

Policy Papers on Transnational Economic Law

No. 25

Antisubventionsmaßnahmen gegen China – warum nicht?

Anmerkungen zur Festsetzung von
vorläufigen Ausgleichszöllen der
USA gegenüber Einfuhren von
gestricheltem Papier aus China

Bernhard Kluttig

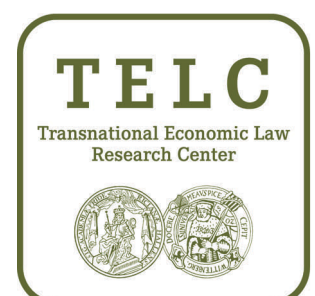
TRANSNATIONAL
ECONOMIC LAW
RESEARCH CENTER

Faculty of Law
Martin-Luther-University
Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
06099 Halle (Saale)
Germany

Tel.: +49 345 / 55 23149
/ 55 23180
Fax: +49 345 / 55 27201

E-Mail: telc@jura.uni-halle.de
www.telc.uni-halle.de

April 2007



Antisubventionsmaßnahmen gegen China – warum nicht? Anmerkungen zur Festsetzung von vorläufigen Ausgleichszöllen der USA gegenüber Einfuhren von gestrichenem Papier aus China

I. Einleitung

Am 30. März 2007 gab das US Department of Commerce (DOC) bekannt, dass es auf die Einfuhr von mit Kaolin oder anderen organischen Stoffen gestrichenem Papier (gestrichenes Papier) aus China Ausgleichszölle als Gegenmaßnahmen wegen des Erhalts von angreifbaren Subventionen erheben werde. Die Entscheidung wurde am 9. April 2007 im Federal Register veröffentlicht und trat damit in Kraft (72 FR 17484, <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan2007/1800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/E7-6498.pdf>). Mit der Entscheidung hat das DOC sich von der seit über 20 Jahre währenden Praxis verabschiedet, auf Nichtmarktwirtschaftsstaaten (Non-market economies – NMEs) keine Antisubventionsmaßnahmen (AS-Maßnahmen) anzuwenden. Die Gründe hierfür waren vor allem die breitgestreuten staatlichen Preis- und Kostenverzerrungen in diesen Volkswirtschaften und die damit verbundenen Schwierigkeiten, spezifische Subventionen zu identifizieren und zu berechnen. Erschwert wurde der Nachweis der Subventionen durch ein häufig nur geringes

Maß an Transparenz in diesen Ländern. Darüber hinaus ist aber auch nach innerstaatlichem Recht zumindest unsicher, ob das DOC überhaupt ermächtigt war, AS-Maßnahmen gegen China zu erlassen. Zwar wird ein derartiges Vorgehen nach bestehendem Recht nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Es existiert aber auch keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung hierzu, so dass teilweise vertreten wird, dass zunächst ein Tätigwerden des Kongresses erforderlich wäre. Folglich wurden bisher die vielfältigen Handelsverzerrungen, die sich durch die staatliche Einflussnahme in NMEs ergeben, durch Antidumpingmaßnahmen (AD-Maßnahmen) adressiert. Die nunmehr erfolgte Wende ist sicherlich auch auf einen steigenden innenpolitischen Druck bedingt durch das stetig wachsende Handelsdefizit mit China zurückzuführen.

Die jetzt verhängten vorläufigen Ausgleichszölle haben eine große weltweite Reaktion in den Medien bewirkt, welche das Meinungsspektrum von der Begrüßung über die Wiederherstellung fairer Handelsbedingungen bis zur Sorge vor wachsendem Protektionismus widerspiegelt. Die parallele Anwendung von AD- und AS-Maßnahmen auf Einfuhren aus NMEs wirft jedoch verschiedene rechtliche Fragen und Probleme auf, die auch für die Handelspolitik der EU von großer Bedeutung sind, hat die EU doch bisher gleichfalls den Ansatz verfolgt, AS-Maßnahmen nicht auf Einfuh-

ren aus NMEs anzuwenden. Dass auch auf EU-Ebene über eine Änderung dieser Politik zumindest nachgedacht wird, zeigt die Frage 12 des am 6. Dezember 2006 veröffentlichten Grünbuches zu den handelspolitischen Schutzinstrumenten (KOM(2006) 763 endg., http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_131502.pdf). Im Folgenden soll – ohne im Detail auf weitere mit dem Verfahren einhergehende Probleme (Nachweise der Subventionen, Spezifität) einzugehen – die Frage der Anwendung von AS-Maßnahmen auf NMEs näher beleuchtet werden.

II. Hintergrund

Der Praxis keine AS-Maßnahmen auf Einfuhren aus NMEs anzuwenden liegen zwei Verfahren aus dem Jahre 1984 sowie ein im Jahre 1986 ergangenes Urteil des Court of Appeal zugrunde. Sowohl in dem Verfahren *Einfuhr von Walzdraht aus Polen und der CSSR* (49 FR 19370) als auch im Verfahren *Einfuhren von Pottasche aus der Sowjetunion und der DDR* (49 FR 23428) kam das DOC zu dem Schluss, dass das Antisubventionsverfahren (AS-Verfahren) für NME-Einfuhren nicht anwendbar sei. Begründet wurde dies damit, dass aufgrund der bestehenden Staatswirtschaft und der Zentralplanung kein Markt zur Verfügung steht, der einen sinnvollen Vergleich zwischen den Marktpreisen und den durch Subventionen verzerrten Preisen zuließe:

“We believe a subsidy (or

bounty or grant) is definitionally any action that distorts or subverts the market process and results in a misallocation of resources. [...] In NMEs resources are not allocated by a market. With varying degrees of control, allocation is achieved by central planning. Without a market, it is obviously meaningless to look for misallocation of resources caused by subsidies. There is no market process to distort or subvert. [...] It is this fundamental distinction – that in an NME system the government does not interfere in the market process but supplants it – that has led us to conclude that subsidies have no meaning outside the context of a market economy” (49 FR 19370, 19374).

Die Antragsteller in beiden Verfahren wandten sich an den United States Court of International Trade (CIT), der die Schlussfolgerung des DOC, dass eine Subvention nur in einer Marktwirtschaft vorliegen könne, als einen „fundamental error“ bezeichnete und die grundsätzliche Anwendbarkeit von AS-Maßnahmen auf NME-Einfuhren bejahte (*Continental Steel Corp. v. United States*, 9 C.I.T. 340, 614 F. Supp. 548, 550 (1985)). In der Berufung vor dem Court of Appeal hingegen wurde die Auffassung des DOC bestätigt (*Georgetown Steel Corp. v. United States*, 801 F.2d

1308 (Fed. Cir. 1986)). Der Court of Appeal begründete seine Auffassung auch mit einem Verweis auf die Änderungen der Handelsgesetze durch den Kongress in der Vergangenheit, aus denen zu schließen sei, dass für die Einfuhren aus NMEs zu ungewöhnlich niedrigen Preisen das AD-Verfahren das entsprechende Instrument zur Herstellung fairer Wettbewerbsbedingungen sei. Die Feststellung des Gerichts, dass wenn das bestehende Antidumping-Recht unzureichend ist „to protect American industry from such foreign competition [...] it is up to Congress to provide any additional remedies it deems appropriate“, lässt den Schluss zu, dass das Gericht der Auffassung war, dass die Anwendung des AS-Verfahrens auf NMEs nicht im Ermessen des DOC stand. Vielmehr fehlte nach Ansicht des Gerichts dem DOC die rechtliche Grundlage für die Einleitung eines Verfahrens, da diese erst noch durch den Gesetzgeber zu schaffen sei.

In Folge dieser Entscheidungen wurden alle weiteren Anträge auf Einleitung von AS-Verfahren in Bezug auf Einfuhren aus NMEs abgelehnt (bspw. *Oscillating and Ceiling Fans from the People's Republic of China*, 57 FR 24018). Nach 1991 wurde kein entsprechender Antrag mehr gestellt. Die nunmehr erfolgte Wende in der Praxis des DOC wird vor allem mit den veränderten wirtschaftlichen Umständen und der Entwicklung Chinas, wenn auch noch nicht zu einer vollständigen, dann jedoch in Richtung einer

Marktwirtschaft begründet. Unklar bleibt aber wegen der Aussage des Court of Appeal in *Georgetown Steel*, ob dies durch eine Änderung der Verwaltungspraxis ermöglicht werden konnte, oder ob hierzu der Gesetzgeber erst eine ausdrückliche rechtliche Grundlage hätte schaffen müssen.

III. Verfahren

Am 31. Oktober 2006 beantragte die NewPage Corporation, ein amerikanischer Papierhersteller, beim DOC die Einleitung eines AS-Verfahrens für Einfuhren von gestrichenem Papier aus China, Indonesien und Südkorea. Das DOC stellte die ausreichende Unterstützung der Industrie fest und leitete die beantragte Untersuchung ein (Notice of Initiation, 27. November 2006, 71 FR 68546). Daraufhin wurden die zwei größten chinesischen Hersteller/Exporteure ausgewählt (Gold East Paper (Jiangsu) Co., Ltd.; Shandong Chenming Paper Holdings Ltd.) und entsprechende Fragebögen an diese Unternehmen sowie an die Regierung Chinas gerichtet. Im weiteren Verlauf wurde am 15. Dezember 2006 durch das DOC die Aufforderung veröffentlicht, Stellungnahmen hinsichtlich der Frage einzureichen, ob AS-Maßnahmen auf Einfuhren aus NMEs angewendet werden sollten (71 FR 75507). Die hierauf ergangenen Einsendungen sind auf der Homepage der International Trade Administration (ITA) veröffentlicht ([---

Page 4](http://ia.ita.doc.gov/download/prc-</p></div><div data-bbox=)

cvd/cmts-011507/prc-cvd-cmts-index.html). Am 29. Dezember 2006 erfolgte die vorläufige Feststellung der International Trade Commission (ITC) über die Schädigung der nationalen Industrie durch die Einfuhr der vermeintlich subventionierten Waren. Im Laufe des weiteren Verfahrens wurden die Fragebögen ausgewertet, Stellungnahmen interessierter Parteien abgegeben, Ergänzungsfragebögen versandt und ausgewertet sowie das Verfahren auf weitere vermeintliche Subventionen ausgedehnt. Auch veröffentlichte die ITA eine Untersuchung zur der Frage, ob die Gründe, die zu der Entscheidung in *Georgetown Steel* führten, heute noch existent sind (Countervailing Duty Investigation of Coated Free Sheet Paper from the People's Republic of China: Whether the analytical elements of the Georgetown Steel holding are applicable to the PRC's present-day economy, 29. März 2007, <http://ia.ita.doc.gov/download/prc-cfsp/CFS%20China.Georgetown%20applicability.pdf>). Am 30. März 2007 schließlich kündigte das DOC die Festsetzung vorläufiger Maßnahmen an, die mit der Veröffentlichung am 9. April 2007 in Kraft trat.

Zuvor war ein Versuch der chinesischen Regierung sowie der beiden chinesischen Papierproduzenten gescheitert, vor dem CIT mit einer einstweiligen Verfügung die Aussetzung der Untersuchung zu erreichen. Die Vereinigten Staaten als Beklagte beantragten den Antrag als

unzulässig abzuweisen. Am 29. März 2007 entschied das Gericht zugunsten der Beklagten und verwarf den Antrag (CIT, Government of the People's Republic of China v. United States, 29. März 2007, 07-50). Nach Auffassung des Gerichts war der Antrag unzulässig, da ein gerichtliches Vorgehen grundsätzlich nur gegen die endgültige Festsetzung der AS-Maßnahme möglich sei und Gründe, die ausnahmsweise einen vorläufigen Rechtsschutz erlauben würden, nicht vorlägen. In der Sache selbst äußerte sich das Gericht lediglich dahingehend, dass das DOC mit der Anwendung von AS-Maßnahmen auf NME-Einfuhren ohne eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung seine Befugnisse nicht offensichtlich überschritten habe. Ob das AS-Verfahren hingegen tatsächlich auf NMEs Anwendung finden kann, beantwortet das Gericht nicht abschließend:

„While a later Court may determine that the statute favours Plaintiffs' interpretation that countervailing duty law does not apply to NMEs, it is not clear at this point that Commerce's initiation of the countervailing duty investigation was 'patently ultra vires'” (Ibid., S. 16).

Gleichzeitig mit dem Antrag auf Einleitung eines AS-Verfahrens beantragte NewPage Corporation im Namen der nationalen Industrie auch die Einleitung eines Antidum-

pingverfahrens (AD-Verfahren) zu Einfuhren des gleichen Produktes aus China, Indonesien und Südkorea, welches am 27. November 2006 eingeleitet wurde (71 FR 68537). In der Bekanntmachung wurde festgestellt, dass China weiterhin als NME zu behandeln sei. AS-Maßnahmen werden in den USA regelmäßig zusammen mit AD-Maßnahmen eingeführt. Derzeit sind zu 30 von 35 AS-Maßnahmen parallele AD-Maßnahmen in Kraft.

IV. Maßnahmen

Als AS-Maßnahmen wurden Ausgleichszölle in Höhe von 10.90 % für Einfuhren der Shandong Chenming Paper Holdings Ltd., 20.35 % für Einfuhren der Gold East Paper (Jiangsu) Co., Ltd. und 18.16 % für alle weiteren Einfuhren aus China festgelegt.

Als angreifbare Subventionen wurden dabei verschiedene staatliche Programme zu Beihilfen, Darlehen und Steuerbefreiungen identifiziert, die zum Teil auch Bestandteil des auf Antrag der USA eingeleiteten WTO-Konsultationsverfahrens zu bestimmten chinesische Subventionen sind (China – Certain Measures Granting Refunds, Reductions or Exemptions from Taxes and Other Payments, Request for Consultations by the United States vom 07. Februar 2007, G/L/813, G/SCM/D74/1, G/TRIMS/D/25, WT/DS358/1). Das DOC stimmte der Auffassung des Antragstellers

jedoch nicht in allen Punkten zu und sah den Nachweis einiger weiterer im Antrag genannter vermeintlicher Subventionen als nicht erbracht an.

Zu den identifizierten Subventionen zählen insbesondere vergünstigte Zinssätze für Darlehen, die von staatlichen Banken gewährt wurden. Dabei erwies sich die Berechnung der Höhe der gewährten Subvention für das DOC als problematisch. Bei Darlehen geschieht dies normalerweise durch einen Vergleich des Betrages, den das begünstigte Unternehmen für das Darlehen zu zahlen hat, mit dem Betrag, den das Unternehmen für ein vergleichbares Darlehen zu zahlen hätte, das es zu Marktbedingungen tatsächlich erhalten könnte (Section 771 (5)(E)(ii) Tariff Act 1930; vgl. auch die gleich lautenden Art. 14 (b) des WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (WTO-SCM) und Art. 6 (b) der VO (EG) 2026/97 (SCM-GVO)). Nach Auffassung des DOC existiere aufgrund des hohen Maßes an staatlicher Einflussnahme im Bankensektor kein funktionierender Markt, so dass Vergleichswerte aus Drittländern herangezogen werden müssten. Die Anwendung des Drittlandsvergleiches entspräche auch der Praxis des DOC. Zur Bestätigung verweist es auf seine Entscheidung in *Softwood Lumber* vom April 2002 (Final Results of the Countervailing Duty Investigation of Certain Softwood Lumber Products from Canada, 76 FR 15545).

Zur Ermittlung eines Vergleichswertes wählte das DOC den Durchschnittswert nationaler Zinssätze von 58 Staaten mit vergleichbarem Bruttoinlandsprodukt aus. Unter WTO-Recht ist die Verwendung von Vergleichswerten aus Drittländern bei Einfuhren aus NMEs im AS-Recht anders als im AD-Recht (Ad Artikel VI GATT) nicht ausdrücklich geregelt. Artikel 15 (2) des Tokyo Round Subsidies Code enthielt noch eine Regelung, wonach es zulässig war, für die Berechnung der Höhe der Subvention Preise aus Drittländern heranzuziehen. Eine vergleichbare Regelung ist im WTO-SCM nicht mehr enthalten. In der Entscheidung zu Softwood Lumber (WTO, United States – Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada, 19. Januar 2004, WT/DS257/AB/R, para. 77 ff.) stellte der Appellate Body im Hinblick auf einen Drittlandsvergleich im Falle des Art. 14 (d) WTO-SCM (Zur-Verfügung-Stellung von Waren oder Dienstleistungen oder der Kauf von Waren durch eine Regierung) fest, dass nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zwingend der Inlandspreis herangezogen werden müsse, wie es der Wortlaut der Vorschrift bestimmt. Vielmehr könne auch ein anderer Vergleichswert herangezogen werden, sofern sich eine Beziehung zum Inlandsmarkt herstellen ließe:

“We find, instead, that an investigating authority may use a benchmark other than

private prices of the goods in question in the country of provision, when it has been established that those private prices are distorted, because of the predominant role of the government in the market as a provider of the same or similar goods. When an investigating authority resorts, in such a situation, to a benchmark other than private prices in the country of provision, the benchmark chosen must, nevertheless, relate or refer to, or be connected with, the prevailing market conditions in that country, and must reflect price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase or sale, as required by Article 14(d)” (Ibid., para. 103).

Hinsichtlich der Art der alternativen Vergleichswerte nannte der Appellate Body als mögliche Beispiele Weltmarktpreise und konstruierte Preise auf Basis der Produktionskosten, ohne jedoch deren WTO-rechtliche Zulässigkeit abschließend bewerten zu wollen. Inwiefern die Schlussfolgerungen des Appellate Body sich auch auf den Fall des Art. 14 (b) WTO-SCM bei der Gewährung von Darlehen und die vom DOC angewendete Methode übertragen lassen, kann daher nicht definitiv beurteilt werden.

Für den Fall der Einfuhren aus China jedoch besteht eine Sonderregelung in Art. 15 (b) des Beitrittsprotokolls (WTO, Accession of the People's Republic of China, 23. November 2001, WT/L/432) Danach ist es ausnahmsweise möglich externe Vergleichswerte heranzuziehen:

“In proceedings under Parts II, III and V of the SCM Agreement, when addressing subsidies described in Articles 14(a), 14(b), 14(c) and 14(d), relevant provisions of the SCM Agreement shall apply; however, if there are special difficulties in that application, the importing WTO Member may then use methodologies for identifying and measuring the subsidy benefit which take into account the possibility that prevailing terms and conditions in China may not always be available as appropriate benchmarks. In applying such methodologies, where practicable, the importing WTO Member should adjust such prevailing terms and conditions before considering the use of terms and conditions prevailing outside China.”

Insoweit ist der vom DOC durchgeführte Ansatz grundsätzlich WTO-rechtmäßig. Allerdings stellt sich die Frage, ob die hier vorgenommene konkrete Methode (Vergleich mit dem Durchschnittszinssatz von 58

Staaten) den Anforderungen entsprechen kann, da beispielsweise an einer ausreichenden Verbindung bzw. Vergleichbarkeit mit der Situation in China gezweifelt werden darf. Möglicherweise wäre hier der Rückgriff auf Zinssätze aus Hong Kong geeigneter, da sich insofern eine Verbindung leicht begründen ließe.

Des Weiteren werden als angreifbare Subventionen bestimmte Steuervergünstigungen aufgeführt, wie bspw. Einkommenssteuervergünstigungen nach dem Foreign Invested Enterprise and Foreign Enterprise Income Tax Law, sowie diverse Mehrwertsteuer- und Zollbefreiungen. Schwierig könnte sich dabei insbesondere die Beurteilung der Spezifität gestalten, so z.B. im Fall der ebenfalls gerügten Mehrwertsteuer- und Zollbefreiung für ausländische Unternehmen (Foreign Invested Enterprises) und diverse inländische Unternehmen auf bestimmte eingeführte Ausrüstungsgegenstände. Gem. Art. 1.2 WTO-SCM können AS-Maßnahmen nur gegen Subventionen ergriffen werden, die spezifisch sind. Nach Auffassung des DOC genügt die Einbeziehung der berechtigten inländischen Unternehmen nicht, um die Zuwendung als nicht-spezifisch zu qualifizieren. Wann eine Subvention spezifisch ist, wird durch Art. 2 WTO-SCM näher bestimmt. Danach liegt Spezifität vor, wenn die Subvention sich ausdrücklich auf bestimmte Unternehmen bezieht. Nicht spezifisch hingegen sind Sub-

ventionen, die aufgrund objektiver Kriterien und Bedingungen vergeben werden und auf die bei Einhaltung dieser Bedingungen ein automatischer Anspruch besteht. Daneben existiert allerdings noch die Fallgruppe der sog. *de facto* Spezifität. In dieser Gruppe werden Subventionen erfasst, deren Vergabe zwar nach objektiven Kriterien erfolgt. Die Ausgestaltung der Kriterien geschieht jedoch in der Form, dass beispielsweise nur eine begrenzte Anzahl von Unternehmen diese zu erfüllen vermag, die Vergabe also *de facto* spezifisch erfolgt. Die Entscheidung über die Spezifität von Subventionen ist abhängig von den Umständen jedes einzelnen Falles zu treffen. Die Vereinbarkeit von bestimmten Zuwendungen mit den diesbezüglichen Vorgaben lässt sich daher nur schwer für abstrakte Fallgruppen vorhersagen. Dies gilt nicht nur für das o.g. Beispiel, sondern auch für weitere in diesem Verfahren angeführte Subventionen, deren Spezifitätsnachweis zumindest problematisch erscheint.

Einfacher hingegen ist die Beurteilung der Spezifität hinsichtlich der ebenfalls gerügten Mehrwertsteuervergünstigung für den Kauf bestimmter inländisch produzierter Waren. Bei diesen handelt es sich nach Auffassung des DOC um eine finanzielle Zuwendung, deren Spezifität in der Bevorzugung heimischer gegenüber eingeführten Waren besteht. Dieser Einschätzung ist zuzustimmen, da Subventionen, die davon abhängig sind, dass einheimi-

sche Waren Vorrang vor eingeführten Waren erhalten, gem. Art. 3.1 (b) WTO-SCM verboten sind und verbotene Subventionen gem. Art. 2.3 WTO-SCM immer als spezifisch gelten.

V. Probleme der Anwendung von AS-Maßnahmen auf NMEs

Vor der Einleitung des AS-Verfahrens durch das DOC ergaben sich drei Handlungsmöglichkeiten, AS-Recht auch auf Einfuhren aus NMEs anzuwenden, auf die das United States Government Accountability Office (GAO) in einem Bericht für diverse Ausschüsse des Kongresses bereits im Juni 2005 hingewiesen hat (U.S.-China Trade – Commerce Faces Practical and Legal Challenges in Applying Countervailing Duties, GAO-05-474).

Die einfachste Möglichkeit wäre sicherlich gewesen, den Status Chinas vom NME zur Marktwirtschaft zu ändern, um dann AS-Verfahren auch gegenüber China durchführen zu können. Verschiedene Staaten, beispielsweise Brasilien, Argentinien, Russland, Neuseeland, Australien und die ASEAN-Länder, haben häufig als Gegenleistung für den Abschluss eines Handelsabkommens China bereits Marktwirtschaftsstatus (market-economy-status – MES) eingeräumt. Section 771 (18) Tariff Act 1930 enthält sechs Kriterien, die für die Beurteilung des MES zu berücksichtigen sind. Im Zuge des AD-Verfahrens *Lined Paper* hatte ein

Beteiligter unterstützt durch die chinesische Regierung die Überprüfung des MES beantragt. Das DOC kam in zwei hierzu veröffentlichten Berichten zu dem Schluss, dass China sich zwar auf dem Weg zu einer Marktwirtschaft befinde und auch nicht mehr mit den ursprünglichen staatlich gelenkten Volkswirtschaften im Stile der früheren Sowjetunion zu vergleichen sei. Dennoch bestünde noch ein großer staatlicher Einfluss auf allen Ebenen der Wirtschaft, so dass China weiterhin als NME zu behandeln sei (ITA, Anti-dumping Duty Investigation of Certain Lined Paper Products from the People's Republic of China ("China") – China's status as a non-market economy ("NME"), Memorandum vom 30. August 2006; ITA, The People's Republic of China (PRC) Status as a Non-Market Economy (NME), Memorandum vom 15. Mai 2006). Entsprechend wird auch in dem parallel zu dem AS-Verfahren stattfindenden AD-Verfahren zu Einfuhren von gestrichenem Papier China weiterhin als NME behandelt. Wann die USA China's MES anerkennen ist nicht absehbar. Auch würde die Anerkennung lediglich die innerstaatlichen Bedenken über die Möglichkeit der Anwendung von AS-Recht auf NMEs beseitigen, nicht jedoch die nach wie vor bestehenden Probleme hinsichtlich der Identifizierung, des Nachweises und der Berechnung von Subventionen.

Als zweite Handlungsmöglichkeit kam die marktwirtschaftliche Be-

handlung (market economy treatment – MET) einzelner Unternehmen bei grundsätzlicher Beibehaltung der grundsätzlichen Behandlung Chinas als NME in Betracht. Eine unternehmensindividuelle Gewährung von MET wurde beispielsweise in dem Verfahren *Oscillating and Ceiling Fans* in Erwägung gezogen (Oscillating and Ceiling Fans from the People's Republic of China, 57 FR 24018). Das DOC wendete dabei einen Test von drei Kriterien an:

„To determine whether a sector of an NME is market-oriented, the Department applies the following three-part test:

- For merchandise under investigation, there must be virtually no government involvement in setting prices or amounts to be produced. For example, state-required production or allocation of production of the merchandise, whether for export or domestic consumption in the NME country, would be an almost insuperable barrier to finding a market-oriented industry.
- The industry producing the merchandise under investigation should be characterized by private or collective ownership. There may be state-owned enterprises in the industry, but substantial state ownership would weigh heavily against finding a market-oriented industry.
- Market-determined prices must be paid for all significant

inputs, whether material or non-material (e.g., labor and overhead), and for an all-but-insignificant proportion of all the inputs accounting for the total value of the merchandise under investigation. For example, an input price will not be considered market-determined if the producers of the merchandise under investigation pay a state-set price for the input or if the input is supplied to the producers at government direction. Moreover, if there is any state-required production in the industry producing the input, the share of state-required production must be insignificant.

[...] If all of these conditions are not met, the producers of the merchandise under investigation will be treated as NME producers and the CVD law will not apply” (Ibid., 57 FR 24018).

Nach Auffassung des DOC erfüllte die chinesische Ventilator-Industrie jedenfalls nicht das dritte Kriterium, so dass weitere Kriterien nicht zu prüfen waren und AS-Maßnahmen wegen fehlender marktwirtschaftlicher Ausrichtung der Unternehmen nicht eingeleitet werden konnten.

Die genannten Kriterien entsprechen dem sog. „Market oriented industry test” im AD-Verfahren. Diesen wendet das DOC an, um zu ermitteln, ob es wegen der marktwirtschaftlichen Ausrichtung eines Industriezweiges von der gem. Section

773(c)(1) Tariff Act 1930 eröffneten Möglichkeit Gebrauch machen soll, in einem AD-Verfahren gegen ein NME den Normalwert nach der Standardmethode gem. Section 773 (a) Tariff Act 1930 zu berechnen. Problematisch in diesem Zusammenhang ist, dass wenn in einem AD-Verfahren das DOC in einem ersten Schritt einem Industriezweig die marktwirtschaftliche Orientierung zugesteht – also gerade keine staatliche Einflussnahme nach den drei Kriterien annimmt – und somit erst die Möglichkeit schafft, ein AS-Verfahren einzuleiten, es in einem zweiten Schritt innerhalb des eingeleiteten AS-Verfahrens gerade die staatliche Einflussnahme in Form der Gewährung von verbotenen oder angreifbaren Subventionsleistungen an den betroffenen Industriezweig festzustellen versucht, um dieser mit der Festsetzung von Ausgleichszöllen zu begegnen. Die Verneinung der staatlichen Einflussnahme im AD-Verfahren und die nachfolgende Bejahung staatlicher Einflussnahme im AS-Verfahren wirken hierbei widersprüchlich. Das wäre nur zu vermeiden, indem die Untersuchung über Subventionen im Bereich des „Market oriented industry test“ zurückgestellt wird bzw. indem im Rahmen des Tests kein dem AS-Recht entsprechender Subventionsbegriff zugrunde gelegt wird. Da bisher jedoch in noch keinem AD-Verfahren einem Unternehmen MET gewährt wurde, hat sich diese Frage in der Praxis noch nicht gestellt.

Aufgrund der restriktiven Handhabung der Gewährung von MET wäre diese zweite Handlungsmöglichkeit zur Begründung einer parallelen Anwendung von AS- und AD-Verfahren – abgesehen von den eben geschilderten Bedenken – auch wenig sinnvoll.

Als dritte Handlungsmöglichkeit kam die Anwendung des AS-Verfahrens auf NMEs durch Änderung der bisher vertretenen Auffassung des DOC (*Georgetown Steel*) in Betracht. Von dieser Möglichkeit hat das DOC nunmehr Gebrauch gemacht, wobei die Frage der Zulässigkeit nach innerstaatlichem Recht mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage noch nicht abschließend geklärt ist (s.o.). Dass es sich dabei aber um ein rein temporäres Problem handeln könnte, zeigen die bereits mehrfach in den Kongress eingebrachten Gesetzesvorschläge, zuletzt der sog. „Nonmarket Economy Trade Remedy Act of 2007“ (To amend title VII of the Tariff Act of 1930 to provide that the provisions relating to countervailing duties apply to nonmarket economy countries, and for other purposes (Introduced in House), 28. Februar 2007, HR 1229 IH).

Hinsichtlich der Probleme der Identifizierung und der Berechnung der Subventionen sind insbesondere gegenüber China die Sonderregelungen des Beitrittsprotokolls zu beachten. Neben der bereits erwähnten Möglichkeit, zur Berechnung der Höhe der Subvention auf Informa-

tionen aus Drittländern zurückzugreifen (Art. 15 (b) des Beitrittsprotokolls), ist hier insbesondere noch auf Art. 10.2 des Beitrittsprotokolls zu verweisen. Danach entfällt der oftmals schwierig zu führende Nachweis der Spezifität der Subvention, sofern in einem Fall staatliche Unternehmen die Hauptempfänger der Subventionen sind:

“For purposes of applying Articles 1.2 and 2 of the SCM Agreement, subsidies provided to state-owned enterprises will be viewed as specific if, inter alia, state-owned enterprises are the predominant recipients of such subsidies or state-owned enterprises receive disproportionately large amounts of such subsidies.”

VI. Parallele Situation im EU-Recht

Im Außenwirtschaftsrecht der EU stellt sich die Situation als vergleichbar dar. Auch nach der SCM-GVO ist die Anwendung von AS-Maßnahmen auf NMEs nicht ausgeschlossen, bisher wurde jedoch von dieser Möglichkeit noch kein Gebrauch gemacht. Allerdings zeigt – wie bereits erwähnt – das Grünbuch der Kommission zu den handelspolitischen Schutzinstrumenten, dass eine Änderung dieser Praxis zumindest in Erwägung gezogen wird. Im Unterschied zu AD-Verfahren in den USA ist jedoch Unternehmen aus NMEs in AD-Verfahren der EU gem. Art. 2 (7)

(c) VO (EG) 384/96 (AD-GVO) MET gewährt worden, so dass sich für den Fall der parallelen Anwendung von AD- und AS-Maßnahmen und der Gewährung von MET im AD-Verfahren die bereits geschilderten Schwierigkeiten und Widersprüche in Bezug auf die Bewertung staatlicher Einflussnahme ergeben könnten.

Das erste zu prüfende Kriterium für die Gewährung von MET stellt auf die staatliche Einflussnahme hinsichtlich der Unternehmensentscheidungen und Kosten ab: „Die Unternehmen treffen ihre Entscheidungen über die Preise, Kosten und Inputs, einschließlich beispielsweise der Rohstoffe, der Kosten von Technologie und Arbeitskräften, Produktion, Verkäufen und Investitionen auf der Grundlage von Marktsignalen, die Angebot und Nachfrage widerspiegeln, und ohne nennenswerte diesbezügliche Staatseingriffe; dabei müssen die Kosten der wichtigsten Inputs im wesentlichen auf Marktwerten beruhen“ (Art. 2 (7) (c) AD-GVO). In diesem Zusammenhang ist die staatliche Einflussnahme durch die Gewährung von Subventionen eigentlich zu berücksichtigen. Insofern stellt sich die Frage, wie dem Widerspruch zwischen der Verneinung staatlichen Einflusses im Rahmen des AD-Verfahrens einerseits und der Bejahung des staatlichen Einflusses im Rahmen des AS-Verfahrens andererseits zu begegnen ist. Dieser Widerspruch wird nur dann zu lösen sein, wenn man bei

der Prüfung der Gewährung von MET entweder die Subventionierung zu einem gewissen Maße ausblendet oder zumindest nicht von einem dem AS-Recht zugrunde liegenden Subventionsbegriff ausgeht. Der Erhalt von Subventionen sollte daher nicht das entscheidende Kriterium für die Gewährung von MET sein. Schließlich richteten sich AS-Verfahren bisher immer gegen Länder, die als Marktwirtschaftsstaaten anerkannt worden sind. Dabei bedeutet der Erhalt einer staatlichen Zuwendung für die betroffenen Unternehmen nicht zugleich, dass man ihnen marktwirtschaftliches Handeln und Wirtschaften hätte absprechen müssen. Unter Berücksichtigung dieser Erwägung spricht daher nichts gegen die parallele Anwendung von AD- und AS-Maßnahmen bei Gewährung von MET im AD-Verfahren.

VII. Schlussbemerkungen

Sind vorliegend die Möglichkeiten der Eröffnung eines AS-Verfahrens gegen Einfuhren aus NMEs und die damit verbundenen Schwierigkeiten dargestellt worden, stellt sich weiterhin die Frage, worin der Vorteil einer parallelen Anwendung des AS-Rechts besteht. Zunächst ist diesbezüglich zu vermuten, dass wenn das AS-Verfahren nur bei im Rahmen des AD-Verfahrens erfolgter gleichzeitiger Gewährung von MET für den betroffenen Industriezweig eingeleitet wird, die Gesamtsumme aus Ausgleichs- und AD-Zoll nicht höher ist, als ein andernfalls ermittelter

alleiniger AD-Zoll. Dies liegt vor allem darin begründet, dass es bei Gewährung von MET zu einer für den betroffenen Ausführer günstigeren Berechnungsmethode des Normalwertes kommt und damit im Regelfall auch zu einer geringeren Dumpingspanne. Ein kürzlich veröffentlichter Bericht des schwedischen National Board of Trade, in dem u.a. AD-Verfahren der EU gegen NMEs seit 2001 analysiert wurden, ergab für die untersuchten Fälle, dass der durchschnittliche AD-Zoll für Unternehmen, denen MET gewährt wurde, 11 % und für Unternehmen, denen MET nicht gewährt wurde, 38 % betrug (Swedish National Board of Trade, *The EU Treatment of Non-Market Economy Countries in Antidumping Proceedings*, 05.05.2006, S. 26 f).

Ein weiterer Grund für einen anzunehmenden geringeren AD-Zoll ergibt sich aus dem Verbot der doppelten Berücksichtigung. So bestimmt Art. VI:5 GATT, dass eine Ware bei der Einfuhr nicht zugleich AD- und Ausgleichszöllen unterworfen werden darf, um ein und demselben Zustand zu begegnen, der sich entweder aus einem Dumping oder einer Ausfuhrsubventionierung ergibt (korrespondierend hierzu Art. 14 (1) AD-GVO und Art. 24 (1) SCM-GVO). Ob sich im Ergebnis durch die parallele Anwendung von AD- und AS-Maßnahmen ein insgesamt höheres Schutzniveau für die nationalen Industrien vor unfairen Handelspraktiken ergibt, muss daher bezweifelt

werden.

Für die Anwendung von AS-Verfahren auf Einfuhren aus NMEs bei Vorliegen angreifbarer Subventionen spricht aber vor allem die Ratio der jeweiligen Schutzinstrumente. Sowohl Art. 32.1 WTO-SCM als auch Art. 18.1 des WTO-Antidumpingübereinkommens (WTO-ADÜ) deuten auf eine Exklusivität der Verfahren in dem Sinne hin, dass Ausgleichszölle nur gegenüber handelsverzerrenden Subventionen und AD-Zölle nur gegenüber Dumping eingesetzt werden können. Dafür spricht auch ein Vergleich mit Art. 15 (1) des Tokyo Round Subsidies Code. Danach war es den Vertragsparteien freigestellt, zur Abwehr schädigender Einfuhren aus NMEs alternativ ein AD- oder ein AS-Verfahren einzuleiten. Eine entsprechende Vorschrift ist weder im WTO-SCM noch im WTO-ADÜ enthalten. Auch lässt sich aus dem genannten Verbot der doppelten Berücksichtigung des Art. VI:5 GATT nicht im Umkehrschluss herleiten, dass eine Behandlung von Subventionssachverhalten unter AD-Recht zulässig sei, sofern dieser konkrete Subventionssachverhalt nicht zusätzlich noch Gegenstand eines anderen Verfahrens ist. Zum einen ist dieser Umkehrschluss nicht zwingend, d.h. die Vorschrift wird nicht ihres Sinnes beraubt, wenn man diesen Umkehrschluss nicht zulässt; zum anderen ist die Vorschrift im Lichte der Regeln des WTO-SCM und des WTO-ADÜ, insbesondere den o.g. für eine Ex-

klusivität sprechenden Artikeln, zu interpretieren. Die zuständigen Behörden sind daher angehalten, die Schutzinstrumente entsprechend ihrem Sinn und Zweck einzusetzen, so dass im Falle des gleichzeitigen Vorliegens von Dumping und der Gewährung von angreifbaren Subventionen parallele Verfahren durchgeführt werden sollten.

Abschließend sei für die Diskussion über die Gewährung von MES bzw. MET und die Möglichkeit der Einleitung von Verfahren gegen NMEs auf das Beispiel Kanadas hingewiesen. Kanadas Behörden scheinen sich bei der Anwendung ihres AS-Rechts nicht mit dem leidlichen Problem der Unterscheidung zwischen Marktwirtschaftsstaaten und NMEs zu belasten. Entsprechend war Kanada bisher auch das einzige Land, das zwei AS-Maßnahmen gegen China festgesetzt hat.

Rechtsanwalt Bernhard Kluttig, LL.M. oec.int., ist Projektleiter des Forschungsprojekts „Handelspolitische Schutzinstrumente“ an der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht (TELC) (Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M.) der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.