorteilen für chinesische Unternehmen führen, wobei diese Wettbewerbsvorteile sich sowohl in China selbst als auch auf den internationalen Handel und auf den EU-Binnenmarkt auswirken können.⁴¹

576. Der Marktzugang für europäische Unternehmen zum chinesischen Markt ist, wie einleitend dargestellt, stark eingeschränkt. In einigen Sektoren sind generell keine ausländischen Investitionen möglich, in anderen Sektoren besteht ein Joint-Venture-Zwang. Durch solche Maßnahmen versucht der chinesische Staat, ausländische Investitionen gezielt in bestimmte Sektoren zu lenken. Im Gegensatz hierzu ist der Zugang zum europäischen Binnenmarkt für chinesische Unternehmen vergleichsweise offen, wenngleich inzwischen auch innerhalb der EU Verschärfungen bei der Überprüfung von ausländischen Direktinvestitionen stattgefunden haben. Die unterschiedliche Offenheit der chinesischen Volkswirtschaft sowie der EU verdeutlicht plastisch auch der „FDI Regulatory Restrictiveness Index“ der OECD. In diesem Ranking belegte China im Jahr 2018 lediglich Platz 65 von 70 betrachteten Staaten. Deutschland belegte Platz 15, die USA rangierten auf Platz 46.⁴²

577. Um diese asymmetrischen Marktzugangsbedingungen abzubauen, wird seitens der EU sowie der europäischen Wirtschaft bereits seit längerem auf eine weitergehende Öffnung des chinesischen Marktes gedrängt und allgemein mehr Reziprozität im Umgang mit China gefordert. Eine Verbesserung des Marktzugangs für europäische Unternehmen in China ist auch eine zentrale Forderung der EU im Rahmen des seit 2013 verhandelten Investitionsabkommens mit China, das bis Ende 2020 abgeschlossen und die bisher bestehenden bilateralen Investitionsförder- und -schutzabkommen der einzelnen Mitgliedstaaten mit China ersetzen soll. Durch dieses Abkommen sollen die Marktzugangsbarrieren reduziert sowie einfache und sichere rechtliche Rahmenbedingungen für Investoren beider Seiten geschaffen werden.⁴³

578. Im Fokus des vorliegenden Gutachtens stehen unterdessen Maßnahmen des chinesischen Staates, die den Wettbewerb im EU-Binnenmarkt beeinträchtigen können. Vorab ist zu betonen, dass nicht allein aus dem Umstand, dass chinesische Unternehmen günstiger produzieren können, ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil erwächst. Sofern chinesische Unternehmen von vorteilhaften, marktkonformen Produktionsbedingungen vor Ort profitieren, die in gleicher Weise in der EU nicht existieren, ist dies ein komparativer Vorteil Chinas, der auch aus Sicht europäischer Wettbewerber hinzunehmen ist. Hierzu können etwa auch unterschiedliche Sozial- und Arbeitsstandards gehören, sofern dadurch nicht international vereinbarte Mindeststandards unterlaufen werden. Wett-

⁴⁰ Fuest, C. et al., What Drives Chinese Overseas M&A Investment? Evidence from Micro Data, EconPol Working Paper 33, November 2019.

⁴¹ Daneben können auch Wettbewerbsverzerrungen auf Drittmärkten auftreten.

⁴² Der Index kann Werte zwischen 0 (= maximale Offenheit einer Volkswirtschaft für FDI) und 1 (= absolute Geschlossenheit einer Volkswirtschaft für FDI) annehmen. Für das Jahr 2018 wird für China ein Wert von 0,251 ausgewiesen. Die Werte für Deutschland und die USA belaufen sich auf 0,023 und 0,089. Der Durchschnittswert für die OECD-Staaten liegt bei 0,065. Siehe OECD, OECD FDI Regulatory Restrictiveness Index, <https://stats.oecd.org/Index.aspx?datasetcode=FDIINDEX#>, Abruf am 12. Juni 2020.

⁴³ Siehe hierzu Abschnitt 4.2.3.

bewerbsvorteile, die sich aus dem Vorliegen vorteilhafter Produktionsbedingungen in China ergeben, stellen daher auch keine Beeinträchtigung eines funktionierenden wettbewerblichen Binnenmarktes dar. Insbesondere mit Blick auf die Beurteilung chinesischer Subventionen ist zudem zu beachten, dass eine eindeutige Trennung zwischen gerechtfertigten und ungerechtfertigten Subventionen kaum möglich ist. Zwar lässt sich aus ökonomischer Sicht argumentieren, dass Subventionen insbesondere dann zu rechtfertigen sind, wenn sie zur Behebung eines sogenannten Marktversagens beitragen. Daneben existieren weitere Gründe für die Vergabe von Subventionen, die häufig verteilungspolitisch motiviert sind.⁴⁴ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass wettbewerbsverzerrende Subventionen kein spezifisch chinesisches Problem sind, sich aufgrund der Größe des Landes und der Stärke der Volkswirtschaft aber besonders gravierend auswirken können.

579. Wettbewerbsprobleme können unterdessen auftreten, wenn chinesische Unternehmen aufgrund der marktverzerrenden Ausgestaltung der allgemeinen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in China oder aufgrund von industriepolitisch motivierten und nach europäischen Maßstäben nicht gerechtfertigten selektiven staatlichen Unterstützungsmaßnahmen im Wettbewerb bessergestellt werden.

580. Mit Blick auf die allgemeinen Rahmenbedingungen in China können sich Wettbewerbsvorteile für chinesische Unternehmen insbesondere aus dem Umstand ergeben, dass der chinesische Staat in die Preissetzung vorgelagerter Produktionsfaktoren eingreift. Dies betrifft insbesondere die Preise für Kapital, Land, Arbeit oder auch Energie, woraus sich für chinesische Unternehmen Produktionskostenvorteile gegenüber europäischen Wettbewerbern ergeben.⁴⁵ Vorteile können sich darüber hinaus etwa auch aus nur unzureichend geschützten geistigen Eigentumsrechten und Regelungen zum Technologietransfer ergeben, die sich gegebenenfalls in geringeren Forschungs- und Entwicklungskosten widerspiegeln.⁴⁶ Vorteilhaft für chinesische Unternehmen können sich ferner gesetzliche Regelungen auswirken, die ausländische Wettbewerber diskriminieren. So können etwa die nur eingeschränkten Marktzugangsmöglichkeiten für ausländische Unternehmen in China dazu beitragen, dass chinesische Unternehmen zusätzliche Skalen- und Verbundvorteile auf ihrem Heimatmarkt erzielen können.⁴⁷ Ein weiterer Aspekt ist der mögliche Verzicht auf die Regulierung von marktbeherrschenden Unternehmen in China, wodurch diese Unternehmen Zusatzprofite in ihrem Heimatmarkt erwirtschaften können.⁴⁸ Diese zusätzlichen Gewinne könnten von den Unternehmen eingesetzt werden, um ihre Marktmacht auf dem chinesischen Markt durch Quersubventionierung auf andere Märkte, wie etwa den EU-Binnenmarkt, zu übertragen.

581. Daneben können sich Wettbewerbsvorteile für chinesische Unternehmen insbesondere infolge der umfangreichen direkten oder indirekten Subventionen ergeben, die der chinesische Staat zu industriepolitischen Zwecken selektiv an einzelne chinesische Unternehmen oder Wirtschaftszweige in China vergibt.⁴⁹ Beispiele für solche Subventionen sind etwa direkte Finanzhilfen, Steuervergünstigungen oder vergünstigte (Export-)Kredite. Derlei Subventionen führen häufig zu einem Kosten- und damit zu einem Wettbewerbsvorteil für die begünstigten Unternehmen, wengleich sich die genauen Wettbewerbswirkungen je nach Art der Subvention unterscheiden kön-

⁴⁴ Auch im europäischen Beihilferecht bestehen zahlreiche Ausnahmetatbestände für die Gewährung von Beihilfen, sodass in diesen Fällen die durch die Beihilfe bzw. Subvention bewirkte Wettbewerbsverfälschung aus anderen, übergeordneten Gründen hingenommen wird.

⁴⁵ EU-Kommission, Commission Staff Working Document On Significant Distortions In The Economy Of The People's Republic Of China For The Purposes Of Trade Defence Investigations, SWD(2017) 483 final/2, 20. Dezember 2017; Taube, M./in der Heiden, P. T., a. a. O.

⁴⁶ Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening. Expanding Europe's toolbox to address economic risks from Chinese state capitalism, Oktober 2019, S. 12, https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/DA_Studie_ExpandEurope_2019.pdf, Abruf am 12. Juni 2020.

⁴⁷ Ebenda, S. 9.

⁴⁸ Niederlande, Non-paper – Strengthening the level playing field on the internal market, 9. Dezember 2019, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field>, Abruf am 16. Juni 2020.

⁴⁹ Siehe hierzu noch unten Abschn. 3.2.1 und 3.2.2 (zum Antisubventions- bzw. zum Beihilferecht).

nen.⁵⁰ Soweit diese Subventionen Zwischenprodukte betreffen, wirken sie sich zudem auf nachgelagerte Produktionsstufen aus, sodass auch Unternehmen, die diese Produkte weiterverarbeiten, indirekt von den Subventionen auf der vorgelagerten Ebene profitieren. Subventionen werden sowohl auf zentralstaatlicher als auch auf subnationaler Ebene vorgenommen. Zudem können sie je nach Art sowohl unmittelbar vom chinesischen Staat als auch mittelbar über von ihm kontrollierte (Staats-)Unternehmen gewährt werden, z. B. in Form vergünstigter Kredite zu nicht marktgerechten Konditionen über staatlich kontrollierte Banken. Aufgrund der tiefen Verwurzelung der chinesischen Parteienstruktur innerhalb der chinesischen Wirtschaft ist es dabei letztlich kaum möglich nachzuweisen, an welchen Stellen der chinesische Staat überall hinter einer Vorteilsgewährung steht. Insbesondere die Rolle der chinesischen Staatsunternehmen ist vor diesem Hintergrund aus europäischer Sicht nicht eindeutig.

582. Den unterschiedlichen Markteingriffen und staatlichen Unterstützungsmaßnahmen in China ist im Wesentlichen gemein, dass sie entweder zu Kostenvorteilen für die begünstigten chinesischen Unternehmen führen oder dass diese Unternehmen über zusätzliche finanzielle Mittel (bzw. Finanzierungsvorteile) verfügen, entweder aufgrund von erwirtschafteten Überschussgewinnen oder aufgrund finanzieller Zuwendungen des chinesischen Staates. In beiden Fällen kommt es zunächst zu Wettbewerbsverzerrungen in China selbst. Insbesondere die selektive Vergabe von Subventionen an bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige kann erhebliche negative wettbewerbliche Auswirkungen haben, sofern Unternehmen in der Folge Marktmacht auf- oder ausbauen und sich wettbewerbsbeschränkend verhalten können oder wenn ineffiziente Unternehmen künstlich am Leben gehalten werden.

583. Diese Verzerrungen auf dem chinesischen Markt können sich ferner auf den EU-Binnenmarkt auswirken. Zum einen könnten durch den Export subventionierter chinesischer Produkte in die EU europäische Wettbewerber, die preislich nicht mit den subventionierten chinesischen Produkten mithalten können, vom Markt verdrängt bzw. vom Markteintritt abgehalten werden, selbst wenn sie für sich genommen effizienter als ihre chinesischen Konkurrenten sind.⁵¹ Zum anderen könnten chinesische Unternehmen, die über hohe finanzielle Ressourcen verfügen, versucht sein, auf dem EU-Binnenmarkt Marktmacht aufzubauen, indem sie mit Niedrigpreisen in den Markt drängen, die durch finanzielle Zuwendungen des chinesischen Staates oder durch Überschussgewinne in ihrem Heimatmarkt, etwa aufgrund einer unregulierten marktbeherrschenden Stellung, quersubventioniert werden.⁵² In beiden Fällen könnten die betreffenden chinesischen Unternehmen perspektivisch Marktmacht auf dem EU-Binnenmarkt aufbauen und diese Marktstellung, wie andere Unternehmen auch, etwa in Form überhöhter Preismisbrauch. Eine solche Entwicklung könnte sich zudem negativ auf die Innovationsfähigkeit der europäischen Wirtschaft auswirken.⁵³ Neben diesen direkten wettbewerblichen Effekten wird ferner darauf verwiesen, dass eine geringere Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen auch strategisch betrachtet negative Folgen haben könnte, etwa wenn die Fähigkeit Europas zur Entwicklung kritischer Technologien oder zum Erhalt hochqualifizierter Beschäftigung beeinträchtigt würde.

584. Mit Blick auf die hohe Bedeutung chinesischer Staatsunternehmen ist in diesem Kontext zudem zu beachten, dass Staatsunternehmen gegebenenfalls geringeren wirtschaftlichen Zwängen bzw. finanziellen Restriktionen als

⁵⁰ So kann eine Subvention, die sich direkt auf den Betriebsablauf auswirkt und etwa zu einer Reduktion der variablen Kosten führt, einen unmittelbaren Effekt auf die Preise und damit auf Wettbewerber und Konsumenten haben, während ein Investitionszuschuss eher mittel- bis langfristige Effekte auf Marktzug- oder -austritte haben kann. Die Wirkung einer Subvention ist zudem davon abhängig, ob es sich um eine einmalige oder eine wiederkehrende Unterstützungsmaßnahme handelt und wie selektiv sie vergeben wird. Siehe hier z. B. Schwalbe, *Ökonomische Grundlagen der Beihilfenkontrolle*, in: *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 5 Beihilfenrecht, 2. Auflage 2018, Einleitung Rz. 101.

⁵¹ Siehe zu folgenden Ausführungen auch Niederlande, *Non-paper – Strengthening the level playing field on the internal market*, 9. Dezember 2019, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field>, Abruf am 16. Juni 2020.

⁵² Siehe hierzu speziell unten Abschn. 3.1.1 (zum Antidumpingrecht).

⁵³ Aus politökonomischer Sicht dürfte auch von Bedeutung sein, dass es durch einen etwaigen Marktaustritt europäischer Unternehmen zum Wegfall von Arbeitsplätzen in der EU kommen könnte.

Privatunternehmen unterliegen.⁵⁴ Insbesondere müssen sie nicht vorrangig gewinnmaximierend arbeiten, sondern werden unter Umständen gezielt eingesetzt, um politisch-strategische Ziele des chinesischen Staates zu verfolgen. Zur Erreichung dieser Ziele können sie gegebenenfalls auch wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen einsetzen, um ihren Marktanteil auszubauen und in diesem Rahmen möglicherweise auch effizientere Unternehmen aus dem Markt drängen. Mit Blick auf eine eventuelle Kampfpreis- bzw. Marktverdrängungsstrategie (*predatory pricing*) ist insofern zu beachten, dass SOEs – anders als rein profitorientiert handelnde Privatunternehmen – ihre (vorübergehenden) Verluste nicht zwingend zeitnah durch das Anheben ihrer Preise ausgleichen müssen. Vielmehr können sie prinzipiell auch über einen sehr langen Zeitraum Verluste stemmen und gegebenenfalls sogar auf eine spätere Zurückgewinnung (*recoupment*) ihrer Verluste verzichten. Speziell mit Blick auf China ist zu betonen, dass diese Überlegung im Grundsatz nicht nur auf chinesische SOEs, sondern auch auf chinesische Privatunternehmen zutrifft, sofern diese im Auftrag des chinesischen Staates handeln und von diesem mit entsprechenden finanziellen Mitteln ausgestattet werden bzw. dieser für ihre Verluste aufkommt.

585. Zusätzlich zu der beschriebenen Situation, in der sich Subventionen oder anderweitige Vorteile chinesischer Unternehmen in ihrem Heimatmarkt wettbewerbsverfälschend im EU-Binnenmarkt auswirken können, kann auch der Fall auftreten, dass der chinesische Staat Subventionen an in der EU ansässige Unternehmen vergibt.⁵⁵ Analog zur oben beschriebenen Situation sowie zu Beihilfen von EU-Mitgliedstaaten verbessern solche Subventionen die Wettbewerbsposition der betreffenden Unternehmen im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern. So können die subventionierten Unternehmen je nach Art der Subvention beispielsweise ihre Produkte zu günstigeren Preisen anbieten und in der Folge ihre Marktanteile zulasten nicht subventionierter Unternehmen ausbauen, auch wenn letztere effizienter sind. Anders als Beihilfen von Mitgliedstaaten lassen sich solche Subventionen von Drittstaaten an in der EU ansässige Unternehmen bisher rechtlich nur sehr begrenzt fassen.⁵⁶

586. Um negative Auswirkungen auf den Wettbewerb im EU-Binnenmarkt bzw. Wettbewerbsnachteile für europäische Unternehmen durch drittstaatliche Subventionen zu vermeiden, wird derzeit die Einführung neuer Instrumente diskutiert. Diese Instrumente zielen dabei primär auf die Wiederherstellung gleicher und fairer Wettbewerbsbedingungen.⁵⁷ Insofern ist allerdings darauf hinzuweisen, dass drittstaatliche Subventionen zwar zu Wettbewerbsnachteilen für die betroffenen nicht subventionierten Unternehmen führen können, die EU als Ganzes aber häufig sogar von drittstaatlichen Subventionen, z. B. in Form niedrigerer Preise der subventionierten Güter, profitiert und nicht *per se* geschädigt wird. Ein Wettbewerbsproblem liegt aus ökonomischer Sicht vor allem dann vor, wenn die begünstigten Unternehmen auf dem EU-Binnenmarkt über Marktmacht verfügen oder infolge der drittstaatlichen Subvention Marktmacht aufbauen können. Solange dies nicht der Fall ist, ist bei einer Betrachtung der europäischen Wohlfahrt prinzipiell kein wettbewerbsrechtliches Eingreifen erforderlich. Zwar kommt es insofern zu einer Ungleichbehandlung von chinesischen bzw. drittstaatlichen Subventionen und EU-Beihilfen, da den EU-Mitgliedstaaten die Vergabe von Beihilfen an Unternehmen nur vorbehaltlich einer beihilferechtlichen Überprüfung gestattet ist. Ein Unterschied bei der Bewertung europäischer Beihilfen und drittstaatlicher Subventionen ergibt sich aber insoweit, als Erstere durch europäische Steuermittel finanziert werden und ein Subventionswettbewerb zwischen den EU-Mitgliedstaaten verhindert werden soll, während für Letztere die betreffenden Drittstaaten aufkommen. Für eine stärkere Erfassung drittstaatlicher Subventionen könnte, abgesehen von der Herstellung

⁵⁴ Heim, M., How can European competition law address market distortions caused by state-owned enterprises?, Bruegel Policy Contribution No. 18, Dezember 2019, S. 5 f.; siehe hierzu noch unten Abschn. 3.2.3 (zu öffentlichen Unternehmen in der EU).

⁵⁵ Siehe hierzu auch EU-Kommission, Weißbuch: Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final, 17. Juni 2020.

⁵⁶ Insbesondere handelt es sich um keine Beihilfen im Sinne von Art. 107 AEUV, da die Förderung nicht durch einen Mitgliedstaat erfolgt. Damit ist nur die subventionsbedingte Stärkung der Finanzkraft als solche erfassbar (z. B. in der Fusions- und Missbrauchskontrolle). Hierzu näher nachfolgend Abschn. 3.1.2.1, 3.2.2.3 und 3.3.2.3.

⁵⁷ EU-Kommission, Weißbuch: Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final, 17. Juni 2020; Niederlande, Non-paper – Strengthening the level playing field on the internal market, 9. Dezember 2019, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field>, Abruf am 16. Juni 2020; siehe hierzu noch unten Abschn. 3.3.2 (insb. Abschn. 3.3.2.3) und Abschn. 4.1.

gleicher Wettbewerbsbedingungen, aus ökonomischer Sicht allerdings das Ziel sprechen, internationale Subventionswettläufe zu vermeiden, welche zu weltweiten Wohlfahrtsverlusten führen.

587. Ein seiner Natur nach anderes Problem stellt sich, wenn Unternehmen in China aktiv wettbewerbsbeschränkende Strategien planen oder verabreden und der chinesische Staat auf eine Intervention verzichtet. Eine solche Situation ist insbesondere dann denkbar, wenn die betreffenden Verhaltensweisen nicht auf den chinesischen Markt, sondern allein auf auswärtige Märkte abzielen (z. B. Exportkartelle, Koordination zwischen Zusammenschlussbeteiligten und anderen Unternehmen in China). Ähnlich ist es, wenn der chinesische Staat SOEs veranlasst, ihre Marktmacht in China ins Ausland zu hebeln. Rechtlich sind solche Verhaltensweisen nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen und je nach den zu erwartenden wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen verboten. Tatsächlich besteht aus europäischer Sicht indes das Problem, dass die erforderlichen Informationen zur Entdeckung und Verfolgung der Wettbewerbsverstöße gegebenenfalls nur in China vorhanden und ohne Kooperation des chinesischen Staates unzugänglich sind.⁵⁸

588. Diskutiert wird darüber hinaus, inwieweit die Einflussnahme des chinesischen Staates bei Unternehmensübernahmen zu Wettbewerbsproblemen führen kann. Im Raum steht insbesondere, dass chinesische Unternehmen aufgrund staatlicher Subventionen überhöhte Preise zahlen bzw. ihre europäischen Konkurrenten bei Unternehmensübernahmen systematisch überbieten.⁵⁹ Denkbar wäre insoweit, dass eine Subvention ausdrücklich für den Erwerb eines bestimmten EU-Zielunternehmens gewährt wird oder dass durch eine Subvention indirekt die Finanzkraft des potenziellen Erwerbers gestärkt wird. Durch derartige Subventionen könnten nicht subventionierte Unternehmen daran gehindert werden, ihrerseits durch den Erwerb des entsprechenden Zielunternehmens Effizienzgewinne zu erzielen oder Zugang zu Schlüsseltechnologien zu erhalten, was sich negativ auf deren Wettbewerbsfähigkeit und Innovationspotenzial auswirken könnte.⁶⁰

589. Die theoretische Analyse, ob ein Wettbewerbsproblem vorliegt, fokussiert indes gewöhnlich auf den Wettbewerb auf Produktmärkten. Sie abstrahiert somit von nationalstaatlichen Interessen, etwa dem Wettbewerb um den mit bestimmten Übernahmen einhergehenden politischen Einfluss. Hiernach käme es auch bei einer subventionierten Übernahme insbesondere dann zu einem Wettbewerbsproblem, wenn durch die konkrete Fusion die Marktmacht des fusionierten Unternehmens auf dem betrachteten Produktmarkt ansteigt. Dies zu verhindern ist – unabhängig davon, ob eine Subvention erfolgt oder nicht – Aufgabe der europäischen Fusionskontrolle, der auch chinesische Unternehmen unterliegen. Hiervon abgesehen zeigt sich zwar, wie bereits ausgeführt, dass insbesondere die Investitionen chinesischer SOEs von den strategischen Zielen des chinesischen Staates beeinflusst sind. Zur These, dass chinesische Unternehmen ihre europäischen Konkurrenten bei Unternehmensübernahmen systematisch überbieten, gibt es allerdings keine eindeutigen empirischen Ergebnisse.⁶¹

590. Zusätzliche – sicherheitspolitische – Probleme können sich stellen, wenn der chinesische Staat direkt die Kaufentscheidung chinesischer Unternehmen bei Unternehmensübernahmen beeinflusst, um so eventuell politisch-strategische Machtinteressen durchzusetzen.⁶² In Deutschland wurde hierfür beispielhaft die Übernahme

⁵⁸ Siehe hierzu näher unten Abschn. 3.1.2.1 (allgemein zu Wettbewerbsverstößen von Unternehmen in China) und Abschn. 3.2.3 (erneut zu chinesischen SOEs). Zur Koordination im Rahmen von Zusammenschlüssen siehe auch noch BKartA, Beschluss vom 27. April 2020, B4-115/19 – Vossloh Locomotives GmbH/CRRC Zhuzhou Locomotives Co., und unten Tz. 919 ff.

⁵⁹ Siehe hierzu erneut Abschn. 3.3.2.3 (zur EU-Fusionskontrolle).

⁶⁰ EU-Kommission, Weißbuch: Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final, 17. Juni 2020, S. 9, 27 ff.

⁶¹ Fuest, C. et al. (2019) zeigen, dass chinesische Investoren im Zeitraum von 2002 bis 2017 nicht mehr für vergleichbare Unternehmen als Investoren aus anderen Ländern gezahlt haben. Demgegenüber kommen Urbšienė, L. et al. (2015) mit Blick auf Unternehmenskäufe in Europa im Zeitraum von 2000 bis 2013 zu dem Ergebnis, dass chinesische und europäische Investoren für vergleichbare Unternehmen unterschiedliche Aufschläge auf den Unternehmensmarktwert (premiums) gezahlt haben. Demnach zahlten chinesische Investoren im Durchschnitt doppelt so hohe Aufschläge für vergleichbare Unternehmen wie europäische Investoren. Vgl. Fuest, C. et al., What Drives Chinese Overseas M&A Investment? Evidence from Micro Data, EconPol Working Paper 33, November 2019; Urbšienė, L. et al., Comparison of Premiums of Chinese and European Companies in Mergers and Acquisitions in Europe, Organizations and Markets in Emerging Economies 6(2), 2015, S. 67–102.

⁶² Siehe hierzu zusätzlich Abschn. 3.3.1 (zur Investitionskontrolle).

des Roboterherstellers Kuka durch Midea im Jahr 2016 gesehen. Daneben wurden sicherheitspolitische Argumente auch im Falle der geplanten Investition des chinesischen Staatskonzerns SGCC in das Übertragungsnetz des belgisch-deutschen Stromnetzbetreibers 50 Hertz vorgebracht. In derartigen Fällen handelt es sich wegen der dahinterstehenden strategischen Interessen nicht immer um unabhängige und lediglich einzeln zu betrachtende Unternehmenskäufe; insbesondere wenn die Übernahmen durch staatliche Unternehmen erfolgen.⁶³ Wenn die europäischen Behörden bei solchen Unternehmensübernahmen intervenieren, ist neben dem Interesse am Wettbewerbsschutz auch dem Interesse am Schutz der europäischen Sicherheit und Ordnung (z. B. Schutz kritischer Infrastrukturen, verteidigungspolitische Interessen) Rechnung zu tragen. Die zuvor genannten Fälle waren bereits Anlass für eine Verschärfung der Investitionskontrolle in Deutschland sowie Anlass für die Schaffung einer EU-Rahmenverordnung in diesem Bereich.⁶⁴

591. Von möglichen Wettbewerbsproblemen beim Unternehmenserwerb abgesehen wird teilweise allgemein vor dem industriestrategischen Interesse Chinas gewarnt, in einzelnen Sektoren Marktdominanz aufzubauen oder seinen politischen Einfluss in der EU zu erhöhen. Gewarnt wird insofern vor einem „Ausverkauf“ europäischer Unternehmen bzw. einem Abfluss von technologischem Know-how. Hierfür gibt es allerdings keine eindeutigen Belege.⁶⁵

592. Aus Sicht der Monopolkommission ist mit Blick auf die Bewertung chinesischer Übernahmen europäischer Unternehmen bzw. Direktinvestitionen in der EU zu betonen, dass wettbewerbspolitische Aspekte strikt von Aspekten, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung betreffen, zu trennen sind. Etwaige sicherheitspolitische Argumente sollten insbesondere nicht missbraucht werden, um nicht sicherheitsrelevante Übernahmen aus rein industriepolitischen Gründen zu untersagen. Auf derartige protektionistische Maßnahmen könnten andernfalls betroffene Staaten ihrerseits mit Gegenmaßnahmen reagieren, was letztlich zum Nachteil der europäischen Wirtschaft wäre. Vielmehr sollte darauf geachtet werden, dass die EU auch weiterhin attraktiv für ausländische Direktinvestitionen, die in der EU zum Wirtschaftswachstum und zur Schaffung von Arbeitsplätzen beitragen können, bleibt. Übernahmen sollten daher nur bei begründeten wettbewerblichen oder sicherheitspolitischen Bedenken untersagt oder mit Auflagen versehen werden.

593. Zuletzt sind Wettbewerbsnachteile für europäische Unternehmen zu nennen, die bei öffentlichen Ausschreibungen und Vergabeverfahren auftreten können.⁶⁶ Dies betrifft zum einen den bereits erwähnten Aspekt der Benachteiligung europäischer Unternehmen bei öffentlichen Vergabeverfahren in China. Daneben können aber auch Wettbewerbsnachteile bei öffentlichen Vergaben in der EU auftreten, sofern staatlich unterstützte chinesische Unternehmen günstigere Preise als unter marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnde EU-Unternehmen anbieten können. Zudem könnten nicht subventionierte Anbieter möglicherweise davon abgehalten werden, sich überhaupt an den Vergabeverfahren zu beteiligen. Zwar sind günstigere Gebote aus ökonomischer Sicht unabhängig von ihrem Zustandekommen für die öffentlichen Vergabestellen prinzipiell vorteilhaft. Allerdings hält es die Europäische Kommission für erforderlich, einer Benachteiligung europäischer Unternehmen gegenüber subventionierten Unternehmen aus Drittstaaten bei öffentlichen Auftragsvergaben in der EU zu begegnen, um so die Chancengleichheit der Bieter im Beschaffungswettbewerb zu schützen.⁶⁷

594. In den folgenden Abschnitten wird vor dem Hintergrund der aktuellen Reformdiskussion in der EU untersucht, inwieweit den Herausforderungen des chinesischen Staatskapitalismus, insbesondere der massiven staatlichen Unterstützung von Unternehmen in Form von Subventionen, mit dem geltenden Wettbewerbs- und Außen-

⁶³ Vgl. zur entsprechenden Problematik in der Fusionskontrolle Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 VO 139/2004 (zur Zusammenrechnung von Umsätzen).

⁶⁴ Siehe hierzu Abschn. 3.3.1.

⁶⁵ Siehe oben Tz. 572.

⁶⁶ Siehe hierzu noch unten Abschn. 3.2.4.

⁶⁷ EU-Kommission, Weißbuch: Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final, 17. Juni 2020, Abschn. 4.3 (S. 35 ff.).

wirtschaftsrecht begegnet werden kann und inwieweit zur Vermeidung von Wettbewerbsproblemen Anpassungsbedarf besteht. Dabei ist zu berücksichtigen, wie bereits betont, dass ausländische Subventionen nicht per se schlecht für die EU sind. Vielmehr profitieren die Verbraucher bzw. alle Verwender von importierten, subventionierten Produkten in Form niedrigerer Preise. Diese Vorteile für die Verbraucher bzw. Teile der europäischen Wirtschaft stehen somit etwaigen Wettbewerbsnachteilen der direkt betroffenen europäischen Unternehmen gegenüber. Bei der Diskussion um mögliche Reformen sollten diese gegenläufigen Wirkungen ausländischer Subventionen für die EU beachtet werden. Aus ökonomischer Sicht liegt dabei dann ein Problem vor, wenn in der Gesamtschau etwaige Wohlfahrtsverluste die Wohlfahrtsgewinne übersteigen. Zudem ist, wie bereits erläutert, zu beachten, dass auch die EU-Mitgliedstaaten Subventionen vergeben. Problematisch sind insofern vor allem solche chinesischen Subventionen, die sich in der EU auswirken und die – wenn man sie einer mitgliedstaatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV gleichsetzen würde – nicht mit dem EU-Beihilferecht vereinbar wären. Denn das Verständnis von Wettbewerb, wie es durch die europäischen Verträge definiert wird, setzt unter anderem die durch eine effektive Beihilfekontrolle hergestellte Chancengleichheit der Unternehmen im EU-Binnenmarkt voraus.

2 Wettbewerbspolitische Anknüpfung und Zielkonflikte

595. Für die Entwicklung von Handlungsoptionen, mit denen auf die wettbewerblichen Herausforderungen durch den chinesischen Staatskapitalismus reagiert wird, werden zunächst – ausgehend von den Vorgaben der EU-Verträge – die politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen identifiziert. Die EU-Verträge enthalten Leitentscheidungen, die den politischen Handlungsspielraum beschränken. Die Leitentscheidungen bestimmen sich durch die in den Verträgen definierten Schutzgüter (auch: Systemprinzipien) und deren in den Verträgen definiertes Verhältnis zueinander. Die Schutzgüter haben auch dort eine anleitende Funktion, wo sich aus den Einzelregelungen der Verträge bei deren isolierter Betrachtung keine Aussagen zum Verhältnis zwischen der EU und China ergeben.

2.1 Systementscheidung und Funktionsgarantien der europäischen Wirtschaftsordnung

596. Die EU verfolgt nach Art. 3 Abs. 1 EUV allgemein das Ziel, „den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern“. Dieses Ziel wird in Art. 3 Abs. 2–4 EUV für das Innenverhältnis und in Art. 3 Abs. 5 EUV für die Außenbeziehungen der EU näher konkretisiert.

597. Im Innenverhältnis sieht Art. 3 Abs. 2 EUV vor, dass die EU einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“ schafft. Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV konkretisiert dies dahingehend, dass die EU einen Binnenmarkt errichtet. Aus den folgenden Sätzen dieser Vorschrift ergibt sich, dass die europäischen Verträge eine Systementscheidung zugunsten einer offenen, in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb treffen (= marktwirtschaftliches System).⁶⁸ Der EU-Binnenmarkt wird durch die Vorgaben in Art. 3 Abs. 4 EUV für den Koordinationsmechanismus der Wirtschafts- und Währungsunion und ansonsten im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 3 ff. AEUV) weiter ausgestaltet. Dabei wird die Entscheidung für den EU-Binnenmarkt von einer Vielzahl von Entscheidungen zugunsten weiterer hochrangiger rechtlicher Schutzziele umgeben, mit denen sie in Ausgleich gebracht werden muss (Umweltschutz, Sozialpolitik usw.).⁶⁹ Für den Fall von Zielkonflikten geht der Europäische Gerichtshof grundsätzlich von einer Gleichrangigkeit der Zielvorgaben aus und räumt den handelnden Organen ein weites Auswahlermessen ein.⁷⁰

⁶⁸ Siehe ergänzend Art. 3 Abs. 4 EUV und 119, 120 AEUV sowie das Protokoll Nr. 27 über den Wettbewerb und den Binnenmarkt, ABL. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 308.

⁶⁹ Siehe hierzu auch die sogenannten „Querschnittsklauseln“ (z. B. Art. 8 ff. oder 167 Abs. 4 AEUV). Mit diesem Begriff werden Bestimmungen der Verträge bezeichnet, welche die Vereinbarkeit unterschiedlicher Politikbereiche zum Ziel haben. Vgl. Wegener, B., in: ders., Enzyklopädie Europarecht, Band 8, Europäische Querschnittspolitik, Baden Baden 2014, § 1.

⁷⁰ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 13. Juni 1958, 9/56 – Meroni/Hohe Behörde, Slg. 1958, 9 (43), ECLI:EU:C:1958:7; Urteil vom 29. Oktober 1980 139/79 – Maizena/Rat, Slg. 1980, 3393, ECLI:EU:C:1980:250, Rz. 23; Urteil vom 17. Oktober 1995, C-44/94 – National Federation of Fishermen's Organisations, Slg. 1995, I-3115, ECLI:EU:C:1995:325, Rz. 37.

598. Im Außenverhältnis sieht Art. 3 Abs. 5 EUV vor, dass die Europäische Union in ihren Beziehungen zur übrigen Welt „ihre Werte und Interessen“ schützt und fördert und zum Schutz ihrer Bürgerinnen und Bürger beiträgt. Die in der Vorschrift weiter genannten Ziele umfassen einen „freien und gerechten Handel“ und sind ansonsten nicht-wirtschaftlicher Natur. Allerdings zeigt der Rückbezug zu den im Binnenverhältnis geltenden Zielen, dass die EU auch für das Außenverhältnis grundsätzlich die Schaffung einer marktwirtschaftlichen Ordnung anstrebt.⁷¹

599. Zusätzliches Gewicht erhalten wirtschaftliche Aspekte dadurch, dass die EU für die gemeinsame Handelspolitik nach Art. 3 Abs. 5, 21 EUV i. V. m. Art. 3, 205 ff. AEUV ausschließlich zuständig ist. Diese Zuständigkeit ist in dem Sinn auszuüben, dass die EU ihre „grundlegenden Interessen“ wahrt, „die Integration aller Länder in die Weltwirtschaft [fördert], unter anderem auch durch den schrittweisen Abbau internationaler Handelshemmnisse“, und „eine Weltordnung [fördert], die auf einer verstärkten multilateralen Zusammenarbeit und einer verantwortungsvollen Weltordnungspolitik beruht“.⁷² Zu diesem Zweck verfügt die EU im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik über weitreichende Kompetenzen (vgl. Art. 207 AEUV).

600. Insgesamt folgt die europäische Wirtschaftsverfassung somit keinem klassischen Marktmodell in dem Sinne, dass sie einen „bloßen Vollzug bestimmter wirtschaftspolitischer Grundsätze“ vorgeben würde.⁷³ Die festgelegten Funktionsbedingungen einer marktwirtschaftlichen Ordnung bilden aber einen zu beachtenden äußeren Rahmen für wirtschaftspolitische Entscheidungen.⁷⁴ Ein Systemwechsel hin etwa zu einer staatskapitalistischen Ordnung wird hierdurch ausgeschlossen.

601. Des Weiteren überformt die europäische Wirtschaftsverfassung die „wirtschaftspolitisch neutrale“ Ausrichtung des Grundgesetzes.⁷⁵ Die in Deutschland lange Zeit geführte Diskussion um die Grundausrichtung des Grundgesetzes in Bezug auf die deutsche Wirtschaftsverfassung hat sich dadurch prinzipiell erledigt.⁷⁶ Ausnahmen bestehen einzig dort, wo auf Grundlage der europäischen Kompetenzverteilung eine Zuständigkeit Deutschlands fortbesteht. Das ist in Bezug auf Interessen, die die marktwirtschaftliche Ordnung und das System eines unverfälschten Wettbewerbs als solches betreffen, jedoch nicht der Fall. Diesbezüglich gilt allein der Anwendungsvorrang der Vorschriften zum Schutz des unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt (Art. 101 ff. AEUV). Rein wirtschaftliche Motive können nach ständiger EU-Rechtsprechung daneben auch keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen, die eine Beschränkung einer vom Vertrag garantierten Grundfreiheit rechtfertigen würden.⁷⁷

⁷¹ Vgl. Art. 3 Abs. 5 S. 1 EUV: „In ihren Beziehungen zur übrigen Welt schützt und fördert die Union ihre Werte und Interessen [...]“.

⁷² Art. 21 Abs. 1 und 2 EUV.

⁷³ Hatje, A., in: von Bogdandy, A./Bast, J., Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin/Heidelberg 2009, S. 805.

⁷⁴ So heißt es in EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2000, C-9/99 – Échirrolles Distribution, Slg. 2000, I-8207, ECLI:EU:C:2000:532, Rz. 25: „Die Artikel 3a, 102a und 103 EG-Vertrag, die sich auf die Wirtschaftspolitik beziehen, die im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb stehen muss (Artikel 3a und 102a) sind keine Bestimmungen, die den Mitgliedstaaten klare und unbedingte Verpflichtungen auferlegen, auf die sich die Einzelnen vor den nationalen Gerichten berufen können. Es handelt sich dabei nämlich um einen allgemeinen Grundsatz, dessen Anwendung komplexe wirtschaftliche Beurteilungen erfordert, die in die Zuständigkeit des Gesetzgebers oder der nationalen Verwaltung fallen.“

⁷⁵ BVerfG, Urteil vom 20. Juli 1954, 1 BvR 459 – Investitionshilfe, BVerfGE 4, 7 (17 f.).

⁷⁶ Vgl. erneut Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV sowie EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa/ENEL, ECLI:EU:C:1964:34, Slg. 1964, 1251 (1269 f.), ECLI:EU:C:1964:66 („eigene Rechtsordnung [...], die [...] in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist“ = Anwendungsvorrang des EU-Rechts); Urteil vom 21. Februar 1973, 6/72 – Continental Can, Slg. 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 23 („Das Vorbringen der Klägerinnen, [Art. 3 lit. f EWGV = Art. 3 Abs. 1 EUV i. V. m. Protokoll Nr. 27 zum Schutz des unverfälschten Wettbewerbs] enthalte nur einen allgemeinen, rechtlich unverbindlichen Programmsatz, verkennt, dass Artikel 3 die Verfolgung der Ziele, die er aufstellt, als unerlässlich für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft ansieht. Was insbesondere das in Buchstabe f genannte Ziel angeht, so regelt der Vertrag Näheres hierzu in mehreren Bestimmungen, für deren Auslegung diese Zielsetzung maßgebend ist.“).

⁷⁷ Siehe näher Monopolkommission, Sondergutachten 80, Die Buchpreisbindung in einem sich ändernden Marktumfeld, 1. Aufl. 2018, Tz. 299 und die dort in Fn. 337 zitierte Rechtsprechung.

602. Demgegenüber verbleiben den Mitgliedstaaten Freiräume hinsichtlich nichtwettbewerblicher Interessen, z. B. zur Ermöglichung von Forschung und Entwicklung, zur Daseinsvorsorge, zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Dies ist auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung, da die Mitgliedstaaten z. B. eigene Investitionskontrollregeln erlassen können.⁷⁸ Solchen Regelungen stehen die ausschließlichen EU-Kompetenzen zur Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln und im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik (Art. 3 Abs. 1 lit. b, e AEUV) sowie die in Tz. 601 genannten Beschränkungen der nationalen Gesetzgebungskompetenzen bei Berührung der Grundfreiheiten nicht entgegen.

603. Die Systementscheidung für eine offene, in hohem Maße wettbewerbsfähige und soziale Marktwirtschaft zerfällt – entsprechend den zuvor gemachten Ausführungen – in mehrere justiziable Funktionsgarantien einer marktwirtschaftlichen Ordnung, innerhalb deren Rahmen sich die Reformvorhaben für den Umgang mit China bewegen müssen.⁷⁹ Hierzu gehören:

- die Privatautonomie, die durch eine in Art. 20 ff. AEUV vorausgesetzte Rechtssubjektivität (gemäß Art. 54 AEUV auch für juristische Personen), eine hiermit verbundene Handlungsfreiheit (beispielsweise Art. 15–17 GrCh, Art. 6 Abs. 1 EUV) sowie den Grundsatz der Gleichheit aller Marktteilnehmer (vgl. Art. 12 AEUV, die Grundfreiheiten sowie Art. 20, 21 und 23 GrCh) gewährleistet wird;
- ein System unverfälschten Wettbewerbs (Art. 101 ff. AEUV, Protokoll Nr. 27) und eines gemeinsamen Marktes ohne Binnengrenzen (Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV), das für die einzelnen Marktteilnehmer durch darauf bezogene Unionsgrundrechte (Art. 15–17 GrCh) und die europäischen Grundfreiheiten (Art. 34 ff. AEUV) ergänzt wird. Die relevanten Vorschriften strahlen dabei als Querschnittsklauseln in andere Politikbereiche aus;⁸⁰
- schließlich eine Außendimension der Offenheit (Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV sowie Art. 206 AEUV). Diese wirkt einerseits in Richtung eines Marktzugangs europäischer Rechtssubjekte auf außereuropäischen Märkten sowie gleichzeitig auf einen Marktzugang von Nicht-EU-Marktteilnehmern zum Binnenmarkt. Die Ausgestaltung erfolgt über das Außenwirtschaftsrecht auf Grundlage von Art. 206, 207 AEUV.

604. Eine europäische Industriepolitik ist nach Art. 173 AEUV (Industrie) möglich. Dabei wird der Begriff der „Industriepolitik“ in den EU-Verträgen oder der europäischen Rechtsprechung zwar nicht definiert, dürfte aber staatliche Maßnahmen zur (gezielten) Förderung der Industrie bzw. von Unternehmen umfassen.⁸¹ Allerdings sind im Rahmen einer solchen Industriepolitik keine Maßnahmen zulässig, die „zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte[n]“.⁸² Eine Industriepolitik im Sinne der Vorschrift muss also mit den wettbewerbslichen Zielvorstellungen der Art. 101 ff. AEUV und des Protokolls Nr. 27 vereinbar sein.

2.2 Wettbewerbsrecht sowie Grundfreiheiten und Grundrechte

605. Die Offenheit der Märkte im Innenverhältnis gründet sich vor allem auf den Schutz unternehmerischen Wettbewerbs und den Abbau von Schranken zwischen den EU-Mitgliedstaaten. Die freie Koordinierung auf offenen Märkten wird durch das Wettbewerbsrecht gegenüber Verzerrungen abgesichert, die privaten Unternehmen

⁷⁸ Siehe hierzu näher unten Abschn. 3.3.1.

⁷⁹ Zu den Funktionsgarantien: Basedow, J., Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992, S. 15 ff. und 25 ff.; Hatje, A., in: von Bogdandy, A./Bast, J., Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin/Heidelberg 2009, S. 811 ff.

⁸⁰ Wegener, B., in: ders., Enzyklopädie Europarecht, Bd. 8, Europäische Querschnittspolitiken, 1. Aufl., Baden-Baden 2014, § 1 Rz. 18 ff.

⁸¹ Vgl. Classen, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 173 AEUV Rz. 6 m. w. N.

⁸² Art. 173 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV.

(Art. 101 ff. AEUV) oder den EU-Mitgliedstaaten (Art. 106 Abs. 1, 107 ff. AEUV) zurechenbar sind.⁸³ Die Wettbewerbsregeln sollen auf dem Binnenmarkt einen unverfälschten und wirksamen Wettbewerb gewährleisten und zur Integration der einzelnen europäischen Volkswirtschaften beitragen.⁸⁴ Der Schutz besteht auch insoweit, wie er einzelnen Marktteilnehmern (insb. den Verbrauchern) zugutekommt.⁸⁵ Die Wettbewerbsfähigkeit einzelner mitgliedstaatlicher Volkswirtschaften oder der dort tätigen Wirtschaftsteilnehmer ist aus der dem Binnenmarkt zugrunde liegenden Sicht des EU-Wettbewerbsrechts hingegen kein entscheidender Faktor.

606. Des Weiteren stehen Unionsgrundrechte bzw. Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln in wechselseitiger Beziehung. Denn die Unionsgrundrechte schützen die wirtschaftliche Tätigkeit der einzelnen Marktteilnehmer, während die Grundfreiheiten die Marktteilnehmer im grenzüberschreitenden Wirtschaftsaustausch schützen.⁸⁶ Damit teilen sie neben der Systementscheidung zugunsten marktwirtschaftlicher Prinzipien auch die damit verfolgte europäische Integrationsfunktion (vgl. auch Art. 119 Abs. 1 AEUV). Dort, wo die Vollendung des Binnenmarktes erreicht ist, ergänzen sie den durch die Wettbewerbsregeln gewährleisteten Schutz gegen eine mögliche Fragmentierung.

607. Der zuvor beschriebene Rechtsrahmen bezieht sich zwar allein auf den EU-Binnenmarkt und enthält daher keine Aussagen zu Drittstaaten oder zu den Marktteilnehmern aus Drittstaaten. Allerdings lassen sich speziell aus dem Schutzgut eines unverfälschten Wettbewerbs weitergehende Vorgaben ableiten, die auch dann zu beachten sind, wenn der Binnenmarkt gegenüber den Marktteilnehmern aus Drittstaaten geöffnet wird. Eine solche Öffnung hat gegenüber Marktteilnehmern aus China bereits stattgefunden.

608. Aus binnenmarktbezogener Perspektive ist somit zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Marktöffnung das Schutzgut des unverfälschten Wettbewerbs in rechtserheblicher Weise beeinträchtigen kann. Ausgangspunkt ist dabei die Annahme, dass Marktteilnehmer aus China einer Einflussnahme des chinesischen Staates unterliegen und dass hieraus die in Tz. 578–593 dargestellten Möglichkeiten zu Wettbewerbsverfälschungen im EU-Binnenmarkt folgen. Deshalb ist zur Klärung der möglichen Risiken für das Schutzgut des unverfälschten Wettbewerbs im EU-Binnenmarkt auf die Rechtsprinzipien bzw. -instrumente zurückzugreifen, die bereits zu einer staatlichen Einflussnahme auf den Wettbewerb entwickelt worden sind.

609. Im Zentrum steht insoweit der sogenannte Marktinvestortest, der es im Rahmen der EU-Beihilfekontrolle ermöglicht, politisch-strategische Eingriffe in den Wettbewerb von einer bloßen staatlichen Teilnahme am Wettbewerb abzugrenzen.⁸⁷ Dieser Test kann – trotz seiner engen Bezeichnung („Marktinvestor“-Test) – im Grunde auf alle Maßnahmen angewendet werden, die ein Staat gegenüber einzelnen Unternehmen (selektiv) oder auch gegenüber ganzen Wirtschaftszweigen trifft.⁸⁸ Es handelt sich insoweit also eher um einen „Marktkonformitätstest“. Der Test setzt auch nicht voraus, dass der staatliche Haushalt belastet wird.⁸⁹ Er bietet damit einen Ansatz, um alle Arten staatlich gewährter Vorteile oder staatlich auferlegter Verpflichtungen im weitesten Sinne zu erfassen.

⁸³ Siehe zum Begriff der Verzerrung bzw. Wettbewerbsverfälschung in diesen Kontext z. B. EuGH, Urteil vom 14. Juli 1972, C-48/69 – ICI, Slg. 1972, 619, ECLI:EU:C:1972:70, Rz. 104; Urteil vom 13. Juli 1966, 56 und 58/64 – Consten und Grundig, Slg. 1966, 299, 391, ECLI:EU:C:1966:41.

⁸⁴ Zu dieser doppelten Zielsetzung: EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2009, C-501/06 P u. a. – GlaxoSmithKline u. a., Slg. 2009, I-9374, Rz. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, Slg. 2009, I-4529, ECLI:EU:C:2009:343, Rz. 38; Urteil vom 6. Oktober 2009, C-501/06 P u. a. – GlaxoSmithKline u. a., Slg. 2009, I-9374, ECLI:EU:C:2009:610, Rz. 63; Urteil vom 17. Februar 2011, C-52709 – Telia Sonera Sverige AB, Slg. 2011, I-527, ECLI:EU:C:2011:83, Rz. 24.

⁸⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV: „[...] für das Funktionierend es Binnenmarkts erforderliche Wettbewerbsregeln“.

⁸⁷ Siehe EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1 (Beihilfebekanntmachung), Tz. 73 ff.

⁸⁸ Dennoch findet eine Beihilfekontrolle nur in Bezug auf selektive Maßnahmen statt; siehe hierzu Art. 107 Abs. 1 AEUV („bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“) und EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung, Tz. 117 ff.

⁸⁹ Die Beihilfekontrolle erfordert zusätzlich eine Überprüfung, ob der staatliche Haushalt belastet wird; siehe hierzu noch unten Tz. 750 und die dort zitierte europäische Rechtsprechung.

sen und anhand eines einheitlichen Maßstabs zu beurteilen.⁹⁰ Die Anwendung des Tests erscheint auch im vorliegenden Zusammenhang sinnvoll.

610. Der Marktinvestortest kann weiter im Grundsatz unabhängig davon angewendet werden, ob sich die staatliche Maßnahme unmittelbar im Markt auswirkt oder vermittelt über Unternehmen (mit oder ohne staatliche Beteiligung). Der Test ist infolgedessen beispielsweise bei Maßnahmen anwendbar, durch die bestimmte Unternehmen andere wirtschaftliche Möglichkeiten erhalten als ihre Wettbewerber (z. B. Stärkung der Finanzkraft). Er ist aber beispielsweise auch anwendbar, wenn ein Staat dafür sorgt, dass bestimmte Unternehmen ein anderes Verhalten zeigen als andere Unternehmen (z. B. bei staatlich veranlassten Kampfpreisen). Die erweiterten Möglichkeiten der Unternehmen können relevant werden, soweit die Marktstellung des Unternehmens zu prüfen ist (in der Fusionskontrolle/nach Art. 102 AEUV). Das abweichende Verhalten der Unternehmen ist nur dann relevant, wenn es einen Wettbewerbsbezug aufweist und insoweit den Vorgaben der Art. 101 f. AEUV für ein wettbewerbskonformes Verhalten widerspricht.

611. Zu differenzieren ist allerdings jeweils danach, ob der Staat als Wirtschaftsbeteiligter oder hoheitlich handelt. Der Marktinvestortest ist nur bei einer Teilnahme am Wirtschaftsverkehr anwendbar. In diesem Fall ist zu prüfen, ob das staatliche Handeln zu „normalen Marktbedingungen“ erfolgt bzw. „marktkonform“ ist.⁹¹ Eine staatliche Maßnahme erfüllt diese Voraussetzungen dann, wenn es sich um eine Transaktion handelt, die von öffentlichen Stellen und privaten Wirtschaftsbeteiligten zu gleichen Bedingungen („*pari passu*“) durchgeführt würde, oder wenn sie den Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen (oder andere vergleichbare Transaktionen) in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren betrifft.

612. Der Marktinvestortest ist nicht auf Maßnahmen anwendbar, die sich an die Rolle des Staates als Träger öffentlicher Gewalt (= Hoheitsträger) knüpfen.⁹² Denn den Wirtschaftsbeteiligten ist ein hoheitliches Handeln von vornherein nicht möglich. Wenn der Staat hoheitlich tätig wird und beispielsweise nichtmarktwirtschaftliche Produktionsbedingungen schafft oder auf die Regulierung marktbeherrschender Unternehmen verzichtet, dann fehlt es somit auch an einer Transaktion, die von öffentlichen Stellen und privaten Wirtschaftsbeteiligten zu gleichen Bedingungen durchgeführt werden könnte. Allerdings kann ein hoheitliches staatliches Handeln zumindest daraufhin überprüft werden, ob ein im EU-Recht anerkanntes und insoweit legitimes Ziel verfolgt wird und ob der Staat die Markteingriffe, um dieses Ziel zu erreichen, auf geeignete und erforderliche Maßnahmen beschränkt (Verhältnismäßigkeitsprüfung). Ein solches legitimes Ziel kann auch ein industriepolitisches Ziel sein, allerdings nur dann, wenn damit keine wettbewerbsverzerrenden Markteingriffe verbunden sind (siehe erneut Art. 173 AEUV).⁹³

613. Im vorliegenden Zusammenhang können bei der Anwendung des Marktinvestortests (für die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr) bzw. bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung (bei hoheitlichen Eingriffen in den Wirtschaftsverkehr) mehrere Gruppen von staatlichen Maßnahmen unterschieden werden:

- Ausübung eines bestimmenden oder zumindest wettbewerblich erheblichen Einflusses auf spezifische Unternehmen („Verpflichtungen“), der sich auf deren Verhalten im EU-Binnenmarkt auswirken kann;⁹⁴
- Gewährung wirtschaftlicher Vergünstigungen für spezifische Unternehmen, die sich auf deren wirtschaftliche Möglichkeiten im EU-Binnenmarkt auswirken können;⁹⁵

⁹⁰ Vgl. EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung, Tz. 77.

⁹¹ EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung, Tz. 76, 83 ff.

⁹² EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung, Tz. 77.

⁹³ Siehe hierzu zuvor Tz. 604.

⁹⁴ Vgl. EU-Kommission, Konsolidierte Zuständigkeitsmitteilung, Tz. 16 ff.

⁹⁵ Siehe EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung, Tz. 66 ff.

- Verzicht auf die Regulierung marktbeherrschender (oder zumindest marktmächtiger) Unternehmen und Schaffung bzw. Aufrechterhaltung (sonstiger) nicht marktwirtschaftlicher Produktionsbedingungen.

614. In Bezug auf die genannten Fallgruppen lässt sich aus den in Tz. 611–612 genannten Kriterien ableiten, unter welchen Bedingungen sie sich im EU-Binnenmarkt wettbewerbsverfälschend auswirken.⁹⁶ Speziell die Maßnahmen der Fallgruppe c) wirken sich zwar vorrangig auf dem betroffenen drittstaatlichen Markt aus. Hier kann der Test allerdings indizieren, ob den Unternehmen Produktionskostenvorteile verschafft werden, die ihnen in einem marktwirtschaftlichen System nicht zufließen würden. Zudem können Unternehmen, die in ihrem Heimatmarkt über eine nicht-regulierte marktmächtige Stellung verfügen und insoweit unreguliert sind, überdurchschnittliche Erträge erwirtschaften.⁹⁷ Derartige Verzerrungen können zu Vorteilen für Unternehmen aus Drittstaaten im internationalen Wettbewerb und somit auch zu Wettbewerbsverzerrungen in der EU führen, da europäische Unternehmen aufgrund beihilfe- sowie kartellrechtlicher Regelungen nicht von einer ähnlichen staatlichen Unterstützung profitieren können.

2.3 Außenwirtschaftsrecht

615. Dem Kriterium der Offenheit kommt nicht nur im Innenverhältnis der EU-Mitgliedstaaten, sondern auch im Außenverhältnis zu Drittstaaten Bedeutung zu (Art. 3 Abs. 5 EUV, 206 f. AEUV). Diese Außendimension wird kanalisiert durch die „Gemeinsame Handelspolitik“ der Union (Fünfter Teil, Titel II des AEUV). Die EU trägt hiermit „im gemeinsamen Interesse zur harmonischen Entwicklung des Welthandels, zur schrittweisen Beseitigung der Beschränkungen im internationalen Handelsverkehr und bei den ausländischen Direktinvestitionen sowie zum Abbau der Zollschränken und anderer Schranken bei“ (Art. 206 AEUV). Im vorliegenden Kontext ist die Außendimension deshalb wichtig, weil China ein Drittstaat ist und somit weder den Verpflichtungen aus den EU-Verträgen unterliegt noch sonst Gegenstand der dort vereinbarten Regelungen ist.

616. Anders als innerhalb des Binnenmarktes erfolgt die Öffnung nach außen schrittweise und stets als Ergebnis einer politischen Abwägungsentscheidung. Die Entscheidung kann dabei auf Grundlage einer Abwägung von ökonomisch zu ermittelnden Wohlfahrtsgewinnen gegenüber asymmetrischen Nachteilen für die Union erfolgen.⁹⁸ Gegenüber einer Wohlfahrtsbeurteilung ist allerdings dem Zusammenhalt des Binnenmarktes ein grundsätzlicher Vorrang einzuräumen. Hierin kommt der integrative Charakter des Binnenmarktes zum Ausdruck.

617. Diese nach außen gerichtete Zielsetzung der gemeinsamen Handelspolitik wird durch das Außenwirtschaftsrecht kanalisiert, das den rechtlich vermittelten, gegenseitigen Marktzugang (Handelsverträge) sowie Regelungen zum Schutz des Binnenmarktes umfasst. Es ergänzt die nach innen gerichteten Instrumente zum Schutz des EU-Binnenmarktes und zur Schaffung einer EU-Zollunion (Art. 28 AEUV). Es harmonisiert die wirtschaftlichen Außenbeziehungen der Mitgliedstaaten und stellt Bedingungen für den Markteintritt auswärtiger Wirtschaftsteilnehmer in den EU-Binnenmarkt auf (Art. 26, 28–33, 206 AEUV). Dabei erweitert es unter anderem den Schutz der marktwirtschaftlichen Ordnung über die Binnenmarktregeln, indem es der EU Instrumente zur Bekämpfung nicht-marktwirtschaftlicher Verhaltensweisen an die Hand gibt. Immer ist das Außenwirtschaftsrecht dabei auch den

⁹⁶ Dabei kann eine Eignung zur Wettbewerbsverfälschung ungeachtet der konkreten Auswirkungen genügen; vgl. EU-Kommission, Bekanntmachung – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 24 (zu Art. 101 Abs. 1 AEUV); EuGH, Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 44; Urteil vom 6. September 2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 136 ff.; EU-Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, Tz. 19 (zu Art. 102 AEUV).

⁹⁷ Niederlande, Non-paper – Strengthening the level playing field on the internal market, 9. Dezember 2019, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field>, Abruf am 16. Juni 2020.

⁹⁸ Müller-Graff, P.-C. in: ders., Enzyklopädie Europarecht, Bd. 4, Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2015, § 1 Rz. 47.

Zielsetzungen der sonstigen EU-Außenpolitik gemäß Art. 21 Abs. 2 EUV verpflichtet (konkretisiert durch Art. 206 AEUV).⁹⁹

618. Der EU kommt für den Bereich der gemeinsamen Handelspolitik– bis auf Einzelbereiche wie Portfolioinvestitionen – freilich eine ausschließliche Zuständigkeit zu (Art. 3 Abs. 1 lit. e, 207 AEUV).¹⁰⁰ Dies bedeutet praktisch, dass Deutschland seinen Einfluss regelmäßig nur innerhalb der EU-Institutionen ausüben kann. Anders als im Bereich der Wettbewerbspolitik behalten die Mitgliedstaaten auch keine Residualkompetenz für nicht binnenmarkt-bezogene Regelungen. Die nachfolgenden Ausführungen zum Außenwirtschaftsrecht orientieren sich an der inneren Systematik der Gemeinsamen Handelspolitik. Hierbei ist zwischen der vertraglichen sowie der autonomen Handelspolitik (2.3.1 und 2.3.2) zu unterscheiden.

2.3.1 Vertragliche Handelspolitik

619. Die vertragliche Handelspolitik umfasst die völkerrechtlichen Verträge, welche die EU mit Drittstaaten schließt (WTO, Freihandels- und Investitionsschutzabkommen etc.). Forderungen nach Reziprozität wie beispielsweise durch einen gleichberechtigten Zugang zu öffentlichen Aufträgen kann nur im Wege der vertraglichen Handelspolitik nachgekommen werden. Aufgrund ihrer Rolle als Koordinationsinstanz in einem multilateralen Ordnungsrahmen für die Weltwirtschaft ist hierbei die 1994 gegründete WTO der erste Anknüpfungspunkt. Regelungen, auf die sich im Rahmen der WTO verständigt werden kann, gelten für jedes der derzeit 164 Mitglieder. Darüber hinaus besteht mit dem Streitbeilegungsmechanismus der WTO (*Dispute Settlement Body*; DSB) ein Instrument zur Durchsetzung der gegenseitigen Verpflichtungen.

620. Die aktive Rolle des Staates innerhalb des chinesischen Wirtschaftssystems war bereits im Zuge des Beitritts Chinas zur WTO ein wichtiges Thema.¹⁰¹ Aufgrund der besonderen systemischen Bedingungen hat sich China bei seinem Beitritt zu einer ganzen Reihe von unterschiedlichen individuellen Zugeständnissen gegenüber den übrigen WTO-Mitgliedern verpflichtet, die sowohl innerhalb des Berichts der Arbeitsgruppe als auch und insbesondere innerhalb des Beitrittsprotokolls festgeschrieben sind.¹⁰² Die Zugeständnisse sind nach Rechtsprechung des DSB verbindlicher Bestandteil des WTO-Rechts, ohne dass sich China zugleich auf allgemeine Ausnahmebestimmungen berufen kann, die außerhalb der Beitrittsakte stehen.¹⁰³

621. Das WTO-Recht enthält keine umfassenden Wettbewerbsregeln. Bislang ist der Ansatz der WTO darauf gerichtet, durch gegenseitige Zugeständnisse beim Marktzugang gleiche Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen. Der Maßstab hierfür ergibt sich aus dem WTO-Konsens, der insofern einen Minimalstandard darstellt. Wenn die WTO-Mitglieder hierüber hinausgehen, geschieht dies auf Basis gegenseitiger Zugeständnisse (WTO-Plus). Die Zugeständnisse, die den WTO-Konsens ausmachen, werden seit den ersten Verhandlungsrunden zum sogenannten Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (*General Agreement on Tariffs and Trade*; GATT) von 1947 in sogenannte tarifäre und nichttarifäre Handelshemmnisse unterteilt und entsprechend ausgehandelt. Während ursprünglich der Schwerpunkt auf dem Abbau von tarifären Handelsbeschränkungen gelegen hatte, ist nach einer Reihe von Zollrunden der handelsbeschränkende Effekt von nichttarifären Handelshemmnissen in den Vorder-

⁹⁹ EuGH, Gutachten vom 16. Mai 2017, Gutachten 2/15 – Accord de libre-échange avec Singapour, ECLI:EU:C:2017:376, Rz. 142.

¹⁰⁰ EuGH, Gutachten vom 16. Mai 2017, Gutachten 2/15 – Accord de libre-échange avec Singapour, ECLI:EU:C:2017:376, Leitsätze. Daneben fällt z. B. der Bereich der Kriegswaffen in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV).

¹⁰¹ WTO Working Party on the Accession of China, Report of the Working Party on the Accession of China, 1. Oktober 2001, WT/ACC/CHN/49 (im Folgenden: WPRC).

¹⁰² WTO, Accession of the People's Republic of China – Decision of 10 November 2001, 23. November 2001, WT/L/432 (im Folgenden: CBP); Art. 1 Abs. 2 i. V. m. Rz. 342 des WPRC.

¹⁰³ WTO, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, Panel Report vom 5. Juli 2011, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R sowie Appellate Body Report vom 30. Januar 2012, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R; China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum, Panel Report vom 26. März 2014, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R sowie Appellate Body Report vom 7. August 2014, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R.

grund gerückt. Hierbei verharret die WTO bislang auf dem Konsens von 1994. Dieser umfasst neben dem GATT eine Reihe von Abkommen für spezifische Einzelbereiche wie beispielsweise das Antidumping-Übereinkommen (*Agreement on the Implementation of Art. VI GATT*; ADA), das Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*; ASCM) oder das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*; TRIPS). Wettbewerbsregeln im Sinne der Art. 101 ff. AEUV finden sich dabei nicht.

622. Die Europäische Union hat 2018 in einem Konzeptpapier umfassende Vorschläge zur Reform der WTO veröffentlicht, die auch die Bereiche gegenseitiger Marktzugang für Investitionen und Dienstleistungen, SOEs, Technologietransfers sowie Industriesubventionen umfassen.¹⁰⁴ Allerdings entwickelt sich der Reformprozess bereits seit Jahrzehnten nicht wesentlich weiter. Seit dem 11. Dezember 2019 ist zudem aufgrund einer Blockade der USA bei der Nachbesetzung von Richtern die Berufungsinstanz des Streitbeilegungsgremiums nicht mehr funktionsfähig.¹⁰⁵ Obwohl also die WTO der beste Anknüpfungspunkt für die (Wieder-)Herstellung eines wettbewerblichen *level playing field* wäre¹⁰⁶, ist die Wahrscheinlichkeit für eine Reform derzeit eher gering.

623. Als Folge des Stillstands auf WTO-Ebene ist die EU in den letzten Jahren sehr aktiv bei der Aushandlung von Freihandelsabkommen einer „neuen Generation“¹⁰⁷. Durch die neuen vertieften Freihandelsabkommen wird eine umfassendere Marktintegration und regulatorische Kooperation ermöglicht. Entsprechend dem Aussagegehalt des Art. 206 AEUV¹⁰⁸ versucht die EU dabei bereits, Bestimmungen zum Umgang mit SOEs und eigene wettbewerbsrechtliche Standards wie Kartell- und Missbrauchsverbote sowie insbesondere Regeln entsprechend dem EU-Beihilferecht zu „exportieren“.¹⁰⁹

2.3.2 Autonome Handelspolitik – Handelspolitische Schutzinstrumente

624. Die autonome Handelspolitik umfasst diejenigen Politiken im Sinne des WTO-Rechts, welche ein Mitglied wie die EU selbstständig durchführen kann. Die EU regelt in diesem Rahmen die Ein- und Ausfuhr von Waren sowie Dienstleistungen und Kapital. Bei der Ausgestaltung ihrer autonomen Handelspolitik muss die EU ihre völkerrechtlichen Pflichten beachten, die sich insbesondere aus den Vereinbarungen im Rahmen der WTO ergeben. Die Verpflichtungen folgen dabei zum einen aus dem Völkerrecht selbst (Art. 26 Wiener Vertragsrechtskonvention, *pacta*

¹⁰⁴ EU, WTO modernisation – Future EU proposal on rulemaking, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf, Abruf am 30. Juni 2020.

¹⁰⁵ Martin, World Trade Organization in trouble: What you need to know, 11 December 2019; <https://www.dw.com/en/world-trade-organization-in-trouble-what-you-need-to-know/a-51592575>, Abruf am 30. Juni 2020.

¹⁰⁶ So auch z. B. EU-Kommission und Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat – EU-China Strategische Perspektiven, JOIN (2019) 5 final, 12. März 2019, S. 7 (EU-Strategiepapier); Business Europe, The EU and China – Addressing the Systemic Challenge, January 2020, Abschnitt 3.1; Niederlande, Non-paper – Strengthening the level playing field on the internal market, 9. Dezember 2019, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field>, Abruf am 16. Juni 2020; BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, Abschnitt 2.4.

¹⁰⁷ Sie zeichnen sich in inhaltlicher Weise dadurch aus, dass sie „neben den klassischen Elementen solcher Abkommen wie den Abbau tarifärer und nichttarifärer Hemmnisse für den Handel mit Waren und Dienstleistungen weitere für diesen Handel bedeutsame oder unabdingbare Aspekte umfassen [...]“, vgl. EuGH, Gutachten vom 16. Mai 2017, Gutachten 2/15 – Accord de libre-échange avec Singapour, Rz. 140.

¹⁰⁸ Art. 206 AEUV: „Durch die Schaffung einer Zollunion nach den Artikeln 28 bis 32 trägt die Union im gemeinsamen Interesse zur harmonischen Entwicklung des Welthandels, zur schrittweisen Beseitigung der Beschränkungen im internationalen Handelsverkehr und bei den ausländischen Direktinvestitionen sowie zum Abbau der Zollschränken und anderer Schranken bei“.

¹⁰⁹ Vgl. z. B. Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur, ST/7972/2018/ADD/5, ABl. L 294 vom 14. November 2019, Kapitel 11 (Competition and Related Matters) oder EU-Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des Freihandelsabkommens zwischen der Europäischen Union und der Sozialistischen Republik Vietnam, COM/2018/691 final, Kapitel 10 und 11.

sunt servanda sowie Völkergewohnheitsrecht¹¹⁰), zum anderen aber auch aus Art. 216 Abs. 2 AEUV, der unionsrechtlich feststellt, dass „die von der Union geschlossenen Übereinkünfte [...] die Organe der Union und die Mitgliedstaaten [binden]“.

625. Als spezifische Instrumente der autonomen Handelspolitik im Umgang mit dem chinesischen Staatskapitalismus stehen die sogenannten Handelsschutzmaßnahmen (*Trade Defence Instruments*) im Fokus. Diese stellen in der Regel einseitige Markt Zugangsregelungen der EU dar, die unmittelbar dem Schutz bestimmter Unionsindustrien dienen und daneben zur Schlichtung verteilungspolitischer Konflikte ergriffen werden.¹¹¹ Sie erlauben – jeweils unter besonderen Voraussetzungen – eine befristete Erhebung zusätzlicher Zölle auf eingeführte Waren und knüpfen damit ebenso an die Einfuhr in den Binnenmarkt an wie Einfuhrzölle, mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen oder Einfuhrverbote.¹¹² Eine Ausnahme bildet das sogenannte „handelspolitische Instrument zur Stärkung der gemeinsamen Handelspolitik“, das ein formelles Beschwerderecht gegen Handelsbeschränkungen auf Drittmarkten vorsieht.¹¹³

626. Der Gesamtbereich der handelspolitischen Schutzinstrumente untergliedert sich in vier Kategorien:

- Schutz der Unionsindustrie vor Schäden durch gedumpte Waren mittels Antidumpingmaßnahmen;
- Schutz der Unionsindustrie vor Schäden durch subventionierte Waren mittels Antisubventionsmaßnahmen;
- Schutz der Unionsindustrie vor Schäden durch plötzlich und in hoher Zahl eingeführte Waren mittels allgemeiner Schutzmaßnahmen;
- Schutz der Unionsindustrie vor Schäden durch Handelspraktiken eines Drittstaates, gegen die internationale Handelsregeln das Recht zu einem Vorgehen einräumen, mittels eines handelspolitischen Tätigwerdens der EU („handelspolitisches Instrument zur Stärkung der gemeinsamen Handelspolitik“).

627. Bei den Antidumping- und Antisubventionsmaßnahmen wird regelmäßig von einem Schutz vor „unfairen Handelspraktiken“ gesprochen, da hierdurch ein fairer Wettbewerb zwischen in- und ausländischen Akteuren abgesichert werden soll. Dagegen wird bei allgemeinen Schutzmaßnahmen, die den Auswirkungen einer hohen Einfuhrquote begegnen sollen, von einer Anknüpfung an „faire Handelspraktiken“ gesprochen.¹¹⁴ Da allgemeine Schutzmaßnahmen allein der Abmilderung von Handelsverschiebungen zuungunsten der EU dienen und dadurch bereits der Grundidee eines freien Warenverkehrs widersprechen, werden diese an strengere Vorgaben gebunden und begründen unter Umständen auch eine Ausgleichspflicht der Importländer.¹¹⁵ Grundsätzlich ist festzustellen, dass für die Einordnung von Handelspraktiken als „fair“ und „unfair“ keine konkreten rechtlichen oder ökonomischen Kriterien vorliegen. Das „handelspolitische Instrument zur Stärkung der gemeinsamen Handelspolitik“ knüpft demgegenüber zumindest normativ an die im Wege der vertraglichen Handelspolitik vereinbarten Zugeständnisse an und ermöglicht den Unionsunternehmen die Geltendmachung eines Verstoßes durch einen Drittstaat gegenüber der EU, um diese gegebenenfalls zu einem handelspolitischen Tätigwerden zu veranlassen. Dieses

¹¹⁰ Zur Bindung der EU an Völkergewohnheitsrecht, vgl. EuGH, Urteil vom 24. November 1992, C-286/90 – Anlagemyndigheden/Peter Michael Poulsen und Diva Navigation Corp, Slg. 1992, I-6019, ECLI:EU:C:1992:453, Rz. 9; Urteil vom 16. Juni 1998, C-162/96 – Racke/Hauptzollamt Mainz, Slg. 1998, I-3655, ECLI:EU:C:1998:293, Rz. 45 f.

¹¹¹ Nettesheim, M., in: Grabitz/von Bogdandy/ders., Europäisches Außenwirtschaftsrecht, München 1994, S. 187-340, 187; ders., Ziele des Antidumping- und Antisubventionsrechts, München 1994, S. 35.

¹¹² Herrmann, C./Michl, W., Grundzüge des europäischen Außenwirtschaftsrechts, ZEuS 2008, 81 (128).

¹¹³ Nettesheim, M., in: Grabitz, E./von Bogdandy, A./ders., Europäisches Außenwirtschaftsrecht, München 1994, S. 187-340, 189.

¹¹⁴ Nettesheim, M., Ziele des Antidumping- und Antisubventionsrechts, München 1994, S. 30 ff.; Hoffmeister in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Erwägungsgründe Rz. 1.

¹¹⁵ Hoffmeister in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Erwägungsgründe Rz. 2.

Tätigwerden kann in der Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens oder auch in der Rücknahme von gegenüber dem betreffenden Land gewährten Zugeständnissen bestehen.

628. Rechtliche Grundlage für die Handelsschutzinstrumente der EU sind die Antidumpingverordnung¹¹⁶, die Antisubventionsverordnung¹¹⁷, die Verordnungen über gemeinsame Einfuhrregelungen¹¹⁸ sowie die Handelshemmnisverordnung¹¹⁹. Hierin sind die wesentlichen Voraussetzungen für den Erlass handelspolitischer Schutzmaßnahmen sowie das Verfahren geregelt. Innerhalb der EU ist für die Handhabung der handelspolitischen Schutzinstrumente nunmehr ausschließlich die Europäische Kommission zuständig, während der Rat bei Einzelentscheidungen keine Rolle spielt.¹²⁰ Den Mitgliedstaaten kommt stattdessen auf Basis der sogenannten Komitologie-Verordnung¹²¹ eine Kontrollfunktion zu, die in der Form eines Ausschussverfahrens ausgeübt wird (Art. 15 AD-GVO, Art. 25 AS-GVO sowie Art. 7 HandelshemmnisVO).¹²²

629. Nach völkerrechtlichen Regeln und gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV sind die Unionsorgane an die völkerrechtlichen Verträge der EU gebunden und müssen diese bei all ihren Handlungen beachten und durchführen. Unionsrechtlich nehmen die Verträge einen Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht ein und gelten unmittelbar, d. h. sie bedürfen keines Transformationsakts.¹²³ Diese unmittelbare Geltung ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der Gewährung unmittelbarer Rechte und Pflichten (unmittelbare Wirkung). Der Europäische Gerichtshof hat diesbezüglich in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass dem WTO-Recht eine solche unmittelbare Wirkung gerade nicht zukommt.¹²⁴ Eine Berufung auf die WTO-Rechtswidrigkeit einer Norm des EU-Sekundärrechts soll nur aus-

¹¹⁶ Verordnung (EU) 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. L 176 vom 30. Juni 2016, S. 21 in der durch Verordnung (EU) 2017/2321 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017, ABl. L 338 vom 19. Juli 2017, 1 sowie Verordnung (EU) 2018/825 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018, ABl. 2018 L 143 vom 7. Juni 2018, S. 1 geänderten Fassung (AD-GVO).

¹¹⁷ Verordnung (EU) 2016/1037 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. L 176 vom 30. Juni 2016, S. 55 in der durch Verordnung (EU) 2017/2321 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017, ABl. L 338 vom 19. Dezember 2017, S. 1 sowie Verordnung (EU) 2018/825 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018, ABl. L 143 vom 7. Juni 2018, S. 1 geänderten Fassung (AS-GVO).

¹¹⁸ Verordnung (EU) 2015/478 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2015 über eine gemeinsame Einfuhrregelung, ABl. 2015 L 83/16 sowie Verordnung (EU) 2015/755 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2015 über eine gemeinsame Regelung der Einfuhren aus bestimmten Drittländern, ABl. L 123 vom 19. Mai 2015, S. 33.

¹¹⁹ Verordnung (EU) 2015/1843 des Europäischen Parlament und des Rates vom 6. Oktober 2015 zur Festlegung der Verfahren der Union im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik zur Ausübung der Rechte der Union nach internationalen Handelsregeln, insbesondere den im Rahmen der Welthandelsorganisation vereinbarten Regeln, ABl. L 272 vom 16. Oktober 2015, S. 1 (HandelshemmnisVO).

¹²⁰ Hoffmeister in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, 12. Lfg. (Oktober 2018), Erwägungsgründe Rz. 41 u. 43.

¹²¹ Verordnung (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die EU-Kommission kontrollieren, ABl. L 55 vom 28. Februar 2011, S. 13 (KomitologieVO).

¹²² Konkret steht dabei zum einen ein Beratungsverfahren (Art. 4 KomitologieVO, Art. 15 Abs. 2 AD-GVO, Art. 25 Abs. 2 AS-GVO sowie Art. 7 Abs. 2 HandelshemmnisVO) und zum anderen ein Prüfverfahren (Art. 5 KomitologieVO, Art. 15 Abs. 3 AD-GVO, Art. 25 Abs. 3 AS-GVO sowie Art. 7 Abs. 3 HandelshemmnisVO) zur Verfügung. Im Bereich des Antidumping- und Antisubventionsrechts besteht zudem ein gesondertes Verfahren für sofort anwendbare Durchführungsakte (Art. 8 KomitologieVO, Art. 15 Abs. 4 AD-GVO sowie Art. 25 Abs. 4 AS-GVO). Das Beratungsverfahren ist dabei bspw. für die Annahme von Verpflichtungen (Art. 8 Abs. 1 AD-GVO sowie Art. 13 Abs. 1 AS-GVO), das Prüfverfahren z.B. für die Einführung endgültiger Zölle (Art. 9 Abs. 4 AD-GVO sowie Art. 15 Abs. 1 AS-GVO) oder die Einstellung eines Verfahrens nach der HandelshemmnisVO (Art. 12 Abs. 1 HandelshemmnisVO) anzuwenden.

¹²³ Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, AEUV/EUV/GrCh, 5. Aufl., München 2016, Art. 216 AEUV, Rz. 28.

¹²⁴ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 1994, C-280/93 - Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-4973, ECLI:EU:C:1994:367; Urteil vom 23. November 1999, C-149/96 - Portugal/Rat, Slg. 1999, I-8395, ECLI:EU:C:1999:574; Urteil vom 1. März 2005, C-377/02 - Van Parys, Slg. 2005, I-1465, ECLI:EU:C:2005:121.

nahmsweise in denjenigen Fällen zulässig sein, in denen eine ausdrückliche Umsetzung erfolgt.¹²⁵ Darüber hinaus sollen die Mitgliedstaaten sowie die Unionsorgane das WTO-Recht soweit wie möglich „berücksichtigen“.¹²⁶ Das WTO-Recht enthält eine Reihe von Vorgaben für jedes der genannten Schutzinstrumente.¹²⁷ Die EU setzt das WTO-Recht in weiten Teilen nahezu wortwörtlich um. Gleichzeitig ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung den Unionsorganen im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik aufgrund der „Komplexität der von ihnen zu prüfenden wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Sachverhalte“, insbesondere im Bereich der Handelsschutzinstrumente, ein weites Ermessen zubilligt.¹²⁸

2.4 Verhältnis von Außenhandels- und Wettbewerbsregeln zueinander

630. Die wettbewerbsrelevanten Merkmale des chinesischen Staatskapitalismus erfordern eine Verknüpfung des Schutzes des EU-Binnenmarktes durch die Wettbewerbsregeln (Innendimension) sowie der europäischen Handelspolitik (Außendimension). Die zentrale Anforderung für konkrete Reformen ist es dabei, in einem ersten Schritt die zur Verfügung stehenden Instrumente zu identifizieren. In einem zweiten Schritt sind dann deren jeweilige Tauglichkeit für den Umgang mit den Herausforderungen staatskapitalistischer Systeme sowie mögliche Reformen vor dem Hintergrund einer volkswirtschaftlichen Gesamtbetrachtung zu überprüfen. Zum Zweck der hier vorgelegten Stellungnahme sollen also die Instrumente des Wettbewerbs- sowie des Außenwirtschaftsrechts entlang ihrer Überschneidungsbereiche betrachtet werden

631. In Bezug auf die Wettbewerbsregeln wurde zuvor herausgearbeitet, dass sich aus dem in der Beihilfekontrolle angewendeten Marktinvestortest Kriterien dafür ableiten lassen, unter welchen Bedingungen sich Maßnahmen des chinesischen Staates im EU-Binnenmarkt wettbewerbsverfälschend auswirken. Eine hiervon unabhängig zu beantwortende Frage ist, ob (staatliche oder private) Unternehmen, die sich bei ihrer Tätigkeit aufgrund solcher Maßnahmen des chinesischen Staates nicht marktkonform verhalten, einer erhöhten Verantwortung nach Art. 101 und Art. 102 AEUV unterliegen oder dieser – ohne Änderung der EU-Verträge – unterworfen werden können. Dasselbe gilt in Bezug auf die EU-Mitgliedstaaten oder sogar den chinesischen Staat selbst im Rahmen von Art. 106 Abs. 1 AEUV und im Rahmen der Beihilfekontrolle nach Art. 107 ff. AEUV. Auch im Rahmen der Fusionskontrolle stellt sich die Frage, ob strengere Maßstäbe anwendbar sein können, sofern ein Zusammenschluss durch den chinesischen Staat beeinflusst wird. Umgekehrt lässt sich allerdings jeweils auch fragen, ob Abwehrmaßnahmen heimischer Marktteilnehmer oder der EU-Mitgliedstaaten einer günstigeren Beurteilung unterworfen werden müssen oder können, wenn dadurch auf den chinesischen Staatseinfluss reagiert wird. Im geltenden Recht gibt es hierfür bei einer isolierten Betrachtung der Wettbewerbsregeln nur beschränkte Spielräume.

632. Das Außenwirtschaftsrecht ergänzt die Wettbewerbsregeln, die im EU-Binnenmarkt ein marktwirtschaftskonformes Verhalten der Unternehmen und der Mitgliedstaaten gewährleisten und die wettbewerbliche Marktstruk-

¹²⁵ EuGH, Urteil vom 22. Juni 1989, 70/87 – Fediol/Rat, Slg. 1989, 1781, ECLI:EU:C:1989:254, Rz. 22; Urteil vom 7. Mai 1991, C-69/89 – Nakajima All Precision/Rat, Slg. 1991, I-2069, ECLI:EU:C:1991:186, Rz. 31; Urteil vom 5. Oktober 1994, C-280/93 – Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-4973, ECLI:EU:C:1994:367, Rz. 111.

¹²⁶ EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2000, C-300/98 – Dior u.a., Slg. 2000, I-11307, ECLI:EU:C:2000:688, Rz. 47; Urteil vom 16. November 2004, C-245/02 – Anheuser-Busch, Slg. 2004, I-10989, ECLI:EU:C:2004:717, Rz. 55.

¹²⁷ Es handelt sich dabei um Art. VI, XVI und XIX des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) sowie das Abkommen zur Durchführung des Artikels VI GATT (Antidumping Agreement), das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures) und das Übereinkommen über Schutzmaßnahmen (Agreement on Safeguards). Für das Tätigwerden auf Grundlage der Handelshemmniss-VO bilden die diesbezüglichen Streitbeilegungsverfahrenregeln des Art. XXIII GATT, der einzelnen Übereinkommen, insbesondere aber die Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (Dispute Settlement Understanding) den maßgeblichen Rahmen. Alle Regeln sind abrufbar unter https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/final_e.htm, Abruf am 30. Juni 2020.

¹²⁸ EuGH, Urteil vom 4. Oktober 1983, 191/82 – Fediol/Kommission, Slg. 1983, 2913, ECLI:EU:C:1983:259, Rz. 26; Urteil vom 7. Mai 1987, 255/84 – Nachi Fujikoshi/Rat, Slg. 1987, 1861, ECLI:EU:C:1987:203, Rz. 21; Urteil vom 27. September 2007, C-351/04 – Ikea Wholesale, Slg. 2007, I-7723, ECLI:EU:C:2007:547, Rz. 40; Urteil vom 5. April 2017, C-376/15 P und C-377/15 P – Changshu City Standard Parts Factory und Ningbo Jinding Fastener/Rat, ECLI:EU:C:2017:269, Rz. 47.

tur schützen.¹²⁹ Die Antidumpingregeln knüpfen nämlich ebenso wie das Kartell- und das Missbrauchsverbot (Art. 101 f. AEUV) an das Marktverhalten von Unternehmen an. Die Antisubventionsregeln knüpfen dagegen ebenso wie die Beihilferegeln (Art. 107 f. AEUV) an staatliche Maßnahmen zur Finanzierung von Unternehmen an. Dabei betreffen die Antisubventionsregeln das Verhalten von Drittstaaten, während die Beihilfavorschriften sich auf Finanzierungsmaßnahmen von EU-Mitgliedstaaten beziehen. Die Fusions- und die Investitionskontrolle schützen schließlich die Marktstruktur, wenngleich mit unterschiedlicher Zielrichtung. Die Fusionskontrolle untersagt Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im EU-Binnenmarkt erheblich behindert wird, insbesondere durch das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Investitionskontrolle gestattet dagegen die Beschränkung ausländischer Investitionen – auch im Rahmen von Übernahmeprozessen –, wenn diese die öffentliche Sicherheit und Ordnung beeinträchtigen können. In Fällen, in denen Unternehmen in der EU betroffen sind, die z. B. kritische Infrastrukturen oder Ressourcen betreiben, können beide Kontrollregimes gleichermaßen eingreifen.

633. Die derzeit laufende Reformdiskussion zielt einerseits darauf ab, die Spielräume im Rahmen der angesprochenen bestehenden Instrumente besser auszuschöpfen. Andererseits wird aber auch deren Ergänzung durch neuartige weitere Instrumente diskutiert. Diese Fragen sollen nachfolgend vertieft untersucht werden (Abschn. 3 und 4).

3 Weiterentwicklung bestehender Instrumente

634. Die Herausforderungen, die sich aus dem staatskapitalistischen System Chinas für die europäische Wirtschaft ergeben, haben eine wirtschaftspolitische Reformdebatte ausgelöst. Dabei werden neben industriepolitischen Vorschlägen auch Änderungen des europäischen Wirtschaftsrechts diskutiert. Für derartige Reformen kann einerseits an Markteingriffe durch ein drittstaatlich beeinflusstes, nicht marktwirtschaftliches Unternehmensverhalten angeknüpft werden (Abschn. 3.1). Andererseits können die betreffenden Regeln aber auch unmittelbar an nicht marktwirtschaftliche drittstaatliche Maßnahmen (Abschn. 3.2) oder an Eingriffe in die Marktstruktur (Abschn. 3.3) anknüpfen

3.1 Instrumente zum Wettbewerbsschutz bei staatlich beeinflusstem Unternehmensverhalten

635. Sofern Markteingriffe im Wege eines drittstaatlich beeinflussten und infolgedessen nicht rein marktwirtschaftlich erklärbaren Unternehmensverhaltens erfolgen, kann ihnen vor allem handelspolitisch mit Antidumpingmaßnahmen begegnet werden, wenngleich diese von einem Preisvergleich ausgehen und daher nicht auf einen spezifischen staatlichen Eingriff abstellen (Abschn. 3.1.1). Indessen bleiben nur relativ geringe Spielräume, dem drittstaatlichen Einfluss auf das Unternehmensverhalten im Rahmen der Wettbewerbsregeln zum Schutz des EU-Binnenmarktes Rechnung zu tragen. Denn eine drittstaatliche Einflussnahme auf die Wirtschaft lässt sich – als solche – im Rahmen der Wettbewerbsregeln letztlich nicht berücksichtigen (Abschn. 3.1.2).

3.1.1 Antidumpingmaßnahmen

636. Antidumpingmaßnahmen richten sich gegen Preispraktiken eines Exporteurs aus einem bestimmten Herkunftsland, die als unfair angesehen werden.¹³⁰ Im Zentrum steht dabei ein Verhalten, bei dem gleichartige Waren auf verschiedenen nationalen Märkten zu unterschiedlichen Preisen verkauft werden.¹³¹

637. Die Idee des Antidumpingrechts ist historisch gewachsen und hängt ursprünglich mit der allgemeinen Furcht vor den negativen wirtschaftlichen Auswirkungen von Preisdifferenzierungen, insbesondere Kampfpreisen zusam-

¹²⁹ Siehe schon oben Tz. 596 f. und Tz. 617.

¹³⁰ Hoffmeister in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Erwägungsgründe Rz. 5.

¹³¹ Viner, J., *Dumping: A Problem in International Trade*, Chicago 1923, S. 8.

men, wie dies beispielsweise auch aus dem Kartellrecht bekannt ist.¹³² Ausgehend von der Entwicklung der Massenproduktion sowie einer systematischen Erfassung von Preisdifferenzierungen und dadurch ausgelösten Handelskonflikten, haben sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts unterschiedliche nationale Antidumpinggesetze herausgebildet.¹³³ Im Zuge der Bemühungen um einen multilateralen Ordnungsrahmen für die Weltwirtschaft wurde mit Art. VI des GATT 1947 erstmals eine internationale Regelung zu Antidumpingmaßnahmen aufgenommen.¹³⁴ Diese zielt auf eine Harmonisierung der einzelstaatlichen Antidumpinggesetzgebung. Eine Positionierung zum Dumping selbst findet im Antidumpingrecht der WTO demgegenüber nicht eindeutig statt. Zwar wird in Art. VI:1 GATT von einer Verurteilung von Dumping gesprochen, jedoch zielen die Regeln selbst ausschließlich auf die rechtliche Beschränkung der Antidumpinggesetzgebung der WTO-Mitglieder und der Handhabung dieser Gesetzgebung. Das seit Gründung der WTO für alle Mitglieder geltende, Art. VI GATT ausgestaltende Antidumpingübereinkommen selbst enthält keinerlei Aussagen zur Bewertung oder zum Zweck von Antidumping, sondern konkretisiert die gemeinsamen Voraussetzungen einer Dumpingermittlung und fügt weitere prozessuale Anforderungen hinzu.

638. Ökonomisch betrachtet ist das Erfordernis eines Ausgleichs von Dumping seither umstritten. Viele Verhaltensweisen, die zu Dumping bzw. zu Preisdifferenzierungen führen, sind wettbewerblich unproblematisch. So können Preisdifferenzierungen zwischen unterschiedlichen Ländern schlichtweg Ausdruck unterschiedlicher Nachfrageelastizitäten im Export- und Importland sein. Niedrigpreise können zudem genutzt werden, um neue Märkte zu erschließen, Überkapazitäten abzubauen oder Wettbewerbern Marktanteile streitig zu machen. Ferner ist zu betonen, dass das importierende Land von niedrigen Einfuhrpreisen zunächst profitiert. Ein wirkliches wettbewerbliches Problem liegt aus ökonomischer Sicht vor allem dann vor, wenn die Niedrigpreise Ausdruck einer Verdrängungspreisstrategie sind.¹³⁵ Im Falle eines solchen räuberischen Dumpings setzt ein exportierendes Unternehmen vorübergehend Kampfpreise, um Wettbewerber aus dem Markt zu drängen und erhöht seine Preise nach Erreichen einer Monopol- bzw. marktmächtigen Stellung (*predatory pricing*). Die für das Importland aus den niedrigeren Importpreisen zunächst resultierenden positiven Wohlfahrtstransfers werden so durch die späteren Wohlfahrtsverluste aufgrund der überhöhten Preise überkompensiert. Ein solches räuberisches Dumping ist jedoch eher selten anzutreffen, zumal es nur bei Vorliegen bestimmter Marktstrukturen Aussicht auf Erfolg hat.¹³⁶ Neben dem räuberischen Dumping wird teilweise auch auf die Schädlichkeit eines sogenannten strategischen Dumpings hingewiesen.¹³⁷ In diesem Fall operiert ein dumpendes Unternehmen aus einem geschützten Heimatmarkt heraus in einer Industrie mit Skalenvorteilen. Die in seinem Heimatmarkt abgeschöpften Renten bzw. Profite kann es sodann zur Subventionierung seiner Exporte einsetzen, um hierdurch, zulasten seiner Wettbewerber im Importland, zusätzliche Skalenvorteile zu erzielen, welche sich in geringeren Kosten und damit in zukünftig höheren Profiten niederschlagen. Die Erfolgsaussichten eines solchen strategischen Dumpings sind allerdings ebenfalls an enge Voraussetzungen geknüpft. Insbesondere muss der Heimatmarkt im Verhältnis zu dem restlichen Weltmarkt ausreichend groß sein.

639. Das weltweite Antidumpingrecht hat sich inzwischen weit von seinem kartellrechtlichen Ursprung entfernt. Sein Zweck wird regelmäßig mit dem Begriff des *level playing field* verbunden, wovon das Ziel gleicher Wettbewerbsbedingungen für heimische Unternehmen sowie deren ausländische Konkurrenz steht.¹³⁸ In eine ähnliche Richtung geht die für die amerikanischen Handelsschutzinstrumente entwickelte Vorstellung, dass diese einen

¹³² Zu dieser Überschneidung von Antidumping- und Kartellrecht Müller-Ibold, T., in: Kokott, J./Pohlmann, P./Polley, R., Europäisches, deutsches und internationales Kartellrecht – Festschrift für Dirk Schroeder, Köln 2018, S. 541-575, 543.

¹³³ Viner, J., *Dumping: A Problem in International Trade*, Chicago 1923, S. 35 ff. u. 192 ff.

¹³⁴ Hoffmeister in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Erwägungsgründe Rz. 26.

¹³⁵ Siehe hierzu etwa Willig, Robert D., *Economic Effects of Antidumping Policy*, Brookings Trade Forum: 1998, S. 57–79.

¹³⁶ Zu den Voraussetzungen gehört etwa, dass in dem importierenden Land hohe Markteintrittsbarrieren bestehen und dass das Angebot auf dem Weltmarkt hoch konzentriert ist.

¹³⁷ Willig, Robert D., *Economic Effects of Antidumping Policy*, Brookings Trade Forum: 1998, S. 64 f.

¹³⁸ Nettessheim, M., *Ziele des Antidumping- und Antisubventionsrechts*, München 1994, S. 41; Müller, W./Khan, N./Scharf, T., *EC and WTO Antidumping Law*, 2nd Edition, Oxford 2009, Rz. I.09 ff.

Koppelungsmechanismus (*interface*) zwischen zwei verschiedenen Volkswirtschaften darstellen.¹³⁹ Durch beide Ansätze wird implizit das Fehlen von Reziprozität (*asymmetrical market conditions*) zu einer Ursache für den Einsatz von Handelsschutzmaßnahmen gemacht.¹⁴⁰ Hierdurch entsteht auch ein politischer Rechtfertigungsgrund.

640. Die ökonomische Kritik gegenüber dem Antidumpingrecht erfolgt jedoch noch auf einer weiteren Ebene. Abgesehen von Sinn und Zweck des Instruments wird vielfach dessen Ausgestaltung bemängelt. Kritisiert wird, dass die maßgeblichen Kriterien des Antidumpingverfahrens zu ungenau sind und den Behörden zu viel Spielraum lassen, wodurch in der Praxis die heimische Industrie über das erforderliche Maß hinaus geschützt und der Wettbewerb dadurch übermäßig beeinträchtigt wird.¹⁴¹ Auf den fehlenden Bezug zu Marktstrukturbedingungen und die Gefahr einer missbräuchlichen Ausnutzung zugunsten der heimischen Industrie hatte auch bereits die Monopolkommission in ihrem IX. Hauptgutachten („Wettbewerb und Industriepolitik“) hingewiesen.¹⁴² Die Analyse und Bewertung ist für das derzeitige Antidumpingrecht der EU aufrechtzuerhalten.

3.1.1.1 Zu den Voraussetzungen von Antidumpingmaßnahmen

641. Nach Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/1036 (nachfolgend: AD-GVO) kann ein Antidumpingzoll gegenüber jeder Ware erhoben werden, die als gedumpte anzusehen ist und deren Einführung in den Binnenmarkt eine Schädigung zur Folge hat.¹⁴³ Konkret ist hierfür zunächst gemäß Art. 2 AD-GVO die Feststellung eines Dumpings erforderlich. Darüber hinaus muss sich durch das Dumping in kausaler Weise eine Schädigung eines Wirtschaftszweigs der Union ergeben bzw. drohen oder die Errichtung eines solchen Wirtschaftszweigs erheblich verzögert werden (Art. 3 AD-GVO). Schließlich muss die Erhebung eines Antidumpingzolls auch im sogenannten Unionsinteresse liegen (Art. 21 AD-GVO).

Dumping

642. Wesentliche Voraussetzung von Antidumpingmaßnahmen ist die Feststellung, dass eine eingeführte Ware „Gegenstand eines Dumpings ist“ (Art. 1 Abs. 1 AD-GVO). Gemäß Art. 1 Abs. 2 AD-GVO gilt eine Ware als gedumpte, „wenn ihr Preis bei der Ausfuhr in die Union niedriger ist als der vergleichbare Preis einer zum Verbrauch im Ausfuhrland bestimmten gleichartigen Ware im normalen Handelsverkehr“. Im Zentrum einer Feststellung von Dumping steht damit ein Preisvergleich. Dessen einzelne Parameter sind in Art. 2 AD-GVO festgeschrieben. Gegenstand sind hierbei grundsätzlich zwei Gruppen von Waren, namentlich die sogenannte „betreffende Ware“ und die sogenannte „gleichartige Ware“ (Art. 1 Abs. 4 AD-GVO). Einmal ist die innerhalb des Antidumpingverfahrens zu betrachtende „betreffende Ware“ mit den in der Union hergestellten „gleichartigen Waren“ zu vergleichen. Letztere müssen gemäß Art. 1 Abs. 4 AD-GVO mit der betreffenden Ware identisch sein, „d.h. ihr in jeder Hinsicht gleich[en], oder, wenn es eine solche Ware nicht gibt, eine[r] andere[n] Ware, die zwar der betreffenden Ware nicht in jeder Hinsicht gleicht, aber Merkmale aufweist, die denen der betreffenden Ware sehr ähnlich sind“. Weiterhin muss für die Ermittlung des sogenannten „Normalwerts“ die vom ausländischen Hersteller in die Union eingeführte Ware mit den Waren verglichen werden, die er selbst in seinem Heimatland absetzt, woraus sich im Ergebnis ein doppeltes Identitäts- oder Gleichheitsverhältnis ergibt.¹⁴⁴ Die Warendefinition in einem Antidumping-

¹³⁹ Nettesheim, M., Ziele des Antidumping- und Antisubventionsrechts, München 1994, S. 42.

¹⁴⁰ Müller, W./Khan, N./Scharf, T., EC and WTO Antidumping Law, 2nd Edition, Oxford 2009, Rz. I.09 ff.

¹⁴¹ Finger, J. M., Dumping and Antidumping: The Rhetoric and the Reality of Protection in Industrial Countries, The World Bank Research Observer 7 (2), July 1992, S. 121 – 143; Hoekman, B. M./Mavroidis, P. C., Antitrust-Based Remedies and Dumping in International Trade, World Bank Policy Research Working Paper 1347, 1994; Zheng, W., Reforming Trade Remedies, Michigan Journal of International Law 34 (2012), S. 151-207.

¹⁴² Monopolkommission, IX. Hauptgutachten 1990/1991, Wettbewerb und Industriepolitik, Baden-Baden 1991, Kapitel VII, Tz. 1155 ff.

¹⁴³ Siehe Verordnung (EU) 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. L 176 vom 30. Juni 2016, S. 21.

¹⁴⁴ Hoffmeister in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 1 Rz. 29 f.

verfahren greift dabei zwar auch auf Kriterien zurück, die aus der kartellrechtlichen Marktabgrenzung bekannt sind, wie z. B. die Austauschbarkeit aus Verbrauchersicht, jedoch steht am Ende immer eine handelspolitische Entscheidung, bei der der Europäischen Kommission ein erheblicher Ermessens- und Beurteilungsspielraum zukommt.¹⁴⁵

643. Darüber hinaus muss das Ausfuhrland ermittelt werden (vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. b und Abs. 10 AD-GVO). Hierbei handelt es sich gemäß Art. 1 Abs. 3 S. 1 AD-GVO zunächst grundsätzlich um das Ursprungsland. Als Ursprungsland wird das Land bezeichnet, in dem die verfahrensgegenständliche Ware ihren zollrechtlichen, nichtpräferenziellen¹⁴⁶ Ursprung hat.¹⁴⁷ In besonderen Fällen kann die Europäische Kommission jedoch auch auf ein Zwischenland abstellen, soweit es sich dabei nicht um ein Durchfuhrland handelt oder die Ware dort nicht hergestellt wird oder es dort keinen vergleichbaren Preis gibt (Art. 1 Abs. 3 S. 2 AD-GVO).

644. Die Feststellung von Dumping erfolgt in vier wesentlichen Schritten:

- In einem ersten Schritt ist zunächst der Normalwert zu bestimmen (Art. 2 Abs. 1 – 7 AD-GVO). Hierfür sieht Art. 2 AD-GVO wiederum vier unterschiedliche Methoden vor. Vorrangig ist der Normalwert anhand der Preise für Verkäufe des Verkäufers oder Herstellers im Ausfuhrland zu ermitteln (Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 AD-GVO). Ist dies mangels repräsentativer Verkäufe nicht möglich, so ist auf die Preise anderer Verkäufer oder Hersteller abzustellen (Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 AD-GVO). Können die Preise im Ausfuhrland insgesamt nicht verwendet werden, so ist der Normalwert rechnerisch zu ermitteln anhand von Produktionskosten oder auf Grundlage von Ausfuhrpreisen in einem geeigneten Drittland (Art. 2 Abs. 3 AD-GVO).
- In einem zweiten Schritt muss der sogenannte „Ausfuhrpreis“ bestimmt werden (Art. 2 Abs. 8 u. 9 AD-GVO). Hierbei handelt es sich gemäß Art. 2 Abs. 8 AD-GVO um den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis der zur Ausfuhr aus dem Ausfuhrland in die Union verkauften Ware.
- Damit zwischen dem Normalwert und dem Ausfuhrpreis ein „gerechter Vergleich“ möglich ist, erfolgt in einem dritten Schritt eine sogenannte „Berichtigung“ von Unterschieden, welche die Vergleichbarkeit der beiden Werte negativ beeinflussen (Art. 2 Abs. 10 lit. a – k AD-GVO). So wird etwa eine Berichtigung vorgenommen für Unterschiede bei den Kosten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verpackung der betreffenden Ware stehen oder für Unterschiede bei den Provisionen, die für die betreffenden Verkäufe gezahlt werden (Art. 2 Abs. 10 lit. f und i AD-GVO).
- Schließlich wird in einem vierten Schritt die sogenannte „Dumpingspanne“ durch einen Vergleich zwischen den beiden Werten für den Untersuchungszeitraum ermittelt (Art. 2 Abs. 11 u. 12 AD-GVO). Dabei stehen der Europäischen Kommission drei mögliche Methoden zur Verfügung: Entweder es wird gemäß Art. 2 Abs. 11 S. 1 AD-GVO der gewogene durchschnittliche Normalwert mit dem gewogenen Durchschnitt der Preise aller Ausfuhrgeschäfte in die Union (erste symmetrische Methode), oder es werden auf Grundlage einzelner Transaktionen die einzelnen Normalwerte mit den einzelnen Preisen bei der Ausfuhr in die Union je Geschäftsvorgang verglichen (zweite symmetrische Methode), oder es wird gemäß S. 2 der gewogene durchschnittliche Normalwert mit den einzelnen Preisen bei der Ausfuhr in die Union je Geschäftsvorgang für einen Vergleich herangezogen (asymmetrische Methode). Die Auswahl der Methodik

¹⁴⁵ Hoffmeister in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 1 Rz. 31 und 33 ff.

¹⁴⁶ Der nichtpräferenzielle (auch handelspolitische) Ursprung entspricht der allgemeinen zollrechtlichen Zuordnung einer Ware zu einem Ursprungsland. Dieses muss nicht zwingend das Versandungsland sein. Vgl. https://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Warenursprung-Praeferenzen/Nichtpraeferenzieller-Ursprung/nichtpraeferenzieller-ursprung_node.html; Abruf am 30. Juni 2020.

¹⁴⁷ Hierzu Hoffmeister in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 1 Rz. 24.

liegt grundsätzlich im Ermessen der Europäischen Kommission.¹⁴⁸ Nach Art. 2 Abs. 11 S. 2 AD-GVO wird für einen Rückgriff auf die asymmetrische Methode jedoch vorausgesetzt, dass die Preise der Ausführgeschäfte je nach Käufer, Region oder Verkaufszeitraum erheblich voneinander abweichen und dass die in S. 1 genannten Methoden die Dumpingpraktiken nicht in vollem Umfang widerspiegeln würden. In der Praxis wird regelmäßig auf Durchschnittswerte zurückgegriffen, da ein Vergleich von Transaktionswerten als nicht praktikabel und teils auch als etwas willkürlich betrachtet wird.¹⁴⁹ Die Dumpingspanne besteht schließlich in der Höhe, in welcher der Normalwert den Ausfuhrpreis übersteigt (Abs. 12).

Schädigung

645. Die Feststellung, dass eingeführte Waren gedumpte sind, reicht für den Erlass von Antidumpingmaßnahmen allein nicht aus. Zusätzlich muss festgestellt werden, dass die gedumpten Einfuhren eine „bedeutende Schädigung“ eines Wirtschaftszweigs der Union zur Folge haben oder eine derartige Schädigung droht oder, dass die Errichtung eines Wirtschaftszweigs der Union „erheblich verzögert wird“ (Art. 3 Abs. 1 AD-GVO). Sowohl die drohende Schädigung als auch der Fall einer erheblichen Verzögerung, an deren Vorliegen strengere Anforderungen zu stellen sind, spielen allerdings in der bisherigen Praxis kaum eine Rolle.¹⁵⁰ Als Wirtschaftszweig der Union gilt dabei gemäß Art. 4 AD-GVO „die Gesamtheit der Unionshersteller der gleichartigen Waren oder derjenigen unter ihnen, deren Produktion insgesamt einen erheblichen Teil der gesamten Unionsproduktion dieser Waren ausmacht“.¹⁵¹ Für die Feststellung eines erheblichen Teils der Produktion bedarf es einer Einzelfallanalyse, für die kein fester Referenzwert besteht, jedoch muss es sich jedenfalls um einen relativ hohen Anteil handeln.¹⁵²

646. Die Ermittlung einer Schädigung erfolgt für alle Handelsschutzinstrumente nach einem vergleichbaren Prinzip:¹⁵³ Eine „bedeutende Schädigung“ setzt einen schlechten wirtschaftlichen oder finanziellen Zustand des betroffenen Wirtschaftszweiges der Union oder eine deutliche Verschlechterung gegenüber dem Zeitraum vor dem Dumping voraus.¹⁵⁴ Damit erfordert Art. 3 AD-GVO die Feststellung, wie sich die finanzielle und wirtschaftliche Lage der Unionsindustrie ohne die Dumpingpraktiken entwickelt hätte.¹⁵⁵ Art. 3 Abs. 2 AD-GVO verlangt diesbezüglich „eindeutige Beweise“ sowie eine „objektive Prüfung“ des Volumens der Einfuhren und ihrer Auswirkungen auf die Preise gleichartiger Waren auf dem Markt der Union sowie der Auswirkungen der Einfuhren auf den Wirtschaftszweig der Union. Damit stellt die Schadensprüfung einerseits auf einfuhrbezogene (Art. 3 Abs. 3 AD-GVO) und andererseits auf unternehmensbezogene Gesichtspunkte ab (Art. 3 Abs. 5 AD-GVO). Für die Gewichtung der

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 27 September 2007, C-351/04 – Ikea Wholesale, Slg. 2007, I-7723, ECLI:EU:C:2007:547, Rz. 41 m. w. N. sowie zuletzt auch Urteil vom 5. April 2017, C-376/15 P und C-377/15 P – Changshu City Standard Parts Factory und Ningbo Jinding Fastener/Rat, ECLI:EU:C:2017:269, Rz. 47.

¹⁴⁹ Krzeminska-Vamvaka, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO, GL 1 (August 2012), Art. 2 Rz. 669.

¹⁵⁰ Kuplewatzky/Maxian Rusche in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 3 Rz. 18 ff. u. 28 ff.

¹⁵¹ Art. 4 AD-GVO schließt Hersteller aus, die mit Ausführern oder Einführern geschäftlich verbunden oder selbst Einführer der angeblich gedumpten Waren sind (Art. 4 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 AD-GVO). Umgekehrt kann unter besonderen Umständen von zwei oder mehr Wettbewerbsmärkten oder regionalen Märkten auszugehen sein, die dann als eigener Wirtschaftszweig der Union anzusehen sind (Art. 4 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 AD-GVO).

¹⁵² Rados, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 4 Rz. 9.

¹⁵³ Für das Antisubventionsrecht: Lukas in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, ASub-GVO, EL 2 (April 2013), Art. 8 Rz. 14; Van Bael & Bellis, EU-Antidumping and Other Trade Defence Instruments, Sixth Edition, Alphen aan den Rijn 2019, § 11.07. Die Handelshemmnisverordnung geht prinzipiell von einer vergleichbaren Methodik aus, jedoch erlaubt das Fehlen WTO-rechtlicher Vorgaben hier einen größeren Spielraum und damit letztlich ein Abweichen von den Prinzipien des Antidumping- sowie Antisubventionsrecht, vgl. Berrisch/Kamann in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Handelshemmnis-VO, EL 2 (April 2013), Art. 2 Rz. 22.

¹⁵⁴ Kuplewatzky/Maxian Rusche in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 3 Rz. 14.

¹⁵⁵ Ebenda.

einzelnen Merkmale gibt es keine festen Regeln. Abs. 3 und 5 weisen jeweils jedoch darauf hin, dass keines der dort genannten Kriterien notwendigerweise als ausschlaggebend zu betrachten ist. Der Europäischen Kommission kommt hier insgesamt ein erheblicher Ermessensspielraum zu.¹⁵⁶

647. Im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 AD-GVO ist einerseits auf das Volumen, andererseits auf die Preiseffekte der gedumpte Einfuhren abzustellen. Zunächst ist als Indiz für das Vorliegen einer Schädigung festzustellen, ob die Einfuhren absolut oder im Verhältnis zu Produktion oder Verbrauch erheblich angestiegen sind. Dies umfasst auch die erhebliche Steigerung eines nur geringen Marktanteils.¹⁵⁷ Weiterhin ist auf die Preisentwicklung der Einfuhren abzustellen und zu prüfen, ob eine „erhebliche Preisunterbietung“ stattgefunden hat oder ob die Einfuhren aus anderen Gründen einen „erheblichen Preisrückgang verursacht oder Preiserhöhungen, die andernfalls eingetreten wären, deutlich verhindert haben“. Die Preisunterbietung durch gedumpte Waren ist ein Kernpunkt der Schadensermittlung und erhält daher eine gegenüber dem Einfuhrvolumen vorrangige Bedeutung.¹⁵⁸ Hierbei ist zunächst der durchschnittliche Preis der Unionsindustrie für die gleichartige Ware zu ermitteln, wobei je nach Ware einzelne Unterarten abzugrenzen sind.¹⁵⁹ Zweitens wird der durchschnittliche Preis der gedumpte Ware entsprechend, d. h. auch entlang möglicher Unterkategorien, bestimmt. Schließlich sind wiederum Berichtigungen der jeweiligen Durchschnittspreise vorzunehmen, um einen gerechten Vergleich zu ermöglichen. Stehen in der Union produzierte und eingeführte Waren auf einem geographischen Markt nicht (mehr) im Wettbewerb miteinander, so ist dieses Fehlen von Wettbewerb daraufhin zu überprüfen, ob die Dumpingpraktiken des Ausführers die Ursache sind.¹⁶⁰

648. Ist keine Preisunterbietung anzunehmen, so ist gemäß der zweiten Alternative des Art. 3 Abs. 3 S. 2 AD-GVO zu fragen, ob die gedumpte Einfuhren auf andere Weise einen erheblichen Preisrückgang verursacht oder Preiserhöhungen, die andernfalls eingetreten wären, „deutlich verhindert“ haben. Hierzu ist zunächst die Gewinnspanne des Wirtschaftszweigs der Union zu ermitteln. Ist dabei kein angemessener Gewinn festzustellen, so errechnet die Europäische Kommission einen hypothetischen Inlandspreis (sogenannter „Zielpreis“), der einen angemessenen Gewinn erwarten ließe und von den Herstellkosten (unter Berücksichtigung zukünftiger Produktionskosten angesichts neuer umweltrechtlicher Anforderungen) sowie einer angemessenen Gewinnspanne (vor Steuern) ausgeht.¹⁶¹ In diesem Zusammenhang ist auf den Gewinn abzustellen, wie er vor dem Auftreten der Dumpingimporte in die Union bestand.¹⁶²

649. Aufgrund der Komplexität des wirtschaftlichen Sachverhalts kommt auch und gerade hier der Europäischen Kommission ein weites Ermessen zu, das nur dahin gehend überprüft werden kann, „ob die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden, ob der Sachverhalt, der der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegt wurde, zutreffend festgestellt ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Beurteilung dieses Sachverhalts und kein Ermessensmissbrauch vorliegen“.¹⁶³

650. Nach Art. 3 Abs. 5 AD-GVO sind die Auswirkungen der gedumpte Einfuhren auf den Wirtschaftszweig der Union zu ermitteln. Dahinter steht eine Gesamtbetrachtung anhand aller relevanten Wirtschaftsfaktoren und -indizes, welche die Lage der Unionsindustrie beeinflussen. In einer nicht als abschließend anzusehenden Aufzählung werden dabei in Abs. 5 die Höhe der tatsächlichen Dumpingspanne sowie der tatsächliche oder potenzielle

¹⁵⁶ Ebenda, Rz. 4.

¹⁵⁷ Ebenda, Rz. 40.

¹⁵⁸ Ebenda, Rz. 42 u. 44.

¹⁵⁹ Zum Berechnungsprinzip im Einzelnen: Kuplewatzky/Maxian Rusche in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 3 Rz. 45 f.

¹⁶⁰ Ebenda, Art. 3 Rz. 51.

¹⁶¹ Ebenda, Art. 3 Rz. 52.

¹⁶² EuG, Urteil vom 28. Oktober 1999, T-210/95 – EFMA/Rat, Slg. 1999, II-3291, ECLI:EU:T:1999:273, Rz. 60. Dort wird von einem Gewinn unter „normalen Wettbewerbsbedingungen“ ausgegangen.

¹⁶³ EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2018, C-100/17 – Gul Ahmed Textile Mills/Rat, ECLI:EU:C:2018:842, Rz. 63; Urteil vom 10. Juli 2019, C-345/18 P – Caviro Distillerie u.a./Kommission, ECLI:EU:C:2019:589, Rz. 14 f.

Rückgang von Absatz, Gewinn, Produktion, Marktanteil, Produktivität, Rentabilität und Kapazitätsauslastung genannt. Darüber hinaus sind auch Faktoren, die die Preise der Union beeinflussen, die tatsächlichen und potenziellen negativen Auswirkungen auf Cashflow, Lagerbestände, Beschäftigung, Löhne, Wachstum, Kapitalbeschaffungs- oder Investitionsmöglichkeiten sowie die Tatsache, dass ein Wirtschaftszweig sich noch von den Auswirkungen früherer Dumpingpraktiken oder Subventionen erholen muss, zu beachten.¹⁶⁴ Dabei ist die Europäische Kommission weder verpflichtet, in ihrer Prüfung auf alle genannten Faktoren einzugehen, noch ist sie auf die genannten Faktoren beschränkt.¹⁶⁵ Die Gewichtung der Faktoren wird von den Gerichten nicht überprüft.¹⁶⁶

Kausalitätsbeziehung zwischen Dumping und Schädigung

651. Das Vorliegen von Dumping sowie einer Schädigung ist solange nicht ausreichend für den Erlass einer Antidumpingmaßnahme, wie nicht auch ein hinreichender Kausalzusammenhang zwischen beiden Elementen festgestellt worden ist (Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 3 Abs. 6 S. 1 AD-GVO). Gemäß Art. 3 Abs. 6 AD-GVO ist dabei zunächst nachzuweisen, dass das Volumen und/oder der Preis der gedumpte Einfuhren zumindest für eine Auswirkung auf den Wirtschaftszweig der Union verantwortlich ist und dass die Auswirkungen so erheblich sind, dass sie als bedeutend bezeichnet werden können.¹⁶⁷ Damit müssen die gedumpte Einfuhren nicht die alleinige Ursache für eine negative Entwicklung des Wirtschaftszweigs der Union sein, sondern es kommt allein darauf an, dass sie einen erheblichen Schadensbeitrag leisten.¹⁶⁸ In einem zweiten Schritt ist gemäß Art. 3 Abs. 7 AD-GVO im Wege einer negativen Zurechnungsanalyse festzustellen, ob der vorläufige Kausalzusammenhang nicht durch andere Faktoren aufgehoben wird, z. B. Volumen und Preise der nicht gedumpte Einfuhren, Nachfragerückgang oder Veränderung der Verbrauchsgewohnheiten, handelsbeschränkende Praktiken der ausländischen Hersteller und der Unionshersteller sowie Wettbewerb zwischen ihnen, Entwicklungen in der Technologie und Ausführleistung und Produktivität des Wirtschaftszweiges der Union. Der Kausalzusammenhang wird dabei jedoch nur dann vollständig aufgehoben, wenn aufgrund anderer Faktoren kein genuin auf die gedumpte Einfuhren zurückführbarer, eigener Schaden mehr übrig bleibt. Für die Exporteure erweist es sich in der Praxis als sehr schwierig, ausreichende Gründe hierfür gegenüber der Europäischen Kommission vorzutragen.¹⁶⁹

Unionsinteresse

652. Eine Besonderheit des EU-Antidumpingrechts besteht darin, dass gemäß Art. 21 AD-GVO das sogenannte „Unionsinteresse“ ein Eingreifen erfordern muss. Das WTO-Recht legt in Art. 9.1 ADA den Mitgliedern zwar nahe, nicht den vollen Wert der Dumpingspanne als Zoll zu veranschlagen, jedoch ergeben sich hieraus keinerlei weitere Verpflichtungen für die Mitglieder.

653. Die Ermittlung des Unionsinteresses beruht auf einer Bewertung aller betroffenen Interessen, einschließlich der Interessen des inländischen Wirtschaftszweigs, der Verwender und der Verbraucher (Art. 21 Abs. 1 AD-GVO). Dahinter verbirgt sich letztlich ein weitestgehend offener Abwägungsprozess, der sicherstellen soll, dass dem Schutzinteresse des betreffenden Wirtschaftszweiges kein überwiegendes öffentliches Interesse der Union entgegensteht.¹⁷⁰ Art. 21 Abs. 1 S. 2 AD-GVO weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass „der Notwendigkeit,

¹⁶⁴ Zu den einzelnen Schadenskriterien Kuplewatzky/Maxian Rusche in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 3 Rz. 55 ff.

¹⁶⁵ Kuplewatzky/Maxian Rusche in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 3 Rz. 53 f.

¹⁶⁶ Ebenda.

¹⁶⁷ Ebenda, Art. 3 Rz. 69.

¹⁶⁸ So die Ansicht von Kuplewatzky/Maxian Rusche in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 3 Rz. 69 u. 71.

¹⁶⁹ Ebenda, Art. 3 Rz. 69.

¹⁷⁰ Hartmann in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016, EL 12 (Oktober 2018), Art. 21 Rz. 3.

die handelsverzerrenden Auswirkungen des die Schädigung verursachenden Dumpings zu beseitigen und einen fairen Wettbewerb wiederherzustellen, besonders Rechnung getragen [wird]“. Aus wettbewerblicher Perspektive geht es insoweit darum, dass Antidumpingmaßnahmen kein Monopol oder Kartell auf Seiten der Unionsindustrie absichern sollen, was die Unionsorgane allerdings nicht daran hindert, sogar einen marktbeherrschenden Unionshersteller im Außenverhältnis zu schützen.¹⁷¹ In S. 3 heißt es zudem einschränkend, dass „die Behörden auf der Grundlage aller vorgelegten Informationen eindeutig zu dem Ergebnis kommen können [müssen], dass die Anwendung dieser Maßnahmen nicht im Interesse der Union liegt“. Hierin wird letztlich der einschränkende Charakter des Unionsinteresses als Prüfungselement deutlich.¹⁷² Für die Ermittlung des Unionsinteresses gilt sodann der Amtsermittlungsgrundsatz.¹⁷³ Darüber hinaus haben die betroffenen Parteien gemäß Art. 21 Abs. 2-3 AD-GVO Informations- und Beteiligungsrechte. Aufgrund der Komplexität des Abwägungsprozesses selbst verfügt die Europäische Kommission jedoch letztlich wiederum über ein weites Ermessen, das nur eingeschränkt überprüfbar ist.¹⁷⁴

3.1.1.2 Keine weitere Reform des Antidumpingrechts erforderlich

654. Das Antidumpingrecht wird immer wieder im Zusammenhang mit möglichen europäischen Reaktionen auf den chinesischen Staatskapitalismus genannt. Die Monopolkommission sieht in diesem Bereich jedoch keinen (weiteren) Handlungsbedarf. Einerseits ist für einen Umgang mit Waren aus Ländern, deren Wirtschaftssystem „nennenswerte Verzerrungen“ aufweist, das Antidumpingrecht bereits reformiert worden (Tz. 655 ff.). Andererseits wären weitere Reformvorschläge weder praktikabel noch wünschenswert (Tz. 663 ff.). Die Eignung des Antidumpingrechts für einen präzisen Umgang mit dem chinesischen Staatskapitalismus ist grundsätzlich zu hinterfragen (Tz. 672 f.).

Antidumpingrecht berücksichtigt bereits das Abweichen von Marktbedingungen im Ausfuhrland

655. Wenngleich das Antidumpingrecht auf den ersten Blick an privates Marktverhalten anknüpft, so sind staatliche Interventionen oder Rahmenbedingungen in der Praxis der Dumpingermittlung nicht ohne Bedeutung. Schon in einer ergänzenden Bestimmung zu Art. VI:1 GATT wird anerkannt, dass sich bei Einfuhren aus einem Land, dessen Handel ganz oder nahezu ganz einem staatlichen Monopol unterliegt und in dem alle Inlandspreise vom Staat festgesetzt werden, besondere Schwierigkeiten bei der Feststellung der Vergleichbarkeit der Preise ergeben können und daher die einführenden Vertragsparteien in solchen Fällen unter Umständen der Tatsache Rechnung tragen müssen, dass ein genauer Vergleich mit den Inlandspreisen dieses Landes nicht in jedem Fall angebracht ist. Diese Bestimmung wird gemäß Art. 2.7 ADA in das Antidumpingübereinkommen übertragen und wirkt sich auf die Ausgestaltung des nationalen Antidumpingrechts aus.

656. Ausgehend von der Feststellung, dass die nichtmarktwirtschaftlichen Ausgangsbedingungen in einem Ausfuhrland eine Dumpingberechnung nach den allgemeinen Maßstäben unmöglich machen oder verzerren können, wurde bereits mit Verordnung 1681/79¹⁷⁵ eine spezifische Regelung in das Antidumpingrecht der EU aufgenommen, die eine „angemessene und nicht unvernünftige“ Berechnung des Normalwerts bei nichtmarktwirtschaftlichen Ländern vorsah und die in nachfolgenden Reformen immer wieder angepasst wurde.¹⁷⁶ Ab 1998 wurden die

¹⁷¹ Ebenda, Art. 21 Rz. 36 ff.

¹⁷² Ebenda, Art. 21 Rz. 41.

¹⁷³ Ebenda, Art. 21 Rz. 49 ff.

¹⁷⁴ Ebenda, Art. 21 Rz. 77 f.

¹⁷⁵ Verordnung (EWG) Nr. 1681/79 des Rates vom 1. August 1979 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 459/68 über den Schutz gegen Praktiken von Dumping, Prämien oder Subventionen aus nicht zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft gehörenden Ländern, ABl. L 196 vom 2. August 1979 S. 1-6.

¹⁷⁶ Hierzu Schmidt, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO, GL 1 (August 2012), Art. 2 Rz. 199 f.

wirtschaftlichen Reformen in China und Russland zum Anlass genommen, um beiden Länder die Möglichkeit zur Widerlegung dieses Nichtmarktwirtschaftsstatus zu geben.¹⁷⁷

657. Durch Aufnahme dieser Möglichkeit zur Widerlegung des Nichtmarktwirtschaftsstatus wurden seit 1998 die Ausfuhrländer innerhalb von Art. 2 Abs. 7 AD-GVO 1998 in solche mit und ohne marktwirtschaftliche Bedingungen eingeteilt. Im Falle einer sogenannten Nichtmarktwirtschaft im Sinne von lit. a erfolgte dann „die Ermittlung des Normalwerts auf der Grundlage des Preises oder des rechnerisch ermittelten Wertes in einem Drittland mit Marktwirtschaft oder des Preises, zu dem die Ware aus einem solchen Drittland in andere Länder sowie in die Gemeinschaft verkauft wird“. In Fällen, in denen dies nicht möglich war, sollte die Ermittlung „auf jeder anderen angemessenen Grundlage, einschließlich des für die gleichartige Ware in der Gemeinschaft tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises, der erforderlichenfalls um eine angemessene Gewinnspanne gebührend berichtigt wird“ erfolgen. Für Russland und China konnte demgegenüber gemäß lit. b eine standardmäßige Normalwertberechnung vorgenommen werden, soweit die Einführer in einem schriftlichen Antrag nachweisen konnten, dass sie in dem Ausfuhrland unter marktwirtschaftlichen Bedingungen im Sinne von lit. c tätig sind.¹⁷⁸ Die einzelnen Bedingungen mussten dabei kumulativ erfüllt werden.¹⁷⁹

658. Die Schwierigkeiten eines Rückgriffs auf Preis- und Kostendaten in China spielte auch beim WTO-Beitritt eine Rolle und führte letztlich zu Abschnitt 15 (a) CBP, der eine Behandlung Chinas im Sinne des Art. 2 Abs. 7 AD-GVO a.F. festschrieb.¹⁸⁰ Allerdings wurde diese Behandlung gemäß Abschnitt 15 (d) CBP auf 15 Jahre begrenzt und lief daher im Dezember 2016 aus. In der Folge wurde debattiert, ob sich hieraus die Verpflichtung ergeben würde, China den Status als Marktwirtschaft zuzuerkennen.¹⁸¹ Bei der Reform der AD-GVO in 2016 verblieb China noch

¹⁷⁷ Müller, W./Khan, N./Scharf, T., EC and WTO Antidumping Law, 2nd Edition, Oxford 2009, Rz. 2.454.

¹⁷⁸ Art. 2 Abs. 7 lit. c) AD-GVO 1998 lautete wie folgt:

„Ein Antrag im Sinne des Buchstabens b) muss schriftlich gestellt werden und ausreichendes Beweismaterial dahingehend enthalten, dass der Hersteller unter marktwirtschaftlichen Bedingungen tätig ist, d. h., wenn folgende Kriterien erfüllt sind:

— Die Unternehmen treffen ihre Entscheidungen über die Preise, Kosten und Inputs, einschließlich beispielsweise der Rohstoffe, der Kosten von Technologie und Arbeitskräften, Produktion, Verkäufen und Investitionen auf der Grundlage von Marktsignalen, die Angebot und Nachfrage widerspiegeln, und ohne nennenswerte diesbezügliche Staatseingriffe; dabei müssen die Kosten der wichtigsten Inputs im wesentlichen auf Marktwerten beruhen;

— die Unternehmen verfügen über eine einzige klare Buchführung, die von unabhängigen Stellen nach internationalen Buchführungsgrundsätzen geprüft und in allen Bereichen angewendet wird;

— die Produktionskosten und die finanzielle Lage der Unternehmen sind infolge des früheren nichtmarktwirtschaftlichen Systems nicht mehr nennenswert verzerrt, insbesondere im Hinblick auf Anlageabschreibungen, sonstige Abschreibungen, den Barterhandel und die Bezahlung durch Schuldenausgleich;

— die Unternehmen unterliegen Eigentums- und Insolvenzvorschriften, die Rechtssicherheit und Stabilität für die Unternehmensführung sicherstellen, und

— Währungsumrechnungen erfolgen zu Marktkursen.“

¹⁷⁹ Müller, W./Khan, N./Scharf, T., EC and WTO Antidumping Law, 2nd Edition, Oxford 2009, Rz. 2.456.

¹⁸⁰ Dort heißt es:

“(a) In determining price comparability under Article VI of the GATT 1994 and the Antidumping Agreement, the importing WTO Member shall use either Chinese prices or costs for the industry under investigation or a methodology that is not based on a strict comparison with domestic prices or costs in China based on the following rules:

(i) If the producers under investigation can clearly show that market economy conditions prevail in the industry producing the like product with regard to the manufacture, production and sale of that product, the importing WTO Member shall use Chinese prices or costs for the industry under investigation in determining price comparability;

(ii) The importing WTO Member may use a methodology that is not based on a strict comparison with domestic prices or costs in China if the producers under investigation cannot clearly show that market economy conditions prevail in the industry producing the like product with regard to manufacture, production and sale of that product.”

¹⁸¹ EPRS, Die Zuerkennung des Marktwirtschaftsstatus an China - Eine Analyse der WTO-Vorschriften und der Politik ausgewählter WTO-Mitglieder, November 2015, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/571325/EPRS_IDA\(2015\)571325_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/571325/EPRS_IDA(2015)571325_DE.pdf), Abruf am 30. Juni 2020.

ausdrücklich als Nichtmarktwirtschaft im Sinne von Abs. 7 lit. b, jedoch wurde durch anschließende Reform in 2017¹⁸² die bisherige Unterteilung gänzlich aufgegeben und Art. 2 Abs. 7 AD-GVO seither ausdrücklich nur noch auf Länder beschränkt, die zum Zeitpunkt der Ermittlungen kein Mitglied der WTO sind.

659. Stattdessen wurde ein neuer Abs. 6a in die AD-GVO eingeführt, der im Fall „nennenswerter Verzerrungen“ vorsieht, dass der Normalwert anhand von Herstell- und Verkaufskosten berechnet werden soll, die „unverzerrte Preise oder Vergleichswerte widerspiegeln“. In Abs. 6a lit. b wird der Begriff nennenswerte Verzerrungen definiert als „Verzerrungen, die eintreten, wenn sich die gemeldeten Preise oder Kosten, einschließlich der Rohstoff- und Energiekosten, nicht aus dem freien Spiel der Marktkräfte ergeben, weil sie von erheblichen staatlichen Eingriffen beeinflusst sind“. Weiterhin sollen bei der Beurteilung der Frage, ob nennenswerte Verzerrungen vorliegen, die folgenden Sachverhalte berücksichtigt werden:

„–Situation, in der der betreffende Markt in erheblichem Maße von Unternehmen versorgt wird, die im Eigentum oder unter der Kontrolle oder der politischen Aufsicht von Behörden des Ausfuhrlandes stehen oder deren Ausrichtung von diesen Behörden festgelegt wird;

–staatliche Präsenz in Unternehmen, die es dem Staat ermöglicht, Preise oder Kosten zu beeinflussen;

–staatliche Strategien oder Maßnahmen, mit denen inländische Lieferanten begünstigt werden oder durch die das freie Spiel der Marktkräfte anderweitig beeinflusst wird;

–Fehlen, diskriminierende Anwendung oder unzulängliche Durchsetzung des Insolvenz-, Gesellschafts- oder Eigentumsrechts;

–verzerrte Lohnkosten;

–Zugang zu Finanzmitteln über Institute, die staatliche Ziele umsetzen oder anderweitig nicht unabhängig vom Staat agieren.“

660. Verbreitet wird angenommen, dass es sich bei den Kriterien letztlich um dieselben Erwägungen handelt, wie sie bereits in Art. 2 Abs. 7 lit. c AD-GVO a.F. zu finden waren.¹⁸³ Neu hinzugekommen ist mit Art. 2 Abs. 6 a lit. c AD-GVO die Möglichkeit der Europäischen Kommission, beim Vorliegen „fundierte[r] Hinweise“ darauf, dass in einem bestimmten Land oder einer bestimmten Branche in diesem Land möglicherweise nennenswerte Verzerrungen im Sinne von lit. b vorliegen und wenn es angemessen erscheint, einen Länderbericht über die Marktgegebenheiten anzufertigen. Der erste Länderbericht der Europäischen Kommission, der kurz nach Einführung des neuen Abs. 6a veröffentlicht wurde, beschäftigt sich mit China. Darin finden sich auf über 400 Seiten Ausführungen zu den Marktverzerrungen durch den chinesischen Staatskapitalismus.¹⁸⁴

661. Die Europäische Kommission macht deutlich, dass sich die Reformen im Jahr 2017 auf den Einfluss staatlicher Eingriffe in das Markgeschehen konzentrieren, woraus erkennbar wird, dass sie sich primär gegen China richten.¹⁸⁵ So ist es auch wenig verwunderlich, dass der Länderbericht bereits in neuen Antidumpingverfahren gegenüber China als Beweisgrundlage für das Vorliegen nennenswerter Verzerrungen verwendet wurde und immer dazu

¹⁸² Verordnung (EU) 2017/2321 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1036 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern und der Verordnung (EU) 2016/1037 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. L 338 vom 19. Dezember 2017, S. 1.

¹⁸³ Vermulst. E./Sud, D., in: Bungenberg, M./Hahn, M./Herrmann, C./Müller-Ibold, T., The Future of Trade Defence Instruments, European Yearbook of International Economic Law, Cham 2018, S. 63-87, 76; Dies., in: Nedumpara, J./Zhou, W., Non-market Economies in the Global Trading System, Cham 2018, S. 237–257, 239; Van Vaerenbergh, P., Geneva Jean Monnet Working Papers 01/2019, S. 5.

¹⁸⁴ EU-Kommission, Commission Staff Working Document On Significant Distortions In The Economy Of The People's Republic Of China For The Purposes Of Trade Defence Investigations, 20. Dezember 2017, SWD(2017) 483 final/2, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/december/tradoc_156474.pdf, Abruf am 30. Juni 2020.

¹⁸⁵ So z. B. Erwägungsgrund 3 der VO 2017/2321 sowie EU-Kommission, The EU's new trade defence rules and first country report, Factsheet, 20. Dezember 2017, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_5377, Abruf am 30. Juni 2020.

geführt hat, dass die Voraussetzungen des Abs. 6a erfüllt waren.¹⁸⁶ Damit wird im Verhältnis zu China aktuell bereits de facto immer auf eine alternative Berechnungsmethode zurückgegriffen.

662. In der Literatur werden die Reformen vielfach kritisiert und die Vereinbarkeit der in Abs. 6a enthaltenen Methodik mit dem WTO-Recht angezweifelt.¹⁸⁷ China hatte auch bereits auf Ebene der WTO ein Streitbeilegungsverfahren gegen die frühere Methodik eingeleitet, jedoch im Mai 2019 das bereits eingerichtete Panel gemäß Art. 12.12 der Streitbeilegungsvereinbarung der WTO (*Dispute Settlement Understanding*) aufgefordert das Verfahren einzustellen, was zum 14. Juni 2019 erfolgte.¹⁸⁸ Die Gründe hierfür sind vertraulich.

Weitergehende Reformvorschläge sind abzulehnen

663. Unabhängig davon, ob die neuen Regelungen WTO-Recht-konform sind, ist dadurch das Potenzial einer auf den chinesischen Staatskapitalismus ausgerichteten Anpassung des Antidumpingrechts jedenfalls ausgeschöpft worden. Zwar sind eine Reihe weiterer Reformen vorgeschlagen worden, jedoch sind diese aus unterschiedlichen Gründen abzulehnen.

664. Teilweise wird für eine Ausweitung des Antidumpingrechts auf Dienstleistungen plädiert.¹⁸⁹ Dies ist jedoch aufgrund der Abhängigkeit des Antidumping- vom Zollrecht bereits praktisch nur schwer zu realisieren.¹⁹⁰ Anders als Waren durchlaufen Dienstleistungen keine Zollabfertigung, in deren Rahmen Antidumpingzölle erhoben wer-

¹⁸⁶ Vgl. exemplarisch Durchführungsverordnung (EU) 2019/915 der Kommission vom 4. Juni 2019 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren bestimmter Folien und dünner Bänder aus Aluminium in Rollen mit Ursprung in der Volksrepublik China im Anschluss an eine Auslaufüberprüfung nach Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 146 vom 5. Juni 2019, S. 63; Durchführungsverordnung (EU) 2019/687 der Kommission vom 2. Mai 2019 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren bestimmter organisch beschichteter Stahlerzeugnisse mit Ursprung in der Volksrepublik China im Anschluss an eine Auslaufüberprüfung nach Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 116 vom 3. Mai 2019, S. 5; Durchführungsverordnung (EU) 2019/1198 der Kommission vom 12. Juli 2019 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Geschirr und anderen Artikeln aus Keramik für den Tisch- oder Küchengebrauch mit Ursprung in der Volksrepublik China im Anschluss an eine Auslaufüberprüfung nach Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/1036, ABl. L 189 vom 15. Juli 2019, S. 8; Durchführungsverordnung (EU) 2019/1259 der Kommission vom 24. Juli 2019 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von gegossenen Rohrformstücken, Rohrverschlussstücken und Rohrverbindungsstücken, mit Gewinde, aus Temperguss und aus Gusseisen mit Kugelgrafit, mit Ursprung in der Volksrepublik China und Thailand, im Anschluss an eine Auslaufüberprüfung nach Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 197 vom 25. Juli 2019, S. 2; Durchführungsverordnung (EU) 2019/1267 der Kommission vom 26. Juli 2019 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Wolframelektroden mit Ursprung in der Volksrepublik China im Anschluss an eine Auslaufüberprüfung nach Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/1036, ABl. L 200 vom 29. Juli 2019, S. 4; Durchführungsverordnung (EU) 2019/1379 der Kommission vom 28. August 2019 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Fahrrädern mit Ursprung in der Volksrepublik China, ausgeweitet auf aus Indonesien, Malaysia, Sri Lanka, Tunesien, Kambodscha, Pakistan und den Philippinen versandte Einfuhren von Fahrrädern, ob als Ursprungserzeugnisse aus diesen Ländern angemeldet oder nicht, im Anschluss an eine Auslaufüberprüfung nach Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/1036, ABl. L 225 vom 29. August 2019, S. 1; Durchführungsverordnung (EU) 2019/1662 der Kommission vom 1. Oktober 2019 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Bügelbrettern und -tischen mit Ursprung in der Volksrepublik China im Anschluss an eine Auslaufüberprüfung nach Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 252 vom 2. Oktober 2019, S. 1; Durchführungsverordnung (EU) 2019/1693 der Kommission vom 9. Oktober 2019 zur Einführung eines vorläufigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Stahlrädern mit Ursprung in der Volksrepublik China, ABl. L 259 vom 10. Oktober 2019, S. 15.

¹⁸⁷ So u. a. Vermulst, E./Sud, D., in: Bungenberg, M./Hahn, M./Herrmann, C./Müller-Ibold, T., *The Future of Trade Defence Instruments*, European Yearbook of International Economic Law, Cham 2018, S. 63 - 87; Dies., in: Nedumpara, J./Zhou, W., *Non-market Economies in the Global Trading System*, Singapore 2018, S. 237–257; Van Vaerenbergh, P., *EU Trade Defence Policy Against Unfair Trade From Chinese SOEs: Unilateral or Multilateral Approaches?*, Geneva Jean Monnet Working Papers 01/2019, S. 5 ff.

¹⁸⁸ WTO, European Union — Measures Related to Price Comparison Methodologies, Mitteilung des Panels vom 17. Juni 2019, WT/DS516/13.

¹⁸⁹ Siehe BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 14; BusinessEurope, *The EU and China: Addressing the Systemic Challenge*, Januar 2020, S. 61.

¹⁹⁰ Dazu Müller-Ibold, T., *Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik*, ZEuS 2020, 239 (252).

den können. Unabhängig von der unklaren WTO-rechtlichen Zulässigkeit einer Ausweitung auf Dienstleistungen wäre daher die Einführung eines völlig neuen Kontrollsystems erforderlich.

665. Daneben ist ein Vorgehen gegen Verzerrungen auf Drittmärkten gefordert worden.¹⁹¹ Das europäische Antidumpingrecht erfasst jedoch nur Waren, die für den EU-Binnenmarkt bestimmt sind und findet daher keine unmittelbare Anwendung auf Drittmärkte.¹⁹² Bereits aus Souveränitätsgesichtspunkten kann die EU auf dieser Grundlage nicht gegenüber etwaigen Preisdiskriminierungen in China oder einem Drittstaat selbst einschreiten. Gegen Umgehungspraktiken geht die Generaldirektion Handel demgegenüber bereits nach derzeitigem Antidumpingrecht vor.¹⁹³

666. Aufgrund der innerhalb der europäischen Wirtschaft verbreiteten Sorge vor Vergeltungsmaßnahmen wird schließlich vorgeschlagen, das Dumpingverfahren zukünftig nicht mehr allein von Anträgen einzelner Marktteilnehmer abhängig zu machen und stattdessen häufiger auf ein *Ex-officio*-Verfahren zurückzugreifen.¹⁹⁴ Man kann ein *Ex-officio*-Verfahren auch aus wettbewerblichen Gründen befürworten. So birgt ein Zusammenwirken der Unternehmen eines Wirtschaftszweigs im Zusammenhang mit der Einleitung eines Dumpingverfahrens grundsätzlich wettbewerbliche Risiken im Sinne von Art. 101 AEUV, worauf die Monopolkommission bereits in der Vergangenheit hingewiesen hat.¹⁹⁵ Die Europäische Kommission hat allerdings schon jetzt nach Art. 5 Abs. 6 AD-GVO „unter besonderen Umständen“ die Möglichkeit, ein Dumpingverfahren von Amts wegen einzuleiten. Hiervon macht sie bislang (nahezu) keinen Gebrauch. Sie hat jedoch im Rahmen der letzten Reform der Handelsschutzinstrumente durch die Verordnung 2018/825 klargestellt, dass drohende Vergeltungsmaßnahmen als ein besonderer Umstand im Sinne von Art. 5 Abs. 6 AD-GVO anerkannt werden können, der ein Tätigwerden von Amts wegen rechtfertigen könnte.¹⁹⁶

667. Die Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission mag in Einzelfällen aus politischen Gründen gerechtfertigt sein. Schwierigkeiten ergeben sich in diesem Zusammenhang allerdings aus den Anforderungen an die Beweislast, wie sie durch das WTO-Recht (Art. 5.2 ADA) vorgegeben werden. Art. 5 Abs. 2 AD-GVO übernimmt diese Vorgaben und verlangt damit, dass ein Antrag bereits hinreichende Beweise für das Vorliegen aller Voraussetzungen einer Antidumpingmaßnahme enthält. Art. 5.6 ADA bzw. Art. 5 Abs. 6 AD-GVO stellen dieselben hohen Anforderungen auch an Verfahren, die unter besonderen Umständen *ex officio* eingeleitet werden. Daraus folgt, dass ein wesentlich höherer Ermittlungsaufwand für die Europäische Kommission entstehen würde, wenn diese sich nicht auf die von der europäischen Wirtschaft eingereichten Antragsunterlagen und weiteren Informationen stützen könnte. Zudem müssten die europäischen Unternehmen der Europäischen Kommission vertiefte Einblicke in ihre Bücher gewähren, um eine Ermittlung im oben genannten Sinne überhaupt zu ermöglichen. Entsprechend weist die Kommission in Erwägungsgrund 7 der VO 2018/825 darauf hin, dass die Unternehmen in einem *Ex-officio*-Verfahren aufgefordert werden, die „erforderlichen Informationen beizubringen“.

¹⁹¹ BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 14; BusinessEurope, The EU and China: Addressing the Systemic Challenge, Januar 2020, S. 61.

¹⁹² Müller-Ibold, T., Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik, ZEuS 2020, 239 (252).

¹⁹³ EU-Kommission, Durchführungsverordnung (EU) 2019/2131 der Kommission vom 28. November 2019 zur Änderung der Durchführungsverordnung (EU) 2019/1198 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Geschirr und anderen Artikeln aus Keramik für den Tisch- oder Küchengebrauch mit Ursprung in der Volksrepublik China im Anschluss an eine Auslaufüberprüfung nach Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 321 vom 12. Dezember 2019, S. 139.

¹⁹⁴ BusinessEurope, The EU and China: Addressing the Systemic Challenge, Januar 2020, S. 60.

¹⁹⁵ Monopolkommission, Hauptgutachten IX: Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik (1990/1991), Baden-Baden 1992, Tz. 1163.

¹⁹⁶ Verordnung 2018/825 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1036 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern und der Verordnung (EU) 2016/1037 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. L 143 vom 7. Juni 2018, S. 1; dazu Müller-Ibold, T., Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik, ZEuS 2020, 239 (249).

668. Es ist außerdem fraglich, ob die Einleitung eines *Ex-officio*-Verfahrens überhaupt ein taugliches Mittel darstellt. Vergeltungsmaßnahmen sind grundsätzlich auch dabei nicht ausgeschlossen. Statt der Einleitung eines offiziellen *Ex-officio*-Verfahrens scheint es angemessener, wenn Unternehmen im Zusammenhang mit dem Antrag selbst auf ihre Befürchtungen hinweisen und sich mit der Europäischen Kommission vor Veröffentlichung des Antrags (vgl. Art. 5 Abs. 5 AD-GVO) gegebenenfalls über die Risiken austauschen. Für ungerechtfertigte Beschränkungen in einem Drittland steht zudem das Verfahren nach der Handelshemmnisverordnung zur Verfügung.¹⁹⁷

669. Die kartellrechtlichen Risiken im Zusammenhang mit einer gemeinsamen Antragstellung sind schließlich effektiver durch das Kartellrecht selbst zu adressieren. Den Unternehmen sollte hierbei die Möglichkeit erhalten bleiben, sich in kartellrechtskonformer Weise zum Zweck der Einleitung eines Antidumpingverfahrens zu organisieren. Die allgemeine kartellrechtliche Compliance sollte dabei den Maßstab bilden.

670. Ein zumindest verstärkter Rückgriff der Europäischen Kommission auf Art. 5 Abs. 6 AD-GVO wird darüber hinaus auch zur Unterstützung von kleinen und mittleren Unternehmen vorgeschlagen, denen unter Umständen für die Einleitung eines Verfahrens nicht genügend Ressourcen zur Verfügung stehen.¹⁹⁸ Diesbezüglich wurde allerdings bereits durch die Verordnung 825/2018 eine Informationsstelle für kleine und mittlere Unternehmen geschaffen, die diesen einen leichteren Zugang zu den Handelsschutzinstrumenten verschaffen soll (Art. 5 Abs. 1 a AD-GVO).

671. Insgesamt sieht die Monopolkommission damit unter Berücksichtigung der zweifelhaften Effektivität sowie der unklaren Vereinbarkeit mit den Vorgaben des WTO-Rechts keine Notwendigkeit für weitere Reformen des Antidumpingrechts.

Eignung des Antidumpingrechts zur präzisen Erfassung staatlicher Markteingriffe zweifelhaft

672. Entgegen immer weiteren Forderungen nach einer Verschärfung des Antidumpingrechts gegenüber chinesischen Einfuhren ist vielmehr zu fragen, ob das Instrument selbst überhaupt geeignet ist, um das in Abschnitt 1.3 identifizierte Verhalten adäquat zu erfassen. Das Antidumpingrecht adressiert im Grundsatz das private Preissetzungsverhalten von Unternehmen. Damit kann es auch gegen wettbewerbsschädliche Preisstrategien eingesetzt werden. Allerdings fehlt es dem Antidumpingrecht – im Vergleich etwa mit Art. 102 AEUV – an der Möglichkeit, zwischen wettbewerbsschädigendem und normalem Preiswettbewerb zu differenzieren. Die Marktstellung der erfassten Exporteure spielt bei der Betrachtung keine entscheidende Rolle. Mit Art. 2 Abs. 6 a AD-GVO ist nun eine Regelung geschaffen worden, welche die besonderen Marktbedingungen innerhalb eines staatskapitalistischen Systems insoweit berücksichtigt, als diese durch „unverzerrte“ Marktbedingungen ersetzt werden. Hierdurch wird zwar der Tatsache Rechnung getragen, dass in einem staatskapitalistischen System eine Preisermittlung mit „besonderen Schwierigkeiten“ verbunden ist. Allerdings wird wiederum nicht hinreichend differenziert, diesmal zwischen den unterschiedlichen Arten von staatlichen Eingriffen. Diese werden im Wege einer Gesamtbetrachtung allein dazu genutzt, ein Abweichen vom tatsächlichen Normalwert zu rechtfertigen.

673. Dadurch ist das Antidumpingrecht allgemein blind für die Unterscheidung zwischen wettbewerbsverzerrendem und wettbewerblich zulässigem Verhalten. Dies gilt auch für die Unterscheidung zwischen natürlichen und künstlichen Wettbewerbsvorteilen. Asymmetrische Marktbedingungen sind jedoch nicht in jedem Fall problematisch.

3.1.1.3 Anwendung des Antidumpingrechts enger an wettbewerblichen Maßstäben ausrichten

674. Ungeachtet der Bedenken gegenüber dem Antidumpingrecht im Allgemeinen ist das politische Interesse an einem Ausgleich eines zu starken Preiswettbewerbs von außen vor dem Hintergrund der ausdrücklichen Nennung

¹⁹⁷ Vgl. Tz. 625 - 627.

¹⁹⁸ BusinessEurope, *The EU and China: Addressing the Systemic Challenge*, Januar 2020, S. 60.

des Handelsschutzes in Art. 207 Abs. 1 AEUV grundsätzlich anzuerkennen. Allerdings steht dieser Schutz durch seine Auswirkung auf den EU-Binnenmarkt in einem Spannungsverhältnis mit den Funktionsgarantien des Binnenmarkts, zu denen auch der Wettbewerb gehört. Daher sollte die Europäische Kommission, statt einer einseitigen Betonung handelspolitischer Beweggründe, wettbewerblichen Erwägungen in Antidumpingverfahren größeres Gewicht einräumen. Dies steht auch im Einklang mit der neuen Industriestrategie 2020. Dort heißt es ausdrücklich:

*„Europa darf auf diesen Gegenwind nicht reagieren, indem es mehr Barrieren errichtet, wettbewerbsschwache Industriezweige abschottet oder den protektionistischen und verzerrenden Praktiken anderer nacheifert. Wettbewerbsfähigkeit erfordert Wettbewerb – in Europa und weltweit. Sie braucht die richtigen Bedingungen, damit Unternehmer ihre Ideen in die Tat umsetzen und Unternehmen jeder Größe gedeihen und wachsen können“.*¹⁹⁹

675. Unter grundsätzlicher Anerkennung des bisherigen Antidumpingregimes wäre für eine wettbewerblichere Ausrichtung zunächst eine Warenbestimmung ähnlich zur sachlichen Marktabgrenzung des Wettbewerbsrechts, wünschenswert.²⁰⁰ Dadurch würde der politische Spielraum bei der fallbezogenen Anwendung des Antidumpingrechts im Interesse einer genaueren Analyse der Wettbewerbsverhältnisse eingeschränkt. Die Generaldirektion Handel könnte dadurch in systematischer Weise auf das im Rahmen einer Vielzahl von Entscheidungen der Generaldirektion Wettbewerb aufgebaute Know-how zurückgreifen.²⁰¹ Derzeit werden die Waren im Wesentlichen auf Grundlage des Antrags des jeweiligen Wirtschaftszweigs sowie anhand von Nachprüfungen bei Unternehmen vor Ort abgegrenzt.²⁰² Die Europäische Kommission weist ausdrücklich darauf hin, dass „[i]n einer Antidumpinguntersuchung [...] nicht Produktmärkte und geografische Märkte definiert [werden]“.²⁰³

676. Darüber hinaus wäre der Begriff des Unionsinteresses ein geeigneter Anknüpfungspunkt, um einer wettbewerblicheren Analyse mehr Raum zu verschaffen.²⁰⁴ Dadurch würde zunächst – durch die Ermittlung von Dumping sowie einer Schädigung – ein Interesse der Unionsindustrie an einem Eingreifen formuliert, das anschließend auf Grundlage des Art. 21 AD-GVO mit wettbewerblichen Erwägungen in Einklang gebracht werden müsste.

677. Gemäß Art. 21 Abs. 1 S. 3 AD-GVO ist „der Notwendigkeit, die handelsverzerrenden Auswirkungen des die Schädigung verursachenden Dumpings zu beseitigen und einen fairen Wettbewerb wiederherzustellen, besonders Rechnung zu tragen“. Zudem setzt S. 4 voraus, dass die Europäische Kommission „eindeutig“ zu dem Ergebnis kommt, dass ein Eingreifen nicht im Unionsinteresse liegt. Dies weist auf einen Vorrang des Schutzes der Unionsindustrie hin. Abgesehen davon impliziert S. 1 („Die Feststellung, ob das Unionsinteresse ein Eingreifen erfordert, stützt sich auf eine Bewertung aller Interessen [...]“) AD-GVO eine gewisse Offenheit der Abwägung. Weiterhin wurde durch die VO 2018/825 das Recht zur Abgabe von Stellungnahmen gestärkt (Abs. 2 und 4).

¹⁹⁹ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Eine neue Industriestrategie für Europa, COM(2020) 102 final, 10. März 2020, S. 3.

²⁰⁰ So auch z. B. Hoekman, B. M./Mavroidis, P. C., Antitrust-Based Remedies and Dumping in International Trade, World Bank Policy Research Working Paper 1347, 1994, S. 25 f.

²⁰¹ In Einzelfällen macht sie davon bereits Gebrauch, vgl. EU-Kommission, Durchführungsverordnung (EU) 2016/388 der Kommission vom 17. März 2016 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Rohren aus duktilem Gusseisen (auch bekannt als Gusseisen mit Kugelgrafit) mit Ursprung in Indien, ABl. L 73 vom 18. März 2016, S. 53, Tz. 143.

²⁰² Hoffmeister in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, AD-GVO 2016,, EL 12 (Oktober 2018), Art. 1 Rz. 35.

²⁰³ EU-Kommission, Durchführungsverordnung (EU) 2017/336 der Kommission vom 27. Februar 2017 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls und zur endgültigen Vereinnahmung des vorläufigen Zolls auf die Einfuhren bestimmter Grobbleche aus nicht legiertem oder anderem legiertem Stahl mit Ursprung in der Volksrepublik China, ABl. L 50 vom 28. Februar 2017, S. 18, Tz. 162.

²⁰⁴ So auch Hoekman, B. M./Mavroidis, P. C., Antitrust-Based Remedies and Dumping in International Trade, World Bank Policy Research Working Paper 1347, 1994, S. 22 ff.

678. Für eine stärkere Berücksichtigung wettbewerblicher Erwägungen wäre eine Anpassung des Art. 21 Abs. 1 S. 3 AD-GVO dahin gehend erforderlich, dass nunmehr ausschließlich der Aufrechterhaltung effektiven Wettbewerbs besonders Rechnung zu tragen ist. Zudem wäre eine Streichung des Wortes „eindeutig“ in Art. 21 Abs. 1 S. 4 AD-GVO vorzuschlagen. Hieraus würde sich eine offene Abwägung widerstreitender Interessen ergeben.

679. Zum jetzigen Zeitpunkt berücksichtigt die Europäische Kommission im Rahmen des Unionsinteresses bereits wettbewerbliche Bedenken, soweit sie von den Ausführern oder anderen Marktteilnehmern vorgebracht werden.²⁰⁵ Dies ist positiv zu würdigen. Allerdings betont die Europäische Kommission ausdrücklich, dass sie keine wettbewerbliche Analyse im engeren Sinne vornehmen muss, da dies den Wettbewerbsbehörden zukomme.²⁰⁶ Sie geht stattdessen rein punktuell auf die von den Ausführern sowie interessierten Marktteilnehmern in der EU vorgebrachten Stellungnahmen sowie Beweise ein. Dies führt zu einer nur geringen wettbewerblichen Tiefe der Argumentation und birgt gleichzeitig die Gefahr einer selektiven Auswahl von in der wettbewerblichen Analyse berücksichtigten Marktteilnehmern. Es ist nicht davon auszugehen, dass aus einzelnen Stellungnahmen solcher Marktteilnehmer ein Gesamtbild aller relevanten Umstände gewonnen werden kann. Einerseits mag es hierfür gerade auf Seiten von kleinen und mittleren Unternehmen an Kapazitäten fehlen. Andererseits kann die Nichtbeteiligung auch strategische Gründe haben.

680. Einer wettbewerblicheren Ausrichtung des Antidumpingrechts ist in der Vergangenheit mit dem Argument des größeren, nicht durch das Antidumpingrecht der WTO geforderten Ermittlungsaufwandes sowie der Einengung des industriepolitischen Spielraums entgegengetreten worden.²⁰⁷ Der Ermittlungsaufwand wird jedoch dadurch reduziert, dass wettbewerbliche Überlegungen erst auf Ebene des Unionsinteresses ansetzen. Hierzu ist eine Marktanalyse erforderlich, für welche die Generaldirektion Wettbewerb bereits erprobte Instrumente zur Verfügung hat. Die Monopolkommission empfiehlt in diesem Zusammenhang, dass eine gemeinsame Arbeitseinheit von Generaldirektion Handel sowie Generaldirektion Wettbewerb gegründet und mit eigenen Mitarbeitern ausgestattet wird. Diese sollte grundsätzlich einen gegenseitigen Austausch koordinieren und für die Ermittlung des Unionsinteresses relevante Belange ermitteln. Die hieraus gewonnene Analyse bietet eine Gewähr für eine neutrale Betrachtung, die unternehmerische Einzelinteressen ausblendet. Die endgültige Abwägungsentscheidung läge weiterhin bei der zuständigen Generaldirektion Handel.

681. Gegenüber der Einschränkung des industriepolitischen Spielraums ist auf Art. 173 Abs. 1, 3 UAbs. 2 AEUV i. V. m. Art. 3 Abs. 3 EUV hinzuweisen. Hieraus ergibt sich, dass auch innerhalb eines industriepolitischen Spielraums der Wettbewerbsschutz Geltung beansprucht.

682. Gerade auch im Hinblick auf China ist eine wettbewerblichere Analyse innerhalb eines Antidumpingverfahrens sinnvoll. Insoweit ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Verbraucher bzw. Produktverwender von niedrigeren Preisen profitieren. Dabei ist es für sich genommen irrelevant, ob diese auf staatliche Subventionen, verzerrte Produktionsbedingungen oder rein betriebswirtschaftliche Entscheidungen zurückgehen.

683. Zusammenfassend empfiehlt die Monopolkommission zur wettbewerblichen Ausrichtung des Antidumpingrechts eine Angleichung der Warenbestimmung an die Marktabgrenzung des europäischen Wettbewerbsrechts

²⁰⁵ EU-Kommission, Durchführungsverordnung (EU) 2016/388 der Kommission vom 17. März 2016 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Rohren aus duktilem Gusseisen (auch bekannt als Gusseisen mit Kugelgrafit) mit Ursprung in Indien, ABl. L 73 vom 18. März 2016, S. 53 ff., Tz. 139 ff.; Durchführungsverordnung (EU) 2017/336 der Kommission vom 27. Februar 2017 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls und zur endgültigen Vereinnahmung des vorläufigen Zolls auf die Einfuhren bestimmter Grobbleche aus nicht legiertem oder anderem legierten Stahl mit Ursprung in der Volksrepublik China, ABl. L 50 vom 28. Februar 2017, S. 18 ff., Tz. 158 ff.

²⁰⁶ EU-Kommission, Durchführungsverordnung (EU) 2016/388 der Kommission vom 17. März 2016 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Rohren aus duktilem Gusseisen (auch bekannt als Gusseisen mit Kugelgrafit) mit Ursprung in Indien, ABl. L 73 vom 18. März 2016, S. 53 ff., Tz. 143 ff.; Durchführungsverordnung (EU) 2017/336 der Kommission vom 27. Februar 2017 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls und zur endgültigen Vereinnahmung des vorläufigen Zolls auf die Einfuhren bestimmter Grobbleche aus nicht legiertem oder anderem legierten Stahl mit Ursprung in der Volksrepublik China, ABl. L 50 vom 28. Februar 2017, S. 18 ff., Tz. 162 ff.

²⁰⁷ Müller, W./Khan, N./Scharf, T., EC and WTO Antidumping Law, 2nd Edition, Oxford 2009, Rz. I.18 ff.

sowie eine stärkere, normativ verankerte Berücksichtigung effektiven Wettbewerbs auf Ebene des Unionsinteresses. Im Rahmen der hier vorgeschlagenen Anpassung wäre Art. 21 Abs. 1 AD-GVO demnach wie folgt zu fassen:

*„Die Feststellung, ob das Unionsinteresse ein Eingreifen erfordert, stützt sich auf eine Bewertung aller Interessen, einschließlich der Interessen des inländischen Wirtschaftszweigs, der Verwender und der Verbraucher. Eine Feststellung gemäß diesem Artikel wird nur getroffen, wenn alle Parteien Gelegenheit erhielten, ihren Standpunkt gemäß Absatz 2 darzulegen. Bei dieser Prüfung wird **der Aufrechterhaltung effektiven Wettbewerbs-Notwendigkeit, die handelsverzerrenden Auswirkungen des die Schädigung verursachenden Dumpings zu beseitigen und einen fairen Wettbewerb wiederherzustellen**, besonders Rechnung getragen. Maßnahmen, die sich aus der Feststellung des Dumpings und der Schädigung ergeben, können nicht angewendet werden, wenn die Behörden auf der Grundlage aller vorgelegten Informationen **eindeutig** zu dem Ergebnis kommen können, dass die Anwendung dieser Maßnahmen nicht im Interesse der Union liegt.“*

3.1.2 Wettbewerbsrecht: Missbrauchs- und Kartellverbot

684. Die Wettbewerbsregeln (Art. 101 und 102 AEUV) schützen den EU-Binnenmarkt gegen Verhaltensweisen von Unternehmen, die sich innerhalb des Binnenmarktes nicht marktkonform verhalten. Auf Maßnahmen eines Staates zur hoheitlichen Wirtschaftslenkung oder andere hoheitliche Tätigkeiten sind sie nicht anwendbar.²⁰⁸ In Fällen, in denen sich chinesische Unternehmen an nicht marktkonformen und infolgedessen wettbewerbsverfälschenden Verhaltensweisen beteiligen, stellt sich allerdings die Frage, ob bei der Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV ein drittstaatlicher Einfluss des chinesischen Staates als eigenständiger Faktor berücksichtigt werden kann oder sollte (Abschn. 3.1.2.1). In Fällen, in denen europäische Unternehmen auf eine Marktverzerrung durch den Einfluss des chinesischen Staates im Binnenmarkt durch Bildung eines Kartells reagieren, stellt sich die Frage, ob ein solches Kartell möglicherweise in weiterem Umfang als sonstige Kartelle zu rechtfertigen ist (Abschn. 3.1.2.2).

3.1.2.1 Anwendung der Art. 101 f. AEUV in Bezug auf Unternehmen unter drittstaatlichem Einfluss

685. Im EU-Binnenmarkt sind chinesische Unternehmen tätig, denen aufgrund einer staatlichen chinesischen Kontrolle oder Finanzierung oder aufgrund von Vorteilen in ihrem geschützten Heimatmarkt, wie z. B. einer unregulierten beherrschenden Stellung, Vorteile gegenüber ihren europäischen Mitbewerbern zugeschrieben werden. Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob solche chinesischen Unternehmen einer strengeren Prüfung nach den EU-Wettbewerbsregeln der Art. 101 und 102 AEUV unterliegen sollten. In Betracht sollte insbesondere gezogen werden, den staatlichen Einfluss als Faktor bei der Feststellung von Marktbeherrschung im Binnenmarkt zu berücksichtigen.²⁰⁹ Davon abgesehen fragt es sich, ob eine unvollständige Transparenz hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse und des Einflusses des Staates für sich genommen eine kritischere Beurteilung des Marktverhaltens chinesischer Unternehmen rechtfertigen könnte.

686. Im EU-Binnenmarkt gilt im Ausgangspunkt der Grundsatz, dass es bei der Beurteilung des Verhaltens der Marktteilnehmer nicht darauf ankommt, ob sie im privaten oder staatlichen Eigentum stehen. Dies folgt im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten aus Art. 345 AEUV, wonach die EU-Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen.²¹⁰ Hiermit ist es grundsätzlich nicht vereinbar, Unternehmen in den Mitgliedstaaten im Binnenmarkt nur deshalb besonderen Pflichten zu unterwerfen, weil sie unter mitgliedstaatli-

²⁰⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 4. Mai 1988, 30/87 – Bodson/Pompes funèbres des régions libérées, Slg. 1988, 2479, ECLI:EU:C:1988:225, Rz. 18; Urteil vom 1. Juli 2008, C-49/07 – MOTOE, Slg. 2008, I-4863, ECLI:EU:C:2008:376, Rz. 24; mit Blick auf die Loyalitätspflichten der EU-Mitgliedstaaten einschränkend EuGH, Beschluss vom 17. Februar 2005, C-250/03 – Mauri, Slg. 2005, I-1267, ECLI:EU:C:2005:96, Rz. 28 ff. m. weit. Nachw.

²⁰⁹ Bruegel, Policy Contribution Nr. 18, Dezember 2019, Abschn. 4.1.

²¹⁰ Siehe dazu z. B. EuGH, Urteil vom 29. Oktober 1980, C-209/78 – van Landewyck, Slg. 1980, 3125, ECLI:EU:C:1980:248, Rz. 82–84 (zur Vorgängervorschrift Art. 155 EWGV).

cher Kontrolle stehen. In Bezug auf eine drittstaatliche Kontrolle treffen Art. 345 AEUV und auch die Art. 101 ff. AEUV keine Aussage. Auch insoweit fehlt es somit an Sonderregelungen.

687. Als Adressaten der Verhaltenspflichten in den Art. 101 und 102 AEUV kommen nur „Unternehmen“ in Betracht. Der Begriff des Unternehmens wird im EU-Wettbewerbsrecht autonom und funktional verstanden und bezeichnet jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.²¹¹ Auch Einheiten, die keine Rechtspersönlichkeit haben und organisatorisch in eine Behörde eingegliedert sind, können somit als Unternehmen anzusehen sein.²¹² Außerdem kann es erforderlich sein, mehrere Einheiten, die unter derselben staatlichen Kontrolle stehen, zusammen zu betrachten, weil sie als ein einziges Unternehmen handeln.²¹³ Dies setzt voraus, dass auf übergeordneter Ebene eine staatlich kontrollierte Einheit die Vertriebs- und Preispolitik der anderen wirtschaftlich tätigen Einheiten entscheidend beeinflussen kann und von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht hat. Auch hierbei ist nicht die Rechtsstruktur der Gruppe entscheidend, sondern deren in einer Gesamtschau zu betrachtende tatsächliche Arbeitsweise und Organisation.²¹⁴

688. In Bezug auf chinesische Unternehmen könnte erwogen werden, dass diese Unternehmen insgesamt oder bezogen auf einen Wirtschaftssektor bzw. eine staatliche Ebene (Zentralstaat, Provinzen, Regionen/ Städte) zusammen zu betrachten sind. Denn die nötige Gesamtschau der tatsächlichen Verhältnisse ist insoweit mangels vollständiger Informationen zu den Verhältnissen in China schwierig. Eine einheitliche staatliche Kontrolle kann dementsprechend nicht immer ausgeschlossen werden. Zu bedenken ist allerdings, dass das Kartellverbot des Art. 101 AEUV innerhalb einzelner Unternehmen (wirtschaftlicher Einheiten) nicht anwendbar ist.²¹⁵ Eine Gesamtbeurteilung würde in Zweifelsfällen somit zu einem eingeschränkten Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV führen, ohne dass dies möglicherweise den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht wird. Außerdem kann es selbst bei 100-prozentiger Staatsbeteiligung sein, dass chinesische Unternehmen untereinander in erheblichem Umfang im Wettbewerb stehen und dass dieser sogar staatlich erwünscht ist.²¹⁶ Deshalb dürfte es in Zweifelsfällen angemessener sein, die Unternehmen vorbehaltlich weiterer Informationen getrennt zu betrachten.

689. Soweit es – wie etwa im Rahmen des Missbrauchsverbots von Art. 102 AEUV – auf die Marktstellung des Unternehmens ankommt, kann auch eine erhöhte Finanzkraft aufgrund staatlich eingeräumter wirtschaftlicher Vergünstigungen (Finanzierungsvorteile) berücksichtigt werden.²¹⁷ Dasselbe gilt für einen anderweitig privilegierten Zugang zu Ressourcen oder Verflechtungen mit anderen Unternehmen, die sich auf die Marktstellung auswirken.²¹⁸ Dagegen sind Kostenvorteile aufgrund der allgemeinen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für die Be-

²¹¹ EuGH, Urteil vom 12. Juli 1984, 170/83 – Hydrotherm, Slg. 1984, 2999, ECLI:EU:C:1984:271, Rz. 11; Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P bis C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 42–44; dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 72, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Baden-Baden 2015, Tz. 27 ff.

²¹² Vgl. EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, C-49/07 – MOTOE, Slg. 2008, I-4863, ECLI:EU:C:2008:376, Rz. 25; Urteil vom 30. April 1974, 155/73 – Sacchi, Slg. 1974, 409, Rz. 12–14; Urteil vom 28. Juni 2005, C-189/02 P u. a. – Dansk Rørindustri, Slg. 2005, I-5425, ECLI:EU:C:2005:408, Rz. 113; ferner EuGH, Urteil vom 16. Juni 1987, 118/85 – Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599, ECLI:EU:C:1987:283, Rz. 8, 11 (dort zu EU-Sekundärrecht).

²¹³ Monopolkommission, Sondergutachten 72, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Baden-Baden 2015, Tz. 32.

²¹⁴ Ebenda, Tz. 31 m. w. N.

²¹⁵ EuGH, Urteil vom 24. Oktober 1996, C-73/95 – Viho, Slg. 1996, I-5457, ECLI:EU:C:1996:405, Rz. 51; Müller-Ibold, T., Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik, ZEuS 2020, 239 (260).

²¹⁶ Müller-Ibold, T., Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik, ZEuS 2020, 239 (260).

²¹⁷ Dazu EuGH, Urteil vom 9. November 1983, 322/81 – Michelin, Slg. 1983, 3461, ECLI:EU:C:1983:313, Rz. 55; Urteil vom 4. Mai 1988, 30/87 – Bodson/Pompes Funèbres, Slg. 1988, 2479, ECLI:EU:C:1988:225 Rz. 29. Dabei ist zu beachten, dass die Finanzkraft nicht isoliert, sondern im Kontext des vorhandenen Wettbewerbsdrucks und einer etwaigen Gegenmacht von Verbrauchern zu betrachten ist.

²¹⁸ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014, C-553/12 P – DIE, ECLI:EU:C:2014:2083, Rz. 45–47; Urteil vom 4. Mai 1988, 30/87 – Bodson/Pompes Funèbres, Slg. 1988, 2479, ECLI:EU:C:1988:225, Rz. 28 f.

urteilung der Marktstellung irrelevant.²¹⁹ Insoweit gelten in Bezug auf chinesische Unternehmen keine Besonderheiten. Allenfalls ließe sich erwägen, dass aufgrund der mangelnden Transparenz der Beteiligungsverhältnisse in China und eines etwaigen staatlichen Einflusses in Bezug auf Finanzierungsvorteile strengere Maßstäbe gelten sollten.²²⁰ Mangelnde Transparenz als solche beeinflusst allerdings nicht die Verhaltensspielräume, die eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV kennzeichnen.²²¹ Anderes könnte lediglich dann zu gelten haben, wenn sie auf andere Marktteilnehmer abschreckend wirkt, sodass diese ihr eigenes Verhalten anpassen. Die Rechtslage zu Art. 102 AEUV ist insoweit unklar und bleibt durch den Europäischen Gerichtshof zu klären.²²²

690. Die Art. 101 und 102 AEUV verbieten Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen. Insofern ist ein selbstbestimmtes Verhalten erforderlich.²²³ Insbesondere bei Unternehmen, auf deren Heimatmärkten ein erheblicher Staatseinfluss besteht, ist denkbar, dass diese vorbringen, dass sie hoheitlichen Zwängen unterliegen und somit zu einem selbstbestimmten Verhalten nicht in der Lage sind.²²⁴ Ein hoheitlicher Zwang, der ein selbstbestimmtes Verhalten ausschließt, ist allerdings noch nicht zu bejahen, wenn der Staat lediglich Anreize zu einem bestimmten Verhalten setzt.²²⁵ Im Zweifel ist bei unternehmerischen Handlungen davon auszugehen, dass sie selbstbestimmt erfolgen.

691. Die Frage, ob ein unternehmerisches Verhalten gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV verstößt, ist im Übrigen allein anhand der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschriften zu beantworten. Es ist nicht möglich, zusätzlich zu diesen Voraussetzungen zu berücksichtigen, dass das Verhalten auf die besonderen Gegebenheiten in einem Drittstaat zurückzuführen ist oder durch diesen sogar gezielt gefördert wurde. Das lässt sich am Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV beispielhaft zeigen, wobei mehrere Fallgruppen zu unterscheiden sind:

- Ein Missbrauch läge – ohne die Notwendigkeit einer Modifizierung der geltenden Grundsätze – vor, wenn ein marktbeherrschendes chinesisches Unternehmen aufgrund staatlich eingeräumter Finanzierungsvorteile in der Lage ist, über einen längeren Zeitraum hinweg Kampfpfeise unterhalb seiner Kosten zu finanzieren, um so seine Wettbewerber zu verdrängen.
- Ein Missbrauch läge nicht vor, wenn nachweisbar wäre, dass chinesische Unternehmen im EU-Binnenmarkt aufgrund von staatlich gewährten Finanzierungsvorteilen mit Kampfpfeisen agieren, ohne dass sie marktbeherrschend sind. Denn Kampfpfeise sind nach Art. 102 AEUV nur dann verboten, wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen eingesetzt werden.²²⁶ Andere Unternehmen können Kampf-

²¹⁹ Anders kann dies allerdings bei Kostenvorteilen sein, die im EU-Binnenmarkt nur einzelnen Unternehmen zukommen und die Wettbewerber nicht ausgleichen können; vgl. EuGH, Urteil von 14. Februar. 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 121/124 (Kostenvorteile gegenüber Marktzugangspetenten).

²²⁰ Vgl. Müller-Ibold, T., Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik, ZEuS 2020, 239 (262).

²²¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 65: „Mit der beherrschenden Stellung im Sinne dieses Artikels ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, [...] sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“

²²² Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV; aus der bisherigen Rechtsprechung siehe z. B. EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 38 f.; Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 122 (dort zur Relevanz der abschreckenden „Risiken [eines Marktzutritts], für die die Ausgaben bei einem Scheitern des Versuchs verloren sind“).

²²³ Vgl. EuGH, Urteil vom 9. Juni 1977, 90/76 – Van Ameyde, Slg. 1977, 1091, ECLI:EU:C:1977:101, Rz. 23 f.

²²⁴ Siehe im U.S.-Recht: *Animal Science Products v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, 585 U. S. ___, 2018 WL 2973745 (2018); dazu Müller-Ibold, T., Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik, ZEuS 2020, 239 (257).

²²⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 17. Januar 1984, C-43/82 – VBVB, Slg. 1984, 19, ECLI:EU:C:1984:9, Ls. 8 und Rz. 38–40.

²²⁶ Zum Begriff der Kampfpfeise und deren Merkmalen siehe aus wettbewerbsrechtlicher Sicht näher EU-Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, Tz. 63 ff.

preise verlangen, um so ihre Marktstellung (bis zur Grenze der Marktbeherrschung) auszubauen. Zwar ist es ein Wettbewerbsproblem, wenn chinesische Unternehmen Vorteile ausnutzen können, die ihnen aufgrund von kostensenkenden Maßnahmen des chinesischen Staates spezifisch zukommen und von denen Unternehmen in der EU nicht profitieren.²²⁷ Es handelt sich aber gleichwohl um keine Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV.

- Ebenso verbietet Art. 102 AEUV keine Niedrigpreisstrategien, die darauf beruhen, dass chinesische Unternehmen aufgrund der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in China über Kostenvorteile verfügen, die es ihnen sogar gestatten können, ihre Wettbewerber in der EU mit Preisen oberhalb ihrer Kosten zu verdrängen. Auch mit solchen Niedrigpreisstrategien wird keine marktbeherrschende Stellung missbraucht. Es werden erneut lediglich Vorteile aufgrund staatlicher Maßnahmen ausgenutzt, die chinesischen Unternehmen ungeachtet ihrer Marktstellung zukommen.

692. Die von der Europäischen Kommission geführten Antidumpingverfahren deuten darauf hin, dass chinesische Unternehmen im Binnenmarkt tatsächlich aufgrund staatlich gewährter Vorteile mit nicht marktkonformen Preisen agieren und somit Dumping betreiben. Dies gilt jedenfalls, soweit Dumping gerade bei chinesischen Unternehmen auftritt und bei diesen nicht durch andere Faktoren erklärbar ist. Die Art. 101 f. AEUV dürften die betreffenden Fälle aus den zuvor beschriebenen Gründen nicht in vollem Umfang erfassen. Speziell im Rahmen von Art. 102 AEUV erscheint auch eine Kostenanpassung, wie die Europäische Kommission sie in Dumpingverfahren gegenüber China auf Grundlage des neuen Art. 2 Abs. 6a AD-GVO vornimmt, nicht gerechtfertigt. Denn das Missbrauchsrecht geht von einer rein wettbewerblichen Betrachtung aus.²²⁸ Wenn die Europäische Kommission kein Verfahren nach den Antidumpingregeln durchführt, sind die europäischen Mitbewerber allerdings auch nach den Wettbewerbsregeln nicht geschützt.

693. In Bezug auf möglicherweise wettbewerbswidrige Verhaltensweisen im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV besteht schließlich das Problem, dass bei einem drittstaatlichen Einfluss auf die Wirtschaft zwar häufig ein Verdacht von Wettbewerbsverstößen aufkommen mag, es aber zugleich schwierig ist, diesen Verdacht zu erhärten. Beispielsweise ist es in der Vergangenheit in chinesischen sektoralen Wirtschaftsverbänden zu Absprachen zum Marktvorgehen in Europa gekommen. In diesem Rahmen wurden unter anderem strategische Informationen zu Preisen und Marktpositionen ausgetauscht, auch in Verbindung mit Exportstatistiken, die die Ausfuhren einzelner Unternehmen transparent auswiesen.²²⁹ Eine solche Koordination kann nicht nur gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV verstoßen, sondern zugleich auch Bestandteil einer drittstaatlich zumindest geduldeten Strategie zur Expansion in neue Märkte sein. Die Ermittlung von Informationen über die relevanten Absprachen und ihre Hintergründe ist für europäische Behörden aber schwierig, sofern die relevanten Informationen nur im Drittstaat selbst vorhanden sind.²³⁰

694. Die beschriebene Problematik, wie drittstaatliche Maßnahmen als Ursache von Wettbewerbsverzerrungen zu berücksichtigen und nachzuweisen sind, ist allerdings nicht auf bestimmte Verhaltensweisen und auch nicht notwendig auf den Anwendungsbereich der Art. 101 und 102 AEUV beschränkt. Auch die Art. 106, 107 ff. AEUV und die Wettbewerbsregeln im Bereich der Fusionskontrolle gestatten es nur in begrenztem Umfang, drittstaatliche Maßnahmen zu berücksichtigen oder für die Fallbeurteilung relevante Informationen aus Drittstaaten zu ermitteln.

²²⁷ Vgl. Heim, M., How can European competition law address market distortions caused by state-owned enterprises?, Bruegel Policy Contribution No. 18. Dezember 2019, S. 5 f. (dort zu SOEs).

²²⁸ Deren Fehlen im Zusammenhang mit dem Antidumpingrecht wurde bereits kritisiert; vgl. Abschn. 3.1.1.3 in diesem Hauptgutachten.

²²⁹ Müller-Ibold, T., Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik, ZEuS 2020, 239 (258). hinsichtlich der kartellrechtlichen Beurteilung mit Verweis auf EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Februar 1992, IV/31.370 und 31.446 – UK Agricultural Tractor Registration Exchange, ABl. L 68 vom 13. März 1992, S. 19, Tz. 35 ff.; bestätigt zuletzt durch EuGH, Urteil vom 28. Mai 1998, C-7/95 P – John Deere, Slg. 1998, I-3138, ECLI:EU:C:1998:256.

²³⁰ Siehe Tz. 97 ff. in diesem Hauptgutachten zu ähnlichen Problemen, die sich bei Ermittlungen gegenüber Unternehmen mit datenbezogenen Geschäftsmodellen im Digitalbereich stellen können.

In dem Umfang, in dem auch in Hinblick auf diese Regeln Schutzlücken festzustellen sind, sollte nach Auffassung der Monopolkommission eine einheitliche Lösung gesucht werden (siehe unten Abschn. 4.1).

3.1.2.2 Anwendung von Art. 101 AEUV in Bezug auf Abwehr- und Exportkartelle

695. Im Fall von wettbewerbsverfälschenden Verhaltensweisen, die durch den chinesischen Staat veranlasst werden (z. B. staatlich geförderten Kampfpreisen) ist es möglich, dass europäische Unternehmen die Bildung eines Abwehrkartells innerhalb des EU-Binnenmarktes oder umgekehrt eines Exportkartells zur Koordinierung auf dem chinesischen Markt in Betracht ziehen. Dabei könnte auch ein Exportkartell als Abwehrmaßnahme fungieren, wenn es den kartellbeteiligten Unternehmen (zumindest unter anderem) dazu dienen soll, Nachteile zu kompensieren, die sie gegenüber Unternehmen auf dem chinesischen Markt haben, die vom dortigen Staat kontrolliert oder finanziert werden. Im Vergleich mit solchen Kartellen erscheint die Weiterentwicklung des regulatorischen Instrumentariums allerdings vorzugswürdig.

Abwehrkartelle grundsätzlich unzulässig

696. Abwehrkartelle, die im EU-Binnenmarkt als Reaktion auf wettbewerbsverfälschende Verhaltensweisen anderer Marktteilnehmer eingegangen werden, sind unionsrechtlich grundsätzlich nicht hinnehmbar. Das gilt auch im vorliegenden Kontext, insbesondere soweit das abzuwehrende wettbewerbsverfälschende Verhalten in einem Dumping besteht. Denn insoweit ist zu bedenken, dass der bestehende EU-Rechtsrahmen den betroffenen Branchen die Möglichkeit eröffnet, Antidumpingmaßnahmen zu beantragen, die die EU-Institutionen zu ihrem Schutz in den Außenverhältnissen der EU ergreifen können.²³¹ Abwehrkartelle innerhalb des EU-Binnenmarktes sind nach dem in Art. 101 AEUV enthaltenen Kartellverbot im Übrigen nur dann zu rechtfertigen, wenn sich damit einhergehende überwiegende wirtschaftliche Vorteile zugunsten der Verbraucher nachweisen lassen (vgl. Art. 101 Abs. 3 AEUV). Bei Kartellen, mit denen sich in der EU ansässige Unternehmen primär gegen Mitbewerber aus Drittstaaten zur Wehr setzen, dürften solche überwiegenden Verbrauchervorteile allerdings in der Regel nicht vorliegen.

Exportkartelle theoretisch möglich, aber praktisch im Regelfall problematisch

697. Exportkartelle lassen sich theoretisch einfacher als die zuvor behandelten Abwehrkartelle rechtfertigen. Denn solche Kartelle beziehen sich von vornherein auf eine Markttätigkeit außerhalb der EU. Damit können sie den durch Art. 101 AEUV geschützten EU-Binnenmarkt zumindest dann nicht beeinträchtigen, wenn sichergestellt ist, dass sie sich im Binnenmarkt gar nicht auswirken.²³² Im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind die früheren Genehmigungsmöglichkeiten für Exportkartelle seit 1999 trotzdem gestrichen worden, da internationale Handelsvereinbarungen der Genehmigung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen mit Wirkungen auf Märkten außerhalb Deutschlands entgegenstanden.

698. Eine rechtlich unbedenkliche (insb. rechtssichere) Ausgestaltung von Exportkartellen, durch die Auswirkungen im EU-Binnenmarkt ausgeschlossen werden können, ist schwierig. Zwar ist theoretisch denkbar, dass EU-Lieferanten vereinbaren, für einen absehbaren Zeitraum ausschließlich auf dem chinesischen Markt gemeinsam hohe Preise für ihre Produkte durchzusetzen. Allerdings wäre eine (schädliche) Auswirkung auf die Verbraucher in der EU in einem solchen Fall nur dann auszuschließen, wenn die Kartellvereinbarung keine zu exportierenden Mindestmengen vorsieht und sich ausschließlich auf nicht reimportierte Produkte bezieht.²³³ Für Auswirkungen auf die inländischen Verbraucher würde es nämlich bereits genügen, dass die Kartellvereinbarung ein Produkt

²³¹ Dies gilt zumindest bei Kartellen, die sich auf den Warenhandel beziehen. Bei Dienstleistungen sind Antidumpingmaßnahmen nicht möglich; siehe oben Tz. 626, 664.

²³² EuGH, Urteil vom 27. September 1988, 89/85 u.a. – Ahlström Osakeyhtiö u. a., Slg. 1988, 5193, ECLI:EU:C:1988:447, Rz. 16 ff.; für ein reines Exportkartell eine Handelsbeeinträchtigung ablehnend: Urteil vom 18. Februar 1986, 174/84 – Bulk Oil/Sun International, Slg. 1986, 559, ECLI:EU:C:1986:60, Rz. 44.

²³³ Vgl. Schroeder in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Band II, EL 64 Mai 2018, Art. 101 AEUV Rz. 699 ff. m. w. N.

betrifft, das als Input für andere Produkte verwendet wird, die anschließend in die EU importiert werden.²³⁴ Die Verflechtung der internationalen Lieferströme erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass kartellbetroffene Produkte als Input für Produkte verwendet werden, die anschließend in die EU importiert werden.

699. Davon abgesehen liegt es nahe, dass China auf Exportkartelle mit Gegenmaßnahmen reagieren würde. Hierfür spricht schon der Umstand, dass Exportkartelle mit verbraucherschädigenden Auswirkungen auf den chinesischen Markt nach dortigem Kartellrecht verboten und im Rahmen der chinesischen Handelspolitik als zu bekämpfende Wettbewerbsverzerrung anzusehen sein könnten. Etwaige chinesische Gegenmaßnahmen würden jedoch voraussichtlich den handelspolitischen Zielen der EU zuwiderlaufen.

700. In einer Gesamtschau dürften im geltenden europäischen Rechtsrahmen allenfalls äußerst enge Spielräume für Exportkartelle bestehen. Dies erscheint allerdings gerechtfertigt, da der Rechtsrahmen damit einem Risiko von Verbraucherschädigungen und Konflikten zwischen dem Wettbewerbsschutz und der Handelspolitik der EU vorbeugt.

Anpassung des regulatorischen Instrumentariums vorzugswürdig

701. Derzeit ist unklar, ob es zu Abwehr- oder Exportkartellen in der EU kommt. Solche Kartelle müssen nicht offengelegt werden. Die hohe Wahrscheinlichkeit, dass sie für unzulässig befunden werden, spricht auch dagegen, dass die Marktteilnehmer sie von sich aus offenlegen würden. Wenn es Abwehr- oder Exportkartelle geben sollte, mit denen die Marktteilnehmer in der EU auf Wettbewerbsverzerrungen durch die Einflussnahme des chinesischen Staates auf die Wirtschaft reagieren, könnte dies jedoch auf eine Regulierungslücke hindeuten. Denn grundsätzlich sollten die europäischen Außenhandels- und Wettbewerbsregeln die Marktteilnehmer im Binnenmarkt gegen Wettbewerbsverzerrungen der genannten Art wirksam schützen. Wenn ein derartiger Schutz fehlt, dann sollte die Verantwortung hierfür nicht auf die Marktteilnehmer verlagert, sondern die Regulierung angepasst werden. Auch diese Erwägungen sprechen aus Sicht der Monopolkommission dafür, gegebenenfalls Regelungen für die Problematik eines wettbewerbsverfälschenden drittstaatlichen Einflusses anzustreben (siehe unten Abschn. 4.1).

3.2 Instrumente zum Wettbewerbsschutz bei nicht marktwirtschaftlichen drittstaatlichen Maßnahmen

702. Ein politisch besonders sensibler Bereich ist betroffen, soweit Regelungen unmittelbar an nichtmarktwirtschaftliche drittstaatliche Maßnahmen anknüpfen, um die wettbewerbsverfälschenden Folgen dieser Maßnahmen zu neutralisieren. Im vorliegenden Kontext dreht sich die Diskussion um die außenwirtschaftsrechtliche Subventions- (Abschn. 3.2.1) und die wettbewerbsrechtliche Beihilfekontrolle (Abschn. 3.2.2) sowie um Regelungen in Bezug auf SOEs (Abschn. 3.2.3). Eine Sonderproblematik stellt die Berücksichtigung drittstaatlicher Kontrolle bzw. Finanzierung bei mitgliedstaatlichen Beschaffungsvorgängen dar (Abschn. 3.2.4). Aus Sicht der Monopolkommission spricht die Tatsache, dass der EU-Binnenmarkt bei näherer Betrachtung des vorhandenen Regelungsrahmens nur unvollständig gegen Wettbewerbsverfälschungen durch eine drittstaatliche Einflussnahme auf die Wirtschaft geschützt ist, für eine Ergänzung des bestehenden rechtlichen Instrumentariums (Abschn. 3.2.5).

3.2.1 Subventionskontrolle

703. Sinn und Zweck des Antisubventionsrechts der EU ist der Schutz der europäischen Wirtschaft vor der subventionierten Einfuhr von Waren aus Drittländern.²³⁵ Dienstleistungen sind nicht erfasst. Das Antisubventionsrecht der WTO basiert im Wesentlichen auf Art. VI, XVI GATT sowie dem Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, ASCM). Antisubventionsmaßnahmen

²³⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2010, 39.309 – LCD (Liquid Crystal Displays), Tz. 316 ff.

²³⁵ Lukas, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, ASub-GVO, EL 2 (April 2013), Art. 1 Rz. 1.

der EU stützen sich auf die Antisubventionsverordnung (AS-GVO)²³⁶. Diese überträgt die Bestimmungen des ASCM zu weiten Teilen.²³⁷

704. Art. 1 Abs. 1 AS-GVO erklärt den Grundsatz des EU-Antisubventionsrechts wie folgt: „Ein Ausgleichszoll kann eingeführt werden, um eine Subvention auszugleichen, die mittelbar oder unmittelbar für die Herstellung, die Produktion, die Ausfuhr oder die Beförderung einer Ware gewährt wird, deren Überführung in den zollrechtlich freien Verkehr in der Union eine Schädigung verursacht.“ Darin angelegt ist bereits die grundsätzliche Übereinstimmung mit dem Antidumpingrecht hinsichtlich einer Vielzahl von Voraussetzungen. So wird für die Vornahme einer Antisubventionsmaßnahme ebenso die Feststellung einer kausalen Schädigung (Art. 8 u. 9 AS-GVO) verlangt sowie ein möglicherweise entgegenstehendes Unionsinteresse (Art. 31 AS-GVO) berücksichtigt. Die gemeinsamen Prüfungspunkte werden dabei grundsätzlich gleich behandelt, sodass diesbezüglich auf Abschnitt 3.1.1.1 verwiesen werden kann.

705. Im Verhältnis zueinander gilt, dass beide Verfahrenstypen gegenüber Einfuhren grundsätzlich parallel genutzt werden können, dass jedoch nicht zugleich ein Antidumping- und ein subventionsrechtlicher Ausgleichszoll in voller Höhe erhoben werden darf.²³⁸ Generell wird auf Antidumpingmaßnahmen deutlich häufiger zurückgegriffen als auf Antisubventionsmaßnahmen. So waren Ende 2019 94 Antidumpingmaßnahmen und 15 Ausgleichsmaßnahmen in Kraft.²³⁹ Allerdings ist in den vergangenen Jahren ein Anstieg bei der Einleitung von Antisubventionsverfahren – insbesondere gegenüber China – zu verzeichnen, was auf eine zukünftig stärkere Nutzung hinweisen könnte.²⁴⁰

706. Das Antisubventionsrecht der EU repräsentiert ein autonomes Vorgehen gegen die Einfuhr von subventionierten Waren. Daneben enthält das ASCM auch Regelungen über die Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens bei der WTO, mit dem sich das betroffene Land gegen die Subvention eines anderen WTO-Mitglieds richten kann (Art. 4 u. 7 ASCM).

3.2.1.1 Voraussetzungen einer ausgleichsfähigen Subvention

707. Zentrale Voraussetzung eines Ausgleichszolls im Sinne von Art. 1 Abs. 1 AS-GVO ist das Erfordernis einer ausgleichsfähigen Subvention, deren Voraussetzungen die EU nahezu wörtlich dem ASCM als WTO-rechtlichem Konsens entnimmt. Hiernach bedarf es zunächst einer Subvention sowie eines Vorteils (Art. 1 ASCM bzw. Art. 3 AS-GVO). Darüber hinaus muss die jeweilige Subvention spezifisch für ein Unternehmen oder einen Wirtschaftszweig oder eine Gruppe von Unternehmen oder Wirtschaftszweigen sein (Art. 2 ASCM bzw. Art. 4 AS-GVO).

708. Nach Art. 1 ASCM bzw. Art. 3 AS-GVO ist von einer Subvention auszugehen, wenn eine Regierung oder sonstige öffentliche Körperschaft eine finanzielle Beihilfe (*financial contribution*) leistet oder eine so genannte Einkommens- oder Preisstützung im Sinne von Art. XVI GATT besteht und dadurch ein Vorteil gewährt wird. Was unter einer finanziellen Beihilfe zu verstehen ist, wird in Art. 1.1. lit. a 1. i)-iv) ASCM bzw. Art. 3 Abs. 1 lit. a i)-iv) AD-GVO abschließend aufgeführt. Als Subvention sind danach der direkte oder potenzielle Transfer von Geldern (i), der Verzicht auf die Erhebung von normalerweise zu entrichtenden Abgaben (ii) sowie das Ankaufen oder Zurverfügungstellen von Waren oder Dienstleistungen, die nicht zur allgemeinen Infrastruktur gehören (iii), zu betrachten.

²³⁶ Verordnung (EU) 2016/1037 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. L 176 vom 30. Juni 2016, S. 55.

²³⁷ Verordnung (EU) 2016/1037 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. L 176 vom 30.6.2016, S. 55–91, Erwägungsgründe 2 und 3.

²³⁸ Lukas, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, ASub-GVO, EL 2 (April 2013), Art. 1 Rz. 20.

²³⁹ EU-Kommission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council, 38th Annual Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the EU's Antidumping, Antisubsidy and Safeguard activities and the Use of trade defence instruments by Third Countries targeting the EU in 2019, 30. April 2020, COM(2020) 164 final, S. 2.

²⁴⁰ Bungenberg, M./Van Vaerenbergh, P., Countervailing Measures und das Chinesische Beitrittsprotokoll zur WTO, ZEuS 2020, 267 (275 ff.).

All diese Vorgehensweisen sind auch dann als Subventionen einzustufen, wenn sie über Zahlungen an einen Fördermechanismus oder über die Einbindung einer privaten Einrichtung erfolgen (iv).

709. Was unter einem Vorteil zu verstehen ist, wird weder durch das ASCM, noch die AS-GVO ausdrücklich bestimmt, jedoch wurde der Begriff in der WTO-Rechtsprechung grundsätzlich so ausgelegt, dass der Empfänger durch die Subvention besser gestellt sein muss als unter gewöhnlichen Marktbedingungen.²⁴¹ Die Kommission hat bereits frühzeitig Leitlinien für die Berechnung von Subventionen in Ausgleichszolluntersuchungen erlassen, um einen Überblick über ihre Berechnungsmethoden zu geben, wie sie „unter normalen Umständen“ zur Anwendung gelangen.²⁴²

710. Zwingende Voraussetzung für die Ausgleichsfähigkeit von Subventionen ist ihre Anfechtbarkeit. Dabei folgt die AS-GVO dem sogenannten Ampel-Ansatz (*traffic light approach*) des ASCM. Danach wird zwischen verbotenen, anfechtbaren und nicht-anfechtbaren Subventionen unterschieden. Verboten sind gemäß Art. 3 ASCM alle Subventionen, die de jure oder de facto allein oder zumindest als eine Bedingung an den Export oder den bevorzugten Verbrauch heimischer gegenüber importierten Waren anknüpfen. Sie werden automatisch als spezifisch angesehen (Art. 2.3 ASCM). Anfechtbar sind alle übrigen Subventionen, soweit ihre Spezifität festgestellt werden kann (Art. 2 ASCM) und sie eine Schädigung oder drohende Schädigung zur Folge haben (Art. 5, 6 ASCM). Nach Art. 8 ASCM sind Subventionen nicht anfechtbar, wenn sie nicht spezifisch sind oder die in Art. 8.2 ASCM enthaltenen Ausnahmebestimmungen erfüllen. Die Vorschrift war jedoch auf 5 Jahre befristet worden und ist Ende 1999 ausgelaufen.

711. Art. 4 AS-GVO macht die Spezifität zur entscheidenden Voraussetzung der Anfechtbarkeit, wobei Exportsubventionen im Sinne von Art. 3 ASCM gemäß Art. 4 Abs. 4 AS-GVO als spezifisch gelten, während dies für alle anderen Subventionsformen nach den Grundsätzen der Abs. 2 und 3 begründet festzustellen ist.

3.2.1.2 Ökonomische versus normative Begründungsansätze für das EU-Antisubventionsrecht

712. Ökonomisch betrachtet kann das Antisubventionsrecht der EU vor dem Hintergrund kritisiert werden, dass es keine Differenzierung zwischen wohlfahrtssteigernden und -mindernden Subventionen trifft. So werden beispielsweise Exportsubventionen rechtlich als besonders kritisch betrachtet, sie schädigen jedoch vor allem das Exportland selbst und nützen letztlich den Verbrauchern des Importlandes.²⁴³ Fokussiert man allein auf die europäische Wohlfahrt, ist ökonomisch betrachtet – wie auch beim Antidumpingrecht – allein der mögliche Aufbau und die Ausnutzung von Marktmacht zu einem späteren Zeitpunkt problematisch, in deren Folge es zu Preissteigerungen und damit einhergehend zu Wohlfahrtsverlusten in der EU kommen kann.²⁴⁴ Das Antisubventionsrecht bezieht demgegenüber die Einordnung von Subventionsarten aus dem WTO-rechtlichen Konsens und knüpft die Verhängung eines Ausgleichszolls an das Vorliegen einer Schädigung der Unionsindustrie. Diese Form der Kontrolle könnte ökonomisch betrachtet als entbehrlich angesehen werden.²⁴⁵

713. Allerdings ergibt sich für die EU eine normative Begründung einer Subventionskontrolle durch die Selbstbindung an das Beihilferecht gemäß Art. 107 ff. AEUV. Staatliche Zuwendungen der Mitgliedstaaten unterliegen der europäischen Beihilfekontrolle. Damit können europäische Unternehmen nicht unbegrenzt auf die finanziellen Mittel ihrer Heimatstaaten zurückgreifen, sondern nur dann, wenn diese nicht „den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“. Im Wettbewerb mit Unternehmen aus Drittstaaten, die über gar kein oder kein vergleichbares Beihilfenkontrollsystem verfügen, befindet sich die Unionsindustrie daher im Nachteil, soweit jene Unter-

²⁴¹ Müller, W., *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, A Commentary*, Cambridge 2019, S. 125 f.

²⁴² EU-Kommission, Mitteilung der Kommission - Leitlinien für die Berechnung der Höhe von Subventionen in Ausgleichszolluntersuchungen, ABl. C 394 vom 17. Dezember 1998, S. 6.

²⁴³ Vgl. Sykes, A., in: Macrory, P. F./Appleton, A. E./Plummer, M. G., *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Boston 2005, S. 84, 90 ff.

²⁴⁴ Ebenda, S. 92.

²⁴⁵ Ebenda, S. 103 ff.

nehmen von selektiven Begünstigungen profitieren, die nicht in den Ausnahmehereich des europäischen Beihilferechts fallen. Eine Ausnahme besteht nur insoweit wie dieser Nachteil im Einzelfall durch eine Unionsbeihilfe ausgeglichen wird.²⁴⁶

714. Aus ökonomischer Sicht lässt sich auch das europäische Beihilferecht in seiner konkreten Ausgestaltung durchaus kritisieren.²⁴⁷ Normativ betrachtet bildet die Beihilfekontrolle jedoch einen wesentlichen Bestandteil des europäischen Wettbewerbssystems. Das Antisubventionsrecht kann vor diesem Hintergrund als Kopplungsmechanismus angesehen werden, um gegenüber Wareneinfuhren aus Drittstaaten die Chancengleichheit im Binnenmarkt wiederherzustellen.

3.2.1.3 Forderungen an das Antisubventionsrecht im Hinblick auf den Umgang mit dem chinesischen Staatskapitalismus

715. Eine Vielzahl von Reformvorschlägen zum Umgang mit dem chinesischen Staatskapitalismus betrifft den Gesamtbereich der Subventionen, wobei das Antisubventionsrecht regelmäßig eine Rolle spielt.²⁴⁸ So wird bemängelt, dass über das Vorliegen von ausländischen Subventionen sowie das konkrete Ausmaß des daraus resultierenden Schadens nicht genügend Informationen vorliegen, weshalb die Kommission sich intensiver über chinesische Subventionen austauschen und verstärkt Untersuchungen durchführen soll, die zu einer weiteren Ausweitung der Informationsbasis führen.²⁴⁹ Auch würden europäische Unternehmen durch Subventionen auf Drittmärkten geschädigt, weshalb die Kommission hiergegen stärker vorgehen solle.²⁵⁰

716. Forderungen, die in direkter Weise mit einer Reform des WTO-Rechts zusammenhängen, betreffen die Notifizierungspflicht gemäß Art. 25 ASCM, den Umgang mit Industriesubventionen sowie die Einordnung von SOEs als eine öffentliche Stelle und damit als Subventionsgeber. Bezüglich der Notifizierungspflicht wird vorgebracht, dass diese aktuell von vielen Mitgliedern – darunter China – nicht eingehalten werde, weshalb die Durchsetzung verbessert werden müsse.²⁵¹ In diesem Zusammenhang wird teilweise gefordert, dass Subventionen, die entgegen Art. 25 ASCM nicht der WTO gemeldet wurden, automatisch als „marktverzerrend“ einzustufen sind²⁵² oder dass hiergegen andere Formen der Sanktionierung zugelassen werden.²⁵³ Eine weitere Forderung betrifft die Ausweitung der verbotenen Subventionen im Sinne von Art. 3 ASCM auf einzelne Industriebeihilfen, insbesondere zur

²⁴⁶ Zu dieser Ausgangsposition Weck, T./Reinhold, P., Europäische Beihilfenpolitik und völkerrechtliche Verträge, EuZW 2015, 376 (376 f.).

²⁴⁷ Siehe zu dieser Diskussion ausführlich Schwalbe, Ökonomische Grundlagen der Beihilfenkontrolle, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 5 Beihilfenrecht, 2. Auflage 2018, Einleitung Rz. 9 ff.

²⁴⁸ Vgl. im Folgenden Rhodium/Merics/BertelsmannStiftung, Beyond investment screening, 2019; Matthes, J., Handelspolitische Schutzinstrumente zum Umgang mit Wettbewerbsverzerrungen durch China, IW-Report 12/19; BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019; VDMA, Wettbewerber China – Handelspolitische Instrumente neu ausrichten, 2020; BusinessEurope, The EU and China: Addressing the Systemic Challenge, Januar 2020; EU-Kommission, A New Industrial Strategy for Europe, 2020.

²⁴⁹ Matthes, J., Handelspolitische Schutzinstrumente zum Umgang mit Wettbewerbsverzerrungen durch China, IW-Report 12/19, S. 18 f.; Rhodium/Merics/BertelsmannStiftung, Beyond investment screening, 2019, S. 24 u. 34; VDMA, Wettbewerber China – Handelspolitische Instrumente neu ausrichten, 2020, S. 5.

²⁵⁰ Matthes, J., Handelspolitische Schutzinstrumente zum Umgang mit Wettbewerbsverzerrungen durch China, IW-Report 12/19, S. 16 f.

²⁵¹ Rhodium/Merics/BertelsmannStiftung, Beyond investment screening, 2019, S. 24 u. 35; VDMA, Wettbewerber China – Handelspolitische Instrumente neu ausrichten, 2020, S. 5; BusinessEurope, The EU and China: Addressing the Systemic Challenge, Januar 2020, S. 48.

²⁵² Rhodium/Merics/BertelsmannStiftung, Beyond investment screening, 2019, S. 24 u. 35; VDMA, Wettbewerber China – Handelspolitische Instrumente neu ausrichten, 2020, S. 5. Zur Notifizierung auch Matthes, J., Handelspolitische Schutzinstrumente zum Umgang mit Wettbewerbsverzerrungen durch China, IW-Report 12/19, S. 19 f.; BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 14.

²⁵³ BusinessEurope, The EU and China: Addressing the Systemic Challenge, Januar 2020, S. 49.

Verhinderung von Überkapazitäten.²⁵⁴ Schließlich soll auf WTO-Ebene eine Neudefinition des Begriffs „*public body*“ vereinbart werden, da nach derzeitiger Rechtsprechung des WTO-Streitbeilegungsgremiums SOEs nicht hierunter zu fassen seien.²⁵⁵

717. Eine weitere Forderung, die in den Gesamtkontext der internationalen Subventionskontrolle eingeordnet werden kann, ist, dass China an den OECD-Konsens zu Exportkrediten²⁵⁶ gebunden werden soll.²⁵⁷ Hintergrund ist der Vorwurf, dass China in erheblichem Maße Gebrauch von Exportfinanzierungen macht, obwohl dies zu Störungen im wettbewerblichen Gleichgewicht führt und zudem regelmäßig nicht mit Art. 3 ASCM vereinbar ist.

3.2.1.4 Antisubventionsrecht deckt bereits jetzt eine Vielzahl von Forderungen ab

718. Reformen des Antisubventionsrechts können sich – wie bereits im Zusammenhang mit dem Antidumpingrecht festgestellt – nur innerhalb des WTO-rechtlich zulässigen Rahmens bewegen. Im Zuge der Reformen der Handelsschutzinstrumente ist auch die AS-GVO angepasst worden, ohne dass eine mit Art. 2 Abs. 6a AD-GVO vergleichbare Bestimmung zum Umgang mit nennenswerten Verzerrungen aufgenommen wurde. Die Monopolkommission sieht dennoch derzeit keinen weiteren Reformbedarf auf EU-Ebene. Auf WTO-Ebene sind dagegen Änderungen zur Absicherung der Kommissions-Praxis und zu einer noch größeren Effektivierung des Antisubventionsrechts wünschenswert. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass eine WTO-Reform bereits seit Jahrzehnten nicht vorankommt.

Ausweitung von anfechtbaren Subventionen entsprechend dem EU-Beihilferecht zu begrüßen

719. Während hinter einer multilateralen Regulierung von Dumping insbesondere die Begrenzung nationaler Spielräume in Dumpingverfahren steht, bestanden bereits bei den Verhandlungen zum GATT 1947 Bestrebungen, den Einsatz von Subventionen selbst zu begrenzen.²⁵⁸ Ökonomisch wie politisch betrachtet stellt sich dabei das Problem der Abgrenzung.²⁵⁹ Zwar wurde von den Vertragsparteien einerseits angenommen, dass sich Subventionen negativ auf eine effiziente Ressourcenallokation auswirken, jedoch greifen Staaten andererseits seit jeher in unterschiedlicher Weise auf Subventionen zurück, die dabei neben rein wirtschaftlichen z. B. auch sozialen Zwecken dienen.²⁶⁰ An einem vollständigen Subventionsverbot bestand daher nie ein ausgeprägtes politisches Interesse. Es wäre auch volkswirtschaftlich nicht zu begründen.

720. Im Rahmen der multilateralen Handelspolitik hat sich letztlich die Vorstellung durchgesetzt, dass jedenfalls diejenigen Subventionen begrenzt werden sollten, die sich besonders negativ auf den internationalen Handel auswirken, was insbesondere für den Bereich der Exportsubventionen angenommen wird. Annex I zum ASCM, auf

²⁵⁴ Rhodium/Merics/BertelsmannStiftung, *Beyond investment screening*, 2019, S. 24 u. 35 f.; VDMA, *Wettbewerber China – Handelspolitische Instrumente neu ausrichten*, 2020, S. 5; BusinessEurope, *The EU and China: Addressing the Systemic Challenge*, Januar 2020, S. 48 f.

²⁵⁵ Rhodium/Merics/BertelsmannStiftung, *Beyond investment screening*, 2019, S. 24 u. 35 f.; Matthes, J., *Handelspolitische Schutzinstrumente zum Umgang mit Wettbewerbsverzerrungen durch China*, IW-Report 12/19, S. 16; VDMA, *Wettbewerber China – Handelspolitische Instrumente neu ausrichten*, 2020, S. 5; BusinessEurope, *The EU and China: Addressing the Systemic Challenge*, Januar 2020, S. 48 f.

²⁵⁶ OECD, *Arrangement on Officially Supported Export Credits*, January 2020, TAD/PG(2020)1 ([http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=tad/pg\(2020\)1](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=tad/pg(2020)1)), Abruf am 30. Juni 2020.

²⁵⁷ BDI, *Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?*, Januar 2019, S. 17; VDMA, *Wettbewerber China – Handelspolitische Instrumente neu ausrichten*, 2020, S. 8 f.

²⁵⁸ Irwin, D./Mavroidis, P./Sykes, A., *The Genesis of the GATT*, Cambridge 2008, S. 156 ff.

²⁵⁹ Vgl. Tz. 712.

²⁶⁰ Evans, J. W., *Subsidies and Countervailing Duties in the GATT*, *The International Trade Law Journal* 3 (Fall 1977), S. 211, 213. Die Vergabe von Subventionen zu industriepolitischen Zwecken geht bereits auf die Zeit des Merkantilismus zurück. Vgl. dazu Reinhold, P., „*Mercantilism*“, in Wolfrum, R., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Online Edition, May 2019, Rz. 8 ff.

den in Art. 3.1 lit. a ASCM Bezug genommen wird, beinhaltet eine Beispielliste von Exportsubventionen, die auf dem ursprünglichen OECD-Konsens von 1978 aufbaut. Es ist jedoch durchaus möglich, dass eine Exportsubvention nach Art. 3 ASCM verboten ist, die über den OECD-Konsens hinausgeht.²⁶¹ Der OECD-Konsens selbst ist seit 1978 kontinuierlich weiterentwickelt worden.²⁶²

721. Bei heimischen Subventionen (*domestic subsidies*) gestaltet sich die Abgrenzung noch schwieriger. Geht man von einem weiten ökonomischen Verständnis aus, so könnte theoretisch fast jedes Regierungshandeln Subventionselemente enthalten.²⁶³ Ein solches Verständnis wäre allerdings nicht praktikabel und auch nicht wünschenswert, weshalb sich im Zuge von politischen Verhandlungen schließlich ein Katalog von Subventionstypen und das Erfordernis der Spezifität sowie der Schädigung als ein Korrektiv entwickelt haben.²⁶⁴ Die EU hat im Zuge der Verhandlungen zum ASCM eher einschränkend auf die Einführung von Ausnahmetatbeständen gedrungen, was auch dem Prinzip der europäischen Beihilfenvergabe entspricht.²⁶⁵ Hierunter fielen z. B. gemäß Art. 8.2 c ASCM Beihilfen zur Anpassung an Umweltstandards. Die Ausnahmen des Art. 8 ASCM sind allerdings im Jahr 1999 ausgelaufen und machen z.B. europäische Unterstützungsleistungen zugunsten des Umweltschutzes zu einem potenziellen Ziel von Ausgleichsmaßnahmen und/oder Streitbeilegungsverfahren.

722. Betrachtet man die innerhalb des ASCM bzw. der AS-GVO aufgeführten Subventionstypen, so ist festzustellen, dass eine Vielzahl der Unterstützungen durch den chinesischen Staat hierunter subsumiert werden kann. Allerdings ist einerseits in Bezug auf einige Subventionsarten noch keine Vereinbarkeit mit dem WTO-Recht sichergestellt. Andererseits wird vielfach auf Beweisschwierigkeiten hingewiesen, die sich bei der Durchführung eines Anti-subsventionsverfahrens stellen.²⁶⁶ Beides spricht dafür, eine Anpassung des ASCM anzustreben, bei der konkrete handelsverzerrende Subventionen ausdrücklich aufgeführt werden und bei besonders verzerrenden Subventionen zudem eine Beweislastumkehr eingeführt wird. In diese Richtung gehen auch die Forderungen zu sogenannten „Industriesubventionen“, wie sie von Japan, den USA und der EU in ihrem trilateralen Dialogformat benannt werden.²⁶⁷ Danach sollen zukünftig eine Reihe von staatlichen Maßnahmen in Art. 3.1 ASCM aufgenommen und damit als verbotene Subventionen eingeordnet werden. Für eine Reihe anderer handelsverzerrender Subventionsarten wird zudem eine Beweislastumkehr vorgeschlagen.²⁶⁸

723. Die Monopolkommission begrüßt eine Überarbeitung oder Ergänzung des ASCM, bei der auf ökonomisch fundierter Basis eine Bewertung einzelner Subventionsarten in einer inzwischen eng vernetzten Weltwirtschaft

²⁶¹ Müller, W., *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, A Commentary*, Cambridge 2019, S. 601.

²⁶² OECD, *Evolution of the Arrangement on Officially Supported Export Credits*, 20 January 2020, TAD/PG(2020)2, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=tad/pg\(2020\)2&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=tad/pg(2020)2&doclanguage=en), Abruf am 30. Juni 2020.

²⁶³ Hufbauer, G. C./Shelton Erb, J., *Subsidies in International Trade*, Massachusetts/London 1987, S. 9 f.

²⁶⁴ Ebenda, S. 10 ff.

²⁶⁵ Müller, W., *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, A Commentary*, Cambridge 2019, S. 23 ff.

²⁶⁶ Vgl. Bown, C. P./Hillmann, J. A., *WTO'ing a Resolution to the China Subsidy Problem*, *Journal of International Economic Law* 22(4) 2019, 557 (569 f.).

²⁶⁷ Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union, 14 January 2020, Tz. 1. Dort werden genannt: „unlimited guarantees; subsidies to an insolvent or ailing enterprise in the absence of a credible restructuring plan; subsidies to enterprises unable to obtain long-term financing or investment from independent commercial sources operating in sectors or industries in overcapacity; certain direct forgiveness of debt“.

²⁶⁸ Ebenda, Tz. 2. Dort heißt es: „Certain other types of subsidies have such a harmful effect so as to justify a reversal of the burden of proof so that the subsidizing Member must demonstrate that there are no serious negative trade or capacity effects and that there is effective transparency about the subsidy in question. Subsidies having been discussed in this category include, but are not limited to: excessively large subsidies; subsidies that prop up uncompetitive firms and prevent their exit from the market; subsidies creating massive manufacturing capacity, without private commercial participation; and, subsidies that lower input prices domestically in comparison to prices of the same goods when destined for export. If such subsidy is found to exist and the absence of serious negative effect cannot be demonstrated, the subsidizing Member must withdraw the subsidy in question immediately.“

vorgenommen wird.²⁶⁹ Hierbei sollte berücksichtigt werden, dass der Einsatz von Subventionen in Einzelfällen auch ökonomisch effizient sein kann, insbesondere wenn es darum geht, ein Marktversagen zu beheben. Zudem können sich auch gleiche Subventionstypen je nach Marktbedingungen unterschiedlich auswirken. Dem entsprechend sollte aber in jedem Fall eine Analyse der Auswirkungen von Subventionen erfolgen. Die EU muss im Übrigen – angesichts des eigenen Beihilfesystems – ein Interesse an einer größtmöglichen Harmonisierung haben und auf die Wiederaufnahme von Ausnahmebestimmungen dringen.²⁷⁰ Hieraus erklärt sich die Strategie der EU, innerhalb von Freihandelsabkommen das eigene Beihilferecht so weit wie möglich zu „exportieren“, d. h., sich mit Drittstaaten auf ein gemeinsames Verständnis gegenüber Subventionen zu einigen, das dem EU-Beihilferecht weitestgehend entspricht.²⁷¹ Hierzu gehört auch, dass die EU bei Verhandlungen über eine Ausweitung von nach Art. 3.1 ASCM verbotenen Subventionen berücksichtigt, dass für diese gemäß Art. 2.3 ASCM eine Selektivität anzunehmen ist. Es könnte damit durch eine Ausweitung dazu kommen, dass europäische Beihilfen, die mangels Selektivität erlaubt sind, im Wege einer Reform des ASCM zukünftig verboten werden.

724. Neben einer Ausweitung von anfechtbaren Subventionen kann zudem durch die WTO-rechtliche Festschreibung einer Beweislastumkehr für einzelne Elemente eines Antisubventionsverfahrens eine Beschleunigung und Kosteneinsparung erreicht werden. Sie sollte jedoch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auf Fälle von verbotenen Subventionstypen beschränkt bleiben. Die Generaldirektion Handel hat inzwischen eine Datenbank zu den bisher von ihr behandelten Subventionen eingeführt, um dadurch eine Antragstellung zu erleichtern.²⁷²

725. Ebenfalls zu begrüßen wäre eine Bindung Chinas an den OECD-Konsens. Dies ist jedoch derzeit nicht absehbar. In der Zwischenzeit sollte für ein stärkeres Vorgehen der einzelnen WTO-Staaten gegen verbotene chinesische Exportsubventionen geworben werden.

Chinesische SOEs werden bereits durch die AS-GVO erfasst; Anpassungen des WTO-Rechts sind trotzdem wünschenswert

726. Häufig wird bemängelt, dass SOEs nicht durch das ASCM und damit auch die AS-GVO erfasst werden können.²⁷³ Tatsächlich hat die Berufungsinstanz des WTO-Streitbeilegungsgremiums erklärt, dass öffentliche Körperschaften im Sinne von Art. 1.1 lit. a ASCM nicht allein durch die Feststellung staatlicher Kontrolle bestimmt werden, sondern dass sie zumindest auch in gewissem Maße mit staatlicher Souveränität ausgestattet sein müssen.²⁷⁴ Dies bedeutet jedoch nicht, dass SOEs *per se* nicht als eine öffentliche Körperschaft angesehen werden können, sondern dass im Wege einer umfassenden Gesamtbetrachtung neben der staatlichen Kontrolle auch das Vorliegen einer staatlichen Funktion festzustellen ist.²⁷⁵

727. Die Europäische Kommission hat in der Vergangenheit bereits einen gemischten Ansatz verfolgt, bei dem sie nicht allein auf den Aspekt der staatlichen Kontrolle Bezug genommen hat.²⁷⁶ In der Antisubventionsentscheidung *Einfuhren von Elektrofahrrädern mit Ursprung in der Volksrepublik China* vom 17. Januar 2019 hat sie in umfassen-

²⁶⁹ Vgl. hierzu auch Hoekmann, B./Nelson, D., Spillovers, Subsidies and Multilateral Cooperation – Addressing Concerns Over Industrial Subsidies, Bertelsmann Stiftung Working Paper, 2020.

²⁷⁰ Weck, T./Reinhold, P., Europäische Beihilfenpolitik und völkerrechtliche Verträge, EuZW 2015, 376 (376 f.).

²⁷¹ Ebenda, S. 376 ff.; Neumann, F., Export des europäischen Beihilferechts, Wiesbaden 2019.

²⁷² Die Datenbank ist abrufbar unter <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/trade-defence/actions-against-imports-into-the-eu/anti-subsidy>, Abruf am 30. Juni 2020.

²⁷³ Van Vaerenbergh, P., EU Trade Defence Policy Against Unfair Trade From Chinese SOEs: Unilateral or Multilateral Approaches?, Geneva Jean Monnet Working Papers 01/2019, S. 10.

²⁷⁴ WTO, US – Definitive Antidumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Appellate Body Report v. 11.3.2011, Rz. 310 und 317.

²⁷⁵ Hierzu m. w. N. Müller, W., WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, A Commentary, Cambridge 2019, S. 66 ff.

²⁷⁶ Van Bael & Bellis, EU-Antidumping and Other Trade Defence Instruments, Sixth Edition, Alphen aan den Rijn 2019, § 11.04[A]; Van Vaerenbergh, P., EU Trade Defence Policy Against Unfair Trade From Chinese SOEs: Unilateral or Multilateral Approaches?, Geneva Jean Monnet Working Papers 01/2019, S. 10.

der und tiefgehender Weise die Einbindung chinesischer Banken in das Gesamtsystem des chinesischen Staatskapitalismus geprüft.²⁷⁷ Vor diesem Hintergrund hat sie – unter Bezugnahme auf die durch die WTO-Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen – eine staatliche Einbindung angenommen und dadurch eine Subventionsvergabe über eine öffentliche Körperschaft festgestellt.²⁷⁸ Auch gegenüber Stahleinfuhren aus China hat die Kommission entlang der durch das Berufungsgericht aufgestellten Voraussetzungen die Vergabe von Subventionen durch SOEs ermittelt.²⁷⁹ Damit ist eine grundsätzliche Anwendung der AS-GVO auf SOEs bereits derzeit möglich.

728. Wenngleich eine Einbeziehung von SOEs in die Subventionsprüfung schon jetzt gewährleistet ist, so ist der Nachweis der staatlichen Einbindung mit großem Aufwand verbunden und birgt die Gefahr, dass der betroffene Staat sein System anpasst oder zu verheimlichen versucht. Im Falle einer fehlenden Mitarbeit erlaubt es Art. 12.7 ASCM bzw. Art. 28 Abs. 1 AS-GVO zwar, auf verfügbare Informationen (*facts available*) zurückzugreifen. Dies hilft jedoch nicht in jeder Situation über das Informationsdefizit hinweg. Daher begrüßt die Monopolkommission die Reformvorschläge der EU – auch in Form des trilateralen Dialogs mit Japan und den USA – zur Überarbeitung des Begriffs der öffentlichen Körperschaft sowie einer Erhöhung von Transparenz bei der Subventionsvergabe auf Ebene der WTO.²⁸⁰

Auch transnationale Subventionen werden teilweise durch die AS-GVO erfasst

729. Als problematisch wird angesehen, dass die Marktstätigkeit subventionierter chinesischer Unternehmen in Drittländern den Wettbewerb im Verhältnis zu europäischen Unternehmen verzerrt (siehe Tz. 715). Grundsätzlich betrifft dies den Wettbewerb auf Drittmarkten, über welche die EU keine Hoheitsgewalt ausüben kann (Territorialitätsprinzip).

730. Werden chinesische Unternehmen in einem Drittstaat ausschließlich durch den chinesischen Staat subventioniert, so kann die EU in diesem Zusammenhang keine eigenen Ausgleichsmaßnahmen verhängen. Allerdings besteht zumindest die Möglichkeit zur Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens bei der WTO. Die EU müsste dabei nachweisen, dass es durch die chinesische Subvention zu einer „ernsthaften Schädigung“ gekommen ist, die sich beispielsweise in Form einer Verdrängung oder Verhinderung von Ausfuhren europäischer Waren „nach einem Drittlandmarkt“ ausgewirkt hat (Art. 5 lit. c, Art. 6.3 lit. b ASCM). Eine andere Möglichkeit zur Durchsetzung von subventionsrechtlichen Standards besteht in einem Export des Beihilferechts durch Freihandelsabkommen. Hierfür wäre jedoch weiterhin erforderlich, dass die vereinbarte Subventionskontrolle durch das jeweils nationale Recht auch tatsächlich durchgesetzt wird. Diese Durchsetzung durch einen Drittstaat kann die EU auf rechtlichem Wege jedoch nicht erzwingen.

731. Die Subventionierung von chinesischen Unternehmen, die sich in einem Drittstaat befinden, kann nur dann durch das europäische Antisubventionsrecht adressiert werden, wenn aus dem betreffenden Drittstaat Waren in die EU importiert werden. Erforderlich ist dafür, dass eine finanzielle Zuwendung dem Drittstaat selbst zugerechnet werden kann. So heißt es nach Art. 2 lit. a AS-GVO: „Für die Zwecke dieser Verordnung gilt eine Ware als subventioniert, wenn für sie eine anfechtbare Subvention im Sinne der Artikel 3 und 4 gewährt wird. Eine Subvention kann von der Regierung des Ursprungslands der eingeführten Ware oder von der Regierung eines Zwischenlands

²⁷⁷ EU-Kommission, Durchführungsverordnung (EU) 2019/72 der Kommission vom 17. Januar 2019 zur Einführung endgültiger Ausgleichszölle auf die Einfuhren von Elektrofahrrädern mit Ursprung in der Volksrepublik China, ABl. L 16 vom 18. Januar 2019, S. 5, Erwägungsgründe 96 ff.

²⁷⁸ Ebenda, Erwägungsgründe 176 ff.

²⁷⁹ EU-Kommission, Durchführungsverordnung (EU) 2019/688 der Kommission vom 2. Mai 2019 zur Einführung eines endgültigen Ausgleichszolls auf die Einfuhren bestimmter organisch beschichteter Stahlerzeugnisse mit Ursprung in der Volksrepublik China im Anschluss an eine Auslaufüberprüfung nach Artikel 18 der Verordnung (EU) 2016/1037 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 116 vom 3. Mai 2019, S. 39–74.

²⁸⁰ EU-Kommission, WTO Concept paper, S. 4 ; Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union, 14. Januar 2020, S. 2.

gewährt werden, aus der die Ware in die Union ausgeführt wird und das für die Zwecke dieser Verordnung als ‚Ausfuhrland‘ bezeichnet wird“.

732. Die Europäische Kommission geht neuerdings gegen derartige „transnationale Subventionen“ vor²⁸¹: Erstmals hat sie sich in dem Fall *Einfuhren von Waren aus Endlosglasfaserfilamenten mit Ursprung in Ägypten* mit der Subventionierung chinesischer Unternehmen durch einen Drittstaat beschäftigt.²⁸² In dem Fall ging es um einen innerhalb der so genannten „Suez Economic and Trade Cooperation Zone“ (Wirtschafts- und Handelskooperationszone Suez; SETC-Zone) ansässigen Hersteller von Waren aus Endlosglasfaserfilamenten (GFR). Bei der SETC-Zone handelt es sich um ein ägyptisch-chinesisches Projekt einer Sonderwirtschaftszone auf ägyptischen Territorium, dessen Anfänge in die 1990er zurückreichen und das inzwischen als Teil der „Neuen Seidenstraße“ („Belt and Road initiative“) fortlaufend weiterentwickelt wird.²⁸³ Unternehmen innerhalb der SETC-Zone erhalten besondere Steuervergünstigungen, Grundstücke sowie weitere Vorteile seitens der ägyptischen Regierung, während China dort Unternehmen ansiedelt und Finanz- sowie Sachmittel zur Verfügung stellt.²⁸⁴ Der in der SETC-Zone ansässige GFR-Hersteller Jushi Egypt wurde von der chinesischen Muttergesellschaft Jushi Group, die wiederum im Eigentum der SASAC steht, nach ägyptischen Recht gegründet und wird von China aus mit finanziellen Mitteln sowie Vorleistungen und Ausrüstung unterstützt.²⁸⁵ Jushi Egypt stellt in Ägypten GFR her, die dann in die EU ausgeführt werden. Die EU hat in dem Verfahren ermittelt, dass China derartige Sonderwirtschaftszonen im Ausland zur Stärkung der eigenen Unternehmen auf Drittmärkten sowie zur Umgehung von Handelsschutzmaßnahmen gegenüber chinesischen Ausfuhren einsetzt.²⁸⁶ Die Europäische Kommission hat vor diesem Hintergrund die besonderen Vorteile, die Jushi Egypt von der ägyptischen Regierung erhält, als eine Subventionierung im Sinne des Art. 3 AS-GVO angesehen, aber auch die vom chinesischen Staat ausgehenden Vorteile, da der ägyptische Staat diese „erkennt“ und „sich zu eigen gemacht“ habe.²⁸⁷ Sie hat dementsprechend Ausgleichszölle verhängt.

733. Entsprechend hat die Europäische Kommission in dem Fall *Einfuhren bestimmter gewebter und/oder gesteppter Glasfasermatten mit Ursprung in der Volksrepublik China und Ägypten* einen endgültigen Ausgleichszoll gegenüber Ausfuhren aus China, wie auch gegenüber Ausfuhren aus Ägypten verhängt.²⁸⁸ In einem noch anhängigen Fall gegenüber *Einfuhren bestimmter warmgewalzter Flacherzeugnisse aus nicht rostendem Stahl in Tafeln oder Rollen*

²⁸¹ Hierzu siehe auch Crochet, V./Hegde, V., China’s ‘Going Global’ Policy: Transnational Subsidies Under The WTO SCM Agreement, Working Paper No. 220, Februar 2020.

²⁸² Durchführungsverordnung (EU) 2020/379 der Kommission vom 5. März 2020 zur Einführung eines vorläufigen Ausgleichszolls auf die Einfuhren von Waren aus Endlosglasfaserfilamenten mit Ursprung in Ägypten, ABl. L 69 vom 6. März 2020, S. 14 sowie Durchführungsverordnung (EU) 2020/870 der Kommission vom 24. Juni 2020 zur Einführung eines endgültigen Ausgleichszolls und zur endgültigen Vereinnahmung des vorläufigen Ausgleichszolls auf die Einfuhren von Waren aus Endlosglasfaserfilamenten mit Ursprung in Ägypten und zur Erhebung des endgültigen Ausgleichszolls auf die zollamtlich erfassten Einfuhren von Waren aus Endlosglasfaserfilamenten mit Ursprung in Ägypten, ABl. L 201 vom 25. Juni 2020, S. 10.

²⁸³ Durchführungsverordnung (EU) 2020/870 der Kommission vom 24. Juni 2020 zur Einführung eines endgültigen Ausgleichszolls und zur endgültigen Vereinnahmung des vorläufigen Ausgleichszolls auf die Einfuhren von Waren aus Endlosglasfaserfilamenten mit Ursprung in Ägypten und zur Erhebung des endgültigen Ausgleichszolls auf die zollamtlich erfassten Einfuhren von Waren aus Endlosglasfaserfilamenten mit Ursprung in Ägypten, ABl. L 201 vom 25. Juni 2020, S. 10, Erwägungsgründe 35 – 48.

²⁸⁴ Ebenda.

²⁸⁵ Ebenda, Erwägungsgründe 47.

²⁸⁶ Ebenda, Erwägungsgründe 67-71.

²⁸⁷ Ebenda, Erwägungsgründe 72-87. Für die einzelnen Subventionsarten siehe die dortigen Abschn. 3.3.-3.5.

²⁸⁸ Durchführungsverordnung (EU) 2020/776 der Kommission vom 12. Juni 2020 zur Einführung endgültiger Ausgleichszölle auf die Einfuhren bestimmter gewebter und/oder genähter Erzeugnisse aus Glasfasern mit Ursprung in der Volksrepublik China und Ägypten und zur Änderung der Durchführungsverordnung (EU) 2020/492 der Kommission zur Einführung endgültiger Antidumpingzölle betreffend die Einfuhren bestimmter gewebter und/oder genähter Erzeugnisse aus Glasfasern mit Ursprung in der Volksrepublik China und Ägypten, ABl. L 189 vom 15. Juni 2020, S. 1.

(Coils) mit Ursprung in der Volksrepublik China und Indonesien wird diese Form der transnationalen Subventionen von den Antragstellern auf das Verhältnis zwischen China und Indonesien übertragen.²⁸⁹

734. Insgesamt sind transnationale Subventionen nach dem Vorstehenden also zumindest dann mit dem Antisubventionsrecht erfassbar, wenn eine Zurechnung zum Drittstaat festgestellt werden kann. Folgt man dieser Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission, wonach sich Staaten, die umfassende Wirtschaftsprojekte mit China vereinbaren und auf dieser Grundlage eine Subventionsvergabe durch den chinesischen Staat dulden, diese Subventionen „zu eigen machen“, so lässt sich das Antisubventionsrecht auf eine Vielzahl von Projekten entlang der Seidenstraßen-Initiative anwenden. Aus den genannten Entscheidungen ergeben sich damit weitreichende Konsequenzen. Diese betreffen nicht nur chinesische Einfuhren, sondern auch das betreffende Drittland. Bei Letzterem handelt es sich regelmäßig um ein Entwicklungsland, das durch diese Entscheidungspraxis in eine Zwickmühle gerät, da es einerseits auf Investitionen aus China angewiesen ist, andererseits jedoch in Folge einen beschränkten Zugang zum Binnenmarkt befürchten muss.²⁹⁰ Dies sollte bei einem Vorgehen berücksichtigt werden.

735. Einschränkend ist an dieser Stelle außerdem zu betonen, dass das Vorgehen der Kommission gegen derartige transnationale Subventionen bislang weder vor den europäischen Gerichten auf seine Vereinbarkeit mit der AS-GVO, noch auf Ebene der WTO auf seine Vereinbarkeit mit dem ASCM hin überprüft worden ist. In der Literatur hat die neue Anwendungsform des Antisubventionsrechts der EU bereits kritische Stimmen hervorgerufen.²⁹¹ Dabei wird bereits die Vereinbarkeit mit der AS-GVO angezweifelt.²⁹² Für das WTO-Recht ist festzustellen, dass grenzüberschreitende Konstellationen in der Vergangenheit zwar bereits eine Rolle gespielt haben bei Entscheidungen der WTO-Streitbeilegungsorgane.²⁹³ Eine Subventionsvergabe an eigene Unternehmen in einem Drittstaat selbst ist jedoch bislang noch nicht Gegenstand eines WTO-Verfahrens gewesen.

3.2.1.5 Anpassungen des Antisubventionsrechts der WTO wünschenswert; EU-Reform als „second best“

736. Aus dem Vorstehenden wird ersichtlich, dass das Antisubventionsrecht der EU eine Vielzahl von Konstellationen abdeckt, jedoch gleichzeitig auch nicht umfassend auf die chinesischen Unterstützungsmaßnahmen reagieren kann. Neben Lücken im bislang nur auf Waren begrenzten Anwendungsbereich, bleibt auch ein Ausgleich von Subventionen, die Unternehmen im Wettbewerb auf einem Drittlandsmarkt unterstützen, nur in Ausnahmefällen möglich (transnationale Subventionen). Überhaupt bleiben mangels Grenzüberschritts in den Binnenmarkt eine Reihe von Konstellationen der subventionierten Konkurrenz durch das Antisubventionsrecht unberücksichtigt. Hierzu gehört beispielsweise auch die Subventionierung von Unternehmen im Binnenmarkt durch den chinesischen Staat. Insgesamt wäre ein einheitliches Konzept einer internationalen Subventionskontrolle auf Grundlage des ASCM wünschenswert, das der EU-Beihilfekontrolle möglichst nahe kommt.

737. In einem ersten Schritt ist allerdings eine Absicherung der bereits bestehenden Kommissionspraxis durch das WTO-Recht anzustreben. Schließlich ist auch eine strengere Durchsetzung bereits bestehender Verpflichtungen wie der Notifikation von Subventionen gemäß Art. 25 ASCM ein wichtiger Schritt, um verbotene sowie anfechtbare

²⁸⁹ EU-Kommission Bekanntmachung der Einleitung eines Antisubventionsverfahrens betreffend die Einfuhren bestimmter warmgewalzter Flacherzeugnisse aus nicht rostendem Stahl in Tafeln oder Rollen (Coils) mit Ursprung in der Volksrepublik China und Indonesien, ABl. C 342 vom 10. Oktober 2019, S. 18.

²⁹⁰ Kritisch vor diesem Hintergrund Crochet, V./Hegde, V., China's 'Going Global' Policy: Transnational Subsidies Under The WTO SCM Agreement, Working Paper No. 220, Februar 2020, S. 18 f.

²⁹¹ Crochet, V./Hegde, V., China's 'Going Global' Policy: Transnational Subsidies Under The WTO SCM Agreement, Working Paper No. 220, Februar 2020; Crochet, V., Guest Post: The European Commission attempts to rein in BRI subsidies, 16. Juni 2020, <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/06/guest-post-the-european-commission-attempts-to-rein-in-bri-subsidies.html>, Abruf am 30. Juni 2020.

²⁹² Ebenda.

²⁹³ WTO, Brazil – Export Financing Programme for Aircraft, Panel Report vom 14. April 1999, WT/DS46/R sowie Appellate Body Report v. 2.8.1999, WT/DS46/AB/R.

Subventionen identifizieren und rechtlich adressieren zu können. Bezüglich der Notifikationspflicht ist allerdings zu beachten, dass Staaten nur diejenigen Maßnahmen notifizieren werden, die aus ihrer Sicht eine Subvention darstellen.²⁹⁴ Hierzu ist unter anderem vorgeschlagen worden, dass Staaten auch Subventionen anderer Staaten melden können sollten.²⁹⁵ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, jedoch enthebt dies nicht von der Notwendigkeit eines gemeinsamen Verständnisses davon, wie eine Subvention zu definieren ist.

738. Auf Ebene der WTO wird durch den trilateralen Dialog zwischen den USA, Japan und der EU im Bereich von Subventionen auf Reformen gedrängt.²⁹⁶ Gleichzeitig sind es jedoch aktuell gerade die USA, die eine effektive Durchsetzung durch das WTO-Streitbeilegungsgremium verhindern, indem sie der Berufungsinstanz ihre Funktionsfähigkeit genommen haben. Materielle Reformen der WTO im Bereich der Subventionen sind auch aufgrund des Widerstands von Ländern wie China oder Indien derzeit eher unwahrscheinlich.

739. Damit bleiben als Möglichkeiten noch ein Beihilferechtsexport oder einzelne verfahrensrechtliche Anpassungen im Wege von Freihandelsabkommen. Hierbei stellt sich jedoch ebenfalls die Frage nach der Durchsetzung. Die EU hat in einigen ihrer Abkommen Vereinbarungen zu Subventionen aufgenommen, die über den bisherigen WTO-Konsens hinausgehen.²⁹⁷ Nicht in jedem dieser Abkommen unterliegen Beihilferegelungen jedoch dem internen Streitbeilegungsmechanismus. Grundsätzlich fehlt es derzeit noch an Erfahrungen dazu, ob eine Durchsetzung von Verpflichtungen eines Freihandelsabkommens im Wege einer schiedsgerichtlichen Überprüfung effektiv ist. Entscheidend wird sein, dass die Staaten die Entscheidungen des Schiedsgerichts akzeptieren. Die EU macht inzwischen von den Streitbeilegungsmechanismen innerhalb ihrer Freihandelsverträge Gebrauch, um Verpflichtungen durchzusetzen.²⁹⁸ Eine finale Entscheidung ist bislang jedoch noch in keinem der bisher eingeleiteten Fälle erfolgt.

740. Eine praktisch wirkungsvolle Reform der AS-GVO ist ihrerseits nur möglich, wenn sie auf einem angepassten Rahmen des WTO-Rechts aufbaut. Zukünftige Reformen der AS-GVO sollten in jedem Fall auf die bestehenden Anpassungsspielräume gemäß Abschnitt 10 und 15(b) des chinesischen Beitrittsprotokolls zurückgreifen.²⁹⁹ Diese spielen soweit erkennbar derzeit noch keine Rolle in der Antisubventionspraxis der Europäischen Kommission. Abschnitt 10 enthält eine Wiederholung der Pflicht Chinas zur Notifizierung von Subventionen im Sinne von Art. 1 ASCM, eine Verpflichtung zur Beendigung aller Subventionsprogramme, die nicht im Einklang mit Art. 3.1 ASCM stehen, sowie eine Vermutungsregel zur Spezifität von Subventionen gegenüber SOEs, soweit diese entweder die überwiegenden Empfänger darstellen oder wenn es sich dabei um unverhältnismäßig hohe Beträge handelt. Abschnitt 15(b) des Beitrittsprotokolls erlaubt zudem Anpassungen bei der Berechnung des Subventionsvorteils im Falle von „besonderen Schwierigkeiten“. Diese können angesichts eines staatskapitalistischen Systems angenommen werden, weshalb sich hierdurch die Möglichkeit für eine besondere Behandlung ergibt.³⁰⁰

741. Die Europäische Kommission scheint demgegenüber die Einführung eines neuen Instruments zum Umgang mit ausländischen Subventionen zu befürworten.³⁰¹ Dieses soll als Ergänzung der bestehenden Handelsschutzins-

²⁹⁴ Bown, C. P./Hillmann, J. A., WTO'ing a Resolution to the China Subsidy Problem, *Journal of International Economic Law* 22(4), 2019, 557 (577).

²⁹⁵ Ebenda; Rhodium/Merics/BertelsmannStiftung, *Beyond investment screening*, 2019, S. 24 u. 35.

²⁹⁶ Siehe hierzu Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union, 14. Januar 2020, S. 2.

²⁹⁷ Vgl. Weck, T./Reinhold, P., *Europäische Beihilfenpolitik und völkerrechtliche Verträge*, *EuZW* 2015, 376 (376 ff.); Reinhold, P., *CETA: „A good deal“ für die europäische Beihilfenpolitik*, *EWS* 2016, 136 (136 ff.); Neumann, F., *Export des europäischen Beihilferechts*, Wiesbaden 2019.

²⁹⁸ Vgl. die Übersicht unter <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/bilateral-disputes>, Abruf am 30. Juni 2020.

²⁹⁹ Bungenberg, M./Van Vaerenbergh, P., *Countervailing Measures und das Chinesische Beitrittsprotokoll zur WTO*, *ZEuS* 2020, 267 (267 ff.).

³⁰⁰ Ebenda, 267 (281 ff.).

³⁰¹ EU-Kommission, *Weißbuch: Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten*, COM(2020) 253 final, 17. Juni 2020, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/DE/COM-2020-253-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF>, Abruf am 30. Juni 2020; siehe dazu Abschn. 4.1.1.

trumente zum Einsatz kommen.³⁰² Auch die Monopolkommission befürwortet die Einführung eines neuen Instruments, das komplementär zur AS-GVO einzusetzen wäre und eine diesbezügliche Reform damit entbehrlich machen würde.³⁰³ Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass dies nur als zweitbeste Lösung gegenüber einer umfassenden WTO-Reform zu betrachten ist.

3.2.2 Beihilfekontrolle

742. Die Pflichten nach Art. 101 f. AEUV, welche Unternehmen im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeiten treffen, werden – abgesehen von Art. 106 Abs. 1 AEUV³⁰⁴ – durch Pflichten der EU-Mitgliedstaaten nach Art. 107 ff. AEUV ergänzt. Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.³⁰⁵ Beihilfen sind bei der Europäischen Kommission zu notifizieren und dürfen vor ihrer Genehmigung nicht gewährt werden.

743. Ziel der Art. 107 ff. AEUV ist es, den EU-Binnenmarkt gegen Fragmentierungen durch selektiv zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige eingesetzte und wettbewerbsverfälschende Fördermaßnahmen der Mitgliedstaaten zu schützen.³⁰⁶ Dieses Ziel reicht weiter als das Ziel des Schutzes gleicher Wettbewerbsbedingungen in bestehenden Einzelmärkten. Hintergrund ist die Verpflichtung, die die Mitgliedstaaten als Parteien der EU-Verträge übernommen haben, an der Errichtung eines EU-Binnenmarktes als übergeordnetem Ziel der EU mitzuwirken (Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV).

744. Das Beihilferecht ist infolgedessen auf Drittstaaten nicht anwendbar. Auch eine Förderung von Unternehmenstätigkeiten durch den chinesischen Staat kann somit beihilferechtlich nicht erfasst werden. Damit sind Unternehmen mit chinesischer staatlicher Unterstützung bei ihrer Tätigkeit im Binnenmarkt gegenüber Unternehmen mit Unterstützung durch einen EU-Mitgliedstaat bessergestellt.

745. Es besteht allerdings die Möglichkeit, mit Art. 107 ff. AEUV vergleichbare Regelungen in einem Freihandelsabkommen zu vereinbaren. Die Europäische Union hat derartige Vereinbarungen bereits in ihren Abkommen der „neuen Generation“ mit Kanada, Singapur, Südkorea und Vietnam getroffen, wobei sie eine Erweiterung der WTO-Antisubventionsregeln nach dem Vorbild des EU-Beihilferechts angestrebt hat.³⁰⁷ Mit China verhandelt die EU zum Zeitpunkt der Bearbeitung dieses Gutachtens über ein Investitionsabkommen, bei dem noch unklar ist, ob es in seiner Endfassung beihilferechtliche Regelungen beinhalten wird.

746. In der Diskussion um den Umgang mit dem chinesischen Staatskapitalismus sind demgegenüber verschiedene Vorstöße unternommen worden, um speziell das Beihilferecht der Europäischen Union als Ergänzung der Antisubventionsregeln auf unterschiedliche Weise nutzbar zu machen. Innerhalb des bestehenden Rahmens der EU-Verträge bestehen hierfür allerdings nur geringe Spielräume. Insbesondere dürfte es nach der Auslegung von Art. 107 Abs. 1 AEUV durch den Europäischen Gerichtshof nicht möglich sein, die Entscheidung eines Mitgliedstaates zur Öffnung seiner Märkte für Mittel aus einem Drittstaat als beihilferelevanten Sachverhalt anzusehen (Abschn. 3.2.2.1). Hinsichtlich Beihilfen von Mitgliedstaaten, um dem Einsatz von Finanzmitteln durch den chinesischen

³⁰² EU-Kommission, Weißbuch: Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final, 17. Juni 2020, S. 38.

³⁰³ Siehe dazu Abschn. 4.1.3.

³⁰⁴ Siehe hierzu Abschn. 3.2.3.

³⁰⁵ Dazu schon Monopolkommission, Sondergutachten 75, Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem, Baden-Baden 2017, Tz. 470 ff.; zur Abgrenzung von Subventionen auch schon EuGH, Urteil vom 23. Februar 1961, 30/59 – De Gezamenlijke Steenkolenmijnen In Limburg Gegen Hohe Behoerde Der Egks, Slg. 1959, 3 (42).

³⁰⁶ Siehe speziell zu den Art. 107 ff. AEUV die Nachweise in Mederer in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Vor Art. 107–109 AEUV Rz. 2.

³⁰⁷ Vgl. hierzu die umfassende Analyse bei Neumann, F., Export des europäischen Beihilferechts, 2019.

Staat etwas entgegenzusetzen, ist zu differenzieren. Auf der einen Seite haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Beihilfen zum Ausgleich von Finanzierungslücken bei Investitionen von gemeinsamem europäischem Interesse zu leisten (Abschn. 3.2.2.2). Auf der anderen Seite dürften Beihilfen zum Ausgleich von wettbewerbsverzerrenden drittstaatlichen Finanzmaßnahmen nur im Fall ihrer Koordinierung durch die Europäische Kommission zu rechtfertigen sein (Abschn. 3.2.2.3). In beiden Fällen stehen alternativ allerdings EU-Förderinstrumente zur Verfügung. Die beihilfefinanzierte Schaffung sogenannter Europäischer Champions ist in jedem Fall kritisch zu sehen (Abschn. 3.2.2.4).

3.2.2.1 Drittstaatliche Finanzmittel sind Mitgliedstaaten nicht zuzurechnen

747. Das Beihilferecht erfasst die Gewährung jeder wirtschaftlichen Vergünstigung unabhängig von ihrer Ausgestaltung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d. h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte.³⁰⁸ Ausgenommen sind allerdings solche Vergünstigungen, bei denen der Staat wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter handelt (sogenannter Marktinvestortest).³⁰⁹ Abzugrenzen sind insbesondere Fälle, in denen ein Staat Vergünstigungen bei der Verfolgung politisch-strategischer Ziele gewährt, wie dies in Hinblick auf China angenommen wird.

748. In der Vergangenheit sind Investitionen aus chinesischen staatlichen Mitteln in verschiedenen Wirtschaftsbereichen in der EU vorgekommen. Dies schloss Investitionen in kritische Infrastrukturen ein, bei denen sich die Mitgliedstaaten eine eigene Entscheidung über die Vereinbarkeit solcher Investitionen mit der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorbehalten. Beispiele sind die Investitionen in die italienischen Häfen von Genua und Triest und den griechischen Hafen von Piräus im Rahmen des Projekts „Neue Seidenstraße“ (die Transportroute Genua–Rotterdam ist die wichtigste EU-Transportroute). Entsprechend ist die Beteiligung des Stromnetzbetreibers State Grid China an CDP Reti und weiterer chinesischer Unternehmen am italienischen Gasnetz einzuordnen. Auch andere Investitionen mit chinesischen Staatsmitteln können eine Mitwirkung mitgliedstaatlicher Stellen erfordern, etwa wenn eine genehmigungsbedürftige Infrastruktur errichtet werden soll oder die Geschäftstätigkeit als solche genehmigungsbedürftig ist.

749. Eine mögliche Frage ist, ob Investitionen aus chinesischen staatlichen Mitteln den Mitgliedstaaten, die daran mitwirken, dass solche Investitionen in der EU stattfinden, für die Zwecke einer beihilferechtlichen Überprüfung zugerechnet werden können. Die Beihilfekontrolle würde dann das Antisubventionsrecht mit Blick auf die Auswirkungen drittstaatlicher Finanzierungen auf den EU-Binnenmarkt ergänzen.

750. Ein Ansatz in diesem Sinne wäre es, wenn als staatliche Mittel im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV alle Geldmittel anzusehen wären, auf welche die öffentliche Hand in den Mitgliedstaaten zur Unterstützung von Unternehmen tatsächlich zurückgreifen kann. Die Leitlinien und die bisherige Praxis der Europäischen Kommission legen dies nahe. Denn danach ist nicht entscheidend, ob die Unterstützung unmittelbar aus dem Staatshaushalt finanziert wird oder ob es sich um Mittel privater Herkunft handelt.³¹⁰ Auch Mittel des Internationalen Währungsfonds

³⁰⁸ Vgl. EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1, Tz. 66.

³⁰⁹ Vgl. EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1, Tz. 73 ff.

³¹⁰ EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1, Tz. 57 ff.; siehe auch: EuGH, Urteil vom 30. Mai 2013, C-677/11 – Doux Elevage SNC, ECLI:EU:C:2013:348, Rz. 34; Urteil vom 19. März 2013, C-399/10 P u. C-401/10 P – Boygues Telecom, ECLI:EU:C:2013:175, Rz. 100; EuG, Urteil vom 12. Dezember 1996, T-358/94 – Air France, Slg. 1996, I-2109, Slg. 1996, II-2109, ECLI:EU:T:1996:194, Rz. 63–65; dazu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbspolitik für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 90.

(IWF) oder Mittel von EU-Fonds, die einer geteilten Mittelverwaltung unterliegen, gelten jedenfalls dann als staatliche Mittel, wenn die Mitgliedstaaten einen eigenen Ermessensspielraum bei der Verwendung der Mittel haben.³¹¹

751. Der Europäische Gerichtshof hat im Jahr 2019 allerdings klargestellt, dass es zusätzlich zu einer Verringerung eines Postens des Staatshaushalts oder einem hinreichend konkreten wirtschaftlichen Risiko für dessen Belastung kommen muss.³¹² Wenn Mittel aufgrund eines Vertrags zwischen einem Mitgliedstaat und dem Drittstaat in die EU fließen, ist eine solche Belastung oder ein solches Risiko allenfalls dann denkbar, wenn der Mitgliedstaat sich gegenüber einzelnen Begünstigten bereits zu Investitionen verpflichtet hat und deshalb hilfsweise einspringen müsste. Ansonsten dürften Mittel eines Drittstaats stets nur dem Drittstaat und nicht (auch) einem Mitgliedstaat zurechenbar sein.

752. Im Ergebnis dürfte es also im Regelfall nicht möglich sein, Investitionen aus chinesischen staatlichen Mitteln den Mitgliedstaaten für Zwecke einer beihilferechtlichen Überprüfung nach Art. 107 Abs. 1 AEUV zuzurechnen.

3.2.2.2 Mögliche Rechtfertigung für Beihilfen zum Ausgleich von Finanzierungslücken bei Investitionen von gemeinsamem europäischem Interesse

753. In Diskussionen zum Verhältnis zwischen der EU und China wird beklagt, dass die Einheit zwischen den Mitgliedstaaten durch das chinesische 17+1-Format infrage gestellt wird. Dieses Format ist der Rahmen, innerhalb dessen umfangreiche chinesische Investitionen in Europa erfolgen. Auf der einen Seite stehen Mitgliedstaaten, die dieses Format kritisch sehen und etwa im Bereich der Investitionskontrolle zusätzliche Maßnahmen treffen, um Gefährdungen von Interessen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auszuschließen. Auf der anderen Seite nehmen Mitgliedstaaten an den wirtschaftlichen Initiativen im Rahmen dieses Formats teil, um Investitionen zu ermöglichen, die unter Nutzung von Haushaltsmitteln der EU oder der Mitgliedstaaten nicht getätigt würden.

754. Nach Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV können Beihilfen als mit dem EU-Binnenmarkt vereinbar erklärt werden, die die Mitgliedstaaten zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats gewähren. Nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV gilt dasselbe für Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Ein gemeinsames europäisches Interesse lässt sich bejahen, soweit es um die Verfolgung von nur gemeinsam erreichbaren Zielen wie etwa den Schutz des EU-Binnenmarktes gegen die Entwicklung uneinheitlicher nationaler Politiken geht.³¹³

755. Als Beihilfen für Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse im Sinne von Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV werden üblicherweise Finanzierungsmaßnahmen notifiziert, die Unternehmen in den finanzierenden Mitgliedstaaten zugutekommen und die sich vor allem dort im Markt auswirken. Es kann sich aber prinzipiell auch um Maßnahmen handeln, die Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zugutekommen oder die sich in anderen Mitgliedstaaten auswirken. Ein Beispiel wäre die Unterstützung eines deutschen Investors, um diesen von Risiken bei einer Investition in südeuropäische Häfen zu entlasten.

756. Die Europäische Kommission hat in einer Mitteilung Kriterien festgelegt, nach denen die Beihilfen der Mitgliedstaaten zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse auf ihre Vereinbarkeit

³¹¹ EU-Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden für staatliche Beihilfen bei den Finanzinstrumenten der europäischen Struktur- und Investitionsfonds (ESI-Fonds) für den Programmplanungszeitraum 2014–2020, SWD(2017) 156 final, 2. Mai 2017, S. 6.

³¹² EuGH, Urteil vom 28. März 2019, C-405/16 P – Deutschland/Kommission, ECLI:EU:C:2019:268, Rz. 48, 57–60.

³¹³ Vgl. Bernd/Martenczuk, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EU-Recht, 7. Aufl. 2015, AEUV, Art. 107 Rz. 368. Ergänzend ist auch Art. 106 Abs. 2 AEUV zu beachten, sofern die Maßnahme lediglich dazu dient, einen finanziellen Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu schaffen; siehe hierzu z. B. Kühling/Geilmann/Weck, ZHR 182 (2018), 539.

mit dem Binnenmarkt gewürdigt werden (sogenannte IPCEI-Mitteilung).³¹⁴ Die Mitteilung soll dazu beitragen, dass die Mitgliedstaaten vor allem große transnationale Vorhaben fördern, die das Wirtschaftswachstum, die Beschäftigung und die Wettbewerbsfähigkeit Europas spürbar erhöhen.³¹⁵ Danach muss das geförderte Vorhaben ein Ziel der Union unterstützen und signifikante Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit oder die Wertschöpfung innerhalb der Union haben.³¹⁶ Ausreichend ist es, wenn das Vorhaben aus einer zwischen Mitgliedstaaten abgestimmten Tätigkeit besteht, um gegen eine gemeinsame Bedrohung vorzugehen oder für ein gemeinsames Ziel zu arbeiten.³¹⁷ Bisher ist die Mitteilung nur in wenigen Fällen für mögliche Fördermaßnahmen der Mitgliedstaaten relevant geworden (Batteriezellfertigung, Mikroelektronik).³¹⁸ Dabei ist noch kein Vorhaben auf die Abwehr einer gemeinsamen Bedrohung gestützt worden, sodass bislang ungeklärt bleibt, was hierunter zu verstehen ist. Ein gemeinsames Ziel kann im Schutz des Binnenmarktes gegen eine Fragmentierung durch uneinheitliche nationale Politiken gesehen werden. Dies folgt aus der bereits in Abschnitt 2.1 herausgearbeiteten Integrität des Binnenmarkts, wie sie sich aus den Verträgen ergibt.³¹⁹ Die Beihilfen gelten als mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn die positiven Auswirkungen für das Ziel von gemeinsamem europäischem Interesse die beihilfebedingten Wettbewerbsverzerrungen und Beeinträchtigungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten überwiegen.

757. In entsprechender Weise können über Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV sektorale Beihilfen genehmigungsfähig sein, die Finanzierungsmaßnahmen durch Drittländer kompensieren sollen. Während Beihilfen speziell zur Förderung von Ausfuhren in Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht genehmigungsfähig sind, muss bei Beihilfen zur Förderung von Ausfuhren in Drittstaaten die Beihilfe auf ihre Auswirkungen auf den Binnenmarkt überprüft werden.³²⁰ Zumindest soweit die Beihilfen den Binnenmarkt nur geringfügig beeinflussen, wäre eine Genehmigung somit nicht ausgeschlossen. Bei Ausfuhrbeihilfen ist jedoch wiederum zu beachten, dass diese nach dem WTO-Recht verboten sind (Art. 3 ASCM) und daher zu Ausgleichszöllen in China führen können.

758. Auch die Genehmigung von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. a AEUV für Investitionen in wirtschaftlich unterdurchschnittlich entwickelten Gebieten mit außergewöhnlich niedriger Lebenshaltung oder erheblicher Unterbeschäftigung kann zu rechtfertigen sein, um Investitionen von außereuropäischen Unternehmen, die eine finanzielle Unterstützung aus Drittstaaten erhalten, entgegenzutreten. So könnten europäische Unternehmen veranlasst werden, Investitionen innerhalb Europas zu tätigen und müssten nicht staatlich unterstützten Unternehmen aus Drittstaaten den Markt überlassen.

759. In Deutschland gibt es eine Reihe von Förderinstrumenten, die grundsätzlich für Beihilfen im zuvor genannten Sinn eingesetzt werden könnten. Ein mögliches Beispiel ist der Fonds zur Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung (KENFO), der Gelder für die Stilllegung und den Abbau kerntechnischer Anlagen vorhält und der im Rahmen seiner Vermögensverwaltung auch langlaufende Investitionen in Infrastrukturprojekte vornimmt (als Eigenkapitalbeteiligungen oder Kredite unterschiedlicher Seniorität).³²¹ Zwar wird gegen den Einsatz deutscher

³¹⁴ EU-Kommission, Mitteilung – Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, ABl. C 188 vom 20. Juni 2014, S. 2. IPCEI = Important Projects of Common European Interest.

³¹⁵ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 13. Juni 2014, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_14_673, Abruf am 30. Juni 2020.

³¹⁶ EU-Kommission, Mitteilung – Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt ABl. C 188 vom 20. Juni 2014, S. 2, Tz. 14; ferner Tz. 15 zu den von der Mitteilung abgedeckten Zielen.

³¹⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 8. März 1988, 62/87 – Executif regional wallon, Slg. 1988, 1573, ECLI:EU:C:1988:132, Rz. 22.

³¹⁸ Siehe EU-Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Begleitunterlage Bericht über die Wettbewerbspolitik 2018, SWD(2019) 297 final, 14. Oktober 2019, S. 32 f.

³¹⁹ In Hinblick auf die harmonische Gestaltung der Außenbeziehungen (Art. 206 AEUV) siehe ergänzend unten Abschn. 4.2.2 zur EU-Konnektivitätsstrategie.

³²⁰ Kühling/Rüchardt in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107, Rz. 144.

³²¹ <http://www.entsorgungsfonds.de/>.

Förderinstrumente im Ausland eingewandt, der deutsche Staat dürfe sich nicht an einem „Ausverkauf“ von Infrastrukturen in anderen Mitgliedstaaten beteiligen.³²² Im vorliegenden Kontext wäre allerdings zu berücksichtigen, dass der Einsatz der Förderinstrumente für Zwecke erfolgt, die von den IPCEI-Kriterien gedeckt sind und an denen folglich ein Unionsinteresse besteht.³²³ In Einzelfällen könnte für die betreffenden Beihilfen sogar eine Gruppenfreistellung in Betracht kommen.³²⁴ Hintergrund ist die Erkenntnis, dass bestimmte Infrastrukturen für die Funktionsfähigkeit des europäischen Binnenmarktes von außerordentlicher Bedeutung sind. Zudem versprach sich der Unionsgesetzgeber von der genannten Regelung eine Stärkung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts in der EU.³²⁵ Alternativ zu mitgliedstaatlichen Beihilfen können zur Finanzierung von andernfalls nicht rentablen Projekten oder Investitionen aber auch europäische Förderinstrumente genutzt werden.

3.2.2.3 Mögliche Rechtfertigung für Beihilfen zum Ausgleich von wettbewerbsverzerrenden drittstaatlichen Finanzmaßnahmen (Defensivmaßnahme)

760. In Anbetracht der mit drittstaatlichen Subventionen einhergehenden Benachteiligung europäischer Unternehmen ist verbandsseitig gefordert worden, im EU-Beihilferecht die Möglichkeit sogenannter „Matching“-Klauseln zu verankern. Diese sollen es erlauben, dort staatliche Beihilfen einzusetzen, wo staatliche Unterstützungsmaßnahmen von Drittländern den Wettbewerb verzerren.³²⁶

761. Aus ökonomischer Sicht ist insoweit zu betonen, dass Subventionen vor allem dann zu rechtfertigen sind, wenn sie dazu dienen, ein sogenanntes Marktversagen zu beheben. Demgegenüber gibt es keine direkte ökonomische Rechtfertigung, um auf drittstaatliche Subventionen mit eigenen Subventionen für einzelne Unternehmen oder Wirtschaftszweige zu reagieren. Zwar können drittstaatliche Subventionen zu Wettbewerbsverzerrungen auf dem EU-Binnenmarkt führen. Anstatt in einen Subventionswettlauf zu geraten, der die staatlichen Haushalte bzw. die Steuerzahler belastet, sollten derartige Subventionen aber direkt adressiert werden, um negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu unterbinden. Zu beachten ist insofern, dass ökonomisch nicht gerechtfertigte Subventionen zu einer Fehlallokation ökonomischer Ressourcen bzw. zu Markt- und Wettbewerbsverzerrungen sowohl auf den direkt betroffenen Märkten als auch auf vor- und nachgelagerten Märkten führen können. Speziell mit Blick auf die EU kann es zudem zu Wettbewerbsverfälschungen zwischen den Mitgliedstaaten kommen, sofern die Mitgliedstaaten die betroffenen Unternehmen oder Industrien in unterschiedlichem Maße unterstützen. Des Weiteren würden Unternehmen aus Drittstaaten in der EU benachteiligt, die weder von ihrem Heimatstaat noch einem EU-Mitgliedstaat Subventionen erhalten. Schließlich ist auch zu beachten, dass von solchen Subventionen negativ betroffene Drittstaaten ihrerseits mit handelspolitischen Gegenmaßnahmen, z. B. in Form von Ausgleichszöllen, reagieren können, sofern die subventionierten europäischen Unternehmen ins Ausland exportieren. Insgesamt ist die Idee von Matching-Klauseln daher kritisch zu betrachten.

762. Von der Einführung möglicher Matching-Klauseln abzugrenzen sind mögliche staatliche Unterstützungsmaßnahmen, die dazu dienen sollen, etwaige nationale oder europäische Markteingriffe auszugleichen, welche aus übergeordneten politischen Gründen erfolgen und zu Wettbewerbsnachteilen für europäische Unternehmen führen. Ein Beispiel hierfür sind etwa strengere Standards im Bereich des Umweltschutzes in Europa, die dazu führen,

³²² Siehe z. B. BT-Drs. 18/8629, S. 3 oder Deutschlandfunk-Reportage vom 2. September 2017, Aufbauhilfe oder Ausverkauf? - Deutsche Investoren in Griechenland.

³²³ Dazu näher Abschn. 3.2.2.3 im Anschluss und dort insb. Tz. 764.

³²⁴ Dies kommt etwa im Fall von Beihilfen zur Unterstützung von Seehäfen in Betracht; siehe Art. 56b VO (EU) Nr. 651/2014 vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187 vom 26. Juni 2014, S. 1; eingefügt durch VO (EU) 2017/1084 der Europäischen Kommission zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 in Bezug auf Beihilfen für Hafen- und Flughafeninfrastrukturen [...], ABl. L 156 vom 20. Juni 2017, S. 1.

³²⁵ Verordnung (EU) 2017/1084 der Europäischen Kommission zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 in Bezug auf Beihilfen für Hafen- und Flughafeninfrastrukturen [...], ABl. L 156 vom 20. Juni 2017, S. 1.

³²⁶ BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 18 f.

dass europäische Unternehmen stärker belastet werden als Unternehmen aus Drittstaaten. In diesem Fall verfügen Unternehmen aus Drittstaaten nicht etwa aufgrund staatlicher Subventionen, sondern aufgrund weniger strenger Anforderungen über Kosten- und damit über Wettbewerbsvorteile. Um dem zu begegnen, hat etwa das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in der Nationalen Industriestrategie 2030 das folgende „Ordnungspolitische Prinzip“ definiert:

„Soweit der Staat [eigene] Eingriffe, die aus übergeordneten politischen Gründen erforderlich sind, in ihren wettbewerbsschädlichen Wirkungen ausgleicht, ist dies keine Subvention, sondern die Wiederherstellung von Vergleichbarkeit im Wettbewerb. Dies muss im Einklang mit EU-Recht möglich sein.“³²⁷

763. Im Falle legitimer, übergeordneter Ziele kann es aus Wettbewerbsgründen prinzipiell zu rechtfertigen sein, derartige Kosten- bzw. Wettbewerbsnachteile für europäische Unternehmen auszugleichen, um ein Unterlaufen dieser Ziele durch den Import günstigerer Waren, die in Drittstaaten unter weniger strengen Anforderungen hergestellt wurden, zu vermeiden. Dies gilt insbesondere, sofern in Drittstaaten international vereinbarte Mindeststandards unterlaufen werden. Denkbar erscheinen insofern vor allem Grenzausgleichsabgaben auf Importe sowie Steuererstattungen auf Exporte. Allerdings können solche Markteingriffe von Drittstaaten als protektionistischer Akt angesehen werden und in der Folge zu Handelskonflikten führen bzw. handelspolitische Gegenmaßnahmen provozieren. Vorzugswürdig ist insoweit grundsätzlich die Vereinbarung international einheitlicher Standards und Regelungen zur Erreichung übergeordneter Ziele.

764. Der Ausgleich von wettbewerbsverzerrenden Maßnahmen durch Drittstaaten ist in den EU-Beihilferegeln nicht ausdrücklich als Maßnahme von gemeinsamem europäischem Interesse definiert worden. Allerdings sieht die IPCEI-Mitteilung bereits jetzt eine „externe Dimension“ des Beihilferechts vor:

„Um tatsächliche oder potenzielle direkte oder indirekte Verzerrungen des internationalen Handels zu vermeiden, kann die Kommission der Tatsache Rechnung tragen, dass Wettbewerber außerhalb der Union (in den vergangenen drei Jahren) für vergleichbare Vorhaben direkt oder indirekt Beihilfen gleicher Intensität für ähnliche Vorhaben erhalten haben bzw. noch erhalten werden. Wenn jedoch nach drei Jahren noch mit Verzerrungen des internationalen Handels zu rechnen ist, kann der Bezugszeitraum entsprechend den besonderen Gegebenheiten des jeweiligen Wirtschaftszweigs verlängert werden. Soweit möglich, legt der betreffende Mitgliedstaat der Kommission ausreichende Informationen vor, damit sie die Lage — und insbesondere die Notwendigkeit, den Wettbewerbsvorteil eines Wettbewerbers in einem Drittland zu berücksichtigen — beurteilen kann. Liegen der Kommission keine Fakten über die gewährte oder geplante Beihilfe vor, kann sie sich in ihrer Entscheidung auch auf andere Indizienbeweise stützen.“³²⁸

765. In erster Linie dienen Beihilfen nach den IPCEI-Kriterien zwar dazu, solche Projekte zu ermöglichen, die aus Sicht der Unternehmen nicht rentabel oder überhaupt finanzierbar sind.³²⁹ Durch die gezielte Förderung von Unternehmen in Bereichen, die eine besondere Finanzkraft erfordern, dürften Beihilfen nach diesen Kriterien aber grundsätzlich auch zum Ausgleich von Wettbewerbsnachteilen gewährt werden können. Beihilfen dürften bei entsprechendem politischen Willen aber möglicherweise auch darüber hinaus zugunsten europäischer Wirtschaftsteilnehmer genutzt werden können, sofern es um die Verhinderung eines Know-how-Transfers von der EU in außereuropäische Drittstaaten geht. Die Sicherung der Innovationsfähigkeit der EU-Marktteilnehmer kann nämlich als legitimes europäisches Interesse angesehen werden.

766. Allerdings ist einschränkend zu beachten, dass bei Beihilfemaßnahmen, die den Wettbewerb im Binnenmarkt verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, eine Abwägung zwischen der Wettbewerbsverfälschung in der EU und der Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten einerseits und einem Ausgleich von Wettbewerbsnachteilen im Verhältnis zu Unternehmen aus Drittstaaten andererseits vorzunehmen

³²⁷ BMWi, Nationale Industriestrategie 2030, Stand: Februar 2019, S. 14.

³²⁸ EU-Kommission, Mitteilung – Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt ABl. C 188 vom 20. Juni 2014, S. 2, Tz. 34.

³²⁹ Siehe zuvor Abschn. 3.2.2.2.

ist. Außerdem ermächtigt das Beihilferecht die Mitgliedstaaten nicht, selbst Ziele zu definieren, die sich auf den Handel zwischen der EU und Drittstaaten beziehen. Die Definition von Zielen, die sich auf den Handel zwischen der EU und Drittstaaten und den Ausgleich von Wettbewerbsnachteilen in diesem Handel beziehen, hat nach Art. 21 Abs. 2 EUV und Art. 207 Abs. 1 AEUV vielmehr durch die EU-Institutionen zu erfolgen.³³⁰

767. Eine weitere Einschränkung für Beihilfen zum Schutz der unternehmerischen Wettbewerbsfähigkeit nach den IPCEI-Kriterien ist dahingehend zu machen, dass mitgliedstaatliche Beihilfen schwieriger zu rechtfertigen sein dürfen, wenn sie einen Subventionswettlauf unter den EU-Mitgliedstaaten oder zwischen diesen und dem chinesischen Staat auslösen oder fördern können. Ein solcher Subventionswettlauf würde den Zielen der Subventionskontrolle grundsätzlich entgegenlaufen.

768. In jedem Fall obliegt es damit der Europäischen Kommission, die mögliche Bedeutung der IPCEI-Kriterien für Beihilfen zum Schutz der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen mit strategischen Kompetenzen zu konkretisieren. Dies ist z. B. in Hinblick auf Schlüsseltechnologien (Key Enabling Technologies, KETs) auch bereits geschehen. Hierbei handelt es sich um eine Gruppe von sechs Technologien: Mikro- und Nanoelektronik, Nanotechnologie, industrielle Biotechnologie, fortgeschrittene Werkstoffe, Photonik und fortgeschrittene Fertigungstechnologien.³³¹

769. Alternativ zu mitgliedstaatlichen Beihilfen können auch zum Schutz der unternehmerischen Wettbewerbsfähigkeit nach den IPCEI-Kriterien europäische Förderinstrumente genutzt werden, z. B. der Europäische Fonds für strategische Investitionen (EFSI) und die Programme der europäischen Struktur- und Investitionsfonds (ESIF).³³² Daneben stellt die Europäische Investitionsbank (EIB) Mittel zur Unterstützung beispielsweise von Infrastrukturprojekten in den Mitgliedstaaten bereit.³³³

3.2.2.4 Keine Spielräume für beihilfefinanzierte Schaffung Europäischer Champions im bestehenden Recht (Offensivmaßnahme)

770. In der deutschen politischen Diskussion um Maßnahmen, die finanziellen Fördermaßnahmen des chinesischen Staates oder staatlich kontrollierten Unternehmen etwas entgegensetzen, spielt die Schaffung Europäischer Champions eine erhebliche Rolle.

771. Die aktive Schaffung bzw. Förderung von Nationalen oder Europäischen Champions durch staatliche Maßnahmen ist kritisch zu sehen. Die hiermit verbundene Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb der EU bzw. der Aufbau von Marktmacht würde in erster Linie zulasten der europäischen Verbraucher gehen, welche überhöhte Preise zahlen müssten. Darüber hinaus bestehen für die Unternehmen geringere Innovations- und Kosteneffizienzanreize, sodass zumindest hinterfragt werden kann, ob solche in ihrem Heimatmarkt vor Konkurrenz geschützten Unternehmen im internationalen Wettbewerb dauerhaft bestehen könnten. Anstatt durch eine aktive Förderung nationaler bzw. Europäischer Champions wettbewerbsbeschränkend in den Markt einzugreifen, sollte sich die Politik daher auf das Setzen attraktiver, allgemeiner wirtschaftlicher Rahmenbedingungen konzentrieren.

772. Die Bildung eines Europäischen Champions auf unternehmerische Initiative hin ist im geltenden Rechtsrahmen dann hinzunehmen, wenn das Unternehmenswachstum allein auf bessere Marktleistungen zurückzuführen ist (internes Wachstum). Dagegen ist die Bildung eines solchen Champions durch Zusammenschluss (externes

³³⁰ Vgl. auch EU-Kommission, Entscheidung vom 18. Dezember 2013, C(2013) 4424 final, Fall SA.33995 (2013/C) – Deutschland (Unzulässigkeit einer Beihilfe zum Schutz internationaler Wettbewerbsfähigkeit speziell für deutsche Unternehmen); dazu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 106.

³³¹ Siehe: https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/key-enabling-technologies_en. Die Bedeutung der Definition als Schlüsseltechnologien für die Zwecke der Überprüfung von Beihilfemaßnahmen nach den IPCEI-Kriterien ist zuvor schon vom österreichischen Rat für Forschung und Technologieentwicklung hervorgehoben worden; siehe https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20190322_OTS0126/effiziente-einbindung-oesterreichs-in-die-europaeische-industriepolitik-von-hoher-dringlichkeit.

³³² EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Aufstellung des Programms „InvestEU“, 6. Juni 2018, COM(2018) 439 final, S. 1; außerdem <https://www.eib.org/de/projects/regions/european-union/greece/index.htm#>.

³³³ <https://www.eib.org/de/projects/regions/european-union/greece/index.htm#>.

Wachstum) grundsätzlich nicht möglich. Das gilt zumindest dann, wenn ein solcher Europäischer Champion durch eine hohe Marktmacht innerhalb der EU und eine hohe Wettbewerbsfähigkeit auf den Nicht-EU-Märkten gekennzeichnet wäre. Der Zusammenschluss mehrerer Unternehmen, um ein im EU-Binnenmarkt marktbeherrschendes neues Unternehmen zu bilden, wäre nach geltenden Fusionskontrollregeln grundsätzlich unzulässig. Eine Differenzierung danach, ob der Zusammenschluss zu besseren Wettbewerbschancen der fusionierten Unternehmen auf den globalen Märkten führt, ist nicht vorgesehen.³³⁴ Soweit die Beteiligten ein wirtschaftlich autarkes Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) gründen oder ihre Aktivitäten in einem nicht autarken Gemeinschaftsunternehmen bündeln, wäre die Koordinierung des Verhaltens der Beteiligten im EU-Binnenmarkt zudem nach dem Kartellverbot zu überprüfen und unterläge insoweit denselben Restriktionen wie Exportkartelle.³³⁵

773. Die mitgliedstaatliche Förderung von Europäischen Champions durch Maßnahmen, die den Art. 101 ff. AEUV widersprechen, ist nach Art. 106 Abs. 1 AEUV unzulässig. Die Mitgliedstaaten dürfen aufgrund ihrer Loyalitätspflichten auch keine sonstigen Maßnahmen treffen oder beibehalten, die im Ergebnis die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben, etwa durch eine nationale Unterstützung von Exportkartellen mit wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen im EU-Binnenmarkt (Art. 4 Abs. 3 EUV i. V. m. Art. 101 ff. AEUV).³³⁶

774. Es ist auch fraglich, ob eine mitgliedstaatliche Förderung von Europäischen Champions durch Beihilfen als Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse nach Art. 107 Abs. lit. 3 b AEUV zu rechtfertigen sein könnte.³³⁷ Die IPCEI-Mitteilung der Europäischen Kommission befasst sich zwar nicht ausdrücklich mit der Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen auf den Märkten außerhalb der EU. Allerdings wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Europäische Kommission ein europäisches Interesse am Schutz der Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen im Fall von Wettbewerbsverzerrungen durch drittstaatliche Maßnahmen definieren kann.³³⁸ Die Mitteilung sieht ferner schon heute die Möglichkeit vor, im Rahmen der Würdigung der Beihilfe zu berücksichtigen, dass Wettbewerber außerhalb der Union für vergleichbare Vorhaben direkt oder indirekt Beihilfen gleicher Intensität erhalten haben.³³⁹ Die Förderung eines Europäischen Champions durch Beihilfen würde allerdings nicht nur Wettbewerbsverzerrungen im internationalen Handel ausgleichen, sondern dem betreffenden Unternehmen sogar einen Vorteil im internationalen Handel verschaffen. Dieser Vorteil könnte den internationalen Wettbewerb verfälschen und träte insoweit neben die mit der Beihilfe verbundene Wettbewerbsverfälschung innerhalb der EU und die Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten. Die Außenbeziehungen der EU sind bisher allerdings nicht darauf ausgerichtet, europäischen Unternehmen besondere Vorteile im globalen Wettbewerb zu verschaffen, sondern vielmehr gleiche Wettbewerbschancen europäischer Unternehmen auf dem Weltmarkt zu schützen oder wiederherzustellen.³⁴⁰

775. Die industriepolitischen Ziele der EU sind entsprechend begrenzt. Nach Art. 173 Abs. 1 AEUV sorgen die Union und die Mitgliedstaaten zwar dafür, dass die notwendigen Voraussetzungen für die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Union gewährleistet sind. Die sonstigen Regelungen dieser Vorschrift bieten allerdings keine Grundlage dafür, dass die Union irgendeine Maßnahme einführt, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte (Art. 173 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV).³⁴¹ Eine beihilfebasierte Förderung Europäischer Champions, die über den Aus-

³³⁴ Art. 2 Abs. 2 und 3 und Erwägungsgründe 5 und 23 der VO 139/2004.

³³⁵ Art. 2 Abs. 4 FKVO; dazu auch Reidlinger in Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, FKVO nach Art. 103 AEUV Rz. 19 f.

³³⁶ EuGH, Urteil vom 21. September 1988, 267/86 – Van Eycke/ASPA, Slg. 1988, 4769, ECLI:EU:C:1988:427, Rz. 16.

³³⁷ Zu den relevanten Interessen Kühling/Rüchardt in Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 Rz. 133.

³³⁸ Siehe oben Tz. 768.

³³⁹ EU-Kommission, Mitteilung – Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt ABl. C 188 vom 20. Juni 2014, S. 2, Tz. 34.

³⁴⁰ Siehe oben Tz. 597 und 621.

³⁴¹ Siehe dazu Lurger in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 173 Rz. 36 (strenger Maßstab).

gleich von drittstaatlich induzierten Wettbewerbsverzerrungen hinausgeht und zugleich als „Kollateralschaden“ den Binnenmarkt strukturell schädigt, dürfte hiermit nicht vereinbar sein.

776. In jedem Fall läge auch in diesem Zusammenhang die Kompetenz dafür, die Kriterien für die Förderung Europäischer Champions zur Erhöhung ihrer Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Wettbewerb zu bestimmen, nach Art. 21 Abs. 2 EUV und Art. 207 Abs. 1 AEUV bei den EU-Institutionen.

3.2.3 Staatliche Wirtschaftslenkung über SOEs

777. Die Maßnahmen, mit denen der chinesische Staat die Wirtschaft über SOEs lenkt, sind ein bedeutender Aspekt in der Diskussion um den chinesischen Staatskapitalismus. Das Außenwirtschaftsrecht enthält keine Regelungen, die – abgesehen von der Subventionskontrolle – an Markteingriffe im Zusammenhang mit SOEs anknüpfen und hierfür eine Verantwortlichkeit des betreffenden Staates vorsehen.³⁴² Damit besteht eine potenzielle Regelungslücke, denn Staaten können durchaus auch außerhalb der durch die Subventionskontrolle erfassten Fälle auf von ihnen kontrollierte Unternehmen (Industrie- und Handelsunternehmen, aber auch z. B. Banken)³⁴³ Einfluss nehmen und so dafür sorgen, dass es beispielsweise zu Dumping kommt (z. B. durch Ausgestaltung der Regulierung oder der Behördenpraxis). SOEs kommt zudem bereits aufgrund ihrer Struktur sowie ihres regulatorischen Umfelds eine Marktposition zu, die ein wettbewerblich neutrales Verhältnis zu privaten Unternehmen verhindern kann.³⁴⁴ Es ist allerdings schwierig, Abwehrmaßnahmen direkt gegenüber einem Drittstaat zu treffen.

778. Das EU-Recht enthält dagegen Regelungen, die die beschriebene Lücke unmittelbar in Bezug auf die EU-Mitgliedstaaten schließen. Art. 106 Abs. 1 AEUV untersagt Maßnahmen der EU-Mitgliedstaaten zugunsten von öffentlichen Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten, wenn dadurch die Chancengleichheit im Wettbewerb auf dem Markt in einer Weise beseitigt wird, die mit den EU-Verträgen nicht vereinbar ist.³⁴⁵ Hinzu tritt der unionsrechtliche Loyalitätsgrundsatz, wonach die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche und beliebige sonstige Unternehmen keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten dürfen, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten (Art. 101 f. AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV). Nach der europäischen Rechtsprechung ist ein solcher Fall etwa dann gegeben, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 101 AEUV verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.³⁴⁶

779. Die angesprochenen Pflichten der Mitgliedstaaten gewinnen dort eine eigenständige Bedeutung, wo Wettbewerbsverfälschungen nicht auf ein autonomes Verhalten der betreffenden Unternehmen zurückzuführen sind oder aus anderen Gründen nicht mit Art. 101 f. AEUV erfasst werden können. Das wäre etwa dann der Fall, wenn ein Mitgliedstaat ein marktbeherrschendes öffentliches oder mit besonderen Rechten ausgestattetes Unternehmen hoheitlich – beispielsweise durch Preisregulierungsmaßnahmen – dazu anhält, auf Märkten in einem anderen Mitgliedstaat zu Kampfpreisen anzubieten. Ein anderer relevanter Fall wäre gegeben, wenn ein Mitgliedstaat – beispielsweise über eine politisch-strategisch gesteuerte Behördenpraxis – Kartelle im Sinne von Art. 101 AEUV erleichtert, sofern dadurch nur oder vorrangig Marktteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten geschädigt werden.

³⁴² Dem steht nicht entgegen, dass die staatliche Kontrolle als solche und unabhängig von mit ihrer Ausübung einhergehenden Markteingriffen außenwirtschaftsrechtlich relevant sein kann; siehe z. B. Art. 4 Abs. 2 lit. a VO 452/2019.

³⁴³ Siehe hierzu EU-Kommission, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Commission Staff Working Document on significant distortions in the economy of the people's republic of china for the purposes of trade defence investigations, 20. Dezember 2017, SWD(2017) 483 final/2, insb. Abschn. 5, 6 sowie 14 ff.

³⁴⁴ Capobianco/Christiansen, Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options, 2012.

³⁴⁵ EuGH, Urteil vom 10. Februar 2000, C-147/97 – Deutsche Post, Slg. 2000, I-825, ECLI:EU:C:2000:74, Rz. 49 ff.; Urteil vom 17. Mai 2001, C-340/99 – TNT Traco, Slg. 2001, I-4109 ECLI:EU:C:2001:281.

³⁴⁶ EuGH, Urteil vom 21. September 1988, 267/86 – Van Eycke/ASPA, Slg. 1988, 4769, ECLI:EU:C:1988:427, Rz. 16.

780. Es ist zu fragen, ob es – im Rahmen des WTO-rechtlich Zulässigen – vergleichbarer Regelungen bedarf, um wettbewerbsverfälschende Tätigkeiten chinesischer SOEs und gegebenenfalls sogar auch anderer chinesischer Unternehmen zu adressieren. Als beispielgebend könnte insofern die SOE-Klausel des EU-Singapur-Freihandelsabkommens angesehen werden.³⁴⁷ Haftungsnormen speziell für drittstaatliche SOEs dürften sich allerdings durch den Einsatz privatwirtschaftlicher Unternehmen auch umgehen lassen. Die Einführung von Haftungsnormen gerade für drittstaatliche SOEs könnte zudem auf die EU zurückschlagen. Denn gerade Art. 106 Abs. 1 AEUV führt in der Durchsetzungspraxis ein Schattendasein. Zumindest seit ungefähr der Jahrtausendwende sind nur sehr wenige Entscheidungen der Europäischen Kommission und keine Entscheidungen anderer Kartellbehörden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten in den EU-Mitgliedstaaten bekannt geworden, in denen die Vorschrift eine bedeutende Rolle gespielt hätte.³⁴⁸ Die Einführung einer entsprechenden Vorschrift für Drittstaaten könnte von den betroffenen Staaten – einschließlich Chinas – also mit einigem Recht als Mittel zu einer gezielten Schlechterbehandlung angesehen werden.

781. Eine andere Beurteilung könnte zu rechtfertigen sein, sofern es um Regelungen geht, mit denen Transparenzdefiziten begegnet werden soll. So finden insbesondere die Transparenzvorgaben für die finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und öffentlichen Unternehmen im Verhältnis zu Drittstaaten keine Anwendung.³⁴⁹ Die europäischen Behörden begegnen infolgedessen erhöhten Schwierigkeiten in ihrer Einschätzung, ob beispielsweise chinesische SOEs im EU-Binnenmarkt politisch-strategisch eingesetzt werden. Die relevanten Informationen hierzu sind häufig nur in China verfügbar. Ähnliche Probleme können sich, wenngleich in abgeschwächter Form, allerdings auch bezüglich anderer chinesischer Unternehmen ergeben, z. B. soweit es um die schon angesprochene Problematik staatlich erleichterter Kartelle geht. Aus Sicht der Monopolkommission sollte dieser Problematik mit einer speziellen Transparenzregelung begegnet werden (siehe unten Abschn. 4.1).

3.2.4 Sonderproblematik: Berücksichtigung drittstaatlicher Kontrolle bzw. Finanzierung bei mitgliedstaatlichen Beschaffungsvorgängen

782. Das Vergaberecht knüpft ebenso wie die Vorgaben der Art. 106, 107 ff. AEUV an ein Handeln der Mitgliedstaaten an und stellt einen Regelungsrahmen dar, der auch neben den genannten Vorschriften Anwendung finden kann. Das Vergaberecht dient dazu, einer staatlichen Bevorzugung heimischer Anbieter vorzubeugen („Hoflieferantentum“). Insofern wirkt das Vergaberecht einerseits einer staatlichen Fragmentierung des EU-Binnenmarkts und andererseits Wettbewerbsverfälschungen entgegen. Zum Schutz des Binnenmarktes kann es unter anderem im Unionsinteresse liegen, dass die EU-Mitgliedstaaten ihre Beschaffung auch in einer Weise einsetzen, die Marktzutritte von drittstaatlich kontrollierten oder finanzierten Unternehmen begrenzt. Das Vergaberecht kann insoweit auch außenwirtschaftsrechtlichen Zielen zugutekommen, indem es dazu eingesetzt wird, um Gegenseitigkeit (Reziprozität) im Verhältnis zu China herzustellen.

783. Die Teilnahme an mitgliedstaatlichen Beschaffungsvorgängen im EU-Binnenmarkt ist speziell für chinesische Unternehmen möglich, ohne dass hierbei außenwirtschaftsrechtliche Vorgaben der WTO zu beachten wären (Abschn. 3.2.4.1). Das EU-Vergaberecht enthält bisher nur rudimentäre Regelungen, um wettbewerbliche Chancengleichheit europäischer und drittstaatlicher Bieter bei Beschaffungsvorgängen im EU-Binnenmarkt zu gewährleisten (Abschn. 3.2.4.2).

³⁴⁷ Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur, ST/7972/2018/ADD/5, ABl. L 294 vom 14. November 2019, S. 3, Art. 11.3 sowie 11.4.

³⁴⁸ Siehe aber immerhin EU-Kommission, Entscheidung vom 5. März 2008, AT.38700 – Genehmigungen zur Braunkohlegewinnung zu Gunsten der Public Power Corporation S.A. durch die Hellenische Republik; Entscheidung vom 7. Oktober 2008, 39.562 – Slowakisches Postgesetz; Entscheidung vom 20. Oktober 2004, 38.745 – BdKEP - Beschränkungen im Bereich der Postvorbereitung; Entscheidung vom 23. Oktober 2001, 37.133 – Snelpd/France.

³⁴⁹ Siehe Richtlinie 2006/111/EG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den, öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. L 318 vom 17. November 2006, S. 17.

3.2.4.1 Keine außenwirtschaftsrechtlichen Vergaberegeln im Verhältnis zu China

784. Das bestehende Vergaberecht der EU ist allgemein unter Beachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen innerhalb des Rechtsrahmens der Welthandelsorganisation (WTO) ausgestaltet worden. Im Rahmen der WTO existiert ein Abkommen zum Vergaberecht, das „Government Procurement Agreement“ (GPA) (zuletzt geändert 2012). Ziel dieses Abkommens ist die Öffnung der Beschaffungsmärkte der jeweiligen Mitgliedstaaten.³⁵⁰ Im Zuge des Beitritts Chinas zur WTO haben die übrigen Mitglieder China aufgefordert, dem GPA beizutreten, woraufhin sich China verpflichtet hat einen Beitritt anzustreben. Dies ist bislang nicht erfolgt.³⁵¹ In den verbindlich gewordenen Textziffern des Berichts der Arbeitsgruppe zum chinesischen WTO-Beitritt heißt es:

“The representative of China stated that China intended to become a Party to the GPA and that until such time, all government entities at the central and sub-national level, as well as any of its public entities other than those engaged in exclusively commercial activities, would conduct their procurement in a transparent manner, and provide all foreign suppliers with equal opportunity to participate in that procurement pursuant to the principle of MFN treatment, i.e., if a procurement was opened to foreign suppliers, all foreign suppliers would be provided with equal opportunity to participate in that procurement (e.g., through the bidding process). [...] The representative of China responded that China would become an observer to the GPA upon accession to the WTO Agreement and initiate negotiations for membership in the GPA by tabling an Appendix 1 offer as soon as possible.”³⁵²

785. Die WTO-Regeln wirken trotz inhaltlicher Übereinstimmungen mit dem EU-Recht nicht unmittelbar in der EU. Deshalb ist das GPA auch kein Rechtmäßigkeitsmaßstab für das EU-Vergaberecht.³⁵³ Stattdessen entfaltet es rein mittelbare Wirkungen, indem die EU-Vergaberegeln GPA-konform auszulegen sind. Dies wird in den Fällen unbestimmter Rechtsbegriffe oder verbleibender Spielräume bei der nationalen Umsetzung des EU-Rechts relevant.³⁵⁴ Eine WTO-rechtskonforme Rechtsauslegung und -anwendung ist insbesondere anzustreben, soweit es um die Durchsetzung allgemeiner Rechtsprinzipien geht. WTO-Recht, europäisches Primär- und vergabespezifisches Sekundärrecht sowie nationales Verfahrensrecht werden dementsprechend gleichermaßen durch die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung bestimmt. In Verwirklichung des Wettbewerbsgrundsatzes ist außerdem einem möglichst großen Kreis potenzieller Anbieter die Teilnahme an den Ausschreibungen zu ermöglichen.³⁵⁵

3.2.4.2 EU-Vergaberecht ist durch eigenständiges Instrumentarium zur Schaffung wettbewerblicher Chancengleichheit im EU-Binnenmarkt zu ergänzen

786. Der bestehende Rechtsrahmen in der EU enthält bisher nur sehr vereinzelt Regelungen zu Angeboten, die unmittelbar Erzeugnisse³⁵⁶ aus Drittländern betreffen. Die Europäische Kommission hat im Juli 2019 eine Mitteilung mit Leitlinien zum Umgang mit Bietern und Waren aus Drittländern innerhalb des EU-Binnenmarktes veröffentlicht.³⁵⁷ Diese Leitlinien zielen nicht auf eine neuartige Interpretation des EU-Vergaberechts. Vielmehr sollen

³⁵⁰ Seidel/Mertens, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Bd. 2, H.IV Rz. 450.

³⁵¹ Anderes gilt für Hongkong; dazu Seidel/Mertens, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Bd. 2, H.IV Rz. 449.

³⁵² Dies ist in Tz. 339 und 341 WPRC enthalten, die über Tz. 342 i. V. m. Abschnitt 1.2 CBP verbindlicher Bestandteil der WTO-rechtlichen Bindungen Chinas geworden sind.

³⁵³ Weiß, NZBau 2016, 198 (199).

³⁵⁴ Ebenda, 198 (200).

³⁵⁵ Grundlage hierfür sind die Art. 49, 56 AEUV, dazu Jaeger, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, 2. Aufl. 2018, Einl. VergabeR, Rz. 188 f.; siehe auch EuGH, Urteil vom 29. März 2012 – C-599/10, Slg. 2011, I-10873, ECLI:EU:C:2012:191. Die Vorschriften sind im Deutschen Recht umgesetzt in § 97 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 GWB; dazu Burgi, in: NZBau 2008, 29 ff. sowie Höfler, NZBau 2010, 73 ff.

³⁵⁶ Waren mit Geldwert, die Gegenstand von Handelsgeschäften und damit von Lieferaufträgen, im Gegensatz zu Bau- bzw. Dienstleistungsaufträgen, sein können; vgl. Niestedt in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, 2. Aufl. 2018, § 55 SektVO Rz. 3 f. (dort zum deutschen Recht).

³⁵⁷ EU-Kommission, Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt (C(2019) 5494 final).

die aktuellen Regeln mit Hilfe informierter und in der Rechtsanwendung sicherer Vergabestellen im Rahmen der geltenden Richtlinien wirksamer durchgesetzt werden.

787. Dabei dienen die Leitlinien einem doppelten Ziel:

- Zum einen sollen „Verzerrungen auf den europäischen Beschaffungsmärkten vermieden werden, die durch Subventionen oder durch andere Formen staatlich unterstützter Finanzierungen in Drittländern entstehen“ (Schutz wettbewerblicher Chancengleichheit);
- Zum anderen sollen die Leitlinien einen Beitrag zur „Wahrung der Gegenseitigkeit beim Zugang zu ausländischen Beschaffungsmärkten“ leisten.³⁵⁸

788. In den Leitlinien wird klargestellt, dass nur Unternehmen aus Drittländern, mit denen die EU verbindliche internationale Übereinkommen oder bilaterale Freihandelsabkommen unterzeichnet hat, die sich auf die öffentliche Beschaffung erstrecken, über einen garantierten Zugang zum EU-Beschaffungsmarkt verfügen. Ferner wird auf die schon bestehende Möglichkeit hingewiesen, Angebote ablehnen zu können, die ungewöhnlich niedrig erscheinen. Die Leitlinien enthalten auch eine Liste von Fragen, die öffentliche Auftraggeber dem Bieter zur Klarstellung des Preises vorlegen können. Es wird allgemein erläutert, wie Sozial-, Umwelt- und Arbeitsstandards im Vergabeverfahren festgelegt und durchgesetzt werden können. Die Leitlinien beschreiben im Übrigen angemessene Vorgehensweisen bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten, für Zwecke einer strategischen Vergabe, im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und bei der Anwendung sektorspezifischer Sonderregelungen betreffend Waren aus Drittstaaten.

789. Ein ungewöhnlich niedriges Angebot liegt nach geltendem Recht vor, wenn der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen.³⁵⁹ In einem solchen Fall hat der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen und die Zusammensetzung des Angebots zu prüfen, wobei die übermittelten Unterlagen zu berücksichtigen sind. Die Prüfung kann insbesondere die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung betreffen; außerdem die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt; Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung; die Einhaltung gesetzlicher Verpflichtungen, insbesondere nach umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften; schließlich auch die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen.

790. Wenn der öffentliche Auftraggeber die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären kann, darf er den Zuschlag ablehnen. Der öffentliche Auftraggeber hat das Angebot zwingend abzulehnen, wenn er festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebots deshalb ungewöhnlich niedrig sind, weil gesetzliche Verpflichtungen nicht eingehalten werden oder weil der Bieter unrechtmäßige staatliche Beihilfen erhalten hat. Beim Verdacht eines Dumping-Angebots können Auftraggeber zunächst zusätzliche Erklärungen von den Bietern fordern und bei Nichtlieferung einer hinreichenden Begründung für den niedrigen Preis das Angebot ablehnen.³⁶⁰

791. Das geltende Vergaberecht gestattet des Weiteren eine strategische Vergabe in dem Sinne, dass „vergabefremde Kriterien“ im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können. Diese Möglichkeit besteht seit der EU-Vergaberechtsreform im Jahr 2014 auf jeder Stufe. So können insbesondere konkrete Anforderungen an die Qualität des Angebots und die Leistungserbringung gestellt werden, wie z. B. Reaktionszeiten, Anforderungen an die Vor-Ort-Verfügbarkeit, Regelungen zur Wertschöpfung oder die Einhaltung bestimmter Sozialstandards (Most

³⁵⁸ EU-Kommission, Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt (C(2019) 5494 final), S. 4.

³⁵⁹ Art. 49 RL 2009/81/EG; Art. 69 RL 2014/24/EU; Art. 84 RL 2014/25/EU; umgesetzt in § 33 VSVgV; § 60 VgV; § 55 SektVO; § 44 UVgO. Speziell zu den gesetzlichen Verpflichtungen siehe auch Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU.

³⁶⁰ Art. 69 Abs. 1 RL 2014/24/EU bzw. Art. 84 RL 2014/25/EU.

Economically Advantageous Tender – „MEAT“).³⁶¹ Eine Wettbewerbsverzerrung durch Drittstaaten könnte bereits innerhalb dieses Tests einkalkuliert werden.³⁶² Die genannten Kriterien könnten somit auch zur Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen für binnenmarktinterne und -externe Bieter im Rahmen von Vergabeverfahren beitragen. In der Praxis wird jedoch immer noch vorzugsweise nach dem Kriterium des niedrigsten Preises vergeben (55 %).³⁶³

792. In Bezug auf Verteidigung und Sicherheit müssen die Leitlinien berücksichtigen, dass die Kompetenz der EU-Mitgliedstaaten fortbesteht, eigenständig zu entscheiden, ob ihr Auftraggeber Wirtschaftsteilnehmern aus Drittländern die Teilnahme an Vergabeverfahren gestatten darf.³⁶⁴ Die Leitlinien enthalten diesbezüglich deshalb keine abschließenden Vorgaben, sondern benennen nur Handlungsoptionen.³⁶⁵ In Deutschland besteht kein generelles Teilnahmeverbot für Bieter aus Drittländern. Allerdings gestattet es § 7 Abs. 7 der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV), Bieter bei Verschlussachen der Geheimhaltungsstufe „VS-Vertraulich“ oder höher wegen fehlender Eignung auszuschließen. In diesem Kontext sind nach deutschem Recht nur Sicherheitsbescheide und Ermächtigungen anderer europäischer Mitgliedstaaten anzuerkennen, wobei zusätzliche Voraussetzung ist, dass die Sicherheitsbescheide und Ermächtigungen den deutschen Bestimmungen gleichwertig sind. Eine darüber hinaus bestehende Pflicht, Sicherheitsbescheide und Ermächtigungen aus einem Drittstaat als gleichwertig anzuerkennen, besteht nicht.

793. Das Sektorvergaberecht regelt die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste. Die Leitlinien verweisen insofern auf die bestehenden Regelungen zum Umgang mit Bietern und Waren aus Drittstaaten. Zu nennen ist in diesem Kontext insbesondere Art. 85 RL 2014/25/EU, der durch § 55 der Sektorenverordnung (SektVO) in deutsches Recht umgesetzt worden ist.³⁶⁶ Danach kann der Auftraggeber eines Lieferauftrags im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung Angebote zurückweisen, bei denen der Warenanteil zu mehr als 50 Prozent des Gesamtwertes aus Ländern stammt, die nicht Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind und mit denen auch keine sonstigen Vereinbarungen über gegenseitigen Marktzugang bestehen. Das gilt nur dann nicht, wenn die Bevorzugung eines verbliebenen Bieters zum Erwerb von Ausrüstungen führen würde, die andere technische Merkmale als die vom Auftraggeber bereits genutzten Ausrüstungen aufweisen, und wenn es dadurch bei Betrieb und Wartung zu Inkompatibilität oder technischen Schwierigkeiten oder zu unverhältnismäßigen Kosten kommen würde.

794. Die EU-Vergaberichtlinien werden – unabhängig von den Leitlinien – trotz der danach bestehenden Möglichkeiten zur Zurückweisung der Gebote von Bietern aus Drittstaaten als ergänzungsbedürftig angesehen. Insbesondere wird darin die Kontrolle oder staatliche Finanzierung eines Bieters durch Drittstaaten nicht explizit adressiert. Im Hinblick auf die zuletzt genannte 50 Prozent-Regel zur Erfassung von Waren und Dienstleistungen muss berücksichtigt werden, dass ein Erreichen dieser 50 Prozent-Grenze in Bezug auf einen einzelnen Drittstaat wie z. B. China

³⁶¹ Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU.

³⁶² Vgl. hierzu auch EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine Verordnung über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum EUBinnenmarkt für öffentliche Aufträge und über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus der Union zu den Märkten für öffentliche Aufträge von Drittländern, COM(2016) 34 final (nachfolgend: Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung), S. 11 und S. 24 (Art. 2 Nr. 1 lit. f.).

³⁶³ EU-Kommission, Mitteilung – Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa, COM(2017) 572 final, S. 5; siehe auch: EU-Kommission, Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt, ABL. C 271 vom 13. August 2019, S. 43 (54).

³⁶⁴ Vgl. Erwägungsgrund 18 UAbs. 2 S. 1 der RL 2009/81/EG. Bei Berührung wesentlicher Sicherheitsinteressen kann eine Vergabe nach den EU-Verträgen ohnehin ohne Anwendung der Richtlinie vergeben werden (Art. 346 AEUV).

³⁶⁵ EU-Kommission, Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt (C(2019) 5494 final), S. 11.

³⁶⁶ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rats vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABL. L 94 vom 28. März 2014, S. 243 ff.

umso unwahrscheinlicher wird, je mehr Marktzugangsabkommen insgesamt mit Drittstaaten bestehen. Produkte aus einzelnen Drittstaaten profitieren also indirekt von Marktzugangsabkommen, auch wenn jene Staaten selbst kein solches Marktzugangsabkommen schließen wollen.³⁶⁷ Das kann ein Trittbrettfahrer-Verhalten begünstigen. Ein weiteres Problem entsteht durch die zunehmende Internationalisierung von Lieferketten. Denn zur Vermeidung einer überschießenden Anwendung des Preisanpassungsmechanismus und zur effizienten Nutzung behördlicher Kapazitäten muss geklärt werden, wie die Verbindung von Unternehmen und Drittstaat ermittelt wird bzw. wie weit sie reichen soll.

795. Die Leitlinien können zwar inhaltlichen Fragen beantworten, aber keine verfahrensrechtlichen Defizite beheben. Das Vergaberecht wird bisher allein durch staatliche Stellen durchgesetzt. Nach dem Modell der EU-Antidumping-Untersuchungen im Güterhandel wird vorgeschlagen, dass auch Unternehmen im Bereich öffentlicher Aufträge ein wirksames Instrument erhalten, um auf einer effektiven Überprüfung von ungewöhnlich niedrigen Angebotspreisen zu bestehen.³⁶⁸ Mit Blick auf die Entscheidung darüber, ob ein solches dezentralisiertes Vorgehen zu ermöglichen ist, wäre allerdings zunächst der damit voraussichtlich verbundene zusätzliche Verwaltungs- und Kostenaufwand zu ermitteln.³⁶⁹

796. Das bestehende Vergaberecht erscheint aus Sicht der Monopolkommission reform- bzw. ergänzungsbedürftig. Der bestehende Rechtsrahmen erscheint überlastet. Das gilt jedenfalls, soweit es um den Schutz der wettbewerblichen Chancengleichheit für europäische Unternehmen im Verhältnis zu Unternehmen aus Drittstaaten geht. Der Umstand, dass ein Bieter staatlicher Kontrolle bzw. Finanzierung unterliegt und seine Gebote deshalb möglicherweise nach anderen als marktwirtschaftlichen Kriterien abgibt, kann im Vergabeverfahren nicht einheitlich als eigenständiges Kriterium berücksichtigt werden. Stattdessen findet sich eine Vielzahl von Einzelregelungen, die abgesehen vom Schutz der wettbewerblichen Chancengleichheit auch anderen Zielen dienen. Hierdurch entsteht eine unübersichtliche Gemengelage, bei der fraglich bleibt, ob sie einen wirksamen Schutz wettbewerblicher Chancengleichheit tatsächlich gewährleisten kann. Zu bedenken ist allerdings, dass für die Tätigkeit von Unternehmen im EU-Binnenmarkt, die drittstaatlicher Kontrolle bzw. Finanzierung unterliegen, neuartige Instrumente diskutiert werden, die einer Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen vorgeschaltet werden und durch die etwaige Wettbewerbsvorteile, die Unternehmen aus Drittstaaten im EU-Binnenmarkt haben, neutralisiert werden könnten (vgl. Abschn. 4.1).

3.2.5 Schließung verbleibender Regelungslücken zu empfehlen

797. Wenn Drittstaaten nicht marktwirtschaftliche Maßnahmen treffen, ist nach bisherigem Stand nur ein eingeschränkter Wettbewerbsschutz unmittelbar gegenüber diesen staatlichen Maßnahmen möglich. In Bezug auf den außenhandelsrechtlichen Regelungsrahmen wurde eine Lücke festgestellt, sofern Dienstleistungen oder Investitionen betroffen sind oder der chinesische Staat Unternehmen in der EU unterstützt und ihnen dadurch Wettbewerbsvorteile verschafft, jedoch ohne dass es zu einem Grenzübertritt chinesischer Waren kommt.³⁷⁰ Diese Lücke lässt sich nicht wettbewerbsrechtlich über die bestehenden Art. 106, 107 ff. AEUV schließen, weil diese Vorschriften keine Maßnahmen von Drittstaaten erfassen. Es ist auch nicht ohne Weiteres möglich, wettbewerbsverfälschende wirtschaftliche Vergünstigungen eines Drittstaats einem EU-Mitgliedstaat zuzurechnen, sodass der Anwendungsbereich der Beihilfekontrolle nach Art. 107 Abs. 1 AEUV eröffnet wäre.³⁷¹ Die Kontrolle von europäischen SOEs über Art. 106 Abs. 1 AEUV hat sich zudem als wenig praktikabel erwiesen.

³⁶⁷ Stehmann, in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, 40. Aufl. 2009, Rz. 129.

³⁶⁸ BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 16.

³⁶⁹ Das zentralisierte Verfahren nach der in Abschn. 4.2.1 näher behandelten IPI-Verordnung würde laut einer Schätzung der EU-Kommission bis zu EUR 3,5 Mio. einsparen, siehe EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, S. 9.

³⁷⁰ Siehe oben Tz. 636, 664, 736.

³⁷¹ Siehe oben Abschn. 3.2.2.1.

798. Eine begrenzte Möglichkeit, um auf sonst nicht erfassbare Maßnahmen von Drittstaaten zu reagieren, ergibt sich im Rahmen der Art. 107 ff. AEUV immerhin daraus, dass die EU-Mitgliedstaaten die heimischen Marktteilnehmer mit Beihilfen gegen einen wettbewerbsverfälschenden drittstaatlichen Einfluss auf die Wirtschaft schützen können.³⁷² Es ist also möglich, wettbewerbsverfälschenden Maßnahmen von Drittstaaten finanzielle Maßnahmen der Mitgliedstaaten entgegenzusetzen, die freilich – zumindest im Fall einer selektiven Anwendung – ihrerseits wettbewerbsverfälschend sind. Solche Maßnahmen sind allerdings nur zu rechtfertigen, wenn sie defensiv eingesetzt werden. Ihr offensiver Einsatz, um Europäische (oder gar Nationale) Champions zu schaffen, würde den Rahmen des beihilferechtlich Zulässigen sprengen.³⁷³

799. Eine Sonderproblematik ergibt sich sodann, soweit es um die Berücksichtigung drittstaatlicher Kontrolle bzw. Finanzierung im Rahmen von mitgliedstaatlichen Beschaffungsvorgängen geht. Der Umstand, dass ein Bieter einer drittstaatlichen Kontrolle bzw. Finanzierung unterliegt und seine Gebote deshalb möglicherweise nach anderen als marktwirtschaftlichen Kriterien abgibt, kann im Vergabeverfahren bislang nicht durchgehend als eigenständiges Kriterium berücksichtigt werden.

800. Aus Sicht der Monopolkommission spricht die Tatsache, dass der EU-Binnenmarkt nicht vollumfänglich gegen Wettbewerbsverfälschungen durch eine drittstaatliche Einflussnahme auf die Wirtschaft geschützt ist, für eine zu schließende Regelungslücke. Die außenhandelsrechtlichen Instrumente und die Möglichkeit zu beihilferechtlich zulässigen Gegenmaßnahmen können diese Lücke in keiner wettbewerbspolitisch befriedigenden Weise schließen. Es bedarf stattdessen eines Instruments, das möglichst unmittelbar an die durch die drittstaatlichen Maßnahmen ausgelöste Wettbewerbsverfälschung anknüpft. Dieses Instrument könnte auch bei mitgliedstaatlichen Beschaffungsvorgängen vorgeschaltet werden. Davon abgesehen hat sich auch im vorliegenden Kontext gezeigt, dass Sonderregelungen sinnvoll sein können, um Transparenzdefiziten bei drittstaatlichen Maßnahmen zu begegnen (siehe unten Abschn. 4.1).

3.3 Instrumente für Markteingriffe durch Veränderungen in der Marktstruktur

801. Die Marktstätigkeit von Unternehmen, die durch den chinesischen Staat kontrolliert oder durch ihn finanziert werden, kann sich nicht nur als Marktverhalten im EU-Binnenmarkt auswirken. Sie kann auch die Marktstruktur beeinflussen, etwa wenn die betreffenden Unternehmen europäische Mitbewerber übernehmen. In diesen Fällen können neben dem Interesse der EU am Schutz ihres Binnenmarktes auch Interessen der EU und der Mitgliedstaaten am Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung berührt sein.

802. Der Schutz des Binnenmarktes ist Aufgabe der Fusionskontrolle. Die Fusionskontrolle auf EU-Ebene stellt ein einheitliches präventives Verfahren zur Verfügung, um Zusammenschlüsse auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt zu überprüfen. Sie soll strukturellen Schädigungen des Wettbewerbs und Fragmentierungen des Binnenmarktes aufgrund einer uneinheitlichen Beurteilung von Zusammenschlüssen durch die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden vorbeugen. Hinzu tritt eine Fusionskontrolle auf mitgliedstaatlicher Ebene, die den Wettbewerb innerhalb der Mitgliedstaaten schützt.

803. Eine Investitionskontrolle ist bislang nur auf Ebene der Mitgliedstaaten vorgesehen. Eigenständige EU-Investitionskontrollverfahren gibt es nicht. Die Verordnung 2019/452 errichtet lediglich einen Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen durch die Mitgliedstaaten.³⁷⁴ Die Investitionskontrolle in Deutschland ist auch nicht auf Zusammenschlüsse beschränkt. Sie gestattet vielmehr allgemein Eingriffe in den Güter-, Dienstleistungs-, Kapital-, Zahlungs- und sonstigen Wirtschaftsverkehr mit dem Ausland, soweit diese zum Schutz

³⁷² Siehe oben Abschn. 3.2.2.2–3.2.2.3.

³⁷³ Siehe oben Abschn. 3.2.2.4.

³⁷⁴ Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. L 79 I vom 21. März 2019, S. 1. Dieser mitgliedstaatlichen Investitionskontrolle steht auch nicht der Anwendungsvorrang der EU-Fusionskontrollverordnung entgegen; vgl. Art. 21 Abs. 4 VO 139/2004.

der öffentlichen Sicherheit und der auswärtigen Interessen des deutschen Staates geboten sind.³⁷⁵ Diese Eingriffe umfassen allerdings auch eine Überprüfung und gegebenenfalls Untersagung von Unternehmensübernahmevergängen.

804. Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, inwieweit die Investitionskontrolle als außenwirtschaftsrechtliches Instrument genutzt werden kann, um politisch-strategisch gesteuerten Unternehmensübernahmen durch chinesische Investoren zu begegnen (Abschn. 3.3.1). Im Anschluss soll geprüft werden, ob die wettbewerbsrechtlichen Regelungen der Fusionskontrolle insoweit ausreichen oder zu reformieren sind (Abschn. 3.3.2).

3.3.1 Investitionskontrolle

805. Mit der Zunahme chinesischer Investitionen innerhalb der EU sind bereits vor Jahren Sorgen gegenüber dem Zugang staatlich kontrollierter und finanzierter Unternehmen zu kritischen Infrastrukturen in Europa geäußert worden.³⁷⁶ In Deutschland wurde das Thema spätestens seit dem Erwerb des deutschen Roboterherstellers Kuka durch das chinesische Unternehmen Midea öffentlich diskutiert.³⁷⁷ Im Jahr 2018 verhinderte die Bundesregierung dann aktiv den Erwerb einer 20-prozentigen Beteiligung des chinesischen Stromnetzbetreibers State Grid Corporation of China (SGCC) an dem deutschen Übertragungsnetzbetreiber 50Hertz durch einen angeordneten Erwerb der Anteile durch die KfW.³⁷⁸

3.3.1.1 Funktionsweise der deutschen Investitionskontrolle

806. Der Rechtsrahmen für die deutsche Investitionskontrolle³⁷⁹ wurde im Zuge dieser Entwicklungen bislang dreifach angepasst und dadurch verschärft.³⁸⁰ Die deutsche Investitionskontrolle überprüft, ob ein unmittelbarer oder mittelbarer Erwerb von Unternehmensbeteiligungen die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Bundesrepublik Deutschland gefährdet, wobei sie über § 4 Abs. 1 Nr. 4 AWG auf den europäischen Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abstellt und diesen in seiner Auslegung durch den EuGH in das deutsche Recht inkorporiert.³⁸¹ Der Europäische Gerichtshof bevorzugt entgegen dem weiten deutschen polizeirechtlichen Begriff eine enge Auslegung.³⁸² Verlangt wird dabei eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung, die die Grundinteressen

³⁷⁵ Siehe § 1 i. V. m. § 4 des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG).

³⁷⁶ Hierzu Bungenberg, M./Hazarika, A., Chinese Foreign Investments in the European Union Energy Sector: The Regulation of Security Concerns, *Journal of World Investment & Trade* 20(2-3), 2019, 375 (378 ff.); Schuelken, T., Der Schutz kritischer Infrastrukturen vor ausländischen Direktinvestitionen in der Europäischen Union. Zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen – KOM(2017) 487 endg., EUR 2018, S. 577 (578 ff.).

³⁷⁷ Lee, Die chinesische Chance, *Zeit Online* vom 6. Juni 2016, <https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2016-06/kuka-uebernahme-china-midea-roboter>, Abruf am 30. Juni 2020.

³⁷⁸ „Aus sicherheitspolitischen Erwägungen“ – Bund kauft Anteile an 50Hertz, *Welt* vom 27. Juli 2018.

³⁷⁹ Den Rechtsrahmen bilden die §§ 4 Abs. 1 Nr. 4 und 5 Abs. 2 AWG sowie die §§ 55 ff. der hierauf gestützten Außenwirtschaftsverordnung (AWV).

³⁸⁰ Vgl. den Überblick über die erste und zweite Anpassung bei Herrmann, C., Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle, *ZEuS* 2019, S. 429 (432 ff.). Am 8. April 2020 hat die Bundesregierung den Entwurf für eine Novelle des Außenwirtschaftsgesetzes beschlossen, vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Erstes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 8. April 2020, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/erstes-gesetz-zur-aenderung-des-aussenwirtschaftsgesetzes-gesetzentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=4, Abruf am 30. Juni 2020. Am 20. Mai 2020 hat das Bundeskabinett eine Reform der AWV beschlossen durch die Fünfzehnte Verordnung der Bundesregierung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 25. Mai 2020, BAnz AT 02.06.2020 V1. Allgemein zur Reform Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Änderungen im Außenwirtschaftsrecht, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/erstes-gesetz-aenderung-aussenwirtschaftsgesetz.html>, Abruf am 30. Juni 2020.

³⁸¹ Hierzu Herrmann, C., Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle, *ZEuS* 2019, 429 (445 ff.).

³⁸² Ebenda, S. 445.

der Gesellschaft berührt“.³⁸³ Dabei kommt es zunächst darauf an, dass es sich bei dem Schutzziel um ein taugliches Grundinteresse der Union handelt und ob diesbezüglich eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung“ angenommen werden kann.³⁸⁴ Der Europäische Gerichtshof hat hinsichtlich eines tauglichen Grundinteresses bereits klargestellt, dass dieses auch im Bereich der Daseinsvorsorge liegen kann, während rein wirtschaftliche oder finanzielle Ziele oder der Schutz oder die Stärkung einer konkreten Wettbewerbsstruktur nicht umfasst sind.³⁸⁵ Hieraus kann allerdings nicht automatisch abgeleitet werden, dass eine Abwehr industriepolitisch motivierter Übernahmen in einem Drittstaatskontext nicht unter den Begriff gefasst werden kann.³⁸⁶ Der Begriff scheint in diesem Verhältnis bislang offen.

807. Die deutsche Investitionskontrolle unterscheidet zwischen einer sektorspezifischen und einer sektorübergreifenden Kontrolle (§ 55 Abs. 1, 60 Abs. 1 AWW). Die sektorspezifische Kontrolle betrifft den militärischen Bereich und ist auch auf EU-Ausländer anwendbar. Die sektorübergreifende Kontrolle greift grundsätzlich bei jedem Erwerb von Anteilen in Höhe von 25 Prozent und bei kritischen Infrastrukturen gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 AWW bereits ab dem Erreichen von 10 Prozent ein (§ 56 Abs. 1 AWW). Darüber hinaus wird seit der letzten Reform durch Einfügung eines neuen Abs. 1a klargestellt, dass sich ein Erwerbsvorgang auch auf einen abgrenzbaren Betriebsteil eines inländischen Unternehmens beziehen kann, ebenso wie auf alle wesentlichen Betriebsmittel eines inländischen Unternehmens oder eines abgrenzbaren Betriebsteils eines inländischen Unternehmens, die für die Aufrechterhaltung des Betriebs des Unternehmens oder eines abgrenzbaren Betriebsteils erforderlich sind. Die Kontrolle richtet sich allein an Nicht-EU-Erwerber, außer in Fällen, in denen die Gefahr einer missbräuchlichen Gestaltung oder Umgehung der Prüfung zu befürchten ist (§ 55 Abs. 2 AWW).

808. Für das Verfahren gilt nach § 55 Abs. 3 AWW, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie das Prüfrecht nach Abs. 1 nur ausüben kann, wenn es dem unmittelbaren Erwerber und dem von einem Erwerb nach Absatz 1 betroffenen inländischen Unternehmen die Eröffnung des Prüfverfahrens innerhalb von drei Monaten nach dem Erlangen der Kenntnis vom Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags über den Erwerb mitteilt. Für Erwerbe von Anteilen an Unternehmen im Sinne von § 55 Abs. 1 S. 2 AWW ordnet Abs. 4 an, dass der Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrags gegenüber dem Bundesministerium schriftlich gemeldet werden muss. Gemäß § 57 AWW muss der unmittelbare Erwerber dem Bundesministerium eine Reihe von Unterlagen zu Zwecken einer Überprüfung zugänglich machen, wobei das Bundesministerium im Einzelfall die Einreichung weiterer für die Prüfung erforderlicher Unterlagen verlangen kann. Im Vorfeld einer Prüfung besteht gemäß § 58 AWW die Möglichkeit eine Unbedenklichkeitsbescheinigung zu beantragen, die nach Ablauf von zwei Monaten nach Eingang des Antrags als erteilt gilt.

3.3.1.2 Europäische Rahmenverordnung führt zu weiterer Ausweitung und Verschärfung der Investitionskontrolle

809. Neben der Verschärfung der deutschen Investitionskontrolle, wurde auf Ebene der EU eine Rahmenverordnung zur Überprüfung von ausländischen Direktinvestitionen erlassen.³⁸⁷ Diese begründet eine neue Rolle und Kompetenz der Kommission zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen und zur Abgabe von Stellungnahmen.³⁸⁸ Sie dient einerseits als Antwort auf die gewachsenen Sorgen gegenüber den Auswirkungen ausländischer

³⁸³ EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1977, 30/77 – Bouchereau, Slg. 1977, 1999, ECLI:EU:C:1977:172, Rz. 35; Urteil vom 28. Oktober 1975, 36/75 – Rutili, Slg. 1975, 1219, ECLI:EU:C:1975:137, Rz. 28; Urteil vom 14. März 2000, C-54/99 – Association Église de scientologie de Paris, Slg. 2000, I-1335, ECLI:EU:C:2000:124, Rz. 17.

³⁸⁴ Herrmann, C., Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle, ZEuS 2019, 429 (445).

³⁸⁵ Hierzu Herrmann, C., Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle, ZEuS 2019, 429 (445 ff.).

³⁸⁶ Ebenda, S. 445.

³⁸⁷ Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. L 79 I vom 21. März 2019, S. 1. Hierzu Herrmann, C., Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle, ZEuS 2019, 429 (452 ff.).

³⁸⁸ Bungenberg, M./Hazarika, A., Chinese Foreign Investments in the European Union Energy Sector: The Regulation of Security Concerns, Journal of World Investment & Trade 20(2-3), (2019), 375 (388).

Investitionen in kritische Infrastrukturen, insbesondere durch Staatsunternehmen, und soll andererseits die Verhandlungsposition der EU hinsichtlich des Marktzugangs auf Drittmärkten stärken.³⁸⁹ Gegenüber den Mitgliedstaaten erklärt Art. 3 der Verordnung die Möglichkeit „aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung Mechanismen zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in ihrem Hoheitsgebiet aufrecht[zuerhalten], [zu] ändern oder ein[zurichten]“. Sie werden durch die Verordnung jedoch nicht zur Einführung einer nationalen Investitionskontrolle verpflichtet.

810. Wesentliche Elemente der Verordnung sind zum einen die in Art. 4 aufgelisteten Faktoren, die von den Mitgliedstaaten oder der Kommission bei der Feststellung berücksichtigt werden können, ob eine ausländische Direktinvestition die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung „voraussichtlich beeinträchtigt“. Abs. 1 nennt in diesem Zusammenhang mögliche Auswirkungen auf „kritische Infrastrukturen physischer oder virtueller Art“, worunter die Bereiche „Energie, Verkehr, Wasser, Gesundheit, Kommunikation, Medien, Datenverarbeitung oder -speicherung, Luft- und Raumfahrt, Verteidigung, Wahl- oder Finanzinfrastrukturen und sensible Einrichtungen sowie Investitionen in Grundstücke und Immobilien“, die für die Nutzung der Bereiche relevant sind, genannt werden. Als weitere Aspekte werden unter anderem die Versorgung mit Energie, Rohstoffen und Nahrungsmitteln (lit. c) oder die Freiheit und Pluralität der Medien (lit. e) genannt. Abs. 2 nennt Merkmale auf Investorenmehrheit, die besonders berücksichtigt werden können, darunter „ob der ausländische Investor direkt oder indirekt von der Regierung, einschließlich staatlicher Stellen oder der Streitkräfte, eines Drittstaats, unter anderem aufgrund der Eigentümerstruktur oder in Form beträchtlicher Finanzausstattung, kontrolliert wird“ (lit. a).

811. Weiterhin enthält die Verordnung in Art. 6 und 7 Kooperationsmechanismen für ausländische Direktinvestitionen, die einer Überprüfung unterzogen werden sowie für solche, die nicht Gegenstand einer Überprüfung sind. Im Kern wird darin vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten einander sowie die Kommission über Überprüfungsverfahren benachrichtigen und alle informierten Parteien die Möglichkeit zu einer Stellungnahme erhalten. Art. 7 hat dabei die Situation vor Augen, dass in einem Mitgliedstaat keine Überprüfung vorgenommen wird, ein anderer Mitgliedstaat jedoch der Auffassung ist, dass durch die Direktinvestition seine öffentliche Sicherheit und Ordnung voraussichtlich beeinträchtigt wird. Der Mitgliedstaat, in dem die Investition getätigt wird muss die abgegebenen Stellungnahmen „angemessen berücksichtigen“, hat jedoch die Letztentscheidungsbefugnis (Art. 6 Abs. 9 sowie 7 Abs. 7 VO 2019/452).

812. Eine neue Perspektive der Investitionskontrolle wird schließlich durch Art. 8 VO 2019/452 eröffnet. Dort wird ein Kooperationsmechanismus vorgesehen, durch den die voraussichtliche Beeinträchtigung von Projekten oder Programmen „von Unionsinteresse“ aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung artikuliert werden kann. Der adressierte Mitgliedstaat muss gemäß Art. 8 Abs. 2 lit. c der Stellungnahme der Kommission dabei „umfassend Rechnung“ tragen und eine Erklärung abgeben, falls er der Stellungnahme nicht nachkommt. Projekte und Programme von Unionsinteresse sind solche, die Unionsgelder beinhalten sowie solche, die Gegenstand von Unionsvorschriften zu kritischen Infrastrukturen oder Technologien oder Ressourcen und aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als wesentlich anzusehen sind (Abs. 3). Zu den besonderen Kooperationsmechanismen der Art. 6 ff. VO 2019/452 tritt ein allgemeiner Austausch durch Jahresberichte (Art. 5) sowie eine Kontaktstelle (Art. 11).

813. Durch die letzte Anpassung der AWV sowie die geplante Reform des AWG wird die EU-Rahmenverordnung in deutsches Rechts übertragen.³⁹⁰ Dies bedeutet, neben einer Implementierung der Kooperationsmechanismen, insbesondere eine Übertragung des Art. 4 der Verordnung und somit auch der europäischen Terminologie einer voraussichtlichen Beeinträchtigung sowie der möglichen Berücksichtigung staatlicher Beteiligungen. Insgesamt wird die Prüfung dadurch materiell weiter verschärft.

³⁸⁹ Herrmann, C., Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle, ZEuS 2019, 429 (459 f.).

³⁹⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Änderungen im Außenwirtschaftsrecht, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/erstes-gesetz-aenderung-aussenwirtschaftsgesetz.html>, Abruf am 30. Juni 2020.

3.3.1.3 Maßvoller Einsatz der Investitionskontrolle und Beschränkung auf sicherheitspolitische Zwecke

814. Die Monopolkommission stellt in ihren Gutachten primär wettbewerbliche Erwägungen an. Der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erfolgt demgegenüber anhand einer sicherheitspolitischen Einschätzung. Außer Frage steht, dass aufgrund anderweitiger legitimer politischer Ziele der Schutz des Wettbewerbs im Einzelfall zurücktreten muss. Dies hat die Monopolkommission in der Vergangenheit immer wieder betont.³⁹¹ Dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung kann daher im Einzelfall der Vorrang vor einem effektiven Wettbewerb einzuräumen sein. Die einzelnen Maßnahmen entsprechen dann der sicherheitspolitischen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Vor diesem Hintergrund ist eine strengere Investitionskontrolle im Hinblick auf den Erwerb von Unternehmensanteilen aus einem staatskapitalistischen System heraus sicherheitspolitisch zu rechtfertigen. Sie sollte allerdings an klare und transparente Prüfkriterien geknüpft werden.³⁹² Ihr Missbrauch zu einer willkürlichen und intransparenten Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit ist grundsätzlich abzulehnen.³⁹³

815. Entscheidet sich der Staat aus sicherheitspolitischen Erwägungen heraus dafür, gegen eine ausländische Direktinvestition einzuschreiten, so ist auch ein staatlicher Erwerb denkbar. Im Fall von 50Hertz hatte die Bundesregierung die KfW auf Grundlage von § 2 Abs. 4 des Gesetzes über die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW-Gesetz)³⁹⁴ angewiesen 20 Prozent der Anteile zu erwerben.³⁹⁵ Unter Bezugnahme auf § 2 Abs. 1 Nr. 4 KfW-Gesetz ist durchaus denkbar, dass die KfW auch im europäischen Raum für Akquisitionen eingesetzt wird, wobei es für den konkreten Erwerb auf eine enge Koordinierung mit dem betreffenden Mitgliedstaat ankäme. Alternativ zum Einsatz der KfW zur Abwehr drittstaatlicher Übernahmen käme auch der Einsatz eines – gegebenenfalls neu errichteten – Staatsfonds in Betracht. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie schlägt in seiner Industriestrategie 2030 eine „nationale Rückgriffoption“ als letztes Mittel sowie die Einrichtung eines „Ständigen Ausschusses Nationale Rückgriffoption“ der Bundesregierung auf Staatssekretärsbene vor.³⁹⁶

816. Die staatliche Beteiligung an privatwirtschaftlich geführten Unternehmensanteilen ist aus ordnungspolitischer Sicht grundsätzlich kritisch zu betrachten. Sie darf daher nur letztes Mittel sein. Klärungsbedürftig ist in jedem Fall die Frage, zu welchen Konditionen staatliche Investitionen getätigt werden. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Staat unter anderem bereit sein kann, nicht marktwirtschaftliche Preise zu zahlen. Deshalb sollten sich die Erwerbskonditionen für den Staat im Grundsatz am beihilferechtlichen Marktinvestortest orientieren. Darüber hinaus ist die Wiederveräußerung der Beteiligung ein entscheidender Faktor. Hierfür bedarf es einer konkreten Exitstrategie. Andernfalls besteht die Gefahr einer Anhäufung von staatlichen Unternehmensbeteiligungen.

Keine Industriepolitik auf Grundlage der Investitionskontrolle

817. Wie bereits dargestellt, ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht so zu verstehen, dass ein industriepolitisch motiviertes Vorgehen gegenüber Akquisitionen aus dem Ausland grundsätzlich ausgeschlossen wäre.³⁹⁷ Umgekehrt ist das Ziel eines unverfälschten Wett-

³⁹¹ Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 75, Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem, 2017, Tz. 490 sowie Sondergutachten 80: Die Buchpreisbindung in einem sich ändernden Marktumfeld, 2018, Tz. 146.

³⁹² EFI, Gutachten 2020, S. 71; Sachverständigenrat, Den Strukturwandel meistern, Jahresgutachten 2019/2020, S. 172.

³⁹³ So auch Sachverständigenrat, Den Strukturwandel meistern, Jahresgutachten 2019/2020, S. 172.

³⁹⁴ Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau vom 5. November 1948 (WiGBl. S. 123) in der Fassung der Neubekanntmachung vom 23. Juni 1969 (BGBl. I S. 573), zuletzt geändert durch die Zehnte Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474).

³⁹⁵ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Reinhard Houben, Michael Theurer, Thomas L. Kemmerich, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drucksache 19/3796 – Einstieg der KfW beim Stromnetzbetreiber 50Hertz, BT-Drucks. 19/4195, Frage 16 und 17.

³⁹⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Industriestrategie 2030, Februar 2019, S. 28.

³⁹⁷ Siehe Tz. 806.

bewerbs als ein zwingender Allgemeinwohlgrund anerkannt worden.³⁹⁸ Die besondere primärrechtliche Bedeutung des Wettbewerbs für den europäischen Binnenmarkt ist bereits aufgezeigt worden.³⁹⁹ Insofern wäre denkbar, dass die Investitionskontrolle aus Gründen des Wettbewerbsschutzes eingreift.⁴⁰⁰

818. Eine rein industriepolitische Nutzung der Investitionskontrolle, die nicht aus sicherheitspolitischen Erwägungen erfolgt und sich nicht an dem Maßstab des unverfälschten Wettbewerbs orientiert, wird dadurch bereits in rechtlicher Hinsicht ausgeschlossen. Dies steht auch im Einklang mit Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 sowie Abs. 3 UAbs. 2 AEUV. Eine wettbewerbliche Kontrolle von Unternehmensübernahmen erfolgt bereits durch die europäische bzw. deutsche Fusionskontrolle. Die Investitionskontrolle sollte demgegenüber auf sicherheitspolitische Erwägungen beschränkt bleiben. Ihr fehlt es – verglichen mit der Fusionskontrolle – an jeder Form von auswirkungsbezogener Analyse. Die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt verfügen in dieser Hinsicht zudem über das erforderliche Know-how für eine wettbewerbliche Prüfung, das auf Seiten der für die Investitionskontrolle zuständigen Stellen erst geschaffen werden müsste. Für strukturelle Veränderungen ist deshalb – auch im Verhältnis zum chinesischen Staatskapitalismus – an die Fusionskontrolle anzuknüpfen, die die Auswirkungen auf den Wettbewerb im Binnenmarkt zum Gegenstand hat. Unzulänglichkeiten beim Umgang mit Investitionen aus dem Ausland sollte entsprechend durch Reformen der Fusionskontrolle begegnet werden.

819. Darüber hinaus sollte bei der Verschärfung der Investitionskontrolle berücksichtigt werden, dass die Prüfung selbst auf Seiten der betroffenen Unternehmen zu Verzögerungen bei Transaktionen und zu Rechtsunsicherheit führt, die sich wiederum auf die Investitionstätigkeit im Allgemeinen auswirken. Dies gilt unabhängig davon, ob letztlich eine Untersagung erfolgt. Insgesamt ist auch der allgemein nachteilige Effekt auf Investitionsflüsse aus dem Ausland zu berücksichtigen. So kann eine besonders strenge Investitionskontrolle ausländische Investoren abschrecken und dazu führen, dass ausländische Investoren anstatt in der EU in anderen Staaten mit weniger strengen Investitionsbeschränkungen investieren.

820. Die Gefahr eines möglichen Technologie-Abflusses mag sowohl den Wettbewerb betreffen, als auch ein taugliches Gemeininteresse darstellen. Jedoch gilt dabei, dass bislang eine klare Definition wesentlicher Technologien offen bleibt. Zudem würde eine solche Kontrolle über den Rahmen der heute bestehenden Investitionskontrolle sehr deutlich hinausgehen.

821. Es ist jedenfalls festzustellen, dass von Seiten der Wirtschaftsverbände in Deutschland und Europa keine Bedenken gegenüber einem Abfluss von Know-how geäußert werden, sondern vielmehr die fehlende Reziprozität bei Investitionen bemängelt wird.⁴⁰¹ Auch dies spricht für einen maßvollen Einsatz der Investitionskontrolle. Demgegenüber scheint die Transparenz der Kontrolle im Markt als weitaus wichtiger angesehen zu werden.⁴⁰² Gegenüber vereinzelt Technologien kann in diesem Zusammenhang darüber nachgedacht werden, ob statt einer Investitions- nicht eher auf eine strengere Exportkontrolle zurückgegriffen werden sollte. Diese würde auf einen engen Bereich von zu definierenden Technologien angewandt und könnte den Anwendungsbereich der Investitionskontrolle einschränken. Eine strenge Exportkontrolle würde die Investitionstätigkeit weiter zulassen, jedoch die wesentlichen Gemeininteressen schützen, soweit eine effektive Durchsetzung gewährleistet wird. Sie müsste allerdings im Einklang mit den Anforderungen des WTO-Rechts ausgestaltet werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sich Beschränkungen im Bereich des Erwerbs von Technologien negativ auf die Investitionstätigkeit in der EU und ihren Mitgliedstaaten auswirken können.

³⁹⁸ Herrmann, C., Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle, ZEuS 2019, 429 (447).

³⁹⁹ Vgl. Abschnitt 2.1.

⁴⁰⁰ So auch Herrmann, C., Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle, ZEuS 2019, 429 (448).

⁴⁰¹ BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 14 f.; VDMA, Wettbewerber China – Handelspolitische Instrumente neu ausrichten, 2020, S. 3 f.; Business Europe, The EU and China – Addressing the Systemic Challenge, January 2020, S. 68 f.

⁴⁰² BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 14 f.; Business Europe, The EU and China – Addressing the Systemic Challenge, January 2020, S. 68 ff.

Weitere europäische Harmonisierung der Investitionskontrolle anzustreben

822. Abgesehen von einer engen Umgrenzung des Gegenstands spricht sich die Monopolkommission dafür aus, die Investitionskontrolle noch stärker europäisch anzugleichen.⁴⁰³ Dies würde eine mögliche Fragmentierung des Binnenmarkts aufgrund einer unterschiedlichen Handhabung der Investitionskontrolle durch nationale Behörden verhindern. Es besteht die Gefahr, dass in unterschiedlichen Ländern der EU unterschiedliche Investitionsbedingungen geschaffen werden, die einen gleichmäßigen Kapitalverkehr behindern. Durch eine stärkere Angleichung würde demgegenüber auf Seiten der Unternehmen Rechtssicherheit geschaffen und die EU als Investitionsstandort gestärkt. Gleichzeitig ist allerdings auch für eine harmonisierte Investitionskontrolle darauf hinzuweisen, dass eine Vermischung von industriepolitischen und sicherheitspolitischen Erwägungen unterbleiben sollte. Vor diesem Hintergrund erscheint der mehrfache Bezug, den die Europäische Kommission in ihrem kurz vor Übergabe dieses Hauptgutachtens veröffentlichten Weißbuch zur Einführung eines neuen Instruments zum Umgang mit ausländischen Subventionen zur Investitionskontrolle herstellt, nicht unproblematisch.⁴⁰⁴ Es ist in diesem Zusammenhang auch bereits darauf hinzuweisen, dass die Europäische Kommission in den von ihr vorgeschlagenen repressiven Maßnahmen unter anderem die Möglichkeit eines Investitionsverbots vorsieht.⁴⁰⁵

Präzisierung und weitere Harmonisierung der Investitionskontrolle auch in der Corona-Krise

823. Im Zuge der wirtschaftlichen Entwicklung, die durch den Ausbruch des sogenannten Corona-Virus ausgelöst worden ist, hat die Europäische Kommission eine Mitteilung zur Verordnung 2019/452 veröffentlicht.⁴⁰⁶ Darin weist die Kommission einerseits daraufhin, dass in der Krise ein höheres Risiko für Übernahmeversuche im Gesundheitssektor bzw. damit zusammenhängenden Industrien und Forschungsbereichen bestehe.⁴⁰⁷ Es müsse verhindert werden, dass die Fähigkeit zu einer ausreichenden Gesundheitsversorgung beeinträchtigt werde. Weiterhin wird davor gewarnt, dass durch die Krise und die damit verbundene Niedrigbewertung an den europäischen Börsen kritische Anteile und Infrastrukturen aus dem Ausland erworben werden könnten.⁴⁰⁸ Den Mitgliedstaaten wird angeraten, entweder von der bereits eingerichteten nationalen Investitionskontrolle zum Schutz medizinischer und sonstiger strategischer Sektoren Gebrauch zu machen oder eine Investitionskontrolle zu implementieren.⁴⁰⁹ Die Mitteilung ist im Zusammenhang mit einer Reihe von unterschiedlichen Maßnahmen zu sehen, die dem Umgang mit der Krise dienen sollen und zu denen beispielsweise auch Exportbeschränkungen gegenüber medizinischer Ausrüstung gehören.⁴¹⁰ Die Reform der AWW nimmt das besondere Interesse an einer Kontrolle von Investitionen im Gesundheitssektor auf und fügt dem Katalog des § 55 Abs. 1 S. 2 AWW weitere Fallgruppen wie beispielsweise Medizinprodukte im Sinne des Medizinprodukterechts (Nr. 10) hinzu.⁴¹¹

⁴⁰³ Für eine engere europäische Koordinierung auch EFI, Gutachten 2020, S. 71. Zu den bisherigen Harmonisierungsschritten, insbesondere Verordnung 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019, zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. L 79 I vom 21. März 2019, siehe oben Tz. 809 ff.

⁴⁰⁴ EU-Kommission, Weißbuch: Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final, 17. Juni 2020, S. 8, 13, 38 f.; siehe dazu Abschn. 4.1.1.

⁴⁰⁵ EU-Kommission, Weißbuch: Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final, 17. Juni 2020, S. 23; siehe dazu Abschn. 4.1.1.

⁴⁰⁶ EU-Kommission, Communication from the Commission, Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation), 25. März 2020, C(2020) 1981 final.

⁴⁰⁷ Ebenda, S. 1.

⁴⁰⁸ Ebenda.

⁴⁰⁹ Ebenda, S. 2 sowie Annex.

⁴¹⁰ EU-Kommission, EU ensures transparency towards its trade partners on coronavirus-related actions, Pressemitteilung vom 7. April 2020.

⁴¹¹ Vgl. Bundesregierung, Fünfzehnte Verordnung der Bundesregierung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 25. Mai 2020, BAnz AT 02.06.2020 V1.

824. Beschränkungen die aus Gründen der Gesundheitsversorgung erlassen werden, lassen sich als zwingendes Allgemeininteresse unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs fassen.⁴¹² Es handelt sich dabei um ein anderes legitimes politisches Ziel als den Schutz effektiven Wettbewerbs.⁴¹³ Die sicherheitspolitische Analyse kann in Krisenzeiten zwar ein strengeres Vorgehen rechtfertigen. Die grundsätzliche Trennung zwischen Sicherheits- und Wirtschaftspolitik gilt jedoch unabhängig von einer Krisensituation. Sollten Unternehmensanteile aus sicherheitspolitischen Gründen eine besondere Kontrolle rechtfertigen, so gilt dies auch – womöglich sogar erst recht – in einer Krisensituation. Umgekehrt unterfallen rein wirtschaftspolitische Sachverhalte nicht aufgrund einer Gesundheits- bzw. Wirtschaftskrise plötzlich dem Bereich der Sicherheitspolitik.

825. An einer Trennung zwischen Sicherheits- und Wirtschaftspolitik im Bereich der Investitionskontrolle ist auch angesichts der Corona-Krise festzuhalten. Abgesehen davon ist ein einheitliches Vorgehen der Mitgliedstaaten womöglich aktuell besonders gefordert.

3.3.2 Fusionskontrolle

826. Die EU-Fusionskontrolle schützt, da sie präventiv wirkt, die wettbewerblichen Marktstrukturen im EU-Binnenmarkt.⁴¹⁴ Im vorliegenden Zusammenhang interessieren Fälle, in denen ein vom chinesischen Staat kontrolliertes Unternehmen oder ein privates Unternehmen durch den chinesischen Staat gezielt finanziell gefördert wird und ein privates Unternehmen mit erheblichen Marktaktivitäten in der EU erwirbt. Ein anderes relevantes Szenario sind Zusammenschlüsse privater Unternehmen, soweit die Entscheidung zu dem Zusammenschluss bzw. seine Beurteilung durch Aktivitäten von Wettbewerbern beeinflusst wird, die durch den chinesischen Staat kontrolliert werden.

827. Aufgrund der Entscheidung der Europäischen Kommission im Verfahren *Siemens/Alstom*⁴¹⁵ ist es zu einer Diskussion darüber gekommen, ob die EU-Fusionskontrolle modifiziert werden muss, um dem Einfluss staatlich kontrollierter Unternehmen oder finanzieller Förderungen aus China im weltweiten Wettbewerb stärker Rechnung zu tragen. Hierfür hat sich etwa Frankreich ausgesprochen, unterstützt von Deutschland und anderen Mitgliedstaaten.⁴¹⁶ Auch der Bundesverband der Deutschen Industrie hat Anpassungen der Fusionskontrollregeln gefordert.⁴¹⁷ Das deutsche Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat trotz seiner Forderung nach Änderungen in der Fusionskontrolle betont, dass an deren bestehender marktwirtschaftlicher Ausrichtung grundsätzlich festzuhalten sei.

828. Die Diskussion deckt mehrere Einzelfragen ab, zu denen eine Stellungnahme wettbewerbspolitisch sinnvoll erscheint. Erstens stellt sich die Frage, ob bereits bei den umsatzbezogenen Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle eine etwaige Kontrolle oder finanzielle Förderung des chinesischen Staates zu berücksichtigen ist (Abschn. 3.3.2.1). Zweitens geht es um die Frage, ob bei der Beurteilung der Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten und dort speziell bei der Beurteilung der Wettbewerbsrelevanz eines etwaigen potenziellen Wettbewerbs zu berücksichtigen ist, ob deren Markteintritt von politischen und nicht lediglich wirtschaftlichen Entscheidungen abhängt (Abschn. 3.3.2.2). Drittens ist die Frage bedeutsam, ob bei der Beurteilung der Vereinbarkeit des Zusam-

⁴¹² EuGH, Urteil vom 19. Mai 2009, C-531/06 - Kommission / Italien, ECLI:EU:C:2009:315, Rz. 51.

⁴¹³ Siehe bereits Tz. 814.

⁴¹⁴ Erwägungsgründe 2-6 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1.

⁴¹⁵ Siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 6. Februar 2019, M.8677 – *Siemens/Alstom*.

⁴¹⁶ Siehe Schreiben der Minister Altmaier, Patuanelli, Le Maire, Emilewicz an EU-Kommissions-Vizepräsidentin Vestager vom 4. Februar 2020, Punkt 1; Bundesministerium für Wirtschaft und Energie/Ministère de l'économie et des finances/Ministerstwo Przemysłowości i Technologii, Modernising EU competition policy, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=4, Abruf am 5. März 2020.

⁴¹⁷ BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 14 f.

menschlusses mit dem gemeinsamen Markt abgesehen von der Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten auch deren finanzielle Unterstützung durch den chinesischen Staat zu berücksichtigen ist (Abschn. 3.3.2.3). Viertens ist der Frage nachzugehen, ob das EU-Fusionskontrollverfahren ergänzt werden sollte, um eine im Einzelfall gebotene Berücksichtigung handelspolitischer Belange zu gewährleisten (Abschn. 3.3.2.4). Zuletzt ist fünftens zu prüfen, ob Fusions- und Investitionskontrolle verfahrensmäßig enger verzahnt werden sollten und können (Abschn. 3.3.2.5).

3.3.2.1 Änderung bei den umsatzbezogenen Aufgreifkriterien nicht zu empfehlen

829. Die EU-Fusionskontrolle ergänzt die Durchsetzung der kartellrechtlichen Verhaltensregeln des Unionsrechts (Art. 101 f. AEUV) für Fälle, in denen präventiv geprüft werden soll, ob ein Zusammenschluss im Falle des Vollzugs zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, insbesondere durch die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen kann (Marktstrukturkontrolle).⁴¹⁸ Die Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004) ist deshalb auf Art. 83 und 308 EG (= Art. 103 und 352 AEUV) gestützt.

830. Die Fusionskontrolle geht im Kern also vom Verhalten von Unternehmen im Sinne der Art. 101 f. AEUV aus.⁴¹⁹ Als Unternehmen sind private und staatliche Marktteilnehmer auch in diesem Zusammenhang grundsätzlich gleich zu behandeln.⁴²⁰ Maßgeblich ist, dass die betreffenden Marktteilnehmer eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.⁴²¹ In Teilbereichen nicht wirtschaftlich tätige Einzelpersonen werden als Unternehmen und damit als mögliche Erwerber im Rahmen eines Zusammenschlussvorgangs angesehen, wenn sie „weitere wirtschaftliche Tätigkeiten für eigene Rechnung durchführen oder noch mindestens ein weiteres Unternehmen kontrollieren.“⁴²² Da der chinesische Staat weitere wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, wäre eine (gegebenenfalls mittelbare) staatliche Kontrolle analog zu den für Einzelpersonen geltenden Regelungen grundsätzlich als unternehmerische Kontrolle anzusehen.

831. Die fusionskontrollrechtliche Anmeldepflicht hängt davon ab, ob die Umsätze der Zusammenschlussbeteiligten bestimmte Schwellenwerte überschreiten.⁴²³ Die Ermittlung der Umsätze ist besonders in solchen Fällen schwierig, in denen die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse nur dann akkurat abgebildet werden, wenn mehrere Einheiten als eine einzige wirtschaftliche Einheit (Unternehmen) betrachtet werden. Die EU-Fusionskontrollverordnung sieht insofern eine gegenüber Art. 101 f. AEUV vereinfachte Prüfung vor.⁴²⁴ Zur Berechnung der Umsätze von Unternehmensgruppen enthält Art. 5 Abs. 4 VO 139/2004 eine spezielle Regelung. Um in diesem Kontext eine Benachteiligung staatlicher Erwerber gegenüber Privaterwerbern auszuschließen, sind „bei der Berechnung [der Umsätze] unabhängig von den Eigentumsverhältnissen oder von den für sie geltenden Regeln der verwaltungsmäßigen Zuordnung die Unternehmen zu berücksichtigen, die eine mit einer autonomen Entscheidungsbefugnis ausgestattete wirtschaftliche Einheit bilden.“⁴²⁵ Ob das der Fall ist, bestimmt sich danach, ob die jeweiligen Einheiten „eine autonome Entscheidungsbefugnis besitzen.“⁴²⁶ Dies erfordert eine tatsachenbezo-

⁴¹⁸ Vgl. Erwägungsgründe 7 f. der VO 139/2004 und EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 6/72 – Europemballage Corporation und Continental Can Company, Slg. 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22; Urteil vom 17. November 1987, 142 und 156/84 – BAT und Reynolds, Slg. 1987, 4487, ECLI:EU:C:1987:490 („Philipp Morris“).

⁴¹⁹ Körber in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, Band 3, 6. Aufl. 2020, Art. 1 FKVO Rz. 27.

⁴²⁰ Erwägungsgrund 22 der VO 139/2004 (dort zur Gleichbehandlung von Mitgliedstaaten und Privaten).

⁴²¹ Siehe ebenda („eine [...] wirtschaftliche Einheit“).

⁴²² EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10, Tz. 12.

⁴²³ Art. 1 Abs. 2 und 3 VO 139/2004.

⁴²⁴ Siehe EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10, Tz. 129 ff.; Körber in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, 6. Aufl. 2020, Art. 1 FKVO Rz. 25 f., Art. 5 Rz. 7 (zum Begriff des „beteiligten Unternehmens“ in diesem Kontext).

⁴²⁵ Erwägungsgrund 22 der VO 139/2004; EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10, Tz. 192.

⁴²⁶ EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10, Tz. 52, siehe auch Tz. 153, 193. Das muss grundsätzlich auch bei Vorgängen gelten, an denen kein Mitgliedstaat, sondern ein Drittstaat beteiligt ist.

gene Einzelfallbetrachtung, die sich gegebenenfalls auch auf die Beurteilung des Zusammenschlusses in der Sache auswirken kann.

832. Die Europäische Kommission und das deutsche Bundeskartellamt gehen in der Praxis von den in Tz. 830 und 831 zusammengefassten Grundsätzen aus.⁴²⁷ Bei chinesischen Erwerbern hängt die Beurteilung der Frage, welche Umsätze zusammenzurechnen sind, nach den beschriebenen Grundsätzen von einer Vielzahl von Faktoren ab, insbesondere davon, ob es eine staatliche Beteiligung an dem Erwerber gibt, auf welcher staatlichen Ebene diese anzusiedeln ist (Zentralstaat, Provinzen, Städte) und wie sie im Einzelnen ausgestaltet ist. In einem im Jahr 2016 entschiedenen Fall hat die Europäische Kommission demgemäß entschieden, dass der chinesische Zentralstaat bei der überprüften Transaktion in der Lage war, über eigene Verwaltungsinstitutionen – namentlich die State-Owned Assets Supervision and Administration Commission (SASAC) – die Koordination großer chinesischer Energieunternehmen zu steuern.⁴²⁸ Auch das Verhältnis der Steuerungsmöglichkeiten auf Zentralebene und auf tieferen Ebenen (Provinzen, Regionen/Städte) war bereits Gegenstand der EU-Entscheidungspraxis.⁴²⁹ Die Steuerungsmöglichkeiten wurden dabei jeweils auf Basis chinesischer gesetzlicher Regelungen/Verwaltungsregelungen sowie aufgrund von Veröffentlichungen von Branchenverbänden ermittelt. Die Erfassung lediglich mittelbarer und informeller Einflussmöglichkeiten muss von – einzelfallbezogenen – Indizien ausgehen und bleibt praktisch sehr schwierig.

833. Die Wirtschaftsminister mehrerer Mitgliedstaaten, darunter Deutschlands, haben dessen ungeachtet gefordert, in der Fusionskontrolle „stringent“ zu berücksichtigen, dass eine staatliche Finanzunterstützung in einer nicht marktwirtschaftskonformen Weise die Aussagekraft der Umsätze drittstaatlicher Erwerber verzerren kann.⁴³⁰ Diese Forderung könnte eine Änderung der Regelungen über die Zusammenrechnung von Umsätzen nahelegen. Wenn infolge einer solchen Änderung anstelle einer wirtschaftlichen Einheit allerdings ein weiterer Kreis von Einheiten zu berücksichtigen wäre, wäre fraglich, ob die Regelungen noch von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 103 AEUV gedeckt wären. Denn Art. 103 AEUV dient der Verwirklichung der Art. 101 f. AEUV, die sich auf die Tätigkeit von Unternehmen im Sinne von wirtschaftlichen Einheiten beziehen.⁴³¹ Im Übrigen ist auch unklar, wie sich ein weiter gefasstes Kriterium sachgerecht ausgestalten ließe. Hierfür sind bisher keine näheren Vorschläge gemacht worden.

834. Aus Sicht der Monopolkommission ist keine auf die Fusionskontrolle beschränkte Regelung zu empfehlen, um einen drittstaatlichen Einfluss bei der Ermittlung der relevanten Umsätze zu berücksichtigen. Denn die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des drittstaatlichen Einflusses ähneln den Schwierigkeiten, die bei der Beurteilung der Marktstellung im Rahmen von Art. 102 AEUV auftreten können.⁴³² In beiden Fällen besteht das Problem, dass es aus europäischer Perspektive unmöglich sein kann, zutreffende Informationen zu den Gegebenheiten in China zu ermitteln. Das Problem sollte einheitlich gelöst werden.⁴³³

⁴²⁷ Siehe z. B. EU-Kommission, Beschluss vom 5. April 2017, M.7962 – ChemChina/Syngenta, Tz. 7 mit Fn. 6 (allerdings ohne detaillierte Ausführungen); Beschluss vom 6. Dezember 2017, M.8687 – Prisko/OKD Nástupnická, Tz. 5 ff.; Beschluss vom 19. Mai 2011, M.6113 – DSM/Sinochem/JV, Tz. 8 ff.; BKartA, Beschluss vom 27. April 2020, B4-115/19 – Vossloh Locomotives GmbH/CRRC Zhuzhou Locomotives Co. (vgl. Fallbericht vom 27. April 2020), und die nachfolgend zitierten Entscheidungen.

⁴²⁸ EU-Kommission, Beschluss vom 10. März 2016, M.7850 – EDF/CGN/NNB Group of companies, Tz. 29 ff. (insb. Tz. 37 ff.); BKartA, Beschluss vom 27. April 2020, B4-115/19 – Vossloh Locomotives GmbH/CRRC Zhuzhou Locomotives Co. (vgl. Fallbericht vom 27. April 2020).

⁴²⁹ EU-Kommission, Beschluss vom 15. März 2016, M.7911 – CNCE/KM GROUP, Tz. 6 ff.; Beschluss vom 14. September 2015, M.7709 – Bright Food Group/Invermik, Tz. 8 ff.

⁴³⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie/Ministère de l'économie et des finances/Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Modernising EU competition policy, Punkt 1, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=4, Abruf am 5. März 2020.

⁴³¹ Siehe hierzu ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 72, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Baden-Baden 2015, Tz. 27 ff.

⁴³² Siehe oben Tz. 689.

⁴³³ Siehe unten Abschn. 4.1.3.3.

3.3.2.2 Erweiterung der Kriterien für potenziellen Wettbewerb zu empfehlen

835. Bei der Feststellung, ob der Zusammenschluss zu einer Schädigung der Marktstruktur im Sinne einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt, ist es ausreichend, dass der Vorgang eine beherrschende Stellung der daran Beteiligten begründet oder verstärkt.⁴³⁴

836. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung setzt voraus, dass die relevanten Märkte bestimmt werden, auf denen der Zusammenschluss sich auswirkt. Außerhalb dieser Märkte ist ein etwaiger potenzieller Wettbewerb anzusiedeln.⁴³⁵ Dieser wird bei der Beurteilung der Marktstellung der Beteiligten nach den einschlägigen Kommissionsleitlinien dann berücksichtigt, wenn ein etwaiger

„Zutritt [in den Markt] geeignet ist, den Verhaltensspielraum der angestammten Unternehmen nach dem Zusammenschluss einzuschränken. Ein Markteintritt ist wahrscheinlich, wenn er unter Berücksichtigung der Auswirkungen einer Hinzufügung zusätzlicher Produktionsmengen in den Markt auf die Preise und der potenziellen Reaktionen der angestammten Unternehmen hinreichend Gewinn bringend ist.“⁴³⁶

Diese Regelung berücksichtigt nicht, dass der Markteintritt auch von politisch-strategischen Entscheidungen abhängen kann, die dazu führen, dass das betreffende Unternehmen sich nicht marktkonform verhält.⁴³⁷ Diese politisch-strategischen Entscheidungen können dann auch dazu führen, dass Unternehmen einen Marktzutritt wagen, die hierauf nach rein wirtschaftlichen Kriterien verzichten würden. Es könnte somit geboten sein, die Leitlinien entsprechend zu erweitern.

837. Der Zeitraum, für den die Europäische Kommission einen Marktzutritt prüft, hängt nach den Leitlinien

„von den Merkmalen und dynamischen Kräften des Marktes und den besonderen Fähigkeiten der potenziellen Neuzugänge ab. Ein Eintritt ist in der Regel jedoch nur als rechtzeitig anzusehen, wenn er innerhalb von zwei Jahren erfolgt.“⁴³⁸

Insbesondere der regelmäßig zweijährige Betrachtungszeitraum erscheint zwar kurz, wenn man bedenkt, dass der chinesische Staat mit seiner Wirtschaftspolitik längerfristige Strategien verfolgt. Da es auf die konkreten Marktverhältnisse ankommt, erscheinen die Leitlinien aber grundsätzlich hinreichend flexibel.

838. Im Anschluss an das Verfahren im Fall *Siemens/Alstom* ist die Würdigung des potenziellen Wettbewerbs durch die Europäische Kommission kritisiert worden.⁴³⁹ Die Beteiligten hatten dort vorgetragen, der potenzielle Eintritt asiatischer Lieferanten solle angesichts der Dynamik des Marktes für Hochgeschwindigkeits- und Höchstgeschwindigkeitsfahrzeuge über einen Zeitraum von fünf bis zehn Jahren betrachtet werden. Die bestehenden Marktzutrittsbarrieren seien überwindbar. Die Europäische Kommission hatte dem Vortrag allerdings entgegengehalten, dass die Aussichten eines Marktzutritts in dem von den Beteiligten vorgeschlagenen Zeitrahmen äußerst ungewiss seien, ohne dass die Beteiligten ihre Annahmen untermauert hätten.⁴⁴⁰ Hinzu kam, dass die Beteiligten in ihrer Anmeldung die Länder China, Korea und Japan aufgrund unüberwindbarer Zutrittschürden selbst aus dem

⁴³⁴ Insb. in Oligopolfällen mit koordinierten Effekten kann eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle angenommen werden. Das spielt im vorliegenden Zusammenhang aber keine Rolle.

⁴³⁵ Dazu EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5, Tz. 24.

⁴³⁶ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 031 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 69.

⁴³⁷ Siehe oben Tz. 608 ff.

⁴³⁸ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 031 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 74.

⁴³⁹ EU-Kommission, Entscheidung vom 6. Februar 2019, M.8677 – Siemens/Alstom, Tz. 488 ff.; dazu z. B. Zedler (EU-Kommission), Neuere Entwicklungen in der europäischen Fusionskontrolle, 47. Brüsseler Informationstagung, FiW, 14. November 2019, Folien 26 f., http://www.fiw-online.de/files/bi_19_-_handout_zedler.pdf, Abruf am 30. Juni 2020.

⁴⁴⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 6. Februar 2019, M.8677 – Siemens/Alstom, Tz. 498 und 500 ff.

relevanten Markt ausgeschlossen hatten, während die Marktanalyse der Europäischen Kommission später ähnliche Hürden in der EU ergab.⁴⁴¹

839. Die Position der Europäischen Kommission begegnet nach den verfügbaren Informationen keinen Bedenken. Die entscheidende Frage dürfte im konkreten Fall ohnehin nicht gewesen sein, in welchem Zeitraum ein Marktzutritt chinesischer Unternehmen nach wirtschaftlichen Kriterien zu erwarten war. Der Fall belegt vielmehr, dass es im Hinblick auf die Beurteilung potenziellen Wettbewerbs angezeigt sein kann, der Frage nachzugehen, ob ein politisch-strategisches Interesse des chinesischen Staates für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts chinesischer Unternehmen relevant ist. Diese Frage wurde in dem Verfahren – insofern im Einklang mit den Leitlinien – nicht näher geprüft, obwohl nicht grundsätzlich auszuschließen ist, dass ein politisch-strategisches Interesse des chinesischen Staates für einen Marktzutritt auch abgesehen von dessen Wirtschaftlichkeit relevant sein kann.

840. Die Monopolkommission empfiehlt zu prüfen, ob die Kommissionsleitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (dort Tz. 69) um Kriterien ergänzt werden sollten, die es auch gestatten zu berücksichtigen, ob ein Marktzutritt aus politisch-strategischen Gründen in einem bestimmten Zeitraum zu erwarten ist oder ob ein politisch-strategisch gesteuerter Marktzutritt aus anderen Gründen geeignet sein kann, den Verhaltensspielraum der beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss einzuschränken. Sofern es schwierig ist nachzuweisen, dass ein Drittstaat Einfluss ausübt, um einen Markteintritt zu steuern, dürften spezielle Regelungen erforderlich sein, die gegebenenfalls die Nachweisanforderungen modifizieren.⁴⁴²

3.3.2.3 Keine Überprüfung der Finanzunterstützung unabhängig von der Marktstellung im Rahmen der EU-Fusionskontrolle

841. Bei der Prüfung, ob ein Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, hat die Europäische Kommission nach Art. 2 Abs. 1 lit. b VO 139/2004 neben der Marktstellung unter anderem „die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen“ zu berücksichtigen. Diese Kriterien haben in der bisherigen Entscheidungspraxis kaum eine eigenständige Rolle gespielt. Sie können aber eine Grundlage für die Berücksichtigung staatlicher Kontrolle oder einer staatlichen finanziellen Unterstützung sein, die eine strengere Beurteilung der Marktstellung zusammenschlussbeteiligter chinesischer Unternehmen nahelegt. Die Fusionskontrolle lässt insoweit eine tendenziell weiter gefasste Betrachtung zu als Art. 102 AEUV für die Missbrauchskontrolle gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen.

842. Als Grundlage wirtschaftlicher Macht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. b VO 139/2004 können neben der Marktstellung auch ein privilegierter Zugang zu Ressourcen oder Verflechtungen mit anderen Unternehmen relevant werden.⁴⁴³ Damit dürften auch Beteiligungsbeziehungen mit anderen chinesischen Unternehmen oder staatlichen Stellen, die wirtschaftsstrategische Entscheidungen treffen, berücksichtigungsfähig sein. Dies dürfte nicht nur auf Fälle eines bestimmenden Einflusses im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VO 139/2004 zu beschränken sein, da sich auch sonstige Beteiligungsbeziehungen im Einzelfall im Markt auswirken können.

843. Die Finanzkraft kann ebenfalls die Marktstellung eines Unternehmens beeinflussen. Die Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen sehen insoweit vor, dass die Europäische Kommission die Fähigkeit des fusionierten Unternehmens prüft, die Wettbewerber am Wachstum zu hindern.⁴⁴⁴ Staatliche Mittel, auf die das Unternehmen gegebenenfalls zurückgreifen kann, werden in den Leitlinien nicht gesondert adressiert, auch wenn die Europäische Kommission sie in ihrer Prüfung bereits ebenfalls berücksichtigt.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 6. Februar 2019, M.8677 – Siemens/Alstom, Tz. 108, 462 ff., insb. Tz. 470 ff., Tz. 501 ff.

⁴⁴² Dazu vgl. noch unten Tz. 945 und Abschn. 4.1.3.3.

⁴⁴³ Körber in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 1. EU/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO Rz. 261–263.

⁴⁴⁴ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 031 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 36.

⁴⁴⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Oktober 2002, M.2908 – Deutsche Post/DHL (II), Tz. 29 ff.

844. Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Macht und der Finanzkraft ändert allerdings nichts daran, dass ein Zusammenschluss nach Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004 nur dann für mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt wird, wenn dadurch wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde. Das erfordert grundsätzlich den Nachweis, dass der Zusammenschluss eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Diese mag durch die wirtschaftliche Macht oder Finanzkraft des zusammengeschlossenen Unternehmens oder die anderen in Art. 2 Abs. 1 lit. b VO 139/2004 genannten Faktoren verstärkt werden. Eine von der Marktstellung der Beteiligten völlig losgelöste Untersagung ihres Zusammenschlusses entspräche allerdings nicht der bisherigen Praxis der Europäischen Kommission. Sie würde auch mit der aus Art. 101 und 102 AEUV ableitbaren präventiven Funktion der Fusionskontrolle kollidieren, Zusammenschlüsse zu verhindern, die zu Marktstellungen führen, welche mit dem Risiko einer nur nachträglich zu ahndenden missbräuchlichen Ausnutzung verbunden sind. Die Fusionskontrolle schützt insofern lediglich die Marktstruktur. Hinsichtlich der Frage, wie Veränderungen in der Marktstruktur zustande kommen (z. B. durch ausländische Subventionen), ist sie hingegen neutral.

845. Eine Intervention im Fall von Subventionen kann deshalb nur in einem getrennten Verfahren überprüft werden. Wenn es sich bei staatlichen Mitteln, welche die Finanzkraft eines Unternehmens stärken und damit seine Marktstellung beeinflussen, um mitgliedstaatliche Beihilfen handelt, ist nach geltendem Recht in einem Beihilfungsverfahren zu prüfen, ob der Mitgliedstaat die Mittel dem Unternehmen zur Verfügung stellen darf.⁴⁴⁶ Wenn das nicht der Fall ist, dann ist die Rechtsfolge, dass dem Mitgliedstaat die Leistung der Beihilfe untersagt wird bzw. dass er zu ihrer Rückforderung verpflichtet wird. In Bezug auf Subventionen eines Drittstaats ist ein solches Verfahren hingegen nicht möglich.

846. Die Europäische Kommission befürwortet nun eine Regelung, die ihr eine Intervention im Falle drittstaatlicher Subventionen gestatten würde.⁴⁴⁷ Eine solche Regelung mag auch im Kontext von Zusammenschlüssen zu rechtfertigen sein, wenn ein Drittstaat durch Subventionen die Chancen bestimmter Bieter im politisch-strategischen Interesse zum Nachteil anderer Bieter erhöht. Sie trüge dem Umstand Rechnung, dass Staaten Unternehmensübernahmen subventionieren können, um nach politisch-strategischen Kriterien einzelne Märkte oder ganze Wirtschaftsbereiche unter ihre Kontrolle zu bringen. Allerdings treten die schädlichen Wettbewerbswirkungen dann gegebenenfalls erst infolge einer Mehrzahl von Transaktionen und außerhalb des fusionskontrollrechtlichen Prognosezeitraums für die Einzeltransaktion ein. Es geht auch nicht lediglich darum, eine fusionskontrollrechtlich problematische Marktstellung zu verhindern, welche im Anschluss an den Zusammenschluss missbräuchlich ausgenutzt werden könnte. Stattdessen geht es – wie in den im Bereich der Kartell- bzw. Missbrauchskontrolle und der Beihilfekontrolle (Abschn. 3.1.2.1 und 3.2.2.1) behandelten Fällen – darum, dass die drittstaatliche Unterstützung als solche wettbewerbsverfälschende Auswirkungen haben kann. Dieses Problem sollte deshalb für die genannten Problemkonstellationen einheitlich und getrennt von der Fusionskontrolle geregelt werden (siehe unten Abschn. 4.1).

847. Zwar besteht bei Fusionskontrollverfahren die Besonderheit, dass es sich um präventive Verfahren handelt. Deshalb gelten zum Schutz der beteiligten Unternehmen enge Prüfungsfristen. Das könnte dafür sprechen, bei Zusammenschlüssen, die durch drittstaatliche Subventionen finanziert werden, die Überprüfung dieser Subventionen ebenfalls fristgebunden vorzunehmen. Allerdings ist zu bedenken, dass etwa der Erwerb kritischer Infrastrukturen, Technologien oder Ressourcen ohnehin der Investitionskontrolle unterliegt. Diese ist ihrerseits an Fristen gebunden. Deshalb sollte zunächst beobachtet werden, in welchem Umfang es einen praktischen Bedarf für darüber hinausgehende Verfahrensregelungen gibt.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Siehe EuG, Urteil vom 31. Januar 2001, T-156/98 – RJB Mining, Slg. 2001, II-337, ECLI:EU:T:2001:29, Rz. 125: Keine eigenständige Prüfung der Beihilferechtskonformität im Fusionskontrollverfahren.

⁴⁴⁷ EU-Kommission/Hohe Vertreterin für Außen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, EU-China – Strategische Perspektiven, JOIN(2019) 5 final, 12. März 2019, S. 9.

⁴⁴⁸ Im Falle von praktisch relevanten Regelungslücken könnte dann das von der Monopolkommission in Abschn. 4.1 vorgeschlagene subsidiäre Instrument um Verfahrensregelungen ergänzt werden, denen zufolge es in Zusammenschlussfällen vor Abschluss der fusionskontrollrechtlichen Prüfungspflichten anzuwenden wäre. Die Monopolkommission befürwortet allerdings auch außerhalb der Fusionskontrolle enge Prüfungsfristen; siehe näher Abschn. 4.1.3.1 und Abschn. 4.1.4.

3.3.2.4 Keine „Europäische Ministererlaubnis“ und keine anderen politischen Mitwirkungsrechte im Rahmen der EU-Fusionskontrolle

848. In den von Frankreich, Deutschland und anderen Mitgliedstaaten vorgelegten Vorschlägen zur Modernisierung der EU-Fusionskontrolle wurden zunächst weitreichende und später stärker zurückgenommene politische Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten gefordert, um die Anwendung der Fusionskontrolle im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit der Industriesektoren der EU zu erörtern. Auf technischer Ebene sollte der Beratende Ausschuss für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ein nach Art. 19 VO 139/2004 errichtetes Gremium zur Koordination mit den Kartellbehörden der Mitgliedstaaten, dafür geöffnet werden, Beiträge der Mitgliedstaaten in die Entscheidungsfindung auf der Grundlage von Wettbewerbsüberlegungen einzubringen.⁴⁴⁹ Davon abgesehen wurde gefordert, die Europäische Kommission sollte die Fachkenntnisse von Sektorspezialisten aus anderen Generaldirektionen einbeziehen, um umfassende Prüfkonzepte für die von Fusionen betroffenen Märkte zu entwickeln.⁴⁵⁰

849. Im deutschen Recht ist schon heute eine Ministererlaubnis vorgesehen, durch die untersagte Zusammenschlüsse im Einzelfall als politische Maßnahme nach ihrer Untersagung erlaubt werden können, wenn die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist (vgl. § 42 GWB). Ein derartiger von den Mitgliedstaaten beeinflussbarer politischer Entscheidungsmechanismus ist auf EU-Ebene bisher nicht vorgesehen. Dort entscheidet die Europäische Kommission über die Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem gemeinsamen Markt. Diese Entscheidung wird – anders als Entscheidungen des Bundeskartellamts in Deutschland – nicht nur nach rein wettbewerbsrechtlichen Kriterien, sondern, innerhalb des geltenden Rechts, auch nach politischen Kriterien getroffen.⁴⁵¹ Die Europäische Kommission ist in ihrer Entscheidung allerdings ausschließlich den Interessen der EU verpflichtet.

850. Im vorliegenden Zusammenhang sind die Vorschläge mit Blick auf Zusammenschlüsse zu würdigen, bei denen die Zusammenschlussbeteiligten im Wettbewerb mit Marktteilnehmern aus Drittstaaten stehen, die von wettbewerbsverfälschenden drittstaatlichen Maßnahmen profitieren und infolgedessen über eine erhöhte wirtschaftliche Macht verfügen (Defensivmechanismus). Die zurzeit diskutierten Vorschläge gehen teilweise erheblich weiter. Sie betreffen unter anderem auch den Aufbau eines Gegengewichts zu den U.S.-amerikanischen Digitalkonzernen, bis hin zur Ermöglichung Europäischer oder Nationaler Champions (Offensivmechanismus). Diesen Aspekten soll hier nicht weiter nachgegangen werden. In Bezug auf die eingangs angesprochene Problematik von Zusammenschlüssen zur Verteidigung gegen drittstaatliche Marktteilnehmer mit erhöhter wirtschaftlicher Macht ist zu bedenken, dass die Erlaubnis solcher „Abwehrfusionen“ ein ähnliches Problem mit sich brächte wie die Ermöglichung von Abwehr- bzw. Exportkartellen oder Defensivbeihilfen. Denn es würde möglichen drittstaatlich induzierten Wettbewerbsverzerrungen mit Transaktionen begegnet, die ihrerseits wirksamen Wettbewerb erheblich behindern.

851. In jedem Fall erscheinen die eingangs zitierten Vorschläge zu weitgehend. Die stärkere Einbeziehung der mitgliedstaatlichen Behörden und Ministerien in die EU-Fusionskontrolle würde das fristgebundene Fusionskontrollverfahren durch zusätzlichen Abstimmungsbedarf und damit einhergehende Unsicherheit voraussichtlich erheblich belasten. Die Beteiligung nationaler Stellen am Verfahren wäre auch nicht sachgerecht, da diese aufgrund

⁴⁴⁹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie/Ministère de l'économie et des finances/Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Modernising EU competition policy, Punkt 5, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=4, Abruf am 5. März 2020.

⁴⁵⁰ Schreiben der Minister Altmaier, Patuanelli, Le Maire, Emilewicz an EU-Kommissions-Vizepräsidentin Vestager vom 4. Februar 2020, Punkte 4–5; Bundesministerium für Wirtschaft und Energie/Ministère de l'économie et des finances/Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Modernising EU competition policy, Punkt 5, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=4, Abruf am 5. März 2020. Die Forderung des zweiten Papiers (dort Punkt 6), die Rolle des Rates bei der Entscheidungsfindung der Europäischen Kommission zu stärken, wurde im Schreiben vom 4. Februar 2020 nicht aufrechterhalten.

⁴⁵¹ Dazu Montag in Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, Tagungsband zum Wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission, Baden-Baden 2015, S. 43 (44 f.).

der ausschließlichen EU-Kompetenzen für binnenmarktbezogene wettbewerbspolitische sowie für handelspolitische Fragen zu solchen Fragen nichts Entscheidungserhebliches beitragen könnten. Es entstünde allenfalls ein Risiko, dass die am Unionsinteresse ausgerichtete Entscheidung der Europäischen Kommission durch mitgliedstaatliche politische Interessen verwässert würde. Die Sektorexpertise der Generaldirektion Wettbewerb bedarf ebenfalls keiner Stärkung.

852. Ein weitergehender Nutzen der Einbeziehung mitgliedstaatlicher Interessen lässt sich auch nicht damit begründen, dass einzelne Mitgliedstaaten die Wettbewerbsfähigkeit der heimischen Industrie erhalten und stärken möchten. Die Einbeziehung mitgliedstaatlicher Interessen könnte dazu führen, dass sich im Konfliktfall gerade die Interessen großer Mitgliedstaaten durchsetzen. Die Einbeziehung mitgliedstaatlicher Interessen könnte damit einer Fragmentierung des EU-Binnenmarktes Vorschub leisten und insofern dem Unionsinteresse am Schutz dieses Binnenmarktes zuwiderlaufen.

853. Die Monopolkommission erkennt hierbei an, dass die Zusammenschlussbeteiligten im Wettbewerb mit Marktteilnehmern aus Drittstaaten ein legitimes Interesse daran haben, gegen wettbewerbsverfälschende drittstaatliche Maßnahmen geschützt zu werden. Sie spricht sich allerdings dagegen aus, deshalb erweiterte Möglichkeiten zur Erlaubnis von Zusammenschlüssen vorzusehen, die ihrerseits wirksamen Wettbewerb erheblich behindern. Stattdessen erscheint es vorzugswürdig, ein Instrumentarium zu entwickeln, mit dem die wettbewerbsverfälschenden Auswirkungen der drittstaatlichen Maßnahmen im EU-Binnenmarkt neutralisiert werden können (siehe näher unten Abschn. 4.1).

3.3.2.5 Engere Verzahnung von Fusions- und Investitionskontrolle zu empfehlen

854. Die Fusions- und die Investitionskontrolle sind bisher getrennt voneinander geregelt. Das betrifft auch das Verfahren, und zwar sowohl auf EU-Ebene als auch auf nationaler Ebene. Nach Art. 21 Abs. 4 VO 139/2004 können die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zum Schutz von Interessen der öffentlichen Sicherheit treffen, sofern diese Interessen mit den allgemeinen Grundsätzen und den übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind. Diese Interessen werden im EU-Fusionskontrollverfahren somit nicht eigenständig berücksichtigt. Auf nationaler Ebene erfolgen im Fall von Unternehmensübernahmen die Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt und die Investitionskontrolle durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Für die Zwecke einer Abstimmung ist lediglich in § 50c GWB vorgesehen, dass das BKartA Informationen aus Fusionskontrollanmeldungen weiterleiten kann.

855. Der Umstand, dass die Verfahren zur Fusions- und Investitionskontrolle unabhängig voneinander durchgeführt werden, bedeutet für die betroffenen Unternehmen, dass der Zeitrahmen bis zum Verfahrensabschluss unsicher ist. Diese Unsicherheiten sind zum Teil der differenzierten Kompetenzverteilung in den Bereichen der Fusions- und der Investitionskontrolle und zum Teil der unterschiedlichen Verfahrensausgestaltung geschuldet. Dabei muss Letztere der Natur der jeweils relevanten Rechtsfragen und des jeweils relevanten Sachverhalts Rechnung tragen. Allerdings erhöhen sich die Unsicherheiten dadurch, dass die Fristen für eine Untersagung Entscheidungsfristen sind, die jeweils nur aufgrund einer vollständigen Anmeldung (Fusionskontrolle) bzw. eines Antrags mit vollständigen Unterlagen (Investitionskontrolle) zu laufen beginnen.⁴⁵² Die Entscheidungsfristen lassen sich durch Anforderung zusätzlicher Unterlagen strategisch verlängern. Die Funktion der Fristen, die Unternehmen gegen für sie nicht abschätzbare Verfahrensverlängerungen zu schützen, wird dadurch beeinträchtigt. Dieses Problem führt bereits im Rahmen der EU-Fusionskontrolle zu hinterfragbaren Belastungen für die betroffenen Unternehmen. Bei einer parallelen Prüfung zu Zwecken der Investitionskontrolle verdoppelt sich das Problem. Im deutschen Fusionskontrollverfahren gibt es zwar weitergehende Möglichkeiten zur Fristverlängerung als in der EU-Fusionskontrolle, doch werden diese in der Praxis normalerweise nicht ausgeschöpft.⁴⁵³

⁴⁵² Siehe Art. 4 Abs. 1, 10 Abs. 1 S. 2 VO 139/2004 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Durchführungs-VO 802/2004 bzw. § 39 Abs. 1, 3 GWB (in der Fusionskontrolle); § 59 Abs. 1 AWV (in der Investitionskontrolle).

⁴⁵³ Siehe § 40 Abs. 1 und 2 GWB.

856. Eine stärkere verfahrensrechtliche Verzahnung von Fusions- und Investitionskontrolle erscheint sowohl auf EU-Ebene als auch auf nationaler Ebene wünschenswert. Zumindest sollte die Entscheidungsfrist für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie so ausgestaltet werden, dass die Antragsteller mit Abschluss des EU-Fusionskontrollverfahrens auch Klarheit darüber erhalten, ob die Transaktion nach den nationalen Regelungen der Investitionskontrolle untersagt wird. Hierdurch würden die Unsicherheiten für die betroffenen Unternehmen immerhin vermindert.

4 Einführung neuer Instrumente

857. Die Ausführungen im vorausgehenden Abschnitt 3 haben gezeigt, dass der bestehende Regelungsrahmen keine speziellen Regelungen enthält, um Wettbewerbsvorteile für bestimmte Unternehmen aufgrund von chinesischen staatlichen Eingriffen in die Wirtschaft zu neutralisieren. Allerdings sind die Wirtschaftsteilnehmer im EU-Binnenmarkt trotzdem durch das Wettbewerbsrecht und im Fall grenzüberschreitender Wareneinfuhren durch die Antidumping- und Antisubventionsregeln geschützt. Es bedarf somit auch keines umfassenden neuen Instrumentariums, sondern vielmehr der Ergänzung der bestehenden Regeln.

858. Bei der Schließung der festgestellten Regelungslücken kann es aus Sicht der Monopolkommission allerdings nicht darum gehen, allgemeine Bedrohungen europäischer Interessen durch den chinesischen Staat abzuwehren. Dieses Sonderkapitel verfolgt ausschließlich das Interesse, einen wirksamen und diskriminierungsfreien Wettbewerbsschutz im Sinne der EU-Verträge sicherzustellen. Diesbezüglich ist erstens klarzustellen, dass sicherheitspolitische Fragen von den Belangen der Wettbewerbspolitik zu trennen sind. Zweitens können sich chinesische Maßnahmen und solche anderer Drittstaaten im EU-Binnenmarkt auf vergleichbare Weise wettbewerbsverfälschend auswirken. Deshalb kann es nur darum gehen, Instrumente zur Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen im Verhältnis zu Drittstaaten im Allgemeinen und nicht zu China im Speziellen zu entwickeln. Drittens würde es auch den partnerschaftlichen wirtschaftspolitischen Ansatz der EU im Verhältnis zu China konterkarieren, wenn die EU Besonderheiten des chinesischen Staatskapitalismus zum Anlass für spezielle belastende Regelungen nehmen würde.

859. Im Folgenden werden unter diesen Voraussetzungen zum einen Instrumente betrachtet, die die wettbewerbliche Chancengleichheit der Marktteilnehmer im EU-Binnenmarkt im Fall einer drittstaatlichen Einflussnahme auf die Wirtschaft schützen (Defensivinstrumente; Abschn. 4.1). Zum anderen wird zu Instrumenten Stellung genommen, die dazu dienen, die europäischen Wettbewerbsprinzipien im Verhältnis zu Drittstaaten – und speziell China – aktiv durchzusetzen (Offensivinstrumente; Abschn. 4.2).

4.1 Instrumente zur Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen im EU-Binnenmarkt

860. Eine drittstaatliche Einflussnahme auf die Wirtschaft kann nach dem zuvor Ausgeführten eigenständige Wettbewerbsprobleme aufwerfen. Das gilt auch für den chinesischen Staatskapitalismus, und zwar in zweierlei Hinsicht:

- Es gibt erstens keine Regeln, die an die Eingriffe des chinesischen Staates in die Wirtschaft als solche anknüpfen und etwaigen wettbewerbsverfälschenden Auswirkungen solcher Eingriffe im EU-Binnenmarkt vorbeugen;
- Eingriffe des chinesischen Staates in die Wirtschaft sind zweitens nach den in der EU vorhandenen Informationen unter Umständen auch nicht als solche erkennbar.

Dabei gilt, dass wettbewerbsverfälschende Eingriffe grundsätzlich in Form einer Verpflichtung chinesischer Unternehmen (in China/in der EU) oder in Form einer Begünstigung chinesischer Unternehmen (in China/in der EU) erfolgen können. In der Praxis stehen freilich Maßnahmen im Vordergrund, durch die chinesische Unternehmen begünstigt werden, sodass sie z. B. mit Niedrig- bzw. Kampfpreisen im EU-Binnenmarkt agieren können. Die bestehenden Regelungen, die sich innerhalb der EU mit staatlichen Verpflichtungsmaßnahmen speziell in Bezug auf SOEs befassen, werden zudem nur sehr begrenzt durchgesetzt. Deshalb erscheint der Mehrwert ähnlicher Regeln

mit Blick auf drittstaatliche Maßnahmen fraglich, auch wenn eine staatliche Steuerung von SOEs in staatskapitalistischen Systemen besonders naheliegt. Es kann sich allerdings hieraus eine Rechtfertigung für eine Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr ergeben.

861. Eine Begünstigung durch staatliche Maßnahmen (Subventionen) widerspricht dem Ansatz des EU-Rechts, wonach staatlich gewährte Vorteile, die das Staatsbudget belasten und die Chancengleichheit auf dem europäischen Binnenmarkt beeinträchtigen, grundsätzlich als wettbewerbsverfälschender Markteingriff angesehen werden (vgl. Art. 107 Abs. 1 AEUV).⁴⁵⁴ Diese von dem Bild gleicher Wettbewerbsbedingungen ausgehende Position lässt sich innerhalb der EU mit der Erwägung rechtfertigen, dass Subventionswettläufe vermieden werden sollen, die den Steuerzahler belasten und zu Ineffizienzen im Binnenmarkt führen. Denn staatlich subventionierte Unternehmen können ihre Finanzkraft gegebenenfalls ähnlich wie beherrschende Unternehmen einsetzen, um auf längere Sicht Marktmacht aufzubauen und Wettbewerber zu verdrängen. Darüber hinaus können durch Subventionen die produktive und die dynamische Effizienz auf einem Markt beeinträchtigt werden, wenn ineffiziente Unternehmen künstlich am Leben gehalten werden bzw. sich die Anreize der Unternehmen, in Forschung und Entwicklung zu investieren, reduzieren.⁴⁵⁵ Diese Aspekte können ein präventives Vorgehen zum Schutz der wettbewerblichen Chancengleichheit in der EU ökonomisch rechtfertigen. Daneben lässt sich daraus ein unionsrechtlich anerkanntes Interesse ableiten, dass staatliche Subventionen im EU-Binnenmarkt auch von Drittstaaten nur in einem möglichst geringen Umfang eingesetzt werden, zumindest soweit solche Maßnahmen nachteilige Auswirkungen auf den EU-Binnenmarkt haben können. Dies könnte, abgesehen von der Beeinträchtigung der Chancengleichheit, auch mit der Gefahr eines Subventionswettlaufs begründet werden, zumindest wenn die EU auf chinesische bzw. drittstaatliche Subventionen ihrerseits mit Unionsbeihilfen reagiert. Speziell bei chinesischen Subventionen wird zudem die Gefahr gesehen, dass sich die wirtschaftliche Zusammenarbeit mit einzelnen EU-Mitgliedstaaten auch in einen politischen Einfluss ummünzen lässt, der gegebenenfalls zulasten einer einheitlichen Wahrnehmung der EU-Interessen gehen kann.⁴⁵⁶

862. Hinsichtlich der zu treffenden Regelungen sind grundsätzlich zwei Ansätze denkbar. Nach dem einen Ansatz ist einer Situation vorzubeugen, in der subventionierte Unternehmen aus Drittstaaten durch Verhaltensweisen, die grundsätzlich nur bei marktbeherrschenden Unternehmen problematisch sind (z. B. Kampfpreise), ihre europäischen Wettbewerber verdrängen und Märkte besetzen („Marktbeherrschungs-Ansatz“). Nach einem anderen Ansatz ist der Vorteil zu beseitigen, von dem subventionierte Unternehmen aus Drittstaaten profitieren, weil die Subvention einer weniger weitreichenden Kontrolle unterliegt als Beihilfen, die von einem EU-Mitgliedstaat gewährt werden („Beihilfeäquivalenz-Ansatz“). Beide Ansätze können grundsätzlich auch kombiniert werden.

863. Die Europäische Kommission hat in einem kurz vor Übergabe dieses Hauptgutachtens im Juni 2020 veröffentlichten Weißbuch einen kombinierten, aber vor allem am Beihilfeäquivalenzprinzip orientierten Ansatz entwickelt, der zum Teil weitreichende Eingriffsbefugnisse vorsieht (Abschn. 4.1.1). Dem Weißbuch waren verschiedene Überlegungen vorausgegangen, die sich jeweils klarer einem der beiden zuvor genannten Ansätze zuordnen lassen (Abschn. 4.1.2). Die Monopolkommission spricht sich ihrerseits für eine in ihrem Anwendungsbereich begrenzte Regelung aus, die es ermöglicht, bei Lücken innerhalb des bestehenden Rechtsrahmens den subventionsbedingten Vorteil zu neutralisieren, außer wenn ein besonderes Unionsinteresse hieran besteht (Abschn. 4.1.3).⁴⁵⁷ Sie unterbreitet hierfür nachfolgend einen eigenen Regelungsvorschlag (Abschn. 4.1.4).

⁴⁵⁴ EuGH, Urteil vom 2. Juli 1974, 173/73 – Italien/Kommission, Slg. 1974, 709, ECLI:EU:C:1974:71, Rz. 26/28; dazu erneut Behrens in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilferecht, Baden-Baden 2013, Einleitung Rz. 158.

⁴⁵⁵ Vgl. insoweit schon Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Baden-Baden 2008, Tz. 894 ff.

⁴⁵⁶ Siehe z. B. Bundesakademie für Sicherheitspolitik, Arbeitspapier Sicherheitspolitik, Nr. 6/2019, Chinas 16+1-Kooperation mit Osteuropa: Trojanisches Pferd ohne volle Besatzung, S. 4.

⁴⁵⁷ Siehe schon oben Tz. 652-653 zum Unionsinteresse.

4.1.1 EU-Weißbuch zur Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen (*level playing field*) bei drittstaatlichen Subventionen

864. Die Europäische Kommission hat am 17. Juni 2020 ein Weißbuch veröffentlicht, das Vorüberlegungen für einen geplanten Gesetzgebungsvorschlag zur „Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen bezüglich drittstaatlicher Subventionen“ enthält.⁴⁵⁸ In dem Weißbuch werden nach einer knappen Einleitung, Darstellung der Problematik und Analyse der rechtlichen Lücken drei Teilinstrumente vorgestellt. Das erste Teilinstrument ist als allgemeines Instrument konzipiert, das zweite bezieht sich auf Unternehmenserwerbsvorgänge und das dritte auf Fälle im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe.⁴⁵⁹ Davon getrennt geht das Weißbuch auf die – in diesem Hauptgutachten nicht näher betrachtete – Sonderproblematik von Fällen ein, in denen drittstaatlich subventionierte Unternehmen sich an EU-finanzierten Maßnahmen beteiligen.⁴⁶⁰

865. Die Rechtsgrundlage und die Natur des ins Auge gefassten Gesetzgebungsakts werden offengelassen. Die Europäische Kommission geht allerdings davon aus, dass der Gesetzgebungsakt in Übereinstimmung mit den internationalen Verpflichtungen der EU (z. B. auf Ebene der WTO und in Freihandelsabkommen) und mit höherem Unionsrecht (z. B. den Grundfreiheiten) ausgestaltet werden könnte.⁴⁶¹ Das neue Instrumentarium könnte aus Sicht der Europäischen Kommission parallel zu den bestehenden Regeln der Fusionskontrolle sowie des Wettbewerbs- und Beihilferechts angewendet werden, da diese sich nicht speziell auf drittstaatliche Subventionen beziehen. Es wäre auch komplementär zu den bestehenden Handelsschutz- und Investitionskontrollinstrumenten.⁴⁶² Die Europäische Kommission befürwortet jedoch eine Ausnahme für die sektorspezifisch geregelten Fälle des Luftverkehrs und der Verkehrsschifffahrt.⁴⁶³

866. Zu den Überlegungen des Weißbuchs sollen Stellungnahmen in einer Konsultation eingeholt werden.⁴⁶⁴ Die Konsultation soll bis zum 23. September 2020 laufen und betrifft sowohl die Überlegungen zu den einzelnen Teilinstrumenten als auch die Frage, ob die Teilinstrumente einzeln oder kombiniert eingeführt werden sollten. Die Monopolkommission nimmt zu den Überlegungen vorliegend im Rahmen ihres gesetzlichen Gutachtenauftrags Stellung. Dazu werden die ins Auge gefassten Teilinstrumente im Folgenden näher dargestellt (Abschn. 4.1.1.1). Darauf aufbauend würdigt die Monopolkommission die Überlegungen mit Blick auf die spezielle Problematik des chinesischen Staatskapitalismus (Abschn. 4.1.1.2).

4.1.1.1 Wesentliche Merkmale des ins Auge gefassten neuen Instrumentariums

867. Die Kommission legt ihren Überlegungen den Subventionsbegriff des Antisubventionsrechts und des Sektorwettbewerbsrechts zugrunde.⁴⁶⁵ Das erste Teilinstrument ist als allgemeines Instrument vorgesehen, um drittstaatliche Subventionen mit Blick auf ihre Wettbewerbswirkungen zu überprüfen. Das schließt den Fall ein, dass vergebene Subventionen im Rahmen von Unternehmensbeteiligungen eingesetzt werden. Das zweite Teilinstrument sollte ein präventives Instrument sein, das nur bei Unternehmensbeteiligungen eingreifen soll, wenn diese

⁴⁵⁸ EU-Kommission, Weißbuch: Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final, 17. Juni 2020 (nachfolgend: Weißbuch).

⁴⁵⁹ EU-Kommission, Weißbuch, Abschn. 4; speziell zu Teilinstrument 1 (allgemein) die S. 16 ff., zu Teilinstrument 2 (Unternehmenserwerbe) die S. 27 ff. und zu Teilinstrument 3 (Auftragsvergabe) die S. 35 ff.

⁴⁶⁰ EU-Kommission, Weißbuch, Abschn. 5.

⁴⁶¹ EU-Kommission, Weißbuch, S. 47 und 49 ff.

⁴⁶² EU-Kommission, Weißbuch, Abschn. 6.

⁴⁶³ EU-Kommission, Weißbuch, S. 53.

⁴⁶⁴ EU-Kommission, Weißbuch, Abschn. 7.

⁴⁶⁵ EU-Kommission, Weißbuch, Anhang I mit Verweis in Fn. 66 f. auf Verordnung 2016/1037 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. L 176 vom 30. Juni 2016, S. 55 und auf Verordnung 2019/712 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 zur Sicherstellung des Wettbewerbs im Luftverkehr und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 868/2004, ABl. L 123 vom 10. Mai 2019, S. 4.

gezielt subventioniert werden (direkte Erleichterung) oder der Bieter allgemein von drittstaatlichen Subventionen profitiert (indirekte Erleichterung). Das dritte Teilinstrument würde in mitgliedstaatlichen Vergabeverfahren zwischengeschaltet und könnte dazu führen, dass Bieter, die Subventionen aus Drittstaaten erhalten haben, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Erstes Teilinstrument (allgemeine Subventionsüberprüfung)

868. Das erste Teilinstrument würde eine Überprüfung drittstaatlicher Subventionen gestatten, die an Unternehmen in der EU vergeben werden und die zu „Verzerrungen im Binnenmarkt“ (*distortions in the internal market*) führen.⁴⁶⁶ Als Unternehmen in der EU wäre jedes in der EU niedergelassene Unternehmen anzusehen (Option 1), wobei eine Erweiterung auf in der EU tätige Unternehmen (z. B. außerhalb der EU niedergelassene Erwerber eines EU-Zielunternehmens) in Betracht gezogen werden sollte (Option 2).

869. Eine drittstaatliche Subventionsvergabe sollte nur voraussetzen, dass der Begünstigte Anspruch auf die Subvention hat.⁴⁶⁷ Das Instrument würde unbeschadet dessen aber nicht an die Subventionsvergabe als solche, sondern an die Nutzung der Subvention durch die Empfängerunternehmen „in allen Marktsituationen“ anknüpfen (d. h. Produktion von Waren, Erbringung von Dienstleistungen oder Investitionen). Ausgeschlossen sein sollte die Nutzung von Subventionen für aus Drittstaaten in die EU eingeführte Waren und landwirtschaftliche Erzeugnisse, die unter die handelspolitischen Schutzinstrumente der EU (insb. die EU-Antisubventionsverordnung) fallen.⁴⁶⁸

870. Zentral ist die Frage, wann eine Subvention eine „Verzerrung im Binnenmarkt“ verursacht (Schadenstheorie). Hiermit sind grundsätzlich Wettbewerbsverzerrungen gemeint, da das Weißbuch auf eine Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen abzielt. Die Europäische Kommission schlägt ein zweigleisiges Vorgehen vor, um die tatsächlich oder potenziell verzerrenden Auswirkungen zu ermitteln:⁴⁶⁹

- Zum einen sollte ein Katalog von Subventionskategorien definiert werden, bei denen davon auszugehen wäre, dass sie „mit großer Wahrscheinlichkeit“ Verzerrungen im Binnenmarkt hervorrufen. Dabei würde es sich um Subventionen handeln, die durch internationales Recht oder das EU-Beihilferecht grundsätzlich verboten sind. Beispiele könnten Exportsubventionen sein; außerdem Subventionierungen notleidender Unternehmen, die unabhängig von einer beträchtlichen Störung der nationalen oder der Weltwirtschaft stattfinden und die ohne das Erfordernis einer Umstrukturierung gewährt werden; Betriebssubventionen in Form selektiver Steuervergünstigungen oder Subventionen zur unmittelbaren Erleichterung von Erwerbsvorgängen.
- Zum anderen sollte bei sonstigen Subventionen eine detaillierte Einzelfallanalyse durchgeführt werden. Aufgrund des allgemeinen Mangels an Transparenz in Bezug auf drittstaatliche Subventionen sollte eine Reihe von Indikatoren herangezogen werden, um die Auswirkungen der Subvention im Binnenmarkt zu ermitteln; z. B. die Höhe der Subvention, die Marktposition des Empfängers, die Marktsituation, das Marktverhalten oder der Umfang der wirtschaftlichen Aktivität. Die Europäische Kommission schlägt zudem vor, dass die Offenheit des Marktes im die Subvention vergebenden Drittstaat berücksichtigt werden könnte.

871. Die Prüfung sollte allerdings in jedem Fall auf Subventionen ab einem bestimmten Schwellenwert (z. B. EUR 200.000) beschränkt werden. Wenn festgestellt würde, dass eine drittstaatliche Subvention geeignet ist, den Binnenmarkt zu verzerren, und Beweise dafür vorliegen, dass die subventionierte Wirtschaftstätigkeit oder die subventionierte Investition positive Auswirkungen innerhalb der EU oder auf von der EU anerkannte Gemeinwohl-

⁴⁶⁶ EU-Kommission, Weißbuch, S. 16 ff.; zum Begriff „Unternehmen in der EU“ speziell die Fn. 25.

⁴⁶⁷ EU-Kommission, Weißbuch, S. 18.

⁴⁶⁸ EU-Kommission, Weißbuch, S. 16 f. Fn. 24 und 25.

⁴⁶⁹ EU-Kommission, Weißbuch, S. 19–21.

interessen (z. B. Schaffung von Arbeitsplätzen, Umweltschutz) hat, wären die negativen und positiven Auswirkungen zur Feststellung des Unionsinteresses gegeneinander abzuwägen.⁴⁷⁰

872. Das Verfahren sollte zweistufig ausgestaltet werden:⁴⁷¹

- Der erste Verfahrensabschnitt (Vorprüfung) sollte durch die jeweils zuständige Stelle von Amts wegen eingeleitet werden (*ex officio*). In Fällen des subventionierten Erwerbs eines EU-Zielunternehmens würde der Erwerbsvorgang damit regelmäßig erst nach seiner Durchführung überprüft werden. Weiterhin betont die Europäische Kommission, dass es aufgrund der behördlichen Einleitung entscheidend auf von den Marktteilnehmern erhaltene Informationen ankomme. Die zuständigen Stellen sollten von den betroffenen Unternehmen Informationen einfordern können. Komme eine zuständige Stelle zu dem Ergebnis, dass die Möglichkeit einer schädlichen Subvention besteht, so würde sie ein vertieftes Prüfverfahren eröffnen.
- Im vertieften Prüfverfahren bestünden ebenfalls umfassende Auskunftsbefugnisse bzw. -pflichten. Wenn die prüfende Stelle zu dem Ergebnis käme, dass eine Verzerrung im Binnenmarkt vorliegt, sollte sie befugt sein, Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen (*redressive measures*) oder auf Verpflichtungsangebote der Unternehmen hin einen Verpflichtungsbeschluss zu erlassen (*decision with commitments*). Andernfalls würde sie das Verfahren einstellen.⁴⁷² Als Abhilfemaßnahme wäre grundsätzlich die Rückzahlung des finanziellen Vorteils der Subvention an den Drittstaat vorzusehen. Angesichts möglicher Schwierigkeiten, eine solche Rückzahlung nachzuweisen bzw. zu überwachen, sollten jedoch alternative Abhilfemaßnahmen zugelassen werden. Hierbei würde es sich um Abhilfemaßnahmen handeln, die an der Ausnutzung der Subvention durch die begünstigten Unternehmen ansetzen; z. B. Verpflichtungen zur Veräußerung von Vermögenswerten oder zur Reduzierung der Marktpräsenz, Investitions- und Erwerbsverbote, Zugangsverpflichtungen in Bezug auf Mobilitätsapplikationen oder Lizenzen, Verhaltensverbote, die Pflicht zur Veröffentlichung bestimmter Forschungs- und Entwicklungsergebnisse oder auch Ausgleichszahlungen an die EU oder ihre Mitgliedstaaten. In jedem Fall sollen den Unternehmen Transparenz- und Berichtspflichten für die Zukunft auferlegt werden.⁴⁷³

873. Die Zuständigkeiten für das erste Teilinstrument sollten zwischen Europäischer Kommission und mitgliedstaatlichen Behörden aufgeteilt werden. Dabei sollten rein nationale Fälle durch die mitgliedstaatlichen Behörden und grenzüberschreitende Fälle zentral durch die Europäische Kommission untersucht werden. Auch sollen Kooperationsmechanismen eingeführt werden. Das Weißbuch orientiert sich insofern an den Verfahrensregelungen des EU-Wettbewerbsrechts.⁴⁷⁴

Zweites Teilinstrument (Unternehmensbeteiligungen)

874. Das zweite Teilinstrument ist für möglicherweise subventionierte Erwerbsvorgänge in Bezug auf in der EU niedergelassene Unternehmen gedacht und ersichtlich in Anlehnung an die Fusionskontrolle nach der Verordnung 139/2004 ausgestaltet. Das Verfahren sollte durch Anmeldung in Gang gesetzt werden. Als anzumeldender Erwerbsvorgang sollte ein Erwerb von fusionskontrollrechtlicher Kontrolle, von Anteilen oder Stimmrechten oberhalb einer zu definierenden Schwelle oder der Erwerb eines sonstigen „wesentlichen“ Einflusses (*material influence*) erfasst werden.⁴⁷⁵

875. Ein „möglicherweise subventionierter Erwerb“ (*potentially subsidised acquisition*) wäre definiert als geplanter Erwerb eines EU-Zielunternehmens, bei dem ein beteiligtes Unternehmen innerhalb eines bestimmten Zeitraums

⁴⁷⁰ EU-Kommission, Weißbuch, S. 21.

⁴⁷¹ EU-Kommission, Weißbuch, S. 21–23.

⁴⁷² EU-Kommission, Weißbuch, S. 22 f.

⁴⁷³ EU-Kommission, Weißbuch, S. 23 f.

⁴⁷⁴ EU-Kommission, Weißbuch, S. 25 f.

⁴⁷⁵ EU-Kommission, Weißbuch, S. 28.

(z. B. drei Jahren vor der Anmeldung oder bis zu einem Jahr nach Abschluss des Erwerbs) eine finanzielle Zuwendung (*financial contribution*) von einem Drittstaat erhalten hat. Die Überprüfung könnte davon abhängig gemacht werden, dass das EU-Zielunternehmen bei seiner Tätigkeit in der EU bestimmte qualitative oder quantitative Schwellenwerte überschreitet oder dass der Erwerb durch finanzielle Zuwendungen in einer bestimmten Höhe erleichtert wird.⁴⁷⁶

876. Der Zusammenschluss würde auf die mögliche Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen im Hinblick auf Investitionsmöglichkeiten im Binnenmarkt überprüft. Bei gezielten Subventionen (direkte Erleichterung) wäre in der Regel davon auszugehen, dass sie zu einer Verzerrung des Binnenmarktes führen. Andernfalls (*De-facto*-Erleichterung) wäre eine Einzelfallanalyse erforderlich. Auch in diesem Zusammenhang sollte dem Mangel an Transparenz bezüglich drittstaatlicher Subventionen durch die Berücksichtigung bestimmter Indikatoren Rechnung getragen werden (einschl. Reziprozitätserwägungen). Auch bei Anwendung des zweiten Teilinstruments soll eine Abwägung mit subventionsbedingten Vorteilen stattfinden.⁴⁷⁷

877. Das Verfahren wäre am Verfahren der Fusionskontrollverordnung orientiert (zwei Phasen). Die Anmeldung sollte zunächst als Kurzinformation eingereicht werden. Diese Kurzinformation würde allerdings bereits eine Stillhaltefrist auslösen. Bei Umgehung der Anmeldepflicht sollte das Verfahren auch von Amts wegen eingeleitet werden können. Als Entscheidung sollten die Freigabe mit und ohne Auflagen sowie die Untersagung des Zusammenschlusses in Betracht kommen. Die Auflagen könnten auf ein entsprechendes Verpflichtungsangebot des Erwerbers festgesetzt werden und sich an den Abhilfemaßnahmen des ersten Teilinstruments orientieren.⁴⁷⁸ Nach Einschätzung der Europäischen Kommission wären als Abhilfemaßnahmen Rück- bzw. Ausgleichszahlungen und Transparenzverpflichtungen im Rahmen des zweiten Teilinstruments möglicherweise weniger geeignet. Daher würde der Schwerpunkt der Verpflichtungen wahrscheinlich auf strukturellen Abhilfemaßnahmen liegen.⁴⁷⁹

878. Hinsichtlich der Zuständigkeiten bevorzugt die Europäische Kommission ein zentralisiertes System, um Kosten zu sparen und zwischenbehördlichen Abstimmungsproblemen vorzubeugen. Wenn die Teilinstrumente 1 und 2 kombiniert würden, könnten die Mitgliedstaaten Erwerbe von Amts wegen auch unterhalb der für Teilinstrument 2 festgelegten Schwellenwerte prüfen. Obgleich die Europäische Kommission auf eine ausdrückliche Empfehlung verzichtet, würde eine solche Kombination einerseits die zentrale Überprüfung großer Erwerbsvorgänge und andererseits die Überprüfung von für den Binnenmarkt relevanten sonstigen Vorgängen gewährleisten.⁴⁸⁰

Drittes Teilinstrument (öffentliche Auftragsvergabe)

879. Das dritte Teilinstrument sollte die Beihilfekontrolle, die Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Beihilfen der Mitgliedstaaten auch innerhalb der öffentlichen Auftragsvergabe vorbeugt, durch ein entsprechendes Instrument in Bezug auf drittstaatliche Subventionen ergänzen.⁴⁸¹ Das dritte Teilinstrument wäre gegen Subventionierungen gerichtet, die die Teilnahme an mitgliedstaatlichen Vergabeverfahren erleichtern, indem sie es dem begünstigten Bieter ermöglichen, sich zum Nachteil nicht subventionierter Unternehmen am jeweiligen Vergabeverfahren zu beteiligen.⁴⁸²

880. Auch in diesem Zusammenhang würde inhaltlich eine zweistufige Prüfung erfolgen. Zunächst würde geprüft, ob der betreffende Bieter von einer drittstaatlichen Subvention profitiert. Anschließend würde in Bezug auf ein konkretes Vergabeverfahren geprüft, ob die drittstaatliche Subvention es dem begünstigten Bieter ermöglicht, sich

⁴⁷⁶ EU-Kommission, Weißbuch, S. 30.

⁴⁷⁷ EU-Kommission, Weißbuch, S. 31 f.

⁴⁷⁸ EU-Kommission, Weißbuch, S. 32–34.

⁴⁷⁹ EU-Kommission, Weißbuch, S. 34.

⁴⁸⁰ EU-Kommission, Weißbuch, S. 35.

⁴⁸¹ EU-Kommission, Weißbuch, S. 36 ff.

⁴⁸² EU-Kommission, Weißbuch, S. 36.

zum Nachteil nicht subventionierter Unternehmen an dem Verfahren zu beteiligen. Auch hier könnte zwischen gezielten Subventionen mit Blick auf einzelne Vergabeverfahren (direkte Subvention) und hiervon unabhängig gewährten Subventionen (*De-facto*-Subvention) unterschieden werden, doch wäre jedenfalls maßgeblich, ob das Angebot durch die Subvention wirtschaftlich tragfähiger wäre als ohne die Subvention; etwa weil die angebotenen Preise unter den Kosten liegen. In anderen Fällen könnte die Verzerrung nach für das erste Teilinstrument geltenden Grundsätzen und Kriterien festgestellt werden, soweit die Subvention aus einem Drittstaat die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erleichtert.⁴⁸³

881. Das Verfahren würde dadurch eingeleitet, dass Bieter dem öffentlichen Auftraggeber bei Einreichung ihres Angebots melden müssten, ob sie selbst oder Mitglieder ihres Konsortiums, Unterauftragnehmer bzw. Lieferanten in den letzten drei Jahren vor der Teilnahme an dem Verfahren eine finanzielle Zuwendung erhalten haben bzw. ob sie während der Auftragsausführung mit einer solchen finanziellen Zuwendung rechnen.⁴⁸⁴ Die Meldepflicht könnte auf Fälle begrenzt werden, in denen der Wert der finanziellen Zuwendung innerhalb eines bestimmten Zeitraums (z. B. drei Jahre vor dem Datum der Meldung bis zu einem Jahr nach voraussichtlicher Auftragserfüllung) einen gewissen Wert erreicht, gegebenenfalls einen Schwellenwert oberhalb der Schwellen der EU-Vergaberichtlinien. Die Meldungen sollten veröffentlicht werden. Damit Durchsetzungsschwierigkeiten durch eine fehlerhafte Selbstbeurteilung minimiert werden, sollten Dritte und Wettbewerber das Recht erhalten, den öffentlichen Auftraggeber davon in Kenntnis zu setzen, dass im Rahmen des Verfahrens eine Meldung hätte erfolgen müssen.⁴⁸⁵

882. Nach Prüfung einer erfolgten Meldung auf Vollständigkeit würde der öffentliche Auftraggeber sie zur wettbewerblichen Prüfung an die zuständige Aufsichtsbehörde weiterleiten. Die Koordinierung der Aufsichtsbehörden könnte angelehnt ans Kartellverfahren nach der Verordnung 1/2003 erfolgen. Als zuständige Aufsichtsbehörden könnten wie beim ersten Teilinstrument die Europäische Kommission und mitgliedstaatliche Behörden vorgesehen werden.⁴⁸⁶ Bei Vergabeverfahren im Rahmen zwischenstaatlicher Übereinkünfte, besonders für große Infrastrukturvorhaben, sollte die Europäische Kommission die allein zuständige Aufsichtsbehörde sein.⁴⁸⁷

883. Die Untersuchung sollte auch bei diesem Teilinstrument in zwei Verfahrensschritten erfolgen, wobei die Vorprüfung auf das mögliche Vorliegen einer drittstaatlichen Subvention und die eingehende Prüfung auf die Feststellung einer solchen Subvention beschränkt wäre. Am Ende des jeweiligen Verfahrensschritts wären die Europäische Kommission, der öffentliche Auftraggeber und zumindest bei der Vorprüfung alle zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zu informieren. Die Europäische Kommission wäre vom Ergebnis der eingehenden Prüfung allerdings vor dem öffentlichen Auftraggeber zu informieren, damit die Beschlussfassung abgestimmt werden könnte. Das Verfahren sollte jeweils strengen Fristen unterliegen, z. B. fünfzehn Arbeitstagen für die Vorprüfung und nicht mehr als drei Monaten für eine eingehende Prüfung.⁴⁸⁸ Der öffentliche Auftraggeber hätte nach der Feststellung einer Subvention zu ermitteln, ob diese das Vergabeverfahren verzerrt hat.⁴⁸⁹

884. Während des Prüfungsverfahrens wäre eine Vergabe an den möglicherweise subventionierten Bieter ausgeschlossen. Eine Vergabe an andere Bieter bliebe aber möglich. Das Verfahren wäre vor einem Zuschlag an den möglicherweise subventionierten Bieter bis zum Abschluss der Prüfung auszusetzen. Wenn das der Fall ist, wäre der betreffende Bieter im konkreten Vergabeverfahren und gegebenenfalls für einen Zeitraum von z. B. bis zu drei

⁴⁸³ EU-Kommission, Weißbuch, S. 10, 36 f.

⁴⁸⁴ EU-Kommission, Weißbuch, S. 37.

⁴⁸⁵ EU-Kommission, Weißbuch, S. 37 f.

⁴⁸⁶ EU-Kommission, Weißbuch, S. 38 f.

⁴⁸⁷ EU-Kommission, Weißbuch, S. 41.

⁴⁸⁸ EU-Kommission, Weißbuch, S. 38 f.

⁴⁸⁹ EU-Kommission, Weißbuch, S. 40.

Jahren von sonstigen Vergaben auszuschließen. Der Ausschluss wäre hinfällig, wenn der Bieter nachweist, dass er nicht mehr von drittstaatlichen Subventionen profitiert.⁴⁹⁰

4.1.1.2 Stellungnahme der Monopolkommission

885. Das Weißbuch überzeugt trotz seiner Knappheit hinsichtlich der Problemanalyse und wählt nach Ansicht der Monopolkommission mit dem Beihilfeäquivalenzansatz den richtigen Lösungsansatz. Dem steht nicht entgegen, dass die Ausgestaltung des ins Auge gefassten Instrumentariums im Einzelnen noch diskutiert werden muss. Im Ausgangspunkt ist dem Weißbuch zuzustimmen, dass sich ein Regelungsbedarf ergeben kann, sofern (private oder staatliche) Unternehmen aufgrund einer staatlichen Förderung von besonderen Wettbewerbsvorteilen profitieren. Das EU-Beihilferecht stellt für mitgliedstaatliche Förderungen bereits einen Regelungsrahmen bereit. In Bezug auf drittstaatliche Subventionen ist der unionsrechtliche Regelungsrahmen insoweit bislang lückenhaft.

886. Zusätzlich zur Problematik staatlicher Förderungen hätte berücksichtigt werden können, dass Drittstaaten auch durch die Ausübung von Kontrollrechten gegenüber einzelnen Unternehmen (insb. SOEs) in einer Weise in die Wirtschaft eingreifen können, die wettbewerblich problematisch sein kann.⁴⁹¹ Das letztgenannte Problem könnte gerade in staatskapitalistischen Systemen wie dem chinesischen System relevant sein.⁴⁹² Daneben können bei drittstaatlich kontrollierten Unternehmen Transparenzdefizite hinsichtlich der Art und Ausübung der staatlichen Kontrollrechte bestehen.⁴⁹³

Ermächtigungsgrundlage

887. Aus Sicht der Monopolkommission sollte der ins Auge gefasste Gesetzgebungsakt auf Art. 103, 109 i. V. m. Art. 352 AEUV gestützt werden. Denn er hat Regelungen zum Gegenstand, die auf die Gleichbehandlung aller Unternehmen in Hinblick auf staatliche Finanzierungen abstellen. Dabei handelt es sich um drittstaatliche Maßnahmen, weshalb Art. 352 AEUV neben Art. 103, 109 AEUV heranzuziehen ist. Bei wettbewerbsbezogenen Regelungen nach Art. 103 und 352 AEUV ist anerkannt, dass sie sich auch auf Verhaltensweisen von im EU-Binnenmarkt tätigen Unternehmen aus Drittstaaten beziehen können, wenn es zu wettbewerbsverfälschenden Auswirkungen im Binnenmarkt kommt (z. B. im Rahmen von Kartellen oder Zusammenschlüssen).⁴⁹⁴ Dagegen würde es sich um keinen Gesetzgebungsakt handeln, der auf das völkerrechtliche Verhältnis zu Drittstaaten (im Sinne des Art. 207 Abs. 2 AEUV) abzielt. Eine wettbewerbsrechtliche Regelung wäre daneben auch mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vereinbar. Denn dieser verortet auch die Rechtsgrundlage für wettbewerbsrechtliche Regeln innerhalb von Freihandelsabkommen in den Wettbewerbsregeln der Verträge.⁴⁹⁵

Subventionsbegriff am EU-Beihilferecht orientieren

888. Die ins Auge gefasste Anknüpfung des Subventionsbegriffs an die Definition in der Antisubventionsverordnung und des Sektorwettbewerbsrechts ist wegen der damit verbundenen Abweichung von beihilferechtlichen Grundsätzen zu hinterfragen. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die Parallele zum EU-Beihilferecht durchgehalten werden. Zwar mag der Subventionsbegriff des Antisubventionsrechts aus Sicht von Drittstaaten als internationaler Standard akzeptabler erscheinen. In der Sache geht es aber um die wettbewerbsrechtliche Erfassung von Maßnahmen, die als mitgliedstaatliche Beihilfen nach den Art. 107 ff. AEUV zu beurteilen wären (Ziel: Gleich-

⁴⁹⁰ EU-Kommission, Weißbuch, S. 39 f.

⁴⁹¹ Vgl. im EU-Recht erneut Art. 106 Abs. 1 AEUV; daneben allerdings auch Tz. 780 (Vorschrift führt ein Schattendasein in der EU; entsprechende Regelungen im Verhältnis zu Drittstaaten könnten daher auf die EU zurückfallen).

⁴⁹² Siehe oben Tz. 860 am Ende.

⁴⁹³ Siehe oben Tz. 781.

⁴⁹⁴ Siehe noch unten Tz. 934–936.

⁴⁹⁵ EuGH, Gutachten 1/92 vom 10. April 1992, Opinion 1/92 – EWR II, Slg. 1992, I-2821, ECLI:EU:C:1992:189, Rz. 40; Urteil vom 9. August 1994, C-327/91 – Frankreich/Kommission, Slg. 1994, I-3641, ECLI:EU:C:1994:305. Dazu noch unten Tz. 934.

behandlung zur Lückenschließung). Außerdem würde eine Anknüpfung an den Beihilfebegriff des EU-Rechts mehr Rechtssicherheit mit sich bringen, da dieser Begriff in der europäischen Rechtsprechung und der Kommissionspraxis schon weitgehend konkretisiert worden ist.

Eingriffsinstrumentarium am EU-Beihilferecht orientieren

889. Ebenso ist die Aufteilung des vorgeschlagenen Instrumentariums in drei getrennte Teilinstrumente mit unterschiedlichem Anwendungsbereich zu hinterfragen. Nach den Vorschlägen im Weißbuch soll das erste Teilinstrument hinsichtlich des Subventionsempfängers grundsätzlich auf in der EU niedergelassene Unternehmen beschränkt werden, während sich das zweite und dritte Teilinstrument auf Unternehmen aus Drittstaaten beziehen. Insofern ist zunächst zu bedenken, dass die einheitliche Anknüpfung an in der EU tätige Unternehmen am ehesten dem Standard des EU-Wettbewerbsrechts entspräche. Die Beschränkung des ersten Teilinstruments auf in der EU ansässige Unternehmen würde zur Alleinanwendung des Antidumping und des Missbrauchsrechts in Fällen führen, in denen es um den grenzüberschreitenden Verkehr von Waren geht. Dagegen würden grenzüberschreitende Dienstleistungen vom ersten Teilinstrument und auch von den handelspolitischen Schutzinstrumenten nicht erfasst. Diese Ausgestaltung soll offenbar Konflikten mit dem WTO-Recht vorbeugen. Das überzeugt aus Sicht der Monopolkommission aber nicht. Nach ihrem Verständnis bestehen die befürchteten Konflikte nicht, wenn lediglich eine wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlung aller Unternehmen im EU-Binnenmarkt hergestellt wird.⁴⁹⁶ Zudem wird der im Weißbuch gewählte Ansatz nicht konsequent durchgehalten, soweit mit dem zweiten Teilinstrument grenzüberschreitende Investitionen und mit dem dritten Teilinstrument Vergabedienstleistungen erfasst werden.

890. Die Monopolkommission hält aber auch für den Fall etwaiger Konflikte mit dem WTO-Recht und gegebenenfalls sonstigem Recht ein anderes Vorgehen für vorzugswürdig. Anstelle des Weißbuchansatzes mit mehreren Instrumenten sollte ein einheitliches Instrument für alle drittstaatlichen Subventionen vorgesehen werden, das gegenüber den bestehenden Regelungen streng nachrangig (subsidiär) ist. Danach sollten drittstaatliche Subventionen ebenso wie EU-Beihilfen zentral notifiziert werden. Eine Ausgestaltung parallel zum EU-Beihilferecht würde es auch nicht ausschließen, dass Schwellenwerte eingeführt werden oder dass bestimmte Subventionen durch eine Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt werden. Anders als im Beihilferecht sollte gegen drittstaatliche Subventionen jedoch nur dann interveniert werden, wenn kein anderes außenwirtschafts- oder wettbewerbsrechtliches Instrument zur Verfügung steht und eine Intervention im Unionsinteresse geboten erscheint. Bei möglichen Antidumping- oder Antisubventionsmaßnahmen wäre zu beachten, dass solche Maßnahmen normalerweise erst aufgrund einer Beschwerde der betroffenen Wirtschaftszweige getroffen werden. Deshalb erschiene insofern eine Gruppenfreistellung (mit Ausnahme von der Notifizierungspflicht) sinnvoll. Auch in Fällen, in denen der Binnenmarktschutz ausreichend über die bestehenden Wettbewerbsregeln gewährleistet ist (z. B. bei gegen Art. 102 AEUV verstoßenden Kampfpreisen), dürfte eine Intervention auf Basis des neuen Instruments grundsätzlich verzichtbar sein.

891. Die Aufgliederung des Instrumentariums in drei unterschiedliche Teilinstrumente und die Ausgestaltung der einzelnen Teilinstrumente kann weiter auch mit Blick auf die Rechtsfolgen nicht überzeugen. Aus Sicht der Monopolkommission wäre – angelehnt an Art. 107 ff. AEUV – als einheitliche Rechtsfolge die Abschöpfung von mit drittstaatlichen Subventionen verbundenen und nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorteilen vorzugswürdig. Diese Rechtsfolge könnte auch im Kontext von Zusammenschlüssen im Sinne der Verordnung 139/2004 und Vergabeverfahren vorgesehen werden, ebenso wie die Abschöpfung von EU-Beihilfen im Kontext von fusionskontroll- und vergaberechtlichen Prüfungen möglich ist. Zwar weicht die Beurteilung drittstaatlicher Subventionen von der Beurteilung mitgliedstaatlicher Beihilfen gegebenenfalls ab. Denn mitgliedstaatliche Beihilfen werden durch europäische Steuermittel finanziert und können einen Subventionswettbewerb zwischen den EU-Mitgliedstaaten auslösen, während drittstaatliche Subventionen in der EU von den Steuerzahlern in den betreffenden Drittstaaten finanziert werden.⁴⁹⁷ Diesem Aspekt dürfte allerdings durch entsprechend großzügige Ausnahmeregelungen oder bei der im

⁴⁹⁶ Siehe unten Tz. 930 ff.

⁴⁹⁷ Siehe oben Tz. 586.

neuen Instrumentarium vorgesehenen Abwägung zur Feststellung des Unionsinteresses zufriedenstellend Rechnung getragen werden können. Alternativ könnte das Interventionsrecht so ausgeübt werden, dass die zuständige Behörde gegen Subventionen nur bei besonderen Anhaltspunkten für eine überwiegende Schädigung des EU-Binnenmarktes nach Abwägung mit etwaigen subventionsbedingten Vorteilen einschreitet.⁴⁹⁸

892. Die Monopolkommission hält im Übrigen auch keine Differenzierung danach für erforderlich, ob sich eine Rückzahlung von Subventionen an den gewährenden Drittstaat vom Unternehmen nachweisen bzw. von den EU-Behörden überwachen lässt. Etwaigen Problemen in diesem Sinne könnte begegnet werden, indem alternativ zur Rückzahlung an den Drittstaat eine Pflicht zu Ausgleichszahlungen an die EU oder die Mitgliedstaaten vorgesehen wird. Dies würde zwar die Anreize vermindern, im EU-Binnenmarkt mit Subventionen tätig zu werden, die von Drittstaaten und damit von ausländischen Steuerzahlern aufgebracht werden. Eine Abschöpfung würde damit aber erneut dem Beihilferecht eher entsprechen als die ins Auge gefassten alternativen Abhilfemaßnahmen. Das Beihilferecht gestattet andere Maßnahmen als eine Rückzahlung des finanziellen Vorteils nur dann, wenn die Rückzahlung zur Wiederherstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen nicht geeignet oder unmöglich ist.⁴⁹⁹ Insofern ist es enger als das ins Auge gefasste Instrumentarium für drittstaatliche Subventionen. Bei andersartigen Abhilfemaßnahmen, wie sie im Weißbuch ins Auge gefasst werden, besteht zudem ein hohes Risiko, dass sie verdeckt zu industriepolitischen Zwecken und nicht allein zur Abhilfe von Wettbewerbsproblemen eingesetzt werden.

893. Die vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen lassen sich zudem nicht bruchlos auf eine einheitliche Schadentheorie zurückführen. Diesbezüglich kann man grundsätzlich danach unterscheiden, ob alle subventionsbedingten Wettbewerbsvorteile neutralisiert werden sollen oder ob sich die Überprüfung speziell auf die schädlichen Auswirkungen der Subvention auf den Wettbewerb konzentriert. Im zweiten Fall müsste es aber eine klare Schadentheorie dazu geben, welche schädlichen Auswirkungen zu beheben sind (z. B. Aufbau von Marktmacht). Die Europäische Kommission verfolgt zwar grundsätzlich den ersten Ansatz, da Abhilfemaßnahmen anstelle einer Rückzahlung des finanziellen Vorteils nur dann in Betracht kommen sollen, wenn die Rückzahlung nicht geeignet oder unmöglich ist. Die im Rahmen des ersten Teilinstruments vorgesehenen Abhilfemaßnahmen sind allerdings zugleich auf die Verhinderung eines Ausbaus von Marktmacht gerichtet (Veräußerung von Vermögenswerten, Reduzierung der Marktpräsenz, Verpflichtungen zur Zugangsgewährung). Dabei lassen sie sich zum Teil nur schwer als Spiegelbild zu einer subventionsbedingten Wettbewerbsverzerrung auffassen (Verbot eines bestimmten Marktverhaltens) oder lassen zumindest keine Abgrenzung zwischen dem Subventionsbeitrag und der Eigenleistung des betreffenden Unternehmens zu dem Produkt zu, das Gegenstand der Abhilfemaßnahme ist (z. B. bei einer Pflicht zur Lizenzerteilung oder zur Veröffentlichung von Forschungsergebnissen). In jedem Fall würden sie eine laufende Überwachung erfordern und dadurch in mehr oder weniger großem Umfang behördliche Ressourcen binden.

894. Davon abgesehen trifft es zwar zu, dass die vorgeschaltete Anwendung des neuen Instrumentariums bei Unternehmenserwerbsvorgängen (zweites Teilinstrument) oder vor einer vergaberechtlichen Zuschlagsentscheidung (drittes Teilinstrument) jeweils einen Sonderfall darstellt. So kann es bei Unternehmenserwerbsvorgängen dazu kommen, dass der ursprüngliche Subventionsempfänger den subventionsbedingten Vorteil durch Zahlung des Erwerbspreises auf den Veräußerer weiterleitet. Im Kontext des Vergaberechts bestehen Anreize für den öffentlichen Auftraggeber, durch die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Subventionsempfängers in den Genuss des subventionsbedingten Vorteils zu kommen. Im EU-Beihilferecht wird dem erstgenannten Szenario aber dadurch Rechnung getragen, dass auch der Veräußerer als (mittelbarer) Beihilfeempfänger anzusehen ist und folglich neben dem Erwerber zur Rückzahlung verpflichtet werden kann.⁵⁰⁰ Dem zweiten Szenario wird insbesondere dadurch Rechnung getragen, dass die Überprüfung der Beihilfe durch eine unbeteiligte Stelle (Europäische Kommission) erfolgt und der Zuschlag für ungewöhnlich niedrige Angebote aufgrund bindender Vorgaben zu versagen sein

⁴⁹⁸ Die Monopolkommission hält selbst eine Ausgestaltung im zuletzt angesprochenen Sinne für vorzugswürdig; siehe hierzu näher unten Tz. 939.

⁴⁹⁹ EuGH, Urteil vom 26. Juni 2003, C-404/00 – Kommission/Spanien, Slg. 2003, I-6695, ECLI:EU:C:2003:373, Rz. 45 ff.; vgl. insofern auch EU-Kommission, Weißbuch, S. 23 („nicht geeignet oder unmöglich“).

⁵⁰⁰ EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1, Tz. 115.

kann.⁵⁰¹ Die Untersagung des Erwerbs (zweites Teilinstrument) und der (gegebenenfalls sogar mehrjährige) Ausschluss von Vergabeverfahren (drittes Teilinstrument) erscheinen hingegen als denkbare Maßnahmen für die jeweils Beteiligten (auch abgesehen vom Subventionsempfänger) sehr belastend, sodass sich die Frage der Verhältnismäßigkeit stellt.

895. Der Umstand, dass Abhilfemaßnahmen anstelle einer Rückzahlung des finanziellen Vorteils und einer daran anknüpfenden fortdauernden Regulierung gewählt werden können, bedeutet in jedem Fall Unsicherheit, die mit einer Schlechterstellung drittstaatlich subventionierter Unternehmen gegenüber europäischen Beihilfeempfängern verbunden wäre. Auch die Berücksichtigung von Reziprozitätserwägungen und die vorgesehene Abwägungsentscheidung (die es z. B. auch gestattet, einfach von Drittstaatssubventionen zu profitieren), gehen über die Herstellung wettbewerblicher Gleichbehandlung (*level playing field*), wie sie mit dem EU-Beihilferecht angestrebt wird, hinaus.⁵⁰²

Verpflichtungsangebote nicht als freiwillig behandeln

896. Ein Instrumentarium, das Abhilfemaßnahmen anstelle einer Rückzahlung vorsieht, sollte aus Sicht der Monopolkommission derartige Maßnahmen jedenfalls nur auf ein Verpflichtungsangebot der betroffenen Unternehmen gestatten. Dabei wäre allerdings nicht nur zu berücksichtigen, dass das Verpflichtungsangebot im Grunde nicht freiwillig erfolgt, wenn den betroffenen Unternehmen andernfalls belastende Pflichten zur Rückzahlung des subventionsbedingten finanziellen Vorteils drohen. Außerdem wäre zu berücksichtigen, dass die Abhilfemaßnahmen gegebenenfalls über eine Neutralisierung des mit der drittstaatlichen Subvention verbundenen Markteingriffs hinausgehen und damit völker- oder unionsrechtlich geschützten Interessen des subventionierenden Drittstaats zuwiderlaufen können. Aus Sicht der Monopolkommission sollten Abhilfemaßnahmen deshalb selbst im Fall eines Verpflichtungsangebot nicht als freiwillig angesehen werden, sodass eine umfassende gerichtliche Überprüfung möglich bleibt.

Transparenzprobleme insbesondere mit Blick auf SOEs regeln

897. Zur Bewältigung der angesprochenen Transparenzprobleme in Bezug auf drittstaatliche Subventionen greift das Weißbuch im Wesentlichen auf drei Werkzeuge zurück, nämlich Vermutungen bezüglich der verzerrenden Wirkung bestimmter Subventionen, der aus dem handelspolitischen Werkzeugkasten entnommenen Ermächtigung zur Nutzung verfügbarer Tatsachen (*facts available*) und verfahrens- bzw. regulierungsrechtlichen Auskunfts- und Transparenzverpflichtungen. Diese Vorgehensweise erscheint aus Sicht der Monopolkommission vertretbar, sofern den betroffenen Unternehmen ein Gegenbeweis hinsichtlich vermuteter Tatsachen möglich bleibt. Erneut ist allerdings darauf hinzuweisen, dass Transparenzprobleme in einem staatskapitalistischen System wie China insbesondere hinsichtlich der Ausübung staatlicher Kontrollmöglichkeiten problematisch erscheinen.⁵⁰³

Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekte überdenken

898. Neben den angesprochenen sachbezogenen Fragen sind auch die ins Auge gefassten Verfahrens- und Zuständigkeitsregelungen zu würdigen. Im Hinblick auf das Verfahren ist aus Sicht der Monopolkommission fraglich, weshalb stets ein zweistufiges Verfahren für erforderlich angesehen wird. Außerdem bedeutet die in Betracht gezogene Verbindung des ersten und des zweiten Teilinstruments für die betroffenen Unternehmen eine besondere Belastung durch zwei subventionsbezogene Verfahren. Im Fall eines auch fusions- und investitionskontrollrechtlich zu überprüfenden Unternehmenserwerbs käme es sogar zu drei parallel stattfindenden und dem Erwerb dabei jeweils vorgeschalteten Prüfungen. Für derartige Fälle müssten die Verfahren eng aufeinander abgestimmt werden, um die Unsicherheit für die betroffenen Unternehmen tragbar zu halten. Im Verhältnis zur Investitionskon-

⁵⁰¹ Siehe erneut die Nachweise in Fn. 359.

⁵⁰² Insb. im Kontext des ersten Beihilfeinstruments ist bei einer Beschränkung auf in der EU niedergelassene Unternehmen unklar, welcher Heimatmarkt insofern zu berücksichtigen wäre; vgl. insoweit EU-Kommission, Weißbuch, S. 18, 21.

⁵⁰³ Siehe schon oben Tz. 886 und die dortigen weiteren Nachweise.

trolle müssten auch genauere inhaltliche Kriterien zur Abgrenzung der unionsrechtlichen Drittstaatssubventionskontrolle und der immer noch vor allem mitgliedstaatlich ausgestalteten Investitionskontrolle entwickelt werden, um eine verdeckte und gegebenenfalls schleichende „Hochzoning“ von Aspekten der Investitionskontrolle auf die EU-Ebene auszuschließen.

899. Dessen ungeachtet sollte die Zuständigkeit zur Überprüfung der Vereinbarkeit drittstaatlicher Subventionen mit dem EU-Binnenmarkt aus Sicht der Monopolkommission allein bei der Europäischen Kommission liegen. Diese ist nach den EU-Verträgen für die Beihilfepolitik und, soweit hier relevant, für die gemeinsame Handelspolitik ausschließlich zuständig.⁵⁰⁴ Den mitgliedstaatlichen Behörden fehlt Erfahrung in der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von EU-Beihilfen und jeder Beurteilung von drittstaatlichen Subventionen. Daneben kann es auf Ebene der Mitgliedstaaten zu Interessenkonflikten kommen, soweit diese von den drittstaatlichen Subventionen profitieren würden (z. B. als öffentliche Auftraggeber).⁵⁰⁵ Davon abgesehen würde eine einheitliche Zuständigkeit auch die Belastung der betroffenen Unternehmen durch ein komplexes und neuartiges Verfahren vermindern.

Handelspolitische Mechanismen zum „Export“ des EU-Beihilferahmens nutzen

900. Aus Sicht der Monopolkommission bedauerlich ist, dass im Weißbuch die Möglichkeiten zur Abstimmung des neuen Instrumentariums mit der gemeinsamen Handelspolitik nicht in weitergehendem Umfang genutzt werden. Die vorgesehene Anknüpfung an die Streitbeilegung in Freihandelsabkommen ist positiv zu bewerten. Allerdings gibt es keine Möglichkeit zur Anerkennung drittstaatlicher Beihilfekontrollsysteme. Die Aufnahme einer Regelung, die eine solche Anerkennung vorsieht, würde es ermöglichen, den Anwendungsbereich des neuen Instrumentariums dynamisch anzupassen, sodass er fortlaufend auf die tatsächlich bestehenden Regelungslücken beschränkt bliebe. Außerdem könnten mit der Anerkennung drittstaatlicher Beihilfekontrollsysteme Anreize für Drittstaaten einhergehen, ebenfalls einen dem EU-Beihilferecht entsprechenden Regelungsrahmen einzuführen. Dies würde zur wettbewerblichen Gleichbehandlung über den EU-Binnenmarkt hinaus beitragen.

In der Gesamtschau auf Verhältnismäßigkeit achten

901. Das Weißbuch setzt viele wichtige Impulse. Die Einführung eines neuen Instrumentariums für drittstaatliche Subventionen schließt Regelungslücken, die im Interesse eines einheitlichen Schutzes der wettbewerblichen Chancengleichheit in der EU zunehmend zum Problem werden. Dennoch zeigt sich, dass Einzelpunkte noch zu diskutieren sind. Hinzu kommt, dass das ins Auge gefasste Instrumentarium einseitig auf die Schaffung behördlicher Überprüfungs- und Eingriffsbefugnisse ausgerichtet ist. Die mit dem neuen Instrumentarium verbundenen Belastungen insbesondere für die betroffenen Unternehmen sollten allerdings nicht aus dem Blick geraten. Die Belastung folgt aus der Möglichkeit zur Kombination mehrerer Teilinstrumente untereinander und mit anderweitigen Überprüfungen (insb. der nationalen Investitionskontrolle) sowie der mit den Verfahren einhergehenden Unsicherheit.⁵⁰⁶ Diese Unsicherheit erhöht sich durch den vorgesehenen mehrjährigen Betrachtungszeitraum und die für das Aufgreifen von Fällen unter dem ersten Teilinstrument vorgesehene zehnjährige Verjährungsfrist.⁵⁰⁷ Daneben gehen die ins Auge gefassten Abhilfemaßnahmen teils erheblich weiter, als für eine Parallele zum EU-Beihilferecht geboten wäre. Die – allerdings wohl unumgängliche – Belastung durch die Stillhalteverpflichtungen im Rahmen des zweiten und dritten Teilinstruments kommt hinzu. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Überprüfung und die Abhilfemaßnahmen Auswirkungen auch auf mittelbar von den Subventionen Begünstigte haben können.⁵⁰⁸ Diese

⁵⁰⁴ Art. 3 Abs. 1 lit. b und e AEUV.

⁵⁰⁵ Dieses Risiko besteht insbesondere, soweit für die Beurteilung einer möglichen Verzerrung der Vergabeentscheidung der öffentliche Auftraggeber selbst zuständig sein soll; siehe erneut EU-Kommission, Weißbuch, S. 40.

⁵⁰⁶ Siehe zuvor Tz. 898.

⁵⁰⁷ EU-Kommission, Weißbuch, S. 19, 29 und 37 zum Betrachtungszeitraum (Subventionsgewährung über drei Jahre in Folge vor Überprüfung; im Rahmen des zweiten und dritten Instruments auch ein Jahr nach Erwerbsabschluss/Auftragserfüllung); S. 25 (zur Verjährung).

⁵⁰⁸ Siehe EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1, Tz. 115 zu mittelbaren Vorteilen im EU-Beihilferecht.

könnten somit davon abgeschreckt werden, überhaupt noch Angebote von möglicherweise subventionierten Unternehmen entgegenzunehmen, ungeachtet der Frage, ob tatsächlich eine binnenmarktverzerrende Subvention vorliegt. Das im Weißbuch ins Auge gefasste Instrumentarium erscheint in der vorgesehenen Ausgestaltung somit unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit nicht unproblematisch.

4.1.2 Vorausgegangene Vorschläge für den Umgang mit drittstaatlichen Subventionen

902. Die vor dem Kommissionsweißbuch entwickelten Ansätze zur Ergänzung des bestehenden Rechtsrahmens können hier aus Raumgründen nicht umfassend gewürdigt werden. In der Problemanalyse decken sich die Ansätze, soweit sie eine solche Analyse vorgenommen haben, im Wesentlichen mit den Ausführungen in den Abschnitten 1–3. Je nach den gesetzten Schwerpunkten bei der Problemanalyse befürworten sie unterschiedliche Instrumente. Die Monopolkommission nimmt nachfolgend zu den Ansätzen Stellung, die für sie bei Erarbeitung ihrer eigenen Empfehlungen maßgeblich waren.

4.1.2.1 Niederländischer Vorschlag: Verpflichtung zu marktwirtschaftlichem Unternehmensverhalten

903. Nach einem Ende des Jahres 2019 vorgelegten Vorschlag der Ständigen Vertretung der Niederlande für ein sogenanntes „*level playing field instrument*“ sollten Unternehmen aus Drittstaaten strengeren Regeln unterliegen, wenn sie staatlich unterstützt werden oder in ihrem Heimatstaat über eine nichtregulierte beherrschende Stellung verfügen, die es ihnen ermöglicht, Überschussgewinne zu erwirtschaften. Solche Unternehmen sollten einer strengeren Aufsicht unterstellt werden. Daneben sollten ihnen gegebenenfalls bestimmte Verhaltensweisen verboten werden.⁵⁰⁹

Wesentliche Merkmale des Vorschlags

904. Im Einzelnen soll der niederländische Vorschlag dem unionsrechtlichen Ziel dienen, den unverfälschten Wettbewerb im EU-Binnenmarkt zu schützen.⁵¹⁰ Die vorgeschlagene Regelung soll, ohne diese zu verdrängen, neben den einschlägigen vorhandenen Vorschriften (Art. 101 ff. AEUV, Antidumping-/Antisubventionsregeln, Fusions- und Investitionskontrollvorschriften) Anwendung finden. Der Vorschlag zielt dabei vor allem darauf ab, Lücken des Wettbewerbsschutzes im Verhältnis zu Drittstaaten zu schließen.

905. Die vorgeschlagene Neuregelung soll nur eingreifen, wenn sich Unternehmen infolge staatlicher Maßnahmen anders als davon unbeeinflusste Marktteilnehmer verhalten. Der aus dem EU-Beihilferecht bekannte Marktinvestortest soll also so modifiziert werden, dass er sich unmittelbar auf durch staatliche Maßnahmen bewirkte Änderungen des Unternehmensverhaltens beziehen würde. Maßgeblich soll die Frage sein, wie sich die betreffenden Unternehmen ohne die staatlichen Maßnahmen im Vergleich mit anderen Marktteilnehmern verhalten würden. Dabei würde eine nicht regulierte beherrschende Stellung im Heimatstaat wegen der damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteile wie eine staatliche Subventionierung behandelt. Unterschiede in den allgemeinen Marktbedingungen sollen ansonsten aber nicht relevant sein.

906. Wenn Unternehmen ein nicht marktkonformes Verhalten zeigen, sollen ihnen bestimmte Verhaltensweisen verboten sein (Lieferbeschränkungen, Preis- und Produktdiskriminierung, gebündelte Verkäufe, nicht marktgerechte Handelspreise oder wirtschaftlich auf absehbare Zeit nicht rentable Anlagen). Es handelt sich um Verhaltensweisen, die beherrschenden Unternehmen im Binnenmarkt verboten sind, weil sie dadurch Wettbewerber oder Verbraucher schädigen können.

⁵⁰⁹ Der Vorschlag liegt der Monopolkommission vor. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf öffentlich verfügbare Informationen zu dem Vorschlag, d. h.: Niederlande, Non-paper – Strengthening the level playing field on the internal market, 9. Dezember 2019, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field>, Abruf am 16. Juni 2020; Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2019–2020, 21 501-30, Raad voor Concurrentievermogen, Nr. 470, Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat.

⁵¹⁰ Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 201 (308).

907. Das vorgeschlagene Instrumentarium soll präventiv in dem Sinne angewendet werden, dass es keines Nachweises bedarf, dass staatliche Maßnahmen zu einer beherrschenden Stellung führen. Den betroffenen Unternehmen sollen im Rahmen eines behördlichen Verfahrens Pflichten zur Kontentrennung sowie verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen auferlegt werden können.

Stellungnahme der Monopolkommission

908. Der niederländische Vorschlag enthält aus Sicht der Monopolkommission viele bedenkenswerte Elemente. Er kann letztendlich nicht überzeugen, weil er nicht darauf ausgerichtet ist, schädlichen Wettbewerbswirkungen von staatlichen Eingriffen in die Wirtschaft entgegenzusteuern, sondern sich isoliert gegen bestimmte Verhaltensweisen richtet. Dennoch erscheint es im Ausgangspunkt sinnvoll, vom Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs im Sinne von Protokoll Nr. 27 auszugehen und ein neues Instrument für staatliche Maßnahmen einzuführen, die zu einem marktinkonformen Unternehmensverhalten führen.

909. Allerdings erscheint es nicht erforderlich und mit dem auf bestimmte Fallgruppen beschränkten Ansatz der EU-Verträge auch nicht ohne Weiteres vereinbar, das Instrument in seinem Anwendungsbereich auf alle möglichen Fälle eines eventuell verfälschten Unternehmensverhaltens zu erstrecken. In Anbetracht der schon bestehenden Regelungen dürfte es näher liegen, das Instrument auf Verhaltensweisen zu beschränken, in denen drittstaatliche Maßnahmen das Unternehmensverhalten beeinflussen, ohne dass sich daraus folgende etwaige Wettbewerbsverfälschungen im EU-Binnenmarkt mit Antidumping- und Antisubventionsmaßnahmen, über die Kartell- und Missbrauchskontrolle und die Fusions- und Investitionskontrolle hinreichend erfassen lassen. Hinsichtlich der relevanten staatlichen Maßnahmen erscheint es zwar vertretbar, die Ausübung von Kontrollrechten und Subventionen durch Drittstaaten gleichermaßen zu adressieren. Allerdings werden andere Maßnahmen als drittstaatliche Subventionen bisher praktisch nicht diskutiert. Abgesehen von der Schließung der verbleibenden Regelungslücken bleibt ferner eine konsequente Anwendung der bestehenden Regeln (insb. zu Antisubventionsmaßnahmen) wichtig.

910. Die Modifizierung des Marktinvestortests zur Feststellung einer potenziell relevanten Wettbewerbsverfälschung ist ebenfalls zu hinterfragen. Der Marktinvestortest bezieht sich herkömmlich auf die Gewährung staatlicher Vorteile im Rahmen einer Investitionstätigkeit, die nach anderen als marktwirtschaftlichen Kriterien erfolgt. Dem Test liegt insoweit die Annahme zugrunde, dass die Vorteile das Verhalten der sie empfangenden Unternehmen beeinflussen und dadurch zu einem Verhalten im Markt führen können, das von dem nicht begünstigter Marktteilnehmer abweicht. Wenn der Staat beispielsweise marktbeherrschende Stellungen reguliert oder auf eine solche Regulierung verzichtet, bedient er sich dagegen von vornherein keiner Instrumente, die einem privaten Investor zur Verfügung stehen und bei denen sich die Frage eines marktkonformen Verhaltens stellen kann. Er setzt vielmehr hoheitliche Instrumente ein, um das Verhalten der Marktteilnehmer von außen zu steuern. Der Einsatz hoheitlicher Instrumente kann allenfalls unverhältnismäßig sein.⁵¹¹ Umgekehrt führt ein Verzicht auf hoheitliche Regulierung nicht dazu, dass die unregulierten Unternehmen ein Verhalten im Markt zeigen würden, das aufgrund staatlicher Einflussnahme von dem Verhalten anderer Marktteilnehmer abweicht. Es fehlt vielmehr an einer staatlichen Maßnahme, die das Verhalten der betreffenden Unternehmen in einer solchen Weise beeinflussen könnte.⁵¹² Die vorgeschlagene Modifizierung des Marktinvestortests hätte in Anbetracht dessen aber zur Folge, dass der Test seine Aussagekraft für die Beurteilung des Verhaltens der betroffenen Unternehmen verlöre.

911. Der niederländische Vorschlag definiert den Marktinvestortest auch gar nicht als Test für die Beurteilung staatlicher Maßnahmen, sondern als neuartigen Test, um isoliert das Unternehmensverhalten zu erfassen, sofern dieses im Vergleich mit dem Verhalten eines Unternehmens unter „normalen Marktbedingungen“ von einem solchen Verhalten abweicht. Wenn man hinsichtlich normaler Marktbedingungen vom Leitbild des unverfälschten Wettbewerbs ausgeht, ist nach dem Test also jegliches Unternehmensverhalten näher zu betrachten, das poten-

⁵¹¹ Siehe oben Tz. 612.

⁵¹² Dem steht nicht entgegen, dass mit dem Einsatz hoheitlicher Instrumente auch außerhalb des Marktinvestortests selektive Vorteile im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV verbunden sein können.

ziell mit Wettbewerbsverfälschungen einhergeht.⁵¹³ Da das Unternehmensverhalten – anders als im EU-Beihilferecht – losgelöst von der vorausgehenden staatlichen Vorteilsgewährung betrachtet wird, bleibt allerdings unklar, anhand welcher Besonderheiten ein von einem normalen Verhalten abweichendes Unternehmensverhalten bestimmt werden soll.

912. Einen weiteren Bruch mit dem Marktinvestortest stellt es sodann dar, dass das vorgeschlagene Instrument in seiner Ausgestaltung im Übrigen dann dem Marktbeherrschungs-Ansatz folgt. Denn es sieht keine Neutralisierung von staatlich verursachten Abweichungen von den normalen Marktbedingungen vor (z. B. durch eine Ausgleichs-abgabe für subventionsbedingte Vorteile). Statt dessen verbietet es den betreffenden Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen, die gerade bei beherrschenden Unternehmen auftreten können und dort als grundsätzlich missbräuchlich angesehen werden (siehe oben Tz. 906).

913. Derartige Verhaltensweisen sind im geltenden Recht mit gutem Grund lediglich beherrschenden Unternehmen verboten. Denn bei Unternehmen mit einer beherrschenden Marktstellung ist davon auszugehen, dass sie „die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und [dass sie] die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung [zusätzlich] behindern“.⁵¹⁴ Solche Risiken bestehen dagegen nicht, wenn die betreffenden Unternehmen nicht marktbeherrschend sind (selbst wenn sie von z. B. staatlichen Subventionen profitieren). Denn nicht marktbeherrschende Unternehmen sind einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt, der es nicht zulässt, dass sie den Wettbewerb einseitig behindern können. Die besagten Verhaltensweisen werden bei nicht marktbeherrschenden Unternehmen deshalb auch grundsätzlich als wettbewerbskonform angesehen.

914. Demgegenüber werden staatliche Maßnahmen, insbesondere wenn sie mit selektiven Vorteilen zugunsten einzelner Unternehmen oder Produktionszweige verbunden sind, grundsätzlich als wettbewerbsverfälschend angesehen und sind vorbehaltlich einer Rechtfertigung verboten.⁵¹⁵ Ein Grund hierfür ist, dass Unternehmen, die von staatlicher Subventionierung abhängig sind, sich entsprechend den staatlich vorgegebenen Zielen verhalten, aber nicht – entsprechend dem Leitbild des unverfälschten Wettbewerbs – wie unabhängig handelnde Unternehmen.⁵¹⁶ Diesem Wettbewerbsaspekt würde ein Instrument, das sich gegen bestimmte, normalerweise nur bei marktbeherrschenden Unternehmen als problematisch angesehene Verhaltensweisen richtet, nicht gerecht.

915. Zuletzt ist bei den vorgeschlagenen verhaltensbezogenen und strukturellen Abhilfemaßnahmen fraglich, ob sie bei Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat überhaupt effektiv durchgesetzt werden können. Immerhin können Informationsprobleme, die in der EU hinsichtlich drittstaatlicher Subventionen bestehen können, durch die vorgeschlagene Pflicht zur Kontentrennung verringert werden.

4.1.2.2 Verbandsvorschlag: Vermutung subventionsbedingter Wettbewerbsverfälschungen

916. Der in Brüssel ansässige Verband BusinessEurope hat Anfang des Jahres 2020 vorgeschlagen, ein eigenständiges Regelungsprinzip des staatlich kontrollierten Unternehmens (*state-owned enterprise principle*) einzuführen, das drittstaatlich induzierte Wettbewerbsverzerrungen adressieren sollte.⁵¹⁷ Danach könnte eine Wettbewerbsverzerrung durch SOEs allein aufgrund des Umstandes vermutet werden, dass sie drittstaatlich finanziert werden. Der Fokus auf SOEs liegt dabei darin begründet, dass vermutet wird, dass chinesische SOEs in besonderer Weise von einer Vorteilsgewährung des chinesischen Staates profitieren. Die SOEs, für die die Vermutung gelten soll, sind Unternehmen mit mindestens 20-prozentiger staatlicher Beteiligung.⁵¹⁸ Die Vermutung könnte etwa im Bereich

⁵¹³ Siehe erneut Protokoll Nr. 27 zu den EU-Verträgen.

⁵¹⁴ EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91.

⁵¹⁵ Art. 107 AEUV.

⁵¹⁶ Vgl. schon oben Tz. 608, 609 ff. (zum Marktinvestortest).

⁵¹⁷ BusinessEurope, *The EU and China: Addressing the Systemic Challenge*, Januar 2020, S. 12 und die S. 40, 44, 103, 105 und 109.

⁵¹⁸ Ebenda, S. 97 mit Fn. 128.

der Subventions- und Investitionskontrolle sowie im Vergaberecht angewendet werden. Die Unternehmen müssten beweisen, dass sie sich wettbewerbskonform verhalten (Beweislastumkehr).⁵¹⁹ Im Bereich der Subventionskontrolle müssten die Unternehmen demnach etwa darlegen, dass sie nicht von Subventionen in ihrem Heimatmarkt profitieren, wodurch bestehende Transparenzdefizite überwunden werden könnten. Es ergäbe sich insoweit eine gewisse Parallele zum Beihilferecht (Art. 107 ff. AEUV), in dem die Mitgliedstaaten die *Prima-facie*-Annahme eines beihilferechtlich relevanten Vorteils durch den Nachweis, dass eine wirtschaftliche Vergünstigung nach dem Prinzip eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten gewährt wird, ausräumen können.⁵²⁰ Ferner könnten in der Investitionskontrolle zusätzliche Anforderungen für SOEs festgeschrieben und im Vergaberecht spezielle Vorgaben für die Angebote von SOEs in die Regelungen zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten (*abnormally low tenders*) aufgenommen werden.

917. Der Vorschlag von BusinessEurope lässt sich dem Beihilfeäquivalenz-Ansatz zuordnen. Er zielt darauf ab, dass staatliche Subventionen im EU-Binnenmarkt als solche zu Wettbewerbsproblemen führen können. In diesem Kontext adressiert der Vorschlag speziell das Problem, dass Eingriffe des chinesischen Staates in die Wirtschaft nach den in der EU vorhandenen Informationen unter Umständen nicht als solche erkennbar sind. Insoweit trifft zu, dass ein Vorgehen gegen Unternehmen bei Wettbewerbsverstößen gerade dadurch erschwert sein kann, dass in der EU weniger Informationen als im Drittstaat selbst zur Frage vorhanden sind, ob eine drittstaatliche Subventionierung wettbewerbsverfälschende Verhaltensweisen des betreffenden Unternehmens ermöglicht. Staatsunternehmen, die in größerem Umfang als die Privatwirtschaft von Subventionen profitieren, dürften sich intransparente Strukturen zunutze machen können, um die Ermittlung und Ahndung von Wettbewerbsverstößen zu erschweren.

918. Der Vorschlag geht aber selbst mit Unsicherheiten einher, da es keine eindeutigen Kriterien dafür gibt, welche Unternehmen als SOEs anzusehen sind. Daneben kann ein Drittstaat auch private Unternehmen unterstützen, um so etwaige Regelungen für SOEs gezielt zu umgehen. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint die vorgeschlagene Vermutungsregel daher nur als ergänzendes Instrument sinnvoll, soweit die Vermutung in Fällen von Informationsdefiziten der europäischen Ermittlungsbehörden eingreifen würde.⁵²¹

4.1.2.3 Bundeskartellamt: Würdigung drittstaatlicher Subventionen innerhalb des bestehenden Rechtsrahmens

919. In seiner Entscheidung zum Zusammenschluss *CRRC/Vossloh* hat das Bundeskartellamt exemplarisch herausgearbeitet, in welchem Umfang eine Einflussnahme drittstaatlicher Stellen bzw. subventionsbedingte Wettbewerbswirkungen schon im Rahmen des bestehenden Fusionskontrollrechts berücksichtigt werden können.⁵²² Dieses Vorgehen dürfte Forderungen von Deutschland, Frankreich und anderen Mitgliedstaaten bereits in weitem Umfang umsetzen, wonach in der Fusionskontrolle stärker berücksichtigt werden sollte, dass eine nicht marktwirtschaftskonform gewährte staatliche Finanzunterstützung die Aussagekraft der Umsätze und die Finanzkraft drittstaatlicher Erwerber verzerren kann.⁵²³

⁵¹⁹ Ebenda, S. 103; vgl. hierzu auch die Vorschläge zur Reform der Subventionsregeln auf WTO-Ebene in: Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union, Januar 2020, Ziff. 2.

⁵²⁰ Siehe erneut EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1, Tz. 73 ff.

⁵²¹ Siehe näher unten Abschn. 4.1.3.3.

⁵²² BKartA, Beschluss vom 27. April 2020, B4-115/19 – CRRC/Vossloh (bislang unveröffentlicht); dazu Fallbericht vom 27. April 2020. Die Entscheidung selbst ist zurückhaltender als der Fallbericht gefasst; siehe dort Tz. 564.

⁵²³ Schreiben der Minister Altmaier, Patuanelli, Le Maire, Emilewicz an EU-Kommissions-Vizepräsidentin Vestager vom 4. Februar 2020, Punkt 1; Bundesministerium für Wirtschaft und Energie/Ministère de l'économie et des finances/Ministerstwo Przemysłu i Technologii, Modernising EU competition policy, Punkt 1, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=4, Abruf am 9. März 2020; siehe dazu schon oben Abschn. 3.3.2.1 (insb. Tz. 833).

920. Das Bundeskartellamt hat die Subventionen, von denen das erwerbende Unternehmen CRRC profitiert, bei der Prüfung der Frage berücksichtigt, ob durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Diesbezüglich wurde bereits dargelegt, dass Subventionen die Marktstellung beeinflussen können, weil sie die Finanzkraft des subventionierten Unternehmens stärken.⁵²⁴ Daneben lassen sich aus dem Umstand, dass Subventionen schon früher das Marktverhalten eines beteiligten Unternehmens beeinflusst haben, Rückschlüsse auf das erwartbare Marktverhalten des zusammengeschlossenen Unternehmens ziehen.⁵²⁵ Das Bundeskartellamt hat unter Berücksichtigung dieser Aspekte zutreffend geprüft, ob die Marktstellung des zusammengeschlossenen Unternehmens gestärkt werden könnte.⁵²⁶

921. Abgesehen von Fragen der Marktstellung wurde zuvor allerdings darauf hingewiesen, dass Subventionen staatlicherseits auch eingesetzt werden können, um nach politisch-strategischen Kriterien einzelne Märkte oder ganze Wirtschaftsbereiche unter staatliche Kontrolle zu bringen. Insofern geht es nicht um die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern um einen darüber hinausgehenden und speziell subventionsbedingten Wettbewerbsschaden. Ein solcher, von der Marktstellung unabhängiger Wettbewerbsschaden kann auch nach den Ausführungen des Bundeskartellamts nicht fusionskontrollrechtlich erfasst werden. Das Bundeskartellamt hat zwar hervorgehoben, dass die Einflussnahme drittstaatlicher Stellen etwa die Fähigkeit und die Bereitschaft zu Niedrigpreisstrategien begünstigen könnte. Es hat insofern ausgeführt, dass „Niedrigpreise, die nicht in vollem Umfang mit komparativen Kostenvorteilen unterlegt sind, auf mittlere Sicht die Gefahr [bergen], die Wettbewerbsstruktur zu beschädigen“.⁵²⁷ Jedoch hat das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung ebenfalls hervorgehoben, dass für die aus Subventionen resultierenden Wettbewerbsverzerrungen spezielle Regelungen wie das Beihilferecht oder die Antidumpingregeln geschaffen worden und vorrangig sind.⁵²⁸

922. Der Ansatz des Bundeskartellamts würde somit keine Basis für ein Vorgehen gegen beihilfebedingte Wettbewerbsschäden darstellen, die auf EU-Ebene in einem parallel zur Fusionskontrolle durchgeführten Beihilfeverfahren zu überprüfen wären. Zugleich würde der Ansatz des Amtes dann aber auch keine Basis für ein Vorgehen aufgrund drittstaatlicher Subventionen bieten, die von der Beihilfekontrolle und den Antidumping- und Antisubventionsregeln nicht erfasst werden und für die die Europäische Kommission ein eigenständiges Interventionsinstrument befürwortet.

923. Eine extensivere Auslegung der Fusionskontrollvorschriften, die den Kartellbehörden eine umfassende Prüfung der Subventionswirkungen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle gestattet, wäre theoretisch zwar denkbar, würde praktisch aber mit der ausschließlichen Zuständigkeit der Europäischen Kommission für Fragen der Beihilfekontrolle und der gemeinsamen Handelspolitik in Konflikt geraten.⁵²⁹

4.1.3 Vorschlag der Monopolkommission – Drittlandsbeihilfeinstrument

924. Die Monopolkommission spricht sich für die Einführung eines einheitlichen Rechtsinstruments aus, mit dem die im bestehenden Regelungsrahmen festgestellten Lücken im Falle (selektiver) drittstaatlicher Subventionen geschlossen werden. Das Instrument sollte gewährleisten, dass drittstaatliche Subventionen, durch die der Wettbewerb im EU-Binnenmarkt verfälscht wird und denen nicht mit Antidumping- bzw. Antisubventionsinstrumenten

⁵²⁴ Siehe oben Abschn. 3.3.2.3.

⁵²⁵ EU-Kommission, Entscheidung 94/449/EG vom 14. Dezember 1993, IV/M.308 - Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. L 186 vom 21. Juli 1994, S. 38, Tz. 47.

⁵²⁶ BKartA, Beschluss vom 27. April 2020, B4-115/19 – CRRC/Vossloh; dazu Fallbericht vom 27. April 2020, S. 4 – „erste Besonderheit“.

⁵²⁷ BKartA, Beschluss vom 27. April 2020, B4-115/19 – CRRC/Vossloh; dazu Fallbericht vom 27. April 2020, S. 5 – „zweite Besonderheit“.

⁵²⁸ BKartA, Beschluss vom 27. April 2020, B4-115/19 – CRRC/Vossloh, Tz. 564 (bislang unveröffentlicht).

⁵²⁹ Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 lit. b und e AEUV.

begegnet werden kann, ähnlich wie mitgliedstaatliche Beihilfen einer kartellbehördlichen Kontrolle unterliegen (Beihilfeäquivalenz-Ansatz). Dies sollte auch für Fälle gelten, in denen drittstaatliche Subventionen im Zusammenhang mit Unternehmenserwerbs- oder Beschaffungsvorgängen in der EU eingesetzt werden. Je nach der Ausgestaltung des Instruments könnten weitere Maßnahmen entbehrlich sein, um einzelnen Verhaltensweisen von Unternehmen zu begegnen, mit denen diese ihre subventionsbedingt erhöhte Finanzkraft beispielsweise für Verdrängungsstrategien einsetzen können (Marktbeherrschungs-Ansatz) (Abschn. 4.1.3.1).

925. Das hier vorgeschlagene Instrument sollte gegenüber dem Wettbewerbsrecht der EU nachrangig (subsidiär) angewendet werden (Abschn. 4.1.3.2). Zur Vereinfachung seiner Anwendung sollte das Instrument zudem so ausgestaltet werden, dass das Vorliegen einer wettbewerbsverfälschenden Subvention in bestimmten Fällen vermutet wird (z. B. bei SOEs). Den betroffenen Unternehmen sollte es dann allerdings möglich sein, die Vermutung durch die Offenlegung von in der EU nicht verfügbaren Informationen über ihre Finanzierungsstruktur zu widerlegen (Abschn. 4.1.3.3).

926. Die Monopolkommission spricht sich im Übrigen gegen Maßnahmen aus, mit denen den EU-Mitgliedstaaten oder europäischen Unternehmen über das bestehende Recht hinausreichende Abwehrmaßnahmen gestattet würden. Sie sieht in weiterem Umfang als nach dem bestehenden Recht keine Rechtfertigung für Maßnahmen, mit denen etwaigen Wettbewerbsverfälschungen durch drittstaatliche Subventionen eigene wettbewerbsverfälschende Maßnahmen entgegengesetzt werden (Abschn. 4.1.3.4).

4.1.3.1 Einführung eines Instruments zum Ausgleich von Drittlandsbeihilfen im EU-Binnenmarkt zu empfehlen

927. Im Zentrum des hier vorgeschlagenen Instruments steht die wirtschaftliche Tätigkeit im Binnenmarkt unter Rückgriff auf Subventionen eines Drittstaats (sogenannte Drittlandsbeihilfen). Diesbezüglich geht es im Kern darum, die durch das europäische Beihilferecht hervorgerufene Selbstdiskriminierung weitestgehend abzubauen. Das europäische Beihilfeverbot prägt den Wettbewerb als Ausdruck von Chancengleichheit im EU-Binnenmarkt.⁵³⁰ Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass Art. 107 AEUV auf Drittstaaten nicht angewendet werden kann.⁵³¹ Zur Aufrechterhaltung der wettbewerbliehen Chancengleichheit auf dem Binnenmarkt folgt daraus die Notwendigkeit einer Gleichbehandlung, die insbesondere für die Fälle entscheidend ist, in denen keine alternativen Ausgleichsinstrumente in Betracht kommen.

928. Ein Regelungsbedarf besteht vorrangig in den Fällen, die nicht durch das Antisubventionsrecht erfasst werden.⁵³² Das sind etwa Fälle, in denen Unternehmen im EU-Binnenmarkt wirtschaftlich tätig sind und dort im Rahmen des Warenverkehrs (Produktion/Handel) von drittstaatlichen Subventionen profitieren, jedoch ohne dass Waren in die EU eingeführt werden. Ein Beispiel für eine solche Situation wäre, dass Unternehmen aus Drittstaaten zur Umgehung von bzw. als Reaktion auf Antidumping-/Antisubventionsmaßnahmen ihre Produktion in die EU verlagern würden. Ein anderes Beispiel wären subventionierte Unternehmenskäufe, die hinsichtlich der Auswirkungen der Subvention auf den Wettbewerb auch in der Investitions- und Fusionskontrolle nicht umfassend überprüft werden können. Daneben bestehen Schutzlücken im Bereich des Dienstleistungshandels. Notwendigerweise wäre ein solches Instrument „blind“ für die Nationalität des Subventionsempfängers. Genauso wäre es zunächst einmal in gleicher Weise auf alle Drittlandsbeihilfen anwendbar, unabhängig von der konkreten Herkunft. Chinesische Subventionen wären damit ebenso erfasst wie amerikanische oder zukünftig womöglich auch britische Subventionen. Unterschiede wären allein durch die Existenz einer vergleichbaren Subventionskontrolle im Drittstaat gerechtfertigt, da nur dann die Ungleichbehandlung abgebaut werden kann.⁵³³

⁵³⁰ Siehe die Nachweise in Fn. 454.

⁵³¹ Vgl. Tz. 744.

⁵³² Vgl. zuvor Abschn. 3.2.1.

⁵³³ Vgl. unten Tz. 930.

929. Das Unionsrecht ist in Bezug auf drittstaatliche Eingriffe in die Wirtschaft offen. Die Art. 106, 107 ff. AEUV sind auf Maßnahmen von Drittstaaten nicht anwendbar.⁵³⁴ Der Anwendungsbereich lässt sich auch nicht ohne Änderung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erweitern. Vor diesem Hintergrund sind Forderungen nach einer Anwendung der Beihilfekontrolle auf Drittstaaten, wie sie verschiedentlich geäußert wurden, nicht zielführend. Möglich und sinnvoll erscheint dagegen die Einführung eines neuen Kontrollinstruments, das die Regelungen in den Art. 106, 107 ff. AEUV mit Blick auf drittstaatlich gewährte Subventionen nicht abändert, sondern lediglich um zusätzliche (niederrangige) Regelungen ergänzt. Hierfür könnte ein Drittlandsbeihilfeinstrument eingeführt werden, um selektiv gewährte drittstaatliche Subventionen mitgliedstaatlichen Beihilfen gleichzustellen, soweit eine vergleichbare wettbewerbsverfälschende Wirkung im Binnenmarkt feststellbar ist. Das Instrument sollte – angelehnt an den Ansatz des EU-Beihilferechts – präventiv ausgestaltet werden, um nach Möglichkeit zu verhindern, dass sich drittstaatliche Subventionen im EU-Binnenmarkt überhaupt wettbewerbsverfälschend auswirken können.

930. Das hier vorgeschlagene Drittlandsbeihilfeinstrument dürfte – trotz seines weiten Anwendungsbereichs – im Einklang mit WTO-Recht stehen. Hierfür spricht zum einen sein wettbewerbsbezogener Charakter und zum anderen der Umstand, dass es auf eine Gleichbehandlung von EU- und Drittlandsbeihilfen zielt. Dessen ungeachtet bleibt es dabei, dass eine Harmonisierung der Subventionskontrollregime der WTO und der EU wünschenswert wäre.⁵³⁵ Deshalb sollte in das neue Instrument eine Klausel aufgenommen werden, die auf die dynamische Entwicklung im WTO-Recht, im Bereich der Handelsabkommen, aber auch im nationalen Recht von Drittstaaten reagieren kann. Schließt die EU mit Drittstaaten beispielsweise Freihandelsabkommen, die zu einer Angleichung der jeweiligen Subventionskontrollregime führen oder auf Seiten des Vertragspartners eine gleichwertige Subventionskontrolle zur Folge haben, so sollte die Europäische Kommission den Anwendungsbereich des Instruments durch einen Anerkennungsbeschluss einschränken können.⁵³⁶ Ein Beispiel für die Bildung eines gemeinsamen Verständnisses über die Kontrolle von Subventionen lässt sich beispielsweise innerhalb des Freihandelsabkommens der EU mit Singapur finden.⁵³⁷ Diese „Singapur“-Klausel wäre auf außerhalb der EU stattfindende Harmonisierungen anzuwenden und würde dynamisch auf den Abbau der europäischen Schlechterstellung (Selbstdiskriminierung) reagieren. Einen ersten Anwendungsfall könnte der Austritt Großbritanniens bilden soweit in diesem Zusammenhang eine gleichwertige nationale Beihilfenkontrolle entsteht.

931. Die völkerrechtliche Vereinbarkeit des vorgeschlagenen Drittlandsbeihilfeinstruments ergibt sich einerseits durch seine Anknüpfung an einen von einem Grenzübertritt unabhängigen Inlandssachverhalt sowie andererseits durch seine Fokussierung auf die staatliche Zuwendung bzw. aufgrund der Blindheit gegenüber der Nationalität des Wirtschaftssubjekts. Art. III GATT bzw. XVII GATS verlangen die Herstellung „gleicher Wettbewerbsbedingungen“ innerhalb ihres Anwendungsbereichs.⁵³⁸ Ebendarum geht es dem konkreten Vorschlag: Wettbewerber im Binnenmarkt sollen hinsichtlich eines Rückgriffs auf staatliche Mittel möglichst gleichgestellt werden. Möglichen Vorwürfen einer De-facto-Diskriminierung ist entgegenzuhalten, dass in diesem Kontext eine im Ausgangspunkt gegenüber EU-Beihilfen bestehende Schlechterbehandlung dies bereits im Grundsatz verhindert. Hierzu ist es allerdings erforderlich, dass die Europäische Kommission den möglicherweise im Einzelfall bestehenden Ausgleich durch Unionsbeihilfen im Rahmen ihrer Vereinbarkeitsprüfung berücksichtigt. Darüber hinaus ist gerade durch die Verlagerung von Produktionsstätten und die Gründung von Tochtergesellschaften in der EU eine eindeutige Lokali-

⁵³⁴ Vgl. zuvor Abschn. 3.2.2 (insb. Tz. 744 sowie Abschn. 3.2.2.1) und Abschn. 3.2.3.

⁵³⁵ Vgl. Tz. 723.

⁵³⁶ Siehe hierzu unten Art. [10 Abs. 1] im Regelungsentwurf in Abschn. 4.1.4.

⁵³⁷ Vgl. Fn. 109.

⁵³⁸ So hat z. B. der Appellate Body für Art. III GATT in Japan – Alcoholic Beverages II, Appellate Body Report vom 4. Oktober 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, S. 16 festgestellt: „The broad and fundamental purpose of Article III is to avoid protectionism in the application of internal tax and regulatory measures. More specifically, the purpose of Article III is to ensure that internal measures not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production. Toward this end, Article III obliges Members of the WTO to provide equality of competitive conditions for imported products in relation to domestic products.“

sierung von Drittlandsbeihilfeempfängern nicht ohne Weiteres möglich. An dieser Stelle ist auch bereits darauf hinzuweisen, dass Drittlandsbeihilfen nicht *per se* verboten, sondern lediglich einer Notifizierungspflicht sowie einem einzelfallbezogenen Interventionsrecht der Europäischen Kommission unterzogen werden sollen. Dieses ist an objektiven Kriterien auszurichten. Alle EU-Unternehmen wären davon in gleicher Weise erfasst. Im Verhältnis zu EU-Beihilfen würden Drittlandsbeihilfen dabei immer noch eine Besserstellung erfahren.

932. Nicht nur im Verhältnis zwischen europäischen und ausländischen Unternehmen käme es zu keiner Diskriminierung, auch zwischen den Drittstaaten bzw. drittstaatlichen Unternehmen würde grundsätzlich keinerlei Unterschied gemacht, sodass auch im Verhältnis zum Meistbegünstigungsgrundsatz des Art. I:1 GATT bzw. Art. II:1 GATS kein Konflikt besteht. In der Entscheidung *EC – Seal Products* hat der Appellate Body festgestellt, dass der Meistbegünstigungsgrundsatz des Art. I:1 GATT die Erwartungen auf gleiche Wettbewerbschancen schützt.⁵³⁹ Dies steht im Einklang mit der Bedeutung des Beihilferechts für den Wettbewerb im Binnenmarkt (Herstellung von Chancengleichheit). Diese Chancengleichheit würde durch das neue Instrument nicht beeinträchtigt sondern erst vollständig geschaffen. Insbesondere würde es die bereits beschriebene Singapur-Klausel ermöglichen, dass faktisch bereits abgebaute Ungleichbehandlungen zwischen EU- und Drittlandsbeihilfen durch eine Anerkennungsentscheidung berücksichtigt werden. Die Klausel würde auf eine etwaige WTO-Reform, etwaige Vereinbarungen in Freihandelsabkommen wie auch auf unilaterales Verhalten reagieren. Für Freihandelsabkommen ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass diese über Art. XXIV GATT/Art. V GATS ausdrücklich eine Ausnahme zum Meistbegünstigungsgrundsatz darstellen können.

933. Die Existenz der subventionsbezogenen Regelungen des GATT, ASCM sowie des GATS dürften ebenfalls kein Hindernis darstellen. Zum einen knüpfen die Regeln über die Verhängung von Ausgleichszöllen an den Grenzübergang an. Zum anderen fehlt es an einer Bestimmung, die jeden weiteren Umgang mit Subventionen durch nationales Recht, anders als durch das Antisubventionsrecht, verbietet. Wie bereits dargestellt, lassen sich ökonomische Gründe für eine Regulierung des Einsatzes von Subventionen finden.⁵⁴⁰ Das neue Instrument knüpft damit an zusätzliche, wettbewerbliche Erwägungen an. Sinn und Zweck der Subventionskontrolle der WTO kann nicht darin liegen, dass eine derartige wettbewerbliche Analyse verhindert wird. Für den Dienstleistungsbereich sieht Art. XV GATS zudem sogar nur die Möglichkeit für Konsultationen vor, woraus sich keinerlei Begrenzung für den Umgang mit Subventionen ergibt. Sollte sich wider Erwarten zu einem späteren Zeitpunkt eine Unvereinbarkeit des neuen Instruments mit dem WTO-Recht ergeben, so wäre eine Anpassung mittels der bereits beschriebenen Singapur-Klausel unproblematisch möglich.

934. Das neue Drittlandsbeihilfeinstrument sollte an die unternehmerische Tätigkeit des subventionierten Unternehmens im EU-Binnenmarkt anknüpfen. Allerdings dürfte Art. 103 AEUV keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für ein solches Instrument darstellen. Im EU-Wettbewerbsrecht ermächtigt Art. 103 AEUV zu Regelungen, die sich auf ein (gemeinsames oder einseitiges) unternehmerisches Verhalten beziehen (vgl. Art. 101 und 102 AEUV). Ein Verhalten im Sinne dieser Vorschriften ist jedoch unabhängig von der Art der Eigentümer der betreffenden Unternehmen auf seine Vereinbarkeit mit dem Wettbewerb zu beurteilen.⁵⁴¹ Das Verhalten kann nach Art. 103 AEUV somit keinen strengeren Regelungen unterworfen werden, nur weil ein Unternehmen einen drittstaatlichen Eigentümer hat, selbst wenn es von diesem subventioniert wird. Auf die Ermächtigungsgrundlagen der Art.

⁵³⁹ WTO, European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, Appellate Body Report vom 22. Mai 2014, WT/DS400/AB/R und WT/DS401/AB/R, Rz. 5.88. Dort heißt es: "(...) as Article I:1 is concerned, fundamentally, with protecting expectations of equal competitive opportunities for like imported products from all Members, it does not follow that Article I:1 prohibits a Member from attaching any conditions to the granting of an 'advantage' within the meaning of Article I:1. Instead, it prohibits those conditions that have a detrimental impact on the competitive opportunities for like imported products from any Member. Conversely, Article I:1 permits regulatory distinctions to be drawn between like imported products, provided that such distinctions do not result in a detrimental impact on the competitive opportunities for like imported products from any Member."

⁵⁴⁰ Siehe oben Tz. 861.

⁵⁴¹ Siehe schon oben Tz. 686.

106 Abs. 3, 109 AEUV können dagegen keine Rechtsakte gestützt werden, die sich auf ein unternehmerisches Verhalten beziehen. Die Vorschriften betreffen lediglich Maßnahmen von EU-Mitgliedstaaten.

935. Angelehnt an die Rechtsgrundlage des geänderten Vorschlags für ein Internationales Vergabeinstrument könnte des Weiteren Art. 207 Abs. 2 AEUV als Ermächtigungsgrundlage in Betracht gezogen werden. Das Internationale Vergabeinstrument soll ungleiche Markteintrittsbedingungen auf den Märkten für das öffentliche Beschaffungswesen beheben, die daraus folgen, dass Drittstaaten ihre Beschaffungsmärkte den betreffenden Unternehmen vorbehalten, während die EU-Beschaffungsmärkte allen Unternehmen offenstehen. Das Internationale Vergabeinstrument soll damit allerdings außenwirtschaftliche Reziprozität durchsetzen, was bei dem hier vorgeschlagenen Drittlandsbeihilfeinstrument nicht im Vordergrund stünde. Umgekehrt verorten der Europäische Gerichtshof und der Rat die Rechtsgrundlage für wettbewerbsrechtliche Regeln innerhalb von Freihandelsabkommen in den Wettbewerbsregeln der Verträge.⁵⁴²

936. Aufgrund der Tatsache, dass die bislang genannten Kompetenzgrundlagen nicht ausreichen dürften, kommt ein ergänzender Rückgriff auf die Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs soll diese Vorschrift „einen Ausgleich in Fällen schaffen, in denen den [Unions-]Organen durch spezifische Bestimmungen des Vertrags ausdrücklich oder implizit verliehene Befugnisse fehlen und gleichwohl Befugnisse erforderlich scheinen, damit die Union ihre Aufgaben im Hinblick auf die Erreichung eines vom Vertrag festgelegten Ziels wahrnehmen kann“.⁵⁴³ Ein Drittlandsbeihilfeinstrument würde Lücken des europäischen Wettbewerbsrechts in Bezug auf drittstaatliche Markteingriffe schließen und sich dabei innerhalb des ausschließlichen Kompetenzbereichs der EU für das Wettbewerbsrecht bewegen. Bereits die Fusionskontrollverordnung ist neben Art. 103 AEUV auf Art. 352 AEUV gestützt worden, um alle Zusammenschlüsse zu erfassen, die sich als unvereinbar mit dem vom Vertrag geforderten System des unverfälschten Wettbewerbs erweisen können.⁵⁴⁴ Das hier vorgeschlagene Drittlandsbeihilfeinstrument würde in vergleichbarer Weise darauf abzielen, dort einzugreifen, wo Art. 107 AEUV wettbewerbschädliche Beihilfen im Binnenmarkt nicht abschließend erfassen kann. Das Instrument sollte daher auf Art. 103, 109 in Verbindung mit Art. 352 AEUV gestützt werden.

937. Das Instrument würde in seinem persönlichen Anwendungsbereich alle Unternehmen (wirtschaftlichen Einheiten) auf dem Binnenmarkt erfassen, unabhängig von ihrem Sitz bzw. ihrer Nationalität. Dies ist nicht nur WTO-rechtlich geboten, sondern auch vor dem Hintergrund sinnvoll, dass dadurch eine Situation verhindert wird, in der z. B. ein deutsches Unternehmen die Beihilfekontrolle der Art. 107, 108 AEUV dadurch umgeht, dass es auf drittstaatliche Kredite zurückgreift. In sachlicher Hinsicht wären nur solche Subventionen hinzunehmen, die nach dem Marktinvestortest als marktkonform anzusehen sind. Dagegen wären Maßnahmen eines Drittstaats, die als mitgliedstaatliche Maßnahme gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoßen würden, vorbehaltlich etwaiger Rechtfertigungsgründe als nicht mit dem europäischen Binnenmarkt vereinbar anzusehen.⁵⁴⁵ Bei bestimmten Kategorien drittstaatlicher Subventionen, die nach den bestehenden Beihilfe- und Antisubventionsregeln als besonders schädlich anzusehen sind, könnte zur Verfahrensvereinfachung ein Verstoß vermutet werden.⁵⁴⁶ Insbesondere Unternehmenserwerbsvorgänge werden im Fall einer Beihilfefinanzierung bisher allerdings nicht als besonders problematisch angesehen. Deshalb sollte es insoweit bei einer Einzelfallprüfung bleiben.⁵⁴⁷

⁵⁴² EuGH, Gutachten 1/92 vom 10. April 1992 Opinion 1/92 – EWR-II, Slg. 1992, I-2821, ECLI:EU:C:1992:189, Rz. 40; Urteil vom 9. August 1994, C-327/91 – Frankreich/Kommission, Slg. 1994, I-3641, ECLI:EU:C:1994:305. Zustimmung Hahn, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV/GrCh, 5. Auflage 2016, Art. 207, Rz. 47.

⁵⁴³ EuGH, Gutachten 2/94 vom 28. März 1996, Opinion 2/94 – Beitritt EMRK, Slg. 1996, I-1759, ECLI:EU:C:1996:140, Rz. 29 (zur Vorgängervorschrift des Art. 235 EG-Vertrag).

⁵⁴⁴ Erwägungsgrund 7 der VO 139/2004.

⁵⁴⁵ Eine Erweiterung auf sonstige Fälle (z. B. wirtschaftliche Vorteile aufgrund einer unregulierten marktbeherrschenden Stellung) könnte dann vorgesehen werden, wenn es sich um abgrenzbare und auch außerhalb der EU anerkannte Fallgruppen handelt. Das dürfte entsprechende Vereinbarungen mit den betreffenden Drittstaaten voraussetzen; siehe hierzu noch unten Abschn. 4.2.3 (bezüglich China).

⁵⁴⁶ Vgl. z. B. Art. 1 Abs. 4-5 VO 651/2014; Art. 4 Abs. 4 VO 2016/1037; außerdem EU-Kommission, Weißbuch, S. 19.

⁵⁴⁷ Abweichend EU-Kommission, Weißbuch, S. 19.

938. Als Rechtfertigungsgründe könnten Gründe im Sinne des WTO-Rechts anerkannt werden oder auf die Ausnahmebestimmungen zurückgegriffen werden, wie sie beispielsweise in Annex 11-A des EU-Singapur-Freihandelsabkommens enthalten sind.⁵⁴⁸ Die Monopolkommission spricht sich für eine Übernahme von Ausnahmebestimmungen im Sinne des Annex 11-A aus, da diese dem Ziel einer gegenseitigen Angleichung der Subventionskontrollregime entsprechen. In jedem Fall wären die Ausnahmebestimmungen offen zu halten und aus Sicht des Unternehmensstandorts zu betrachten.

939. Das Instrument könnte grundsätzlich auf zwei Weisen ausgestaltet werden, nämlich als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (wie Art. 107 AEUV) oder als behördliches Interventionsrecht (entsprechend dem Kommissionsvorschlag zu subventionierten Zusammenschlüssen). Ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt würde eine strenge Regelung darstellen. Diese könnte Anreize für Drittstaaten bieten, im Gegenzug zur Einführung des EU-Drittlandbeihilfeinstruments eine eigene Beihilfekontrolle einzuführen. Angesichts der mit staatlichen Subventionen häufig verbundenen Ineffizienzen kann eine Verbreitung der Beihilfekontrolle außerhalb der EU-Grenzen als wünschenswert angesehen werden. Der mit dem hier vorgeschlagenen Instrument verbundene Anreiz wäre allerdings gering, da seine Anwendung sich auf die Lücken im bestehenden Regelungsrahmen beschränken würde. Für ein Interventionsrecht spricht demgegenüber, dass manche Marktteilnehmer in der EU ihrerseits von staatlichen Unterstützungsmaßnahmen (einschließlich Unionsbeihilfen) profitieren dürften, die sich im Verhältnis zu Drittstaaten als wettbewerbsverfälschend darstellen können. Außerdem kommt es der EU zugute, dass drittstaatliche Subventionen nicht von hiesigen Steuerzahlern finanziert werden müssen.⁵⁴⁹ Ein Interventionsrecht könnte flexibel gehandhabt werden, um im Rahmen der Feststellung der Vereinbarkeit der Subvention mit dem EU-Binnenmarkt nur gegen solche Subventionen vorzugehen, bei denen ein Eingreifen in einer Abwägung zwischen der subventionsbedingten Wettbewerbsverzerrung und etwaigen subventionsbedingten Vorteilen aus Gründen des Unionsinteresses geboten ist. Die maßgeblichen Kriterien sollten allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit konkretisiert werden. So könnte z. B. ein Marktversagen oder die Erfüllung politischer Ziele der EU zugunsten des Subventionsempfängers besonders zu berücksichtigen sein.⁵⁵⁰ Aspekte der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sollten hingegen nicht als Kriterien für die Beurteilung einer Subvention herangezogen werden, da die Investitionskontrolle hierfür ein ausreichendes und abschließendes Instrumentarium darstellt.⁵⁵¹

940. Die Rechtsfolge im Falle einer Intervention wäre eine Ausgleichsabgabe in Höhe des durch den Drittstaat gewährten und marktinkonformen Vorteils. Dadurch würde der Ansatz des Beihilfe- und des Antisubventionsrechts übernommen, wonach der wettbewerbsverzerrende Vorteil auszugleichen ist, um dadurch wieder gleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen den Subventionsempfängern und anderen Marktteilnehmern herzustellen. Die Höhe der Abgabe wäre nach den Grundsätzen zu ermitteln, die für den Ausgleich von Subventionen in Fällen des grenzüberschreitenden Warenverkehrs gelten. Dabei wäre unter anderem zu berücksichtigen, inwiefern die drittstaatliche Subvention innerhalb bzw. außerhalb der EU eingesetzt wird. Die Europäische Kommission sollte Leitlinien zur Bemessung der Höhe der Ausgleichsabgabe erlassen, die auf den insoweit einschlägigen Grundsätzen des Beihilfe- und des Antisubventionsrechts aufbauen könnten. Dabei ist insbesondere eine Situation vorzusehen in der eine vollständige Rückzahlung nicht geeignet oder unverhältnismäßig wäre. Die Abgabe wäre grundsätzlich an den EU-Haushalt zu leisten.⁵⁵² Um eine diskriminierende Behandlung gegenüber den Beihilfen der Mitgliedstaaten

⁵⁴⁸ Dabei könnte es sich auch um Gründe im Sinne des Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV handeln, soweit diese auf das Verhältnis zu China übertragbar sind.

⁵⁴⁹ Siehe oben Tz. 586.

⁵⁵⁰ Vgl. Art. 31 Abs. 1 VO 2016/1037.

⁵⁵¹ Abweichend: EU-Kommission, Weißbuch, S. 21.

⁵⁵² Vgl. Art. 311 Abs. 2 AEUV; Art. 107 f. Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juli 2018 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union, zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1296/2013, (EU) Nr. 1301/2013, (EU) Nr. 1303/2013, (EU) Nr. 1304/2013, (EU) Nr. 1309/2013, (EU) Nr. 1316/2013, (EU) Nr. 223/2014, (EU) Nr. 283/2014 und des Beschlusses Nr. 541/2014/EU sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012, ABl. L 193 vom 30. Juli 2018, S. 1. Mitgliedstaatliche Beihilfen sind dagegen in den Haushalt des betreffenden EU-Mitgliedstaats zurückzuführen, was schwieriger sicherzustellen sein kann; vgl. EuGH, Urteil vom 9. März 1994, C-188/92 –

zu vermeiden, wäre den betroffenen Unternehmen allerdings alternativ die Möglichkeit einzuräumen, ihre Zahlungspflicht auch durch den Nachweis einer Rückzahlung an den Vergabestaat zu erfüllen. Die Möglichkeit eines solchen Nachweises sollte zur Vorbeugung gegen Missbräuche jedoch zeitlich befristet werden.

941. Die Zuständigkeit für die Anwendung des Instruments sollte bei der Europäischen Kommission liegen. Ein zentralisiertes System würde dem Ansatz des EU-Beihilferechts entsprechen und voraussichtlich eine wirksamere Durchsetzung des Instruments als ein dezentrales System gewährleisten. Diesbezüglich wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Europäische Kommission auf Erfahrungen aufbauen kann, die sich mitgliedstaatliche Behörden erst aufbauen müssten.⁵⁵³ Ein dezentralisiertes System brächte zudem hohe Koordinationsanforderungen im Verhältnis zur Europäischen Kommission (wegen ihrer Zuständigkeit zur gemeinsamen Handelspolitik) und zwischen den Mitgliedstaaten untereinander sowie Anforderungen an eine Vorbeugung gegen Interessenkonflikte (wenn Mitgliedstaaten von drittstaatlichen Subventionen profitieren) mit sich. Davon abgesehen kann die Europäische Kommission die nötigen Kapazitäten zur Bewältigung sehr komplexer Fälle schneller zusammenziehen als mitgliedstaatliche Stellen, die nicht selten bereits bei der Durchsetzung der bestehenden vergabe- und wettbewerbsrechtlichen Regelungen an Kapazitätsgrenzen stoßen (insb. die Einbindung kommunaler Stellen kann insofern Probleme aufwerfen).

942. Das Instrument sollte verfahrensrechtlich so ausgestaltet werden, dass die Unternehmen bei Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit im EU-Binnenmarkt oder dem späteren Erhalt von Subventionen zu deren Anzeige verpflichtet werden (Notifizierungspflicht). Eine solche Notifizierungspflicht wäre auch als politisches Signal zu verstehen, dass die EU bereit ist, den EU-Binnenmarkt bei Bedarf gegen drittstaatliche Eingriffe ins Wirtschaftsgeschehen zu schützen. Die Notifizierung sollte grundsätzlich keine Stillhalteverpflichtung auslösen. Die drittstaatliche Subvention könnte also grundsätzlich unmittelbar innerhalb der EU eingesetzt werden. Eine Ausnahme sollte lediglich dort gemacht werden, wo die Subvention an Dritte weitergeleitet wird, also an den Veräußerer in Fällen eines Unternehmenserwerbs oder an den Träger der ausschreibenden Stelle in Fällen mitgliedstaatlicher Beschaffungen. Durch eine Stillhalteverpflichtung bis zur Entscheidung über eine Intervention würde in diesen Fällen einer Situation vorgebeugt, in der eine Ausgleichsabgabe dem mittelbar Begünstigten auferlegt werden müsste.

943. Mit Blick auf Fälle, in denen Subventionen im Rahmen von Unternehmenserwerbsvorgängen in der EU verwendet werden, wäre zu entscheiden, ob dieselben Erwerbstatbestände wie in der Fusions- bzw. der Investitionskontrolle abgedeckt werden sollten oder ob das Instrument bei eigenständig definierten Erwerbstatbeständen (z. B. wie sie im Weißbuch definiert sind)⁵⁵⁴ eingreifen sollte. In den betreffenden Fällen wäre den zuvor gemachten Ausführungen entsprechend jedenfalls eine Stillhalteverpflichtung im Sinne der auch im Weißbuch ins Auge gefassten „Stillhaltefrist“ zu beachten. Davon abgesehen wäre zu entscheiden, ob die Prüfung, ob das Instrument bei einem Unternehmenserwerbsvorgang angewendet wird, parallel zu einem etwaigen Fusions- oder Investitionskontrollverfahren stattfinden soll (paralleler Fristenlauf). Dies wäre zumindest für den Fall zu empfehlen, dass – insoweit abweichend vom hier gemachten Vorschlag – außerhalb der Fusionskontrolle großzügige Prüfungsfristen vorgesehen würden.

944. Für die Fälle mitgliedstaatlicher Beschaffungen könnte vorgesehen werden, dass Unternehmen, die sich unter Ausnutzung drittstaatlicher Subventionen an Vergabeverfahren in der EU beteiligen möchten, die geplante Beteiligung alternativ bei der Europäischen Kommission oder dem öffentlichen Auftraggeber anzuzeigen hätten. Das Vergabeverfahren wäre dann, gegebenenfalls auf eine Mitteilung der Europäischen Kommission hin, vom öffentlichen Auftraggeber einstweilen auszusetzen. Die Europäische Kommission könnte während des Zeitraums, in dem das Vergabeverfahren ausgesetzt ist, prüfen, ob eine Intervention und gegebenenfalls die Verhängung einer Ausgleichsabgabe aus Gründen des Unionsinteresses geboten ist. Die Intervention könnte in diesem Fall zusätzlich davon abhängig gemacht werden, wie das wettbewerbliche Schutzinteresse gegenüber dem Interesse an gegen-

TWD/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1994, I-833, ECLI:EU:C:1994:90, Rz. 15 ff.; Urteil vom 20. März 1997, C-24/95 – Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland, Slg. 1997, I-1591, ECLI:EU:C:1997:163, Rz. 44 ff.

⁵⁵³ Siehe oben Tz. 899.

⁵⁵⁴ EU-Kommission, Weißbuch, S. 28.

seitigem Marktzugang zu gewichten ist. Alternativ zu einer Ausgleichsabgabe könnte speziell in Beschaffungsvorgängen ein Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote angelehnt an Regelungen wie Art. 49 RL 2009/81/EG in Betracht gezogen werden.⁵⁵⁵

945. Die Europäische Kommission sollte im Verfahren das Recht haben, von den betreffenden Unternehmen die erforderlichen Auskünfte zu verlangen. Wenn diese nicht erteilt werden, sollte sie wie im Rahmen des Beihilfe- und Antisubventionsverfahrens berechtigt sein, stattdessen auf vorhandene Tatsachen (*facts available*) abzustellen.⁵⁵⁶ Dies könnte sich auf die Buchführung, die Gestehungskosten von Waren und Dienstleistungen oder den Umfang bzw. Wert drittstaatlicher Finanzierungsleistungen beziehen. Davon abgesehen wäre die EU auf die Kooperation der Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung der Abgaben- und/oder Rückzahlungspflicht angewiesen.⁵⁵⁷ Dass die klassischen beihilferechtlichen Sanktionsmöglichkeiten unanwendbar sind, spricht dafür, bei Verstößen gegenüber dem durch drittstaatliche Subventionen begünstigten Unternehmen Geldbußen zu verhängen. In diesem Bereich können die Grundsätze des bestehenden Wettbewerbsrechts herangezogen werden.

946. Um eine Kollision mit dem Antisubventionsrecht von Grund auf auszuschließen, könnten Fälle, in denen ein Grenzübertritt mit Waren stattfindet, durch eine gesetzliche Ausnahme vom Anwendungsbereich des neuen Instruments oder durch eine Gruppenfreistellung von der Überprüfung freigestellt werden. Diese Fälle müssten dann nicht notifiziert werden (bzw. es würde keine Geldbuße wegen Nichtnotifizierung verhängt). Auch darüber hinausgehend könnte vorgesehen werden, dass drittstaatliche Maßnahmen bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen vorab von einer Überprüfung freigestellt werden und dann keine Notifizierungspflicht auslösen.

947. Um das neue Instrument seinerseits handelspolitisch zu nutzen, die Europäische Kommission zu entlasten und die Vereinbarkeit mit WTO-Recht laufend aufrechtzuerhalten, sollte zudem die Möglichkeit zu einer Anerkennungsentscheidung gegenüber Drittstaaten bestehen. Diese könnte möglicherweise in Anlehnung an die Regelungen zu Anerkennungen im Finanzaufsichtsrecht ausgestaltet werden.⁵⁵⁸ Die Wirkung einer Anerkennungsentscheidung wäre, dass die Drittlandsbeihilfen ohne weitere Prüfung als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen würden. Die Anzeigepflicht sollte dann entfallen. In begründeten Fällen sollte eine solche Anerkennungsentscheidung zurückgenommen werden können. Ein handelspolitischer Vorteil ist auch durch Aufnahme von Rechtfertigungsgründen nach Vorbild des Annex 11-A des Freihandelsabkommens der EU mit Singapur zu erwarten, da hierdurch ein Anreiz zu entsprechenden Vereinbarungen in zukünftigen Abkommen geschaffen werden könnte.

948. Die Frage nach einer Ermittlung der Unterstützung von SOEs wäre wie im EU-Beihilferecht so zu lösen, dass SOEs einerseits selbst Beihilfeempfänger sein könnten und dass die Finanzierung durch SOEs (z. B. staatlich kontrollierte Banken) andererseits dem Drittstaat als drittstaatliche Beihilfe zugerechnet werden könnte. Für die Zwecke der praktischen Kontrolle von Drittlandsbeihilfen ließe sich eine Vorschrift entsprechend dem chinesischen Beitrittsprotokoll für das Antisubventionsrecht erwägen. Dort heißt es für die Berechnung einer ausgleichsfähigen Subvention:

“if there are special difficulties in that application, the importing WTO Member may then use methodologies for identifying and measuring the subsidy benefit which take into account the possibility that prevailing terms and conditions in China may not always be available as appropriate benchmarks”.

⁵⁵⁵ Siehe hierzu ergänzend erneut Fn. 359 und zum deutschen Recht auch BGH, Beschluss vom 31. Februar 2017, X ZB 10/16, Rz. 13 ff.

⁵⁵⁶ Art. 15 Abs. 1 S. 3 VO 2015/1589; Art. 28 Abs. 1 VO 2016/1037. Vgl. auch schon oben Tz. 728.

⁵⁵⁷ Vgl. Art. 299 AEUV.

⁵⁵⁸ Siehe z. B. Art. 25 ff. VO 648/2012 in der Fassung der Verordnung (EU) 2019/2099 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 hinsichtlich der für die Zulassung von zentralen Gegenparteien anwendbaren Verfahren und zuständigen Behörden und der Anforderungen für die Anerkennung zentraler Gegenparteien aus Drittstaaten, ABl. L 322 vom 12. Dezember 2019, S. 1.

4.1.3.2 Subsidiäre Ausgestaltung des vorgeschlagenen Instruments

949. Das hier vorgeschlagene Instrument sollte subsidiär ausgestaltet werden, um nur die Regelungslücken zu schließen, die sich daraus ergeben, dass das Außenwirtschaftsrecht keine Regelungen zu drittstaatlichen Maßnahmen vorsieht, die zu Wettbewerbsverfälschungen im EU-Binnenmarkt führen. Die Wettbewerbsvorschriften in den Verträgen (Art. 101 f. AEUV) und die europäische Fusionskontrolle gestatten allerdings bereits einen weitreichenden Wettbewerbsschutz und sollten in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich vorrangig anwendbar bleiben. Deshalb sollten drittstaatliche Subventionen zwar notifiziert werden, aber das subventionierte Unternehmensverhalten sollte im Anwendungsbereich der Art. 101 f. AEUV ausschließlich nach diesen Vorschriften überprüft werden. In Zusammenschlussfällen sollten drittstaatliche Subventionen demgegenüber einer eigenständigen Prüfung unterworfen werden, die – ebenso wie bei mitgliedstaatlichen Beihilfen – gegebenenfalls neben einer herkömmlichen Fusionskontrollprüfung stattzufinden hätte. Die Notifizierung würde in solchen Fällen eine präventive Funktion erfüllen.

950. Dass die Art. 101 und 102 AEUV vorrangig sein sollten, ergibt sich im Einzelnen aus folgenden Überlegungen: Soweit die bestehenden Vorschriften die Feststellung einer bestimmten Marktstellung voraussetzen (Art. 102 AEUV, Fusionskontrolle), kann bereits jetzt berücksichtigt werden, dass diese Stellung durch wettbewerbsverfälschende drittstaatliche Maßnahmen (z. B. Drittlandsbeihilfen) gegebenenfalls verstärkt wird.⁵⁵⁹ Das deutsche Bundeskartellamt hat im Zusammenschlussfall *CRRC/Vossloh* zudem richtig hervorgehoben, dass bei dieser Prüfung auch frühere Verhaltensweisen zu berücksichtigen sein können, die das zusammengeschlossene Unternehmen gegebenenfalls in Zukunft fortsetzen wird (z. B. Kampfpreisstrategien).⁵⁶⁰ Insoweit besteht also kein Bedarf an zusätzlichen Regelungen.

951. Soweit die Art. 101 und Art. 102 AEUV vorsehen, dass ein Unternehmensverhalten mit Blick auf seine Eignung beurteilt wird, den Wettbewerb zu verfälschen, ist es – ohne Änderung der EU-Verträge – nicht möglich, einen Wettbewerbsverstoß nur deshalb zu bejahen, weil ein ansonsten zulässiges Marktverhalten durch drittstaatliche Maßnahmen beeinflusst wird.⁵⁶¹ Dies würde nach den bisherigen Erfahrungen praktisch insbesondere drittstaatlich veranlasste Niedrig- bzw. Kampfpreise (Dumping) betreffen. Insoweit würden aber zumindest bei Einführung das zuvor in Abschn. 4.1.3.1 vorgeschlagenen Drittlandsbeihilfeinstrument kaum erkennbare Regelungslücken verbleiben. Denn bereits nach bestehendem Recht sind Kampfpreise marktbeherrschender Unternehmen als Missbrauch nach Art. 102 AEUV verboten, außerdem kann gegen Kampfpreise für Waren im Fall eines Grenzübertritts in Antidumpingverfahren vorgegangen werden. In den übrigen Fällen würde das Drittlandsbeihilfeinstrument eingreifen und dafür sorgen, dass dumpingförderliche drittstaatliche Maßnahmen neutralisiert werden.

952. Darüber hinaus könnten zwar grundsätzlich weitere Verhaltensweisen sekundärrechtlich (Verordnung/Richtlinie) verboten werden. Im niederländischen Vorschlag⁵⁶² wird auch empfohlen, einen Katalog mit bestimmten verbotenen Verhaltensweisen für Unternehmen mit drittstaatlicher Förderung oder mit einer im Drittstaat unregulierten beherrschenden Stellung vorzusehen (Lieferbehinderungen, Preisdiskriminierung, Kopplung, nicht marktkonforme Investitionen). Aus Sicht der Monopolkommission besteht hierfür aber kein Bedarf, wenn drittstaatliche Subventionen durch das hier vorgeschlagene Instrument effektiv neutralisiert werden können.

953. Abschließend ist – hinsichtlich der Beurteilung der Marktstellung – erneut darauf hinzuweisen, dass dort, wo sich Unternehmen zusammenschließen, die einem potenziellen Wettbewerb von drittstaatlichen Unternehmen ausgesetzt sein können, zukünftig stärker berücksichtigt werden sollte, dass der Markteintritt dieser drittstaatli-

⁵⁵⁹ Siehe oben Abschn. 3.1.2.1 (insb. Tz. 689) und Abschn. 3.3.2 (insb. Tz. 841 ff.).

⁵⁶⁰ BKartA, Beschluss vom 27. April 2020, B4-115/19 – CRRC/Vossloh; zur Berücksichtigung von Verhaltensweisen vor dem Zusammenschluss vgl. auch z. B. EU-Kommission, Entscheidung 94/449/EG vom 14. Dezember 1993, IV/M.308 – Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. L 186 vom 21. Juli 1994, S. 38, Tz. 47; siehe dazu schon Tz. 920.

⁵⁶¹ Siehe oben Abschn. 3.1.2.1 (insb. Tz. 691).

⁵⁶² Niederlande, Non-paper – Strengthening the level playing field on the internal market, 9. Dezember 2019, S. 2, Abschn. “level playing field proposal”, Bullets 2 und 4, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field>, Abruf am 16. Juni 2020.

chen Unternehmen von politisch-strategischen und nicht nur von wirtschaftlichen Erwägungen abhängen kann. Die Kriterien für die Feststellung potenziellen Wettbewerbs in den einschlägigen Kommissionsleitlinien sollten insoweit ergänzt werden.⁵⁶³

4.1.3.3 Einführung einer Vermutungsregel zur Erleichterung des Nachweises drittstaatlicher Subventionen

954. Die Monopolkommission teilt die Einschätzung, dass Ermittlungen von EU-Behörden zu drittstaatlichen Subventionen dadurch erschwert werden, dass relevante Informationen vor allem in den Drittstaaten und nicht in der EU zur Verfügung stehen.⁵⁶⁴ Den Unternehmen, die in der EU verfahrensbetroffen sind, dürfte es allerdings im Regelfall möglich sein, die benötigten Informationen zu beschaffen und offenzulegen. Deshalb sollte aus Sicht der Monopolkommission eine Vermutungsregel in Betracht gezogen werden, soweit es um Informationen bezüglich der Frage geht, ob drittstaatliche Subventionen zu Marktkonditionen oder zu – potenziell wettbewerbsverfälschenden – abweichenden Konditionen vergeben werden.

955. Die Vermutungsregel sollte aus Praktikabilitätsgründen auf klar umgrenzte Fälle beschränkt werden, in denen der Verdacht einer nicht marktkonformen Subvention naheliegt. Ein Beispiel wäre eine Regel, wonach bei Unternehmen mit staatlicher Kapitalbeteiligung z. B. ab 20 Prozent⁵⁶⁵ vermutet wird, dass sie von nicht marktkonformen staatlichen Subventionen profitieren. Die Vermutungsregel könnte dazu genutzt werden, die betreffenden Unternehmen bei Anhaltspunkten für einen Wettbewerbsverstoß bestimmten verfahrensrechtlichen Offenlegungspflichten zu unterwerfen. Die betreffenden Unternehmen könnten zur Abwendung der Vermutung also beispielsweise verpflichtet werden, Bücher vorzulegen, die über erhaltene staatliche Finanzmittel Aufschluss geben.⁵⁶⁶ Außerdem könnten sie verpflichtet werden, die Art und den Umfang staatlicher Einflussnahme auf unternehmerische Entscheidungen näher zu erläutern.

956. Davon abgesehen sollte die Vermutungsregel keine sonstigen Informationsprobleme betreffen, die bei Ermittlungen gegenüber drittstaatlichen Unternehmen bestehen können (z. B. in Bezug auf heimliche Kartellabsprachen). Derartige Probleme können gravierend sein, stellen aber keine Besonderheit einer drittstaatlichen Einflussnahme auf die Wirtschaft dar. Sie werden hier daher nicht näher behandelt.

957. Angelehnt an die Regelungen der Richtlinie 2006/111/EG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und öffentlichen Unternehmen sollten auch SOEs aus Drittstaaten besonderen Transparenzpflichten unterworfen werden können. Das sollte zumindest dann gelten, wenn die Europäische Kommission eine Entscheidung zu den von den betreffenden Unternehmen notifizierten wirtschaftlichen Vorteilen trifft.⁵⁶⁷

⁵⁶³ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 031 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 69; dazu oben Abschn. 3.3.2.2.

⁵⁶⁴ Vgl. schon oben Tz. 781.

⁵⁶⁵ Vgl. Business Europe, *The EU and China – Addressing the systemic challenge*, Januar 2020, S. 97 m. Fn. 128. Alternative (aber engere) SOE-Definition der OECD: „state exercises legal ownership“/„Staat eine Eigentümerfunktion wahrnimmt“; siehe OECD, *Competitive Neutrality, Report*, 2012, S. 17; OECD-Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, Ausgabe 2015, S. 15.

⁵⁶⁶ Vgl. Niederlande, *Non-paper – Strengthening the level playing field on the internal market*, 9. Dezember 2019, S. 2 zur Einführung von Transparenzverpflichtungen, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field>, Abruf am 16. Juni 2020.

⁵⁶⁷ Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (kodifizierte Fassung), ABl. L 318 vom 17. November 2006, S. 17.

4.1.3.4 Keine weiterreichende Ermöglichung von europäischen Abwehrmaßnahmen

958. Wenn das von der Monopolkommission vorgeschlagene Drittlandsbeihilfeinstrument eingeführt würde, bestünde kein Bedarf an Regelungen, die es den Mitgliedstaaten oder den dortigen Unternehmen in weitergehendem Umfang gestatten, auf wettbewerbsverfälschende drittstaatliche Subventionen mit eigenen Abwehrmaßnahmen zu reagieren (sogenannte Matching-Klauseln). Dabei ist zu bedenken, dass defensiv eingesetzte Maßnahmen in einem wettbewerblich noch vertretbaren Umfang schon nach dem bestehenden Recht möglich sind (z. B. Beihilfen im europäischen Interesse).⁵⁶⁸ Derartige Maßnahmen verzerren aber – neben den abzuwehrenden drittstaatlichen Maßnahmen – den Wettbewerb im EU-Binnenmarkt.

959. Maßnahmen, die aktiv die Wettbewerbsposition hiesiger Unternehmen stärken (z. B. Schaffung Nationaler bzw. Europäischer Champions) verzerren ebenfalls den Wettbewerb.⁵⁶⁹ Hier kommt erschwerend hinzu, dass sie nicht auf anerkannte fusionskontroll- bzw. beihilferechtliche Rechtfertigungsgründe gestützt werden können. Derartige Maßnahmen erscheinen wettbewerbspolitisch prinzipiell problematisch.⁵⁷⁰

4.1.4 Eigener Regelungsentwurf der Monopolkommission

960. Die Monopolkommission legt nachfolgend beispielhaft einen Regelungsvorschlag vor, um so eine mögliche Umsetzung des von ihr befürworteten Drittlandbeihilfeinstruments zu illustrieren. Das Instrument könnte in die Form einer Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) gefasst und wie folgt ausgestaltet werden:

„Art. 1 : Gegenstand und Anwendungsbereich

- (1) Sinn und Zweck dieser Verordnung ist eine Gleichbehandlung von Beihilfen gemäß Artikel 107 AEUV und äquivalenten Unterstützungsmaßnahmen durch Drittstaaten. Durch diese Gleichbehandlung sollen innerhalb des Gemeinsamen Markts gleiche Ausgangsbedingungen für die dort tätigen Unternehmen geschaffen werden.*
- (2) Diese Verordnung gilt unterschiedslos für jedes innerhalb der EU tätige Unternehmen.*
- (3) Diese Verordnung findet keine Anwendung in Fällen, in denen die Kommission ein Verfahren auf Grundlage einer auf Artikel 207 Absatz 2 AEUV erlassenen Verordnung zur Durchführung von Handelsschutzmaßnahmen eröffnet.*
- (4) Diese Verordnung findet keine Anwendung in Fällen, in denen die Kommission oder Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ein Verfahren in ihrem Zuständigkeitsbereich nach Artikel 4 und 5 der Verordnung 1/2003⁵⁷¹ eröffnen.*
- (5) Diese Verordnung ist nur auf Unternehmen anwendbar, die über einen Umsatz von [...] innerhalb des Gemeinsamen Marktes verfügen.*

[...]

Art. 2: Begriffsbestimmungen

⁵⁶⁸ Siehe oben Abschn. 3.2.2.2 und 3.2.2.3.

⁵⁶⁹ Siehe oben Abschn. 3.2.2.4 und 3.3.2.4.

⁵⁷⁰ Siehe zu Abwehr- bzw. Exportkartellen siehe auch (differenzierend) Abschn. 3.1.2.2. Abweichend ist aus Sicht der Monopolkommission die deutsche Ministererlaubnis zu bewerten; hierzu schon Monopolkommission, Sondergutachten 3, Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG, Baden-Baden 1975, Tz. 41 ff.; Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 32, 35–38; XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 559, 572.

⁵⁷¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1.

[...]

Art. 3: Verbot von Drittlandsbeihilfen

- (1) *Erhält ein Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil durch einen Drittstaat, wobei diese Maßnahme als mitgliedstaatliche Maßnahme gegen Artikel 107 Absatz 1 AEUV verstoßen würde, so ist diese Maßnahme nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.*
- (2) *Bei Unternehmen, an denen ein Drittstaat eine Kapitalbeteiligung von [20 %] oder mehr hält, wird vermutet, dass ihnen gegenüber Maßnahmen im Sinne des Absatzes 1 getroffen werden.*
- (3) *Bei folgenden Subventionen wird vermutet, dass sie als mitgliedstaatliche Maßnahme gegen Artikel 107 Absatz 1 AEUV verstoßen würden.⁵⁷²*
 - (a) *Subventionen, die rechtlich oder tatsächlich entweder ausschließlich oder als eine von mehreren anderen Bedingungen von der Ausfuhrleistung abhängig sind oder die entweder ausschließlich oder als eine von mehreren anderen Bedingungen davon abhängig sind, dass inländische Waren Vorrang vor eingeführten Waren erhalten;*
 - (b) *Subventionen für Unternehmen in Schwierigkeiten, außer wenn ein Umstrukturierungsplan vorliegt, der die langfristige Rentabilität des Begünstigten gewährleistet und einen erheblichen Eigenbeitrag des Begünstigten vorsieht;*
 - (c) *Subventionen, in deren Rahmen eine Regierung Garantien für Schulden oder Verbindlichkeiten bestimmter Unternehmen gewährt, ohne dass die Höhe dieser Schulden bzw. Verbindlichkeiten oder die Laufzeit der Garantie begrenzt wäre;*
 - (d) *Betriebssubventionen in Form von Steuervergünstigungen, die nicht im Rahmen allgemeingültiger Maßnahmen gewährt werden.*
- (4) *Die folgenden Subventionen können gewährt werden, wenn sie für das Erreichen von Zielen des öffentlichen Interesses erforderlich sind oder wenn die Beträge der betreffenden Subventionen auf das für das Erreichen dieser Ziele erforderliche Mindestmaß begrenzt und ihre Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt begrenzt sind:*
 - (a) *Subventionen sozialer Art an einzelne Verbraucher, sofern sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden,*
 - (b) *Subventionen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind,*
 - (c) *Subventionen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen der Lebenshaltungsstandard außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht,*
 - (d) *Subventionen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben,*
 - (e) *Subventionen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind oder den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt verfälschen,*
 - (f) *Subventionen an Unternehmen, die mit genau umschriebenen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, sofern diese Subventionen auf die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen begrenzt sind,*

⁵⁷² Vgl. Art. 1 Abs. 4-5 VO 651/2014; Art. 4 Abs. 4 VO 2016/1037; EU-Kommission, Weißbuch, S. 19.

- (g) Subventionen zur Förderung der Kultur und zur Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind oder den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt verfälschen, und
- (h) Subventionen zur Förderung wichtiger Vorhaben von regionalem oder bilateralem Interesse, die auf Grundlage eines völkerrechtlichen Abkommens bestimmt worden sind.
- (5) Subventionen im Sinne des Absatzes 4 Buchstabe e können unter anderem die folgenden Subventionen umfassen: Subventionen für genau umschriebene Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationszwecke, Subventionen für Schulungen oder die Schaffung von Arbeitsplätzen, Subventionen für Umweltzwecke sowie Subventionen zugunsten von kleinen und mittleren Unternehmen, die definitionsgemäß weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen. Unternehmen, deren Unternehmensanteile oder Stimmrechte zu 25 % oder mehr von einer staatlichen Stelle oder Körperschaft des öffentlichen Rechts kontrolliert werden, gelten nicht als Unternehmen im Sinne des Satzes 1.⁵⁷³
- (6) Eine Maßnahme gilt auch dann als mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne dieser Vorschrift vereinbar, wenn das in dem betreffenden Drittstaat bestehende Beihilfensystem gemäß Artikel [10] von der Kommission anerkannt worden ist.

Art. 4: Überprüfung

- (1) Jedes Unternehmen innerhalb der EU hat den Erhalt wirtschaftlicher Vorteile im Sinne von Art. [2] der Generaldirektion Wettbewerb Kommission schriftlich anzuzeigen. In Fällen einer Anmeldung nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung 139/2004⁵⁷⁴ hat die Anzeige zusammen mit der Anmeldung zu erfolgen.⁵⁷⁵
- (2) In Fällen des Absatzes 1 Satz 2 darf der Zusammenschluss weder vor der Anzeige noch so lange vollzogen werden, bis der angezeigte wirtschaftliche Vorteil aufgrund einer Entscheidung gemäß Artikel [5] Absatz 2 oder durch Ablauf der Prüfungsfrist gemäß Artikel [5] Absatz 6 für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt worden ist.
- (3) Die Entscheidung über eine Vergabe oder Konzession darf in Fällen eines Verfahrens gemäß der Richtlinie 2014/23/EU, der Richtlinie 2014/24/EU, der Richtlinie 2014/25/EU oder der Richtlinie 2009/81/EG weder vor der Anzeige noch so lange erfolgen werden, bis der angezeigte wirtschaftliche Vorteil aufgrund einer Entscheidung gemäß Artikel [5] Absatz 2 für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt worden ist.
- (4) Die erforderlichen Dokumente sind in einer Durchführungsverordnung der Kommission aufzulisten.
- (5) Dem Drittstaat, der den gemäß Absatz 1 anzuzeigenden wirtschaftlichen Vorteil gewährt hat, ist die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.

Art. 5: Prüfung der Anzeige und Beschlüsse der Kommission

- (1) Die Kommission prüft die Anzeige unmittelbar nach deren Eingang und entscheidet, ob sie ein Prüfungsverfahren eröffnet. Die Einleitung eines Prüfungsverfahrens ist dem anzeigenden Unternehmen mitzuteilen.

⁵⁷³ Vgl. EU-Kommission, Empfehlung vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2003) 1422), ABl. L 124 vom 20. Mai 2003, S. 36, Erwägungsgrund 13 und Art. 3 Abs. 4.

⁵⁷⁴ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1.

⁵⁷⁵ Bei einer über die Verordnung 139/2004 hinausgehenden Erfassung von Erwerbsvorgängen wären eine gesetzliche Definition der zusätzlich erfassten Erwerbstatbestände erforderlich.

- (2) *Gelangt die Kommission in dem Prüfungsverfahren unter Berücksichtigung des Unionsinteresses zu dem Schluss, dass der angezeigte wirtschaftliche Vorteil auf einer Maßnahme beruht, die mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, so stellt sie dies durch Beschluss fest.*
- (3) *Gelangt die Kommission in dem Prüfungsverfahren unter Berücksichtigung des Unionsinteresses zu dem Schluss, dass der angezeigte wirtschaftliche Vorteil auf einer Maßnahme beruht, die mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar ist, so stellt sie dies durch Beschluss fest.*
- (4) *Bei der Würdigung des Unionsinteresses im Sinne der Absätze 2 und 3 ist ein Marktversagen oder die Erfüllung politischer Ziele der EU zugunsten des Subventionsempfängers besonders zu berücksichtigen. In Fällen des Artikels [4] Absatz 3 ist zusätzlich zu berücksichtigen, wie das wettbewerbliche Schutzinteresse gegenüber dem Interesse an gegenseitigem Marktzugang zu gewichten ist. Aspekte der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sind bei einer Entscheidung gemäß diesem Artikel nicht zu berücksichtigen.*
- (5) *Stellt die Kommission fest, dass ein oder mehrere Wettbewerber des anmeldenden Unternehmens im Binnenmarkt eine Unionsbeihilfe in vergleichbarem Umfang erhalten, erlässt sie einen Beschluss nach Absatz 2.*
- (6) *Die Beschlüsse nach den Absätzen 2 und 3 dieses Artikels werden innerhalb von [zwei] Monaten erlassen. Diese Frist beginnt am Tag nach dem Eingang der vollständigen Anzeige. Die Anzeige gilt als vollständig, wenn die Kommission innerhalb von [zwei] Monaten nach Eingang der Anzeige oder nach Eingang der von ihr – gegebenenfalls – angeforderten zusätzlichen Informationen keine weiteren Informationen anfordert. Die Frist kann mit Zustimmung der Kommission und des betreffenden Unternehmens verlängert werden.*
- (7) *Hat die Kommission innerhalb der in Absatz 5 genannten Frist keine Entscheidung nach Absatz 2 oder 3 erlassen, so gilt der angezeigte wirtschaftliche Vorteil als für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.*

Art. 6: Auskunftsverlangen

- (1) *Die Kommission kann zur Erfüllung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben von Unternehmen verlangen, dass sie alle erforderlichen Auskünfte erteilen.*
- (2) *Bei der Versendung eines Auskunftsverlangens an ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung gibt die Kommission die Rechtsgrundlage, den Zweck des Auskunftsverlangens und die benötigten Auskünfte an, legt die Frist für die Übermittlung der Auskünfte fest und weist auf die in Artikel [11] für den Fall der Erteilung einer unrichtigen oder irreführenden Auskunft vorgesehenen Sanktionen hin.*
- (3) *Die Inhaber des Unternehmens oder dessen Vertreter oder – im Fall von juristischen Personen, Gesellschaften und Vereinigungen ohne Rechtspersönlichkeit – die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen erteilen die verlangten Auskünfte im Namen des betreffenden Unternehmens bzw. der Unternehmensvereinigung.*
- (4) *Verweigert ein Unternehmen den Zugang zu den erforderlichen Informationen oder erteilt es sie nicht innerhalb der durch diese Verordnung gesetzten Fristen oder behindert sie erheblich die Untersuchung, so können vorläufige oder endgültige positive oder negative Feststellungen auf der Grundlage der verfügbaren Informationen getroffen werden.*

Wird festgestellt, dass das Unternehmen unwahre oder irreführende Informationen vorgelegt hat, werden diese Informationen nicht berücksichtigt, und die verfügbaren Informationen können zugrunde gelegt werden.

Das Unternehmen wird über die Folgen der mangelnden Bereitschaft zur Mitarbeit unterrichtet.

- (5) *In Fällen des Artikels [3] Absatz 2 weist die Kommission zusätzlich auf die Vermutung einer Maßnahme im Sinne des Artikels [3] Absatz 1 hin. Sie kann die Unternehmen verpflichten, zur Abwendung der Vermutung*

alle Bücher vorzulegen, die über erhaltene wirtschaftliche Vorteile im Sinne von Artikel [2] Aufschluss geben.

Art. 7: Ausgleichsabgabe und Transparenzpflichten

- (1) Kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass wirtschaftliche Vorteile, die ein Unternehmen im Sinne von Artikel [2] erhalten hat, gemäß Artikel [5] Absatz 3 mit dem europäischen Binnenmarkt nicht vereinbar sind, so verhängt sie eine Ausgleichsabgabe.
- (2) Die Kommission erlässt Leitlinien zur Bemessung der Höhe der Ausgleichsabgabe. Die Ausgleichsabgabe darf die Höhe des erhaltenen wirtschaftlichen Vorteils nicht überschreiten.
- (3) Bei Unternehmen, an denen ein Drittstaat eine Kapitalbeteiligung von 20 % oder mehr hält, kann die Kommission Methoden zur Ermittlung und Messung des wirtschaftlichen Vorteils anwenden, die der Möglichkeit Rechnung tragen, dass die im Drittstaat herrschenden Bedingungen nicht als angemessene Bezugsgrößen anzusehen sind.
- (4) Die Pflicht zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe kann auch dadurch erfüllt werden, dass der Adressat der Zahlungspflicht in hinreichender Weise nachweist, dass der erhaltene wirtschaftliche Vorteil in voller Höhe an die vergebende Stelle zurückgezahlt wurde.
- (5) Unternehmen im Sinne des Artikels [3] Absatz 2, denen gegenüber die Kommission einen Beschluss nach Artikel [5] erlässt, können in dem Beschluss verpflichtet werden, Transparenzpflichten entsprechend der Richtlinie 2006/111/EG zu erfüllen.⁵⁷⁶ Die Einzelheiten legt die Kommission bis zum [...] in einem Durchführungsrechtsakt fest.

Art. 8: Rückzahlung

- (1) Die Rückzahlung gilt nur dann als Erfüllung der Zahlungspflicht gemäß Artikel [7], wenn sie innerhalb von [drei] Monaten nach der Veröffentlichung der Entscheidung der Kommission hinreichend nachgewiesen worden ist.
- (2) Auf Antrag kann die Kommission die Frist verlängern, soweit ausreichende Gründe hierfür vorliegen.

Art. 9: Freistellungsvoraussetzungen

Maßnahmen im Sinne des Artikels [3] Absatz 1 sind mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anzeigepflicht nach Artikel [4] Absatz 1 freigestellt, sofern diese Maßnahmen [näher zu bestimmende]⁵⁷⁷ Voraussetzungen erfüllen.

Art. 10: Anerkennungsentscheidung

- (1) Eine Anerkennung nach dieser Vorschrift darf erfolgen, wenn die Europäische Union eine völkerrechtliche Vereinbarung abgeschlossen hat, die zu einer Beihilfekontrolle in dem betreffenden Drittstaat führt, oder ein Drittstaat eine solche Beihilfekontrolle eingeführt hat, die mindestens die folgenden Voraussetzungen erfüllt:

⁵⁷⁶ Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (kodifizierte Fassung), ABl. L 318 vom 17. November 2006, S. 17.

⁵⁷⁷ Vgl. Art. 3 Verordnung 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187 vom 26. Juni 2014, S. 1.

- (a) [...]
- (2) Eine Anerkennungsentscheidung ist eine verbindliche Feststellung der Europäischen Union, dass ein Drittstaat oder ein räumlicher Zusammenschluss von Staaten über rechtliche Rahmenbedingungen verfügt, die mit denjenigen des europäischen Beihilferechts zumindest vergleichbar sind.
 - (3) Eine Anerkennungsentscheidung kann zurückgenommen werden, wenn sich die rechtlichen Rahmenbedingungen in einem Drittstaat erheblich verändert haben.
 - (4) Im Fall des Absatzes 3 ist dem betroffenen Drittstaat Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu geben.

Art. 11: Geldbußen

- (1) Die Kommission kann gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen verhängen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Pflicht nach dieser Verordnung verstoßen.

Die Geldbuße für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen oder jede beteiligte Unternehmensvereinigung darf 10 % seines bzw. ihres jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen.

Steht die Zuwiderhandlung einer Unternehmensvereinigung mit der Tätigkeit ihrer Mitglieder im Zusammenhang, so darf die Geldbuße 10 % der Summe der Gesamtumsätze derjenigen Mitglieder, die auf dem Markt tätig waren, auf dem sich die Zuwiderhandlung der Vereinigung auswirkte, nicht übersteigen.
- (2) Vor Verhängung einer Geldbuße nach Absatz 1 ist dem betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- (3) Bei Verhängung einer Geldbuße nach Absatz 1 informiert die Kommission den Mitgliedstaat, in dem das betroffene Unternehmen seinen Sitz hat.
- (4) Die nach Absatz 1 getroffenen Entscheidungen haben keinen strafrechtlichen Charakter.

Art. 12: Überprüfung

- (1) Die Kommission legt dem Europäischen Parlament und dem Rat unter gebührender Berücksichtigung des Schutzes vertraulicher Informationen im Sinne von Artikel [2] einen jährlichen Bericht über die Anwendung und Durchführung dieser Verordnung vor.
- (2) Der Bericht enthält Angaben über die Höhe und Herkunft von Drittlandsbeihilfen im Binnenmarkt, die Anzahl von eingeleiteten sowie abgeschlossenen Verfahren und die Anzahl der verhängten Bußgelder.

Art. 13: Schlussbestimmungen

- (1) Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Artikel 107 AEUV gilt für Maßnahmen im Sinne des Artikels 3 entsprechend.
- (2) [...]"

4.2 Instrumente zur Durchsetzung europäischer Wettbewerbsprinzipien im Verhältnis zu Drittstaaten

961. Neben bereits genannten Instrumenten, die im Wesentlichen auf die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen im EU-Binnenmarkt zielen, werden Instrumente diskutiert, die zur aktiven Durchsetzung europäischer Wettbewerbsprinzipien im Verhältnis zu Drittstaaten und insbesondere China eingesetzt werden können. Die Diskussion betrifft insbesondere die Einführung eines Internationalen Vergabeinstruments zur Anwendung bei Beschaffungsvorgängen im EU-Binnenmarkt (Abschn. 4.2.1), die EU-Konnektivitätsstrategie zur Anbindung von Dritt-

staaten an den EU-Binnenmarkt und als Gegenentwurf zum chinesischen Projekt „Neue Seidenstraße“ („Belt-and-Road“-Initiative; Abschn. 4.2.2) sowie das geplante Investitionsabkommen unmittelbar zwischen der EU und China (Abschn. 4.2.3).

4.2.1 Internationales Vergabeinstrument (International Procurement Instrument – IPI)

962. Abgesehen von der Herstellung wettbewerblicher Chancengleichheit im EU-Binnenmarkt wird es als Problem angesehen, dass die Marktzugangsbedingungen für europäische Unternehmen in Drittstaaten und für Unternehmen aus Drittstaaten bei Ausschreibungen in der EU uneinheitlich ausgestaltet sind. Das auswärtige Handeln der EU ist gemäß Art. 206 AEUV auf eine harmonische Entwicklung des Welthandels ausgerichtet.⁵⁷⁸ Deshalb steht der EU-Binnenmarkt bei staatlichen Beschaffungsvorgängen auch Bietern aus Drittländern weitgehend offen. Diese Offenheit beruht jedoch nicht auf Gegenseitigkeit.⁵⁷⁹ Die Beschaffungsmärkte in Drittstaaten bleiben für europäische Unternehmen vielmehr zu großen Teilen verschlossen, sowohl durch rechtliche als auch durch rein tatsächliche Benachteiligungen.⁵⁸⁰

963. Den öffentlichen Beschaffungsmärkten kommt weltweit eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zu. Ihr weltweites Volumen wird auf ca. EUR 8 Bio. geschätzt.⁵⁸¹ Gleichzeitig ist der Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten für ausländische Unternehmen häufig stark eingeschränkt. So können sich nach Angaben der Europäischen Kommission EU-Unternehmen weltweit nur auf Aufträge im Wert von ca. der Hälfte des weltweiten öffentlichen Beschaffungsvolumens bewerben. Weltweit erwirtschaften europäische Unternehmen (als erfolgreiche Bieter) bisher lediglich rund EUR 10 Mrd. jährlich auf den weltweiten Beschaffungsmärkten. Nach Erkenntnissen der Europäischen Kommission bestünde ohne die derzeit noch bestehenden Beschränkungen für europäische Bieter jedenfalls das Potenzial, weitere EUR 12 Mrd. jährlich zu erwirtschaften.⁵⁸² Dies entspräche mehr als einer Verdoppelung des bisher von europäischen Unternehmen außerhalb der EU erzielten Volumens auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten. Im Vergleich zu den gesamten Waren- und Dienstleistungsexporten der EU sowie dem Volumen der weltweiten Beschaffungsmärkte handelt es sich hierbei allerdings insgesamt um einen überschaubaren Betrag.

964. Eine Bevorzugung heimischer Unternehmen findet selbst in großen Industriestaaten, mit denen die EU seit langem ausgeprägte Handelsbeziehungen unterhält, statt.⁵⁸³ Auch im Hinblick auf China ist derzeit keine befriedigende Öffnung der Märkte für die Vergabe öffentlicher Aufträge für in der EU ansässige Unternehmen zu erkennen.⁵⁸⁴ Dies zeigt sich unter anderem in der von China praktizierten Industriepolitik-Strategie „Made in China 2025“. Diese soll China unabhängiger von ausländischer Technologie machen und stattdessen die Stellung der chinesischen Unternehmen (weltweit) verbessern.⁵⁸⁵ In diesem Kontext spielt auch das Gesetz über staatliche Vergaben in der Volksrepublik China eine Rolle.⁵⁸⁶ Den Marktzutritt ausländischer Unternehmen erschwert vor

⁵⁷⁸ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 6: Institutionen und Politiken, 2011, Rz. 5020.

⁵⁷⁹ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, S. 2; Gemeinsame Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, EU-China – Strategische Perspektiven, JOIN(2019) 5 final, S. 8.

⁵⁸⁰ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, S. 2.

⁵⁸¹ EU-Kommission, Fact Sheet: International Procurement Instrument, März 2019, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/march/tradoc_157728.pdf, Abruf am 22. Juni 2020.

⁵⁸² EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, S. 2.

⁵⁸³ Siehe insb. auf U.S.-Bundesebene den Buy American Act (41 U.S.C. §§ 8301–8305), der die U.S.-amerikanische Regierung verpflichtet, heimische Produkte bei Beschaffungen zu bevorzugen (41 U.S.C. § 8303); für Beschaffungen für die Massenverkehrs-Infrastruktur auch 49 U.S.C. § 5323(j), 49 CFR Part 661 („Buy America“).

⁵⁸⁴ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, S. 2; Mitteilung der Kommission: EU-China – Strategische Perspektiven; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 23. Mai 2012 zum Thema „Die Europäische Union und China: ein Handelsungleichgewicht?“, 2010/2301(INI); BDI, Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Januar 2019, S. 3.

⁵⁸⁵ Zenglein/Holzmann, Mercator Institute for China Studies, Evolving Made in China 2025, S. 9 ff.

⁵⁸⁶ The Government Procurement Law of the People’s Republic of China (Order of the President No. 68).

allein die sogenannte „Buy-Chinese“-Klausel in Art. 10 des Gesetzes. Diese macht für staatliche Beschaffungsvorgänge die Vorgabe, grundsätzlich nationale Unternehmen zu bevorzugen.⁵⁸⁷ Ausnahmen bestehen vor allem für den Fall, dass Waren oder Dienstleistungen im chinesischen Inland nicht erhältlich sind oder zumindest nicht zu akzeptablen Konditionen beschafft werden können. Eine weitere gesetzliche Ausnahme kann eingreifen, wenn Waren oder Dienstleistungen außerhalb des Territoriums der Volksrepublik China eingesetzt werden sollen.⁵⁸⁸ Davon abgesehen können in einzelnen Wirtschaftssektoren absolute Investitionsverbote oder ein Zwang zum Beitritt zu inländischen Gemeinschaftsunternehmen bestehen.

965. Das Internationale Vergabeinstrument dient dem Ziel, die im Verhältnis zu Drittstaaten bestehenden ungleichen Markteintrittsbedingungen auf dem Markt für das öffentliche Beschaffungswesen zu beheben und Gegenseitigkeit (Reziprozität) herzustellen.⁵⁸⁹ Es soll bestenfalls einen gegenseitigen Marktzugang zu vergleichbaren Bedingungen vor allem im Verhältnis zu China eröffnen und im Mindesten als Hebel in den Verhandlungen um ein EU-China-Investitionsabkommen eingesetzt werden.⁵⁹⁰ Die aktuellen Europäischen Vergaberichtlinien sollen durch das Instrument nicht ersetzt werden. Die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene IPI-Verordnung ist lediglich ein zusätzliches, alleine im Hinblick auf Beschränkungen des europäischen Beschaffungsmarktes für Unternehmen aus Drittländern abschließendes Regelwerk.⁵⁹¹ Auf Grundlage des IPI sollen jedoch auch sogenannte „strategische Ziele“ stärker mit Hilfe des Vergaberechts verfolgt werden können.⁵⁹² So soll beispielsweise die Einhaltung europäischer Standards im Bereich des Arbeits- und Umweltrechts sowie im Hinblick auf sicherheitsrelevante Aspekte künftig auch im Verhältnis zu Drittstaaten gefordert werden können.⁵⁹³ Mit Blick auf die Beteiligung chinesischer Bieter an europäischen Vergabeverfahren wird von Branchenverbänden die Notwendigkeit gesehen, das Unterlaufen von sozialen und Umweltstandards wirksamer als derzeit üblich zu bekämpfen.⁵⁹⁴

966. Die Europäische Kommission hat für das IPI im Jahr 2016 einen geänderten Verordnungsvorschlag vorgelegt, nachdem ein erster Vorschlag aus dem Jahr 2012 im Rat gescheitert war.⁵⁹⁵ Der geänderte Vorschlag ist weiterhin

⁵⁸⁷ Im Wortlaut: „domestic goods, construction and services shall be procured for government procurement“. Zum Stand der vergaberechtlichen Standards in China: *European Chamber of Commerce in China*, *European Business in China Position Paper 2018/2019*.

⁵⁸⁸ Vgl. Art. 10 GLP: „The government shall procure domestic goods, construction and services, except in one of the following situations: (1) where the goods, construction or services needed are not available within the territory of the People’s Republic of China or, though available, cannot be acquired on reasonable commercial terms; (2) where the items to be procured are for use abroad; and (3) where otherwise provided for by other laws and administrative regulations.“

⁵⁸⁹ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, Erwägungsgrund 12 („Zur Verbesserung des Zugangs von Wirtschaftsteilnehmern aus der Union zu den Märkten für öffentliche Aufträge und für Konzessionen bestimmter Drittländer, die durch restriktive und diskriminierende Vergabemaßnahmen oder praktiken geschützt sind, und zur Erhaltung gleicher Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Binnenmarkts“); siehe auch Neun/Otting, *EuZW* 2012, 566 (566 ff.).

⁵⁹⁰ Siehe EU-Kommission, Fact Sheet: International Procurement Instrument, März 2019, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/march/tradoc_157728.pdf, Abruf am 12. Juni 2020, wo der „Fall China“ besonders hervorgehoben wird (S. 4); Blenkinskop, *Brussels pushes EU leaders to play public tender card against China*, *Reuters* vom 20. März 2019.

⁵⁹¹ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, Erwägungsgrund 18.

⁵⁹² Neun/Otting, *EuZW* 2012, 566 (566 ff.).

⁵⁹³ EU-Kommission/Hohe Vertreterin für Außen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, *EU-China – Strategische Perspektiven*, JOIN(2019) 5 final, 12. März 2019 final, S. 9; EU-Kommission, *Mitteilung – Leitlinien zur Teilnahme von Bieterinnen und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt*, C(2019) 5494 final.

⁵⁹⁴ BDI, *Grundsatzpapier China. Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?*, Januar 2019, S. 17; *BusinessEurope, The EU and China: Addressing the Systemic Challenge*, Januar 2020, S. 17, 120.

⁵⁹⁵ Siehe erneut Fn. 369 zum Geänderten Vorschlag; außerdem zum ursprünglichen Vorschlag: EU-Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum EU-Binnenmarkt für das öffentliche Beschaffungswesen und über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus der Union zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten von Drittländern*, COM(2012) 124 final, 21. März 2012; *Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Stellungnahme*, REX/465, 27. April 2016, S. 14.

auf die Ermächtigungsgrundlage des Art. 207 AEUV gestützt, gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag aber zurückhaltender gefasst.⁵⁹⁶ Danach würden der Europäischen Kommission Ermittlungsbefugnisse eingeräumt, um im Unionsinteresse Maßnahmen von Drittstaaten zu überprüfen, durch die EU-Unternehmen im Rahmen dortiger öffentlicher Beschaffungen benachteiligt werden. Diese Maßnahmen werden unter dem Begriff der restriktiven und/oder diskriminierenden Maßnahme zusammengefasst und müssen eine schwerwiegende und wiederholte Behinderung des Zugangs von Waren, Dienstleistungen und/oder Wirtschaftsteilnehmern aus der Union zum Markt des Drittstaates mit sich bringen.⁵⁹⁷ Wenn derartige Maßnahmen festzustellen wären, könnten zunächst Verhandlungen mit dem entsprechenden Drittstaat aufgenommen werden, die auf eine Beseitigung der Maßnahmen hinwirken sollten (Konsultationsphase). Nach Ablauf der Konsultationsfrist oder sonstigem Scheitern der Verhandlungen sollte die Europäische Kommission befugt sein, für Aufträge in der EU sogenannte Preisanpassungsmaßnahmen zu treffen, mit denen die Gebote von Unternehmen aus dem betreffenden Drittstaat verteuert werden. Voraussetzung hierfür wäre, dass der Gesamtwert der angebotenen Waren oder Dienstleistungen zu mindestens 50 Prozent dem Drittstaat nach gesetzlich näher bestimmten Kriterien zuzurechnen ist.⁵⁹⁸

967. Die möglichen „Preisanpassungsmaßnahmen“ könnten dann für Aufträge ab einem geschätzten Wert von EUR 5 Mio. unter der Voraussetzung ergriffen werden, dass der betreffende Drittstaat restriktive und/oder diskriminierende Vergabemaßnahmen oder -praktiken einführt oder beibehält.⁵⁹⁹ In diesem Fall sollte ein Aufschlag von bis zu 20 Prozent auf den Preis des Angebots erfolgen. Die Preisanpassungsmaßnahmen würden jedoch nur zur Bewertung und Einstufung der Preiskomponente angewendet und nicht den Preis beeinflussen, der nach dem mit dem erfolgreichen Bieter abzuschließenden Vertrag zu zahlen ist.⁶⁰⁰ Ein genereller Ausschluss von Bietern aus betroffenen Drittstaaten ist im geänderten IPI-Verordnungsvorschlag – abweichend vom ursprünglichen Vorschlag – nicht mehr vorgesehen. Auch die aktuellen Regelungen, die einen Ausschluss von Bietern im Bereich des Wasser-, Energie- und Verkehrssektors ermöglichen, sollen nach dem Vorschlag der EU-Kommission gestrichen werden (Art. 85 RL 2014/25/EU und im deutschen Recht § 55 SektVO). Insoweit käme es folglich zu einer Lockerung.

968. Wenn zuständige nationale Stellen gegen Vorgaben der IPI-Verordnung verstoßen, sollten diese Verstöße zur unmittelbaren Unwirksamkeit der Vergabeentscheidung führen.⁶⁰¹ Zudem beinhaltet der geänderte Verordnungsvorschlag (wie schon der ursprüngliche Vorschlag) einen Korrekturmechanismus, wonach die EU-Kommission die Praxis der mitgliedstaatlichen Stellen nach den Regeln des Art. 3 RL 89/665/EWG korrigieren könnte.⁶⁰² Das bedeutet, dass die EU-Kommission unter Begründung ihrer Rechtsauffassung eine Vergabestelle zur Aussetzung des Verfahrens auffordern könnte. Der Vergabestelle blieben dann 21 Tage, um hierauf – zustimmend oder erwidern – zu reagieren.

969. Der geänderte Verordnungsvorschlag ist seinerseits auf Vorbehalte gestoßen. Allgemein bestehen Zweifel, ob mit diesem Verordnungsentwurf das Ziel der gegenseitigen Öffnung der Märkte tatsächlich erreicht werden kann.⁶⁰³ Insbesondere wird kritisiert, dass die Preisaufschläge nur auf Aufträge mit einem Auftragswert ab EUR 5 Mio. anwendbar sein sollen, da nur rund 7 Prozent aller öffentlichen Aufträge diese Schwelle überschreiten.⁶⁰⁴ Deshalb wird vorgeschlagen, die Preisanpassungsmaßnahmen bereits ab einem Auftragswert von EUR 2,5 Mio. für

⁵⁹⁶ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final (Fn. 369).

⁵⁹⁷ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, Art. 2 lit. f.

⁵⁹⁸ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, Art. 8 Abs. 1 und 3.

⁵⁹⁹ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, Art. 8 und S. 4, 32 ff.

⁶⁰⁰ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, Art. 11 Abs. 1.

⁶⁰¹ Die Bestimmung der zuständigen nationalen Stellen soll den Mitgliedstaaten in Abstimmung mit der EU-Kommission überlassen bleiben; siehe EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, Erwägungsgrund 26.

⁶⁰² EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, Art. 13 und Erwägungsgrund 28.

⁶⁰³ Siehe z. B. Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Stellungnahme, REX/465, 27. April 2016.

⁶⁰⁴ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Stellungnahme, REX/465, 27. April 2016, S. 3.

anwendbar zu erklären.⁶⁰⁵ Um die Verbindung von Unternehmen und Drittstaaten zu ermitteln, sieht der aktuelle Verordnungsvorschlag zudem vor, dass sich der Ursprung von Waren nach dem EU-Zollkodex richten soll, während bei Dienstleistungen die Herkunft des Wirtschaftsteilnehmers anhand von im Verordnungsvorschlag selbst aufgeführten Kriterien bestimmt werden muss.⁶⁰⁶ Damit wird zwar der Komplexität globaler Unternehmensverbindungen und Lieferketten Rechnung getragen, aber es bleibt unklar, wann eine ausreichende unmittelbare Verbindung zu einem Mitgliedstaat vorliegt, die es rechtfertigt, die Tätigkeit juristischer Personen diesem Mitgliedstaat zuzuordnen.

970. Die Europäische Kommission hatte das Europäische Parlament und den Rat aufgefordert, das IPI bis Ende 2019 anzunehmen, was jedoch bis heute nicht geschehen ist.⁶⁰⁷ Die Bundesregierung hat zwar Offenheit signalisiert. Aus ihrer Sicht sollte der Vorschlag jedoch dahingehend angepasst werden, dass eventuelle nachteilige Wirkungen für in der EU ansässige Unternehmen und europäische Vergabestellen vermieden würden.⁶⁰⁸ Diese Vorbehalte dürften insofern berechtigt sein, als Unternehmen aus Drittstaaten selbst nicht ohne Weiteres beeinflussen können, wie ihr Heimatstaat den Marktzugang regelt. Damit fallen letztlich die Verursacher von Reziprozitätskonflikten (= Drittstaaten) und die Betroffenen der Gegenmaßnahmen des IPI (= Unternehmen aus Drittstaaten) auseinander. Davon abgesehen besteht das Risiko, dass andere Staaten das IPI auch in der geänderten Fassung als protektionistisch ansehen und in einem solchen Fall Gegenmaßnahmen (gegebenenfalls auch außerhalb des Beschaffungswesens) ergreifen werden.

971. Speziell im Verhältnis zwischen der EU und China ist zu berücksichtigen, dass ein erhebliches Gegenseitigkeitsdefizit im Zugang zu den jeweiligen Beschaffungsmärkten besteht. Die Teilnahme europäischer Unternehmen an öffentlichen Ausschreibungen ist in China stark erschwert, während chinesischen Unternehmen der EU-Beschaffungsmarkt weitgehend offensteht. Die Möglichkeit zu Preisanpassungen könnte vor diesem Hintergrund Anreize für den chinesischen Staat setzen, auf eine Politik zu verzichten, die chinesische Unternehmen begünstigt und europäischen Bietern die Teilnahme an chinesischen Vergabeverfahren erschwert. Es erscheint auch akzeptabel, dass der chinesische Staat möglicherweise im Anschluss ein spiegelbildliches Instrument einführt. Das Risiko von Gegenmaßnahmen außerhalb des Beschaffungswesens dürfte sich unabhängig von den ergriffenen Maßnahmen ohnehin niemals ausschließen lassen.

972. In einer Abwägung erscheint mit Blick auf das Problem des chinesischen Staatskapitalismus allerdings die Herstellung wettbewerblicher Chancengleichheit im EU-Binnenmarkt vordringlich, während Fragen des wechselseitigen Marktzugangs im Verhältnis der EU zu China dahinter zurücktreten. Die Monopolkommission verzichtet deshalb hier auf eine weitergehende Stellungnahme zum IPI.

4.2.2 EU-Konnektivitätsstrategie

973. Die Europäische Kommission und der Hohe Vertreter der Europäischen Union für Außen- und Sicherheitspolitik haben eine sogenannte Konnektivitätsstrategie entwickelt, um Europa und Asien zu verbinden, unter anderem durch Transportverbindungen und digitale Netzwerke.⁶⁰⁹ Diese EU-Konnektivitätsstrategie erscheint als Gegenentwurf zu Chinas „17+1“-Strategie und dem Projekt „Neue Seidenstraße“. Sie kann genutzt werden, um die eingebundenen Drittstaaten Schritt für Schritt an das marktwirtschaftliche System im EU-Binnenmarkt heranzuführen. Dies geschähe aber um den Preis, dass gegebenenfalls mit Subventionen ins Wettbewerbsgeschehen in den betreffenden Drittstaaten eingegriffen würde, die nach dem EU-Recht innerhalb der EU als problematisch anzusehen wären.

⁶⁰⁵ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Stellungnahme, REX/465, 27. April 2016, S. 10.

⁶⁰⁶ EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine IPI-Verordnung, COM(2016) 34 final, Art. 3.

⁶⁰⁷ EU-Kommission, Vertretung in Deutschland, Pressemitteilung vom 12. März 2019, „Kommission überprüft Beziehungen zu China und schlägt 10 Maßnahmen vor“.

⁶⁰⁸ BT-Drs. 19/8137, S. 35.

⁶⁰⁹ EU-Kommission, Connecting Europe and Asia – Building blocks for an EU Strategy, 19.09.2018, JOIN(2018) 31 final, S. 1.

974. In ihrem Vorschlag für eine EU-Konnektivitätsstrategie benennen die Europäische Kommission und der Hohe Vertreter der Europäischen Union für Außen- und Sicherheitspolitik konkrete EU-Finanzierungsinstrumente, die für Investitionen in Drittstaaten eingesetzt werden sollen.⁶¹⁰ Sie verweisen insofern auf die Neighbourhood Investment Facility (NIF), die Investment Facility for Central Asia (IFCA) und die Asia Investment Facility (AIF), wobei die beiden Letztgenannten mehr als EUR 4,2 Mrd. zwischen 2010 und Sommer 2018 durch gemischte Zuschüsse/Darlehen bereitgestellt hätten. Im Mehrjährigen Finanzrahmen 2021–2027 soll zudem der Europäische Fonds für nachhaltige Entwicklung (EFSD) eingesetzt werden, um die Bereitstellung zusätzlichen öffentlichen und privaten Kapitals zu fördern.⁶¹¹ Der Förderschwerpunkt wird dabei in Afrika und den Ländern in der Nachbarschaft der EU liegen; allerdings soll ein Teil der Fondsmittel auch für andere geographische Gebiete verwendet werden. Davon abgesehen unterstützt die Europäische Kommission alle Bemühungen zur internationalen Zusammenarbeit, um eine wirksame Kombination von Finanzierungsquellen zu entwickeln. In diesem Zusammenhang fördert sie die Zusammenarbeit zwischen europäischen Banken, einschließlich öffentlicher Banken, und anderen Banken aus Nicht-EU-Ländern. Die EU soll nach dem Vorschlag für eine EU-Konnektivitätsstrategie außerdem die Prozesse in der G7, der G20 und der OECD unterstützen, um die Kreditvergabepraxis der öffentlichen Finanzinstitutionen mit den Grundsätzen der nachhaltigen Konnektivität in Einklang zu bringen.⁶¹²

975. Die beschriebenen Mittel können in EU-Anrainerstaaten und anderen Drittstaaten, einschließlich solcher Staaten, die in das chinesische Projekt „Neue Seidenstraße“ eingebunden sind, in ähnlicher Weise wie Fördermaßnahmen innerhalb der EU verwendet werden.⁶¹³ Sie können also zum Ausgleich von Finanzierungslücken bei Investitionen im gemeinsamen Interesse und als Defensivmaßnahmen zum Ausgleich von wettbewerbsverzerrenden chinesischen Finanzmaßnahmen dienen. Im Unterschied zu Fördermaßnahmen innerhalb der EU sind dabei zusätzlich allerdings die legitimen Interessen der betreffenden Drittstaaten zu berücksichtigen. Es kommt somit zu einer Erweiterung der relevanten Interessen.

976. Aus wettbewerbspolitischer Sicht sind die vorgeschlagenen Finanzierungsmaßnahmen grundsätzlich unproblematisch; zumindest soweit es um den Schutz des Wettbewerbs im EU-Binnenmarkt geht. Die Maßnahmen wirken sich vorrangig in den betroffenen Drittstaaten aus. Im EU-Binnenmarkt können sie allenfalls indirekt Wirkungen entfalten. Das ist etwa dann der Fall, wenn sie die Chancen europäischer Bieter erhalten, die bei Beschaffungsvorgängen in den relevanten Drittstaaten mit durch den chinesischen Staat subventionierte Bieter konkurrieren.⁶¹⁴ Daneben werden die Interessen europäischer Exportunternehmen geschützt, soweit diese sich in den relevanten Drittstaaten gegen subventionierte chinesische Wettbewerber behaupten müssen. Aus einer allein auf den Wettbewerbsschutz im EU-Binnenmarkt bezogenen Sicht ist die EU-Konnektivitätsstrategie dennoch nur eingeschränkt relevant.

977. Eine höhere Bedeutung gewinnt die EU-Konnektivitätsstrategie, wenn man zusätzlich berücksichtigt, dass sie auch handelspolitischen Zielen dienen soll. Denn im Idealfall kann sie dazu beitragen, die Märkte der betreffenden Drittstaaten an den EU-Binnenmarkt heranzuführen und diesen auf Dauer möglicherweise sogar zu erweitern. Bei der Verfolgung solcher Ziele drohen allerdings Hindernisse. Denn es muss von der Bereitschaft Chinas ausgegangen werden, im Rahmen des Projekts „Neue Seidenstraße“ umfangreiche Subventionen einzusetzen, sofern diese zur Durchsetzung chinesischer Interessen beitragen. Damit kann aber auch für die EU Anlass bestehen, über die Verfolgung gemeinsamer Interessen mit den Drittstaaten hinauszugehen, wenn dies europäischen Unternehmen

⁶¹⁰ Daneben wird angesprochen, dass Ressourcen in den Drittstaaten mobilisiert werden sollten; EU-Kommission, Connecting Europe and Asia -Building blocks for an EU Strategy, JOIN(2018) 31 final, 19. September 2018, S. 7, 11 ("mobilisation of domestic resources").

⁶¹¹ Zu diesem Instrument siehe Verordnung (EU) 2017/1601 zur Einrichtung des Europäischen Fonds für nachhaltige Entwicklung (EFSD), der EFSD-Garantie und des EFSD-Garantiefonds, ABl. L 249 vom 27. September 2017, S. 1.

⁶¹² EU-Kommission, Connecting Europe and Asia – Building blocks for an EU Strategy, 19.09.2018, JOIN(2018) 31 final, S. 10 f.

⁶¹³ Siehe hierzu oben Abschn. 3.2.2.2 und 3.2.2.3.

⁶¹⁴ Vgl. hierzu EU-Kommission, Connecting Europe and Asia – Building blocks for an EU Strategy, 19.09.2018, JOIN(2018) 31 final, S. 12.

gegenüber ihren chinesischen Wettbewerbern zugutekommt. Ein solcher offensiver Einsatz von Fördermitteln, der europäische Interessen über die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen hinaus schützt, könnte die Entwicklung der Märkte in den betreffenden Drittstaaten und damit auch ihre Heranführung an den EU-Binnenmarkt behindern.

978. Davon abgesehen dürfte der Erfolg der EU-Konnektivitätsstrategie davon abhängen, ob es überhaupt gelingen kann, die Märkte in den betreffenden Drittstaaten stärker in das marktwirtschaftliche System der EU als in das staatskapitalistische System Chinas einzubinden. Auf der einen Seite ist anzunehmen, dass es in den betreffenden Drittstaaten durchaus ein Interesse daran geben dürfte, mit der EU bei Investitionen eine Alternative zu China zu gewinnen. Denn China bietet den Ländern an der Neuen Seidenstraße oft Kredite an und beteiligt sich nicht direkt an Projekten.⁶¹⁵ Laut Center for Global Development sind acht der betreffenden Drittstaaten konkret von einem Zahlungsausfall bedroht.⁶¹⁶ Der Schuldenanstieg birgt Risiken, die den eigenen Interessen der betreffenden Drittstaaten zuwiderlaufen und die sich zugleich nachteilig auf den asiatisch-europäischen Handel auswirken können.

979. Auf der anderen Seite bleibt die Bereitschaft der betreffenden Drittstaaten, mit der EU im Rahmen der EU-Konnektivitätsstrategie zu kooperieren, unsicher. Die betreffenden Drittstaaten werden darauf achten, dass mit den Fördermitteln Investitionen finanziert werden, die sie selbst als notwendig ansehen. Auf längere Sicht werden sie in Hinblick auf europäische Förderangebote zudem berücksichtigen, dass eine EU-Förderung ihrer Wirtschaft zwar Möglichkeiten zu einer vergleichsweise freien Entwicklung eröffnen dürfte, dass aber zugleich über die konkreten Projekte hinaus nicht immer Planungssicherheit besteht und ein dauerhafter Nutzen auch vom Engagement ihrer eigenen Unternehmen abhängen dürfte. Die Zusammenarbeit mit China kann zwar eine wesentlich stärkere Einbindung in vorgegebene chinesische Strukturen mit sich bringen, eröffnet aber möglicherweise eine größere Aussicht, Planungssicherheit zu haben und Folgeinvestitionen im Rahmen der Weiterentwicklung des Projekts „Neue Seidenstraße“ zu erhalten.

980. Aus den genannten Gründen wird es sehr darauf ankommen, wie die Förderung im Rahmen der EU-Konnektivitätsstrategie ausgestaltet wird. Dabei dürfte insbesondere bedeutsam sein, worauf sich die Fördermaßnahmen beziehen. Eine nachhaltige Förderung dürfte voraussetzen, dass die EU – über die Finanzierung einzelner Projekte hinaus – auf eine stabile und dauerhafte Anbindung der wirtschaftlichen Strukturen in den Drittstaaten an den EU-Binnenmarkt zum wechselseitigen Vorteil hinwirkt. Dazu sollten sich die Investitionen der EU auf Bereiche konzentrieren, die für den Aufbau einer wettbewerbsfähigen Wirtschaft in den betreffenden Ländern wesentlich sind. Das nicht – im Sinne des Marktinvestortests – marktconforme Förderelement sollte möglichst gering gehalten werden. Davon abgesehen erscheint eine langfristige Ausrichtung der Förderung (z. B. zur Stärkung von Forschung und Entwicklung) vorzugswürdig.

4.2.3 EU-China-Abkommen

981. Von einem Investitionsabkommen zwischen der EU und China wird sich regelmäßig ein besserer Marktzugang europäischer Unternehmen in China und damit eine stärker ausgeprägte Reziprozität versprochen. Pläne zum Abschluss eines Investitionsschutzabkommens zwischen der EU und China bestehen bereits seit einigen Jahren.⁶¹⁷ Bereits im Zusammenhang mit dem EU-China-Gipfel am 14. Februar 2012 brachten sowohl die EU als auch China ein gemeinsames Interesse an dem Abschluss eines derartigen Abkommens zum Ausdruck. Am 13. Oktober 2013 erließ der Rat ein Verhandlungsmandat auf dessen Grundlage die Kommission ermächtigt wurde, ein derartiges Abkommen für die EU mit China auszuhandeln. Dieses Abkommen soll die bilateralen Abkommen zwischen China

⁶¹⁵ Gaens, B., in: Konrad Adenauer Stiftung, Panorama – Trade and Economic Connectivity in the Age of Uncertainty, Singapur 2019, S. 19 – 28, 21.

⁶¹⁶ Hurley, J., Morris, S., Portelance, G. (2019), Examining the debt implications of the Belt and Road Initiative from a policy perspective. *Journal of Infrastructure, Policy and Development*, 3(1), 139–175.

⁶¹⁷ Zu den Entwicklungen rund um ein gemeinsames Investitionsschutzabkommen: Bungenberg, M. in: Müller-Graff, P.-C., Die Beziehungen zwischen der Europäischen Union und China, Baden-Baden 2017, S. 81–112.

und den Mitgliedstaaten der EU wie Deutschland ablösen und einen Marktzugang für europäische Unternehmen schaffen.⁶¹⁸ Die Verhandlungen sind bislang jedoch noch nicht abgeschlossen worden.

982. Die europäische Wirtschaft erhofft sich durch das Abkommen einen umfassenden Marktzugang in China. Das 2003 abgeschlossene bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen Deutschland und China enthält investitionsschutzrechtliche Standards, jedoch keine Marktzugangsregeln.⁶¹⁹ Letztere scheinen einen möglichen Gegenstand eines EU-China-Abkommens zu bilden.⁶²⁰ Umgekehrt ist jedoch der Investorenschutz innerhalb des deutsch-chinesischen Abkommens noch als sehr hoch zu erachten, während er in den neueren Abkommen der EU – wie demjenigen mit Kanada – eingeschränkt wird.⁶²¹ Dies könnte das Risiko einer Verletzung von investitionsschutzrechtlichen Vereinbarungen durch die europäische Seite reduzieren, würde jedoch zugleich auch einen eingeschränkten Schutz von Investoren innerhalb von China bedeuten. Ein weiteres Interesse der EU besteht in einer Ablösung der bislang vorherrschenden Schiedsverfahren durch die Einrichtung eines permanenten Investitionsschiedsgerichtshofs.⁶²² Die EU hat in neueren Abkommen bereits bilaterale Modelle eines permanenten Streitbeilegungsmechanismus implementieren können.⁶²³ Ob diese Reformen der Investor-Staat-Streitbeilegung sich als effektiv erweisen, ist bislang aber noch offen. Es liegen noch keine Erfahrungen vor.

983. Derzeit ist noch nicht absehbar, welche konkreten Bestimmungen Gegenstand eines zukünftigen Investitionsabkommens sein werden. Sinnvoll wäre jedenfalls die von Seiten des Europäischen Parlaments geforderte Einführung von Transparenzbestimmungen für Staatsfonds und SOEs, die sich an den von der *International Working Group of Sovereign Wealth Funds* erarbeiteten Prinzipien (*Santiago Principles*) orientieren und sicherstellen sollen, dass Investorenschutz nur für kommerzielle Aktivitäten gewährt wird.⁶²⁴ Die Durchsetzung derartiger Bestimmungen kann über den Investitionsschutz hinaus einen Umgang mit staatskapitalistischen Wirtschaftsstrukturen z. B. im Rahmen eines Antisubventionsverfahrens erleichtern.⁶²⁵

984. Handelsbezogene Bestimmungen bilden herkömmlich keinen Gegenstand von Investitionsabkommen. Diese beschränken sich auf den Investorenschutz. Damit wären grundsätzlich auch Vereinbarungen über die Vergabe von Subventionen oder umwelt- und sozialrechtliche Standards innerhalb eines derartigen Abkommens nicht zu erwarten. Hierfür müssten die EU und China in Verhandlungen zu einem Freihandelsabkommen eintreten oder die Agenda für ein Investitionsabkommen entsprechend erweitern. Die EU und China sind tatsächlich bereits in einen Austausch über die Beihilfekontrolle eingetreten.⁶²⁶ Das zurzeit verhandelte Abkommen könnte somit auch zur

⁶¹⁸ Ebenda, 89 f.

⁶¹⁹ Zum Folgenden Bungenberg, M., in: Müller-Graff, P.-C., Die Beziehungen zwischen der Europäischen Union und China, Baden-Baden 2017, S. 81-121, 92 ff.

⁶²⁰ EU-Kommission, Generaldirektion Handel, EU and China agree on scope of the future investment deal, 15. Januar 2016, <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1435>, Abruf am 19. Mai 2020.

⁶²¹ Bungenberg, M., in: Müller-Graff, P.-C., Die Beziehungen zwischen der Europäischen Union und China, 2017, S. 81-121, 96 ff.

⁶²² Vgl. hierzu den umfassenden Vorschlag bei Bungenberg, M./Reinisch, A., From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Second Edition (Open Access), Berlin/Heidelberg 2020, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-662-59732-3.pdf>, Abruf am 19. Mai 2020. Vergleichend dazu auch IILCC Study Group on ISDS Reform, IILCC Comparative Report on the Creation and Implementation of a Multilateral Investment Court, Research Paper Series of the International Investment Law Centre Cologne 01-2020, https://iilcc.uni-koeln.de/sites/iilcc/reports/IILCC_Study_Group_on_ISDS_Reform_-_MIC_Report_-01-2020.pdf, Abruf am 19. Mai 2020.

⁶²³ Bungenberg, M./Reinisch, A., From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Second Edition (Open Access), Berlin/Heidelberg 2020, Rz. 41 ff.

⁶²⁴ Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 9. Oktober 2013 zu den Verhandlungen zwischen der EU und China über ein bilaterales Investitionsabkommen (2013/2674(RSP)), ABl. C 181 vom 19. Mai 2016, S. 45, Rz. 32.

⁶²⁵ So auch Bungenberg, M., in: Müller-Graff, P.-C., Die Beziehungen zwischen der Europäischen Union und China, Baden-Baden 2017, S. 81-112, 94.

⁶²⁶ Vgl. EU-Rat, EU-China Summit Joint statement, 9. April 2019, Ziff. 7 (dialogue in the area of the state aid control regime and the Fair Competition Review System); <https://www.consilium.europa.eu/media/39020/euchina-joint-statement-9april2019.pdf>, Abruf am 14. Mai 2020; dazu auch schon Tz. 745.

Konkretisierung der Voraussetzungen für die Anwendung des hier vorgeschlagenen Drittlandsbeihilfeinstrumentes im Verhältnis zu China genutzt werden. Das gilt insbesondere, soweit mehr Fälle als bei mitgliedstaatlichen Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst werden sollten (z. B. wirtschaftliche Vorteile aufgrund einer unregulierten marktbeherrschenden Stellung). Des Weiteren könnte ein Abkommen ein Instrument sein, um mehr Wettbewerb auf dem chinesischen Markt zu schaffen und in der Folge etwaige marktbeherrschende Stellungen chinesischer Unternehmen in China und damit einhergehende Wettbewerbsvorteile anzugehen.

985. Die Monopolkommission würde es begrüßen, wenn die EU und China ein Investitions- und Freihandelsabkommen abschließen würden, das insbesondere staatliche Subventionen abdecken würde. Dessen ungeachtet muss bei Verhandlungen zum Investitionsschutz vermieden werden, dass mögliche Anpassungen des europäischen Rechtsrahmens infolge eines etwaigen Abkommens mit investitionsschutzrechtlichen Standards kollidieren. So könnte beispielsweise eine spezifische Ungleichbehandlung chinesischer Investoren auf Grundlage neuer rechtlicher Instrumente oder ein damit verbundener enteignungsgleicher Eingriff einen Verstoß gegen investitionsschutzrechtliche Bestimmungen bedeuten und eine Entschädigungspflicht auslösen.⁶²⁷ Gerade bei Marktverschiebungen im EU-Binnenmarkt (z. B. durch Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit) und bei einer diskriminierenden Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts besteht ein solches Risiko.⁶²⁸ Zuletzt wäre umgekehrt eine effektive Durchsetzung von vereinbarten Standards gegenüber China sicherzustellen. Die Aussichten hierfür sind nach den bisherigen Erfahrungen unklar. Jedenfalls sollte vermieden werden, dass das neue gemeinsame Abkommen eine Verschlechterung im Vergleich mit dem schon bestehenden deutsch-chinesischen Investitionsschutzabkommen mit sich bringt.

5 Zusammenfassung der Empfehlungen

986. Das im Juni 2020 veröffentlichte Weißbuch der Europäischen Kommission über die Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten ist zu begrüßen. Es setzt wichtige Impulse zum Umgang mit drittstaatlichen Subventionen und den dadurch bedingten Verzerrungen im EU-Binnenmarkt. Das ins Auge gefasste Instrumentarium aus drei Teilinstrumenten ist aus Sicht der Monopolkommission allerdings zu einseitig auf die Schaffung behördlicher Überprüfungs- und Eingriffsbefugnisse ausgerichtet. Die mit dem neuen Instrumentarium verbundenen Belastungen insbesondere für die betroffenen Unternehmen dürfen nicht aus dem Blick geraten. Die Schadenstheorie, die den vorgesehenen verhaltensbezogenen und strukturellen Abhilfemaßnahmen zugrunde liegt, bleibt zudem letztlich unklar.

987. Die Monopolkommission befürwortet selbst ein einheitliches Drittlandsbeihilfeinstrument, mit dem drittstaatliche Subventionen und mitgliedstaatliche Beihilfen in der Sache gleichgestellt werden. Das Drittlandsbeihilfeinstrument sollte bei allen drittstaatlichen Subventionen eingreifen, die als mitgliedstaatliche Maßnahme gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoßen würden. Zuständig für die Durchsetzung sollte allein die Europäische Kommission sein. Das Drittlandsbeihilfeinstrument sollte die Europäische Kommission ermächtigen, den mit der Maßnahme verbundenen Vorteil über die Verhängung einer Ausgleichsabgabe abzuschöpfen. Alternativ sollte es jedoch den Unternehmen gestattet werden, den Vorteil durch Rückzahlung an den gewährenden Drittstaat zu neutralisieren.

988. Das Instrument sollte verfahrensrechtlich als Interventionsrecht ausgestaltet werden. Eine Intervention sollte in allen Fällen möglich sein, die nicht von den bestehenden Antidumping- und Antisubventionsregeln erfasst werden. Zugleich sollte das Instrument gegenüber den bestehenden Wettbewerbsregeln subsidiär angewendet werden. Speziell in Fällen von Unternehmenserwerbs- oder mitgliedstaatlichen Beschaffungsvorgängen sollte eine verfahrensrechtliche Stillhaltepflicht vorgesehen werden, um eine Überprüfung nach Maßgabe des Drittlandsbeihilfeinstrumentes vor einer Ausnutzung subventionsbedingter wirtschaftlicher Vorteile und der Weiterleitung solcher Vorteile an den Unternehmensveräußerer bzw. den Träger der ausschreibenden Stelle zu gewährleisten. Die

⁶²⁷ Für einen Überblick über die einzelnen investitionsschutzrechtlichen Standards vgl. Bungenberg, M./Griebel, J./Hobe, S./Reinisch, A., *International Investment Law*, München 2015, Chapter 8.

⁶²⁸ Speziell im Bereich der Investitionskontrolle wäre zudem auf eine enge Abstimmung zwischen den zuständigen Organen der EU sowie den Mitgliedstaaten zu achten; siehe zur Kompetenzverteilung schon oben Tz. 618 und Abschn. 3.3.1.

Entwicklung sollte beobachtet werden, um bei einem etwaigen weitergehenden Regelungsbedarf nachjustieren zu können.

989. Bei Unternehmen mit einer staatlichen Kapitalbeteiligung oberhalb eines bestimmten Schwellenwerts (z. B. 20 %) sollte vermutet werden, dass ihnen gegenüber Maßnahmen getroffen werden, die als mitgliedstaatliche Maßnahme gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoßen würden. Die Unternehmen sollten die Vermutung durch Offenlegung ihrer Bücher und andere Nachweise zu den Finanzbeziehungen zwischen dem Unternehmen und dem relevanten Drittstaat widerlegen können. Die betreffenden Unternehmen sollten zudem zusätzlichen Transparenzpflichten unterworfen werden können. Zur Bewältigung von Informationsproblemen in Bezug auf beurteilungsrelevante Vorgänge in Drittstaaten sollte die zuständige Behörde allgemein auf vorhandene Tatsachen (*facts available*) abstellen können, wenn die betroffenen Unternehmen angeforderte Informationen nicht rechtzeitig, vollständig und unverfälscht bereitstellen.

990. Die Monopolkommission weist im Übrigen darauf hin, dass der Beitrag drittstaatlicher Subventionen zur Marktstellung der begünstigten Unternehmen bereits im Rahmen des geltenden Wettbewerbsrechts erfasst werden kann. Allerdings sollte dort, wo sich Unternehmen zusammenschließen, die einem potenziellen Wettbewerb von drittstaatlichen Unternehmen ausgesetzt sein können, in der Fusionskontrolle zukünftig stärker berücksichtigt werden, dass der Markteintritt dieser drittstaatlichen Unternehmen von politisch-strategischen und nicht nur von wirtschaftlichen Erwägungen abhängen kann.

991. Das Antidumping-Instrumentarium sollte wettbewerbsorientiert reformiert werden. Als notwendige Ergänzung zu dem hier befürworteten Interventionsrecht sollten zudem die vorhandenen Möglichkeiten zu Antisubventionsmaßnahmen durchgehend ausgeschöpft werden. Dabei erkennt die Monopolkommission an, dass die gegenwärtige Durchsetzung die Möglichkeiten im Rahmen des WTO-rechtlich Zulässigen ausreicht. Die Investitionskontrolle sollte weiterhin ausschließlich zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eingesetzt und nicht mit industriepolitischen Erwägungen angereichert werden. Davon abgesehen erscheint eine noch stärkere europäische Harmonisierung der Investitionskontrolle wünschenswert. Diese Einschätzung ändert sich auch durch die aktuelle Corona-Krise nicht.

992. Die Monopolkommission hält die Einführung eines International Procurement Instruments (IPI) für sinnvoll, soweit dadurch den bestehenden Ungleichheiten im Zugang zu den jeweiligen Beschaffungsmärkten in der EU und in China entgegengewirkt werden kann. Sie gibt allerdings zu bedenken, dass im Umgang mit dem chinesischen Staatskapitalismus die Herstellung wettbewerblicher Chancengleichheit im EU-Binnenmarkt vordringlich erscheint, während Fragen des wechselseitigen Marktzugangs im Verhältnis EU-China hinter dieses Problem zurücktreten.

993. Die EU sollte im Rahmen der EU-Konnektivitätsstrategie darauf achten, nicht über die Verfolgung gemeinsamer Interessen mit den Drittstaaten hinauszugehen, um das einseitige Interesse an einer Förderung europäischer Unternehmen gegenüber ihren chinesischen Wettbewerbern zu verfolgen. Ein solcher offensiver Einsatz von Fördermitteln könnte die Entwicklung der Märkte in den betreffenden Drittstaaten und damit auch ihre Heranführung an den EU-Binnenmarkt behindern. Eine nachhaltige Förderung dürfte demgegenüber voraussetzen, dass die EU auf eine stabile und dauerhafte Anbindung der wirtschaftlichen Strukturen in den Drittstaaten an den EU-Binnenmarkt zum wechselseitigen Vorteil hinwirkt.

994. Zuletzt wäre wünschenswert, dass die EU und China ein Investitions- und Freihandelsabkommen abschließen, das insbesondere staatliche Subventionen abdeckt. Dessen ungeachtet muss bei Verhandlungen zum Investitionsschutz vermieden werden, dass mögliche Anpassungen des europäischen Rechtsrahmens infolge eines etwaigen Abkommens mit investitionsschutzrechtlichen Standards kollidieren. Zuletzt ist eine effektive Durchsetzung der vereinbarten Standards sicherzustellen.