

Herausforderung China – beihilfenrechtliche Implikationen und Ansatzpunkte für legislative Konsequenzen

Simon Guilliard*

Inhalt	
A. Einleitung und Überblick	296
B. Faktische und rechtliche Ausgangslage	297
I. Problemaufriss	297
II. WTO-subventionsrechtliche Schutzlücken	298
1. Auseinandersetzung um <i>public body</i> -Definition	298
2. Problem mangelnder Subventionstransparenz	299
C. Beispiele für durch chinesische Subventionen bedingte Wettbewerbsverzerrungen zulasten EU-ansässiger Unternehmen	300
I. <i>One Belt, One Road</i> -Initiative	300
II. Überkapazitäten im Stahlsektor	301
D. Kontextualisierung mit Reformen im EU-Außenhandelsrecht	302
I. Modifikationen der Antisubventionsgrundverordnung	302
II. Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen	303
III. Verordnungsvorschlag für ein sog. <i>International Procurement Instrument</i>	304
E. Beihilfenrechtliche Selbstbindung der EU und ihrer Mitgliedstaaten	306
I. Territorialitäts- versus Marktortprinzip	306
1. Territorialer Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts	306
2. Einführung eines EU-beihilfenrechtlichen Marktortprinzips	307
II. Niedrigschwellige Zwischenstaatlichkeitsklausel	308
III. Primärrechtliche Schranken der Industriepolitik	309
IV. Begrenzte Reichweite der Ermessensausnahmen	310
1. Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete	311
a. Grundsatz der intersektoralen Neutralität	311
b. Präventive (Gegen-)Subventionierungen	312
c. Abstrakt-generelle Entsprechungsklausel	313

* Wissenschaftliche Hilfskraft sowie Doktorand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Passau bei Prof. Dr. Christoph Herrmann, LL.M. und derzeit Gastwissenschaftler am Liechtenstein-Institut in Barendorn (FL).

2.	Wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse	314
a.	Konkretisierungsbedürftigkeit der Tatbestandsalternative	314
b.	Bestimmung des gemeinsamen europäischen Interesses	315
F.	Wahrung der binnenmarkt- sowie wettbewerbsrechtlichen Grenzen	317
1.	Vermeidung von deep pocket distortions	317
2.	Leitmaxime der ökonomischen Effizienz	318
3.	Vorzugswürdigkeit bi-, pluri- und multilateraler Regelungsansätze	320
G.	Zusammenfassung der Ergebnisse	321

A. Einleitung und Überblick

Die seit dem Jahr 2019 forcierten industriepolitischen Initiativen auf nationaler (*Industriestrategie 2030*),¹ bilateraler (*Franco-German Manifesto*)² und unionaler Ebene (*EU Industrial Strategy*; *EU-China-Strategy*)³ werfen verstärkt die Frage auf, ob neben dem handelspolitischen Instrumentarium der Europäischen Union (EU) womöglich auch deren Beihilfenregime einen Beitrag zur Eindämmung von für unfair erachteten Handelspraktiken der Volksrepublik China (VR China) leisten könnte. Dabei sind insbesondere subventionierte staatlich kontrollierte chinesische Unternehmen nicht mehr nur europäischen Konkurrenten innerhalb des EU-Binnenmarktes oder auf Drittlandsmärkten, sondern zunehmend auch Regierungen der Mitgliedstaaten sowie der EU-Kommission ein Dorn im Auge (B.).

Der vorliegende Beitrag legt beispielhaft dar, in welchen Bereichen die Einflussnahme des chinesischen Staates auf die Unions- und Weltwirtschaft im Wege der Subventionierung zu konkreten Wettbewerbsverzerrungen zulasten EU-ansässiger Unternehmen führt (C.), bevor zu begründen ist, warum die bisherigen außenhandelsrechtlichen Reformen und Reformpläne bei den Bemühungen um die Schaffung eines beihilfenrechtlichen sog. *Global Level Playing Field* allenfalls eine flankierende Rolle einzunehmen geeignet sind (D.). Einer eingehenderen Untersuchung bedürfen die Möglichkeiten und Grenzen einer legislativen Fortentwicklung des EU-Beihilfenrechts, um industrie- und handelspolitischen Zielstellungen stärker Rechnung zu tragen (E.). Abschließend wird skizzenhaft aufgezeigt, welche Spannungen sich aus einem solchen Paradigmenwechsel ergäben und wie der Gefahr einer Fragmentierung des EU-Binnenmarktes entgegengewirkt werden kann (F.).

1 *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, *Industriestrategie 2030 – Leitlinien für eine deutsche und europäische Industriepolitik* (endgültige Fassung v. 29.11.2019).

2 *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie / Ministère de l'Économie et des Finances (MEF)*, *A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century* (v. 19.02.2019).

3 S. grundlegend jüngst *EU-Kommission*, *Mitteilung – Eine neue Industriestrategie für Europa*, COM(2020) 102 final; vgl. speziell zur VR China *EU-Kommission / Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik*, *EU-China – Strategische Perspektiven*, JOIN(2019) 5 final.

B. Faktische und rechtliche Ausgangslage

I. Problemaufriss

Seit dem Beitritt der VR China zur Welthandelsorganisation (WTO) im Jahre 2001 kommt es in immer gravierenderem Ausmaß zu Handelskonflikten zwischen dem als „staatskapitalistisch“ oder „hybrid“ zu bezeichnenden Schwellenland und traditionell marktwirtschaftlich geprägten GATT/WTO-Gründungsmitgliedern der westlichen Welt – allen voran den Vereinigten Staaten von Amerika (USA).⁴ Dieser sog. „Staatskapitalismus“, der vom gegenüber der Eigentumsordnung der Mitglieder neutralen, allerdings im Grundsatz von und für Marktwirtschaften konzipierten WTO-Recht lediglich unzureichend reguliert wird, ist für europäische Unternehmen gleich in doppelter Hinsicht problematisch, da chinesische (Staats-)Unternehmen einerseits im internationalen Wettbewerb von unfairen Vorteilen (wie Industriesubventionen) profitieren, andererseits die VR China ausländischen Unternehmen den Zugang zum eigenen Markt verwehrt oder zumindest spürbar erschwert.⁵

Äußerst komplex gestaltet sich nicht zuletzt der handels- und wettbewerbsrechtliche Umgang mit dem Marktverhalten chinesischer öffentlicher Unternehmen (im Folgenden allgemein zusammengefasst unter dem Oberbegriff der *State-Owned Enterprises* – SOEs). Nach dem Begriffsverständnis der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) fallen hierunter nicht lediglich Gesellschaften, die im Alleineigentum des Staates stehen, sondern auch jene, auf die dieser im Rahmen einer Mehrheits- oder einer durch bestimmte gesellschaftsrechtliche Mechanismen abgesicherten Minderheitsbeteiligung beherrschenden Einfluss ausübt.⁶ Ein solches staatliches (Anteils-)Eigentum, das sich je nach Grad der Korporatisierung massiv auf deren interne Entscheidungsabläufe und Rechenschaftspflichten nach außen auswirkt, geht in vielen Staaten der Welt unweigerlich mit Wettbewerbsvorteilen einher. Letztere lassen sich in drei Fallgruppen unterteilen, deren Übergänge fließend sind: Es sind dies erstens abstrakt-generelle Bevorzugungen (etwa durch eine pauschale Sonderbehandlung im Rahmen der Kartell- und Fusionsaufsicht oder im Falle der Insolvenz), zweitens – und vorliegend von primärem Interesse – direkte und indirekte Subventionierungen einzelner Unternehmen und Wirtschaftszweige (in Gestalt von Finanzspritzen, Steuervergünstigungen, Staatsdarlehen und -bürgschaften) sowie drittens sonstige Bevorzugungen (beispielsweise durch die Einräumung einer Monopolstellung oder Informationsasymmetrien bei öffentlichen Aufträgen).⁷

4 Im letzteren Falle ist auch nach der Ankündigung eines vorläufigen sog. „Phase-1-Deals“ zwischen Washington und Peking von einem „Handelskrieg“ zu sprechen (s. hierzu *Glöckle/Würdemann*, ZEuS 2020/2 – in diesem Heft).

5 *Kowalski et al.*, State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications, OECD Trade Policy Papers, No. 147, 2013, S. 5 ff.

6 OECD, OECD Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, 2016, S. 16.

7 Vgl. eingehend zu den einzelnen Beispielen *Capobianco/Christiansen*, OECD Corporate Governance Working Papers, No. 1, 2011, S. 5 ff.

Begünstigt durch die fortschreitende globale Handelsspezialisierung und -liberalisierung und die daraus folgende Fragmentierung der Wertschöpfungsketten baut die VR China SOEs systematisch zu Vehikeln einer strategischen Handels- und Industriepolitik aus.⁸ Das spiegelt sich in der tatsächlichen Dimension deren wirtschaftlichen Gebarens wider: In der VR sind rund 51.000 SOEs aktiv,⁹ deren Anteil an der gesamten Wirtschaftsleistung des Landes etwa 45 Prozent beträgt¹⁰ und die nunmehr schätzungsweise 100 der 500 umsatzstärksten Unternehmen weltweit stellen.¹¹ Gleichzeitig entfallen auf besagte SOEs mehr als 80 Prozent sämtlicher chinesischen ausländischen Direktinvestitionen (ADI).¹²

II. WTO-subventionsrechtliche Schutzlücken

1. Auseinandersetzung um *public body*-Definition

Kontrovers ist die vom WTO Appellate Body (AB) bereits mehrfach erörterte Streitfrage, ob und wenn ja, inwieweit der Anwendungsbereich des auf den Warenhandel beschränkten Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (ÜSCM) von 1995 SOEs in ihrer Rolle als (mittelbare) Subventionsgeber *de lege lata* überhaupt einschließt. Relevant ist dies hinsichtlich der in der VR China gängigen Praxis, dass SOEs und SOBs (*State-Owned Banks*) anderen SOEs Subventionen gewähren oder sog. *upstream subsidies* erhalten, von denen wiederum SOEs nachgelagerter Industrien mittelbar profitieren.

Der AB wählte im Verfahren *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* einen Mittelweg zwischen dem von der EU geteilten US-Verständnis von *public body*, nach dem bereits staatliches Mehrheitsanteileigentum ausreicht, sowie der chinesischen Ansicht, der zufolge die funktionale Äquivalenz eines SOE mit einer Regierung erforderlich sei:¹³

A public body within the meaning of Article 1.1.(a)(1) of the SCM Agreement must be an entity that possesses, exercises or is vested with governmental authority. Yet, just as no two governments are exactly alike, the precise contours and characteristics of a public body are bound to differ from entity to entity, State to State, and case to case.¹⁴

8 S. nur *Willemyns*, JIEL 2016, S. 657, 657 f.

9 *OECD*, *The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises*, 2017, S. 8.

10 *Wu*, *Reforming WTO Rules on State-Owned Enterprises: In the Context of SOEs Receiving Various Advantages*, 2019, S. 70 m.w.N.

11 Vgl. hierzu die jährlich vom US-amerikanischen Wirtschaftsmagazin *Fortune* veröffentlichte sog. *Fortune Global 500-Liste*, welche die 500 umsatzstärksten Unternehmen aufzählt, abrufbar unter: <https://fortune.com/global500/2019/> (01.03.2020).

12 Vgl. *Du*, JWT 2014, S. 1127, 1128.

13 S. die Auffassungen verschiedener WTO-Mitglieder knapp gegenüberstellend *Ding*, JWT 2014, S. 167, 173 ff.

14 AB Report, WT/DS379/AB/R11 Rn. 317, *US Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*.

Dieser in darauffolgenden WTO-Streitbeilegungsverfahren bestätigte „dritte Weg“ wurde wegen seiner Ambivalenz und seines Charakters als Kompromissformel stark kritisiert.¹⁵ Einerseits bleibt unklar, welcher Stellenwert der Höhe des staatlichen Anteilseigentums, die vom AB zumindest als eines von mehreren Indizien anerkannt wurde, in der jeweils durchzuführenden Einzelfallanalyse zukommt. Andererseits entstehen Schutzlücken dadurch, dass all diejenigen Unternehmen von jeglicher Subventionsdisziplin befreit sind, die sich zwar in staatlichem Allein- oder Mehrheitsanteilseigentum befinden und daher nicht als privat zu qualifizieren sind,¹⁶ mangels Besitz oder Ausübung von staatlicher Hoheitsgewalt aber auch nicht unter die Begriffsbestimmung des AB zu subsumieren sind. Jüngere Tendenzen in der WTO-Judikatur, die angeblich implizierten, dass dem Kriterium der staatlichen Kontrolle unter Umständen doch eine herausgehobene Bedeutung beizumessen ist, haben sich bis dato nicht erhärtet. Allenfalls wird erkennbar, dass die Ermittlung des Vorliegens eines *public body* sich stärker auf das subventionsgewährende Unternehmen als Ganzes – das heißt konkret auf dessen Natur und Kernfunktionen – beziehen darf und nicht zwangsläufig ein spezifischer Konnex zwischen dessen staatlichen Tätigkeiten sowie den im Einzelnen eingeräumten finanziellen Beihilfen nachzuweisen ist.¹⁷

2. Problem mangelnder Subventionstransparenz

Unabhängig davon, ob das Verhalten eines SOE in Rede steht oder es sich um „klassische“ Subventionen der chinesischen Zentralregierung (bzw. regionaler oder lokaler Gebietskörperschaften) zugunsten irgendeiner Art von heimischem Unternehmen handelt, bleibt festzuhalten, dass die vielkritisierte Dysfunktionalität des ÜSCM-Notifikations- und Überwachungsmechanismus (vgl. Art. 25 f. ÜSCM) als der übergeordnete Schwachpunkt des WTO-Subventionsrechts einzustufen ist.¹⁸ Die durch fehlende Sanktionsmöglichkeiten einer Missachtung der Notifizierungspflicht begünstigte Abwesenheit von Informationen über die Existenz, den Zweck und das Volumen der Subventionspraktiken von Mitgliedern wie der VR China erschweren der EU nicht nur ein unilaterales (Track I) oder multilaterales (Track II) Vorgehen im Rahmen der WTO, sondern auch interne Reformen, die auf die Vergabe sog. *matching subsidies* oder die Abwehr subventionierter ADI zielen. Unmittelbarer Handlungsbedarf besteht somit zuallererst insoweit, als dass Kommission, Mitgliedstaaten und EU-ansässige Unternehmen gemeinsam die Beschaffung von und den Austausch über Informationen zu drittstaatlichen Subventionen optimieren müssen.

15 S. hierzu (nicht abschließend) *Cartland/Depayre/Woznowski*, JWT 2012, S. 979, 1001 ff.; *Pawwelyn*, WTR 2013, S. 235, 240 f.; *Ding*, JWT 2014, S. 167, 182.

16 Anderenfalls bliebe zumindest der – wenngleich mit hohen Hürden versehene – Ausweg eines Rückgriffs auf den Auffangtatbestand in Art. 1.1.(a)(1)(iv) ÜSCM denkbar.

17 Ähnlich auch *Benitah*, The WTO Law of Subsidies: A Comprehensive Approach, 2019, S. 356 f.; vgl. ferner zuletzt AB Report, WT/DS437/AB/RW, US – Countervailing Measures (China).

18 S. statt vieler konzise *Horlick/Clarke*, JIEL 2017, S. 673, 696 f.

C. Beispiele für durch chinesische Subventionen bedingte Wettbewerbsverzerrungen zulasten EU-ansässiger Unternehmen

I. *One Belt, One Road-Initiative*

Die wettbewerbliche Bedeutung der *Chinese Belt and Road Initiative* (BRI) auch im territorialen Anwendungsbereich der Europäischen Verträge äußert sich bisher nur vereinzelt direkt im Rahmen der EU-Beihilfenkontrolle. Vielmehr manifestieren sich die negativen Auswirkungen der zur Verwirklichung dieses beispiellosen Infrastrukturprojekts erforderlichen massiven chinesischen Subventionierung in erster Linie im Kontext von mitgliedstaatlichen Investitionsüberprüfungen oder an den Schnittstellen des EU-Beihilfenrechts mit den eng verwandten Disziplinen betreffend die Vergabe öffentlicher (Bau-)Aufträge.¹⁹

Letzteren Nexus illustriert das Beispiel der im Zuge der BRI erfolgten Auftragsvergabe zum Bau der *Pelješac*-Brücke in Südkroatien. Die Kontroverse um die Unionsrechtskonformität dieses Vergabeverfahrens geht auf den ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis eines chinesischen Bieterkonsortiums (unter SOE-Beteiligung) zurück, das letztlich den Zuschlag für den zu 85 Prozent aus Mitteln des EU-Kohäsionsfonds kofinanzierten Auftrag im Gesamtwert von 482 Mio. Euro erhielt.²⁰ Die damalige Beschwerde eines österreichischen Mitbewerbers, der hinter dem erfolgreichen Gebot chinesische Subventionen vermutete, wurde dennoch sowohl von der kroatischen Staatlichen Kommission für die Überwachung des öffentlichen Auftragswesens (DKOM) als auch dem zuständigen Verwaltungsgericht in Zagreb zurückgewiesen.²¹ Obgleich die Kommission öffentliche Auftraggeber explizit anhält, von drittstaatlichen Bietern Informationen über staatliche Fördermaßnahmen einzufordern und die Rückmeldung einer „globalen Bewertung der Rentabilität des Angebots“²² zuzuführen, verfügen diese häufig entweder nicht über die Ressourcen, um beurteilen zu können, ob Bieterauskünfte tatsächlich zutreffen, oder es besteht aus strategischen – oder fiskalischen – Gründen kein ernsthaftes Interesse an Aufklärung.

Die Art. 107 ff. AEUV greifen demgegenüber ausschließlich dann ein, wenn subventionierte Investitionen Chinas in die EU-Verkehrsinfrastruktur entlang den diversen Knoten- oder Endpunkten der „Neuen Seidenstraße“ – zumindest auch – mit mitgliedstaatlichen Beihilfenvergaben verbunden sind (s. zum geltenden Territorialitätsprinzip unten *E.I.1.*). Das ist ausnahmsweise der Fall, wenn diese in Form von Darlehen erfolgen, die speziell für ein BRI-Projekt über ein Interbankengeschäft (bei-

19 S. hierzu instruktiv *Blockmans/Hu*, Systemic rivalry and balancing interests: Chinese investment meets EU law on the Belt and Road, CEPS Policy Insights, No 2019-04/21 March 2019 m.w.N.

20 *EU-Kommission*, Pressemitteilung v. 07.06.2017 (IP/17/1519).

21 Vgl. zu den politisch-diplomatischen Implikationen *Martens*, Brücken, Häfen, Gleise – Freiheit?, Chinas Investitionen im Balkan, in: FAZ v. 11.04.2019, abrufbar unter www.faz.net/aktuell/politik/ausland/wie-china-seinen-einfluss-im-balkan-ausbaut-16136784.html?printPagedArticle=true#pageIndex_2 (01.03.2020).

22 *EU-Kommission*, Mitteilung – Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt, C(2019) 5494 final, Ziff. 2.2.

spielsweise zwischen der chinesischen Entwicklungsbank und der Nationalbank eines Mitgliedstaates) gewährt werden.²³

II. Überkapazitäten im Stahlsektor

Der Chair's Report des im Jahre 2016 gegründeten *Global Forum on Steel Excess Capacity*, an dem G20-Staaten und weitere OECD-Mitglieder teilnehmen, konstatierte jüngst:

Market-distorting subsidies and other government support contribute to excess capacity by fuelling investments not linked to market-based economic considerations. By limiting market forces, such measures exacerbate imbalances between steel demand and supply, resulting in persistent oversupply, low prices and weak industry profitability.²⁴

Zwar ist zu berücksichtigen, dass besagte Diagnose nicht allein auf die VR China zutrifft, sondern ebenso auf alle anderen stahlproduzierenden Länder weltweit, jedoch sind die chinesischen Stahlsubventionen sowohl in quantitativer wie auch in qualitativer Hinsicht nach wie vor unerreicht,²⁵ während etwa die EU interne Bemühungen um einen Rückbau ihrer Überkapazitäten stetig intensiviert hat.²⁶ Waren noch im Verlauf des Jahres 2019 Fortschritte bezüglich des Abbaus chinesischer Stahlsubventionen erkennbar, setzte die VR China dieser positiven Entwicklung vorzeitig ein Ende, indem sie das Forum verließ. Die Erkenntnisse der Kommission aus dem jüngsten Antisubventionsverfahren betreffend chinesische Stahlerzeugnisse stehen dementsprechend paradigmatisch für die umfassende und vielgestaltige Stützung dieses Sektors durch chinesische staatliche Einheiten: So beklagt sie unter anderem Vorzugskredite und die Bereitstellung von Kreditlinien durch SOBs, Subventionsprogramme für Ausfuhrkredite, -bürgschaften und -versicherungen sowie Zuschussprogramme, Steuerermäßigungen, Steuerverrechnungen für Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten, eine beschleunigte Abschreibung von Ausrüstung und die Bereitstellung von Land und Strom zu einem geringeren als dem angemessenen Entgelt.²⁷

Indes adressiert die Verhängung von Ausgleichszöllen auf Stahlimporte aus der VR China einzig die im Welthandel bereits eingetretenen Symptome der Subventionierung, ohne deren tiefere Ursachen zu beseitigen. Aufgrund ihrer handelsa-

23 *Blockmans/Hu*, Systemic rivalry and balancing interests, S. 18 f. (unter Verweis auf Kom-Beschl. v. 28.09.2018, Beihilfe SA.49580, Regional investment aid to BorsodChem, C(2018)6112 final).

24 *Global Forum on Steel Excess Capacity*, Chair's Report – Latest developments in steel-making capacity (26.10.2019), S. 8.

25 Ebd., S. 44 ff.

26 Vgl. *Kübling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 18: „Gesund schrumpfung des Stahlsektors“.

27 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 v. 10.10.2019, S. 18.

blenkenden Wirkung ist sie vielmehr geeignet, den durch die angegriffenen Maßnahmen hervorgerufenen Wettbewerbsverzerrungen neue hinzuzufügen.²⁸ Zudem indiziert der historisch gesehen zurückhaltendere Rückgriff auf Ausgleichszölle, dass diese stärker als Antidumpingzölle das Risiko handelspolitischer Eskalation bergen, da sie anders als Letztere nicht in Reaktion auf die Verhaltensweisen Privater ergehen, sondern sensible hoheitliche Verteilungsentscheidungen betreffen, die ein jeder Staat zu seinem eigenen Souveränitätskreis zählt.

D. Kontextualisierung mit Reformen im EU-Außenhandelsrecht

I. Modifikationen der Antisubventionsgrundverordnung

Aus den zuletzt genannten Gründen ist auch der subventionsdisziplinierende Effekt der im Juni 2019 in Kraft getretenen Verschärfungen der sog. *lesser duty rule*, die vornehmlich die in diesen Fällen einschlägige AS-GVO²⁹ betreffen, als gering zu prognostizieren. Die nicht durch das WTO-Recht determinierte *lesser duty rule* gilt als ein traditionelles Spezifikum des EU-Handelsschutzes und unterwirft Ausgleichszölle einer doppelten Obergrenze dergestalt, dass diese nicht nur die Subventionspanne nicht überschreiten dürfen, sondern darüber hinaus auf diejenige Höhe beschränkt sind, die zum Ausgleich der eingetretenen Schädigung erforderlich ist.³⁰ Art. 12 Abs. 1, UAbs. 3, 4 und Art. 15 Abs. 3 UAbs. 1 AS-GVO (in der neuen Fassung) kehren die Regel um, indem sie bestimmen, dass der Ausgleichszoll nunmehr der ermittelten Gesamthöhe der in Rede stehenden Subventionen zu entsprechen hat, es sei denn, die EU-Kommission gelangt zur eindeutigen Schlussfolgerung, dass eine volle Ausschöpfung nicht im Unionsinteresse liegt.

Eingerahmt von weiteren prozeduralen Verschärfungen³¹ stehen die Neuerungen im Einklang mit der Ankündigung einer robusteren Praxis des Handelsschutzes durch die GD Handel³² und sind als vorsichtige Annäherung an die US-Vorgehensweise zu deuten, die seit jeher auf die *lesser duty rule* verzichtet. Zwar begründen die USA ihre Haltung mit dem angeblichen Abschreckungseffekt von Ausgleichsmaßnahmen, der Länder wie die VR China, die in umfangreicher Weise Subventionen vergeben, dazu bewege, deren Gewährung zu drosseln, allerdings ist dieser Erklärungsansatz empi-

28 S. hierzu die auch heute noch gültige Generalkritik von *Sykes*, Columbia Law Rev. 1989, S. 199 ff.

29 Verordnung (EU) 2016/1037 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8. Juni 2016 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. L 176 v. 07.07.2017, S. 55, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2018/825 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30. Mai 2018 (ABl. L 143 v. 07.06.2018, S. 1).

30 *Scharf*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), 14. EL Okt. 2019, Art. 7 Antidumping-VO 2016, Rn. 9 f., dessen diesbezügliche Erläuterungen zur AD-GVO auch auf die AS-GVO zutreffen.

31 Vgl. zusammenfassend *Hook*, EuZW 2019, S. 188 ff.

32 So *EU-Kommission*, Reflexionspapier – Die Globalisierung meistern, COM(2017) 240 final, S. 16.

risch kaum zu belegen und krankt daran, dass selbst wenn man eine solche Wirkung von Zusatzzöllen anerkennt, es alles andere als gesichert anzusehen ist, dass diese gegenüber den durch unilaterale Zollverhängungen hervorgerufenen ökonomischen Ineffizienzen überwiegt.³³ In rechtstatsächlicher Hinsicht kommt hinzu, dass die lediglich sporadische und unkoordinierte Nutzung des Track I-Verfahrens durch die USA, die EU und wenige weitere WTO-Mitglieder Bedenken weckt, dass unilaterale ÜSCM-Ausgleichsmaßnahmen tatsächlich einen substantziellen Beitrag zur Verbesserung der globalen Subventionsdisziplin leisten.

Folglich findet eine dahingehende Zielsetzung in den Erwägungsgründen der reformierten AS-GVO keine Erwähnung und der EU-Kommission bleibt durch das Regel-Ausnahme-Prinzip noch immer die Option, auf die *lesser duty rule* zu rekurrieren und von der neuerdings verfeinerten Berechnungsweise der Schädigungsspanne Gebrauch zu machen. Eine gänzliche Abkehr stünde schließlich auch im Widerspruch zur EU-Strategie, die *lesser duty rule* in bilateralen (Freihandels-)Abkommen sukzessive zu internationalisieren.³⁴

II. Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen

Gemäß Art. 1 Abs. 1 der ab Oktober 2020 geltenden InvÜbVO³⁵ schafft diese einen Rahmen für die Überprüfung von ADI in die EU durch die Mitgliedstaaten aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung sowie für einen Kooperationsmechanismus zwischen den Mitgliedstaaten bzw. zwischen den Mitgliedstaaten und der EU-Kommission. Gleichsam dient sie aus EU-Perspektive aber auch als Mittel zur Herstellung einer verbesserten Reziprozität, verfügen doch die USA und die VR China bereits über entsprechende Kontrollgesetzgebungen und nutzen diese zum Ausbau ihrer Verhandlungsmasse in Gesprächen mit Drittstaaten über die Erweiterung des wechselseitigen Marktzugangs.³⁶

Fraglich ist wiederum, ob das Investitionskontrollregime mittelbar auch für die Disziplinierung drittstaatlicher Subventionspraktiken sorgen könnte, da Art. 4 Abs. 2 lit. a InvÜbVO die staatliche Kontrolle (und damit auch Subventionierung) des Drittstaatsinvestors als eines der zulässigen Beurteilungskriterien nennt, die bei der Frage, ob dessen Direktinvestition in einem Mitgliedstaat die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung voraussichtlich beeinträchtigt, künftig heranzuziehen sein wird. Dies steht zum einen im Einklang mit der Erreichung des Primärziels der InvÜbVO, da es im Falle von Erwerbern aus Drittstaaten, die sich in noch nicht abgeschlossenen marktwirtschaftlichen Transformationsprozessen befinden und durch eine hohe

33 S. kritisch zur sog. *deterrence justification* Coppens, WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures: Balancing Policy Space and Legal Constraints, 2014, S. 591 ff. m.w.N.

34 Vgl. Neumann, Export des europäischen Beihilfenrechts, 2019, S. 129.

35 Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. L 79I v. 21.03.2019, S. 1.

36 S. diese beiden Kontrollregime vergleichend Hartge, SJIL 2013, S. 239 ff.

Staatsquote auszeichnen, naheliegt, dass deren Investitionen nicht exklusiv auf der Grundlage von ökonomisch orientierten Kriterien erfolgen.³⁷ Zum anderen erhöht die Aussicht, dass die Verflechtung eines drittstaatlichen Investors mit staatlichen Stellen dessen Chancen auf den Kontrollerwerb von Anteilen in der EU ansässiger Unternehmen fortan spürbar verringern könnte, den Druck auf Handelspartner wie die VR China, ihre finanziellen Beziehungen zu SOEs transparenter auszugestalten.

Es ist mithin nicht auszuschließen, dass eine verschärfte Investitionskontrolle langfristig als Katalysator für die Schließung von ÜSCM-Regelungslücken (s. oben *B.II.*) oder sogar einer Annäherung an den Goldstandard der EU-Transparenzrichtlinie³⁸ fungieren könnte. Gleichwohl sind aufgrund der durch die InvÜbVO nicht erfolgten Supranationalisierung von Investitionskontrollverfahren mit EU-weiter Relevanz Zweifel angebracht, ob die vorgesehenen Durchsetzungsmechanismen ausreichen werden, um nennenswerten Einfluss auf die chinesische Investitions- und – somit erst recht – Subventionspolitik auszuüben.³⁹ Selbst wenn nämlich die EU-Kommission feststellen sollte, dass eine chinesische Direktinvestition Projekte oder Programme von Unionsinteresse gefährden könnte, bleibt ihr allein die Möglichkeit der Abgabe einer unverbindlichen Stellungnahme gegenüber dem Mitgliedstaat, in dem diese vorgenommen wird.⁴⁰ Nicht zuletzt ist zu beachten, dass es in einer erheblichen Zahl von EU-Mitgliedstaaten bisher vollständig an nationalen Investitionskontrollregimen mangelt und Drittstaatsinvestoren im Falle aller anderen Beteiligungen als der den Art. 49 ff. AEUV unterfallenden sog. „Kontrollerwerben“ nach wie vor von der auch Drittstaaten schützenden Kapitalverkehrsfreiheit in Art. 63 Abs. 1 AEUV profitieren.⁴¹

III. Verordnungsvorschlag für ein sog. *International Procurement Instrument*

Bereits im Jahr 2012 legte die Kommission auf französisches Betreiben einen Verordnungsvorschlag über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zu EU-Beschaffungsmärkten und zugleich über eine Verbesserung des Marktzugangs unionaler Waren und Dienstleistungen zu öffentlichen Beschaffungsmärkten von Drittländern (*IPI – International Procurement Instrument*) vor,⁴² der ab Überschreitung eines Schwellenwertes von 5 Mio. Euro nahezu erstmalig eine regulatorische

37 Herrmann, ZEuS 2019, S. 427, 454.

38 Vgl. Richtlinie 80/723/EWG der Kommission v. 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. L 195 v. 29.07.1980, S. 35.

39 S. zum Defizit der ausgebliebenen Supranationalisierung des neuen Investitionskontrollregimes Schuelken, EuR 2018, S. 577, 591.

40 Vgl. Art. 8 Abs. 1, 2 lit. c InvÜbVO.

41 S. hierzu kritisch Schill, LIEI 2019, S. 105, 115 ff.

42 Vgl. *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.

Trennlinie zwischen EU-ansässigen sowie drittstaatlichen Bietern zog.⁴³ Während der ursprüngliche IPI-Vorschlag die Zulassung eines auftraggeberseitigen Ausschlusses von Angeboten mit mehr als hälftiger Drittstaatenherkunft (sog. „dezentralisiertes“ Verfahren), eine Transparenzvorschrift hinsichtlich „ungewöhnlich niedriger Angebote“ und ein eigenes Kommissionsinstrument zur Prüfung restriktiver Beschaffungspraktiken in Drittstaaten – inklusive der Verhängung von Sanktionen wie länderspezifischen Ausschlüssen aus EU-Vergabeverfahren und obligatorischen Preisaufschlägen (sog. „zentralisiertes“ Verfahren) – vorsah, verzichtet der bis dato ebenfalls noch nicht verabschiedete revidierte Kommissionsentwurf von 2016⁴⁴ aus Gründen der einheitlichen Rechtsanwendung sowie verwaltungsökonomischen Erwägungen auf die ersteren beiden Neuerungen und beschränkt damit das „Sanktionsarsenal“ der EU-Kommission auf Preisanpassungsmaßnahmen (in Höhe von bis zu 20 Prozent).⁴⁵

Auch der erneuerte IPI-Vorschlag intendiert, Hemmnisse auf Beschaffungsmärkten strategisch ausgewählter Handelspartner wie der VR China, die weder Vertragspartei des plurilateralen Government Procurement Agreement (GPA)⁴⁶ sind, noch auf gleichwertige Marktzugangsvereinbarungen mit der EU auf bilateraler Ebene verweisen können, schneller, gezielter und umfassender zu reduzieren. Darüber hinaus eröffnet er indirekt die Perspektive, im Wege von Preisanpassungsmaßnahmen auch subventionierte oder anderweitig verzerrte Angebote von Drittlandsbietern, die EU-ansässige Bieter diskriminieren, nicht nur punktuell, sondern in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen zu kompensieren. Trotz der nunmehr erfolgten Abmilderung der Sanktionsinstrumente ist zu bedenken, dass binnenmarktinterne Kollateralschäden nicht zur Gänze ausgeschlossen werden können, da – anders als der Titel der Verordnungsvorschläge suggeriert – beispielsweise auch Waren und Dienstleistungen, die zu einem Anteil von bis zu 50 Prozent unionaler Herkunft sind, durch das IPI potenziell erfasst werden.⁴⁷ Je nachdem, wie streng und zahlreich die EU-Kommission das IPI im Falle von dessen Inkrafttreten anwendete, steht in symbolischer Hinsicht zu befürchten, dass die EU auf internationaler Ebene ihre Vorreiterrolle als Verfechterin offener Beschaffungsmärkte einbüßen könnte, was sich unter Umständen negativ auf Liberalisierungs- und Beitrittsverhandlungen im Rahmen des GPA auswirkte.⁴⁸

Jedenfalls fraglich erscheint der Mehrwert des jüngst – zusätzlich zu einem IPI – diskutierten Vorstoßes zur Verankerung der Einhaltung beihilfen- bzw. subventi-

43 Irrelevant blieb bisher der bereits bestehende Art. 85 Abs. 2 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 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 (Sektoren-RL), ABl. L 94 v. 28.03.2014, S. 243.

44 COM(2016) 34 final.

45 S. näher zu den im überarbeiteten IPI-Vorschlag gegenüber dem Vorschlag von 2012 erfolgten Modifikationen *Dawar*, JWT 2016, S. 845, 850 ff.

46 Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 336 v. 23.12.1994, S. 273 (engl. Fassung).

47 Dies kritisierte bereits früh *Schäfer*, VergabeR 2014, S. 266, 267.

48 Vgl. an dieser Vorreiterrolle generell zweifelnd *Melo Araujo*, S. 203 ff. m.w.N.

onsrechtlicher Disziplinen auf Ebene der Eignungskriterien.⁴⁹ Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines solchen fakultativen Ausschlussgrundes trüge exklusiv der Auftraggeber. Zugleich hätte seine Bejahung – legt man die geltende Anwendungspraxis zu wettbewerbsbeschränkenden Abreden (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB) zugrunde – über laufende Ermittlungen der EU-Kommission oder sonstige erhärtete Verdachtsmomente hinaus festgestellte Rechtsverstöße zur Voraussetzung.⁵⁰ Angesichts der nach wie vor hohen Anforderungen an einen Ausschluss ungewöhnlicher niedriger Angebote (vgl. nur Art. 69 der Vergabe-Richtlinie⁵¹ sowie Art. 84 der Sektoren-Richtlinie),⁵² die auch unter Geltung des IPI unverändert fortbestünden, gestaltet sich die international-beihilfenrechtliche Relevanz der aktuell verfolgten vergaberechtlichen Reformpläne daher insgesamt überschaubar.

E. Beihilfenrechtliche Selbstbindung der EU und ihrer Mitgliedstaaten

I. Territorialitäts- versus Marktortprinzip

Aufgrund der herausgearbeiteten Unsicherheit über Vorhandensein bzw. Ausmaß positiver beihilfenrechtlicher Begleiterscheinungen von Verschärfungen des Rechts des Handelsschutzes, der Investitionsüberprüfung sowie des öffentlichen Beschaffungswesens liegt es nahe, in Betracht zu ziehen, den Anwendungsbereich der EU-Beihilfenkontrolle auf Drittstaaten wie die VR China zu erweitern. Diese Überlegungen zielen darauf, aus der weltweiten Einzigartigkeit des EU-Beihilfenregimes resultierende *free rider*-Effekte zugunsten von Drittstaaten, welche entweder über keine oder lediglich weit weniger strikte inländische Subventionsdisziplinen verfügen, unilateral abzumildern oder zu eliminieren.

1. Territorialer Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts

De lege lata ist der räumliche Anwendungsbereich der Art. 107 bis 109 AEUV auf Mitgliedstaaten der EU im Sinne von Art. 52 Abs. 1 EUV beschränkt, das Beihilfenregime folgt damit – in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Art. 29 Abs. 1 WVRK – dem völkerrechtlichen Prinzip der Territorialität.⁵³ Dies begründet einen wesentlichen Unterschied zur Situation in den anderen EU-Wettbewerbsdisziplinen des Kartell-, Marktbeherrschungs- und Fusionskontrollrechts, in dem die EU-Kom-

49 Anders wohl *Kaiser*, Die externe Wettbewerbsdimension – EU-Beihilfenrecht und Handelspolitik, Vortrag vor dem Berliner Gesprächskreis zum Europäischen Beihilfenrecht e.V. (v. 20.06.2018), abrufbar unter: <http://www.berliner-gespraechskreis.eu/mediathek/file/728/nyxy3QfbxrggSniR200ecfFmEEdCUeHyRbYim0gdIRo/veranstaltungen/veranstaltung-g-33/Beihilfenrecht%20und%20Handelspolitik%20Kaiser.pdf> (01.03.2020).

50 *Kaufmann*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), § 124, Rn. 61.

51 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 v. 28.03.2014, S. 64.

52 S.o. Fn. 43.

53 *Neumann*, S. 77.

mission über die *effects doctrine* zur quasi-extraterritorialen Anwendung gelangt.⁵⁴ Anders als etwa das Kartellverbot fordert das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV gleich einen doppelten EU-Bezug dergestalt, dass eine Beihilfe nicht lediglich eine (potenzielle) Beeinträchtigung des Handels zwischen EU-Mitgliedstaaten zur Folge haben, sondern zudem mitgliedstaatlich bzw. aus mitgliedstaatlichen Mitteln gewährt sein muss. Während ersteres Kriterium auch infolge drittstaatlicher Subventionen erfüllt sein kann, zieht das letztere der beihilfenrechtlichen Aufsichts- und damit zugleich Territorialgewalt der EU-Kommission klare Grenzen, an welchen es im Rahmen der Art. 101 f. AEUV bzw. der Fusionskontrollverordnung⁵⁵ mangelt.

2. Einführung eines EU-beihilfenrechtlichen Marktortprinzips

Aus diesem Grund begrüßte in der jüngeren Reformdiskussion unter anderem das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) den Vorschlag einer Übernahme des in Art. 3 Abs. 2 der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)⁵⁶ verankerten Marktortprinzips in das System der EU-Beihilfenaufsicht.⁵⁷ Hiernach findet die DS-GVO Anwendung auch auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von sich auf EU-Territorium befindlichen Personen durch einen nicht EU-ansässigen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, sofern die Datenverarbeitung in einem in lit. a oder b näher erläuterten Kontext erfolgt. Zwar bleibt abzuwarten, ob und inwieweit sich das EU-datenschutzrechtliche Marktortprinzip international überhaupt durchsetzen wird, da gegen dieses auch nach der nunmehr erfolgten Kodifizierung völker- und unionsrechtliche Kritik fortbesteht, die hierin eine unzulässige Intervention in den unantastbaren *domaine réservé* von Drittstaaten erkennt.⁵⁸ Sie kann aber dadurch entkräftet werden, dass jegliche beihilfenrechtliche „Analogie“ sich mutmaßlich am Vorbild des EU-Kartellrechts orientierte, das heißt an wettbewerblich relevante Wirkungen drittstaatlicher Beihilfenvergaben innerhalb des EU-Binnenmarktes anknüpfte, sodass sich eine genuine Verbindung zum Anwendungsbereich der Europäischen Verträge ungleich leichter konstruieren ließe als im Bereich des Datenschutzes. Ebenfalls überwindbar erscheint der Einwand, dass die in Art. 107 Abs. 1 AEUV getroffene Formulierung eine beihilfenprimärrechtliche Grundentscheidung für das Territorialitätsprinzip begründe, die aus normhierarchischen Gründen nicht einfach im Wege des EU-Sekundärrechts unterlaufen werden dürfe. Die Art. 107 ff. AEUV befinden sich im Dritten Teil des AEUV (Art. 26-197) über die

54 S. hierzu näher *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz, Vorb. zu Art. 101 ff. AEUV, Rn. 21 ff.

55 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 v. 29.01.2004, S. 1.

56 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 119 v. 04.05.2016, S. 1.

57 So zuletzt die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Oehme, Friedhoff, Frohnmaier*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD – Drucksache 19/8137 –, BT-Drs. 19/9182, Nr. 34 lit. e.

58 Vgl. hierzu überblicksartig *Brauneck*, EuZW 2019, S. 494, 500 m.w.N. zum Streitstand.

internen Politiken und Maßnahmen der EU, weshalb ihnen keine Wertung zur Zulässigkeit eines – etwa auf Art. 207 AEUV gestützten – sekundärrechtlichen Sonderregimes für Drittstaatssubventionen zu entnehmen ist.

Probleme bei der Umsetzung dieses Lösungsansatzes ergäben sich vielmehr daraus, dass das Beihilfenverfahrensrecht des Art. 108 AEUV (und der Beihilfenverfahrensverordnung – BV-VO)⁵⁹ nicht oder lediglich nach einer umfassenden Modifizierung sowie Entschärfung auf Drittstaaten erstreckbar wäre. Jedenfalls die Anwendung des Durchsetzungsinstruments der Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen (vgl. Art. 16 BV-VO) durch die EU-Kommission griffe zu tief in die Souveränität betroffener subventionsgewährender drittstaatlicher Körperschaften ein. Sofern zur Umgehung solcher Hürden erwogen wird, die Rechtsfolgenseite des EU-Beihilfenverbotes im Drittstaatenkontext strukturell zu verändern und Verstöße durch den Entzug oder die Erschwerung des Zugangs des (drittstaatlichen) Empfängerunternehmens zum EU-Binnenmarkt lediglich indirekt zu ahnden,⁶⁰ so ist zu bedenken, dass dies mit hoher Wahrscheinlichkeit mit welthandelsrechtlichen Implikationen einherginge, welche neue Rechtsunsicherheit schüfen.

II. Niedrigschwellige Zwischenstaatlichkeitsklausel

Zöge man aus der beihilfenrechtlichen *free rider*-Problematik dahingegen den umgekehrten Schluss und versuchte das Dilemma dadurch aufzulösen, die interne Beihilfenaufsicht über die EU-Mitgliedstaaten zu lockern, so ergäben sich ebenfalls bereits auf Ebene des Beihilfentatbestandes rechtliche Hindernisse. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob ein solch wörtliches Verständnis von Reziprozität bedeutete, auf Drittstaatssubventionen speziell mit sog. *matching aid* – oder allgemeiner – mit Ausfuhrbeihilfen zu antworten.

Die im Zuge der *State Aid Modernisation* – als jüngere der beiden beihilfenpolitischen Reformkampagnen nach der Jahrtausendwende – zu beobachtende Wiederentdeckung der Zwischenstaatlichkeitsklausel bezieht sich nämlich ausschließlich auf die großzügigere Handhabung von mitgliedstaatlichen Fördermaßnahmen mit rein lokalen Auswirkungen.⁶¹ Sie betrifft gerade nicht den entgegengesetzten Fall von Beihilfen, deren Empfänger ihre Produkte bzw. Dienstleistungen exklusiv auf Drittlandsmärkten anbieten, ohne wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt nachzugehen. Diesbezüglich besteht seit Jahrzehnten eine faktisch nicht widerlegbare Vermutung der potenziellen Beeinträchtigung des Handels auch zwischen den EU-Mitgliedstaa-

59 Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates v. 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU, ABl. L 248 v. 24.09.2015, S. 9.

60 S. in diese Richtung *Buendía Sierra*, EStAL 2019, S. 443, 445; *Frenz*, WRP 2017, Editorial (3).

61 *EU-Kommission*, Mitteilung – Modernisierung des EU-Beihilfenrechts, COM(2012) 209 final, Ziff. 6.3.

ten.⁶² In Fällen einer Unterstützung von Drittlandsaktivitäten EU-ansässiger Unternehmen verlangt der Gerichtshof (EuGH) von der EU-Kommission wegen der regelmäßig geringeren innerunionalen Auswirkungen zwar einen leicht erhöhten Begründungsaufwand für die Bejahung der Zwischenstaatlichkeitsklausel,⁶³ behält hiervon abgesehen aber seine restriktive Rechtsprechungslinie bei.

Das lässt sich zunächst dadurch rechtfertigen, dass die von derartigen mitgliedstaatlichen Beihilfen begünstigten Unternehmen nicht selten auch innerhalb des EU-Binnenmarktes tätig sind – bzw. jederzeit tätig werden könnten – und daher zumindest mittelbar in ihrer dortigen Wettbewerbsstellung gestärkt werden. Ferner konkurriert der Beihilfenempfänger außerhalb des EU-Territoriums nicht exklusiv mit Drittstaatsunternehmen, sondern infolge der zunehmenden Außenorientierung der Unionswirtschaft für gewöhnlich gleichermaßen mit weiteren EU-ansässigen Unternehmen, die bei der Durchdringung dieser Märkte womöglich allein auf sich selbst gestellt sind.⁶⁴ Schließlich ergibt sich im Hinblick auf die WTO-rechtlichen Grenzen eine „Jedesto-Formel“ dergestalt, dass je gewichtiger die Ausfuhr- oder Internationalisierungskomponente einer Beihilfe im Sinne einer Überwindung des internen Zwischenstaatlichkeitskriteriums ausfällt, desto gravierender sich die Gefahr einer Verletzung des Totalverbotes von Exportsubventionen in Art. 3.1 ÜSCM darstellt.

III. Primärrechtliche Schranken der Industriepolitik

Weitere beihilfenrechtliche Selbstbindungen beinhalten die Vorschriften in Art. 173 AEUV, obgleich dieser als der einzige Artikel des mit „Industrie“ überschriebenen Titels XVII im Dritten Teil des AEUV zunächst den Eindruck eines industriepolitischen Gegengewichts zu den in Art. 119 Abs. 1, 120 AEUV sowie in AEUV-Protokoll Nr. 27 verankerten Grundprinzipien der offenen Marktwirtschaft bzw. des unverfälschten Wettbewerbs erweckt.⁶⁵

Zutreffenderweise lösen Inhalt und Struktur des Art. 173 AEUV das Spannungsverhältnis zwischen Industrie- und Wettbewerbspolitik indes endgültig zugunsten Letzterer auf und begründen ein Primat des freien Wettbewerbs.⁶⁶ Zum einen stellt Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV die Verwirklichung der EU-Industriepolitik unter

62 *Núñez Müller*, in: MüKoBeihilfenR, Rn. 475. Eine Sonderbehandlung erfahren lediglich die verschiedenen Formen von Exportkreditversicherungen sowie -garantien, die allerdings auch im WTO-Subventionsrecht eng mit *soft law* der OECD verzahnten Spezialregelungen unterfallen (vgl. hierzu umfassend *Coppens*, WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures, S. 335 ff.).

63 Vgl. EuGH, Rs. C-494/06 P, *Kommission/Italien und Wam*, ECLI:EU:C:2009:272, Rn. 48 ff.

64 S. zu beiden Argumenten nur *Soltész*, in: MüKoBeihilfenR, Art. 107 AEUV, Rn. 645.

65 Vgl. ausführlicher zu dieser im jüngeren Schrifttum zunehmend an Gewicht gewinnenden Deutungsweise *Solka*, S. 234 ff.; sowie speziell im Kontext der Fusions- bzw. Beihilfenkontrolle *Braunbeck*, DÖV 2019, S. 801, 806 ff.; *Frenz*, EWS 2017, S. 194, 196 f.

66 S. stellvertretend für die herrschende Meinung *Lurger*, in: Streinz, Art. 173 AEUV, Rn. 11 m.w.N., die „einen Vorrang des Grundsatzes der offenen Marktwirtschaft und des freien Wettbewerbs und des Wettbewerbsrechts gegenüber der Industriepolitik“ feststellt.

den Generalvorbehalt der Aufrechterhaltung offener und wettbewerbsorientierter Märkte, zum anderen sind drei der vier dort aufgeführten Einzelziele (vgl. Spiegelstr. 2 bis 4) horizontaler, das heißt von wettbewerbsschonenderer sektorübergreifender Natur. Abschließend formuliert Art. 173 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV ein als sog. „Kompetenzsperre“⁶⁷ betiteltes Verbot von Wettbewerbsverzerrungen, das letztlich aber die Interpretation des gesamten Industrieartikels bestimmt.⁶⁸

Besagte Schranken engen auch und vor allem die industrie- und beihilfenpolitischen Handlungsspielräume der EU selbst ein und im Gegensatz zu den Art. 107 ff. AEUV nicht nur diejenigen der einzelnen Mitgliedstaaten. Dieser Aspekt ist vor allem von Bedeutung, wenn man in Anbetracht des Umstands, dass Unionsbeihilfen nicht dem Beihilfenkontrollverfahren nach Art. 108 AEUV unterstehen, in Erwägung zöge, Pläne zur Gegesubventionierung von Drittstaatssubventionen auf die EU-supranationale Ebene „hochzuziehen“. Im Rahmen von Art. 173 AEUV bietet sich als Rechtsgrundlage für die Gewährung von Unionsbeihilfen einzig Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 an. Danach können Transferleistungen zur Förderung von spezifischen Maßnahmen in den Mitgliedstaaten beschlossen werden, die – wie im Falle des Europäischen Fonds für strategische Investitionen geschehen⁶⁹ – im weitesten Sinne zur Erreichung der in Abs. 1 UAbs. 2 enumerierten Ziele beitragen. Darüber hinaus kommt den Schranken Ausstrahlungswirkung auf die federführend von der EU-Kommission zu verantwortende Auslegung und Anwendung der praxisrelevanteren Ermessenausnahmetatbestände in Art. 107 Abs. 3 AEUV zu (s. dazu sogleich IV.), welche neuerdings nicht selten als geeignete „Einfallstore“ für die industriepolitische Querschnittsklausel des Art. 173 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 AEUV angeführt werden.⁷⁰

IV. Begrenzte Reichweite der Ermessensausnahmen

Im Rahmen von Art. 107 Abs. 3 AEUV verfügt die EU-Kommission über äußerst weite Ermessens- bzw. Beurteilungsspielräume bei der Genehmigung von Beihilfen, welche sie seit Langem auch zur Fruchtbarmachung der Industrie- und Umwelt-Querschnittsklauseln, zur Umsetzung des Lissabon- bzw. *Europe 2020*-Ziels der Steigerung der globalen Wettbewerbsfähigkeit der EU oder für sonstige Belange allgemeiner politischer Natur einsetzt.⁷¹ Gleichwohl muss sie trotz der Interpretationsbedürftigkeit der Ausnahmetatbestände bei der Ausarbeitung der All-

67 Vgl. *Stumpf*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), Art. 173 AEUV, Rn. 29.

68 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 173 AEUV, Rn. 27f. und 33 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

69 Verordnung (EU) 2015/1017 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. Juni 2015 über den Europäischen Fonds für strategische Investitionen, die europäische Plattform für Investitionsberatung und das europäische Investitionsvorhabenportal sowie zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1291/2013 und (EU) Nr. 1316/2013 – der Europäische Fonds für strategische Investitionen, ABl. L 169 v. 01.07.2015, S. 1.

70 Vgl. exemplarisch *Frenz*, EWS 2017, S. 194 ff.

71 S. hierzu aus politikwissenschaftlicher Sicht *Blauberger*, S. 131: „Zwischenstufe [...] auf dem Weg zur positiven Integration.“

gemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)⁷² oder von *soft law* die sich aus den Vertragszielen, Art. 173 AEUV und der Regelungsmechanik des Art. 107 AEUV selbst folgenden normativen und programmatischen Vorgaben beachten. Sie gebieten die Beibehaltung des originären Regel-Ausnahme-Verhältnisses, über das nicht einfach hinweggegangen werden kann.⁷³ Veranschaulichen lässt sich dies anhand einer Auslotung der Grenzen der *prima facie* einer industriepolitischen Instrumentalisierung offenstehenden Formulierungen in lit. c sowie b (Alt. 1) von Art. 107 Abs. 3 AEUV.

1. Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete

a. Grundsatz der intersektoralen Neutralität

Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV stellt den am häufigsten herangezogenen und zugleich auch einen der unbestimmtesten Rechtfertigungstatbestände des Beihilfenprimärrechts dar.⁷⁴ Umfasst sind neben sektoralen („Wirtschaftszweige“) und regionalen („Wirtschaftsgebiete“) – im Sinne einer Art Auffangtatbestand – auch horizontale Beihilfenmaßnahmen. Aus dem abschließenden Verweis auf das „gemeinsame Interesse“ ergibt sich, dass die Beurteilung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem EU-Binnenmarkt unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die EU als Ganze zu erfolgen hat, wobei die EU-Kommission nicht nur ihre Neutralität im mitgliedstaatlichen Systemwettbewerb wahren muss, sondern darüber hinaus zusätzlich einer Verpflichtung zur intersektoralen Neutralität unterliegt.⁷⁵

Letztere hat die EU-Kommission sich einerseits selbst auferlegt,⁷⁶ andererseits ist sie auch im industriepolitischen Zielkatalog des Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV angelegt, der sich sektoralen Wertungen weitestgehend enthält und die Vornahme horizontaler Maßnahmen als das Mittel der Wahl nahelegt (s. oben *III.*). Mit Ausnahme der bereits primärrechtlich vorgesehenen Sonderregime für die Bereiche Landwirtschaft und Verkehr steht die Praxis der EU-Beihilfenaufsicht seit Ende der 1990er-Jahre exemplarisch für die sukzessive Abkehr von der sektoralen Subventionswirtschaft. Das im Rahmen der letzten beiden Modernisierungsagenden forcierte Unterfangen der Generaldirektion (GD) Wettbewerb, das EU-Beihilfenrecht möglichst einheitlich auf alle Branchen der Unionswirtschaft anzuwenden, ging mit einem exponentiellen Bedeutungszuwachs horizontaler Beihilfen einher. Konkret äußert sich dies in einem spürbaren Anstieg an Genehmigungen bzw. – in quantitativer Hin-

72 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission v. 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 v. 26.06.2014, S. 1.

73 Nowak, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Art. 107 AEUV, Rn. 5 f., 55 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung.

74 Vgl. Kreuschitz, in: MüKoBeihilfenR, Art. 107 AEUV, Rn. 871 f.

75 S. hierzu Cremer, in: Calliess/Ruffert, Art. 107 AEUV, Rn. 60 f.

76 S. etwa Erwägungsgrund Nr. 32 der AGVO; Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020, Rn. 10.

sicht noch gewichtiger – *per se*-Freistellungen der durch die AGVO unter bestimmten Voraussetzungen als wohlfahrtsökonomisch effizient eingestuften mitgliedstaatlichen Förderung von mittelständischen Unternehmen (sog. „kleinere und mittlere Unternehmen“ – KMU), Forschung, Entwicklung und Innovation oder des Umweltschutzes.⁷⁷

b. Präventive (Gegen-)Subventionierungen

Im Kontrast hierzu steht ein im Schrifttum geäußelter Vorschlag, durch die extensive Auslegung von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV Gegensubventionierungen im Sinne einer *präventiven* Neutralisierung zuzulassen, um etwa infolge chinesischer Marktinterventionen eingetretenen Wettbewerbsnachteilen zulasten europäischer Unternehmen vorzubeugen, bevor diese dazu führen können, dass – gemessen an den heute geltenden Kriterien – in den EU-Mitgliedstaaten tatsächlich ein sektoraler oder regionaler Förderbedarf eintritt.⁷⁸ Ungeachtet der unklaren dogmatischen Herleitung einer derart begründeten Rechtfertigungsfähigkeit gestaltet sich dieser Vorstoß indes weder praktisch handhabbar noch findet er Rückhalt in der geltenden Beihilfenrechtslage oder in der EuGH-Rechtsprechung.

Zunächst ist *ex ante* schwerlich prognostizierbar, ob und bejahendenfalls, in welchem Volumen und in welchen EU-Mitgliedstaaten bestimmte Branchen staatlicher Unterstützung in Gestalt von Beihilfen bedürfen, um noch in der Zukunft liegende Auswirkungen drittstaatlicher Subventionspraktiken auszugleichen. Die mit einem solchen Ansatz verbundenen Schwierigkeiten lassen sich bereits an der Komplexität der lediglich *ex post* einsetzenden antisubventionsrechtlichen Verhängung von Ausgleichszöllen belegen, deren latente Fehleranfälligkeit nicht selten Anlass zu rechtlicher und ökonomischer Kritik gibt. Hiermit korrespondiert die Einschätzung des EuGH, dass im Falle von auf Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV gestützten Beihilfengenehmigungen stets die Mindestvoraussetzung eines bereits nachweisbaren allgemeinen wirtschaftlichen Förderbedarfs zu bejahen sein muss.⁷⁹ Auch die die Tatbestandsalternativen präzisierenden Sekundärrechts- und *soft law*-Akte zielen nicht auf die Verhinderung, sondern eine durch Beihilfen begleitete Erleichterung bzw. Abfederung von Strukturwandelszenarien.⁸⁰ Dies gilt einmal mehr, wenn durch drittstaatliche Subventionen ein sich unabhängig von diesen abzeichnender binnenmarktinterner

77 Vgl. übereinstimmend *Bär-Bouyssi re*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, Art. 107 AEUV, Rn. 2. Das *State Aid Scoreboard 2018* belegt, dass im Jahre 2017 94 Prozent aller mitgliedstaatlichen Beihilfen zur Erreichung horizontaler Ziele eingesetzt wurden.

78 So dezidiert *Frenz*, EWS 2017, S. 194 ff.

79 EuGH, Rs. C-730/79, *Philip Morris/Kommission*, ECLI:EU:C:1980:209, Rn. 26 (zur Notwendigkeit des Nachweises, dass Marktkräfte nicht auch allein und ohne staatliche Beihilfen die ausreichende Weiterentwicklung eines bestimmten Sektors garantierten); sowie EuGH, Rs. C-248/84, *Deutschland/Kommission*, ECLI:EU:C:1987:437, Rn. 19 (zum Referenzrahmen bezuglich sog. „C-Fördergebiete“).

80 Hierfür steht exemplarisch, dass die AGVO-Regionalbeihilfenregelungen auf die gefährdeten Sektoren der Stahl-, Steinkohle-, Schiffbau- und Kunstfaserindustrie bereits *a limine* nicht anwendbar sind (Art. 13 lit. a AGVO).

Strukturwandel lediglich beschleunigt wird, eine kostenintensive und wohlfahrts-ökonomisch ineffiziente Kompensation sich folglich auf die Erhaltung eines ohnehin nicht mehr wettbewerbsfähigen (Teil-)Sektors richtete. Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass derartige präventive (Gegen-)Subventionierungen unweigerlich die Gefahr in sich trügen, dass sie entgegen den wettbewerblichen Grundwertungen der EU-Wirtschaftsverfassung in Richtung eines primärrechtlich unzulässigen industriepolitischen Dirigismus kippten.⁸¹

c. Abstrakt-generelle Entsprechungsklausel

Virulenter ist der Alternativvorschlag einer abstrakt-generellen und reaktiven sog. „Entsprechungsklausel“ (engl.: *matching clause*). Deren bereichsübergreifender Einsatz beschränkte sich auf den Ausgleich bereits konkretisierter Benachteiligungen deutscher und europäischer Unternehmen gegenüber drittstaatlichen Konkurrenten und zielte dementsprechend auf eine „Wiederherstellung von Vergleichbarkeit im [globalen] Wettbewerb“.⁸²

Die bestehende, in den letzten beiden Jahrzehnten mehrfach modifizierte, bereichsspezifische *matching clause* im Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (FEuI-Rahmen)⁸³ legt jedoch offen, dass die isolierte Implementierung eines solchen Fremdkörpers in das überkommene System der Beihilfenaufsicht zu Anwendungsdefiziten führen kann. Die Klausel ermöglicht eine Überschreitung der im FEuI-Rahmen vorgesehenen Förderhöchstgrenzen, sofern Drittstaaten vergleichbare Vorhaben von Wettbewerbern in noch weitreichenderem Umfang subventionieren. Soweit ersichtlich ist sie bisher noch niemals aktiviert worden, da die Beweisprobleme ohne eine signifikante Verbesserung der weltweiten Subventionstransparenz im Rahmen des ÜSCM-Notifikationsmechanismus trotz der insoweit laxen Anforderungen des FEuI-Rahmens, der auch eine auf Indizien gestützte Entscheidung gestattet, nicht oder nur mit erheblichem Mehraufwand zu bewältigen sind. Der Praxisrelevanz des Instruments abträglich sind ferner die seit jeher relativ hohen genehmigungsfähigen Beihilfenintensitäten im Bereich FEuI, die es für den beihilfengewährenden Mitgliedstaat und die Empfängerunternehmen regelmäßig attraktiver erscheinen lassen, die EU-Kommission von der Notwendigkeit einer umfassenden Förderung des eigenen Projektes zu überzeugen, statt unter Anklage eines Drittstaates die in den dortigen Märkten verfolgten wirtschaftlichen Interessen durch möglicherweise drohende handelspolitische Repressalien zu gefährden.⁸⁴

Die Schwierigkeiten bei der Umsetzung der FEuI-*matching clause* ergeben sich nicht ausschließlich bei Beihilfengenehmigungen auf diesem Feld, sondern stehen gleichsam symptomatisch für das Dilemma, das die Einführung einer abstrakt-gene-

81 S. zur Reichweite dieses Verbotes *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert Art. 173 AEUV, Rn. 31.

82 *BMWi*, Nationale Industriestrategie 2030 (in der Ausgangsfassung v. 05.02.2019), S. 14.

83 *EU-Kommission*, Mitteilung – Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl. C 198 v. 27.06.2014, S. 1, Rn. 92.

84 So der Erklärungsversuch von *v. Wendland*, EStAL 2015, S. 25, 39 f.

rellen Entsprechungsklausel mutmaßlich zum Ergebnis hätte. Denn während die EU-Kommission bezüglich horizontaler Beihilfen bereits nach heutiger Praxis über breitere Handlungsspielräume verfügt, unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des konkreten Einzelfalles Beihilfen zu autorisieren, welche die in der AGVO vorgesehenen Beihilfenintensitäten übersteigen, erscheint der Rekurs auf eine *matching clause* im Falle sektoraler und regionaler Beihilfen wegen der unübersehbaren Rückwirkungen auf den EU-Binnenmarkt (s. unten *F.*) aus gesamtunionaler Sicht unter Umständen überhaupt nicht erstrebenswert.

2. Wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse

a. Konkretisierungsbedürftigkeit der Tatbestandsalternative

Im Hinblick auf die Auslegung von Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV bestehen auch aufgrund des insoweit wenig umfangreichen Rechtsprechungskorpus nur vage Vorgaben. Die bisherigen interpretatorischen Annäherungen des EuGH erfolgten in erster Linie negativ, indem er etwa den durch eine Beihilfe intendierten Technologieschub auf einem Überschussmarkt⁸⁵ oder positive Reflexwirkungen einer mit staatlichen Mitteln geförderten Privatisierung in einem einzelnen EU-Mitgliedstaat⁸⁶ für nicht ausreichend erachtete, um die Tatbestandsalternative heranzuziehen. In der Folge bleibt es weit überwiegend der EU-Kommission überlassen, deren materiellen Gehalt mithilfe von *soft law* auszudeuten. Ziff. 3.2.1 (= Rn. 14) der *Important Project of Common European Interest*-Mitteilung (IPCEI-Mitteilung) aus dem Jahre 2014 umreißt die Anforderungen an ein IPCEI wie folgt:

Das Vorhaben muss in konkreter, klarer und erkennbarer Weise zu einem oder mehreren Zielen der Union beitragen und signifikante Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der EU, auf das nachhaltige Wachstum, die Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen oder die Wertschöpfung in der gesamten Union haben.⁸⁷

Die prominente Nennung der Wettbewerbsfähigkeit suggeriert, dass die EU-Kommission den industriepolitischen Wirkungsgrad eines IPCEI als Primärfaktor für die Beurteilung von dessen Genehmigungsfähigkeit erachtet. Führt man sich zusätzlich vor Augen, dass auch die IPCEI-Mitteilung eine *matching clause* vorsieht, liegt es – wie von den Wirtschaftsministern Frankreichs und Deutschlands in ihrem gemeinsamen „Manifest“ zuletzt unterstellt⁸⁸ – in der Tat zunächst nahe, die Ermessensausnahme in ihrer dortigen Ausprägung als Ausgangspunkt für die Neutralisierung von

85 EuGH verb. Rs. C-62 und 72/87, *Exécutif régional wallon/Kommission*, ECLI:EU:C:1988:132, Rn. 25.

86 EuGH, C-66/02, *Italien/Kommission*, ECLI:EU:C:2005:768, Rn. 135 ff.

87 *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 v. 20.06.2014, S. 4.

88 *BMW/MEF*, A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century, Ziff. 2.

als unfair empfundenen drittstaatlichen Wettbewerbsverfälschungen anzusehen. Allerdings sind zugleich die von der EU-Kommission in die IPCEI-Mitteilung aufgenommenen relativierenden Klarstellungen zu beachten, wonach die Autorisierung eines Vorhabens in diesem Sinne in der Regel die Beteiligung von mehr als einem EU-Mitgliedstaat verlangt und sein ökonomischer bzw. gesellschaftlicher Mehrwert sich weder in sachlicher noch in territorialer Hinsicht auf die einzelnen Beihilfenempfänger oder begünstigten Wirtschaftszweige beschränken darf.⁸⁹

Dies spiegelt sich sowohl in der Anwendungspraxis von Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV vor Verabschiedung der IPCEI-Mitteilung wider, die überwiegend Beihilfen für grenzüberschreitende Verkehrsprojekte, die Flugzeugindustrie (Stichwort: *Airbus*), den Umweltschutz (inklusive Energieeffizienzmaßnahmen) und trans-europäische Forschungs- sowie Entwicklungsprojekte betraf,⁹⁰ als auch und vor allem in der nunmehr in zwei Fällen erfolgreichen Aktivierung der IPCEI-Mitteilung von 2014 außerhalb des Infrastruktursektors. Letztere beiden umfassen zum einen ein von vier Mitgliedstaaten initiiertes FEUI-Projekt im Bereich der Mikroelektronik mit 27 direkten Teilnehmern und einem Gesamtvolumen von 1,75 Mrd. Euro,⁹¹ zum anderen ein weiteres – von sieben Mitgliedstaaten beantragtes – FEUI-Vorhaben zu allen Segmenten der Batterie-Wertschöpfungskette mit 17 direkten (sowie 70 externen) Teilnehmern und einem Gesamtvolumen von 3,20 Mrd. Euro.⁹²

b. Bestimmung des gemeinsamen europäischen Interesses

Die zentrale Herausforderung bei der EU-beihilfenrechtlichen Bewertung eines IPCEI liegt in der *in concreto*-Bestimmung des „gemeinsamen europäischen Interesses“ im Sinne von Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV, das jedenfalls über einen leicht zu konstruierenden Beitrag zu den – höchst abstrakten – Zielen der EU gemäß Art. 3 EUV hinausgehen muss. Die Begriffe „Unionsinteresse“ wie auch „gemeinsames Interesse“ finden zwar in zahlreichen unterschiedlichen Artikeln der Europäischen Verträge Erwähnung, jedoch werden sie an keiner Stelle näher eingegrenzt, umschrieben oder gar abschließend bestimmt.⁹³ Anders als im Falle von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV (s. oben 1.) steht im IPCEI-Kontext nicht dessen Funktion als eine sog. „Schranken-schranke“, sondern als gewichtigeres konstitutives Tatbestandsmerkmal im Vordergrund. Während spätestens seit der Konsolidierung des sog. *balancing test* jedwede mitgliedstaatliche Beihilfe einem klar definierten Ziel von gemeinsamem Interesse zu dienen hat,⁹⁴ ist die zusätzliche materielle Dimension nach Ziff. 3.3 der IPCEI-Mit-

89 Umschrieben werden diese immer noch als in hohem Maße abstrakt zu bezeichnenden sog. „allgemeinen kumulativen Kriterien“ in den Rn. 15 ff. der IPCEI-Mitteilung.

90 S. knapp auch *Kübling/Rüchardt*, in: Streinz, Art. 107 AEUV, Rn. 133 m.w.N.

91 KomBeschl. v. 13.12.2018, Beihilfen SA. 46578, SA. 46705, SA. 46595, SA. 46590, Important Project of Common European Interest (IPCEI) Microelectronics, C(2018)8864 final.

92 KomBeschl. v. 09.12.2019, Beihilfen SA. 54793, SA. 54801, SA. 54794, SA.54806, SA.54808, SA.54796 SA.54809 (Begründung des Beschlusses bislang noch nicht publiziert).

93 S. für den Versuch einer Annäherung *Tauschinsky/Weiß*, EuR 2018, S. 3, 6 f.

94 *EU-Kommission*, Aktionsplan staatliche Beihilfen, KOM(2005) 107 endgültig, Ziff. 10.

teilung vorliegend darin zu erkennen, dass ein notifiziertes Vorhaben sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht „bedeutend“ sein muss. Konkret meint dies, dass ein IPCEI unter Zugrundelegung eines Optimalszenarios interessierten Unternehmen aus allen 27 Mitgliedstaaten der EU offensteht und dessen Umfang oder Risiko die Ressourcen des einzelnen Mitgliedstaates von vornherein übersteigt.

Überdies weist die IPCEI-Mitteilung eine zutiefst supranationale Prägung auf, die sich beispielsweise in dem Umstand äußert, dass die EU-Kommission ein unter Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV angemeldetes Vorhaben gemäß deren Ziff. 3.2.2 positiver beurteilt, wenn sie selbst oder die Europäische Investitionsbank an der Ausgestaltung (lit. b), Auswahl (lit. c) oder in der Governance-Struktur des Vorhabens beteiligt sein sollen oder dieses zugleich die Anforderungen an die Kofinanzierung aus einem EU-Fonds erfüllt (lit. f). Dies kontrastiert mit dem Umstand, dass die Beihilfen- bzw. Subventionspolitik als Teil der allgemeinen Fiskalpolitik nach wie vor im nationalen Zuständigkeitskreis liegt und löst zusätzlich vertikalen Koordinierungsbedarf aus, nachdem die gemeinsame Notifizierung des IPCEI durch mehrere Mitgliedstaaten bereits deren vorgelagerte horizontale – das heißt intergouvernementale – Einigung voraussetzt. Letzterer Prozess weist zumindest faktische Parallelen zur Beschlussfindung im Rahmen von Art. 108 Abs. 2 UAbs. 3 AEUV auf. Für eine Aktivierung der beihilfenrechtlichen Residualkompetenz des Rates hat sich dieser nämlich einstimmig auf das Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ zu einigen. Zwar hat das „gemeinsame europäische Interesse“ im Sinne von Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV nicht notwendigerweise bei allen EU-Mitgliedstaaten in gleicher Weise vorzuliegen, nichtsdestoweniger kann dieses bei strenger Auslegung nicht mehr bejaht werden, wenn die berechtigten Interessen auch nur eines Mitgliedstaates übergangen werden.⁹⁵

Die sich hieraus (potenziell) ergebenden Gemengelagen lassen es unter Berücksichtigung der lediglich schwach entwickelten EU-Zuständigkeiten im Bereich der Industriepolitik (vgl. Art. 6 lit. f AEUV) unwahrscheinlich erscheinen, dass die Zahl der Anwendungsfälle in näherer Zukunft signifikant steigen wird. Auch wird aus der zwischenzeitlich publizierten Begründung zum Vereinbarkeitsbeschluss betreffend das Mikroelektronik-IPCEI deutlich, dass die EU-Kommission nicht substantiiert vorgetragene Behauptungen zu angeblich vorliegenden Drittstaatssubventionen, die die designierten Empfängerunternehmen zur Verlagerung ihrer Produktionsstätten oder zur Durchführung des Vorhabens außerhalb des EU-Territoriums bewegen könnten, bei ihrer Beurteilung außer Acht lässt.⁹⁶

95 S. zutreffend v. *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 107 AEUV, Rn. 160.

96 So auch die erste Einschätzung von *Nicolaidis*, An Important (and so far, Unique) Project of Common European Interest, in: StateAidHub.eu Blog v. 12.02.2020, abrufbar unter: <https://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9610> (15.03.2020).

F. Wahrung der binnenmarkt- sowie wettbewerbsrechtlichen Grenzen

Die Implementierung einer aktiveren Industriepolitik der EU und ihrer Mitgliedstaaten, welche sich stärker an drittstaatlichen Handelspraktiken orientierte und zum Erhalt bzw. Ausbau der internationalen Wettbewerbsfähigkeit EU-ansässiger Unternehmen durch eine Flexibilisierung der Beihilfenregelungen (bzw. -aufsichtspraxis) beizutragen versuchte, birgt das Risiko, interne Ziele von Primärrechtsrang – wie die Einheit des Binnenmarktes und die Errichtung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs – zu unterminieren. Letztlich ist es daher der kooperative Ansatz eines sog. „Rechtsexports“ eigener beihilfenrechtlicher Standards – über Memorandums of Understanding, (Freihandels-)Abkommen oder eine (derzeit unwahrscheinliche) Reform des Subventionsrechts der WTO –, welcher der Erreichung der dargelegten Ziele ebenso wie dem sich in Art. 3 Abs. 5 S. 1 EUV, Art. 205 AEUV in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1, 3 EUV sowie Art. 206 AEUV widerspiegelnden EU-Selbstverständnis als eine *normative power*⁹⁷ langfristig nachhaltiger dient.

1. Vermeidung von deep pocket distortions

Im Falle der Einführung einer abstrakt-generellen Entsprechungsklausel bzw. einer präventiven Gegesubventionierung von Drittstaatssubventionen oder der in der ursprünglichen Fassung der (Nationalen) Industriestrategie 2030 angedachten Schaffung „nationaler“ und „europäischer Champions“ im Wege von IPCEIs⁹⁸ besteht die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass es aufgrund von Subventionswetläufen mit Drittstaaten perspektivisch zu einer Überhitzung der öffentlichen Haushalte in den EU-Mitgliedstaaten käme. Dies gilt in besonderer Weise, sofern man unterstellt, dass deren Finanzierung exklusiv aus mitgliedstaatlichen Haushalten – ohne eine Kofinanzierung aus EU-Fonds – erfolgte und das Volumen sich nicht an abstrakten Prognosen und Schätzungen, sondern etwa am konkreten Vorbild der immensen chinesischen Subventionsbewilligungen ausrichtete. Abhängig von der Häufigkeit und Intensität der Inanspruchnahme entsprechender neu eingerichteter (Ausgleichs-)Mechanismen liefe dies zugleich der in Art. 127 Abs. 1 AEUV niedergelegten Verpflichtung zur Vermeidung übermäßiger öffentlicher Defizite zuwider.⁹⁹

Besagte budgetäre Problematik betrifft im Grundsatz zwar alle EU-Mitgliedstaaten, allerdings in divergierendem Ausmaß, da deren finanzielle Ressourcen jeweils stark variieren. Die Förderung der Kohäsion sowie der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten bildet gemäß Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 EUV einer der Grundvoraussetzungen der EU und findet mittelbar auch im Beihilfenprimärrecht Ausdruck, indem dieses mitgliedstaatliche Beihilfen zwar einerseits unter ein Präventivverbot stellt, andererseits aber in Art. 107 Abs. 3 lit. a und c (Alt. 2) AEUV Befreiungen für die Unterstüt-

97 Vgl. grundlegend zum Konzept der sog. *Normative Power Europe Manners*, JCMS 2002, S. 235 ff.

98 BMWi, Nationale Industriestrategie 2030 (Ausgangsfassung v. 05.02.2019), S. 12 ff.

99 Vgl. zur Ressourcenfrage nur Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 173 AEUV, Rn. 13.

zung wirtschaftsschwacher Gebiete etabliert. Diese Zielsetzung würde womöglich untergraben, wenn finanzkräftige Mitgliedstaaten von der Möglichkeit einer Gegensubventionierung umfassend Gebrauch machen könnten, während diese finanzschwächeren verwehrt bliebe.¹⁰⁰ Zudem ist zu beachten, dass die wettbewerbsrechtliche Entwicklung der EU-Beihilfenkontrolle und die damit verbundene, zunehmend effizienzorientierte, Genehmigungspraxis der EU-Kommission (s. dazu sogleich 2.), die auf die Behebung von Marktversagen zielt, klassische, das heißt kohäsionsbezogene Regionalbeihilfen bereits zurückgedrängt hat.¹⁰¹ Im Falle eines stärkeren Zuschnitts des einschlägigen *soft law* oder der AGVO auf drittstaatliche Subventionspraktiken würde sich dieser Effekt zulasten der von Regionalbeihilfen in besonderer Weise abhängigen Mitgliedstaaten (bzw. der sog. „A“- und „C“-Fördergebiete) mutmaßlich weiter multiplizieren.

Während Subventionswettläufe zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten sowie interventionistisch geprägten Drittstaaten wie der VR China im Falle der Einführung einer bereichsübergreifenden *matching clause* oder einer Schaffung staatlich geförderter „europäischer Champions“ unvermeidlich erscheinen, sind sie im innerunionalen Kontext zwar sehr wahrscheinlich, allerdings nicht zwingend. Die Realisierung dieser Gefahr hinge maßgeblich von der Ausgestaltung und Interpretation der Rolle der EU in einem derart neuakzentuierten System der Beihilfenaufsicht ab. Einerseits ist vorstellbar, dass sie als eine proaktive Geberin von Unionsbeihilfen aufträte, die insbesondere die Wahrung der Interessen der kleineren Mitgliedstaaten sicherstellt, andererseits kommt in Betracht, dass sie als reaktive Akteurin, diejenigen Mitgliedstaaten, welche aus budgetären Gründen von Gegesubventionierungen absehen müssen und deren Unternehmen dadurch Nachteile im globalen Wettbewerb erleiden, beispielsweise über eine extensive Auslegung des Europäischen Fonds für die Anpassung an die Globalisierung (EGF)¹⁰² *ex post* entschädigte.

2. Leitmaxime der ökonomischen Effizienz

Aus dem wettbewerbsrechtlichen Charakter der EU-Beihilfenaufsicht folgt im Grundsatz, dass Betriebsbeihilfen im Allgemeinen sowie Beihilfen auf Märkten mit Überkapazitäten und für Unternehmen in Schwierigkeiten (UiS) im Speziellen einer Rechtfertigung bereits von vornherein nicht zugänglich sein können.¹⁰³ Da sie gemeinhin als in besonderem Maße wettbewerbsschädlich angesehen werden und die

100 So konkret die Befürchtung von *Buendía Sierra*, EStAL 2019, S. 443, 444 f.

101 S. hierzu jeweils kritisch *Soltész*, EuZW 2014, S. 89, 94; EuZW 2005, S. 385.

102 Verordnung (EU) Nr. 1309/2013 des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 17. Dezember 2013 über den Europäischen Fonds für die Anpassung an die Globalisierung (2014-2020) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1927/2006, ABl. L 347 v. 20.12.2013, S. 85.

103 Vgl. EuGH, Rs. C-288/96, *Deutschland/Kommission*, ECLI:EU:C:2000:537, Rn. 90; EuGH, Rs. C-464/09 P, *Holland Malt/Kommission*, ECLI:EU:C:2010:733, Rn. 48; Erwägungsgrund Nr. 6 der UiS-Leitlinien (*EU-Kommission*, Mitteilung – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. C 249 v. 31.07.2014, S. 1).

EU-Kommission sowie der EuGH von Primärrechts wegen verpflichtet sind, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen, steht zu vermuten, dass sie die restriktive Handhabung dieser Beihilfenkonstellationen auch unter Geltung eines stärker auf handelspolitische Erwägungen ausgerichteten Auslegungsansatzes zu Art. 107 Abs. 3 lit. c Alt. 1 und 2 AEUV weiter beibehielten. Nach der bestehenden Genehmigungspraxis der EU-Kommission sind Betriebsbeihilfen nur noch für Energieeffizienzmaßnahmen zur Förderung erneuerbarer Energien, für Flughäfen und in den besonders wirtschaftsschwachen A-Förderregionen ausnahmsweise und unter äußerst strengen Auflagen denkbar.¹⁰⁴ Der sensible Stahlindustriesektor ist – auch infolge der EU- und weltweit bestehenden Überkapazitäten (s. oben *C.II.*) – sogar gänzlich vom Anwendungsbereich der Leitlinien für Uis (Uis-Leitlinien) ausgenommen.¹⁰⁵ Die Gewährung jeder anderen Art von Beihilfe zugunsten von Uis als den dort ausdrücklich aufgeführten ist *per se* verboten, sodass Uis auch nicht von der AGVO profitieren.¹⁰⁶

Die von der neuen Präsidentin der EU-Kommission *Ursula von der Leyen* in ihrem *mission letter* an die Kommissarin für Wettbewerb und Digitales *Margarethe Vestager* ausgegebene Devise, „to work with the Member States to make the most of Important Projects of Common European Interest“¹⁰⁷ im Sinne von Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV, stößt angesichts des durch die EU-Kommission in den vergangenen 15 Jahren etablierten effizienzorientierten Prüfmaßstabs selbst im Falle der künftigen Modifikation und Erweiterung der IPCEI-Mitteilung auf Grenzen der Fortbildung, bei deren Außerachtlassung diese einen systemischen Widerspruch zu ihrem „*more refined economic approach*“ riskierte. Dementsprechend bestätigen die ersten beiden industriepolitisch gelagerten Vereinbarkeitsbeschlüsse auf Grundlage der geltenden IPCEI-Mitteilung (s. oben *E.IV.2.*), dass nicht davon auszugehen ist, dass die EU-Kommission ihre Fokussierung auf die Behebung von Marktversagen aufzugeben bereit ist. Das Mikroelektronik- wie auch das Batterieforschung-IPCEI widmen sich sog. „Schlüsseltechnologien“, die die GD Wettbewerb zuletzt als Technologien, welche in mehreren Industriezweigen Anwendung finden und bei der Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen helfen können, definierte.¹⁰⁸ Nach der Strategie der EU-Kommission zählen hierzu ferner grundlagenforschungsnahe – und damit für Marktversagen anfällige – Felder wie Nanotechnologie, Photonik, Materialwissenschaften, industrielle Biotechnologie und fortschrittliche Fertigungstechnologien.¹⁰⁹ Zum Nachweis des Marktversagens haben die das IPCEI notifizierenden Mitgliedstaaten eine komplexe kontrafaktische Analyse durchzuführen (Rn. 28 ff. der IPCEI-Mitteilung), was wiederum indiziert, dass die EU-Kommission *de lege lata* der ökonomischen Analyse des Rechts den Vorzug vor rein strategisch-industriepolitischen

104 *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 107 AEUV, Rn. 78.

105 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 15 sowie Rn. 18 der Uis-Leitlinien.

106 Vgl. Art. 1 Abs. 4 lit. c AGVO.

107 *v. der Leyen*, President-elect's Mission Letter to Margrethe Vestager (v. 10.09.2019).

108 *EU-Kommission*, Pressemitteilung v. 18.12.2018 (IP/18/6862).

109 *EU-Kommission*, Mitteilung – Eine europäische Strategie für Schlüsseltechnologien: Eine Brücke zu Wachstum und Beschäftigung, COM(2012) 341 final.

Überlegungen einräumt. Dies gilt einmal mehr, wenn man zusätzlich berücksichtigt, dass sie – anders als im Falle von FEuI-Beihilfen normalerweise üblich – Selbstverpflichtungen der Träger des IPCEI-Vorhabens verlangt hat, um negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu minimieren.¹¹⁰

3. Vorzugswürdigkeit bi-, pluri- und multilateraler Regelungsansätze

Aus mittel- bis langfristiger Sicht ergibt sich die Vorteilhaftigkeit kooperativer Vorgehensweisen zur Verbesserung der Subventionsdisziplin der VR China nicht lediglich aus den geschilderten innerunionalen Kollateralwirkungen einer vorwiegend unilateralen Reaktion der EU auf drittstaatliche Subventionspraktiken. Vielmehr entsprechen sie zugleich den Werten und Zielen der Gemeinsamen Handelspolitik, welche seit jeher im Zeichen einer Konsolidierung der *rule of law* auch in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen steht. Konkret bedeutet dies, dass die EU es auf globaler Ebene prinzipiell vorzieht, denjenigen Grundsätzen und Zielen Geltung zu verleihen, die auch für die Statik des Unionsgebildes von weitreichender Bedeutung sind, anstatt sich an die niedrigeren rechtlichen oder faktischen Standards von Drittstaaten anzupassen. So veranlasste etwa der im Jahre 2017 ins Leben gerufene sog. *State Aid Dialogue* der GD Wettbewerb mit der chinesischen Wettbewerbsbehörde¹¹¹ die VR China bereits zur Etablierung eines in Teilen dem EU-Beihilfenrecht nachgebildeten *Fair Competition Review System*.¹¹² Außerdem halten die EU, Japan und die USA seit dem Jahr 2017 regelmäßig trilaterale Gesprächsrunden ab, die im Januar 2020 erstmals nach dem Scheitern der Doha-Verhandlungsrunde zu konkreten Vorschlägen für eine multilaterale Reform des WTO-Subventionsrechts führten, welche sich gezielt einer Schließung der von der VR China ausgenutzten Regelungslücken (s. oben B. II.) widmen.¹¹³

Wenngleich ohne chinesische Beteiligung, so könnten die auf US-amerikanisches Betreiben zurückgehenden¹¹⁴ SOE-Kapitel in den beiden *Mega Regionals Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP)* sowie der *NAFTA-Revision United States-Mexico-Canada Agreement*“ (USMCA) ein wichtiges Vorbildmodell zur Regulierung von SOEs darstellen, da sie sich nicht lediglich auf die Erhöhung der Transparenz in den Finanzbeziehungen von SOEs beschränken, sondern darüber hinaus eine rechtliche Definition des SOE-Begriffs beinhalten und

110 Vgl. hierzu KomBeschl. v. 13.12.2018, Beihilfen SA. 46578, SA. 46705, SA. 46595, SA. 46590, IPCEI Microelectronics, C(2018)8864 final, Rn. 85, 97 f., 131.

111 Memorandum of Understanding on a dialogue in the area of the State aid control regime and the Fair Competition Review System, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/mou_china_2019.pdf (15.03.2020).

112 Für einen Detailvergleich mit dem EU-Beihilfenregime vgl. *Lyu/Buts/Jegers*, EStAL 2019, S. 37 ff.

113 Vgl. Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union, Washington DC., 14. January 2020, S. 1 f.

114 Gleichwohl haben die USA sich im Jahre 2016 aus CPTPP (damals noch: TPP) zurückgezogen.

Sachverhalte erfassen, in denen SOEs als Subventionsgeber auftreten.¹¹⁵ Unabhängig davon, dass die EU mit der VR China mittelfristig aller Voraussicht nach kein Freihandelsabkommen abschließen wird, bleibt aus ihrer Sicht dennoch zu erwägen, sich die speziell SOEs betreffenden Subventionsregeln in CPTPP und USMCA bei der Vereinbarung von SOE- bzw. Subventionskapiteln in künftigen Abkommen mit außereuropäischen Partnern zum Vorbild zu nehmen. Ebenso wie das elf Staaten umfassende CPTPP würden diese die VR China unter Druck setzen, vergleichbare Subventionsdisziplinen auch im Rahmen der WTO zu akzeptieren. Ab einer kritischen Masse an WTO-Mitgliedern, die bereits als Vertragsparteien bi- und plurilateraler Abkommen an strengere sog. „WTO-plus“-Vereinbarungen gebunden sind, steigt die Wahrscheinlichkeit von deren Multilateralisierung, da all jene Staaten auf die Abstellung daraus resultierender *free rider*-Effekte zugunsten Pekings drängen werden.¹¹⁶

G. Zusammenfassung der Ergebnisse

Wettbewerbsverzerrende Subventionen der VR China betreffen innerhalb der EU primär den Bereich der (kritischen) Infrastrukturen, auf den Weltmärkten verschärfen sie nicht zuletzt Stahlüberkapazitäten, die den Kostendruck auf EU-ansässige Hersteller erhöhen. Dabei gestaltet sich nicht nur das Volumen chinesischer Subventionen, sondern vor allem deren regelmäßig unklare Herkunft und politisch-strategischer Charakter problematisch. *De lege lata* werden sie allenfalls vom EU-Vergaberecht und nationalen Investitionskontrollregimen erfasst, da das Beihilfenverbot den Einsatz *mitgliedstaatlicher* Mittel verlangt.

In jüngeren EU-Außenhandelsrechtsreformen kommt ein Reziprozitätsstreben zum Ausdruck, das auf einen „reziprokeren“ Zugang zu verschlossenen Märkten wie denjenigen der VR China (InvÜbVO, IPI) wie auch auf die Schaffung eines Gleichklangs mit der stärker um Fairnesserwägungen kreisenden Praxis wichtiger WTO-Mitglieder (AS-GVO) zielt. Allen gemeinsam sind im Grundsatz denkbare positive Reflexwirkungen auf die allgemeine Subventionsdisziplin der durch die spätere Anwendung der jeweiligen Rechtsakte direkt oder indirekt adressierten Drittstaaten. Sie tragen aber auch die Gefahr in sich, protektionistischen Tendenzen Vorschub zu leisten oder zumindest die aus unilateralen Handels- und Investitionsliberalisierungen resultierenden Wohlfahrtsgewinne zu schmälern, indem sie das Reziprozitätsprinzip überhöhen. Die Notwendigkeit einer Austarierung dieser Faktoren unter gleichzeitiger Berücksichtigung der binnenmarktinternen Auswirkungen sowie primärrechtlicher Grenzen führt dazu, dass die erwünschte handelspolitische Hebelwirkung als gering zu prognostizieren ist. AS-GVO, InvÜbVO und ein künftiges IPI spielen bei der Herstellung eines *Global Level Playing Field* daher eine sekundäre Rolle.

In Anlehnung an das Marktortprinzip der DS-GVO könnte eine Verringerung des beihilfenrechtlichen *free rider*-Problems (Territorialitätsprinzip, EU-industriepoliti-

115 S. hierzu allein die instruktive Analyse von *Willemyns*, JIEL 2016, S. 657 ff.

116 Vgl. zum Vorbildcharakter für künftige (WTO-)Übereinkünfte *Fleury/Marcoux*, JIEL 2016, S. 445 ff.

sche Schranken, Niedrigschwelligkeit der Zwischenstaatlichkeitsklausel) gegenüber Drittstaaten dadurch erreicht werden, den Anwendungsbereich der EU-Beihilfenaufsicht auf diese zu erweitern. Dies erforderte auf Rechtsfolgenseite massive Anpassungen, um die Völkerrechtskonformität eines solchen Instruments zu garantieren. Zögen die EU und ihre Mitgliedstaaten dagegen konträre Schlüsse und forcierten die Gegensubventionierung von Drittstaatssubventionen, so ergeben sich ungeachtet der ökonomischen Fragwürdigkeit einer Umsetzung dieses Ansatzes rechtliche Hindernisse aufgrund der durch die AGVO sowie *soft law* der GD Wettbewerb konsolidierten horizontalen Ausgestaltung der Ermessenausnahmen. Deren Reichweite ist aus binnenmarkt- (*deep pocket*-Problem) und wettbewerbsrechtlichen (Maxime der wohlfahrtsökonomischen Effizienz) Gründen nicht beliebig ausdehnbar. Jedenfalls perspektivisch vielversprechender erscheint aus diesen Gründen ein Export der eigenen hohen Kontroll- und Transparenzstandards in Drittstaaten – umfassend und im Sinne einer *first-best solution* durch eine Reform des ÜSCM, welche die VR China automatisch mitumfasste, oder sukzessive und partiell im Wege von Freihandelsabkommen.

BIBLIOGRAPHIE

- BÄR-BOUYSSIÈRE, BERTOLD, *Art. 107 AEUV*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 4. Aufl. 2019, S. 1501-1702
- BENITAH, MARC, *The WTO law of subsidies: a comprehensive approach*, Niederlande, 2019
- BLAUBERGER, MICHAEL, *Staatliche Beihilfen in Europa : Die Integration der Beihilfekontrolle in der EU und die Europäisierung der Beihilfepolitik in den neuen Mitgliedstaaten*, Wiesbaden, 2009
- BLOCKMANS, STEVEN; HU, WEINIAN, *Systemic rivalry and balancing interests: Chinese investment meets EU law on the Belt and Road*, CEPS Policy Insights, 2019, No. 4
- BRAUNECK, JENS, *Marktortprinzip der DSGVO: Weltgeltung für EU-Datenschutz?*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Vol. 30, No. 12, S. 494-501
- BRAUNECK, JENS, *Nationale Industriestrategie 2030 – Europäische Champions mit geltendem EU-Recht vereinbar?*, Die Öffentliche Verwaltung, 2019, No. 20, S. 801-810
- BUENDÍA SIERRA, JOSÉ LUIS, *A Brave New World in State Aid?*, *European State Aid Law Quarterly*, 2019, Vol. 18, Nr. 4, S. 443-446
- CAPOBIANCO, ANTONIO; CHRISTIANSEN, HANS, *Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options*, OECD Corporate Governance Working Papers, 2011, No. 1
- CARTLAND, MICHEL; DEPAYRE, GÉRARD; WOZNOWSKI, JAN, *Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement?*, *Journal of World Trade*, 2012, Vol. 46, No. 5, S. 979-1015

- COPPENS, DOMINIC, *WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures: Balancing Policy Space and Legal Constraints*, Cambridge, 2014
- CREMER, HANS-JOACHIM, *Art. 107*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar*, München, 5. Aufl. 2016
- DAWAR, KAMALA, *The 2016 European Union International Procurement Instrument's Amendments to the 2012 Buy European Proposal: A Retrospective Assessment of Its Prospects*, *Journal of World Trade*, 2016, Vol. 50, No. 5, S. 845-865
- DING, RU, *'Public Body' or Not: Chinese State-Owned Enterprise*, *Journal of World Trade*, 2014, Vol. 48, No. 1, S. 167-189
- DU, MING, *When China's National Champions Go Global: Nothing to Fear but Fear Itself?*, *Journal of World Trade*, 2014, Vol. 48, No. 6, S. 1127-1166
- FLEURY, JULIEN SYLVESTRE; MARCOUX, JEAN-MICHEL, *The US Shaping of State-Owned Enterprise Disciplines in the Trans-Pacific Partnership*, *Journal of International Economic Law*, 2016, Vol. 19, No. 2, S. 445-465
- FRENZ, WALTER, *Beihilfenverbot gegen Trump und May!*, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2017, No. 3, Editorial (3)
- FRENZ, WALTER, *Die Beihilfenkontrolle in der internationalen Wirtschaft*, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2017, No. 4, S. 194-198
- HARTGE, CATHLEEN HAMEL, *China's National Security Review: Motivations and the Implications for Investors*, *Stanford Journal of International Law*, 2013, Vol. 49, No. 1, S. 239-273
- HERRMANN, CHRISTOPH, *Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle*, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2019, Vol. 22, No. 3, S. 429-476
- HOOK, CHRISTOPHER, *Was lange währt wird endlich gut? Die neuen Änderungsverordnungen im Bereich der handelspolitischen Schutzinstrumente*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2019, Vol. 30, No. 5, S. 188-193
- HORLICK, GARY; CLARKE, PEGGY A., *Article Navigation, Rethinking Subsidy Disciplines for the Future: Policy Options for Reform*, *Journal of International Economic Law*, 2017, Vol. 20, No. 3, S. 673-703
- KAUFMANN, MARCEL, *GWB § 124*, in: Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht: GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOB/A, KonzVgV, UVgO, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht: Handkommentar*, Baden-Baden, 3. Aufl. 2019, S. 575-622
- KRENZLER, HORST GÜNTER; HERRMANN, CHRISTOPH; NIESTEDT, MARIAN, *EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht*, München, 15. EL Oktober 2019
- KREUSCHITZ, VIKTOR, *Art. 107 AEUV*, in: Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 5: *Beihilfenrecht: BeihilfenR*, München, 2. Aufl. 2018, S. 49-310

- KRUIS, TOBIAS, *Vorbemerkungen zu Art. 101 ff. AEUV*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, München, 3. Aufl. 2018
- KÜHNLING, JÜRGEN, *Art. 107 AEUV*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, München, 3. Aufl. 2018, S. 1328-1414
- LURGER, BRIGITTA, *Art. 173 AEUV*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, München, 3. Aufl. 2018
- LYU, SHUPING; BUTS, CAROLINE; JEGERS, MARC, *Comparing China's Fair Competition Review System to EU State Aid Control*, *European State Aid Law Quarterly*, 2019, Vol. 18, No. 1, S. 37-60
- MARTENS, MICHAEL, *Brücken, Häfen, Gleise – Freiheit?, Chinas Investitionen im Balkan*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 11.04.2019, abrufbar unter: www.faz.net/aktuell/politik/ausland/wie-china-seinen-einfluss-im-balkan-ausbaut-16136784.html?printPagedArticle=true#pageIndex_2 (01.03.2020)
- MELO ARAUJO, BILLY A., *The EU Deep Trade Agenda*, Oxford, 3. Aufl. 2016
- NEUMANN, FELIX, *Export des europäischen Beihilferechts: eine Analyse der Europäisierung des internationalen Subventionsrechts durch bilaterale Handelsabkommen*, Wiesbaden, 2019
- NICOLAIDES, PHEDON, *An Important (and so far, Unique) Project of Common European Interest*, 12.02.2020, abrufbar unter: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9610> (15.03.2020)
- NÚÑEZ-MÜLLER, MARCO, *Finanzielle Transfers und Transaktionen*, in: Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 5: Beihilfenrecht: BeihilfenR, München, 2. Aufl. 2018, S. 785-898
- SOLTÉSZ, ULRICH, *Art. 107 AEUV*, *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 5: Beihilfenrecht: BeihilfenR, München, 2. Aufl. 2018, S. 49-310
- PAUWELYN, JOOST, *Treaty interpretation or activism? Comment on the AB report on United States - ADs and CVDs on Certain Products from China*, *World Trade Review*, 2013, Vol. 12, No. 2, S. 235-241
- PECHSTEIN, MATTHIAS; NOWAK, CARSTEN; HÄDE, ULRICH (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV Teil: Band 3. AEUV: Artikel 101-215*, Tübingen, 2017
- RÜCHARDT, CORINNE, *Art. 107 AEUV*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, München, 3. Aufl. 2018

- RUFFERT, MATTHIAS, *Art. 173*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar*, München, 5. Aufl. 2016
- SCHILL, STEPHAN W., *The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2019, Vol. 46, No. 2, S. 105-128
- SCHUELKEN, TOBIAS, *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.*, *Europarecht*, 2018, No. 5, S. 577-592
- SOKOL, D. DANIEL, *Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, *Birmingham Young University Law Review*, 2009, Vol. 2009, No. 6, S. 1712-1812
- SOLKA, SVENJA, *Die Industriepolitik der Europäischen Union, Analyse ihres Verhältnisses zur europäischen Wettbewerbspolitik anhand der Regelung des Art. 173 Abs. 3 Uabs.2 AEUV*, Tübingen, 2015
- SOLTÉSZ, ULRICH, *Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahr 2013*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2014, Vol. 25, No. 3, S. 89-96
- SOLTÉSZ, ULRICH, *Von „guten“ und „schlechten“ Beihilfen*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, Vol. 16, No. 13, S. 385
- STUMPF, CORDULA, *Titel XVII Industrie*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 4. Aufl. 2019, S. 2347-2356
- SYKES, ALAN O., *Countervailing Duty Law: An Economic Perspective*, *Columbia Law Review*, 1989, Vol. 89, No. 2, S. 199-263
- TAUSCHINSKY, ELJALILL; WEISS, WOLFGANG, *Unionsinteresse und Bürgernähe in der Handelspolitik*, *Europarecht*, 2018, Vol. 53, No. 1, S. 3-32
- WALLENBERG, GABRIELA VON; SCHÜTTE, MICHAEL, *Titel VII Art. 107 Beihilfenverbot; Ausnahmen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar*, München, 68. EL Oktober 2019
- WENDLAND, BERNHARD VON, *New Rules for State Aid for Research, Development and Innovation 'Not a Revolution but a Silent Reform'*, *European State Aid Law Quarterly*, 2015, Vol. 14, No. 1, S. 25-50
- WILLEMYNS, INES, *Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are We Moving in the Right Direction?*, *Journal of International Economic Law*, 2016, Vol. 19, No. 3, S. 657-680
- WU, YINGYING, *Reforming WTO Rules on State-Owned Enterprises*, Singapore, 2019

