

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Problemstellung und Einführung in die Arbeit .....</b>	<b>1</b>
<b>Teil I Die Idee des unregulierten Marktes ist eine Illusion!</b>		
<b>2</b>	<b>Der EU-Binnenmarkt im Lichte des Wettbewerbsrechts .....</b>	<b>9</b>
2.1	Schutzgut EU-Binnenmarkt, seine Entstehung und Hintergründe .....	9
2.2	Wettbewerb und Binnenmarkt .....	14
2.2.1	Der Wettbewerbsbegriff und seine Merkmale im Allgemeinen .....	16
2.2.2	Das juristische Definitionsdilemma .....	19
2.2.3	Möglichkeit einer Definition über die Negativabgrenzung? .....	22
2.2.4	Abstrakte Begriffsbeschreibung und Schlussbemerkung zum Wettwerbsbegriff .....	23
2.3	Wettbewerb als dynamischer Prozess – das Wettbewerbsverständnis der EU und seine Zielsetzungen als Grundlage der neuen Verordnung .....	24
2.3.1	Rückschlüsse aus dem nicht staatsbezogenem Wettbewerbsrecht .....	25
2.3.2	Rückschlüsse aus dem staatsbezogen Wettbewerbsrecht .....	28
2.3.3	Schlussfolgerung u. Ausblick auf die zu begutachtende Rechtsverordnung .....	30
2.4	Das Schutzgut der Binnenmarktfragmentierung .....	31

### 3    **Ökonomische Grundlagen des**

<b>Handlungsbedarfs – Risikoerörterung aus europäischer Sicht</b>	....	33
3.1	Verzerrung des Binnenmarkts durch zunehmende Aktivität drittstaatlicher Investitionen	33
3.1.1	Der wirtschaftliche Aufstieg Chinas und die chinesische Unternehmensstruktur als Beispiel der ökonomischen Ausgangssituation	34
3.1.2	Die europäische-chinesische Verflechtung und ihr Gefahrenpotenzial für den EU-Binnenmarkt	37
3.1.3	Die EU-Binnenmarktöffnung als Chance und Risiko	40
3.2	Der Verzerrungseffekt – mehr als nur eine Binnenmarktbetrachtung	46
3.2.1	Der Verzerrungseffekt durch drittstaatliche Auflagen im Welt- und drittstaatlichen Markt	46
3.2.2	Der Verzerrungseffekt im EU-Binnenmarkt	49
3.2.2.1	Unbeachtlichkeit von „natürlichen“ Unterschieden	49
3.2.2.2	Verzerrung durch Vorteilsverschaffung für Unternehmen aus einem Drittmarkt (Vorteil im Binnenmarkt)	50
3.2.2.2.1	Wettbewerbsvorteile auf dem Drittmarkt	50
3.2.2.2.2	Wettbewerbsvorteile in der Union	53
3.3	Insbesondere: Fusions- und vergaberechtlich relevante Verzerrungen	55
3.3.1	Einführung	55
3.3.2	Fusionskontrollrechtliche Dimension der Verzerrung	57
3.3.3	Vergaberechtliche Dimension der Verzerrung	63

## Teil II    **Der Begriff der drittstaatlichen Subvention**

<b>4    Die Legaldefinition des Art. 3 VO 2022/2560 und ihre Notwendigkeit</b>	69
--	----

---

<b>5</b>	<b>Die einzelnen Merkmale des Subventionsbegriffs</b>	<b>73</b>
5.1	Die Drittstaatlichkeit des Subventionsgebers	73
5.1.1	Definition des Drittstaates	74
5.1.2	Die Handlungszurechnung zu einem Drittstaat	74
5.2	Das Merkmal der „finanziellen Zuwendung“	81
5.2.1	Historischer Kontext	83
5.2.2	Säule eins – die aktive Leistung eines Drittstaates	84
5.2.3	Säule zwei – der Verzicht auf ansonsten fällige Einnahmen	86
5.2.4	Säule drei – Bereitstellung oder Erwerb von Waren oder Dienstleistungen	90
5.2.5	Die Geeignetheit der „finanziellen Zuwendung“ und ihre Betrachtung im Kontext der Problemstellung	92
5.3	Das Unternehmen als Subventionsempfänger	95
5.3.1	Der europarechtlich einheitliche Unternehmensbegriff	95
5.3.2	Ausschluss vom Unternehmensbegriff	99
5.3.2.1	Ausschluss des privaten Verbrauchers	99
5.3.2.2	Ausschluss bei hoheitlicher Tätigkeit	100
5.3.3	Das Binnenmarktkriterium	102
5.4	Der Vorteil	106
5.4.1	Das Motiv einer Subvention	107
5.4.2	Der Vorteil im Allgemeinen	110
5.4.3	Der Vorteil im Besonderen	112
5.4.4	Der „Private-Investor-Test“	113
5.4.5	Der Zeitpunkt der Subvention	116
5.5	Die Selektivität	117
5.5.1	Selektivität – ist sie überhaupt erforderlich?	119
5.5.2	Die Kriterien der Selektivität – reine Formsache?	120
5.6	Der Subventionsbegriff im Lichte der hiesigen Problemlage – Schlussbemerkung	123

**Teil III Die Regelungslücke des europäischen Rechts**

<b>6</b>	<b>Das EU-Wettbewerbs- und Antidumpingrecht</b>	129
6.1	Das Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)	129
6.1.1	Einführung	129
6.1.2	Zur Frage der unternehmerischen Tätigkeit	130
6.1.3	Gesamtbetrachtung bei Unternehmen aus staatlich gelenkten Volkswirtschaften	133
6.1.4	Hinzurechnung des staatlichen Einflusses als Marktmachtfaktor	135
6.1.5	Auch Abwehr- und Exportkartelle sind keine Lösung	135
6.1.6	Schlussfolgerungen	136
6.2	Das Fusionskontrollrecht	137
6.2.1	Der Zusammenschlussbegriff bei Transaktionen drittstaatlicher Unternehmen	139
6.2.2	Ansatzpunkt Aufgreifkriterien	140
6.2.3	Die Wettbewerbsbeeinflussung als Eingreifkriterium	143
6.2.3.1	(Teil-) Schutz über den Marktbeherrschungstest	144
6.2.3.2	Drittstaatliche Subventionen im Rahmen des SIEC-Tests	147
6.2.4	Fazit zur FKVO	151
6.3	Das Antidumpingrecht	152
<b>7</b>	<b>Das EU-Beihilfe- und Subventionsrecht</b>	155
7.1	Das Beihilferecht	155
7.1.1	Unanwendbarkeit des Beihilferechts	156
7.1.2	Mögliche Änderungen	161
7.1.2.1	Einführung des Marktortprinzips?	161
7.1.2.2	Ausnahmen für Ausgleichs- bzw. Defensivmaßnahmen	163
7.1.3	Nationale und Europäische Champions	164
7.1.3.1	Ausgleich drittstaatlicher Subventionen kein legitimes Ziel	165
7.1.3.2	Kein gemeinsames Interesse an nationalen bzw. europäischen Champions	166
7.1.4	Beihilferecht – Schlussbemerkung	168

---

7.2	Das Antisubventionsrecht .....	169
7.3	Screening-VO .....	170
7.3.1	Einführung .....	170
7.3.2	Zum Begriff der Kontrolle .....	171
7.3.3	Zum Begriff der Sicherheit und öffentlichen Ordnung .....	172
<b>8</b>	<b>Das EU-Vergaberecht .....</b>	<b>175</b>
8.1	Einführung .....	175
8.2	Drittstaatliche Subventionen – kein neues Problem im Vergaberecht .....	176
8.3	Völkerrechtliche Bindungen der EU .....	177
8.4	Angebotspezifische Bewertung – strategische Beschaffung .....	182
8.5	Kernelement: Das ungewöhnlich niedrige Angebot und sein fakultativer Ausschlussstatbestand .....	185
8.6	Das ungewöhnlich niedrige Angebot bei staatlichen Beihilfen .....	189
8.7	Fazit zum EU-Vergaberecht .....	191
<b>9</b>	<b>Die Regelungslücke – Schlussbemerkung .....</b>	<b>193</b>
 <b>Teil IV Drittstaatliche Subventionen als Gefahr für den Binnenmarkt – das neue Regelungsregime</b>		
<b>10</b>	<b>Das neue Regelungsinstrument: Die VO 2022/2560 und ihre Funktionsweise .....</b>	<b>197</b>
<b>11</b>	<b>Von Amts wegen eingeleitete Prüfung drittstaatlicher Subventionen und die allgemeinen Bestimmungen .....</b>	<b>199</b>
11.1	Verfahrensüberblick .....	199
11.2	Die Kommission als zuständige Behörde .....	202
11.3	Die Vorprüfung nach Art. 10 VO 2022/2560 .....	205
11.3.1	Der Adressat und die fehlende Beschwerdebefugnis .....	207
11.3.1.1	Unternehmen als Adressat .....	207
11.3.1.2	Fehlen einer Beschwerdebefugnis .....	207
11.3.2	Das Aufgreifermessen .....	209
11.3.2.1	Begrenzung auf Null? .....	209
11.3.2.2	Beschränkung des Aufgreifermessens .....	210

	11.3.2.2.1	Lenkung anhand der Relevanz – De-mini- mis-Grenze .....	211
	11.3.2.2.2	Prioritäten bei der Bearbeitung .....	213
	11.3.2.2.3	Lenkung durch die EU-Grund- rechtsbindung der Kommission .....	215
11.3.3		Das Vorprüfungsverfahren .....	218
	11.3.3.1	Das Verfahren zur Informationsbe- schaffung – Auskunftsverfahren nach Art. 13 VO 2022/2560 und die Folgen des Art. 16 VO 2022/ 2560 .....	220
	11.3.3.1.1	Verfahren im Regelfall .....	220
	11.3.3.1.2	Verfahren bei unzureichender Kooperation .....	222
	11.3.3.1.3	Auskunftsverlangen gegenüber Mitgliedstaaten .....	224
	11.3.3.1.4	Auskunftsverlangen gegenüber Drittstaaten .....	225
	11.3.3.2	Das Verfahren zur Informationsbe- schaffung – Nachprüfung nach Art. 14 VO 2022/2560 .....	228
	11.3.3.3	Das Verfahren zur Informationsbe- schaffung – Nachprüfung nach Art. 15 VO 2022/2560 .....	232
	11.3.3.4	Marktuntersuchung und der drittstaatliche Dialog .....	233
	11.3.3.4.1	Marktuntersuchung .....	233
	11.3.3.4.2	Drittstaatlicher Dialog .....	234
	11.3.3.5	Das Verfahren zur Informationsbe- schaffung – Schlussbemerkung .....	235
	11.3.3.6	Die Frist zur Vorprüfung und die mögliche Rückwirkung .....	236

11.3.3.7	Die materielle Vorprüfung .....	239
11.3.3.7.1	Grundstruktur und Ver- fahrensanforderungen .....	239
11.3.3.7.2	Aufwand-Zweck- Relation bei der Prüfung finanzieller Zuwendungen .....	240
11.3.3.7.3	Aufwand-Zweck- Relation bei Prüfung etwaiger Verzerrungswirkungen .....	241
11.3.3.7.4	Zusammenfassung .....	242
11.4	Die eingehende Prüfung nach Art. 11 VO 2022/2560 .....	242
11.4.1	Grundstruktur und Verfahrensaufbau .....	242
11.4.2	Bedeutung der Verteidigungsrechte .....	243
11.4.3	Drittstaatliche Subvention im Sinne der VO 2022/2560 .....	244
11.4.4	Die Verzerrung auf dem Binnenmarkt .....	247
11.4.4.1	Kategorien mit wahrscheinlicher Verzerrungswirkung; Art. 5 VO 2022/2560 .....	248
11.4.4.2	Die Verzerrungswirkung und die Bewertung am Maßstab von Indikatoren .....	250
11.4.4.2.1	Zwei Blickwinkel der Verzerrung? .....	251
11.4.4.2.2	Die Indikatoren und die Einzelfallentscheidung der Kommission .....	252
11.4.4.2.3	Der Verzerrungsef- fekt – Schlussbemer- kung .....	255
11.4.5	Balancing-Test .....	256
11.4.5.1	Historische Entwicklung .....	257
11.4.5.2	Folgen einer unbestimmten Wertungsfrage .....	258
11.4.5.3	Referenzen in bestehenden Rechtsinstrumenten .....	260
11.4.5.4	Die konkrete Abwägung .....	263

	11.4.5.4.1	Frage der relevanten Abwägungskriterien .....	263
	11.4.5.4.2	Abwägung auf Tatsachengrundlage .....	265
	11.4.5.5	Der Balancing-Test – Schlussbe- merkung .....	266
11.4.6		Abhilfe- und Verpflichtungsmaßnahmen .....	268
	11.4.6.1	Die Frage des Ermessens .....	268
	11.4.6.2	Inhalt der Abhilfe- und Verpflichtungsmaßnahmen .....	270
	11.4.6.3	Die Rückzahlungsverpflichtung und ihre Risiken .....	272
	11.4.6.3.1	Problematischer Nachweis der Rückzahlung .....	272
	11.4.6.3.2	Problem der Rechtsgrundlage für Rückzahlungsanord- nungen .....	274
	11.4.6.4	Geldbußen- und Zwangsgelder .....	275
11.4.7		Keine Freistellungs- und präventive Genehmigungsmöglichkeit .....	276
11.5		Teilinstrument eins – Schlussbemerkung .....	278
<b>12</b>		<b>Das Teilinstrument zwei – Prüfung eines Zusammenschlusses im Lichte der drittstaatlichen Subvention .....</b>	<b>279</b>
12.1		Das Teilinstrument zwei als eigenständiges Rechtsinstrument und seine Abgrenzung zu bestehendem Recht .....	281
12.2		Anmelde- und Anwendungsvoraussetzungen (Aufgreifkriterien) .....	284
	12.2.1	Die EU-Niederlassung .....	286
	12.2.2	Die Schwellenwerte .....	288
	12.2.3	Die Aufforderung zur Anmeldung .....	293
	12.2.3.1	Aufforderung bei Verstoß gegen die Anmeldepflicht .....	293
	12.2.3.2	Aufforderung bei vermuteter Subventionierung .....	294



12.2.3.3	Vereinbarkeit der Anmeldepflicht mit der EU-Grundrechtecharta .....	295
12.2.4	Aufgreifkriterien – Schlussbemerkung .....	296
12.3	Beurteilung der Verzerrung von Zusammenschlüssen .....	297
12.4	Beschlussfassung der Kommission und Abhilfemaßnahmen bei verzerrenden Zusammenschlüssen .....	301
12.5	Das Prüfverfahren .....	303
12.5.1	Parallele Prüfung i.R. der Fusionskontrolle und der hier untersuchten Neuregelung .....	303
12.5.2	Vollzugsverbot und Selbstbeurteilungspflicht .....	305
12.5.3	Fristen für Verfahrensentscheidungen .....	306
12.6	Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Anmeldepflicht bzw. das Vollzugsverbot .....	307
12.7	Teilinstrument zwei – Schlussbemerkung .....	308
<b>13</b>	<b>Prüfung einer öffentlichen Auftragsvergabe im Lichte drittstaatlicher Subventionen .....</b>	<b>311</b>
13.1	Grundlagen .....	311
13.2	Verhältnis zur Verordnung 2022/1031 .....	312
13.3	Das Verfahren im Allgemeinen und der Stichtag des Teilinstruments drei .....	313
13.4	Eine neue Rechtsnatur für das Vergaberecht und die Zuständigkeit .....	314
13.5	Anwendungsvoraussetzung – der Schwellenwert .....	317
13.5.1	Zeitliche Begrenzung der Relevanz .....	318
13.5.2	Der allgemeinen Schwellenwert des Art. 28 Abs. 1 lit. a) VO 2022/2560 .....	318
13.5.3	Der individuelle Schwellenwert des Art. 28 Abs. 1 lit. b) VO 2022/2560 .....	321
13.5.4	Die Aufteilung in Lose nach Art. 28 Abs. 2 VO 2022/2560 und weitere Anwendungsregeln .....	324
13.5.5	Die Möglichkeit zur Schwellenwertänderung .....	325
13.6	Das (förmliche) Verfahren des Teilinstruments drei .....	326
13.6.1	Der Bieterbegriff .....	327

---

13.6.2	Folgen einer ausbleibenden oder unvollständige Meldung / Erklärung .....	328
13.6.2.1	Ausschluss von Angeboten .....	329
13.6.2.2	Geltung des Nachverhandlungsverbots .....	329
13.6.3	Das Verfahren nach erfolgter Meldung .....	331
13.6.3.1	Verfahren auf Kommissionsebene .....	331
13.6.3.2	Verfahren auf nationaler Ebene .....	333
13.6.3.2.1	Zuschlagsverbot während der Vorprüfung .....	333
13.6.3.2.2	Auswirkungen bei Ablauf der Prüfungsfristen ohne Kommissionsentscheidung .....	333
13.6.3.2.3	Auswirkungen der Kommissionsentscheidung für eine eingehende Prüfung .....	334
13.6.4	Die Beschlussfassung der eingehenden Prüfung unter Berücksichtigung möglicher Dringlichkeiten .....	336
13.6.4.1	Zuschlag an ein Unternehmen, das nach Prüfung keine Zuwendung erhalten hat .....	336
13.6.4.2	Zuschlag an ein Unternehmen vorbehaltlich von Verpflichtungserklärungen .....	337
13.6.4.3	Zuschlag an ein Unternehmen, das erklärt hat, keine relevanten Zuwendungen erhalten zu haben .....	338
13.6.4.4	Vorgehen bei Überprüfungsbedürftigkeit des wirtschaftlich günstigsten Angebots .....	338
13.6.4.5	Zwischenergebnis .....	339

13.6.5	Aufforderung zur Anmeldung .....	340
13.6.5.1	Allgemeines .....	340
13.6.5.2	Problem: Unsicherheit über mögliche Prüfung bei fehlender Meldepflicht .....	340
13.6.5.3	Folgen der Aufforderung zur Anmeldung .....	342
13.6.5.3.1	Gleichbehandlung aller Bieter? .....	343
13.6.5.3.2	Nachteile des Bieters durch seine alleinige Prüfung? .....	345
13.6.5.4	Meldepflicht des öffentlichen Auftraggebers bei der Vermutung von Unregelmäßigkeiten .....	348
13.6.6	Die materielle Prüfung bei der öffentlichen Auftragsvergabe .....	349
13.6.6.1	Die vergaberechtlichen Spezifika der Verzerrungsprüfung .....	350
13.6.6.2	Prüfung der Verzerrungswirkung .....	352
13.6.6.2.1	Kategorien, in denen eine Verzerrung vermutet wird .....	353
13.6.6.2.2	Ermittlung, ob die Auswirkung der Subvention (gerade) den Zuschlag umfassen ....	354
13.6.6.2.3	Kriterien für ein „ungerechtfertigt günstiges Angebot“ .....	355
13.6.6.3	Balancing-Test .....	358
13.6.6.4	Verpflichtungsmaßnahmen .....	359
13.7	Teilinstrument drei – Schlussbemerkung .....	361

## **Teil V Rechtsschutz im Rahmen der VO 2022/2560**

<b>14</b>	<b>Rechtsschutz eines betroffenen Unternehmens gegen ihn betreffende Abhilfemaßnahmen .....</b>	<b>365</b>
-----------	---	------------

<b>15</b>	<b>Besonderer Rechtsschutz des Teilinstruments</b>	
	<b>drei – Fehlerhafte Meldungen durch den Bieter und</b>	
	<b>die Gefahr eines Umgehungsversuchs</b> .....	369
15.1	Allgemeines .....	369
15.2	Grundsätzlich kein vergaberechtlicher	
	Primärrechtsschutz .....	370
15.3	Auflösung des Rechtsschutzvakuumms .....	372
15.3.1	Der (europäische) Rechtsschutz	
	konkurrierender Bieter .....	372
15.3.1.1	Die Nichtigkeitsklage als Abhilfe	
	fehlenden Spezialrechtsschutzes .....	373
15.3.1.2	Folgen der Klageerhebung für das	
	Verfahren .....	377
15.3.1.3	Sanktionsmöglichkeiten bei	
	Falschmeldungen .....	378
15.3.1.4	(Zivilrechtliche) Folgen einer	
	vorsätzlichen oder fahrlässigen	
	Falsch- meldung .....	379
15.3.1.4.1	Grundsatz: Bestand	
	von Verträgen nach	
	Bezuschlagung .....	379
15.3.1.4.2	Andere Rechtsfolgen	
	aufgrund des	
	unionsrechtlichen	
	Effektivitätsgrundsat-	
	zes? .....	380
15.3.2	Gefahr von Umgehungsversuchen durch	
	öffentlichen Auftraggeber .....	385
15.3.2.1	Vermeidung des Anscheins eines	
	Umgehungsversuchs .....	386
15.3.2.2	Rechtsschutz gegen einen etwaigen	
	Umgehungsversuch .....	388
15.3.2.2.1	Problemstellung .....	388
15.3.2.2.2	Rechtsschutzmöglich-	
	keiten .....	389
<b>16</b>	<b>Schlussbemerkung – Rechtsschutz</b> .....	393

**Teil VI Einzelne Teilaspekte der übrigen  
Rechtmäßigkeitsbetrachtung**

<b>17</b>	<b>Kompetenz des Unionsgesetzgebers nach Art. 207 AEUV</b>	397
<b>18</b>	<b>Kompetenz des Art. 114 AEUV</b>	403
18.1	Mitgliedstaatliche Regelungen als Ausschluss	404
18.2	Umfassende Kompetenz des Art. 114 AEUV?	405
18.3	Vorrangige Alternativen bei der Wahl der Rechtsetzung	407
18.4	Art. 114 AEUV als taugliche Kompetenznorm und dessen Umfang	407
<b>19</b>	<b>Beschränkung der Kapitalfreiheit durch die VO 2022/2560?</b>	411
19.1	Bedeutung des Kapitals für den EU-Binnenmarkt	411
19.2	Kapitalbezogene Regelungen im AEUV	412
19.3	Eingrenzung des Kapitalverkehrs i.S.v. Art. 63 AEUV	413
19.4	Vereinbarkeit der VO 2022/2560 mit Art. 63 AEUV	414
19.4.1	Schutzbereich	414
19.4.2	Eingriff und Rechtfertigung	416
<b>20</b>	<b>Alternativen zum Erlass der neuen Verordnung</b>	421
20.1	Stellungnahme zum niederländischen Vorschlag	421
20.2	Stellungnahme zum Vorschlag der Monopolkommission	423
20.3	Zusammenfassende Stellungnahme	425
<b>21</b>	<b>Die Stellung der VO 2022/2560 im europäischen Rechtssystem – Subsidiarität als (rechtskonforme) Alternative?</b>	427
21.1	Das Nebeneinander von VO 2022/2560 und AEUV	427
21.2	Die Subsidiarität als Alternative	428
21.3	Zusammenfassung	430

**Teil VII Schlussbemerkung**

<b>22</b>	<b>Abschließende Bewertung und Fazit der Untersuchung</b>	433
22.1	Zum Anlass der Untersuchung	433
22.2	Zum Schutzgut des Wettbewerbs im EU-Binnenmarkt	434
22.3	Zur zu schließenden Regelungslücke	435
22.4	Zum Zuwendungsbegriff und zu relevanten Verzerrungen	436
22.5	Zur Zuständigkeitsfrage	438
22.6	Zur Wirksamkeit der Regulierung	438

---

22.7	Zum Fehlen eines formellen Beschwerdeverfahrens .....	439
22.8	Zur Zweistufigkeit der Prüfung .....	440
22.9	Zum Teilinstrument eins .....	440
22.10	Zu den Teilinstrumenten zwei und drei .....	441
	22.10.1 Zu Teilinstrument zwei .....	442
	22.10.2 Zu Teilinstrument drei .....	442
22.11	Gesamtfazit .....	443
<b>Literaturverzeichnis .....</b>		<b>445</b>