

Europäisches Wirtschaftsrecht

Marco Kretzschmar

Die Überprüfung drittstaatlicher Unternehmensakquisitionen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in der Europäischen Union

Grundlagen für eine unionsweite Rechtsangleichung

Nomos | C.H. Beck

Europäisches Wirtschaftsrecht

Begründet von

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. Klaus Hopt

Prof. em. Dr. Wulf-Henning Roth

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M.

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M.

Prof. Dr. Patrick C. Leyens, LL.M.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M.

Band 72

Marco Kretzschmar

Die Überprüfung drittstaatlicher Unternehmensakquisitionen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in der Europäischen Union

Grundlagen für eine unionsweite Rechtsangleichung



Nomos


C.H. BECK



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8494-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-2873-7 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern und Großeltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Die Arbeiten am Manuskript wurden im August 2020 abgeschlossen und das Manuskript zu dieser Zeit eingereicht. Rechtsprechung und Literatur wurden bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt. Änderungen in den europäischen Rechtsordnungen konnten grundsätzlich nur bis einschließlich Juni 2020 berücksichtigt werden. Verlinkungen und Internetadressen wurden zuletzt am 20. Juli 2020 aufgerufen. Für die Veröffentlichung in der Schriftenreihe wurden vereinzelt Überarbeitungen vorgenommen.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Matthias Lehmann, D.E.A (Paris II), LL.M., J.S.D. (Columbia), nicht nur für die Betreuung meiner Promotion, sondern auch für die spannende und lehrreiche Zusammenarbeit bei weiteren wissenschaftlichen Projekten. Bei Herrn Prof. Dr. DDr. h.c. Matthias Herdegen bedanke ich mich herzlich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Beiden möchte ich zudem für die Ermunterung danken, der Wissenschaft auch künftig treu zu bleiben. Darüber hinaus möchte ich dem Verlag Nomos für die hilfreiche Betreuung und den Herausgebern für die Aufnahme in diese Schriftenreihe danken.

Schließlich gilt mein herzlichster Dank meiner Familie und meinen Freunden, vor allem meinen Eltern Petra Kretzschmar und Jörg Kretzschmar sowie meinen Großeltern, Joachim[†] und Ursula Kretzschmar und Johann und Ingrid Kern, die mich während der gesamten Promotion wie auch schon zuvor im Studium stets unterstützt und motiviert haben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Düsseldorf, im November 2021

Marco Kretzschmar

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	31
Einleitung	45
A. Zielsetzung und Kontext der Arbeit	45
I. Jüngste Entwicklungen zur sicherheitsbezogenen Überprüfung drittstaatlicher Unternehmensakquisitionen in der Europäischen Union	45
II. Die Diskussion um Staatsfonds von 2007	50
III. Die EU-Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union von 2019 (DirektinvestitionsVO)	52
IV. Zielsetzung der Arbeit	56
B. Untersuchungsgegenstand und Gang der Darstellung	58
I. Bestimmung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstands	58
II. Gang der Darstellung	60
Teil 1: Rechtspolitische und rechtsökonomische Erwägungen	62
A. Einführung und Vorbemerkungen	62
I. Zum Begriff der Rechtspolitik	62
II. Zur Rechtsökonomie	63
III. Gang der Darstellung	64
B. Sinnhaftigkeit von Überprüfungssystemen für grenzüberschreitende Direktinvestitionen zum Schutz der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit	64
I. Vorbemerkungen	64
II. Der Regelungszweck der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit	65
III. Markt- und Wirtschaftsbeschränkungen durch die Investitionskontrolle	74
IV. Der Vorwurf des Protektionismus	75

V. Eine Nebenbemerkung zum Verhältnis von Marktinteressen und Kerninteressen öffentlicher Sicherheit – ein legislativer Zielkonflikt?	85
VI. Rechtsökonomische Bewertung	86
VII. Ergebnis	118
C. Sinnhaftigkeit der Hochzonung auf die Unionsebene	119
I. Anwendung der ökonomischen Grundsätze zu Externalitäten auf das Verhältnis zwischen den EU- Mitgliedstaaten – Notwendigkeit der Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten	120
II. Gründe für eine Internalisierung auf Unionsebene	123
D. Sinnhaftigkeit der Hochzonung durch rechtsvereinheitlichende oder -angleichende Unionsmaßnahmen	127
I. ‚Regulatory Competition‘ versus ‚Race to the Bottom‘	128
II. Individuelle Anpassungsmöglichkeit versus Vorteile der Einheitlichkeit	132
III. Kritik des Protektionismus versus Vorbeugung protektionistischer Alleingänge	134
IV. Normatives Gebot der Vereinheitlichung	136
E. Gesamtergebnis	137
Teil 2: Rechtsvergleichende Erwägungen	139
A. Vorbemerkungen	139
I. Untersuchungsziel	139
II. Untersuchungsgegenstand	140
III. Gang der Darstellung	144
IV. Vorbemerkung zu den Begrifflichkeiten Share Deal und Asset Deal	145
B. Kurzdarstellung der mitgliedstaatlichen Regelungsrahmen	145
I. Dänemark	146
II. Deutschland	148
III. Finnland	159
IV. Frankreich	163
V. Italien	169
VI. Lettland	178
VII. Litauen	183
VIII. Niederlande	192
IX. Österreich	194

X. Polen	201
XI. Portugal	207
XII. Rumänien	210
XIII. Spanien	217
XIV. Ungarn	223
C. Rechtsvergleich bzgl. einzelner Aspekte	227
I. Grundlegende Herangehensweise der Mitgliedstaaten: Mechanismus-Gattungen	227
II. Beschränkung auf die allein sicherheits- und damit prüfungsrelevanten Akquisitionen: Anwendbarkeitsvoraussetzungen	229
III. Die im Zentrum der Prüfung stehende Frage: Die Sicherheitsgefährdung	258
IV. Informations- und Entscheidungsgrundlage	267
V. Gewährleistung von Rechtssicherheit durch verfahrenstechnische Regelungen	272
D. Gesamtergebnis	288
I. Bestehen einer Angleichungsmöglichkeit für die mitgliedstaatlichen Überprüfungssysteme und die allgemeine Gestalt eines unionsweit vorgegebenen Überprüfungsmechanismus	288
II. Vielfalt der möglichen Lösungsansätze für typische Problemfälle	292
III. Abhängigkeit der Ausgestaltung von den kompetenziellen, grundfreiheitlichen und wirtschaftsvölkerrechtlichen Grenzen	293
Teil 3: Verbandskompetenzielle Erwägungen	295
A. Einführung und Vorbemerkung	295
I. Problemstellung	295
II. Allgemeine Kompetenzordnung des Unionsrechts	297
III. Erfasste Fallkonstellationen	299
IV. Gang der Darstellung	300
B. Grundsätzliche Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten	301
I. Auswahl und Untersuchung der potenziellen Kompetenznormen zugunsten der EU	301

II. Konkurrenz zwischen Art. 64 Abs. 3 AEUV und Art. 207 Abs. 2 AEUV	362
III. Ergebnis	379
C. Korrektur des Ergebnisses zur Kompetenzverteilung durch Einbeziehung anderer einschlägiger Normen	381
I. Etwaige Korrektur des Ergebnisses durch Art. 65 Abs. 1 lit. b Fall 3 AEUV	381
II. Partielle Korrektur des Ausschließlichkeitscharakters der Unionskompetenz aufgrund von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV	402
III. Vorgaben zur Ausgestaltung des Unionsakts und Korrektur der Ausschließlichkeit der Unionskompetenz durch die Regelung von Art. 4 Abs. 2 EUV	413
D. Gesamtergebnis	434
I. Abstrakte Ergebnisse der vorherigen Untersuchung	434
II. Schlussfolgerungen für die Gestalt des hier diskutierten Unionsakts	436
Teil 4: Erwägungen zur Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten und dem maßgeblichen internationalen Wirtschaftsrecht	439
A. Einführung und Vorbemerkung	439
I. Vorbemerkung	439
II. Maßgebliche Fallkonstellationen	441
III. Gang der Darstellung	441
B. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten	442
I. Einschlägigkeit der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit	443
II. Eingriffsqualität des hier diskutierten Unionsakts	492
III. Konkurrenz zwischen der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit	515
IV. Vereinbarkeit mit der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit	532
V. Ergebnis	576
C. Vereinbarkeit mit internationalem Wirtschaftsrecht	578
I. Der Europäische Wirtschaftsraum und das Verhältnis zur Schweiz	578
II. Der Code of Liberalisation of Capital Movements der OECD (Kodex)	587

III. Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen der WTO (GATS)	591
IV. Das IWF-Abkommen	594
V. Weitere Rechtsquellen internationalen Wirtschaftsrechts	594
VI. Ergebnis	605
Zusammenfassende Schlussbemerkungen und Schlussfolgerungen	606
A. Das ‚Ob‘ eines unionsweit angeglichenen oder vereinheitlichten Überprüfungssystems für drittstaatliche Unternehmensakquisitionen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	606
B. Das ‚Wie‘ eines unionsweit angeglichenen oder vereinheitlichten Überprüfungssystems für drittstaatliche Unternehmensakquisitionen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	609
I. Grundlegende Gestalt der unionsweiten Harmonisierungsmaßnahme	609
II. Anwendbarkeitsvoraussetzungen des unionsweit angeglichenen Mechanismus	611
III. Die zentrale Prüfungsfrage der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	615
IV. Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens und Festlegung der Eingriffsmöglichkeiten	617
C. Abschließende Bemerkung	621
Literaturverzeichnis	623

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	31
Einleitung	45
A. Zielsetzung und Kontext der Arbeit	45
I. Jüngste Entwicklungen zur sicherheitsbezogenen Überprüfung drittstaatlicher Unternehmensakquisitionen in der Europäischen Union	45
II. Die Diskussion um Staatsfonds von 2007	50
III. Die EU-Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union von 2019 (DirektinvestitionsVO)	52
IV. Zielsetzung der Arbeit	56
B. Untersuchungsgegenstand und Gang der Darstellung	58
I. Bestimmung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstands	58
II. Gang der Darstellung	60
Teil 1: Rechtspolitische und rechtsökonomische Erwägungen	62
A. Einführung und Vorbemerkungen	62
I. Zum Begriff der Rechtspolitik	62
II. Zur Rechtsökonomie	63
III. Gang der Darstellung	64
B. Sinnhaftigkeit von Überprüfungssystemen für grenzüberschreitende Direktinvestitionen zum Schutz der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit	64
I. Vorbemerkungen	64
1. Notwendigkeit der Behandlung dieser (Vor-)Frage	64
2. Gliederung	65
II. Der Regelungszweck der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit	65
1. Das rechtspolitische Schutzgut im Allgemeinen	65
2. In Bezug auf Direktinvestitionen	67
3. Einschränkung auf drittstaatliche Erwerber	73
III. Markt- und Wirtschaftsbeschränkungen durch die Investitionskontrolle	74

IV. Der Vorwurf des Protektionismus	75
1. Darstellung des Protektionismus-Vorwurfs	76
a) Der Begriff des Protektionismus	76
b) Die Nachteilhaftigkeit protektionistischer Maßnahmen	77
2. Untersuchung des Vorwurfs	81
a) Die Schaffung der Rechtsgrundlage eines Überprüfungsmechanismus selbst als protektionistische Maßnahme	81
1) Kontrolle grenzüberschreitender Direktinvestitionen als wirtschaftshemmende Maßnahme	82
2) Regelungshintergrund und Voraussetzungen einer entsprechenden Rechtsgrundlage	82
b) Ergebnis	84
V. Eine Nebenbemerkung zum Verhältnis von Marktinteressen und Kerninteressen öffentlicher Sicherheit – ein legislativer Zielkonflikt?	85
VI. Rechtsökonomische Bewertung	86
1. Kurzdarstellung maßgeblicher Aspekte der wohlfahrtsökonomischen Effizienzbewertung und der Allokationsfunktion des Marktes	86
a) Die Allokationsfunktion des Marktes	86
b) Die wohlfahrtsökonomische Effizienzbewertung	87
1) Pareto-Effizienz	88
2) Kaldor-Hicks Kriterium	89
3) Externalitäten und ihre effizienzgebotene Internalisierung	89
c) Homo oeconomicus als Marktteilnehmer	90
2. Anwendung der Grundsätze auf eine idealtypische Unternehmensakquisition	91
3. Anwendung der Grundsätze auf eine dem Überprüfungs-system typischerweise unterfallende Direktinvestition	93
a) Unterschied zwischen vorgenannter Idealakquisition und einer für das Überprüfungs-system typischerweise relevanten drittstaatlichen Direktinvestition	93

b) Wohlfahrtsökonomische Effizienzbewertung	94
1) Gefährdung der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit infolge einer drittstaatlichen Direktinvestition als negative Externalität	95
(a) Vorliegen einer Externalität bei der Gefährdung von Kerninteressen öffentlicher Sicherheit und dessen Ineffizienz	95
(b) Internalisierung	101
i. Internalisierung über den Markt – das Coase-Theorem	102
(i) Klar definiertes verkehrsfähiges Recht zur Verursachung der Nachteile	103
(ii) Keine wesentlichen Transaktionskosten	106
(iii) Ergebnis	106
ii. Internalisierung durch staatlichen Zwang – Pigou-Steuer, Notstandsgesetze oder doch Transaktionsverbot und Auflagen?	107
(i) Pigou-Steuer	107
(ii) Direkte Beseitigung der Externalität durch staatliche Regulierung statt der Beschränkung der dahinterstehenden Direktinvestition	109
(c) Ergebnis	112
2) Die marktberinigende Funktion eines sicherheitsbezogenen Überprüfungssystems zugunsten der Funktionsfähigkeit des Marktes	112
(a) Wiederholung: Die Allokationsfunktion des Marktes	113
(b) Untersuchung des für den Überprüfungsmechanismus typischen Szenarios	114
(c) Bereinigung durch den Einsatz eines sicherheitsbezogenen Überprüfungsmechanismus	117
4. Ergebnis	117
VII. Ergebnis	118

C. Sinnhaftigkeit der Hochzonung auf die Unionsebene	119
I. Anwendung der ökonomischen Grundsätze zu Externalitäten auf das Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten – Notwendigkeit der Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten	120
1. Schaffung von Externalitäten zwischen Mitgliedstaaten durch Zulassung einer drittstaatlichen Direktinvestition	120
2. Internalisierung auf Unionsebene	122
II. Gründe für eine Internalisierung auf Unionsebene	123
D. Sinnhaftigkeit der Hochzonung durch rechtsvereinheitlichende oder -angleichende Unionsmaßnahmen	127
I. ‚Regulatory Competition‘ versus ‚Race to the Bottom‘	128
II. Individuelle Anpassungsmöglichkeit versus Vorteile der Einheitlichkeit	132
III. Kritik des Protektionismus versus Vorbeugung protektionistischer Alleingänge	134
IV. Normatives Gebot der Vereinheitlichung	136
E. Gesamtergebnis	137
Teil 2: Rechtsvergleichende Erwägungen	139
A. Vorbemerkungen	139
I. Untersuchungsziel	139
II. Untersuchungsgegenstand	140
III. Gang der Darstellung	144
IV. Vorbemerkung zu den Begrifflichkeiten Share Deal und Asset Deal	145
B. Kurzdarstellung der mitgliedstaatlichen Regelungsrahmen	145
I. Dänemark	146
II. Deutschland	148
III. Finnland	159
IV. Frankreich	163
V. Italien	169
VI. Lettland	178
VII. Litauen	183
VIII. Niederlande	192
IX. Österreich	194
X. Polen	201
XI. Portugal	207
XII. Rumänien	210
XIII. Spanien	217

XIV. Ungarn	223
C. Rechtsvergleich bzgl. einzelner Aspekte	227
I. Grundlegende Herangehensweise der Mitgliedstaaten: Mechanismus-Gattungen	227
II. Beschränkung auf die allein sicherheits- und damit prüfungsrelevanten Akquisitionen: Anwendbarkeitsvoraussetzungen	229
1. Einschränkung angesichts des Akquisitionsziels	230
a) Vorbemerkung zum primär geschützten Akquisitionsziel in Abgrenzung zur Unterscheidung zwischen Share und Asset Deal	230
b) Bezug des Akquisitionsziels zum prüfenden Staat	232
c) Beschränkung auf bestimmte Sektoren, denen das Akquisitionsziel zuzuordnen ist	233
d) Zusätzliche Voraussetzungen bzgl. des Akquisitionsziels	236
2. Einschränkung angesichts des erfassten Erwerberkreises	239
a) Staatsbezogene Eigenschaften des Erwerbers	239
b) Kriterien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit	242
3. Einschränkung angesichts des Akquisitionsvorgangs und insbesondere -niveaus	245
a) Der unmittelbare Erwerbsgegenstand: Share Deal und Asset Deal	245
b) Akquisitionsniveau in Form von Beteiligungsschwellen	248
4. Einbeziehung und Behandlung von Umgehungsfällen	250
a) Umgehungsfälle in Bezug auf die Erwerbseigenschaften	251
b) Umgehungsfälle in Bezug auf die Eigenschaften des Akquisitionsziels	255
III. Die im Zentrum der Prüfung stehende Frage: Die Sicherheitsgefährdung	258
1. Die Sicherheitsvoraussetzungen und ihre Nähe zu Art. 52 Abs. 1, Art. 65 Abs. 1 lit. b, Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV	258
2. Bezugspunkt der sicherheitstechnischen Voraussetzung	262
3. Bewertungskriterien und Regelbeispiele angesichts des Gefährdungsbegriffs	263
IV. Informations- und Entscheidungsgrundlage	267
1. Informationsquellen	267

2. Zur Entscheidung herangezogene Informationen	269
V. Gewährleistung von Rechtssicherheit durch verfahrenstechnische Regelungen	272
1. Aufspaltung in Prüfungsphasen mit Zwischenentscheidungen (abgeschichtetes Prüfungssystem)	272
2. Fristensysteme und Fiktionsregelungen	275
a) Fristbeginn	276
b) Fristdauer sowie Fristverlängerung, -verzögerung und -hemmung	279
c) Konsequenz einer erfolglos verstrichenen Frist: Fiktionsregelungen	284
3. Parteiinitiierte Vorabprüfungen	285
D. Gesamtergebnis	288
I. Bestehen einer Angleichungsmöglichkeit für die mitgliedstaatlichen Überprüfungssysteme und die allgemeine Gestalt eines unionsweit vorgegebenen Überprüfungsmechanismus	288
II. Vielfalt der möglichen Lösungsansätze für typische Problemfälle	292
III. Abhängigkeit der Ausgestaltung von den kompetenziellen, grundfreiheitlichen und wirtschaftsvölkerrechtlichen Grenzen	293
Teil 3: Verbandskompetenzielle Erwägungen	295
A. Einführung und Vorbemerkung	295
I. Problemstellung	295
II. Allgemeine Kompetenzordnung des Unionsrechts	297
III. Erfasste Fallkonstellationen	299
IV. Gang der Darstellung	300
B. Grundsätzliche Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten	301
I. Auswahl und Untersuchung der potenziellen Kompetenznormen zugunsten der EU	301
1. Kompetenz der EU für Maßnahmen angesichts des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten, Art. 64 Abs. 2, 3 AEUV	301
a) Vorstellung von Art. 64 Abs. 2, 3 AEUV	302
1) Allgemeiner Regelungsgehalt	302
2) Genese	303

3) Das Verhältnis von Abs. 2 zu Abs. 3: Die Rechtsnatur von Art. 64 Abs. 3 AEUV	304
b) Einschlägigkeit von Art. 64 Abs. 2, 3 AEUV	306
1) Regelungsgegenstand: Begriffsbestimmung der Direktinvestition im Kapitalverkehr mit Drittstaaten	306
(a) Der Begriff der Direktinvestition und die allgemeine Subsumtion hierunter sowie Anmerkungen zum Begriff der Niederlassung	306
(b) Die regelungsgegenständliche Beschränkung auf den Kapitalverkehr mit Drittstaaten	309
i. Keine regelungsgegenständliche Beschränkung durch den Kapitalverkehrsbezug	309
ii. Kriterium zur Bestimmung des Drittstaatsbezugs des Kapitalverkehrs	310
iii. Notwendiges Verhältnis zwischen der Direktinvestition in Form der Unternehmensakquisition und dem drittstaatlichen Investor	312
(i) Anhaltspunkte in der bisherigen Definition der Direktinvestition	313
(ii) Auslegung des Art. 64 AEUV	314
(iii) Ergebnis	316
2) Regelungszusammenhänge	316
(a) Beschränkung auf Marktzugangsfragen	316
(b) Nebenbemerkung zur Bemühung um einen möglichst freien Kapitalverkehr	317
3) Entscheid zwischen Art. 64 Abs. 2 AEUV und Art. 64 Abs. 3 AEUV als maßgebliche Kompetenznorm	317
c) Kein Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 64 Abs. 3 AEUV aufgrund eines Vorrangs der Niederlassungsfreiheit	319
d) Ergebnis	324
2. Kompetenz der EU im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik, Art. 207 AEUV	324
a) Vorstellung von Art. 207 AEUV	325
1) Allgemeiner Regelungsgehalt	325
(a) Reichweite angesichts der Regelungsmaterie	326

(b) Instrumentelle Reichweite	326
(c) Ermittlung der Kompetenznorm: Rechtsnatur von Art. 207 Abs. 1 AEUV gegenüber Art. 207 Abs. 3, 4 und Abs. 2 AEUV	327
2) Genese	331
b) Einschlägigkeit von Art. 207 AEUV	334
1) Einschlägigkeit angesichts der Regelungsmaterie	334
(a) Regelungsgegenstand: Die ausländischen Direktinvestitionen	334
i. Der Begriff der Direktinvestition und die allgemeine Subsumtion hierunter	334
ii. Nähere Betrachtung der Voraussetzung „ausländisch“	336
(i) Kriterium zur Bestimmung der Drittstaatlichkeit	337
(ii) Verhältnis zwischen der Direktinvestition und dem drittstaatlichen Investor	339
iii. Exkurs: Ausweitung der Gemeinsamen Handelspolitik auf andere Investitionen als Direktinvestitionen	342
(b) Erfasste Regelungszusammenhänge	344
i. Beschränkung auf Marktzugangsfragen	344
(i) Grammatische Auslegung	345
(ii) Systematische Auslegung	346
(iii) Historische Auslegung	347
(iv) Teleologische Auslegung	347
ii. Erfassung von Liberalisierungs- und Beschränkungsmaßnahmen für ausländische Direktinvestitionen	348
(c) Notwendigkeit des handelspolitischen Bezugs: objektiv-instrumenteller Ansatz versus subjektiv-finale Sichtweise	349
i. Der Meinungsstand	350
(i) Der Meinungsstand allgemein	350
(ii) Aussagen im Gutachtenverfahren 2/15 vor dem EuGH	351

ii. Subsumtion: Der spezielle objektive Bezug des Überprüfungsmechanismus zum Handelsverkehr mit Drittstaaten	352
2) Einschlägigkeit angesichts des formal- instrumentellen Rahmens	356
(a) Beschränkung auf den Erlass von Maßnahmen mittels Verordnung	357
(b) Beschränkung auf den Rahmen für die Umsetzung der Gemeinsamen Handelspolitik	359
c) Ergebnis	361
II. Konkurrenz zwischen Art. 64 Abs. 3 AEUV und Art. 207 Abs. 2 AEUV	362
1. Notwendigkeit der Abgrenzung bzw. Bestimmung eines Konkurrenzverhältnisses	362
2. Kein Rückgriff auf vergleichbare Abgrenzungen zwischen der Gemeinsamen Handelspolitik und Binnenmarktregelungen	366
3. Allgemeines Konkurrenzverhältnis von Art. 64 Abs. 3 AEUV und Art. 207 Abs. 2 AEUV	368
a) Grammatische Auslegung	369
b) Systematische Auslegung	370
1) Anwendung des lex specialis-Grundsatzes	370
2) Anwendung des lex posterior-Grundsatzes	374
c) Historische Auslegung	376
d) Teleologische Auslegung	376
4. Ergebnis	378
III. Ergebnis	379
1. Art. 207 Abs. 2 AEUV als für die EU-Zuständigkeit maßgebliche Kompetenznorm	379
2. Das vorläufige Kompetenzverhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten bei isolierter Betrachtung von Art. 207 Abs. 2 AEUV, Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV	379
C. Korrektur des Ergebnisses zur Kompetenzverteilung durch Einbeziehung anderer einschlägiger Normen	381
I. Etwaige Korrektur des Ergebnisses durch Art. 65 Abs. 1 lit. b Fall 3 AEUV	381
1. Vorstellung von Art. 65 Abs. 1 AEUV	382
a) Allgemeiner Regelungsgehalt	382
b) Genese	383

2. Relevanz von Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV bei der Kompetenzverteilung: Die Rechtsnatur des Art. 65 Abs. 1 AEUV	383
a) Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV als positive Regelung einer mitgliedstaatlichen Kompetenz zur Kapitalverkehrsbeschränkung	383
1) Grundlagen der Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und der EU: Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	384
2) Auslegung des Art. 65 Abs. 1 AEUV: Keine mitgliedstaatliche Kompetenznorm in Abweichung von der allgemeinen Verteilungssystematik	385
b) Art. 65 Abs. 1 AEUV als normative Verbürgung für eine mitgliedstaatliche ‚Residualkompetenz‘ und Auslegungshilfe	387
c) Ergebnis	387
3. Diskussion der Bedeutung für die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten	388
a) Keine Verdrängung der EU-Kompetenz durch die von Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV ‚repräsentierte Residualkompetenz‘	388
1) Keine Einschränkung der Unionskompetenz aufgrund von Art. 207 Abs. 6 AEUV	389
2) Keine Einschränkung der Unionskompetenz aufgrund eines angeblichen Harmonisierungsverbots in Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV	391
3) Keine Einschränkung der Unionskompetenz aufgrund systematischen Vorrangs von Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV	392
4) Keine Einschränkung der Unionskompetenz nach teleologischer Auslegung von Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV und Art. 207 Abs. 2 AEUV	394
5) Ergebnis	395
b) Keine Korrektur der Ausschließlichkeit der Unionskompetenz aufgrund von Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV	395
1) Keine Korrektur der Ausschließlichkeit aufgrund von Art. 207 Abs. 6 AEUV	396

2) Keine Korrektur der Ausschließlichkeit aufgrund systematischer Erwägungen	398
3) Ergebnis	401
4. Ergebnis	402
II. Partielle Korrektur des Ausschließlichkeitscharakters der Unionskompetenz aufgrund von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV	402
1. Vorstellung von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV	403
a) Allgemeiner Regelungsgehalt	403
b) Genese	404
2. Relevanz von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV	404
a) Einschlägigkeit in Bezug auf die Regelungsmaterie	405
1) Regelungsgegenstand	405
2) Regelungszweck	407
3) Ergebnis	409
b) Einschlägigkeit in Bezug auf die Rechtsfolge: Relevanz für Kompetenzfragen	410
c) Ergebnis	412
3. Diskussion der Auswirkungen auf die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten	412
III. Vorgaben zur Ausgestaltung des Unionsakts und Korrektur der Ausschließlichkeit der Unionskompetenz durch die Regelung von Art. 4 Abs. 2 EUV	413
1. Vorstellung von Art. 4 Abs. 2 EUV	414
a) Allgemeiner Regelungsgehalt	414
b) Genese	415
2. Relevanz von Art. 4 Abs. 2 EUV	416
a) Einschlägigkeit in Bezug auf die Rechtsfolge: Relevanz für Kompetenzfragen	416
b) Einschlägigkeit in Bezug auf den Regelungsgegenstand	421
1) Wahrung der nationalen Identität, Art. 4 Abs. 2 S. 1 Fall 2 EUV	421
2) Achtung der grundlegenden staatlichen Funktionen, Art. 4 Abs. 2 S. 2, 3 EUV	423
(a) Begriff der öffentlichen Ordnung	423
(b) Begriff der nationalen Sicherheit	424
(c) Einbeziehung weiterer staatlicher Funktionen	427
c) Ergebnis	428

3. Diskussion der Auswirkungen auf die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten	429
a) Vorgaben zur Ausgestaltung des Unionsakts	429
b) Korrektur der Ausschließlichkeit der Unionskompetenz	432
D. Gesamtergebnis	434
I. Abstrakte Ergebnisse der vorherigen Untersuchung	434
II. Schlussfolgerungen für die Gestalt des hier diskutierten Unionsakts	436
Teil 4: Erwägungen zur Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten und dem maßgeblichen internationalen Wirtschaftsrecht	439
A. Einführung und Vorbemerkung	439
I. Vorbemerkung	439
II. Maßgebliche Fallkonstellationen	441
III. Gang der Darstellung	441
B. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten	442
I. Einschlägigkeit der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit	443
1. Sachlicher Anwendungsbereich: Einschlägigkeit bzgl. des Schutzgegenstands	443
a) Begriff des Kapitalverkehrs	443
1) Einseitige Kapitalübertragung zwecks Anlage	445
2) Grenzüberschreitung bzgl. mind. einem Mitgliedstaat	450
3) Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit für das mittelbare Erwerbsverhältnis	455
b) Begriff der Niederlassung	457
1) Wirtschaftliche und selbstständige Tätigkeit auf der Grundlage einer festen Einrichtung	458
(a) Im Allgemeinen	458
(b) Primär- und Sekundärniederlassung	459
(c) Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen als Akt der Niederlassung	461
i. Sowohl Gründungs- als auch derivativer Erwerb	461
ii. Erfordernis der unternehmerischen Beteiligung	462
(d) Der Asset Deal als Akt der Niederlassung	466

2) Grenzüberschreitender Charakter	467
(a) In Bezug auf natürliche Personen	467
(b) In Bezug auf Gesellschaften	469
(c) Allgemeine Anmerkungen	473
3) Schutz der Niederlassungsfreiheit für das mittelbare Erwerbsverhältnis	475
c) Keine einschränkende Korrektur der Anwendungsbereiche von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit zwecks exklusiver Abgrenzung	475
2. Persönlicher Anwendungsbereich	480
a) Kapitalverkehrsfreiheit	480
b) Niederlassungsfreiheit	481
1) Voraussetzungen für natürliche Personen	481
2) Voraussetzungen für Gesellschaften	482
(a) Gesellschaften und sonstige juristische Personen mit Erwerbszweck	483
(b) Das Pendant zur Voraussetzung der Staatsangehörigkeit	485
(c) Zusätzliche Voraussetzung der Ansässigkeit in der EU bei sekundärer Niederlassung	486
3. Räumlicher Anwendungsbereich: Binnenmarktbezogenheit der Niederlassungsfreiheit – Unbegrenztheit der Kapitalverkehrsfreiheit	488
4. Ergebnis	490
II. Eingriffsqualität des hier diskutierten Unionsakts	492
1. Abstrakte Behandlung der Eingriffsfrage	493
a) Allgemeine Differenzierung nach direkter Diskriminierung, indirekter Diskriminierung und einfacher Beschränkung	493
b) Beschränkungsbegriff	495
1) Beschränkungsbegriff der Kapitalverkehrsfreiheit	495
2) Beschränkungsbegriff der Niederlassungsfreiheit	498
c) Diskriminierungskriterium	500
2. Die Eingriffswirkung der mitgliedstaatlichen Mechanismen und des vorgelagerten Unionsakts selbst	504
a) Belastende Auswirkungen der Mechanismen	504
1) Die Eingriffsbefugnisse entlang der unterschiedlichen Erwerbskonstellationen	504
2) Belastende Auswirkungen des Mechanismus	508

b) Bestimmung der Eingriffskategorie	510
1) Maximal indirekte Diskriminierungswirkung bzgl. der Kapitalverkehrsfreiheit	511
2) Beschränkungswirkung bzgl. Niederlassungsfreiheit	512
c) Ergebnis	514
III. Konkurrenz zwischen der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit	515
1. Rechtsprechung	515
2. Literatur	522
3. Meinungsstreit und Stellungnahme	524
a) Meinungsstreit	524
b) Stellungnahme	528
4. Ergebnis	532
IV. Vereinbarkeit mit der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit	532
1. Rechtfertigungsgrund	535
a) Geschriebene Rechtfertigungs- und Ausnahmegründe der Kapitalverkehrsfreiheit	535
1) Art. 64 Abs. 3 AEUV	535
2) Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV	536
b) Geschriebene Rechtfertigungsgründe der Niederlassungsfreiheit, Art. 52 Abs. 1 AEUV	538
c) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nach der Cassis de Dijon-Formel	541
d) Subsumtion unter die öffentliche Ordnung und Sicherheit i.S.d. zwingenden Gründe des Allgemeinwohls und Art. 65 Abs. 1 lit. b Fall 3 AEUV	544
1) Gegenstand der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	545
2) Anwendungssituationen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	548
3) Sonderfall einer Maßnahme zugunsten der Sicherheitsinteressen eines anderen Mitgliedstaats	553
2. Verhältnismäßigkeit	555
a) Geeignetheit	556
b) Erforderlichkeit	557
1) Vergleich zu anderen Regelungskonzepten	557

2) Der Vergleich zwischen den Gattungen des Mechanismus unter Berücksichtigung einer Aufspaltung in Prüfungsphasen mit Fristensystem	559
(a) Die grundlegenden Mechanismusgattungen	559
(b) Einbeziehung der erforderlichen Zweiphasenstruktur und Fristensysteme mit Fiktionsregelungen	561
(c) Vergleich der Mechanismusgattungen	563
3) Weitere erforderliche Gestaltungselemente	566
(a) Konkretisierungsgrad der Tatbestandsvoraussetzungen und heranzuziehenden Kriterien	566
(b) Sonstige erforderliche Elemente	571
c) Angemessenheit	572
V. Ergebnis	576
C. Vereinbarkeit mit internationalem Wirtschaftsrecht	578
I. Der Europäische Wirtschaftsraum und das Verhältnis zur Schweiz	578
1. Die Vereinbarkeit mit dem EWR-Recht	578
2. Vereinbarkeit mit dem EFTA-Abkommen und weiteren Abkommen zwischen der EU und der Schweiz	586
II. Der Code of Liberalisation of Capital Movements der OECD (Kodex)	587
III. Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen der WTO (GATS)	591
IV. Das IWF-Abkommen	594
V. Weitere Rechtsquellen internationalen Wirtschaftsrechts	594
1. Vereinbarkeit mit alten bilateralen Abkommen zwischen einzelnen Mitgliedstaaten und Drittstaaten am Beispiel des Deutsch-Amerikanischen Freundschaftsvertrags	594
2. Partnerschafts- und Kooperationsabkommen mit postsowjetischen Staaten	595
3. Assoziierungsabkommen mit postsowjetischen Staaten	598
4. Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen mit Albanien und Nachfolgestaaten Jugoslawiens	599
5. Assoziationsabkommen mit Ägypten	600
6. Abkommen mit Algerien, Marokko, Tunesien, der Palästinensischen Befreiungsorganisation und Südafrika	600

7. Assoziationsabkommen mit Israel, Jordanien und dem Libanon	601
8. Freihandelsabkommen mit Südkorea	601
9. Wirtschaftspartnerschaftsabkommen mit Japan	603
10. Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen mit Kanada (CETA)	604
VI. Ergebnis	605
Zusammenfassende Schlussbemerkungen und Schlussfolgerungen	606
A. Das ‚Ob‘ eines unionsweit angeglichenen oder vereinheitlichten Überprüfungssystems für drittstaatliche Unternehmensakquisitionen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	606
B. Das ‚Wie‘ eines unionsweit angeglichenen oder vereinheitlichten Überprüfungssystems für drittstaatliche Unternehmensakquisitionen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	609
I. Grundlegende Gestalt der unionsweiten Harmonisierungsmaßnahme	609
II. Anwendbarkeitsvoraussetzungen des unionsweit angeglichenen Mechanismus	611
III. Die zentrale Prüfungsfrage der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	615
IV. Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens und Festlegung der Eingriffsmöglichkeiten	617
C. Abschließende Bemerkung	621
Literaturverzeichnis	623

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz/ Absätze
AETR	Europäisches Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Straßenverkehr beschäftigten Fahrpersonals
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
Allgemeines SteuerGB FR	Code de Général des Impôts (Allgemeines Steuergesetzbuch)
Alt.	Alternative/ Alternativen
Anm.	Anmerkung
AnmeldungsVO PL	Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 25 lutego 2016 r. w sprawie dokumentów załączanych do zawiadomień o zamiarze nabycia lub osiągnięcia istotnego uczestnictwa albo nabycia dominacji w podmiocie podlegającym ochronie (Verordnung des Ministerrats vom 25. Februar 2016 über Dokumente, die der Anmeldung einer Absicht zum Erwerb oder zur Erlangung einer bedeutenden Beteiligung oder beherrschenden Stellung an einem schützenswerten Unternehmen beizufügen sind)
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AT	Amtlicher Teil
AVR	Archiv des Völkerrechts (Zeitschrift)
AWG AT	Außenwirtschaftsgesetz 2011
AWG DE	Außenwirtschaftsgesetz
AWV DE	Außenwirtschaftsverordnung
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAnz	Bundesanzeiger
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band/ Bände

BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BeckOK PolR Bayern	Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Ordnungsrecht Bayern
BeckOK PolR NRW	Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BlgNr	Nummer der Beilagen
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado (Offizieller Staatsanzeiger)
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksachen
BSIG DE	Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
BSI-KritisVO DE	Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksachen
BT-Ausschussdrucks.	Bundestags-Ausschussdrucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa (ungefähr)
CB	Compliance Berater (Zeitschrift)
CdC FR	Code de Commerce (Handelsgesetzbuch)
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement (Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen)
CFIUS	Committee on Foreign Investments in the United States
CMF FR	Code Monétaire et Financier (Währungs- und Finanzgesetzbuch)
CMLR	Common Market Law Review
COVID-19	Coronavirus disease 2019
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Dekret 664/1999 ES	Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores (Königliches Dekret 664/1999 vom 23. April über ausländische Investitionen)

Dekret 1080/1991 ES	Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (Königliches Dekret 1080/1991 vom 5. Juli zur Bestimmung der Länder oder Gebiete, auf die Bezug genommen wird in Art. 2 Abs. 3 Nr. 4 des Gesetzes 17/1991 vom 27. Mai über dringende fiskalische Maßnahmen und in Art. 62 des Gesetzes 31/1990 vom 27. Dezember über den Staatshaushalt für 1991)
Dekret FR	Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France (Dekret Nr. 2019-1590 vom 31. Dezember 2019 über ausländische Investitionen in Frankreich)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe/ dieselben
DirektinvestitionsVO	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
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
dRGBL	deutsches Reichsgesetzblatt
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuerzeitung (Zeitschrift)
dt.	deutsch
DurchführungsVO ES	Orden de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización (Verordnung vom 28. Mai 2001 zur Festlegung der Verfahren für die Anmeldung von Auslandsinvestitionen und deren Abwicklung sowie der Verfahren für die Vorlage von Jahresberichten und Genehmigungsunterlagen)

Abkürzungsverzeichnis

DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
Dz. U.	Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (Amtsblatt der Republik Polen)
EABER	East Asian Bureau of Economic Research
ECLI	European Case Law Identifier
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation)
EG	Europäische Gemeinschaft
EG ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EJIL	European Journal of International Law
ElektrizitätsG NL	Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit (Elektriciteitswet 1998) (Gesetz vom 2. Juli 1998 zur Regelung der Erzeugung, Übertragung und Lieferung von Elektrizität (Elektrizitätsgesetz 1998))
endg.	endgültig
engl.	englisch
EPRS	European Parliament Research Service (Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments)
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwG	Erwägungsgrund/ Erwägungsgründe
ESP	Pesete
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera (und so weiter)
ETS	Emissions Trading System (Emissionshandelssystem)
EU	Europäische Union
EU ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuLF	European Legal Forum (Zeitschrift)
EuLR	European Law Review (Zeitschrift)

EUR	Euro
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende (Einzahl)/ folgender
FAQ	Frequently Asked Questions
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende (Mehrzahl)
Fn.	Fußnote/ Fußnoten
frz.	französisch
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/ Generalanwältin
GasG NL	Wet van 22 juni 2000, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas (Gaswet) (Gesetz vom 22. Juni 2000 zur Regelung des Transports und der Lieferung von Gas (Gasgesetz))
GATS	General Agreement on Trade in Services (Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen)
Geldwäsche-, Terrorismus- und WucherG LV	Noziedzīgi iegūtu līdzekļu legalizācijas un terorisma un proliferācijas finansēšanas novēršanas likums (Gesetz zur Verhinderung von Geldwäsche, Terrorismus und Wucherfinanzierung)
gem.	gemäß
Gesetz 9/2014 PT	Lei n.º 9/2014 de 24 de fevereiro (Gesetz Nr. 9/2014 vom 24. Februar)

Abkürzungsverzeichnis

Gesetz 19/2003 ES	Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (Gesetz 19/2003 vom 4. Juli über die Regulierung von Kapitalbewegungen und wirtschaftlichen Transaktionen im Ausland und über bestimmte Maßnahmen zur Verhinderung von Geldwäsche)
Gesetz 19/2012 PT	Lei n.º 19/2012 de 8 de maio (Gesetz Nr. 19/2012 vom 8. Mai)
Gesetz 30/1992 ES	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Gesetz 30/1992 vom 26. November über das Rechtssystem der öffentlichen Verwaltungen und das gemeinsame Verwaltungsverfahren)
Gesetz LVII HU	2018. évi LVII. törvény a Magyarországi biztonsági érdekét sértő külföldi befektetések ellenőrzéséről (Gesetz LVII von 2018 über die Kontrolle ausländischer Investitionen, die die Sicherheitsinteressen Ungarns beeinträchtigen)
Gesetzesdekret 138/2014 PT	Decreto-Lei n.º 138/2014 de 15 de setembro (Gesetzesdekret Nr. 138/2014 vom 15. September)
Gesetzesdekret Nr. 21 IT	Decreto-Legge 15 marzo 2012, n. 21 (Gesetzesdekret Nr. 21 vom 15. März 2012)
Gesetzesdekret Nr. 23 IT	Decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (Gesetzesdekret Nr. 23 vom 8. April 2020)
Gesetzesdekret Nr. 105 IT	Decreto-Legge 21 settembre 2019, n. 105 (Gesetzesdekret Nr. 105 vom 21. September 2019)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
G.U.	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (Amtsblatt der Italienischen Republik)

GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HFR	Humboldt Forum Recht (Zeitschrift)
h.Lit.	herrschende Literatur
h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
HWWA	Hamburgisches Welt-Wirtschafts-Archiv
IAW	Institut für angewandte Wirtschaftsforschung
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
InvestitionsG LT	Lietuvos Respublikos Investicijų Įstatymas 1999 m. liepos 7 d. Nr. VIII-1312 (Gesetz Nr. VIII-1312 vom 7. Juli 1999 über ausländische Investitionen)
InvKG AT	Investitionskontrollgesetz
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
IR	InfrastrukturRecht (Zeitschrift)
i.R.d.	im Rahmen des/ der
i.S.d.	im Sinne des/ der
i.S.e.	im Sinne eines/ einer
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
i.S.v.	im Sinne von
ital.	italienisch
i.V.m.	in Verbindung mit
IWF	Internationaler Währungsfonds
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JORF	Journal officiel de la République française (Amtsblatt der Französischen Republik)
JRP	Journal für Rechtspolitik
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
jurisPR-HaGesR	juris Praxis Report Handels- und Gesellschaftsrecht
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JWIT	Journal of World Investment & Trade
JZ	Juristen-Zeitung

Abkürzungsverzeichnis

Kap.	Kapitel
km	Kilometer
KölnKomm-WpÜG	Kölner Kommentar zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
KontrollG PL	Ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji (Gesetz vom 24. Juli 2015 über die Kontrolle bestimmter Investitionen)
KonzentrationsVO RO	Regulament privind concentrările economice (Verordnung über wirtschaftliche Konzentrationen)
KonzernG LV	Koncernu likums (Konzerngesetz)
KriegsmaterialG DK	Lov om krigsmateriel m.v. (Gesetz über Kriegsmaterial und Weiteres)
LBK	Lovbekendtgørelse (Konsolidiertes Gesetz)
lit.	litera (Buchstabe)
M&A	Mergers & Acquisitions
max.	maximal
MeldeVO NL	Regeling van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 12 september 2012, nr. WJZ / 12306572, tot het doen van een melding als bedoeld in artikel 86f, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 66e, eerste lid, van de Gaswet (Regeling melding wijziging zeggenschap Elektriciteitswet 1998 en Gaswet) (Verordnung des Ministers für Wirtschaft, Landwirtschaft und Innovation vom 12. September 2012, Nr. WJZ / 12306572, zur Abgabe einer Meldung gemäß Art. 86f Abs. 1 des Elektrizitätsgesetzes 1998 und Art. 66e Abs. 1 des Gasgesetzes (Verordnung über die Meldung eines Kontrollwechsels im Elektrizitätsgesetz 1998 und im Gasgesetz))
MERICS	Mercator Institute for China Studies
Ministerialanordnung FR	Arrêté du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France (Ministerielle Verwaltungsanordnung vom 31. Dezember 2019 über ausländische Investitionen in Frankreich)
mind.	mindestens
Ministerpräsidialdekret Nr. 108 IT	Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 giugno 2014 (Dekret des Ministerpräsidenten Nr. 108 vom 6. Juni 2014)

Mio.	Million
MünchKomm-GmbHG	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
MünchKomm-Lauterkeitsrecht	Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht
m.v.	med videre (und Weiteres)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n./ n.º/ No./ Nr./ núm.	Nummer/ Nummern
NATO	North Atlantic Treaty Organization
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.N.	non nominatus (nicht benannt)
NSG LV	Nacionālās drošības likums (Gesetz zur nationalen Sicherheit)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NTMs	Non-Tariff Measures (Nichttarifäre Maßnahmen)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OrganisationsG RO	Lege nr. 415 din 27 iunie 2002 privind organizarea și funcționarea Consiliului Suprem de Apărare a Țării (Gesetz Nr. 415 vom 27. Juni 2002 über die Organisation und Arbeitsweise des Obersten Rats der Landesverteidigung)
PACTE	Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises (Aktionsplan für Unternehmenswachstum und -transformation)
pag./ pág.	Seite/ Seiten
PLO	Palästinensische Befreiungsorganisation
Präsidialdekret Nr. 35 IT	Decreto del Presidente della Repubblica 19 febbraio 2014, n. 35 (Präsidialdekret Nr. 35 vom 19. Februar 2014)
Präsidialdekret Nr. 85 IT	Decreto del Presidente della Repubblica 25 marzo 2014, n. 85 (Präsidialdekret Nr. 85 vom 25. März 2014)

Präsidentialdekret Nr. 86 IT	Decreto del Presidente della Repubblica 25 marzo 2014, n. 86 (Präsidentialdekret Nr. 86 vom 25. März 2014)
PrüfungsVO LV	Ministru kabineta noteikumi Nr. 606 par Nacionālās drošības likumā noteikto institūciju, institūcijā iesniedzamās informācijas apjomu, iesniegšanas kārtību un iesniegtās informācijas izvērtēšanu, kā arī Nacionālās drošības likumā noteiktā lēmuma pieņemšanu un paziņošanu (Regierungsverordnung Nr. 606 über die im Gesetz zur nationalen Sicherheit festgelegte Institution, den Umfang der zu übermittelnden Informationen, die Verfahren für deren Übermittlung und die Auswertung der übermittelten Informationen sowie das Treffen und die Notifizierung der im Gesetz zur nationalen Sicherheit festgelegten Entscheidung)
Q&As	Questions & Answers
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Regierungsbeschluss Nr. 556 LT	Nutarimas Dėl Ūkinės Veiklos Sričių Kurios Lai- komos Nacionaliniam Saugumui Užtikrinti Strate- giškai Svarbių Ūkio Sektorių Dalimi, Sarašo Nustaty- mo 2018 m. birželio 6 d. Nr. 556 (Regierungsbeschluss Nr. 556 vom 6. Juni 2018 zu den Bereichen wirtschaftlicher Aktivitäten, die als Teil der strategisch wichtigen Wirtschaftssektoren zur Gewährleistung der nationalen Sicherheit ange- sehen werden)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer/ Randnummern
Rs.	Rechtssache/ Rechtssachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite/ Seiten
SchutzG LT	Lietuvos Respublikos Nacionaliniam Saugumui Užtikrinti Svarbių Objektų Apsaugos Įstatymas 2002 m. spalio 10 d. Nr. IX-1132 (Gesetz Nr. IX-1132 vom 10. Oktober 2002 zum Schutz von Objekten von Bedeutung für die natio- nale Sicherheit)
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannter/ sogenannte
span.	spanisch

TAR	Teisės aktų registras (Litauisches Register für Rechtsakte)
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz/ Unterabsätze
ÜberwachungsG FI	Laki ulkomaalaisten yritysostojen seurannasta (Gesetz zur Überwachung von ausländischen Unternehmensakquisitionen in Finnland)
ÜGA	Abkommen zwischen den EFTA-Staaten vom 2. Mai 1992 zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs
UGB AT	Unternehmensgesetzbuch
UmsetzungsVO HU	A Kormány 246/2018. (XII. 17.) Kormány rendelte a Magyarország biztonsági érdekét sértő külföldi befektetések ellenőrzéséről szóló 2018. évi LVII. törvény végrehajtásáról (Regierungsverordnung 246/2018 (XII.17.) über die Umsetzung von Gesetz LVII von 2018 über die Kontrolle ausländischer Investitionen, die die Sicherheitsinteressen Ungarns beeinträchtigen)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung)
US	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v	versus (gegen)
v.	von/ vom
Var.	Variante/ Varianten
verb.	verbundene
Verfahrensordnung LT	Nutarimas Dėl Nacionalinių Saugumui Užtikrinti Svarbių Objektų Apsaugos Koordinavimo Komisijos Darbo Tvarkos Aprašo Patvirtinimo 2009 m. lapkričio 25 d. nutarimu Nr. 1540 (Regierungsbeschluss Nr. 1540 vom 25. November 2009 zur Bestimmung des Verfahrens der Kommission zur Koordinierung des Schutzes der Objekte von Bedeutung für die nationale Sicherheit)

Verteidigungs-Leitfaden ES	Guía para la solicitud de autorización de inversiones extranjeras en actividades directamente relacionadas con la defensa nacional (Leitfaden für die Beantragung einer Genehmigung für ausländische Investitionen in Aktivitäten, die direkt mit der Landesverteidigung zusammenhängen)
Verteidigungsratsbeschluss RO	Hotărârea Consiliul Suprem de Apărare a Țării nr. 73 din 27.09.2012 referitoare la aplicarea art. 46, alin. (9), din Legea Concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare (Beschluss des Obersten Rats für Landesverteidigung Nr. 73 vom 27. September 2012 bzgl. der Anwendung von Art. 46 Abs. 9 des neu veröffentlichten Wettbewerbsgesetzes Nr. 21/1996 mit nachfolgenden Änderungen und Ergänzungen)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VO PL	Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2019 r. w sprawie wykazu podmiotów podlegających ochronie oraz właściwych dla nich organów kontroli (Verordnung des Ministerrats vom 23. Dezember 2019 über die Liste der geschützten Einrichtungen und ihrer zuständigen Kontrollbehörden)
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WettbewerbsG NL	Mededingingswet (Wettbewerbsgesetz)
WettbewerbsG RO	Lege nr. 21 din 10 aprilie 1996 a concurenței (Gesetz Nr. 21 vom 10. April 1996 über den Wettbewerb)
WHI	Walter Hallstein-Institut
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WTO	World Trade Organisation (Welthandelsorganisation)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfP	Zeitschrift für Politik

ZGB IT	Codice Civile (Zivilgesetzbuch)
ZGB HU	Polgári törvénykönyv (Bürgerliches Gesetzbuch)
ZGB PL	Kodeks cywilny (Zivilgesetzbuch)
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer/ Ziffern
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZWS	Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Die Kodierungen, die zur Kenntlichmachung der Nationalität der mitgliedstaatlichen Normen an deren Abkürzungen angefügt wurden, entsprechen dem Standard ISO-3166.

Einleitung

A. Zielsetzung und Kontext der Arbeit

I. Jüngste Entwicklungen zur sicherheitsbezogenen Überprüfung drittstaatlicher Unternehmensakquisitionen in der Europäischen Union

Kuka, Aixtron, Eandis oder 50Hertz: Mit den Firmen dieser europäischen Unternehmen werden grenzüberschreitende Akquisitionsszenarien verbunden, die in Europa teilweise sehr medienwirksam diskutiert wurden. Einen wesentlichen Schwerpunkt der Diskussion bildeten dabei auch Sicherheitsbedenken gegenüber diesen Erwerbsvorgängen aufgrund eines etwaigen Kontrollverlusts über die eigene Infrastruktur oder über sicherheitsrelevantes Knowhow. Die Frage stand im Raum, ob gewisse Unternehmenserwerbe durch Investoren aus dem Ausland die eigenen Sicherheitsinteressen gefährden könnten und verhindert werden müssten – insbesondere, wenn die Investoren aus Staaten außerhalb der Europäischen Union stammen und enge Verbindungen zu den Regierungen dieser Drittstaaten unterhalten oder gar von diesen aus strategischen Motiven angeleitet werden. Während die Zahl kritisch betrachteter Akquisitionen wie auch naturgemäß die daraus entstehenden Diskussionen derzeit einen neuen Höhepunkt erreichen, reagieren Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit verschärften nationalen Regelungen, die es ihnen ermöglichen, solche Investitionen auf ihre Bedeutung für die eigene Sicherheit zu überprüfen und gegebenenfalls einzugreifen.

Einen solchen Fall begründete das unter Finanzierungshilfe des chinesischen Staats abgegebene öffentliche Übernahmeangebot der deutschen Tochter der chinesischen Fujian Grand Chip Investment Fund LP, Grand Chip Investment GmbH, vom Mai 2016 für die Aixtron SE, einen deutschen Hersteller von Halbleitern mit doppeltem Verwendungszweck.¹ Nachdem der Erwerb in Deutschland zunächst grünes Licht erhielt, wurde die dazu ausgestellte Unbedenklichkeitsbescheinigung jedoch überraschend aus Sicherheitsbedenken widerrufen und das Prüfungsverfahren

1 Böcking, Herr Liu versteht die deutsche Angst nicht, Spiegel-Online vom 4. Oktober 2016; Laciak/Mommers, CFIUS blocks Chinese investment, Freshfields-Briefing vom 8. Dezember 2016.

wieder aufgenommen – die Übernahme scheiterte letztendlich jedoch durch die sicherheitsbedingte Untersagung für das US-Geschäft durch Präsident Obama auf Anraten des Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS).² Zur ungefähr gleichen Zeit machte die MEC-CA International (BVI) Limited, eine 100 %ige Tochter der chinesischen Midea Group Co. Ltd., ein freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot für die Kuka AG, einen deutschen Hersteller von Robotern für die Industrieproduktion.³ Nach Ausräumung der Sicherheitsbedenken des CFIUS durch Veräußerung des US-Flugzeuggeschäfts⁴ wurde das Übernahmeangebot erfolgreich abgeschlossen trotz angeblicher Versuche der Deutschen Bundesregierung, dies informell abzuwenden.⁵ Wohl auch als Reaktion auf besagte Vorgänge⁶ erfolgte in Deutschland am 18. Juli 2017 eine Verschärfung des allgemeinen außenwirtschaftlichen Investitionskontrollsystems, wodurch u.a. die Prüfungsfristen ausgeweitet und eine zusätzliche Meldepflicht für Investoren geschaffen wurde.⁷ Die Verbotsmöglichkeit des Mechanismus kam dann auch zum ersten Mal im August 2018 zum Einsatz. Das Regierungskabinett stimmte für ein vom Wirtschaftsministerium vorgeschlagenes Verbot der Übernahme des Werkzeugmaschinenbauers Leifeld Metal Spinning AG durch die chinesische Yantai Taihai Corporation.⁸ Zur Begründung wurde eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit aufgrund der Verwendbarkeit der Produkte von Leifeld in der Nuklear- und Rüstungstechnologie angeführt.⁹

Zwei andere Erwerbsversuche im selben Jahr führten zu einer weiteren Verschärfung in Deutschland: Das chinesische Staatsunternehmen State

2 *Heinrich/Jalinous*, AG 2017, 526 (528).

3 *Kuka AG*, Midea group decided to make a tender offer to all KUKA shareholders, Pressemitteilung vom 18. Mai 2016.

4 *N.N.*, Weg frei für Kuka, Süddeutsche Zeitung-Online vom 30. Dezember 2016.

5 *N.N.*, Noch ein Großaktionär verkauft seine Kuka-Anteile, FAZ-Online vom 4. Juli 2016.

6 *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 8/2017, Anm. 1, S. 1; *Johannsen-Roth*, Börsen-Zeitung Ausgabe 212 vom 4. November 2017, S. 9.

7 Neunte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, BAñz AT 17.07.2017 V1; *Johannsen-Roth*, Börsen-Zeitung Ausgabe 212 vom 4. November 2017, S. 9; im Detail: *Becker/Sachs*, NZG 2017, 1336 ff.; *Haak/Thiemann*, CB 2017, 431 ff.; *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 8/2017, Anm. 1; *Hölscher*, EWS 2017, 251 ff.

8 *Schwenn/Ankenbrand/Pennekamp/Scharrenbroch*, Chinesische Übernahme von westfälischem Maschinenbauer geplatzt, FAZ-Online vom 6. August 2018. Der Bieter kam der Bundesregierung zwar durch seine vorherige Abstandnahme von der Übernahme zuvor, dennoch wurde im Regierungskabinett der Beschluss gefasst.

9 *Schwenn/Ankenbrand/Pennekamp/Scharrenbroch*, Chinesische Übernahme von westfälischem Maschinenbauer geplatzt, FAZ-Online vom 6. August 2018.

Grid Corporation of China verkündete im Februar 2018, einen Anteil von 20 % an der Joint-Venture-Holding des deutschen Stromnetzbetreibers 50Hertz Transmission GmbH, Eurogrid International SCRL, erwerben zu wollen.¹⁰ Die Akquisition wurde jedoch Ende März – angeblich auf Drängen der Bundesregierung – durch die mit bereits 60 % beteiligte belgische Elia System Operator SA/NV vereitelt, indem sie von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machte.¹¹ Im Juli 2018 versuchte das bereits an Netzbetreibern in Griechenland, Portugal und Italien beteiligte chinesische Staatsunternehmen dann, die noch verbliebenen 20 % zu erwerben, doch wieder machte Elia von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch und übertrug die so erworbenen Anteile diesmal umgehend an die deutsche Kreditanstalt für Wiederaufbau zu gleichen Konditionen.¹² Die Regierung begründete diesen i.E. interventionistischen Erwerb durch den Bund damit, dass es sich hierbei nur um eine Übergangslösung aus „sicherheitspolitischen Erwägungen“ zum „Schutz kritischer Energieinfrastrukturen“ handele.¹³ In beiden Fällen wäre ein direkter Eingriff über die außenwirtschaftliche Investitionskontrolle nicht möglich gewesen, da der Schwellenwert für dessen Anwendbarkeit jeweils um fünf Prozentpunkte unterschritten wurde –¹⁴ insofern werden diese Vorgänge auch als Anlass für die anschließende Verschärfung des Investitionskontrollsystems insbesondere durch Absenkung besagter Schwellenwerte gesehen.¹⁵

Andere Akquisitionsvorhaben der State Grid Corporation of China, dessen erklärtes Ziel die Schaffung eines weltumspannenden Stromnetzes mit China in dessen Zentrum ist,¹⁶ hatten gleichermaßen einiges Aufsehen er-

10 N.N., Chinesischer Staatskonzern investiert in deutsches Stromnetz, Zeit-Online vom 9. Februar 2018; 50Hertz, Elia to acquire an additional 20 percent stake in 50Hertz, 50Hertz-Pressemitteilung vom 23. März 2018.

11 Wetzel, Chinas Einstieg ins deutsche Stromnetz abgeblockt, Welt-Online vom 24. März 2018; 50Hertz, Elia to acquire an additional 20 percent stake in 50Hertz, 50Hertz-Pressemitteilung vom 23. März 2018.

12 Heide, Konstrukt mit Staatsbank KfW: Bundesregierung vereitelt Einstieg der Chinesen beim Netzbetreiber 50Hertz, Handelsblatt-Online vom 27. Juli 2018; N.N., Stromnetzbetreiber 50Hertz: Einstieg der Chinesen abgewehrt, Spiegel-Online vom 27. Juli 2018.

13 Heide, Konstrukt mit Staatsbank KfW: Bundesregierung vereitelt Einstieg der Chinesen beim Netzbetreiber 50Hertz, Handelsblatt-Online vom 27. Juli 2018.

14 Schladebach/Becker, NVwZ 2019, 1076 (1078); Sigmund/Stratmann, Bundesregierung will Chinas Einstieg bei 50Hertz in letzter Sekunde stoppen, Handelsblatt-Online vom 19. Juni 2018; Wetzel, Chinas Einstieg ins deutsche Stromnetz abgeblockt, Welt-Online vom 24. März 2018.

15 Schladebach/Becker, NVwZ 2019, 1076 (1078).

16 N.N., China baut das Weltstromnetz, Spiegel-Online vom 7. Juni 2016.

regt. So ist das Staatsunternehmen seit Dezember 2016 mit 24 % am alleinigen griechischen Stromnetzbetreiber ADMIE beteiligt und in 2012 mit einer Beteiligung von 25 % zum Hauptaktionär des einzigen Stromnetzbetreibers Portugals – der Redes Energeticas Nacionais – aufgestiegen.¹⁷ Im Juni 2016 trat das Staatsunternehmen in exklusive Verhandlungen, um eine Beteiligung von 14 % an dem belgischen Gas- und Stromnetzbetreiber Eandis System Operator cvba zu erwerben; hiervor warnte wiederum der belgische Staats Sicherheitsdienst die kommunalen Anteilsbesitzer von Eandis, weil der Erwerber engste Beziehungen zum chinesischen Militär unterhalte, und nahm dabei Bezug auf die Untersagung eines Akquisitionsversuchs in Australien.¹⁸ Letztendlich verweigerte die Stadt Antwerpen die notwendige Zustimmung, jedoch aufgrund von Tarif-Streitigkeiten.¹⁹

Das wohl plastischste Beispiel für eine direkte legislative Reaktion auf einen Investitionsvorgang in letzter Zeit stellt der Fall des Atomkraftwerks Hinkley Point C im nunmehr ehemaligen EU-Mitgliedstaat des Vereinigten Königreichs dar. Zum Bau und Betrieb zweier Atomreaktoren im englischen Somerset haben sich die chinesischen Staatsunternehmen China National Nuclear Power Corporation und China General Nuclear Corporation sowie die französische Electricité de France S.A. und der Anlagenbauer Areva S.A. in einem Konsortium zusammengeschlossen, an dem die Electricité de France S.A. mit 50-60 %, Areva mit 10 % und die beiden chinesischen Staatsunternehmen gemeinsam mit 30-40 % beteiligt sein sollen.²⁰ Im Juli 2016 verkündete jedoch die britische Regierung, das zunächst im Oktober 2015 bewilligte Projekt aufgrund von Sicherheitsbedenken noch einmal überprüfen zu wollen.²¹ Es wurden zum einen Sorgen über einen zu großen chinesischen Einfluss auf die Energieversorgung geäußert und zum anderen wurde bekannt, dass beim Bau die gleiche Reaktorentechnologie wie in britischen Atom-U-Booten verwandt wird.²² Zusätzlich befeuert wurden die Sicherheitsbedenken dabei noch durch eine

17 *Schuelken*, EuR 2018, 577 (580 f.).

18 *N.N.*, Belgian Intelligence Warns Against Acquisition by State Grid Corporation of China, RWR Advisory-Nachrichten vom 29. September 2016; *N.N.*, China State Grid in talks to buy 14 pct of Belgium's Eandis, Reuters-Nachrichten vom 3. Juni 2016.

19 *N.N.*, State Grid's acquisition of 14% in Belgian distributor Eandis blocked, Enerdata-Nachrichten vom 6. Oktober 2016.

20 *Schuelken*, EuR 2018, 577 (580).

21 *N.N.*, UK to take 'golden share' in new nuclear plants, NuclearEnergy Insider-Online vom 20. September 2016.

22 *Schuelken*, EuR 2018, 577 (580) m.w.N.

zwischenzeitliche Anklage der China General Nuclear Corporation in den USA wegen Atomspionage.²³ Letztendlich gestattete die May-Regierung das Vorhaben, jedoch unter erheblichen Restriktionen:²⁴ Durch ‚goldene Aktien‘ und ein reformiertes Überprüfungsverfahren nach dem Enterprise Act 2002 soll die nationale Sicherheit im Hinblick auf die ausländische Kontrolle über diese Reaktoren und andere sicherheitsrelevante Infrastruktur gewährleistet werden.²⁵

Zudem kam es bspw. auch in Italien u.a. mit dem Gesetzesdekret Nr. 148 vom 16. Oktober 2017 zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des italienischen Vetorechts bzgl. ausländischer Unternehmensakquisitionen, um Sicherheitsinteressen bei strategischen Investitionsaktivitäten zu schützen.²⁶ Polen führte mit Gesetz vom 24. Juli 2015 den aktuell geltenden Überprüfungsmechanismus insbesondere auch zur Wahrung seiner Sicherheitsinteressen mit Blick auf den andauernden Konflikt zwischen Russland und Polens unmittelbarem Nachbarn – der Ukraine – ein.²⁷ Auch das an Russland und Weißrussland grenzende Lettland führte jüngst mit Gesetz vom 23. März 2017 ein Kontrollsystem für Unternehmensakquisitionen ein sowie Ungarn sein geltendes Überprüfungssystem in 2018.²⁸

Die vorangegangenen Beispiele zeigen auf, dass das Konfliktpotenzial von drittstaatlichen Unternehmensakquisitionen in Europa – insbesondere, wenn der Verdacht einer zu großen Involvierung drittstaatlicher Regie-

23 *La Ganga*, Nuclear espionage charge for China firm with one-third stake in UK's Hinkley Point, The Guardian-Online vom 11. August 2016.

24 *N.N.*, UK to take ‚golden share‘ in new nuclear plants, NuclearEnergy Insider vom 20. September 2016.

25 *Giles/Thomas/Williams*, The new UK national security regime: quick guide to the key changes, Norton Rose Fulbright-Veröffentlichung vom März 2018; *Regierung des Vereinigten Königreichs*, Government confirms Hinkley Point C project following new agreement in principle with EDF, Pressemitteilung vom 15. September 2016; *dies.*, Government updates takeover rules in line with technology developments, Pressemitteilung vom 15. März 2018.

26 *Coletti/Porchia/Sciolla*, Italy Issues New Rules on Hostile Foreign Takeovers and Golden Powers, Latham&Watkins-Briefing vom 26. Oktober 2017; *Fraedrich/Kaniecki*, Jones Day-White Paper Januar 2018, S. 8; *Vagnoni*, UPDATE 1-Italy passes decree to ward off foreign takeovers, Reuters-Nachrichten vom 13. Oktober 2017; *N.N.*, Italy improves transparency and extends its "golden powers" to protect new (corporate) treasures, Hogan Lovells-Veröffentlichung vom 23. Oktober 2017; siehe auch die Ausführungen zum italienischen Investitionskontrollregime insgesamt unter Teil 2.B.V.

27 Vgl. *Pohl*, OECD-Report Poland, S. 4.

28 Siehe die Ausführungen unter Teil 2.B.VI., XIV.

rungen besteht – zunimmt und dabei entsprechend auch weiter in den politischen wie gesellschaftlichen Fokus rückt. In Konsequenz dessen haben sich mitgliedstaatliche Gesetzgeber zu Maßnahmen veranlasst gesehen, die die Regulierung solcher Akquisitionen einer erheblichen Dynamik aussetzen und dem Thema mithin eine nicht zu unterschätzende aktuelle Relevanz verleihen.

II. Die Diskussion um Staatsfonds von 2007

Eine solche Intensivierung der Diskussion um das Sicherheitsrisiko von Unternehmensakquisitionen durch Investoren mit Nähe zu Drittstaaten konnte bereits in 2007 und den folgenden Jahren festgestellt werden.²⁹ Damals stand insbesondere eine zunehmende Aktivität von drittstaatlichen Staatsfonds im Vordergrund, die von der Sorge begleitet wurde, dass einige dieser Fonds weniger der Gewinnmaximierung staatlicher Devisenwerte als vielmehr der staatlichen Einflussnahme auf bestimmte ausländische Anlageobjekte dienen würden.³⁰ Auch damals wurden in einigen Mitgliedstaaten als Reaktion nationale Investitionskontrollsysteme verschärft oder neu eingeführt.³¹

Zugleich wurden mehrere Lösungsansätze auf Unionsebene zum Schutz der staatlichen Sicherheitsinteressen als vorzugswürdige Alternativen³² gegenüber der Lösung auf rein nationaler Ebene diskutiert. Neben der Einführung unionsrechtlicher „goldener Aktien“³³ oder gar eines EU-Ausschus-

29 Vgl. z.B. *Europäische Kommission*, KOM(2008) 115 endg., S. 4 ff.; *Krolop*, HFR 2008, 1; *von Wartenberg*, Vorwort, in: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 75 (2008), S. 3.

30 Vgl. *Bayer/Ohler*, ZG 2008, 12 (19); *Krolop*, ZRP 2008, 40; *Heinemann*, Ökonomischer Patriotismus, S. 96; *OECD*, C/MIN(2008)8/FINAL, S. 2; *Saxon*, 32 Hastings International and Comparative Law Review 693, 697 f. (2009); *Schäfer/Voland*, EWS 2008, 166 (167); *Truman*, Staatsfonds: Schutz ja, Protektionismus nein, Handelsblatt-Online vom 18. September 2007; *N.N.*, The invasion of the sovereign-wealth fund, The Economist vom 19. Januar 2008, S. 11.

31 Siehe nur Deutschland mit der Einführung des sektorunbeschränkten Überprüfungsmechanismus der AWV DE; dazu *Krolop*, ZRP 2008, 40 (40 f.); *Roth*, ZBB 2009, 257 (258 ff.); *Schäfer/Voland*, EWS 2008, 166 (167).

32 So *Krolop*, HFR 2008, 1 (19); *Schäfer/Voland*, EWS 2008, 166 (172).

33 Vgl. *de Kok*, EuLR 44 (2019), 24 (35); *N.N.*, NZG 2008, 64; *Fischer zu Cramburg*, NZG 2007, 700.

ses für Auslandsinvestitionen analog zum amerikanischen CFIUS³⁴ wurde auch ein unionsweit harmonisiertes Überprüfungssystem vorgeschlagen.³⁵ Der Vorschlag der ‚goldenen Aktien‘ zielte darauf ab, den jeweils betroffenen Mitgliedstaaten bzw. der EU Anteile mit besonderen Stimmrechten an Unternehmen einzuräumen, womit sie in die Lage versetzt würden, bestimmte Anteilserwerbe zu vereiteln oder wesentliche Unternehmensentscheidungen maßgeblich zu beeinflussen.³⁶ Die Vorschläge zur Einführung eines EU-Ausschusses für Auslandsinvestitionen sowie für einen unionseinheitlichen Überprüfungsmechanismus zielten beide letztendlich auf ein unionsweit vereinheitlichtes Überprüfungssystem ab. Der wesentliche Unterschied lag in der Frage, ob die Mitgliedstaaten weiterhin die Überprüfung für Investitionen in ihrem Hoheitsgebiet durchführen oder ob die EU diese Aufgabe mit der Einführung eines EU-Ausschusses und Anwendung eines einzelnen unionsweit geltenden Mechanismus übernehmen würde.

Letztendlich wies die EU-Kommission damals jeden dieser Vorschläge zurück.³⁷ Stattdessen sollten nur sehr allgemein gehaltene unionseinheitliche Prinzipien festgelegt und auf internationaler Ebene die Santiago Principles des IWF³⁸ und die Guidance on Sovereign Wealth Funds der OECD³⁹ unterstützt werden, um für mehr Transparenz, Berechenbarkeit und Verantwortlichkeit von Staatsfonds zu sorgen.⁴⁰ Begründet wurde diese Zurückhaltung auch damit, dass „die EU und ihre Mitgliedstaaten [...] bereits über Instrumente zur Bewältigung der mit grenzüberschreitenden Investitionen auch durch Staatsfonds verbundenen Risiken für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit [verfügen]“.⁴¹

34 *Cohen-Tanugi*, Euromonde 2015: Une stratégie européenne pour la mondialisation, S. 169 ff.; vgl. *de Kok*, EuLR 44 (2019), 24 (35).

35 *Röller/Véron*, *Revue d'économie financière* (English Edition), Special Issue 2009, 403; *Teichler/Rapp-Jung/James/et al.*, Study on State Control of Strategic Defence Assets (EUROCON), Bd. 1, S. 164 ff.; *von Wogau/Rapp-Jung*, CMLR 45 (2008), 47.

36 *Fischer zu Cramburg*, NZG 2007, 700; vgl. auch *Heinemann*, *Ökonomischer Patriotismus*, S. 65 f.

37 *Europäische Kommission*, KOM(2008)115 endg., S. 8; vgl. *de Kok*, EuLR 44 (2019), 24 (35); *Nicolas*, EABER Working Paper No. 86 (2014), S. 32.

38 Sovereign Wealth Funds – Generally Accepted Principles and Practices „Santiago Principles“, abrufbar unter http://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf.

39 OECD Guidance on Sovereign Wealth Funds, abrufbar unter <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecdguidanceonsovereignwealthfunds.htm>.

40 *Europäische Kommission*, KOM(2008)115 endg., S. 8.

41 *Europäische Kommission*, KOM(2008)115 endg., S. 9.

III. Die EU-Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union von 2019 (DirektinvestitionsVO)

Genauso wie in der Diskussion um Staatsfonds von 2007 sah sich die EU-Kommission auch diesmal wieder mit der zunehmenden Dynamik in der niemals völlig verstummten Diskussion⁴² um eine weitergehende EU-Regelung – auch wieder in Form einer europäischen Investitionskontrollbehörde⁴³ und unionseinheitlicher Überprüfungssysteme⁴⁴ – konfrontiert: Am 14. Februar 2017 und im Juli 2017 forderten die Regierungen von Deutschland, Frankreich und Italien die EU-Kommission dazu auf, angemessene Maßnahmen gegen den zunehmend politisch-strategisch motivierten Erwerb von europäischen Unternehmen mit Schlüsseltechnologien durch Investoren aus Drittstaaten zu ergreifen.⁴⁵ Dabei ging es den Mitgliedstaaten jedoch weniger um die Wahrung der staatlichen Sicherheitsinteressen durch die Union als vielmehr um das wirtschaftliche Interesse am Verbleib technischen Knowhows und Produktionsvolumens in Europa. Zugleich wurde ein gleichwertiger Marktzugang zu den Drittstaaten verlangt, aus denen die in Frage stehenden Investoren stammen. Insofern sei ein unionsweit einheitliches Instrument zum Eingriff in drittstaatliche, einflussverschaffende Unternehmensinvestitionen nötig – auf Grundlage wirtschaftlicher Kriterien. Eine europäische Initiative zum Schutz der Sicherheitsinteressen wurde dagegen unter Betonung der eigenen Verantwortung in der sicherheitstechnischen Investitionskontrolle ausdrücklich ausgeschlossen. Die Forderungen wurden im Weiteren durch den Vorschlag mehrerer Abgeordneter des Parlaments der Europäischen

42 Vgl. z.B. *de Kok*, EuLR 44 (2019), 24 (36) zum Vorschlag der damaligen EU-Kommissare Tajani und Barnier für eine Vereinheitlichung der Investitionskontrollen auf einen EU-Investitionskontrollausschuss; *Eaker/Tao*, 9 *Frontiers of Law in China* 42 ff., (2014); *Nicolas*, EABER Working Paper No. 86 (2014); *Teichler/Rapp-Jung/James/et al.*, Study on State Control of Strategic Defence Assets (EUROCON), Bd. 1.

43 Z.B. *Di Benedetto*, Columbia Perspectives – Perspectives on topical foreign direct investment issues No. 214 (2017); *ders.*, Reciprocity in International Trade and Investment Law and the Establishment of a European Committee on Foreign Investment.

44 Z.B. *Wiking Häger/Dackö*, EU FDI Screening – Legal Considerations.

45 *Deutsches, Französisches und Italienisches Wirtschaftsministerium*, Gemeinsames Schreiben an EU-Handelskommissarin Cecilia Malmström von Februar 2017 und vom 28. Juli 2017; dazu auch *de Kok*, EuLR 44 (2019), 24 (37 f.).

Union unterstützt.⁴⁶ Auch diese schlugen einen unionsweiten Überprüfungsmechanismus vor, der auf wirtschaftlichen Kriterien basiert, und staatlich-strategisch motivierte Investitionen aus Drittstaaten beschränkt. Die Überprüfung aus Sicherheitsgründen sollte dagegen ausdrücklich bei den Mitgliedstaaten belassen werden.

Auf diese Forderungen reagierte die EU-Kommission diesmal anders als noch im Zuge der Diskussion um ausländische Staatsfonds. Auch sie sieht inzwischen verstärkten Handlungsbedarf. Am 13. September 2017 griff der damalige Präsident der Europäischen Kommission, *Jean-Claude Juncker*, in seiner Rede zur Lage der Union die Forderungen auf: "Let me say once and for all: we are not naive free traders. Europe must always defend its strategic interests. [...] If a foreign, state-owned, company wants to purchase a European harbour, part of our energy infrastructure or a defence technology firm, this should only happen in transparency, with scrutiny and debate."⁴⁷

Noch am selben Tag schlug die Kommission eine „Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union“ vor.⁴⁸ Inzwischen ist der Vorschlag in 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 Union⁴⁹ aufgegangen. Sie ist gem. Art. 17 DirektinvestitionsVO am 10. April 2019 in Kraft getreten und gilt ab dem 11. Oktober 2020. Entsprechend werden aktuell die bestehenden Regelungen in den Mitgliedstaaten an die Vorgaben der DirektinvestitionsVO angepasst.

Wie mit der Rede bereits angekündigt, greift die vorgeschlagene Verordnung das Thema der drittstaatlichen einflussgewährenden Unternehmensakquisitionen auf. Solche werden jedoch auf Unionsebene vielmehr unter den Begriff der Direktinvestition gefasst und adressiert.⁵⁰ So definiert auch

46 *Weber/Caspar/Saifi/et al.*, B8-0302/2017; dazu auch *de Kok*, EuLR 44 (2019), 24 (38 f.).

47 *Jean-Claude Juncker*, State of the Union Address vom 13. September 2017, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_en.htm, zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2020.

48 *Europäische Kommission*, COM(2017) 487 final.

49 EU ABl. L 79 I, 1; im Folgenden DirektinvestitionsVO.

50 Vgl. insofern auch einerseits *Weiß* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV Rn. 45 f. zur tradierten Abgrenzung zwischen Direkt- und Portfolioinvestitionen über das Kriterium des unternehmerischen Einflussgewinns und andererseits die Ausführungen unter Teil 4.B.I.1.b)1)(c)ii. zur De-

die DirektinvestitionsVO in Art. 2 Nr. 1 ausländische Direktinvestitionen als durch einen ausländischen Investor getätigte Investitionen jeder Art zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen dem ausländischen Investor und dem Unternehmer oder Unternehmen, für den bzw. das das Kapital zur fortgesetzten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem Mitgliedstaat bereitgestellt wird, einschließlich Investitionen, die eine effektive Beteiligung an der Verwaltung oder Kontrolle eines Unternehmens ermöglichen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Aus der Definition kann dabei abgelesen werden, dass Unternehmensakquisitionen nicht die einzigen Investitionsvorgänge sind, die unter den europarechtlichen Begriff der Direktinvestition fallen – der Begriff ist ganz i.S.d. ErwG 9 DirektinvestitionsVO weiter gefasst. So fallen nach der ebenfalls für die Auslegung des unionsrechtlichen Begriffs berücksichtigungsfähigen Richtlinie 88/361/EWG (Anhang I, Rubrik I der Nomenklatur) hierunter bspw. auch die Neugründung von Unternehmen oder langfristige Darlehen.⁵¹

Angesichts des Regelungszwecks richtet sich die DirektinvestitionsVO dagegen eindeutig nicht i.S.d. Aufforderungen von Mitgliedstaaten und Abgeordneten auf einen europaweiten Überprüfungsmechanismus auf Grundlage wirtschaftlicher Kriterien.⁵² Vielmehr setzt sie gerade an den sicherheitstechnischen Überprüfungsmechanismen an, für die in den Forderungen eine exklusive Verantwortung der Mitgliedstaaten beansprucht wurde: Die DirektinvestitionsVO schafft gem. Art. 1 Abs. 1 einen Rahmen für die Überprüfung drittstaatlicher Direktinvestitionen in der EU aus Gründen der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung und für einen Mechanismus der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission im Zusammenhang mit drittstaatlichen Direktinvestitionen, die die Sicherheit oder öffentliche Ordnung voraussichtlich beeinträchtigen.

Im Sinne der Forderung nach fortbestehender mitgliedstaatlicher Verantwortung in diesem Gebiet gibt die DirektinvestitionsVO in Art. 3 Abs. 1 jedoch auch vor, dass den Mitgliedstaaten weiterhin die Möglichkeit zur Schaffung, Änderung und Unterhaltung von Überprüfungsmechanis-

ckungsgleichheit der erforderlichen Einflussniveaus auf das in Frage stehende Unternehmen bei der Direktinvestition und einem niederlassungstechnischen Unternehmenserwerb.

51 Zur Heranziehung der Richtlinie 88/361/EWG zwecks Bestimmung des Direktinvestitionsbegriffs in den europäischen Verträgen Teil 3.B.I.1.b)1)(a).

52 Vgl. auch *de Kok*, EuLR 44 (2019), 24 (42 f.).

men für drittstaatliche Direktinvestitionen zum Schutz der Sicherheit und öffentlichen Ordnung verbleiben soll. Darauf folgen im selben Artikel einzelne – wenn auch weit gefasste – Vorgaben, die die mitgliedstaatlichen Überprüfungsmechanismen dabei erfüllen müssen. Hierzu gehört eine transparente Ausgestaltung, die Nichtdiskriminierung zwischen Drittstaaten, die Möglichkeit eines Rechtsschutzverfahrens und die Adressierung von Umgehungsfällen.

Art. 4 DirektinvestitionsVO schlägt wiederum unverbindlich Kriterien vor, die bei der Bestimmung der Sicherheitsrelevanz des Zielunternehmens und der Risikobelastung des Erwerbers berücksichtigt werden können. Art. 4 Abs. 1 DirektinvestitionsVO benennt Sektoren, deren Betroffenheit durch die Direktinvestition berücksichtigt werden können. Hierzu gehören bspw. Energie- und Wasserversorgung, Verkehr, Wahl- und Finanzinfrastruktur, Güter mit doppeltem Verwendungszweck, Nukleartechnologie, Nahrungsmittelsicherheit, personenbezogene Daten und Medien. Art. 4 Abs. 2 DirektinvestitionsVO schlägt weiterhin als berücksichtigungsfähige Fragestellungen vor, ob der drittstaatliche Investor direkt oder indirekt von einem Drittstaat kontrolliert wird, er bereits an sicherheitsbeeinträchtigenden Aktivitäten beteiligt war oder ein erhebliches Risiko für die Beteiligung des Investors an illegalen oder kriminellen Aktivitäten besteht.

Den Kern der Verordnung machen die Kooperationsmechanismen nach Art. 6 ff. DirektinvestitionsVO aus. Im Rahmen der dortigen Vorgaben geben die Mitgliedstaaten und die EU-Kommission in Bezug auf überprüfte und ungeprüfte drittstaatliche Direktinvestitionen in einem Mitgliedstaat sicherheitsbezogene Kommentare bzw. Stellungnahmen ab und fordern Informationen an und übermitteln sie. Der Zielmitgliedstaat muss Kommentare der anderen Mitgliedstaaten oder eine Stellungnahme der EU-Kommission nach Art. 6 Abs. 9, Art. 7 Abs. 7 DirektinvestitionsVO in angemessener Weise berücksichtigen. Sollte es jedoch um eine drittstaatliche Direktinvestition gehen, die voraussichtlich Projekte oder Programme von Unionsinteresse i.S.v. Art. 8 Abs. 3 DirektinvestitionsVO i.V.m. dem Anhang der DirektinvestitionsVO berührt, muss der Zielmitgliedstaat nach Art. 8 Abs. 2 lit. c DirektinvestitionsVO der Stellungnahme der Kommission umfassend Rechnung tragen und ein etwaiges der Stellungnahme entgegenlaufendes Verhalten erklären.

Daneben verlangt die DirektinvestitionsVO in Art. 5 von den Mitgliedstaaten eine jährliche Berichterstattung an die Kommission und gründet in Art. 12 eine dauerhafte Expertengruppe zur Beratung in diesem Themenfeld.

Insofern bezweckt die DirektinvestitionsVO neben der Förderung von Rechtssicherheit und Transparenz gerade auch eine Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Anwendung ihrer sicherheitsbezogenen Überprüfungsregime.⁵³ Eine Beteiligung an und Förderung von nationalen Investitionskontrollsystemen zum Schutz der Sicherheit und öffentlichen Ordnung stellt sich jedoch durchaus in Kontrast zur bisherigen Haltung der Kommission, die sehr auf Marktöffnung und den Grundsatz des freien Handels bedacht war.⁵⁴ Ordnet man dies in das Gesamtbild der bisherigen rechtspolitischen Entwicklung der EU ein, kann man zu dem Schluss kommen, dass sich die Union bei der Binnenmarktentwicklung in diesem Themenfeld einer neuen Phase zuwendet. In der ersten Phase galt es noch, die bestehenden Marktschranken zwischen den Mitgliedstaaten und darüber hinaus aufzubrechen, um unter dem Grundsatz des freien Handels einen gemeinsamen Binnenmarkt zu schaffen.⁵⁵ In der womöglich zweiten Phase wird der geschaffene europäische Binnenmarkt durch eine teilweise ‚Hochzonung‘ der noch bestehenden nationalen Beschränkungen auf die Unionsebene nach außen hin gefestigt und gewissermaßen abgegrenzt.⁵⁶

IV. Zielsetzung der Arbeit

Dennoch zeigt sich auch, dass der Eintritt in diese neue Phase eher zurückhaltend erfolgt. Die Kommission setzt auch in der DirektinvestitionsVO nur auf die Festlegung allgemeiner Prinzipien und die bloße zwischenstaatliche Koordination. Abgesehen von den sehr offenen und teils unverbindlichen Vorgaben der Art. 3, 4 DirektinvestitionsVO wurde jede wesentliche Maßnahme unterlassen, die zu einem unionsweit einheit-

53 Vgl. *Europäische Kommission*, COM(2017) 487 final, S. 2 f., 15.

54 Vgl. *de Kok*, EuLR 44 (2019), 24 (24, 35 f.).

55 *Röller/Véron*, *Revue d'économie financière* (English Edition), Special Issue 2009, 403 (403).

56 Siehe insofern auch zu der Aussage, dass der Binnenmarkt nur durch Offenheit nach innen und Einheitlichkeit nach außen verwirklicht werden kann, *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 207 AEUV Rn. 1a; *Weiß* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der EU*, Art. 207 AEUV Rn. 28; vgl. auch *Herrmann/Guilliard* in: *Krenzler/Herrmann/Niestedt*, *EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht*, XIII.130 Rn. 2: ‚Die Gemeinsame Handelspolitik als Kehrseite der Vollendung der Zollunion‘; *Clostermeyer*, *Staatliche Übernahmeabwehr*, S. 285, 287 ff. m.w.N.

lichen Investitionskontrollregime zum Schutz staatlicher Sicherheitsinteressen beitragen würde.⁵⁷

Dies ist insofern verwunderlich, als eine Rechtsharmonisierung auf europäischer Ebene die wohl nächstliegende Option ist, wenn es darum gehen soll, sicherheitsrelevante Unternehmensakquisitionen durch drittstaatliche Erwerber im Binnenmarkt effektiv zu überprüfen und ggf. zu beschränken. Der ausdrückliche, teilweise sogar kategorische Ausschluss dieser Option wirkt daher voreilig. Auch die EU-Kommission hat ausdrücklich auf eine tiefergehende Rechtsangleichung verzichtet – unter dem Hinweis auf die „unterschiedlichen Gegebenheiten innerhalb der Mitgliedstaaten“.⁵⁸ Letztendlich weist sie damit auch auf einen fehlenden politischen Willen zur Vereinheitlichung und damit Überwindung etwaiger Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Regelungssystemen und Interessenlagen hin. Eine Rechtsharmonisierung kann aber in jedem Fall nur dann ernsthaft diskutiert – und damit auch ernsthaft verworfen – werden, wenn die hierfür unerlässlichen Entscheidungsgrundlagen geschaffen sind und ausführlich behandelt wurden. Insofern fehlt der Diskussion noch eine umfassendere und tiefergehende Darstellung. Nur mit diesen Grundlagen ist eine ausreichende politische Willensbildung zur Entscheidung über diese Option möglich. Zu diesen Grundlagen gehören die allgemeine Sinnhaftigkeit einer Rechtsharmonisierung sowie die Rahmenbedingungen, die einerseits rechtstatsächlich durch den Status quo der Unternehmenserwerbskontrollen in den Mitgliedstaaten und andererseits durch das für EU und Mitgliedstaaten geltende höherrangige Recht gesetzt werden.

Ziel der Arbeit ist es daher, durch rechtspolitische und -ökonomische, rechtvergleichende, kompetenzielle sowie grundfreiheitliche und wirtschaftsvölkerrechtliche Untersuchungen einen Beitrag zur Schaffung solcher Grundlagen zu leisten und mit ihrer Hilfe Empfehlungen bzgl. eines unionseinheitlichen Prüfungsregimes für drittstaatliche Unternehmensakquisitionen zwecks staatlicher Sicherheitsinteressen auszusprechen.

57 Äußerst kritisch zum Fehlen strikt vereinheitlichender Vorgaben bspw. *Böni*, EWS 2020, 82; ebenfalls kritisch zumindest insoweit, als die Mitgliedstaaten nicht zur Einführung eines Überprüfungsmechanismus verpflichtet werden, *Brügge-mann*, DB 2019, 1131 (1136) und *Schmidt/Meckl*, BB 2020, 1218 (1221); siehe auch die Bemerkung von *de Kok*, EuLR 44 (2019), 24 (42).

58 *Europäische Kommission*, COM(2017) 487 final, S. 3, 10.

B. Untersuchungsgegenstand und Gang der Darstellung

I. Bestimmung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstands

Mit dieser Arbeit soll eine Einschätzung über ein weiterreichendes Handeln auf Unionsebene getroffen und damit gewissermaßen der von der EU mit der DirektinvestitionsVO eingeschlagene Weg weitergedacht werden.

Daher beschränkt sich die Arbeit wie auch die DirektinvestitionsVO auf das Rechtsinstrument der Überprüfungsmechanismen. Unter einem solchen Überprüfungsmechanismus sind nach Art. 2 Nr. 4 DirektinvestitionsVO Rechtsinstrumente zu verstehen, „mit denen die Bestimmungen, Bedingungen und Verfahren für die Prüfung, Untersuchung, Genehmigung, Knüpfung an Bedingungen, Untersagung oder Rückabwicklung ausländischer Direktinvestitionen [...] festgelegt werden“. Daraus folgend werden von dieser Art der Investitionskontrolle abweichende Instrumente nicht weiter berücksichtigt.⁵⁹

Angesichts des Überprüfungsgegenstands solcher Mechanismen ist zudem auf den auf Unionsebene verwendeten Begriff der Direktinvestition einzugehen. Mit Blick auf die vorgenannten Beispiele in den Mitgliedstaaten stehen die Direktinvestitionen in Form von Unternehmensakquisitionen eindeutig im Vordergrund. Der Begriff und gerade auch die DirektinvestitionsVO gem. ErwG 9 erfassen zwar noch andere Investitionsformen wie die Neugründung von Unternehmen oder langfristige Darlehen,⁶⁰ doch soll sich die Arbeit auf den Schwerpunkt des Problemfelds konzentrieren. Der hier diskutierte Überprüfungsmechanismus richtet sich daher auf Direktinvestitionen in Form des Erwerbs eines bereits bestehenden Unternehmens. Der Begriff der Direktinvestition ist dementsprechend nachfolgend grundsätzlich auch in diesem Sinne zu verstehen. In welcher Form wiederum diese Unternehmensakquisition stattfindet – bspw. durch Share oder Asset Deal –⁶¹ soll für den Untersuchungsgegenstand keine

59 Bspw. Lizenzsysteme für Unternehmen, die eine bestimmte Geschäftstätigkeit im Inland ausüben wollen, wenn diese Lizenzen nicht oder nur unter Sicherheitsprüfung an Unternehmen ausgegeben werden, die (zu einem gewissen Anteil) von Ausländern kontrolliert werden oder nachträglich infolge eines entsprechenden Erwerbs wieder eingezogen werden. Denn damit wird nicht an den Erwerbsvorgang selbst angeknüpft; vgl. die Ausführungen unter Teil 2.A.II. Genauso werden etwaige „goldene Aktien“-Systeme nicht weiter berücksichtigt.

60 Siehe bereits die Ausführungen zuvor unter A.III.

61 Siehe zum in dieser Arbeit angelegten Begriffsverständnis die Ausführungen unter Teil 2.A.IV.

Rolle spielen. Hinsichtlich des Akquisitionsniveaus wird der Begriff der Direktinvestition zwar als nicht ganz eindeutig angesehen,⁶² soll aber allgemein nur solche Unternehmenserwerbe erfassen, die von Investoren „zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen in Form einer tatsächlichen Beteiligung an der Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens“⁶³ getätigt werden – es kommt also letztendlich auf eine Möglichkeit zur Einflussnahme auf das Zielunternehmen an.⁶⁴ Unter Verwendung dieser Auffassung werden Kontrollen für bloße Portfolioinvestitionen⁶⁵ in Unternehmen grundsätzlich nicht weiter berücksichtigt. Entsprechend – und zwecks Gleichlaufs zum Direktinvestitionsbegriff – zielt auch der Begriff der Unternehmensakquisition grundsätzlich auf solche mit dem Niveau einer Direktinvestition ab. Insbesondere mit Blick auf die rechtvergleichenden, aber auch die kompetenziellen und grundfreiheitlichen Erwägungen soll der Begriff jedoch nicht exklusiv in diesem Sinne verwendet werden.

Gleichmaßen bezieht sich die DirektinvestitionsVO nur auf „ausländische“ Direktinvestitionen, worunter nach Art. 2 Nr. 1, 2 DirektinvestitionsVO nur Direktinvestitionen aus Drittstaaten zu verstehen sind. Dennoch

62 Vgl. *Cottier/Trinberg* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 207 AEUV Rn. 54; *Weiß* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 207 AEUV Rn. 46.

63 GA *Sharpston*, Schlussanträge im Gutachtenverfahren 2/15, ECLI:EU:C:2016:992 Rn. 322; dem (in Bezug auf Aktiengesellschaften) folgend EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376 Rn. 80; insofern übereinstimmend mit EuGH, Urteil vom 24. November 2016, Rs. C-464/14 (SECIL), ECLI:EU:C:2016:896 Rn. 75 f.; Urteil vom 20. Mai 2008, Rs. C-194/06 (Orange European Smallcap Fund), ECLI:EU:C:2008:289 Rn. 100 ff.; Urteil vom 24. Mai 2007, Rs. C-157/05 (Holböck), ECLI:EU:C:2007:297 Rn. 34 f.; Urteil vom 12. Dezember 2006, Rs. C-446/04 (Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2006:774 Rn. 180 ff., 196; vgl. auch *Bröhmer* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rn. 6; *Hindelang* in: Reinisch/Knahr, international investment law in context, 43 (47); *Ress/Ukrow* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 64 AEUV Rn. 11 f.; *Sedlacek/Züger* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rn. 14; *Wölker*, 24 ICSID Review 434, 442 (2009); vergleichbare Definition des IWF in *Internationaler Währungsfonds*, Balance of Payments Manual, Nr. 359.

64 *Europäische Kommission*, KOM(2010) 343 endg. S. 9; *Hahn* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 207 AEUV Rn. 23 ff., 81 ff.; *Nettesheim* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 207 AEUV Rn. 21; *Hindelang/Maydell* in: Bungenberg/Griebel/Hindelang, Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 11 (17, 75 ff.); *Herrmann*, EuZW 2010, 207; *Griebel*, RIW 2009, 473.

65 *Cottier/Trinberg* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 207 AEUV Rn. 59; *Wiking Häger/Dackö*, EU FDI Screening – Legal Considerations, S. 8.

ist die Differenzierung zwischen grenzüberschreitenden Investitionen innerhalb der EU und solchen aus einem Drittstaat für wesentliche Punkte der Arbeit wie die Frage nach der rechtspolitischen Sinnhaftigkeit, die europäische Kompetenz als auch rechtsvergleichende Aspekte durchaus relevant. Folglich wird der Untersuchungsgegenstand zunächst nicht durch das Kriterium der Drittstaatlichkeit eingegrenzt.

Angesichts des Überprüfungszwecks bezieht sich die Direktinvestitions-VO gem. Art. 1 Abs. 1 auf Gründe der Sicherheit und öffentlichen Ordnung. Auch die vorliegende Arbeit wird sich auf Akquisitionskontrollen aus sicherheitstechnischen Gründen beschränken. Maßgeblich wird dabei insbesondere der europarechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit.⁶⁶ Genauso sind aber auch andere Begriffe relevant, wie z.B. der der wesentlichen Sicherheitsinteressen⁶⁷ oder der nationalen Sicherheit⁶⁸. Diese und andere Begriffe sind themen- wie auch sinnverwandt, müssen jedoch nicht gleichbedeutend sein. In der nachfolgenden Untersuchung werden sie zunächst unter dem Begriff der ‚Kerninteressen öffentlicher Sicherheit‘ zusammengefasst und an den maßgeblichen Stellen in der Arbeit aufgliedert.⁶⁹

Andere Arten von Überprüfungsmechanismen – wie die von den Mitgliedstaaten und EU-Parlamentsabgeordneten gegenüber der Kommission geforderte Investitionskontrolle auf Grundlage wirtschaftlicher Prüfungskriterien – werden wiederum nicht weiter untersucht.

II. Gang der Darstellung

Entsprechend der Zielsetzung dieser Arbeit sind die nachfolgenden Untersuchungen in vier Teile gegliedert.

Zur Beantwortung der Frage, ob es überhaupt eine unionsweite Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Überprüfungsmechanismen für drittstaatliche Direktinvestitionen zum Schutz der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit geben sollte, sind zunächst rechtspolitische und -ökonomische Überlegungen voranzustellen. Zur Strukturierung der Diskussion werden

66 Siehe insofern insbesondere die Ausführungen unter Teil 4.B.IV.1.

67 Vgl. z.B. § 60 Abs. 1 S. 1 AWV DE i.V.m. § 5 Abs. 3 AWG DE; siehe dazu die Ausführungen unter Teil 2.B.II.

68 Vgl. z.B. Art. 47 Abs. 9 WettbewerbsG RO; siehe dazu die Ausführungen unter Teil 2.B.XII.

69 Vgl. insofern auch die Ausführungen unter Teil 1.B.II.1.

die Überlegungen abgeschichtet auf die Sinnhaftigkeit einer Investitionskontrolle im Allgemeinen, einer generellen ‚Hochzonung‘ der Thematik auf die Unionsebene und abschließend einer ‚Hochzonung‘ in Form der Vereinheitlichung.

Daraufhin wird in einem Rechtsvergleich der Status quo der mitgliedstaatlichen Investitionskontrollsysteme dargestellt. Hierdurch soll zum einen die Frage geklärt werden, ob die mitgliedstaatlichen Prüfungsregime tatsächlich, wie die EU-Kommission andeutet,⁷⁰ derart weit auseinander liegen, dass keine Vereinheitlichung oder Angleichung sinnvoller Weise erzielt werden kann. Dabei können gerade auch die aktuellen Umsetzungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten angesichts der (teilweise unverbindlichen) Gestaltungsvorgaben der DirektinvestitionsVO für einen Rückschluss herangezogen werden. Zum anderen können aus dem Vergleich Gestaltungsvarianten für einen etwaigen Unionsakt zur Rechtsharmonisierung abgeleitet werden.

Im Anschluss daran ist zu klären, ob die Europäische Union ausreichende Verbandskompetenzen für eine solche Harmonisierung und damit Vorgabe eines entsprechenden Überprüfungsmechanismus für drittstaatliche Direktinvestitionen zum Schutz der Kerninteressen der öffentlichen Sicherheit hat. Insbesondere können hieraus auch Schlussfolgerungen für die mögliche Reichweite einer solchen Harmonisierungsmaßnahme gezogen werden.

Zuletzt erfolgen Ausführungen zur Vereinbarkeit eines solchen Unionsakts und den daraus resultierenden mitgliedstaatlichen Überprüfungsmechanismen mit höherrangigem Recht. Dies betrifft zum einen die Grundfreiheiten – namentlich die Kapitalverkehrs- und die Niederlassungsfreiheit – sowie zum anderen Verpflichtungen, die die EU und die Mitgliedstaaten im Rahmen wirtschaftsvölkerrechtlicher Verträge eingegangen sind. Auch aus dieser Untersuchung können Vorgaben für die Ausgestaltung des Unionsakts und damit der zugehörigen mitgliedstaatlichen Überprüfungsmechanismen abgeleitet werden.

Die Ergebnisse werden sodann in einem Fazit fruchtbar gemacht. Die Rückschlüsse der vorangegangenen Untersuchungen auf die mögliche Ausgestaltung des Unionsakts und der von ihm vorzugebenden Überprüfungsmechanismus werden an dieser Stelle zusammengeführt. Daraus folgt eine Empfehlung, in der einerseits die Frage beantwortet wird, ob überhaupt eine Rechtsharmonisierung auf diesem Gebiet derzeit erfolgen kann und auch sollte, und andererseits, wie diese auszugestalten ist.

70 Siehe A.IV.

Teil 1: Rechtspolitische und rechtsökonomische Erwägungen

A. Einführung und Vorbemerkungen

In diesem Kapitel wird die Frage behandelt, ob es überhaupt allgemein erstrebenswert ist, ein unionseinheitliches oder zumindest angeglichenes Überprüfungssystem für grenzüberschreitende Unternehmensakquisitionen zum Schutz der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit einzuführen. Diese Frage wird aus dem Blickwinkel der Rechtspolitik und der ökonomischen Analyse des Rechts betrachtet. Zum Verständnis beider Begriffe sind einige kurze Erläuterungen zu treffen.

I. Zum Begriff der Rechtspolitik

Der Gegenstand der Rechtspolitik als Wissenschaft ist die Prognose möglichen künftigen Rechts – letztendlich mit dem Ziel, rechtliche Gestaltungsvorschläge zu unterbreiten.⁷¹ Damit umschreibt der Begriff das künftige Recht als Betrachtungsgegenstand, der vom Gegenstand der rechtshistorischen, -soziologischen oder auch -vergleichenden Betrachtung abzugrenzen ist.⁷² Es soll eine Untersuchung im Sinne einer Bemessung der Werthaltigkeit eines bestimmten (künftigen) Rechtsakts stattfinden. Zu ermitteln ist, ob er einen erstrebenswerten Mehrwert darstellen würde oder nicht. Dementsprechend soll es auch im Folgenden darum gehen, die hintergründigen Vor- und Nachteile von Investitionskontrollmechanismen als solchen und in der Gestalt eines unionseinheitlichen oder unionsweit angeglichenen Überprüfungssystems aufzuzeigen und gegeneinander abzuwägen.

71 Vgl. *Kluth*, ZRP 2017, 194; *Liebl* in: Lange, Wörterbuch zur Inneren Sicherheit, S. 270; *Weidenkaff* in: Creifelds, Rechtswörterbuch, Rechtsdogmatik.

72 Vgl. die Kurzbeschreibungen bei *Weidenkaff* in: Creifelds, Rechtswörterbuch, Rechtswissenschaft.

II. Zur Rechtsökonomie

Eine Herangehensweise zur Ermittlung der Vor- und Nachteile einer künftigen Rechtsnorm bildet die ökonomische Analyse des Rechts. Sie stellt eine analytische Methode im Rahmen rechtspolitischer Erwägungen dar.⁷³ Indem sie methodische Grundsätze und Modelle der Ökonomie aufgreift und auf das Rechtssystem anwendet, kann sie prognostisch die Vor- und Nachteilhaftigkeit einer Umstandsänderung durch eine Norm und damit ihren Mehrwert feststellen.⁷⁴ Dabei sollte deutlich gemacht werden, dass der Begriff der ökonomischen Analyse nicht mit einem rein ‚wirtschaftlichen‘ Untersuchungsgegenstand gleichgesetzt werden darf. Es geht ihr nicht ausschließlich darum, eine Bewertung aus der Sicht des Marktes vorzunehmen, mit anderen Worten, allein marktwirtschaftliche Gründe herauszuarbeiten, sondern begreift sich selbst als umfassende Sozialwissenschaft.⁷⁵ Sie bedient sich eher allgemeiner Nutzentheorien und Verhaltensmodelle, die insofern auch nicht strikt marktwirtschaftliche Vorgänge untersuchen können.⁷⁶

Die nachfolgenden Untersuchungen enthalten dabei sowohl mikro- als auch makroökonomische Überlegungen. Es werden sowohl der einzelne Akquisitionsvorgang, die aus ihm im Einzelnen resultierenden Gefahren und die Wechselwirkungen mit einer Investitionskontrolle betrachtet als auch teilweise auf die Bedeutung für die gesamtwirtschaftlichen Systeme eingegangen.

73 Vgl. *Gelter/Grechenig*, JRP 2007, 30; anders *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, Rn. 8, der die normativ ökonomische Theorie des Rechts als der „Rechtspolitik und Rechtsphilosophie nahe“ bezeichnet und dabei eine kategorische Gleichsetzung suggeriert. Dem ist entgegenzuhalten, dass Rechtspolitik und Rechtsphilosophie vielmehr Begriffe zur Umschreibung von Erkenntniszielen sind, während die Rechtsökonomie im hier angelegten Verständnis eine Methode ist, mit der diese Ziele erreicht werden können.

74 Vgl. *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, Rn. 8.

75 Vgl. *Hirshleifer*, 75 *American Economic Review* No. 6, 53 (1985); *Kirchgässner* in: *Boettcher/Herder-Dorneich/Schenk*, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie Bd. 7, 128 (128, 132); *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts, S. 7, 11 f.; *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, Rn. 328.

76 Vgl. *Kirchgässner* in: *Boettcher/Herder-Dorneich/Schenk*, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie Bd. 7, 128 (132); *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts, S. 7, 11; *Kraupa-Tuskany*, Verhaltenspflichten des Vorstands des Zielunternehmens während öffentlicher Übernahmeverfahren, S. 22; *Noll*, Rechtsökonomie, S. 13 f.

III. Gang der Darstellung

Um die Untersuchungen sinnvoll thematisch zu strukturieren, werden sie im Folgenden auf Fragestellungen abgeschichtet, die sich vom Allgemeinen hin zur eigentlichen Fragestellung aufgliedern. Zunächst erfolgen Ausführungen zur Sinnhaftigkeit eines Überprüfungsmechanismus für grenzüberschreitende Direktinvestitionen zum Schutz der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit im Allgemeinen. Im Anschluss daran stellt sich die Zwischenfrage nach der Sinnhaftigkeit der ‚Hochzonung‘ dieser Regelungsthematik auf die Unionsebene. Zuletzt wird dann auf die Frage eingegangen, ob eine Hochzonung dann in Form einer rechtsvereinheitlichenden oder -angleichenden Maßnahme der EU erfolgen sollte.

B. Sinnhaftigkeit von Überprüfungssystemen für grenzüberschreitende Direktinvestitionen zum Schutz der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit

I. Vorbemerkungen

1. Notwendigkeit der Behandlung dieser (Vor-)Frage

Eine unionsrechtliche Vereinheitlichung oder Angleichung, mit der innerhalb der gesamten EU ein gleichförmiges Investitionskontrollregime eingeführt werden soll, setzt zwingendermaßen nicht nur die Bereitstellung eines standardisierten Mechanismus, sondern auch die verpflichtende Implementierung durch jeden Mitgliedstaat voraus. Bisher haben jedoch nur 14 EU-Mitgliedstaaten ein Überprüfungssystem eingeführt.⁷⁷ Es erscheint also doch so, dass bisher lediglich ein Teil der EU-Mitgliedstaaten von der allgemeinen Idee einer solchen Investitionskontrolle überzeugt ist. Dies mag sogar für viele bereits der entscheidende Punkt sein, der einem unionseinheitlichen Überprüfungssystem im Wege steht. Unabhängig davon ist die positive Beantwortung dieser Frage im Allgemeinen eine notwendige Voraussetzung für das rechtspolitische Argument zugunsten eines unionseinheitlichen Überprüfungssystems. Dementsprechend muss zwingend auch hierzu eine tiefergehende Auseinandersetzung erfolgen.

⁷⁷ Vgl. das Verzeichnis der EU-Kommission nach Art. 3 Abs. 8 Direktinvestitions-VO; abrufbar unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf; zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2020.

2. Gliederung

Zunächst sollen entsprechende Einzelaspekte der Fragestellung vorweggenommen werden. Dazu erfolgen zu Beginn Ausführungen zum Regelungsmotiv der Investitionskontrolle – den Kerninteressen öffentlicher Sicherheit – und den wirtschaftshemmenden Auswirkungen solcher Überprüfungsmechanismen. Im Anschluss daran werden Regelungsmotiv und Auswirkungen in Beziehung zueinander gebracht. Einerseits geschieht dies in der Auseinandersetzung mit dem Vorwurf des Protektionismus und zum anderen mit Blick darauf, ob im Fall der Marktregulierung zum Schutz der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit diese sich zwingend im Verhältnis eines Zielkonflikts mit dem Interesse an einem ungestörten Handels- und Wirtschaftsverkehr wiederfinden. Darauf folgt eine Untersuchung mittels ökonomischer Methoden.

II. Der Regelungszweck der Kerninteressen öffentlicher Sicherheit

1. Das rechtspolitische Schutzgut im Allgemeinen

Die hier in Frage stehenden Investitionskontrollregime gründen sich auf Sicherheitsbedenken derjenigen Staaten, in deren Unternehmen investiert werden soll. Diese Sicherheitsbedenken schließen jedoch nicht jegliches (auch nur geringfügige) Sicherheitsinteresse ein. Es geht bspw. um die Erhaltung eines stabilen ungestörten Funktionierens der Gesellschaft und des Staates –⁷⁸ also den Kern der staatlichen Sicherheitsgewährleistung; die Frage der Sicherheit in ihrer intensivsten Form. Für die nachfolgende Untersuchung soll das Schutzgut die Wahrung der militärischen Interessen, die Funktionalität des Staats, seiner Einrichtungen sowie seiner auswärtigen Beziehungen, die gesicherte Grundversorgung, den Bestand der Gesellschaft und die Stabilität und Souveränität der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung umfassen.⁷⁹ Dieses wird zunächst unter dem

⁷⁸ Vgl. *Deutsche Bundesregierung*, BT-Drucks. 16/10730, S. 11.

⁷⁹ Diese Umschreibung wird insgesamt für den Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit i.S.v. Art. 52 Abs. 1, Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV herangezogen; vgl. hierzu die nähere Erläuterung unter Teil 4.B.IV.1.d)1). Insofern lehnen sich die Sicherheitsbegriffe, die in den mitgliedstaatlichen Überprüfungsmechanismen anzutreffen sind, insbesondere an diesen oder den Begriff der wesentlichen Sicherheitsinteressen i.S.v. Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV an; vgl. dazu die Darstellung unter Teil 2.C.III.1. Dabei stellen auch die wesentlichen Sicherheitsinteressen

Überbegriff der ‚Kerninteressen öffentlicher Sicherheit‘ zusammengefasst. An den notwendigen Stellen dieser Arbeit erfolgt wiederum dessen Aufgliederung entlang der juristisch maßgeblichen Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, der wesentlichen Sicherheitsinteressen sowie weiterer etwaiger nationaler Sicherheitsbegriffe.

Ohne Weiteres ist dabei erkennbar, welche existenzielle Bedeutung diese Aufgabe für einen Staat einnimmt. Es wird bereits für die Aufgabe der Sicherheitsgewährleistung im Allgemeinen festgestellt, dass ein Staat als das zweckmäßige Organisationsmodell, das er ist,⁸⁰ nur dann Entdifferenzierungsprozesse in der Bevölkerung vermeiden und seinen Herrschaftsanspruch weiterhin behaupten kann, wenn er seine Sicherheitsaufgaben erfolgreich erfüllt und so für gesellschaftliche Normalität, Stabilität und berechenbare Lebensverhältnisse sorgt.⁸¹ Die Frage der Sicherheit ist damit für den Staat selbst im Grunde eine Frage seiner Existenzberechtigung. Diese Erkenntnis lässt sich mit Blick auf die Geschichte untermauern: Die existenzrechtfertigende Anforderung an einen Staat zur Sicherheitsgewährleistung reicht im Prinzip⁸² bis in die Antike zurück und kann in jedem Zeitalter als solche wiedergefunden werden – die Sicherheitsgewährleistung ist somit eine der „ältesten, primären und bleibenden Aufgaben der

einen besonders sicherheitsintensiven Teilbereich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dar, der thematisch auch die zuvor umschriebenen Aspekte adressiert, soweit dabei der Verteidigungssektor betroffen ist; vgl. die Darstellung unter Teil 3.C.II.2.a)2). Insofern umschreibt die vorgenannte Zusammenfassung das hier relevante rechtspolitische Schutzgut am besten.

80 Vgl. *Badura*, Staatsrecht, Rn. 1 f.; *Hobbes*, *Leviathan*, Kap. 17; zum Verständnis von Hobbes *Böckenförde*, *Der säkularisierte Staat*, S. 61 f.; *Isensee*, JZ 1999, 265 (270); *Kirchhof*, DVBl. 1999, 637 (639); vgl. auch *Depenheuer* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 87a Rn. 1; *Kuhn*, ZfP 1967, 229; *Schuppert*, *Staat als Prozess*, S. 15 f.

81 *Depenheuer* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 87a Rn. 1 ff.; *ders.*, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, S. 7 f.; *Isensee*, JZ 1999, 265 (270 f.); *Kirchhof*, DVBl. 1999, 637 (639).

82 Im Sinne des abstrakten Gedankens der Sorge für das Gemeinwohl und die Sicherheit der Mitglieder eines Gemeinwesens; vgl. *Sommermann*, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, S. 3, 14.