

Einführung einer europäischen Investitionskontrolle: Die Kommission stellt einen Verordnungsentwurf vor

Briefing 20. September 2017

Die Bedeutung der Kontrolle von ausländischen Investitionen hat in den letzten Jahren deutlich zugenommen. In Deutschland wurden jüngst die Außenwirtschaftsverordnung (AWV) novelliert und erstmals ausländische Investitionen untersagt. Auch aus den USA wird zunehmend über entsprechende Untersagungen durch CFIUS und extrem lange Verfahrensdauern berichtet. Jetzt wurde das Thema auf Betreiben Deutschlands, Frankreichs und Italiens auch durch die Europäische Kommission (*Kommission*) aufgegriffen: Am 13. September 2017 hat sie einen Vorschlag für einen Verordnungsentwurf über die Schaffung eines Rechtsrahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union (EU) vorgelegt (Verordnungsentwurf).

Damit soll die Kontrolle von Unternehmenserwerben durch ausländische Investoren in bestimmten sensiblen Bereichen erstmals auf Unionsebene geregelt werden (Artikel 1 und 2 Verordnungsentwurf). Der Verordnungsentwurf sieht allerdings keine Verpflichtung zur Einführung einer Investitionskontrolle durch die Mitgliedstaaten vor, sondern legt lediglich fest, in welchem Rahmen die Mitgliedsstaaten in ihrem nationalen Recht ein solches Instrument vorsehen können. Er hat damit eher den Charakter einer Richtlinie. Zudem sollen der Kommission in bestimmten Fällen Prüfbefugnisse eingeräumt werden, die jedoch nicht in eine Untersagungsbefugnis münden, sondern die Kommission lediglich zu einer Stellungnahme ermächtigen sollen.

Die Auswirkungen des Verordnungsentwurfes auf die deutsche Investitionskontrolle in der AWV dürften – jedenfalls hinsichtlich der materiellen Regelungen – sehr begrenzt sein. Denn die AWV erfüllt in ihrer jüngsten Fassung die im Verordnungsentwurf enthaltenen Vorgaben an die Mitgliedstaaten im Großen und Ganzen bereits jetzt.

Im Folgenden stellen wir die wesentlichen Regelungen der Verordnung vor:

Anwendungsbereich

Ziel des Verordnungsentwurfes ist es, aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, einen Rahmen für die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen innerhalb der Europäischen Union zu setzen (Artikel 1 des Verordnungsentwurfs).

Ausländische Direktinvestitionen sollen dabei alle Investitionen sein, die dauerhafte und direkte Verbindungen zu einem Unternehmen begründen (Legaldefinition in Artikel 2

des Verordnungsentwurfs). Insbesondere erfasst werden demnach Investitionen, die eine effektive Teilnahme am Management oder die Kontrolle eines Unternehmens ermöglichen. Unklar bleibt jedoch, welche Unternehmensverbindungen der Begriff der dauerhaften und direkten Verbindung umfasst. Er scheint *prima vista* weiter zu gehen, als der in § 56 AWV vorgesehene Erwerb einer Beteiligung von mindestens 25 Prozent.

Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung soll nach dem Verordnungsentwurf insbesondere in Betracht kommen bei:

- kritische Infrastrukturen, insbesondere Energie, Transport, Telekommunikation, Datenspeicherung, Weltraum oder Finanzinfrastruktur und sensible Einrichtungen;
- kritische Technologien, insbesondere künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Technologien mit potenziellen Dual-Use-Anwendungen, Cybersicherheit, Weltraum- oder Nukleartechnologie;
- die Versorgungssicherheit der kritischen Inputs; oder
- Zugriff auf sensible Informationen oder die Fähigkeit, sensible Informationen zu kontrollieren.

Dieser nicht abschließende Katalog an Fallbeispielen entspricht im Großen und Ganzen dem des § 55 Abs. 1 S. 2 AWV. Neu ist indes, dass auch Technologien mit potenziellen Dual-Use-Anwendungen genannt werden, die in der AWV insbesondere von der Ausfuhrkontrolle erfasst werden. Sehr weit gefasst ist der Begriff der Halbleiter. Darüber hinaus bleibt unklar, was unter den Begriffen „kritische Inputs“ und „sensible Informationen“ zu verstehen ist. Erwähnenswert ist zudem Artikel 4 S.2 des Verordnungsentwurfs a.E. Dieser sieht vor, dass für die Feststellung, ob durch eine Investition die öffentliche Sicherheit oder Ordnung beeinträchtigt wird, berücksichtigt werden kann, ob der ausländische Investor von der Regierung eines Drittlandes – auch durch „erhebliche Finanzierung“ – kontrolliert wird. Unklar bleibt jedoch, was unter „erhebliche Finanzierung“ zu verstehen ist.

Investitionskontrolle durch die Mitgliedstaaten

Artikel 6 des Verordnungsentwurfs nennt wesentliche verfahrensrechtliche Regelungen, die die Mitgliedstaaten bei Aufrechterhaltung, Änderung oder Schaffung nationaler Regelungen zur Investitionskontrolle zu beachten und umzusetzen haben. Dadurch soll Transparenz hergestellt und eine Diskriminierung zwischen unterschiedlichen Drittländern verhindert werden. Hierunter fallen insbesondere feste Fristen für Entscheidungen über die Zulässigkeit oder Beschränkung von Investitionen sowie die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gegen die Entscheidungen der Mitgliedstaaten.

Diesen Anforderungen genügen die deutschen Regelungen zur Investitionskontrolle grundsätzlich. Allerdings ist zu beachten, dass Artikel 8 des Verordnungsentwurfs einen sog. Kooperationsmechanismus vorsieht. Nach diesem hat ein Mitgliedstaat, der in eine Investitionsprüfung eintritt, die Kommission sowie die übrigen Mitgliedstaaten binnen fünf Tagen über das betreffende Investitionsvorhaben zu informieren (*Mitteilungspflicht*). Den übrigen Mitgliedstaaten soll es dann, wenn sie ihre öffentliche Sicherheit oder Ordnung betroffen sehen, möglich sein, innerhalb von 25 Werktagen eine Stellungnahme abzugeben, die bei der Investitionskontrollentscheidung angemessen zu berücksichtigen ist.

Eine entsprechende Stellungnahmebefugnis steht auch der Kommission zu. Diese kann bis zu 25 Werktage nach den etwaigen Stellungnahmen der übrigen Mitgliedstaaten ausgeübt werden. Es ist fraglich, inwieweit die deutschen Fristenregelungen vor dem Hintergrund dieser Stellungnahmebefugnisse der Mitgliedstaaten und der Kommission angepasst werden müssten. Die Frist für die Erteilungsfiktion einer Unbedenklichkeitsbescheinigung beträgt nach der jüngsten Reform des deutschen Rechts zwei Monate (§ 58 Abs. 2 AWW), die für das Prüfungsverfahren vier Monate (§ 59 Abs. 1 S.1 AWW). Würden sowohl Mitgliedstaaten als auch die Kommission von ihrer Stellungnahmebefugnis Gebrauch machen, könnte sich die dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie für die Prüfung zur Verfügung stehende Zeit stark verkürzen, da es die Stellungnahmen bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat. Es erscheint daher wahrscheinlich, dass eine Verlängerung der Fristen in der AWW erfolgen wird.

Ungeachtet dessen wird sich hinsichtlich der Mitteilungspflicht in Deutschland insbesondere die Frage stellen, ob diese bereits durch die Prüfung von Anträgen auf Unbedenklichkeitsbescheinigung oder erst bei Eintritt in das eigentliche Prüfungsverfahren ausgelöst wird.

Meldepflichten der Mitgliedstaaten

Nach Artikel 7 Verordnungsentwurf sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, der Kommission nach Erlass der Verordnung ihre nationalen Regelungen zu Investitionskontrollen sowie etwaige Änderungen zu melden. Darüber hinaus haben die Mitgliedstaaten der Kommission im Rahmen eines Jahresberichts Informationen zu den von ihnen durchgeführten Investitionskontrollen bzw. – wenn sie nicht über ein nationales Investitionskontrollsystem verfügen – zu den in ihrem Land erfolgten ausländischen Investitionen zu liefern. Eine Veröffentlichung von Statistiken über die ausländischen Investitionen und Investitionskontrollen in den Mitgliedstaaten sieht der Verordnungsentwurf bislang nicht vor. Eine solche Veröffentlichungspflicht wäre indes – insbesondere in Hinblick auf Transparenz und Rechtssicherheit – für Investoren und Mitgliedstaaten sehr zu begrüßen.

Investitionskontrolle durch die Kommission

Weiterhin sieht der Verordnungsentwurf eine Investitionskontrolle durch die Kommission vor, sofern Projekte oder Programme der EU aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung betroffen sind (Art. 3 Abs. 2 Verordnungsentwurf). Hierunter sollen nach dem Entwurf solche Projekte oder Programme fallen, die der EU als Ganzes dienen und einen wichtigen Beitrag zum Wirtschaftswachstum, zu Arbeitsplätzen und der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft leisten. Das gilt insbesondere für Projekte oder Programme, die entweder eine erhebliche EU-Finanzierung erhalten oder die unter Rechtsvorschriften der Union zu kritischer Infrastruktur, kritischen Technologien oder kritische Inputs fallen. Eine exemplarische – und damit nicht abschließende – Liste solcher Projekte und Programme findet sich in Annex 1 des Verordnungsentwurfs.

Im Rahmen dieser Prüfungsbefugnis darf die Kommission jedoch ein Investitionsvorhaben weder beschränken noch untersagen. Vielmehr kann sie lediglich dem Mitgliedstaat, in dem die betreffende Investition erfolgen soll, ihre Position mitteilen, der durch den betreffenden Mitgliedstaat „allergrößte Rechnung“ zu tragen ist (Artikel 9 Verordnungsentwurf). Die Prüfungsbefugnis der Kommission ist konzeptionell wenig überzeugend, da sie weitestgehend leerläuft, wenn ein Mitgliedstaat betroffen ist, der nicht über einen Investitionskontrollmechanismus verfügt.

Fazit

Auch wenn der Verordnungsentwurf im Wesentlichen die aktuelle deutsche Rechtslage widerspiegelt, ist die angestrebte Harmonisierung zu begrüßen. Zudem werden die (letzten) unionsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der deutschen Vorschriften beseitigt. Um nicht Protektionismus-Vorwürfen ausgesetzt zu sein, sollten die EU und ihre Mitgliedsstaaten von den Investitionskontrollbefugnissen jedoch zurückhaltend Gebrauch machen.

BLOMSTEIN wird die weiteren Entwicklungen beobachten und darüber informieren. Für weitere Informationen stehen Ihnen Dr. Roland M. Stein und Dr. Pascal Friton jederzeit gern zur Verfügung.