

**Einbindung von Entwicklungs- und Schwellenländern
in den Power-to-X Markthochlauf:**

**Juristische Analyse spezifischer Varianten zur Finan-
zierung von PtX-CfD-Förderfenstern**

Diese Studie wurde von der Rechtsanwaltskanzlei Redeker Sellner Dahs im Auftrag der H2Global Stiftung in Zusammenarbeit mit der Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) erstellt. Sie wurde durch das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) finanziert.



Gefördert durch



Bundesministerium für
wirtschaftliche Zusammenarbeit
und Entwicklung

Erstattet durch:

Dr. Clemens Holtmann
Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte
Bartosz Frydel, LL.M.

Brüssel/Hamburg, den 31.05.2023

INHALTSVERZEICHNIS

A. Sachverhalt und Prüfauftrag	9
B. Executive Summary	12
I. Beihilfenrecht	12
II. EU-Verordnung über Subventionen aus Drittstaaten	13
III. WTO-Recht.....	13
C. Beihilfenrechtliche Würdigung	16
I. Beihilfentatbestand (Art. 107 Abs. 1 AEUV).....	17
1. Unproblematisch erfüllte Tatbestandsmerkmale.....	17
2. Drohende Wettbewerbsverfälschung und (potenzielle) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	20
a) Variante „Import in die EU“	22
b) Variante „lokaler Markt“.....	22
aa) Wettbewerbsverfälschung.....	23
bb) Handelsbeeinträchtigung.....	24
c) Zwischenergebnis.....	26
3. Gewährung aus staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Mitteln.....	26
4. Konsequenzen für die verschiedenen Szenarien	30
5. Zwischenergebnis.....	31
II. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt	31
1. Ohne Notifizierungserfordernis – Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung 2023 (AGVO)	32
2. Mit Notifizierungserfordernis.....	34
a) Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 (KUEBLL)	34
aa) Ermittlung des geförderten Wirtschaftszweigs und der positiven Auswirkungen der Maßnahme (positive Voraussetzung).....	36
bb) Anreizeffekt (positive Voraussetzung)	36
cc) Kein Verstoß gegen relevante Bestimmungen des Unionsrechts (positive Voraussetzung).....	38
dd) Erforderlichkeit der Beihilfe (negative Voraussetzung)	38
ee) Geeignetheit der Beihilfe (negative Voraussetzung)	39

ff) Beihilfefähigkeit/Grundsatz der Technologieneutralität (negative Voraussetzung).....	40
gg) Öffentliche Konsultation (negative Voraussetzung).....	40
hh) Angemessenheit der Beihilfe (negative Voraussetzung)	41
ii) Transparenz der Beihilfe (negative Voraussetzung)	42
jj) Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen der Beihilfe auf Wettbewerb und Handel (negative Voraussetzung).....	42
kk) Abwägung	43
b) Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge des Angriffs Russlands auf die Ukraine – Krisenbewältigung und Gestaltung des Wandels 2023 (TCTF)	44
3. Zwischenergebnis	46
D. EU-Verordnung über Subventionen aus Drittstaaten	47
I. Subventionstatbestand	47
1. Vorliegen einer finanziellen Zuwendung	48
2. Gewährung durch ein Drittland.....	49
3. Verschaffung eines Vorteils	49
4. Unternehmenseigenschaft des/der Begünstigten.....	50
5. Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Binnenmarkt	51
6. Spezifität.....	52
II. Prüfung von drittstaatlichen Subventionen.....	52
1. Ein allgemeines Instrument.....	54
2. Ein anmeldebasiertes Instrument zur Untersuchung von Zusammenschlüssen.....	56
3. Ein anmeldebasiertes Instrument zur Untersuchung von Angeboten bei öffentlichen Vergabeverfahren.....	57
III. Zwischenergebnis	59
E. WTO-rechtliche Würdigung.....	60
I. Allgemeine Rahmenbedingungen des WTO-Rechts	61
1. Allgemeines.....	61
2. Auslegung des WTO-Rechts	62
3. Entwicklungs- und Schwellenländer im WTO-Recht	62
a) Allgemeines.....	62
b) Spezial- und Ausnahmeregelungen für Entwicklungsländer	63
4. Streitschlichtung im Rahmen des WTO-Rechts.....	64

5.	Folgen/Sanktionen.....	65
II.	Subventionen im WTO-Recht	65
1.	Allgemeines.....	65
2.	Subventionsbegriff des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM	66
3.	Strenges Verbot von Exportsubventionen.....	67
4.	Keine Sonderrolle für Energiesubventionen im WTO-Recht	67
5.	Spezielle Regelungen für Entwicklungsländer	68
a)	Art. 27 ÜSCM	68
b)	Annex VII zum ÜSCM	68
6.	Sonderfall der transnationalen Subventionen.....	69
a)	Begriff und Fallgruppen	69
b)	WTO-Recht auf transnationale Subventionen anwendbar?	70
c)	Rechtspraxis in der EU.....	71
d)	Zwischenergebnis.....	73
III.	Allgemeine Überlegungen zur Vereinbarkeit des H2Global-Instruments (bzw. finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument) mit dem WTO-Recht	73
1.	Vorüberlegung: Trennung versus Gesamtschau von finanziellen Beiträgen?.....	73
2.	Erfüllen finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument die Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM?	74
a)	Anwendungsbereich	74
aa)	Sachlicher Anwendungsbereich des ÜSCM	74
bb)	Zeitlicher Anwendungsbereich des ÜSCM.....	75
b)	Finanzieller Beitrag	75
c)	Öffentliche Körperschaft.....	76
d)	Territorialität	76
e)	Vorteil	78
f)	Spezifität gem. Art. 2 ÜSCM	79
3.	Keine Exportsubventionen	80
4.	Angreifbare Subventionen.....	80
5.	Zwischenergebnis.....	81
IV.	Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen zum H2Global-Instrument aus der Bundesrepublik Deutschland mit dem WTO-Recht	82
1.	Deutschland als Mitglied der WTO	82
2.	Rolle der Gemeinsamen Handelspolitik (Art. 206 f. AEUV)	82

3.	Subvention iSd Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM.....	82
a)	Finanzieller Beitrag.....	82
b)	H2Global bzw. PtX-Intermediär als öffentliche Körperschaften?.....	83
c)	Territorialität	83
d)	Vorteil	83
e)	Händler als “Empfänger“?	84
f)	Spezifizität.....	84
g)	Zwischenergebnis.....	84
4.	Keine Exportbeihilfe gem. Art. 3.1 (a) ÜSCM	84
5.	Angreifbare Beihilfe gem. Art. 5 ÜSCM?	85
6.	Ergebnis.....	85
V.	Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen der EU zum H2Global-Instrument mit dem WTO-Recht.....	85
1.	Die EU als Mitglied der WTO	86
2.	Bindung der EU an das WTO-Recht.....	86
3.	Subvention gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM	86
a)	Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) 1 ÜSCM.....	86
b)	Territorialität	86
4.	Keine Exportsubvention oder angreifbare Subvention	87
5.	Ergebnis.....	87
VI.	Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen von EU-Mitgliedstaaten zum H2Global-Instrument mit dem WTO-Recht	87
1.	EU-Mitgliedstaaten als Mitglieder der WTO.....	87
2.	Rolle der Gemeinsamen Handelspolitik (Art. 206 f. AEUV)	88
3.	Subvention gem. Art. 1.1 (a) 1 ÜSCM.....	88
a)	Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) 1 ÜSCM.....	88
b)	Fehlende Territorialität.....	88
4.	Ergebnis.....	88
VII.	Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen zum H2Global-Instrument aus Drittstaaten mit dem WTO-Recht (Australien, Vereinigtes Königreich, Norwegen, Brasilien).....	88
1.	Mitgliedschaft in der WTO	89
a)	Australien	89
b)	Das Vereinigte Königreich nach dem Brexit	89
c)	Norwegen	90

d) Brasilien	90
2. Subvention gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM	91
a) Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM	91
b) Fehlende Territorialität.....	91
3. Ergebnis.....	91
VIII. Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen von Drittstaaten ohne Verbindungen in die EU (Vereinigte Arabische Emirate und Saudi-Arabien) ...	91
1. Mitgliedschaft in der WTO	91
a) Vereinigte Arabischen Emirate	91
b) Saudi-Arabien	92
2. Subvention gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM	92
a) Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM	92
b) Fehlende Territorialität.....	92
3. Ergebnis.....	92
IX. Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen zum H2Global-Instrument aus Entwicklungsländern mit dem WTO-Recht (Namibia, Südafrika, Indien und Marokko)	92
1. Mitgliedschaft in der WTO	93
a) Namibia	93
b) Südafrika	93
c) Indien.....	93
d) Marokko	93
e) Kolumbien.....	94
f) Mexiko	94
2. Subvention gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM	94
a) Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM	94
b) Fehlende Territorialität.....	94
c) Keine Sonderregelungen gem. Art. 27 ÜSCM.....	94
3. Ergebnis.....	95
X. Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen von Internationale Organisationen zum H2Global-Instrument mit dem WTO-Recht	95
1. Allgemeines.....	95
2. Einzelne Förder- und Finanzinstitutionen	95
a) Weltbank (IBRD/IDA).....	96
b) ADB (Asian Development Bank)	96

c) IDB/IADB (Inter-American Development Bank).....97

3. Zusammenfassung.....97

A.**Sachverhalt und Prüfauftrag**

- (1) Im Einklang mit dem im November 2016 in Kraft getretenen Pariser Abkommen, das zum Ziel hat, die Erderwärmung deutlich unter 2 Grad zu halten und möglichst auf 1,5 Grad zu begrenzen, haben sich die EU und Deutschland das ambitionierte Klimaschutzziel gesetzt, bis 2050 bzw. 2045 Klimaneutralität zu erreichen. Politisch verankert wurden diese Ambitionen zuletzt in den Beschlüssen des Bundeskabinetts zum Klimaschutzprogramm 2030 sowie dem kürzlich aktualisierten Klimaschutzgesetz. Gleichzeitig ist es für wirksamen Klimaschutz zwingend erforderlich auch die Defossilisierung von Partnerländern außerhalb der EU zu unterstützen.
- (2) Global bedarf es einschneidender Veränderungen in allen Wirtschaftszweigen. Für die vollständige Transformation hin zu einer klimaneutralen Zukunft sind sämtliche Sektoren aus den Bereichen Industrie, Energie, Wärme und Verkehr betroffen. Einige Sektoren sind allerdings allein durch Elektrifizierung nicht oder nur schwer bzw. ineffizient zu dekarbonisieren und werden auch weiterhin auf gasförmige und flüssige Energieträger angewiesen sein. Von fossilem CO₂ freie, gasförmige und flüssige Energieträger wie Wasserstoff sowie auf Wasserstoff basierende Derivate (nachfolgend auch: Power-to-X-(PtX-Produkte)), zu denen unter anderem Ammoniak, Methan, Methanol, und Kerosin gehören, nehmen folglich eine entscheidende Rolle bei der Weiterentwicklung und Vollendung der deutschen, europäischen und weltweiten Energiewende ein.
- (3) Gefördert durch das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ), führt die H2Global Stiftung das unabhängige Forschungsprojekt „Grüner Wasserstoff und Power-to-X: Chancen und Risiken des internationalen Markthochlaufs für Entwicklungs- und Schwellenländer in Zusammenarbeit mit der Wirtschaft“ durch.
- (4) Im Rahmen des Forschungsprojekts sollen die Determinanten einer chancengleichen Partizipation von Entwicklungs- und Schwellenländern am internationalen Markthochlauf von grünem Wasserstoff und PtX-Produkten identifiziert werden. Zur Erreichung dieses Ziels sollen die identifizierten Determinanten untersucht und konkrete Beiträge zur Chancengleichheit in den politischen Diskurs hinsichtlich des internationalen Markthochlaufs eingebracht werden, welcher auch für andere Klimaschutzprogramme und Technologien relevant sein soll. Hintergrund ist ein sich abzeichnender, harter internationaler Wettbewerb zwischen den potenziellen (Angebots-)Märkten um internationale Investoren. Gleichzeitig entwickelt sich ein regulatorischer Rahmen mit

internationalen Standards, der Milliardeninvestitionen in nachhaltige Infrastrukturen erforderlich macht. Beides kann eine Hürde, aber auch eine Chance für privatwirtschaftliche Investitionen in Partnerländer der Entwicklungszusammenarbeit (EZ) darstellen und neue Handlungsfelder für entwicklungspolitisch relevante Kooperationen mit der Privatwirtschaft zur Förderung einer nachhaltigen Wirtschaftsentwicklung eröffnen.

- (5) Im Fokus des unabhängigen Forschungsvorhabens stehen die Wettbewerbsbedingungen in einem sich entwickelnden Markt für grünen Wasserstoff und PtX-Produkte und die Auswirkungen, welche die dafür absehbaren gesetzlichen und technischen Rahmenbedingungen auf die Wettbewerbschancen von Akteuren aus Entwicklungs- und Schwellenländern haben werden. In diesem Sinne fokussiert sich das Projekt auf die rechtliche, ökonomische und technische Analyse der neu entstehenden PtX-Angebots- und Nachfragemärkte, die Marktstellung und Investitionsbedingungen für Wirtschaftsakteure in den Partnerländern der EZ sowie auf die Identifikation von konkreten Handlungsempfehlungen für die Förderung von Kooperationen mit der Privatwirtschaft. Zudem werden die in Fachkreisen wie dem Nationalen Wasserstoffrat und der Europäischen Kommission (Kommission) diskutierten Nachhaltigkeitsanforderungen, Standards und Zertifizierungsverfahren mit Blick auf deren Umsetzbarkeit in Partnerländern der EZ analysiert und in den länder- und wettbewerbsspezifischen Kontext eingeordnet.
- (6) Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist eine juristische Analyse spezifischer Varianten zur Finanzierung von PtX-CfD-Förderfenstern im Rahmen des H2Global-Instruments, die zur Einbindung von Entwicklungs- und Schwellenländern und sonstigen Drittstaaten in den PtX-Markthochlauf beitragen sollen. Fokusländer der Analyse sind – neben Deutschland und der EU – die Entwicklungs- und Schwellenländer Brasilien, Kolumbien, Südafrika, Namibia, Mexiko, die Maghreb-Staaten Tunesien und Marokko. Darüber hinaus erstreckt sich die Untersuchung auf die Drittstaaten Norwegen, das Vereinigte Königreich, Australien, die Vereinigten Arabischen Emirate und Saudi-Arabien, bei denen es sich nicht um Partnerländer der EZ handelt.¹
- (7) Ein CfD-Doppelauktionsmechanismus, wie H2Global, stellt ein flexibles Instrument dar, das die Ausgestaltung spezifischer – an die Anforderungen des Zuwendungsgebers angepasste – „Förderfenster“ ermöglicht. Im Rahmen der Nutzung des Instruments in Zusammenarbeit mit einem oder mehreren Partnerländern der deutschen und

¹ Bei diesen Drittstaaten handelt es sich um Referenzländer, die die Analyse ergänzen.

internationalen EZ stellt sich daher die Frage nach rechtlich zulässigen und umsetzbaren Varianten zur Bereitstellung von Fördermitteln für einen entsprechenden Mechanismus. Das vorliegende Gutachten analysiert eine Finanzierung von „Förderfenstern“ ausgerichtet auf:

- den lokalen Markt,
- den Exportmarkt sowie
- eine Kombination aus lokaler Abnahme und Export.

(8) Dabei werden jeweils die folgenden Varianten betrachtet:

- Co-Finanzierung der für den Fördermechanismus bereitgestellten Mittel durch:
 - Deutschland und EZ-Partnerland/-länder
 - Deutschland und multilaterale Institution (insbesondere Weltbank, Afrikanische Entwicklungsbank)
 - EU und EZ-Partnerland
 - EU und multilaterale Institution (insbesondere Weltbank, Afrikanische Entwicklungsbank)
- Ergänzung des Fördermodells durch eine CAPEX-Förderung des Anlagenbaus des Wasserstoff- und PtX-Produzenten durch Drittstaaten.

(9) Rechtlicher Beurteilungsmaßstab sind die rechtlichen Rahmenbedingungen der EU, insbesondere das Europäische Beihilfenrecht, sowie das internationale Wirtschaftsrecht (insbesondere WTO und GATT).

B.**Executive Summary****I. Beihilfenrecht**

1. Eine Fördermaßnahme beinhaltet eine – grundsätzlich verbotene – staatliche Beihilfe, wenn sie kumulativ sämtliche Merkmale des Beihilfentatbestands gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt. Vorliegend können die meisten Merkmale des Beihilfentatbestands ohne weiteres als erfüllt angesehen werden. Einer näheren Prüfung bedürfen lediglich die Tatbestandsmerkmale der Gewährung aus staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Mitteln und der drohenden Wettbewerbsverfälschung und (potenziellen) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. In Bezug auf diese Tatbestandsmerkmale hat die Prüfung Folgendes ergeben:
 - Die von der EU, einer internationalen Institution oder einem Drittland für ein PtX-Förderfenster bereitgestellte Mittel sind nur dann als staatliche bzw. aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe anzusehen, wenn die Bereitstellung der Mittel für das PtX-Fenster auf Anweisung bzw. gemäß den Vorgaben eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten erfolgt.
 - Eine Wettbewerbsverfälschung bzw. eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels könnte nur dann ausgeschlossen werden, wenn das geplante Instrument auf der Abnehmerseite ausschließlich den lokalen Absatzmarkt in dem Erzeugerstaat außerhalb der EU adressiert, keinen Import in die EU vorsieht und der begünstigte Drittstaat-Erzeuger nicht (auch) auf dem Binnenmarkt tätig ist.
2. Das Beihilfenrecht kennt eine Reihe von Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot staatlicher Beihilfen (Art. 107 Abs. 1 AEUV). Für solche Finanzierungsmaßnahmen für ein PtX-Fenster, die den Beihilfentatbestand erfüllen, ist zu prüfen, ob sie nach Maßgabe einschlägiger Ausnahmebestimmungen für mit dem Binnenmarkt vereinbar sind. Unsere Prüfung hat ergeben, dass die Kommission diese Finanzierungsbeiträge nach Durchführung eines Notifizierungsverfahrens auf der Grundlage der Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihil-

fen 2022 (KUEBLL) für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären könnte. Die einschlägigen Vereinbarkeitsvoraussetzungen sind in Abschnitt 4.1 der KUEBLL („Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“) geregelt.

II. EU-Verordnung über Subventionen aus Drittstaaten

1. Die kürzlich in Kraft getretene Verordnung (EU) 2022/2560 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen (Foreign Subsidies Regulation – FSR) sieht verschiedene Instrumente vor, die der Kommission künftig die Untersuchung drittstaatlicher Subventionen ermöglichen, welche Unternehmen gewährt werden, die sich im EU-Binnenmarkt wirtschaftlich betätigen. Dies wirkt sich sowohl für den jeweiligen PtX-Intermediär im Rahmen des H2Global-Instruments als auch für dessen HPA-Vertragspartner aus, die im Rahmen eines von einem Drittstaat (mit-)finanzierten PtX-Förderfensters ausgewählt werden.
2. Zum einen muss der PtX-Intermediär künftig in Bekanntmachungen zu HPA-Vergabeverfahren je nach Volumen der zu vergebenden HPAs darauf hinweisen, dass Bieter Meldungen oder Erklärungen über den (Nicht-)Erhalt von Drittstaatsubventionen abgeben müssen, die der PtX-Intermediär seinerseits unverzüglich an die Kommission weiterleiten muss.
3. Zum anderen kann aus dem Erhalt von Drittstaatsubventionen aus einem PtX-Förderfenster die Verpflichtung resultieren, dass ein beabsichtigter Unternehmenszusammenschluss unter (mittelbarer) Beteiligung des HPA-Vertragspartners bei der Kommission anzumelden ist. Denn bei einem finanziellen Beitrag eines Drittstaats zu einem PtX-Förderfenster kann es sich potenziell um eine drittstaatliche Subvention i.S.d. FSR handeln, zu deren Untersuchung die Kommission künftig im Zusammenhang mit bestimmten Unternehmenszusammenschlüssen befugt ist.

III. WTO-Recht

1. Finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument sind am WTO-Subventionsrecht zu messen. Hierbei unterscheidet das WTO-Subventionsrecht im ÜSCM als Konkretisierung des Art. XVI GATT zwischen grundsätzlich zulässigen Subventionen, verbotenen Exportsubventionen (Art. 3.1 (a) ÜSCM) und angreifbaren Subventionen (insbesondere Art. 5 (a) und (c) ÜSCM). Ein wesentlicher Erfolg des ÜSCM

besteht darin, einen einheitlichen Subventionsbegriff (Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM) zur Verfügung zu stellen. Ein allgemeines Subventionsverbot vergleichbar zu Art. 107 Abs. 1 AEUV ist dem WTO-Recht aber unbekannt.

2. Das WTO-Recht kennt eine Reihe von Ausnahmen und Sonderbestimmungen für Entwicklungsländer auf allgemeiner Ebene (s. etwa Art. XI:2 ÜWTO) und auf der Ebene des Subventionsrechts (Art. 27 ÜSCM). In Bezug auf die in den Blick genommenen Partnerländer im Rahmen des H2Global-Instruments sind diese Sonderregelungen bzw. Ausnahmen vom ÜSCM-Abkommen aber nicht anwendbar, insbesondere weil keines der Länder zu den *least developed countries* nach Annex VII des ÜSCM gehört oder ein GNP pro Kopf von unter 1,000 US-Dollar aufweist.
3. Finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument durch Deutschland und weitere EZ-Länder oder weiteren Institutionen sind jeweils getrennt zu betrachten. Weder die Bundesrepublik Deutschland noch die EZ-Länder sind Eigentümer von H2Global oder ihres PtX-Intermediärs. Allerdings erfüllt die Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu anderen WTO-Mitgliedern bei Zahlung finanzieller Beiträge in das H2Global-Instrument Voraussetzungen, die andere WTO-Mitglieder gerade nicht erfüllen:
 - Finanzielle Leistungen der Bundesrepublik Deutschland erfüllen eindeutig das Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM zugrundeliegende Territorialitätsprinzip. Damit ist der Tatbestand des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM insgesamt mit hoher Wahrscheinlichkeit erfüllt.
 - Dagegen stellen solche Beiträge nach hiesiger Einschätzung keine Exportsubventionen dar. Das H2Global-Instrument knüpft den Zuschlag nicht an eine bestimmte Ausfuhrmenge o.ä., sondern stellt ein rein marktorientiertes Instrument dar.
 - Schließlich handelt es sich auch nicht um angreifbare Subvention gem. Art. 5 (a) oder (c) ÜSCM, weil keine Schädigungsabsicht erkennbar ist und das H2Global-Instrument auch nicht auf bestimmte Drittstaaten begrenzt ist. Insofern spricht viel dafür, dass das H2Global-Instrument in Bezug auf die deutschen Beiträge mit dem WTO-Subventionsrecht vereinbar ist.
4. Auch finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument durch die EU erfüllen den in Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM geforderten „territorial link“, weil H2Global bzw. ihr PtX-Intermediär ihren Sitz im Geltungsbereich der EU-Verträge haben. Zudem erfüllt

die EU als Gründungsmitglied der WTO die Anforderungen an die Eigenschaft eines public body. Für die EU gilt aber ebenso wie für Deutschland, dass finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument weder eine verbotene Exportsubvention noch eine angreifbare Subvention verkörpern.

5. Finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument durch EU-Mitgliedstaaten (Spanien) erfüllen dagegen nicht das Territorialitätsprinzip und fallen daher schon tatbestandlich nicht unter Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM. Bei dieser Einschätzung ist zu beachten, dass das Territorialitätsprinzip vom EuG jüngst sehr weit ausgelegt wurde (Stichwort: transnationale Subventionen), diese Linie aber bislang weder vom EuGH noch von den WTO-Streitschlichtungsinstitutionen bestätigt wurde. Darüber hinaus ergeben sich aber keine Abweichungen hinsichtlich der Frage, ob es sich um verbotene Exportsubventionen oder angreifbare Subventionen handelt (dazu bereits 3. und 4.).
6. Auch finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument durch Drittstaaten (Norwegen, Vereinigtes Königreich und Australien) sind mangels territorial link nicht an Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM zu messen. Soweit dieses Kriterium weit ausgelegt wird (dazu 5.), handelt es sich gleichwohl nicht um Exportsubventionen oder angreifbare Subventionen. Dies gilt auch für Drittstaaten, die nicht über aktuelle oder künftige Freihandelsabkommen mit der EU verbunden sind (Vereinigte Arabische Emirate und Saudi-Arabien).
7. Finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument durch Entwicklungsländer (Brasilien, Kolumbien, Marokko, Tunesien, Mexiko, Südafrika und Namibia) weisen ebenfalls keinen *territorial link* auf. Eine Ausnahme gem. Art. 27 ÜSCM für die hier im Mittelpunkt stehenden EZ-Länder, die zugleich Entwicklungsländer sind, ist nicht einschlägig (zu den Voraussetzungen einer Ausnahme gem. Art. 27 ÜSCM s. 2.).
8. Schließlich erfüllen auch potenzielle finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument durch internationale Organisationen (Finanzinstitutionen) nicht Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM. Die im Mittelpunkt stehenden Organisationen (ADB, IABD, Weltbank) sind mangels Mitgliedschaft in der WTO nicht an das WTO-Recht gebunden. Nur Staaten und autonome Zollgebiete können Mitglied der WTO werden.

C.**Beihilfenrechtliche Würdigung**

- (10) Dieser Teil C. „Beihilfenrechtliche Würdigung“ besteht aus zwei Abschnitten. Zunächst wird das in Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verankerte Verbot staatlicher Beihilfen dargelegt und analysiert, ob die im Rahmen des geplanten Instruments bereitgestellten Mittel den Beihilfentatbestand erfüllen und somit in den Anwendungsbereich des Beihilfenrechts fallen. Dazu werden die Merkmale analysiert, die für das tatbestandliche Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ausschlaggebend sind: angefangen bei den Merkmalen, deren Vorliegen leicht festgestellt werden kann, bis hin zu den Merkmalen, deren Vorliegen eher fragwürdig ist und einer näheren Prüfung bedarf (dazu unter C.I.). Zweitens wird unter der Annahme, dass die im Rahmen des geplanten Instruments bereitgestellten Mittel in den Anwendungsbereich der Vorschriften für staatliche Beihilfen fallen, analysiert, unter welchen Bedingungen die im Rahmen des geplanten Instruments gewährten staatlichen Beihilfen dennoch als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen (und somit durchgeführt) werden können (dazu unter C.II.).
- (11) Die folgende Analyse stützt sich in weiten Teilen auf die Entscheidung der Kommission vom 20.12.2021 in der Beihilfesache SA.62619 (2021/N)² (nachstehend die „ursprüngliche Entscheidung“), mit der das „ursprüngliche Instrument“ genehmigt wurde. Dies gilt sowohl für die Beschreibung des Instruments (Abschnitt 2 der ursprünglichen Entscheidung) als auch die rechtlichen Schlussfolgerungen, zu denen die Kommission in Bezug auf das ursprüngliche Instrument gelangt ist. Denn soweit die im Folgenden geprüften neuen Varianten mit dem ursprünglichen Instrument übereinstimmen, ist davon auszugehen, dass die Kommission zu denselben Schlussfolgerungen gelangen würde. Dies gilt insbesondere für die Prüfung des Beihilfentatbestands (vgl. dazu unten C.I.). Soweit die neuen Varianten hingegen für die beihilfenrechtliche Beurteilung relevante Abweichungen von dem ursprünglichen Instrument aufweisen, wird dies im Folgenden deutlich gemacht.

² Kommission, Beschluss vom 20.12.2021, Staatliche Beihilfe SA.62619 (2021/N) – Deutschland: H2Global-Maßnahme für den Markthochlauf von grünem Wasserstoff und seinen Derivaten in Europa.

I. Beihilfentatbestand (Art. 107 Abs. 1 AEUV)

(12) Art. 107 Abs. 1 AEUV statuiert ein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen:

„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

(13) Eine Fördermaßnahme beinhaltet daher eine staatliche Beihilfe, wenn sie kumulativ sämtliche Merkmale des Beihilfentatbestands gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt:

- Gewährung aus staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Mitteln
- Vorliegen einer Begünstigung
- Selektivität der Begünstigung
- Unternehmenseigenschaft des/der Begünstigten
- Drohende Wettbewerbsverfälschung und (potenzielle) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

1. Unproblematisch erfüllte Tatbestandsmerkmale

(14) Im vorliegenden Fall können die meisten Kriterien für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe ohne weiteres als erfüllt angesehen werden, wie die Kommission bereits in der ursprünglichen Entscheidung festgestellt hat. Bei den hier geprüften neuen Varianten gibt es keine Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Instrument, die eine andere Bewertung dieser Kriterien rechtfertigen würden. Auch bei den neuen Varianten sind die Tatbestandsmerkmale der Begünstigung, der Selektivität und der Unternehmenseigenschaft der Begünstigten ohne weiteres erfüllt.

(15) Eine Begünstigung ist jeder wirtschaftliche Nutzen in jeglicher Form, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht hätte erzielen können.³ Das ursprüngliche Instrument und die geplanten neuen Varianten sehen vor, dass w die Hersteller als auch die Abnehmer von erneuerbarem Wasserstoff und seinen Derivaten eine Begünstigung erhalten. Die Begünstigung für die Erzeuger besteht in langfristigen

³ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 66 und 68.

Wasserstoffabnahmeverträgen (Hydrogen Purchase Agreements – HPA) zu einem Preis, der die relevanten Produktionskosten deckt und einen angemessenen Gewinn ermöglicht, der unter normalen Marktbedingungen nicht erzielt werden kann.

- (16) Demgegenüber spricht viel dafür, dass auf der Ebene der Abnehmer keine Begünstigung vorliegt. Denn Hydrogen Selling Agreements (HSAs) werden nur mit denjenigen Abnehmern geschlossen, die sich im Rahmen eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens durchsetzen, wobei das einzige Auswahlkriterium der Preis ist. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass die HSAs zu dem höchsten auf dem Markt erzielbaren Preis abgeschlossen werden. Gemäß Rn. 84 Buchst. ii der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe kommt eine Veräußerung zu marktüblichen Bedingungen zustande und ist daher begünstigungslos, wenn sie über ein wettbewerbliches, transparentes, diskriminierungsfreies und bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren bei Zuschlagserteilung an das Höchstgebot erfolgt.⁴ Der Einstufung dieses Höchstgebots als Marktpreis steht nicht entgegen, dass es nicht die gesamten Gesteuerungskosten deckt. Dies verdeutlicht u.a. Art. 42 Abs. 5 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für staatliche Beihilfen (AGVO)⁵. Dort heißt es in Bezug auf Betriebsbeihilfen für die Erzeugung von erneuerbarem Strom:

„Die Beihilfe wird als Prämie zusätzlich zu dem Marktpreis, zu dem die Stromerzeuger ihren Strom direkt auf dem Markt verkaufen, gewährt.“

- (17) Dies spricht dafür, dass unter dem Begriff des Marktpreises der höchste am Markt erzielbare Preis und nicht zwingend ein kostendeckender Preis gemeint ist. In ihrer ursprünglichen Entscheidung hat die Kommission gleichwohl angesichts des hohen Zeitdrucks des damaligen Notifizierungsverfahrens (vorsorglich) auch auf der Ebene der Abnehmer eine Begünstigung angenommen. Für eine vertiefte Prüfung, die ggf. eine andere Schlussfolgerung ermöglicht hätte, fehlte im Rahmen des Notifizierungsverfahrens die Zeit. Im Ergebnis kann diese Frage für die Zwecke dieses Gutachtens dahinstehen, da auch die neuen Varianten jedenfalls auf der Ebene der Erzeuger eine Begünstigung bewirken. Daher ist das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung schon aus diesem Grunde erfüllt.

⁴ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 84.

⁵ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV in der Fassung vom 23.07.2021, ABl. EU 2021 L 270/39.

- (18) Die Begünstigung muss gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV zudem selektiv sein, d. h. sie darf nicht nur allgemein gelten, sondern muss bestimmte Unternehmen oder Kategorien von Unternehmen oder bestimmte Wirtschaftszweige begünstigen.⁶ Dies ist sowohl bei dem ursprünglichen Instrument als auch bei den geplanten neuen Varianten der Fall. Die Begünstigung steht nur bestimmten Arten von Investoren zur Verfügung, nämlich denjenigen, die in die Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff oder dessen Derivaten investieren und mit denen ein HPA geschlossen wird. Sofern man auch auf der Seite der Abnehmer eine Begünstigung annähme, wäre auch diese selektiver Natur. Denn sie bestünde angesichts des frühen Entwicklungsstadiums des Marktes für erneuerbaren Wasserstoff und dessen Derivate nur bestimmten Akteuren zur Verfügung, die ihre Produktionsabläufe durch diese Art von Investitionen dekarbonisieren können und mit denen HSA geschlossen würden.
- (19) Es bestehen auch keine Zweifel daran, dass sowohl die Erzeuger als auch die Abnehmer als Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne anzusehen sind. Im Beihilfenrecht gilt der von dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) entwickelte und von der Kommission in ständiger Entscheidungspraxis angewendete sog. „funktionale“ Unternehmensbegriff. Danach ist ein Unternehmen
- „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung ist eine wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.“⁷
- (20) Neben diesen vorliegend unproblematisch erfüllten Merkmalen des Beihilfentatbestands gibt es auch zwei Merkmale, die einer vertieften Analyse bedürfen. Dabei handelt es sich um die Kriterien der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und der Verfälschung des Wettbewerbs sowie um das Kriterium der Gewährung von Beihilfen aus staatlichen bzw. dem Staat zurechenbaren Mitteln. Hinsichtlich des ersten fraglichen Merkmals kam die Kommission in der ursprünglichen Entscheidung zu dem Schluss, dass die Begünstigten solche Hersteller und Abnehmer von erneuerbarem Wasserstoff bzw. dessen Derivaten sind, die an der Herstellung von Produkten oder Dienstleistungen beteiligt sind, die im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in großem Umfang gehandelt werden. Denn das ursprüngliche Instrument sieht

⁶ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 117-118.

⁷ Vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 12.09.2000, verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98 – *Pavel Pavlov u.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 74.

vor, das sämtliche darüber vermarkteten Produkte aus dem jeweiligen Erzeugerstaat außerhalb der EU in die EU importiert werden. Aus diesem Grunde stellte die Kommission fest, dass das ursprüngliche Instrument den Wettbewerb auf dem Wasserstoffmarkt und den nachgelagerten Märkten verfälschen und den Handel innerhalb des EWR beeinträchtigen könnte. Demgegenüber betrifft eine der nun erwogenen Varianten auch solche Förderfenster, bei denen die erzeugten Produkte nicht in die EU importiert werden, sondern auf dem lokalen Markt des Erzeugerlandes angeboten werden. Insoweit könnte u.U. eine andere rechtliche Beurteilung im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbs- und Handelsbeeinträchtigung möglich sein. Daher ist es angezeigt, dieses Kriterium genauer zu betrachten (vgl. dazu unten C.I.2.).

- (21) In Bezug auf das zweite näher zu untersuchende Tatbestandsmerkmal durfte die Kommission in der ursprünglichen Entscheidung ohne weiteres davon ausgehen, dass die Maßnahme aus staatlichen Mitteln finanziert wird und dem Staat zuzurechnen ist. Denn das ursprüngliche Instrument wird ausschließlich aus dem allgemeinen deutschen Staatshaushalt und nach Vorgaben finanziert, die das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) in seinem Zuwendungsbescheid festgelegt hat. In den erwogenen neuen Varianten werden jedoch verschiedene Szenarien erwogen, bei denen die Finanzierung nicht nur von Deutschland (oder einem anderen EU-Mitgliedstaat), sondern auch von anderen Stellen, nämlich Entwicklungs- oder Schwellenländern, der EU oder internationalen Institutionen wie der Weltbank oder der Afrikanischen Entwicklungsbank, übernommen wird (siehe Rn. (8)). Diese Änderung stellt eine erhebliche Abweichung vom ursprünglichen Instrument dar. Eine Neubewertung dieses Kriteriums ist daher notwendig.

2. Drohende Wettbewerbsverfälschung und (potenzielle) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

- (22) Die einfachste Möglichkeit sicherzustellen, dass die Beihilfe keine Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat und den Wettbewerb nicht verfälscht oder zu verfälschen droht, wäre, sie an den Kriterien der sog. De-minimis-Verordnung⁸ auszurichten. Gemäß dieser Verordnung wird in der Regel davon ausgegangen, dass eine Beihilfe nicht alle Kriterien des Art. 107 Absatz 1 des Vertrags erfüllt und daher von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Absatz 3 des Vertrags freigestellt ist, wenn die

⁸ Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen.

einem einzelnen Unternehmen gewährte Beihilfe pro Mitgliedstaat in einem Zeitraum von drei Steuerjahren höchstens 200 000 EUR beträgt. Diese Verordnung, die nur bis zum 31.12.2023 gilt, wird derzeit von der Kommission überarbeitet. Die Kommission schlägt vor, die De-minimis-Schwelle zu ändern, um sie an den aktuellen wirtschaftlichen Kontext anzupassen. Dem Vorschlag zufolge soll die De-minimis-Schwelle auf 275 000 EUR angehoben werden. Aber auch nach der Anhebung der De-minimis-Schwelle wäre eine Beihilfe von 275 000 EUR pro Mitgliedstaat und Unternehmen für die Zwecke der geplanten Varianten nicht ausreichend. Der Markthochlauf von grünem Wasserstoff und dessen Derivaten setzt Investitionen und Volumina voraus, die mit einem auf 275.000 EUR pro Erzeuger begrenzten Preisdifferenzausgleich nicht erreicht werden können.

- (23) Deshalb ist zu prüfen, ob eine Wettbewerbsverfälschung bzw. eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in der EU auf der Grundlage der allgemeinen Grundsätze ausgeschlossen werden kann. Grundsätzlich stellen die Unionsgerichte nur sehr geringe Anforderungen an das Vorliegen dieser Merkmale des Beihilfentatbestands. Bei einem Unternehmen, das (auch) auf dem Binnenmarkt tätig ist, gehen sie grundsätzlich ohne nähere Prüfung davon aus, dass jede Begünstigung geeignet ist, den Wettbewerb und den Handel im Binnenmarkt zu beeinträchtigen.⁹
- (24) Einer näheren Prüfung bedarf es nach der Rechtsprechung jedoch, wenn Gegenstand der staatlichen Förderung – wie vorliegend – Aktivitäten von Unternehmen in Drittstaaten sind. Die Unionsgerichte haben betont, dass Auswirkungen auf den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel in der EU durch Fördermaßnahmen dieser Art jedenfalls weniger unmittelbar und schwerer wahrnehmbar sind als bei finanziellen Hilfen für innereuropäische Tätigkeiten und Projekte.¹⁰ Der sonst übliche Hinweis darauf, dass der Beihilfeempfänger (auch) am innergemeinschaftlichen Handel teilnimmt, ist in diesen Fällen kein hinreichender Anhaltspunkt für das Vorliegen einer potenziellen Wettbewerbsverfälschung oder Handelsbeeinträchtigung im Binnenmarkt.¹¹ Dementsprechend werden diese Tatbestandsmerkmale nachfolgend anhand der zu Drittstaaten-Fällen ergangenen Entscheidungspraxis der Unionsgerichte und der Kommission geprüft.

⁹ Vgl. u.a. EuG, Urteil vom 11.06.2009, Rs. T-189/03 – *ASM*, ECLI:EU:T:2009:193, Rn. 68; Urteil vom 06.03.2002, verb. Rs. T-92/00 und T-103/00 – *Disputaci6n Floral de Alava*, ECLI:EU:T:2002:61, Rn. 72.

¹⁰ EuGH, Urteil v. 30.04.2009, Rs. C-494/06 P – *Wam SpA*, ECLI:EU:C:2009:272, Rn. 62; EuG, Urteil v. 27.09.2012, Rs. T-303/10 – *Wam SpA*, ECLI:EU:T:2012:505, Rn. 49.

¹¹ EuGH, Urteil v. 30.04.2009, Rs. C-494/06 P – *Wam SpA*, ECLI:EU:C:2009:272, Rn. 61 ff.; EuG, Urteil v. 27.09.2012, Rs. T-303/10 – *Wam SpA*, ECLI:EU:T:2012:505, Rn. 74.

(25) Voraussetzung für die Annahme einer Wettbewerbsverfälschung ist, dass die betreffende staatliche Maßnahme geeignet ist, die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern auf dem Binnenmarkt zu verbessern.¹²

a) Variante „Import in die EU“

(26) Es besteht kein Zweifel, dass die Kommission eine Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung jedenfalls annähme, soweit eine Fördermaßnahme mit Drittstaatbezug auch den im EU-Binnenmarkt ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeiten eines Unternehmens zugute kommt. Die nun erwogenen Varianten umfassen auch solche Förderfenster, die – wie das ursprüngliche Instrument – einen Import der Produkte in die EU vorsehen. Für solche Förderfenster steht eine Binnenmarktrelevanz der Förderung außer Frage. Dies folgt im Wege eines Erst-recht-Schlusses aus der Entscheidungspraxis der Kommission zur Unterstützung von Tätigkeiten, die den Export von in der EU hergestellten Produkten in Drittstaaten fördern sollen (z.B. Lagerung europäischer Waren im Drittstaat, Werbung und Messestände für europäische Produkte, Dienstreisen von europäischen Vertriebsmitarbeitern in den Drittstaat sowie die Errichtung eines Kundendienstbüros oder eines Vertriebsnetzes für den Absatz europäischer Produkte in einem Drittstaat). Eine Förderung dieser Tätigkeiten führt nach der Entscheidungspraxis der Unionsgerichte und der Kommission dann zu einer Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt, wenn es sich bei dem betreffenden Drittstaat um einen Markt handelt, in den auch andere auf dem Binnenmarkt tätige Unternehmen vergleichbare Produkte exportieren.¹³ Wenn die Kommission anerkennt, dass eine Beeinträchtigung des Handels sogar dann eintreten kann, wenn ein Begünstigter einen Teil seiner Produktion in Länder außerhalb der Union exportiert, muss dies erst recht für den Fall gelten, dass ein Begünstigter seine gesamte oder einen wesentlichen Teil seiner Produktion in die EU importiert. Denn dort stehen die importierten Produkte im Wettbewerb mit anderen im Binnenmarkt gehandelten Produkten.

b) Variante „lokaler Markt“

(27) Einer vertieften Prüfung bedürfen die Tatbestandsmerkmale der Wettbewerbsverfälschung und der Handelsbeeinträchtigung jedoch in den Varianten, die ausschließlich

¹² Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 187 mwN.

¹³ Kommission, Entscheidung vom 24.03.2010, Staatliche Beihilfe C 4/2003 – *Italien: Wam SpA*, Rn. 85 ff., bestätigt durch EuG, Urteil v. 27.09.2012, Rs. T-303/10 – *Wam SpA*, ECLI:EU:T:2012:505, und EuGH, Urteil v. 07.11.2013, Rs. C-560/12 P – *Wam SpA*, ECLI:EU:C:2013:726; vgl. auch Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 193.

den lokalen Absatzmarkt in dem Erzeugerstaat außerhalb der EU adressieren und keinen Import in die EU vorsehen.

aa) Wettbewerbsverfälschung

- (28) Das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung setzt voraus, dass die Begünstigung geeignet ist, die Position des betreffenden Unternehmens auf dem Binnenmarkt zu verbessern.¹⁴ Bei der Förderung der Erzeugung von Produkten in einem Drittstaat, die nur auf dem lokalen Markt angeboten werden sollen, ist dies jedenfalls auf den ersten Blick nicht ersichtlich.
- (29) Allerdings ist nach der Entscheidungspraxis der Kommission ausreichend, dass der Begünstigte aus der geförderten Tätigkeit im Drittstaat Gewinne generiert, die er theoretisch in sein europäisches Geschäft reinvestieren könnte.
- (30) Diesbezüglich betonen das Gericht der Europäischen Union (EuG) und die Kommission den fungiblen bzw. austauschbaren Charakter von Geld („*money is fungible*“).¹⁵ Bei Zugrundelegung dieser Rechtsprechung bzw. Entscheidungspraxis liegt eine Wettbewerbsverfälschung auch dann vor, wenn das geförderte Projekt keinerlei Export- oder Importbezug umfasst, sondern die Förderung für die Errichtung einer Produktionsstätte im Drittstaat zur späteren Belieferung dort ansässiger Kunden gewährt wird, das Unternehmen aus seiner Tätigkeit im Drittstaat aber Gewinne generiert, die es nach Europa transferieren könnte. Letzteres könnte auf solche Erzeuger zutreffen, die auch in Europa tätig sind.
- (31) Selbst wenn das begünstigte Unternehmen – hier der Betreiber einer Produktionsanlage in einem Drittstaat – eine Reinvestition seiner Drittstaatgewinne in der EU nicht beabsichtigt, geht die Kommission angesichts der Fungibilität bzw. Austauschbarkeit von Geld davon aus, dass die staatliche Förderung gewinnbringender Drittstaataktivitäten es einem auf dem Binnenmarkt tätigen Unternehmen ermöglicht, dadurch eingesparte eigene Ausgaben innerhalb der EU für andere Zwecke einzusetzen.¹⁶ Dabei unterstellt die Kommission, dass die Finanzierung gewinnbringender Tätigkeiten schlechthin zu den von einem Unternehmen normalerweise selbst zu tragenden Kosten

¹⁴ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 187 mwN.

¹⁵ EuG, Urteil v. 27.09.2012, Rs. T-303/10 – *Wam SpA*, ECLI:EU:T:2012:505, Rn. 47 ff.; Kommission, Entscheidung vom 24.03.2010, Staatliche Beihilfe C 4/2003 – *Italien: Wam SpA*, Rn. 91.

¹⁶ Kommission, Entscheidung vom 24.03.2010, Staatliche Beihilfe C 4/2003 – *Italien: Wam SpA*, Rn. 91.

zählt, unabhängig davon, ob diese Tätigkeiten innerhalb oder außerhalb der EU ausgeübt werden.

- (32) Gemäß der Entscheidungspraxis der Kommission würde daher selbst die Förderung von ausschließlich in einem Drittstaat erbrachten gewinnbringenden Tätigkeiten eines (auch) auf dem Binnenmarkt tätigen Unternehmens ohne Export- oder Importbezug im Ergebnis auch dessen Position auf dem europäischen Binnenmarkt stärken.
- (33) Etwas anderes würde allerdings für die unmittelbare oder mittelbare Begünstigung von Unternehmen aus den betreffenden Drittstaaten gelten, wenn sie keiner europäischen Unternehmensgruppe angehören und sie keinerlei Waren oder Dienstleistungen auf dem europäischen Binnenmarkt anbieten. Denn unter diesen Voraussetzungen ist eine Stärkung dieses Unternehmens auf dem Binnenmarkt und damit eine Wettbewerbsverfälschung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgeschlossen. Das geplante Instrument beschränkt die Förderung der Hersteller von erneuerbarem Wasserstoff jedoch nicht nur auf Unternehmen, die ausschließlich in Drittländern tätig sind. Nach unserem Verständnis werden die Förderfenster in allen erwogenen Varianten auch interessierten Unternehmen aus der EU offenstehen. Aus diesem Grunde können eine finanzielle Stärkung von auf dem Binnenmarkt tätigen Unternehmen und damit zumindest eine potenzielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Binnenmarkt nicht ausgeschlossen werden.

bb) Handelsbeeinträchtigung

- (34) Aus der finanziellen Stärkung eines Unternehmens folgt jedoch nicht zwangsläufig, dass das Unternehmen diese Mittel für den Handel mit Produkten oder Dienstleistungen im Binnenmarkt einsetzt. Dies gilt insbesondere für international, d.h. auch außerhalb des Binnenmarkts, tätige Unternehmen. Die Unionsgerichte haben entschieden, dass der bloße Hinweis darauf, dass das begünstigte Unternehmen (auch) am innergemeinschaftlichen Handel teilnimmt, in diesen Fällen kein hinreichender Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ist.¹⁷ Vielmehr muss die Kommission, wenn sie die Beihilfenqualität einer Förderung von

¹⁷ EuGH, Urteil v. 30.04.2009, Rs. C-494/06 P – *Wam SpA*, ECLI:EU:C:2009:272, Rn. 61 ff.; EuG, Urteil v. 27.09.2012, Rs. T-303/10 – *Wam SpA*, ECLI:EU:T:2012:505, Rn. 74.

in einem Drittstaat ausgeübten Tätigkeiten bejaht, darlegen, dass „stichhaltige Hinweise“ für Auswirkungen der entsprechenden Maßnahme auf den Handel (ausgerechnet) zwischen den EU-Mitgliedstaaten sprechen.¹⁸

(35) Allerdings hat der EuGH auch klargestellt, dass die Kommission nicht verpflichtet ist,

„eine wirtschaftliche Analyse der tatsächlichen Lage auf dem betroffenen Markt oder des fraglichen Handelsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten anzustellen, die tatsächlichen Auswirkung der streitigen Beihilfen, insbesondere auf die [...] Preise, zu beweisen oder die Umsätze [des begünstigten Unternehmens] zu untersuchen.“¹⁹

(36) Ausreichend ist nach der Rechtsprechung, dass aus der Begründung der Kommission nachvollziehbar hervorgeht, aus welchen Gründen sie von einer potenziellen Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels durch die betreffende Förderung ausgeht.²⁰ Aufgrund der engen Verbindung zwischen den Tatbestandsmerkmalen der Wettbewerbsverfälschung und der Handelsbeeinträchtigung ist die Kommission nicht in jedem Fall verpflichtet, für jedes dieser beiden Tatbestandsmerkmale eine gesonderte Prüfung durchzuführen. Vielmehr darf die Kommission das Vorliegen der beiden Tatbestandsmerkmale gemeinsam prüfen und im Falle einer ausreichenden Begründung vom Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung auf eine potenzielle Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels schließen. Dementsprechend hat das EuG in einem Verfahren über eine Förderung des italienischen Staates für Marktdurchdringungsmaßnahmen italienischer Unternehmen in Drittstaaten entschieden, dass die Kommission ihrer Begründungspflicht dadurch genüge, dass sie als Folge der auf eine finanzielle Stärkung des Begünstigten gestützten Wettbewerbsverfälschung ohne gesonderte Prüfung auch eine potenzielle Handelsbeeinträchtigung annahm.²¹ Allerdings ist die Kommission zu einer entsprechenden Schlussfolgerung bzw. einer Verknüpfung der beiden Tatbestandsmerkmale keineswegs verpflichtet. Es verbleibt somit das

¹⁸ EuGH, Urteil v. 30.04.2009, Rs. C-494/06 P – *Wam SpA*, ECLI:EU:C:2009:272, Rn. 57 und 62.

¹⁹ EuGH, Urteil v. 30.04.2009, Rs. C-494/06 P – *Wam SpA*, ECLI:EU:C:2009:272, Rn. 54; EuG, Urteil v. 06.09.2006, verb. Rs. T-304/04 und T-316/04 – *Wam SpA*, ECLI:EU:T:2006:239, Rn. 64.

²⁰ EuGH, Urteil v. 30.04.2009, Rs. C-494/06 P – *Wam SpA*, ECLI:EU:C:2009:272, Rn. 60; EuG, Urteil v. 27.09.2012, Rs. T-303/10 – *Wam SpA*, ECLI:EU:T:2012:505, Rn. 53.

²¹ EuG, Urteil v. 27.09.2012, Rs. T-303/10 – *Wam SpA*, ECLI:EU:T:2012:505, Rn. 53; Kommission, Entscheidung vom 24.03.2010, Staatliche Beihilfe C 4/2003 – *Italien: Wam SpA*, Rn. 93.

Risiko, dass die Kommission von dem Vorliegen einer potenziellen Wettbewerbsverfälschung automatisch auf eine mögliche Handelsbeeinträchtigung schließt. Dies wäre gemäß der Rechtsprechung der Unionsgerichte nicht zu beanstanden.

c) Zwischenergebnis

- (37) Eine Wettbewerbsverfälschung bzw. eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels könnte nur dann ausgeschlossen werden, wenn das geplante Instrument auf der Abnehmerseite ausschließlich den lokalen Absatzmarkt in dem Erzeugerstaat außerhalb der EU adressiert, keinen Import in die EU vorsieht und der begünstigte Drittstaat-Erzeuger nicht (auch) auf dem Binnenmarkt tätig ist.

3. Gewährung aus staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Mitteln

- (38) Der deutsche Beitrag zu den erwogenen neuen Varianten, der vermutlich wie im Rahmen des ursprünglichen Instruments auf der Grundlage der einschlägigen Bestimmungen der Bundeshaushaltsordnung und eines Zuwendungsbescheids des jeweiligen Bundesministeriums aus dem deutschen Haushalt finanziert wird, wird ohne Zweifel als aus staatlichen Mitteln gewährt und ist dem Staat zurechenbar. Dasselbe gilt für Finanzierungsbeiträge eines anderen EU-Mitgliedstaats.
- (39) Für Finanzierungsbeiträge der EU, internationaler Institutionen wie der Weltbank und der Afrikanischen Entwicklungsbank und von Drittstaaten gilt dies hingegen grundsätzlich nicht. Adressaten des Beihilfenverbots in Art. 107 Abs. 1 AEUV sind grundsätzlich nur die EU-Mitgliedstaaten einschließlich ihrer staatlichen Untergliederungen.
- (40) Ausnahmsweise können jedoch auch Finanzierungsbeiträge, die (mittelbar) aus dem Haushalt der EU, von internationalen Organisationen oder von Drittstaaten bereitgestellt werden, als staatliche Mittel anzusehen sein und damit der Beihilfekontrolle unterfallen. Dies ist der Fall, soweit Deutschland und/oder ein anderer EU-Mitgliedstaat im Rahmen seines Ermessens die maßgebliche Entscheidung über den Einsatz dieser Mittel trifft. Dies folgt aus den Grundsätzen, die die Kommission zu der Frage entwickelt hat, unter welchen Voraussetzungen finanzielle Mittel, die nicht von mitgliedstaatlichen Stellen bereitgestellt werden, als staatliche oder nichtstaatliche Mittel einzustufen sind:

„Auch Mittel, die von der Union, [...] von der Europäischen Investitionsbank, vom Europäischen Investitionsfonds oder von internationalen Finanzinstitutionen wie dem Internationalen Währungsfonds oder der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung bereitgestellt werden, sind als staatliche Mittel anzusehen, wenn die Verwendung dieser Mittel im Ermessen der nationalen Behörden liegt (insbesondere die Auswahl der Beihilfeempfänger). Wenn diese Mittel hingegen direkt von der Union, von der Europäischen Investitionsbank oder vom Europäischen Investitionsfonds vergeben werden, ohne dass die nationalen Behörden über Ermessen verfügen, handelt es sich nicht um staatliche Mittel [...].“²²

- (41) Danach kommt es für die Einstufung als staatliche Mittel entscheidend darauf an, ob die Entscheidung über die Mittelverwendung und insbesondere über die Auswahl der Beihilfenempfänger in das Ermessen eines oder mehrerer²³ EU-Mitgliedstaaten gestellt ist. Alles spricht dafür, dass dieselben Grundsätze auf von Drittstaaten bewirtschaftete Mittel Anwendung finden, über deren Verwendung ein oder mehrere EU-Mitgliedstaaten entscheiden.
- (42) In der Praxis könnte dies insbesondere in solchen Konstellationen relevant sein, in denen ein oder mehrere EU-Mitgliedstaaten einer internationalen Organisation oder einem Drittstaat Mittel zur operativen Bewirtschaftung bzw. zur Förderung bestimmter (entwicklungspolitischer) Zwecke an die Hand geben, über deren Verwendung sie aber die maßgebliche Entscheidungsgewalt behalten. Dass die operative Bereitstellung der betreffenden Mittel dann nicht durch EU-mitgliedstaatliche Stellen, sondern – nach den Vorgaben eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten – durch eine internationale Organisation oder Stellen eines Drittstaates erfolgt, stellt die Einstufung als staatliche Mittel i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht in Frage. Dies verdeutlicht die folgende Aussage der Kommission:

„Die Herkunft der Mittel ist nicht relevant, vorausgesetzt sie standen, bevor sie direkt oder indirekt an die Empfänger weitergegeben wurden, unter staatlicher Kontrolle [...].“²⁴

²² Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 60.

²³ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 59.

²⁴ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 57.

(43) Stellen die EU, eine internationale Organisation oder ein Drittstaat dem für das betreffende PtX-Förderfenster verantwortlichen Intermediär (im Folgenden: „PtX-Intermediär“) auf Anweisung bzw. gemäß den Vorgaben eines oder mehrerer Mitgliedstaaten Mittel für die (Mit-)Finanzierung eines PtX-Förderfensters zur Verfügung, steht der Einstufung als staatliche Mittel nicht entgegen, dass die Auszahlung des HPA-Kaufpreises durch einen privaten PtX-Intermediär erfolgt. Zwar handelt es sich bei diesem nicht um eine staatliche Stelle.

(44) Deutschland beabsichtigt keine Beteiligung an einem PtX-Intermediär. Wie die Kommission in ihrer Entscheidung über das ursprüngliche Instrument festgestellt hat, steht dies einer staatlichen Zurechenbarkeit der über einen privaten PtX-Intermediär abgewickelten Kaufpreiszahlungen jedoch nicht entgegen. Denn der PtX-Intermediär ist in der Verwendung der ihm vom deutschen Staat gewährten Zuwendung nicht frei. Für das ursprüngliche Instrument ergab sich etwa aus dem Zuwendungsbescheid vom 23.12.2021 die Verpflichtung des für dessen Durchführung verantwortlichen PtX-Intermediärs „Hintco“, die von Deutschland gewährten Mittel ausschließlich für den Preisdifferenzausgleich zu verwenden:

„Die Zuwendung ist zweckgebunden. Sie darf nur für das o. a. Vorhaben entsprechend Ihrem Antrag vom 19.11.2021 einschließlich der beigefügten Gesamtvorkalkulation verwendet werden.“

(45) Dieses Ausmaß der Zweckbindung einschließlich der Verwendungsnachweiskontrolle reichte der Kommission aus, um festzustellen, dass es sich bei den Mitteln des ursprünglichen Instruments nicht nur um staatliche Mittel handelte, sondern die Zahlung des Kaufpreises durch die Hintco an die ausgewählten HPA-Vertragspartner dem deutschen Staat zuzurechnen sind:

“Die Regelung ist im nationalen Recht verankert [...], und die deutsche Bundesregierung legt zusammen mit Hintco wichtige wesentliche Elemente der Regelung fest, darunter die Begünstigten, die Bedingungen für die Inanspruchnahme der Regelung und das Budget der Regelung. Die angemeldete Maßnahme ist daher dem Staat zuzurechnen.”

(46) Diese Zurechnungskette geht auch dann nicht verloren, wenn Deutschland oder ein anderer Mitgliedstaat die Zuwendung nicht unmittelbar an den PtX-Intermediär auskehrt, sondern die Bereitstellung der Mittel an den Intermediär auf Anweisung bzw.

gemäß den Vorgaben eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten durch die EU, eine internationale Organisation oder einen Drittstaat erfolgt. Denn in diesem Fall agieren diese zwischengeschalteten Institutionen gewissermaßen als „verlängerter Arm“ des bzw. der betreffenden EU-Mitgliedstaaten. Entscheidend ist, dass von EU-mitgliedstaatlichen Stellen über die Verwendung der für ein PtX-Fenster bereitgestellten Mittel entscheidet.

- (47) Solche Konstellationen, in denen internationale Organisationen von einem EU-Mitgliedstaat bereitgestellte Mittel nach dessen Anweisungen verwalten und ausreichen, existieren in der Praxis. Ein Beispiel dafür sind sog. „bilateral agreements“, in denen die Vertragsparteien – ein EU-Mitgliedstaat und eine multilaterale Institution – die Teilnahme des betreffenden Staates an einem bestimmten Programm der Institution vereinbaren und bei denen der Staat über die Verwendung der von ihm bereitgestellten Mittel maßgeblich (mit-)entscheidet. Solche Verträge gibt es z.B. in der Praxis der Afrikanischen Entwicklungsbank.²⁵ Ob die Vereinbarungen in dem entsprechenden „bilateral agreement“ tatsächlich dazu führen, dass die betreffenden Mittel als staatliche bzw. dem Staat zurechenbare Mittel anzusehen sind, bedarf einer näheren Prüfung der jeweiligen Vereinbarung im Einzelfall. Dies kann jedoch nicht von vornherein mit dem Hinweis ausgeschlossen werden, dass Fördermaßnahmen aus einem solchen Programm von einer internationalen Institution und nicht unmittelbar von einem EU-Mitgliedstaat an die Zuwendungsempfänger ausgezahlt werden.
- (48) Umgekehrt führt die bloße Tatsache, dass die EU, eine internationale Institution oder ein Drittland Mittel über einen PtX-Intermediär an die Endempfänger leitet, nicht dazu, dass die Mittel als staatliche Mittel Deutschlands und damit als Beihilfe eingestuft werden. Denn das H2Global-Instrument sieht keine kapitalmäßige oder sonstige Beherrschung eines Intermediär durch Deutschland vor (siehe Rn. (44)), die darauf hindeuten würde, dass Deutschland über die Verwendung der Mittel, einschließlich ihrer Begünstigten, entscheidet. Dementsprechend bleibt es dabei, dass von der EU, einer internationalen Institution oder einem Drittland für ein PtX-Förderfenster bereitgestellte Mittel nur dann als staatliche Mittel i.S.v. Art. 107 AEUV anzusehen sind, wenn die Bereitstellung der Mittel an den PtX-Intermediär auf Anweisung bzw. gemäß den Vorgaben eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten erfolgt. Sollte sich eine solche

²⁵ Vgl. eine Übersicht unter folgendem Link (zuletzt aufgerufen am 10.05.2023): https://www.afdb.org/sites/default/files/documents/legal-documents/2011_04_21_bilateral_hpl_xls.pdf.

Verbindung ergeben, wäre eine Neubewertung des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe erforderlich.

4. Konsequenzen für die verschiedenen Szenarien

(49) Die im vorangegangenen Abschnitt dargelegten Schlussfolgerungen sind für andere Aspekte der beihilfenrechtlichen Prüfung nicht irrelevant. Zwei wichtige Implikationen sollten im Auge behalten werden:

- Wenn die von einer anderen Stelle als Deutschland (oder einem anderen EU-Mitgliedstaat) bereitgestellten Mittel als staatliche Mittel einzustufen sind und eine staatliche Beihilfe darstellen, müssen sie ebenfalls bei der Kommission angemeldet werden. Deutschland bzw. der betreffende EU-Mitgliedstaat müsste diese Mittel so bei der Kommission anmelden, als wären es seine eigenen. Dem eigentlichen Notifizierungsverfahren können sog. Vorabkontakte mit der Kommission vorgeschaltet werden. Diese können zur Klärung der Frage genutzt werden, ob die Mittel einer anderen Stelle als Deutschland (oder einem anderen EU-Mitgliedstaat) tatsächlich als staatliche Beihilfe einzustufen und somit in die Anmeldung aufzunehmen sind.
- Die von einer anderen Einrichtung als Deutschland (oder einem anderen EU-Mitgliedstaat) für ein PtX-Förderfenster bereitgestellten Mittel können jedoch auch dann für die Einhaltung der Vorschriften für staatliche Beihilfen von Bedeutung sein, wenn sie keine staatlichen Beihilfen darstellen. Dies gilt für solche PtX-Förderfenster, an deren Finanzierung neben der „anderen Einrichtung“ Deutschland oder ein anderer EU-Mitgliedstaat beteiligt ist. Erfüllt der Finanzierungsbeitrag Deutschlands bzw. des betreffenden EU-Mitgliedstaats den Beihilfentatbestand i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV, muss er bei der Kommission notifiziert werden. Der mitgliedstaatliche Finanzierungsbeitrag kann nur dann mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklärt werden, wenn er gemeinsam mit dem Finanzierungsbeitrag der „anderen Stelle“ nicht zu einer Überkompensation des Beihilfenempfängers führt. Dies folgt in Bezug auf die anteilige Finanzierung einer Maßnahme aus staatlichen und zentral von der EU verwalteten Mitteln ausdrücklich aus Rn. 57 der Leitlinien der Kommission für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022²⁶ (KUEBLL)

²⁶ ABl. EU 2022 C 80/1.

(siehe Rn. (59)). Danach muss bei der Kumulierung von zentral verwalteten Unionsmitteln, die nicht direkt oder indirekt unter der Kontrolle des Mitgliedstaats stehen, mit staatlichen Beihilfen sichergestellt werden, dass der Gesamtbetrag der für dieselben förderfähigen Kosten gewährten öffentlichen Mittel nicht zu einer Überkompensation führt. Alles spricht dafür, dass dieselben Grundsätze auf eine Kofinanzierung eines PtX-Förderfensters durch internationale Institutionen oder Drittstaaten Anwendung finden. Auch hier gilt, dass der beihilfenrelevante Kofinanzierungsbeitrag Deutschlands (oder eines anderen Mitgliedstaates) nicht zu einer Überkompensation des Beihilfempfangers führen darf. Dazu bedarf es der Berücksichtigung jeglicher anderen Finanzierungsströme, insbesondere bei der gemäß den KUEBLL erforderlichen Berechnung der Finanzierungslücke (siehe Rn. (70)).

5. Zwischenergebnis

(50) Die meisten Merkmale des Beihilfentatbestands können vorliegend ohne weiteres als erfüllt angesehen werden. Einer näheren Prüfung bedürfen lediglich die Tatbestandsmerkmale der Gewährung aus staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Mitteln und der drohenden Wettbewerbsverfälschung und (potenziellen) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. In Bezug auf diese Tatbestandsmerkmale gilt Folgendes:

- Die von der EU, einer internationalen Institution oder einem Drittland für ein PtX-Förderfenster bereitgestellte Mittel sind nur dann als staatliche bzw. aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe anzusehen, wenn die Bereitstellung der Mittel für das PtX-Fenster auf Anweisung bzw. gemäß den Vorgaben eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten erfolgt.
- Eine Wettbewerbsverfälschung bzw. eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels könnte nur dann ausgeschlossen werden, wenn das geplante Instrument auf der Abnehmerseite ausschließlich den lokalen Absatzmarkt in dem Erzeugerstaat außerhalb der EU adressiert, keinen Import in die EU vorsieht und der begünstigte Drittstaat-Erzeuger nicht (auch) auf dem Binnenmarkt tätig ist.

II. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt

(51) Da es sich bei den bereitgestellten Mitteln zumindest in einigen Szenarien um staatliche Beihilfen handelt, ist zu prüfen, wie deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt im

Hinblick auf das allgemeine Verbot staatlicher Beihilfen (Art. 107 Abs. 1 AEUV) bestimmt werden kann.

(52) Die Feststellung der Vereinbarkeit einer Beihilfe setzt grundsätzlich eine Notifizierung bei der Kommission voraus. In diesem Fall darf die entsprechende Maßnahme bis zur Genehmigung durch die Kommission nicht durchgeführt werden (sog. Durchführungsverbot, Art. 108 Abs. 3 AEUV). Eine Notifizierungs- bzw. Genehmigungspflicht besteht jedoch nicht, wenn ein Freistellungstatbestand erfüllt ist, nach dem die betreffende Fördermaßnahme ohne Notifizierung bei bzw. Genehmigung durch die Kommission mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

1. Ohne Notifizierungserfordernis – Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung 2023 (AGVO)

(53) Nach Artikel 109 AEUV kann der Rat Kategorien von Beihilfen festlegen, die von der Anmeldepflicht freigestellt sind. Auf der Grundlage einer solchen Festlegung hat die Kommission gemäß Artikel 108 Absatz 4 AEUV die AGVO (vgl. Fußnote 5) erlassen. Am 09.03.2023 die Kommission hat eine Änderung der AGVO gebilligt, die voraussichtlich im Sommer 2023 in Kraft treten wird, sobald der Text in alle Amtssprachen übersetzt und im EU-Amtsblatt veröffentlicht wurde.

(54) Damit die AGVO auf eine bestimmte Beihilfe anwendbar ist (und die Beihilfe somit von der Anmeldepflicht freigestellt werden kann), müssen alle in der AGVO festgelegten allgemeinen und besonderen Voraussetzungen erfüllt sein (Artikel 3 AGVO). Die allgemeinen Voraussetzungen sind in Kapitel I AGVO aufgeführt. Die besonderen Voraussetzungen hängen von der Kategorie der betreffenden Beihilfe ab. Anhand dieser Voraussetzungen soll objektiv beurteilt werden können, ob die Beihilfe anmeldepflichtig ist.

(55) Eine der von der Kommission angenommenen Änderungen ist Schaffung von Freistellungstatbeständen für Beihilfen für Wasserstoff- und Wasserstoffderivaten. Solche Freistellungsvoraussetzungen sind in Art. 36 AGVO („Investitionsbeihilfen für den Umweltschutz, einschließlich der Dekarbonisierung“) für Investitionen in Anlagen und Maschinen, die CO₂-armen oder grünen (erneuerbaren) Wasserstoff transportieren oder verwenden (folglich auch für Investitionen in Anlagen und Maschinen, die Wasserstoffderivate unter Verwendung von Wasserstoff herstellen) sowie für Investitionen in Anlagen und Maschinen, die CO₂-armen (und nicht grünen) Wasserstoff erzeugen, festgelegt. Die Voraussetzungen für die Freistellung von Investitionsbeihilfen für die

Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff wird wiederum in Art. 41 („Investitionsbeihilfen zur Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen, von erneuerbarem Wasserstoff und von hocheffizienter Kraft-Wärme-Kopplung“) festgelegt.

- (56) Aus den nachstehend dargelegten Gründen kommt eine Freistellung von Beihilfen für die Finanzierung von PtX-Förderfenstern im H2Global-Instrument nach Maßgabe von Art. 36 und 41 AGVO jedoch nicht in Betracht. Zum einen ist die Freistellung von der Anmeldepflicht daran geknüpft, dass die betreffende Beihilfe die sog. Anmelde-schwellenwerte der AGVO nicht überschreitet. Für Investitionsbeihilfen i.S.v. Art. 36 und 41 AGVO gilt ein Schwellenwert von 30 Mio. EUR pro Unternehmen und Investitionsvorhaben. Übersteigt die einem Unternehmen für ein bestimmtes Vorhaben gewährte Beihilfe diesen Wert, unterfällt sie der Notifizierungspflicht. Eine Freistellung von der Notifizierungspflicht gemäß den Art. 36, 41 AGVO ist dann ausgeschlossen. Nach unserem Verständnis dürfte der Preisdifferenzausgleich, der dem PtX-Intermediär in Bezug auf einen HPA über die gesamte Vertragslaufzeit insgesamt gewährt wird, regelmäßig bei weitem übersteigen.
- (57) Zum anderen finden die Art. 36 und 41 AGVO ausschließlich auf Investitionsbeihilfen zur ausschließlichen Finanzierung der Investitionskosten eines Investitionsvorhabens Anwendung, nicht hingegen auf Betriebsbeihilfen. Letztere dienen der Deckung der Betriebskosten, d. h. der Kosten, die einem Unternehmen bei der Ausübung seiner Tätigkeit entstehen, einschließlich der Kosten für Personal, Fremdleistungen, Abfall, Energie, Wartung, Miete usw.. In der ursprünglichen Entscheidung hatte die Kommission bereits festgestellt, dass es sich bei dem H2Global-Instrument um eine Betriebsbeihilfe handelt.
- (58) Betriebsbeihilfen werden jedoch im Rahmen der AGVO nicht in einem für die Finanzierung von PtX-Förderfenstern ausreichenden Maße von der Notifizierungspflicht freigestellt. Zwar sieht Art. 43 AGVO Betriebsbeihilfen für die Förderung von erneuerbarem Wasserstoff vor, allerdings nur für kleine Projekte mit einer installierten Kapazität von höchstens 3 MW oder gleichwertiger Kapazität für die Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff. Art. 42 AGVO, der Betriebsbeihilfen auch für größere Anlagen vorsieht, gilt nur für Strom aus erneuerbaren Energiequellen, nicht hingegen für die Erzeugung von Wasserstoff. Daraus lässt sich schließen, dass keiner der genannten Freistellungstatbestände auf die erwogenen Varianten anwendbar ist. Aus diesem Grunde wird von einer detaillierten Darstellung der AGVO abgesehen.

2. Mit Notifizierungserfordernis

a) Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 (KUEBLL)

- (59) Die Kommission stuft Investitions- und/oder Betriebsbeihilfen für die Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff ausdrücklich als „Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“ im Sinne von Abschnitt 4.1 KUEBLL ein. Abschnitt 4.1 KUEBLL differenziert zwischen „Beihilfen für erneuerbare Energien“ (Abschnitt 4.1.2.1) und „Sonstigen Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“ (Abschnitt 4.1.2.2). Beihilfen für die Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff werden ausdrücklich Abschnitt 4.1.2.1 („Beihilfen für erneuerbare Energien“) zugewiesen. Beihilfen für auf Basis von erneuerbarem Wasserstoff hergestellte Derivate werden in Abschnitt 4.1.2.1 KUEBLL zwar nicht ausdrücklich aufgeführt. Allerdings umfasst dieser Abschnitt gemäß Rn. 79 KUEBLL Maßnahmen zur Förderung aller Arten von erneuerbaren Energien. Zu Letzteren zählen auch flüssige oder gasförmige erneuerbare Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs (sog. RFN-BOs), die die Anforderungen von Art. 27 Abs. 3 sowie Art. 25 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 5 RED II bzw. der Delegierten Rechtsakte erfüllen, die die Kommission auf der Grundlage dieser Bestimmungen angenommen hat. Diese gelten ebenfalls als erneuerbar und sind auf Erneuerbare Energie-Quoten anrechenbar. Das ursprüngliche Instrument umfasst nur solche Derivate, die diesen Anforderungen genügen. Für die Zwecke dieses Gutachtens wird unterstellt, dass dies auch auf die erwogenen neuen Varianten zutrifft. Dementsprechend würde die Prüfung der Vereinbarkeit der in Rede stehenden Förderung für das Projekt auf der Grundlage der Bestimmungen der KUEBLL über Beihilfen für erneuerbare Energien erfolgen.
- (60) In den KUEBLL konkretisiert die Kommission, auf welche Weise sie das ihr gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV eingeräumte Ermessen über die Feststellung der Vereinbarkeit von Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen mit dem Binnenmarkt ausübt. Die KUEBLL enthalten in Abschnitt 3 – gewissermaßen „vor die Klammer gezogen“ – allgemeine Vereinbarkeitskriterien für alle in den Anwendungsbereich dieser Leitlinien fallende Beihilfemaßnahmen. Abschnitt 4 enthält für bestimmte Arten von Beihilfen jeweils spezifische Vereinbarkeitskriterien, die die allgemeinen Anforderungen des Abschnitts 3 konkretisieren oder zusätzliche Anforderungen aufstellen – für die hiesige Beihilfemaßnahme in Abschnitt 4.1. Aufgrund dieser Struktur der KUEBLL sind für die Vereinbarkeitsprüfung vorliegend daher die Abschnitte 3 und 4.1 der KUEBLL maßgeblich.

- (61) Die folgenden Ausführungen geben einen groben Überblick über das für die vorliegende Maßnahme relevante Prüfungsschema, das sich aus den Bestimmungen in Abschnitt 3 der KUEBLL in ihrer spezifischen Ausprägung und Ergänzung durch die Anforderungen in Abschnitt 4.1 ergibt. Die Ausführungen stehen unter der Prämisse, dass die Beihilfe – wie im ursprünglichen Instrument – im Rahmen einer Ausschreibung gewährt wird und die in der Sachverhaltsdarstellung dargestellten Parameter aufweist.
- (62) Die Vereinbarkeitsprüfung der Kommission nach Maßgabe der KUEBLL gliedert sich grob in drei Prüfungsschritte. Zunächst untersucht die Kommission, ob die Beihilfe zur Förderung eines oder bestimmter Wirtschaftszweige beiträgt („positive Voraussetzung“). In einem zweiten Schritt überprüft die Kommission, ob bzw. dass die Beihilfe die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändert, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft („negative Voraussetzung“). Abschließend wägt die Kommission ab, ob der positive Beitrag der Beihilfe zu den Klima-, Umweltschutz- und Energiezielen der Union die negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbs- und Handelsbedingungen überwiegt („Abwägung“). Diese drei Prüfungsschritte erfolgen anhand der nachfolgend aufgeführten Voraussetzungen (Rn. 22 KUEBLL):
- „Positive Voraussetzung“: Die Beihilfe muss zur Förderung eines oder bestimmter Wirtschaftszweige beitragen (Abschnitt 3.1 i.V.m. Abschnitt 4.1.2 KUEBLL). An das Vorliegen der positiven Voraussetzung stellt die Kommission die folgenden Anforderungen (Rn. 22 lit. a KUEBLL):
 - Ermittlung des geförderten Wirtschaftszweigs und der positiven Auswirkungen der Maßnahme (Abschnitt 3.1.1 KUEBLL)
 - Anreizeffekt (Abschnitt 3.1.2 KUEBLL)
 - Kein Verstoß gegen relevante Bestimmungen des Unionsrechts (Abschnitt 3.1.3 KUEBLL)
 - „Negative Voraussetzung“: Die Beihilfe darf die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft (Abschnitt 3.2 i.V.m. Abschnitten 4.1.3 und 4.1.4 KUEBLL). An das Vorliegen der negativen Voraussetzung stellt die Kommission die folgenden Anforderungen (Rn. 22 lit. b KUEBLL):
 - Erforderlichkeit der Beihilfe (Abschnitt 3.2.1.1 KUEBLL)
 - Geeignetheit der Beihilfe (Abschnitt 3.2.1.2 KUEBLL)
 - Beihilfefähigkeit/Grundsatz der Technologieneutralität (spezifisches zusätzliches Kriterium für „Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“, vgl. Abschnitt 4.1.3.3 KUEBLL)

- Öffentliche Konsultation (spezifisches zusätzliches Kriterium für „Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“, vgl. Abschnitt 4.1.3.4 KUEBLL)
 - Angemessenheit der Beihilfe (Abschnitt 3.2.1.3 KUEBLL)
 - Transparenz der Beihilfe (Abschnitt 3.2.1.4 KUEBLL)
 - Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen der Beihilfe auf Wettbewerb und Handel (Abschnitt 3.2.2 i.V.m. Abschnitt 4.1.4 KUEBLL)
 - Abwägung: Der positive Beitrag der Beihilfe zu den Klima-, Umweltschutz- und Energiezielen der Union muss die negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbs- und Handelsbedingungen überwiegen (Abschnitt 4.1.4 KUEBLL).
- aa) Ermittlung des geförderten Wirtschaftszweigs und der positiven Auswirkungen der Maßnahme (positive Voraussetzung)
- (63) Der Mitgliedstaat muss bei der Notifizierung folgendes angeben:
- Angaben zum geförderten Wirtschaftszweig und dazu, wie diese Förderung erfolgen soll;
 - Art und Weise der Förderung;
 - Darlegung, ob und wie die Beihilfe zu den Klima-, Umwelt- und energiepolitischen Zielen der EU beiträgt. Bei PtX-Förderfenstern bereitet diese Anforderung keine Probleme. Sie leisten einen Beitrag sowohl zur Erhöhung des Anteils der erneuerbaren Energien am Energieverbrauch, zur Verwirklichung der Ziele der EU-Wasserstoffstrategie als auch zur Senkung der CO₂-Emissionen. Zum CO₂-Einsparpotenzial verlangt die Kommission im Notifizierungsverfahren plausible Angaben dazu, welche bislang genutzten fossilen Energieträger in welchem Umfang durch die von dem jeweiligen Förderfenster umfassten PtX-Produkte substituiert werden sollen und welche CO₂-Einsparungen durch die Substituierung bei der Herstellung und/oder der Nutzung des grünen Wasserstoffs bzw. von dessen Derivaten im Vergleich zur Herstellung und Nutzung der bislang verwendeten fossiler Energieträger zu erwarten sind.
- bb) Anreizeffekt (positive Voraussetzung)
- (64) Nur solche Beihilfen, die einen Anreizeffekt haben, können für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden. Ein Anreizeffekt liegt vor, wenn die Beihilfe bewirkt, dass der Beihilfeempfänger sein Verhalten ändert und zusätzliche wirtschaftliche Tätigkeiten oder umweltfreundlichere Tätigkeiten aufnimmt, die er ohne die Beihilfe nicht, nur

in geringerem Umfang oder auf andere Weise ausüben würde. Auf diese Weise soll ein Mitnahmeeffekt der staatlichen Förderung für solche Tätigkeiten ausgeschlossen werden, die der Beihilfeempfänger auch ohne die Beihilfe durchführen würde.

- (65) Zum Nachweis des Anreizeffekts müssen der Sachverhalt und das wahrscheinliche kontrafaktische Szenario ohne Gewährung der Beihilfe ermittelt werden. Gemäß Fußnote 56 KUEBLL ist das kontrafaktische Szenario die Tätigkeit, die der Beihilfeempfänger ohne die Beihilfe ausgeübt hätte.
- (66) Die Ermittlung des kontrafaktischen Szenarios fällt naturgemäß leichter, wenn die Zuwendungsentscheidung der bewilligenden Stelle – z.B. eines deutschen Bundesministeriums – als sog. *ad hoc*-Einzelbeihilfe unmittelbar für einen bestimmten Erzeuger von PtX-Produkten bewilligt wird. In diesem Fall muss der Mitgliedstaat das kontrafaktische Szenario anhand der Faktoren, die zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung des Beihilfeempfängers maßgeblich waren, plausibilisieren. Gemäß Fußnote 40 KUEBLL sollten zu diesem Zweck „offizielle Unterlagen der Leitungsorgane, Bewertungen, Finanzberichte, interne Geschäftspläne, Sachverständigengutachten und Studien“ zu dem betreffenden Vorhaben herangezogen werden. Entsprechende Unterlagen müssten im Notifizierungsverfahren vorgelegt werden, aus denen sich eindeutig ergibt, dass das Vorhaben nur bei Bewilligung des Investitionskostenzuschusses durchgeführt wird.
- (67) Ein wesentliches Merkmal des H2Global-Instruments besteht jedoch darin, dass der Beihilfengeber die Zuwendung nicht unmittelbar für eine bestimmte Anlage gewährt. Vielmehr ergeht die Zuwendungsentscheidung gegenüber dem zwischengeschalteten PtX-Intermediär. Dieser wählt die HPA-Vertragspartner und damit die eigentlichen Beihilfenempfänger über wettbewerbliche Bieterverfahren aus. Die Zuwendung steht daher potenziell einer Vielzahl zum Zeitpunkt der Zuwendungsentscheidung des Beihilfengebers gegenüber dem PtX-Intermediär noch nicht bekannter Erzeuger von grünem Wasserstoff bzw. von dessen Derivaten offen. Bei mit staatlichen Mitteln finanzierten H2Global-Förderfenstern handelt es sich somit nicht um eine *ad hoc*-Einzelbeihilfe für einen bestimmten Erzeuger, sondern um eine sog. Beihilfenregelung. Bei Beihilfenregelungen kann die Analyse natürlich nicht auf der Ebene des einzelnen Begünstigten durchgeführt werden. Sie muss nur exemplarisch auf der Grundlage eines oder mehrerer plausibler Referenzprojekte vorgelegt werden (z.B. für grünen Wasserstoff und die verschiedenen in Betracht kommenden Derivate). Etwas anderes gilt ausnahmsweise für solche bei Beihilfenregelungen, die einer besonders begrenzten Zahl

von Begünstigten zugute kommen. Für Letzteres bestehen bei H2Global-Förderfens-tern aber keine Anhaltspunkte.

- (68) Ein Anreizeffekt ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Beginn der Arbeiten an dem Vorhaben bereits erfolgte, bevor der Beihilfeempfänger einen schriftlichen Beihilfeantrag bei den nationalen Behörden gestellt hat. Dies muss von dem PtX-Intermediär vor dem Abschluss von HPAs jeweils (z.B. durch die Vorlage von Eigenerklärungen des betreffenden Erzeugers) geprüft werden.
- cc) Kein Verstoß gegen relevante Bestimmungen des Unionsrechts (positive Voraussetzung)
- (69) Selbst wenn die Beihilfe einen Beitrag zur Erreichung der Klima-, Umwelt- und energiepolitischen Ziele der Union leistet, darf sie nicht für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden, wenn sie gegen sonstige Bestimmungen des Unionsrechts verstößt (insbesondere die Grundsätze des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit). Deshalb darf die Gewährung der Beihilfe nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Beihilfenempfänger zur Durchführung des Vorhabens Produkte verwendet, die in dem die Beihilfe gewährenden EU-Mitgliedstaat (z.B. Deutschland) hergestellt wurden.
- dd) Erforderlichkeit der Beihilfe (negative Voraussetzung)
- (70) Die Erforderlichkeit der Beihilfe setzt gemäß Abschnitt 3.2.1.1 KUEBLL grundsätzlich die Darlegung einer der in Rn. 34 KUEBLL genannten Arten eines bestehenden Marktversagens voraus, das durch die Beihilfemaßnahme adressiert werden soll. Allerdings enthalten die Spezialvorschriften in Abschnitt 4.1 der KUEBLL für „Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“ insoweit abweichende Bestimmungen. Gemäß Rn. 89 finden die allgemeinen Vorschriften in den Rn. 34 bis 37 KUEBLL zum Marktversagen auf Beihilfen dieser Art keine Anwendung. Anwendung findet gemäß Abschnitt 4.1 der KUEBLL (Rn. 89 f.) hingegen die in den allgemeinen Bestimmungen über die Erforderlichkeit (Abschnitt 3.2.1.1 KUEBLL) enthaltene Rn. 38. Danach muss der betreffende Mitgliedstaat – ähnlich wie beim Anreizeffekt – nachweisen, dass das Vorhaben ohne die Beihilfe nicht durchgeführt würde. Diesen Nachweis kann der Mitgliedstaat gemäß Rn. 38 auf zweierlei Weise erbringen. Entweder er legt eine Quantifizierung der zusätzlichen Nettokosten (Finanzierungslücke) des faktischen Szenarios im Vergleich zum kontrafaktischen Szenario vor. Oder der Mitgliedstaat unterbreitet andere Nachweise dazu, dass das Vorhaben ohne die Beihilfe nicht durchgeführt würde. Im Ergebnis unterscheiden sich

diese Anforderungen dieses Abschnitts vorliegend also nicht von denen, die ohnehin bereits zum Nachweis des Anreizeffektes zu erfüllen sind.

- (71) Zudem muss der Mitgliedstaat gemäß Rn. 89 ausführen, welche anderen politischen Maßnahmen es zur Verringerung von Treibhausgasemissionen bereits gibt und warum diese keinen ausreichenden Anreiz zur Verwirklichung des Vorhabens schaffen. Bei der Quantifizierung der Finanzierungslücke müssen die Kosten und Einnahmen des Vorhabens einschließlich derjenigen berücksichtigt werden, die mit den bereits bestehenden politischen Maßnahmen zur Verringerung von Treibhausgasemissionen (z.B. ETS) einhergehen.
- ee) Geeignetheit der Beihilfe (negative Voraussetzung)
- (72) Grundsätzlich muss der Mitgliedstaat gemäß Abschnitt 3.2.1.2 KUEBLL darlegen, dass bzw. aus welchen Gründen die Beihilfemaßnahme ein geeignetes Instrument für die Verwirklichung des mit der Förderung angestrebten Ziels ist. Geeignetheit im beihilfenrechtlichen Sinne bedeutet, dass kein Politik- oder Beihilfeinstrument ersichtlich ist, mit dem dieselben Ergebnisse mit nur geringeren negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb und Handel im Binnenmarkt erzielt werden könnten. Zu diesem Zweck setzen die KUEBLL grundsätzlich voraus, dass der Mitgliedstaat ausführt, warum andere Politikinstrumente (z.B. Regulierung, Schaffung von nachfrageseitigen Anreizen, Förderung öffentlicher Infrastruktur, Umwelt-Label etc.) oder den Wettbewerb weniger beeinträchtigende Beihilfeinstrumente (z.B. rückzahlbare Vorschüsse, zinsgünstige Darlehen oder Steuergutschriften statt direkter nicht rückzahlbarer Zuschüsse) nicht in gleicher Weise geeignet sind, das angestrebte Ziel zu erreichen.
- (73) Für „Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“ bedarf es dieser Ausführungen gemäß den Spezialvorschriften in Abschnitt 4.1 der KUEBLL nicht. Gemäß Rn. 93 finden die allgemeinen, in Abschnitt 3.2.1.2 KUEBLL geregelten Anforderungen an die Geeignetheit auf Beihilfen dieser Art keine Anwendung. Stattdessen geht die Kommission davon aus, dass staatliche Beihilfen einschließlich direkter Zuschüsse angesichts des Umfangs und der Dringlichkeit der Herausforderungen im Zusammenhang mit der Dekarbonisierung eine geeignete Maßnahme darstellen, wenn alle sonstigen Vereinbarkeitsvoraussetzungen der KUEBLL erfüllt sind. Im vorliegenden Fall bedürfte es daher keiner gesonderten Begründung zur Geeignetheit der in Rede stehenden Varianten des H2Global-Instruments.

- ff) Beihilfefähigkeit/Grundsatz der Technologieneutralität (negative Voraussetzung)
- (74) Speziell für „Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“ folgt aus Abschnitt 4.1.3.3 KUEBLL – insoweit über die allgemeinen Bestimmungen in Abschnitt 3 KUEBLL hinausgehend – das Erfordernis einer grundsätzlich technologieneutralen Ausgestaltung der Fördermaßnahme. Allerdings können die Mitgliedstaaten bei Vorliegen objektiver Erwägungen eine Beschränkung der Förderung auf eine oder bestimmte Technologien vorsehen. Rn. 96 KUEBLL enthält eine beispielhafte Auflistung von Fallgruppen, bei deren Vorliegen eine Begrenzung der Beihilfefähigkeit auf eine oder bestimmte Technologien den Wettbewerb nicht übermäßig verzerrt. Dies ist u.a. der Fall, wenn die betreffende Maßnahme auf ein im Unionsrecht verankertes sektor- oder technologiespezifisches Ziel wie etwa „eine Beihilferegelung im Bereich erneuerbare Energien“ und „gegebenenfalls für erneuerbaren Wasserstoff“ ausgerichtet ist (Rn. 96 lit. a KUEBLL). Bei Beihilfen für PtX-Förderfenster sollten daher der Bezug bzw. der Beitrag des Vorhabens zur „roadmap“ der EU- Wasserstoffstrategie und zu beabsichtigter Regulierung auf EU-Ebene hergestellt werden. Falls möglich sollten vorsorglich Argumente für das Vorliegen weiterer Fallgruppen von Rn. 96 KUEBLL erarbeitet werden. Gemäß Rn. 96 lit. d KUEBLL kommt eine Abweichung vom Grundsatz der Technologieneutralität auch dann in Betracht, wenn ein beihilfefähiger Wirtschaftszweig das Potenzial hat, längerfristig einen wichtigen und kosteneffizienten Beitrag zum Umweltschutz und zu einer umfassenden Dekarbonisierung zu leisten. Dies sollte in einem Notifizierungsverfahren sowohl für die Erzeuger von grünem Wasserstoff und dessen Derivaten als auch für potenzielle Abnehmerbranchen, in denen die Nachfrage und damit die Zahlungsbereitschaft für die betreffenden PtX-Produkte vergleichsweise hoch sein dürfte, ausgeführt werden.
- gg) Öffentliche Konsultation (negative Voraussetzung)
- (75) Wenn eine förmliche Anmeldung der Beihilfe nach dem 01.07.2023 erfolgt, bedarf es grundsätzlich der Durchführung einer öffentlichen Konsultation gemäß Abschnitt 4.1.3.4. Eine öffentliche Konsultation ist nur dann nicht erforderlich, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:
- der geschätzte durchschnittliche jährliche Beihilfebetrags der notifizierten Maßnahme liegt unter 150 Mio. EUR,
 - die Beihilfe über ein wettbewerbsorientiertes Ausschreibungsverfahren gewährt wird

- und wenn mit der Maßnahme keine Investitionen in die Energieerzeugung, -produktion oder andere Tätigkeiten auf der Grundlage fossiler Brennstoffe gefördert werden.

(76) Während die beiden zuletzt genannten Voraussetzungen bei den hier in Rede stehenden PtX-Fenstern erfüllt sein dürften, hängt die durchschnittliche jährliche Mittelausstattung von der finanziellen Ausstattung des Fensters und der Laufzeit der HPAs ab. Ergibt sich danach, dass die über das Fenster pro Jahr insgesamt gewährten Beihilfen im Durchschnitt weniger als 150 Mio. EUR beträgt, wird auf eine öffentliche Konsultation daher verzichtet werden können. Fände die Ausnahme hingegen ausnahmsweise wegen einer diese Schwelle überschreitenden finanziellen Ausstattung keine Anwendung, ist eine öffentliche Konsultation von mindestens sechs Wochen Dauer erforderlich, in denen der Öffentlichkeit Gelegenheit gegeben wird, zu folgenden Aspekten Stellung zu nehmen:

- Beihilfefähigkeit; dies betrifft die Frage, ob die geförderte Tätigkeit tatsächlich einen Beitrag zur Erzeugung erneuerbarer Energien oder auf sonstige Weise einen Beitrag zur Senkung der Treibhausgasemissionen leistet;
- Methode und Schätzung der Subvention pro vermiedener Tonne Emissionen in CO₂-Äquivalent (je Referenzprojekt);
- vorgeschlagene Anwendung und Umfang von Ausschreibungsverfahren und etwaige Ausnahmen;
- die wichtigsten Parameter für die Zuteilung der Beihilfen, einschließlich der Ermöglichung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Arten von Begünstigten;
- wichtigste Annahmen, auf die sich die Quantifizierung stützt, die zum Nachweis des Anreizeffekts, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit vorgelegt wird.

hh) Angemessenheit der Beihilfe (negative Voraussetzung)

(77) Die Beihilfe ist angemessen, wenn der Beihilfebetrug auf das Minimum beschränkt ist, das für die Durchführung des geförderten Vorhabens erforderlich ist. Dies ist gemäß Rn. 48 KUEBLL in der Regel der Fall, wenn der Beihilfebetrug den zur Verwirklichung des Vorhabens erforderlichen zusätzlichen Nettokosten (Finanzierungslücke) entspricht, die im Vergleich zum kontrafaktischen Szenario, bei dem keine Beihilfe gewährt wird, anfallen.

- (78) Gemäß Rn. 49 KUEBLL ist jedoch eine detaillierte Prüfung dieser Nettomehrkosten nicht erforderlich, wenn der Beihilfebetrug durch eine den Anforderungen der Rn. 49 und 50 genügenden Ausschreibung bestimmt wird. Zur Sicherstellung der Angemessenheit von „Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“ ist die Durchführung eines solchen Ausschreibungsverfahrens gemäß Abschnitt 4.1.3.5 KUEBLL grundsätzlich zwingend. Die Vergabe der Beihilfe über wettbewerbliche Ausschreibungen ist ein wesentliches Merkmal des H2Global-Instruments, so dass auf die strengen Anforderungen, bei deren Vorliegen auf eine Ausschreibung ausnahmsweise verzichtet werden kann, hier nicht näher eingegangen werden muss. Die Tatsache, dass eine ausführliche Bewertung der Nettomehrkosten für Beihilfebeträge, die im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens ermittelt werden, nicht erforderlich ist, bedeutet nicht, dass eine Bewertung überhaupt nicht notwendig ist. Auch in einem solchen Fall muss eine exemplarische Analyse der Finanzierungslücke anhand eines repräsentativen Modellvorhabens vorgelegt werden, um den Anreizeffekt und die Erforderlichkeit einer staatlichen Intervention nachzuweisen (es sei denn, der Mitgliedstaat legt zum Nachweis der Erforderlichkeit einer staatlichen Intervention eine andere spezifische evidenzbasierte Analyse vor, die die Erforderlichkeit der Beihilfe belegt; siehe Rn. (70)).
- ii) **Transparenz der Beihilfe (negative Voraussetzung)**
- (79) Gemäß Abschnitt 3.2.1.4 KUEBLL muss der Mitgliedstaat im Transparenzmodul der Kommission oder auf einer umfassenden Website für staatliche Beihilfen auf nationaler oder regionaler Ebene den vollständigen Wortlaut der genehmigten Beihilferegelung und ihrer Durchführungsbestimmungen sowie Informationen über jede im Rahmen der Beihilferegelung gewährte Einzelbeihilfe von mehr als 100 000 EUR veröffentlichen.
- (80) Die Informationen über eine im Rahmen einer Beihilferegelung gewährte Einzelbeihilfe, die 100 000 EUR übersteigt, müssen innerhalb von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Gewährung der Beihilfe veröffentlicht werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Beginn dieser Frist ist der Abschluss des jeweiligen HPA.
- jj) **Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen der Beihilfe auf Wettbewerb und Handel (negative Voraussetzung)**
- (81) Grundsätzlich muss der Mitgliedstaat gemäß Abschnitt 3.2.2 KUEBLL im Einzelnen darlegen, auf welche Weise übermäßige negative Auswirkungen der Beihilfe auf den Wettbewerb und den Handel im Binnenmarkt vermieden werden. Für „Beihilfen zur

Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“ bedarf es dieser Ausführungen gemäß den Spezialvorschriften in Abschnitt 4.1 KUEBLL nicht. Gemäß Rn. 114 findet der Abschnitt 3.2.2 KUEBLL – mit Ausnahme der Begrenzung von Beihilferegelungen auf eine Dauer von maximal 10 Jahren (Rn. 70 KUEBLL) – auf Beihilfen dieser Art keine Anwendung.

(82) Allerdings muss der notifizierende Mitgliedstaat je nach Art des geförderten Vorhabens Angaben zu einzelnen in Abschnitt 4.1.4 KUEBLL aufgeführten Vereinbarkeitskriterien machen, z.B.:

- Ab dem 1. Juli 2023 muss für jedes Referenzprojekt die Subvention pro Tonne vermiedener CO₂-Äquivalent-Emissionen geschätzt werden, wobei die Annahmen und die Methodik für diese Berechnung anzugeben sind. Soweit möglich, sollte bei dieser Schätzung die Netto-Emissionsreduzierung durch die Tätigkeit ermittelt werden, wobei die über den gesamten Lebenszyklus entstehenden oder reduzierten Emissionen berücksichtigt werden. Darüber hinaus sollten kurz- und langfristige Wechselwirkungen mit anderen relevanten Politiken oder Maßnahmen, einschließlich des EU-Emissionshandelssystems, berücksichtigt werden (Rn. 115 KUEBLL).
- Der Mitgliedstaat muss angemessene Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass das geförderte Vorhaben tatsächlich durchgeführt wird (Rn. 120 KUEBLL).
- Die Beihilfeempfänger sollen durch die Gewährung der Beihilfe keinen Anreiz erhalten, ihre Produktion unterhalb ihrer Grenzkosten anzubieten (Rn. 123 KUEBLL).
- Die Beihilfe darf nicht zu einer Verdrängung von Investitionen in sauberere Alternativen führen, die bereits auf dem Markt verfügbar sind. Die Beschränkung der Förderung auf eine bestimmte Technologie darf nicht eine umfassendere Entwicklung eines Marktes für sauberere Lösungen behindern. Bei einer ausschließlichen Nutzung erneuerbarer Energien im Rahmen der Maßnahme ist dies aber unproblematisch (Rn. 127 KUEBLL).

kk) Abwägung

(83) Wie bei der Voraussetzung „Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen der Beihilfe auf Wettbewerb und Handel“ muss der Mitgliedstaat grundsätzlich gemäß Abschnitt 3.3 KUEBLL im Einzelnen darlegen, auf welche Weise die positiven Auswirkungen der Beihilfe deren negative Auswirkungen im Rahmen einer Gesamtabwä-

gung überwiegen. Für „Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“ bedarf es dieser Ausführungen gemäß den Spezialvorschriften in Abschnitt 4.1 der KUEBLL hingegen nicht. Gemäß Rn. 114 findet der Abschnitt 3.3 auf Beihilfen dieser Art keine Anwendung.

- (84) Die Kommission geht bei „Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“ grundsätzlich davon aus, dass die Abwägungsprüfung positiv ausfällt, sofern die übrigen Vereinbarkeitsvoraussetzungen erfüllt sind und keine offensichtlichen Hinweise auf einen Verstoß gegen den „do no significant harm“-Grundsatz der Taxonomie-Verordnung²⁷ vorliegen (Rn. 134 KUEBLL). Gilt diese Annahme nicht, wird die Kommission prüfen, ob die positiven Auswirkungen die negativen Auswirkungen auf den Binnenmarkt insgesamt überwiegen.
- b) Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge des Angriffs Russlands auf die Ukraine – Krisenbewältigung und Gestaltung des Wandels 2023 (TCTF)
- (85) Die geopolitische Krise, die durch den Angriff Russlands auf die Ukraine und den Einsatz der Energielieferungen als Druckmittel ausgelöst wurde, hat es für die EU noch dringlicher gemacht, ihre Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen zu verringern, indem sie den Ausbau der erneuerbaren Energien beschleunigt. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission beschlossen, im TCTF²⁸ den Mitgliedstaaten in einem befristeten Zeitraum maximal bis zum 31.12.2025 mehr Flexibilität für die Gewährung bestimmter staatlicher Beihilfen, die zu diesen Zielen beitragen, einzuräumen.
- (86) Die Kommission stuft Beihilfen für die Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff und von aus erneuerbarem Wasserstoff gewonnenen Kraftstoffen ausdrücklich als „Beihilfen zur Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien und der Energiespeicherung mit Blick auf REPowerEU“ im Sinne von Abschnitt 2.5 TCTF ein. Die dort geregelten Anforderungen an die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt sind teilweise deutlich geringer als die oben dargestellten Voraussetzungen der KUEBLL. Insbesondere bedarfs es hier nicht der Darlegung eines Anreizeffekts (vgl. Rn. (64) ff.) und einer Analyse der Finanzierungslücke (vgl. Rn. (77) ff.).

²⁷ Verordnung (EU) 2020/852 vom 18.06.2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen, ABl. EU 2020 L 198/20.

²⁸ Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge des Angriffs Russlands auf die Ukraine – Krisenbewältigung und Gestaltung des Wandels, ABl. EU 2023 C 101/03.

- (87) Abschnitt 2.5 TCTF differenziert zwischen „Investitionsbeihilfen zur Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien und der Energiespeicherung“ (Abschnitt 2.5.1) und „Betriebsbeihilfen zur Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien und der Energiespeicherung“ (Abschnitt 2.5.2). Wie oben erläutert, hatte die Kommission in der ursprünglichen Entscheidung festgestellt, dass es sich bei dem H2Global-Instrument um eine Betriebsbeihilfe handelt (siehe Rn. (57)). Dementsprechend könnte die Prüfung der Vereinbarkeit der in Rede stehenden Förderung für das Projekt nur auf der Grundlage der Bestimmungen des Abschnitts 2.5.2 TCTF über Betriebsbeihilfen für erneuerbare Energien erfolgen.
- (88) Im Abschnitt 2.5.2 TCTF legt die Kommission dar, welche Voraussetzungen erfüllt sein sollten, damit sie Betriebsbeihilfen zur Förderung der erneuerbaren Energien (einschließlich des Wasserstoffs und der aus erneuerbarem Wasserstoff gewonnenen Kraftstoffen) als nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ansehen kann. Diese Voraussetzungen sind jedoch mit der Finanzierung von PtX-Förderfenstern im H2Global-Instrument nicht vereinbar. Zum einen muss die Beihilfe gemäß Rn. 78 lit. d TCTF spätestens am 31.12.2025 gewährt werden. Nach unserem Verständnis dürften im Rahmen des geplanten Instruments die HPAs, die nach hier vertretener Auffassung für die Beihilfegewährung maßgeblich sind, zumindest teilweise auch später geschlossen werden. Zum anderen muss die Beihilfe gemäß Rn. 78 lit. e TCTF in Form zweiseitiger Differenzverträge gewährt werden. Gemäß Fußnote 117 TCTF ist ein zweiseitiger Differenzvertrag ein zwischen dem Betreiber einer Erzeugungsanlage und einer (staatlichen) Gegenpartei geschlossener Vertrag, der sowohl eine Mindestvergütung als auch eine Obergrenze für überschüssige Erträge vorsieht. Vor Vertragsschluss wird ein sog. „Ausübungspreis“ bzw. „strike price“ ermittelt und für die gesamte Vertragslaufzeit (z.B. 20 Jahre) festgelegt. Während dieser Laufzeit verkauft der Anlagenbetreiber das von ihm erzeugte Produkt auf üblichem Wege am Markt. Ein weiterer Parameter bei der Durchführung eines zweiseitigen Differenzvertrags ist der sog. „Referenzpreis“. Dies ist der Preis, zu dem in einer bestimmten Referenzperiode (z.B. ein Monat) das betreffende Produkt aus Anlagen in dem Staat des betreffenden Anlagebetreibers verkauft wurde. Liegt der Referenzpreis unter dem festen Ausübungspreis, erhält der Beihilfeempfänger aus dem Fördermechanismus die Differenz zwischen Referenz- und Ausübungspreis. Liegt der Referenzpreis aber über dem „Ausübungspreis“, muss der Beihilfeempfänger die Differenz an die Gegenseite zahlen. Kennzeichnend für einen zweiseitigen Differenzvertrag ist somit, dass wechselseitige Zahlungsflüsse zwischen den beiden Vertragsparteien in beide Richtungen möglich sind.

(89) Zwar sind einige Merkmale des H2Global-Konzepts denen eines zweiseitigen Differenzvertrags zumindest sehr ähnlich. Dies gilt insbesondere für die Vereinbarung einer Mindestvergütung – bei H2Global in Gestalt eines festen Produktpreises – und die Deckelung der Rendite auf eine Obergrenze. Allerdings umfasst das H2Global-Konzept keine Zahlungen des Anlagenbetreibers an den PtX-Intermediär oder den Beihilfengeber. Der Anlagenbetreiber kommt über den HPA in den Genuss eines festen, u.U. anteilig mit staatlichen Mitteln finanzierten Produktpreises. Umgekehrt verpflichtet er sich aber zu keinerlei Zahlungen an den PtX-Intermediär bzw. den Beihilfengeber. Dies könnte dafür sprechen, dass die Kommission einen HPA jedenfalls nicht als den typischen Fall eines zweiseitigen Differenzvertrags einstufen würde. Mangels ersichtlicher veröffentlichter Entscheidungspraxis kann daher ohne Rücksprache mit der Kommission nicht festgestellt werden, ob sie bereit wäre, Abschnitt 2.5.2 TCTF aufgrund der bestehenden Parallelen zwischen dem H2Global-Konzept und dem typischen Anwendungsfall eines zweiseitigen Differenzvertrags auf die hier in Rede stehenden PtX-Förderfenster entsprechend anzuwenden. In Bezug auf solche PtX-Förderfenster, bei denen die Beihilfegewährung bzw. der HPA-Vertragsschluss – wie von Rn. 78 lit. d TCTF gefordert – spätestens am 31.12.2025 erfolgen, sollte mit der Kommission vor Einleitung des Notifizierungsverfahrens erörtert werden, ob alternativ zu den KUEBLL Abschnitt 2.5.2 TCTF als Vereinbarkeitsgrundlage in Betracht kommt.

3. Zwischenergebnis

(90) Solche Finanzierungsmaßnahmen für ein PtX-Förderfenster, die den Beihilfentatbestand erfüllen, können von der Kommission nach Durchführung eines Notifizierungsverfahrens auf der Grundlage der Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 (KUEBLL) für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden. Die einschlägigen Vereinbarkeitsvoraussetzungen sind in Abschnitt 4.1 der KUEBLL („Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen“) geregelt.

D.

EU-Verordnung über Subventionen aus Drittstaaten

- (91) Wie oben erläutert, unterliegen staatliche Beihilfen einem detaillierten Rechtsregime. Grundsätzlich sind sie verboten (siehe Rn. (12)). Damit sie ausnahmsweise mit dem Binnenmarkt vereinbar sind, müssen sie detaillierte Anforderungen erfüllen (siehe Rn. (52) ff.). Für drittstaatliche Subventionen (von Nicht-EU-Ländern) fehlte ein vergleichbarer Rechtsrahmen bislang. Dies verschaffte Unternehmen, die drittstaatliche Subventionen erhielten, einen unfairen Vorteil gegenüber ihren Konkurrenten, wenn sie andere Unternehmen in der EU erwarben, sich an öffentlichen Vergabeverfahren in der EU beteiligten oder andere Investitionen in der EU tätigten.
- (92) Dies hat sich mit der kürzlich in Kraft getretenen Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen (Foreign Subsidies Regulation – FSR) verändert. Ab dem 12.07.2023 (bzw. in Bezug auf die in Rn. (119) und (123) beschriebenen Verpflichtungen ab dem 12.10.2023) wird die Kommission befugt sein, drittstaatliche Subventionen zu untersuchen. Unternehmen und öffentlichen Vergabestellen werden eine Reihe neuer Verpflichtungen auferlegt. Wie im Folgenden gezeigt wird, weist die FSR eine ganze Reihe von Gemeinsamkeiten mit den in Teil C beschriebenen Vorschriften für staatliche Beihilfen auf (mit dem Hauptunterschied, dass es sich um Maßnahmen von Drittländern und nicht von EU-Mitgliedstaaten handelt). Aus diesem Grund kann vorläufig davon ausgegangen werden, dass Maßnahmen von EZ-Partnerländern und sonstigen Drittstaaten, die sich an dem geplanten Instrument beteiligen, Subventionen im Sinne der FSR darstellen, die sowohl für den PtX-Intermediär als auch für die erzeugerseitigen Teilnehmer an dem geplanten Instrument bestimmte Verpflichtungen mit sich bringen.
- (93) Die folgende Analyse soll die Grundprinzipien der FSR und ihre Auswirkungen auf das geplante Instrument skizzieren. Da die FSR erst vor kurzem in Kraft getreten ist und noch nicht in der Praxis erprobt wurde, beschränkt sich die Analyse hauptsächlich auf den Text des FSR selbst und, soweit verfügbar, auf die diesbezüglichen Erklärungen der Kommission.

I. Subventionstatbestand

- (94) In Art. 3 Abs. 1 FSR wird definiert, wann eine drittstaatliche Subvention vorliegt:

„Für die Zwecke dieser Verordnung liegt eine drittstaatliche Subvention vor, wenn ein Drittstaat direkt oder indirekt eine finanzielle Zuwendung gewährt, die einem Unternehmen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt ausübt, einen Vorteil verschafft und die rechtlich oder faktisch auf ein einzelnes Unternehmen oder einen einzelnen Wirtschaftszweig oder mehrere Unternehmen oder Wirtschaftszweige beschränkt ist.“

(95) Eine drittstaatliche Subvention ist also eine solche im Sinne der FSR, wenn sie alle folgenden Bedingungen kumulativ erfüllt:

- Vorliegen einer finanziellen Zuwendung
- Gewährung durch ein Drittland
- Verschaffung eines Vorteils
- Unternehmenseigenschaft des/der Begünstigten
- Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Binnenmarkt
- Spezifizität

1. Vorliegen einer finanziellen Zuwendung

(96) Finanzielle Zuwendungen werden in der FSR nicht umfassend definiert. Die FSR definiert lediglich eine illustrative Liste von finanziellen Zuwendungen. Diese umfassen, sind aber nicht beschränkt auf:

- den Transfer von Geldern oder Verbindlichkeiten, wie etwa Kapitalzuführungen, Zuschüsse, Kredite, Kreditgarantien, Steueranreize, Ausgleich von Betriebsverlusten, den Ausgleich für von Behörden auferlegte finanzielle Belastungen, Schuldenerlass, Schuldenswaps oder eine Umschuldung,
- den Verzicht auf ansonsten fällige Einnahmen, wie etwa Steuerbefreiungen,
- die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte an ein Unternehmen ohne angemessene Vergütung oder
- die Bereitstellung oder den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen.

(97) Im Zusammenhang mit dem geplanten Instrument ist anzumerken, dass der Abschluss eines HPA den Erwerb von Wasserstoff oder Wasserstoffderivaten (oder die Bereitstellung von Dienstleistungen, wenn die Verträge auch den Transport von Wasserstoff umfassen) darstellt. Wird der HPA-Kaufpreis von dem PtX-Intermediär unter Einsatz von finanziellen Mitteln eines Drittstaats gezahlt, kann davon ausgegangen werden,

dass der im Rahmen des geplanten Instruments zu gewährende Vorteil eine finanzielle Zuwendung für den HPA-Vertragspartner des PtX-Intermediärs darstellt.

2. Gewährung durch ein Drittland

(98) Mit Drittland ist nicht nur die Zentralregierung eines Landes gemeint. Wäre dies der Fall, dann wäre es sehr einfach, die FSR zu umgehen. Aus diesem Grund umfassen von einem Drittland geleistete finanzielle Zuwendungen nicht nur die von der Zentralregierung geleisteten finanziellen Zuwendungen, sondern auch solche von:

- Behörden aller anderen Ebenen;
- einer drittstaatlichen öffentlichen Einrichtung, deren Handlungen – unter anderem angesichts der Merkmale der betreffenden Einrichtung, des rechtlichen und wirtschaftlichen Umfelds in dem Land, in dem die Einrichtung tätig ist, einschließlich der Rolle der Regierung in der Wirtschaft – dem Drittstaat zugerechnet werden können;
- einer privaten Einrichtung, deren Handlungen angesichts aller relevanten Umstände dem Drittstaat zugerechnet werden können.

(99) Auch hier ist festzustellen, dass sich diese Bedingung bis zu einem gewissen Grad mit den Anforderungen an die Zurechenbarkeit an den Staat bei der Prüfung des Beihilfenstatbestandes deckt. Die Analyse, ob das Handeln einer ausländischen öffentlichen oder privaten Einrichtung einem Drittland zugerechnet werden kann, basiert auf allgemeinen, nicht streng definierten Kriterien. Von besonderer Bedeutung ist, dass die FSR bei der Bestimmung der Zurechenbarkeit der Handlungen einer privaten Einrichtung die Berücksichtigung „aller relevanten Umstände“ vorschreibt. Bei einer solchen privaten Einrichtung muss es sich nicht einmal um eine ausländische Einrichtung handeln (es kann sich auch einfach um ein Unternehmen mit Sitz in der EU handeln). Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass ein PtX-Intermediär daher als eine solche private Einrichtung angesehen wird, deren Handlungen einem Drittland zugerechnet werden könnten, das Mittel für das geplante Instrument bereitstellt. Dies kommt in Betracht, wenn der PtX-Intermediär von einem Drittstaat bereitgestellte Mittel nach dessen Vorgaben bewirtschaftet, bedarf aber einer Prüfung im Einzelfall.

3. Verschaffung eines Vorteils

(100) Die FSR enthält keine weiteren Erläuterungen dazu, was als Vorteil anzusehen ist. Aus den Erwägungsgründen der FSR geht jedoch hervor, dass der Begriff in gleicher Weise

wie der Begriff der Begünstigung im Rahmen der Vorschriften für staatliche Beihilfen zu verstehen ist:

„Eine finanzielle Zuwendung sollte als Vorteil für ein Unternehmen angesehen werden, wenn dieser Vorteil unter normalen Marktbedingungen nicht hätte erlangt werden können.“

- (101) Dies entspricht der Auslegung des Begriffs der Begünstigung im Beihilfenrecht.
- (102) Unter Anwendung der in der ursprünglichen Entscheidung dargelegten Argumentation im Zusammenhang mit dem Merkmal des Vorliegens einer Begünstigung (vgl. Rn. (15)) kann davon ausgegangen werden, dass die Kommission auch nach der FSR das Vorliegen eines Vorteils jedenfalls auf der Ebene der Erzeuger von grünem Wasserstoff und dessen Derivaten annehmen würde (was jedoch insbesondere auf der Ebene der Abnehmer umstritten ist; vgl. Rn. (16)). In den Erwägungsgründen der FSR heißt es zwar, dass bei der Bereitstellung oder dem Erwerb von Waren oder Dienstleistungen im Rahmen eines wettbewerbsorientierten, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens davon auszugehen ist, dass sie den normalen Marktbedingungen entspricht. Gleichwohl hat die Kommission das Beihilfentatbestandsmerkmal der Begünstigung in ihrer Genehmigungsentscheidung zum ursprünglichen Instrument bejaht. Wegen der Deckungsgleichheit des Begriffsverständnisses im Beihilfenrecht und in der FSR liegt daher nahe, dass der durch das geplante Instrument gewährte Vorteil nach Auffassung der Kommission auch dieses Subventionsmerkmal i.S.d. FSR erfüllt.

4. Unternehmenseigenschaft des/der Begünstigten

- (103) Der Begriff „Unternehmen“ ist in der FSR nicht erschöpfend definiert. In Art. 2 Abs. 1 FSR wird er nur im Zusammenhang mit öffentlichen Vergabeverfahren definiert. Dort heißt es, dass „Unternehmen“ in diesem Zusammenhang „Wirtschaftsteilnehmer“ im Sinne der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge bedeutet. Außerdem stellt die FSR in Art. 1 Abs. 2 klar, dass ein Unternehmen auch ein öffentliches Unternehmen ist, das direkt oder indirekt vom Staat kontrolliert wird. In Ermangelung einer weiteren Klarstellung muss davon ausgegangen werden, dass die Kommission diesen Begriff grundsätzlich sehr weit auslegt und auch im Rahmen der FSR das in Rn. (19) dargelegte funktionale Verständnis des Beihilfenrechts anwendet. Es gibt mindestens drei Argumente, die für diese These sprechen. Erstens würde nur ein solches weites Verständnis eine einheitliche Anwendung der FSR in der gesamten EU gewährleisten,

unabhängig davon, wie der Begriff des Unternehmens in einem bestimmten Mitgliedstaat definiert ist. Zweitens würde nur eine so weit gefasste Definition eines Unternehmens gewährleisten, dass die Anwendung der FSR nicht leicht umgangen werden kann. Drittens verfolgt die FSR ähnliche Ziele wie andere wettbewerbspolitische Instrumente (z. B. staatliche Beihilfen, Kartellvorschriften und Fusionskontrolle). Daher ist es sinnvoll, dass die FSR ein Unternehmen auf die gleiche funktionale Weise definiert wie die wettbewerbspolitischen Instrumente.

(104) Auch hier kann daher der Schluss gezogen werden, dass die Hersteller von Wasserstoff und Wasserstoffderivaten, denen das geplante Instrument zugutekommt, Unternehmer im Sinne der FSR sind.

5. Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Binnenmarkt

(105) Die wirtschaftliche Tätigkeit ist ein weiterer Begriff, der in der FSR nicht definiert ist. Seine Auslegung dürfte jedoch kaum Probleme bereiten. Für die Zwecke des Wettbewerbsrechts gilt nach ständiger Rechtsprechung Folgendes:

“jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.”²⁹

(106) Aus den in Rn. (103) genannten Gründen ist es sinnvoll, diese Definition auch auf die FSR anzuwenden. Die bloße Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist jedoch nicht ausreichend. Die Tätigkeit muss auf dem Binnenmarkt ausgeübt werden. Wenn also ein Hersteller von Wasserstoff oder Wasserstoffderivaten nur für den lokalen Markt (in Drittländern) produziert und keine andere Tätigkeit in der Union ausübt, wäre diese Voraussetzung nicht erfüllt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die FSR niemals auf ihn anwendbar wäre. Wenn ein solches Unternehmen die Kontrolle über ein in der Union niedergelassenes Unternehmen erwirbt oder mit einem solchen Unternehmen fusioniert oder an einem öffentlichen Vergabeverfahren in der Union teilnimmt, so ist davon auszugehen, dass es gemäß Art. 1 Abs. 1 FSR eine Wirtschaftstätigkeit im Binnenmarkt ausübt. Die HPA-Vertragspartner werden über Verfahren ausgewählt, die nach den Bestimmungen über die öffentliche Auftragsvergabe durchgeführt werden. Daher ist die FSR potenziell für jedes Unternehmen von Bedeutung, das

²⁹ EuGH, Urteil v. 12.09.2000, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – *Pavlov u.a.*, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 75.

sich an den HPA-Auktionen beteiligt, unabhängig davon, ob es derzeit bereits eine wirtschaftliche Tätigkeit im Binnenmarkt ausübt oder nicht.

6. Spezifität

(107) Das Kriterium der Spezifität lehnt sich ebenfalls an das Kriterium der Selektivität im Rahmen der Vorschriften für staatliche Beihilfen an (siehe Rn. (18)). Eine drittstaatliche Maßnahme mit allgemeiner Geltung, die von jedem Unternehmen in Anspruch genommen werden kann, stellt keine drittstaatliche Subvention dar. Zu beachten ist jedoch, dass nur die Erzeuger von grünem Wasserstoff bzw. dessen Derivaten an den HPA-Vergabeverfahren teilnehmen können und zudem nur diejenigen Bieter in den Genuss der Förderung kommen, die sich im Rahmen der Vergabeverfahren erfolgreich durchsetzen. Aus diesen Gründen sah die Kommission das Beihilfentatbestandsmerkmal der Selektivität in ihrer ursprünglichen Entscheidung als erfüllt an (vgl. Rn. (18)). Es muss davon ausgegangen werden, dass sie aus denselben Gründen auch das Merkmal der Spezifität i.S.d. FSR bejahen würde.

II. Prüfung von drittstaatlichen Subventionen

(108) Ausgehend von den Kriterien für das Vorliegen einer drittstaatlichen Subvention kann der Schluss gezogen werden, dass die finanzielle Zuwendung eines EZ-Partnerlandes oder eines sonstigen Drittstaats (oder genauer gesagt die mit seiner Hilfe geschlossenen HPAs) potenziell eine drittstaatliche Subvention darstellen könnte. Wenn dies der Fall ist, könnten die Begünstigten des geplanten Instruments der in den folgenden Abschnitten dargelegten Kontrolle solcher drittstaatlichen Subventionen unterliegen.

(109) Das bloße Vorhandensein einer drittstaatlichen Subvention hat für ein Unternehmen, das eine solche erhält, keine negativen Auswirkungen. Diese können nur entstehen, wenn eine solche drittstaatliche Subvention den Binnenmarkt verzerrt. Eine Verzerrung des Binnenmarktes liegt vor, wenn eine drittstaatliche Subvention geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Unternehmens im Binnenmarkt zu verbessern, und wenn diese drittstaatliche Subvention dadurch den Wettbewerb im Binnenmarkt tatsächlich oder potenziell beeinträchtigt. Die Feststellung einer Wettbewerbsverzerrung erfolgt auf der Grundlage von Indikatoren wie der Höhe und der Art der drittstaatlichen Subvention, der Situation des Unternehmens, einschließlich seiner Größe und der betroffenen Märkte oder Sektoren, des Umfangs und der Entwicklung der Wirtschaftstätigkeit.

tigkeit des Unternehmens auf dem Binnenmarkt sowie des Zwecks und der Bedingungen der drittstaatlichen Subvention und ihrer Verwendung auf dem Binnenmarkt. Bestimmte Kategorien drittstaatlicher Subventionen gelten als am ehesten geeignet, den Binnenmarkt zu verzerren (z. B. drittstaatliche Subventionen, die einem notleidenden Unternehmen gewährt werden, drittstaatliche Subventionen, die unmittelbar einen Zusammenschluss fördern, drittstaatliche Subventionen, die es einem Unternehmen ermöglichen, im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens ein unangemessen günstiges Angebot abzugeben). Bei Subventionen, die 4 Mio. EUR pro Unternehmen in einem aufeinander folgenden Zeitraum von drei Jahren nicht überschreiten, wird hingegen davon ausgegangen, dass keine Verzerrungen des Binnenmarktes zu erwarten sind. Darüber hinaus sieht die FSR eine De-minimis-Schwelle vor: Wenn der Gesamtbetrag einer drittstaatlichen Subvention für ein Unternehmen 200.000 EUR pro Drittland in einem beliebigen aufeinander folgenden Zeitraum von drei Jahren nicht übersteigt, wird eine solche drittstaatliche Subvention nicht als wettbewerbsverzerrend angesehen.

(110) Wenn eine drittstaatliche Subvention den Binnenmarkt verzerrt, muss die Kommission eine sog. Abwägungsprüfung durchführen. Dabei wägt sie die negativen Auswirkungen einer drittstaatlichen Subvention in Form von Verzerrungen auf dem Binnenmarkt gegen die positiven Auswirkungen auf die Entwicklung der betreffenden subventionierten Wirtschaftstätigkeit auf dem Binnenmarkt ab, wobei sie auch andere positive Auswirkungen der drittstaatlichen Subvention berücksichtigt (z. B. die allgemeineren positiven Auswirkungen in Bezug auf die einschlägigen politischen Ziele, insbesondere die Ziele der Union). In Bezug auf finanzielle Beiträge von Drittstaaten zu einem PtX-Förderfenster wird ein Beitrag zu den Zielen der Union i.d.R. gut dargelegt werden können. Denn wie bereits ausgeführt wurde, leistet das H2Global-Instrument einen Beitrag zu Erreichung der europäischen und internationalen Klimaschutzziele. Werden durch das Instrument Investitionen und Wertschöpfung in Partnerländern der Entwicklungszusammenarbeit angeregt, leistet das Instrument darüber hinaus einen Beitrag zu den entwicklungspolitischen Zielen der Union.

(111) Die FSR gibt der Kommission neue Befugnisse, um drittstaatliche Subventionen zu untersuchen. Die drei wichtigsten neuen Instrumente sind:

- Ein allgemeines Instrument zur Untersuchung aller Marktsituationen, die nicht in den beiden nachstehenden Punkten aufgeführt sind – hier kann die Kommission auf eigene Initiative (von Amts wegen) eine Untersuchung einleiten oder

eine *ad-hoc*-Notifizierung für kleinere Zusammenschlüsse und öffentliche Aufträge als die nachstehend aufgeführten verlangen (Art. 9 ff. FSR).

- Ein anmeldegestütztes Instrument zur Prüfung von Zusammenschlüssen, wenn ein Unternehmen einen EU-Umsatz von mindestens 500 Mio. EUR erwirtschaftet und der Zusammenschluss eine drittstaatliche finanzielle Zuwendung von mindestens 50 Mio. EUR beinhaltet (Art. 20 FSR)
- Ein anmeldegestütztes Instrument zur Untersuchung von Angeboten bei öffentlichen Aufträgen, wenn der geschätzte Auftragswert mindestens 250 Mio. EUR beträgt (bzw. bei Losverfahren der Wert des Loses oder aller Lose, für die sich der Bieter bewirbt, mindestens 125 Mio. EUR) und der Bieter (einschließlich bestimmter Tochtergesellschaften, Holdinggesellschaften, wichtiger Unterauftragnehmer und Zulieferer) in den drei Jahren vor der Anmeldung eine drittstaatliche finanzielle Zuwendung aus dem Ausland in Höhe von mindestens 4 Mio. EUR pro Drittland erhalten hat (Art. 28 FSR).

(112) Alle diese Instrumente werden in der FSR detailliert geregelt. Im Folgenden sollen nicht alle Bestimmungen der FSR erschöpfend beschrieben werden, sondern es soll ein Überblick über die wichtigsten Verfahren und Verpflichtungen gegeben werden.

1. Ein allgemeines Instrument

(113) Die Kommission kann von sich aus Informationen aus beliebigen Quellen (ihre eigenen, die eines Mitgliedstaats, einer natürlichen oder juristischen Person oder einer Vereinigung) über angebliche drittstaatliche Subventionen, die den Binnenmarkt verzerren, prüfen. Ist die Kommission der Auffassung, dass die Informationen darauf hindeuten, dass eine drittstaatliche Subvention vorliegt, die den Binnenmarkt verzerrt, so fordert sie weitere Informationen an, die sie für erforderlich hält, um vorläufig zu beurteilen, ob die finanzielle Zuwendung eine drittstaatliche Subvention darstellt und den Binnenmarkt verzerrt. Zu diesem Zweck kann die Kommission den Mitgliedstaat, das betreffende Unternehmen und andere Unternehmen um Auskünfte ersuchen: Im vorliegenden Fall können also nicht nur die Begünstigten des geplanten Instruments, sondern auch der PtX-Intermediär und Deutschland betroffen sein. Die Kommission kann auch Nachprüfungen innerhalb und außerhalb der Union durchführen. Je nach Ergebnis der Vorprüfung kann die Kommission einen Beschluss zur Einleitung einer eingehenden Untersuchung fassen oder die Vorprüfung einstellen, wenn sie zu dem Ergebnis kommt, dass keine drittstaatliche Subvention vorliegt oder keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine tatsächliche oder potenzielle Verzerrung des Binnenmarktes vorliegen.

(114) Die eingehende Prüfung ähnelt hinsichtlich der Befugnisse der Kommission (Anforderung von Informationen, Durchführung von Nachprüfungen) im Wesentlichen einer Vorprüfung. Als Ergebnis einer solchen eingehenden Untersuchung können die folgenden Arten von Beschlüssen erlassen werden:

- Beschluss, keine Einwände zu erheben, wenn die Kommission zu dem Schluss kommt, dass keine drittstaatliche Subvention vorliegt, es keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine tatsächliche oder potenzielle Verzerrung des Binnenmarktes gibt oder die positiven Auswirkungen einer Verzerrung des Binnenmarktes überwiegen;
- Beschluss zur Auferlegung von Abhilfemaßnahmen oder Verpflichtungsbeschluss, wenn die Kommission feststellt, dass eine drittstaatliche Subvention den Binnenmarkt verzerrt.

(115) Ein Beschluss zur Auferlegung von Abhilfemaßnahmen oder ein Verpflichtungsbeschluss kann entweder strukturelle (z. B. Auflösung einer Übernahme, Veräußerung bestimmter Vermögenswerte, Verringerung der Marktpräsenz) oder verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen (z. B. Rückzahlung der Subvention oder erzwungene Gewährung des Zugangs zur Infrastruktur) umfassen. Um den Wettbewerb im Binnenmarkt zu erhalten und nicht wiedergutzumachenden Schaden zu verhindern, können diese Maßnahmen auch als einstweilige Maßnahmen eingesetzt werden.

(116) Um sicherzustellen, dass die Unternehmen ihren Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesen Verfahren und Beschlüssen nachkommen, ist die Kommission befugt, Geldbußen und Zwangsgelder für vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße von Unternehmen zu verhängen. Die Geldbußen können bis zu 1 % des Gesamtumsatzes des betreffenden Unternehmens oder der betreffenden Unternehmensvereinigung im vorangegangenen Geschäftsjahr betragen. Zwangsgelder können bis zu 5 % des durchschnittlichen täglichen Gesamtumsatzes des beteiligten Unternehmens oder der beteiligten Unternehmensvereinigung im vorangegangenen Geschäftsjahr für jeden Arbeitstag des Verzugs betragen, bis die von der Kommission verlangten vollständigen und korrekten Informationen vorgelegt werden oder ein Unternehmen sich einer Nachprüfung unterzieht. Für den Fall, dass ein Unternehmen einem Beschluss zur Auferlegung von Abhilfemaßnahmen, einem Beschluss zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen oder einem Verpflichtungsbeschluss nicht nachkommt, sind strengere Sanktionen vorgesehen. Die Kommission kann dann Geldbußen in Höhe von bis zu 10 % des Gesamtumsatzes des betreffenden Unternehmens im vorangegangenen Geschäftsjahr

oder Zwangsgelder in Höhe von bis zu 5 % des durchschnittlichen täglichen Gesamtumsatzes des betreffenden Unternehmens im vorangegangenen Geschäftsjahr für jeden Tag der Nichteinhaltung verhängen, bis die Kommission feststellt, dass das betreffende Unternehmen dem Beschluss nachkommt.

2. Ein anmeldebasiertes Instrument zur Untersuchung von Zusammenschlüssen

(117) Nach der FSR liegt ein Zusammenschluss vor, wenn eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle durch die Fusion von zwei oder mehreren bisher unabhängigen Unternehmen oder Unternehmensteilen oder durch den Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen durch eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder durch ein oder mehrere Unternehmen, sei es durch den Erwerb von Wertpapieren oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder auf andere Weise, erfolgt.

(118) Die Definition des Zusammenschlusses ist sehr weit gefasst. Daher sind nur bestimmte Zusammenschlüsse anmeldepflichtig. Dies ist der Fall, wenn mindestens eines der fusionierenden Unternehmen, das erworbene Unternehmen oder das Gemeinschaftsunternehmen in der Union ansässig ist und in der Union einen Gesamtumsatz von mindestens 500 Mio. EUR erwirtschaftet, sowie wenn allen Beteiligten eines bestimmten Zusammenschlusses in den letzten drei Jahren aus Drittländern finanzielle Zuwendungen von insgesamt mehr als 50 Mio. EUR gewährt wurden.

(119) Ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss muss bei der Kommission vor seinem Vollzug und nach Abschluss der Vereinbarung, der Ankündigung des öffentlichen Übernahmeangebots oder dem Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung angemeldet werden. Die Kommission kann auch die Anmeldung jedes anderen Zusammenschlusses verlangen, der die vorgenannten Schwellenwerte nicht erreicht, wenn sie vermutet, dass den beteiligten Unternehmen in den drei Jahren vor dem Zusammenschluss drittstaatliche Subventionen gewährt wurden. Für einen solchen Zusammenschluss gelten die gleichen Regeln.

(120) Nach der Anmeldung führt die Kommission das im Abschnitt über das allgemeine Instrument beschriebene Verfahren durch. Während des Verfahrens darf der Zusammenschluss nicht vollzogen werden. Die Vorprüfung kann 25 Arbeitstage dauern. Während dieses Zeitraums kann die Kommission eine eingehende Prüfung einleiten, die im Allgemeinen bis zu 90 Tage dauert. Die Kategorien der Beschlüsse, die die Kommission erlassen kann, ähneln denen des allgemeinen Instruments (siehe Rn. (113)).

Der Unterschied besteht darin, dass die Kommission anstelle eines Beschlusses zur Auferlegung von Abhilfemaßnahmen einen Beschluss zur Untersagung eines Zusammenschlusses erlassen kann, wenn sie feststellt, dass eine drittstaatliche Subvention den Binnenmarkt verzerrt.

(121) Wie bei dem allgemeinen Instrument kann die Kommission Geldbußen oder Zwangsgelder verhängen (siehe Rn. (116)).

(122) Zusammenschlüsse, die für die Kommission von Interesse sein könnten, werden nicht direkt im Rahmen des H2Global-Instruments stattfinden. Allerdings können Begünstigte des geplanten Instruments an solchen Zusammenschlüssen beteiligt sein. Wenn festgestellt wird, dass sie etwa im Rahmen eines von einem Drittstaat mitfinanzierten PtX-Förderfensters drittstaatliche Subventionen erhalten, sollten sie sich der Konsequenzen aus der FSR für etwaige Unternehmenszusammenschlüsse bewusst sein.

3. Ein anmeldebasiertes Instrument zur Untersuchung von Angeboten bei öffentlichen Vergabeverfahren

(123) Drittstaatliche Subventionen, die eine Verzerrung in einem öffentlichen Vergabeverfahren verursachen oder zu verursachen drohen, unterfallen dem Anwendungsbereich der FSR, wenn sie einen Wirtschaftsteilnehmer in die Lage versetzen, ein Angebot abzugeben, das in Bezug auf die betreffenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen unangemessen günstig ist. Um der Kommission eine Überprüfung solcher drittstaatlichen Subventionen zu ermöglichen, müssen Wirtschaftsteilnehmer, die an einem öffentlichen Vergabeverfahren mit einem Wert von mindestens 250 Mio. EUR teilnehmen, dem öffentlichen Auftraggeber oder dem Auftraggeber eine Mitteilung vorlegen, wenn sie (zusammen mit ihren Tochtergesellschaften ohne kommerzielle Autonomie, Holdinggesellschaften und gegebenenfalls den wichtigsten Unterauftragnehmern und Lieferanten, die an demselben Angebot beteiligt sind) in den drei Jahren vor der Mitteilung insgesamt finanzielle Zuwendungen in Höhe von mindestens 4 Mio. EUR pro Drittland erhalten haben. Wird die Beschaffung in Lose aufgeteilt, so muss zusätzlich zu den oben genannten Anforderungen der Wert des Loses oder der Gesamtwert aller Lose, für die sich der Bieter bewirbt, mindestens 125 Mio. EUR betragen. Wie bei der Zusammenschlusskontrolle kann die Kommission, wenn sie den Verdacht hat, dass ein Wirtschaftsteilnehmer in den drei Jahren vor der Einreichung des Angebots oder des Antrags auf Teilnahme am Vergabeverfahren drittstaatliche Sub-

ventionen erhalten hat, vor der Auftragsvergabe die Mitteilung der finanziellen Zuwendungen verlangen, die Drittländer diesem Wirtschaftsteilnehmer in jedem Vergabeverfahren gewährt haben, unabhängig davon, ob der Schwellenwert erreicht wird.

- (124) In einem öffentlichen Vergabeverfahren muss die Mitteilung oder Erklärung zusammen mit dem Angebot eingereicht werden. Bei einem mehrstufigen Verfahren ist sie zunächst mit dem Antrag auf Teilnahme und dann mit dem Angebot einzureichen. Die Mitteilung wird dann vom öffentlichen Auftraggeber bzw. der Vergabestelle an die Kommission weitergeleitet. Nach Eingang der Meldung hat die Kommission in der Regel 20 Arbeitstage Zeit für eine erste Prüfung. Wenn sie beschließt, eine eingehende Prüfung einzuleiten, kann dies bis zu 110 Arbeitstage nach Eingang der vollständigen Mitteilung dauern. Während dieser Verfahren darf keine Auftragsvergabe erfolgen. Die Kategorien von Beschlüssen, die die Kommission erlassen kann, ähneln denjenigen, die im Rahmen des anmeldegestützten Instruments zur Untersuchung von Zusammenschlüssen zur Verfügung stehen (siehe Rn. (120)). Insbesondere kann die Kommission einen Beschluss zur Untersagung der Zuschlagserteilung erlassen.
- (125) Wichtig ist, dass die Wirtschaftsteilnehmer auch dann bestimmten Verpflichtungen unterliegen, wenn sie die oben genannten Anmeldeschwellen nicht erreichen. Sie müssen in einer Erklärung alle erhaltenen drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen auflisten und bestätigen, dass sie nicht anmeldepflichtig sind. Zudem kann die Kommission Geldbußen oder Zwangsgelder für die Nichteinhaltung der Verpflichtungen beschließen.
- (126) Das Instrument zur Prüfung von Angeboten bei öffentlichen Vergabeverfahren könnte für PtX-Förderfenster von besonderer Bedeutung sein, wenn der PtX-Intermediär als öffentlicher Auftraggeber anzusehen wäre (z.B. bei überwiegender staatlicher Finanzierung) oder er die Ausschreibungen für HPAs aufgrund der Vorgaben des Zuwendungsgebers nach den Regeln des öffentlichen Auftragswesens durchführen muss. Wenn dies der Fall ist, muss er die Verpflichtungen eines öffentlichen Auftraggebers nach der FSR erfüllen. Unter anderem muss er in den Vergabeunterlagen der Bekanntmachung darauf hinweisen, dass die Wirtschaftsteilnehmer der Meldepflicht unterliegen, die Meldungen oder Erklärungen unverzüglich an die Kommission weiterleiten, die betreffenden Wirtschaftsteilnehmer auffordern, die entsprechenden Unterlagen vorzulegen und, falls dies nicht geschehen ist, den Auftrag nicht vor Ablauf der Prüf-fristen der Kommission vergeben.

III. Zwischenergebnis

(127) Die FSR hat die rechtliche Analyse des geplanten Instruments um eine neue Dimension erweitert. Dies wirkt sich sowohl für den PtX-Intermediär als auch für dessen HPA-Vertragspartner aus, die im Rahmen eines von einem Drittstaat (mit-)finanzierten PtX-Förderfensters ausgewählt werden. Zum einen muss der PtX-Intermediär künftig in Bekanntmachungen zu HPA-Vergabeverfahren je nach Volumen der zu vergebenden HPAs darauf hinweisen, dass Bieter Meldungen oder Erklärungen über den (Nicht-)Erhalt von Drittstaatssubventionen abgeben müssen, die der PtX-Intermediär seinerseits unverzüglich an die Kommission weiterleiten muss.

E.

WTO-rechtliche Würdigung

(128) Finanzielle Beiträge von Entwicklungs- und Schwellenländern zum H2Global-Instrument sind neben dem EU-Beihilfenrecht auch am WTO-Recht zu messen. Die Zulässigkeit von finanziellen Beiträgen zum H2Global-Instrument hängt hierbei insbesondere davon ab, ob sie dem im WTO-Subventionsrecht maßgeblichen Territorialitätsgrundsatz entsprechen, ob es sich womöglich um Exportsubventionen handelt und ob, und wenn ja, in welchem Umfang Entwicklungs- und Schwellenländer sowie internationale Organisationen überhaupt an das WTO-Subventionsrecht gebunden sind.

(129) H2Global hat im Rahmen der WTO-rechtlichen Würdigung von finanziellen Beiträgen zum H2Global-Mechanismus verschiedene Konstellationen bzw. Länderkategorien benannt:

1. Finanzielle Beiträge von Entwicklungs- und Schwellenländern (Brasilien, Kolumbien, Marokko, Tunesien, Mexiko, Südafrika und Namibia),
2. Finanzielle Beiträge von EU-Länder (Deutschland und Spanien),
3. Finanzielle Beiträge von Drittstaaten mit Verbindungen zur EU (Norwegen, Vereinigtes Königreich und Australien),
4. Finanzielle Beiträge von Drittstaaten ohne Verbindungen in die EU (Vereinigte Arabische Emirate und Saudi-Arabien),
5. Finanzielle Beiträge von multilateralen (Finanz-)Institutionen (ADB, IABD, Weltbank),
6. Finanzielle Beiträge der Europäische Union (EU).

(130) Im Folgenden werden zunächst die allgemeinen Rahmenbedingungen des WTO-Rechts (I. bis III.) behandelt. Anschließend wird erörtert, ob finanzielle Beiträge einzelner WTO-Mitglieder sowie internationalen Banken zum H2Global-Instrument mit dem WTO-Recht zu vereinbaren sind. Hierbei ist danach zu differenzieren, ob die fraglichen Beiträge von Deutschland (IV.) der EU (V.), weiteren EU-Mitgliedstaaten wie Spanien (dazu VI.), Drittstaaten mit besonderen Beziehungen zur EU (VII.), weiteren Drittstaaten (VIII.), Entwicklungsländern bzw. *least developed countries* im Sinne des WTO-Rechts (IX.) oder Internationalen (Finanz-)Organisationen (X.) stammen.

I. Allgemeine Rahmenbedingungen des WTO-Rechts

1. Allgemeines

(131) Das WTO-Recht adressiert Subventionen in einer Reihe völkerrechtlicher Verträge, wobei in erster Linie das General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)³⁰ sowie das Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (ÜSCM)³¹ maßgeblich sind.³² Sowohl das GATT als auch das ÜSCM verkörpern sog. multilaterale Abkommen gem. Art. II:2 des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (ÜWTO)³³, d.h. alle Mitglieder der WTO, unabhängig davon, ob es sich um Staaten, autonome Zollgebiete oder Gründungsmitglieder wie die (heutige) EU handelt, sind an diese Abkommen mit dem Beitritt zur WTO gebunden.³⁴ Die Bindung an das GATT reicht hierbei bei einigen (heutigen) WTO-Mitgliedern noch deutlich weiter zurück, weil das GATT 1947 bereits seit dem 01.01.1948 angewendet wird und im Zuge der Gründung der WTO 1994 noch um einige Bestimmungen erweitert wurde (sog. GATT 1994).³⁵

(132) Hieraus folgt, dass Entwicklungs- und Schwellenländer, soweit sie Mitglied der WTO sind, auch an das GATT und das ÜSCM gebunden sind, es sei denn, im Zuge der Beitrittsverhandlungen sind für die jeweiligen Schwellen- und Entwicklungsländer besondere Vereinbarungen getroffen worden (etwa verlängerte Fristen für die Geltung bestimmter Bestimmungen) oder es greifen die allgemeinen Ausnahmen des GATT oder des ÜSCM.

(133) Dagegen ist es unwahrscheinlich, dass sich aus dem Multilateralen Übereinkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (TRIMS)³⁶ oder dem General Agreement on Trade in Services (GATS)³⁷ abweichende rechtliche Verpflichtungen ergeben

³⁰ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm

³¹ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf

³² Eingehend zum WTO-Subventionsrecht etwa *Beniath*, *The WTO Law of Subsidies*, 2019; *Nowak*, in: *Hilf/Oeter*, *WTO-Recht*, 2. Aufl. 2010, S. 316 ff.; *Weiß/Ohler/Bungenberg*, *Welthandelsrecht*, 3. Aufl. 2022, § 15, Rn. 707 ff.; *van den Bosche/Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 5. Aufl. 2022, S. 840 ff.; *Müller*, *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures. A Commentary*, 2017; *Grave*, *Der Begriff der Subvention im WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen*, 2002; *Rydelski*, *EG und WTO Antisubventionsrecht*, 2001.

³³ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf

³⁴ Zu den Folgen der „doppelten Mitgliedschaft“ der EU und ihrer Mitgliedstaaten in der WTO s. eingehend *Weiß/Ohler/Bungenberg*, *Welthandelsrecht*, 3. Aufl. 2022, § 7.

³⁵ https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_e.htm

³⁶ https://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/trims_e.htm

³⁷ https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsintr_e.htm

können. Dies gilt auch für das Umweltvölkerrecht, wie z. B. dem Paris-Übereinkommen.

2. Auslegung des WTO-Rechts

(134) Zu beachten ist, dass das WTO-Recht als völkerrechtliches Vertragsgeflecht nach den allgemeinen Auslegungsregeln des Völkerrechts zu behandeln ist, vgl. auch Art. 3.2. des WTO Dispute Settlement Understanding (DSU).³⁸ Hierbei spielt Art. 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK) eine besondere Rolle. Nach Art. 31 Abs. 1 WVK ist ein völkerrechtlicher Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zwecks auszulegen. Hier wird deutlich, dass dem Wortlaut eines völkerrechtlichen Vertrags eine besondere Bedeutung zukommt, was eine gewisse Zurückhaltung bei einer allzu evolutiven Auslegung solcher Verträge und damit auch des WTO-Subventionsrechts nahelegt.³⁹ Dies spielt z.B. eine Rolle im Rahmen der Frage, ob sog. transnationale Subventionen unter das WTO-Recht fallen oder nicht (dazu Rn. 160 ff.).

3. Entwicklungs- und Schwellenländer im WTO-Recht

a) Allgemeines

(135) Das WTO-Recht kennt keine allgemeingültige Definition des Begriffs „Entwicklungsland“ (*developing country*).⁴⁰ Dies gilt auch für den Begriff „Schwellenland“ (*newly industrialized country*), der im System des WTO-Rechts keine eigenständige Bedeutung hat. Gleichwohl verfügt das WTO-Recht über eine Reihe von speziellen Ausnahmenvorschriften, die zeigen, dass insbesondere Entwicklungsländer innerhalb der WTO über eine gewisse Sonderstellung verfügen, wobei es fast immer Sache der WTO-Mitglieder selbst ist, darüber zu befinden, ob sie den Status „Entwicklungsland“ beanspruchen (Prinzip der Selbstqualifikation).⁴¹

(136) Eine gewisse Differenzierung des WTO-Regimes ist aber zwischen *developing countries* und *last developed countries* zu verzeichnen, wobei es aufgrund des Prinzips der

³⁸ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 29, Rn. 329 ff.

³⁹ Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, 8. Aufl., 2012, S. 379.

⁴⁰ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 20, Rn. 989; van den Bosche/Zdouc, The Law and Policy of the World Trade Organization, 5. Aufl. 2022, S. 121.

⁴¹ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 20, Rn. 989.

Selbstqualifikation auch hier zunächst Aufgabe der WTO-Mitglieder selbst ist, darüber zu entscheiden, welchen Status sie für sich in Anspruch nehmen.

(137) Das WTO-Recht spricht aber zumindest in Art. XVIII:1 GATT von Entwicklungsländern, ohne dass es sich hier um eine abschließende Definition handelt:

„those (Members) the economies of which can only support low standards of living and are in the early stages of development.“⁴²

b) Spezial- und Ausnahmeregelungen für Entwicklungsländer

(138) Der Status „Entwicklungsland“ ist im WTO-Recht aber dann von Bedeutung, wenn das WTO-Recht ausdrücklich Ausnahmen für Entwicklungsländer vorsieht. Dies ist in fast jedem Abkommen unter dem Dach der WTO der Fall.

(139) So enthält das ÜWTO eine allgemeine Bestimmung über sog. *least developed countries*, Art. XI:2 ÜWTO:

The least-developed countries recognized as such by the United Nations will only be required to undertake commitments and concessions to the extent consistent with their individual development, financial and trade needs or their administrative and institutional capabilities.

(140) Die Liste der Vereinten Nationen, die die Länder enthält, die als *least developed* eingestuft werden, enthält aber keines der Länder, die im Folgenden näher zu untersuchen sind (s. Rn. 6 und Rn. 129).⁴³ Sonderregelungen für *least developed countries* sind daher in diesem Gutachten nicht weiter zu berücksichtigen.

(141) Auch im Rahmen der Streitschlichtung (dazu nachfolgend Rn. 143 ff.) gibt es Sonderregelungen für die WTO-Mitglieder, die an den Status „Entwicklungsland“ anknüpfen. So ist etwa den besonderen Interessen von Entwicklungsländern im Rahmen der WTO-Streitschlichtung Rechnung zu trage (Art. 24.1 DSU) und es können die Fristen in den Verfahren für Entwicklungsländer verlängert werden.⁴⁴

⁴² Dazu auch *van den Bosche/Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 5. Aufl. 2022, S. 121.

⁴³ <https://www.un.org/ohrlls/content/list-ldcs>

⁴⁴ *Weiß/Ohler/Bungenberg*, *Welthandelsrecht*, 3. Aufl. 2022, § 9, Rn. 324; *van den Bosche/Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 5. Aufl. 2022, S. 312 ff.

(142) Dies gilt insbesondere auch für das WTO-Subventionsrecht. So kennt das ÜSCM mit Art. 27 eine Bestimmung, die einige Sonderregelungen für Entwicklungsländer enthält, die allerdings z.T. zeitlich befristet sind (dazu Rn. 158). Art. 27 ÜSCM kann heute fast nur noch im Rahmen des Beitritts neuer Mitglieder zur WTO, die zugleich Entwicklungsländer sind, eine Rolle spielen. Diese Sonderregelungen werden im Rahmen der Ausführungen zum WTO-Subventionsrecht ausführlich gewürdigt.

4. Streitschlichtung im Rahmen des WTO-Rechts

(143) Im Gegensatz zum EU-Recht gibt es auf der Ebene der WTO keine zentralisierte Subventionsaufsicht o.ä. Es ist daher zunächst die Aufgabe der WTO-Mitglieder sicherzustellen, dass ihre Praxis den Vorgaben des WTO-Rechts entspricht. Soweit dies aus der Perspektive eines anderen WTO-Mitglieds nicht der Fall ist, besteht die Möglichkeit, ein Streitschlichtungsverfahren einzuleiten. Die maßgeblichen Regeln, die den entsprechenden Verfahren zugrunde liegen, sind im Dispute Settlement Understanding (DSU) niedergelegt, das für alle WTO-Mitglieder verbindlich ist (Art. II ÜWTO).⁴⁵ Hiernach kann insbesondere nach Konsultationen zwischen den WTO-Mitgliedern (Art. 4 DSU) ein Streitschlichtungsverfahren eingeleitet werden, in dem die Einsetzung eines Streitschlichtungspanels beantragt wird (Art. 4.7. 4.3. a.E., 5.3. DSU). Gegen den Bericht eines Panels kann eine Revision beim Appellate Body eingelegt werden.

(144) Zu beachten ist hierbei allerdings, dass der Appellate Body aufgrund einer Blockadehaltung der USA seit Jahren nicht mehr ordnungsgemäß personell besetzt ist und seine Tätigkeit so faktisch lahmgelegt wurde. Zwar ist mit dem sog. Interim Mechanismus (MPIAA)⁴⁶ eine beschränkt effektive Auffanglösung erarbeitet worden, das Rechtsmittelregime des DSU ist gleichwohl sehr geschwächt worden. Dies gilt allerdings nur für das Rechtsmittelregime, nicht für das Panelverfahren. Eine verminderte Bindungswirkung des WTO-Rechts ist hiermit nicht verbunden. Die rechtliche Verpflichtung die WTO-Vorgaben einzuhalten, besteht unabhängig von der Frage, ob es sich (derzeit) effektiv vollziehen bzw. durchsetzen lässt.

⁴⁵ Dazu eingehend *van den Bosche/Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 5. Aufl. 2022, S. 173 ff.

⁴⁶ WTO Multiparty Interim Appeal Arbitration Agreement; s. dazu auch das WTO-Dokument JOB/DSB/1/Add.12.

(145) Zu beachten ist zudem, dass die Mitgliedstaaten der EU keine aktive Rolle im Rahmen der WTO-Streitschlichtungsverfahren spielen, weil die EU aufgrund einer ausschließlichen Kompetenz gem. Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV zuständig ist.⁴⁷

5. Folgen/Sanktionen

(146) Verstöße gegen das WTO-Recht können nicht einseitig mit Wirtschaftssanktionen o.ä. begegnet werden. Vielmehr haben die WTO-Mitglieder die Pflicht gemäß den Entscheidungen der WTO-Streitschlichtungsgremien den Verstoß gegen das WTO-Recht zu beseitigen (Art. 22.1 DSU). Nur wenn dies nicht fristgemäß erfolgt, können nach Maßgabe Art. 22.2 DSU Verhandlungen über Kompensationen erfolgen bzw. kann eine beschwerdeführende Partei eine Aussetzung von Zugeständnissen beantragen.⁴⁸

(147) Hierbei ist zu beachten, dass es im ÜSCM Sonderregelungen für Sanktionen im Falle eines Verstoßes gegen seine Vorgaben gibt.⁴⁹ Insbesondere dürfen nur die eigens im ÜSCM geregelten Maßnahmen getroffen werden.⁵⁰ Das vorliegende Gutachten wird sich aber nicht weiter mit den Folgen von Verstößen gegen das WTO-Subventionsrecht auseinandersetzen, weil es in erster Linie die Vereinbarkeit finanzieller Beiträge zum H2Global-Instrument zum Gegenstand hat.

II. Subventionen im WTO-Recht

1. Allgemeines

(148) Die Vereinbarkeit von Subventionen mit dem WTO-Recht richtet sich in erster Linie nach Art. XVI GATT und dem Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (ÜSCM), das als multilaterales Handelsübereinkommen gem. Art. II:2 ÜWTO (dazu Rn. 131) für alle Mitglieder der WTO verbindlich ist (Annex 1A ÜWTO).

(149) Nach Art. XVI Abs. 1 GATT sind Subventionen grundsätzlich zulässig:

⁴⁷ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 7.

⁴⁸ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 9, Rn. 313 ff.

⁴⁹ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 15, Rn. 712.

⁵⁰ Appellate Body, US – Continental Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, WT/DS194/R, Rn. 8.25 ff.

1. If any contracting party grants or maintains any subsidy, including any form of income or price support, which operates directly or indirectly to increase exports of any product from, or to reduce imports of any product into, its territory, it shall notify the CONTRACTING PARTIES in writing of the extent and nature of the subsidization, of the estimated effect of the subsidization on the quantity of the affected product or products imported into or exported from its territory and of the circumstances making the subsidization necessary. In any case in which it is determined that serious prejudice to the interests of any other contracting party is caused or threatened by any such subsidization, the contracting party granting the subsidy shall, upon request, discuss with the other contracting party or parties concerned, or with the CONTRACTING PARTIES, the possibility of limiting the subsidization.

(150) Art. XVI Abs. 2-5 GATT beschäftigen sich mit problematischen Formen von Subventionen, insbesondere mit Exportbeihilfen, die den WTO-Mitgliedern grundsätzlich nicht gestattet sind. Diese Regelungen gelten nur für WTO-Mitglieder, die sie ausdrücklich für den jeweils betroffenen Wirtschaftssektor akzeptiert haben, was im Einzelfall zu prüfen ist.

(151) Art. XVI GATT enthält allerdings keine Definition von Subventionen im Sinne des WTO-Rechts, insofern ist das ÜSCM maßgeblich (dazu nachfolgend Rn. 152 ff.).⁵¹

2. Subventionsbegriff des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM

(152) Art. 1.1. (a) (1) ÜSCM definiert Subventionen als „*financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (...)*“. An diesen Merkmalen sind finanzielle Beiträge im Rahmen des H2Global-Instruments zu messen (dazu eingehend Rn. 185).

(153) Subventionen fallen allerdings nur in den Anwendungsbereich des ÜSCM, soweit sie „*specific*“ sind (Art. 2 ÜSCM). Soweit die in Frage stehenden Subventionen allerdings „Exportsubventionen“ im Sinne des Art. 3.1 (a) ÜSCM verkörpern (dazu Rn. 155), sind diese gem. Art. 2.3 ÜSCM stets als spezifisch anzusehen.

⁵¹ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl., 2022, § 15, Rn. 716.

(154) Darüber hinaus enthält das ÜSCM einen sog. Ampelansatz, wonach Subventionen grundsätzlich in verbotene Subventionen (Art. 3 ÜSCM) und anfechtbare Subventionen (Art. 5 und 6 ÜSCM) unterteilt werden und eigene Verfahren in Bezug auf die jeweilige Subventionskategorie.⁵²

3. Strenges Verbot von Exportsubventionen

(155) Art. 3.1 (a) ÜSCM enthält ein strenges Verbot für sog. Exportsituationen, also Leistungen, die an die „*export performance*“ anknüpfen:

3.1 Except as provided in the Agreement on Agriculture, the following subsidies, within the meaning of Article 1, shall be prohibited:

(a) subsidies contingent, in law or in fact, whether solely or as one of several other conditions, upon export performance, including those illustrated in Annex I;

(b) subsidies contingent, whether solely or as one of several other conditions, upon the use of domestic over imported goods.

3.2 A Member shall neither grant nor maintain subsidies referred to in paragraph 1.

4. Keine Sonderrolle für Energiesubventionen im WTO-Recht

(156) Mit finanziellen Beiträgen zum H2Global-Instrument sind zahlreiche energiepolitische Fragestellungen verbunden. Das Thema „Energie“ (bzw. rechtliche Fragestellungen zu energiepolitischen Themen) hat zwar lange Zeit keine prominente Rolle im Rahmen des WTO-Rechts gespielt; hier war gar von einem *gentlemen's agreement* die Rede, nach dem „Energie“ kein Thema für das WTO-Recht sei.

(157) Ein solcher Ansatz kann heute aber nicht mehr vertreten werden. Eine allgemeine „energiepolitische Bereichsausnahme“ oder ein informeller „Stand-Still-Mechanismus“ zwischen den WTO-Mitgliedern lässt sich heute nicht mehr beobachten.⁵³

⁵² Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 15, Rn. 711.

⁵³ Buchmüller, Strom aus erneuerbaren Energien und WTO-Recht, 2013, S. 135 ff.; Schorkopf, „Energie“ als Thema des Welthandelsrechts, in: Leible u.a. (Hrsg.), Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, 2007, S. 93 ff.; Terhechte, Energiekartelle im Lichte des WTO-Rechts – zugleich

5. Spezielle Regelungen für Entwicklungsländer

a) Art. 27 ÜSCM

(158) Das WTO-Subventionsrecht enthält in Art. 27 ÜSCM eine Ausnahmeregelung für Entwicklungsländer. Hiernach erkennt die WTO die besondere Rolle an, die Subventionen für diese Länder spielen können, und erlaubt bestimmte Ausnahmen von den allgemeinen Regeln des ÜSCM.⁵⁴ Gem. Art. 27.2 lit. a) ÜSCM sind Art. 1.1 (a) 1 ÜSCM und Art. 3 ÜSCM nicht anwendbar auf Entwicklungsländer (die WTO-Mitglieder sind), die in Annex VII zum ÜSCM aufgeführt werden. Für andere Entwicklungsländer sind dagegen zeitlich befristete Ausnahmen vorgesehen, die indes heute – und in Bezug auf die näher zu beleuchtenden WTO-Mitglieder (Rn. 6 und Rn. 129) keine Rolle mehr spielen.

27.1 Members recognize that subsidies may play an important role in economic development programmes of developing country Members.

27.2 The prohibition of paragraph 1(a) of Article 3 shall not apply to:

(a) developing country Members referred to in Annex VII.

(b) other developing country Members for a period of eight years from the date of entry into force of the WTO Agreement, subject to compliance with the provisions in paragraph 4.

27.3 The prohibition of paragraph 1(b) of Article 3 shall not apply to developing country Members for a period of five years, and shall not apply to least developed country Members for a period of eight years, from the date of entry into force of the WTO Agreement.

(...)

b) Annex VII zum ÜSCM

(159) In Annex VII zum ÜSCM sind zum einen die *least developed countries* nach Maßgabe der Liste der Vereinten Nationen genannt (Annex VII lit. a), dazu Rn. 140) sowie zum anderen eine Reihe von Ländern, bei denen das GNP pro Kopf unter 1,000 US-Dollar liegt (Annex VII lit. b). In dieser Liste werden Marokko und Indien erwähnt. Allerdings liegt das GNP pro Kopf in Marokko seit vielen Jahren über 1,000 US-Dollar (aktuell etwa 3,795 US-Dollar). In Indien liegt das GNP pro Kopf aktuell bei ca. 2,250

ein Beitrag zur Auslegung des Art. XX GATT, in: Ehlers/Schröder/Wolfgang (Hrsg.), Energie und Klimawandel, 2010, S. 61 ff.

⁵⁴ van den Bosche/Zdouc, The Law and Policy of the World Trade Organization, 5. Aufl. 2022, S. 950.

US-Dollar. Insoweit liegt es nahe, dass die Ausnahmen des Art. 27.2 ÜSCM nicht (mehr) greifen.

6. Sonderfall der transnationalen Subventionen

(160) Eine besondere Fallgruppe von Subventionen unter dem WTO-Recht sind schließlich transnationale Subventionen. Schon der Begriff ist bislang nicht eindeutig geklärt (dazu Rn. 161 ff.). Darüber hinaus ist fraglich, ob das WTO-Recht auf transnationale Subventionen überhaupt anwendbar ist, was insbesondere davon abhängt, ob hier ein Territorialitätsbezug notwendig ist (Rn. 170). Es liegt auf der Hand, dass dieses Kriterium für die Beurteilung der Beiträge zum H2Global-Instrument von entscheidender Bedeutung ist, weil es sich hier um Beiträge aus Drittstaaten handelt, die der in Deutschland bzw. der EU ansässigen H2Global bzw. dem PtX-Intermediär gewährt würden.

a) Begriff und Fallgruppen

(161) Transnationale Subventionen (*transnational subsidies* oder *cross-border subsidies*) sind Subventionen einer Regierung oder einer öffentlichen Körperschaft, die an Unternehmen in Drittstaaten geleistet werden.⁵⁵

(162) Auch wenn solche Subventionen bislang häufig als einheitliche Problemlage behandelt werden, zeigen die wenigen offiziellen Dokumente bzw. Entscheidungen, die es zu diesem Thema gibt, dass unterschiedliche Konstellationen unterschieden werden können.⁵⁶

⁵⁵ *Crochet/Gustafsson*, Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law, *World Trade Review* 20 (2021), 343 (343): “a government subsidizes a firm outside of its territory”. S. auch *Benitah*, *The WTO Law of Subsidies*, S. 605: „a subsidy granted to a benefit recipient manufacturing the product at issue outside the country granting government”.

⁵⁶ S. dazu DVO der Kommission (EU) 2020/776 v. 12. Juni 2020, ABl. EU Nr. L 189/1 v. 15.6.2020, Rn. 672: „Die Kommission stellt fest, dass diese Stellungnahmen sich mit der Frage beschäftigen, ob der chinesischen Regierung nach dem Subventionsübereinkommen Subventionen für die Herstellung von Waren im Ausland zur Last gelegt werden können, die in dritte WTO-Mitglieder ausgeführt werden. Nicht behandelt wird jedoch die gesonderte Frage, ob der Regierung des Ausfuhrlandes nach Maßgabe des Subventionsübereinkommens in bestimmten Fällen zur Last gelegt werden kann, dass sie sich aktiv um Subventionen für die dort hergestellten Waren bemüht und Subventionen als solche anerkannt und angenommen hat.“

(163) Es bietet sich daher an, zwischen folgenden Konstellationen zu unterscheiden (die Fallgruppen sind nicht als abschließend zu betrachten, auch weil transnationale Subventionen erst seit kurzer Zeit ein Thema des Welthandelsrechts sind):

1. Ein WTO-Mitglied leistet Subventionen an ein Unternehmen in einem Drittstaat,
2. Ein WTO-Mitglied leistet Subvention an ein Unternehmen in einem Drittstaat, das einen direkten Bezug zu dem leistenden WTO-Mitglied aufweist,
3. Ein WTO-Mitglied bemüht sich aktiv um solche Subventionen durch ein anderes WTO-Mitglied für Unternehmen in seinem Territorium.

(164) Die geplanten finanziellen Beiträge von Drittstaaten zum H2Global-Instrument fallen im Lichte dieser Überlegungen zunächst unter die erste Fallgruppe (die Drittstaaten würden die Beträge direkt an den PtX-Intermediär zahlen). Davon zu unterscheiden ist eine Kofinanzierung der Bundesrepublik Deutschland, da in diesem Fall Deutschland Subventionen an ein in Deutschland ansässiges Unternehmen auszahlen würde. Gensondert zu prüfen ist darüber hinaus, ob durch die beabsichtigte „Reservierung“ von Fenstern für Produkte aus dem die Subvention leistenden Drittstaat eine Art „Rücklauf“ anzunehmen ist, der eine klare Zuordnung der Beiträge der Drittstaaten zur ersten Gruppe womöglich ausschließt.

b) WTO-Recht auf transnationale Subventionen anwendbar?

(165) Festzuhalten ist, dass es bislang keine Entscheidungen der WTO-Streitschlichtungsorgane (Panel-Berichte oder Entscheidungen des Appellate Body) gibt, die die Frage eindeutig klären, ob transnationale Subventionen vom WTO-Recht erfasst werden oder nicht.

(166) Entsprechend erklärte die WTO Expert Group on Trade Financing im Jahre 2004:

*„it is not entirely clear whether or not the (SCM Agreement) applies where the subsidizing entity is not within the territory of the Member whose goods are allegedly being subsidized“.*⁵⁷

⁵⁷ WTO Expert Group Meeting on Trade Financing – Note by the Secretariat, 16 March 2004, WT/GC/W/527, 5.

(167) Auch in der Literatur ist die Frage umstritten, ob transnationale Subventionen unter das WTO-Recht fallen oder nicht.⁵⁸ Hierbei hat sich bislang noch keine klare Linie herausgebildet, die insoweit auch auf eindeutige Positionierungen seitens der WTO-Institutionen angewiesen ist.

(168) Die Beiträge, die auch transnationale Subventionen unter Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM fassen wollen, setzen sich aber in erster Linie mit Subventionszahlungen Chinas an Unternehmen in Drittstaaten bzw. der chinesischen Außenhandelspolitik auseinander. In diesen Kontexten spielen Überlegungen zum Thema „Klimawandel“ oder die Entstehungsgeschichte des GATT häufig keine Rolle. Zudem wird der Wortlaut des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM hier regelmäßig mehr oder weniger ignoriert, was aus der Sicht der völkerrechtlichen Auslegungspraxis problematisch ist (s. Rn. 134).

c) Rechtspraxis in der EU

(169) In der Praxis der EU-Gerichte spielen transnationale Subventionen erst seit kurzer Zeit eine Rolle.⁵⁹ So hat sich das Gericht (EuG) im Jahre 2023 – soweit ersichtlich erstmals – mit transnationalen Subventionen beschäftigen müssen und hierbei auch Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt. Nach Auffassung des Gerichts reicht es für die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM aus, dass eine Subvention einer Regierung im Gebiet eines WTO-Mitglieds geleistet wird, was eine Zurechnung von durch Drittstaaten gewährten Subventionen zumindest nicht pauschal ausschließt. Nach dieser Betrachtung kommt es zunächst nur darauf, an, dass Subventionen durch ein WTO-Mitglied geleistet werden:

100

Daher sind die Bestimmungen der Antisubventionsgrundverordnung entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen so weit wie möglich im Licht der entsprechenden Bestimmungen des Subventionsübereinkommens auszulegen (Urteil vom 10. April 2019, Jindal Saw und Jindal Saw Italia/Kommission, T-300/16, EU:T:2019:235, Rn. 101). Das Gleiche gilt für Art. 3 dieser Verordnung, der den Inhalt von Art. 1 des Subventionsübereinkommens umsetzen soll (Urteil

⁵⁸ Eingehend dazu etwa *Benitah*, *The WTO Law of Subsidies*, 2019, S. 605 ff.; *Crochet/Gustafsson*, *Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law*, *World Trade Review* 20 (2021), 343; *Crochet/Hegde*, *China’s ‘Going Global’ Policy: Transnational Production Subsidies under the WTO SCM Agreement*, *Journal of International Economic Law* 23 (2020), 841; *Nagy*, *Foreign Subsidies, Distortions and Acquisitions: Can the Playing Field be Levelled?*, *Central European Journal of Comparative Law*, 2021, 147; *Weiß*, *The EU’s Strategic Autonomy and Rule of Law: What Future for Accountable Multilateralism in Trade Policy*, *ESIL IG*, Granada 2022

⁵⁹ EuG, Urt. v. 01.03.2023, T-480/20, ECLI:EU:T:2023:90 – Hengshi u.a./Kommission.

vom 10. April 2019, Jindal Saw und Jindal Saw Italia/Kommission, T-300/16, EU:T:2019:235, Rn. 102).

101

Zu Art. 1 Abs. 1 Buchst. a Nr. 1 des Subventionsübereinkommens ist erstens festzustellen, dass darin die Subvention als eine finanzielle Beihilfe einer Regierung oder öffentlichen Körperschaft im Gebiet „eines“ WTO-Mitglieds definiert wird. Diese Formulierung schließt somit nicht die Möglichkeit aus, dass eine von einem Drittland gewährte finanzielle Beihilfe der Regierung im Ursprungs- oder Ausfuhrland zugerechnet werden kann, da es genügt, dass die finanzielle Beihilfe der Regierung oder einer öffentlichen Körperschaft im Gebiet „eines“ WTO-Mitglieds gewährt wird.

102

Zweitens stellen die Art. 13 und 18 des Subventionsübereinkommens, die die Konsultationen bzw. Verpflichtungen betreffen, die vorstehenden Erwägungen nicht in Frage. Der Wortlaut und Zweck dieser Bestimmungen schließen nämlich die Fälle, in denen die finanzielle Beihilfe einem WTO-Mitglied zugerechnet wird, nicht aus, da die Mitglieder, deren Waren Gegenstand einer Untersuchung sein können, zum einen zu den ihnen zuzurechnenden finanziellen Beihilfen konsultiert werden können und zum anderen die ihnen zuzurechnenden Subventionen beschränken können.

103

Nach alledem ist festzustellen, dass es, da die Kommission die Antisubventionsgrundverordnung zutreffend im Licht des Subventionsübereinkommens ausgelegt hat, unerheblich ist, ob sie Art. 11 der ILC-Artikel berücksichtigt hat oder nicht. Folglich ist auch die dritte Rüge des vorliegenden Teils und folglich dieser gesamte Teil zurückzuweisen.⁶⁰

(170) Das Gericht ist also der Auffassung, dass es letztlich keine Rolle spielt, ob eine finanzielle Zuwendung im Territorium eines WTO-Mitglieds oder im Territorium eines anderen WTO-Mitglieds erfolgt. Maßgeblich ist aus dieser Perspektive vielmehr, dass es sich um eine Zahlung eines WTO-Mitglieds handelt, die in seinem eigenen oder in dem Territorium eines anderen WTO-Mitglieds realisiert wird. Ob sich diese Auslegung des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM durchsetzen wird, ist allerdings zu bezweifeln. Es handelt sich hierbei gerade nicht um eine Auslegung durch ein WTO-

⁶⁰ Ebd. Rn. 100-103.

Organ, sondern erstinstanzlich durch das EuG. Der EuGH hat diese neue Rechtsprechungslinie bislang nicht bestätigt. Allerdings wird man diese Positionierung des EuG gleichwohl bei der rechtlichen Analyse von Subventionen schon aus politischen Gründen zu beachten haben.

d) Zwischenergebnis

(171) Insgesamt ist es damit offen, ob transnationale Subventionen überhaupt unter Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM fallen oder ob sie mangels Territorialität nicht an Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM zu messen sind und damit insgesamt nicht unter das WTO-Subventionsrecht fallen, da auch Exportsubventionen gem. Art. 3.1 (a) ÜSCM oder angreifbare Subventionen gem. Art. 5 (a) oder (c) ÜSCM einen *territorial link* voraussetzen.

III. Allgemeine Überlegungen zur Vereinbarkeit des H2Global-Instruments (bzw. finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument) mit dem WTO-Recht

(172) Finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument von Staaten bzw. internationalen Finanzinstitutionen werfen im Kontext des WTO-Subventionsrechts eine Reihe verallgemeinerungsfähiger Fragen auf. Insofern wird im Folgenden der Vereinbarkeit solcher Beiträge mit Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM nachgegangen, um dann die einzelnen Konsellationen näher zu betrachten (IV.-X.).

1. Vorüberlegung: Trennung versus Gesamtschau von finanziellen Beiträgen?

(173) Aus der Perspektive des WTO-Rechts bietet es sich hierbei an, jeweils zwischen den finanziellen staatlichen Beiträgen der Bundesrepublik Deutschland und finanziellen staatlichen Beiträgen von Drittstaaten zu unterscheiden. Insbesondere wenn diese Beiträge letztlich an den PtX-Intermediär fließen, denn der PtX-Intermediär ist kein „Joint Venture“ zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem Drittstaat, sondern ein Tochterunternehmen der H2Global-Stiftung, deren Vermögen von der Industrie aufgebracht wurde. Er ist auch kein Auftragnehmer Deutschlands und/oder des betreffenden Drittstaats.

(174) Die Bundesrepublik Deutschland und der Drittstaat haben weder eine Weisungsbefugnis noch einen positiven Erfüllungsanspruch gegenüber dem PtX-Intermediär. Der PtX-Intermediär ist bloßer Zuwendungsempfänger. Im Falle einer nichtzweckentsprechenden Verwendung drohen „lediglich“ der Widerruf des Zuwendungsbescheids und eine (anteilige) Rückforderung bereits ausgezahlter Fördermittel.

(175) Gegen eine „Gesamtschau“ spricht auch, dass es sich bei H2Global und dem PtX-Intermediär womöglich nicht um „public bodies“ im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM (dazu unten Rn. 185) handelt. Insbesondere der PtX-Intermediär ist auch – im Gegensatz zur H2Global Stiftung – nicht gemeinnützig.

(176) Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das H2Global-Instrument grundsätzlich dazu geeignet ist, dass über ihn eine unbestimmte Zahl von bilateralen Fenstern finanziert wird.

2. Erfüllen finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument die Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM?

a) Anwendungsbereich

aa) Sachlicher Anwendungsbereich des ÜSCM

(177) Die Anwendung des ÜSCM und des GATT setzen einen „Waren- oder Güterbezug“ (*goods* oder *products*) voraus.⁶¹ Hierbei muss insbesondere eine Abgrenzung zwischen landwirtschaftlichen und sonstigen Gütern vorgenommen werden, weil für landwirtschaftliche Güter WTO-Sonderregelungen greifen. Insofern findet das ÜSCM nur Anwendung auf Produkte, auf die das Übereinkommen über die Landwirtschaft (AoA)⁶² nicht anzuwenden ist.⁶³

(178) Angesichts der Wirkungsweise des H2Global-Instruments ist dieser Warenbezug womöglich abzulehnen. Dies gilt nicht nur für H2Global, sondern insbesondere auch für den PtX-Intermediär, der nicht als Erzeuger oder Produzent von Waren auftritt.⁶⁴

(179) Allerdings wird man einen Bezug zur Erzeugung bzw. Verbringung von Waren oder Gütern auch hier nur schwer ablehnen können, zumal das WTO-Recht die Abgrenzung hier in erster Linie zwischen landwirtschaftlichen Gütern und sonstigen Gütern vornimmt, dagegen aber „indirekte“ Konstellationen im ÜSCM nicht weiter thematisiert, sondern einen Warenbezug voraussetzt.

⁶¹ *Beniath*, The WTO Law of Subsidies, 2019, S. 3.

⁶² https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag_01_e.htm

⁶³ *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 15, Rn. 750 ff.

⁶⁴ Dazu *Müller*, WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures. A Commentary, 2017, S. 129.

bb) Zeitlicher Anwendungsbereich des ÜSCM

(180) Das ÜSCM ist zeitlich nur anwendbar, soweit die betreffenden Staaten bereits Mitglied der WTO sind. Insoweit ist ggf. das Beitrittsdatum eines WTO-Mitglieds von entscheidender Bedeutung sowie ggf. Sonderregelungen, wie zB Art. 27 ÜSCM oder spezielle Vereinbarungen, die im Zuge des Beitritts zur WTO in Bezug auf Subventionen getroffen wurden.⁶⁵

(181) Soweit ersichtlich, ergibt sich hinsichtlich der in den Blick genommenen WTO-Mitglieder (Rn. 6 und Rn. 129) aber keine Sonderstellung, sodass der zeitliche Anwendungsbereich des ÜSCM keine Probleme aufwirft.

b) Finanzieller Beitrag

(182) Darüber hinaus müssen finanzielle Mittel zum H2-Global-Mechanismus auch finanzielle Beiträge (*financial contributions*) im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM verkörpern. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM enthält hierbei Regelbeispiele. Hiernach verkörpern folgende Maßnahmen *financial contributions*:

(i) *a government practice involves a direct transfer of funds (e.g. grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (e.g. loan guarantees);*

(ii) *government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g. fiscal incentives such as tax credits)*

(183) Direkte finanzielle Beiträge eines WTO-Mitglieds stellen aus dieser Perspektive eine *financial contribution* dar. Das WTO-Recht geht hier davon aus, dass solche Beiträge verschiedene Formen haben können.⁶⁶ So wurde in einem Streitbeilegungsverfahren 2012 festgestellt:

*„Action involving the conveyance of funds from the government to the recipient...The direct transfer of funds... therefore captures conduct on the part of the government by which money, financial resources, and/or financial claims are available to a recipient“.*⁶⁷

⁶⁵ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 15, Rn. 714.

⁶⁶ van den Bosche/Zdouc, The Law and Policy of the World Trade Organization, 5. Aufl. 2022, S. 847.

⁶⁷ Appellate Body, US – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, WT/DS 35/AB/R, Rn. 616.

(184) Es kommt also zunächst darauf an, dass eine Zahlung fließt, was bei finanziellen Beiträgen an H2Global der Fall ist. Daran ändert sich zunächst auch nichts, weil H2Global oder der PtX-Intermediär nur im Falle eines Zuschlags weiterleiten, also keine automatische Weiterleitung an ein Unternehmen in einem Drittstaat erfolgt.

c) Öffentliche Körperschaft

(185) Nach Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM muss eine Subvention darüber hinaus *“by a government or any public body”* geleistet werden. Diese Begriffe werden in der Praxis der WTO-Streitschlichtungsinstitutionen eng ausgelegt, sodass insbesondere unter den Begriff „public body“ (öffentliche Körperschaft) nur solche Stellen gefasst werden, die auch Regierungsfunktionen erfüllen.⁶⁸

(186) Hieraus folgt, dass die Beiträge, die im Rahmen des H2Global-Instruments von Staaten (Deutschland oder Drittstaaten) an H2Global oder den PtX-Intermediär geleistet werden, nur dann eine Subvention im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM verkörpern, wenn sie von einer „Stelle mit Regierungsfunktion“ stammen. Dies ist etwa bei Staatsfonds oder öffentlichen Unternehmen nicht automatisch der Fall. Insoweit ist zu klären, welche staatlichen „Stellen“ für die konkrete Auszahlung der Beiträge zuständig ist.

(187) Darüber hinaus dürften auch Mittel der EU als Mittel angesehen werden, die von einer öffentlichen Stelle im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM stammen, weil die als Gründungsmitglied der WTO in dieser Hinsicht nicht anders zu behandeln ist wie WTO-Mitglieder mit Staatsqualität.

d) Territorialität

(188) Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM setzt zudem voraus, dass die Subventionen durch eine Regierung oder einer öffentlichen Körperschaft *„within the territory of a Member“* vergeben werden. Dieses Merkmal des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM spielte bislang in der Rechtspraxis schon deshalb keine große Rolle, auch weil man sich lange Zeit schlicht nicht vorstellen konnte, dass ein WTO-Mitglied einem in einem Drittstaat ansässigen Unternehmen

⁶⁸ Appellate Body, US – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, Rn. 310 und 317; Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl., 2022, § 15, Rn. 716.

Subventionen zukommen lässt. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. XVI GATT und des ÜSCM weist in diese Richtung.

(189) Der WTO Analytical Index weist zu diesem Merkmal des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM keine weiteren Informationen auf, woraus geschlossen werden kann, dass es in der Praxis der WTO-Streitschlichtungsinstitutionen bislang keine Rolle zu spielen vermochte.

(190) Angesichts des Wortlauts des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM spricht aber viel dafür, dass Subventionen an Unternehmen in Drittstaaten, also jenseits des eigenen Territoriums, nicht vom WTO-Recht erfasst werden.⁶⁹

(191) Zunächst ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass insbesondere Art. XVI A. 1. GATT, in dessen Lichte das ÜSCM auszulegen ist, ausdrücklich vom eigenen Territorium des WTO-Mitglieds spricht:

If any contracting party grants or maintains any subsidy, including any form of income or price support, which operates directly or indirectly to increase exports of any product from, or to reduce imports of any product into, its territory, it shall notify (...) .

(192) Schließlich haben auch andere WTO-Mitglieder zum Ausdruck gebracht, dass sie die Territorialität in 1.1 (a) (1) ÜSCM als ein wichtiges Merkmal erachten. So hat etwa China im Rahmen einer Antidumpinguntersuchung der EU-Kommission deutlich gemacht, dass

„(...) der Begünstigte im Gebiet des subventionierenden WTO-Mitglieds ansässig sein sollte.“⁷⁰

(193) Es bleibt abzuwarten, ob sich zumindest für die Ebene der EU eine hiervon abweichende Auffassung zum Merkmal der Territorialität durchsetzen wird. Zumindest das EuG hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2023 die Auffassung vertreten, dass es nach Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM lediglich darauf ankomme, dass eine Subvention eines WTO-Mitglieds im Territorium eines WTO-Mitglieds gezahlt werde (dazu Rn. 169). Bislang liegt aber nur dieses Urteil vor, gegen das vor dem EuGH ein Rechtsmittel eingelegt wurde.

⁶⁹ Eingehend dazu *Benitah*, *The WTO Law of Subsidies*, 2019, S. 605 ff.

⁷⁰ DVO der Kommission (EU) 2020/776 v. 12. Juni 2020, ABl. EU Nr. L 189/1 v. 15.6.2020, Rn. 671.

(194) Insgesamt sprechen der Wortlaut des Art. XVI GATT und der Entstehungshintergrund aber dafür, dass Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM nur solche Subventionen erfasst, die an Unternehmen innerhalb des Territoriums eines WTO-Mitglieds geleistet werden. Insoweit spricht viel dafür, dass finanzielle Beiträge von Drittstaaten an die in Deutschland ansässige H2Global bzw. den PtX-Intermediär für auf Erzeuger aus ihrem jeweiligen Land zugeschnittene „Fenster“ im Rahmen des H2Global-Mechanismus mit dem WTO-Recht vereinbar sind. Dies gilt allerdings nicht für Beiträge von deutscher Seite und auch nicht für Beiträge seitens der EU, weil in diesen Fällen das Kriterium der Territorialität jedenfalls erfüllt wird.

e) Vorteil

(195) In einem nächsten Schritt muss der finanzielle Beitrag im Sine des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM auch zu einem Vorteil auf der Seite der Empfänger führen. Dies ist insbesondere bei direkten Geldzahlungen in der Regel unproblematisch der Fall.⁷¹ Allerdings muss dieser Vorteil nicht lediglich abstrakt vorliegen, sondern sich auf der Seite eines Empfängers konkret realisieren. Der reine Abfluss von Geld auf Seiten des *public body* reicht hierzu nicht.⁷² Dieser Ansatz drückt sich auch in Art. 14 ÜSCM (*benefit to the recipient*) aus. Darüber hinaus kommt es hier auf eine ex ante-Perspektive an, d.h. die Frage, ob ein Vorteil gewährt wird, muss im Vorfeld geklärt werden.⁷³ Als Faustformel lässt sich hier festhalten, dass der Empfänger nach Erhalt des finanziellen Beitrags „besser dastehen“ (*better off*) muss als zuvor.⁷⁴

(196) Finanzielle Beiträge zum H2Global-Instrument haben zunächst einen konkreten Empfänger, nämlich H2Global selbst bzw. den PtX-Intermediär. Bei beiden führen die Beiträge aber nicht dazu, dass sie „besser dastehen“, denn das Ziel besteht darin, dass diese Beträge im Wege des Auktionsmodells „durchgeleitet werden“. Der Vorteil realisiert sich bei dem Unternehmen in einem Drittstaat, das den Zuschlag erhält. Allerdings ist fraglich, ob diese Konstruktion aus der Perspektive des WTO-Rechts nicht als eine Art „Durchleitmechanismus“ angesehen wird. Auch ist die Folge dieses Ansatzes, dass zumindest der Drittstaat, in dessen Territorium das letztlich begünstigte

⁷¹ *van den Bosche/Zdouc*, The Law and Policy of the World Trade Organization, 5. Aufl. 2022, S. 860.

⁷² Appellate Body, Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, WT/DS472, Rn. 154.

⁷³ Appellate Body, EC and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, WT/DS316, Rn. 706.

⁷⁴ *van den Bosche/Zdouc*, The Law and Policy of the World Trade Organization, 5. Aufl. 2022, S. 861 m. w. Nachw.

Unternehmen ansässig ist, die Vereinbarkeit des Vorgehens mit dem WTO-Recht sicherstellen muss.

f) Spezifität gem. Art. 2 ÜSCM

(197) Fraglich ist darüber hinaus, ob die finanziellen Beiträge von Drittstaaten bzw. eine deutsche Kofinanzierung „specific“ i.S.v. Art. 2 ÜSCM sind, sie also selektiv bestimmte Unternehmen des die Subvention gewährenden Staates begünstigen. Vgl. Art. 2.1 (b) ÜSCM:

“Where the granting authority, or the legislation pursuant to which the granting authority operates, establishes objective criteria or conditions governing the eligibility for, and the amount of, a subsidy, specificity shall not exist, provided that the eligibility is automatic and that such criteria and conditions are strictly adhered to. The criteria or conditions must be clearly spelled out in law, regulation, or other official document, so as to be capable of verification.”

(198) Die Förderung aus dem H2Global-Instrument erfolgt nach transparenten und objektiven Kriterien, die die betreffenden staatlichen Geldgeber in ihren Zuwendungsbescheiden vorgeben und die in den HPA-Vergabebekanntmachungen veröffentlicht werden. Dies könnte dafür sprechen, dass eine solche „specificity“ vorliegend nicht gegeben ist.

(199) Allerdings ist zu beachten, dass „objektive Kriterien oder Bedingungen“ in diesem Sinne nur horizontal anwendbare Kriterien oder Bedingungen neutraler Art sind (z. B. die Zahl der Beschäftigten oder die Größe der Unternehmen). Demgegenüber knüpfen die HPA-Auktionen auch an sektorale – und damit gerade nicht horizontale – unternehmensbezogene Kriterien an. Dies spricht dafür, dass eine Spezifität des Fördermechanismus vorliegt. Auch die EU-Kommission ist in ihrer beihilfenrechtlichen Genehmigungsentscheidung von einer Selektivität des H2Global-Instruments ausgegangen (dazu eingehend Teil C.).

(200) Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass Art. 2.3 ÜSCM vorsieht, dass dem Verbotstatbestand von Art. 3 ÜSCM unterfallende Exportsubventionen unabhängig von der Erfüllung der Anforderungen des Art. 2.1 ÜSCM immer als „specific“ bzw. selektiv anzusehen sind (s. Rn. 153 ff.).

3. Keine Exportsubventionen

(201) Allerdings dürften die Beiträge im Rahmen des H2Global-Instruments an H2Global bzw. den PtX-Intermediär nicht als „Exportbeihilfen“ im Sinne des Art. 3 ÜSCM ausgestaltet werden, die vorbehaltlich von Sonderregelungen und Ausnahmen WTO-Mitgliedern grundsätzlich nicht gestattet sind.

(202) Als verbotene Subventionen gelten insbesondere solche, die rechtlich oder tatsächlich von der „Ausfuhrleistung“ des Empfängers abhängig sind (Art. 3.1 (a) ÜSCM). Diese Bestimmung setzt Folgendes voraus:

„[T]he complainant will have to demonstrate that the subsidizing state ‘either in law or in fact’ made payment contingent on either exports or the use of the domestic goods. In the jurisprudence of the Appellate Body and the Panels, contingent has been understood to mean ‘conditional or dependent’, ‘tied to’ the export performance.“⁷⁵

(203) Das H2Global-Instrument zielt aber nicht direkt auf die Ausfuhrleistung und stellt auch keine Anforderungen daran, auf welche absoluten Mengen der jeweilige Erzeuger bietet und welchen Anteil diese an seiner Gesamtproduktion ausmachen. Gegenstand jeder HPA-Ausschreibung ist ein bestimmtes finanzielles Abnahmenvolumen (= Preis, den der PtX-Intermediär für die zehnjährige Lieferung des betreffenden PtX-Produkts zahlt). Den Zuschlag erhält das jeweils günstigste Angebot (größte Menge des betreffenden Produkts zum ausgeschriebenen finanziellen Einkaufsvolumen). Der Zuschlag ist weder an eine absolute (Mindest-)Liefermenge pro Produkt noch an einen absoluten Höchstpreis pro Tonne des betreffenden Produkts gebunden. Insofern spricht viel dafür, dass staatliche Beiträge zu dem Instrument schon konzeptionell nicht an eine bestimmte „*export performance*“ geknüpft sind und somit nicht unter Art. 3 ÜSCM fallen.

4. Angreifbare Subventionen

(204) Darüber hinaus kennt das ÜSCM in Art. 5 und 6 eine Reihe von sog. angreifbaren Subventionen. Hierbei handelt es sich nicht um von vornherein verbotene Maßnahmen

⁷⁵ *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis/Hahn*, The World Trade Organization, 3. Aufl. 2015, S. 331.

wie Exportsubventionen im Sinne von Art. 3 ÜSCM, sondern um Subventionen, die im Einzelfall problematisch sein können.

- (205) Eine solche angreifbare Subvention setzt gem. Art. 5 (a) ÜSCM voraus, dass eine Schädigung der Industrie eines WTO-Mitglieds („*injury to the domestic industry of another Member*“) eintreten muss.⁷⁶
- (206) Eine solche Schädigung durch das H2Global-Instrument ist aber nicht ersichtlich, sondern allenfalls die Enttäuschung von Erwartungen weiterer WTO-Mitglieder durch Nichtbeteiligung oder Nichtberücksichtigung am Auktionsmechanismus. Solche Erwartungen werden aber von Art. 5 (a) ÜSCM nicht geschützt (s. dazu auch Art. 15 ÜSCM, wonach diese Schädigung zu beweisen ist).
- (207) Art. 5 (c) ÜSCM setzt dagegen voraus, dass die Interessen anderer WTO-Mitglieder schwerwiegend verletzt werden (s. Art. 6 ÜSCM). Hier geht es also potenziell um die Wirkungen, die das H2Global-Instrument auf andere WTO-Mitglieder haben könnte. Allerdings ist das Instrument nicht auf bestimmte Drittstaaten begrenzt, so dass potenziell alle WTO-Mitglieder, die ein Interesse haben, in Gespräche mit der Bundesrepublik Deutschland über „bilaterale Fenster“ eintreten können.
- (208) Zudem würden die bislang erwogenen „bilateralen Fenster“ nur einen Baustein im Rahmen des deutlich umfassenderen H2Global-Instruments ausmachen. Der weit überwiegende Teil des H2Global-Instruments wird nach heutigem Stand auf Fenster entfallen, die global für alle Drittstaaten geöffnet sind. Überdies greift das Instrument nicht in einen bereits bestehenden Markt ein; vielmehr zielt er darauf, einen Markt erst aufzubauen.

5. Zwischenergebnis

- (209) Insgesamt ist daher festzuhalten, dass viele Argumente dafür sprechen, dass Beiträge zum H2Global-Instrument mit dem WTO-Subventionsrecht vereinbar sein können, auch wenn sie einige Merkmale des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM erfüllen. Sie verkörpern aber weder verbotene Exportsubventionen gem. Art. 3.1 (a) ÜSCM noch angreifbare Subventionen gem. Art. 5 (a) oder (c) ÜSCM. Allerdings muss strikt zwischen den EZ-Ländern, die solche Beiträge leisten, unterschieden werden (dazu IV. ff.). Darüber

⁷⁶ Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis/Hahn, The World Trade Organization, 3. Aufl. 2015, S. 339.

hinaus ist zu empfehlen, bei der Ausgestaltung der jeweiligen Förderfenster die Vorgaben des WTO-Rechts genau zu berücksichtigen.

IV. Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen zum H2Global-Instrument aus der Bundesrepublik Deutschland mit dem WTO-Recht

1. Deutschland als Mitglied der WTO

(210) Die Bundesrepublik Deutschland ist am 08. 07. 1951 dem GATT beigetreten und ist seit dem 01.01.1995 auch Mitglied der WTO. Die Bundesrepublik Deutschland ist insoweit vollumfänglich an das WTO-Recht gebunden.

2. Rolle der Gemeinsamen Handelspolitik (Art. 206 f. AEUV)

(211) Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Bundesrepublik Deutschland zugleich Mitglied der EU ist, die im Bereich der sog. Gemeinsamen Handelspolitik (Art 206 f. AEUV) über eine ausschließliche Kompetenz verfügt (Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV). Insoweit hängt in diesem Zusammenhang auch viel davon ab, wie die EU bestimmte Voraussetzungen des WTO-Rechts auslegt (dazu bereits Rn. 169). Allerdings wurde in Vorgesprächen mit der Europäischen Kommission Einigkeit darüber erzielt, dass keine grundsätzlichen Hindernisse gesehen werden, sondern das H2Global-Instrument als WTO-konform angesehen werden kann. Dies hängt auch damit zusammen, dass insbesondere Zuwendungen der Bundesrepublik Deutschland bzw. von Drittstaaten die Merkmale des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM nicht ohne weiteres erfüllen.

3. Subvention iSd Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM

a) Finanzieller Beitrag

(212) So ist bereits fraglich, ob staatlichen Beiträge der Bundesrepublik Deutschland eine „*financial contribution*“ im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM verkörpern. Eine „*financial contribution*“ im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM setzt einen „*direct transfer of funds*“ oder eine „*forgoing or not collecting government revenue that is otherwise due*“ voraus. Im Kern geht es damit um eine direkte Zahlung oder eine Belastungsverminderung. Der bestehende bzw. künftige Zuwendungsbescheide der Bundesrepublik Deutschland an den PtX-Intermediär sehen aber keinen unmittelbaren Mittelfluss des Bundes an den PtX-Intermediär vor.

(213) Ob und in welchem Umfang der PtX-Intermediär auf der Grundlage der Zuwendungsbescheide während des jeweiligen Bewilligungszeitraums zum Abruf von Mitteln berechtigt ist, hängt maßgeblich vom regulatorischen Rahmen und dem Marktumfeld ab. Es handelt sich um einen von externen Faktoren beeinflussten Preisausgleichsmechanismus und damit jedenfalls nicht um den typischen Fall einer „*financial contribution*“ im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM.

b) H2Global bzw. PtX-Intermediär als öffentliche Körperschaften?

(214) Darüber hinaus handelt es sich bei H2Global bzw. dem PtX-Intermediär womöglich um keine „*public bodies*“ im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM. Die Bundesrepublik Deutschland ist weder an der H2Global bzw. deren PtX-Intermediär beteiligt noch Auftraggeberin der H2Global bzw. von deren PtX-Intermediär. Sie hat weder eine Weisungsbefugnis noch einen positiven Erfüllungsanspruch gegenüber der H2Global bzw. dem PtX-Intermediär. Der PtX-Intermediär ist bloßer Zuwendungsempfänger. Im Falle einer nichtzweckentsprechenden Verwendung drohen „lediglich“ der Widerruf des Zuwendungsbescheids und eine (anteilige) Rückforderung bereits ausgezahlter Fördermittel. Der PtX-Intermediär ist auch nicht gemeinnützig, sodass er auch nicht als „*public body*“ angesehen werden kann.

c) Territorialität

(215) Finanzielle Beiträge der Bundesrepublik Deutschland sind abweichend von Beiträgen von Drittstaaten zu beurteilen, weil für sie der WTO-rechtlich geforderte Territorialitätsbezug im Verhältnis zu H2-Global unproblematisch vorliegt. H2Global und der PtX-Intermediär haben ihren Sitz in Deutschland.

(216) Der PtX-Intermediär wird mit der ihm gewährten Zuwendung selbst aber keine Waren exportieren. Im Gegenteil. Vorbehaltlich einer vertieften Prüfung könnte eine WTO-rechtliche Relevanz der deutschen Beteiligung wohl dadurch ausgeschlossen werden, dass – wie von der Kommission im beihilfenrechtlichen Notifizierungsverfahren geäußert – keine Anforderungen an die Einbindung deutscher Unternehmen in die Erzeugung der Produkte aufgestellt werden.

d) Vorteil

(217) Weiterhin ist auch nicht sicher, dass durch das H2Global-Instrument überhaupt ein „*benefit*“ im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM weitergegeben wird. Das Instrument kann, aber muss nicht dazu führen, dass es zu Ausgleichszahlungen kommt. Damit ist

fraglich, ob bzw. in welchem Umfang sich die begünstigende Wirkung überhaupt materialisiert.

e) Händler als “Empfänger“?

(218) Schließlich ist auch fraglich, ob es sich bei dem PtX-Intermediär als „Händler“ überhaupt um einen tauglichen „*recipient*“ einer Subvention handelt. Der PtX-Intermediär produziert keine Waren und exportiert keine Waren. Diese Frage hängt eng mit der Frage zusammen, ob das ÜSCM (bzw. das GATT) überhaupt auf den Fall anwendbar sind.⁷⁷ Allerdings löst das nicht das Problem, dass auch die EZ-Länder am WTO-Recht zu messen sind. Vielmehr verschiebt eine solche Betrachtungsweise die Problematik letztlich in Richtung der EZ-Länder. Zudem geht es im Rahmen des H2Global-Instruments auch darum, die Produktion bzw. Ausfuhr von Waren zu unterstützen bzw. zu ermöglichen.

f) Spezifität

(219) Schließlich müsste eine Subvention auch hinreichend spezifisch („*specificity*“) gem. Art. 2 ÜSCM sein. Angesichts der Ausgestaltung der Zuschlagskriterien ist aber grundsätzlich von einer Spezifität auszugehen (Rn. 197).

g) Zwischenergebnis

(220) Insgesamt ist damit zweifelhaft, ob Beiträge der Bundesrepublik Deutschland überhaupt Subventionen im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM verkörpern. Letztlich kommt es hier immer auch auf die konkrete Ausgestaltung der Förderung an. Dennoch ist nicht auszuschließen, dass dies im Rahmen eines WTO-Streitschlichtungsverfahrens anders eingeschätzt wird, sodass es auch auf die Frage zu behandeln ist, ob es sich bei Beiträgen zum H2Global-Instrument womöglich um Exportsubventionen gem. Art. 3.1 (a) ÜSCM oder angreifbare Subventionen gem. Art. 5 (a) oder (c) ÜSCM handelt.

4. Keine Exportbeihilfe gem. Art. 3.1 (a) ÜSCM

(221) Beiträge der Bundesrepublik Deutschland verkörpern im Lichte der bereits angesprochenen Merkmale des Art. 3.1 (a) ÜSCM keine Exportbeihilfe. Das H2Global-Instrument zielt nicht direkt auf die Ausfuhrleistung und stellt auch keine Anforderungen daran, auf welche absoluten Mengen der jeweilige Erzeuger bietet und welchen Anteil

⁷⁷ Müller, WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures. A Commentary, 2017, S. 129.

diese an seiner Gesamtproduktion ausmachen. Insofern spricht viel dafür, dass staatliche Beiträge zu dem Instrument schon konzeptionell nicht an eine bestimmte „*export performance*“ geknüpft sind und somit nicht unter Art. 3.1 (a) ÜSCM fallen (s. bereits Rn. 201 ff.).

5. Angreifbare Beihilfe gem. Art. 5 ÜSCM?

(222) Dies gilt auch für die Frage, ob die Beiträge ggf. angreifbare Subventionen gem. Art. 5 ÜSCM verkörpern. Weder ist im Rahmen des H2Global-Instruments eine Schädigung im Sinne des Art. 5 (a) ÜSCM ersichtlich, noch werden Interessen eines WTO-Mitglieds gem. Art. 5(c) ÜSCM schwerwiegend verletzt (dazu bereits Rn. 204 ff.).

6. Ergebnis

(223) Insgesamt können finanzielle Beiträge der Bundesrepublik Deutschland zum H2Global-Instrument grundsätzlich mit dem WTO-Recht vereinbart werden.

V. Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen der EU zum H2Global-Instrument mit dem WTO-Recht

(224) Soweit die EU selbst Beiträge zum H2Global-Mechanismus leisten würde, sind auch diese Leistungen am WTO-Subventionsrecht zu messen. Die EU ist Mitglied der WTO (Rn. 225) und deshalb an das WTO-Recht gebunden (Rn. 226). Fraglich ist allerdings, wie das Merkmal der Territorialität in diesem Fall anzuwenden ist und, soweit dieses Merkmal erfüllt ist, eine angreifbare Subvention gem. Art. 5 f. ÜSCM vorliegt. Aus der Perspektive des WTO-Rechts kommt es hierbei weniger darauf an, welche EU-Institution (zB die EU-Kommission) solche finanziellen Beiträge tatsächlich leisten, sondern dass finanzielle Mittel ausgezahlt werden, die der EU zugerechnet werden können.

1. Die EU als Mitglied der WTO

(225) Die EU ist seit dem 01.01. 1995 Gründungsmitglied der WTO (Art. XI:1 ÜWTO).⁷⁸ Sie hat im Verhältnis zu ihren Mitgliedstaaten eine ausschließliche Kompetenz im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik (Art. 206 f. AEUV), die nach der Rechtsprechung des EuGH weit reicht und gem. Art. 207 Abs. 1 AEUV nach einheitlichen Grundsätzen auszurichten ist.

2. Bindung der EU an das WTO-Recht

(226) Die EU ist gem. Art. 216 Abs. 2 AEUV an das WTO-Recht gebunden, wobei das WTO-Recht im Rang zwischen dem primären und dem sekundären Recht steht.⁷⁹ Die EU ist damit automatisch auch an das ÜSCM gebunden.

3. Subvention gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM

(227) Finanzielle Beiträge der EU selbst fallen zumindest potentiell unter den Subventionsbegriff des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM. Hierbei ist aber womöglich das Merkmal der Territorialität im Kontext der EU anders zu beurteilen als im Falle der Bundesrepublik Deutschland bzw. muss die Begründung anders ansetzen.

a) Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) 1 ÜSCM

(228) Finanzielle Beiträge der EU zum H2Global-Instrument sind in vielerlei Hinsicht ähnlich einzuschätzen wie Beiträge der Bundesrepublik Deutschland. Insofern ist auf die entsprechenden Ausführungen zu verweisen (Rn. 212 ff.)

b) Territorialität

(229) Fraglich ist allerdings, ob finanzielle Beiträge der EU zum H2Global-Instrument auch das Merkmal der Territorialität erfüllen. Während bei Staaten sich dieses Merkmal auf das Territorium (also das Hoheitsgebiet) bezieht (sog. *territorial sovereignty*), ist hier

⁷⁸ “The contracting parties to GATT 1947 as of the date of entry into force of this Agreement, and the European Communities, which accept this Agreement and the Multilateral Trade Agreements and for which Schedules of Concessions and Commitments are annexed to GATT 1994 and for which Schedules of Specific Commitments are annexed to GATS shall become original Members of the WTO”.

⁷⁹ Egehend dazu etwa *Hilpold*, Die EU im GATT/WTO-System 3. Aufl. 2009; *Terhechte*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 216 AEUV, Rn. 20.

bei der EU der räumliche Geltungsbereich der EU-Verträge gemeint, der in Art. 52 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) und Art. 355 AEUV niedergelegt ist. Als Gründungsmitglied der WTO ist die EU an das WTO-Recht gebunden.

(230) Anhand dieser Grundsätze wird deutlich, dass finanzielle Beiträge der EU das Kriterium der Territorialität erfüllen.

4. Keine Exportsubvention oder angreifbare Subvention

(231) Bezüglich der Frage, ob finanzielle Beiträge der EU-Exportsubventionen gem. Art. 3.1 (a) ÜSCM oder angreifbare Subventionen verkörpern, kann ebenfalls auf die Ausführungen zu deutschen Beiträgen verwiesen werden (dazu Rn. 221).

5. Ergebnis

(232) Insgesamt können finanzielle Beiträge der EU zum H2Global-Instrument grundsätzlich mit dem WTO-Recht vereinbart werden.

VI. Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen von EU-Mitgliedstaaten zum H2Global-Instrument mit dem WTO-Recht

(233) Darüber hinaus ist fraglich, ob finanzielle Beiträge von anderen EU-Mitgliedstaaten mit dem WTO-Recht vereinbar sind. Hierbei ist zwischen Deutschland und weiteren Mitgliedstaaten der EU zu unterscheiden, weil zumindest Deutschland das Territorialitätsmerkmal gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM erfüllt. Dies gilt für weitere Mitglieder der WTO, die zugleich ein EU-Mitgliedstaat sind, nicht. H2Global hat in diesem Zusammenhang insbesondere um eine Einschätzung bezüglich möglicher Beiträge Spaniens gebeten. Hierbei ist zu betonen, dass die rechtlichen Maßstäbe für sämtliche Mitgliedstaaten der EU im Grundsatz identisch sind.

1. EU-Mitgliedstaaten als Mitglieder der WTO

(234) Die EU-Mitgliedstaaten sind alle zugleich auch Mitglieder der WTO. Entsprechend ist auch Spanien dem GATT 29.08.1963 beigetreten und seit dem 01.01.1995 Mitglied der WTO.

2. Rolle der Gemeinsamen Handelspolitik (Art. 206 f. AEUV)

(235) Im Rahmen der WTO sind die meisten Zuständigkeiten im Bereich der Handelspolitik der EU zugewiesen. Hier kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Bundesrepublik Deutschland verwiesen werden (Rn. 211).

3. Subvention gem. Art. 1.1 (a) 1 ÜSCM

a) Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) 1 ÜSCM

(236) Finanzielle Beiträge Spaniens zum H2Global-Instrument sind in vielerlei Hinsicht ähnlich einzuschätzen wie Beiträge der Bundesrepublik Deutschland. Insofern ist auf die entsprechenden Ausführungen zu verweisen (Rn. 212 ff.).

b) Fehlende Territorialität

(237) Im Gegensatz zu Beiträgen der Bundesrepublik Deutschland und der EU zum H2Global-Instrument erfüllen finanzielle Beiträge Spaniens allerdings nicht das Kriterium der Territorialität gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM. Es sprechen damit derzeit überwiegende Gründe dafür (eingehend dazu Rn. 160 ff. und Rn. 188), sie schon deshalb nicht als Subventionen im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM anzusehen.

4. Ergebnis

(238) Insgesamt können finanzielle Beiträge Spaniens (bzw. von weiteren EU-Mitgliedstaaten) zum H2Global-Instrument grundsätzlich mit dem WTO-Recht vereinbart werden.

VII. Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen zum H2Global-Instrument aus Drittstaaten mit dem WTO-Recht (Australien, Vereinigtes Königreich, Norwegen, Brasilien)

(239) Beiträge von Drittstaaten im Rahmen des H2-Global-Mechanismus sind ebenfalls am Maßstab des WTO-Rechts zu messen. Dies folgt schon daraus, dass nahezu alle relevanten Handelsnationen Mitglied der WTO sind und entsprechend auch an das WTO-Subventionsrecht gebunden sind. In Bezug auf Drittstaaten ist hierbei zwischen Entwicklungsländern und anderen Drittstaaten zu unterscheiden, weil nur für die Entwicklungsländer ggf. Ausnahmen von der Anwendung des ÜSCM bestehen. Allerdings kann in einem weiteren Schritt zwischen Drittländern mit einer engen Anbindung und

Drittländern mit einer losen Anbindung an die EU unterschieden werden. Im Folgenden werden insbesondere finanzielle Beiträge von Australien, Vereinigtes Königreich, Norwegen und Brasilien untersucht und damit von Staaten, die auf vielfältige Weise mit der EU verbunden sind.

1. Mitgliedschaft in der WTO

a) Australien

(240) Australien ist seit dem 01.01.1948 Mitglied des GATT und dementsprechend auch seit dem 01.01.1995 Mitglied der WTO. Australien ist als souveräner Staat vollumfänglich an das WTO-Recht gebunden. Zwar befinden sich die EU und Australien seit 2018 in Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen, wann diese Verhandlungen allerdings abgeschlossen werden können, ist bislang nicht absehbar.⁸⁰ Insoweit ist offen, ob dieses Abkommen Regelungen über Subventionen enthalten wird.

b) Das Vereinigte Königreich nach dem Brexit

(241) Das Vereinigte Königreich ist seit dem 01.01.1948 Mitglied des GATT und ebenfalls seit dem 01.01.1995 Mitglied der WTO. Zu beachten ist, dass das Vereinigte Königreich bis zum 31.01.2020 zugleich Mitgliedstaat der EU war, seit dem sog. Brexit aber wieder als souveräner Staat in sämtlichen Belangen eigenständig an das WTO-Recht gebunden ist.⁸¹ Die EU ist inzwischen mit dem Vereinigten Königreich über das Handels- und Kooperationsabkommen verbunden, das auch Regelungen über Subventionen enthält.⁸²

(242) Das Vereinigte Königreich hat der WTO am 01.02.2020 mitgeteilt, dass es vollumfänglich den Verpflichtungen aus den entsprechenden WTO-Abkommen nachkommen wird.⁸³ Die Übergangsbestimmungen des Austrittsabkommens, die sich u.a. auch auf die WTO-Verpflichtungen bezogen haben, spielen inzwischen keine Rolle mehr.⁸⁴

⁸⁰ https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/australia/eu-australia-agreement_en

⁸¹ *Terhechte*, Strukturen und Probleme des Brexit-Abkommens, NJW 2020, 425.

⁸² Eingehend dazu *Tax/Terhechte*, Wettbewerb und Beihilfen, in: Kübek/Tams/Terhechte (Hrsg.), Handels- und Kooperationsabkommen EU/VK, 2022, § 21; s. auch *Terhechte*, All's well that ends well? – Das EU/VK-Handels- und Kooperationsabkommen, NJW 2021, 417.

⁸³ Dok. WTO/GC/206.

⁸⁴ Dazu *Terhechte*, Deadend or Pathway to new Relations? – Structure and Problems of the EU-UK Withdrawal Agreement, in: J.-A. Kämmerer/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Brexit and the Law – An Interdisciplinary Study, 2021, S. 92 ff.

Das Vereinigte Königreich ist damit vollumfänglich an das WTO-Recht gebunden und wird in Streitschlichtungsverfahren im Rahmen der WTO nicht mehr von der EU-Kommission vertreten.

c) Norwegen

(243) Norwegen ist seit dem 10.07.1948 Mitglied des GATT und seit dem 01.01.1995 Mitglied der WTO. Norwegen ist darüber hinaus Mitglied des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) und insoweit eng mit der EU verbunden. Im Bereich des Beihilfenrechts resultiert hieraus eine Bindung an Art. 61 ff. EWR-Abkommen und dem Protokoll Nr. 29 zum EWR-Abkommen. Aus diesen Bestimmungen folgt aber zunächst eine Bindung der EWR-Staaten an die entsprechenden Vorgaben des EWR-Abkommens (insbesondere dem allgemeinen Beihilfenverbot gem. Art. 61 EWR-Abkommen). Hinsichtlich des WTO-Rechts ergeben sich indes keine Besonderheiten.

d) Brasilien

(244) Brasilien ist seit dem 30.07. 1947 Mitglied des GATT und seit dem 01.01.1995 Mitglied der WTO. Brasilien gehört zudem zu den Gründungsmitgliedstaaten des Gemeinsamen Südamerikanischen Marktes (MERCOSUR), der 1991 gegründet wurde. Zwischen der EU und dem MERCOSUR wird gegenwärtig an einem Freihandelsabkommen gearbeitet, das auch Subventionen thematisieren soll.⁸⁵ Ein Entwurf des Vertragstexts bzw. einer „prinzipiellen Übereinkunft“ liegt seit 2019 vor. Zudem hat die EU-Kommission Entwürfe für die einzelnen Kapitel des geplanten Abkommens veröffentlicht. Dies gilt auch für das Kapitel über „subsidies“.⁸⁶ Nach Art. X:1 des Entwurfs sollen Beihilfen grundsätzlich erlaubt sein.⁸⁷ Nach Art. X:2 des Entwurfs werden die Vertragsparteien ihre Subventionspolitik insbesondere hinsichtlich der WTO koordinieren (auch hinsichtlich neuer Subventionsregeln im Rahmen der WTO) und verpflichten sich auch zu einem transparenten Vorgehen. Die entsprechenden Regulierungen sollen drei Jahre nach dem Inkrafttreten des Freihandelsabkommens angewendet werden. Derzeit ist aber nicht absehbar, wann dies der Fall sein könnte.

⁸⁵ Zur Vorgeschichte *Bulmer-Thomas*, *The European Union and MERCOSUR: Prospects for a Free Trade Agreement*, *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* 42 (2000), 1.

⁸⁶ <https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/b4b39e9b-7752-43f9-8507-5984c8f80f96/details>

⁸⁷ “The Parties agree that subsidies can be granted by a Party when they are necessary to achieve a public policy objective. The Parties acknowledge, however, that certain subsidies have the potential to distort the proper functioning of markets and undermine the benefits of trade liberalization”.

2. Subvention gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM

a) Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM

(245) Finanzielle Beiträge von Drittstaaten zum H2Global-Instrument sind in vielerlei Hinsicht ähnlich einzuschätzen wie Beiträge der Bundesrepublik Deutschland. Insofern ist auf die entsprechenden Ausführungen zu verweisen (Rn. 212 ff.).

b) Fehlende Territorialität

(246) Im Gegensatz zu Beiträgen der Bundesrepublik Deutschland und der EU zum H2Global-Instrument erfüllen finanzielle Beiträge von Drittstaaten allerdings nicht das Kriterium der Territorialität gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM. Es sprechen damit derzeit überwiegende Gründe dafür (eingehend dazu Rn. 160 ff. und Rn. 180), sie schon deshalb nicht als Subventionen im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM anzusehen.

3. Ergebnis

(247) Insgesamt können finanzielle Beiträge von Drittstaaten (bzw. von weiteren EU-Mitgliedstaaten) mit Verbindungen zur EU zum H2Global-Instrument grundsätzlich mit dem WTO-Recht vereinbart werden.

VIII. Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen von Drittstaaten ohne Verbindungen in die EU (Vereinigte Arabische Emirate und Saudi-Arabien)

(248) Neben WTO-Mitgliedern, die aufgrund (geplanter) Freihandelsabkommen einer besonderen Verbindung zur EU aufweisen, sind auch finanzielle Beiträge von Drittstaaten ohne eine solche Verbindung in den Blick zu nehmen. Hierbei sollen insbesondere die Vereinigten Arabischen Emirate und Saudi-Arabien analysiert werden.

1. Mitgliedschaft in der WTO

a) Vereinigte Arabischen Emirate

(249) Die Vereinigten Arabischen Emirate (VAE) sind dem GATT am 08.03.1994 beigetreten und sind seit dem 10.04.1996 auch Mitglied der WTO.

b) Saudi-Arabien

(250) Saudi-Arabien ist der WTO am 11.12.2005 beigetreten und ist damit auch automatisch an das GATT und das ÜSCM als multilaterale Abkommen im Rahmen der WTO gebunden. Im Rahmen des Beitrittsprozess zur WTO hat Saudi-Arabien zugesichert, bestehende Exportsubventionen bei Agrargütern abzubauen. Darüber hinausgehende Vereinbarungen oder Sonderregelungen sind aber nicht zu verzeichnen.

2. Subvention gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM

a) Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM

(251) Auch finanzielle Beiträge der VAE bzw. Saudi-Arabiens zum H2Global-Instrument sind in vielerlei Hinsicht ähnlich einzuschätzen wie Beiträge der Bundesrepublik Deutschland. Insofern ist auf die entsprechenden Ausführungen zu verweisen.

b) Fehlende Territorialität

(252) Im Gegensatz zu Beiträgen der Bundesrepublik Deutschland und der EU zum H2Global-Instrument erfüllen finanzielle Beiträge der VAE bzw. Saudi-Arabiens allerdings nicht das Kriterium der Territorialität gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM. Es sprechen damit derzeit überwiegende Gründe dafür (eingehend dazu Rn. 160 ff. und Rn. 188), sie schon deshalb nicht als Subventionen im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM anzusehen.

3. Ergebnis

(253) Insgesamt können finanzielle Beiträge der VAE bzw. Saudi-Arabien als Drittstaaten ohne engere Verbindung zur EU zum H2Global-Instrument grundsätzlich mit dem WTO-Recht vereinbart werden.

IX. Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen zum H2Global-Instrument aus Entwicklungsländern mit dem WTO-Recht (Namibia, Südafrika, Indien und Marokko)

(254) Insbesondere sog. *least developed countries* (LDCs) genießen aus der Perspektive des WTO-Rechts mitunter eine besondere Stellung (s. Rn. 138 ff.). Allerdings handelt es sich bei den im Folgenden näher zu untersuchenden Drittstaaten (Namibia, Südafrika,

Indien, Marokko, Kolumbien, Mexiko) nicht um LDCs, sodass zunächst keine besonderen Regelungen greifen.

(255) Allerdings reicht mitunter auch der Status des „Entwicklungslandes“ aus, damit Sonderregelungen greifen, etwa im Rahmen der Streitschlichtung. Auch bei Drittstaaten, die keine enge Verbindung zur EU aufweisen, ist Voraussetzung für eine Bindung an das WTO-Recht zunächst die Mitgliedschaft in der WTO. In einem weiteren Schritt ist dann auf die Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM einzugehen.

1. Mitgliedschaft in der WTO

a) Namibia

(256) Namibia ist dem GATT am 15.09.1992 beigetreten und ist auch seit dem 01.01.1995 Mitglied der WTO.

b) Südafrika

(257) Südafrika ist dem GATT am 13.06.1948 beigetreten und ebenfalls seit 01.01.1995 Mitglieder der WTO. Zwar hat Südafrika im WTO-Kontext wiederholt Sonderregelungen im Rahmen des ÜSCM eingefordert, praktisch umgesetzt werden konnten diese Forderungen bislang aber nicht. Sie bezogen sich beispielsweise auf die Staaten der Entwicklungsgemeinschaft des südlichen Afrika (SADC).⁸⁸

c) Indien

(258) Indien ist dem GATT am 08.07.1948 beigetreten und ebenfalls seit 01.01.1995 Mitglieder der WTO. Indien wird ausdrücklich in Annex VII lit. b) zum ÜSCM genannt. Angesichts der wirtschaftlichen Entwicklung in Indien dürfte aber die in Annex VII lit. b) genannte Voraussetzung, dass das GNP pro Kopf unter 1,000 US-Dollar liegen muss, schon seit vielen Jahren nicht mehr erfüllt sein. Indien ist damit zunächst vollumfänglich an das WTO-Subventionsrecht gebunden.

d) Marokko

(259) Marokko ist dem GATT am 17.06.1987 beigetreten und ist ebenfalls seit dem 01.01.1995 Mitglied der WTO. Marokko wird ebenfalls ausdrücklich in Annex VII lit.

⁸⁸ Communication from South Africa, 01.01.1999, WT/L/317.

b) zum ÜSCM genannt. Angesichts der wirtschaftlichen Entwicklung in Marokko dürfte aber die in Annex VII lit. b) genannte Voraussetzung, dass das GNP pro Kopf unter 1,000 US-Dollar liegen muss, schon seit vielen Jahren nicht mehr erfüllt sein. Marokko ist damit zunächst vollumfänglich an das WTO-Subventionsrecht gebunden.

e) Kolumbien

(260) Kolumbien ist dem GATT am 03.10.1981 beigetreten und ist ebenfalls seit dem 30.04.1995 Mitglied der WTO. Kolumbien hat sich in der Vergangenheit (Anfang der 2000er Jahre) mehrfach auf die Sonderregelungen, die Art. 27 ÜSCM beinhaltet, berufen. Entsprechende Fristen liefen aber bereits zum 17.12.2002 aus.

f) Mexiko

(261) Mexiko ist dem GATT am 24.08.1986 beigetreten und ist ebenfalls seit dem 01.01.1995 Mitglied der WTO. Auch hier sind keine Sonderregelungen ersichtlich.

2. Subvention gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM

a) Voraussetzungen des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM

(262) Finanzielle Beiträge von den o.g. Entwicklungsländern zum H2Global-Instrument sind in vielerlei Hinsicht ähnlich einzuschätzen wie Beiträge der Bundesrepublik Deutschland. Insofern ist auf die entsprechenden Ausführungen zu verweisen (Rn. 212 ff.)

b) Fehlende Territorialität

(263) Im Gegensatz zu Beiträgen der Bundesrepublik Deutschland und der EU zum H2Global-Instrument erfüllen finanzielle Beiträge von Entwicklungsländern allerdings nicht das Kriterium der Territorialität gem. Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM. Es sprechen damit derzeit überwiegende Gründe dafür (eingehend dazu Rn. 160 ff. und Rn. 188), sie schon deshalb nicht als Subventionen im Sinne des Art. 1.1 (a) (1) ÜSCM anzusehen.

c) Keine Sonderregelungen gem. Art. 27 ÜSCM

(264) Zwar kennt das WTO-Subventionsrecht gem. Art. 27 ÜSCM Sonderregelungen für Entwicklungsländer. Diese greifen aber bei den vorliegend in den Blick genommen Ländern nicht (dazu Rn. 158 ff.).

3. Ergebnis

(265) Insgesamt können finanzielle Beiträge von Entwicklungsländern zum H2Global-Instrument grundsätzlich mit dem WTO-Recht vereinbart werden. Besondere Ausnahmen wie Art. 27 ÜSCM finden auf Namibia, Südafrika, Indien, Marokko, Kolumbien und Mexiko keine Anwendung.

X. Vereinbarkeit von finanziellen Beiträgen von Internationale Organisationen zum H2Global-Instrument mit dem WTO-Recht

1. Allgemeines

(266) Internationale Organisationen können mit Ausnahme der EU nur dann Mitglied der WTO werden, wenn sie zugleich ein autonomes Zollgebiet gem. Art. XII:1 ÜWTO verkörpern. Eine Mitgliedschaft anderer internationaler Organisationen sieht das ÜWTO dagegen nicht vor. Das bedeutet allerdings nicht, dass die WTO nichts mit anderen internationalen Organisationen zu tun hat, sondern lediglich, dass diese keinen formellen Mitgliedschaftsstatus mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten erlangen können.⁸⁹ Dieser Status ist auch insofern von Bedeutung, weil das WTO-Recht völkerrechtlich nur unter seinen Vertragsparteien verbindlich sein kann, nicht dagegen für Institutionen, die außerhalb des WTO-Systems stehen. Für Nichtmitglieder entfaltet auch das ÜSCM damit keine Wirkungen.

2. Einzelne Förder- und Finanzinstitutionen

(267) Die WTO-rechtlichen Verpflichtungen binden damit nur Staaten bzw. autonomen Zollgebiete, die das ÜWTO unterzeichnet haben.⁹⁰ Das WTO-Recht folgt mithin einer „staatenzentrierten Sicht“.⁹¹ Insofern ist eine Mitgliedschaft der hier in den Blick zunehmenden internationalen Finanzinstitutionen auch künftig ausgeschlossen. Gleichwohl weisen sie Verbindungen zum WTO-Recht auf.

⁸⁹ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022, § 8, Rn. 161.

⁹⁰ Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, 77. EL 2022, Art. 207 AEUV Rn. 209 f.

⁹¹ Kokott, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 220 AEUV Rn. 26, einzelne Wirtschaftsteilnehmer etwa können nach dem WTO-Recht nur indirekt von der Handelsliberalisierung begünstigt werden.

a) Weltbank (IBRD/IDA)

(268) Die Weltbank als multinationale Entwicklungsbank welche als Weltbankgruppe fünf Organisationen⁹² umfasst, die jeweils eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, ist nach anfangs genannten Grundsätzen nicht an das WTO-Recht gebunden. Jedoch bemüht sich die WTO „[i]m Interesse der kohärenten Gestaltung der weltweiten wirtschaftspolitischen Entscheidungen [...] gegebenenfalls mit dem Internationalen Währungsfonds und mit der Internationalen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung [Weltbank] und den mit ihr verbundenen Institutionen zusammen[zuarbeiten]“.⁹³

(269) Die WTO ist damit zur Zusammenarbeit mit dem IWF und der Weltbank ermächtigt. Dies ergibt sich auch aus dem Abkommen zwischen der International Bank of Reconstruction, der International Development Association und der WTO.⁹⁴

(270) Die Ermächtigung zur Zusammenarbeit mit dem Ziel der Erreichung einer größeren Übereinstimmung in der internationalen Wirtschaftspolitik impliziert zugleich, dass eine direkte Bindung der Weltbank selbst ebenfalls aufgrund eingangs genannter Grundsätze nicht in Betracht kommt.

b) ADB (Asian Development Bank)

(271) Die ADB als multinationale Entwicklungsbank mit Sitz in Manila ist als internationale Organisation – wie die übrigen gegenständlichen Banken – nicht befähigt, Mitglied der WTO zu sein. Auch hiernach ist eine Bindung an das WTO-Recht damit ausgeschlossen. Jedoch ist auch hier, ähnlich der anderen Banken, das „Memorandum of Understanding between the Asian Development Bank and The Secretariat of the World Trade Organization“ zu beachten.⁹⁵

⁹² Internationale Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (International Bank for Reconstruction and Development, IBRD; die Weltbank im engeren Sinn); Internationale Entwicklungsorganisation (International Development Association, IDA); Internationale Finanz-Corporation (International Finance Corporation, IFC); Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA); Internationales Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID).

⁹³ Art. III.5 ÜWTO, s. auch *Bäumler*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), EU-Außenwirtschaftsrecht und Zollrecht, 20. EL 2022, 131a. WTO Rn. 17.

⁹⁴ Agreement between the International Bank for Reconstruction and Development, the International Development Association and the World Trade Organization (Annex II) mit gegenseitiger Rücksichtnahme, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/GC/W43.pdf&Open=True>; dazu auch *Van Grassek*, Relations with other organizations and civil society, World Trade Organization, Chapter 5 S. 151 ff.

⁹⁵ Memorandum of Understanding between ADB and WTO, <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/33447/files/mou-wto.pdf>

c) IDB/IADB (Inter-American Development Bank)

(272) Die IDB als multilaterale Entwicklungsbank in Rechtsform einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Washington, D.C. ist nicht Mitglied der WTO und damit nicht an das WTO-Recht gebunden. Ähnlich den anderen Banken ist auch hier eine Absichtserklärung vorhanden, die Zusammenarbeit zwischen WTO und IDB zu bestärken und zu vertiefen.⁹⁶

3. Zusammenfassung

(273) Nur WTO-Mitglieder sind unmittelbar an das WTO-Recht gebunden. Insoweit scheidet eine Verpflichtung internationaler Organisationen bzw. Finanzinstitutionen aus. Hier bestehen lediglich Absichtserklärungen zur gemeinsamen Zusammenarbeit. Eine rechtliche Verbindlichkeit solcher Erklärungen besteht jedoch regelmäßig nicht.⁹⁷

* * * * *

⁹⁶ WTO/IADB to cooperate on trade-related technical assistance programs for Latin American and Caribbean countries, WTO News: 2002 Press Releases Press/276 27 February 2002, https://www.wto.org/english/news_e/pres02_e/pr276_e.htm

⁹⁷ *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, § 4 Rn. 27 ff.