

Drittstaatliche Subventionen im Fokus der Europäischen Kommission

Die Verordnung (EU) 2022/2560
über den Binnenmarkt verzerrende
drittstaatliche Subventionen

Prof. Dr. Albrecht v. Graevenitz

Die *Verordnung (EU) 2022/2560 v. 14.12.2022* gibt der **Europäischen Kommission zentrale Befugnisse**, um **gegen wettbewerbsverzerrende Subventionen dritter Staaten** vorzugehen. Sie wirkt erst seit dem 12.07.2023. Die Verordnung wird **erhebliche Auswirkungen** u.a. auf die **öffentliche Vergabe** und **M&A-Transaktionen** haben, da mit ihr neue Verfahren eingeführt werden. Mit der *DVO 2023/1441 der Europäischen Kommission v. 10.07.2023* hat die Verordnung (EU) 2022/2560 eine Konkretisierung erhalten. Zudem hat die Europäische Kommission einschlägige Hinweise im Internet veröffentlicht.

Dieser Beitrag stellt die genannten Verordnungen vor, ordnet sie ein und spricht einige der zahlreichen mit ihr aufgeworfenen Rechtsfragen an wie folgt:

- A. Einführung [S. 4]
 - I. Ziel: Funktionieren des Binnenmarktes trotz drittstaatlicher Subventionen [S. 4]
 - II. Mittel [S. 5]
 - III. Entstehung [S. 5]
 - IV. Hoher Detailgrad [S. 6]
- B. Anwendungsbereich [S. 7]
 - I. Persönlicher Anwendungsbereich [S. 7]
 - II. Drittstaatliche Subvention [S. 7]
- C. Zentrale behördliche Zuständigkeit der Europäischen Kommission [S. 10]
- D. Auslöser für ein Tätigwerden der Europäischen Kommission [S. 11]
 - I. Übersicht [S. 11]
 - II. Verfahren von Amts wegen [S. 12]
 - 1. Einführung [S. 12]
 - 2. Gegenstände [S. 12]
 - 3. Zweistufiges Verfahren [S. 13]
 - III. FSR-Zusammenschlusskontrolle [S. 14]
 - 1. Einführung [S. 14]
 - 2. Anwendungsbereich [S. 15]
 - a) Vordefinierter Bereich der Anmeldepflicht [S. 15]
 - b) Ausbleibende Anmeldung [S. 16]
 - c) Auferlegte Anmeldepflicht [S. 16]
 - d) Umgehungsverbot [S. 17]
 - e) Keine freiwillige Anmeldung [S. 17]
 - 3. Vorherige Anmeldung und Vollzugsverbot [S. 18]
 - 4. Zweistufiges Verfahren [S. 18]
 - IV. Öffentliche Vergabeverfahren [S. 19]
 - 1. Einführung [S. 19]
 - 2. Anwendungsbereich [S. 20]
 - 3. Ausnahmen [S. 21]
 - 4. Vorherige Meldung oder Erklärung [S. 22]
 - a) Vordefinierter Bereich der Melde-/Erklärungspflicht [S. 22]
 - b) Auferlegte Meldepflicht [S. 23]
 - c) Umgehungsverbot [S. 24]
 - 5. Zweistufiges Verfahren [S. 24]
 - V. Übergreifenden Subventionen [S. 26]
 - VI. Marktuntersuchungen [S. 26]

- E. Materielle rechtliche Prüfungen und Maßnahmen [S. 27]
 - I. Verzerrungen auf dem Binnenmarkt [S. 27]
 - 1. Systematik [S. 27]
 - 2. Ausgangspunkt der materiellrechtlichen Prüfung [S. 27]
 - 3. Kategorien und Indikatoren [S. 28]
 - 4. Prüfung [S. 29]
 - 5. Positive Auswirkungen und Abwägung [S. 29]
 - a) Ausgangspunkt [S. 29]
 - b) Vortrag durch Stakeholder [S. 29]
 - c) Berücksichtigungs- oder Amtsermittlungspflicht der Europäischen Kommission? [S. 30]
 - d) Umfang der Berücksichtigung [S. 30]
 - e) Vorgehen bei ausbleibender Kooperation [S. 31]
 - II. Maßnahmen [S. 31]
 - 1. Optionen [S. 31]
 - 2. Abhilfemaßnahmen bzw. Untersagung [S. 32]
 - a) Abhilfemaßnahmen [S. 32]
 - b) Untersagung / Entflechtungsanordnung i.R.d. Zusammenschlusskontrolle [S. 32]
 - c) Untersagung bezogen auf öffentliche Vergabeverfahren [S. 33]
 - 3. Verpflichtungszusagen [S. 33]
 - 4. Beschluss, keine Einwände zu erheben [S. 34]
 - 5. Wiederaufgreifen [S. 34]
- F. Veröffentlichungen, Zugänglichmachung, Geschäftsgeheimnisse [S. 35]
- G. Übergreifende Regelungen [S. 35]
- H. Zeitliche Geltung [S. 36]
- I. Auslegung und Konkurrenzen [S. 36]
- J. Durchführungsrechtsakte, delegierte Rechtsakte und soft law [S. 37]
- K. Rechtsschutz und (auch nationale) gerichtliche Zuständigkeit [S. 38]
- L. Gesamtbetrachtung und Ausblick [S. 40]

Der Verfasser ist Professor für Zivilrecht an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung – Fachbereich Bundeswehrverwaltung – in Mannheim. Der Beitrag gibt seine persönliche Sichtweise wieder.

A. Einführung

I. Ziel: Funktionieren des Binnenmarktes trotz drittstaatlicher Subventionen

Ende 2020 konnten 1.724 Subventionsmaßnahmen konstatiert werden, die von den fünf wichtigsten EU-Handelspartnern gewährt worden waren. Dabei entfielen auf China 205, auf die USA 999, auf das Vereinigte Königreich 104, auf Russland 414 und auf die Schweiz zwei dieser Maßnahmen. Diese Länder hatten für das Jahr 2018 die folgenden Subventionsbeträge an die WTO gemeldet:

1. China: EUR 520 Mrd.
2. USA: EUR 17 Mrd.
3. Russland EUR 3,8 Mrd.
4. UK EUR 888 Mio.
5. Schweiz EUR 697 Mio.

Die Europäische Kommission sieht Belege dafür, „dass diese gemeldeten Beträge unterschätzt sind.“ Zudem schaffe die „**Verbindung** zunehmender **Subventionierung** und eines hohen Niveaus von **Handels- und Investitionsaktivitäten zwischen der EU und ihren Handelspartnern** ... ein **wachsendes Risiko von Verzerrungen auf dem EU-Binnenmarkt**.“¹ Drittlandsbeihilfen schienen den Binnenmarkt in den letzten Jahren bereits gestört zu haben.² Die Strukturen der EU-Wirtschaftsordnung müssten in einem **Zeitalter systemischer Rivalität** resilienter sein.³

Vor diesem Hintergrund zielt die auf Art. 114, 207 AEUV gestützte

*Verordnung (EU) 2022/2560
des Europäischen Parlaments und des Rates
v. 14.12.2022
über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen⁴*

– auch in deutschen Texten der englischen Bezeichnung *Foreign Subsidies Regulation* folgend als „FSR“ bezeichnet⁵ – auf ein **reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes mit gleichen Wettbewerbsbedingungen** ab; es sollen durch drittstaatliche Subventionen entstandene Verzerrungen angegangen werden (Art. 1 I 1 FSR).

¹ Vgl. hierzu zu diesem Absatz insgesamt Europäische Kommission, VO-Vorschlag COM(2021) 223 final v. 05.05.2021, 1.5.2. und zu China im Besonderen Schäffer, Außenwirtschaftsrecht und Geopolitik: eine Neuorientierung, EuZW 2023, 695-701 (699); Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, VII. VO (EU) 2022/2560, 21. EL 4/2023, Vorbemerkung Rn. 5.

² Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu, abgerufen am 21.08.2023: „In recent years, foreign subsidies appear to have distorted the EU’s internal market, including by providing their recipients with an unfair advantage to acquire companies or obtain public procurement contracts in the EU to the detriment of fair competition.“

³ Europäischen Kommission, Commission work programme 2023, v. 18.10.2022, COM(2022) 548 final: „While multilateralism and the rules-based international order will remain our underlying guiding principles, we must prepare for an age of systemic rivalry in a multipolar world.“; Schäffer (Fn. 1) S. 695.

⁴ ABl. EU L 330 v. 23.12.2022, S. 1-45.

⁵ Andernorts, z.B. bei Soltész, Drittstaatsbeihilfenverordnung und Transaktionspraxis – EU-Kommission gibt Vorgeschmack, NZKart 2023, 121-123, wird die FSR mit „DSVO“ abgekürzt.

Damit ergänzt die FSR das System der Beihilfenkontrolle nach Art. 107 f. AEUV, welches grundsätzlich (nur) EU-mitgliedstaatliche⁶ Beihilfen verhindern soll, welche den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (ErwGr (1), (2), (5), (6) FSR).

Die FSR fügt sich zudem ein in Bündel außenwirtschaftsrechtlicher und geopolitischer Maßnahmen der EU.⁷ So ergänzt die FSR auch die VO (EU) 2022/1031⁸ zum Internationalen Procurement Instrument (IPI), welche es der „Europäischen Kommission ermöglicht, Untersuchungen von mutmaßlich restriktiven Maßnahmen oder Vergabepraktiken eines Drittlandes einzuleiten und Konsultationen mit dem betreffenden Land über die Öffnung seines Marktes für öffentliche Aufträge aufzunehmen.“⁹

II. Mittel

Mit der FSR wurde ein „harmonisierter Rahmen“ mit „Regeln und Verfahren für die Prüfung drittstaatlicher Subventionen“ geschaffen, um Verzerrungen zu beseitigen (Art. 1 I FSR). Hierfür sieht die Verordnung **drei Säulen** vor:

1. Allgemeine Untersuchungs- und Eingriffsbefugnisse von Amts wegen sowie Vorabprüfungs- und Eingriffsmechanismen bezogen auf
2. öffentlichen Vergabeverfahren und
3. Unternehmenszusammenschlüsse.

Zentral zuständige Behörde ist dabei jeweils die Europäische Kommission.

III. Entstehung

Die Entstehung der FSR wurde durch das Weißbuch „Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten“ der Europäischen Kommission v. 17.06.2020 (COM(2020) 253 final) initiiert. Ansatzpunkt war die Beobachtung, dass die EU das „weltweit wichtigste Ziel ausländischer Direktinvestitionen“ sei. Die Offenheit der EU für Handel und Investitionen müsse „mit Fairness und berechenbaren Regeln einhergehen“. Die Europäische Kommission sah staatlich geförderte unlautere Handelspraktiken, „bei denen die Marktkräfte außer Acht gelassen und die bestehenden internationalen Regeln mit dem Ziel missbraucht werden, eine marktbeherrschende Stellung in verschiedenen Wirtschaftszweigen aufzubauen“. Drittstaatliche Subventionen könnten „eine verzerrende Wirkung auf den EU-Binnenmarkt ausüben“ und dem „fairen Wettbewerb zum Vorteil der Begünstigten“ schaden.¹⁰ Das Weißbuch enthält Beispiele für drittstaatliche Subventionen, die aus Sicht der Europäischen Kommission „den fairen Wettbewerb im Binnenmarkt zu untergraben

⁶ Europäische Kommission, Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 11, 48; MüKoEuWettbR/Säcker, 4. Aufl. 2022, Teil 1. Grundlagen Rn. 14; Linke, Wirkungen der neuen Drittstaatensubventionsverordnung im Vergabeverfahren, NZBau 2023, 427-432 (427).

⁷ Übersicht bei Schäffer (Fn. 1).

⁸ VO (EU) 2022/1031 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.06.2022 über den Zugang von Wirtschaftsteilnehmern, Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum Unionsmarkt für öffentliche Aufträge und Konzessionen und über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Wirtschaftsteilnehmern, Waren und Dienstleistungen aus der Union zu den Märkten für öffentliche Aufträge und Konzessionen von Drittländern, ABl. L 173 v. 30.6.2022, S. 1-16.

⁹ BKartA, TB 2021/22, BT-Drs. 20/7300 v. 26.07.2023, S. 145.

¹⁰ Europäische Kommission, Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 5.

scheinen“ und stellt insoweit Regelungslücken im EU-Recht fest. So seien das

1. EU-Wettbewerbsrecht (einschließlich des Beihilfenrechts), die
2. Handelspolitik der EU, der
3. EU-Rechtsrahmen zum öffentlichen Auftragswesen sowie die Regelungen der
4. EU-Finanzierung

nicht hinreichend, um erschöpfend „faire Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt gewährleisten“ zu können.¹¹

Nach der dazu geführten öffentlichen Debatte mit zahlreichen Stellungnahmen verschiedener Stakeholder, einem Bericht der Europäischen Kommission vom 06.10.2020 und weiteren Anhörungen veröffentlichte die Europäische Kommission am 05.05.2021 einen Verordnungsentwurf (COM(2021) 223 final) gefolgt von einer Einigung von Rat und Parlament am 30.06.2022 sowie der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments am 10.11.2022¹² sowie vom Rat am 28.11.2022.¹³ Die Verordnung trat am 12.01.2023 in Kraft mit wesentlicher Wirkung ab dem 12.07.2023 bzw. dem 12.10.2023 (Art. 54 FSR).

Ergänzt wird die FSR auf der Grundlage von Art. 47 FSR mittlerweile durch die

*Durchführungsverordnung (EU) 2023/1441
der Europäischen Kommission
v. 10.07.2023
zur Festlegung detaillierter Vorschriften für die
Durchführung von Verfahren nach der FSR¹⁴
(im Folgenden „DVOds“)¹⁵*

IV. Hoher Detailgrad

FSR und DVDdS weisen – wie es für EU-Regelungen nicht unüblich ist – einen hohen Detailgrad auf. Dies mag bei Einzelproblemen hilfreich sein, macht die Verordnungen aber auch sehr unübersichtlich.

Es tritt hinzu, dass der Unionsgesetzgeber einiges Beabsichtigtes nur in den (leider auch sehr umfangreichen und unübersichtlichen) Erwägungsgründen (ErwGr), nicht aber im Regelungsteil der FSR aufgenommen hat. ErwGr stellen allerdings keine eigenständige Regelung dar, sondern haben (eigentlich) nur die Funktion einer Auslegungshilfe.¹⁶ Insoweit bleibt abzuwarten, inwieweit die (teils auch im Folgenden erwähnten) ErwGr praxisrelevant werden.

¹¹ Europäische Kommission, Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 6, 10 ff., 47 ff.

¹² ABl. EU C 161 v. 05.05.2023, S. 23-25.

¹³ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Vorbemerkung Rn. 4 sowie Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu, abgerufen am 20.08.2023, mit weiteren Details und verlinkten Dokumenten zum Entstehungsprozess.

¹⁴ ABl. EU L 177 v. 12.07.2023, S. 1-44.

¹⁵ Vgl. zum Entstehungsprozess der DVOds Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu, abgerufen am 21.08.2023.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 11.06.2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 – Inspecteur van de Belastingdienst, Rn. 31; v. Graevenitz, Wettbewerbsrecht: Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, EuZW 2020, 622 bzw. 630-632 (631).

B. Anwendungsbereich

I. Persönlicher Anwendungsbereich

Die FSR soll drittstaatliche Subventionen erfassen, die **Unternehmen** gewährt werden, **welche eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt ausüben** (Art. 1 II 1, Art. 3 I FSR). Eine solche wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt soll **auch** beim **Kontrollerwerb** über bzw. bei einer **Fusion** mit einem in der EU niedergelassenen Unternehmen sowie bei der **Teilnahme an einem öffentlichen Vergabeverfahren in der EU** anzunehmen sein (Art. 1 II 2, Art. 2 Nr. 3 FSR).

Der **Unternehmensbegriff** ist dabei in der FSR selbst nur **für den Bereich öffentlicher Vergabe** durch Verweis auf Regelungen des EU-Vergaberechts **definiert** (Art. 2 Nr. 1 FSR).¹⁷ Im Übrigen scheint es nahezuliegen, auf den wettbewerbsrechtlichen, funktionalen Unternehmensbegriff¹⁸ zurückzugreifen.¹⁹ Erfasst werden im Rahmen der FSR allerdings ausdrücklich auch öffentliche Unternehmen, die der direkten oder indirekten Kontrolle eines Staates unterliegen (Art. 1 II 1 FSR).²⁰

II. Drittstaatliche Subvention

Die FSR erfasst drittstaatliche Subventionen, bei denen

- „ein Drittstaat direkt oder indirekt eine finanzielle Zuwendung gewährt, die
- einem Unternehmen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt ausübt,
- einen Vorteil verschafft und
- die rechtlich oder faktisch auf ein einzelnes Unternehmen oder einen einzelnen Wirtschaftszweig oder mehrere Unternehmen oder Wirtschaftszweige beschränkt“ ist (Art. 3 I FSR; Gliederung nur hier).

Diese Bedingungen sind **kumulativ** zu verstehen (ErwGr (11) FSR)²¹ und sollen weitgehend dem Subventionsverständnis aus dem EU-Beihilfenrecht, der VO (EU) 2016/1037²² sowie des sektorspezifischen Antisubventionsrechts²³ entsprechen.

¹⁷ Dazu Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 2 Rn. 2.

¹⁸ Vgl. dazu etwa Immenga/Mestmäcker/Zimmer, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 9 ff.; Immenga/Mestmäcker/Schweitzer/Mestmäcker, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 107 Abs. 1 Rn. 10.

¹⁹ So auch Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 1 Rn. 3 und Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 20 Rn. 7 ff., 50.

²⁰ Zum Begriff und der Problematik öffentlicher Unternehmen im Kontext der FSR-Zusammenschlusskontrolle Scholke/Gayk/Trapp, Verordnung über wettbewerbsverfälschende Subventionen aus Drittstaaten – Neue Hürden für M&A Deals?, NZKart 2022, 622-628 (624 f.).

²¹ Vgl. zu den Vorüberlegungen zur Begriffsbestimmung Europäische Kommission, Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 55 f.

²² VO (EU) 2016/1037 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 08.06.2016 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern, ABl. L 176 v. 30.6.2016, S. 55-91, zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2020/1173 der Europäischen Kommission v. 04.06.2020 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1036 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern und der Verordnung (EU) 2016/1037 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern hinsichtlich der Dauer des Vorunterrichtungszeitraums, C/2020/3338, ABl. EU L 259 v. 10.8.2020, S. 1-4. Vgl. auch Reiter, Zum Begriff der wettbewerbsverzerrenden drittstaatlichen Subvention im Sinne der Foreign Subsidies Regulation, EuZW 2023, 596-601 (597).

²³ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 3 Rn. 1 ff. mit Details.

Der Begriff der „**finanziellen Zuwendung**“ ist sehr breit angelegt und erfasst positive, verbleibenden Zuwendungen (geldlich oder in Form von Waren oder Dienstleistungen) sowie Kredite und sonstige Maßnahmen, wie z.B. Steueranreize/-befreiungen, Garantien oder Schuldenerlasse (Details: Art. 3 II 1, ErwGr (12), (13), (15), (16) FSR).²⁴

Erfasst werden damit nicht nur klassische Subventionen, sondern etwa auch Austauschverträge mit Drittstaaten.²⁵ Gleichgültig soll es nach Auffassungen in der Literatur²⁶ dabei grundsätzlich auch sein, ob diese zu marktmäßigen Bedingungen zustanden gekommen sind.²⁷ Als „**Vorteil**“ soll nach ErwGr (11), (13) FSR allerdings nur angesehen werden, was „unter normalen Marktbedingungen nicht hätte erlangt werden können“ (ErwGr (13), (14) FSR mit weiteren Details; vgl. dazu Art. 16 III FSR, Anhang I [Form FS-CO] Rn. 5.2.7 und Fn. 11, Anhang II [Form FS-PP] Rn. 3.2.7 DVODSS).²⁸

Dennoch wird befürchtet, dass die sehr breite Anlage des Begriffs der „finanziellen Zuwendungen“ auch Maßnahmen erfassen könnte, die in anderem Kontext nicht als Subvention wahrgenommen würden.²⁹

²⁴ S. dazu auch Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu/Q&A), abgerufen am 21.08.2023, sowie Linke (Fn. 6) S. 429 und Reiter (Fn. 22) S. 598 ff.

²⁵ Linke (Fn. 6) S. 429.

²⁶ Linke (Fn. 6) S. 429 mit Verweis auf Soltész (Fn. 5) S. 122; vgl. dazu auch Reiter (Fn. 22) S. 598 f.

²⁷ Siehe dazu auch Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu/Q&A), abgerufen am 21.08.2023, wo es einerseits zur Frage „14. (Added on 12 July 2023) Are agreements between undertakings and governments in certain fields such as national security of defence subject to the notification obligation even if they are considered confidential or classified under the laws of the third country?“ u.a. heißt (Unterstreichung nur hier): „... those agreements in principle do not need to be reported if the provision of products takes place at market terms ...“ (Vollzitat der Fundstelle unten Fn. 37). Andererseits wird zu Frage 9 ausgeführt (Unterstreichung nur hier):

„If an undertaking sells its products or services to a third country (including sales to public authorities as well as to public or private entities whose actions can be attributed to the third country), the sales income constitutes a ‘foreign financial contribution’ within the meaning of Article 3(2) of Regulation (EU) 2022/2560, which counts for determining whether the notification threshold for concentrations set out in Article 20(3)(b) of Regulation (EU) 2022/2560 is met, regardless of whether the conditions of the sale are in line with normal market conditions.

However, as indicated in the Form FS-CO published as Annex I to the Commission Implementing Regulation (point 6(c) of the Table), the provision/purchase of goods/services (except financial services) at market terms in the ordinary course of business do not need to be reported in the notification, unless they fall into any of the categories of Article 5 of Regulation (EU) 2022/2560. However, the Commission may, based on a case-by-case assessment, require additional information on those transactions at any stage of the assessment.

A financial contribution that has been provided – directly or indirectly – by a third country constitutes a ‘foreign subsidy’ within the meaning of Article 3(1) of Regulation (EU) 2022/2560 if the financial contribution in question confers a benefit on one or more undertakings engaging in an economic activity in the internal market; and if such benefit is limited, in law or in fact, to one or more undertakings or industries. In this sense, the sale of goods or services at market prices is not considered a foreign subsidy, as there is no ‘benefit’ attached to it. This would be the case, for instance, of the provision of goods or services following a genuinely competitive, transparent and non-discriminatory tender procedure, which are presumed to be in line with normal market conditions.“

Vgl. dazu Molestina/Gülmez, Die EU-Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen (Drittstaatensubventionsverordnung – DSVO) – Auswirkungen auf die Transaktionspraxis, BB 2023, 1475-1482 (1477).

²⁸ Zum Begriff des Vorteils auch Reiter (Fn. 22) S.598 sowie Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 3 Rn. 8.

²⁹ Soltész (Fn. 5) S. 122.

Hinsichtlich der **Beschränkung auf „ein einzelnes Unternehmen oder einen einzelnen Wirtschaftszweig oder mehrere Unternehmen oder Wirtschaftszweige“** kann auf das aus dem Beihilfen- und Antisubventionsrecht bekannte Kriterium der Selektivität/Spezifität der Zuwendung zurückgegriffen werden.³⁰

„**Drittstaaten**“ sind alle Staaten außerhalb des Geltungsbereichs der EU-Verträge, also alle nicht von Art. 52 I EUV, Art. 355 AEUV erfassten Staaten und Gebiete sowie das Vereinigte Königreich mit Nordirland.³¹ Damit sind auch die EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen Drittstaaten,³² nicht aber internationale Organisationen wie die Weltbank, wenn sie direkte Zuwendungen erteilen, die einem Drittstaat nicht zugeordnet werden können.³³

Die **Quelle der „finanziellen Zuwendung“** des Drittstaats kann eine Behörde oder die Regierung eines Drittstaats sein, aber auch eine andere öffentliche oder private Einrichtung, welche einem Drittstaat zugerechnet werden kann (Details: Art. 3 II 2, ErwGr (12) FSR).³⁴

In ErwGr (10), (41) hat der Unionsgesetzgeber (wohl zu Art. 2 III lit. c FSR) klargestellt, dass öffentliche Aufträge in den Bereichen **Verteidigung und Sicherheit**,

1. die unter die RL 2009/81/EG³⁵ „fallen und die von jener Richtlinie ausgenommen sind“ oder
2. „bei denen die Bedingungen für die Anwendung von Artikel 346 AEUV erfüllt sind“, nicht unter die FSR fallen sollen, wobei auf eine enge Anwendung der Ausnahmeregelungen gedrungen wird.³⁶ Sonstige öffentliche Aufträge aus dem Anwendungsbereich der

³⁰ Reiter (Fn. 22) S. 599; Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 3 Rn. 10 mit Details.

³¹ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 3 Rn. 4.

³² S. dazu Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu (Q&A)), abgerufen am 21.08.2023, wo es zur Frage „12. (Updated on 12 July 2023) Are foreign financial contributions granted by EEA EFTA countries (Iceland, Lichtenstein and Norway) relevant for the notification obligation?“ heißt:

„All foreign financial contribution granted by countries that are not EU Member States (thus including those granted by EEA EFTA countries) count for determining whether the notification threshold for concentrations set out in Article 20(3)(b) of Regulation (EU) 2022/2560 is met. Therefore, notifying parties are in principle obliged to report these financial contributions in their notification, subject to the reporting thresholds and exceptions set out in the Form FS-CO published as Annex I of the Commission Implementing Regulation. However, during pre-notification discussions, the Commission may dispense the notifying parties, upon request, with the obligation to provide certain information which is not necessary for the examination of the case. For more information on how waivers may be granted, please see the recitals 9-11 of the Introduction to the Form FS-CO published as Annex I to the Commission Implementing Regulation.“ Auch Molestina/Gülmez (Fn. 27) S. 1478 sehen die EFTA-Staaten als Drittstaaten an.

³³ S. dazu Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu (Q&A)), abgerufen am 21.08.2023, wo es heißt: „Direct financial contributions from international organisations such as the World Bank may not be attributable to a third country, and therefore should not be considered as foreign financial contributions.“

³⁴ S. dazu auch Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu (Q&A)), abgerufen am 21.08.2023, sowie Reiter (Fn. 22) S. 597 f.

³⁵ Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.06.2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl. EU L 216 v. 20.08.2009, S. 76-136, zuletzt berichtigt ABl. EU L 192 v. 21.07.2022, S. 36-36.

³⁶ ErwGr (41) FSR: „... wobei beispielsweise beachtet werden sollte, dass die Möglichkeit, von solchen Ausnahmen Gebrauch zu machen, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nur so weit in Anspruch genommen werden sollte, wie dies zur Wahrung der nach den genannten Artikeln als legitim anerkannten Interessen unbedingt erforderlich ist; zudem sollte dazu die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 AEUV auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern beachtet werden.“ Die Bezugnahme dieser ErwGr des Unionsgesetzgebers auf Mitteilungen der Kommission führt damit zu einer Aufwertung dieser Mitteilungen, ohne sie zu hard law zu machen; dennoch ist dieses Vorgehen fragwürdig, vgl.

RL 2009/81/EG sollen dagegen von der FSR erfasst sein (Art. 1, Art. 2 III lit. c, Art. 28 III, ErwGr (41), (52) FSR).

Anwendbar ist die FSR im Grundsatz auch für Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Regierungen im **Bereich nationaler Sicherheit und Verteidigung**, die **nach drittstaatlichem Recht als vertraulich oder eingestuft** gelten.³⁷

C. Zentrale behördliche Zuständigkeit der Europäischen Kommission

Die ausschließliche Zuständigkeit für die behördliche Anwendung der FSR liegt bei der Europäischen Kommission wobei die Zuständigkeit innerhalb dieser Behörde bedauerlicherweise gespalten ist.³⁸

Mit der zentralen behördlichen Zuständigkeit der Europäischen Kommission beabsichtigt der Unionsgesetzgeber die Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs sowie einer kohärenten

dazu v. Graevenitz, Wider die Verrechtlichung von soft law der Europäischen Kommission, ZRP 2019, 75-28; v. Graevenitz, Sicherung der einheitlichen Anwendung des Wettbewerbsrechts: Zusammenarbeit zwischen Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten, 2017/2018, [urn:nbn:de:0246-opus4-31861](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0246-opus4-31861), S. 276-306.

³⁷ S. dazu Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu (Q&A), abgerufen am 21.08.2023, wo es zur Frage „14. (Added on 12 July 2023) Are agreements between undertakings and governments in certain fields such as national security of defence subject to the notification obligation even if they are considered confidential or classified under the laws of the third country?“ heißt:

„If an undertaking provides its products or services to a third country, the income generated from these sales constitutes a ‘foreign financial contribution’ within the meaning of Article 3(2) of Regulation (EU) 2022/2560, which counts for determining whether the notification threshold concerning foreign financial contributions for concentrations set out in Article 20(3)(b) of Regulation (EU) 2022/2560 is met. This also applies to contracts in the national security or defence field, or in any other field, even if those were subject to confidentiality obligations under the laws of that third country.

Whether any information in any of those sales contracts in the national security and defence field or which could be subject to confidentiality obligations must be reported under the notification for concentrations is clarified in the Form FS-CO published as Annex I to the Commission Implementing Regulation.

In particular, according to the Form FS-CO, detailed information on such sales contracts would need to be included by the notifying parties in the notification only if the provision of goods or services under those contracts falls into any of the categories listed in Article 5(1), points (a) to (d) of Regulation (EU) 2022/2560 (most likely to distort the internal market).

If the provision of goods or services under those contracts does not fall into any of the categories listed in Article 5(1) of Regulation (EU) 2022/2560, those agreements in principle do not need to be reported if the provision of products takes place at market terms (for example, if the provision of goods is carried out following a competitive, transparent and non-discriminatory tender procedure). In all other cases, only an overview of those contracts – together with all other financial contributions of the same type – should be included in the Table in reply to Section 5.3 of the Form FS-CO.

In any case, for those situations in which the provision of goods or contracts under those contracts needs to be included in the notification form, the Commission may during the pre-notification contacts dispense the notifying parties, upon reasoned request, with the obligation to provide certain information on those financial contributions, taking into account the circumstances of the case, such as the type of agreement, the sectors affected by the concentration, other financial contributions granted to the notifying parties or the target, and the scope of application and obligations imposed by the laws of the third country in question.”

³⁸ Innerhalb der Europäischen Kommission wird v.a. die **GD Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU (DG GROW)** für öffentliche Vergabeverfahren und die **GD Wettbewerb (DG COMP)** für (sonstige) Verfahren von Amts wegen und für die FSR-Zusammenschlusskontrolle zuständig sein; Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu (Übersicht) und competition-policy.ec.europa.eu (Q&A) dort Frage 16, beide abgerufen am 21.08.2023. Eine vereinheitlichende Wirkung könnte allerdings dem **Juristischen Dienst** der Europäischen Kommission zukommen.

Anwendung der FSR (ErwGr (8) FSR),³⁹ wobei selbstverständlich eine wirksame Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Kommission erwartet wird (ErwGr (58) FSR).

Die **behördliche Zuständigkeit** der Europäischen Kommission ist von der **gerichtlichen Zuständigkeit** der EU- und nationalen Gerichte für die Anwendung der FSR⁴⁰ zu unterscheiden.

Neben der Anwendung der FSR ist **allerdings** ein paralleles **nationales außenwirtschaftliches Verfahren** nach nationalem Recht und der EU-Screening-VO (EU) 2019/452⁴¹ nicht ausgeschlossen (Art. 10 II, Art. 25 I, Art. 44 III FSR). Gleiches gilt ggf. für **andere nationale Instrumente** wie die wettbewerbliche Zusammenschlusskontrolle (z.B. in Deutschland §§ 35 ff. GWB⁴²) oder sektorspezifische Anmelde-, Notifikations- oder Genehmigungsverfahren.

D. Auslöser für ein Tätigwerden der Europäischen Kommission

I. Übersicht

Anders als bei der Regelungssystematik von Art. 107 f. AEUV für staatlichen Beihilfen, die von einem Mitgliedstaat gewährt werden, bei denen ein präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt geregelt ist,⁴³ gelten drittstaatliche Subventionen nach der FSR zunächst nicht als verboten (ErwGr (17) S. 2 FSR).

Die Europäische Kommission kann aber auf der Grundlage der FSR „jegliche drittstaatliche Subvention in einem Wirtschaftszweig, soweit sie in den Anwendungsbereich dieser

³⁹ Eine kohärente Anwendung des EU-Recht setzt allerdings gerade nicht seine zentrale Anwendung voraus; vielmehr erweist sich, dass im EU-Wettbewerbs-, -Beihilfen- und -Fusionskontrollrecht eine kohärente Anwendung auch dann möglich ist, wenn der selbe Sachverhalt sowohl von der Europäischen Kommission als auch von nationalen (Zivil-) Gerichten oder Behörden EU-rechtlich behandelt wird, vgl. ausführlich v. Graevenitz (Fn. 36 „Sicherung“). Im Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 25 ff., 38 ff., hatte die Europäische Kommission denn auch noch eine zentrale und dezentrale, mitgliedstaatliche Durchsetzung der FSR vorgeschlagen, bei der die Kohärenz (nur) mit Koordinierungsmaßnahmen gewährleistet werden sollte (nur für die Zusammenschlusskontrolle wurde von vorneherein eine zentrale Zuständigkeit der Kommission vorgesehen, S. 35). Das Argument für eine dezentrale Befassung aufgrund profunder Kenntnis der Mitgliedstaaten „der Funktionsweise ihrer Heimatmärkte“ (S. 25) konnte sich offenbar nicht durchsetzen.

⁴⁰ Dazu unten unter K.

⁴¹ VO (EU) 2019/452 der Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.03.2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. EU L 79 I v. 21.03.2019, S. 1-14; diese VO wurde zuletzt geändert durch die Delegierte Verordnung (EU) 2021/2126 der Kommission v. 29.09.2021 zur Änderung des Anhangs der Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. EU L 432 v. 03.12.2021, S. 1-6.

S. zur entsprechenden Außenwirtschaftskontrolle nach AWG z.B. MüKoAktG/Ego, 5. Aufl. 2021, Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassungsfreiheit Rn. 770 ff.; Schipke/Sichla, Die sektorspezifische Kontrolle und die EU-Screening-Verordnung, EuZW 2023, 559-564 sowie auch Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 14 ff.

⁴² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung v. 26.06.2013 (BGBl. 2013 I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes v. 23.06.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 167) geändert worden ist (GWB).

⁴³ Dauses/Ludwigs/Thile, EU-WirtschaftsR-HdB, 58. EL April 2023, H.III. Staatliche Beihilfen Rn. 161; Groeben, von der/Schwarze/Annette Kliemann, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 107 Rn. 2.

Verordnung fällt, **von Amts wegen**“ prüfen (ErwGr (8), (27) FSR). Darüber hinaus wird die Europäische Kommission bei großen **Zusammenschlüssen** (M&A-Transaktionen, Fusionen und Übernahmen) und größeren **öffentlichen Vergabeverfahren** auf der Grundlage einer (verpflichtend durchzuführenden) vorherigen Anmeldung bzw. Meldung seitens des jeweiligen Unternehmens tätig (Vorabprüfungsmechanismus, ErwGr (8), (57) FSR). Auch sind **Marktuntersuchungen** möglich (Art. 36, ErwGr (59) FSR).

II. Verfahren von Amts wegen

1. Einführung

Die Europäische Kommission kann auf eigene Initiative, also **von Amts wegen** tätig werden (Art. 9 I FSR). Dieses Verfahren wird von der Europäischen Kommission auch „**general investigation tool**“ oder „**ex-officio**“-Verfahren genannt.⁴⁴

Auch wenn die Mitgliedstaaten oder natürlichen oder juristischen Personen und Vereinigungen der Europäischen Kommission Informationen „über mutmaßliche drittstaatliche Subventionen, die den Binnenmarkt verzerren, übermitteln“, soll die Europäische Kommission mit dem Verfahren von Amts wegen agieren können (ErwGr (27), (36), (41), (54), Art. 35 FSR).⁴⁵

2. Gegenstände

Das Verfahren von Amts wegen ist letztlich ein **Auffanginstrument**, welches zur Anwendung kommen soll, wenn die besonderen FSR-Verfahren der Zusammenschlusskontrolle⁴⁶ und für öffentliche Aufträge⁴⁷ nicht greifen. So sollen über das Verfahren von Amts wegen beispielsweise „**greenfield investments**“ erfasst werden können.⁴⁸

Aber auch „**bereits vollzogene Zusammenschlüsse oder bereits vergebene öffentliche Aufträge**“ können über ein Verfahren von Amts wegen aufgegriffen werden (ErwGr (36), (41), Art. 9 II UA 1 FSR), es sei denn, diese wurden bereits im Rahmen des Vorabprüfungsmechanismus geprüft (ErwGr (57) FSR).⁴⁹ Solche Prüfungen **dürfen** allerdings „**nicht zur Aufhebung der Entscheidung über die Vergabe eines Auftrags oder zur Kündigung eines Auftrags führen**“ (Art. 9 II UA 2 FSR).

⁴⁴ Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu, abgerufen am 21.08.2023.

⁴⁵ Insoweit wird auch über eine spezielle Kontaktstelle nachgedacht (ErwGr (27) FSR).

⁴⁶ S.u. D.III.

⁴⁷ S.u. D.IV.

⁴⁸ Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu, abgerufen am 20.08.2023. Das Übersetzungstool der Europäischen Kommission übersetzt den Begriff der „greenfield investments“ mit „Greenfield-Investitionen“. Vgl. hierzu etwa IFW Kiel, POLICY BRIEF NR. 123 | APRIL 2019, S. 10: „Bei Direktinvestitionen unterscheidet man typischerweise zwischen Greenfield und M&A (auch: Brownfield), wobei unter Greenfield-Investitionen entweder die Schaffung neuer wirtschaftlicher Aktivität von Grund auf oder die Ausweitung der vorhandenen Aktivität im Zielland durch einen ausländischen Investor verstanden wird. So kommt es durch eine Greenfield-Investition stets zu einem direkten Anstieg der ökonomischen Aktivität, was bedeutet, dass damit oftmals die Schaffung neuer Arbeitsplätze und Wirtschaftswachstum einhergehen. Hingegen handelt es sich bei M&A-Investitionen primär um grenzüberschreitende Zukäufe und Zusammenschlüsse bereits existierender Firmen.“

⁴⁹ So auch Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 40.

Von Amts wegen sollten auch die **Zusammenschlussvorhaben und Teilnahmen an öffentlichen Vergabeverfahren** aufgegriffen werden können, die die **Schwellenwerte** oder andere Voraussetzungen für die FSR-Zusammenschlusskontrolle bzw. für das FSR-Verfahren für öffentliche Aufträge **nicht erfüllen**.⁵⁰ Damit dürften auch dem **Unterschwellenvergaberecht** unterfallende Vergabeverfahren von der Europäischen Kommission aufgegriffen werden können. Ein Aufgreifen soll auch dann möglich sein, wenn eine FSR-Zusammenschlusskontrolle wegen der Drei-Jahres-Regelung in Art. 19 S. 2 FSR nicht möglich ist.⁵¹

Das vorstehend beschriebene Damokles-Schwert eines nachträglichen Aufgreifens bereits beendeter Vergabeverfahren und vollzogener Zusammenschlüsse führt zu einer **bedeutsamen Rechtsunsicherheit** für die betroffenen Unternehmen.⁵²

3. Zweistufiges Verfahren

Zur Untersuchung sieht die FSR ein **zweistufiges Verfahren** bestehend aus einer Vorprüfung und einer eingehenden Prüfung vor (Art. 10, Art. 11, ErwGr (27) FSR) und ähnelt damit etwa der Gestalt der Verfahrensordnung im Rahmen der FKVO.⁵³

Dabei hat die Europäische Kommission bereits in der **Vorprüfung** weitgehende Befugnisse, die an Mittel erinnern, die der Europäischen Kommission etwa im EU-Wettbewerbsrecht zur Verfügung stehen, u.a. **Auskunftsverlangen sowie Nachprüfungen (einschließlich Durchsuchungen und Befragungen)**; dabei soll die Europäische Kommission nicht nur in, sondern auch außerhalb der EU tätig werden können⁵⁴ (Details: Art. 10-17, 25 III, ErwGr (28) FSR, Art. 9-11, Art. 19 DVOdS). Es gelten für die Auskunftspflichtigen Regelung zur **Vollständigkeit und Wahrheit** (Art. 17 FSR).

Mit dem Beschluss zur Einleitung einer **eingehenden Prüfung** werden die Mitgliedstaaten und die Stakeholder sowie die Öffentlichkeit in Kenntnis gesetzt und es wird eine Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben (Art. 10 III, Art. 40 I FSR, Art. 8 DVOdS, Mitteilung 2023/C 246/02⁵⁵). Auch in diesem Stadium hat die Europäische Kommission die o.g. Befugnisse zur Informationsermittlung (Art. 11 I FSR).

⁵⁰ So auch Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 39, Art. 20 Rn. 44 für die FSR-Zusammenschlusskontrolle.

⁵¹ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 44.

⁵² So auch Scholke/Gayk/Trapp (Fn. 20) S. 626 zu M&A-Transaktionen.

⁵³ VO (EG) 139/2004 des Rates v. 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU L 24 v. 29.1.2004, S. 1-22 („EG-Fusionskontrollverordnung“, oftmals, auch hier als „**FKVO**“ bezeichnet).

⁵⁴ Im Rahmen handelspolitischer Schutzinstrumente der EU ist die Europäische Kommission ebenfalls zu Nachprüfungen in Drittstaaten befugt, was allerdings von geringer praktischer Relevanz geblieben sein soll, Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 15 Rn. 1 – vgl. dazu aber Art. 16 FSR und dazu E.I.5.e) unten.

⁵⁵ Mitteilung 2023/C 246/02 der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 2, Artikel 8 Absatz 1, Artikel 15, Artikel 17 Absatz 2 und Artikel 25 der Durchführungsverordnung (EU) 2023/1441 zur Festlegung detaillierter Vorschriften für die Durchführung von Verfahren nach der Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen durch die Kommission, ABl. EU C 246 v. 13.07.2023, S. 2-5. Teils wird das Dokument von der Europäischen Kommission auf ihrer Homepage auch mit dem Aktenzeichen „C(2023) 4749 final“ in Bezug genommen.

Das Verfahren der eingehenderen Prüfung endet mit einem **Beschluss**. Dabei unterliegt die Europäischen Kommission **keinem festen Zeitlimit**. Sie soll sich vielmehr nur „**bemühen**“, den „Beschluss innerhalb von 18 Monaten nach Einleitung der eingehenden Prüfung zu erlassen“ (Art. 11 V FSR). Allerdings scheinen „die Komplexität des Falls und die Kooperationsbereitschaft von den betreffenden Unternehmen und Drittländern“ Gründe zu sein, warum die Europäische Kommission auch mehr Zeit in Anspruch nehmen können soll (ErwGr (31) FSR).

Da das Verfahren also lange Zeit in Anspruch nehmen kann, sind der Europäischen Kommission auch **einstweilige Maßnahmen** gestattet (Art. 12 FSR, ErwGr (29) FSR).

Fehler in der Kooperation können mit **beträchtlichen Zwangs- und Bußgeldern** belegt werden, die in ihrer Berechnung an die Ausgestaltung im EU-Wettbewerbsrecht angelehnt sind (Art. 17, ErwGr (32) FSR).

III. FSR-Zusammenschlusskontrolle

1. Einführung

Eine Zusammenschlusskontrolle auf EU- bzw. nationaler Ebene, deren Maßstab oft der sog. SIEC-Test,⁵⁶ die Frage nach dem Entstehen oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung o.ä. ist, ist seit langer Zeit etabliert. Bei M&A-Transaktionen waren damit schon vor dem Inkrafttreten der FSR diese (zahlreichen) herkömmlichen wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlussregime in und außerhalb der EU sowie zusätzlich etwaige außenwirtschaftsrechtliche und sektorspezifische Anmelde-, Notifikations- oder Genehmigungsverfahren zu beachten.⁵⁷

Nun stellt die **FSR** diesen Regimen ein **weiteres, parallel anzuwendendes Zusammenschlusskontrollverfahren mit einem subventionsbezogenen Prüfungsmaßstab** zur Seite (Art. 44 I FSR).⁵⁸

Dies wird den **Aufwand der betroffenen Zusammenschlussparteien spürbar erhöhen**. Zwar versucht die FSR das Problem durch Synergiemaßnahmen zu dämpfen, dies allerdings nur im Fall paralleler Anmeldungen nach FKVO und nach FSR (Art. 47 I lit. a, ErwGr (39) FSR).⁵⁹ Selbst in diesem Fall dürften sich vermehrt Schwierigkeiten v.a. dann ergeben, wenn sich die Befürchtung bewahrheitet, dass Zusammenschlusskontrolle nach FSR und FKVO von unterschiedlichen Units innerhalb der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission bearbeitet werden.⁶⁰ Unabhängig davon ist erheblich erhöhter Aufwand bei Anmeldepflicht nach FKVO und nach FSR vorprogrammiert, weil zwei unterschiedliche, sehr detaillierte

⁵⁶ Z.B. auf EU-Ebene nach Art. 2 FKVO und in Deutschland nach § 36 GWB.

⁵⁷ Zum Anstieg der einschlägigen Verfahren und Anforderungen innerhalb der Verfahren in den letzten Jahren Scholke/Gayk/Trapp (Fn. 20) S. 622.

⁵⁸ Auch wenn „die Gewährung staatlicher Mittel und die damit einhergehende wirtschaftliche und finanzielle Stärke ... bereits [Eingang] in die Entscheidungspraxis“ der Europäischen Kommission nach der FKVO bzw. des BKartA nach der GWB-Zusammenschlusskontrolle gefunden hatten, vgl. Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 6 ff.

⁵⁹ Zweifelnd Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 25 Rn. 3.

⁶⁰ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 13.

Formblätter (CO und FS-CO) auszufüllen sein werden.⁶¹ Der Unionsgesetzgeber hat die Problematik erhöhten Aufwandes zwar gesehen und hat daher den Anwendungsbereich der FSR-Zusammenschlusskontrolle über zu erreichende Schwellenwerte begrenzt (ErwGr (35) FSR). Den betroffenen Unternehmen, die die Schwellenwerte überschreiten, sowie auch denen, die nur betroffen sein könnten, und deshalb Rechtssicherheit erreichen wollen und sich daher mit etwaigen Anmeldepflichten auseinandersetzen müssen,⁶² hilft dies jedoch wenig.

2. Anwendungsbereich

a) *Vordefinierter Bereich der Anmeldepflicht*

Die FSR-Zusammenschlusskontrolle soll sich nur auf **drittstaatliche Subventionen** beziehen, „die in den **drei Jahren vor Vertragsabschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung** gewährt wurden“; die **materiellrechtliche Beurteilung ist auf den konkreten Zusammenschluss beschränkt** (Art. 19, ErwGr (37) FSR).

Bei der **Definition des Zusammenschlusses** (Art. 20 FSR), dessen Vorliegen konstitutiv für die Anwendbarkeit der FSR-Zusammenschlusskontrolle ist, hat sich der Unionsgesetzgeber eng an die Tatbestände des Art. 3 der FKVO gehalten.⁶³

Die relevanten **Schwellenwerte** (Art. 20 III FSR, Anhang I [Form FS-CO] Rn. 4, 5 DVOdS) unterscheiden sich allerdings erheblich von der EU-Zusammenschlusskontrolle nach FKVO. Für die FSR ist Zusammenschluss anmeldepflichtig, wenn kumulativ vorliegen:

1. mindestens eines der fusionierenden Unternehmen, das erworbene Unternehmen oder das Gemeinschaftsunternehmen ist **in der Union niedergelassen** und hat
2. in der EU einen **Gesamtumsatz von mindestens EUR 500 Mio.** erzielt.⁶⁴ Für die Berechnung des Umsatzes gibt Art. 22 FSR detaillierte Regelungen vor, die sich weitgehend an der FKVO (Art. 5) orientieren, einschließlich der dortigen Konzernbetrachtung.⁶⁵
3. Relevante Unternehmen haben in den **drei Jahren** vor Vertragsabschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung von Drittstaaten **finanzielle Zuwendungen von insgesamt mehr als EUR 50 Mio. erhalten** (Details: Art. 20 III lit. b, Art. 23, ErwGr (77) FSR).⁶⁶ Dabei wird also nicht auf den Begriff der „Subvention“/„subsidy“/„subveniton“ (Art. 3 I FSR), sondern auf den breiteren Begriff der „finanziellen Zuwendungen“/„financial contributions“/„contributions financières“ abgestellt;⁶⁷ dies betrifft allerdings nur die Frage der Anmeldepflicht, nicht aber die

⁶¹ So auch Soltész (Fn. 5) S. 122; Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 21 Rn. 32.

⁶² Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu), abgerufen am 21.08.2023: „It is for the notifying parties to assess whether the conditions for a transaction to be considered a notifiable concentration under Article 20 of Regulation (EU) 2022/2560 are met. Notifying parties are invited to discuss during pre-notification the information that needs to be included in the notification.“

⁶³ Siehe dazu umfangreich Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 20 Rn. 1-41 sowie Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu), abgerufen am 21.08.2023.

⁶⁴ S. dazu Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu), abgerufen am 21.08.2023, sowie Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 20 Rn. 47 ff. u.a. mit Hinweisen auf Unterschiede zur FKVO.

⁶⁵ S. dazu ausführlich Molestina/Gülmez (Fn. 27) S. 1476 f.; Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 22.

⁶⁶ S. auch Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu), abgerufen am 21.08.2023.

⁶⁷ Vgl. dazu auch oben B.II.

materiellrechtliche Prüfung, für die wieder auf den Begriff der „Subvention“/„subsidy“/„subveniton“ (Art. 3 I FSR) abzustellen ist.⁶⁸ Art. 23 FSR spricht dafür, dass auch im Rahmen des Schwellenwertes aus Art. 20 III lit. b FRS eine Konzernbetrachtung anzustellen ist.

Nach den ErwGr (38) sollten „Unternehmen vor der Anmeldung auf Treu und Glauben basierende Konsultationen mit der Kommission beantragen können, um einen Hinweis darauf zu erhalten, ob die Anmeldeschwellen erreicht werden oder nicht.“ Es erscheint aber fraglich, ob die Europäische Kommission diesem – nicht bindenden – Aufruf des Unionsgesetzgebers aus Sicht der Unternehmen zufriedenstellend nachkommen wird.⁶⁹

Die Europäische Kommission geht offenbar von rund 30 Anmeldungen im Jahr aus.⁷⁰ Es werden aber – solange Unsicherheiten herrschen – höhere Anmeldezahlen erwartet.⁷¹ Jedenfalls dürfte die Zahl der zusammenschlusswilligen Unternehmen, die sich intensiv mit der Frage einer FSR-Anmeldepflicht auseinandersetzen müssen und dazu ggf. die Europäische Kommission konsultieren werden, deutlich höher liegen.

b) Ausbleibende Anmeldung

Bleibt eine Anmeldung aus, die nach den vorstehend unter a) beschriebenen Kriterien anmeldepflichtig wäre, kann die Europäische Kommission die beteiligten Unternehmen zur Anmeldung auffordern; wesentliche Verfahrensfristen gelten dann nicht mehr (Art. 21 IV FSR).⁷² Art. 21 IV 1, 2. Alt. FSR („ihn nach Maßgabe dieser Verordnung prüfen“) kann so gedeutet werden, dass die Europäische Kommission den Zusammenschluss im Rahmen der FSR-Zusammenschlusskontrolle (und nicht in einem FSR-Verfahren von Amts wegen) prüfen kann, wenn die Anmeldung ausbleibt.⁷³

c) Auferlegte Anmeldepflicht

Unabhängig davon kann die Europäische Kommission einen noch nicht vollzogenen Zusammenschluss, der nicht die vorstehend in a) beschriebenen Voraussetzungen des Art. 20 III FSR⁷⁴ erfüllt, zu einem anmeldepflichtigen Zusammenschluss machen, indem sie die betroffenen Unternehmen zur Anmeldung auffordert; hierzu soll genügen, dass „sie vermutet, dass die beteiligten Unternehmen in den drei Jahren vor dem Zusammenschluss drittstaatliche Subventionen erhalten haben könnten“ (Art. 21 V, ErwGr (36) FSR). Die Europäische Kommission bezeichnet dies als „ad-hoc notification“.⁷⁵

⁶⁸ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 20 Rn. 55.

⁶⁹ S. Fn. 62.

⁷⁰ Vgl. dazu Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 20 Rn. 53 sowie kritisch Rn. 56.

⁷¹ Rump/Noßke, Die neue EU-Drittstaatensubventionsverordnung – Eine neue Säule in der Wettbewerbspraxis, BB 2023, 131-134 (134).

⁷² Dazu ausführlich, auch zur Frage, ob die Europäische Kommission u.U. zu einer solchen Aufforderung verpflichtet sein kann, Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 21 Rn. 14 ff.

⁷³ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 21 Rn. 20 f.

⁷⁴ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 21 Rn. 25 weist richtig darauf hin, dass der pauschale Verweis von Art. 21 V 1 FSR auf Art. 20 FSR als Verweis auf Art. 20 III FSR zu verstehen sein sollte, da Art. 21 V ansonsten den Begriff des „Zusammenschlusses“ verwendet. Würde schon kein Zusammenschluss vorliegen, bliebe nur das Verfahren von Amts wegen.

⁷⁵ Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu, abgerufen am 20.08.2023.

Kommen die Betroffenen dem Anmeldeverlangen nach, sollen die entsprechenden Verfahrens-, Fristen- und Entscheidungsregeln gelten; unterlassen sie die Anmeldung, dürften die vorstehend unter b) beschriebene Regelungen des Art. 21 IV FSR gelten.⁷⁶

d) Umgehungsverbot

Das Umgehen der Anmeldepflichten durch „Finanzgeschäfte oder -kontrakte“ ist verboten (Art. 39 I FSR). Wird gegen dieses Verbot verstoßen, kann die Europäische Kommission entsprechend reagieren (Art. 39 II FSR).

e) Keine freiwillige Anmeldung

Für Unternehmen, die nicht die in a) beschriebenen Voraussetzungen des Art. 20 III FSR erfüllen, könnte es sinnvoll sein, ein Vorhaben freiwillig auf der Grundlage der FSR-Zusammenschlusskontrolle anzumelden, um einen Beschluss der Europäischen Kommission und damit Rechtssicherheit zu erlangen. Dies ist allerdings – soweit die Europäische Kommission nicht von sich aus eine Anmeldung verlangt – nicht vorgesehen.⁷⁷

Insoweit **bleiben nur** informelle **Konsultationen** (ErwGr (38) FSR), deren Ergebnis – insbesondere aus Wirksamkeit Gesichtspunkten, Art. 24 VII FSR – ein **niedrigeres Schutzniveau** bedeutet, als ein Beschluss der Europäischen Kommission:

Zwar sollte es die „Möglichkeit einer vorsorglichen Überprüfung des Zusammenschlussvorhabens durch die Kommission“ geben und eine entsprechende „**Unbedenklichkeitsbescheinigung**“ der Europäischen Kommission möglich sein.⁷⁸ Eine solche dürfte allerdings nur eine **begrenzte Wirkung** haben. Zunächst ist fraglich, ob eine Unbedenklichkeitsbescheinigung von der Europäischen Kommission als Institution erlassen würde oder nur von der zuständigen Unit oder GD; in den letztgenannten Fällen wäre die Europäische Kommission als Ganze daran möglicherweise nicht gebunden. Selbst wenn die Europäische Kommission aber als Institution eine Unbedenklichkeitsbescheinigung erließe,⁷⁹ böte diese möglicherweise in alle den Fällen ein geringes Schutzniveau, in denen nach der FSR eigentlich ein Beschluss als Durchführungsrechtsakt gem. Art. 48 FSR vorgesehen ist, der die Mitgliedstaaten bei der Entscheidung mit einbinden würde.⁸⁰

Unabhängig davon stellt sich die Frage der **Wirksamkeit**: Art. 24 VII FSR dürfte als zivilrechtliche Regelung von den **nationalen Zivilgerichten** zu beachten sein. Finden diese keinen regelnden, das wirksamkeitsrelevante Vollzugsverbot (Art. 24 I FSR)⁸¹ aufhebenden EU-Beschluss nach der FSR vor, sondern nur eine Stellungnahme der Europäischen Kommission (oder gar nur einer ihrer GDen oder Units) ohne formalen Regelungscharakter, wären diese Gerichte letztlich gezwungen, die Frage der Einschlägigkeit der FSR-

⁷⁶ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 21 Rn. 28 f.

⁷⁷ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 21 Rn. 24.

⁷⁸ So – richtig – Scholke/Gayk/Trapp (Fn. 20) S. 626.

⁷⁹ Was schon deshalb unwahrscheinlich ist, weil sich das Gremium der Kommissarinnen und Kommissare damit wohl kaum befassen würde.

⁸⁰ Näher dazu unten unter G.

⁸¹ Näher dazu unten unter 3.

Zusammenschlusskontrolle als funktionale Unionsgerichte selbst zu prüfen (ggf. mit einer Konsultation der Europäischen Kommission⁸²) und etwaige Zweifelsfragen nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen.⁸³

3. Vorherige Anmeldung und Vollzugsverbot

Ist die FSR-Zusammenschlusskontrolle anwendbar, muss ein relevanter Zusammenschluss vor Vollzug bei der Europäischen Kommission angemeldet werden (Details: Art. 21 FSR, Art. 2 Nr. 1, 2, Art. 3 I, III, Art. 4, Art. 6, Art. 25, Anhang I [Form FS-CO] DVOdS, Mitteilung 2023/C 246/02).⁸⁴

Es gilt ein gestaffeltes, vom Verfahrensverlauf abhängiges und **wirksamkeitsrelevantes**⁸⁵ **Vollzugsverbot**, von dem auch eine Freistellung möglich sein soll (Art. 24, Art. 21 IV 2 FSR). Im Rahmen der EU-Fusionskontrolle nach FKVO war die Europäische Kommission mit entsprechenden vorläufigen Freistellungen allerdings zurückhaltend, so dass diese Zurückhaltung auch im Kontext der FSR wahrscheinlich ist.

4. Zweistufiges Verfahren

Im Rahmen der FSR-Zusammenschlusskontrolle ist (wie beim Verfahren von Amts wegen oder auch im Rahmen der FKVO-Zusammenschlusskontrolle) ein **zweistufiges Verfahren** vorgesehen, welches auf zahlreichen Vorschriften zum Verfahren von Amts wegen⁸⁶ zurückgreift (Art. 25 I, Art. 10, Art. 11 I, III, IV, Art. 12-16 und Art. 18 FSR und die entsprechenden Regelungen der DVOdS). Art. 24, Art. 25 FSR, Art. 6, Art. 13, Art. 23, Anhang I [Form FS-CO] Rn. 13 DVOdS sehen allerdings ein **eigenes Fristenregime** vor.

Die Vorschriften zu **Geldbußen und Zwangsgeldern** aus Art. 17 FSR werden für die FSR-Zusammenschlusskontrolle mit eigenen Regelungen ergänzt (Art. 26 FSR), die v.a. die Abgabe unrichtiger oder irreführender Angaben oder Verstöße gegen das Vollzugsverbot erfassen.

Im Fusionskontrollregime nach der FKVO erwartet die Europäische Kommission – ohne dass dies gesetzlich bestimmt wäre – dass in einer Art informellem **Vorverfahren (pre-notification contacts/proceeding)** die Anmelder „freiwillig“ vorab mit ihr Kontakt aufnehmen und die Inhalte der Anmeldung abstimmen. Wird dies unterlassen, besteht ein erhebliches Risiko, dass die Anmeldung als unvollständig zurückgewiesen wird.⁸⁷ Ein mit der Europäischen Kommission nicht abgestimmtes Einreichen einer vermeintlich (aus Sicht der Anmelder) vollständigen Anmeldung kann in der Praxis zu erheblichen Verzögerungen der Freigabe führen. Da dies erfahrenen Rechtsberatern bekannt ist, fügen sich die Anmelder i.d.R. in diese

⁸² Die allerdings immer dann, wenn nach der FSR ein Beschluss als Durchführungsrechtsakt gem. Art. 48 FSR vorgesehen ist (näher dazu unten unter G.), ohne Einbindung der Mitgliedstaaten möglicherweise abschließend nicht sprechfähig wäre.

⁸³ Vgl. dazu ausführlich v. Graevenitz (Fn. 36 „Sicherheit“) S. 27 ff., 230 ff. zur parallelen Problematik bei Art. 7 IV FKVO.

⁸⁴ Zu Details auch Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu (Q&A) sowie competition-policy.ec.europa.eu (practical information), beide abgerufen am 21.08.2023.

⁸⁵ Vgl. dazu v. Graevenitz (Fn. 36 „Sicherheit“) S. 27 ff., 230 ff. zu Art. 7 IV FKVO; Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 24 Rn. 38, Art. 25 Rn. 34.

⁸⁶ S.o. D.II.

⁸⁷ So auch z.B. LMRKM/York von Wartenburg, 4. Aufl. 2020, FKVO Art. 4 Rn. 15 ff.

Praxis der Europäischen Kommission, was dazu führt, dass vor dem eigentlichen (i.d.R. fristgebundenen) Verfahren ein informelles Verfahren stattfindet, welches sich für gewöhnlich über Wochen, wenn nicht Monate hinstreckt, bis endlich die Anmeldung formal eingereicht werden „darf“. Dies verlängert die gesetzlich vorgesehenen Verfahrensfristen erheblich und führt oft zu massiven Verzögerungen des Vollzugs einer M&A-Transaktion.

Es lag nahe, dass die Europäische Kommission **diese fragwürdige Praxis auch im Rahmen des Anmeldeverfahrens nach der FSR** übernehmen würde; in diese Richtung weisen schon die Form FS-CO⁸⁸ sowie – nach richtiger Auffassung in der Literatur⁸⁹ – auch ErwGr (38) FSR. Besonders deutlich ist hier die Homepage der Europäischen Kommission selbst.⁹⁰ Es ist zu erwarten, dass die – gesetzlich nicht vorgesehene – Praxis auch im Rahmen der FSR-Zusammenschlusskontrolle zu Verzögerungen von mehreren Monaten führen kann.⁹¹

IV. Öffentliche Vergabeverfahren

1. Einführung

Der Unionsgesetzgeber geht davon aus, dass drittstaatliche Subventionen insbesondere im Kontext öffentlicher Vergabe „den Binnenmarkt verzerren und den fairen Wettbewerb für verschiedene wirtschaftliche Tätigkeiten in der Union untergraben“ können, wenn „**Wirtschaftsteilnehmer**“,⁹² denen drittstaatliche Subventionen gewährt werden, bei Vergabeverfahren in der Union den Zuschlag erhalten (ErwGr (4) FSR). Dabei möchte der Unionsgesetzgeber offenbar vermeiden, dass Wirtschaftsteilnehmer **durch drittstaatliche Subventionen ein „ungerechtfertigt günstiges Angebot“ einreichen** (Art. 27 S. 1 FSR).

Um speziell bei „öffentlichen Vergabeverfahren, die bestimmte Schwellenwerte überschreiten, eine wirksame Kontrolle zu gewährleisten“, wird die **Europäische Kommission befugt, „drittstaatliche Subventionen auf der Grundlage einer vorherigen Anmeldung bzw.**

⁸⁸ Anhang I [Form FS-CO] Rn. 8 ff. DVODS.

⁸⁹ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 21 Rn. 31.

⁹⁰ Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu), abgerufen am 21.08.2023: zu Frage 1 „Notifying Parties are encouraged to engage in pre-notification contacts, in principle as of September 2023, in advance to facilitate the submission of notifications as from 12 October 2023.“ und zu Frage 15 „How can parties pre-notify a concentration“: „Notifying parties are asked to submit a Case Team Allocation Request to DG COMP’s Foreign Subsidies Registry functional email address, comp-fsr-registry@ec.europa.eu. A template of the Case Team Allocation Request is published on DG COMP’s website. Shortly after the submission of this request, the notifying parties will be informed of the case team that will be dealing with their case. Notifying parties will then be able to contact the case team directly to start pre-notification contacts. For any question on the pre-notification of public procurement procedures, please refer to DG GROW’s functional email grow-fsr-pp-notifications@ec.europa.eu.“ Siehe dazu auch Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(practical information\)](https://competition-policy.ec.europa.eu/practical-information), abgerufen am 21.08.2023.

⁹¹ Soltész (Fn. 5) S. 122. Molestina/Gülmez (Fn. 27) S. 1479 weisen zu Recht darauf hin, dass eine Vorabstimmung mit der Europäischen Kommission auch Vorteile haben kann, insbesondere die Abstimmung, ob bestimmte Anforderungen aus den Formblättern unerfüllt bleiben können.

⁹² Das Kapitel 4 der FSR bezieht sich an zahlreichen Stellen auf den **Begriff des „Wirtschaftsteilnehmers“**, ohne diesen zu definieren. Im Lichte von Art. 2 Nr. 1, Art. 44 VIII FSR ist der Begriff wohl als Rückgriff auf Art. 2 I Nr. 2 RL 2014/24/EU („eine natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung oder eine Gruppe solcher Personen und/oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen, die beziehungsweise der auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren beziehungsweise die Erbringung von Dienstleistungen anbietet“) und vglb. Bestimmungen in Art. 5 Nr. 2 RL 2014/23, Art. 2 Nr. 6 RL 2014/25/EU, Art. 1 Nr. 14 RL 2009/81/EG zu verstehen.

Meldung seitens des jeweiligen Unternehmens bei der Kommission zu prüfen“ (ErwGr (8) FSR).

2. Anwendungsbereich

Die **FSR-Vergabekontrolle**, also die Prüfung „ob eine Verzerrung auf dem Binnenmarkt vorliegt und ob ein Angebot in Bezug auf die betreffenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungerechtfertigt günstig ist, **beschränkt sich auf das jeweilige öffentliche Vergabeverfahren“**; zudem werden „nur **drittstaatliche Subventionen** berücksichtigt, die in den **drei Jahren vor der Meldung** gewährt wurden“ (Art. 27 S. 2, ErwGr (46) FSR, Anhang II [Form FS-PP] Rn. 3 ff. DVODS).

Welche **öffentlichen Vergabeverfahren** nach der FSR relevant sein sollen, ist in Art. 2 Nr. 3 FSR näher bestimmt. Erfasst wird hier ein breites Spektrum an gängigen Verfahrensarten.⁹³

Die FSR definiert – um v.a. wirtschaftlich bedeutsame Fälle zu erfassen – meldepflichtige drittstaatliche finanzielle Zuwendungen im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens abhängig von einem schwellenwertbasierten **Doppelkriterium** (Art. 28, ErwGr (40), (49), (54), (77) FSR):

1. **Geschätzter Wert des Auftrags⁹⁴ oder der Rahmenvereinbarung ohne Mehrwertsteuer mindestens EUR 250 Mio.**, berechnet gem. Art. 5 RL 2014/24/EU⁹⁵ (bzw. für Sektoren-Vergaben gem. Art. 8 RL 2014/23/EU⁹⁶ und Konzessionen gem. Art. 16 RL 2014/25/EU⁹⁷), wobei bei dynamischen Beschaffungssystemen die einzelne Auftragsvergabe relevant sein soll.
2. **Finanzielle Zuwendung von insgesamt mindestens EUR 4 Mio. pro Drittstaat an den relevanten „Wirtschaftsteilnehmer**, einschließlich seiner wirtschaftlich unselbständigen Tochtergesellschaften, seiner Beteiligungsgesellschaften und gegebenenfalls seiner Hauptunterauftragnehmer und Hauptlieferanten, die an demselben Angebot im Rahmen des öffentlichen Vergabeverfahrens beteiligt sind, **in den drei Jahren vor der Meldung oder gegebenenfalls der aktualisierten Meldung“**. Dabei ist nach hier vertretener Auffassung⁹⁸ über die Kettenbetrachtung gem. Art. 30 I, Art. 23, Art. 22 IV FSR eine Konzernbetrachtung anzustellen. Auch hier wird wieder nicht auf „Subventionen“ sondern „finanzielle Zuwendungen“ abgestellt.⁹⁹

⁹³ Linke (Fn. 6) S. 428; vgl. dazu im Folgenden 3.

⁹⁴ Zum Begriff des Auftrags Art. 2 Nr. 2 FSR und dazu Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 2 Rn. 3.

⁹⁵ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. EU L 94 v. 28.03.2014, S. 65-242, zuletzt berichtigt ABl. EU L 192 v. 21.07.2022, S. 39-50.

⁹⁶ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. EU L 94 v. 28.03.2014, S. 243-374, zuletzt berichtigt ABl. EU L 192 v. 21.07.2022, S. 31-35.

⁹⁷ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. EU L 94 v. 28.03.2014, S. 1-64, zuletzt berichtigt ABl. EU L 192 v. 21.07.2022, S. 37-38.

⁹⁸ Vgl. allerdings Linke (Fn. 6) S. 429 f., der einerseits eine Konzernbetrachtung ablehnt mit dem Argument, Art. 30 FSR enthalte nur Verfahrensvorschriften, andererseits aber – nachvollziehbar – argumentiert, der Begriff der „Beteiligungsgesellschaften“ beziehe sich im gegebenen Kontext auf Mutter- und Großmuttergesellschaften, also Gesellschaften die am betroffenen Wirtschaftsteilnehmer relevante Anteile halten.

⁹⁹ S.o. D.III.2.a).

Bei **Losvergabe** (Art. 28 II FSR) muss

1. der unter a. genannte Wert (nicht nur erreicht, sondern) überstiegen sein und zusätzlich
2. „der Wert des Loses oder der Gesamtwert aller Lose, um die sich der Bieter bewirbt, mindestens“ EUR 125 Mio. betragen¹⁰⁰ und
3. die drittstaatliche finanzielle Zuwendung mindestens den unter b. genannten Schwellenwert erreichen.

Bei **Rahmenvereinbarungen** soll „die in der vorliegenden Verordnung vorgesehene Meldepflicht für drittstaatliche Zuwendungen bei öffentlichen Vergabeverfahren auf das Verfahren beschränkt werden, das dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung selbst vorausgeht, und nicht für Aufträge gelten, die auf einer Rahmenvereinbarung beruhen“ (ErwGr (42) FSR).¹⁰¹

Die FSR soll auch die Beschaffung durch **zentrale Beschaffungsstellen** i.S.d. RL 2009/81/EG, 2014/24/EU und 2014/25/EU erfassen (ErwGr (52) FSR).

Zu beachten ist schließlich, dass **Erklärungspflichten** auch bei finanziellen Zuwendungen bestehen können, für die keine Meldepflicht auf der oben beschriebenen Grundlage besteht (Art. 29 I 2 FSR).¹⁰²

3. Ausnahmen

Die Anwendung des FSR-Verfahrens auf öffentliche Vergabeverfahren setzt voraus, dass das konkrete Verfahren unter Art. 2 Nr. 3 FSR fällt. Auch wenn diese Norm ein sehr breites Spektrum vergaberechtlichen Verfahrensarten und Bereichen abdeckt, wird doch deutlich, dass es einige Ausnahmen gibt, von denen drei wichtige hier benannt werden:¹⁰³

Dem Unionsgesetzgeber (ErwGr (41) FSR) ist ein „Gleichgewicht zwischen

1. dem Aufbau eines europäischen Marktes für **Verteidigungs- und Sicherheitsgüter**, der für die Aufrechterhaltung einer technologischen und industriellen Basis der europäischen Verteidigung von wesentlicher Bedeutung ist, und
 2. dem Schutz der nationalen Sicherheit der Mitgliedstaaten“
- wichtig, was sich in der RL 2009/81/EG widerspiegelt. Entsprechende öffentliche Vergabeverfahren werden **nicht einer Meldepflicht nach der FSR unterworfen**; dies soll **allerdings** eine **Prüfung von Amts wegen** in diesem Kontext **nicht ausschließen** (Art. 1, Art. 28 III, ErwGr (41), (52) FSR), **soweit die Ausnahmen nach Art. 2 III lit. c, ErwGr (41) a.E. FSR¹⁰⁴ nicht greifen.**

Die Regelungen der **Dringlichkeitsvergabe** nach Art. 32 II lit. c RL 2014/24/EU und Art. 50 lit. d RL 2014/25/EU sollen ebenfalls nicht den besonderen Regelungen der FSR für die öffentliche

¹⁰⁰ Linke (Fn. 6) S. 428 weist darauf hin, dass „dem Wirtschaftsteilnehmer die geschätzten Werte der einzelnen Lose oftmals nicht bekannt“ seien und es daher für den Bewerber/Bieter unklar sein könne, ob Meldepflicht besteht. Ggf. müsse der Auftraggeber prüfen und entsprechende Angaben nach Art. 29 III FSR nachfordern.

¹⁰¹ So auch Linke (Fn. 6) S. 428.

¹⁰² Dazu im Folgenden mehr unter D.IV.4.

¹⁰³ Vgl. zu weiteren Ausnahmen Linke (Fn. 6) S. 428 in Bezug auf den ÖPV.

¹⁰⁴ S.o. B.II.

Auftragsvergabe, sondern nur dem von Amts wegen einzuleitenden Verfahren¹⁰⁵ unterfallen (Art. 28 IV FSR).

Gleiches gilt (Art. 28 V FSR), wenn es um Bauleistungen, Lieferungen oder **Dienstleistungen geht, die nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer erbracht bzw. bereitgestellt werden können** i.S.d. Art. 32 II lit. b RL 2014/24/EU (bzw. Art. 31 IV RL 2014/23/EU, Art. 50 lit. c RL 2014/25/EU).

4. Vorherige Meldung oder Erklärung

a) *Vordefinierter Bereich der Melde-/Erklärungspflicht*

Nach Art. 29 I 1, V FSR besteht bei Erreichen der oben unter 2. genannten Schwellenwerte – wenn keine der oben unter 3. erwähnten Ausnahmen vorliegt – eine **Meldepflicht** für Wirtschaftsteilnehmer,¹⁰⁶ die an dem relevanten öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen, sowie für deren Hauptunterauftragnehmer oder Hauptlieferanten,¹⁰⁷ wobei den Hauptauftragnehmer eine (bußgeldbewehrte) Gesamtpflicht trifft (Details: Art. 29 VI, ErwGr (54) FSR, Art. 2 Nr. 3, Art. 3 II, III, Art. 5 I, III-VI, Art. 7, Art. 12, Art. 26, Anhang II [Form FS-PP] DVOdS).

Ansonsten sind die Wirtschaftsteilnehmer immerhin grundsätzlich noch zu einer **Erklärung** verpflichtet, dass eine Meldepflicht nicht besteht (Details: Art. 29 I 2 FSR, Art. 2 Nr. 3, Art. 5 II-VI, Art. 7, Anhang II [Form FS-PP] DVOdS). Dabei ist aus der FSR heraus unklar, ob dies jedes öffentliche Vergabeverfahren betrifft oder nur solche, in denen der (geschätzte) Wert des Auftrags (und ggf. der Lose) die oben unter 2. genannten Schwellenwerte überschreitet. Insoweit präzisiert Art. 5 II 1 DVOdS allerdings, dass bei „Schwellenwerte nach Artikel 28 Absatz 1 Buchstabe a und Absatz 2 der Verordnung (EU) 2022/2560“ und Nichtvorliegen einer „meldepflichtige drittstaatliche finanzielle Zuwendung von einem Drittstaat ... in den letzten drei Jahren“ bei allen Anmeldepflichtigen (Art. 2 Nr. 1 DVOdS) „eine Erklärung“ vorzulegen ist. Dies spricht dafür, dass eine Erklärungspflicht nur dann besteht, wenn die Schwelle für den (geschätzten) Auftragswert überschritten wurde.¹⁰⁸

Meldung bzw. Erklärung sind beim Vergabeverfahren mit mehreren Phasen¹⁰⁹ sogar zweimal einzureichen (Art. 29 I 3, 4 FSR).¹¹⁰

¹⁰⁵ S.o. D.II.

¹⁰⁶ Oder auch Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern nach Art. 26 II RL 2014/23/EU, Art. 19 II RL 2014/24/EU, Art. 37 II RL 2014/25/EU.

¹⁰⁷ Soll gegeben sein, wenn „seine Teilnahme wesentliche Elemente der Auftragserfüllung gewährleistet bzw. immer dann, wenn der wirtschaftliche Anteil seines Beitrags 20 % des Werts des eingereichten Angebots übersteigt“ (Art. 29 V 2 FSR). Vgl. zu Unterauftragnehmern auch ErwGr (50), (54) FSR. Linke (Fn. 6) S. 429 weist hier auf möglich Auslegungsprobleme hin.

¹⁰⁸ So wohl auch – wenn auch ohne Begründung – Linke (Fn. 6) S. 430.

¹⁰⁹ Zum Begriff des „Verfahrens mit mehreren Phasen“ Art. 2 Nr. 6 FSR.

¹¹⁰ Siehe dazu auch Linke (Fn. 6) S. 428 unten.

Meldungen und Erklärungen sind **dem öffentlichen Auftraggeber¹¹¹ gegenüber abzugeben und von diesem an die Europäische Kommission unverzüglich weiterzuleiten** (Art. 29 II FSR, Art. 5 I, II DVOdS).

Über die Melde-/Erklärungspflichten nach Art. 29 FSR müssen die Auftraggeber die potentiellen Bieter „in der Auftragsbekanntmachung oder — im Fall eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung — in den Auftragsunterlagen“ **informieren**. Allerdings ist diese **Information nicht konstitutiv** für das Bestehen der Melde-/Erklärungspflicht oder einer sonstigen Anwendung der FSR (Art. 28 VI 2 FSR).

Gehen Meldung bzw. Erklärung – trotz Nachforderung des Auftraggebers – **nicht ein**, müssen die entsprechenden **Teilnahmeanträge bzw. Angebote „abgelehnt“** werden (Details: Art. 29 III FSR). **Ebenso** können **unvollständige Meldungen** unter Zusammenarbeit von Europäischer Kommission und Auftraggeber zu einer „Ablehnung“ von Teilnahmeantrag oder Angebot führen (Details: Art. 29 IV FSR).

Im Fall der vorstehend unter 3. (a.E.) dargestellten **Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen geht, die nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer erbracht bzw. bereitgestellt werden können** i.S.d. Art. 28 V FSR, gilt nach dieser Norm ein von Art. 29 I FSR ein abweichendes Verfahren:

1. Beträgt der geschätzte Wert des Auftrags oder der Rahmenvereinbarung ohne Mehrwertsteuer mindestens EUR 250 Mio. i.S.d. Art. 28 I lit. a FSR und
2. geht es um finanzielle Zuwendung von insgesamt mindestens EUR 4 Mio. pro Drittstaat i.S.d. Art. Art. 28 I lit. b FSR,

so müssen die „Wirtschaftsteilnehmer, die ein Angebot oder einen Teilnahmeantrag einreichen“ die Europäische Kommission nur „über alle drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen“ informieren, ohne dass dem ein Verfahren nach Art. 29 ff. FSR folgt. Ein Verfahren von Amts wegen dürfte aber möglich sein (Art. 28 V 2 FSR: „Unbeschadet der Möglichkeit zur Einleitung einer Prüfung nach Kapitel 2 der vorliegenden Verordnung ...“).

Die Europäische Kommission geht offenbar von nur rund 36 Meldungen im Jahr aus; es werden aber – solange Unsicherheiten herrschen – höhere Meldezahlen erwartet.¹¹² Zumindest dürfte es in zahlreichen (weiteren) Fällen Abstimmungsbedarf geben.

b) Auferlegte Meldepflicht

Im Fall der Vermutung des öffentlichen Auftraggebers, dass **statt** einer erforderlichen **Meldung fälschlich** eine **Erklärung** abgegeben wurde, muss der Auftraggeber (und können sonstige Player¹¹³) die Europäische Kommission informieren und kann diese tätig werden; bei

¹¹¹ Zum Begriff des „Auftraggebers“/„öffentlichen Auftraggebers“ Art. 2 Nr. 3 und 4 FSR, dazu Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 2 Rn. 5.

¹¹² Rump/Noßke (Fn. 71) S. 134.

¹¹³ Art. 29 VII a.E. FSR: „Sonstige natürliche oder juristische Personen können der Kommission alle Informationen im Zusammenhang mit den Binnenmarkt verzerrenden drittstaatlichen Subventionen melden und jede Vermutung einer möglichen falschen Erklärung mitteilen.“

einer denkbaren **Auskömmlichkeitsprüfung** sind die zentralen Zuständigkeiten der Europäischen Kommission zu beachten (Art. 29 VII, ErwGr (53) FSR).¹¹⁴

Jedenfalls kann die Europäische Kommission ein **Verfahren von Amts wegen**¹¹⁵ einleiten **oder**, auf die bloße Vermutung hin, „dass ein Wirtschaftsteilnehmer in den drei Jahren vor Einreichung des Angebots oder des Antrags auf Teilnahme am öffentlichen Vergabeverfahren möglicherweise von drittstaatlichen Subventionen profitiert hat“ eine **Meldepflicht** auch dann **konstituieren, wenn die Voraussetzungen von Art. 28 FSR**¹¹⁶ **nicht vorliegen** (Art. 29 VIII, ErwGr (40) FSR, „ad-hoc notification“¹¹⁷). Im letztgenannten Fall wird der Anwendungsbereich der FSR-Vergabekontrolle eröffnet (Art. 29 VIII a.E. FSR).

c) Umgehungsverbot

Das Umgehen der Meldepflichten durch „Finanzgeschäfte oder -kontrakte“ ist verboten (Art. 39 I FSR). Wird gegen dieses Verbot verstoßen, kann die Europäische Kommission entsprechend reagieren (Art. 39 II FSR).

5. Zweistufiges Verfahren

Im Rahmen öffentlicher Vergabeverfahren ist (ebenfalls) ein **zweistufiges Verfahren**¹¹⁸ vorgesehen, welches auf zahlreichen Vorschriften zum Verfahren von Amts wegen¹¹⁹ (Art. 30 I, Art. 10, Art. 11 I, III, IV, Art. 13-16, Art. 18 FSR und die entsprechenden Regelungen der DVOdS) und Art. 23 FSR sowie Art. 11 DVOdS zurückgreift. Art. 30, ErwGr (44) FSR, Art. 7, Art. 14, Anhang II [Form FS-PP] Rn. 12, 16 ff. DVOdS sehen allerdings ein **eigenes Fristenregime** vor.

Für das FSR-Verfahren zu öffentlichen Vergabeverfahren gibt es ergänzend zu Art. 17 FSR eigene Regelungen zu **Geldbußen und Zwangsgeldern** (Art. 33 FSR), die etwa die Abgabe unrichtiger oder irreführender Angaben oder das Unterlassen zwingender Meldungen erfassen.

Ähnlich wie im Bereich der Zusammenschlusskontrolle¹²⁰ scheint die Europäische Kommission auch im Kontext der FSR-vorab-Vergabekontrolle – **ohne dass dies gesetzlich bestimmt wäre** – ein **informelles Vorverfahren** zu erwarten, also dass die Melder/Erklärenden „freiwillig“

¹¹⁴ Im Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 13 f. ging die Europäische Kommission davon aus, dass Subventionen aus Drittstaaten, die es Bietern ermöglichen, niedrige Angebote einzureichen, nicht von Art. 69 RL 2014/24/EU erfasst werden. Die letztgenannte Norm wurde im deutschen Oberschwellenvergaberecht in § 60 VgV umgesetzt, Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, VgV § 60 Rn. 1. Linke (Fn. 6) S. 429 (bei Fn. 21) weist darauf hin, dass es vom Grundsatz, dass nur die Europäische Kommission prüft, ob die finanzielle Zuwendung eine drittstaatliche Subvention enthält (ErwGr (8) FSR), eine Ausnahme gebe es und zwar „in Bezug auf die Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten“. Eine finanzielle Zuwendung existiere „hier nach Art. 3 II Buchst. b FSR nur, wenn die Gewährung ohne angemessene Vergütung erfolgt ist.“ Durch eine angemessene Vergütung werde „eine meldepflichtige finanzielle Zuwendung somit in der Entstehung verhindert“.

¹¹⁵ S.o. D.II.

¹¹⁶ S.o. 2.

¹¹⁷ Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu, abgerufen am 20.08.2023.

¹¹⁸ Vgl. dazu Linke (Fn. 6) S. 430 f.

¹¹⁹ S.o. D.II.

¹²⁰ S.o. D.III.4 bei Fn. 87-91.

vorab mit ihr Kontakt aufnehmen und die Inhalte der Meldung/Erklärungen abstimmen.¹²¹ Auch hier dürfte, wenn dies unterlassen wird, ein erhebliches Risiko bestehen, dass die Meldung/Erklärung als unvollständig zurückgewiesen wird.

Ein etwaiges Verfahren bei der Europäischen Kommission hat Einfluss auf das **Vergabeverfahren**. Zwar **darf** dieses **grundsätzlich fortgesetzt werden** (Art. 32 I FSR) einschließlich etwaiger Aufklärungsmaßnahmen des öffentlichen Auftraggebers (ErwGr (51) FSR). Allerdings ist die **Europäische Kommission vom öffentlichen Auftraggeber informiert zu halten** (Art. 13 V FSR, ErwGr (8), Art. 11 und Art. 12 DVOdS) und es darf **der Zuschlag nur in Abhängigkeit des Verfahrensstands bei der Europäischen Kommission erteilt werden** (Details: Art. 32 II-VIII FSR).¹²² Etwaige Feststellungen der Europäischen Kommission können beeinflussen, inwieweit der öffentliche Auftraggeber entscheiden kann, etwa in Bezug auf die o.g. unter 4.b) genannte Auskömmlichkeitsprüfung (Art. 29 VII, ErwGr (53) FSR, Art. 12 DVOdS) oder auch mit Blick auf die Ausschlussgründe gem. Art. 57 IV RL 2014/24/EU, Art. 38 VII RL 2014/23/EU, Art. 80 RL 2014/25/EU (letzter Satz der ErwGr (53) FSR).

Der Unionsgesetzgeber hebt darüber hinaus in den ErwGr hervor, dass die Europäische Kommission auf folgende Besonderheiten öffentlicher Vergabe Rücksicht zu nehmen hat:

1. **Dringlichkeit** i.S.d. Art. 27 III, Art. 28 VI VL 2014/24/EU, Art. 45 III RL 2014/25/EU sowie „ähnliche[n] Verfahren“ der RL 2014/23/EU soll die Europäische Kommission nach Ausführungen des Unionsgesetzgebers durch ein Bemühen nach besten Kräften, „solche Verfahren im Laufe einer Vorprüfung und einer eingehenden Prüfung vorrangig zu behandeln, um so bald wie möglich zu einem guten Ergebnis zu gelangen“, entsprechen (ErwGr (43) FSR).
2. Ebenso wird der Europäischen Kommission nahegelegt, „gegebenenfalls nach Wegen [zu] suchen, um die Nutzung **elektronischer Kommunikationsmittel** sicherzustellen, um die Erfüllung der Verpflichtungen im Zusammenhang mit öffentlichen Vergabeverfahren im Rahmen dieser Verordnung zu erleichtern“ (ErwGr. (47) FSR, Hervorhebungen nur hier).
3. Auch soll die Europäische Kommission „die **für die öffentliche Auftragsvergabe geltenden Grundsätze**, insbesondere **Verhältnismäßigkeit, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung**,

¹²¹ Anhang II [Form FS-PP] Rn. 12 DVOdS: „Dem Anmelder bzw. den Anmeldern wird geraten, bereits hinreichend lange vor der Meldung mit der Kommission Kontakt aufzunehmen, vorzugsweise auf der Grundlage eines Entwurfs des ausgefüllten Formulars FS-PP. Die Kommission bietet Anmeldern diese Möglichkeit der Vorabkontakte zur Vorbereitung der Vorprüfung drittstaatlicher Subventionen im Rahmen einer veröffentlichten öffentlichen Auftragsvergabe. Vorabkontakte sind nicht vorgeschrieben, können jedoch sowohl für den bzw. die Anmelder als auch für die Kommission nützlich sein, um u. a. den genauen Informationsbedarf in einer Meldung zu bestimmen (insbesondere in Bezug auf Abschnitt 3 und Tabelle 1) und um sicherzustellen, dass die Meldung vollständig ist. Ferner kann sich durch Vorabkontakte der Umfang der verlangten Angaben spürbar verringern. Wird die Meldung von mehr als einem Anmelder (als einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer) oder mehr als einer Gruppe von Anmeldern (als Mitglieder eines einzigen Konsortiums) vorgenommen und beabsichtigt jeder dieser Anmelder bzw. jede dieser Gruppen, im Rahmen ein und desselben öffentlichen Vergabeverfahrens ein eigenes Angebot abzugeben, so müssen die Vorabkontakte mit jedem Anmelder bzw. jeder Gruppe separat und komplett vertraulich geführt werden, um den fairen Wettbewerb im Rahmen des jeweiligen öffentlichen Vergabeverfahrens zu gewährleisten.“

¹²² Vgl. hierzu auch Linke (Fn. 6) S. 431.

Transparenz und Wettbewerb, in Bezug auf alle an dem öffentlichen Vergabeverfahren beteiligten Wirtschaftsteilnehmer“ beachten (ErwGr (48) FSR).

V. Übergreifenden Subventionen

Der Unionsgesetzgeber hat erkannt, dass drittstaatliche Subventionen in ihrer Wirkung mehr als eine wirtschaftliche Tätigkeit, einen bestimmten Zusammenschluss oder ein bestimmtes Vergabeverfahren beeinflussen können und stellt daher klar, dass diese weitergehenden Wirkungen überprüfbar bleiben sollen (Art. 34 FSR).

Wenn also ein Zusammenschluss oder öffentlicher Auftrag im Rahmen der FSR-Zusammenschlusskontrolle bzw. des FSR-Verfahrens für öffentliche Aufträge untersucht wurde, können „finanzielle Zuwendungen, über die die Kommission im Wege des Anmelde- bzw. Meldeverfahrens informiert wurde“, auch in einem Verfahren von Amts wegen relevant sein (ErwGr (57) FSR), soweit dort eine „andere wirtschaftliche Tätigkeit“ untersucht wird (Art. 34 I FSR).¹²³

Gleiches gilt auch umgekehrt, wenn eine „bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit“ bereits in einem Verfahren von Amts wegen geprüft wurde, für die Prüfung einer „anderen wirtschaftlichen Tätigkeit“ in einem anderen der drei nach der FSR möglichen Verfahren (Art. 34 II FSR).¹²⁴

VI. Marktuntersuchungen

Hat die Europäische Kommission einen „begründeten Verdacht“, dass „drittstaatliche Subventionen in einem bestimmten Wirtschaftszweig, für eine bestimmte Art von Wirtschaftstätigkeit oder auf der Grundlage eines bestimmten Subventionsinstruments den Binnenmarkt verzerren könnten“, kann sie nach Art. 36 FSR eine **Marktuntersuchung** mit weitgehenden Befugnissen und (buß- und zwangsgeldbedrohten) Mitwirkungspflichten durchführen.

Die Ergebnisse einer solchen Marktuntersuchung können nicht nur in die o.g. Verfahren der FSR einfließen (Art. 36 III FSR), sondern auch zu einem **Dialog mit betroffenen Drittstaaten** führen (Art. 37, ErwGr (60) FSR).

¹²³ So auch Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 41 f. mit weiteren Einzelheiten.

¹²⁴ So wohl auch Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 43.

E. Materielle rechtliche Prüfung und Maßnahmen

I. Verzerrungen auf dem Binnenmarkt

1. Systematik

Die Maßstäbe der materiell-rechtlichen Prüfung der Europäischen Kommission ergeben sich aus den Normen:

1. Art. 4 FSR – „Verzerrungen auf dem Binnenmarkt“
2. Art. 5 FSR – „Kategorien drittstaatlicher Subventionen, bei denen mit größter Wahrscheinlichkeit eine Verzerrung des Binnenmarkts stattfindet“.
3. Art. 6 FSR – „Abwägungsprüfung“
aus Kapitel 1 der FSR („Allgemeine Bestimmungen“).

Diese Maßstäbe sind nicht nur relevant für die Maßnahmen von Amts wegen¹²⁵ (Art. 11 II, III FSR), sondern auch für die FSR-Zusammenschlusskontrolle¹²⁶ (Art. 25 III lit. c FSR, Anhang I [Form FS-CO] Rn. 6-8 DVOdS¹²⁷) und das FSR-Verfahren speziell für die öffentliche Auftragsvergabe¹²⁸ (Kapitel 4, Art. 31 I II, Anhang II [Form FS-PP] Rn. 3 ff.¹²⁹ FSR). Dass die dort einleitenden Normen (Art. 19, Art. 27 FSR) Art. 6 bzw. Art. 5, 6 FSR nicht nennen, sollte an der Anwendbarkeit dieser Normen für alle drei Säulen der FSR nichts ändern.¹³⁰

2. Ausgangspunkt der materiellrechtlichen Prüfung

Da „Verzerrungen auf dem Binnenmarkt“ angegangen werden sollen, „die direkt oder indirekt durch drittstaatliche Subventionen verursacht werden“ (Art. 1 I 1, ErwGr (6) FSR), ist es von Bedeutung, wann eine relevante „Verzerrung auf dem Binnenmarkt“ vorliegt.

Nach Art. 4 I 1 FSR liegt eine „**Verzerrung auf dem Binnenmarkt**“ vor, „wenn

- eine drittstaatliche Subvention geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Unternehmens auf dem Binnenmarkt zu verbessern, und
- die drittstaatliche Subvention dadurch den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt tatsächlich oder potenziell beeinträchtigt.“

(Gliederung nur hier)

Es müssen also einerseits gleich zwei Tatbestände kumulativ erfüllt sein, um von einer Verzerrung auszugehen. Andererseits **setzen** beide eine **tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht voraus**:¹³¹

¹²⁵ S.o.D.II.

¹²⁶ S.o. D.III.

¹²⁷ Sowie in der DVOdS nach der eigentlichen Form FS-CO die „Hinweise für Angaben zu drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen, die in keine der Kategorien nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a bis e fallen (Abschnitt 5.3)“.

¹²⁸ S.o. D.IV.

¹²⁹ Sowie in der DVOdS nach der eigentlichen Form FS-PP die „Hinweise für Angaben zu drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen, die in keine der Kategorien nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a bis e fallen (Unterabschnitt 3.3)“.

¹³⁰ So – für die FSR-Fusionskontrolle – auch Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 33, Art. 25 Rn. 9, 28.

¹³¹ Ebenso wohl Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 4 Rn. 1 f.

- a. Zur Verbesserung der Wettbewerbsposition muss die Subvention nur „geeignet“ sein; ein zwingender Erfolg ist damit nicht erforderlich.
- b. Hinsichtlich der Beeinträchtigung des Wettbewerbs soll eine potenzielle Beeinträchtigung genügen; eine tatsächliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ist also nicht erforderlich.

Allerdings setzt Art. 4 I 1 FSR eine Subvention voraus, deren Definition in Art. 3 I FSR u.a. einen (**tatsächlichen**) „**Vorteil**“ als erforderliches Merkmal enthält (ErwGr (11) FSR, vgl. dazu Art. 16 III FSR, Anhang I [Form FS-CO] Rn. 5.2.7 und Fn. 11, Anhang II [Form FS-PP] Rn. 3.2.7 DVODSS).¹³²

Für die Beurteilung im Rahmen der FSR-Zusammenschlusskontrolle bzw. des FSR-Verfahrens für öffentliche Aufträge sind noch Art. 19 bzw. Art. 27 FSR zu beachten. Nach letzterem sind im Kontext öffentlicher Vergabeverfahren drittstaatliche Subventionen relevant, „die einen Wirtschaftsteilnehmer in die Lage versetzen, ein in Bezug auf die betreffenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungerechtfertigt günstiges Angebot einzureichen“.¹³³

3. Kategorien und Indikatoren

Ausgangspunkt der Prüfung der Europäischen Kommission dürfte zunächst die Frage sein, ob eine **Subvention** i.S.d. Art. 3 I FSR vorliegt.¹³⁴ Kann dies bejaht werden, dürfte die Prüfung mit Art. 5 FSR fortgesetzt werden, der verschiedene „**Kategorien** drittstaatlicher Subventionen“ nennt, „bei denen mit größter Wahrscheinlichkeit eine Verzerrung des Binnenmarkts stattfindet“. Diese erfassen

- geschäftserhaltende Subventionen an notleidende Unternehmen,
- unbegrenzte Garantien für Schulden/Verbindlichkeiten,
- Ausfuhrfinanzierungsmaßnahmen, die nicht im Einklang mit dem OECD-Übereinkommen über öffentlich unterstützte Exportkredite stehen,
- unmittelbar einen Zusammenschluss erleichternde Subventionen,
- Subventionen, die die Zuschlagwahrscheinlichkeit in einem Vergabeverfahren relevant erhöhen

(Details: Art. 5 I, ErwGr (20) FSR¹³⁵).

Ermittelt werden kann eine relevante Verzerrung aber auch anhand von **Indikatoren**. In Art. 4 I 2 FSR sind solche Indikatoren – nicht abschließend (ErwGr (18), (53) FSR) – aufgezählt, etwa Höhe, Art oder Zweck der Subventionen oder auch die Situation des Unternehmens auf den betroffenen Märkten und seine Wirtschaftstätigkeit auf dem Binnenmarkt. Die Indikatoren werden in ErwGr (19) FSR weiter erläutert. Relevant sein kann hier auch die Situation des relevanten Unternehmens auf dem Heimatmarkt.¹³⁶

¹³² S.o. B.II.

¹³³ Auch Linke (Fn. 6) S. 430 sieht Art. 27 FSR als insoweit relevant an.

¹³⁴ S.o. B.II.

¹³⁵ Weitergehende Überlegungen dazu bei Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 5.

¹³⁶ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 4 Rn. 1.

4. Prüfung

Nach Art. 4 III, ErwGr (19) FSR, Art. 5 II a.E. DVOdS wird die betragsbezogene Regelung über de-minimis-Beihilfen aus Art. 3 II UA 1 VO (EU) 1407/2013¹³⁷ herangezogen, um die Verzerrungswirkung ganz auszuschließen.

Liegt diese Ausnahme nicht vor, dürfte die Europäische Kommission zunächst nach relevanten Kategorien und/oder Indikatoren Ausschau halten.

Nach Art. 4 II, ErwGr (19) FSR gilt eine Verzerrung auf dem Binnenmarkt allerdings als unwahrscheinlich, wenn „der Gesamtbetrag einer drittstaatlichen Subvention für ein Unternehmen 4 Mio. EUR in einem Zeitraum von drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht übersteigt“.

Ähnliches gilt für drittstaatlichen Subventionen, die auf die Behebung eines „von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Ereignissen verursachten Schaden[s]“ abzielen (Art. 4 IV FSR: „kann“ im Vgl. zu Art. 107 II lit. b AEUV).¹³⁸

Im Kontext der FSR-Zusammenschlusskontrolle können sich Besonderheiten ergeben, etwa ob ein Zusammenhang zwischen Zusammenschlussvorhaben und Subvention bestehen muss.¹³⁹ Ähnliches mag sich im Kontext der öffentlichen Auftragsvergabe ergeben.

Stellt die Europäische Kommission insgesamt zunächst zu eine relevante „Verzerrungen auf dem Binnenmarkt“ fest, stellt sich die Frage, ob auch positive Effekte zu werten sind.

5. Positive Auswirkungen und Abwägung

a) *Ausgangspunkt*

Art. 6 I, ErwGr (21) FSR sieht eine Abwägungsentscheidung vor, bei der auch „die positiven Auswirkungen der Subvention auf die Entwicklung der betreffenden subventionierten wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Binnenmarkt“ sowie „andere positive Auswirkungen der drittstaatlichen Subvention, wie etwa die umfassenderen positiven Auswirkungen in Bezug auf die einschlägigen politischen Ziele, insbesondere die der“ EU, einbezogen werden sollen. Diese politischen Ziele beziehen sich etwa auf Umweltschutz und Sozialstandards, Forschung und Entwicklung (ErwGr (21) S. 6, (55) FSR).

b) *Vortrag durch Stakeholder*

Insoweit ist es wichtig, dass die betroffenen Unternehmen nicht nur bezogen auf die Kategorien aus Art. 5 I FSR **Gegenbeweise** (Art. 5 II FSR), sondern die Mitgliedstaaten sowie alle natürlichen und juristischen Person auch „**Informationen über die positiven**

¹³⁷ Art. 3 II UA 1 VO (EU) 1407/2013 der Kommission v. 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. EU L 352 v. 24.12.2013, S. 1-8, lautet: „Der Gesamtbetrag der einem einzigen Unternehmen von einem Mitgliedstaat gewährten De-minimis-Beihilfen darf in einem Zeitraum von drei Steuerjahren 200 000 EUR nicht übersteigen.“

¹³⁸ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 4 Rn. 5.

¹³⁹ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 21 ff.

Auswirkungen einer drittstaatlichen Subvention vorlegen“ können (Art. 35, ErwGr (21) FSR, Anhang I [Form FS-CO] Rn. 2 d), 3, 7.1, Anhang II [Form FS-PP] Rn. 8 a) vi), 5.1 DVODS).

c) *Berücksichtigungs- oder Amtsermittlungspflicht der Europäischen Kommission?*

Unklar bleibt indes, ob die Europäische Kommission verpflichtet sein soll, nach etwaigen positiven Auswirkungen auch von Amts wegen zu forschen bzw. diesen von Amts wegen einzubeziehen. In der Literatur wird dies verneint.¹⁴⁰ Der Wortlaut von Art. 6 I FSR („kann“/„may“/„peut“) und latent auch die ersten beiden Sätze von ErwGr (21) sprechen auch tatsächlich gegen einen Amtsermittlungsgrundsatz.

Soweit allerdings etwaige positive Auswirkungen gegenüber der Europäischen Kommission vorgebracht wurden, dürfte diese – entgegen einer anderen Ansicht in der Literatur¹⁴¹ – schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit (ErwGr (22), (48), (70), Art. 7 III, Art. 32 VII FSR) dazu verpflichtet sein, in eine Abwägung einzutreten. Hierfür spricht auch der Wortlaut von ErwGr (21) („sollte“/„should“/„devrait“).

Darüber hinaus heißt es im vierten Satz der ErwGr (21), dass „gegebenenfalls [...] andere positive Auswirkungen berücksichtigt werden [sollten], um zu vermeiden, dass die Abwägungsprüfung zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung führt.“ Im Vergleich zum ersten und zweiten Satz dieser Erwägungsgründe könnte dies bedeuten, dass der Unionsgesetzgeber zumindest erwartet, dass die Europäische Kommission vor positiven Effekten auch dann nicht die Augen verschließen sollte, wenn diese nicht vorgetragen wurden. Hierfür spricht auch sowohl die Entwicklung im Vergleich zum Weißbuch,¹⁴² in dem noch das Vorliegen von Beweisen positiver Wirkungen Voraussetzung für eine Abwägungsprüfung sein sollte,¹⁴³ als auch die Homepage der Europäischen Kommission.¹⁴⁴ Dies gilt jedenfalls für die im fünften und sechsten Satz der ErwGr (21) genannten „einschlägigen politischen Ziele, insbesondere der Union“.

d) *Umfang der Berücksichtigung*

Nach Art. 6 II FSR „berücksichtigt“ die Europäische Kommission bei ihrer „Entscheidung, ob sie Abhilfemaßnahmen auferlegt oder angebotene Verpflichtungszusagen annimmt“, die Abwägung nach Art. 6 I FSR. Allerdings mag das Vorliegen positiver Effekte nicht zwingend zum Absehen entsprechender Maßnahmen führen, sondern nur weniger strenge Maßnahmen verhältnismäßig erscheinen lassen.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 6 Rn. 16.

¹⁴¹ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 6 Rn. 13.

¹⁴² Europäische Kommission, Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 21 unter 4.1.4.

¹⁴³ So auch Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 6 Rn. 5.

¹⁴⁴ Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu, abgerufen am 20.08.2023 (Unterstreichung nur hier): „If the Commission establishes that a foreign subsidy exists and is distortive, it will balance the negative effects of the subsidy, in terms of the distortion, with positive effects of the subsidy to determine appropriate redressive measures or to accept commitments.“

¹⁴⁵ S.o. Fn. 144.

Ein Abwägung nach Art. 6 FSR darf jedenfalls „nicht zu einer mit dem Unionsrecht unvereinbaren Änderung des von dem Wirtschaftsteilnehmer eingereichten Angebots oder endgültigen Angebots führen“ (Art. 31 IV FSR).

e) *Vorgehen bei ausbleibender Kooperation*

Die Europäische Kommission soll, wenn „das Unternehmen, das Gegenstand der Prüfung ist, oder der Drittstaat, der die Subvention gewährt hat, nicht kooperiert“, befugt sein, einen Beschluss auf der Grundlage der verfügbaren Informationen zu erlassen (ErwGr (28), Art. 14 III lit. b, Art. 16, Art. 25 I¹⁴⁶ FSR), der dann auch ungünstiger ausfallen können soll, als bei Kooperation (Art. 16 IV FSR).¹⁴⁷ Dabei darf die Europäische Kommission davon ausgehen, dass einem Unternehmen durch eine finanzielle Zuwendung ein Vorteil entstanden ist, wenn dieses Unternehmen nicht die Auskünfte erteilt, die zur entsprechenden Feststellung erforderlich sind (Art. 16 III FSR).

II. **Maßnahmen**

1. Optionen

Wenn die Europäische Kommission schon während einer **Vorprüfung**¹⁴⁸ zu dem Schluss gelangt, „dass **keine hinreichenden Anhaltspunkte** für die Einleitung einer eingehenden Prüfung vorliegen, weil entweder keine drittstaatliche Subvention vorliegt oder keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine tatsächliche oder potenzielle Verzerrung auf dem Binnenmarkt vorliegen, schließt sie die Vorprüfung ab“ und setzt das betroffene Unternehmen, die unterrichteten Mitgliedstaaten sowie (im Fall eines öffentlichen Vergabeverfahrens) den (öffentlichen) Auftraggeber davon in Kenntnis (Art. 10 IV FSR).

Andernfalls beschließt sie, eine **eingehende Prüfung**¹⁴⁹ einzuleiten (Art. 10 III FSR).¹⁵⁰ Diese kann mit einem **Beschluss, keine Einwände** zu erheben, beendet werden.

Stellt die Europäische Kommission bei der eingehenden Prüfung hingegen eine **relevante Verzerrung** fest, kann sie mit **Maßnahmen** reagieren. Dabei macht Art. 7 I (wie schon Art. 4 I 1¹⁵¹) FSR deutlich, dass **potenzielle Auswirkungen** einer Subvention für einen Eingriff **genügen**. Art. 7 I, Art. 11 II, III, Art. 25 III lit. a, c, Art. 31 FSR, Art. 13-15 DVOdS ermöglicht der Kommission dabei sowohl

- die Annahme von **Verpflichtungszusagen** des Unternehmens, das Gegenstand der Prüfung ist, als auch
- die Auferlegung von **Abhilfemaßnahmen im Fall eines Eingreifens von Amts wegen** bzw. einer **Untersagung im Fall der FSR-Zusammenschlusskontrolle oder bei öffentlichen Vergabeverfahren**.

¹⁴⁶ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 25 Rn. 10.

¹⁴⁷ Die Regelungsmechanik ist handelspolitischen Schutzinstrumenten der EU entlehnt, vgl. dazu Krenzler/Herrmann/Niestedt/Trapp (Fn. 1) Art. 16 Rn. 2.

¹⁴⁸ S.o. D.II.3, D.III.4, D.IV.5.

¹⁴⁹ S.o. D.II.3, D.III.4, D.IV.5.

¹⁵⁰ So auch für die FSR-Zusammenschlusskontrolle Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 25 Rn. 8.

¹⁵¹ S.o. E.I.2.

Verpflichtungszusagen und auch Abhilfemaßnahmen können **strukturelle und nicht-strukturelle Maßnahmen** beinhalten,¹⁵² wobei erstere – wie auch bei der Zusammenschlusskontrolle nach FKVO – vorrangig und zweitens idealerweise nur ergänzend gewählt werden dürften.¹⁵³

Zu den möglichen Maßnahmen zählen u.a. Zugang zu Infrastruktur, Verringerung von Kapazitäten oder Marktpräsenz, Verzicht auf Investitionen, Lizenzgewährungen, Veröffentlichungen von FuE-Ergebnissen, Veräußerung von Assets, die Rückgängigmachung von Zusammenschlussvorhaben, die Rückzahlung erhaltener Subventionen oder die Anpassung von Governance-Strukturen (Details: Art. 7 IV, VI FSR).

Begleitet werden sollten die Maßnahmen von **Reporting- und Transparenzverpflichtungen** (Art. 7 V, Art. 8 FSR, Art. 16 DVODS). Diese können sogar für einen angemessenen Zeitraum künftige Zusammenschlüsse und/oder die Teilnahme an künftigen Vergabeverfahren erfassen (Art. 8, ErwGr (26) FSR, Art. 16 S. 2 lit. b DVODS). Dabei sollen die Verpflichtungen **selbst dann** ausgesprochen werden können, **wenn ein Beschluss ergeht, dass keine Einwände erhoben werden**.¹⁵⁴ Reporting- und Transparenzverpflichtungen sollen eine Anmeldepflicht i.R.d. FSR-Zusammenschlusskontrolle nicht entfallen lassen.¹⁵⁵ Gleiches dürfte für Melde- und Erklärungspflichten im Bereich des FSR-Verfahrens für öffentliche Vergabeverfahren gelten.

2. Abhilfemaßnahmen bzw. Untersagung

a) *Abhilfemaßnahmen*

Die Europäische Kommission soll im Rahmen eines von Amts wegen eingeleiteten Verfahrens „befugt sein, einem Unternehmen gegenüber Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen, um eine durch die drittstaatliche Subvention verursachte Verzerrung auf dem Binnenmarkt zu beseitigen“. Möglich sein sollen „strukturelle und nichtstrukturelle Maßnahmen sowie die Rückzahlung der drittstaatlichen Subvention“ (ErwGr (22), (26), Art. 11 II FSR).

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass die Abhilfemaßnahmen zur vollständigen und wirksamen Beseitigung der betreffenden Verzerrung geeignet, aber auch verhältnismäßig sein müssen; so wären auch bei alternativ möglichen Abhilfemaßnahmen, diejenigen mit der geringsten Belastung zu wählen (Art. 6 II, Art. 7 III, IV, ErwGr. (21), (22) FSR).

Einstweilige Maßnahmen sind möglich (Art. 12 FSR).

b) *Untersagung / Entflechtungsanordnung i.R.d. Zusammenschlusskontrolle*

Im Kontext der FSR-Zusammenschlusskontrolle¹⁵⁶ sind Abhilfemaßnahmen i.S.d. Art. 11 II FSR nicht vorgesehen. An deren Stelle tritt die Möglichkeit der Europäischen Kommission, den Zusammenschluss zu untersagen (Art. 25 III lit. c FSR) oder auf die Rückgängigmachung

¹⁵² Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu, abgerufen am 20.08.2023.

¹⁵³ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 7 Rn. 3, 13.

¹⁵⁴ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 8 Rn. 4.

¹⁵⁵ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 25 Rn. 14.

¹⁵⁶ S.o. D.III.

(Entflechtung) eines bereits vollzogenen (anmeldepflichtigen) Zusammenschlusses hinzuwirken (Details: Art. 25 VI FSR).¹⁵⁷

Auch einstweiligen Maßnahmen sind möglich (Art. 25 VII FSR).

c) *Untersagung bezogen auf öffentliche Vergabeverfahren*

Im Kontext öffentlicher Vergabeverfahren i.R.d. Kapitel 4 der FSR¹⁵⁸ sind ebenfalls Abhilfemaßnahmen i.S.d. Art. 11 II FSR nicht vorgesehen.¹⁵⁹ Insoweit kann die Europäische Kommission allerdings einen Beschluss fassen, „mit dem die Vergabe des Auftrags an den betreffenden Wirtschaftsteilnehmer untersagt wird“, einen sog. „Beschluss zur Untersagung der Zuschlagserteilung“. Daraufhin muss der Auftraggeber das Angebot des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers „ablehnen“ (Art. 31 II FSR). Betrifft dies den Bestbieter, der den Zuschlag sonst erhalten hätte, „so darf der Auftrag an den Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden, der nicht Gegenstand eines Beschlusses nach Artikel 31 Absatz 2 ist und das nächstbeste Angebot abgegeben hat“ (Art. 32 IV FSR).

Einstweilige Maßnahmen sind nicht vorgesehen (Art. 12 II 2 FSR).

3. Verpflichtungszusagen

Die für die Europäische Kommission und die betroffenen Unternehmen im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen und Untersagungen oft pragmatischere Lösung dürften Verpflichtungszusagen sein, die das/die betroffene(n) Unternehmen abgibt/abgeben.¹⁶⁰

Der **Vorteil für die Europäische Kommission** ist u.a. die höhere Rechtssicherheit: Im Vergleich zu den Abhilfemaßnahmen und Untersagungen, bei denen die Europäische Kommission ein möglichst rechtssicheres Gleichgewicht zwischen Eingriffsintensität und Verhältnismäßigkeit finden muss, um vor Gericht (EuG) und EuGH zu bestehen, dürfte die Gefahr, sich nach (von der Europäischen Kommission akzeptierten) Verpflichtungszusagen der Unternehmen mit diesen dennoch vor den EU-Gerichten in Luxemburg auseinandersetzen zu müssen, gering sein.

Der **Vorteil für die Unternehmen** liegt zum einen in der Abwendung von Abhilfemaßnahmen bzw. einer Untersagung (ErwGr (23), (25), Art. 24 I UA 2, lit. c) FSR): Bei vollständigen und wirksamen Verpflichtungszusagen sollte die Europäische Kommission nicht auf die Anordnung von Abhilfemaßnahmen bzw. Untersagungen zurückgreifen.¹⁶¹ Zum anderen behalten die Unternehmen bei Verpflichtungszusagen mehr eigenen Spielraum bei der Auswahl der Mittel. Schließlich kann der Weg über Verpflichtungszusagen deutlich schneller sein als ein Abwarten

¹⁵⁷ So auch Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 25 Rn. 12, 32 (anders hingegen wohl Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 7 Rn. 1).

¹⁵⁸ S.o. D.IV.

¹⁵⁹ Anders zwar Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 7 Rn. 1; vgl. aber Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 25 Rn. 12; z.Zt. der Verfassung dieses Beitrags waren Art. 30 ff. in Krenzler/Herrmann/Niestedt nicht kommentiert.

¹⁶⁰ Nach Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 7 Rn. 15 sind Verpflichtungszusagen von Drittstaaten im Rahmen der FSR nicht vorgesehen.

¹⁶¹ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Art. 7 Rn. 12.

der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen oder einer Untersagung. Sicher ist letzteres jedoch nicht: Auch bei Verpflichtungszusagen kann sich ein Verfahren sehr lange hinziehen, insbesondere wenn die Europäische Kommission eine möglichst breite Einbindung interessierter Kreise sucht.

Selbstverständlich müssen die Verpflichtungszusagen – etwa die Rückzahlung der „Subvention zuzüglich angemessener Zinsen“ (ErwGr (24) FSR) – geeignet sein, die identifizierte Verzerrung vollständig und wirksam zu beseitigen (Art. 6 II, Art. 7 II 1, III, ErwGr (24), (26) FSR). Auch müssen die Verpflichtungszusagen „verhältnismäßig“ sein (Art. 7 III FSR). Allerdings dürften in der Praxis **überschießende Verpflichtungszusagen** vorkommen, die die betroffenen Unternehmen abgeben, um vermuteten Bedenken der Europäischen Kommission effektiv entgegenzutreten und zu einer raschen Einigung zu kommen.

Schließlich erscheint es denkbar, dass die im Kontext eines Zusammenschlusses gemachten Zusagen sowohl nach FSR als auch nach der FKVO oder nationalen/mitgliedstaatlichen Fusionskontrollregimen anerkannt werden.¹⁶²

Wenn die Europäische Kommission Verpflichtungszusagen eines Unternehmens, das Gegenstand der Prüfung ist, annimmt, so erklärt sie diese durch Beschluss für bindend (Art. 7 II 2, Art. 11 III, Art. 25 II lit. a, Art. 31 I FSR). Je nach Umständen wird sie sich zur folgenden Überwachung gehalten sehen, ob das Unternehmen die vereinbarten Verpflichtungszusagen einhält (Art. 7 II 3 FSR).

Details zu den Verpflichtungszusagen sind in Art. 13 ff. DVOdS geregelt; wichtige Hinweise finden sich in der Mitteilung 2023/C 246/02.

4. Beschluss, keine Einwände zu erheben

Stellt die Europäische Kommission fest, dass

- „sich die in ihrem Beschluss zur Einleitung einer eingehenden Prüfung dargelegte vorläufige Beurteilung nicht bestätigt“ oder
 - positive Auswirkungen schwerer wiegen als eine Verzerrung auf dem Binnenmarkt,
- erlässt sie einen Beschluss mit dem Inhalt, keine Einwände zu erheben (Art. 11 IV, Art. 25 I, III lit. b, Art. 30 I, Art. 31 III FSR), teils – entsprechend dem Umgang mit der FKVO – als „Freigabebeschluss“ bezeichnet.¹⁶³

5. Wiederaufgreifen

Ein Wiederaufgreifen des Verfahrens durch Widerruf des bisherigen und Erlass eines neuen, verbösernden Beschlusses ist möglich, etwa wenn gegen eingegangene Verpflichtungen oder die auferlegten Abhilfemaßnahmen verstoßen wurde, relevante Angaben unvollständig, unrichtig oder irreführend waren oder Verpflichtungen oder Abhilfemaßnahmen nicht gewirkt haben¹⁶⁴ (Art. 18, Art. 21 IV, Art. 25 I, Art. 30 I, IV, ErwGr (33) FSR). Ähnliches soll bei einem später aufgedeckten Verstoß gegen das Umgehungsverbot gelten (Art. 39 II FSR).

¹⁶² Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 25 Rn. 25 ff.

¹⁶³ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 25 Rn. 28.

¹⁶⁴ Letzteres sieht Art. 8 VI FKVO nicht vor, Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 25 Rn. 11.

Eine erneute Prüfung von Zusammenschlüssen und öffentlichen Vergabeverfahren, die nach den jeweils geltenden Verfahren der FSR „angemeldet bzw. gemeldet und beurteilt wurden“, über den Weg des Verfahrens von Amts wegen ist mit Blick auf den Aspekt der Rechtssicherheit vom Unionsgesetzgeber nicht beabsichtigt (ErwGr (57) FSR).¹⁶⁵

F. Veröffentlichungen, Zugänglichmachung, Geschäftsgeheimnisse

Die Europäische Kommission ist verpflichtet, den Mitgliedstaaten und den Auftraggebern „in einer eigens dafür eingerichteten Datenbank die nichtvertraulichen Fassungen aller gemäß dieser Verordnung erlassenen Beschlüsse zugänglich“ zu machen (Art. 35 III FSR, Art. 8 III, Art. 12 III, Art. 15 II, Art. 19 DVOdS).

Zudem muss die Europäische Kommission eine Zusammenfassung aller Beschlüsse zur Einleitung einer eingehenden Prüfung sowie die verfahrensabschließenden Beschlüsse veröffentlichen, wobei etwaige Geschäftsgeheimnisse zu beachten sind (Details: Art. 40, Art. 43, ErwGr (63)-(66) FSR, Art. 8 III, Art. 12 III, Art. 15 II, Art. 18, Art. 19, Art. 20, Anhang I [Form FS-CO] Rn. 19 ff., Anhang II [Form FS-PP] Rn. 24 ff., ErwGr (11) DVOdS).

G. Übergreifende Regelungen

Zahlreiche **Beschlüsse nach der FSR** (Art. 11 II, III, IV, Art. 12 I, Art. 18 I, Art. 25 III, VI, VII, Art. 31 I, II, III, Art. 47 I, II¹⁶⁶) werden über Art. 48 FSR als **Durchführungsrechtsakt** (Art. 291 II, IV AEUV) nach der Komitologie-VO (EU) 182/2011,¹⁶⁷ und nicht als „einfache“ Beschlüsse nach Art. 288 IV AEUV gefasst; hierdurch werden „die Mitgliedstaaten, die ansonsten für die Drittstaatensubventionskontrolle nicht zuständig sind, über das Komitologieverfahren, vorliegend in Form des Beratungsverfahrens, mit einbezogen“.¹⁶⁸

Weiter enthält die FSR Regelungen zur **Verjährung**, wobei aus rechtsstaatlichen Gründen eine Prüfung einer drittstaatlichen Subvention binnen zehn Jahren erfolgen soll (Art. 38, ErwGr (61), (62) FSR), zum Umgang mit **Geschäftsgeheimnissen** (Art. 40 III, Art. 41 I, Art. 42 IV, Art. 43, ErwGr (64)-(67) FSR), zum **Umgang mit nach der FSR erlangten Informationen bei anderen Rechtakten der EU** (ErwGr (67) FSR, Art. 18 I DVOdS), zu den **Adressaten der Beschlüsse** und **Mitteilungspflichten** über Beschlüsse (Art. 41 FSR), zum **rechtlichen Gehör** und zur **Akteneinsicht** (Art. 42, ErwGr (30) FSR, Art. 17, Art. 20 DVOdS, Mitteilung 2023/C 246/02). Die DVOdS enthält zudem noch Regelungen zur **Fristenberechnung** (Art. 21-24 DVOdS) sowie zur **Übermittlung und (ggf. elektronischen) Unterzeichnung von Unterlagen** (Art. 25, Art. 26, ErwGr (14) DVOdS).

In den ErwGr wird zudem die Bedeutung der besonderen Berücksichtigung von **KMU** i.S. einer **Mittelstandsförderung** (ErwGr (7), (19), (40), (76) FSR) sowie des richtigen Umgangs mit **Verschlussachen** (ErwGr (68) FSR) hervorgehoben.

¹⁶⁵ Vgl. allerdings oben D.II.2.

¹⁶⁶ Vgl. dazu ErwGr (74) FSR.

¹⁶⁷ VO (EU) 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.02.2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. EU L 55 v. 28.02.2011, S. 13-18.

¹⁶⁸ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 25 Rn. 15 ff. auch mit weiteren Details.

H. Zeitliche Geltung

Die Verordnung trat zwar schon am zwanzigsten Tag nach Veröffentlichung im ABl. EU in Kraft, gilt aber weitgehend (erst) ab dem 12.07.2023, die Anmelde- bzw. Melde-/Erklärungspflicht sogar nach Art. 21 bzw. Art. 29 (erst) ab dem 12.10.2023,¹⁶⁹ außerdem gelten Übergangsbestimmungen (Details: Art. 53 f. FSR).¹⁷⁰

I. Auslegung und Konkurrenzen

Der Unionsgesetzgeber hat die FSR so angelegt, dass diese eine Einschränkung der **Grundfreiheiten nach Art. 34, 49, 56 und 63 AEUV** ermöglicht, wenn „unfaire Wettbewerbsbedingungen vermieden werden müssen, sofern solche Einschränkungen — wie andere Einschränkungen der Grundfreiheiten — mit den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts, wie Verhältnismäßigkeit und Rechtssicherheit, sowie mit den Grundrechten im Einklang stehen“ (ErwGr (70) FSR). Die FSR lässt hingegen die Anwendung des **primärrechtlichen Wettbewerbsschutzes** (einschließlich des Beihilfen- und Fusionskontrollrechts) nach Art. 101 f., Art. 106-108 AEUV, nach der VO (EG) 1/2003¹⁷¹ sowie nach der FKVO unberührt (Art. 44 I FSR).¹⁷²

Art. 44 VIII FSR gibt vor, dass diese Verordnung im Einklang mit den RL 2009/81/EG, 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU, 89/665/EWG¹⁷³ und 92/13/EWG¹⁷⁴ auszulegen ist. In ErwGr (9) wird insoweit noch das Beihilfenrecht erwähnt. Auch soll die FSR die RL „2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU im Hinblick auf die geltenden Verpflichtungen in den Bereichen Umwelt-, Sozial- und Arbeitsrecht unberührt“ lassen (ErwGr (48), (55) FSR).

Dies gilt auch für andere Verordnungen (Art. 44 FSR). Die FSR tritt insoweit auch neben die

1. VO (EU) 2019/452 (Art. 10 II, Art. 25 I, 44 III FSR),
2. VO (EU) 2016/1037,¹⁷⁵
3. VO (EU) 2022/1031.

¹⁶⁹ Genauere Hinweise der Europäische Kommission zur zeitlichen Geltung und zum Beginn der Anmeldepflichten, competition-policy.ec.europa.eu (Übersichtsseite) und competition-policy.ec.europa.eu (Q&A), beide abgerufen am 21.08.2023. Vgl. dazu auch Molestina/Gülmez (Fn. 27) S. 1482.

¹⁷⁰ Siehe dazu genauer etwa Krenzler/Herrmann/Niestedt/Hornkohl (Fn. 1) Art. 19 Rn. 45.

¹⁷¹ VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EU L 1 v. 04.01.2003, S. 1-25, zuletzt geändert durch VO (EG) 487/2009 des Rates v. 25.05.2009 zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Luftverkehr, ABl. EU L 148 v. 11.06.2009, S. 1-4.

¹⁷² Vgl. auch Europäische Kommission, Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 47 ff.

¹⁷³ RL 89/665/EWG des Rates v. 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. EU L 395 v. 30.12.1989, S. 33-35, zuletzt geändert durch RL 2014/23/EU.

¹⁷⁴ RL 92/13/EWG des Rates v. 25.02.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. EU L 76 v. 23.03.1992, S. 14-20, zuletzt geändert durch RL 2014/23/EU.

¹⁷⁵ Vgl. dazu die Erklärung der Europäischen Kommission zu multilateralen Regelungen zur Verhinderung verzerrender drittstaatlicher Subventionen anlässlich der Annahme der Verordnung (EU) 2022/2560, ABl. EU C 491 v. 23.12.2022, S. 7.

Hinsichtlich der

1. VO (EU) 2016/1035 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 08.06.2016 über den Schutz gegen schädigende Preisgestaltung im Schiffbau¹⁷⁶ sowie der
2. VO (EU) 2019/712 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.04.2019 zur Sicherstellung des Wettbewerbs im Luftverkehr und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 868/2004¹⁷⁷

finden sich in Art. 44 V, VII, ErwGr (71) FSR Abgrenzungsregelungen.

Dagegen soll die FSR der VO (EWG) Nr. 4057/86 des Rates v. 22.12.1986 über unlautere Preisbildungspraktiken in der Seeschifffahrt¹⁷⁸ vorgehen (Art. 44 VI, ErwGr (71) FSR).¹⁷⁹

Rechte und Verpflichtungen der EU aus einschlägigen völkerrechtlichen Übereinkünften sollen durch die FSR nicht beeinträchtigt werden (Art. 44 IX, ErwGr (5), (69) FSR), was v.a. für die **Vereinbarungen im Rahmen der WTO** relevant ist.¹⁸⁰ Leider hat der Unionsgesetzgeber darauf verzichtet, den betroffenen Unternehmen mit einer safe-harbour-Liste zu einschlägigen Handelsabkommen Rechtssicherheit zu verschaffen.¹⁸¹

J. Durchführungsrechtsakte, delegierte Rechtsakte und soft law

Die Europäische Kommission soll **Durchführungsrechtsakte zu Verfahrenseinzelheiten** (Art. 47, ErwGr (74), (75) FSR) erlassen; mit der **DVOdS** liegt ein solcher bereits vor.

Delegierte Rechtsakte der Europäischen Kommission **zur Herabsetzung oder Anhebung von Schwellenwerten der FSR** sollen – nach einem gewissen Zeitablauf und weitere Regelungen – möglich sein (Art. 49-51, ErwGr (76) FSR).

Schließlich soll die Europäische Kommission **vorläufige Erläuterungen** veröffentlichen (ErwGr (73) FSR) und bis zum 12.01.2026 **Leitlinien**¹⁸² zu wesentlichen Aspekten der

¹⁷⁶ ABl. EU L 176 v. 30.6.2016, S. 1-20.

¹⁷⁷ ABl. EU L 123 v. 10.5.2019, S. 4-17; vgl. zur Konkurrenz Europäische Kommission, Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 53.

¹⁷⁸ ABl. EWG L 378 v. 31.12.1986, S. 14-20.

¹⁷⁹ Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 53.

¹⁸⁰ S. dazu Europäische Kommission, [competition-policy.ec.europa.eu \(Q&A\)](https://competition-policy.ec.europa.eu/Q&A), abgerufen am 21.08.2023, wo es heißt: „Subsidies falling within the scope of the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures cannot be redressed under Regulation (EU) 2022/2560. However, to the extent that those subsidies constitute foreign financial contributions within the meaning of Article 3(2) of Regulation (EU) 2022/2560, they nevertheless need to be taken into account for determining whether the notification threshold for concentrations set out in Article 20(3)(b) of Regulation (EU) 2022/2560 is met.“

Vgl. zum Verhältnis der FSR zu völkerrechtlichen Vereinbarungen auch Europäische Kommission, Weißbuch COM(2020) 253 final v. 17.06.2020, S. 47, 49 ff., Europäische Kommission, VO-Vorschlag COM(2021) 223 final v. 05.05.2021 sowie die Erklärung der Europäischen Kommission zu multilateralen Regelungen zur Verhinderung verzerrender drittstaatlicher Subventionen anlässlich der Annahme der Verordnung (EU) 2022/2560, ABl. EU C 491 v. 23.12.2022, S. 7, wo v.a. auf WTO-Übereinkommen verwiesen wird. Vgl. auch Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Vorbemerkung Rn. 13 ff.

¹⁸¹ Soltész (Fn. 5) S. 123.

¹⁸² Nach Molestina/Gülmez (Fn. 27) S. 1480 sind die Leitlinien frühestens Anfang 2024 zu erwarten.

FSR (Art. 46, ErwGr (73) FSR) herausgeben.¹⁸³ Vorläufige Erläuterungen der Europäischen Kommission wurden auf ihrer Homepage bereits veröffentlicht.¹⁸⁴

Der „**Erlass**“ solcher Erläuterungen und von Leitlinien, sog. **soft laws**, ist zwar ausgiebig praktizierte Praxis und wird in der Rechtsanwendungswirklichkeit auch weitgehend akzeptiert, unterliegt allerdings – nach Auffassung des Autors – **prinzipiellen Bedenken**. Hierzu gehört insbesondere, dass die Europäische Kommission in soft law Vorgaben macht, an die sich die meisten Rechtsanwender halten werden, da sie ansonsten negative Entscheidungen der Europäischen Kommission einschließlich Buß- oder Zwangsgelder zu befürchten haben. Kritisch an solchem soft law ist allerdings v.a., dass

1. diese Vorgaben ohne hinreichende demokratische Legitimation im Wesentlichen durch die Europäische Kommission, die auch die die FSR ausführende Behörde ist, und eben nicht auf dem für Gesetze vorgesehenen Weg entstehen,
2. die EU-Gerichte daran nicht gebunden sind,
3. sich teils die Europäische Kommission an ihre eigenen Hinweise nicht gebunden fühlt und
4. dass – teils erhebliche – Änderungen nicht ausgeschlossen sind.¹⁸⁵

K. Rechtsschutz und (auch nationale) gerichtliche Zuständigkeit

Grundsätzlich unterliegen alle auf der Grundlage der FSR erlassenen Rechtsakte der Überwachung durch **Gericht (EuG) und EuGH** nach **Art. 263 AEUV**, wobei bezogen auf Geldbußen und Zwangsgelder die Befugnis zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung gilt (Art. 14 III 2 lit. d, Art. 45, ErwGr (56), (72) FSR).

Die **nationalen Gerichte (als funktionale Unionsgerichte¹⁸⁶)** können sich im Vorabentscheidungsverfahren nach **Art. 267 AEUV** selbstverständlich auch dann an den EuGH wenden, wenn es um die Auslegung der FSR geht (ErwGr (56) FSR). Insoweit müssten auch Beschlüsse der Europäischen Kommission nach der FSR so in Frage gestellt werden können.¹⁸⁷

Dies ist freilich nur dann relevant, wenn solche Fragen in einem einschlägigen nationalen Gerichtsverfahren – z.B. einem **Vergabenachprüfungsverfahren¹⁸⁸** – relevant werden. Denkbar erscheint beispielsweise ein Vorgehen eines in einem Vergabeverfahren von der nationalen Vergabestelle ausgeschlossenen Bieters im Vergabenachprüfungsverfahren, wenn der Ausschluss beruht auf:

¹⁸³ Vgl. dazu auch die Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission 2022/C 491/02, ABl. EU C 491 v. 23.12.2022, S. 6 sowie die Erklärung der Europäischen Kommission zu den Erläuterungen in Bezug auf die Anwendung der Verordnung 2022/2560, gemäß deren Artikel 46, ABl. EU C 491 v. 23.12.2022, S. 8.

¹⁸⁴ Europäische Kommission, competition-policy.ec.europa.eu, abgerufen am 21.08.2023.

¹⁸⁵ Beispiel sind die Q&A zur FSR auf der Homepage der Europäischen Kommission, competition-policy.ec.europa.eu (Q&A), abgerufen am 21.08.2023; diese enthalten die folgende Eingangsbemerkung (Unterstreichungen nur hier): „The questions and answers (Q&A) are prepared by the Commission services, and are not binding on the European Commission as an institution. The views set out below are without prejudice to the interpretation of Regulation (EU) 2022/2560 by the Union Courts. These Q&A may evolve from time to time.“ Vgl. zur Problematik von soft law der Europäischen Kommission ausführlich v. Graevenitz (Fn. 36 ZRP); v. Graevenitz (Fn. 36 „Sicherung“) S. 276-306.

¹⁸⁶ v. Graevenitz (Fn. 36 „Sicherung“) S. 41, 67, 141 f.

¹⁸⁷ v. Graevenitz (Fn. 36 „Sicherung“) S. 105.

¹⁸⁸ Vgl. dazu Linke (Fn. 6) S. 431.

1. Einem Tätigwerden der Europäischen Kommission nach der FSR.
2. § 124 I Nr. 4, 8, 9 GWB i.V.m. Art. 29 I, III, IV FSR wegen Verstoßes gegen FSR- Informationspflichten.¹⁸⁹

Ähnliche Konstellationen mögen sich im **Unterschwelbereich** vor **Zivilgerichten** ergeben, etwa soweit dort im Wege des **einstweiligen Rechtsschutzes** Primärrechtsschutz (ähnlich einem Vergabenaachprüfungsverfahren im Oberschwelbereich) gesucht wird.

Denkbar erscheinen auch **nationale zivilgerichtliche Verfahren**, in denen es um die Frage geht, ob ein **Zusammenschluss**, zu dem es keine FSR-Freigabe gab, **zivilrechtlich wirksam** ist (Art. 24 VII FSR). Hier wäre die nationalen Zivilgerichte letztlich gezwungen, die Frage der Einschlägigkeit der FSR-Zusammenschlusskontrolle als funktionale Unionsgerichte selbst zu prüfen (ggf. mit einer Konsultation der Europäischen Kommission¹⁹⁰) und etwaige Zweifelsfragen nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen.¹⁹¹

Zu entsprechenden Verfahren vor nationalen Gerichten gibt es noch eine Besonderheit: Soweit es einer **betroffenen Partei möglich** ist oder gewesen wäre, einen einschlägigen EU-seitigen Beschluss auf der Grundlage der FSR nach **Art. 263 AEUV** anzufechten, soll nach Ansicht des Unionsgesetzgebers der **Weg**, diesen Beschluss **über Art. 267 AEUV** in Frage zu stellen, **verschlossen** sein (ErwGr (56) FSR).¹⁹² Eine parallele Vorlage nach Art. 263 und Art. 267 AEUV sollte – entgegen dieser Ansicht – allerdings zulässig bleiben, „soweit sie wegen der Besonderheiten des konkret zu entscheidenden Falles oder wegen besonderer rechtlicher Gesichtspunkte erforderlich ist.“¹⁹³ Dies sollte insbesondere auch dann gelten, wenn die Klagemöglichkeit nach Art. 263 AEUV nicht offensichtlich war oder der Beschluss der Europäischen Kommission offensichtlich rechtswidrig ist.¹⁹⁴

Die **Frage, inwieweit ein nationales Gericht einen EU-Beschluss auf der Grundlage der FSR berücksichtigen muss**, dürfte aufgrund entsprechender Urteile und Überlegungen aus den Bereichen des EU-Wettbewerbs-, -Beihilfen- und -Fusionskartellrechts im Einzelfall zu entscheiden sein; dies gilt insbesondere für die verschiedenen Optionen, wenn ein solcher Beschluss der Europäischen Kommission schon bzw. noch nicht rechtskräftig ist.¹⁹⁵

¹⁸⁹ Linke (Fn. 6) S. 431 f.

¹⁹⁰ Die allerdings immer dann, wenn nach der FSR ein Beschluss als Durchführungsrechtsakt gem. Art. 48 FSR vorgesehen ist (näher dazu oben unter G.), ohne Einbindung der Mitgliedstaaten möglicherweise abschließend nicht sprechfähig wäre.

¹⁹¹ Vgl. dazu ausführlich zur parallelen Problematik zu Art. 7 IV FKVO bei v. Graevenitz (Fn. 5 „Sicherheit“) S. 27 ff., 230 ff. Vgl. dazu bereits oben unter D.III.2.e), insbes. Fn. 78.

¹⁹² Vgl. dazu Linke (Fn. 6) S. 432 und allgemein Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Schwarze/Wunderlich, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 267 Rn. 25.

¹⁹³ Calliess/Ruffert/Wegener, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 267 Rn. 17.

¹⁹⁴ v. Graevenitz (Fn. 36 „Sicherheit“) S. 149, 151 f., 171 f., 271 f., 292; Schoch/Schneider/Marsch, 43. EL August 2022, AEUV Art. 267 Rn. 27; vgl. auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Dörr, 78. EL Januar 2023, AEUV Art. 263 Rn. 139 ff. und Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Kotzur/Dienelt, 7. Aufl. 2023, AEUV Art. 267 Rn. 18.

¹⁹⁵ Vgl. zu den entsprechenden Fragen umfassend v. Graevenitz (Fn. 36 „Sicherheit“).

L. Gesamtbetrachtung und Ausblick

Mit der FSR hat der **Unionsgesetzgeber nachvollziehbarer- und richtigerweise auf Regelungslücken zum Schutz eines fairen Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt reagiert.**

Leider sind allerdings schon die **Regelungen der FSR sehr umfangreich und unübersichtlich.** Durch die DVOdS einschließlich der darin enthalten, sehr langen Formblätter, die Hinweise der Europäischen Kommission auf ihrer Homepage sowie die kommenden Leitlinien sind zusätzlich **weitere, umfangreiche hard- und soft law-Dokumente zu beachten.** Hier wurde z.B. in Bezug auf die Form FS-CO bereits der Vorwurf erhoben, diese atme „in jeder Zeile den **technokratischen Geist** des fusionskontrollrechtlichen Vorbilds“. ¹⁹⁶

Das vom Unionsgesetzgeber und der Europäischen Kommission mit dieser **Textflut** vermutlich angestrebte Ziel eines hohen Maßes an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit ist zwar grundsätzlich begrüßenswert. Es ist allerdings zu beachten, dass die Anwendung der FSR oft neben der Anwendung anderer, ebenfalls bereits äußerst umfangreicher Rechtsmaterien, etwa dem wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlussrecht der EU bzw. der Mitgliedstaaten, dem Außenwirtschaftsrecht oder dem EU- und nationalen Vergaberecht, stattfinden wird. Diesen komplexen Rechtsmaterien wird nun ein weiteres komplexes Regelwerk zur Seite gestellt, welches bekannten Regelwerken ähnlich, aber gerade doch nicht vollständig entsprechend ist. Die **Undurchsichtigkeit des Rechts** wird damit nicht unerheblich **erhöht**, was der Vorstellung von Rechtsklarheit widerspricht. **Rechtspolitisch sollte der Unionsgesetzgeber künftig darauf hinwirken, die Gesetzestexte überschaubar zu halten und möglichst und weitgehend auf begleitendes soft law zu verzichten.** ¹⁹⁷

Umgekehrt könnte man positiv sehen, dass die Regelungen der FSR stark an bekannte Regelungsmechanismen, etwa die Zusammenschlusskontrolle nach FKVO angelehnt sind. Wer bereits entsprechende Erfahrungen gesammelt hat, wird in der FSR viel Bekanntes erkennen und sollte auf Unterschiede entsprechend reagieren können.

Alles im Allem wird die Zukunft weisen, ob die FSR ein Erfolg werden wird. Hier unterliegt die **Europäische Kommission Berichts- und Überprüfungspflichten** (Art. 52 FSR). Man darf gespannt sein, ob der hohe Detailgrad zu einer einfachen, rechtsstreitarmen Handhabung führen wird oder ob die **Komplexität eine erfolgreiche, rechtssichere Handhabung gerade verhindert.** ¹⁹⁸ **Dieser Beitrag konnte einige der mit der FSR aufgeworfenen Rechtsfragen nur andeuten. Diese und andere Aspekte dürfte Potential für Rechtsstreitigkeiten bieten. Die Entwicklung bleibt zu beobachten.**

Fraglich bleibt mit Blick auf die **Souveränität der Drittstaaten** auch, ob diese zur Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen auf der Grundlage der FSR kooperieren werden. ¹⁹⁹ Zu erwarten ist weiter, dass sich die Ermittlungen der Europäischen Kommission „gerade weil sie

¹⁹⁶ Soltész (Fn. 5) S. 121.

¹⁹⁷ Hierzu ausführlicher v. Graevenitz, (Fn. 36 ZRP); v. Graevenitz (Fn. 36 „Sicherung“) S. 276-306.

¹⁹⁸ Zu Recht pessimistisch und zahlreiche Rechtsstreitigkeiten in Luxemburg erwartend etwa Soltész (Fn. 5) S. 122 f. Ähnlich Molestina/Gülmez (Fn. 27) S. 1482.

¹⁹⁹ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Vorbemerkung Rn. 2.

sich auch auf Unternehmensstrukturen und Finanzströme im Ausland erstrecken, in der Praxis als besonders herausfordernd und komplex erweisen“ könnten.²⁰⁰

Im Kontext der **öffentlichen Vergabe** ist zu erwarten, dass **FSR-relevante Verfahren noch länger dauern**; für Bewerber und Bieter gibt es hohe Belastungen und neue Ausschlussrisiken.²⁰¹ Gleiches gilt für die **Zusammenschlusskontrolle**. Es wird vermutet, dass die Anwendung der FSR so „kein Zuckerschlecken“, wenn nicht „unappetitlich ... sowohl für die Parteien als auch für ihre Berater“ werden könnte, v.a. mit Blick auf den Aufwand, den die von der Europäischen Kommission veröffentlichten Formblätter befürchten lassen; prognostiziert wird eine nicht bewältigbare Flut von zu notifizierten Maßnahmen.²⁰² Da letztendlich jede interessierte Partei die Europäische Kommission zum Handeln auffordern kann, sind **„Störfeuer“ von Wettbewerbern und anderen interessierten Kreisen** über das Instrument der FSR zu erwarten.²⁰³

Also: Mit der **FSR** wird das **richtige Ziel** verfolgt, sie ist aber **zu umfangreich** und **zu komplex** geraten und **mit Begleitmaterial überladen**. **Zeitverzug für Vergabeverfahren und M&A-Transaktionen** sind ebenso zu erwarten wie **Rechtsunsicherheit** und **Rechtsstreitigkeiten**.

²⁰⁰ Krenzler/Herrmann/Niestedt/Zimmermann (Fn. 1) Vorbemerkung Rn. 3.

²⁰¹ Linke (Fn. 6) S. 427, 432.

²⁰² Soltész (Fn. 5) S. 121 ff. Vgl. dazu auch Scholke/Gayk/Trapp (Fn. 20) S. 628.

²⁰³ Soltész (Fn. 5) S. 123.