



## **Fact Sheet zum Zustand und zur Reform der Investitionskontrolle sowie der Anwendung der neuen Drittstaatsbeihilfenverordnung (2024)**

### **Einführung**

Mit der Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union (EU-Screening-VO) hat die Europäische Union erstmals einen europäischen Rechtsakt zum Bereich der Investitionskontrolle geschaffen. Im Zentrum dieses Rechtsakts steht ein Kooperationsmechanismus (Art. 6 bis 9), der eine enge Vernetzung zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten in Bezug auf bestehende sowie mögliche Prüfungsfälle bewirken soll. Weiterhin enthalten Art. 3 und 4 EU-Screening-VO Vorgaben sowie mögliche Anknüpfungspunkte einer Harmonisierung nationaler Überprüfungsmechanismen. Eine zentrale Investitionskontrolle durch die EU wurde mit der EU-Screening-VO nicht begründet. Stattdessen wird die Prüfungskompetenz den Mitgliedstaaten zugewiesen, die diese jedoch bislang nicht in allen Fällen genutzt haben. Die Zahl der neu eingeführten oder ausgeweiteten Prüfungsregime steigt jedoch stetig. Die Kommission hat zudem zuletzt einen Vorschlag für eine Reform der EU-Screening-VO vorgelegt. Auch werden Möglichkeiten der Einführung einer sog. „Outbound Investment Control“ diskutiert. Schließlich hat die EU mit der neuen Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen (DSVO) ein neues Instrument geschaffen, mit dem gegen die wettbewerbschädigende Auswirkung ausländischer Subventionen im Binnenmarkt vorgegangen werden soll. Hier stellt sich noch eine Vielzahl von Fragen in Bezug auf die praktische Anwendung.

### **Aktuelle Entwicklungen im europäischen Investitionskontrollrecht**

Die EU-Screening-VO hat einerseits eine engere Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bewirkt, andererseits das Thema der Investitionskontrolle stärker im politischen Diskurs verankert. Eine Reihe von Mitgliedstaaten sind in Folge dessen dazu übergegangen, eigene Prüfungsregime zu erlassen, wobei sie sich häufig von Bestimmungen der EU-Screening-VO haben leiten lassen. Die Kommission sieht vor diesem Hintergrund nun den Zeitpunkt gekommen, die bestehende EU-Screening-VO zu reformieren. Der Reformvorschlag sieht wiederum keine zentrale EU-Investitionskontrolle vor, sondern versucht eine stärkere Harmonisierung nationaler Kontrollen zu erreichen. Neu ist zudem die Pflicht zur Einführung eines nationalen Kontrollregimes. Es stellt sich die Frage, inwieweit sich eine reformierte EU-Screening-VO auf das bestehende Investitionskontrollrecht der Mitgliedstaaten auswirken wird.

### **Deutsche Investitionskontrolle**

Die deutsche Investitionskontrolle durchläuft derzeit ebenfalls einen Reformprozess, bei dem es jedoch aus Sicht des Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) eher darum geht, einzelne Unsicherheiten innerhalb des Investitionsprüfungsverfahrens durch klarere Fassung der einschlägigen Bestimmungen auszuräumen („Evolution statt Revolution“). Außerdem sollen einzelne Anpassungen beim Anwendungsbereich erwogen werden, wobei Erfahrungen aus der Fallpraxis einfließen sollen. Das BMWK wünscht sich überdies die Kodifizierung der Investitionskontrolle in einem eigenständigen Gesetz. In den letzten Jahren waren die Fallzahlen verhältnismäßig hoch und rangierten zwischen 300 und 250 Verfahren, von denen allerdings lediglich 20 bis 40 in eine vertiefte Prüfung führten. Lediglich 10 bis 15 Verfahren endeten mit Beschränkungen. Die meisten Fälle werden bereits innerhalb von 70 Tagen abgeschlossen. Das BMWK sieht eine Möglichkeit durch eine gezieltere Steuerung einen größeren Teil unproblematischer Fälle aus der Prüfung herauszunehmen. Es ist davon auszugehen, dass die deutsche Reform vor dem Abschluss der EU-Reform umgesetzt sein wird.

Aus der Wirtschaft kommen teils kritische Stimmen in Bezug auf die Dauer der aktuellen Verfahren und den Verwaltungsaufwand. Auch gibt es in Bezug auf die Reichweite der verschiedenen Fallgruppen in § 55a AWV größere Verunsicherungen. Befürchtet werden außerdem stärker politisierte Entscheidungen angesichts der Zunahme geopolitischer Spannungen in der Welt. In den Anfängen der Prüfung waren außerdem die Abläufe im Ministerium noch nicht hinreichend eingespielt. Hier ist abzuwarten, ob die kommende Reform die gewünschten Verbesserungen bringt. Wirtschaft und Anwaltschaft betonen die notwendige Offenheit Deutschlands für Auslandsinvestitionen.

Weiterhin verweist die Anwaltschaft auf die bislang stark eingeschränkte Transparenz in investitionskontrollrechtlichen Verfahren. Auch zeigten die bisherigen Entscheidungen des Verwaltungsgericht Berlin gewisse Schwächen bei der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung.

### **Europäischer Vergleich**

Auch Frankreich plant derzeit eine Anpassung des Investitionskontrollrechts, die bestehen Lücken schließen soll. Im Einzelnen soll der Anwendungsbereich vergrößert und das Verfahren zugleich schneller, d.h. insbesondere digitaler, werden. Wie in Deutschland zielt die Reform auch auf eine Präzision der Eingriffstatbestände. Die Fallzahlen in Frankreich sind zuletzt etwas gesunken, konzentrieren sich aber zugleich im Bereich Biotechnologie, Gesundheit, Mikroelektronik und dem Energiesektor. Frankreich erwartet durch die Reform der EU-Screening-VO keine signifikante Anpassungsnotwendigkeit. Dies bedeutet jedoch nicht, dass aus der Reform nicht eine Änderung in der allgemeinen Handhabung der Kontrolle und ihrer Einbindung in den Kooperationsmechanismus folgen könnte.

In der Schweiz ist ein Investitionskontrollgesetz bislang noch nicht in Kraft. Es liegt lediglich ein Vorschlag des Bundesrates vor, der selbst ein solches Gesetz jedoch als unnötig ansieht. Die Schweiz legt insgesamt großen Wert darauf als liberaler Investitionsstandort gesehen zu werden. Nach derzeitigem Stand würde es sich um ein gegenüber dem Ansatz der EU-Staaten sektoral begrenzteres Prüfungsregime handeln, das zweistufig strukturiert wäre. Großzügige Ausnahmen für „befreundete“ Staaten sind denkbar, unterliegen aber noch der Vereinbarkeitsprüfung. Insgesamt ist die politische Zukunft des Gesetzesvorschlags ungewiss.

Das italienische Investitionskontrollrecht hat die Besonderheit, dass es für eine Anwendung nicht darauf ankommt, dass auch eine Unternehmenspräsenz in Italien besteht. Zudem ist der sektorale Anwendungsbereich sehr weit. In Folge dessen sind die Anmeldezahlen ungebrochen hoch. Je nach Sektor stellen die italienischen Behörden eine Vielzahl von Rückfragen; ein informeller Austausch ist zunehmend eingeschränkt worden. Wie der Fall um das italienische Unternehmen Microtecnica zeige, könne auch ein innereuropäischer Erwerb untersagt werden. Ein Gang zu den Verwaltungsgerichten wird von Anwälten wegen des politischen Charakters der Entscheidungen sowie der langen Verfahrensdauer nicht empfohlen.

### **Das Verhältnis zwischen der EU und China**

Im Hinblick auf die Vielzahl neuer Initiativen, die dem Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit vor den sich aus den internationalen Wirtschaftsbeziehungen ergebenden Risiken die-

nen, ist klar, dass China als eines, wenn nicht gar das Hauptziel anzusehen ist. Die Beziehungen haben sich insgesamt in den letzten Jahren verschlechtert. Von einem engen Partner ist China zu einem „systemischen Rivalen“ geworden. Das Verhältnis ist dabei durch mehrere unterschiedliche Konfliktlinien belastet. Die eine betrifft die Menschenrechts- und umweltpolitische Dimension. Eine andere den industriepolitischen Wettbewerb. Letzteres ist eingebettet in eine völlig blockierte Welthandelsorganisation, die seit Trump in Teilen ihrer Funktion beraubt und zudem von immer neuen Berufungen auf eine „nationale Sicherheit“ belastet ist. Chinesische Investitionen in die EU und umgekehrt sinken derzeit, was teilweise auch gezielt mit neuen Investitionskontrollmaßnahmen zusammenhängt. Chinesische Investoren haben in Bezug auf die immer einheitlichere Regelungslandschaft nur noch eingeschränkt die Möglichkeit von liberalen investitionsstandorten zu profitieren. Aber auch für europäische Investoren sind die Hürden angesichts schwer verständlicher chinesischer Regelungen und einer sich verschlechternden politischen Beziehung zunehmend hoch.

### **Outbound Investment Screening**

Eine neue Initiative der Kommission richtet sich auf eine Kontrolle von Auslandsinvestitionen aus der EU heraus. Man orientiert sich dabei an einem U.S.-amerikanischen Vorstoß, der sich bislang auf die Investitionsziele China, Hong Kong und Macau richtet und eine begrenzte Zahl von Technologien umfasst. Hier ist indes eine weitergehende Regelung geplant, die noch im Jahr 2024 Wirklichkeit werden soll. Die Wahl ist nach U.S.-amerikanischen Einschätzungen kein Faktor, da auch unter Trump bereits eine derartige Kontrolle erwogen wurde. Bislang sind allerdings noch einige Fragen zum Anwendungsbereich offen, insbesondere eine Definition der relevanten Sektoren und eine nähere Beschreibung der „countries of concern“.

In der EU wird das Thema seit 2022 intensiver diskutiert. Zu Beginn des Jahres 2024 hat die Kommission ein Weißbuch veröffentlicht, das in eine offene Konsultation führen soll. Einige Mitgliedstaaten unterstützen das Vorhaben, darunter Deutschland. Unternehmen reagieren auf den Vorschlag überwiegend kritisch, da es ihre Verfügung über eigenes Kapital beträfe. Allerdings sehen auch die Unternehmen, dass sie Risiken ihrer Auslandsaktivitäten ohnehin im Blick haben müssen. Es kommt aus ihrer Sicht letztlich auch hier auf die konkrete Ausgestaltung an, die von einem grds. marktwirtschaftlichen Ansatz die notwendigen Risiken möglichst konkret und eng gefasst adressieren sollte.

Die konkrete Ausgestaltung, die zugleich Implikationen für die Frage nach der Kompetenzgrundlage sowie der Anwendbarkeit von Grundrechten und Grundfreiheiten hat, ist bislang völlig offen. Hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs ist denkbar, dass ein „outbound screening“ auch men-

schenrechtliche und umweltbezogene Risiken erfasst. Dies würde kompetenzrechtlich zugleich eine stärkere Rolle der EU bedeuten. Als regulatorische Modelle sind abstrakt ein EU-zentrierter, ein dezentraler sowie ein gemischter zweistufiger Ansatz denkbar. Auch hier ist noch keine Tendenz innerhalb des Weißbuchs erkennbar. Vorteile eines dezentralen Ansatzes, wie beim „inbound investment screening“, sind die gesammelte Erfahrung der Mitgliedstaaten, die der Kommission fehlt. Auch die dünne Personaldecke der Kommission würde als Hindernis einer effektiven Durchsetzung wegfallen. Gleichzeitig wird – ebenfalls in Parallelität zum inbound invest screening – die Rolle der Kommission unklar bleiben, was insbesondere bei der gerichtlichen Überprüfung problematisch sein könnte. Auch entspräche dies nicht dem Ansatz eines Binnenmarkts mit vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen.

### **Drittstaatsubventionsverordnung**

Die DSVO ist ein neues Instrument der EU, dessen Reichweite zum aktuellen Zeitpunkt noch nicht hinreichend abzuschätzen ist. Grundsätzlich sieht die DSVO drei Teilinstrumente vor: eine Ex-officio-Untersuchung durch die Kommission sowie eine Notifizierungspflicht für Zusammenschlüsse und Beteiligungen an Vergabeverfahren. In allen Fällen ist maßgeblicher Anknüpfungspunkt der Erhalt einer ausländischen Subvention durch ein Unternehmen, welches eine wirtschaftliche Tätigkeit im Binnenmarkt ausübt (darunter auch Zusammenschlüsse). Ein Einschreiten knüpft an eine Verzerrung des Binnenmarkts durch die Subventionsvergabe, die nicht durch andere Positiveffekte ausgeglichen werden kann. Gemäß Art. 3 Abs. 1 DSVO „liegt eine drittstaatliche Subvention vor, wenn 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.“

Der Ansatz der EU ist nicht ohne Kritik geblieben. Zunächst handelt es sich bei der Vergabe von Subventionen um einen sensitiven Bereich staatlicher Souveränität, der wirtschaftsvölkerrechtlich durch das WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, ASCM) geregelt wird. Ob die DSVO mit dem Exklusivitätsansatz des Art. 32.1 ASCM vereinbar ist, ist umstritten. Auch ist der Begriff einer ausländischen Subvention sehr weit, sodass weitreichende Notifizierungspflichten für die Unternehmen bestehen, unabhängig davon, ob die Kommission hier tatsächlich eine vertiefte Prüfung eröffnet. Auf dieser vorgelagerten Ebene verlangt die Kommission umfassende Informationen, die teils von Seiten der Unternehmen schwer zu erbringen sind. Aus dem Außenwirtschaftsrecht über-

nimmt die DSVO in Fällen mangelnder Kooperation die Möglichkeit eines Rückgriffs auf die vorhandenen Fakten („facts available“). Darüber hinaus fehlt es derzeit noch an Erfahrungen.

Dies betrifft besonders auch die Möglichkeit einer Ex-officio-Untersuchung. Es wird hier sehr darauf ankommen, wie aktiv die Kommission von ihrem Aufgreifermessenden Gebrauch machen wird. Es könnte darauf hinauslaufen, dass die Kommission derart von Notifizierungen im Bereich von Zusammenschlüssen und Vergabeverfahren überschüttet wird, dass keine Zeit für die Durchführung von Ex-officio-Verfahren bleibt. Aber dies wird man sehen müssen. Die Kommission baut zunehmend weitere Stellen im Bereich der DSVO auf. Die Beschwerden einzelner Fußballvereine scheinen allerdings jedenfalls bislang nicht durchgedrungen zu sein. Eine Möglichkeit könnte auch sein, dass die Kommission dieses Teilinstrument in Fällen einsetzt, die unter der Notifizierungsschwelle liegen.

Unternehmen haben sich angesichts des weiten Anwendungsbereichs jedenfalls schon länger auf das Inkrafttreten der DSVO vorbereitet. Sie kritisieren neben dem weiten Subventionsbegriff vor allem das völlige Fehlen von Ausnahmen, was eine Ungleichbehandlung zum Beihilfenrecht entspricht. Hier werden womöglich in Zukunft weitere Konkretisierungen notwendig sein.

### **Ausblick**

Die Beschränkung des internationalen Wirtschaftsverkehrs nimmt zu. Die EU hat hier eine Vorreiterrolle durch den Erlass neuer und die Schärfung bestehender Instrumente im Geiste einer strategischen Autonomie und von Wirtschaftssicherheit. Wie weit die Belastungen der Unternehmen das politische Ziel, gerade auch in Zeiten wirtschaftlicher Krisen, tragen können, ist derzeit noch offen. Der teils starke Eingriffscharakter und die Berufung auf politische Spielräume lassen zudem Fragen nach einer rechtsstaatlichen Ausgestaltung der jeweiligen Verfahren aufkommen. Auch in dieser Hinsicht könnte sich ein Anpassungsbedarf ergeben.