

# Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik

Till Müller-Ibold\*

## Inhalt

A. Überblick – Abstract	240
B. Der Hintergrund – aus dem Blickwinkel der eigenen Erfahrungen	240
C. Reaktionsmöglichkeiten im EU-Antidumping-und- Wettbewerbsrecht	244
I. Maßnahmen im Bereich des Antidumpingrechts	246
1. Berechnung der Dumpingspanne	246
2. Relevanz und Berechnung der Schädigungsspanne	247
3. Annahme von Verpflichtungen (undertakings)	248
4. Ex-officio Untersuchungen	249
5. WTO-Grenzen	249
6. Bewertung	251
II. Maßnahmen im Bereich des Wettbewerbsrechts	252
1. Die Grenzen des Wettbewerbsrechts	253
a. Internationale Zuständigkeit	253
b. Der Staat als handelnder Akteur	255
c. Ergebnis	257
2. Analyse der konkreten Vorschriften	257
a. Art. 101 AEUV	257
b. Art. 102 AEUV – Missbrauchsaufsicht	258
c. Art. 103 AEUV i.V.m. VO 139/2004 – Fusionskontrolle	260
i. Zusammenbetrachtung chinesischer State owned Enterprises	260
ii. Relevanz staatlich sanktionsierter Wettbewerbsvorteile in China	262
iii. Grenzen der Fusionskontrolle	262
3. Bewertung	263

\* Dr. Till Müller-Ibold war Partner und ist heute Senior Counsel der Rechtsanwaltskanzlei Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP in Brüssel. Er lehrt an der Universität Passau. Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser im Rahmen einer Anhörung der deutschen Monopolkommission am 13. Februar 2020 in Bonn gehalten hat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten, und der Text um einige Details und Anmerkungen ergänzt.

## A. Überblick – Abstract

Die chinesische Wirtschaft ist im Verlauf der letzten Jahrzehnte stark gewachsen, der Außenhandel hat Rekordwerte erreicht. Zum Erfolg der chinesischen Wirtschaft haben dabei verschiedene Mechanismen der staatlichen Einflussnahme beigetragen, zu denen eine gewisse Abschottung (oder zumindest Selektivität) gegenüber Waren, Dienstleistungen und Investitionen aus dem Ausland gehören. Auch innerhalb Chinas übt der Staat erheblichen Einfluss auf die Wirtschaft über verschiedene Planungs- und Lenkungsmechanismen aus, die teilweise verbindlichen, überwiegend aber „freiwilligen“ Charakter haben, wobei Anreize und Strukturen so gestaltet werden, dass die Unternehmen den Verhaltensanforderungen auch freiwillig gerecht werden.

Sowohl die Abschottungs- als auch die internen Lenkungsmechanismen behindern ausländische Wettbewerber und damit Unternehmen aus Deutschland und der EU. Im politischen Raum sind deshalb Forderungen erhoben worden, solche Auswirkungen zu bekämpfen. Gegenstand meines Beitrags ist die Frage, über welche Mechanismen aus dem Bereich des Antidumping- und Wettbewerbsrechts die Europäische Union verfügt, um die negativen Auswirkungen einer solchen Politik zu minimieren.

Ich komme zu dem Ergebnis, dass die negativen Auswirkungen sich wirksam nur durch ein Gesamtkonzept kompensieren lassen, in dessen Rahmen eine Vielzahl von Handlungsfeldern Berücksichtigung finden muss. Das Antidumping- und das Wettbewerbsrecht ermöglichen solche Reaktionen in Teilbereichen, ohne dabei den eigentlichen Kern des Problems, das staatliche Lenkungsverhalten der chinesischen Regierung, adressieren zu können. Beide Rechtsgebiete können aber die Auswirkungen eines solchen Verhaltens in der EU begrenzen.

## B. Der Hintergrund – aus dem Blickwinkel der eigenen Erfahrungen

Chinas Wirtschaftspolitik ist in den letzten Jahren nicht gradlinig verlaufen. Für viele Jahre, unter dem Einfluss der Gedanken von Deng Xiaoping, sah es so aus, als ob China sich von einer klassischen Planwirtschaft hin zu einem liberalen Wirtschaftssystem entwickeln wollte und dabei einen politisch schwierigen Spagat zwischen politischer Kontrolle durch die kommunistische Partei Chinas („KPC“) einerseits und wirtschaftlicher Freiheit des Individuums andererseits in Kauf nahm. Doch spätestens seit der Wahl von Xi Jinping zum Präsidenten werden die Unterschiede zu einem liberalen Wirtschaftssystem westlicher Prägung immer deutlicher und der Vorrang

der politischen Vorgaben der KPC vor den rein ökonomischen Kriterien wird zunehmend betont.<sup>1</sup>

Dass Chinas Wirtschaft nach wie vor von verschiedenen Strukturen der Planwirtschaft geprägt wird, zeigt allein die Existenz der Fünfjahrespläne, die nach wie vor ein zentrales Steuerungsinstrument sind.<sup>2</sup> Im Gegensatz zur klassischen Planwirtschaft in Osteuropa, ist private Initiative und Unternehmertum aber nicht verboten, sondern erwünscht. Deshalb sind solche Planungsinstrumente für staatsferne Unternehmen nicht unmittelbar rechtlich bindend. Die dennoch bestehende effektive Bindungswirkung beruht vielmehr auf den vielfältigen Einflussmöglichkeiten des Staates (und der KPC, die staatsähnlich handelt), deren unterschiedliche Erscheinungsformen nachfolgend kurz angerissen werden.

Die Fünfjahrespläne (neben dem „Hauptplan“ auf nationaler Ebene eine Vielzahl von Einzelplänen, auf sektoraler oder regionaler/lokaler Ebene)<sup>3</sup> bestimmen zusammen mit anderen politischen Vorgaben viele zentrale Rahmenbedingungen für Investitionen, und für die operative Gestaltung und die Kosten der Produktion. Das betrifft z.B. den Zugang zu Kapital und Krediten, Grundstücken, Humanressourcen, Rohstoffen etc. Letztlich bewirken diese Pläne (und andere politische Vorgaben) eine Beschränkung des Marktzugangs in China, während der Marktzugang für chinesische Unternehmen in Europa allgemein und der EU im Besonderen weitestgehend sichergestellt ist. Diese Asymmetrie im Marktzugang wird zunehmend als ein zentrales Problem wahrgenommen.

Das betrifft zum einen die Möglichkeit durch eigene Direktinvestitionen selbst am Produktionsprozess in China teilzuhaben. Indem „gesellschaftliche“ Ressourcen (Nutzungsrechte an Grundstücken, staatliches Kapital, aber auch Kredite) mindestens z.T. nach politischen Kriterien und vor dem Hintergrund der Fünfjahrespläne zur Verfügung gestellt werden, wird Marktzugang beschränkt. Teilweise sind die Kriterien nachvollziehbar (Schaffung von Anreizen zur Schaffung von Arbeitsplätzen), andere sind intransparent, unvorhersehbar oder diskriminierend.<sup>4</sup> Oft wird berichtet, nach meiner eigenen Beobachtung nicht ganz unbegründet, dass der Zugang zu sol-

1 Vergl. *Mair/Strack/Schaff*, Bundesverband der Deutschen Industrie, BDI Policy Paper China, Januar 2019, BDI Dokumentennummer D 1009, nachstehend das „BDI Policy Paper China“, S. 2 f.; sowie *Huotari/Kratz*, Beyond investment screening, Expanding Europe’s toolbox to address economic risks from Chinese state capitalism, Bertelsmann Stiftung, October 2019, (nachstehend: „Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening“), abrufbar unter: <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/unsere-projekte/deutschland-und-asien/projektnachrichten/beyond-investment-screening> (01.07.2020), S. 8 ff. unter Hinweis auf Asia Society and Rhodium Group, China Dashboard: Spring 2019 Update, report, Spring 2019, abrufbar unter: <https://chinashboard.asiasociety.org/china-dashboard/> (01.07.2020); *Lardy*.

2 Vergl. dazu den Vortrag von *Prof. Dr. Markus Taube* im Rahmen der Anhörung der Monopolkommission am 13. Februar 2020, Das Wirtschaftssystem Chinas und seine systemischen Herausforderungen für die EU, *passim*.

3 Auch dazu s. Vortrag *Taube*, (Fn. 2).

4 Vergl. etwa European Chamber of Commerce in China, European Business in China Position Paper 2018/2019, 2018, abrufbar unter: [https://static.europeanchamber.com.cn/upload/documents/documents/Executive\\_Position\\_Paper\\_2018\\_2019\[659\].pdf](https://static.europeanchamber.com.cn/upload/documents/documents/Executive_Position_Paper_2018_2019[659].pdf) (01.07.2020).

chen Ressourcen systematisch lokale Investoren begünstigt.<sup>5</sup> Außerdem sind für bestimmte Investitionsvorhaben ausländische Investitionen unzulässig oder nur als Joint-Ventures mit chinesischen Investoren möglich. Umgekehrt wird es chinesischen Unternehmen erleichtert (auch durch Zuwendung finanzieller Mittel), mit staatlicher Hilfe ausländische Unternehmen zu erwerben.<sup>6</sup>

Zweitens aber betreffen die Maßnahmen auch den Zugang für im Ausland hergestellte Waren und Dienstleistungen. Einfuhrbeschränkungen, die Sperrung des Zugangs zu bestimmten Angeboten (z.B. Nachrichten, audiovisuelle Dienstleistungen), Steuerung von Warenströmen durch Mehrwertsteuerregelungen, administrative Hindernisse, Produktanforderungen etc. beschränken den Marktzugang hinsichtlich der Einfuhr von Waren und Dienstleistungen.<sup>7</sup> Gleichzeitig greift der Staat auch gezielt in den Exporthandel ein. Das betrifft (in beschränktem Maße) mengenmäßige Beschränkungen, z.B. durch Ausfuhrverbote für bestimmte Roh- und Zwischenprodukte. Viel wichtiger sind Steuerungsinstrumente, die sich auf den Preis oder die Exportkosten auswirken. Dazu gehören z.B. Regelungen über die Mehrwertsteuer bei Exporten, bei denen die Abzugsfähigkeit von Vorsteuern für bestimmte Produkte danach verändert wird, ob die Ausfuhr politisch gewünscht oder gerade nicht gewünscht wird (Beispiel Fahrräder: günstige Regelung für die Ausfuhr von Fahrradtelen, nicht für ganze Fahrräder).

Drittens erfolgen staatliche Eingriffe auch in den chinesischen Markt (z.B. „Stabilisierung“ der Preise von Rohmaterialien wie Getreide durch staatliche Bevorratung: Abgabe großer Mengen oder Aufkauf bewirken erhebliche Preisschwankungen, nicht saisonal, sondern einer politischen Logik folgend).<sup>8</sup> Eingriffe ergeben sich auch aus staatlich kontrollierten Krediten, Energiepreisen, Transportinfrastruktur etc.<sup>9</sup>

- Die Europäische Kommission hat die verschiedenen Formen der Marktbeeinflussung in China zum Gegenstand eines sehr detaillierten Berichts gemacht, in dem eine Vielzahl von Marktverzerrungen in ihren verschiedenen Gestaltungsformen im Einzelnen dokumentiert sind.<sup>10</sup>
- Neben technischen Eingriffen manifestiert sich staatlicher Einfluss in China oft durch staatliche „Ratschläge“ (*guidance*), die den Unternehmen entweder direkt

5 Vergl. Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 9.

6 Vergl. Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 12; BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 14.

7 Vergl. etwa European Chamber of Commerce in China, European Business in China Position Paper 2018/2019, aaO. (Fn. 4); BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 3; sowie OECD (Ed.), OECD Services Trade Restrictiveness Index (STRI): The People's Republic of China, December 2018, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/trade/topics/services-trade/documents/oecd-stri-country-note-china.pdf> (01.07.2020).

8 Vergl. Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 12.

9 BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 3 f., sowie Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 10 ff.

10 European Commission, Commission Staff Working Document on Significant Distortions in the Economy of the People's Republic of China for the Purposes of Trade Defense Investigations – SWD(2017) 483 final/2, 2017, abrufbar unter: [http://trade.ec.europa.eu/docs/2017/december/tradoc\\_156474.pdf](http://trade.ec.europa.eu/docs/2017/december/tradoc_156474.pdf) (01.07.2020).

oder über die Parteisekretäre oder Wirtschaftsverbände erteilt werden.<sup>11</sup> Diese greifen oft in den Preisbildungsmechanismus ein, indem z.B. geraten wird, dass Preissenkungen für bestimmte Produkte nicht sinnvoll sind. Dies erreicht (jedenfalls in Einzelfällen, auch nach meiner eigenen Beobachtung) durchaus den Grad eines staatlichen organisierten Preiskartells, wie sich z.B. im U.S. -Wettbewerbsverfahren zum Vitamin-C - Kartell gezeigt hat.<sup>12</sup>

- Das Chinesische Finanzsystem basiert überwiegend auf staatlichen Banken und Akteuren, die nur teilweise marktorientiert und risikobasiert arbeiten<sup>13</sup> und die insbesondere Staatsunternehmen (State owned Enterprises („SoE“)) zu Bedingungen finanzieren, die weit besser sind als was der „Markt“ ohne staatlichen Eingriffe zuließe.<sup>14</sup> Es wird geschätzt, dass Zinssätze für solche Begünstigte in China um ca. 300 Basispunkte (= drei Prozentpunkte) unter denen liegen, die bei marktwirtschaftlichen Verhältnissen zu erwarten wären.<sup>15</sup>

Viertens fehlt es oft an Berechenbarkeit. Eine Vielzahl von Verwaltungsverfahren ist intransparent, die Ergebnisse sind vom Wohlverhalten der Beteiligten abhängig und werden als willkürlich empfunden, wobei sich auch die zugrundeliegenden Verwaltungsvorschriften kurzfristig und unvorhersehbar ändern.<sup>16</sup> Anforderungen an Umweltstandards sind variabel. Die Tendenz geht zwar zu höheren Anforderungen, aber es verbleiben erhebliche Umsetzungsunterschiede.

Auch außerhalb des Erlasses rechtlich verbindlicher Rahmenbedingungen setzt der Staat seine Pläne und politischen Präferenzen recht „robust“ durch. Folgen die verschiedenen Beteiligten den Wünschen und Vorgaben nicht, wird mit Druck und zum Teil mit Drohungen reagiert. So wird verschiedentlich berichtet, und auch diese Berichte decken sich mit eigenen Beobachtungen, dass Unternehmen aus Europa oder den USA, die in ihren Heimatländern die Einleitung von Antidumping- und Anti-

11 Vergl. Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 13.

12 Vergl. US Supreme Court, June 14, 2018, *Animal Science Products v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, 585 U. S. \_\_, 2018 WL 2973745 (2018), abrufbar unter: [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1220\\_3e04.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1220_3e04.pdf) (01.07.2020), sowie die Vorinstanz, Court of Appeals for the Second Circuit, *in re Vitamin C Antitrust Litigation*, 837 F. 3d 175, 189 (2016). Die Beklagten verteidigten sich gegen Kartellvorwürfe mit dem Hinweis, das chinesische Handelsministerium (MOFCOM) habe sie verpflichtet, die im Rahmen von Chinas *Chamber of Commerce of Medicines and Health Products* und dessen „Vitamin C Subcommittee“ festgelegten Exportpreise, -quoten und -bedingungen einzuhalten, und MOFCOM hatte dies den US Gerichten förmlich bestätigt. In seiner Entscheidung lehnte der Supreme Court (nur) eine Bindungswirkung solcher Erklärungen ab. Aber das Vorgehen von MOFCOM zeigt, wie selbstbewusst die chinesische Regierung sich gegenüber dem Vorwurf zeigt, Kartellverhalten zu orchestrieren. Vergl. dazu auch Cleary Gottlieb, Alert memo, Unanimous Supreme Court Rules Federal Courts Not Bound to Defer to Foreign Governments’ Statements, June 19, 2018, abrufbar unter: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2018/unanimous-supreme-court-rules-federal-courts-not-bound-to-defer-to-foreign-governments-statements.pdf> (01.07.2020).

13 Vergl. Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 10, unter Hinweis auf Wright/Rosen, S. 77-92; Lardy, S. 102.

14 Vergl. Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 11, unter Hinweis auf Molnar and Lu; Ferri/Liu, Asian Economic Papers, 2010/9(3), S. 50-71.

15 Berechnet auf der Basis von hypothetischen Kapitalkosten, vergl. Anderson/ Goldfeld.

16 BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 3.

subventionsverfahren beantragen, oder solche Verfahren unterstützen, mit erheblichen Nachteilen für ihre chinesischen Niederlassungen gedroht wird, teilweise auch von eher hochrangigen Vertretern des Handelsministeriums MOFCOM.

Dabei stehen die tatsächlichen Entwicklungen in einem gewissen Gegensatz zu Äußerungen der chinesischen Staatsführung, wonach Wettbewerbsverzerrungen unerwünscht sind und abgebaut werden sollten, unabhängig davon, ob sie durch Subventionen oder durch diskriminierende Vorteile für öffentliche Unternehmen (State owned Enterprises, „SoE“) bewirkt werden.<sup>17</sup>

Der Einfluss des chinesischen Staates auf die Wirtschaft hat die zu erwartenden Konsequenzen: Er führt zu einer Begünstigung chinesischer Unternehmen und zugleich zu suboptimaler (und teilweise irrationaler) Allokation von Ressourcen. Er hat zum Aufbau von Produktionskapazitäten geführt, die den (chinesischen und zum Teil weitweiten) Bedarf weit überschreiten. Die weltweiten Probleme der Stahlindustrie sind eine gut sichtbare Folge dieser Entwicklungen.

Auch sonst werden aber in einer Reihe von Fällen die Marktungleichgewichte exportiert. Erstens wird die überschüssige Produktion im Ausland abgesetzt. Dabei ist z.T. der Absatz im Inland zu kostendeckenden Preisen gesichert (gerade bei „erwünschten“ Industrien, begünstigt durch staatliche Regelungen hinsichtlich Energie, Rohstoffen etc.). Der Binnenabsatz deckt die Fixkosten, sodass Waren zu Preisen exportiert werden können, die nur die Grenzkosten oder die variablen Kosten decken müssen, weil zugleich der Reimport und der Import vergleichbarer Waren (und damit die Möglichkeit zur Arbitrage) begrenzt sind.<sup>18</sup>

Zweitens wird der staatliche Lenkungsanspruch ins Ausland transportiert. Die Steuerung gewünschten Verhaltens wirkt sich auf das Wettbewerbsverhalten chinesischer Unternehmen im Ausland aus, wobei die Entstehung staatlich verordneter Kartelle sicher eine Extremform solcher Phänomene darstellt.<sup>19</sup> Ein praktisch wichtiges Beispiel scheint in der Bereitschaft des chinesischen Staats zu liegen, für politisch erwünschte Technologien hohe (weit über „Markt-“) Preise zu zahlen und „seine“ Unternehmen dazu anzuhalten, sich durch Investitionen und Übernahmen in Drittstaaten Zugang zu solchen Technologien zu schaffen.<sup>20</sup>

### C. Reaktionsmöglichkeiten im EU-Antidumping- und Wettbewerbsrecht

Die staatlich bewirkten Verzerrungen chinesischen Ursprungs geraten zunehmend in den Fokus der politischen Entscheidungsträger. China wird als systemischer Rivale

17 Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 11 (m.w.N.).

18 BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 7.

19 Vergl. das Vitamin-C Kartell, oben, (Fn. 12).

20 Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 11 f. (m.w.N.), unter Hinweis auf *Laimutė Urbšienė et al.*, Comparison of Premiums of Chinese and European Companies in Merger and Acquisitions in Europe, in: *Organizations and Markets in Emerging Economies*, 2015/6(2) (12), S. 67-102, abrufbar unter: <http://www.om.evaf.vu.lt> (01.07.2020).

wahrgenommen<sup>21</sup> und die negativen Auswirkungen auf die Marktchancen europäischer Unternehmen in China aber auch und gerade in der Europäischen Union selbst als problematisch angesehen. Es wird die Frage gestellt mit welchen Mechanismen und Instrumenten die Nachteile bekämpft oder ausgeglichen werden können.

Gegenstand meines Beitrags sind Mechanismen aus dem Bereich des Antidumping- und Wettbewerbsrechts. Zu Mechanismen im Bereich staatliche Beihilfen und Anti-Subventionsrecht äußert sich Herr Prof. Dr. Marc Bungenberg,<sup>22</sup> sodass ich diesen Bereich weitgehend aus meinen Betrachtungen ausblenden kann. Außerdem werden Regelungen zum Thema Investitionskontrolle und der Konnex zur Fusionskontrolle von Herrn Prof. Dr. Christoph Herrmann erläutert.<sup>23</sup>

Es ist vermutlich kein Zufall, dass bei der Gestaltung der Veranstaltung Antidumping- und Wettbewerbsrecht zusammen betrachtet werden. Beide haben nämlich historisch in den Vereinigten Staaten sehr ähnliche Wurzeln. Die ersten Regeln dort, von vor mehr als 100 Jahren,<sup>24</sup> basierten auf der Absicht, Preisdiskriminierung in der Form des *predatory pricing* zu bekämpfen. Beide Regelungen sollten komplementär wirken: Die Wettbewerbsregeln sollten Verhalten in den USA erfassen, während die Antidumping Regeln aus dem Ausland gesteuerte Preisdiskriminierung bekämpfen sollten.<sup>25</sup> Die Sorge war, dass Dumping das Ergebnis von Marktverzerrungen war, die im Heimatmarkt des Ausführers ihre Ursache hatten, dort aber nicht sanktioniert würden. Antidumping-Verfahren sollten quasi als Ersatz für die fehlende Umsetzung von Wettbewerbsrecht im Ausfuhrland dienen.<sup>26</sup> Inzwischen wird der Sinn von Antidumpingmaßnahmen allerdings breiter gesehen: Solche Maßnahmen dienen auch dazu, zusätzlich, und mittelbar, die Marktabschottungen zu bekämpfen, ohne die eine Preisdiskriminierung nicht gut möglich ist.<sup>27</sup>

Da im vorliegenden Fall die Ursachen für die oben geschilderten Marktverzerrungen in China liegen, beginne ich mit dem Antidumpingrecht, das sich auch insofern von anderen Rechtsbereichen unterscheidet, als hier tatsächlich bereits Änderungen

21 So der von der Europäischen Kommission geprägte Begriff, vergl. European Commission and HR/VP contribution to the European Council "EU-China – A Strategic Outlook", 12 March 2019, JOIN(2019) 5 final, S. 1, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/communication-eu-china-a-strategic-outlook.pdf> (01.07.2020); siehe auch den Begriff „systemic competitor“ im Titel des BDI Policy Paper China, (Fn. 1).

22 Vergl. dazu den Vortrag von Prof. Dr. Marc Bungenberg im Rahmen der Anhörung der Monopolkommission am 13. Februar 2020: Reformen innerhalb des Beihilfen- bzw. Anti-Subventionsrechts der EU mit Blick auf China, *passim*, S. 267 ff., ZEuS 2/2020 (in diesem Heft); sowie Simon Guilliard, Herausforderung China – beihilfen-rechtliche Implikationen und Ansatzpunkte für legislative Konsequenzen, S. 295 ff., ZEuS 2/2020 (in diesem Heft).

23 Vergl. dazu den Vortrag von Prof. Dr. Christoph Herrmann im Rahmen der Anhörung der Monopolkommission am 13. Februar 2020: Einsatz und Ausgestaltung der deutschen bzw. einer europäischen Investitionskontrolle mit Blick auf China sowie Verhältnis zur Fusionskontrolle, *passim*, veröffentlicht in [ZEuS ...□□].

24 The Sherman Antitrust Act of 1890 [formerly known as Act of July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209]. Antidumping Act of 1916 (as part of the US Revenue Act, ch. 463, 39 Stat. 756, September 8, 1916); see also Viner; Messerlin, World Competition, 1995, S. 48-53.

25 Wooton/Zanardi, S. 11.

26 Trebilcock/Howse/Eliason, S. 250 f.

27 Vergl. Müller-Ibold, in: Kokott u.a. (Hrsg.), S. 541-575, insb. S. 545 ff.

erfolgt sind, mit denen auf die Situation in China reagiert werden sollte. Trotzdem stellt sich natürlich auch insoweit die Frage, ob diese Änderungen zielführend oder ob weitere Anpassungen notwendig sind.

## I. Maßnahmen im Bereich des Antidumpingrechts

Die Union hat angesichts der Strukturen auch (aber nicht nur) in China jüngst zwei Änderungen der Antidumping-Grundverordnung (EU) 2016/1036 („ADGVO“)<sup>28</sup> beschlossen, die es erleichtern sollen, Antidumping-Maßnahmen zu verhängen, wenn Verzerrungen der o.g. Art bestehen.<sup>29</sup> Vier davon sind in diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung.

### 1. Berechnung der Dumpingspanne

Dumpingzölle dürfen nicht höher sein als die Dumpingspanne, also dem Unterschied zwischen dem Normalwert (der im Grundsatz die Preise und hilfsweise die Kosten im Ausfuhrland abbildet) und dem Ausfuhrpreis (für Exporte in die EU).<sup>30</sup> Ist der Normalwert aber durch staatliche Einflussnahme „gestört“, droht dem System ein Funktionsverlust. Traditionell wurde eine solche Einflussnahme als Problem der Staatshandelsländer (also von *non-market economies*) gesehen, die nicht Mitglied der WTO waren. Inzwischen sind Russland und China aber Mitglieder und die Übergangszeit, in der China praktisch als Nichtmarktwirtschaft behandelt werden durfte, ist abgelaufen.<sup>31</sup> Beide müssen daher als Marktwirtschaften behandelt werden.

Daher hat die Union in Art. 2 (6a) ADGVO eine neue Regel zur Berechnung des Normalwerts eingeführt,<sup>32</sup> die für Einführen aus allen (marktwirtschaftlichen) Staaten<sup>33</sup> gilt, wenn im Ursprungsland Preise und Kosten (für die betroffenen Waren) nicht verlässlich berechnet werden können, weil es „erhebliche Verzerrungen“ gibt, die aus

28 VO (EU) 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 08.06.2016 über den Schutz gegen gedumpfte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. v. 30.06.2016, L 176, S. 21, mit späteren Änderungen („ADGVO“).

29 VO (EU) 2017/2321 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2017 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1036 über den Schutz gegen gedumpfte Einfuhren (...), ABl. v. 19.12.2017, L 338, S. 1, sowie VO (EU) 2018/825 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2018 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1036 über den Schutz gegen gedumpfte Einfuhren (...), ABl. v. 07.06.2018, L 143, S. 1. Diese beruhen auf Änderungsvorschlägen der Kommission aus 2013 bzw. 2016, vergl. COM(2013) 192 final; COM(2016) 721 final. Siehe zu den Änderungen Müller, in: Bungenberg/Hahn/Herrmann/Müller-Ibold (Hrsg.), S. 45-62; Müller-Ibold/Herrmann, EuZW, 2018, S. 749, 754 f.

30 Art. 1 (2), 7 (2) und 9 (4) ADGVO.

31 Zur Interpretation von Artikel 15 des chinesischen Beitrittsprotokolls zur WTO, das die Übergangszeit regelte, vergl. Dong Fang, in: Bungenberg/Hahn/Herrmann/Müller-Ibold (Hrsg.), S. 108-123.

32 Einfügung von Art. 2(6a) durch die VO (EU) 2017/2321, (Fn. 29), siehe dazu Müller, in: Bungenberg/Hahn/Herrmann/Müller-Ibold (Hrsg.), S. 45, 56 ff.

33 Eine Sonderregel für echte „Nichtmarktwirtschaften“ bleibt bestehen, hat aber praktisch keine Bedeutung mehr, Art. 2 (7) ADGVO.

staatlicher Einflussnahme folgen. Beispielhaft wird in Art. 2 (6a)(b) ADGVO auf einen hohen Anteil an Staatsunternehmen, auf Beteiligungen des Staates, auf staatliche Lenkung von Kapital- und Kreditgewährung hingewiesen. Nicht erwähnt, aber in der Praxis wohl relevant, sind Verzerrungen hinsichtlich von Rohstoff- und Energiekosten. Dass China ein typisches Beispiel für Länder mit erhebliche Verzerrungen ist, zeigt sich an der Veröffentlichung eines sehr ausführlichen Berichts durch die Kommission, der Unionsunternehmen den Nachweis für eine Vielzahl von Verzerrungen erspart, ohne ihnen die Möglichkeit zu nehmen, auch andere Verzerrungen vorzutragen.<sup>34</sup>

Gelingt der Nachweis, dass erhebliche Verzerrungen bestehen (im Hinblick auf die konkret gedumpten Produkte, nicht rein abstrakt), wird der Normalwert nicht mehr auf der Grundlage von Preisen und Kosten im Ausfuhrland berechnet, sondern rechnerisch ermittelt. Dies geschieht zumeist auf der Grundlage der Kostenrechnung des Herstellers, wobei die von den Verzerrungen betroffenen Kosten auf der Grundlage der Preise für den Kostenfaktor in vergleichbaren Drittstaaten ermittelt werden. Beispiel: Sind Energiekosten von Verzerrungen betroffen, so wird z.B. der tatsächliche Stromverbrauch des Herstellers im Ausfuhrland entsprechend seiner Kostenrechnung verwendet. Statt des chinesischen Preises pro kWh wird aber der Preis z.B. in Thailand berücksichtigt.

## 2. Relevanz und Berechnung der Schädigungsspanne

Zweitens hat die Union ihre sog. „lesser-duty-rule“ modifiziert.<sup>35</sup> In der EU gilt gemäß Art. 7 Abs. 2 und 9 Abs. 4 UAbs. 2 ADGVO grundsätzlich eine doppelte Schranke für die Höhe der Dumpingzölle: Diese können weder höher sein als (a) die Dumpingspanne noch als (b) die sog. Schädigungsspanne, wobei letztere den Unterschied zwischen dem Ausfuhrpreis der Exporteure in die EU und dem (hypothetischen) Preis beschreibt, den die Hersteller in der EU ohne Dumping erzielen könnten.<sup>36</sup> Diese doppelte Schranke ist ein Spezifikum des EU-Rechts Sie ist WTO-rechtlich nicht vorgeschrieben.

Die Neuregelung in Art. 7 (2a)-(2d) ADGVO beinhaltet u.a. folgendes:<sup>37</sup>

- Bei der Berechnung der Schädigungsspanne kann die Union insbesondere gegenwärtige und zukünftige Kosten der Hersteller in der EU für die Einhaltung be-

<sup>34</sup> European Commission, Commission Staff Working Document on Significant Distortions in the Economy of the People's Republic of China, (Fn. 10).

<sup>35</sup> Einfügung von Art. 7 (2a)-(2d), und Art. 9 (4) (2) in die ADGVO durch die VO (EU) 2018/825 vom 30.05.2018 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1036, (Fn. 29).

<sup>36</sup> Vergl. EuG, Rs. T-210/95, EFMA/Rat, ECLI:EU:T:1999:273, Rn. 59 ff.: „60. Der Rat darf deshalb für die Berechnung des zur Beseitigung der fraglichen Schädigung geeigneten Zielpreises nur die Gewinnspanne zugrunde legen, die der Wirtschaftszweig der Gemeinschaft unter normalen Wettbewerbsbedingungen ohne die gedumpten Einfüturen vernünftigerweise erwarten könnte.“; s.a. Rs. T-163/94 u.a., NTN Corp/Rat, ECLI:EU:T:1995:83.

<sup>37</sup> Siehe zu den Änderungen Müller, in: Bungenberg/Hahn/Herrmann/Müller-Ibold (Hrsg.), S. 45, 47 ff.

stimmter Umweltschutz- und Arbeitsschutzstandards berücksichtigen (Art. 7 (2d) ADGVO). Damit wird betont, dass die Nichteinhaltung solcher Standards im Ausfuhrland eine gewisse Korrektur erfahren kann, weil die Antidumpingzölle die höheren Kosten der EU-Industrie berücksichtigen können.

- Zweitens kann unter bestimmten Bedingungen gemäß Art. 7 (2a) ADGVO die Schädigungsspanne ganz unberücksichtigt bleiben (und der Dumpingzoll nur nach der Dumpingspanne bestimmt werden). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn im betroffenen Drittstaat bestimmte „Verzerrungen des Rohstoffangebots bei der betroffenen Ware“ (etwa durch Markteingriffe oder Ausfuhrverbote) bestehen,<sup>38</sup> die zu Rohstoffpreisen unter dem internationalen Vergleichsniveau führen und wenn mindestens 17 % der Herstellungskosten der betreffenden Ware auf einen Rohstoff entfallen, bei dem eine Verzerrung festgestellt wurde. Ein Verzicht auf die Anwendung der „lesser-duty-rule“ soll nicht erfolgen, wenn der Verzicht nicht im Unions-Interesse läge (z.B. wegen der Auswirkungen der Zölle auf die nachgelagerten Produktionsstufen).
- Drittens kann gemäß Art. 7 (2c) ADGVO, in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung,<sup>39</sup> der Zielpreis der Unionsindustrie so bestimmt werden, dass er die Kosten und einen angemessenen Gewinn von mindestens 6 % sicherstellt, unabhängig davon, ob dies auch in Abwesenheit der Dumpingpraktiken möglich gewesen wäre.

### 3. Annahme von Verpflichtungen (undertakings)

Durch die Neufassung von Art. 8 ADGVO wird die Ablehnung von sog. Verpflichtungen („Undertakings“) erleichtert.<sup>40</sup> Durch Undertakings verpflichten sich die betreffenden Exporteure ihre Preise so zu erhöhen, dass kein Dumping mehr entsteht. Sie sind für Exporteure meist günstiger als Antidumpingzölle, weil sie aufgrund der Undertakings zwar ihre Preise erhöhen müssen, ihnen aber die Verkaufserlöse in voller Höhe zufließen, während Antidumpingzölle an die Staatskasse abzuführen sind. Die Ablehnung solcher Undertakings wird unter anderem dann erleichtert, wenn im Exportland Umweltstandards oder Arbeitsschutzstandards nicht eingehalten werden oder wenn ein Undertaking die Schädigung der Unionsindustrie nicht vollständig ausgleichen würde.

38 Diese müssen in einer von der OECD bereitgestellten Datenbank „Inventory on export restrictions on industrial raw materials“, verfügbar unter [http://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=ExportRestrictions\\_IndustrialRawMaterials](http://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=ExportRestrictions_IndustrialRawMaterials) (aufgerufen am 31.7.2018), aufgeführt sein, vgl. Müller, in: Bungenberg/Hahn/Herrmann/Müller-Ibold (Hrsg.), S. 45.

39 EuG, Rs. T-210/95, *EFMA/Rat*, Rn. 60.

40 Neuformulierung von Art. 8 ADGVO durch die VO (EU) 2018/825 vom 30.05.2018 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1036, (Fn. 29); zu den Änderungen vergl. Müller, in: Bungenberg/Hahn/Herrmann/Müller-Ibold (Hrsg.), S. 45, 51 f.

#### 4. Ex-officio Untersuchungen

Die Kommission braucht für die Einleitung und die Durchführung von Antidumping-Untersuchungen Daten (nämlich einen Anscheinsbeweis für das Vorliegen von Dumping und einer dadurch verursachten Schädigung).<sup>41</sup> Viele der erforderlichen Daten kann in der Regel nur die geschädigte Industrie liefern. Wird deren Beteiligung aber offengelegt, drohen in manchen Ländern „Vergeltungsmaßnahmen“.

Die bisher geltenden Bestimmungen ermöglichten die Einleitung einer Untersuchung unter besonderen Umständen auch ohne vorherigen Antrag der EU-Industrie, sofern der Kommission hinreichende Beweise für Dumping, eine Schädigung und einen ursächlichen Zusammenhang vorlagen. Aus Erwägungsgrund 6 der Änderungsverordnung 2018/826<sup>42</sup> folgt aber nunmehr, dass eine drohende Vergeltungsmaßnahme von Drittländern als ein „besonderer Umstand“ anerkannt werden kann, der die Einleitung eines ex-officio Verfahrens rechtfertigt. In einem solchen Fall soll „die Kommission die Unionshersteller auffordern, die zur Fortsetzung der Untersuchung erforderlichen Informationen beizubringen,“ damit trotz der drohenden Vergeltungsmaßnahmen von Drittländern gewährleistet ist, dass genügend Informationen zur Durchführung der Untersuchung vorliegen.<sup>43</sup>

Diese Neuregelungen erleichtern es der Kommission, von Amts wegen eingeleitete Verfahren durchzuführen.

#### 5. WTO-Grenzen

Die neuen, speziell für China relevanten Regeln müssen auch WTO-kompatibel sein. Hinsichtlich der Regelungen zur Schädigung, der Bestimmungen zur Schädigungsspanne und der „lesser-duty-rule“, ist das EU-Recht restriktiver als das WTO-Recht,<sup>44</sup> ein Verstoß der neuen EU-Regeln gegen WTO-Recht ist insoweit unwahrscheinlich. Ähnliches gilt für die Frage, wann Verpflichtungen akzeptiert werden sollen, selbst wenn das WTO-Recht insoweit entwickelte Länder verpflichtet, Un-

41 Art. 5 (1), (7), (9) ADGVO.

42 VO (EU) 2018/825 vom 30.05.2018 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1036, (Fn. 29).

43 Vergl. Art. 6 (10) ADGVO und Erwägungsgrund 7 der VO (EU) 2018/825 (ibid.). Die Kommission hatte in ihrem Vorschlag in solchen Fällen eine Pflicht zur Mitwirkung der EU-Industrie einführen wollen, eine Mitwirkungspflicht haben Rat und Parlament dann aber nicht einführen wollen, vergl. Müller, in: Bungenberg/Hahn/Herrmann/Müller-Ibold (Hrsg.), S. 45, 54.

44 Das WTO-Recht sieht, insbesondere in Art. 7.5, 8.1 und 9.1 des Anti-Dumping Agreements (eigentlicher Titel: *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, abrufbar unter: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/19-adp\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp_01_e.htm) (01.07.2020)), nur vor, dass es „wünschenswert“ (*desirable*) wäre, wenn der Antidumpingzoll niedriger festgesetzt würde, als es der Dumpingsspanne entspräche, wenn dies zum Ausgleich der Schädigung ausreichend sei. Darin liegt keine echte Verpflichtung der WTO-Mitglieder.

dertaking-Angebote von Herstellern aus Entwicklungsländern (zu denen China sich zählt) wohlwollend zu prüfen.<sup>45</sup>

Problematischer sind die neuen Regeln zur Normalwertberechnung bei staatlich verursachten Marktverzerrungen.<sup>46</sup> Die neuen Regeln basieren WTO-rechtlich auf Art. 2.2. des *WTO Anti-Dumping Agreement*,<sup>47</sup> der die Berechnung der Normalwerts auf der Basis des Herstellungskosten ermöglicht, wenn die (sonst relevanten) Preise im Ausfuhrland „do not permit a proper comparison“ (mit dem Ausfuhrpreis) „because of the particular market situation“.

Ein WTO-Panel<sup>48</sup> hat jüngst festgestellt, dass grundsätzlich eine „particular market situation“ vorliegen kann, wenn (1) *input costs* verzerrt werden, unabhängig davon, ob (2) die Verzerrungen nicht nur *domestic market sales* (also den Normalwert) betreffen, sondern auch den Ausfuhrpreis berühren, und dass (3) der Begriff auch Situationen erfasst, in denen Verzerrungen auf „government action“ beruhen. Damit wird der grundsätzliche Ansatz der Union hinsichtlich der Neuregelung der Normalwertberechnung gestützt.

Dasselbe WTO Panel hat aber auch festgestellt:

- Der Begriff „permit a proper comparison“ in Artikel 2.2 verpflichtet die Untersuchungsbehörden im Einzelfall festzustellen, dass die *special market situation* den Normalwert anders beeinflusse als den Ausfuhrpreis (nur dann sei ein „proper comparison“ nicht möglich). Unterschiedliche Auswirkungen seien aber möglich, auch wenn die Verzerrungen Kosten betreffen, die unterschiedslos für Produkte anfallen, unabhängig davon, ob diese für das Ursprungsland oder für den Export bestimmt seien.
- Kosten, die nicht tatsächlich im Ursprungsland angefallen sind, sondern als „undistorted costs“ in Drittländern ermittelt werden, können berücksichtigt werden, aber nur, wenn im Einzelfall eine Feststellung und Begründung im erfolgt, warum die (von den Verzerrungen betroffenen) Kosten im Ursprungsland für die Ermittlung des Normalwerts ungeeignet sind.

Die EU-Neuregelungen sind vor dieser Panel-Entscheidung in Kraft getreten. Sie sehen derartige Einzelfallprüfungen nicht vor, verbieten sie aber wohl auch nicht un-

45 Dies folgt aus Art. 15 *WTO Anti-Dumping Agreement*, (Fn. 44).

46 Siehe zur WTO-Kompatibilität *Tietje/Sacher*, in: Bungenberg/Hahn/Herrmann/Müller-Ibold (Hrsg.), S. 89-106; *Vermulst/Dion Sud*, in: Bungenberg/Hahn/Herrmann/Müller-Ibold (Hrsg.), S. 63-88.

47 Article 2.2 *Anti-Dumping Agreement* (Fn 44) lautet: „*When there are no sales of the like product in the ordinary course of trade in the domestic market of the exporting country or when, because of the particular market situation or the low volume of the sales in the domestic market of the exporting country, such sales do not permit a proper comparison, the margin of dumping shall be determined by comparison with a comparable price of the like product when exported to an appropriate third country, provided that this price is representative, or with the cost of production in the country of origin plus a reasonable amount for administrative, selling and general costs and for profits.*“.

48 *WTO Panel*, Australia – Anti-dumping measures on A4 copy paper – Report of the panel, WT/DS529/R, 4 December 2019.

mittelbar. Es bleibt abzuwarten, wie die Kommission die Panel-Entscheidung praktisch umsetzt.

## 6. Bewertung

Das Antidumpingrecht erlaubt es der Union, und dabei insbesondere der Kommission, auf Marktverzerrungen in China zu reagieren. Allerdings können mit den Mitteln des Antidumpingrechts nur einzelne Symptome (nämlich die Auswirkungen im Binnenmarkt), nicht aber die eigentliche Ursache des Problems bekämpft werden.

Die Union kann die Auswirkungen der Marktverzerrungen und der Abschottung des chinesischen Markts sowie teilweise die Folgen der selektiven Anwendung von Umwelt- und Arbeitsschutzstandards auf die Preise von Waren ausgleichen, die in die Union geliefert werden. Die jüngsten Änderungen bewirken eine sehr sinnvolle technische Verbesserung, um das Antidumping-Instrument insoweit als effektives Mittel zu erhalten.

Doch zeigt diese Beschreibung zugleich die Grenzen des Antidumpingrechts auf. Maßnahmen können erstens nur hinsichtlich von Waren getroffen werden, denn nur diese werden physisch in die Union eingeführt, und nur hinsichtlich von Waren findet eine Zollabfertigung statt, in deren Rahmen Antidumpingzölle erhoben werden können. Zölle auf Dienstleistungen, gibt es in dieser Form nicht, mit Ausnahme solcher Dienstleistungen die sich in einer Ware „manifestieren“ (audio-visuelle Dienstleistungen (Filme, Musik), oder Software auf einem Datenträger, als Teil von maschinellen Anlagen oder Produkten). Es ist deshalb zum Teil die Forderung erhoben worden, Antidumpingverfahren auf Dienstleistungen zu erstrecken.<sup>49</sup> Das aber ist einerseits schon angesichts der Abhängigkeit des Systems vom Zollrecht schwierig umzusetzen und andererseits WTO-rechtlich problematisch, weil die Möglichkeit Antidumpingzölle einzuführen nur in Art. VI GATT 1994 und dem *Anti-Dumping Agreement* vorgesehen ist (die sich auf Waren beziehen), nicht aber in den WTO-Regeln zu Dienstleistungen (GATS).

Maßnahmen betreffen zweitens nur Waren, die für den EU-Markt bestimmt sind. Verzerrungen der Wettbewerbssituation in China selbst und in Drittstaaten können durch Antidumpingmaßnahmen nicht direkt erfasst werden. Zwar bewirkt die Annahme von Antidumpingmaßnahmen einen Anreiz zur Beseitigung der Marktzutrittsschranken, die die zugrunde liegende Preisdiskriminierung erst ermöglichen. Doch handelt es sich insoweit nur um eine sehr indirekte Wirkung, die umso kleiner ist, als der von den Dumpingmaßnahmen betroffene Warenstrom im Verhältnis zum Gesamtwarenstrom klein ist.<sup>50</sup>

49 BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 13.

50 Die Europäische Kommission hat errechnet, dass 2017 nur 0,31% aller Einfuhren in die EU von Antidumping- oder Antisubventionsmaßnahmen betroffen waren, vergl. 36th Annual Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the EU's Anti-Dumping, Anti-Subsidy and Safeguard activities (2017), 31.7.2018, COM(2018) 561 final, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-561-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (01.07.2020), S. 2.

Schließlich lösen die Neuregelungen zur ex-officio Verfahrenseinleitung das geschilderte „Vergeltungsproblem“ nur teilweise. Wie erwähnt können Antidumpingverfahren nur durchgeführt und Maßnahmen nur erlassen werden, wenn mindestens 25 % der EU-Industrie dem zustimmen.<sup>51</sup> Außerdem kann die Kommission die EU-Hersteller nicht zwingen, sich am Verfahren zu beteiligen (durch Beantwortung von Fragebögen etc.), selbst wenn sie nun berechtigt ist, diese zur Mitwirkung aufzufordern. Daher können Drittstaaten immer noch wirksam Druck durch Drohung mit Vergeltung ausüben, der Unternehmen „zwingen“ kann, an sich gerechtfertigte Verfahren zu blockieren oder daran nicht mitzuwirken.

Das Antidumpingrecht kann deshalb nicht alle Auswirkungen kompensieren, die durch die staatlichen Eingriffe in den Markt in China entstehen, vielmehr verbleiben erhebliche Schutzlücken. Dennoch handelt es sich um ein wichtiges, weil auch im internationalen Kontext anerkanntes System, das wichtige Auswirkungen, und zumal die direkten Auswirkungen auf Warenströme im Binnenmarkt, adressieren kann. Als Teil eines Gesamtkonzepts kommt dem Antidumpingrecht deshalb eine bedeutende Einfluss- und Korrekturfunktion zu.

## II. Maßnahmen im Bereich des Wettbewerbsrechts

Es gibt eine Reihe von Vorschlägen und Forderungen, das Problem staatlicher Eingriffe in das chinesische Wirtschaftssystem über das europäische Wettbewerbsrecht zu lösen. Solche Vorschläge sind vielgestaltig und umfassen beispielweise:

- genaue Prüfung von „*State guidance and collusion*“ zwischen dem Staat und chinesischen Unternehmen,<sup>52</sup> Erleichterung der Kooperation zwischen nicht-chinesischen Unternehmen, z.B. im Bereich von Forschung und Entwicklung, oder durch Berücksichtigung der aktuellen oder potentiellen Marktmacht chinesischer Wettbewerber;<sup>53</sup>
- verschärfte Anwendung der Regeln über den Missbrauch marktbeherrschender Stellung (Art. 102 AEUV), insbesondere durch Zusammenrechnung der Marktanteile der Unternehmen, die vom chinesischen Staat kontrolliert werden;<sup>54</sup>
- verschärfte Anwendung des Fusionskontrollrechts gegenüber chinesischen Unternehmen<sup>55</sup> durch Berücksichtigung der Marktmacht anderer chinesischer Unter-

51 Das gilt nur, solange nicht eine noch größere Zahl an Herstellern der Verfahrensdurchführung widerspricht. Die Einzelheiten sind in Art. 5(4) ADGVO geregelt.

52 Vergl. Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 13 f.

53 BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 9, 10, *passim*, s.a. Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 18.

54 BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 14.

55 Die Fusion der chinesischen Industrie für den Bau von Eisenbahnen (CRRC, 2015) wird häufiger erwähnt; verbunden mit den Vorwurf, die Kommission berücksichtige die Marktmacht von CRRC in ihrem Untersagungsbeschluss zu Siemens/Alstom (Beschl. v. 06.02.2019, M.8677, ABl. v. 05.09.2019, C 300, S. 14) nur unterzeichnet, vergl. Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 18; BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 9. Vergl. dazu auch den Ansatz des BKartA hinsichtlich der Fusion Vossloh/CRRC – Rangierlokomotiven, Fallbericht v. 27.04.2020, Az: B4-115-19.

nehmen angesichts staatlicher Kontrolle und Koordinierung, und Erleichterung europäischer Fusionen, auch zur Bildung von „European Champions“,<sup>56</sup> wobei gerade auch die Berücksichtigung von staatlichen Mitteln oder Finanzierungsmöglichkeiten für den Anteilserwerb (wenn auch unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten) aktuell diskutiert wird.<sup>57</sup>

Die Möglichkeiten Instrumente des Wettbewerbsrechts einzusetzen, um auf Probleme staatlicher Eingriffe in das chinesische Wirtschaftssystem zu reagieren, bedarf daher der Analyse.<sup>58</sup> Dazu möchte ich zunächst zwei allgemeine Aspekte beleuchten, die zugleich die Grenzen der Möglichkeiten des Wettbewerbsrechts beschreiben. So dann wende ich mich kurz der Beschreibung der Relevanz der drei wichtigsten Anwendungsfälle des Wettbewerbsrechts zu, nämlich (i) dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen, (ii) dem Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung und (iii) der Fusionskontrolle.

## 1. Die Grenzen des Wettbewerbsrechts

Die Anwendung des EU-Kartellrechts sieht sich – schon vom rechtstechnischen Ausgangspunkt – mit zwei Problemen konfrontiert. Zum einen stellt sich die Frage der internationalen Zuständigkeit der Union (und ihrer Institutionen und Mitgliedstaaten) für die kartellrechtliche Erfassung von Vorgängen, die in erster Linie in China (und nicht auf dem Territorium der EU) stattfinden. Zum anderen liegt das eigentliche Problem im Verhalten des chinesischen Staates, der überwiegend, wenn auch nicht ausschließlich, nicht als Wirtschaftsteilnehmer sondern als Hoheitsträger handelt. Das europäische Wettbewerbsrecht richtet sich aber (mit Ausnahme des Beihilfenrechts und von Art. 106 AEUV, die sich an Mitgliedstaaten richten) vor allem an Unternehmen.

### a. Internationale Zuständigkeit

Die Grenzen der internationalen Anwendbarkeit für Wettbewerbsregeln sind nicht statisch. Vielmehr wurden die Möglichkeiten für die Erfassung „extraterritorialer“ Sachverhalte mit der Zeit erweitert. Blickt man auf den oben beschriebenen Ausgangspunkt im US-Recht zurück, so sollte ursprünglich, mangels extraterritorialer Anwendungsmöglichkeiten, das US-Kartellrecht die Sachverhalte erfassen, die in den USA spielten, während „ausländische“ Preisdiskriminierung ein Fall für das Anti-

56 BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 9; dagegen hat allerdings die zuständige Kommissarin, M. Vestager, bereits Einwände erhoben, vergl. ihr Interview in Politico, *Lager/van Dorpe*, Vestager seeks to weather Franco-German storm to stay in Brussels, 25.02.2019, abrufbar unter: <https://www.politico.eu/article/margrethe-vestager-seeks-to-weather-franco-germ-an-storm-to-stay-in-brussels/> (01.07.2020).

57 Vergl. dazu etwa den Bericht der Financial Times v. 16. Dez. 2019, *Espinoza/Fleming*: Margrethe Vestager examines curbs on non-EU state-backed companies, abrufbar unter: <https://www.ft.com/content/452d2c7a-1f0e-11ea-92da-f0c92e957a96> (01.07.2020).

58 Vergl. dazu auch, insb. zu Fragen der Fusionskontrolle, *Trapp*, ZEuS [in diesem Heft].

dumpingrecht war.<sup>59</sup> Dementsprechend entschied der *U.S. Supreme Court* 1909, dass ausländische Wettbewerbsbeschränkungen vom *Sherman Act* nicht erfasst seien.<sup>60</sup>

Von diesem Ausgangspunkt hat sich das US-Kartellrecht inzwischen weit entfernt. Schon früh wurde anerkannt, dass im Ausland gegründete Kartelle, die in den U.S.A. zumindest teilweise durchgeführt wurden, sehr wohl vom U.S. Kartellrecht erfasst waren.<sup>61</sup> Aber erst 1945 entschied Judge Learned Hand in *Alcoa*,<sup>62</sup> dass Handlungen außerhalb der USA vom US-Kartellrecht erfasst seien, wenn nachteilige Auswirkungen in den U.S.A. beabsichtigt waren und eingetreten seien. Das Auswirkungsprinzip (*effects doctrine*) war geboren. Das Auswirkungsprinzip ist heute grundsätzlich im *Foreign Trade Antitrust Improvement Act*<sup>63</sup> geregelt, der die Anwendung des US-Kartellrechts erlaubt, wenn ausländische Handlungen einen „*direct, substantial and reasonably foreseeable effect*“ auf den Handel in den USA haben. Wie weit dieses Prinzip im Einzelnen reicht und inwieweit Behörden und Gerichte die Auswirkungen für und die Rechtslage in den betroffenen Drittstaaten berücksichtigen müssen (unter dem Stichwort „*comity*“), ist bis heute umstritten.<sup>64</sup>

Auch im EU-Kartellrecht verlief die Entwicklung nicht gradlinig, kommt aber zu einem ähnlichen Ergebnis. Im *Teifarbenkartell* berief sich die Kommission mit Zustimmung von Generalanwalt Mayras auf das Auswirkungsprinzip, um die kartellrechtliche Verantwortung der Unternehmen zu begründen, die nicht in der EU (der damaligen EWG) ansässig waren. Der EuGH wich zunächst der Frage aus. Er sah die (nicht-EU-) Muttergesellschaften und deren EU-Tochtergesellschaften als eine „*economic unit*“ an und sah darin die Rechtfertigung für die Anwendung des EU-Kartellrechts auf beide.<sup>65</sup> Im Verfahren zum *Zellstoff-Kartell* begründete er die Anwendung des EU-Kartellrechts damit, dass das Kartell jedenfalls in der Union durchgeführt worden sei.<sup>66</sup> Erst im *Gencor*-Verfahren (Fusionskontrolle) stützte sich dann das EuG auf das völkerrechtliche Auswirkungsprinzip, wenn ausländische Ereignisse „*spürbare, direkte und vorhersehbare Auswirkungen*“ in der EU bewir-

59 Siehe oben, [Verweis].

60 *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 355 (1909). "In the first place the acts causing the damage were done, so far as appears, outside the jurisdiction of the United States and within that of other states. It is surprising to hear it argued that they were governed by the act of Congress.".

61 Vergl. *United States v. Sisal Sales Corp.*, 274 U.S. 268 (1927).

62 *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) (Judge Learned Hand); vergl. dazu Extraterritorial Antitrust Enforcement: The American Banana Case a Half Century Later, 26 Fordham L.Rev. 319 (1957), abrufbar unter: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol26/iss2/7> (01.07.2020).

63 *Foreign Trade Antitrust Improvement Act 1982* (FTAIA), 15 U.S.C. § 6a.

64 Vergl. u.a. *U.S. Supreme Court* in: *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993), und *Hoffmann-La Roche Ltd, et al. v. Empagran S.A., et al.*, 542 U.S. 155 (2004), sowie die bereits oben erwähnte Entscheidung des *Supreme Courts in Animal Science Products v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, 585 U. S. \_\_\_\_.

65 EuGH, *ICI/Kommission*, Rs. C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 125 ff., vergl. aber den Schlussantrag von Generalanwalt Mayras, *ibid.*, ECLI:EU:C:1972:32, mit der Rechtfertigung für die Anwendung des Auswirkungsprinzips, S. 693-704.

66 EuGH, Rs 89/85 u.a., *A. Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission*, ECLI:EU:C:1988:447, Rn. 11-23.

ken.<sup>67</sup> In jüngerer Zeit hat sich schließlich auch der EuGH zum Auswirkungsprinzip bekannt: In *Intel* bestätigt er, dass neben der Anknüpfung an die Durchführung von Maßnahmen in der EU, alternativ zur Begründung der Anwendung des EU-Kartellrechts auch an die Auswirkungen auf den Wettbewerb in der EU angeknüpft werden kann, wenn diese „spürbar, direkt und vorhersehbar“ sind.<sup>68</sup>

Daher erfasst das EU-Wettbewerbsrecht nicht alle Vorgänge wie Absprachen und abgestimmte Verhaltensweisen sowie den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in China, sondern nur dann, wenn diese Auswirkungen in der EU haben, die „spürbar, direkt und vorhersehbar“ sind (wobei der Gerichtshof hieran keine allzu hohen Anforderungen stellt: Die Lieferung von Computerchips an einen Hersteller in China, in der Erwartung, die fertigen Laptops würden auch nach Europa geliefert, genügt).<sup>69</sup> Soweit deshalb chinesische Hersteller z.B. Absprachen zu ihrem Exportpreisverhalten treffen und nicht nur ganz geringe Mengen in die EU exportiert werden,<sup>70</sup> sind erhebliche Bußgelder als Reaktion der Kommission durchaus denkbar. Absprachen zu den Bedingungen auf dem chinesischen Inlandsmarkt werden sich nur sehr viel schwieriger als vom EU-Kartellrecht erfasst einordnen lassen, selbst wenn solche Absprachen indirekte Auswirkungen auf die Marktbedingungen in der EU haben sollten.

Schließlich ist bei der Frage, welche Handlungen in China dem EU-Wettbewerbsrecht unterfallen, auch an den umgekehrten Fall zu denken. Das chinesische Wettbewerbsrecht wird in seiner Geltung recht weit ausgedehnt. Ein Vorwurf in diesem Zusammenhang lautet, dass die chinesischen Behörden ihre „wettbewerbsrechtliche“ Analyse gerade nicht an rein wettbewerblichen Kategorien ausrichten, sondern rein politische und wirtschaftspolitische Wünschbarkeitskriterien z.B. in Fusionskontrollentscheidungen einfließen lassen.<sup>71</sup> Dehnt deshalb die EU ihren Zuständigkeitsanspruch sehr weit aus, ist durchaus damit zu rechnen, dass China ähnliches tut und damit eine interventionistische Praxis rechtfertigen könnte, die ihrerseits problematisch ist.

### *b. Der Staat als handelnder Akteur*

Das europäische Wettbewerbsrecht unterscheidet, hinsichtlich der Normadressaten, deutlich zwischen Regelungen, die an Unternehmen gerichtet sind (Titel VII AEUV, Kapitel 1 Abschnitt 1 – Vorschriften für Unternehmen (Art. 101-106 AEUV)), und solchen, die vor allem an die Mitgliedstaaten gerichtet sind (Abschnitt 2 - Staatliche

67 EuG, Rs. T-102/96, *Gencor Ltd/Kommission*, ECLI:EU:T:1999:65, Rn. 89 ff., das Gericht fordert, dass ein Zusammenschlussvorhaben, das außerhalb der EU durchgeführt wird, in der EU eine „unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Wirkung“ haben muss (Rn. 92).

68 EuGH (Große Kammer), Rs. C-413/14 P, *Intel/Kommission*, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 40 ff.

69 EuGH, *ibid.*, Rn. 51 f.

70 Auf die Spürbarkeit der Exporte kommt es hier wohl an, selbst wenn es sich um „by-object“ Verstöße handelt, weil die Spürbarkeit Tatbestandsmerkmal der internationalen Zuständigkeit der EU ist.

71 Vergl. Bertelsmann Stiftung, Beyond investment screening, (Fn. 1), S. 9 f., 16.

Beihilfen), wobei Art. 106 AEUV auch den Mitgliedstaaten hinsichtlich öffentlicher Unternehmen und Monopole besondere Verpflichtungen auferlegt. Es scheint mir schwer vorstellbar, Drittstaaten zur Beachtung der besonderen Vorschriften zu zwingen, zu deren Einhaltung sich die Mitgliedstaaten untereinander und gegenüber der Union verpflichtet haben, zumal der AEUV, soweit er im Wettbewerbsrecht Handlungspflichten für staatliche Akteure enthält, nach Wortlaut und Zusammenhang Handlungspflichten speziell für Mitgliedstaaten statuiert.

Jedenfalls richten sich die kartellrechtlichen Regelungen der Art. 101 und 102 AEUV insbesondere an „Unternehmen“. „Unternehmen“ im wettbewerbsrechtlichen Sinn ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung,<sup>72</sup> selbst wenn die Tätigkeit (das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt)<sup>73</sup> durch die öffentliche Verwaltung oder ein öffentliches Unternehmen ausgeübt wird. Umgekehrt ist die Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten, aber auch der Einsatz allgemeiner politischer Steuerungsmechanismen nicht wirtschaftlicher Art, keine wirtschaftliche Tätigkeit. Der Staat handelt dann nicht als Unternehmen, sondern in Ausübung seiner hoheitlichen Befugnisse, für die die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an Unternehmen nicht gelten.

Kernproblem der staatlichen Beeinflussung der Wirtschaft in China ist die Beeinflussung des Markts zur Umsetzung der staatlichen Wirtschafts- und Industriepolitik (einschließlich der Fünfjahrespläne und anderer politischer Vorgaben). Ein solches Handeln des Staates wird in der Regel nicht als wirtschaftliches Handeln einzustufen sein, sodass sich das eigentliche Kernproblem nicht wirklich über das eigene Wettbewerbsrecht adressieren lässt.

Andererseits verbleibt ein erheblicher Anwendungsspielraum hinsichtlich der Umsetzung staatlicher Vorgaben durch die verschiedenen Unternehmen (ob State owned Enterprises („SoEs“) oder privat finanzierte Unternehmen). Denn nur soweit der Staat den Unternehmen ein bestimmtes Verhalten verbindlich vorschreibt, bleibt kein Raum den Unternehmen Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen vorzuwerfen. Ein Beispiel dafür ist das oben erwähnte Vitamin-C-Kartell, in dessen Rahmen die chinesische Regierung vor amerikanischen Gerichten ausdrücklich erklärte, den Unternehmen ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben zu haben.<sup>74</sup> Selbst diese Erklärung überzeugte den *U.S. Supreme Court* allerdings nicht, der das Recht amerikanischer Gerichte betonte, selbst zu prüfen, ob chinesisches Recht den am Kartell

72 EuGH, Rs. C-41/90, *Klaus Höfner, Fritz Elser/Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21; EuG, Rs. T-128/98, *Aéroports de Paris/Kommission*, ECLI:EU:T:2000:290, bestätigt durch EuGH, Rs. C-82/01 P, *Aéroports de Paris/Kommission*, ECLI:EU:C:2002:617, Rn. 75-79; vergl. auch *Kommission*, Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff, Rn. 7; m.w.N. aus der Rspr.

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

74 Vergl. oben, Fn. 12.

beteiligten Unternehmen wirklich eine verbindliche Handlungspflicht auferlegt hatte.<sup>75</sup>

Die Skepsis des *Supreme Courts* ist angesichts der in China beobachteten Realität gut nachvollziehbar. Der Staat sorgt durch Ratschläge, und Rahmenbedingungen dafür, dass Unternehmen verstehen, welches Verhalten von ihnen erwartet wird. Es werden kaum zu vernachlässigende Anreize geschaffen, die aber oft nicht den Charakter zwingender Verpflichtungen haben. Wenn Unternehmen in diesem Fall vereinbaren, die Umsetzung gemeinsam ins Werk setzen zu wollen, dann handeln sie in der Ausübung ihrer autonomen Rechte. Wenn darin ein Verstoß gegen das EU-Kartellrecht liegt, schützt die Tatsache, dass sie dem Wunsch der chinesischen Regierung entsprachen, nicht vor den Anwendung des EU-Kartellrechts.<sup>76</sup>

### *c. Ergebnis*

Die Anwendung insbesondere des EU Kartellrechts kann das Kernproblem der Beeinflussung des Wettbewerbs durch den in China handelnden chinesischen Staat nicht direkt lösen. Nur soweit (i) Unternehmen bei der Umsetzung mit dem materiellen EU Kartellrecht in Konflikt geraten und dies (ii) „spürbare, direkte und vorhersehbare Auswirkungen“ im Binnenmarkt hat, können über Art. 101, 102 AEUV oder im Rahmen der Fusionskontrolle konkrete, als unerwünscht empfundene Auswirkungen staatlich-chinesischer Einflussnahme sanktioniert werden. Angesichts der nicht unmittelbar verbindlichen Art der Beeinflussung, bleibt für die Anwendung des Kartellrechts auf die Umsetzungsmaßnahmen der Unternehmen daher durchaus Raum.

## **2. Analyse der konkreten Vorschriften**

Prüft man kurзорisch die Grundlagen des europäischen Kartellrechts auf ihre „Eignung“ im Zusammenhang mit den Eingriffen des chinesischen Staates in den Wettbewerb, werden die praktischen Grenzen und Möglichkeiten sogleich deutlich:

### *a. Art. 101 AEUV*

Art. 101 AEUV verbietet Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt bezeichnen oder bewirken.

Hinsichtlich der eigentlichen Lenkungsmaßnahmen des chinesischen Staates ist das europäische Kartellrecht ein stumpfes Schwert, weil der chinesische Staat regelmäßig nicht als Unternehmen, sondern in Wahrnehmung seiner souveränen, hoheitlichen Rechte handelt.

75 *U.S. Supreme Court, Animal Science Products v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, 585 U. S. \_\_\_, (Fn. 12).

76 Allerdings würden die Umstände wohl bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden können.

Demgegenüber sind die Umsetzungsmaßnahmen der Unternehmen, soweit sie (wie meist) „freiwillig“ erfolgen und unmittelbare Auswirkungen auf den europäischen Markt haben, durchaus vom europäischen Kartellrecht erfasst. Dabei werden z.B. im Rahmen der chinesischen sektoralen Wirtschaftsverbände gelegentlich Absprachen zum Marktvorgehen der Mitgliedsunternehmen in Europa getroffen und recht verbreitet detaillierte Informationen zu Preisen und Marktpositionen zeitnah ausgetauscht, oft verknüpft mit Exportstatistiken, die das Ausfuhrverhalten einzelner Unternehmen (auch hinsichtlich von Mengen und Preisen je Monat) sehr transparent dokumentieren. Solche Maßnahmen sind kartellrechtlich problematisch,<sup>77</sup> sind aber bisher nicht als „enforcement priority“ oder Gegenstand intensiver Aufklärungsarbeit der Kommission oder nationaler Behörden aufgefallen.

Innerhalb der EU sind auch Forderungen erhoben worden, die Anwendung des EU-Kartellrechts in Fällen zu lockern oder anzupassen, in denen EU-Unternehmen sich durch Kooperation (z.B. bei Forschung und Entwicklung) gegen den Wettbewerbsdruck chinesischer Unternehmen wehren wollen.<sup>78</sup> Technisch wären solche Lockerungen grundsätzlich möglich, allerdings stellt sich die Frage nach ihrer politischen Wünschbarkeit. Auch müsste geprüft werden, wie ein *spill-over* solcher Lockerungen in Bereiche verhindert werden kann, in denen ein besonderer Wettbewerbsdruck gar nicht erkennbar ist. Viel spricht dafür, dies als Einzelfallfragen zu behandeln, also der Kommission und ggf. den nationalen Wettbewerbsbehörden die Entscheidung zu überlassen, inwieweit die Existenz von auf staatlichem Einfluss basierender Wettbewerbsverzerrungen als Rechtfertigungsgrund für Vereinbarungen berücksichtigt werden kann (z.B. bei der Frage, ob eine Vereinbarung „notwendig“ und auf das erforderliche Minimum beschränkt ist).

#### *b. Art. 102 AEUV – Missbrauchsaufsicht*

Art. 102 verbietet die „missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt (...) durch ein oder mehrere Unternehmen“. Der Fokus liegt auf der Marktlage in der EU (oder im EWR) und auf Handlungen von Unternehmen.

Deshalb gilt auch insoweit für die eigentlichen Lenkungsmaßnahmen des chinesischen Staates das oben gesagte: Das europäische Kartellrecht allgemein und Art. 102 AEUV sind hinsichtlich der eigentlichen Lenkungsmaßnahmen ein stumpfes Schwert, weil der chinesische Staat regelmäßig nicht als Unternehmen, sondern in Wahrnehmung seiner souveränen, hoheitlichen Rechte handelt und weil ihm selbst zumeist keine „marktbeherrschende Stellung“ auf konkreten EU-Märkten zukommen wird.

Demgegenüber müssen sich Handlungen der chinesischen Unternehmen, die auf europäischen Märkten „market power“, also eine beherrschende Stellung, haben, am europäischen Kartellrecht messen lassen, soweit sie gegenüber europäischen Markt-

<sup>77</sup> Vergl. etwa *Kommission*, Entsch. v. 17.02.1972, Tractor Exchange, ABl. v. 13.03.1992, L 68, S. 19, Rn.35 ff.; bestätigt durch u.a. EuG, Rs. T-35/92, *John Deere/Kommission*, ECLI:EU:T:1994:259; EuGH, Rs. C-7/95 P, *John Deere/Kommission*, ECLI:EU:C:1998:256.

<sup>78</sup> Ähnlich BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 9, 10.

teilnehmern und (wie meist) „freiwillig“ erfolgen. Wenn also z.B. Hersteller von bestimmten Arzneimittelinhaltstoffen, die nur (noch) in China hergestellt werden, oder von Atemschutzmasken (unterstellt sie seien marktbeherrschend), die plötzlich mit einem Nachfragevolumen konfrontiert sind, das ihre Kapazität übersteigt, Abnehmern in Europa diskriminierend wenig liefern, so kann das durchaus als Missbrauch angesehen werden,<sup>79</sup> es sei denn, die Zuteilung von Liefermengen erfolge auf verbindliche Weisung des chinesischen Staates.

In diesem Zusammenhang (und hinsichtlich der Fusionskontrolle) ist verschiedentlich der Gedanke aufgekommen, ob die Marktmacht staatlich kontrollierter Unternehmen aus China nicht zusammengerechnet werden sollte (durch Addition der Marktanteile), weil diese letztlich unter der einheitlichen Leitung des chinesischen Staates stünden.<sup>80</sup> Solche Überlegungen sind deshalb durchaus naheliegend, weil die chinesische Beteiligungsverwaltung, gerade hinsichtlich der State owned Enterprises („SoE“), auf nationaler Ebene, bzw. für die Beteiligung der Provinzen auf regionaler Ebene, zusammengefasst ist.

Eine solche Zusammenrechnung wäre möglich, wenn die vom chinesischen Staat kontrollierten Unternehmen kollektiv als eine wirtschaftliche Einheit („economic unit“) angesehen würden, wenn sie also „*trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmen*“.<sup>81</sup> Selbst für Unternehmen, die zu 100 % im Eigentum des chinesischen Staates stehen, passt dieser Ansatz nicht ohne Weiteres, weil diese Unternehmen in der Praxis durchaus erhebliche Autonomie bei marktrelevanten Entscheidungen haben und tatsächlich im Wettbewerb untereinander stehen, der vom Staat durchaus erwünscht ist. Deshalb ist die Kommission bisher auch eher zurückhaltend gegenüber Überlegungen, alle State owned Enterprises Chinas als eine wirtschaftlichen Einheit anzusehen. Die Kommission differenziert vielmehr nach funktionalen Einheiten, hinsichtlich derer der Staat Kontrolle ausübt.<sup>82</sup>

Es kommt hinzu, dass ein solches Vorgehen erhebliche Auswirkungen auf die Anwendung von Art. 101 AEUV haben würde. Der EuGH betont, dass „*nach dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht nämlich verschiedene Gesellschaften, die zum selben Konzern gehören, eine wirtschaftliche Einheit und somit ein Unternehmen im Sinne der Art. 81 EG und 82 EG darstellen, wenn sie ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmen*“.<sup>83</sup> Daraus folgt, dass bei Annahme einer wirtschaftlichen Einheit alle Kooperationsformen und Absprachen zwischen solchen Unternehmen, die vom chinesischen Staat kontrolliert werden, aus dem Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV herausfielen. Ich zweifle sehr, ob ein Aushebeln von Art. 101 AEUV wirklich

79 Vergl. etwa EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream/Kommission*, ECLI:EU:T:2009:317, Rn. 139 ff.

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

81 EuGH, Rs. C-97/08 P, *Akzo Nobel/Kommission*, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 58, ähnlich Rs. C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission*, ECLI:EU:C:2000:630, Rn. 26.

82 Zur Entscheidungspraxis der Kommission im Bereich der Fusionskontrolle siehe sogleich unten, Fn. 87 und 88.

83 EuGH, ibid, unter Hinweis auf das EuG, Rs. T-203/01, *Michelin/Kommission*, ECLI:EU:T:2003:250, Rn. 290.

im Interesse des Binnenmarkts und des freien Wettbewerbs auf unserem Binnenmarkt wäre.

Marktverzerrungen in direkter Folge staatlicher Maßnahmen lassen sich deshalb nur in wenigen Fällen über die Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV eingrenzen. Soweit marktbeherrschende Unternehmen aber ohne verpflichtende Weisungen des Staates im Binnenmarkt tätig sind, kann missbräuchliches Verhalten durchaus abgestellt und geahndet werden.

#### *c. Art. 103 AEUV i.V.m. VO 139/2004 – Fusionskontrolle*

Gemäß Art. 2 (3) der Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004,<sup>84</sup> „FKVO“) sind „Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt (...) erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, (...) für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären“. Während Art. 101 und 102 AEUV an gegenwärtige Marktverhältnisse in der Union anknüpfen, erlaubt es die Fusionskontrolle jedenfalls im Grundsatz auf erwartete zukünftige Entwicklung zu reagieren. Damit wird es jedenfalls theoretisch möglich, an Marktverzerrungen in China anzuknüpfen, soweit diese bei Zusammenschlussvorhaben zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs (auch) in der EU führen. Drei Fragestellungen möchte ich kurz ansprechen: (i) die Möglichkeit, die Marktmacht verschiedener SoE zusammen zu betrachten, (ii) die Relevanz von Wettbewerbsvorteilen durch staatliche Eingriffe und (iii) die eher grundsätzliche Frage nach den Grenzen der EU-fusionskontrollrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten vor dem Hintergrund der Rechtsgrundlage der Fusionskontrollverordnung.

##### *i. Zusammenbetrachtung chinesischer State owned Enterprises*

Die Frage der Zusammenbetrachtung mehrerer chinesischer SoE insbesondere bei der Analyse von Zusammenschlussvorhaben, stellt sich auf drei Ebenen. Erstens könnte es schon an einem „kontrollfähigen“ Zusammenschluss fehlen, wenn mehrere dem chinesischen Staat gehörende Unternehmen sich zusammenschließen, soweit diese schon (vorher) eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dann nämlich fehlt es am Kontrollerwerb.<sup>85</sup> Zweitens stellt sich die Frage, ob, wenn ein chinesisches SoE ein z.B. bisher selbständiges europäisches Unternehmen kauft, für die Ermittlung der Umsatzschwellen die Umsätze anderer chinesischer SoE zu berücksichtigen sind. Und drittens bleibt materiell zu prüfen, ob die Marktpositionen anderer SoE (und die Koordinierungsmaßnahmen des chinesischen Staates) bei der Frage berücksichtigt werden können, welche Auswirkungen das Zusammenschlussvorhaben zukünftig auf den Wettbewerb im Binnenmarkt haben wird.

Die erste Punkt zeigt, dass beim Thema „Zusammenbetrachtung“ Vorsicht geboten ist, um nicht über eine Erweiterung des Begriffs der wirtschaftlichen Einheit die Ein-

84 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 („FKVO“), (Fn. 79).

85 Vergl. Art. 3 FKVO.

griffs- und Kontrollrechte der Kommission in Bezug auf chinesische Zusammenschlussvorhaben auszuhöhlen.<sup>86</sup>

Zum zweiten Punkt gibt es in Art. 5 (4) FKVO eine gesetzliche Regelung, die am Konzept der wirtschaftlichen Einheit anknüpft und die sich von vergleichbaren nationalen Vorschriften im Detail unterscheidet.<sup>87</sup> Die bisherige Praxis der Kommission und Stimmen in der Literatur zeigen, dass die Kommission die besondere Rolle des Staates als „Unternehmer“ für die Zurverfügungstellung vieler öffentlicher Dienstleistungen berücksichtigt, indem sie die Zusammenrechnung auf relevante funktionale Einheiten beschränkt.<sup>88</sup> Diesem Ansatz wurde bisher auch für Drittstaaten gefolgt. Dabei kann man allerdings berechtigterweise die Frage aufwerfen, ob angesichts der mangelnden Transparenz hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse und des Einflusses des Staates in manchen Drittstaaten (wie China oder Russland) insofern andere Maßstäbe gelten sollten.<sup>89</sup> Sind Änderungen gewünscht, empfiehlt sich eine Klarstellung durch den Gesetzgeber.

Drittens schließlich hat die Kommission bei der Analyse der Frage, wie die Wettbewerbsstruktur sich nach der Durchführung des Zusammenschlussvorhabens darstellen wird, ein weites Ermessen. Soweit sich daher Anhaltspunkte dafür ergeben, dass wegen der Koordination des Verhaltens der chinesischen Marktteilnehmer der wettbewerbliche Einfluss einzelner Beteiligter größer ist, als ihr Marktanteil vermuten lässt, oder dass sich Koordinierungseffekte ergeben oder verstärken, die aus der engen, staatlich geführten Koordination chinesischer Wettbewerber folgen, so sehe ich keinen Grund, warum diese Probleme nicht auch schon heute, auf der heutigen gesetz-

86 Vergl. dazu das soeben zu Art. 102 AEUV gesagte.

87 Vergl. *Bundeskartellamt*, Der Staat als Unternehmer – (Re-)Kommunalisierung im wettbewerbsrechtlichen Kontext – Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 2. Oktober 2014, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Der%20Staat%20als%20Unternehmer.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Der%20Staat%20als%20Unternehmer.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (01.07.2020), S. 13: „Nach der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB werden kommunale Unternehmen dann als Konzernverbund angesehen, wenn die Kommune jeweils die Möglichkeit zur beherrschenden Einflussnahme hat. Dann werden beispielsweise Umsätze von Sparkassen, Krankenhäusern und Stadtwerken gegenseitig zugerechnet. Im Rahmen der 8. GWB-Novelle gab es Bestrebungen, die europäische Verbundklausel des Art. 5 Abs. 4 FKVO zu übernehmen. Nach der europäischen Praxis findet eine Zurechnung von Umsätzen dann nicht statt, wenn öffentliche Unternehmen eine mit autonomer Entscheidungsbefugnis ausgestattete wirtschaftliche Einheit bilden.“ Zur Interpretation von § 36 Abs. 2 GWB vergl. auch Christiansen/Knebel, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 273 (m.w.N.).

88 Vergl. etwa Trapp, (Fn. 57) Abschnitt B.; unter Hinweis auf Europäische Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, berichtigte Fassung v. 21.02.2009, ABl. v. 21.02.2009, C 43, S. 10, Rn. 193, 194, unter Hinweis auf den Erwägungsgrund 22 der FKVO.

89 Körber, in: Immenga/Mestmäcker, FKVO Art. 5, Rn. 79 a.E., unter Hinweis auf die Entscheidungspraxis der Kommission, u.a. Beschl. v. 31.03.2011, M.6082., *China National Bluestar/Elkem*, Rn. 8 ff.; Beschl. v. 19.05.2011, M.6113, DSM/Sinochem/JV, Rn. 8 ff.; Beschl. v. 01.07.2015, M.7643, *CNRC/Pirelli*, Rn. 10 ff.; s.a. Beschl. v. 08.03.2013, M.6801, *Rosneft/TNK-BP*.

lichen Grundlage berücksichtigungsfähig wären.<sup>90</sup> Sinnvoll scheint mir eine solche Berücksichtigung allemal.

### ii. Relevanz staatlich sanktionierter Wettbewerbsvorteile in China

Von verschiedener Seite wird angeregt, bei der Analyse der nach einem Zusammenschluss zu erwartenden Wettbewerbssituation in der Union auch zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsverzerrungen in China sich auf den Wettbewerb in der Union auswirken,<sup>91</sup> sei es, weil ein am Zusammenschlussvorhaben beteiligtes chinesisches Unternehmen seine Vorteile aus China auf den Binnenmarkt „exportieren“ kann, sei es, weil bei der Fusion von zwei nicht-chinesischen Unternehmen die aktuelle und potenzielle Marktmacht chinesischer Wettbewerber berücksichtigt werden müsse. Dazu gehört auch die Frage, inwieweit Subventionen oder abgeschottete Heimatmärkte bei der Beurteilung der zukünftigen Marktstruktur oder des zukünftigen Marktverhaltens in der EU berücksichtigt werden können.

Auch insoweit erlaubt meines Erachtens die gegenwärtige Rechtslage all diese Faktoren zu berücksichtigen. Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit die Existenz solcher Einflussfaktoren nachgewiesen werden kann bzw. wie wahrscheinlich es ist, dass die o.g. Faktoren das Marktgeschehen auf dem Binnenmarkt tatsächlich beeinflussen. In dem insoweit oft zitierten Siemens-Alstom-Verfahren hat die Kommission die grundsätzliche Relevanz chinesischer Wettbewerber nicht bestritten, diese nur im konkreten Einzelfall für nicht ausreichend nachgewiesen gehalten.<sup>92</sup>

### iii. Grenzen der Fusionskontrolle

Die Fusionskontrolle ist allerdings auch kein Mittel, mit dem sich die Probleme aus der staatlichen Marktbeeinflussung in China grundsätzlich bekämpfen lassen. Zum einen setzen Maßnahmen der Fusionskontrolle voraus, dass überhaupt relevante Zusammenschlussvorhaben existieren, weil die Beteiligten in der Union (oder im EWR) die vorgesehenen Umsatzschwellen erreichen. Das macht die Fusionskontrolle zu einem eher selektiven Instrument mit begrenzter Reichweite, wenn es darum geht, Mittel gegen Marktbeeinflussungen in China zu finden.

Außerdem basiert die europäische Fusionskontrolle auf Art. 103 und 352 AEUV. Art. 103 sieht den Erlass von Durchführungsmaßnahmen zu Art. 101 oder 102 AEUV

90 Unabhängig von der Sondersituation Chinas ist z.B. anerkannt, dass die Kommission das zu erwartende Verhalten unbeteiligter Drittunternehmen z.B. in oligopolistischen Märkten berücksichtigen kann, vergl. EuGH, Rs. C-68/94 u.a., *Frankreich/Kommission*, ECLI:EU:C:1998:148, Rn 165 ff.; EuG, Rs. T-102/96, *Gencor/Kommission*, ECLI:EU:T:1999:65, Rn. 125 ff.

91 Vergl. Bertelsmann Stiftung, *Beyond investment screening*, (Fn. 1), S. 14; BDI Policy Paper China, (Fn. 1), S. 14.

92 Vergl. Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 6. Februar 2019 zur Feststellung der Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen, Sache M.8677, *Siemens/Alstom*, ABl. v. 05.09.2019, C 300, S. 14; vergl. aber den Ansatz des BKartA hinsichtlich der Fusion Vossloh/CRRC – Rangierlokomotiven, Fallbericht v. 27.04.2020, Az: B4-115-19.

vor, die beide vor allem dem Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt verpflichtet sind. Art. 352 AEUV ermöglicht ein Tätigwerden der Union, auch ohne ausdrückliche Zuständigkeit, in einem „*in den Verträgen festgelegten Politikbereich (...) um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen*“. Trotz der Unbestimmtheit und Weite von Art. 352 AEUV wäre es wohl problematisch auf dieser Grundlage Maßnahmen zu beschließen, mit denen vor allem Marktverzerrungen in China bekämpft werden sollen. Auch deshalb kann die Fusionskontrolle nur insoweit zu einer Strategie gegen Marktverzerrungen in China beitragen, als sich diese auf den Binnenmarkt auswirken.

### 3. Bewertung

Auch das Wettbewerbsrecht kann deshalb nicht alle Auswirkungen kompensieren, die durch die staatlichen Eingriffe in den Markt in China entstehen. Vielmehr verbleiben erhebliche Lücken. Wettbewerbsrechtliche Maßnahmen sind – angesichts des Auswirkungsprinzips – aber grundsätzlich möglich, soweit sich hinreichend konkrete Auswirkungen auf den Wettbewerb im Binnenmarkt ergeben. Allerdings ist die eigentliche Stoßrichtung des Wettbewerbsrechts eine andere; es kann daher nur Sekundärerscheinungen des eigentlichen Problems adressieren. Dennoch handelt es sich um ein wichtiges, weil auch im internationalen Kontext anerkanntes System. Als Teil eines Gesamtkonzepts kommt deshalb auch dem Wettbewerbsrecht eine bedeutende Einfluss- und Korrekturfunktion zu.

## BIBLIOGRAPHIE

- ANDERSON, HANNAH; GOLDFIELD, LEON, *The Cost of Capital in China's Changing Markets*, J. P. Morgan Asset Management Portfolio Insights, 2018, abrufbar unter: <https://am.jpmorgan.com/gi/getdoc/1383498222387> (01.07.2020)
- CHRISTIANSEN, ARNDT; KNEBEL, JUTTA, § 36 GWB, in: Montag, Frank; Säcker, Franz Jürgen; Bien, Florian; Meier Beck, Peter (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2020
- ESPINOZA, JAVIER; FLEMING, SAM, *Margrethe Vestager examines curbs on non-EU state-backed companies*, Financial Times, 16.12.2019
- FANG, DONG, *EU – Price Comparision Methodologies (DS516): Interpretation of Section 15 of China's WTO Accession Protocol*, in: Bungenberg, Marc; Hahn, Michael; Herrmann, Christoph; Müller-Ibold, Till (Hrsg.), *The Future of Trade Defence Instruments*, 2018, S. 107-124
- FERRI, GIOVANNI; LIU, LI-GANG, *Honor Thy Creditors Befor an Thy Shareholders: Are the Profits of Chinese State-Owned Enterprises Real?*, Asian Economic Papers, 2010, Vol. 9, No. 3, S. 50-71
- HUOTARI, MIKKO; KRATZ, AGATHA, *Beyond investment screening Expanding Europe's toolbox to address economic risks from Chinese state capitalism*, Bertelsmann Stiftung Report, October 2019

- KÖRBER, THORSTEN, FKVO, in: Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Fusionskontrolle: Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht*
- LARDY, NICOLAS R., *The state strikes back : the end of economic reform in China?*, Washington DC, 2019
- MAIR, STEFAN; STRACK, FRIEDOLIN; SCHAFF, FERDINAND, *Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?*, BDI Grundsatzpapier China, Januar 2019
- MESSERLIN, PATRICK A., *Should Antidumping Rules Be Replaced by National or International Competition Rules*, World Competition, 1994, Vol. 18, No. 3, S. 37-54
- MOLNAR, MARGIT; LU, JIANGYUAN, *State-Owned Firms Behind China's Corporate Dept*, OECD Economic Department Working Papers No. 1536, 2019, abrufbar unter: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=ECO/WKP\(2019\)5&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=ECO/WKP(2019)5&docLanguage=En) (01.07.2020)
- MÜLLER, WOLFGANG, *The EU's new Trade defence laws*, in: Bungenberg, Marc; Hahn, Michael; Herrmann, Christoph; Müller-Ibold, Till (Hrsg.), *The Future of Trade Defence Instruments*, 2018, S. 45-62
- MÜLLER-IBOLD, TILL, *Antidumping and Competition Law – Common Origin, a Life of their own and Peaceful Coexistence*, in: J. Kokott u.a. (Hrsg.), *Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht*, Festschrift für Dirk Schroeder, Köln 2018, S. 541-575
- MÜLLER-IBOLD, TILL; HERRMANN, CHRISTOPH, *Die Entwicklung des europäischen Außenwirtschaftsrechts*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2018, Vol. 18, S. 749-756
- TIETJE, CHRISTIAN; SACHER, VINZENZ, *The new Antidumping methodology of the European Union: A breach of WTO law?*, in: Bungenberg, Marc; Hahn, Michael; Herrmann, Christoph; Müller-Ibold, Till (Hrsg.), *The Future of Trade Defence Instruments*, 2018, S. 89-105
- TREBILCOCK, MICHAEL J.; HOWSE ROBERT; ELIASON, ANTONIA, *The Regulation of International Trade*, London, 2005
- URBŠIENĖ, LAIMUTĖ; NEMUNAITYTĖ, VIKTORIJA; ZATULINAS, ARTŪRAS, *Comparison of Premiums of Chinese and European Companies in Merger and Acquisitions in Europe*, Organizations & Markets in Emerging Economies, 2015, Vol. 6, No. 2, S. 67-102
- VERMULST, EDWIN; SUD, JUHI DION, *The new rules adopted by the European Union to address “significant distortions” in the anti-dumping context*, in: Bungenberg, Marc; Hahn, Michael; Herrmann, Christoph; Müller-Ibold, Till (Hrsg.), *The Future of Trade Defence Instruments*, 2018, S. 63-87
- VINER, JACOB, *Dumping: a problem in international trade*, Chicago, 1923
- WOOTON, IAN; ZANARDI, MAURIZIO, *Trade and Competition Policy: Anti Dumping versus Anti trust*, Glasgow, 2002

WRIGHT, LOGAN; ROSEN, DANIEL, *Credit and Credibility: Risks to China's Economic Resilience*, Washington DC, 2018, abrufbar unter: [https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/181003\\_CreditandCredibility\\_final.PDF?\\_WNS0vtP\\_qsWMtScnNdT.wxxnyEd1pUf](https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/181003_CreditandCredibility_final.PDF?_WNS0vtP_qsWMtScnNdT.wxxnyEd1pUf) (01.07.2020)

