

# 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 staatsbezogenen Wettbewerbsrecht .....	28
2.3.3	Schlussfolgerung u. Ausblick auf die zu begutachtende Rechtsverordnung .....	30
2.4	Das Schutzgut der Binnenmarktfragmentierung .....	31

<b>3 Ökonomische Grundlagen des 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-Binnenmarkttöffnung 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
<b>Teil II Der Begriff der drittstaatlichen Subvention</b>	
<b>4 Die Legaldefinition des Art. 3 VO 2022/2560 und ihre Notwendigkeit</b>	69

<b>5 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 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 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	Angebotsspezifische 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-mimismus-Grenze .....	211
11.3.2.2.2	Prioritäten bei der Bearbeitung .....	213
11.3.2.2.3	Lenkung durch die EU-Grundrechtsbindung der Kommission .....	215
11.3.3	Das Vorprüfungsverfahren .....	218
11.3.3.1	Das Verfahren zur Informationsbeschaffung – 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 Informationsbeschaffung – Nachprüfung nach Art. 14 VO 2022/2560 .....	228
11.3.3.3	Das Verfahren zur Informationsbeschaffung – 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 Informationsbeschaffung – 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 Verfahrensanforderungen .....	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 Verzerrungseffekt – Schlussbemerkung .....	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 – Schlussbemerkung .....	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 Rückzahlungsanordnungen .....	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 verzerrnden 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
13	<b>Prüfung einer öffentlichen Auftragsvergabe im Lichte drittstaatlicher Subventionen .....</b>	311
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 allgemeine 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 Kommissionsent-scheidung 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 Verpflichtungs-erklärungen .....	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 Auftragnebbers 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
<b>Teil V Rechtsschutz im Rahmen der VO 2022/2560</b>		
14	Rechtsschutz eines betroffenen Unternehmens gegen ihn betreffende Abhilfemaßnahmen .....	365

<b>15 Besonderer Rechtsschutz des Teilinstruments drei – Fehlerhafte Meldungen durch den Bieter und die Gefahr eines Umgehungsversuchs .....</b>	369
15.1 Allgemeines .....	369
15.2 Grundsätzlich kein vergaberechtlicher Primärrechtsschutz .....	370
15.3 Auflösung des Rechtsschutzvakuum .....	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 Schlussbemerkung – Rechtsschutz .....</b>	393

**Teil VI Einzelne Teilauspekte der übrigen  
Rechtmäßigkeitsbetrachtung**

<b>17 Kompetenz des Unionsgesetzgebers nach Art. 207 AEUV .....</b>	397
<b>18 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 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 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 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
<b>Teil VII Schlussbemerkung</b>	
<b>22 Abschließende Bewertung und Fazit der Untersuchung .....</b>	433
22.1 Zum Anlass der Untersuchung .....	433
22.2 Zum Schutzbereich 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 Teilverfahren eins .....	440
22.10	Zu den Teilverfahrenen zwei und drei .....	441
	22.10.1 Zu Teilverfahren zwei .....	442
	22.10.2 Zu Teilverfahren drei .....	442
22.11	Gesamtfazit .....	443
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>445</b>