

§ 12 Das Beihilfenrecht als Innovationsmotor für das Welthandelsrecht?

Jonathan Seebach

I.	Einleitung	264
II.	Das WTO – Beihilfenregime	265
	1. Gegenwärtiger Stand der internationalen Subventionsregulierung	265
	a. Tatbestand	266
	aa. Bestand	266
	bb. Kritik und Vergleich mit dem Beihilfenrecht	267
	b. Abgrenzung zwischen schädlichen und nützlichen Maßnahmen (Ausnahme- und Rechtfertigungstatbestände)	268
	aa. Bestand	268
	bb. Kritik und Vergleich mit dem Beihilfenrecht	269
	c. Durchsetzungs- bzw. Streitbeilegungsmechanismus	270
	aa. Bestand	270
	bb. Kritik und Vergleich mit dem Beihilfenrecht	271
	2. Zwischenergebnis	276
III.	Abkommensvorschlag mit Erläuterungen	277
	1. Abkommensvorschlag	277
	2. Erläuterungen zum Abkommensvorschlag	280
	a. Artikel 1 MIVSB	280
	aa. Art. 1 I MIVSB	280
	bb. Art. 1 II MIVSB	280
	cc. Art. 1 III MIVSB	282
	dd. Art. 1 IV MIVSB	282
	b. Art. 2 MIVSB	282
	c. Art. 3 MIVSB	284
	aa. Kein Ermessen	285
	bb. Die Gemeinsamen Interessen der Vertragsparteien	285
	d. Art. 4 MIVSB	286
	e. Art. 5 MIVSB	287
	f. Art. 6 MIVSB	287
	g. Art. 7 MIVSB	288
	3. Zwischenergebnis	288
IV.	Fazit und Ausblick	288

I. Einleitung

In den vorangegangenen Aufsätzen ist deutlich geworden, dass das Europäische Beihilfenrecht im Kontext der Europäischen Wirtschaftsordnung zwar ein wichtiges Ordnungsprinzip und einen Innovationsmotor darstellt, seine praktische Anwendung aber besonders bei Steuerbeihilfen häufig Probleme bereitet. Von dieser Erkenntnis ausgehend, kann man zwei Fragen stellen.

Erstens, ob das Beihilfenrecht seiner Idee nach ein Ordnungsprinzip nicht nur für die Europäische Wirtschaftsordnung, sondern auch für die Weltwirtschaftsordnung sein könnte. Dazu müsste zunächst geklärt werden, ob und inwieweit das existierende welthandelsrechtliche Subventionsregime, das Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (Im Folgenden: ASCM) unter dem Dach der Welthandelsorganisation (Im Folgenden: WTO) der Innovation bedarf. Dann muss entschieden werden, ob das Europäische Beihilfenrecht seiner Idee nach diese Innovation sein kann.

Zweitens muss man sich, wenn die erste Frage bejaht wird, die Frage stellen, wie man es vermeidet, die identifizierten Probleme bei der Anwendung auf Steuerbeihilfen in alle Welt zu „exportieren“. Dieser Beitrag möchte daher einen Vorschlag machen, wie sich ein Beihilfenverbot für Steuerbeihilfen formulieren ließe.

In Zusammenführung beider Überlegungen kann man zuletzt erwägen, Steuerbeihilfen ganz aus dem Anwendungsbereich des Art. 107 AEUV herauszunehmen und sie in Anerkennung ihrer Eigenartigkeit dem neuen völkerrechtlichen Regime zu unterwerfen. Dieses könnte über eine Vertragsänderung in das Europäische Primärrecht integriert werden und würde dann, dem oben Skizzierten folgend, eine Doppelfunktion als Europäisches und Globales Ordnungsprinzip erhalten.

Aus diesen Zielen ergibt sich folgender Untersuchungshergang: Zunächst soll kurz¹ das ASCM analysiert werden, um möglichen Innovationsbedarf zu identifizieren. Die identifizierten Fragen müssen dann darauf untersucht werden, ob das Europäische Beihilfenrecht auf diese Probleme eine Antwort geben kann (1.).

¹ In diesem Beitrag kann selbstverständlich keine erschöpfende Darstellung erfolgen, insoweit wird auf die zitierte Literatur verwiesen.

Anhand dieser Analyse wird ein Entwurf für ein „Multilaterales Instrument zur Vermeidung von Steuerbeihilfen“ (Im Folgenden: MIVSB) mit Erläuterung vorgestellt. Anhand dieses Entwurfes wird zu zeigen sein, dass die Stärken des Beihilfenrechts für das Welthandelsrecht fruchtbar gemacht werden können, ohne dessen Schwächen fortzutragen (2.).

Schließen soll der Beitrag mit einer Zusammenfassung und einem Ausblick, ob und inwieweit der Abschluss eines solchen Abkommens realistisch ist (3.).

Zuletzt ist anzumerken, dass viele der in diesem Artikel diskutierten Fragen sich nicht nur für Steuersubventionen unter dem Regime des ASCM stellen, sondern generell für das ASCM an sich. Eine Reform des gesamten ASCM (nicht nur im Bezug auf Steuerbeihilfen) zu diskutieren, würde den Rahmen dieses Artikels sprengen; daher wird davon abgesehen.

II. Das WTO – Beihilfenregime

1. Gegenwärtiger Stand der internationalen Subventionsregulierung

Neben dem Beihilfenrecht der Art. 107 ff. AEUV der Europäischen Union wird die Vergabe von Subventionen durch Staaten an Unternehmen auf internationaler Ebene nur durch das ASCM der WTO geregelt.

Das ASCM ist in das General Agreement on Tariffs and Trade (i.F. GATT) integriert. Während das GATT Handelshemmnisse in Form von Zöllen und Dumping vermeiden soll, richtet sich das ASCM gegen die Behinderung des internationalen Handels und Wettbewerbs durch die Vergabe von Subventionen an inländische Unternehmen.²

² C. Nowak, in: *M. Hilf/S. Oeter* (Hrsg.), *WTO-Recht*, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 2; C. Tietje, in: *C. Tietje* (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 1. Aufl. 2009, § 3, Rn. 158 ff.

a. *Tatbestand*

aa. Bestand

Die staatlichen Maßnahmen, die in den Anwendungsbereich des ASCM fallen, werden von Art. 1 ASCM bestimmt. Nach Art. 1 ASCM bedarf es für das Vorliegen einer Subvention einer finanziellen Förderung eines Unternehmens durch eine Vertragspartei, Art. 1.1 (a) ASCM, die diesem Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil verschafft, Art. 1.1 (b) ASCM. Steuersubventionen (oder Steuerbeihilfen nach Europäischer Terminologie) werden vom ASCM ausdrücklich als eine Form erfasster Subventionen genannt, Art. 1.1 (a) (ii) ASCM.

Weiterhin unterscheidet das ASCM die erfassten Maßnahmen dann in Subventionen mit prohibitiver Wirkung gem. Art. 3 ASCM und solche Subventionen, die „angreifbar“ sind.³

Subventionen, die unter Art. 3 ASCM fallen, also Exportsubventionen an inländische Unternehmen oder Subventionen, die ausländische Waren gegenüber inländischen Waren diskriminieren, sind ohne weiteres verboten, Art. 4 ASCM. Art. 3-Subventionen gelten dabei immer als spezifisch i.S.d. Art. 2 ASCM (bzw. selektiv in EU-Terminologie (so bereits Art. 1.2 ASCM, jedenfalls aber Art. 2.3 ASCM)).

Subventionen, die nicht unter Art. 3 ASCM fallen, also lediglich „angreifbar“ sind, müssen weitere Voraussetzungen erfüllen, damit sie durch die WTO sanktioniert werden können. Zunächst müssen sie spezifisch sein, Art. 1.2, 2 ASCM. Darüber hinaus sind nichtdiskriminierende Subventionen nur verboten, wenn sie die Voraussetzungen der Art. 4 und 5 ASCM erfüllen, mithin die heimische Industrie eines anderen Mitglieds schädigen oder in sonstiger Form einem anderen Mitgliedstaat spürbaren Schaden zufügen, Art. 4, 5 ASCM.

Generell erfasst das ASCM nur produktbezogene Subventionen, die Subventionierung von Dienstleistungen ist nicht erfasst.⁴

³ C. Nowak, in: *M. Hilf/S. Oeter* (Hrsg.), *WTO-Recht*, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13; G. Luengo *Hernandes de Madrid*, *Regulation of Subsidies and State Aids in WTO and EC law*, 1. Aufl. 2007, S. 98; M. Slotboom, *Subsidies in WTO Law and EC Law: Broad and Narrow Definitions*, *Journal of World Trade* 2002, 517 (519).

⁴ C. Nowak, in: *M. Hilf/S. Oeter* (Hrsg.), *WTO-Recht*, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 1.

bb. Kritik und Vergleich mit dem Beihilfenrecht

Der Subventionstatbestand des ASCM ist insbesondere dafür kritisiert worden, dass er nur Waren bzw. Produkte erfasst. Ein großer Anteil des weltweiten BIP und auch des weltweiten Handels entfällt heutzutage auf Dienstleistungen.⁵ Daraus ergibt sich, dass ein großer Teil des Welthandels vom welthandelsrechtlichen Subventionsregime gar nicht erst erfasst wird und damit unreguliert bleibt. Der Tatbestand des ASCM ist damit veraltet und zu eng, um der Realität des internationalen Handels gerecht zu werden.

Der Subventionsbegriff des ASCM steht dem Begriff der Beihilfe des Art. 107 Abs. 1 AEUV relativ nah.⁶ Jedoch ist der Begriff der Beihilfe in Art. 107 AEUV in zweierlei Hinsicht weiter als der des ASCM. Erstens erfasst das ASCM als Teil des GATT nur Maßnahmen mit Produktbezug. Art. 107 AEUV versteht sich demgegenüber als Teil einer umfassenden Wirtschaftsordnung:⁷ Erfasst sind sämtliche Vorteile, die einem Unternehmen zugutekommen. Art. 107 AEUV verbietet damit nicht nur die Subventionierung von Produkten, sondern Subventionierung überhaupt.⁸

Zweitens stellt das ASCM, jedenfalls für den Regelfall in Art. 4,5 ASCM, ein Spürbarkeitserfordernis auf. Ob Art. 107 Abs. 1 AEUV ein Spürbarkeitserfordernis kennt, ist zwar umstritten,⁹ wird aber von der herrschenden Meinung und insbesondere vom EuGH in ständiger Rechtsprechung

⁵ *F.-C. Laprèvote/S. Kang*, *European State Aid Law Quarterly* 2011, 445 (445).

⁶ Ein Vergleich findet sich auch bei *G. Luengo Hernandez de Madrid*, *Regulation of Subsidies and State Aids in WTO and EC Law*, 1. Aufl. 2007, S. 544 ff., der aber zu dem Ergebnis kommt, die WTO-Definition sei breiter, da sie keine Kosten der öffentlichen Hand verlange.

⁷ *A. Bartosch*, *EU-Beihilfenrecht*, 2. Aufl. 2016, Einleitung, Rn. 1; *C. Koenig/M. Hellstern*, in: *P.-C. Müller-Graff/A. Hatje* (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. IV, *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht*, 1. Aufl. 2010, § 14, Rn. 1 ff.; *M. Slotboom*, *Subsidies in WTO Law and EC Law: Broad and Narrow Definitions*, *Journal of World Trade* 2002, 517 (517).

⁸ *M. Bungenberg*, in: *A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich* (Hrsg.), *Europäisches Beihilfenrecht*, 1. Aufl. 2013, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 1.

⁹ *M. Segura Catalán/W. Mederer*, in: *H. Schröter/T. Jakob/R. Klotz/W. Mederer* (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage 2014, Art. 107 AEUV, Rn. 63; in diesem Band dazu auch: *S. Langner*, *HFSt* 8 (2018), 161 (178 ff.) unter § 8 V.

verneint.¹⁰ Auch insoweit ist der Beihilfenbegriff des Art. 107 AEUV weiter als der des ASCM.

Der Beihilfentatbestand des Art. 107 AEUV ist damit in der Lage, sämtliche staatliche Eingriffe in den Wettbewerb zu erfassen. Art. 107 AEUV umfasst wirtschaftliche Vorgänge jeder Art, sodass unabhängig von der strukturellen Entwicklung der Wirtschaft keine Gefahr der Veralterung des Begriffs besteht.

Auch das Nichtbestehen eines Spürbarkeitskriteriums wird als für eine effektive Beihilfenkontrolle vorteilhaft angesehen: Eine übermäßige Belastung des Rechtsanwenders mit wirtschaftlichen Analysen werde vermieden, und somit eine zeitnahe Kontrolle zumindest aller relevanten Beihilfen ermöglicht.¹¹

Auf Tatbestandsebene kann eine Orientierung am Beihilfenverbot der Art. 107 ff. AEUV auf das welthandelsrechtliche Subventionsregime innovativ wirken, wobei die Anpassung des Tatbestandes an aktuelle wirtschaftliche Realitäten im Vordergrund stünde.

b. Abgrenzung zwischen schädlichen und nützlichen Maßnahmen (Ausnahme- und Rechtfertigungstatbestände)

aa. Bestand

In der ursprünglichen Fassung von 1997 kannte das ASCM drei verschiedene Kategorien von Subventionen: verbotene Subventionen, angreifbare Subventionen und erlaubte Subventionen gem. Art. 8 ff. ASCM¹². Diese Aufteilung war dem Grundgedanken geschuldet, dass Subventionen in bestimmten Fällen durchaus ein legitimes Mittel zur Förderung bestimmter Anliegen sein können.¹³ 1999 wurden die Art. 8 ff. ASCM dann jedoch durch Zeitablauf unanwendbar, eine Neuverhandlung der „green-light-

¹⁰ Statt vieler: *EuGH v. 24.07.2003*, Rs. C-280/00 (*Altmark Trans*), Rn. 81, *EuGH v. 21.03.1990*, Rs. C-142/87 (*Tubemeuse*), Rn. 43 m.w.N.

¹¹ Von einer „Sisyphosarbeit“ spricht: *F. Bührle*, Gründe und Grenzen des EG-Beihilfenverbots, 1. Auflage 2005, S. 314; *C. Koenigl / J. Kühling / N. Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 1. Auflage 2002, S. 84.

¹² *M. Trebilcock / R. Howse*, The Regulation of International Trade, 2. Auflage 1999, S. 196.

¹³ Umfassend zu den Verhandlungen zum ASCM: *G. Luengo Hernandez de Madrid*, Regulation of Subsidies and State Aids in WTO and EC law, S. 84 ff.

subsidies“ unterblieb.¹⁴ Daraus ergibt sich, dass der Zweck einer Subvention für ihre Beurteilung nach dem ASCM keine Rolle mehr spielt.

bb. Kritik und Vergleich mit dem Beihilfenrecht

Diese Entwicklung ist in zweierlei Hinsicht misslich:

Zum einen sind Wirtschaftsbereiche denkbar, in denen Wettbewerb überhaupt nur durch staatliche Subventionen erst entstehen kann, weil anderenfalls die Einstiegsschwellen für neue Wettbewerber zu hoch wären.¹⁵ Paradebeispiel ist der Sektor der zivilen Luftfahrt.¹⁶ Gleiches kann aber in ähnlicher Weise für andere kapital- und forschungsintensive Branchen gelten¹⁷: Neueinsteiger sind in diesen Branchen häufig nicht in der Lage, die forschungs- und damit kostenintensive Phase der Anfangsverluste ohne staatliche Hilfe zu überstehen. Konsequenz ist ein Stagnieren des Wettbewerbes und damit auch der Innovation in Sektoren, die von der Innovation leben.¹⁸

Zum zweiten ist es denkbar, dass die Rechtsanwendung versucht, dem obigen Bedürfnis nachzukommen, ohne dass dies im Tatbestand angelegt wäre. Eine Überlastung der noch existierenden Tatbestandsmerkmale wäre damit die Folge. Etwa könnte das „Spürbarkeitserfordernis“ gem. Art. 4, 5 ASCM je nach Zwecksetzung der Maßnahme unterschiedlich und damit im Hinblick auf seine ursprüngliche Funktion falsch ausgelegt werden. Im Ergebnis birgt das Fehlen einer Rechtfertigungsmöglichkeit damit Gefahr für die stringente Auslegung des Gesamtsystems in sich.

Im Gegensatz dazu kennt das Beihilfenrecht in Art. 107 Abs. 2 AEUV einen Katalog von Beihilfen, die als mit dem Binnenmarkt vereinbar und damit

¹⁴ C. Nowak, in: *M. Hilf/S. Oeter* (Hrsg.), *WTO-Recht*, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13.

¹⁵ R. Lee, *Dogfight: Criticising the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Amidst the Largest Dispute in World Trade Organization History*, N.C.J.Intl.'IL & Com. Bd. 32, 2006, 115 (150 ff.).

¹⁶ R. Lee, *Dogfight: Criticising the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Amidst the Largest Dispute in World Trade Organization History*, N.C.J.Intl.'IL & Com. Bd. 32, 2006, 115 (149).

¹⁷ Für den Sektor der erneuerbaren Energien etwa vgl. *Rubini*, *Ain't wasting Time No More, Subsidies for Renewable Energies, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform*, *Journal of International Economic Law* 2012, 525 (528 ff.).

¹⁸ R. Lee, *Dogfight: Criticising the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Amidst the Largest Dispute in World Trade Organization History*, N.C.J.Intl.'IL & Com. Bd. 32 (2006), 115 (149 ff.).

als erlaubt angesehen werden. Art. 107 Abs. 3 AEUV ermöglicht es der Kommission zudem, nach ihrem Ermessen bestimmte Beihilfen zuzulassen.¹⁹ Damit bietet das Beihilfenrecht des AEUV die Möglichkeit einer differenzierten Abgrenzung zwischen „nützlich“ und „schädlich“ und ist damit eher als das ASCM-Regime dazu geeignet, dem wirtschaftlichen Phänomen des staatlichen Markteingriffes regulatorisch gerecht zu werden.²⁰

Auch im Bezug auf die Abgrenzung zwischen „nützlichen“ und „schädlichen“ Markteingriffen, die im ASCM häufig gar nicht oder nur schematisch erfolgt, kann das europäische Beihilfenrecht als Innovationsmotor für das überkommene WTO-Subventionsregime fungieren.

c. Durchsetzungs- bzw. Streitbeilegungsmechanismus

aa. Bestand

Das ASCM legt den Streitbeilegungsmechanismus sowie die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Subventionierungsverbot („remedies“) in Art. 4 ASCM (für verbotene Beihilfen) und Art. 7 ASCM (für nur angreifbare Beihilfen) fest. Kernstück des Streitbeilegungsmechanismus des ASCM ist der Dispute Settlement Body (DSB).

Die erste Stufe stellt das Konsultationsverfahren dar. Ein Mitgliedstaat, der meint, ein anderer Mitgliedstaat habe zu seinen Lasten verbotene Subventionen gewährt, kann verlangen, dass dieser Mitgliedstaat in ein informelles Verständigungsverfahren mit ihm eintritt, Art. 4.1-4.4 ASCM bzw. Art. 7.1-7.4 ASCM. Kommt es im Rahmen dieses Verständigungsverfahrens nicht zu einer Einigung zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten, kann gem. Art. 4.4 bzw. 7.4 ASCM die Einberufung eines Expertenpanels durch den DSB verlangt werden. Dieses Panel entscheidet dann über die Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem ASCM, Art. 4.5 ASCM bzw. Art. 7.5 ASCM. Gegen die Entscheidung des Panels (report) ist eine Berufung zum Appellate Body möglich, Art. 4.8 ff. bzw. Art. 7.6 ff. ASCM.

¹⁹ J. Kühling, in: R. Streinz (Hrsg.) EUV/AEUV, 2. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV, Rn. 108.

²⁰ Nicht im Bezug auf Art. 107 Abs. 3 AEUV, sondern des Tatbestandsmerkmals „auf staatliche Kosten“ in dieselbe Richtung: *Rubini*, Ain't wasting Time No More, Subsidies for Renewable Energies, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform, *Journal of International Economic Law* 2012, 525 (569).

Kommt eine Entscheidung des Panels oder des Appellate Body zu dem Ergebnis, dass es sich bei der fraglichen Maßnahme um eine nach dem ASCM verbotene Subvention handelt, fordert es den Mitgliedstaat, der das ASCM verletzt hat, auf, diese Maßnahme innerhalb einer angemessenen Zeitspanne zurückzuziehen, Art. 4.7 bzw. Art. 7.8 ASCM. Soweit der Mitgliedstaat dieser Aufforderung nicht nachkommt, kann der DSB, gewissermaßen als ultima ratio, dem verletzten Mitgliedstaat erlauben, Strafzölle auf die unerlaubt subventionierten Produkte zu erheben („countervailing measures“), Art. 4.10 ASCM bzw. Art. 7.9 ASCM.²¹ Darüber hinausgehende Maßnahmen gegen den „verletzenden“ Mitgliedstaat stehen dem DSB nicht zur Verfügung.²²

bb. Kritik und Vergleich mit dem Beihilfenrecht

Der Streitbeilegungsmechanismus des DSB und der WTO im Allgemeinen gilt in der völkerrechtlichen Diskussion als in überdurchschnittlichem Maße verrechtlicht.²³ Er gilt daher nicht selten als besonders vorbildlich im Vergleich zu anderen völkerrechtlichen Konfliktbeilegungsmechanismen.²⁴

Bei isolierter Betrachtung wird jedoch deutlich, dass der Streitbeilegungsmechanismus des ASCM seinen eigentlichen Zweck nur unzureichend erfüllt.²⁵ Die einzige Möglichkeit des DSB, die Mitgliedstaaten zum Beenden

²¹ P. Eeckhout, Remedies and Compliance, in: D. Bethlehem/D. McRae/R. Neufeld/I. Van Damme (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 1. Aufl. 2009, 435 (453).

²² Überblick über das Verfahren m.W.n. bei T. Ebner, *Streitbeilegung im Welthandelsrecht*, 1. Aufl. 2005, S. 23.

²³ T. Ebner, *Streitbeilegung im Welthandelsrecht*, 1. Aufl. 2003, S.24 m.w.N.; S. McGuire, *Between Pragmatism and Principle: Legalization, Political Economy and the WTO's Subsidy Agreement*, *The International Trade Journal* 2002, 319 (322); J. Goldstein/L. Martin, *Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note*, *International Organization* 2000, S. 603 (603).

²⁴ T. Ebner, *Streitbeilegung im Welthandelsrecht*, 1. Aufl. 2003, S. 24; McGuire, *Between Pragmatism and Principle: Legalization, Political Economy and the WTO's Subsidy Agreement*, *The International Trade Journal* 2002, 319 (339); C. Nowak, in M. Hilf/S. Oeter (Hrsg.), *WTO-Recht*, 2. Aufl. 2010, § 13, Rn. 21.

²⁵ N. Meier-Kaienburg, *The WTO's Toughest Case: An Examination of Effectiveness of the WTO Dispute Resolution Procedure in the Airbus-Boeing Dispute over Aircraft Subsidies*, *Journal of Air Law and Commerce*, *Journal of Air Law and Commerce* 2006,

der Subventionierung zu „zwingen“, besteht darin, den geschädigten Mitgliedstaaten Gegenmaßnahmen („countervailing measures“ „countermeasures“) zu erlauben.²⁶ Ob der geschädigte Mitgliedstaat jedoch tatsächlich Strafzölle erhebt, bleibt ihm überlassen. Strafzölle bergen jedoch erhebliche Risiken: Regelmäßig verschlechtern sie die (Handels-)Beziehungen zum Verletzerstaat. Um eigene wirtschaftliche Schäden durch Importschwierigkeiten oder gar einen Handelskrieg zu vermeiden, sehen Mitgliedstaaten häufig von der Erhebung der Strafzölle ab, obwohl sie durch den DSB gestattet worden sind. Das gilt besonders dann, wenn beide Parteien ihre inländischen Substitute subventioniert haben.²⁷

Die eigenen Produkte einfach in gleichem oder noch höherem Maß zu subventionieren, stellt sich dagegen für den verletzten Staat häufig als die politisch ökonomischere Variante dar.²⁸ Im Ergebnis führt dies dann zu einem Subventionswettrüsten zwischen den beiden betreffenden Staaten und damit zu niemals endenden Verfahren vor dem DSB.²⁹ Prominentestes

191, (228 f.); *R. Lee*, Dogfight: Criticising the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Amidst the Largest Dispute in World Trade Organization History, N.C.J.Intl.'IL & Com. Bd. 32 (2006) 115 (153).

²⁶ *R. Lee*, Dogfight: Criticising the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Amidst the Largest Dispute in World Trade Organization History, N.C.J.Intl.'IL & Com. Bd. 32, 2006, 115 (153); *N. Meier-Kaienburg*, The WTO's Toughest Case: An Examination of Effectiveness of the WTO Dispute Resolution Procedure in the Airbus-Boeing Dispute over Aircraft Subsidies, Journal of Air Law and Commerce, Journal of Air Law and Commerce 2006, 191 (193).

²⁷ *M. Bronckers/ N. Van den Broeck*, Financial Compensation in the WTO, Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement, Journal of International Economic Law 2005, 101 (102 f.); *R. Lee*, Dogfight: Criticising the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Amidst the Largest Dispute in World Trade Organization History, N.C.J.Intl.'IL & Com. Bd. 32, 2006, 115 (146); *N. Meier-Kaienburg*, The WTO's Toughest Case: An Examination of Effectiveness of the WTO Dispute Resolution Procedure in the Airbus-Boeing Dispute over Aircraft Subsidies, Journal of Air Law and Commerce, Journal of Air Law and Commerce 2006, 191 (228).

²⁸ *R. Lee*, Dogfight: Criticising the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Amidst the Largest Dispute in World Trade Organization History, N.C.J.Intl.'IL & Com. Bd. 32 (2006) 115 (153); *N. Meier-Kaienburg*, The WTO's Toughest Case: An Examination of Effectiveness of the WTO Dispute Resolution Procedure in the Airbus-Boeing Dispute over Aircraft Subsidies, Journal of Air Law and Commerce, Journal of Air Law and Commerce 2006, 191 (246).

²⁹ *R. Lee*, Dogfight: Criticising the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Amidst the Largest Dispute in World Trade Organization History, N.C.J.Intl.'IL &

Beispiel sind die Verfahren um die Subventionierung von Boeing durch die USA und die entsprechende Subventionierung von Airbus durch die EU bzw. europäische Staaten.³⁰

Selbst wenn ein Strafzoll erhoben wird, zeigen sich noch Probleme: Das Drohpotential von Strafzöllen ist unmittelbar abhängig von der Bedeutung der Handelsbeziehungen mit der drohenden Nation für die Nation, die bedroht wird. Das führt dazu, dass die Aussicht auf Strafzölle vonseiten kleinerer Nationen häufig kaum geeignet ist, einen größeren Staat dazu zu bewegen, einen DSB-Report umzusetzen.³¹ Größere Staaten können es sich auf der anderen Seite dank ihrer schieren Masse häufig leisten, Strafzölle hinzunehmen und den DSB-Report einfach zu ignorieren.³²

Der Durchsetzungsmechanismus des ASCM ist also nicht in jedem Fall geeignet, das Ziel des ASCM, nämlich die Vermeidung von Subventionswettläufen unter den Mitgliedstaaten der WTO, zu vermeiden. Gerade in den komplizierten Fällen kommt es zudem zu überlangen und ineffizienten

Com. Bd. 32 (2006) 115 (153), *N. Meier-Kaienburg*, The WTO's Toughest Case: An Examination of Effectiveness of the WTO Dispute Resolution Procedure in the Airbus-Boeing Dispute over Aircraft Subsidies, *Journal of Air Law and Commerce*, *Journal of Air Law and Commerce* 2006, 191 (243).

³⁰ *N. Meier-Kaienburg*, The WTO's Toughest Case: An Examination of Effectiveness of the WTO Dispute Resolution Procedure in the Airbus-Boeing Dispute over Aircraft Subsidies, *Journal of Air Law and Commerce*, *Journal of Air Law and Commerce* 2006, 191 (242).

³¹ *M. Bronckers/ F. Baetens*, Reconsidering Financial Remedies in WTO Dispute Settlement, *Journal of International Economic Law* 2013, 1 (2); *P. Eeckhout*, Remedies and Compliance, in: *D. Bethlehem/D. McRae/R. Neufeld/I. Van Damme* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 1. Aufl. 2009, 435 (453) m.w. N.; *J. Trachtman*, The WTO Cathedral, *The Stanford Journal of International Law* 2007, 127 (128 f.) m.w.N.

³² Vgl. *N. Meier-Kaienburg*, The WTO's Toughest Case: An Examination of Effectiveness of the WTO Dispute Resolution Procedure in the Airbus-Boeing Dispute over Aircraft Subsidies, *Journal of Air Law and Commerce* 2006, 191 (235) m.w.N.; wobei die Möglichkeit, sich von der Verpflichtung, die Vergünstigung zurückzunehmen, teilweise auch als vom WTO-Recht gewollt angesehen wird, siehe zur Diskussion über die „buying out-option“ zusammenfassend: *A. Jackson*, Editorial Comment, *International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to „Buy Out“?*, *The American Journal of International Law* 2004, 109 m.w.N.

Verfahren.³³ Zuletzt stellen die als ultima ratio der Vollstreckung vorgesehenen Gegenmaßnahmen lediglich eine „Erlaubnis zur Selbsthilfe“ dar.³⁴ Kleinere Volkswirtschaften und insbesondere Entwicklungsländer werden durch diesen Ansatz, der wenn schon nicht auf das Recht des Stärksten, so doch auf ein Recht der Starken hinausläuft, strukturell benachteiligt.³⁵ Der DSB-Mechanismus kann damit in vielen Fällen weder eine effiziente noch eine gerechte Rechtsfindung gewährleisten und muss daher in hohem Maß kritisiert werden.

Die Rechtsfolgen für einen Verstoß gegen die Art. 107 ff. AEUV sind in Art. 108 AEUV sowie in der Beihilfenverfahrensverordnung (EU VO 2015/1589) geregelt.³⁶

Als erster Unterschied fällt ins Auge, dass der Verstoß gegen das Beihilfenrecht nicht von einem „verletzten“ Mitgliedstaat geltend gemacht werden muss, sondern durch die Kommission von Amtes wegen ermittelt und durch Beschluss festgestellt wird, Art. 108 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 12 EU VO 2015/1589. Gegen den Beschluss der Kommission ist der Rechtsweg zum EuG und gegen die Entscheidung des EuG der Rechtsweg zum EuGH eröffnet.³⁷

Weiterhin muss die Beihilfengewährung – zumindest im Falle von durch oder aufgrund Gesetzes gewährter Steuerbeihilfen – nicht „beendet“ werden: Die gegen die Art. 107, 108 AEUV verstoßende Norm darf vom Mitgliedstaat aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechtes gem.

³³ N. Kaienburg, Airbus gegen Boeing vor der WTO: Zeit für einen Legal Case Manager, Wirtschaftsdienst des Leibniz-Informationszentrums Wirtschaft 2014, 142 (146).

³⁴ J. Trachtman, The WTO Cathedral, The Stanford Journal of International Law 2007, 127 (128).

³⁵ Von einem „power based system“ spricht H. Nottage, Trade and Development, in: D. Bethlehem/D. McRae/R. Neufeld/I. Van Damme (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Trade Law, 1. Aufl. 2009, 489 (496 u. 503).

³⁶ Übersicht in diesem Band bei D. Reich, HFSt 8 (2018), 219 (220 ff.) unter § 10 I.; A. Bartosch, Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 108 AEUV, Rn. 1; C. Lessenich, in: H. Von der Groeben/ J. Schwarze/ A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 108, Rn. 1 ff.

³⁷ C. Koenigl/ J. Kühling/ N. Ritter, EG-Beihilfenrecht, 1. Aufl. 2003, S. 196 f. U. Soltész, in: M. Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 1. Aufl. 2003, § 40 Rn. 1.

Art. 4 Abs. 3 EUV nicht mehr angewendet werden. Der Anwendungsvorrang des Unionsrecht kann jederzeit auch vor nationalen Gerichten geltend gemacht werden.³⁸

Weiterhin kennt das Beihilfenrecht eine Rechtsfolge, die dem ASCM komplett fremd³⁹ ist: Die Rückforderung der unionsrechtswidrig gewährten Beihilfe gem. Art. 16 VO EU 1589/2015. Die Kommission gibt, sofern sie den Verstoß einer staatlichen Maßnahme gegen die Art. 107 ff. AEUV feststellt, dem entsprechenden Mitgliedstaat auf, den fraglichen Vorteil zurückzufordern, um so die Beeinträchtigung des Wettbewerbes rückgängig zu machen, die durch die Beihilfe vermittelt wurde.⁴⁰

Kommt der Mitgliedstaat diesen Beschlüssen der Kommission nicht nach, kann die Kommission nach Art. 14 VO EU 2015/1589 einen Antrag an den EuGH stellen, dass das entsprechende Verhalten des Mitgliedstaates einen Verstoß gegen den AEUV darstellt. Konsequenz daraus ist dann ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den entsprechenden Mitgliedstaat gem. Art. 258 ff. AEUV. Im Rahmen dieses Vertragsverletzungsverfahrens kann dem Mitgliedstaat dann gem. Art. 260 Abs. 2 S. 2 AEUV ein Zwangsgeld auferlegt werden, sollte er trotz entgegenstehenden Urteils des EuGH seiner Verpflichtung nicht nachkommen, die Gewährung der Beihilfe auszusetzen und die gewährten Vorteile zurückzufordern.⁴¹

Wenn man nun herausfinden will, welche Teile des beihilfenrechtlichen Rechtsregimes geeignet erscheinen, um die Probleme des ASCM zu lösen, sollte man beachten, dass die WTO eine internationale Organisation ist und keine supranationale Vereinigung von Staaten, wie die europäische Union. Die (auch nur partielle) Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf eine zwischenstaatliche Behörde ist unwahrscheinlich und würde auch den Rahmen des ASCM bzw. der WTO sprengen.

Eine Innovation darstellen könnte indes die Möglichkeit, gegen einen Mitgliedstaat, der seinen durch Gerichts- oder Schiedspruch festgestellten

³⁸ A. Haratsch/C. Koenig/ M. Pechstein, *Europarecht*, 9. Aufl. 2014, Rn. 184.

³⁹ Zumindest nach Entscheidungspraxis des DSB, vgl. dazu: DSB, Report of the Panel vom 21. 01. 2000, *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States*, WT/DS126/RW.

⁴⁰ Hierzu in diesem Band: D. Reich, HFS 8 (2018), 219 (220 ff.) unter § 10 I., A. Bartosch, *Beihilfenrecht*, 2. Aufl. 2016, Art. 16 VO 2015/1589, Rn. 1.

⁴¹ Zum Vertragsverletzungsverfahren in Beihilfensachen s. T. Jestaedt/Loest, in: Heidenhain, 1. Aufl. 2013, § 55, Rn. 1 ff.

Vertragsverpflichtungen nicht nachkommt, ein Zwangsgeld zu verhängen. Zwangsgelder oder Schadensersatzverpflichtungen vertragsbrüchiger Staaten sind im Völkerrecht zumindest im Rahmen des Investitionsschutzrechtes erprobt⁴² und haben in diesem Bereich zur Entstehung einer Art Verwaltungsrechtes der Internationalen Gemeinschaft geführt.⁴³

Die Erweiterung der Rechtsfolgen um eine Verpflichtung des Verletzestaates, die gewährte Vergünstigung zurückgewähren, könnte den Anreiz für die Vertragsparteien verringern, überhaupt erst in den Wettbewerb einzugreifen: Die Möglichkeit, einfach dem Unternehmen so lange Vorteile zukommen zu lassen, bis es „auffällt“ und damit der eigenen Wirtschaft zumindest einen Vorteil auf Zeit zu verschaffen, entfällt dann nämlich.⁴⁴

Eine Übertragung beihilfen- bzw. europarechtlicher Prinzipien kann also dazu verwendet werden, um strukturelle Probleme des Welthandelsrechtes zu lösen. Dies gilt insbesondere, weil es in der besprochenen Konstellation das Streitbeilegungsorgan selbst wäre, dass über das Zwangsgeld entscheidet, und somit der einzelne Mitgliedstaat aus dem oben beschriebenen Dilemma befreit wäre.

2. Zwischenergebnis

Aus der kurzen Darstellung der Inhalte und zentralen Schwachstellen des ASCM ergibt sich, dass Grundprinzipien des europäischen Beihilfenrechts zu einer Blaupause für die Erneuerung des welthandelsrechtlichen Subventionsregimes werden können.

⁴² G. van Harten/M. Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, *The European Journal of International Law* 2006, 121 (131 ff.); B. Kingsbury/N. Krisch/ R. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, *Law and Contemporary Problems* 2005, 15 (36).

⁴³ G. van Harten/M. Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, *The European Journal of International Law* 2006, 121 (122 ff.); B. Kingsbury/N. Krisch/ R. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, *Law and Contemporary Problems* 2005, 15 (36).

⁴⁴ Vgl. J. Trachtman, The WTO Cathedral, *The Stanford Journal of International Law* 2007, 127 (134).

III. Abkommensvorschlag mit Erläuterungen

In einem zweiten Schritt soll nun ein Vorschlag gemacht werden, wie ein europäisch inspiriertes Verbot von fiskalischen Beihilfen auf internationaler Ebene aussehen könnte. Es folgt eine Erläuterung der Abweichungen von den Art. 107 ff. AEUV und den Abweichungen vom ASCM, soweit sie durch das bereits Gesagte nicht hinreichend erklärt wurden.

1. Abkommensvorschlag

Multilaterales Instrument zur Vermeidung von Steuerbeihilfen

Präambel

Zur Förderung des freien Handels zwischen den Mitgliedern, zur Vermeidung schädlichen Steuerwettbewerbs zwischen den Staaten und zur Erhaltung des Wettbewerbs schließen die Vertragsparteien folgendes Abkommen:

Artikel 1: Definition

- (1) Begünstigende Besteuerung (Beihilfe) bedarf der Rechtfertigung.
- (2) Besteuerung ist jede steuerlich wirkende Maßnahme der Vertragspartei. Als begünstigend gilt eine Maßnahme, wenn sie keine folgerichtige Umsetzung der Grundentscheidung des entsprechenden Steuersystems darstellt und geeignet ist, bestimmte unternehmerische Tätigkeit unmittelbar oder mittelbar zu fördern.
- (3) Eine mittelbare Förderung liegt nur vor, wenn sie zurechenbare Folge der Besteuerung ist.
- (4) Die steuerliche Mehrbelastung bestimmter Unternehmen kann nur auf solche Unternehmen begünstigend wirken, die mit diesen Unternehmen in direktem Wettbewerb stehen.

Artikel 2: Zwingende Rechtfertigung

Gerechtfertigt sind:

- a) Beihilfen, die weder den Wettbewerb verfälschen, noch Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen.
- b) Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind.
- c) Beihilfen, die von Entwicklungsländern gewährt werden. Diese Ausnahme gilt nach der erstmaligen Klassifikation eines Vertragsmitglieds als Entwicklungsland für zehn Jahre. Bei erneuter Feststellung ist die Ausnahme um fünf Jahre zu verlängern. Ob ein Entwicklungsland vorliegt, stellt das Gemeinsame Berufungsgericht fest.

Artikel 3: Rechtfertigung mit Abwägungserfordernis

(1) Eine Beihilfe ist außerdem gerechtfertigt, wenn sie zur Förderung eines gemeinsamen Interesses der Vertragsparteien geeignet und erforderlich ist.

(2) Als Gemeinsame Interessen der Vertragsparteien gelten die folgenden Anliegen:

- a) Die Förderung einzelner Verbraucher zu sozialen Zwecken, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Produkte oder Dienstleistungen gewährt wird.
- b) Die Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht
- c) Die Förderung wichtiger Vorhaben von globaler Bedeutung oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben einer Vertragspartei.
- d) Die Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete.
- e) Die Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes.
- f) Die effiziente und rechtsstaatliche Ausgestaltung der Steuersysteme der Vertragsparteien.
- g) Die Vermeidung von Gestaltungsmissbrauch.

(3) Eine Rechtfertigung nach dieser Vorschrift scheidet aus, wenn die Maßnahme den Wettbewerb oder den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unangemessen einschränkt.

Artikel 4: Feststellung des Verstoßes gegen dieses Abkommen, Beschwerdeverfahren

(1) Gegen einen Verstoß gegen dieses Abkommen ist die Beschwerde zum Gemeinsamen Gericht zulässig.

(2) Verstößt die angegriffene Besteuerung gegen dieses Abkommen, erlässt der Gemeinsame Gerichtshof einen Beschluss, der feststellt, dass die streitbefangene Besteuerung eine nicht gerechtfertigte Beihilfe ist.

(3) Gegen den Beschluss nach Absatz 1 ist die Berufung zum Gemeinsamen Berufungsgericht innerhalb von 14 Tagen zulässig. Das Gemeinsame Berufungsgericht überprüft die Entscheidung des Gemeinsamen Gerichts in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht.

(5) Beschwerdebefugt ist jede natürliche oder juristische Person, die geltend machen kann, durch die Maßnahme einer Vertragspartei in denjenigen ihrer Anliegen, die durch dieses Abkommen geschützt werden, verletzt zu sein.

Artikel 5: Rechtsfolgen des Verstoßes

- (1) Eine Beihilfe, gegen die ein Beschwerdeverfahren anhängig ist, darf vorläufig nicht gewährt werden.
- (2) Ergeht ein Beschluss des Gemeinsamen Berufungsgerichts oder wird die Berufung gegen einen Beschluss des Gemeinsamen Gerichts unzulässig, ist die Vertragspartei verpflichtet, die Begünstigung zurückzufordern, soweit der Beschluss den Verstoß der Beihilfe gegen dieses Abkommen feststellt.
- (3) Ergeht ein Beschluss des Gemeinsamen Berufungsgerichtes oder wird die Berufung gegen einen Beschluss des Gemeinsamen Gerichtes unzulässig, darf die Begünstigung, wenn sie vorläufig nicht gewährt wurde, dem Begünstigten der Beihilfe ausgeglichen werden, soweit der Beschluss die Vereinbarkeit der Beihilfe mit diesem Abkommen feststellt.

Art. 6: Vollstreckungsbeschluss

- (1) Kommt eine Vertragspartei ihren Pflichten nicht nach, erlässt das Gemeinsame Gericht auf Antrag einen Vollstreckungsbeschluss.
- (2) Der Vollstreckungsbeschluss stellt fest, dass die Vertragspartei gegen ihre Pflichten aus diesem Abkommen verstoßen hat. Im Vollstreckungsbeschluss soll ein Zwangsgeld gegen diese Vertragspartei angeordnet werden.
- (3) Antragsbefugt sind alle juristischen und natürlichen Personen, die im selben Verfahren beschwerdebefugt waren sowie alle Vertragsparteien. Der Antrag soll einen sachdienlichen Vorschlag zur Höhe des Zwangsgeldes machen.

Art. 7: Zusammensetzung der Gerichte

- (1) Jede Vertragspartei entsendet jeweils einen Repräsentanten (Richter) in das Gemeinsame Gericht und in das Gemeinsame Berufungsgericht.
- (2) Wird Beschwerde erhoben, entscheidet das Plenum des Gemeinsamen Gerichts über die Besetzung des Spruchkörpers. Der Spruchkörper soll fünf Richter umfassen. Gleiches gilt für die Besetzung der Spruchkörper des Gemeinsamen Berufungsgerichtes.
- (3) Richter müssen die Befähigung haben, im Hoheitsgebiet der entsprechenden Vertragspartei ein Richteramt auszuüben. Im Übrigen obliegt das Auswahlverfahren den Vertragsparteien selbst.
- (4) Die Richter sind Weisungen nicht unterworfen und entscheiden unabhängig nach Recht und Gesetz. Die Entscheidungen des Gemeinsamen Gerichts und des Berufungsgerichtes ergehen mit einfacher Mehrheit der für zur Entscheidung zuständigen Mitglieder.

2. Erläuterungen zum Abkommensvorschlag

a. Artikel 1 MIVSB

Artikel 1 ist das Kernstück des Abkommens und legt den Begriff der Steuerbeihilfe fest. Systematisch betrachtet findet sich der Grundtatbestand in Art. 1 I MIVSB. Der Grundtatbestand wird erläutert durch Art. 1 II MIVSB, der die Begriffe „Besteuerung“ und „Begünstigung“ legaldefiniert, während die Absätze 3 und 4 jeweils als einschränkende Tatbestände zu Absatz 2 zu lesen sind.

aa. Art. 1 I MIVSB

Art. 1 definiert den Begriff der Beihilfe für Zwecke dieses Abkommens und legt fest, dass eine Beihilfe gerechtfertigt sein muss, um mit dem Abkommen vereinbar zu sein und nicht die Rechtsfolgen der Art. 5ff. MIVSB auszulösen. Darüber grenzt Art. 1 I MIVSB auch die Tatbestands- von der Rechtfertigungsebene ab und vermeidet somit den für die Art. 107 ff. AEUV bestehenden Streit, welche Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen, damit eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 ff. AEUV vorliegt.⁴⁵

Art 1 I MIVSB ist insoweit eindeutig. Eine Beihilfe für Zwecke dieses Abkommens liegt dann vor, wenn begünstigend besteuert wird.

bb. Art. 1 II MIVSB

Art. 1 II MIVSB füllt den Tatbestand des ersten Absatzes durch Legaldefinitionen der Begriffe „Besteuerung“ und „Begünstigung“ aus.

Besteuerung ist definiert als jede steuerlich wirkende Maßnahme einer Vertragspartei. Vom Begriff der Maßnahme sind grundsätzlich alle staatlichen Handlungsformen erfasst. Problematisch ist dagegen der Begriff der steuerlichen Wirkung: Steuern sind alle Zwangsabgaben, die ein Hoheits-

⁴⁵ Vgl. zur Offenheit des Beihilfenbegriffs der Art. 107 ff. AEUV: *M. Bungenberg*, in: *A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich* (Hrsg.), *Europäisches Beihilfenrecht*, 1. Aufl. 2013, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 1; Für die Ansicht, dass eine Beihilfe schon bei bloßer staatlicher Begünstigung vorliege, etwa: *M. Heidenhain*, in: *M. Heidenhain* (Hrsg.), *European State Aid Law*, 1. Aufl. 2010, § 1 Rn. 1; a.A.: *J. Englisch*, in: *H. Schaumburg/J. Englisch* (Hrsg.) *Europäisches Steuerrecht*, 1. Aufl. 2015, Rn. 9.1.

träger zur allgemeinen Finanzierung seines Haushaltes ohne Gegenleistung erhebt.⁴⁶ Eine Wirkung liegt dann vor, wenn das Steueraufkommen im Veranlagungszeitraum nicht gleichbleibt.

Die Begünstigung i.S.d. Art. 1 II MIVSB vereinigt die Tatbestandsmerkmale auf sich, die in der Prüfung des Art. 107 Abs. 1 AEUV der Vorteil und die Selektivität sind.

Die Frage, ob der Vorteil i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV im Sinne eines Diskriminierungs- oder Benchmarktestes zu bestimmen ist⁴⁷, entscheidet der Art. 1 II MIVSB zugunsten des Benchmarktestes,⁴⁸ indem er Maßnahmen, die eine folgerichtige Umsetzung des vertragspateilichen Steuersystems darstellen, für nicht begünstigend erklärt. Von der Legaldefinition des Art. 1 II MIVSB sind zudem grundsätzlich auch mittelbare Begünstigungen⁴⁹ und negative state aid⁵⁰ umfasst, Einschränkungen dazu nehmen die Absätze 3 und 4 vor. Bezugspunkt für die mittelbare Begünstigung ist dabei die Abweichung von der folgerichtigen Besteuerung des unmittelbaren Adressaten.

Da eine Begünstigung gem. Art. 1 II MIVSB nur bei der Förderung bestimmter Unternehmen vorliegt, bleibt eine selbstständige Prüfung der Selektivität erforderlich.⁵¹

Hinsichtlich des Begriffes des Unternehmens kann auf den Unternehmensbegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV verwiesen werden.⁵² In diesem Begriff liegt auch der strukturelle Vorteil des beihilfenrechtlichen Tatbestandes im Vergleich zum Subventionsbegriff des ASCM und des GATT.

⁴⁶ Entspricht im Wesentlichen der Definition in der Finanzwissenschaft: C. Blankert, *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*, Eine Einführung in die Finanzwissenschaft, 9. Aufl. 2017, S. 135 (wobei auch auf § 3 AO verwiesen wird); D. Brümmerhoff/T. Büttner, 11. Aufl. 2015, S. 223.

⁴⁷ Zur Diskussion in diesem Band: C. Jung/L. Neckenich, HfSt 8 (2018), 7 (13 ff.) unter § 2 III.1.

⁴⁸ Vgl. hierzu in diesem Band: C. Jung/L. Neckenich, HfSt 8 (2018), 7 (17 f.) unter § 2 III.3.

⁴⁹ Zur mittelbaren Begünstigung vgl. in diesem Band: A. Milutinović, HfSt 8 (2018), 85 (85 ff.) unter § 5.

⁵⁰ Zu negative state aid vgl. in diesem Band: C. Jung/L. Neckenich, HfSt 8 (2018), 7 (29 ff.) unter § 2 V.2.

⁵¹ So auch in diesem Band: L. Neckenich, HfSt 8 (2018), 103 (103 ff.) unter § 6.

⁵² Zum Unternehmensbegriff in diesem Band: J. Schmidt, HfSt 8 (2018), 63 (63 ff.) unter § 4; statt vieler: A. Kliemann, in: H. Schröter/ T. Jakob/ R. Klotz/ W. Mederer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl. 2014, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 32 m.w.N.

cc. Art. 1 III MIVSB

Art. 1 III MIVSB nimmt eine Einschränkung des in Art. 1 II MIVSB definierten Begünstigungsbegriffs und damit auch des Tatbestandes des Art. 1 I MIVSB im Bezug auf mittelbare Begünstigungen vor. Nur dann, wenn die Förderung des Unternehmens tatsächlich Ergebnis der staatlichen Maßnahme ist und nicht das Ergebnis des Wirkens bloß marktwirtschaftlicher Gesetzmäßigkeiten, soll eine Beihilfe i.S.d. Art. 1 I MIVSB vorliegen.⁵³ Im Wesentlichen wurde der schon oben dargestellte Ansatz des EuGH zur Eingrenzung des mittelbaren Vorteilsbegriffs in den Regelungstext übernommen.⁵⁴

dd. Art. 1 IV MIVSB

Art. 1 IV MIVSB regelt die Frage, ob negative state aid, also die vom Grundsystem abweichende Mehrbelastung einzelner Unternehmen, eine Beihilfe für die nichtbelasteten Konkurrenzunternehmen darstellen kann.⁵⁵ Abermals wurde im Wesentlichen die Rechtsprechung des EuGH übernommen, dass negative state aid nur zugunsten solcher Unternehmen vorliegen kann, die mit dem betroffenen Unternehmen in enger Konkurrenz stehen.⁵⁶

b. Art. 2 MIVSB

Art. 2 MIVSB führt bestimmte Kategorien von Beihilfen auf, die per se gerechtfertigt sind, ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen. Obwohl eine Ausgestaltung theoretisch auch in Gestalt von Ausnahmen vom Tatbestand möglich gewesen wäre, ist Art. 2 MIVSB als Rechtfertigungsgrund ausgestaltet. Dies dient primär der stringenten Ausgestaltung des

⁵³ So auch in diesem Band: A. Milutinović, HFSt 8 (2018), 85 (86 ff.) unter § 5 II.; EuGH v. 02.02.1988, Rs. C-67/85 (*Van der Kooy*), Rn. 38; EuGH v. 21.03.1991, Rs. C-305/89 (*Alfa Romeo*), Rn. 13 ff.; s. auch J. Englisch, in: H. Schaumburg/J. Englisch (Hrsg.), *Europäisches Steuerrecht*, 1. Aufl. 2015, , Rn. 9.10 m.w.N.

⁵⁴ Darstellung dazu in diesem Band: A. Milutinović, HFSt 8 (2018), 85 (86 ff.) unter § 5 II.

⁵⁵ Vgl. dazu in diesem Band: C. Jung/L. Neckenich, HFSt 8 (2018), 7 (29 ff.) unter § 2 V.2.; siehe auch J. Englisch, in: H. Schaumburg/J. Englisch (Hrsg.), *Europäisches Steuerrecht*, 1. Aufl. 2015, Rn. 9.14.

⁵⁶ Dazu in diesem Band: C. Jung/L. Neckenich, HFSt 8 (2018), 7 (29 ff.) unter § 2 V.2.; vgl. *EuGH v. 22.11.2001*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Rn. 16 ff.; *EuGH v. 07.09.2006*, Rs. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*), Rn. 36 ff.

Systems aus Tatbestand und Rechtfertigung, das von der Zentralnorm des Art. 1 I MIVSB vorgegeben wird.

Littera b stellt eine wörtliche Übernahme des Art. 107 Abs. 2 lit. b) AEUV dar. Von der Übernahme des lit. c) wurde abgesehen, da sich der Anwendungsbereich dieses Rechtfertigungsgrundes erledigt hat.⁵⁷ Zu Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV siehe unten unter III.2.c.bb.

Art. 2 lit. a) übernimmt die Merkmale der Wettbewerbsverfälschung und der Handelsbeeinträchtigung, die in Art. 107 Abs. 1 AEUV zum Tatbestand gehörten, als (zwingende) Rechtfertigungsgründe. Maßgeblicher unterschied ist die Darlegungslast: Bei der Anwendung des Art. 107 Abs. 1 AEUV muss die Kommission darlegen, dass Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung *vorliegen*. In der Folge werden vom EuGH an beide Merkmale nur geringe Anforderungen gestellt, um die Kommission nicht zu überlasten. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten haben daher bei der Prüfung des Art. 107 AEUV kaum eine Bedeutung. Gestaltet man beides jedoch als Rechtfertigungstatbestand aus, kann sich dies ändern: Das Ausdifferenzieren der Tatbestandsmerkmale würde nicht mehr die Gefahr einer ineffizienten Beihilfenkontrolle in sich bergen, da nun die Darlegungslast – und damit auch der Aufwand – bei den Mitgliedstaaten läge. Kann ein Mitgliedstaat nun mithilfe einer detaillierten Marktanalyse⁵⁸ nachweisen, dass es weder zu einer Verzerrung des Wettbewerbs noch Beeinträchtigung des Handels kommt, kann dem auf Rechtfertigungsebene umfassend Rechnung getragen werden. Die Gefahr einer Überlastung des Tatbestandes und damit der Beihilfenkontrolle, wie sie bei Art. 107 Abs. 1 AEUV bestünde, würde man der Wettbewerbsverfälschung und der Handelsbeeinträchtigung zuviel Raum geben, besteht hier schließlich nicht mehr.

Da Beihilfenrecht unserer Ansicht nach eine Doppelfunktion erfüllt, nämlich einerseits den Wettbewerb zwischen Unternehmen, andererseits auch den zwischen Staaten zu schützen,⁵⁹ dürfen für eine Rechtfertigung nach

⁵⁷ W. Cremer, in: C. Calliess/M. Ruffert, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 45.

⁵⁸ Vgl. C. Koenig/J. Paul, in: R. Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Rn. 89 m.w.N.

⁵⁹ Zum Wettbewerb zwischen Unternehmen: M. Bungenberg, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, 1. Aufl. 2013, Einleitung, Rn. 127; M. Heidenhain, in: M. Heidenhain (Hrsg.), European State Aid Law, 1. Aufl.

Art. 2 lit. a) MIVSB kumulativ weder eine Verfälschung des Wettbewerbes noch eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Vertragsparteien vorliegen.

Art. 2 lit. c) MIVSB enthält eine Beihilfe zugunsten von Entwicklungsländern. Dieser bedarf es, weil die wirtschaftliche Situation von Entwicklungsländern häufig nicht mit der von entwickelten Volkswirtschaften zu vergleichen ist: Eine interventionistische und bis zu einem gewissen Grad protektionistische Wirtschaftspolitik ist für Entwicklungsländer häufig notwendig, um ihre Volkswirtschaften überhaupt erst konkurrenzfähig zu machen.⁶⁰ Ein „level playing field“ kann nur errichtet werden, wenn auch derartige, strukturelle Unterschiede der „Startpositionen“ berücksichtigt werden.⁶¹ Die zeitliche Beschränkung der Ausnahme soll wiederum verhindern, dass Vertragsmitglieder die Ausnahme in Anspruch nehmen, die gegenüber entwickelten Volkswirtschaften nicht mehr gesondert behandelt werden müssen, da ihre eigene Wirtschaft sich in der Zwischenzeit hinreichend entwickelt hat.

c. *Art. 3 MIVSB*

Die Rechtfertigungsvorschrift des Art. 3 MIVSB enthält Rechtfertigungsgründe, die aber im Gegensatz zu den Gründen des Absatzes 2 nicht per se zur Rechtfertigung der Beihilfe führen, und ist im Wesentlichen den Ermessensausnahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV nachempfunden. Im Vergleich mit dem gegenwärtigen ASCM wäre sie der maßgebliche regulatorische Ansatzpunkt einer präzisen Abgrenzung zwischen nützlichen oder

2010, § 1, Rn. 1; W. Mederer, in: H. Schröter/ T. Jakob/ R. Klotz/ W. Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Vorbemerkung zu den Art. 107 bis 109 AEUV, Rn. 1. Für den Wettbewerb zwischen Staaten: W. Mederer, in: H. Schröter/ T. Jakob/ R. Klotz/ W. Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Vorbemerkung zu den Art. 107 bis 109 AEUV, Rn. 2; H. Heinrich, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, 1. Aufl. (2013), Einleitung, Rn. 98 ff.

⁶⁰ A. Green/ M. Trebilcock, What can we learn from Export Subsidies, *Journal of International Economic Law* 2007, 653 (663) m.w.N.; S. McGuire, Between Pragmatism and Principle: Legalization, Political Economy, and the WTO's Subsidy Agreement, *The International Trade Law Journal* 2002, 319 (323).

⁶¹ S. McGuire, Between Pragmatism and Principle: Legalization, Political Economy, and the WTO's Subsidy Agreement, *The International Trade Law Journal* 2002, 319 (323).

gar notwendigen und schädlichen Eingriffen des Staates in den Wettbewerb.⁶²

aa. Kein Ermessen

Im Gegensatz zu Art. 107 Abs. 3 AEUV ist Art. 3 MIVSB nicht als Ermessensvorschrift ausgestaltet. Eine Rechtfertigung ist zwingend, soweit ein Gemeinsames Interesse aus Art. 3 II MIVSB einschlägig ist und die Beihilfe keinen unverhältnismäßigen Schaden an den Schutzgütern des Abkommens anrichtet, Art. 3 III MIVSB. Hinsichtlich Geeignetheit und Erforderlichkeit besteht ein Einschätzungsspielraum des jeweiligen Vertragsmitglieds. Der Wegfall des Ermessenserfordernisses liegt insbesondere daran, dass dem MIVSB realistisch keine interstaatliche Behörde zugewiesen ist, die das Ermessen ausüben könnte. Im Hinblick auf die intraeuropäische Anwendung des MIVSB würde der Kommission kraft der Innenorganisation des Vertragsmitglieds Union die Ausübung des mitgliedlichen Einschätzungsspielraumes hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit zufallen, sodass *de facto* wieder ein Ermessen der Kommission bestünde.

bb. Die Gemeinsamen Interessen der Vertragsparteien

In Art. 3 II MIVSB sind die Gemeinsamen Interessen der Vertragsparteien abschließend aufgezählt. Dies sind die Zwecke, denen eine Beihilfe dienen kann, damit eine Rechtfertigung nach Art. 3 II MIVSB in Betracht kommt. Im Wesentlichen wurden dabei die Rechtfertigungsgründe des Art. 107 Abs. 3 AEUV übernommen.

Zudem wurden die Fälle, in denen EuGH Beihilfen nach Art. 107 Abs. 1 AEUV systemimmanent sind,⁶³ hinzugefügt und ausdrücklich als Rechtfertigungsgründe ausgestaltet. Für das Tatbestandsmerkmal der Systemimmanenz dürfte daher kein Bedarf mehr bestehen: Die Fälle, die der

⁶² A. Penner, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, 1. Aufl. 2013, Art. 107 Abs. 2, Rn. 998; J. Heithecker, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, 1. Aufl. 2013, Art. 107 Abs. 3, Rn. 1056 ff.; M. Schweda, in: M. Heidenhain (Hrsg.), European State Aid Law, 1. Aufl. (2010), § 14 Rn. 1 f.

⁶³ Zu den Fällen der systemimmanenten Rechtfertigung in diesem Band: C. Jung/L. Neckenich, HFSt 8 (2018), 133 (146 ff.) unter § 7 IV.

EuGH gegenwärtig am Tatbestandsmerkmal der Systemimmanenz scheitern lässt, werden nach diesem Entwurf schon gar nicht unter Art. 1 II MIVSB zu subsumieren sein (Fälle der „Rechtfertigung“ aus dem Steuersystem heraus⁶⁴) oder eben nach Art. 3 MIVSB zu rechtfertigen sein⁶⁵. Das Zwitterkriterium der Systemimmanenz könnte zugunsten eines klaren und stringenten Systems aus Tatbestand und Rechtfertigung aufgegeben werden.

Zuletzt enthält Art. 3 II lit. a) den Rechtfertigungsgrund des Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV (Verbraucherbeihilfen). Da Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV in der Originalfassung ein Verhältnismäßigkeitskriterium kennt, wurde er nach der vom AEUV abweichenden Systematik des MIVSB den Rechtfertigungsgründen mit Abwägungserfordernis zugeschlagen.

d. Art. 4 MIVSB

Artikel 4 enthält den neuen Streitbeilegungsmechanismus des Abkommens. Er weicht strukturell, zumindest was das „Erkenntnisverfahren“ anbelangt, nur minimal vom DSB-Verfahren ab. Modifiziert wurde das Verfahren insoweit, als dass das informelle Verständigungsverfahren wegfällt und die Beschwerdebefugnis nun nicht mehr exklusiv bei der geschädigten Vertragspartei liegt, sondern gem. Art. 4 V MIVSB auch bei privaten Akteuren, deren durch das Abkommen geschützte Anliegen durch den Verstoß beeinträchtigt sein könnten. Die „geschützten Anliegen“ im Sinne des Abkommens sind die, die in der Präambel aufgeführt sind. Die Möglichkeit, dass auch private Akteure einen Verstoß geltend machen können, besteht sowohl im Beihilfenrecht⁶⁶ als auch im internationalen Investitionsschutzrecht⁶⁷ und soll zu einer weitergehenden Verrechtlichung des Verfahrens beitragen.

⁶⁴ Vgl. in diesem Band: C. Jung/L. Neckenich, HFSt 8 (2018), 133 (138 ff.) unter § 7 II.3.

⁶⁵ Hierzu in diesem Band: C. Jung/L. Neckenich, HFSt 8 (2018), 133 (145 ff.) unter § 7 III.2.

⁶⁶ A. Sinnaeve, in: M. Heidenhain (Hrsg.), European State Aid Law, 1. Aufl. 2010, § 35 Rn. 7 ff.

⁶⁷ G. van Harten/M. Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, The European Journal of International Law 2006, 121 (127 ff.).

e. Art. 5 MIVSB

Artikel 5 MIVSB enthält die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Beihilfenverbot des Art. 1 I MIVSB.

Ein Notifikationsverfahren ist nicht vorgesehen, schon weil es an einer für die Notifikation zuständigen Behörde fehlt. Dementsprechend kennt das MIVSB auch, anders als das Beihilfenrecht, keinen „Amtsermittlungsgrundsatz“ (aber dafür die Möglichkeit einer Drittbeschwerde nach Art. 4 V MIVSB).

Die Regelung geht insoweit über das ASCM hinaus, als dass ein gegen eine Beihilfe anhängiges Verfahren zunächst aufschiebende Wirkung hat, d.h. dass die beihilfenrelevante Maßnahme zunächst nicht mehr umgesetzt werden darf, oder, soweit es sich um ein Gesetz handelt, vorläufig unanwendbar wird. Dies entspricht der im Beihilfenrecht für das Notifikationsverfahren nach Art. 108 Abs. 1 AEUV geltenden Rechtslage.⁶⁸

Zudem sieht Art. 5 II MIVSB analog zu Art. 16 Abs. 1 VO EU 2015/1589 eine Rückforderung bereits gewährter Beihilfen vor.

Ergänzend zur Vorschrift des Art. 5 I MIVSB ermöglicht Art. 5 III MIVSB den Vertragsparteien, Beihilfen, die aufgrund von Art. 5 I MIVSB nicht durchgeführt werden durften, zu ersetzen. Ersetzen umfasst dabei nicht nur die entgangene Förderung selbst, sondern auch eine marktübliche Verzinsung. Im Wege des Erst-Recht-Schlusses wird die Vorschrift auch auf Maßnahmen anzuwenden sein, die schon gar keine Beihilfe i.S.d. Art. 1 I MIVSB waren.

f. Art. 6 MIVSB

Der Artikel 6 regelt den Vollstreckungsbeschluss des Gemeinsamen Gerichts. Er ist dem Vertragsverletzungsverfahren der Art. 258 AEUV nachempfunden und stellt die zentrale Abweichung zum ASCM-Streitbeilegungsmechanismus dar: Art. 6 II MIVSB ermöglicht eine Vollstreckung des Gerichtsbeschlusses qua Zwangsgeld durch das Gericht selbst. Damit wird das Verfahren nach den Art. 5 ff. MIVSB der Sphäre der politischen Rücksichtnahme und der Diplomatie entzogen und verrechtlicht, was für eine effektive Beihilfenkontrolle, wie oben schon gezeigt, unerlässlich ist.

⁶⁸ W. Cremer, in: C. Calliess/M. Ruffert, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl. 2016, Art. 10 AEUV, Rn. 11.

Art. 6 III MIVSB sieht, darauf aufbauend, vor, dass das Ergehen eines Vollstreckungsbeschlusses von allen Vertragsparteien verlangt werden kann: Wurde erst einmal die Abkommenswidrigkeit einer Beihilfe festgestellt, steht nicht mehr das Prinzip des Schutzes subjektiver Rechte (bzw. geschützter Anliegen) im Vordergrund, sondern das Rechtsbewährungsprinzip, sodass die Möglichkeit einer „Popularklage“ angemessen ist.

g. *Art. 7 MIVSB*

Artikel 7 schließlich regelt abschließend die Zusammensetzung des Gemeinsamen Gerichts und des Gemeinsamen Berufungsgerichts.

3. Zwischenergebnis

Anhand des Abkommensvorschlags konnte gezeigt werden, dass die strukturellen Vorteile des Beihilfenrechts für das Welthandelsrecht fruchtbar gemacht werden können, ohne die in diesem Band kritisierten Detailschwächen exportieren zu müssen.

Zudem wurde ein revidierter Tatbestand für Steuerbeihilfen vorgestellt, der durch einen Verweis im AEUV nicht nur international, sondern auch intraeuropäisch für einen innovativen Fortschritt des Beihilfenrechts sorgen könnte.

IV. Fazit und Ausblick

Abschließend kann gesagt werden, dass das gegenwärtige Welthandelsrecht an einigen strukturellen Schwächen leidet. Schwächen bestehen im Bereich des Tatbestandes und der Unterscheidung zwischen „nützlichen“ und „schädlichen“ Eingriffen des Staates in den freien Wettbewerb.

Die gravierendsten Schwachpunkte weist der Rechtsdurchsetzungsmechanismus des ASCM auf. Hier könnte der Ansatz des Beihilfenrechts, der auf Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes gerichtet und mit hinreichend effizienten Zwangsmitteln ausgestattet ist, geeignet sein, das schwerfällige, unzuverlässige „Recht zur Selbsthilfe“ des ASCM zu einem regelbasierten, fairen und effizienten Vollstreckungssystem fortzuentwickeln.

Auch in den anderen genannten Bereichen hat das Beihilfenrecht Lösungen anzubieten, die geeignet wären, aus der Perspektive des Welthandelsrechts eine Innovation darzustellen. Dabei kann der Beihilfentatbestand der Art. 107 ff. AEUV im Einzelnen so modifiziert werden, dass es nicht notwendig ist, die Schwächen des ASCM durch die Schwächen des Beihilfenrechts zu ersetzen.

Würde ein Internationales Abkommen einen derart revidierten Beihilfentatbestand enthalten, könnte dies wiederum ein Anstoß für eine Reform des EU-Beihilfenrechts selbst darstellen. Zwischen Welthandelsrecht und Beihilfenrecht käme somit ein Dialog zustande, der zum Innovationsmotor für das Recht selbst werden würde.

Eine Reform des Welthandelsrecht entlang der grundlegenden Linien des Beihilfenrechts wäre damit höchst wünschenswert – aber ist sie auch wahrscheinlich?

Die Anwendung des Europäischen Beihilfenrechts auf US-Konzerne hat jenseits des Atlantiks für einige Verwirrung gesorgt.⁶⁹ Die Regulation von staatlichen Markteingriffen wird außerhalb der Union häufig als nicht derart stark vom Recht durchdrungen verstanden und ist vielfach eher von politischen Erwägungen geprägt. In den USA wurde etwa das Vorgehen der Kommission gegen amerikanische Konzerne (bspw. Apple) nicht als die Durchsetzung von Recht verstanden, sondern als wirtschaftspolitische Maßnahme der EU gegen die USA.⁷⁰ Der Welt das EU-Beihilfenrecht verständlich zu machen, verspricht ein eher kompliziertes Unterfangen zu werden.

Die Internationalisierung der wirtschaftlichen Beziehungen und Verstaatlichung der internationalen Gemeinschaft befindet sich außerdem im Stillstand. Noch unter der Obama-Administration haben die USA das Multilaterale Instrument zur Anpassung von Doppelbesteuerungsabkommen, das im Rahmen der BEPS-Initiative der OECD zustande gekommen war, nicht ratifiziert.⁷¹ Auch im Rahmen der TTIP-Verhandlungen waren die

⁶⁹ J. Lew, Brief des Finanzministeriums der Vereinigten Staaten von Amerika an Jean-Claude Juncker vom 11. 02. 2015.

⁷⁰ J. Lew, Brief des Finanzministeriums der Vereinigten Staaten von Amerika an Jean-Claude Juncker vom 11. 02. 2015.

⁷¹ K. Bell, Treasury Official Explains Why U.S. Didn't Sign OECD Super Treaty, Bloomberg Tax vom 08. 06. 2017.

Vereinigten Staaten einem weiteren Ausbau der Beihilfenkontrolle gegenüber eher abgeneigt.⁷² Unter Barack Obamas Nachfolger, Donald Trump, hat sich diese Situation eher verschärft als entspannt: Die Verhandlungen zum Transpazifischen Freihandelsabkommen TISA wurden seitens der USA abgebrochen,⁷³ die Verhandlungen zu TTIP auf Eis gelegt.⁷⁴

Doch auch von europäischer Seite könnten Bedenken bestehen: Erst kürzlich hat der EuGH in seiner Entscheidung zu *Achmea* zwischenstaatliche Gerichte dann für mit dem Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts für unvereinbar und damit für unionsrechtswidrig erklärt, wenn sie drei Voraussetzungen erfüllen: Erstens müssen die Gerichte über Europarecht entscheiden. Zweitens dürfen die Gerichte keine Gerichte i.S.d. des Art. 267 AEUV oder der vollständigen Kontrolle durch Gerichte, die Art. 267 AEUV unterfallen, unterliegen. Drittens müssen die Entscheidungen der Gerichte rechtlich für die Beteiligten bindend sein.⁷⁵

Ob das in diesem Beitrag vorgeschlagene Gericht nach der *Achmea*-Rechtsprechung unionsrechtswidrig wäre, ist unklar. Zunächst einmal könnten Entscheidungen des Gemeinsamen Gerichtshofs unter Umständen die Kapitalverkehrsfreiheit betreffen, etwa wenn ein EU-Staat zur Nacherhebung einer Beihilfe zugunsten eines Unternehmens aus einem Drittstaat verurteilt wird. Auch sind die Entscheidungen des Gemeinsamen Gerichtshofs bindend. Dem Verdikt der Unionsrechtswidrigkeit könnte damit vermutlich nur entgangen werden, verstünde man den Gemeinsamen Gerichtshof als Gericht i.S.d. Art. 267 AEUV.⁷⁶

Unter diesen Umständen ist eine Erneuerung des Welthandelsrechtes entlang der Linien des Beihilfenrechtes vermutlich dazu verurteilt, bis auf weiteres ein unerfüllter Traum zu bleiben.

⁷² *Wirtschaftsministerium der Bundesrepublik Deutschland*, Zwischenbilanz zu den TTIP-Verhandlungen, S. 28.

⁷³ *Zeit Online*, *Trump kündigt TTP-Abkommen auf*, Artikel vom 23. 01. 2017.

⁷⁴ *Süddeutsche Zeitung*, *Brüssel legt TTIP auf Eis*, Artikel vom 11. 11. 2016.

⁷⁵ *EuGH v. 06.03.2018*, Rs. C-284/16 (*Achmea*), Rn. 31 ff.

⁷⁶ Dazu müsste das gemeinsame Gericht ein in der Verfassung der Mitgliedstaaten vorgesehenes Gericht sein, dazu insbesondere *EuGH v. 06.03.2018*, Rs. C-284/16 (*Achmea*), Rn. 44 ff.