



Europäische Union veröffentlicht neue Regelungen über Subventionen durch Drittstaaten

23. Dezember 2022

Heute wurde die neue Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen (Foreign Subsidies Regulation, FSR) im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht **> (siehe hier)**. Diese gilt ab dem 12. Juli 2023. Bisher verfügte die Europäische Union (EU) über keine Instrumente, um gegen Wettbewerbsverzerrungen, welche durch Subventionen durch Drittstaaten, also solchen außerhalb der EU, verursacht wurden, vorzugehen. Als ein Schlüsselement für die Umsetzung der Industriestrategie der EU sollen die neuen Regelungen dies nun ändern und zur Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt beitragen. Dabei dürfte es kaum ein Geheimnis sein, dass es insbesondere chinesischen Unternehmen verwehrt werden soll, sich durch staatliche Unterstützung auf dem Binnenmarkt einen unfairen Vorteil gegenüber europäischen Wettbewerbern zu verschaffen. Die Verordnung gilt jedoch natürlich auch für Subventionen aus anderen Drittstaaten.

Wir geben einen Überblick über die neuen Regelungen.

1. Was war der Auslöser für den Erlass der Verordnung und was bezweckt sie?
2. Was ist der Anwendungsbereich der Verordnung?
3. Über welche neuen Prüfinstrumente verfügt die Kommission?
4. Was prüft die Europäische Kommission?
5. Was passiert bei einer festgestellten Verzerrung des Binnenmarktes?
6. Wie läuft eine Prüfung durch die Europäische Kommission ab?

7. Was bedeutet das konkret für Unternehmen?



1. Was war der Auslöser für den Erlass der Verordnung und was bezweckt sie?

Die Bedeutung ausländischer Investitionen für die EU wird bei Berücksichtigung der folgenden Zahlen deutlich: Im Jahr 2017 richteten sich ein Drittel der Investitionen weltweit an Unternehmen in der EU, und es agierten ca. 100.000 ausländische Unternehmen im Binnenmarkt. Dass Europa ein attraktiver Standort für Investitionen ist, hat überwiegend positive Effekte, wie die Schaffung von Arbeitsplätzen, mehr Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit.

Allerdings ist die Europäische Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass mit drittstaatlichen Subventionen auch das Risiko einer Verzerrung des Binnenmarktes einhergeht. Diesbezüglich fehle es zwar an verlässlichen Daten. Jedoch würde die Zahl der Beispiele für Wettbewerbsschädigungen durch drittstaatliche Subventionen ansteigen. Dazu würden Fälle gehören, in denen Subventionen durch Drittstaaten den Erwerb von EU-Unternehmen erleichtert, Investitionsentscheidungen beeinflusst, den Dienstleistungshandel verzerrt oder in anderer Weise das Verhalten ihrer Empfänger auf dem Markt der EU beeinflusst hätten. Der europäische Gesetzgeber ist zu dem Schluss gekommen, dass der faire Wettbewerb insbesondere bei drittstaatlichen Subventionen von Zusammenschlüssen, die eine Änderung der Kontrolle über in der EU ansässige Unternehmen zur Folge haben oder von Unternehmen, die bei öffentlichen Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten, gefährdet ist. Grundsätzlich könne eine Verzerrung aber bei jeder wirtschaftlichen Tätigkeit auftreten.

Während Subventionen von Mitgliedstaaten den strengen Regeln der EU-Beihilfenkontrolle unterliegen, bestand hinsichtlich der Kontrolle von Subventionen aus Drittstaaten mangels vergleichbarer Vorschriften bislang eine Regelungslücke. Folglich fehlte es der Kommission an Instrumenten, gegen mögliche Verzerrungen des europäischen Binnenmarktes von außen vorzugehen. Die neue Verordnung soll diese Lücke schließen.

2. Was ist der Anwendungsbereich der Verordnung?

Die Verordnung bezieht sich auf drittstaatliche Subventionen, die Unternehmen – einschließlich öffentlicher Unternehmen, die direkt oder indirekt vom Staat kontrolliert werden – gewährt werden, welche eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt ausüben. Die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit wird unter anderem bei Unternehmen angenommen, die die Kontrolle über ein in der Union niedergelassenes Unternehmen erwerben oder mit einem solchen Unternehmen fusionieren, und Unternehmen, die an einem öffentlichen Vergabeverfahren in der Union teilnehmen (Art. 1 Abs. 2 FSR).

Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs ist somit zunächst das Vorliegen einer drittstaatlichen Subvention erforderlich. Dies ist der Fall, wenn (i) ein Drittstaat direkt oder indirekt eine finanzielle Zuwendung gewährt, (ii) die einem Unternehmen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt ausübt, (iii) einen Vorteil verschafft und (iv) die rechtlich oder faktisch auf ein einzelnes Unternehmen oder einen einzelnen Wirtschaftszweig oder mehrere Unternehmen oder Wirtschaftszweige beschränkt ist (Art. 3 Abs. 1 FSR).

3. Über welche neuen Prüfinstrumente verfügt die Kommission?

Die neuen Regeln sehen **drei Instrumente** für die Kommission zur Überprüfung drittstaatlicher Subventionen vor.

Erstens ist ein **Zusammenschluss von Unternehmen** gegenüber der Kommission anmeldepflichtig, wenn bei diesem:

- mindestens eines der fusionierenden Unternehmen, das erworbene Unternehmen oder das Gemeinschaftsunternehmen in der Union niedergelassen ist und in der Union einen Gesamtumsatz von mindestens **500 Mio. EUR** erzielt und
- die folgenden Unternehmen in den drei Jahren vor Vertragsschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb einer Kontrolle begründenden Beteiligung von Drittstaaten finanzielle Zuwendungen von insgesamt mehr als **50 Mio. EUR** erhalten haben (Art. 20 Abs. 3 FSR):
 - bei einer Übernahme der oder die Erwerber und das erworbene Unternehmen,
 - bei einer Fusion die fusionierenden Unternehmen,
 - bei einem Gemeinschaftsunternehmen die Unternehmen, die das Gemeinschaftsunternehmen gründen und das Gemeinschaftsunternehmen.

Die Anmeldung hat nach Vertragsabschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung, jedoch zwingend vor ihrem Vollzug zu erfolgen (Art. 21 Abs. 1 FSR).

Zweitens kann eine Meldepflicht im Rahmen **öffentlicher EU-Vergabeverfahren** bestehen. Eine drittstaatliche finanzielle Zuwendung ist dabei meldepflichtig, wenn:

- der geschätzte Wert des Auftrags oder der Rahmenvereinbarung ohne Mehrwertsteuer oder einer einzelnen Auftragsvergabe über das dynamische Beschaffungssystem mindestens **250 Mio. EUR** beträgt (Sonderbestimmungen gelten für die Aufteilung in Lose) und
- dem Wirtschaftsteilnehmer, einschließlich seiner wirtschaftlich unselbstständigen Tochtergesellschaften, seiner Beteiligungsgesellschaften und ggf. seiner Hauptunterauftragnehmer und Hauptlieferanten, die an demselben Angebot im Rahmen des öffentlichen Vergabeverfahrens beteiligt sind, in den drei Jahren vor der Meldung oder ggf. der aktualisierten Meldung finanzielle Zuwendungen von insgesamt mindestens **4 Mio. EUR** pro Drittstaat gewährt wurden (Art. 28 Abs. 1 FSR).

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen haben die Teilnehmer an einem öffentlichen Vergabeverfahren dem Auftraggeber alle drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen zu melden. In allen anderen Fällen haben die Wirtschaftsteilnehmer in einer Erklärung alle erhaltenen drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen aufzuführen und zu bestätigen, dass die erhaltenen drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen keiner Meldepflicht unterliegen (Art. 29 Abs. 1 FSR).

Bei unterlassener Anmeldung bzw. Meldung droht den beteiligten Unternehmen sowohl bei Zusammenschlüssen als auch bei öffentlichen Vergabeverfahren ein Bußgeld von bis zu 10 % des von den Unternehmen im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes (Art. 26 Abs. 3 lit. a, Art. 33 Abs. 3 lit. a FSR).

Bei den ersten beiden Instrumenten besteht also eine Anmelde- bzw. Meldepflicht der betroffenen Unternehmen. Diese Pflicht müssen die Beteiligten ab dem 12. Oktober 2023 beachten, auch wenn sie nicht gesondert dazu aufgefordert werden.

Drittens kann die Kommission jedoch auch in allen anderen Marktsituationen sowie bei Fusionen und öffentlichen Vergabeverfahren, welche die vorgenannten Schwellenwerte nicht erreichen **von Amts wegen** und ohne vorherige (An)Meldung der Beteiligten wettbewerbsverzerrende drittstaatliche Subventionen überprüfen (Art. 9 Abs. 1 FSR). Bei öffentlichen Vergabeverfahren sind die Nachprüfungen der Kommission allerdings auf vergebene Aufträge beschränkt. Auch dürfen sie weder zur Aufhebung der Entscheidung über die Vergabe noch zur Kündigung eines Auftrags führen (Art. 9 Abs. 2 FSR).

4. Was prüft die Europäische Kommission?

Neben der Frage, ob es sich um eine „drittstaatliche Subvention“ handelt, muss die Kommission prüfen, ob eine **Verzerrung auf dem Binnenmarkt** vorliegt. Dies ist der Fall, wenn die drittstaatliche Subvention geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Unternehmens auf dem Binnenmarkt zu verbessern und dadurch den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt tatsächlich

oder potenziell beeinträchtigt. Bei der Prüfung berücksichtigt die Kommission verschiedene Indikatoren, wie die Höhe und die Art der Subvention, die Situation des Unternehmens und der Märkte oder Sektoren, der Umfang und die Entwicklung der Wirtschaftstätigkeit des Unternehmens auf dem Binnenmarkt sowie der Zweck der drittstaatlichen Subvention, ihre Voraussetzungen und ihre Verwendung (Art. 4 Abs. 1 FSR).

Darüber hinaus hat der europäische Gesetzgeber Kategorien drittstaatlicher Subventionen festgelegt, bei denen eine Verzerrung des Binnenmarkts am wahrscheinlichsten ist. Darunter fallen Subventionen in Form unbegrenzter Garantien, Subventionen für ein notleidendes Unternehmen, Maßnahmen zur Ausfuhrfinanzierung, die nicht mit dem OECD-Übereinkommen über öffentlich unterstützte Exportkredite in Einklang stehen, Subventionen, die einen Zusammenschluss erleichtern sowie Subventionen, die die Abgabe eines ungerechtfertigt günstigen Gebots im Rahmen eines Vergabeverfahrens ermöglichen (Art. 5 Abs. 1 FSR).

Zu beachten ist, dass in bestimmten Fällen **Vermutungen bzw. Freibeträge** gelten:

- Eine Binnenmarktverzerrung gilt als **unwahrscheinlich**, wenn der Gesamtbetrag einer drittstaatlichen Subvention für ein Unternehmen in drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren die Schwelle von **4 Mio. EUR** nicht übersteigt (Art. 4 Abs. 2 FSR).
- Eine drittstaatliche Subvention für ein Unternehmen gilt als **nicht den Binnenmarkt verzerrend**, wenn ihr Gesamtbetrag innerhalb von drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren den Schwellenwert für **De-minimis-Beihilfen** (EUR 200.000) pro Drittstaat nicht übersteigt (Art. 4 Abs. 3 FSR).
- Eine drittstaatliche Subvention kann als **nicht den Binnenmarkt verzerrend** gelten, wenn sie darauf abzielt, einen von **Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Ereignissen** verursachten Schaden zu beheben (Art. 4 Abs. 4 FSR).

Die Anwendung der Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens einer Binnenmarktverzerrung sollen in der Zukunft weiter konkretisiert werden. Die Kommission ist verpflichtet, spätestens am 12. Januar 2026 entsprechende Leitlinien zu veröffentlichen.

5. Was passiert bei einer festgestellten Verzerrung des Binnenmarktes?

Hat die Kommission eine Verzerrung des Binnenmarktes festgestellt, kann die Kommission die negativen Auswirkungen der Subvention in Form der Verzerrung gegen ihre positiven Auswirkungen auf die Entwicklung der betreffenden subventionierten wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Binnenmarkt abwägen. Bei der **Abwägung** können darüber hinaus auch andere positive Effekte der drittstaatlichen Subvention, wie die Auswirkungen in Bezug auf die einschlägigen politischen Ziele der EU, berücksichtigt werden (Art. 6 Abs. 1 FSR). Auch hinsichtlich der Abwägungsprüfung besteht für die Kommission eine Pflicht zum Erlass von Leitlinien spätestens am 12. Januar 2026.

Die Kommission kann **Abhilfemaßnahmen** auferlegen, es sei denn sie hat Verpflichtungszusagen des Unternehmens, das Gegenstand der Prüfung ist, angenommen (Art. 7 Abs. 1 FSR). Mögliche Abhilfemaßnahmen oder Verpflichtungen sind unter anderem die Verringerung der Kapazitäten oder der Marktpräsenz, der Verzicht auf bestimmte Investitionen oder die Veräußerung bestimmter Vermögenswerte (Art. 7 Abs. 4 FSR). Bei der Entscheidung, ob und in welchem Umfang diese erforderlich sind, hat sie die Abwägungsergebnisse einzubeziehen. Es muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Die Zusagen oder Maßnahmen müssen die durch die drittstaatliche Subvention tatsächlich oder potenziell verursachte Verzerrung vollständig und wirksam beseitigen (Art. 7 Abs. 3 FSR).

Vor dem Abschluss der Prüfung und dem Erlass endgültiger Abhilfemaßnahmen kann die Kommission auch schon einstweilige Maßnahmen erlassen, um den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt zu wahren und nicht wiedergutzumachenden Schaden abzuwenden. Dafür muss es hinreichende Anhaltspunkte dafür geben, dass eine finanzielle Zuwendung eine drittstaatliche Subvention darstellt und den Binnenmarkt verzerrt und die Gefahr eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt besteht (Art. 12 Abs. 1 FSR).

Schließlich kann die Kommission **Zusammenschlüsse oder Zuschlagserteilungen untersagen** (Art. 25 Abs. 3 lit. c, Art. 31 Abs. 2 FSR). Sofern sie bereits erfolgt sind und rückabgewickelt werden müssen, kann dies zu erheblichen Schäden bei den betroffenen Unternehmen führen.

6. Wie läuft eine Prüfung durch die Europäische Kommission ab?

Die Kommission prüft in zwei Stufen. Zunächst erfolgt eine **Vorprüfung**. Für diese hat sie im Falle von Zusammenschlüssen 25 Arbeitstage nach Eingang der vollständigen Anmeldung, im Falle öffentlicher Auftragsvergabe lediglich 20 Arbeitstage nach Eingang der vollständigen Meldung Zeit. Im Rahmen der Vorprüfung hat die Kommission vorläufig zu beurteilen, ob die jeweilige Zuwendung eine drittstaatliche Subvention im Sinne der Verordnung darstellt und ob sie den Binnenmarkt verzerren *könnte*.

Bejaht die Kommission dies, leitet sie eine sogenannte **eingehende Prüfung** ein, welche sie bei Zusammenschlüssen innerhalb von 90 Arbeitstagen nach Einleitung der Prüfung und bei Vergabeverfahren innerhalb von 110 Arbeitstagen nach Eingang der vollständigen Meldung abschließen muss.

Wichtig ist dabei, dass vor Abschluss der Vorprüfung bzw. – sofern es dazu kommt – der eingehenden Prüfung der Zusammenschluss nicht vollzogen bzw. der Zuschlag an das zu prüfende Unternehmen nicht erteilt werden darf. Ein Verstoß gegen das **Durchführungsverbot** (*gun jumping*) kann im Falle von Zusammenschlüssen zu einem Bußgeld von bis zu 10 % des im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes führen (Art. 26 Abs. 3 lit. b FSR).

Im Rahmen ihrer Prüfung hat die Kommission verschiedene **Ermittlungsbefugnisse**. Diese

umfassen Auskunftsverlangen sowie Nachprüfungen innerhalb der Union als auch – bei Zustimmung der Regierung des Drittstaates – außerhalb der Union. Zur Durchsetzung dieser Befugnisse kann die Kommission gegenüber Unternehmen Geldbußen und Zwangsgelder verhängen, wenn diese z.B. unrichtige oder unvollständige Angaben machen oder eine Nachprüfung innerhalb der EU nicht dulden.

7. Was bedeutet das konkret für Unternehmen?

Unternehmen, die drittstaatliche Subventionen erhalten haben, sollten bei möglichen Zusammenschlüssen oder Vergabeverfahren proaktiv überprüfen, ob sie ab dem 12. Oktober 2023 einer Anmelde- bzw. Meldepflicht unterliegen. Insbesondere solange die Kommission die Kriterien für die Prüfung der Verzerrung auf dem Binnenmarkt (siehe oben, Frage 4) nicht durch Leitlinien konkretisiert hat, bedarf es einer besonders sorgfältigen Prüfung der Eröffnung des Anwendungsbereichs. Zu hoffen ist, dass die Leitlinien später mehr Klarheit schaffen können.

Darüber hinaus sind bei Zusammenschlüssen das jeweilige nationale sowie das EU-Fusionskontrollrecht nicht aus den Augen zu verlieren. Denn die Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen lässt die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle unberührt. Es ist daher denkbar, dass sowohl diese als auch die Verordnung über drittstaatliche Subventionen Anmeldepflichten begründen. Wie im Falle einer doppelten Kontrolle durch die Kommission verfahren wird, ist bisher noch nicht abzusehen.

Schließlich werden die zusätzlichen Kontrollen bei den (potenziell) erfassten Vorhaben zu zusätzlichem Aufwand und weiteren Verzögerungen führen. Der europäische Gesetzgeber hielt dies für gerechtfertigt, zumal aufgrund der Schwellenwerte lediglich große Vorhaben erfasst werden. Bis sich eine Verfahrensroutine etabliert hat, wird eine enge Abstimmung mit den zuständigen Behörden erforderlich sein, wobei insbesondere bei der öffentlichen Auftragsvergabe die Grenzen für den Kontakt zwischen Auftraggeber und Bieter beachtet werden müssen.

> #eurecht_kapellmann

Wir beraten Unternehmen sowie Bund, Länder und Kommunen in spezialisierten Fragen des EU-Rechts, insbesondere zum EU-Beihilferecht, zum EU-Binnenmarktrecht. Schwerpunkte bilden die Prozessvertretung vor den EU-Gerichten, die Vertretung in Verfahren der Europäischen Kommission und die Begleitung von EU-Gesetzgebungsverfahren. Mehr **> hier**.

„Eine der von Unternehmensjuristen meistempfohlene Kanzleien für Europarecht & Internationales Recht“

kanzleimonitor.de 2021/2022

„Europäische Institutionen, Unternehmen der Chemieindustrie und das BMVerkehr setzen auf die Erfahrung der Praxis um van der Hout.“

JUVE Handbuch 2020/21