

# Der Entwurf der Foreign Subsidies Regulation

## Das Verhältnis zu anderen Instrumenten

### Multilevel Enforcement und Vervielfachung des Aufwands?

Prof. Dr. Till Müller-Ibold

Senior Counsel

Berlin, 28. November 2022

---

# Hintergrund

Der Entwurf der Verordnung über Drittlandsbeihilfen (Foreign Subsidies Regulation, “FSR”) beruht auf der Überlegung, dass auch Subventionen in Drittstaaten zu Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt führen. Die Kommission hat das Verhältnis von Beihilfekontrolle gegenüber Mitgliedstaaten und den Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich von Drittlandsbeihilfen zum Gegenstand einer Differenzanalyse gemacht:

- Die Kommission hat festgestellt, dass das EU Wettbewerbsrecht, das Außenhandelsrecht und die Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich ausländischer Direktinvestitionen sowie (jüngst) des International Procurement Instruments die durch Drittlandsbeihilfen verursachten Verzerrungen nicht angemessen adressieren: Die Fusionskontrolle regelt die Auswirkungen von Zusammenschlüssen, FDI screening adressiert Sicherheitsfragen und auch die Regeln zum öffentlichen Auftragswesen zielen nicht auf durch Drittlandsbeihilfen verursachte Verzerrungen.
- Gleiches gelte für völkerrechtliche Übereinkünfte: die Ansatz der WTO sei zu eng (erlaube nur Maßnahmen hinsichtlich von eingeführten *Waren*) und funktioniere nur mangelhaft. Die amtlichen Stellungnahmen schweigen zu den Freihandelsabkommen, hinter vorgehaltener Hand wird deren Effektivität bezweifelt.

Die bestehenden Regelungen gelten natürlich weiter. Ich möchte Ihnen einen kurzen Einblick in diese komplexe Regelungsstruktur und den Möglichkeiten zur friedlichen Koexistenz ihrer verschiedenen Elemente geben.

# Das Verhältnis zu bestehenden Regelungsinstrumenten

## GRUNDREGELN

Das Verhältnis der FSR zu anderen Instrumenten ist in Art. 44 (40E) FSR teilweise geregelt:

➤ Die FSR verbietet Untersuchungen und Maßnahmen, die “den Verpflichtungen der Union aus *ein-schlägigen völkerrechtlichen Übereinkünften* (...) zuwiderlaufen würde” (Art. 44 (9) (=E 40 (7))).

Besonders hervorgehoben wird, dass auf Grundlage der FSR keine “*spezifische Maßnahme gegen eine Subvention im Sinne von Art. 32.1 ASCM*” (WTO) ergriffen werden darf.

➤ Die Regelungen zum Rangverhältnis zu anderen autonomen EU Regelungen sind detaillierter:

## GLEICHZEITIGE ANWENDUNG AUTONOMER REGULUNGEN (“BLEIBEN UNBERÜHRT“)

## DIE FSR HAT VORRANG

Die Wettbewerbsregeln:

- Art. 101, 102, 106 AEUV.
- VO 1/2003 und die Fusionskontroll-VO (139/2004).
- Art. 107, 108 AEUV (Beihilfen)

- Antisubventions GrundVO (2016/1037)
- FDI Screening VO (2019/452).
- VO zum internationalen Beschaffungswesen (IPI) (2022/1031)
- VO zur Sicherstellung des Wettbewerbs im Luftverkehr (2019/712).

VO über den Schutz gegen schädigende Preisgestaltung im Schiffbau (2016/1035) (bis zum vollen Inkrafttreten).

VO über unlautere Preisbildungspraktiken in der Seeschifffahrt (4057/86).

---

## Verhältnis zu autonomem EU-Recht (1)

Die FSR sieht vor, dass sie mit den meisten anderen autonomen Regeln parallel anzuwenden ist (“lässt ... unberührt”). Die Kommission begründet das mit ihrer gap analysis: Die meisten anderen autonomen Regeln, selbst wenn sie auf Drittlandsbeihilfen im Einzelfall anwendbar sind, erfassen nicht spezifisch die dadurch verursachten Verzerrungen.

- Die Verordnung soll parallel zum Wettbewerbsrecht anwendbar sein (u.a. Art. 101, 102, 106 AEUV und Sekundärrecht (z.B. VO 1/2003 und Fusionskontroll-VO (VO 139/2004) (Art. 44(1) FSR). Aber: die FSR kann das Verhältnis zum Primärrecht nicht autonom regeln, soweit letzteres zwingende Regelungen enthält, kann Sekundärrecht davon nicht abweichen).
- Die Verordnung soll auch parallel zum Beihilferecht angewendet werden. Ausdrücklich Bezug genommen wird nur auf das Primärrecht (Art. 107, 108 AEUV). Dennoch ist (i) davon auszugehen, dass das auch gegenüber dem Sekundärrecht gilt, weil das Beihilferecht ohne Sekundärrecht gar nicht operationell ist. Zugleich gilt (ii), auch hier der Anwendungsvorrang des Primärrechts. Und (iii), von der Konzeption her, sind Überschneidungen extrem selten, weil Beihilfen/Subventionen i.d.R entweder von Mitgliedstaaten (dann gilt Beihilferecht) oder von Drittstaaten (dann gilt die neue FSR) gewährt werden.

---

## Verhältnis zu autonomem EU-Recht (2)

- Überraschender ist auf den ersten Blick, dass die FSR parallel zur *Antisubventions(grund)VO* (2016/1037) anwendbar sein soll (Art. 44(2) FSR). Beide regeln den Umgang mit Drittlandsbeihilfen. Tatsächlich wird die parallele Anwendung aber durch Art. 44(9) FSR iVm Art. 32.2 des WTO SCM Agreement vermieden: (i) Art. 32(2) ASCM gebietet das gegen Subventionen, die unter das ASCM fallen, nur nach WTO Regeln vorgegangen werden darf, (ii) die VO (2016/1037) setzt das ASCM und WTO Regeln inner-unional um, und (iii) Art. 44(9) FSR verbietet Untersuchungen und Maßnahmen nach der FSR, wenn und soweit das ASCM anwendbar ist. Den WTO Regeln unterliegen Subventionen, soweit sie handelbare Gegenstände (Güter) betreffen, nicht aber z.B. Dienstleistungen). Daraus folgt:
  - Drittlandsbeihilfen die von den WTO Regeln erfasst werden, unterfallen (nur) der Antisubventions(grund)VO (2016/1037) und nicht der FSR.
  - Drittlandsbeihilfen die nicht von den WTO Regeln erfasst werden, unterfallen (nur) der FSR und nicht der Antisubventions(grund)VO (2016/1037).

Im Gesetzgebungsverfahren neu hinzugekommen sind *Auslegungsregeln* (Art. 44(8) FSR), wonach die Bestimmung und Begriffe der FSR entsprechend der EU-Regelungen zum öffentlichen Auftragswesen auszulegen sind.

---

## Verhältnis zu völkerrechtlichen Übereinkünften (1)

Art. 44 (9) FSR (40(7) E) verbietet Verfahren oder Maßnahmen nach der FSR, soweit dies “den Verpflichtungen der Union aus *einschlägigen völkerrechtlichen Übereinkünften* (...) zuwiderlaufen würde”. Besonders hervorgehoben wird, dass wenn die Anwendung der FSR zu bestimmten Verstößen gegen WTO-Recht (und das ASCM) führt, die FSR unanwendbar ist (s.o.).

Hinsichtlich anderer Übereinkünfte gibt es keine vergleichbare Regelung. Die entscheidende Frage ist daher, wann die Anwendung der FSR “*den Verpflichtungen aus einschlägigen völkerrechtlichen Übereinkünften*“ zuwiderläuft.

---

## Verhältnis zu völkerrechtlichen Übereinkünften (2)

- Ein solcher Verstoß liegt dann nahe, wenn in einer Übereinkunft geregelt ist, dass die Prüfung der Vereinbarkeit bestimmter Beihilfen oder Subventionen mit einem näher definierten materiellen Beihilfenrecht nicht der Kommission, sondern einer anderen Instanz obliegt. Solche Regelungen enthält z.B. das EWR Abkommen (für nicht von EU Mitgliedstaaten gewährte Beihilfen ist ausschließlich die EFTA Surveillance Authority zuständig), und wohl auch die Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen mit den Staaten des westlichen Balkans, sowie verschiedene sektorale Abkommen (Energy Community Treaty, Transport Community Treaty, und das Agreement on a European Common Aviation Area).
- Andere Übereinkünfte, wie allgemeine Freihandelsabkommen, enthalten zumeist nur generelle Regelungen, mit dem Ziel wettbewerbsverzerrende Subventionen zu vermeiden. Es fehlt insbesondere an Umsetzungsmechanismen und die Zuweisung an eine Kontrollinstanz. Daher ist es unwahrscheinlich, dass die Anwendung der FSR auf von solchen Abkommen erfasste Fälle einen Völkerrechtsverstoß beinhalten würde.

# Ergebnisse



---

# Ergebnisse

- Die Regelungen über das Verhältnis der FSR zu anderen EU-internen Regelungsinstrumenten, sowie von internationalen Übereinkünften zeigen, dass signifikante Überschneidungen beabsichtigt sind. Solche Überschneidungen (und die damit verbundene Doppelarbeit) werden – nachvollziehbar - mit den unterschiedlichen gesetzgeberischen Zielen der verschiedenen Regelungen soweit der Absicht begründet, die Kontrolle über Drittlandsbeihilfen signifikant auszuweiten.
- Die Überschneidungen, verbunden mit den sehr weitgehenden Ermittlungsbefugnissen der Kommission, werden damit zu erheblichem administrativen Mehraufwand, sowohl für die Kommission, als auch (insbesondere) für die betroffenen Unternehmen führen.
- Soweit Überschneidungen durch gegenseitig abschließende Regelungsbereiche vermieden werden sollen (VO 2014/1037, SAA mit WB6), verbleibt eine gewisse Rechtsunsicherheit (angesichts einer Reihe von offenen Rechtsfragen).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !



Für weitere Informationen zum Thema siehe auch

Till Müller-Ibold, The Draft Foreign Subsidies Regulation – Relationship with other Union Instruments –  
Some Thoughts on Multilevel Enforcement and Duplication of Efforts, ZEuS 2022, 432

<https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/1435-439X-2022-3-431/the-draft-foreign-subsidies-regulation-relationship-with-other-union-instruments-some-thoughts-on-multilevel-enforcement-and-duplication-of-efforts-jahrgang-25-2022-heft-3?page=1>

© 2022 Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. All rights reserved.

Throughout this presentation, "Cleary Gottlieb", "Cleary" and the "firm" refer to Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP and its affiliated entities in certain jurisdictions, and the term "offices" includes offices of those affiliated entities.