



Fact Sheet zum Thema Investitionskontrolle (2023)

Einführung

Die Europäische Union, und insbesondere die Bundesrepublik Deutschland, sind attraktive Ziele für ausländische Direktinvestitionen. Der freie Fluss und Einsatz von Kapital sind als Grundfesten im europäischen Primärrecht sowie der marktwirtschaftlichen Ordnung der Union und ihrer Mitgliedsstaaten verankert. Direktinvestitionen aus Drittstaaten können jedoch Grenzen gesetzt werden, wenn mit ihnen eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder die Beeinträchtigung wesentlicher Sicherheitsinteressen einhergeht. Risiken bestehen insbesondere dann, wenn mit der ausländischen Direktinvestition der drohende Abfluss von sensiblem „know-how“ oder die Erlangung von bestimmendem Einfluss im Bereich kritischer Infrastruktur verbunden ist.

In der deutschen Rechtsordnung halten das Außenwirtschaftsgesetz (AWG) sowie die Außenwirtschaftsverordnung (AWV) das Instrument der Investitionsprüfung vor, um im Spannungsfeld zwischen internationaler wirtschaftlicher Entfaltung einerseits und der Wahrung sicherheitspolitischer Interessen andererseits einen Ausgleich zu schaffen. Im Einzelnen unterscheidet die AWV zwischen:

- **Sektorspezifischer** Investitionsprüfung nach §§ 60-62 AWV und
- **Sektorübergreifender** Investitionsprüfung nach §§ 55-59 AWV

Beide Ausprägungen einer investitionskontrollrechtlichen Prüfung fallen in den Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK). Die sektorspezifische Investitionsprüfung erstreckt sich auf Transaktionen im Bereich der Rüstungsindustrie und IT-

Sicherheitsprodukte. Ihr unterfallen alle ausländischen Beteiligungserwerbe, sobald die Mindestwerbsschwelle von 10% überschritten ist.

Im Gegensatz dazu können sämtliche Transaktionen unter Beteiligung von Nicht-EU und Nicht-EFTA Ausländern einer Investitionsprüfung bei Erreichen entsprechender Schwellenwerte unterzogen werden, sofern sie die öffentliche Ordnung und Sicherheit voraussichtlich beeinträchtigen. Sowohl im Rahmen der sektorspezifischen Investitionskontrolle als auch im Falle meldepflichtiger Fallgruppen im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle müssen die beteiligten Unternehmen den geplanten Erwerb melden. Das BMWK kann daneben von Amts wegen tätig werden. Im Übrigen kann eine sektorübergreifende Investitionsprüfung durch einen unternehmensseitigen Antrag auf Unbedenklichkeit der betroffenen Transaktion ausgelöst werden. Auch hier besteht die Möglichkeit, dass das BMWK von Amts wegen tätig wird. Das Betätigungsfeld der beteiligten Unternehmen ist für die sektorübergreifende Investitionsprüfung nicht von Relevanz. Beide Prüfverfahren sind zweistufig ausgestaltet.

Europarechtlich überformt wird die Investitionskontrolle in der Bundesrepublik Deutschland durch die im März 2019 erlassene und im Oktober 2020 in Kraft getretene EU Screening Verordnung (EU) 2019/452. Dabei sieht die EU Screening-VO einen regulatorischen Rahmen im Hinblick auf verfahrensbezogene und materielle Mindeststandards für die Ausgestaltung nationaler Investitionsprüfungsverfahren vor, ohne die Kompetenz für die Durchführung auf die Ebene der Union zu verlagern. Auch ist keine Pflicht zur Einführung eines Kontrollregimes vorgesehen. Darüber hinaus sieht die Screening-VO einen Kooperationsmechanismus vor, welcher den Informationsfluss zwischen den Mitgliedsstaaten untereinander und mit der Kommission mit Blick auf Investitionen, die die Sicherheit und öffentliche Ordnung voraussichtlich beeinträchtigen, vereinheitlichen soll.

Inbesondere der weite Anwendungsbereich und die normative Ausgestaltung der Investitionsprüfung auf nationaler und unionaler Ebene werfen Fragen bei jenen auf, die die Regeln zur Anwendung bringen, diejenigen, die in den Anwendungsbereich fallen, jenen die hierzu beraten und denjenigen, die die Entwicklung dieses Kontrollregimes wissenschaftlich begleiten. Während auf praktischer Seite Fragen rund um ein vorhersehbares Verfahren im Vordergrund stehen, nimmt die Wissenschaft die grundlegenden Fragen der Kompetenz der Union und ihrer Mitgliedsstaaten im Bereich der Investitionskontrolle in den Blick.

Status Quo

Für die Mitgliedsstaaten der EU kann das Instrument der Investitionskontrolle vor dem Hintergrund der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ein effektives Mittel zur Wahrung eben jener Interessen sein. Denn es erlaubt der Exekutive, in das Marktgeschehen im Bereich ausländischer Direktinvestitionen zum Zwecke der nationalen Sicherheit einzugreifen. Mit Blick auf die EU Screening-VO gilt es, sich in der aktuellen Praxis noch zu entscheiden, ob die Kommission im Rahmen des Kooperationsmechanismus bei jedem Prüfverfahren informiert werden soll, oder nur dann, wenn von der zu prüfenden Investition ein Risiko für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht.

Auf Seiten der betroffenen Unternehmen stellen sich neue Herausforderungen. Oftmals belaufen sich die Zahlen entsprechender Investitionsprüfverfahren auf den gleichen Umfang wie die vorzunehmenden Prüfverfahren nach Fusionskontrollrecht. Hieraus folgt ein erheblicher Mehraufwand in der M&A Tätigkeit des Unternehmens. Insbesondere die unterschiedlichen Zuständigkeiten verschiedener Behörden für kartell- und investitionsrechtliche Prüfungen erschwert ein effektives und kohärentes Vorgehen auf Unternehmensseite. Daneben finden sich die Unternehmen in einer schwachen Verhandlungssituation gegenüber den Behörden wieder. Oftmals wird unter dem Oberbegriff der „nationalen Sicherheit“ der Verfahrensgang und die Entscheidungsfindung nicht hinreichend transparent gemacht. Dem Verweis auf gerichtlichen Rechtsschutz kann mit der wirtschaftlichen Realität eines M&A Prozesses begegnet werden. In der Regel ist das Zeitfenster, in welchem eine Transaktion wirtschaftlich attraktiv ist, begrenzt. Ein Urteil nach einem Gerichtsverfahren kommt dann zu spät.

Aber auch bei unternehmensinternen Vorgängen kann es zu Reibungen kommen. So können zum Beispiel eine interne Umstrukturierung oder das Einschalten eines Drittstaatsunternehmens in die vertikale Kontrollkette eine Anmeldepflicht auslösen. Hier ist die Frage des Bestehens einer Anmeldepflicht selten klar zu beantworten.

Aus rechtsberatender Perspektive lässt sich ein gemischtes Resümee ziehen. Einerseits wird insbesondere die Identifikation einer Anmeldepflicht als große Herausforderung wahrgenommen. Jedoch ist zwischen der Praxis in der BRD und anderen Mitgliedsstaaten zu unterscheiden. Im Vergleich stellt sich die deutsche Investitionskontrollpraxis der Behörden als nachvollziehbar dar. Die rechtliche Beratung wird jedoch vor allem durch die fehlende oder sehr zurückhaltende Mitteilung der Entscheidungsgründe erschwert.

Rechtsvergleichende Betrachtung: Investitionskontrolle in Österreich und der Schweiz

Sowohl in Österreich als auch in der Schweiz haben investitionskontrollrechtliche Erwägungen an Traktion gewonnen. Während in Österreich bereits seit längerem eine entsprechende Praxis besteht, steht das Schweizer Investitionskontrollrecht noch am Anfang seiner Entwicklung.

Das Instrument der Investitionskontrolle ist auch der österreichischen Rechtsordnung nicht fremd. Seit dem Jahr 2012 war es in § 25a Außenwirtschaftsgesetz (AußWG 2011) verankert. Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Kontrolle von ausländischen Direktinvestitionen (InvKG) im Juli 2020 erfuhr die Investitionskontrolle eine umfassende Reform. Die Konkretisierung des Anwendungsbereichs erlaubt dem Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft (BMAW) die zielgenauere Prüfung ausländischer Investitionen in kritischen Bereichen. Eine entsprechende Auflistung der prüfungsrelevanten Bereiche findet sich nunmehr in der Anlage zum InvKG. In einzelnen, besonders sensiblen Bereichen wurde die Erwerbsschwelle von 25% auf 10% herabgesetzt. Auch erfasst das InvKG indirekte Erwerbsvorgänge. Zudem kann ein beherrschender Einfluss, den ein Drittstaatsunternehmen durch die Transaktion gewinnt, auch bei Nichterreichen der entsprechenden Schwellen eine Genehmigungspflicht auslösen. Gleichzeitig sieht das österreichische Kontrollregime auch Ausnahmen von der Genehmigungspflicht vor. Kleinstunternehmen und Start-Ups mit weniger als zehn Mitarbeitern und einem Jahresumsatz oder Jahresbilanzsumme von unter zwei Millionen Euro sind von der Genehmigungspflicht befreit. Des Weiteren sieht das InvKG eine Genehmigungsfiktion vor. Wird nämlich innerhalb von einem Monat nach Abschluss des Kooperationsmechanismus oder zwei Monaten nach Eröffnung der Phase-II Prüfung keine behördliche Erledigung zugestellt, so gilt die Transaktion als genehmigt. Im Gegensatz zum BMWK informiert das BMAW die Kommission im Rahmen des Kooperationsmechanismus der Screening-VO über sämtliche eingeleitete Genehmigungsverfahren.

Kritisch wird insbesondere die Anlage 2 zum InvKG betrachtet. Die nicht abschließende Aufzählung der Bereiche, in denen es zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge im Sinne von Art. 52 und 65 AEUV kommen kann, lässt Raum für schwer einzuordnende Auslegungsfragen.

Zum Veranstaltungszeitpunkt verfügte die Schweiz noch nicht über ein eigenes Investitionskontrollregime. Allerdings war dieses Instrument bereits Gegenstand der dortigen öffentlichen Debatte. Einem Regulierungsvorstoß „zum Schutz der Schweizer Wirtschaft durch Investitionskon-

trollen“ aus dem Ständerat im Jahr 2018 erteilte der Bundesrat zunächst eine Absage. Gründe hierfür waren aus Sicht des Bundesrates einerseits die Minderung der Attraktivität der Schweiz als Ziel für Direktinvestitionen und andererseits der Umstand, dass Unternehmen in kritischen Bereichen bereits anderweitig geschützt sind. Letzteres wird damit begründet, dass Unternehmen in kritischen Bereichen entweder im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder durch bereits bestehende Regelungen vor unerwünschten Erwerbsversuchen geschützt sind.

National- und Ständerat teilten diesen Standpunkt jedoch nicht und brachten gemeinsam im Jahr 2020 wieder eine Motion, basierend auf jener aus dem Jahr 2018, ein und zwangen den Nationalrat damit zur Vorlage eines Gesetzesentwurfes. Die Vorlage erfolgte im März 2022. Die anschließende Frist für die sogenannte „Vernehmlassung“ endete im September 2022. Die Ergebnisse der „Vernehmlassung“ bleiben abzuwarten.

Der Entwurf des „Bundesgesetzes über die Prüfung ausländischer Investitionen“ sieht ebenfalls wie das deutsche Kontrollregime eine zweistufig ausgestaltete Prüfung sowie eine Unterscheidung zwischen einer sektorübergreifenden und einer sektorspezifischen Genehmigungspflicht vor. Die Liste der spezifischen Sektoren ist dabei knappgehalten und erstreckt sich auf die Bereiche Rüstung und kritische Infrastruktur. Im Übrigen können Transaktionen unter Beteiligung ausländischer Investoren, die zumindest mittelbar unter staatlicher Kontrolle stehen, geprüft werden, wenn anzunehmen ist, dass die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet oder bedroht ist. Zuständig für sämtliche Prüfungen soll das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) sein. Das Prüfverfahren endet im Falle der Unbedenklichkeit mit der Genehmigung der Transaktion. Ergibt die Prüfung jedoch Bedenken, so kann die Genehmigung unter Auflagen oder Bedingungen erteilt, sowie vollumfänglich verweigert werden.

Auch der Schweizer Entwurf sieht wie die österreichische Regelung eine Ausnahme für kleinere Unternehmen vor. Im Vergleich zeigt man sich jedoch großzügiger. Unternehmen mit bis zu 50 Vollzeitangestellten und einem Jahresumsatz von weniger als 10 Millionen Franken bleiben bei Transaktionen unbehelligt.

Ein elementarer Unterschied im Vergleich zur Investitionsprüfung nach deutschem Recht liegt im Fehlen einer Möglichkeit zur Einholung einer behördlichen Einschätzung zur Frage des Bestehens einer Meldepflicht im Vorfeld. Die deutsche AWW sieht hier die sogenannte Unbedenklichkeitsbescheinigung vor.

Blick in die Zukunft

Mit Blick auf die Dynamik des Investitionskontrollrechts gilt es Schwachstellen zu identifizieren und durch eine Weiterentwicklung der normativen Grundlagen sowie der Verwaltungspraxis zu beseitigen.

Von besonderem Interesse in der weiteren Fortentwicklung der Investitionskontrolle auf unionaler Ebene ist die Klärung der Frage des Anwendungsbereiches des Kooperationsmechanismus im Rahmen der EU Screening-VO. Das Beispiel der unterschiedlichen Praxis in Deutschland und Österreich zeigt exemplarisch, wie uneinheitlich dieses Instrument von den einzelnen Mitgliedsstaaten angewendet wird. Im Sinne eines effektiv funktionierenden Binnenmarktes ist größtmögliche Kohärenz anzustreben.

Darüber hinaus gilt es die möglichen Wechselwirkungen mit anderen Regulierungsinstrumenten auszuloten. Insbesondere die Drittstaatensubventionsverordnung erfasst möglicherweise Transaktionen, welche der Kommission bereits über den Kooperationsmechanismus im Rahmen nationaler Investitionsprüfungen mitgeteilt wurden, aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive. Es besteht die Gefahr eines nicht erforderlichen Mehraufwandes, wenn innerhalb der Kommission kein hinreichender Informationsaustausch stattfindet. In diesem Zusammenhang gilt es aber auch Geheimhaltungsinteressen zu wahren, die auf Seiten der beteiligten Unternehmen bestehen. Außerdem darf das Instrument der Investitionsprüfung nicht zu protektionistischen Zwecken missbraucht werden. Es ist mit größter Wachsamkeit auf die Vereinbarkeit nationaler und unionaler Regelungen zur Investitionsprüfung mit dem WTO-Recht zu achten.

Vor dem Hintergrund einer effektiven Rechtsberatung im deutschen Investitionskontrollrecht gilt es vor allem die weitgehenden ex-officio Befugnisse des BMWK kritisch zu hinterfragen, da diese die Vorhersehbarkeit des behördlichen Handelns einschränken. Im Sinne der Vorhersehbarkeit behördlichen Handelns wird daher die Publikation von Fallberichten, bereinigt von sensiblen Unternehmensinformationen, diskutiert. Darüber hinaus ist eine Straffung und Modifikation bisheriger Regelungen Gegenstand des Diskurses. Nicht erforderliche Katalogtatbestände könnten gestrichen und behördliche ex-ante durch ex-post Befugnisse ersetzt werden.

Auch die Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und den Mitgliedsstaaten bedarf genauer Betrachtung. Sie birgt das Risiko einer nicht hinreichend kohärenten Regulierung innerhalb der Union. Zwar ist im Erlass der EU Screening-VO ein Bestreben zu erkennen, die Prü-

fung ausländischer Direktinvestitionen nicht alleine den Mitgliedsstaaten zu überlassen. Jedoch verbleibt die Kompetenz zur Investitionsprüfung bei den Mitgliedsstaaten, welche sich innerhalb des Rahmens der EU Screening-VO mit beachtlicher regulatorischer Freiheit bewegen können. Ferner gilt es die Ausgestaltung der Transparenzanforderungen an Entscheidungen im Rahmen von Investitionsprüfungen kritisch zu beobachten. Denn bei mangelnder Transparenz im Verfahren läuft das Instrument der Investitionskontrolle Gefahr, zur Erreichung wirtschaftspolitischer und protektionistischer Ziele zweckentfremdet zu werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf mögliche Rechtsschutzdefizite hinzuweisen. Letztlich ist es unerlässlich das Verhältnis zu anderen Regulierungsbereichen, insbesondere im Bereich des Wettbewerbsrechts, auszutarieren.