

Foreign Subsidies Regulation: Unternehmenszusammenschlüsse und Vergabeverfahren unter Beteiligung aus Nicht-EU-Staaten subventionierter Marktteilnehmer

VERORDNUNG ÜBER DEN BINNENMARKT VERZERRENDE DRITTSTAATLICHE SUBVENTIONEN



Executive Summary

- Ab dem 12. Oktober 2023 gelten die Anmeldepflichten für bestimmte Unternehmenszusammenschlüsse und Beteiligungen an bedeutenden Vergabeverfahren nach der Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen (Foreign Subsidies Regulation – FSR).
- Die Europäische Union hat die FSR erlassen, um zu verhindern, dass Subventionen von Staaten aus dem EU-Ausland (Drittstaaten) den Binnenmarkt beeinträchtigen.
- Die wichtigsten Instrumente der FSR sind
(1) eine Pflicht zur Anmeldung relevanter Unternehmenszusammenschlüsse, wenn drittstaatliche subventionierte Unternehmen beteiligt sind,
(2) die Verpflichtung für aus Drittstaaten subventionierte Unternehmen, ihre Teilnahme an wirtschaftlich sehr bedeutenden öffentlichen Vergabeverfahren bei der Europäischen Kommission (KOM) vorab zu melden und
(3) die Einleitung von Untersuchungen durch die Europäische Kommission (KOM).

- Die FSR wird ein weiterer Eckpfeiler des Wettbewerbsrechts einer globalisierten europäischen Wirtschaft sein. Sie ist verflochten mit dem Kartell-, dem Vergabe- und dem Beihilfenrecht und greift auf deren Regelungsmechanismen zurück.

Der Europäische Binnenmarkt ist ein attraktiver Wirtschaftsraum für Unternehmen aus Drittstaaten. Dabei soll der Binnenmarkt für Handel und Investitionen offen sein. Es sollen aber auch gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer gelten.

An gleichen Wettbewerbsbedingungen fehlt es, wenn die Europäische Kommission und die Mitgliedstaaten Beihilfen an Unternehmen nur in den Grenzen des europäischen Beihilfenrechts gestatten, andererseits aber Unternehmen aus Drittstaaten staatliche Subventionen ungehindert nutzen können, um Unternehmen zu erwerben oder sich in der Europäischen Union in Vergabeverfahren um öffentliche Aufträge Vorteile zu verschaffen und ihre Chancen auf den Zuschlag zu erhöhen.



Abhilfe schaffen sollen nun die Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen¹ (Für diese hat sich nach ihrem englischen Titel die Abkürzung „FSR“ durchgesetzt) und ihre Durchführungsverordnung².

Die hohen Erwartungen der KOM an die FSR formulierte ihr Exekutiv-Vizepräsident Valdis Dombrovskis wie folgt: „Die Verordnung über drittstaatliche Subventionen wird uns helfen, den Binnenmarkt zu schützen – er ist unser wichtigster wirtschaftlicher Trumpf. Für EU-Unternehmen ist die Verordnung ein großer Fortschritt, denn die Spielregeln werden fairer, sodass sie auf gleicher Basis mit drittstaatlichen Unternehmen konkurrieren können.“

I. Ziele und Hintergrund

Das Beihilfen-, das Kartell- und das Vergaberecht enthalten die wichtigsten Vorschriften zum Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt. Sie sollen sicherstellen, dass alle Binnenmarktteilnehmer gleiche Chancen im Wettbewerb haben.

Eine Regelungslücke bestand bislang allerdings, um den Wettbewerb im Binnenmarkt vor Subventionen aus Drittstaaten zu schützen. Das Beihilfenrecht erfasst drittstaatliche Subventionen schlicht nicht. Das führte etwa zu Folgendem:

- Bei Unternehmenstransaktionen spielte es bislang keine Rolle, wenn sie durch drittstaatliche Subventionen (teil-)finanziert wurden.
- Bei bedeutenden Auftragsvergaben hatten Auftraggeber keine Handhabe, gegen Bieter vorzugehen, die sich Preiskämpfe mit drittstaatlichen Subventionen leisten konnten.

Dies ändern die FSR und ihre Durchführungsverordnung. Die FSR enthält dabei die wesentlichen Pflichten der Unternehmen und die Befugnisse der KOM. Dagegen lässt sich die Aufgabe der Durchführungsverordnung

¹ Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, Amtsblatt L 330/1 vom 23.12.2022.

² Durchführungsverordnung (EU) 2023/1441 der Kommission vom 10. Juli 2023 zur Festlegung detaillierter Vorschriften für die Durchführung

vereinfacht so beschreiben, dass sie Einzelheiten zu den von der FSR vorgesehenen Verfahren regelt. Formulare, Fristen, Umgang mit Unterlagen, Akteneinsicht etc. sind dementsprechend ihre wesentlichen Regelungsgegenstände.

II. Drittstaatliche Subvention und Verzerrung auf dem Binnenmarkt – Reichweite der Kernbegriffe

1. Drittstaatliche Subvention (Art. 3 FSR)

Der Begriff der drittstaatlichen Subvention ist Dreh- und Angelpunkt der neuen Regulierung. Der Begriff ist sehr weit gefasst. Als Faustregel kann gelten: Was nach Unionsrecht als Begünstigung im Sinne einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen wäre, wenn ein Mitgliedstaat die Subvention erbrächte, ist eine drittstaatliche Subvention, wenn diese Begünstigung von einem Drittstaat erbracht wird. Mit den Worten der FSR:



Subventionen sind finanzielle Zuwendungen an ein Unternehmen, das auf dem Binnenmarkt wirtschaftlich tätig ist, und diesem einen Vorteil verschafft (Art. 3 Abs. 1 FSR) und rechtlich oder faktisch auf ein oder mehrere Unternehmen oder Wirtschaftszweige beschränkt ist.

Finanzielle Zuwendungen sind gemäß Art. 3 Abs. 2 UA. 1 FSR beispielsweise:

- Kapitalzuführungen und Zuschüsse
- Kredite und Kreditgarantien
- Steueranreize

von Verfahren nach der Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen durch die Kommission, Amtsblatt L 177/1 vom 12.07.2023.



- Ausgleich von Betriebsverlusten
- Ausgleich für andere finanzielle Belastungen
- Schuldenerlass
- Verzicht auf Einnahmen (zum Beispiel Steuerbefreiungen)
- Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen
- Erwerb von Waren oder Dienstleistungen
- Andere Vorteile, die ein Unternehmen ohne angemessene Gegenleistung erhält

Drittstaatlich ist eine finanzielle Zuwendung, wenn sie direkt oder indirekt von einem Drittstaat gewährt wird. Dazu gehören Zentralregierung und Behörden. Dazu gehören aber auch öffentliche Einrichtungen, die dem Drittstaat zugerechnet werden können. Die Zurechenbarkeit ist angesichts der Merkmale der Einrichtung, ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Umfelds einschließlich der Rolle der Regierung in der Wirtschaft des Drittstaats zu bewerten. Schließlich sind auch Mittel privater Einrichtungen drittstaatlich, wenn deren Handlungen angesichts aller relevanten Umstände dem Drittstaat zugerechnet werden können (Art. 3 Abs. 2 FSR).

2. Verzerrung auf dem Binnenmarkt

Liegt eine drittstaatliche Subvention vor, ist diese für Zusammenschlüsse oder Vergabeverfahren nur dann von Interesse, wenn sie den Binnenmarkt verzerrt (Art. 10, Art. 11 FSR).

Eine Subvention verzerrt den Binnenmarkt, wenn sie die Wettbewerbsposition des subventionierten Unternehmens verbessern kann und dadurch den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt beeinträchtigt. Maßstäbe hierfür sind die Höhe der drittstaatlichen Subvention, ihre Art, die Situation des subventionierten Unternehmens, die Entwicklung der Wirtschaftstätigkeit auf dem Binnenmarkt, ihr Zweck und ihre Verwendung (Art. 4 Abs. 1 FSR). Dabei besteht nach Art. 4 Abs. 2 FSR die Regelvermutung, dass es unwahrscheinlich ist, dass drittstaatliche Subventionen, die EUR 4 Millionen in drei Jahren nicht übersteigen, zur Verzerrungen auf dem Binnenmarkt führen. Darüber hinaus gilt eine drittstaatliche Subvention nicht als wettbewerbsverzerrend, wenn sie den De-minimis-Betrag des

Beihilfenrechts – also aktuell EUR 200.000 in drei Geschäftsjahren – nicht übersteigt.

Eine umgekehrte Regelvermutung enthält Art. 5 FSR: Danach ist die Wahrscheinlichkeit einer Verzerrung auf dem Binnenmarkt u.a. dann am größten, wenn Subventionen

- einem notleidenden Unternehmen gewährt werden,
- sie aus unbegrenzten Garantien bestehen,
- einen Zusammenschluss unmittelbar erleichtern oder
- einem Unternehmen ermöglichen, ein ungerechtfertigt niedriges Angebot abzugeben.

II. Verzerrung auf dem Binnenmarkt durch drittstaatliche Subventionen für Zusammenschlüsse (Art. 19 ff. FSR)

Erstens sollen die neuen Regeln Zusammenschlüssen entgegenwirken, die auf drittstaatlichen Subventionen beruhen und deswegen den Binnenmarkt verzerren. Allerdings nur dann, wenn die Zusammenschlüsse von einiger wirtschaftlicher Relevanz sind:

1. Zusammenschlüsse

Zusammenschlüsse werden dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle eines Unternehmens stattfindet, sei es durch Fusion bislang voneinander unabhängiger Unternehmen, sei es durch Kontrollenerwerb über ein oder mehrere Unternehmen oder deren Teile (Art. 20 Abs. 1 FSR). Gleiches gilt für die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen (Art. 20 Abs 2 FSR). Der Sache nach stellt die FSR damit eine Art spezielles und zusätzliches Fusionskontrollsystem auf.

2. Anmeldeschwellen

Für „Anmeldepflichtige Zusammenschlüsse“ sieht Art 20 Abs. 1 FSR zwei Anmeldeschwellen vor. Diese bestimmen sich erstens durch den Gesamtumsatz und zweitens durch die Höhe der finanziellen Zuwendung aus dem Drittstaat. Im Einzelnen sind anmeldepflichtige Zusammenschlüsse solche, bei denen

- die beteiligten Unternehmen oder das Gemeinschaftsunternehmen in der Europäischen Union



niedergelassen ist und einen Gesamtjahresumsatz von mindestens EUR 500 Millionen in der Europäischen Union erzielt.

- die folgenden Akteure finanzielle Zuwendungen eines Drittstaates in Höhe von mehr als EUR 50 Millionen erhalten: im Falle einer Übernahme der Erwerber oder das erworbene Unternehmen, (2) im Falle einer Fusion die fusionierenden Unternehmen oder (3) im Falle eines Gemeinschaftsunternehmens die Unternehmen, die das Gemeinschaftsunternehmen gründen oder das Gemeinschaftsunternehmen. Das gilt nur für finanzielle Zuwendungen, die in den drei Jahren vor Vertragsschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb der Kontrolle gewährt wurden.

Sowohl für den Kontrollerwerb als auch für die Bestimmung des Gesamtjahresumsatzes bestehen detaillierte Regelungen. Als Grundregeln gelten – vorbehaltlich vieler Einzelheiten im Detail –, dass

- – in Anlehnung an das Kartellrecht –, Kontrolle durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet wird, die die Möglichkeit geben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Unternehmens auszuüben (Art. 20 Abs. 5 FSR),
- der Gesamtumsatz alle Umsätze umfasst, die die beteiligten Unternehmen im vorangehenden Geschäftsjahr erzielt haben (Art. 22 FSR).

3. Rechtsfolgen

Die erste Rechtsfolge eines anmeldepflichtigen Zusammenschlusses liegt auf der Hand: Der Zusammenschluss ist vor seinem Vollzug bei der KOM anzumelden (Art. 21 Abs. 1 FSR). Bis zur Entscheidung der KOM gilt dann – wenn man so will – eine Stillhalteverpflichtung.

Interessanter sind die Rechtsfolgen der Anmeldung oder aber auch einer unterbliebenen Anmeldung:

Mit der Anmeldung setzen Art 24. Abs. 1 FSR Fristläufe in Gang, in denen der Zusammenschluss nicht vollzogen werden darf und die der KOM Zeit zur Prüfung geben. Bei

einer vollständigen Anmeldung beläuft sich diese Frist auf nur 25 Tage (Art. 24 Abs. 1 lit. a FSR).

Allerdings ist vorhersehbar, dass es so gut wie ausgeschlossen sein wird, vollständige Anmeldungen einzureichen, wenn die KOM mehr als 25 Tage für ihre Prüfung benötigt. Sie wird – ähnlich im Notifizierungsverfahren für Beihilfe – stets nachzufordernde Informationen finden, die ihr längere Prüfungszeiten ermöglichen. Dementsprechend ermutigt die KOM betroffene Unternehmen – ähnlich wie im Notifizierungsverfahren für staatliche Beihilfe – mit ihr möglichst in einen Vorabkontakt einzutreten, um Einzelheiten schon zu klären, bevor Fristen laufen. Dieses Angebot sollten betroffene Unternehmen unbedingt nutzen.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die KOM auch eine andere Möglichkeit hat, ihre Prüfungsfristen zu verlängern und ihre Prüfung zu intensivieren. Sie kann vor Ablauf von 25 Tagen nach Art. 24 Abs. 1 lit. b FSR eine **eingehende Prüfung** einleiten, wodurch sich ihre Prüfungsfrist auf 90 Tage verlängert. Inhaltliche Voraussetzung der eingehenden Prüfung ist allein, dass der KOM „auf der Grundlage der Vorprüfung hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass einem Unternehmen auf dem Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen gewährt“ wurden.

Die eingehende Prüfung (siehe zu Durchführung Art. 11 FSR) schließt die KOM nach Art. 25 Abs. 3 FSR ab,

- entweder mit einem Verpflichtungsbeschluss,
- einem Beschluss keine Einwände zu erheben oder
- einem Untersagungsbeschluss.

Der **Verpflichtungsbeschluss** nach Art. 11 Abs. 3 FSR ist eine Art Kompromiss. Die KOM stellt einerseits fest, dass eine drittstaatliche Subvention den Binnenmarkt verzerrt. Andererseits bietet das betroffene Unternehmen Verpflichtungen an, um die Verzerrung zu beseitigen. Die KOM kann subventionierte Unternehmen verpflichten, ihre Marktpräsenz zu verringern oder Vermögenswerte zu veräußern. Unter anderem kann sie Unternehmen ferner auferlegen, auf Investitionen zu verzichten oder die drittstaatliche Subvention mit Zinsen zurückzuzahlen (Art. 7 Abs. 4 FSR). Die KOM kann diese Maßnahmen dann für



verpflichtend erklären und der Zusammenschluss darf vollzogen werden.

Der **Beschluss, keine Einwände zu erheben**, ergeht als „Durchführungsrechtsakt“ nach Art. 11 Abs. 4 FSR. Die KOM erlässt diesen, wenn sich ihre ursprüngliche Bewertung einer wettbewerbsverzerrenden drittstaatlichen Subvention nicht bestätigt hat oder aber positive Auswirkungen des Zusammenschlusses schwerer wiegen als eine Verzerrung auf dem Binnenmarkt. Vorgaben für diese Abwägungsentscheidung zwischen positiven Auswirkungen und Verzerrung des Binnenmarktes enthält Art. 6 FSR.

Mit dem **Untersagungsbeschluss** verbietet die KOM den Zusammenschluss. Ergeht ein solcher und erwächst er in Bestandskraft ist der Zusammenschluss gescheitert.

Unterbleibt eine Anmeldung eines anmeldepflichtigen Zusammenschlusses oder wird dieser zu früh vollzogen, verstößt dies gegen die Anmeldepflicht oder das Verbot nach Art. 24 Abs. 1 FSR, diesen vor Abschluss der Prüfung zu vollziehen. Das Vollzugsverbot dürfte genauso wie im Bereich des Beihilfenrechts das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nach deutschen Maßstäben ein Verbotsgesetz sein. Der Vollzug eines Zusammenschlusses ohne Anmeldung oder vor Abschluss der Prüfung dürfte diesen deswegen in Deutschland nach § 134 BGB unwirksam machen.

Über diese zivilrechtliche Sanktion hinaus schützt die FSR Anmeldepflicht und Vollzugsverbot auch noch durch Geldbußen und Zwangsgelder. Beides kann die KOM nach Art. 26 und 17 FSR verhängen. Geldbußen können sich bei unrichtigen Angaben in der Anmeldung auf bis zu 1 % des im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen belaufen. Wird trotz Anmeldepflicht ein Zusammenschluss ohne Anmeldung vollzogen, kann sich die Geldbuße auf bis zu 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes belaufen.

III. Öffentliche Vergabeverfahren (Art. 27 ff. FSR)

Drittstaatliche Subventionen können auch den Wettbewerb in Vergabeverfahren für die Beschaffung von

Leistungen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber verzerren. Hier geht es um drittstaatliche Subventionen, die einen Wirtschaftsteilnehmer – einen Bieter – in die Lage versetzen, ein ungerechtfertigt günstiges Angebot abzugeben. Dies ist für das jeweils betroffene Vergabeverfahren zu beurteilen (Art. 27 FSR).

Unternehmen, die an öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen, müssen dem Auftraggeber drittstaatliche Zuwendungen melden, sofern die folgenden Anmelde-schwellen überschritten sind (Art. 29 Abs. 1, 28 Abs. 1 und 2 FSR):

- Der geschätzte Auftragswert beträgt mindestens EUR 250 Millionen.
- Zudem hat das teilnehmende Unternehmen oder bestimmte mit ihm verbundene Unternehmen drittstaatliche Zuwendungen in Höhe von mindestens EUR 4 Millionen erhalten (in den drei Jahren vor der Meldung, Art. 27 Satz 3 FSR, Art. 28 Abs. 1 b) FSR).
- Wenn der Auftrag in Lose aufgeteilt ist: Die Lose, auf die sich das Unternehmen bewirbt, sind mindestens EUR 125 Millionen wert.



Wenn der Bieter drittstaatliche Subventionen erhalten hat, aber keine Meldepflicht besteht, muss der Bieter dies gegenüber dem Auftraggeber erklären. Der Bieter muss auch in diesem Fall alle erhaltenen drittstaatlichen Zuwendungen auflisten (Art. 29 Abs. 1 Satz 2 FSR). Der Auftraggeber leitet Erklärungen oder Meldungen an die KOM weiter (Art. 29 Abs. 2 FSR).



Im zweistufigen Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb muss der Bieter die Anmeldung oder die Erklärung, dass keine Anmeldepflicht besteht, zweimal einreichen: einmal mit dem Teilnahmeantrag und einmal mit dem endgültigen Angebot (Art. 29 Abs. 1 Satz 4 FSR).

Dabei ist deutlich, dass sich viele Fragen stellen werden. Ein Beispiel: Die Auftragswertschätzung ist Sache des Auftraggebers (vgl. § 3 VgV). Seine Angabe in der Auftragsbekanntmachung ist vom Formular vorgesehen, aber nicht verpflichtend. Werden Bieter also vortragen können, dass sie eine Anmeldung unterlassen haben, weil sie den Auftragswert für geringer hielten und entsprechend angeboten haben?

Leitet der Auftraggeber die Meldung an die KOM weiter, prüft diese die Meldung. Ist die Meldung trotz Nachforderung unvollständig, fordert die KOM den Auftraggeber durch Beschluss auf, die Bieter auszuschließen (Art. 29 Abs. 4 FSR).



Ist die Meldung vollständig, wird diese von der KOM inhaltlich geprüft. Die Prüfung besteht aus der Vorprüfung und ggf. der eingehenden Prüfung. Für diese hat die KOM Fristen zu beachten, diese liegen – eine vollständige Meldung vorausgesetzt – bei der Vorprüfung zwischen 20 und 30 Tagen (Art. 30 Abs. 2 FSR). Um im Falle einer

eingehenden Prüfung einen Beschluss zu erlassen, hat die KOM bis zu 110 Tage (Art. 30 Abs. 5 FSR) Zeit.

Folge der eingehenden Prüfung kann – wie schon bei der Zusammenschlusskontrolle – ein Verpflichtungsbeschluss an die Bieter sein, die Verzerrung auf dem Binnenmarkt zu beseitigen. Folge kann aber auch sein, dass die KOM einen „Beschluss zur Untersagung der Zuschlagsentscheidung“ erlässt. Ein solcher Beschluss verpflichtet den Auftraggeber, das Angebot des betroffenen Bieters abzulehnen.

Die Auftraggeber, die ein solches (möglicherweise) drittstaatlich subventioniertes Unternehmen als Bieter im Vergabeverfahren haben, stellen sich einigen Herausforderungen. Dazu gehört nicht nur der korrekte Umgang mit den Pflichten der FSR. Dazu gehört auch, dass ein solcher Bieter durch dann bestehende Meldepflichten und die Prüfung durch die KOM eine Beschaffung erheblich verzögern können. Dabei kommt Art. 32 Abs. 1 FSR den Auftraggebern und deren Zeitnöten zwar entgegen, indem er festlegt, dass alle Verfahrensschritte im Vergabeverfahren mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung fortgesetzt werden können. Aber es ist jetzt schon absehbar, dass ablaufende Bindefristen oder die Änderung von Kalkulationsgrundlagen während der Prüfung durch die KOM Auftraggeber zwingen werden, möglichst viele Gestaltungsmöglichkeiten des Vergaberechts zu nutzen, damit ihre Verfahren nicht scheitern. Zu wünschen wäre dem Auftraggeber, dass sich rausstellt, dass ein anderer Bieter, der keiner Meldung wegen drittstaatlicher Subventionen unterliegt, das wirtschaftlichste Angebot einreicht. Das erledigt Meldung, Prüfung und Fristläufe bei der KOM am einfachsten.

IV. Eigeninitiative Prüfung der KOM (Art. 9 ff. FSR)

Wie beschrieben werden Prüfungen der KOM vor allem durch Meldungen in der Zusammenschlusskontrolle oder durch den öffentlichen Auftraggeber im Vergabeverfahren in Gang gesetzt. Darüber hinaus ist die KOM aber auch berechtigt, von Amts wegen Prüfungen einzuleiten. Sie kann auf eigene Initiative „aus allen Quellen“ mutmaßlich den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen prüfen. Das ist nichts anderes als die Prüfung von



Beihilfen wegen Auskünften „ungeachtet der Herkunft dieser Auskünfte“ (siehe Art. 12 VO 2015/1589³ – sogenannte Beihilfenverfahrensordnung). Und es ist vorhersehbar, welche Quelle hier in der Praxis die größte Rolle spielen wird: Wettbewerber, die sich gegen Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Drittstaaten subventionierter Konkurrenten wehren. Für Vergabeverfahren ist die Lage dabei anders, für diese ist die Prüfung der KOM von Amts wegen auf vergebene Aufträge beschränkt, wobei Art. 9 Abs. 2 FSR gleich noch bestimmt, dass diese Prüfung nicht zur Aufhebung von Entscheidungen über die Vergabe oder zur Kündigung eines Auftrags führen dürfen. Damit dürfte für Wettbewerber entscheidend sein, ob sie im Vergabeverfahren erfahren, dass Bieter beteiligt sind, die drittstaatliche Subventionen erhalten haben und ob der jeweilige Auftraggeber richtig handelt. Ist das nicht der Fall, müsste ihnen bei unbefangener Lesart der Weg zur Vergabekammer offenstehen, denn man wird die Regeln, die verhindern sollen, dass Auftragsvergaben, die durch drittstaatliche Subventionen unzulässig beeinflusst werden, nicht nur den Binnenmarkt allgemein schützen sollen. Vielmehr werden diese auch als bieterschützend (§ 160 Abs. 2 GWB) einzuordnen sein und ihre mögliche Verletzung den Weg zur Vergabekammer eröffnen.

V. Verfahren

Die FSR besteht wie dargestellt aus inhaltlichen Regelungen, die Anwendung, Pflichten und Voraussetzungen für Genehmigungen, Ablehnungen und Sanktionen definieren. Dazu kommen gleichsam als weiterer Teil des neuen Rechts Verfahrensvorschriften, die zum Zusammenschluss das Zusammenwirken der betroffenen Unternehmen und der KOM und im Vergabeverfahren der öffentlichen Auftraggeber, der betroffenen Bieter und KOM bestimmen. Diese Regeln betreffen zum Beispiel

- Anforderungen an die Informationsübermittlung an die KOM (Art. 3 ff. Durchführungsverordnung) einschließlich der Verwendung von Formularen,
- Einzelheiten zu den Prüfungsverfahren der KOM (Art. 8 ff. Durchführungsverordnung),

- Fristen und Verfahren für Verpflichtungszusagen (Art. 13 ff. Durchführungsverordnung),
- den Umgang mit Informationen und deren Schutz sowie die Akteneinsicht (Art. 18 ff. Durchführungsverordnung) und
- (allgemeine) Fristenregelungen und sowie den Umgang mit Unterlagen (Art. 21 ff. Durchführungsverordnung).

VI. Fazit

Die FSR schützt den Europäischen Binnenmarkt und den Wettbewerb vor staatlichen Subventionen aus Drittstaaten. Dieser Schutz war überfällig.

Im Fall drittstaatlich subventionierter Unternehmen bedeutet dies aber auch, dass neben das Kartell- und Vergaberecht nun noch die FSR tritt. Inhaltliche Bedenken muss da wohl niemand haben. Wer es gewohnt ist, mit Kartell- und/oder Vergaberecht umzugehen, ist materiell gut aufgestellt. Wer dann noch die Verfahren des Beihilfenrechts kennt – Notifizierung und Prüfverfahren – der kommt auch mit allen Verfahrensschritten der FSR und dem Vorgehen der KOM klar.

Aber: Die Prüfungen der FSR werden in Transaktionen und Vergabeverfahren wertvolle Zeit kosten. Denn bei allen Fristvorgaben wird es von zwei Faktoren abhängen, wie schnell Prüfungen tatsächlich ablaufen und Entscheidungen und Rechtssicherheit erreicht werden:

- Erstens muss sich die KOM personell so aufstellen, dass sie auch die Kapazität hat, Verfahren schnell zu bearbeiten. Die Dauer aktuell laufender Notifizierungsverfahren im Beihilfenrecht und die Überlastung der KOM in diesem ihrem wettbewerblichen Kernbereich, begründen Zweifel, ob das gelingt.
- Zweitens sollten sich die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und Bieter, die drittstaatlich subventioniert wurden, oder Auftraggeber, in deren Bietermarkt solche Unternehmen eine Rolle spielen, mit den Regeln vertraut machen und sich darauf konzentrieren, in allen Verfahrensschritten mit der KOM möglichst schnell vollständige Informationen

³ Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über

die Arbeitsweise der Europäischen Union, Amtsbl. L 248, vom 24. September 2015.



bereitzustellen, die „Fragerunden“ der KOM – wie aus („Prä-)Notifizierungsverfahren für Beihilfen bekannt – idealerweise überflüssig machen, wenigstens aber in ihrer Anzahl verringern.

Als Ausblick: Das neue Rechtsgebiet „FSR“ wird auch nach dem Inkrafttreten der Anmeldepflichten am 12. Oktober 2023 weiter Impulse erhalten:

- Eine erste Klarstellung zur Binnenmarktverzerrung und zur Abwägungsprüfung hat die KOM für den 12. Juli 2024 angekündigt.
- Außerdem wird die KOM bis spätestens zum 12. Januar 2026 ergänzende Leitlinien veröffentlichen (Art. 46 FSR).

Hinzu kommen wird eine sich entwickelnde Fallpraxis. Unser Rat: Alle öffentlichen und privaten Marktteilnehmer sollten am Ball bleiben, wenn in deren Marktumfeld Unternehmen aus Drittstaaten eine wichtige und aktive Rolle auf dem Binnenmarkt spielen, die enge Verbindungen zu diesen Staaten und deren staatlichen Kassen unterhalten.

Dr. Arne Gniechwitz

Rechtsanwalt
Standort Hamburg
arne.gniechwitz@gsk.de

Heiko Maas

Rechtsanwalt
Standort Berlin
heiko.maas@gsk.de



Urheberrecht

GSK Stockmann – Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung von GSK Stockmann gestattet.

Haftungsausschluss

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot auf Beratung oder Auskunft dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko.

GSK Stockmann und auch die in dieser Mandanteninformation namentlich genannten Partner oder Mitarbeiter übernehmen keinerlei Garantie oder Gewährleistung, noch haftet GSK Stockmann und einzelne Partner oder Mitarbeiter in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grund empfehlen wir, in jedem Fall eine persönliche Beratung einzuholen.

www.gsk.de



GSK Stockmann

BERLIN

Mohrenstraße 42
10117 Berlin
T +49 30 203907-0
F +49 30 203907-44
berlin@gsk.de

HEIDELBERG

Mittermaierstraße 31
69115 Heidelberg
T +49 6221 4566-0
F +49 6221 4566-44
heidelberg@gsk.de

FRANKFURT/M.

Bockenheimer Landstr. 24
60323 Frankfurt am Main
T +49 69 710003-0
F +49 69 710003-144
frankfurt@gsk.de

MÜNCHEN

Karl-Scharnagl-Ring 8
80539 München
T +49 89 288174-0
F +49 89 288174-44
muenchen@gsk.de

HAMBURG

Neuer Wall 69
20354 Hamburg
T +49 40 369703-0
F +49 40 369703-44
hamburg@gsk.de

LUXEMBURG

GSK Stockmann SA
44, Avenue John F. Kennedy
L-1855 Luxemburg
T +352 271802-00
F +352 271802-11
luxembourg@gsk-lux.com

LONDON

GSK Stockmann International
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Zweigniederlassung London
Queens House, 8-9 Queen Street
London EC4N 1SP
United Kingdom
T +44 20 4512687-0
london@gsk-uk.com

Sitz der GmbH: München,
Amtsgericht München
HRB 281930
Geschäftsführer:
Dr. Mark Butt, Andreas Dimmling