



One Team.
One Goal.

Orth Kluth Newsletter

Die EU-Drittstaatensubventionsverordnung

Noch mehr Aufwand bei M&A-Transaktionen und öffentlichen Ausschreibungen

Staatliche Beihilfen stehen aufgrund ihrer potenziell wettbewerbsverzerrenden Wirkung seit jeher unter strenger Aufsicht der Europäischen Kommission (**Kommission**). Mit dem Beihilfenrecht, das auf die Kontrolle von Subventionen durch die EU-Mitgliedstaaten beschränkt ist, ist die Kommission aber nicht in der Lage, gegen finanzielle Zuwendungen von Drittstaaten an in der EU tätige Unternehmen vorzugehen. Auch die kartellrechtliche Fusionskontrolle hilft hier nicht weiter, weil sie nur sicherstellen soll, dass durch den Zusammenschluss von Unternehmen – nicht aber durch von den Unternehmen erhaltene Subventionen – der Wettbewerb

beeinträchtigt wird. Dies haben zwei Transaktionen verdeutlicht, die trotz Bedenken gegen Wettbewerbsverzerrungen durch die chinesischen Erwerber fusionskontrollrechtlich nicht untersagt werden konnten.

Das Vergaberecht kennt ebenfalls kein Mittel gegen Angebote, die mittels Subventionen von Drittstaaten deutlich unter dem Marktpreis abgegeben werden und so Wettbewerber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge chancenlos lassen. Mit der EU-Verordnung über den Binnenmarkt



verzerrenden drittstaatliche Subventionen (VO (EU) 2022/2560, **DSVO**), die neben dem Kartell-, Beihilfen-, Außenwirtschafts- und Vergaberecht ein eigenständiges Eingriffsinstrumentarium darstellt, hat der EU-Gesetzgeber diese „regulatorische Lücke“ geschlossen. In Kraft getreten ist die DSVO dabei schon zu Beginn des letzten Jahres, ihre volle Wirkung entfaltet sie aber erst seit kurzer Zeit.

Die DSVO etabliert für die Kommission drei verschiedene Instrumente zur Kontrolle von finanziellen Zuwendungen, die in der EU-tätige Unternehmen von Drittstaaten erhalten. Dadurch soll ein „*level playing field*“ für alle auf dem europäischen Binnenmarkt tätigen Unternehmen sichergestellt werden.

Zusammenschlusskontrolle

Die an die Fusionskontrollverordnung angelehnte **Zusammenschlusskontrolle** statuiert eine Anmeldepflicht von M&A-Transaktionen, wenn (i) das Ziel- oder Gemeinschaftsunternehmen in der EU niedergelassen ist und im letzten Geschäftsjahr in der EU einen Gesamtumsatz von mindestens EUR 500 Mio. erzielt hat und (ii) die an dem Zusammenschluss

beteiligten Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren kumulativ drittstaatliche finanzielle Zuwendungen von mehr als EUR 50 Mio. erhalten haben.

Anders als in der EU-Fusionskontrolle wird im Fall von Joint Ventures allerdings nur auf den Umsatz des Joint Ventures abgestellt, nicht auf den der Muttergesellschaften. Damit fallen Neugründungen von Joint Ventures aus dem Anwendungsbereich der DSVO.

Stellt die Kommission der Prüfung fest, dass eine Subvention für die jeweilige Transaktion zu einer Verzerrung des Binnenmarkts führt, kann sie wie in der Fusionskontrolle die Freigabe der Transaktion an Abhilfemaßnahmen knüpfen oder die Transaktion im Extremfall untersagen.

Es gilt eine Prüfungsfrist von zunächst 25 Arbeitstagen (Phase I). Bei Bedenken kann die Kommission in eine eingehende Prüfung mit einer Frist von weiteren 90 Arbeitstagen eintreten (Phase II), wobei Fristverlängerungen möglich sind. Bis zur Freigabe der Transaktion gilt ein Vollzugsverbot.

Meldepflicht bei öffentlichen Vergabeverfahren

Außerdem besteht eine Meldepflicht von drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen für Unternehmen, die an öffentlichen **Vergabeverfahren** innerhalb der EU teilnehmen, wenn (i) der geschätzte Gesamtwert des öffentlichen Auftrags sich auf mindestens EUR 250 Mio. beläuft und (ii) dem teilnehmenden Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren insgesamt finanzielle Zuwendungen von mindestens EUR 4 Mio. pro Drittstaat gewährt wurden. Wird der Auftrag in mehreren Losen

vergeben, muss der Gesamtwert der Lose, für die sich ein Unternehmen bewirbt, darüber hinaus mindestens EUR 125 Mio. betragen.

Stellt die Kommission die (drohende) Verzerrung des Vergabeverfahrens durch die Subventionen fest, kann sie wiederum dem betroffenen Unternehmen Verpflichtungszusagen auferlegen oder sogar den Ausschluss vom Vergabeverfahren anordnen.

Überschreitet dagegen der Auftragswert die o.g. Schwelle von EUR 250 Mio., ohne dass die sich an der Ausschreibung beteiligenden Unternehmen Subventionen von mindestens EUR 4 Mio. erhalten haben, müssen sie statt einer Meldung eine entsprechende Erklärung abgeben und darin bestimmte in den vergangenen drei Jahren erhaltene Subventionen angeben. Der Auftraggeber hat die Meldung, wie auch die Erklärung unverzüglich an die Kommission weiterzuleiten.

Die Prüfungsfrist beträgt zunächst 20 Arbeitstage (Phase I). Für eingehende Prüfungen (Phase II) beträgt die Frist insgesamt 110 Arbeitstage. Auch in diesem Verfahren sind Fristverlängerungen möglich. Während der Prüfung darf der Zuschlag im Vergabeverfahren nicht erteilt werden.

Prüfung von Amts wegen

Über diese beiden an Schwellenwerte geknüpfte Prüfungskompetenzen hinaus ermächtigt die DSVO die Kommission aber auch zu eigenständigen Prüfungen **von Amts wegen**. Hier kann die Kommission ebenfalls Verpflichtungszusagen verlangen oder Abhilfemaßnahmen einseitig auferlegen. In Blick genommen werden

können hier sogar Subventionen der vorangegangenen 10 Jahre.

Materielle Voraussetzungen

Ausgangspunkt der materiellen Prüfung in allen drei Verfahren ist der Erhalt drittstaatlicher Subventionen und ihre Eignung, den Wettbewerb auf dem EU-Binnenmarkt tatsächlich oder auch nur potenziell zu verzerren.

Subventionen sind in diesem Zusammenhang finanzielle Zuwendungen wie etwa zinslose Darlehen oder andere Formen der nicht kostendeckenden Finanzierung, unbegrenzte Garantien, Ausgleichsleistungen, Ausfuhrfinanzierungen, die nicht im Einklang mit dem OECD-Übereinkommen über öffentlich unterstützte Exportkredite stehen, steuerliche Vorzugsbehandlung, Steuerbefreiungen oder direkte Zuschüsse. Diese müssen direkt oder indirekt von einem Drittstaat stammen, auf ein oder mehrere Unternehmen oder Wirtschaftszweige beschränkt sein und einem Unternehmen, das eine Wirtschaftstätigkeit in der EU ausübt, einen Vorteil verschaffen. Der Begriff der Subvention ist also deutlich enger als der Begriff der finanziellen Zuwendung, welche für die (An-)Meldepflichten maßgeblich ist.

Bei der Frage der Verzerrung kann sich die Kommission an bestimmte Indikatoren – etwa Höhe und Zweck der Subventionsgewährung – orientieren und auf ergänzende in der DSVO enthaltene Regelbeispiele zurückgreifen, die eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine wettbewerbsverzerrende Wirkung auf dem Binnenmarkt indizieren. Kern der materiellen Prüfung ist sodann die Abwägung positiver und negativer Auswirkungen der Subventionen.

Ermittlungsbefugnisse und Sanktionen

Die Kommission verfügt für alle drei Verfahrensarten über weitreichende Ermittlungsbefugnisse, wie Auskunftsverlangen, Nachprüfungen oder spezielle Marktuntersuchungen. Verstöße der Unternehmen können mit Bußgeldern von bis zu 10% des weltweiten Unternehmensumsatzes im letzten abgelaufenen Geschäftsjahr geahndet werden.

Einschätzung

Auch wenn der Anlass für die DSVO durchaus nachvollziehbar ist, so birgt sie einige Herausforderungen für die Unternehmen. Detaillierte Vorgaben zu Form, Inhalt und Verfahrenseinzelheiten in Bezug auf Anmeldung bzw. Meldung/Erklärung hat die Kommission in einer entsprechenden Durchführungsverordnung (VO (EU) 2023/1441) konkretisiert. Gleichwohl bleiben Fragen offen. Das gilt vor allem mit Blick auf die aufwändige Dokumentation der drittstaatlichen Zuwendungen, angefangen bei der Frage, was genau unter diesen Begriff fällt. Denn im Fall einer Anmeldepflicht nach der Zusammenschlusskontrolle und einer Meldepflicht bzw. auch nur Abgabe einer Erklärung in öffentlichen Vergabeverfahren sind umfangreiche Informationen über die einzelnen drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen vorzulegen, die die betroffenen Unternehmen in den vorausgegangenen drei Jahren erhalten haben. Eine Blackbox für die Unternehmen ist jedenfalls derzeit auch noch die undurchsichtige Abwägung im Rahmen der materiellen Prüfung. Anhaltspunkte für die Gewichtung einzelner Aspekte enthält die DSVO nicht.

Immerhin hat die Kommission kürzlich erste Erläuterungen zur Zusammenschlusskontrolle veröffentlicht, die ein wenig mehr Klarheit insbes. für die zu berücksichtigten finanziellen Zuwendungen bringen. Mit allgemeinen konkretisierenden Leitlinien darf sich die Kommission allerdings bis 2026 Zeit lassen. Zusätzliche Unsicherheit bringt das Verfahren von Amts wegen, das unabhängig von Schwellenwerten droht.

Dabei gewährt die Kommission keinerlei Schonfrist bei der Anwendung ihrer neuen Befugnisse. So hat sie jüngst ein erstes Phase-II-Verfahren bei einer öffentlichen Ausschreibung eingeleitet (IP/24/887). Und betroffen ist mit CRRC eines der chinesischen Unternehmen, dessen M&A-Vorhaben mit den Mitteln der Fusionskontrolle nicht zu verhindern war und das damit Anlass für die DSVO gab.

Ihre Ansprechpartner



Dr. Michael Sitsen
Rechtsanwalt, Partner

T +49 211 60035-414
michael.sitsen@orthkluth.com



Dr. Moritz Dästner
Rechtsanwalt, Salary Partner

T +49 211 60035-292
moritz.daestner@orthkluth.com



Maria Najdenova
Rechtsanwältin, Salary Partnerin

T +49 211 60035-202
maria.najdenova@orthkluth.com



Mandy Beck, LL.M. (Bristol)
Rechtsanwältin, Associate

T +49 211 60035-253
mandy.beck@orthkluth.com

One Team.
One Goal.