

Verordnungsvorschlag der EU-Kommission zur Bekämpfung von wettbewerbsverzerrenden Subventionen aus Drittstaaten

ERHEBLICHE AUSWIRKUNGEN AUF GROBVOLUMIGE VERGABEVERFAHREN UND ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN ZU ERWARTEN

Executive Summary

- In der Europäischen Union besteht ein wachsendes Bewusstsein, dass sich auch Subventionen für Unternehmen in Drittstaaten verzerrend auf den EU-Binnenmarkt auswirken und ungleiche Wettbewerbsbedingungen schaffen können. Einen Schwerpunkt der Diskussion bildeten insoweit häufig Investitionen chinesischer Unternehmen in Europa.
- Um diese Entwicklungen und die entsprechende politische Diskussion aufzugreifen, hat die EU-Kommission bereits im Juni letzten Jahres ein Weißbuch angenommen, in dem erörtert wird, wie verzerrenden Wirkungen von Subventionen aus Drittstaaten im Binnenmarkt gegengesteuert werden kann.
- Am 05. Mai 2021 veröffentlichte die Kommission einen Vorschlag für eine neue Verordnung gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten.
- Der Vorschlag enthält meldepflichtige Instrumente für Zusammenschlüsse von Unternehmen und Angebote in öffentlichen Vergabeverfahren, wenn die betroffenen Unternehmen eine finanzielle Zuwendung durch eine drittstaatliche Regierung erhalten haben.

A. Ausgangssituation: Regelungslücke bei drittstaatlichen Subventionen

Die EU-Beihilfavorschriften greifen nur bei finanziellen Zuwendungen, die von EU-Mitgliedsstaaten gewährt werden. Dagegen unterliegen Subventionen von Regierungen

aus Drittstaaten nicht der EU-Beihilfekontrolle, auch wenn sie einen Einfluss auf den Binnenmarkt haben. Die Kommission ist aktuell weder auf der Grundlage der EU-Kartellvorschriften noch auf der Grundlage der EU-Fusionskontrollvorschriften in der Lage zu prüfen, ob ein Unternehmen Vorteile aus wettbewerbsverfälschenden Subventionen aus einem Drittstaat erlangt hat.

B. Ziel und Inhalte des Verordnungsvorschlags

Die von der Kommission vorgeschlagene Verordnung soll diese Regelungslücke schließen, die dazu führt, dass die Gewährung von Subventionen durch Drittstaaten derzeit größtenteils unkontrolliert ist, während Subventionen durch Mitgliedsstaaten einer strengen Kontrolle unterliegen. Sie verfolgt das Ziel, Subventionen aus Drittstaaten, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen und den fairen Wettbewerb im Binnenmarkt beeinträchtigen, in allen Marktsituationen wirksam zu begegnen.

Das soll durch drei Teilinstrumente realisiert werden:

1. Das erste Teilinstrument beinhaltet eine Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, bei denen eine drittstaatliche Regierung eine finanzielle Zuwendung leistet. Ab einem Schwellenwert von 50 Mio. Euro sind Unternehmen dazu verpflichtet, Zuwendungen anzumelden, wenn der EU-Umsatz des erworbenen Unternehmens (oder zumindest eines der beteiligten Unternehmen) mindestens 500 Mio. Euro beträgt. Bis zum Abschluss der Prüfung durch die Kommission darf der beabsichtigte Zusammenschluss nicht durchgeführt werden.



2. Das zweite Instrument sieht eine Prüfung von Angeboten bei öffentlichen Vergabeverfahren in Fällen vor, in denen eine drittstaatliche Regierung Unternehmen eine finanzielle Zuwendung gewährt und der geschätzte Auftragswert mindestens 250 Mio. Euro beträgt.
3. Das dritte Teilinstrument regelt, dass die Kommission von Amts wegen in allen anderen Marktsituationen sowie Zusammenschlüssen und Vergabeverfahren unterhalb der jeweiligen Schwellenwerte eine Prüfung einleiten oder Ad-hoc-(An-)Meldungen verlangen kann.

1. Auswirkungen auf künftige Vergabeverfahren

Subventionen aus Drittstaaten können sich negativ auf die Durchführung von EU-Vergabeverfahren auswirken, indem sie es Bietern ermöglichen, sich z.B. durch die Abgabe von Angeboten unter dem Marktpreis oder von nicht kostendeckenden Angeboten einen unlauteren Vorteil zu verschaffen. Auf diese Weise können Bieter in öffentlichen Vergabeverfahren Aufträge gewinnen, die sie ohne die drittstaatlichen Subventionen nicht erhalten würden. Um solche wettbewerbsverzerrenden Vorgehensweisen in Zukunft zu verhindern, schlägt die Kommission mit der neuen Verordnung einen Mechanismus vor, bei dem die Bieter dem öffentlichen Auftraggeber etwaige von Drittstaaten erhaltene Zuwendungen anzeigen müssen.

Konkret bedeutet das Folgendes:

Geplante Meldepflicht bei drittstaatlichen Subventionen

Bei der Einreichung eines Angebots in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags mit einem geschätzten Auftragswert von mindestens 250 Mio. Euro sollen die Bieter nach dem Verordnungsvorschlag verpflichtet werden, dem öffentlichen Auftraggeber entweder alle drittstaatlichen Subventionen mitzuteilen, die sie in den letzten drei Jahren erhalten haben oder zu erklären, dass sie in den letzten drei Jahren keine solchen Zuwendungen erhalten haben.

Prüfung durch die Kommission

Um eine einheitliche Anwendung der Verordnung innerhalb der EU zu gewährleisten, soll die Kommission für die Durchsetzung der Verordnung zuständig sein. Der öffentliche Auftraggeber soll verpflichtet werden, die Mitteilung der Bieter bezüglich drittstaatlicher Subventionen unverzüglich an die Kommission weiterzuleiten. Der Verordnungsvorschlag sieht eine Prüfung durch die Kommission in zwei Schritten vor: Zunächst führt die Kommission innerhalb von 60 Tagen eine Vorprüfung durch. Innerhalb der Frist für den Abschluss der Vorprüfung entscheidet die Kommission, ob sie eine eingehende Untersuchung einleitet und unterrichtet das betroffene Unternehmen und den öffentlichen Auftraggeber unverzüglich. Sieht die Kommission Anlass zu einer vertieften Prüfung, trifft sie binnen 200 Tagen nach Eingang der Mitteilung eine Entscheidung. Bis die Kommission ihre Prüfung abgeschlossen hat, darf der Bieter, auf den sich die Prüfung bezieht, den Zuschlag nicht erhalten. Es soll insoweit ein Durchführungsverbot bestehen. Dagegen soll der Auftraggeber bereits vor Ablauf der 200-tägigen Frist einem Unternehmen den Zuschlag erteilen können, das erklärt hat, keine drittstaatlichen Subventionen erhalten zu haben, wenn die Angebotsbewertung ergeben hat, dass das betreffende Unternehmen in jedem Fall das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat.

Entscheidung

Kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass ein Unternehmen durch eine drittstaatliche Subvention einen wettbewerbsverzerrenden Vorteil erhält, kann sie dem Unternehmen – bei dessen Kooperationsbereitschaft – Verpflichtungen auferlegen, die die Wettbewerbsverzerrung auf dem Binnenmarkt vollständig und wirksam beseitigen. Allerdings darf dies nicht zu einer Änderung des ursprünglichen Angebots des Unternehmens führen, die mit dem Unionsrecht unvereinbar ist. Bietet das betreffende Unternehmen solche Selbstverpflichtungen hingegen nicht an oder ist die Kommission der Auffassung, dass die in der Verordnung vorgesehenen Verpflichtungen weder geeignet noch ausreichend sind, um die Wettbewerbsverzerrung vollständig und wirksam zu beseitigen,



untersagt sie die Vergabe des Auftrags an das betreffende Unternehmen.

Überprüfung drittstaatlicher Subventionen von Amts wegen

Aber auch unterhalb des Schwellenwertes von 250 Mio. Euro sollen Bieter in Vergabeverfahren Überprüfungen durch die Kommission ausgesetzt werden. Nach diesem dritten Teilinstrument des Verordnungsvorschlags soll die Kommission berechtigt sein, von Amts wegen Untersuchungen einzuleiten. Konkret soll die Kommission von sich aus Informationen aus jeglicher Quelle über möglicherweise wettbewerbsverzerrende drittstaatliche Subventionen prüfen können. Die Kommission soll zum Zwecke ihrer Untersuchung berechtigt sein, vorläufige Maßnahmen anzuordnen, Auskünfte zu verlangen und Nachprüfungen durchzuführen. Im Gegensatz zu Vergabeverfahren, die den Schwellenwert von 250 Mio. Euro erreichen, fehlt es bei von Amts wegen durchgeführten Untersuchungen zwar an einem expliziten Regelungsvorschlag, der ein Durchführungsverbot von Zuschlagsentscheidungen anordnet. Allerdings soll die Kommission vorläufige Maßnahmen ergreifen können, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass eine finanzielle Zuwendung eine drittstaatliche Subvention darstellt, die den Binnenmarkt verzerrt und die ernste Gefahr eines erheblichen und nicht wiedergutmachenden Schadens für den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt besteht. Aufgrund dieser weitgefassten Befugnis ist es denkbar, dass auch innerhalb laufender Vergabeverfahren vorläufige Maßnahmen angeordnet werden, die zu Verzögerungen des Verfahrens führen.

Folgen für die Praxis

Die von der Kommission vorgeschlagene Meldepflicht bei Vergabeverfahren mit einem geschätzten Auftragswert von mind. 250 Mio. Euro wird einen Mehraufwand für Auftraggeber und Bieter bedeuten, da eine zusätzliche Eigenerklärung zu fordern und abzugeben ist und gegebenenfalls zusätzliche Unterlagen einzureichen sind. Vor allem aber kann die Prüfung durch die Kommission gravierende Verlängerungen von großvolumigen Vergabeverfahren zur Folge haben. Zwar wird eine Vorprüfung mit einer Frist von 60 Tagen wohl in aller Regel noch nicht zu

einschneidenden Verzögerungen führen. Sollte es die Kommission dagegen für erforderlich halten, eine eingehende Untersuchung durchzuführen, kann das im Ergebnis zu einer 200-tägigen Wartezeit für die Zuschlagserteilung führen. Dies dürfte eine erhebliche Verzögerung des betreffenden Vergabeverfahrens zur Folge haben, die öffentliche Auftraggeber bei ihrer Beschaffungsplanung künftig berücksichtigen müssten. Aber auch in Vergabeverfahren unterhalb des Schwellenwertes sind Verfahrensverzögerungen durch von Amts wegen eingeleiteter Untersuchungen und die Anordnung vorläufiger Maßnahmen denkbar. Sollte der Verordnungsentwurf Realität werden, kann es insbesondere bei Großinvestitionen der öffentlichen Hand zu Verzögerungen kommen.

2. Auswirkungen auf Zusammenschlussvorhaben

Neben den dargestellten Auswirkungen auf künftige Vergabeverfahren sieht die von der Kommission vorgeschlagene Verordnung zudem bemerkenswerte Neuerungen im Bereich der Fusionskontrolle vor, die es bei Zusammenschlussvorhaben unter Beteiligung von Unternehmen aus Drittstaaten, denen von staatlicher Seite finanzielle Zuwendungen gewährt wurden, künftig im Blick zu halten gilt:

Zusätzlich zu den „üblichen“ fusionskontrollrechtlich bestehenden Anmeldepflichten sieht der Verordnungsvorschlag ein weiteres Anmeldeerfordernis für solche Zusammenschlüsse vor, bei denen

- der unionsweite Umsatz des zu erwerbenden EU-, Unternehmens (oder zumindest eines der beteiligten Unternehmen) **500 Mio. Euro** oder mehr beträgt und
- den beteiligten Unternehmen in den vergangenen 3 Kalenderjahren vor der Anmeldung von einer drittstaatlichen Regierung finanzielle Zuwendungen von mehr als **50 Mio. Euro** gewährt wurden.

Ist ein Zusammenschlussvorhaben hiernach grundsätzlich anmeldepflichtig, darf es nach dem von der Kommission veröffentlichten Verordnungsvorschlag nicht durchgeführt werden, solange es nicht von der Kommission



freigegeben wurde. Dabei hat die Kommission ihre Prüfung nach der vorgeschlagenen Verordnung – anders als im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe – grundsätzlich innerhalb einer Vorprüfphase von 25 Arbeitstagen durchzuführen. Darüber hinaus sieht der Verordnungsvorschlag im Gleichlauf mit den fusionskontrollrechtlichen Vorschriften auch die Möglichkeit vor, bei Bedarf eine eingehende Prüfphase von grundsätzlich 90 Arbeitstagen einzuleiten. In diesem Zusammenhang räumt der Verordnungsvorschlag der Kommission grundsätzlich sowohl das Recht ein, eine angemeldete Transaktion gänzlich zu verbieten als auch die Erteilung einer entsprechenden Freigabe an bestimmte Verpflichtungszusagen der Zusammenschlussbeteiligten zu knüpfen. Insofern bestehen letztlich erhebliche Parallelen zu den der Kommission nach dem europäischen Fusionskontrollregime zustehenden Rechten und Pflichten.

Die in der vorgeschlagenen Verordnung seitens der Kommission vorgesehene Anmeldepflicht ist für künftige Zusammenschlussvorhaben insoweit von erheblicher Bedeutung, als sich hieraus unter Umständen erhebliche Auswirkungen auf die zeitliche Transaktionsplanung ergeben können. Die von der Kommission für anmeldepflichtige Zusammenschlüsse nach dem Verordnungsvorschlag vorzunehmende Prüfung wird künftig bei der Zeitplanung zu berücksichtigen sein. Darüber hinaus wird der vor der Durchführung eines beabsichtigten Zusammenschlussvorhabens aus fusionskontrollrechtlicher Sicht derzeit bestehende Prüfumfang durch die Einführung eines neuen Anmeldeerfordernisses grundsätzlich erweitert. Diese Erweiterung wird bei Zusammenschlüssen in Zukunft insbesondere vor dem Hintergrund zu beachten sein, als der Verordnungsvorschlag die Kommission unter anderem im Fall eines Verstoßes gegen die hiernach bestehende Anmeldepflicht auch zur Verhängung von Bußgeldern berechtigt.

3. Ausblick

Das Europäische Parlament und die Mitgliedstaaten werden den Verordnungsvorschlag der Kommission nun im Rahmen eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erörtern, um dann ggf. eine endgültige Fassung der Verordnung zu erlassen. Am 07. Juni 2021 wurde der Verordnungsentwurf in das Europäische Parlament eingebracht. Nach ihrer Verabschiedung wird die Verordnung unmittelbar in der gesamten EU gelten. Der Umsetzung in nationales Recht bedarf es nicht.

Dr. Friedrich Hausmann

Rechtsanwalt

friedrich.hausmann@gsk.de

Dr. Jenny Mehlitz

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Vergaberecht

Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

jenny.mehlitz@gsk.de

Fabian Schiefner, LL.B.

Rechtsanwalt

fabian.schiefner@gsk.de

Leonie Becker, LL.M.

Rechtsanwältin

leonie.becker@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.

Taunusanlage 21
60325 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



YOUR PERSPECTIVE.

GSK.DE | GSK-LUX.COM