

Vorschlag COM(2021) 223 vom 05. Mai 2021 für eine Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen.

DRITTSTAATLICHE SUBVENTIONEN

cepAnalyse Nr. 3/2022

LANGFASSUNG [[ZUR KURZFASSUNG](#)]

A. WESENTLICHE INHALTE DES EU-VORHABENS	2
1 Hintergrund und Ziele	2
2 Begriffsdefinitionen und Anwendungsbereich	2
3 Von Amts wegen eingeleitete Prüfung drittstaatlicher Subventionen	2
4 Erwerb eines in der EU niedergelassenen Unternehmens.....	3
5 Öffentliche Vergabeverfahren	3
B. JURISTISCHER UND POLITISCHER KONTEXT	4
1 Stand der Gesetzgebung	4
2 Politische Einflussmöglichkeiten	4
3 Formalien	4
C. BEWERTUNG.....	4
1 Ökonomische Folgenabschätzung.....	4
2 Juristische Bewertung	5
2.1 Kompetenz.....	5
2.2 Subsidiarität.....	5
2.3 Verhältnismäßigkeit gegenüber den Mitgliedstaaten	6
2.4 Sonstige Vereinbarkeit mit EU-Recht	6
D. FAZIT	6

A. Wesentliche Inhalte des EU-Vorhabens

1 Hintergrund und Ziele

- ▶ Das Subventionsübereinkommen der Welthandelsorganisation (WTO) (Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen, „ÜSAM“) erlaubt es der EU, Zölle auf subventionierte Warenimporte zu erheben, um Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt zu vermeiden (S. 60).
- ▶ Die Fusionskontrollverordnung [[VO \(EG\) Nr. 139/2004](#)] hat zum Gegenstand die Prüfung von Unternehmenskäufen und -zusammenschlüssen unter dem Aspekt, ob diese wirksamen Wettbewerb in der EU erheblich behindern würden.
- ▶ Die Verordnung für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen [[VO \(EU\) 2019/452](#)]¹ erlaubt die Prüfung ausländischer Direktinvestitionen unter dem Aspekt der Sicherheit und öffentlichen Ordnung.
- ▶ Die EU hat bisher jedoch keine zielgerichteten Instrumente, um Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt durch drittstaatliche Subventionen zu beseitigen, wenn drittstaatlich subventionierte Unternehmen etwa
 - Waren im Binnenmarkt produzieren,
 - im Binnenmarkt niedergelassene Unternehmen erwerben oder
 - sich auf einen öffentlichen Auftrag eines Mitgliedstaats bewerben.
- ▶ Die Verordnung hat zum Ziel, diese regulatorische Lücke zu schließen [Art. 1 (1), (2)].

2 Begriffsdefinitionen und Anwendungsbereich

- ▶ Eine drittstaatliche Subvention ist eine finanzielle Zuwendung eines Drittstaats, die [Art. 2 (1)]
 - auf ein einzelnes Unternehmen oder bestimmte Unternehmen beschränkt ist und
 - diesem bzw. diesen Unternehmen im Binnenmarkt einen Vorteil verschafft.
- ▶ Eine finanzielle Zuwendung ist [Art. 2 (2) (a)]
 - der Transfer von Geldern oder Verbindlichkeiten, z.B. Kapitalzuführungen, Zuschüsse, Ausgleich von Betriebsverlusten, Kredite, Kreditgarantien, steuerliche Bevorzugung oder Schuldenerlasse,
 - der Verzicht auf fällige Einnahmen oder
 - die Bereitstellung oder der Erwerb von Waren oder Dienstleistungen.
- ▶ Eine Verzerrung des Binnenmarkts liegt vor, wenn eine drittstaatliche Subvention geeignet ist, die Wettbewerbsposition des subventionierten Unternehmens im Binnenmarkt zu verbessern, und durch diese Verbesserung der Wettbewerb im Binnenmarkt tatsächlich oder potenziell beeinträchtigt wird [Art. 3 (1)].
 - Zu den Indikatoren, mit denen geprüft wird, ob eine Verzerrung des Binnenmarkts vorliegt, gehören u.a. [Art. 3]
 - die Höhe der Subvention – wobei vermutet wird, dass keine Verzerrung vorliegt, wenn die Subvention in drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren den Gesamtbetrag von 5 Mio. EUR nicht übersteigt –,
 - die Art der Subvention sowie
 - die Situation des Unternehmens und der betreffenden Märkte.
- ▶ Die Verordnung ist nicht anwendbar, wenn die Anwendung völkerrechtlichen Übereinkommen der EU, insbesondere Art. 32.1 ÜSAM, zuwiderliefe [Art. 40 (7)].
- ▶ Die Verordnung ist nicht anwendbar, wenn seit Subventionsgewährung über 10 Jahre vergangen sind [Art. 35 (1)].

3 Von Amts wegen eingeleitete Prüfung drittstaatlicher Subventionen

- ▶ Um zu prüfen, ob einem Unternehmen eine den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subvention gewährt wurde, kann die Kommission von Amts wegen eine Prüfung einleiten.
- ▶ In einer Vorprüfung prüft die Kommission, ob eine binnenmarktverzerrende drittstaatliche Subvention vorliegen könnte [Art. 8]. Bejaht sie dies, leitet sie eine eingehende Prüfung ein [Art. 8 (2), Art. 9].
 - Liegt keine binnenmarktverzerrende drittstaatliche Subvention vor, erhebt sie keine Einwände [Art. 9 (4) (a)].

¹ Siehe Van Roosebeke, B. / Baran, A.-K. (2017), [cepAnalyse 32/2017](#).

- Liegt eine binnenmarktverzerrende drittstaatliche Subvention vor,
 - erhebt die Kommission keine Einwände, wenn die positiven Auswirkungen der Subvention schwerer wiegen als eine Verzerrung auf dem Binnenmarkt [Art. 9 (4) (b)],
 - erklärt die Kommission Maßnahmen für verpflichtend, die das Unternehmen zur Beseitigung der Verzerrung des Binnenmarkts angeboten hat („Verpflichtungsbeschluss“) [Art. 9 (3)], oder
 - legt die Kommission dem Unternehmen Abhilfemaßnahmen auf, die die Verzerrung beseitigen [Art. 9 (2)].

Die Verpflichtungen bzw. Abhilfemaßnahmen können u.a. Folgendes umfassen [Art. 6 (3)]:

- Rückzahlung der drittstaatlichen Subvention,
 - Verringerung der Kapazitäten oder der Marktpräsenz des Unternehmens,
 - Veröffentlichung der Ergebnisse von Forschung und Entwicklung und/oder
 - Rückgängigmachung eines Unternehmenskaufs.
- Im Rahmen der Prüfungen kann die Kommission Informationen aus allen Quellen über mutmaßlich Verzerrungen bewirkende Subventionen prüfen [Art. 7].

4 Erwerb eines in der EU niedergelassenen Unternehmens

- Der Erwerber eines in der EU niedergelassenen Unternehmens muss den Erwerb vor Vollzug bei der Kommission anmelden, wenn
- das erworbene Unternehmen im vorangegangenen Geschäftsjahr einen Umsatz von mind. 500 Mio. EUR erzielt hat und die am Erwerb beteiligten Unternehmen in den drei vorangegangenen Kalenderjahren von Drittstaaten finanzielle Zuwendungen von insgesamt mehr als 50 Mio. EUR erhalten haben [Art. 18 (3), Art. 19 (1), (3)], oder
 - die Kommission dies verlangt, weil sie vermutet, dass die beteiligten Unternehmen in den drei Jahren vor dem Erwerb von drittstaatlichen Subventionen profitiert haben könnten [Art. 19 (5)].

Die Kommission prüft in einer Vorprüfung in 25 Arbeitstagen ab Anmeldung, ob der Erwerb aufgrund einer drittstaatlichen Subvention den Binnenmarkt verzerren könnte. Bejaht sie dies, leitet sie eine eingehende Prüfung ein, in der sie in 90 Arbeitstagen vertieft prüft, ob der Erwerb aufgrund einer drittstaatlichen Subvention den Binnenmarkt verzerrt [Art. 24 i.V.m. Art. 8, Art. 9].

- Verzerrt der Erwerb den Binnenmarkt nicht oder überwiegen die Vorteile der Subvention die Nachteile der Verzerrung, erhebt die Kommission keine Einwände [Art. 24 (3) (b)].
 - Verzerrt der Erwerb den Binnenmarkt, erlässt sie einen Verpflichtungsbeschluss [Art. 24 (3) (a)] oder einen Untersagungsbeschluss [Art. 24 (3) (c)].
 - Hat sie nach 90 Arbeitstagen keinen Beschluss erlassen, darf der Erwerb vollzogen werden [Art. 24 (4)].
- Für Fusionen und die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen gelten analoge Regeln [Art. 18 (1), (2)].

5 Öffentliche Vergabeverfahren

- Unternehmen, die ein Angebot in einem öffentlichen Vergabeverfahren mit einem Wert von mindestens 250 Mio. EUR einreichen, müssen dem Auftraggeber alle drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen der vorgegangenen drei Jahre melden, die sie und Unterauftragnehmer oder Lieferanten, deren Beiträge einen wirtschaftlichen Anteil von über 30% des geschätzten Auftragswerts haben oder deren Teilnahme sonst wesentliche Elemente der Auftrags Erfüllung gewährleistet, erhalten haben [Art. 27 (2), Art. 28 (1), (2)].
- Der Auftraggeber leitet die Meldung unverzüglich an die Kommission weiter [Art. 28 (4)].
- Wenn die Kommission vermutet, dass ein Unternehmen von drittstaatlichen Zuwendungen profitiert hat, kann sie vor Auftragsvergabe jederzeit die Meldung solcher Zuwendungen verlangen, die das Unternehmen [Art. 28 (6)]
- entgegen der Meldepflicht nicht an den Auftraggeber gemeldet hat oder
 - im Rahmen öffentlicher Vergabeverfahren mit einem Wert von weniger als 250 Mio. EUR erhalten hat.
- Die Kommission prüft in einer Vorprüfung, ob eine Verzerrung des Binnenmarkts vorliegen könnte, weil das Unternehmen durch drittstaatliche Subventionen in den vergangenen drei Jahren ein ungerechtfertigt günstiges Angebot einreichen kann [Art. 29 i.V.m. Art. 8, Art. 26]. Bejaht sie dies, leitet sie spätestens 60 Tage nach Eingang der Meldung eine eingehende Prüfung ein, in der sie innerhalb von 200 Arbeitstagen vertieft das Vorliegen einer Verzerrung prüft [Art. 29 i.V.m. Art. 8]. Während der Prüfungen darf der Auftrag nicht vergeben werden [Art. 31].
- Liegt keine Verzerrung des Binnenmarkts vor, erhebt die Kommission keine Einwände [Art. 30 (3)].

- Liegt eine Verzerrung des Binnenmarkts vor, erlässt sie einen Verpflichtungsbeschluss [Art. 30 (1)] oder einen Untersagungsbeschluss [Art. 30 (2)].
- Hat sie nach 200 Arbeitstagen keinen Beschluss erlassen, darf der Auftrag vergeben werden [Art. 31 (2)].

B. Juristischer und politischer Kontext

1 Stand der Gesetzgebung

5.5.2021 Annahme durch Kommission

Offen Annahme durch Europäisches Parlament und Rat, Veröffentlichung im Amtsblatt, Inkrafttreten

2 Politische Einflussmöglichkeiten

Generaldirektionen:	GD Wettbewerb (federführend), GD Binnenmarkt
Ausschüsse des Europäischen Parlaments:	Internationaler Handel (federführend), Berichterstatter: Christophe Hansen (EVP, LUX)
Bundesministerien:	N.N.
Ausschüsse des Deutschen Bundestags:	Wirtschaft (federführend); Recht; Europa
Entscheidungsmodus im Rat:	Qualifizierte Mehrheit (Annahme durch 55% der Mitgliedstaaten, die 65% der EU-Bevölkerung ausmachen)

3 Formalien

Kompetenznorm:	Art. 2017 Abs. 2 AEUV (Gemeinsame Handelspolitik), Art. 114 AEUV (Binnenmarkt)
Art der Gesetzgebungszuständigkeit:	Ausschließliche und geteilte Zuständigkeit (Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 AEUV)
Verfahrensart:	Art. 294 AEUV (ordentliches Gesetzgebungsverfahren)

C. Bewertung

1 Ökonomische Folgenabschätzung

Drittstaatliche Subventionen können zu Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt führen. Zwar bietet das EU-Recht bereits Möglichkeiten, um Unternehmen im Binnenmarkt vor solchen Verzerrungen zu schützen, etwa durch die Erhebung von Antisubventionszöllen. In einigen Fällen besteht diese Möglichkeit jedoch nicht, etwa wenn drittstaatlich subventionierte Unternehmen im Binnenmarkt produzieren, investieren oder an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmen. Die EU-Kommission tut gut daran, diese Regelungslücken zu schließen.

Bei der Definition einer drittstaatlichen Subvention orientiert sich die Kommission an der entsprechenden WTO-Definition. Klarzustellen ist, inwieweit sich die Kommission bei der konkreten Anwendung am WTO-Recht orientiert. Die Vermutung, dass keine Verzerrung des Wettbewerbs im Binnenmarkt vorliegt, sofern die drittstaatliche Subvention 5 Mio. EUR nicht übersteigt, kann zu einer Ungleichbehandlung zwischen drittstaatlich subventionierten Unternehmen und anderen Unternehmen im Binnenmarkt führen. Denn für mitgliedstaatliche Beihilfen sieht das EU-Recht eine Unbedenklichkeitsschwelle von nur 200.000 EUR vor. Allerdings sieht das EU-Beihilfenrecht im Gegensatz zum vorliegenden Verordnungsvorschlag Gruppenfreistellungen vor. Die Rechtssicherheit für Unternehmen würde erhöht, wenn die Liste der Indikatoren, anhand derer das Vorliegen einer Verzerrung des Binnenmarkts geprüft wird, abschließend wäre.

Durch die von Amts wegen eingeleiteten Prüfungen können insbesondere Situationen erfasst werden, in denen drittstaatlich subventionierte Unternehmen den Wettbewerb im Binnenmarkt verzerren, weil sie günstiger als ihre Wettbewerber produzieren oder mehr Investitionen vornehmen können. Dass die EU-Kommission im Rahmen der Prüfung eine Abwägung vornimmt, ob die negativen oder die positiven Auswirkungen einer drittstaatlichen Subvention überwiegen, ist sachgerecht. Denn solche Subventionen führen zwar in der Regel zu Wettbewerbsnachteilen für nicht subventionierte Unternehmen im Binnenmarkt. Verbraucher profitieren allerdings durch niedrigere Preise. Die Kommission sollte bei der Abwägung insbesondere berücksichtigen, ob das drittstaatlich subventionierte Unternehmen über Marktmacht verfügt oder durch die Subvention Marktmacht aufbauen könnte. Denn dann sind die negativen Auswirkungen der Subvention besonders groß. Die Prüfung sollte – unter Berücksichtigung von Geschäftsgeheimnissen – zudem veröffentlicht werden, um Transparenz zu schaffen und so den diskretionären Handlungsspielraum der EU-Kommission zu begrenzen.

Dass der Verordnungsvorschlag als Verpflichtungen und Abhilfemaßnahmen neben einer Rückzahlung der Subvention noch zahlreiche weitere Möglichkeiten vorsieht, ist einerseits notwendig, da die Rückzahlung der Subvention nur selten überwacht werden kann. Allerdings könnten sie Unternehmen davon abhalten, in Forschung und Entwicklung zu investieren bzw. mit einem anderen Unternehmen zu fusionieren, wenn sie befürchten müssen, dass sie rückwirkend die Forschungsergebnisse veröffentlichen müssen bzw. den Unternehmenskauf rückgängig machen müssen. Die Maßnahmen sollten daher nur gewählt werden, wenn eine Rückzahlung nicht überwacht werden kann. Zudem muss sichergestellt werden, dass drittstaatlich subventionierte Unternehmen dadurch nicht schlechter gestellt werden als heimische Unternehmen.

Dass die Kommission die Anmeldung eines Erwerbs verlangen kann, weil sie vermutet, dass die beteiligten Unternehmen in den drei Jahren vor dem Erwerb von drittstaatlichen Subventionen profitiert haben könnten, eröffnet ihr die Möglichkeit, einen Erwerb auch unterhalb der 50 Mio. Euro Schwelle zu prüfen. Dies verringert die Rechtssicherheit für Unternehmen.

2 Juristische Bewertung

2.1 Kompetenz

Soweit die Verordnung Maßnahmen zu Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU trifft, wird sie mit Recht auf die Kompetenz zur autonomen Gemeinsamen Handelspolitik [Art. 207 (2) AEUV] gestützt. Die Maßnahmen zu Unternehmen mit Sitz in der EU lassen sich hingegen aus dem Vorbringen der Kommission nicht auf die Binnenmarktharmonisierungskompetenz [Art. 114 AEUV] stützen. Diese erlaubt zwar prinzipiell Harmonisierungsmaßnahmen auch dann, wenn – wie hier – die Mitgliedstaaten noch keine einschlägigen Regeln erlassen haben. Erforderlich ist aber, dass durch eine heterogene Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften das Entstehen neuer Handelshindernisse wahrscheinlich ist und die zu erlassenden Regeln ihre Vermeidung bezwecken.² Dies ist nicht erfüllt, da laut Eigenaussage der Kommission [S. 7] „nicht ausgeschlossen werden [kann], dass mindestens einige Mitgliedstaaten beschließen könnten, nationale Vorschriften zu verabschieden, wenn die EU nicht tätig wird“.

2.2 Subsidiarität

Die Subsidiaritätsprüfung entfällt in Bezug auf Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU, da die Gemeinsame Handelspolitik ausschließliche EU-Zuständigkeit ist [Art. 3 (1) (e) AEUV]. Unbeschadet dessen, dass Art. 114 AEUV keine taugliche Rechtsgrundlage in Bezug auf Unternehmen mit Sitz in der EU ist, wäre auch hier die Subsidiarität unproblematisch.

² EuGH, Rs. C-376/98 (Deutschland/Parlament und Rat), [ECLI:EU:C:2000:544](https://eur-lex.europa.eu/eli/celex/2000/544), Ziffer 86.

2.3 Verhältnismäßigkeit gegenüber den Mitgliedstaaten

Der Erlass einer Verordnung ist unproblematisch, da Art. 207 (2) AEUV lediglich den Erlass von Verordnungen vorsieht. Die Vollzugszuständigkeit der Kommission ist sachgerecht. Zum einen vollzieht sie bereits das Beihilferecht, zu dem große inhaltliche Ähnlichkeit besteht,³ zum anderen besteht die Gefahr, dass Mitgliedstaaten bei Ausschreibungen durch Zuschlag an Subventionsempfänger selbst in den Genuss der Beihilfe kommen wollen.

2.4 Sonstige Vereinbarkeit mit EU-Recht

Dass die Kommission Informationen aus allen Quellen über mutmaßlich Verzerrungen bewirkende Subventionen prüfen darf, widerspricht Art. 17 (1) der Fusionskontrollverordnung [[VO \(EG\) Nr. 139/2004](#)] und Art. 29 (6) der Verordnung zum Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus Drittstaaten. Diese sehen vor, dass die gemäß der jeweiligen Verordnung erlangten Informationen nur zu dem Zweck verwendet werden dürfen, zu dem sie eingeholt wurden.

Die Verordnung verstößt mehrfach gegen das Rechtssicherheitsprinzip: Erstens kann die Kommission zehn Jahre rückwirkend gegen drittstaatliche Subventionen vorgehen, auch wenn diese zum Zeitpunkt der Gewährung rechtlich einwandfrei waren. Zweitens gewährt die Verordnung der Kommission bei der Abwägung zwischen Marktverzerrung und positiven Auswirkungen der Subvention zu viel Ermessen, da sie nichts dazu sagt, wie diese Abwägung vorzunehmen ist. Drittens kann die Kommission die Anmeldung eines Unternehmenskaufs und die Meldung von Zuwendungen an Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, auch dann verlangen, wenn die Schwellenwerte der Verordnung nicht erreicht sind.

Die Verordnung sollte klarstellen, dass sie in Drittstaaten produzierte subventionierte Waren nicht erfasst. Art. 32.1 ÜSAM – das auf Waren, aber nicht auf Dienstleistungen anwendbar ist – legt fest, dass spezifische Maßnahmen gegen Subventionen eines anderen Vertragsstaats nur im Einklang mit dem ÜSAM und den Bestimmungen des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT) der WTO ergriffen werden dürfen. Maßnahmen wie die in der Verordnung vorgeschlagenen sind dort nicht vorgesehen. Auch wenn die Verordnung festlegt, dass keine Maßnahmen ergriffen werden, die gegen Art. 32.1 ÜSAM verstoßen, sollten aus Drittstaaten importierte Waren zur größeren Klarheit vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen werden.

D. Fazit

Drittstaatliche Subventionen können zu Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt führen. Die EU-Kommission tut gut daran, die bestehenden Regelungslücken zu schließen. Dass die EU-Kommission bei der Prüfung einer drittstaatlichen Subvention eine Abwägung vornimmt, ob die negativen oder die positiven Auswirkungen der Subvention überwiegen, ist sachgerecht. Denn Verbraucher können durch niedrigere Preise profitieren.

Problematisch ist hingegen die Kompetenzgrundlage, denn die Maßnahmen zu Unternehmen mit Sitz in der EU lassen sich nicht auf die Binnenmarktharmonisierungskompetenz stützen. Die Verordnung verstößt außerdem gegen das Rechtssicherheitsprinzip. Denn zum einen kann die Kommission rückwirkend auch gegen Subventionen vorgehen, die Unternehmen in den vergangenen zehn Jahren rechtmäßig erhalten haben. Zum anderen hat die Kommission bei der Prüfung einer drittstaatlichen Subvention zu große diskretionäre Handlungsspielräume. Die Verordnung sollte schließlich klarstellen, dass sie in Drittstaaten produzierte Waren nicht erfasst.

³ Vgl. Gasparotti, A. / Harta, L. (2020), Staatliche Beihilfen zur Milderung des COVID-19 induzierten Wirtschaftsabschwungs, [cepInput](#) 22/2020.