

Valentin Günther

Der Vorschlag der
Europäischen Kommission
für eine Verordnung
zur Schaffung eines
Rahmens für die
Überprüfung ausländischer
Direktinvestitionen in der
Europäischen Union

Heft 157

August 2018

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union

Investitionskontrolle in der Union vor dem Hintergrund
kompetenzrechtlicher Fragen

Von

Valentin Günther

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Dipl. -Jur. Valentin Günther, LL.M.oec., ist Absolvent des postgraduellen Studiengangs Master of Business Law and Economic Law am Institut für Wirtschaftsrecht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und derzeit wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Frankfurt am Main.

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Christoph Kumpan (Hrsg), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 157

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368 (print)
ISSN 1868-1778 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-965-6. (print)
ISBN 978-3-86829-966-3. (elektr.)

Schutzgebühr Euro 5



Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

<http://institut.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/de/node/23>
<http://telc.jura.uni-halle.de/de/node/23>

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle (Saale)
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180
Fax: 0345-55-27201
E-Mail: ecohal@jura.uni-halle.de

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Einleitung	5
I.	Politischer und ökonomischer Hintergrund des Vorschlages	5
II.	Vorüberlegungen und Methodik.....	6
B.	Prinzip des FDI-Screenings am Beispiel Deutschlands	7
I.	Grundlagen und Funktionsweise von FDI-Screening	7
II.	Funktionsweise am Beispiel des deutschen Außenwirtschaftsgesetzes / der Außenwirtschaftsverordnung.....	8
1.	Grundsätze des deutschen Mechanismus	8
2.	Die Änderungen der AWV	9
3.	Zwischenfazit zu den Änderungen der AWV	10
4.	Fazit zum FDI-Screening in Deutschland.....	10
C.	Der KOM-Vorschlag.....	11
I.	Begründung für VO	12
II.	Kohärenz mit der Politik der Union in anderen Bereichen	12
III.	Rechtsgrundlage	13
IV.	Die Regelungen des KOM-Vorschlages im Einzelnen	13
1.	Gegenstand und Anwendungsbereich	13
2.	Entscheidungsbefugnis und Entscheidungskriterien	13
a)	Entscheidungsbefugnis der MS.....	13
b)	Entscheidungskriterien	14
(1)	Allgemeine Kriterien.....	14
(2)	Ausländischer Investor unter Kontrolle der Regierung eines Drittlandes.....	14
(3)	Verzicht auf Reziprozitätstest	15
3.	Kooperationsmechanismus und Screening durch die KOM.....	15
a)	Kooperationsmechanismus	15
b)	Screening durch die KOM.....	16
c)	Notifizierung	16
4.	Verfahren und zeitlicher Ablauf des FDI-Screenings	17
V.	Fazit zum KOM-Vorschlag	17
D.	Die Kompetenzzuordnung für FDI-Screenings	18
I.	Das kompetenzrechtliche Problem	18
1.	Zwei Normen für FDI	18
2.	Bedeutung der Kompetenzzuordnung	19
II.	Präzisierung des horizontalen Kompetenzkonfliktes: Art. 64 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV.....	20
III.	Die kompetenzrechtliche Zuordnung von FDI-Screening	21
1.	(Teilweiser) Vorrang der Vorschriften über die gemeinsame Handelspolitik.....	21
a)	Vorrang von Art. 207 Abs. 1 AEUV bei Maßnahmen der vertraglichen Handelspolitik.....	21
b)	Vorrang von Art. 207 Abs. 1 AEUV bei autonomen Maßnahmen in Bezug auf FDI fraglich.....	21
2.	Rechtsgrundlage für die Implementierung von FDI-Screening	22

a)	Ansichten von offizieller Seite.....	22
b)	Position 1 – Art. 207 Abs. 1 AEUV als einschlägige Kompetenznorm für FDI-Screening.....	23
c)	Position 2 – Anwendbarkeit der Rechtfertigung nach Art. 65 Abs 1 lit. b AEUV auch für Art. 207 Abs. 1 AEUV	24
	(1) Art. 65 Abs 1 lit. b AEUV als Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit.....	25
	(2) Bedeutung von Art. 207 Abs. 6 AEUV	25
	(3) Zwischenfazit.....	26
d)	Position 3 – Art. 64 Abs. 3 als einschlägige Kompetenznorm für FDI-Screening	26
	(1) Untauglichkeit der Argumente zum Vorrang von Art. 207 Abs. 1 AEUV bei autonomen Maßnahmen.....	27
	(2) Passendere Rechtsfolgen von Art. 64 Abs. 3 AEUV	28
	(3) Erkenntnisse aus dem Singapur-Gutachten.....	28
	(4) Verfassungsrechtliche Grenzen der Unionskompetenz.....	30
e)	Streitentscheid: Dennoch Art. 207 Abs. 1 AEUV als Kompetenzgrundlage für FDI-Screening.....	30
	(1) „Einheitliche Grundsätze“ erfordern ausschließliche Kompetenz nach Art. 207 Abs. 1 AEUV	31
	(2) Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung von Kapital- und Niederlassungsfreiheit.....	32
	(a) Bedeutung der Definition „ausländische Direktinvestitionen“ in Bezug auf Art. 2 Nr. 1 des KOM-Vorschlages.....	32
	(b) Kritik an der Rechtsprechung des EuGH	33
	3. Rückermächtigung der Union an MS.....	34
E.	Fazit und Ausblick	34
	Schrifttum	37

A. Einleitung

I. Politischer und ökonomischer Hintergrund des Vorschlages

In der Bevölkerung und zunehmend auch unter Politikern wächst die Skepsis gegenüber ausländischen Direktinvestitionen (Foreign Direct Investment, FDI).¹ Dies zeigte sich in der jüngeren Vergangenheit² in der Diskussion um Investitionen durch chinesische Unternehmen³ im Zusammenhang mit den Unternehmen *KUKA*, *Aixtron* oder *OSRAM Licht*, die in der deutschen und europäischen Öffentlichkeit viel Beachtung fanden.⁴

Um die (mutmaßlichen oder tatsächlichen) Gefahren solcher aus dem Ausland stammenden Investitionen abzumildern, haben zahlreiche Staaten Investitionskontrollverfahren (Foreign Direct Investment Screenings, kurz: FDI-Screenings) implementiert.⁵ Dazu zählen auch 12 Mitgliedstaaten (MS) der Europäischen Union (EU).⁶ Innerhalb der Union gibt es jedoch keinen zentralen oder einheitlichen Mechanismus. Eine Investitionskontrolle zeichnet sich in der Regel dadurch aus, dass Investitionen in bestimmte Branchen oder Sektoren generell verboten sind oder eine nationale Behörde ein Prüfverfahren durchführt, an dessen Ende eine Genehmigung der Investition ebenso stehen kann, wie dessen Versagung oder eine Erteilung von Auflagen.⁷

Am 13. September 2017 hat die EU-Kommission (KOM) einen Vorschlag für eine Verordnung (VO) zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union unterbreitet (KOM-Vorschlag).⁸ Dieser Vorschlag folgt auf eine Reihe von Ereignissen, bei denen es schwerfällt, einen Anfangspunkt zu

¹ *Gabriel*, Foulspiel von Handelspartnern nicht mehr dulden, WELT Online vom 30. Oktober 2016, erhältlich im Internet: <<https://www.welt.de/debatte/kommentare/article159141615/Foulspiel-von-Handelspartnern-nicht-mehr-dulden.html>> (besucht am 29. Dezember 2017).

² Bereits im Jahr 2011 wurden Rufe nach einem dem amerikanischen CFIUS System ähnelnden Mechanismus laut, *Grieger*, Briefing: Foreign direct investment screening, A debate in light of China EU FDI flows, 11.

³ Auch Unternehmen aus anderen Ländern wie zB aus Indien, finden zunehmend Interesse an Investitionen in europäischen Unternehmen, vgl *Nair/Frauentorfer/Mühleck/Elias/Mohan*, Indische Investitionen in Deutschland, Perspektiven für einen gemeinsamen Wohlstand.

⁴ Chinese investment in EU d flow the other way, Financial Times Online vom 11. Januar 2017, erhältlich im Internet: <<https://www.ft.com/content/79e3a2b2-d6f7-11e6-944b-e7eb37a6aa8e>> (besucht am 27. Dezember 2017).

⁵ Für eine illustrative Übersicht der im Jahr 2016 wegen Bedenken in Bezug auf die nationale Sicherheit gescheiterte Investitionen, vgl *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), World Investment Report 2017, 105.

⁶ Innerhalb der EU sind dies Deutschland, Frankreich, Dänemark, Spanien, Italien, Lettland, Litauen, Österreich, Polen, Portugal, Finnland und Großbritannien, vgl *Grieger*, Briefing: EU framework for FDI-Screening, January 2018, 3.

⁷ Vgl *Wehrlé/Pohl*, Investment Policies Related to National Security, A Survey of Country Practices.

⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union vom 13. September 2017, COM(2017) 487 final, 2017/0224(COD), erhältlich im Internet: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-487-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF>> (besucht am 31. Juli 2018).

erkennen.⁹ Noch aus dem Jahr 2008 ist eine Debatte zu Übernahmen durch ausländische Staatsfonds¹⁰ bekannt.¹¹ Seit Beginn des Jahres 2017 lassen sich ein Brief von drei europäischen Wirtschaftsministern an die EU-Kommissarin für Handel *Malmström*¹² ebenso finden wie ein Aufruf von zehn Mitgliedern des europäischen Parlaments (MdEP)¹³. In beiden Dokumenten wird die KOM aufgefordert, Maßnahmen vorzuschlagen, die eine Investitionskontrolle im gesamten EU-Wirtschaftsraum ermöglichen bzw erleichtern oder koordinieren. Bei einem Treffen der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten (MS) am 22./23. Juni 2017 zeichnete sich noch ab, dass der vor allem von Frankreich ausgehende Vorstoß für eine schärfere Investitionskontrolle keine Mehrheit finden würde.¹⁴ Es wurde in dem Abschlussbericht folgende Formulierung gewählt: „[the European Council] welcomes the Commission's initiative to harness globalisation [...] while fully respecting Members States' competences.“¹⁵ Dass nur drei Monate später bereits seitens der KOM ein ausgearbeiteter Vorschlag für eine VO unterbreitet wurde, deutet darauf hin, dass innerhalb der KOM auch unabhängig von den Bestrebungen der MS über einen Mechanismus zur Investitionskontrolle nachgedacht wurde. Aufgrund der Aktualität und der potentiellen Umsetzung in eine VO ist es geboten, den KOM-Vorschlag aus einer juristischen Perspektive zu untersuchen.

II. Vorüberlegungen und Methodik

Es ist nicht das Anliegen dieses Beitrags, eine wirtschaftliche oder politische Argumentation zu bemühen, um Investitionskontrollmaßnahmen zu befürworten oder abzulehnen. Vielmehr soll die häufig politisch überlagerte Diskussion auf ein tragfähiges juristisches Fundament gestellt werden. Dazu sollen in einem ersten Schritt die grundlegenden Prinzipien und Funktionsweisen eines FDI-Screenings aufgezeigt werden.

⁹ Konkret wurde die Überlegung innerhalb der KOM spätestens im Juli 2016 als in einem Strategiepapier „a more coordinated approach or even a common European review mechanism“ vorgeschlagen wurde, *European Political Strategy Centre, Engaging China at a Time of Transition, Capitalising on a New Era of Chinese Global Investment and Foreign Policy Initiatives*.

¹⁰ Staatsfonds können als „Anlageinstrumente in staatlichem Besitz (...), die ein breit gestreutes Portfolio in- und ausländischer Finanzwerte verwalten“ definiert werden, vgl Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 27. Februar 2008 - Ein gemeinsames europäisches Vorgehen gegenüber Staatsfonds vom 27. Februar 2008, COM/2008/0115 final, 2; vgl *Bassan*, EBLR 21 (2010), 165.

¹¹ Vgl zur damaligen Diskussion uA: *Müller-Ibold*, in: Herrmann/Terhechte (Hrsg), EYIEL 2010, 103; *Tietje*, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutz vor „Staatsfonds“; *Bayer/Ohler*, ZG 2008, 12; *Weller*, ZIP 2008, 857.

¹² *Wirtschaftsminister der Länder Frankreich, Deutschland und Italien*, Schreiben an EU-Handelskommissarin Cecilia Malmström, Berlin, Februar 2017.

¹³ *MdEP Weber, Caspary, Saifi, Winkler, Cicu, Proust, Quisthoudt-Rowohl, Reding, Schwab, Szejnfeld*, Proposal for a Union Act on the Screening of Foreign Investment in Strategic Sectors, 20. März 2017, B[8 - 0000 /201 7].

¹⁴ *Zalan*, Macron's investment screening idea watered down by leaders, euobserver vom 23. Juni 2017.

¹⁵ *Europäischer Rat*, European Council Conclusions, 22-23/06/2017, 8, erhältlich im Internet: <<http://www.consilium.europa.eu/media/23985/22-23-euco-final-conclusions.pdf>> (besucht am 29. Dezember 2017).

Dies geschieht, ungeachtet der Uneinheitlichkeit nationaler FDI-Screening-Mechanismen, am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland. Zum einen kann daran die Struktur eines Screening-Mechanismus gut nachvollzogen werden. Zum anderen sind deutsche Unternehmen bei ausländischen Investoren sehr beliebt,¹⁶ sodass die Debatte um die Zulässigkeit von Übernahmen gerade hier häufig und intensiv geführt wurde (B.).¹⁷ Daraufhin erfolgt eine knappe zusammenfassende Darstellung des KOM-Vorschlages einschließlich einer Bewertung desselben (C.). Schließlich wird die kompetenzrechtliche Problematik bezüglich FDI-Screenings innerhalb der Union beleuchtet (D.). Es ist der Frage nachzugehen, welcher Kompetenztitel des Unionsrechts für FDI-Screenings heranzuziehen ist und welche Konsequenzen sich daraus für derzeit existierende mitgliedstaatliche FDI-Screening-Mechanismen ergeben.

B. Prinzip des FDI-Screenings am Beispiel Deutschlands

I. Grundlagen und Funktionsweise von FDI-Screening

Der Begriff FDI-Screening beschreibt einen Überprüfungsmechanismus zur Investitionskontrolle. Die Bandbreite dieser Überprüfungsmechanismen¹⁸ verhindert eine allgemeine Definition.¹⁹ Da nationale Sicherheitskonzepte stark variieren, schwankt auch der Umfang der Investitionskontrolle zwischen den Staaten.²⁰ Im Wesentlichen existieren drei Modelle der Investitionskontrolle: (i) teilweise oder totale Verbote von FDI in spezifischen Sektoren, (ii) eine vorherige behördliche Überprüfung aller Investitionen, die gesetzliche Kriterien erfüllen oder (iii) eine individuelle Prüfung von potentiell problematischen Transaktionen, die zuvor von einer Behörde identifiziert werden.²¹ Allen Überprüfungsmechanismen ist gemein, dass als Kriterium für die Zulassung einer Investition entscheidend ist, ob die nationale Sicherheit bzw die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet erscheinen.

¹⁶ Diese Beliebtheit kann auf den ausgeprägten Maschinenbau- und Technologiesektor ebenso zurückgeführt werden, wie auf die wirtschaftliche Potenz der jeweiligen Unternehmen, *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 8/2017 Anm. 1 2017, 1.

¹⁷ Vgl: *Hasselbach/Peters*, BB 2017, 1347 (1348 ff.).

¹⁸ In Art. 2 Nr. 4 des KOM-Vorschlages wird der Überprüfungsmechanismus beschrieben als „ein allgemein geltendes Rechtsinstrument, beispielsweise ein Gesetz oder eine Regelung, und die damit zusammenhängenden verwaltungstechnischen Anforderungen, Durchführungsvorschriften oder -anleitungen, in dessen Rahmen die Bestimmungen, Bedingungen und Verfahren für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung festgelegt werden“.

¹⁹ Übersichtliche ausführliche Darstellung zu nationalen Instrumenten zur Investitionskontrolle zu finden in: *Wehrlé/Pohl*, Investment Policies Related to National Security, A Survey of Country Practices.

²⁰ Für eine knappe Übersicht siehe: *Wiking-Häger/Dackö*, EU FDI-Screening – Legal Considerations, 3. Juni 2017. Für eine Übersicht zum Facettenreichtum nationaler FDI-Screenings, vgl UNCTAD, World Investment Report 2016, 94 ff.

²¹ *Wehrlé/Pohl*, Investment Policies Related to National Security, A Survey of Country Practices, 11.

Das weltweit prominenteste Beispiel für FDI-Screening ist wohl jenes der *US Commission on Foreign Investment (CFIUS)*²², das auch als Vorlage für ein EU-Modell im Gespräch war.²³

II. Funktionsweise am Beispiel des deutschen Außenwirtschaftsgesetzes/der Außenwirtschaftsverordnung

Es soll in der gebotenen Kürze die Funktionsweise eines FDI-Screenings am Beispiel Deutschlands erläutert werden.²⁴ In Deutschland sind die Regelungen zum FDI-Screening maßgeblich im Außenwirtschaftsgesetz (AWG)²⁵ und der dazugehörigen, das Gesetz konkretisierenden Außenwirtschaftsverordnung (AWV)²⁶ zu finden.

1. Grundsätze des deutschen Mechanismus

Das AWG und die AWV sind zu einem großen Teil keine eigenständig nationalen Regelungen mehr, sondern geben Unionsrecht wieder oder implementieren dasselbe.²⁷ Autonom nationale Regelungen sind jedoch jene im AWG und der AWV, die sich mit der Investitionskontrolle befassen. Mit dem 13. Gesetz zur Änderung des AWG und der Novellierung der AWV, die 2009 in Kraft traten²⁸, erhielt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) die Kompetenz zur Kontrolle von FDI, die in sämtlichen Branchen vorgenommen werden.²⁹

Nach § 1 AWG ist der Außenwirtschaftsverkehr grundsätzlich frei. Einschränkungen sind jedoch unter anderem für den Fall vorgesehen, wenn nur damit die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gewährleistet werden kann

²² Zum *CFIUS* Verfahren und den Auswirkungen auf deutsche Transaktionen siehe: *Seibt/Kulenkamp*, ZIP 2017, 1345.

²³ Vgl Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 27. Februar 2008 – Ein gemeinsames europäisches Vorgehen gegenüber Staatsfonds, COM(2008) 115 final, 8.

²⁴ Ausführlich zu den Neuerungen in der AWV, *Becker/Sachs*, NZG 2017, 1336 und zur Vereinbarkeit mit Unionsrecht, *Hindelang/Hagemeyer*, EuZW 2017, 882.

²⁵ Außenwirtschaftsgesetz vom 6. Juni 2013 (BGBl. I, 1482), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I, 2789) geändert worden ist.

²⁶ Außenwirtschaftsverordnung vom 2. August 2013 (BGBl. I, 2865), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 13. Dezember 2017 (BAnz AT 20.12.2017 V1) geändert worden ist.

²⁷ Dies gilt im Besonderen für das EU-Ausfuhr- und Einfuhrkontrollrecht sowie für EU-Sanktionen. Insbesondere bietet das AWG die Grundlage für strafrechtliche Sanktionen. Dies ist notwendig, da der EU die Kompetenz zum Erlass strafrechtlicher Sanktionen fehlt, *Müller-Ibold*, in: Herrmann/Terhechte (Hrsg), EYIEL 2010, 103 (108).

²⁸ BGBl. I 2009, Nr. 28, 1150.

²⁹ Zuvor war eine Erwerbs- und Beteiligungskontrolle auf besonders sicherheitsrelevante Industrien beschränkt, vgl: *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 8/2017 Anm. 1 2017, 1 f.

(§ 4 Abs. 1 Nr. 4 AWG). Es wird in § 4 Abs. 1 Nr. 4 AWG ausdrücklich auf die Begriffsentlehnung aus Art. 36, 52 Abs. 1 und des Art. 65 Abs. 1 AEUV verwiesen,³⁰ womit auch die unionsrechtliche Determination dieser Begriffe ausschlaggebend ist.³¹ Im deutschen Recht sind zwei Verfahren zu unterscheiden: die sektorübergreifende und die sektorspezifische Prüfung. In beiden Verfahren hat das BMWi zu untersuchen, ob durch die angestrebte Beteiligung des ausländischen Investors die öffentliche Ordnung und Sicherheit Deutschlands (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 AWG) als gefährdet erscheint (§ 5 Abs. 2 AWG). Das sektorspezifische Investitionsprüfverfahren iSd § 5 Abs. 3 AWG, §§ 60 bis 62 AWW entspricht schematisch der Lösung, die vor 2009³² galt. Danach ist eine Prüfung nur bei Investitionen sensibler Branchen und Industrien vorgesehen und es werden auch ausländische Investoren aus der Union erfasst. Als sicherheitssensible Industrien werden in § 60 Abs. 1 Nr. 1-5 AWW zB die Herstellung oder Entwicklung von Kriegswaffen, Motoren/Getrieben für Panzer oder IT-Sicherheitslösungen im staatlichen Bereich genannt.

Die zuletzt im medialen und politischen Fokus stehende sektorübergreifende Prüfung nach § 5 Abs. 2 AWG, §§ 55 bis 59 AWW ist grundsätzlich nur bei Beteiligungen durch Erwerber anwendbar, die nicht aus einem MS der Union stammen. Jedoch kann bei Umgehungs- und Missbrauchsfällen ausnahmsweise auch eine Prüfung stattfinden, wenn der Investor aus einem EU/EFTA-Staat stammt (§ 55 Abs. 2 AWW). In § 55 Abs. 1 Nr. 1-5 AWW sind in nicht abschließender Weise fünf beispielhafte Tätigkeitsfelder von Unternehmen aufgezählt, bei denen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet sein „kann“.³³ Voraussetzung für die Prüfung ist stets, ob mit dem Erwerb der Schwellenwert von 25% der Stimmrechte an dem inländischen Zielunternehmen überschritten wird (§ 56 AWW). Zur Durchsetzung einer Untersagung werden in § 59 Abs. 3 AWW in nicht abschließender Weise die Befugnisse des BMWi genannt, die Ausübung der Stimmrechte zu untersagen oder einen Treuhänder zur Rückabwicklung bereits getätigter Geschäfte zu bestellen.

2. Die Änderungen der AWW

Die Bundesrepublik Deutschland ist dem Vorschlag der KOM zuvorgekommen und hat bereits am 12. Juli 2017 die Neunte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung verabschiedet. Zu den wichtigsten Neuerungen gehört, dass bezüglich der sektorübergreifenden Prüfung der Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit konkretisiert wurde.³⁴ Dies geschieht anhand der Aufzählung mehrerer Re-

³⁰ Der vorherige Verweis in § 7 Abs. 1 Nr. 4 AWG a.F. auf Art. 46 und 58 Abs. 1 des EG-Vertrages, hatte, da es sich um wortlautidentische Vorschriften handelte, den gleichen Inhalt.

³¹ Müller-Ibold, in: Herrmann/Terhechte (Hrsg), EYIEL 2010, 103 (118 ff.) mwN.

³² Vgl die ausführlichen Darstellungen zur AWG-Novelle von: Reinhardt/Pelster, NZG 2009, 441; Müller/Hempel, NJW 2009, 1638; Voland, EuZW 2009, 519.

³³ Genauer dazu: Hindelang/Hagemeyer, EuZW 2017, 882 (883).

³⁴ Für eine ausführliche Darstellung siehe zB Becker/Sachs, NZG) 2017, 1336; für die Vereinbarkeit der Novellierung mit den Grundfreiheiten der EU: Hindelang/Hagemeyer, EuZW 2017, 882.

gelbeispiele, die dazu dienen sollen, mehr Planbarkeit und damit Rechtssicherheit herzustellen (§ 55 Abs. 1 S. 2 AWW).³⁵ Ebenfalls bezüglich der sektorübergreifenden Prüfung wurde eine Erweiterung des Anwendungsbereiches für neue Technologiebereiche vorgenommen und der Begriff der „kritischen Infrastruktur“ neu eingeführt (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 AWW). Auch wurden Meldepflichten für den Abschluss schuldrechtlicher Verträge und Beteiligungen aufgenommen (§ 55 Abs. 4 AWW), Prüffristen verlängert (§ 58 Abs. 2 AWW) und weitere Anpassungen des Prüfverfahrens vorgenommen, etwa im Hinblick auf den Kreis der Informationspflichtigen (§ 57 S. 3 AWW).

Für das Anliegen dieser Untersuchung ist auch von Interesse, dass in der Begründung der AWW-Novelle davon gesprochen wird, dass den MS bei der Ausfüllung der Begriffe „öffentliche Ordnung oder Sicherheit“ ein Beurteilungsspielraum verbleibe.³⁶ Die Verordnung geht somit implizit davon aus, dass eine Einschränkung aufgrund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung stattfinden könne.

3. Zwischenfazit zu den Änderungen der AWW

Dass die AWW-Novelle 2017 zu signifikant erhöhten Handelsbarrieren führt, ist nicht zu erwarten.³⁷ Es sollen lediglich Erwerbe, die von strategischen Interessen aus dem Ausland getrieben sind, erschwert werden.³⁸ Eine Untersagung kann nach wie vor nicht allein deswegen vorgenommen werden, weil die Vermutung besteht, dass sich der Investor vor allem das technologische Wissen zueignen möchte oder weil staatliche Zuwendungen einen unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten unvernünftigen Preis ermöglichen. Die Bundesregierung hat mit der AWW-Novelle zum Ausdruck gebracht, dass sie der Investitionsprüfung große Aufmerksamkeit schenkt und eine entsprechende Grundlage für ausführlichere Kontrollen geschaffen. Zudem wird aufgrund der Meldepflicht die Kontrolldichte zunehmen.³⁹ Es könnte sich somit der „routinemäßige[n] staatliche Prüfung ausländischer Erwerbe“ die bei der AWG/AWW-Novelle 2009 gerade nicht anvisiert war,⁴⁰ zumindest angenähert werden.⁴¹

4. Fazit zum FDI-Screening in Deutschland

Das Modell der Investitionsprüfung in Deutschland verbietet keine Investitionen in bestimmte Branchen. Das BMWi besitzt sowohl bei der sektorübergreifenden als

³⁵ *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 8/2017 Anm. 1 2017 weist darauf hin, dass zuletzt im Juni 2017 ein Investitionsprüfverfahren (nach alter Rechtslage) seitens des BMWi wegen einer Übernahme der *Stada Arzneimittel AG* durch zwei Private Equity-Fonds überrascht hat, weil die Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit Deutschlands nicht auf der Hand lag.

³⁶ Mitteilung des BMWi zur Neunten Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, 11, erhältlich im Internet: <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/V/neunte-aendvo-awv.pdf?__blob=publicationFile&v=6> (besucht am 30. Dezember 2017).

³⁷ *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 8/2017 Anm. 1 2017, 4.

³⁸ Dazu bereits im Kontext der AWG-Novelle 2009: *Weller*, ZIP 2008, 857 (858).

³⁹ Die Kontrolldichte durch das BMWi hat bereits faktisch seit spätestens 2014 zugenommen, *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 8/2017 Anm. 1 2017, 5.

⁴⁰ BT-Drucks. 16/10370 vom 30. Oktober 2008, 13.

⁴¹ *Flaßhoff/Glasmacher*, NZG 2017, 489 (494 f.).

auch bei der sektorspezifischen Prüfung einen Einschätzungsspielraum, ob ein Prüfverfahren wegen der Investition eingeleitet werden soll. Es ist somit im Wesentlichen in die dritte Kategorie der Investitionsprüfungsmechanismen einzuordnen: der individuellen Prüfung von potentiell problematischen Transaktionen, nach Identifizierung durch eine Behörde. An dem Mechanismus in Deutschland kann nachvollzogen werden, dass es Sektoren gibt, die als besonders geeignet betrachtet werden, die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu gefährden. Dementsprechend gehen Investitionen in Unternehmen mit entsprechendem Tätigkeitsfeld auch mit strengeren Kontrollen einher. Ebenfalls wurde die Verzahnung des nationalen Rechts mit unionsrechtlichen Vorgaben deutlich. Schließlich ist im Hinblick auf die AWW-Novelle vom Juli 2017 erkennbar geworden, dass auch in einer Exportnation wie der Bundesrepublik Deutschland die Tendenz erkennbar wird, Investitionen aus dem Ausland skeptischer gegenüber zu treten und somit sorgfältiger zu kontrollieren.

C. Der KOM-Vorschlag

Wie erwähnt, haben innerhalb der Union nicht alle MS ein FDI-Screening implementiert.⁴² Ebenso wenig besteht bisher ein einheitliches, die gesamte Union umfassendes FDI-Screening oder ein koordinierender Rahmen für die mitgliedstaatlichen Mechanismen.⁴³ Dies könnte unter anderem zu dem Problem führen, dass FDI innerhalb der Union unterschiedlich behandelt werden.⁴⁴ Daher soll nach dem Willen der KOM ein Rahmen zur Koordinierung bestehender nationaler Mechanismen, einschließlich eines Informationsaustausches zwischen den MS untereinander und mit der KOM, als VO nach Art. 207 Abs. 2 AEUV, verabschiedet werden.⁴⁵

Ursprünglich war es das Ziel der Union, dass insbesondere die Volksrepublik China ihrerseits die Zahl der von FDI geschützten Sektoren verringert und die aus Gründen der nationalen Sicherheit durchgeführten Überprüfungen auf ein Minimum reduziert. Dieser Ansatz wurde durch den KOM-Vorschlag inzwischen überholt bzw. modifiziert. Die KOM sieht als Mittel zur Herstellung der Reziprozität nunmehr vor, dass die Union ihrerseits die Barrieren für FDI erhöht. Zusätzlich zum KOM-Vorschlag hat die KOM angekündigt, bis Ende 2018 eine Analyse zu Inward-FDI⁴⁶ innerhalb der EU, insbesondere in strategischen Sektoren, vorzulegen. Außerdem soll eine Koordinierungsgruppe aus Vertretern der MS unter Vorsitz der KOM eingerichtet werden, die sich mit der Überprüfung von FDI und der Durchführung der vorgeschlagenen VO befasst.

Bei der Erarbeitung des Vorschlages stand die KOM vor der Aufgabe, einerseits den

⁴² Vgl. *Grieger*, Briefing: Foreign direct investment screening, A debate in light of China EU FDI flows, 7.

⁴³ Zu den Problemen, die sich ohne eine Kooperation der MS bei FDI ergeben können, *Meunier-Aitsahalia*, APSA 2013, 8 f.

⁴⁴ *Wiking-Häger/Dackö*, EU FDI-Screening – Legal Considerations, 3. Juni 2017.

⁴⁵ Siehe zum KOM-Vorschlag allgemein auch *Brauneck*, EuZW 2018, 188; *van Roosebeke/Baran*, Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen, cepAnalyse Nr. 32/2017.

⁴⁶ Zu den Begriffen „Inward-FDI“ und „Outward-FDI“ vgl. *Organisation für Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)*, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 236 f., 239.

Forderungen nach einem effektiven und umfassenden FDI-Screening gerecht zu werden, andererseits, wie es noch auf dem Treffen des Europäischen Rates (Rat) am 22./23. Juni 2017 betont wurde, „die mitgliedstaatlichen Kompetenzen vollständig zu respektieren“⁴⁷. Um dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, beabsichtigt die KOM, die Entscheidungshoheit bei der Investitionsprüfung den MS zuzugestehen. Dies wird nachfolgend näher aufgezeigt.

I. Begründung für VO

In der Begründung des KOM-Vorschlages zum FDI-Screening wird betont, dass die Union auch weiterhin ein offenes Investitionsumfeld bleibe. Es solle ein Kooperationsmechanismus zwischen den MS und der KOM eingerichtet werden, mit dessen Hilfe sie sich gegenseitig über FDI benachrichtigen und diesbezügliche Informationen austauschen könnten. Ein Zwang zur Einführung eines FDI-Screenings solle nicht bestehen, aber es werde sichergestellt, dass entsprechende FDI-Screenings bestimmte grundlegende Anforderungen erfüllen.

Interessant ist auch, dass der Abschnitt zu Gründen und Zielen ausführt, dass mit Umsetzung des KOM-Vorschlages die MS, die einen Überprüfungsmechanismus besitzen, Rechtssicherheit erlangen würden, da die Union in diesem Bereich eine ausschließliche Zuständigkeit gem. Art. 3 Abs. 1 lit. e und Art. 207 Abs. 1 AEUV besitze.

II. Kohärenz mit der Politik der Union in anderen Bereichen

Bezüglich der Ausführungen der KOM in Bezug auf die Kohärenz des Vorschlages mit anderen Vorschriften in diesem Bereich, ist für das Anliegen dieses Beitrags insbesondere die Aussage zu Art. 63 ff. AEUV von Interesse. In dem KOM-Vorschlag ist zu lesen, Mechanismen zur Überprüfung von Investitionen könnten „eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen, die jedoch gerechtfertigt sein können, wenn sie notwendig und verhältnismäßig für die Verwirklichung der im Vertrag festgelegten Ziele sind, einschließlich aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung (Artikel 65 AEUV) oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union.“⁴⁸

Die Ausführungen zum genauen Verhältnis des KOM-Vorschlages zu den Regeln der Kapitalverkehrsfreiheit bleiben ungenau. Es heißt allein, dass die vorgeschlagene Verordnung mit den Art. 63 ff. AEUV und den Vorgaben der dazu ergangenen Rechtsprechung übereinstimme. Der KOM-Vorschlag würde *bestätigen*, dass die MS FDI aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung überprüfen dürfen.

⁴⁷ *Europäischer Rat*, European Council Conclusions, 22-23/06/2017, 8, erhältlich im Internet: <<http://www.consilium.europa.eu/media/23985/22-23-euco-final-conclusions.pdf>> (besucht am 29. Dezember 2017).

⁴⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union vom 13. September 2017, 4, COM(2017) 487 final, 2017/0224(COD).

Hier offenbart sich ein inhärenter Widerspruch des KOM-Vorschlages: Als ein Grund für den KOM-Vorschlag wurde die Schaffung von Rechtssicherheit angesichts der ausschließlichen Kompetenz der Union für FDI genannt. Im Umkehrschluss geht die KOM davon aus, dass den MS eine Kompetenz zur Schaffung von Überprüfungsmechanismen fehlt. Der KOM-Vorschlag könnte nach dieser Ansicht als Rückermächtigung⁴⁹ eine taugliche Grundlage für nationale Überprüfungsmechanismen liefern und zur Rechtssicherheit beitragen. Dann ist aber nicht erklärlich, wie mit dem KOM-Vorschlag gleichzeitig *bestätigt* werden kann, dass die MS die Befugnis haben, FDI überprüfen zu dürfen. Eine *Bestätigung* ist nur dann möglich, wenn zuvor bereits die Kompetenz zur Überprüfung bestanden hat.

III. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage nennt der KOM-Vorschlag Art. 207 Abs. 1 AEUV. Der KOM-Vorschlag sei als eine Maßnahme im Bereich der ausländischen Direktinvestitionen und somit als Teil der gemeinsamen Handelspolitik zu qualifizieren. Es wird auf Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV und somit auf den Charakter der Kompetenz als ausschließliche hingewiesen.

IV. Die Regelungen des KOM-Vorschlages im Einzelnen

1. *Gegenstand und Anwendungsbereich*

Der KOM-Vorschlag sieht einen Rahmen vor, mittels dessen die Überprüfung von FDI innerhalb der Union aus Gründen der Sicherheit und der öffentlichen Ordnung stattfinden soll (Art. 1). Eine Definition für FDI findet sich in Art. 2 Nr. 1⁵⁰. In Art. 2 lassen sich weitere Begriffsbestimmungen finden. Eine Beteiligungsschwelle, wie im deutschen AWG/AWV vorgesehen⁵¹, findet sich im KOM-Vorschlag nicht.

2. *Entscheidungsbefugnis und Entscheidungskriterien*

a) *Entscheidungsbefugnis der MS*

Die finale Entscheidung über die Zulassung oder das Verbot eines Investments trifft die nationale Behörde des MS, in dem die Investition stattfinden soll oder stattgefunden

⁴⁹ Siehe dazu unter D.III.3.

⁵⁰ Darin heißt es zum Begriff „ausländische Direktinvestitionen“: „Durch ausländische Investoren getätigte Investitionen jeder Art zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen dem ausländischen Investor und dem Unternehmer oder Unternehmen, für die das Kapital zur 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 ausführt.“

⁵¹ § 56 AWV sieht als Voraussetzung für eine Überprüfung vor, dass der unmittelbare oder mittelbare Stimmrechtsanteil des Erwerbers an dem inländischen Unternehmen nach dem Erwerb 25% der Stimmrechte erreichen oder überschreiten muss.

hat. Den MS wird die Befugnis zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen mittels FDI-Screening zugestanden (Art. 3 Abs. 1). Weder andere MS noch die KOM haben eine Möglichkeit zum Verbot oder zur Abwicklung eines Investments. Sie haben nur die Möglichkeit, ihre Bedenken in Form von nicht bindenden Kommentaren und Stellungnahmen auszudrücken (Art. 8 und Art. 9). Das Screening als beschränkende Maßnahme für den Investor darf nur aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung stattfinden (Art. 3 Abs. 1, Art. 4). Es werden auch grundlegende Anforderungen an das Überprüfungsverfahren festgelegt (Art. 6).⁵² So muss es sich um ein transparentes, mit Fristen versehenes, vertrauliches Verfahren handeln, welches nicht diskriminierend angewendet wird und die Entscheidung muss der gerichtlichen Kontrolle zugänglich sein.

b) Entscheidungskriterien

(1) Allgemeine Kriterien

Der KOM-Vorschlag enthält in Art. 4 eine nicht abschließende Liste mit Faktoren, die bei der Prüfung, ob eine Beeinträchtigung der Sicherheit und öffentlichen Ordnung vorliegt, berücksichtigt werden können. Sind potentielle Auswirkungen auf kritische Infrastrukturen (zB Energie, Kommunikation, Datenspeicherung), kritische Technologien (zB Robotik, Halbleiter, Dual-Use Güter), die Versorgungssicherheit kritischer Ressourcen oder der Zugang zu sensiblen Informationen zu befürchten, können diese Aspekte bei der Überprüfung Beachtung finden.

(2) Ausländischer Investor unter Kontrolle der Regierung eines Drittlandes

In Art. 4 S. 2 des KOM-Vorschlages wird niedergelegt, dass eine Überprüfung durch einen MS oder die KOM berücksichtigen darf, ob der ausländische Investor von der Regierung eines Drittlandes, zB durch eine beträchtliche Finanzausstattung, kontrolliert wird. Auch wenn damit zunächst der Anschein erweckt wird, dass somit auch ökonomische Abwägungen eine Rolle spielen, so trügt dieser Eindruck. Die Kontrolle des Investors durch die Regierung eines Drittstaates darf nur auf die Beurteilung, ob die Sicherheit oder öffentliche Ordnung beeinträchtigt wird, Einfluss haben. Das Risiko, sich direkt gegenüber Regierungen fremder Staaten in Abhängigkeiten zu begeben, soll dadurch vermieden werden. Eine unter ökonomischen Gesichtspunkten unfaire Übernahme dadurch, dass ein Bieter aufgrund der Zuwendungen von staatlicher Seite dazu im Stande ist, einen höheren Kaufpreis als andere Bieter aufzubringen, reicht auch nach dem KOM-Vorschlag nicht aus, damit die Investition einem FDI-Screening unterzogen werden kann.⁵³ Es würde daher dabei

⁵² Zu Kriterien, die jedenfalls bei Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs beachtet werden müssen, EuGH, Rs C-503/99, *Kommission/Belgien*, Slg 2002, I-04809, Rn. 48 ff.

⁵³ Der damalige Bundesminister für Wirtschaft und Energie *Gabriel* sah aus diesem Grund die Notwendigkeit, strategisch bedeutsame Unternehmen der europäischen Wirtschaft vor unfairen Handelspraktiken zu schützen, *Gabriel*, Die EU muss sich gegen unfaire Handelspraktiken wehren,

bleiben, dass für ein Verbot stets die Sicherheit und öffentliche Ordnung gefährdet sein muss und rein wirtschaftliche Gründe nicht zur Versagung der Investition führen dürfen.⁵⁴ Dennoch wird mit der Aufnahme dieser Regelung in den KOM-Vorschlag deutlich, dass Staatsunternehmen oder durch Staaten finanzierte Unternehmen besonderer Beobachtung unterliegen sollen.

(3) Verzicht auf Reziprozitätstest

Es wurde, wie auch bei der AWW-Novelle 2017⁵⁵, darauf verzichtet, eine Regelung aufzunehmen, nach der auf das Überprüfungsverfahren einen Einfluss haben kann, ob das Investitionsumfeld des Heimatstaates des Investors FDI offen gegenübersteht. Selbst wenn ein solcher „Reziprozitätstest“ unter ökonomischen Gesichtspunkten wünschenswert wäre und die Forderung der Union zur Verbesserung des Investitionsumfeldes unterstreichen würde, so ist der Verzicht rechtlich ratsam. Es ließe sich nur schwer begründen, wie allein der Umstand, dass in dem Heimatstaat des Investors kein vergleichbar gutes Investitionsumfeld herrscht, dazu führt, dass in dem MS, wo die Investition stattfinden soll, die Sicherheit und öffentliche Ordnung gefährdet wird. Nach der Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten dürfen bei der Entscheidung über die Zulassung eines Investments rein ökonomische Gründe gerade nicht ausschlaggebend sein.⁵⁶

3. Kooperationsmechanismus und Screening durch die KOM

a) Kooperationsmechanismus

Der KOM-Vorschlag trägt dem Umstand Rechnung, dass FDI in einem MS potentiell auch Auswirkungen auf die Sicherheitsinteressen eines anderen MS haben können. Daher soll den MS, die sich durch eine Investition beeinträchtigt fühlen, das Recht eingeräumt werden, der für das FDI-Screening zuständigen nationalen Behörde eines anderen MS Kommentare in Bezug auf die Investition zukommen zu lassen (Art. 8 Nr. 2). Ebenfalls kann die KOM eine Stellungnahme übermitteln, wenn sie der Auffassung ist, dass eine ausländische Direktinvestition die Sicherheit oder die

Wirtschaftswoche Online vom 12. Juni 2016, erhältlich im Internet: <<http://www.wiwo.de/my/politik/deutschland/opfer-offener-maerkte-die-eu-muss-sich-gegen-unfaire-handelspraktiken-wehren/13708662.html?ticket=ST-210451-djnEBTUeO1tgcOEHhyE1-ap4>> (besucht am 19. August 2017).

⁵⁴ Rein wirtschaftliche Gründe sind nach der Rechtsprechung des EuGH zumindest im Bereich der Grundfreiheiten nicht ausreichend für die Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, EuGH, Rs C-54/99, *Église de scientologie*, Slg 2000, I-1335 Rn. 17; Rs C-39/11, *VBV-Vorsorgekasse*, ECLI:EU:C:2012:327, Rn. 29, vgl. *Dopsch/Wutscher*, EuZW 2009, 729 (732), so auch: *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2016/17, Zeit für Reformen, Rn. 986.

⁵⁵ Zu den vorangegangenen Initiativen des Freistaates Bayern und des Bundesrates, vgl. *Seibt/Kulenkamp*, ZIP 2017, 1345 (1355 f.).

⁵⁶ EuGH, Rs C-54/99, *Église de scientologie*, Slg 2000, I-1335, Rn. 17; Rs C-39/11, *VBV-Vorsorgekasse*, ECLI:EU:C:2012:327, Rn. 29.

öffentliche Ordnung in einem oder mehreren MS beeinträchtigen dürfte (Art. 8 Nr. 3). Diese Kommentare oder Stellungnahmen sind „in gebührender Weise“ von der nationalen Entscheidungsbehörde zu berücksichtigen (Art. 8 Nr. 6).

b) Screening durch die KOM

Es wurde für die KOM auch die Möglichkeit aufgenommen, Stellungnahmen für den Fall abzugeben, dass sie der Auffassung ist, dass eine ausländische Direktinvestition aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung Projekte oder Programme von Unionsinteresse beeinträchtigt (Art 9). Als Projekte oder Programme von Unionsinteresse gelten insbesondere solche, bei denen ein signifikanter Betrag an EU-Mitteln bereitgestellt wurde oder die unter die Rechtsvorschriften der Union in Bezug auf kritische Infrastrukturen und Technologien oder Ressourcen fallen.⁵⁷ Wenn die KOM hier eine Beeinträchtigung befürchtet und diese Bedenken dem MS, in dem die Investition stattfindet, darlegt (Art. 9 Nr. 1), so muss die Entscheidungsbehörde des MS der Stellungnahme der KOM „umfassend Rechnung“ tragen und eine Erklärung abgeben, falls sie der Stellungnahme der KOM nicht folgt (Art. 9 Nr. 5).

Mit dieser Formulierung, die eine Zulassungsentscheidung entgegen der Stellungnahme der KOM implizit anerkennt, wird gleichsam sichtbar, dass den MS die Letztentscheidungsbefugnis hinsichtlich der Zulassung der Investition zukommt.⁵⁸ Im Zusammenhang mit dem Screening durch die KOM ist anzumerken, dass sich die Union mit einem FDI-Screening auf für sie bisher unbekanntes Terrain begibt und sie sich entsprechende Expertise erst aneignen muss.⁵⁹ Der Vergleich mit *CFIUS* in den USA zeigt, dass der Aufbau entsprechender Strukturen und der Aufwand zur Durchführung erheblich sein können.

c) Notifizierung

Der KOM-Vorschlag sieht in Art. 7 Abs. 1 vor, dass die MS ihre bestehenden Überprüfungsmechanismen sowie alle Änderungen daran gegenüber der KOM notifizieren. Auch sind ausführliche jährliche Berichte über die Anwendung der nationalstaatlichen Überprüfungsmechanismen vorzulegen (Art. 7 Abs. 2). Auch die MS ohne nationales FDI-Screening sind dazu aufgefordert, einen jährlichen Bericht über die auf ihrem Hoheitsgebiet getätigten FDI vorzulegen (Art. 7 Abs. 3).

⁵⁷ In Annex 1 zum KOM-Vorschlag sind folgende Projekte und Programme von Unionsinteresse genannt: Europäische GNSS-Programme (Galileo und EGNOS), Copernicus, Horizont 2020, Transeuropäisches Verkehrsnetz (TEN-T), Transeuropäische Energienetze (TEN-E), Transeuropäische Netze im Bereich der Telekommunikation.

⁵⁸ *Braunack*, EuZW 2018, 188 (194 ff.) sieht hingegen (entgegen des insoweit klaren Wortlauts) die Möglichkeit für die KOM „einseitig zu bestimmen, welche ausländischen Direktinvestitionen in Mitgliedstaaten stattfinden können und welche nicht, ohne dass der Mitgliedstaat dies per se verhindern könnte.“

⁵⁹ Bei *Godement/Vasselier* (ECFR), *China at the gates: A new power audit of EU-China relations*, 1. Dezember 2017, 55, heißt es: „Yet Europe is not well prepared to define investment screening, not to mention implementing it, given the lack of human resources at the EU level, the dependence on external intelligence sources [...]“.

4. Verfahren und zeitlicher Ablauf des FDI-Screenings

Der KOM-Vorschlag sieht einen umfassenden Kooperations- und Informationsmechanismus vor (Art. 8 bis 10). Es soll sichergestellt werden, dass Kommentare von potentiell betroffenen MS und Stellungnahmen der KOM auf vollständigen und richtigen Informationen beruhen. Insbesondere ist vorgesehen, dass die nationale Entscheidungsbehörde die KOM und alle MS über jede ausländische Direktinvestition „innerhalb von fünf Arbeitstagen ab dem Beginn der Überprüfung“ informiert (Art. 8 Nr. 1). Im Anschluss können die übrigen MS und die KOM zusätzliche Informationen von der Entscheidungsbehörde anfordern, die sie ggf für ihre Kommentare und Stellungnahme benötigen (Art. 8 Nr. 4). In Art. 10 werden die Informationen beschrieben, die den MS und der KOM für ihre Kommentare bzw die Stellungnahme zur Verfügung gestellt werden müssen. Darunter fallen etwa die Eigentümerstruktur des ausländischen Investors und des Unternehmens, in dem die ausländische Direktinvestition geplant ist, der Wert der ausländischen Direktinvestition und die Finanzierung der Investition.

Auf Grundlage dieser Informationen sind die MS und die KOM gehalten, binnen 25 Arbeitstagen ihre Kommentare bzw die Stellungnahme zu übermitteln. Wenn die Stellungnahme der KOM den Kommentaren der MS nachfolgt, werden ihr zusätzlich 25 Tage für die Übermittlung der Stellungnahme eingeräumt (Art. 8 Nr. 5 S. 2). Die Zusammenarbeit der MS soll über die gem. Art. 12 einzurichtenden Kontaktstellen stattfinden.

V. Fazit zum KOM-Vorschlag

Der KOM-Vorschlag zum FDI-Screening zielt nicht darauf ab, nationale Überprüfungsmechanismen abzuschaffen, zu ersetzen oder zu harmonisieren. Das Verbot, die Begrenzung oder die Erlaubnis von FDI verbleibt in der nationalen Zuständigkeit und wird unter nationalen Gesetzen durchgeführt. Den MS, die keinen solchen Mechanismus besitzen, wird keine Implementierung vorgeschrieben. Die Mitwirkung der MS, in denen die Investition nicht stattfindet, und der KOM beschränkt sich auf eine beratende Funktion. Auch eine Anerkennung der Entscheidung einer nationalen Prüfbehörde durch Behörden in anderen MS ist nicht vorgeschrieben. Der KOM-Vorschlag belässt somit den MS den höchsten Grad an Autonomie hinsichtlich des Überprüfungsverfahrens und der Zulassungsentscheidung. Der KOM-Vorschlag sieht nicht vor, ein zentrales Investitionskontrollverfahren auf Unionsebene für FDI, ähnlich zB dem U.S.-amerikanischen CFIUS-Verfahren, einzuführen. Bezüglich des Einflusses auf nationale FDI-Screening-Verfahren kann erwartet werden, dass die Häufigkeit und Gründlichkeit der Überprüfungen, gerade von staatsfinanzierten Unternehmen, zunehmen wird. Auch kann es in Einzelfällen zu Konflikten mit Zeitvorgaben nationaler Überprüfungsmechanismen kommen.⁶⁰ Die Veröffentlichung des KOM-Vorschlages sendet vor allem ein starkes Signal dahingehend, dass FDI in potentiell

⁶⁰ *Hengeler Mueller PartmbB, Uwer/Bonhangel/Jungkind/Deniz*, Commission Proposes New EU Foreign Investment Control Regime, 5.

sicherheitsgefährdenden Bereichen und insbesondere bei Beteiligung einer ausländischen Regierung in Zukunft einer sorgfältigeren Kontrolle unterliegen sollen. Die Initiative der Union kann jedoch, insbesondere durch die Aufstellung von Mindeststandards an bestehende Mechanismen, auch dazu beitragen, protektionistischen Tendenzen in einzelnen MS entgegen zu wirken.⁶¹ Insgesamt kann damit gerechnet werden, dass FDI, die zuletzt binnen kurzer Zeit und mit überschaubarem Aufwand Genehmigungen erhielten, sich in Zukunft einer ausführlicheren, strikteren und zeitintensiveren Kontrolle durch die nationalen Entscheidungsbehörden unterziehen müssen.

D. Die Kompetenzzuordnung für FDI-Screenings

Ausgeblendet wurde bisher die Frage, ob die KOM zutreffend von einer Unionskompetenz nach Art. 207 Abs. 1 AEUV in Bezug auf FDI-Screenings ausgegangen ist und die VO, wie vorgesehen, nach Art. 207 Abs. 2 AEUV verabschiedet werden kann. Die Frage der Kompetenz für FDI-Screenings ist auch für die Zukunft von Bedeutung, etwa für die Frage, ob die Union in Abkehr ihres aktuellen Vorschlages die Letztentscheidungskompetenz für die Zulassung von Investitionen, zB mittels einer europäischen Investitionsaufsicht, an sich ziehen könnte. Sollte der Union tatsächlich die Kompetenz zum Erlass von Maßnahmen in Bezug auf FDI-Screenings zufallen, so bestünde jedenfalls theoretisch die Möglichkeit, dass die KOM eine Zulassungs- oder Ablehnungsentscheidung gegen den Willen des MS, auf dessen Territorium die Investition stattfindet, treffen kann. Hinzuweisen ist auch darauf, dass bei der Wahl der „falschen“ Rechtsgrundlage der Rechtsakt mit einer Nichtigkeitsklage vor dem EuGH angreifbar wäre.⁶²

I. Das kompetenzrechtliche Problem

1. Zwei Normen für FDI

Maßnahmen im Bereich des FDI-Screenings fallen in die Regelungsmaterie der ausländischen Direktinvestitionen. Ein Blick in die Verträge offenbart bereits die horizontale, kompetenzrechtliche Problematik.⁶³ Der Begriff der Direktinvestition lässt sich zum einen in Art. 207 Abs. 1 AEUV und zum anderen in Art. 64 Abs. 2 AEUV finden. Beide Normen können als Kompetenztitel für die Regelung von FDI herangezogen

⁶¹ So auch in *Hanemann, Huotari*, Preparing for a New Era of Chinese Capital – Chinese FDI in Europe and Germany, 42, wo es heißt: „a more coordinated approach with clearer criteria will also help to prevent the politicization of individual deals by national governments“.

⁶² Vgl. EuGH, Rs C-327/91, *Frankreich/Kommission*, Slg 1994, I-3641. Ausnahmsweise kann die Wirkung einer Nichtigkeitsklärung auch, bspw. aus Gründen der Rechtssicherheit, begrenzt werden, vgl. EuGH, Rs C-360/93, *Parlament/Rat*, Slg 1991, I-2867 Rn. 32 f., 35. Zu dem Problem auch *Épiney*, JZ 47 (1992), 564 und *Nettesheim*, EuR 1993, 243 (249 ff.).

⁶³ *Nettesheim*, EuR 1993, 243 (249 ff.).

werden.⁶⁴ Vorschriften der Kapitalverkehrsfreiheit können deshalb taugliche Kompetenzgrundlagen sein, weil die Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 Abs. 1 AEUV auch uneingeschränkt und unmittelbar auf Drittstaatsangehörige anwendbar ist.⁶⁵

Zwischen den Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit und denen der gemeinsamen Handelspolitik besteht kein ausdrücklicher und kein durch Auslegung zu ermittelnder genereller Vorrang.⁶⁶ Auch aus der Formulierung in Art. 64 Abs. 2 „unbeschadet der anderen Kapitel des Vertrages“ ist keine Aussage über die Kompetenzverteilung zu gewinnen.⁶⁷ Nach Präzisierung des horizontalen Kompetenzkonfliktes muss somit untersucht werden, ob ein Vorrangverhältnis zwischen den beiden konkreten Normen besteht oder ob die in Frage stehende Maßnahme nach einer anderen Zuordnungsregel kompetenzrechtlich einer Norm zugeteilt werden kann.⁶⁸

2. Bedeutung der Kompetenzzuordnung

Die Entscheidung, welcher Kompetenztitel einschlägig ist, ist vor allem deshalb von Relevanz, weil sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV ergibt, dass alle in Art. 207 Abs. 1 AEUV genannten Sachbereiche in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen. Den MS ist jegliche Regelung in den von Art. 207 Abs. 1 AEUV erfassten Bereichen untersagt.⁶⁹ Rechtsfolge dieser Annahme ist hinsichtlich nationaler Investitionskontrollmechanismen, dass aufgrund der exklusiven Natur der Unionskompetenz den MS kein Spielraum mehr für eigene Regelungen verbleibt.⁷⁰ Ohne eine Ausnahmevorschrift müssten die nationalen Regelungen somit unanwendbar bleiben.⁷¹ Allein eine Rückermächtigung durch die Union könnte eine Kompetenz für die MS begründen.⁷² Bisherige mitgliedstaatliche FDI-Screenings wären somit europarechtswidrig. Nur vereinzelt und nur wenn dies explizit in den Verträgen vorgesehen ist, wären

⁶⁴ Portfolioinvestitionen sind hingegen bei Art. 207 Abs. 1 nicht Regelungsgegenstand, siehe EuGH, Gutachten 2/15 vom 16. Mai 2017, Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur, Rn. 80 ff.

⁶⁵ EuGH, Rs C-101/05, *Skatteverket*, Slg 2007, I-11531 Rn. 21 ff.

⁶⁶ Näher hierzu *Clostermeyer*, Staatliche Übernahmeabwehr und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, 101 f. mwN.

⁶⁷ Vgl. *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 21. Teilweise wird vorgebracht, dass der Wortlaut gerade ausschließliche Kompetenzen unangetastet lassen will: *Benyon*, Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms, 83; *Hindelang/Maydell*, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 11 (74).

⁶⁸ *Nettesheim*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht, 389 (435).

⁶⁹ Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 AEUV, Rn. 3 f.

⁷⁰ Die Frage ob das deutsche AWG und die AWV mit EU-Recht vereinbar sind, stellt sich schon länger, vgl. *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment, 225 ff. oder auch *Müller-Ibold*, in: Herrmann/Terhechte (Hrsg), EYIEL 2010, 103 (112 ff.) Skeptisch dazu bereits vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon: *Tietje*, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutz vor „Staatsfonds“, 8.

⁷¹ Zum Anwendungsvorrang allgemein statt aller: *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV, Art 1 AEUV, Rn. 16 ff.

⁷² *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 AEUV, Rn. 3.

Ausnahmen und damit mitgliedstaatliche Maßnahmen möglich.⁷³

II. Präzisierung des horizontalen Kompetenzkonfliktes: Art. 64 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV

Sowohl Art. 207 Abs. 1 als auch Art. 64 Abs. 2, 3. AEUV erfassen Direktinvestitionen. Ist davon die Rede, dass die Union Maßnahmen des FDI-Screenings auch auf Art. 64 AEUV stützen könnte, ist zunächst zu beantworten, ob Abs. 2 oder Abs. 3 der Norm eine taugliche Kompetenzgrundlage für FDI-Screenings wäre.

Nach Art. 64 Abs. 2 beschließen das Europäische Parlament und der Rat „gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen für den Kapitalverkehr mit Drittländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen [...]“.⁷⁴ Die Norm des Abs. 3 und damit das besondere Gesetzgebungsverfahren ist für Maßnahmen einschlägig, „die im Rahmen des Unionsrechts für die Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittländern einen Rückschritt darstellen.“ Es ist somit danach zu unterscheiden, ob die geplante Maßnahme den derzeitigen Liberalisierungsstand unterschreiten würde.⁷⁵ Ein Rückschritt wird bereits dann angenommen, wenn ein mittelbarer, potentieller Effekt auf den erreichten Grad der Liberalisierung des Kapitalverkehrs zu verzeichnen ist.⁷⁶

Derzeit existiert kein koordinierender Rahmen für die bestehenden nationalen FDI-Screening-Mechanismen auf Unionsebene. Insbesondere besteht auch keine eigene Prüfungskompetenz der Union. Die Implementierung derartiger Elemente ist mithin ein neues Hindernis für den Kapitalverkehr und somit – ohne jegliche politische oder ökonomische Wertung – ein Rückschritt zum bisherigen Liberalisierungsstand. Mögliche Rechtsgrundlage für den KOM-Vorschlag wäre somit Art. 64 Abs. 3 AEUV.

⁷³ So würde bspw Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV den Mitgliedstaaten erlauben, bei Beeinträchtigung wesentlicher Sicherheitsinteressen, Maßnahmen im Verteidigungssektor zu treffen, Vgl *Bungenberg*, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, 81 (95 f.).

⁷⁴ Zur Abgrenzung zwischen Art. 64 Abs. 2 AEUV und Art. 64 Abs. 3 AEUV: *Wojcik*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 64, Rn. 18.

⁷⁵ Vgl *Bröhmer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg), *EUV/AEUV*, Art. 64, Rn. 8 f.; *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 64, Rn. 22, 24; *Wojcik*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 64, Rn. 18; *Schmitt*, *Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten*, 186 ff.

⁷⁶ *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), *Das Recht der Europäischen Union*, Art 64, Rn. 24; Eine nationale Vorschrift, die eine ausländische Direktinvestition einer vorherigen Genehmigung unterwirft, stellt eine Beschränkung des Kapitalverkehrs dar, vgl EuGH, Rs C-54/99, *Église de scientologie*, Slg 2000, I-1335 Rn. 14.

III. Die kompetenzrechtliche Zuordnung von FDI-Screening

1. (Teilweiser) Vorrang der Vorschriften über die gemeinsame Handelspolitik

a) Vorrang von Art. 207 Abs. 1 AEUV bei Maßnahmen der vertraglichen Handelspolitik

Die Union bedient sich bei der Ausgestaltung der gemeinsamen Handelspolitik zweier Handlungsformen: der vertraglichen und der autonomen Handelspolitik.⁷⁷ Kommt es zu einer Überschneidung der Kompetenztitel aus Art. 64 Abs. 2 AEUV und Art. 207 Abs. 1 AEUV im Bereich der vertraglichen Handelspolitik, etwa weil ein Freihandelsabkommen zwischen der Union und einem Drittstaat den Marktzugang von FDI regelt,⁷⁸ dürfte inzwischen als geklärt gelten, dass Art. 207 Abs. 1 AEUV für diese Fälle die speziellere Norm darstellt.⁷⁹ Der Verweis auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren (Art. 289 Abs. 1 iVm Art. 294 AEUV) in Art. 64 Abs. 2 AEUV bzw auf das besondere Gesetzgebungsverfahren (Art. 289 Abs. 2 AEUV) in Art. 64 Abs. 3 AEUV machen seit dem Vertrag von Lissabon⁸⁰ deutlich, dass die Kompetenz aus den Vorschriften zur Kapitalverkehrsfreiheit auf den Erlass interner Rechtsakte zugeschnitten ist.⁸¹ Umgekehrt ist die ausführliche und explizite Darstellung des Verfahrens hinsichtlich völkerrechtlicher Abkommen in Art. 207 AEUV entscheidendes Signal dafür, Art. 207 Abs. 1 AEUV in Fragen der Außenkompetenz als Rechtsgrundlage den Vorrang einzuräumen.⁸²

b) Vorrang von Art. 207 Abs. 1 AEUV bei autonomen Maßnahmen in Bezug auf FDI fraglich

Die autonome Handelspolitik erfasst Instrumente, die von der Union einseitig vorgenommen werden können. Dazu zählen Schutzmaßnahmen wie die Abwehr von Dumping, Subventionen oder anderer unlauterer Handelspraktiken.⁸³ Die einseitige Installation von Prüfmechanismen, die Auferlegung von Informationspflichten und

⁷⁷ Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 207, Rn. 63.

⁷⁸ Zur impliziten Kompetenz aus Art. 64 Abs. 2 AEUV vgl: Karl, JWIT 5 (2004), 413 (415); Klamert/Maydell, EuR 43 (2008), 589 (601); Maydell, in: Reinisch (Hrsg), International Investment Law in Context, 73 (91 f.); Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, 14; Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, 214.

⁷⁹ Schmitt, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 189; Johannsen, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 20 f.; Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 207, Rn. 40; Cottier/Trinberg, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht, Art. 207, Rn. 64 f.

⁸⁰ Art. 57 Abs. 2 EGV sah lediglich den Erlass von Maßnahmen „mit qualifizierter Mehrheit“ vor.

⁸¹ Benyon, Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms, 83.

⁸² Johannsen, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 21; Benyon, Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms, 83.

⁸³ Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 207, Rn. 122 ff.

insbesondere die Schaffung der Möglichkeit, Investitionen in bestimmten Sektoren mit Auflagen zu versehen oder komplett zu versagen, ist keine Maßnahme der vertraglichen Handelspolitik, sondern geradezu beispielhaft für eine autonome Maßnahme.⁸⁴ Art. 207 AEUV bietet zwar eine Grundlage auch für autonome Maßnahmen.⁸⁵ Ob im Falle von autonomen Maßnahmen, die den Marktzugang von FDI betreffen, bei Überschneidungen mit Art. 64 Abs. 3 AEUV jedoch gleichsam von einem Vorrangverhältnis des Art. 207 Abs. 1 AEUV auszugehen ist, ist weit weniger eindeutig als bei der vertraglichen Handelspolitik. Die soeben genannten Argumente greifen im Bereich der autonomen Handelspolitik jedenfalls nicht in gleicher Weise vollständig durch. Es bedarf einer ausführlichen Auseinandersetzung mit den vertretenen Positionen.

2. Rechtsgrundlage für die Implementierung von FDI-Screening

a) Ansichten von offizieller Seite

Erste Indizien auf eine taugliche Rechtsgrundlage für autonome Maßnahmen im Bereich des FDI-Screenings könnten sich in Aussagen von offiziellen Stellen finden. In dem gemeinsam mit dem Brief übergebenen Eckpunktepapier der Wirtschaftsminister von Deutschland, Frankreich und Italien ist zu lesen:

„Foreign investment regimes in Member States as already allowed by the EU treaty would remain in place. *EU law gives the right to Member States to prohibit foreign investments which threatens public security and public order.*”⁸⁶

Ganz ähnlich klingt es auch in dem *Proposal for a Union Act* durch zehn MdEP: „[...] the EU law gives the right to Member States to prohibit foreign investments which threatens public security and public order [...]“.⁸⁷ Auch in den *European Council Conclusions* vom Treffen am 22. und 23. Juni 2017 stehen gleichlautende Äußerungen.⁸⁸ Die tauglichste juristische Aussage lässt sich in einem Briefing-Dokument des Europäischen Parlamentes zu FDI-Screening vom Mai 2017 entnehmen. Dort heißt es wörtlich:

⁸⁴ Vgl. *Beutenmüller*, RLR 2011, 281 (285 ff.); *Herrmann*, EuZW 2010, 207 (209 f.); *Krajewski*, CMLR 42 (2005), 91 (109 f.).

⁸⁵ *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 207, Rn. 63 f.

⁸⁶ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, *Proposals for ensuring an improved level playing field in trade and investment*, Eckpunktepapier überreicht gemeinsam mit dem Brief von den Wirtschaftsministern Frankreichs, Deutschlands und Italiens an die Handelskommissarin, erhältlich im Internet: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunktepapier-proposals-for-ensuring-an-improved-level-playing-field-in-trade-and-investment.pdf?__blob=publication-file&v=4> (besucht am 30. Dezember 2017) (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁸⁷ *MdEP Weber, Caspary, Saift, Winkler, Cicu, Proust, Quisthoudt-Rowohl, Reding, Schwab, Szejnfeld*, *Proposal for a Union Act on the Screening of Foreign Investment in Strategic Sectors*, 20. März 2017, B[8 - 0000 /201 7].

⁸⁸ *Europäischer Rat*, *European Council Conclusions*, 22-23/06/2017, 8 Nr. 17, erhältlich im Internet: <<http://www.consilium.europa.eu/media/23985/22-23-euco-final-conclusions.pdf>> (besucht am 29. Dezember 2017).

„EU Member States' national security reviews are based on either or both of the following legal bases: 1) Article 346(1)(b) TFEU [...] and 2) Article 65 (1)(b) TFEU, as a derogation from the fundamental principle of free movement of capital and payments as enshrined in Articles 63 - 66 TFEU.“⁸⁹

Schließlich heißt es in der jüngsten Neunten Änderungsverordnung zur Außenwirtschaftsverordnung lediglich, dass „die Verordnung [...] mit dem Recht der Europäischen Union und mit völkerrechtlichen Verträgen vereinbar“ sei.⁹⁰ Die KOM selbst geht bei ihrem Vorschlag von einer ausschließlichen Unionskompetenz aus. Sie benennt in dem KOM-Vorschlag als „Legal Basis“ Art. 207 Abs. 1 AEUV. Interessant ist auch die Aussage der Bundesregierung aus dem Jahr 2008 auf eine kleine Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion hinsichtlich der damaligen Novellierung des AWG. Darin heißt es:

„Nach Auffassung der Bundesregierung ist der Referentenentwurf mit dem Vertrag von Lissabon vereinbar. Durch den Vertrag von Lissabon wird Artikel 133 EG-Vertrag [jetzt Art. 207 AEUV) auf Investitionen erweitert. Artikel 56 ff. EG-Vertrag [jetzt Art. 63 ff AEUV] werden durch den Vertrag von Lissabon jedoch insofern nicht geändert. Daher wird die Zulässigkeit von Einschränkungen des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs nach Artikel 58 Abs. 1 Buchstabe b EG-Vertrag [jetzt Art. 65 Abs. 1 lit. b] nicht berührt.“⁹¹

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Institutionen der Union ebenso wie nationale Institutionen anscheinend von einem unumstößlichen Recht der MS ausgehen, Investitionen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu untersagen. Somit sind zwar Aussagen zu finden, die sich als Beurteilung der Kompetenzlage lesen lassen. Jedoch erschließt sich aus den genannten Aussagen nicht immer, aus welcher Kompetenznorm das Recht der MS entspringen soll oder weshalb der Rechtfertigungsgrund aus Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV auf die ausschließliche Kompetenz der Union aus Art. 207 Abs. 1 AEUV Anwendung finden kann. Es ist daher eine weitere Auseinandersetzung mit den vertretenen Positionen bzgl. des Kompetenzgefüges für FDI-Screening geboten.

b) Position 1 – Art. 207 Abs. 1 AEUV als einschlägige Kompetenznorm für FDI-Screening

Eine in der Literatur stark vertretene Meinung trägt – in der Regel ohne ausführliche Begründung – vor, dass Art. 207 Abs. 1 AEUV sämtliche autonomen Regelungen

⁸⁹ Grieger, Briefing: Foreign direct investment screening, A debate in light of China EU FDI flows, 5, (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁹⁰ BT-Drucks. 18/13417 vom 25. August 2017, Neunte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 12. Juli 2017, 9.

⁹¹ BT-Drucks. 16/7668 vom 3. Januar 2008, 3 (Hervorhebung durch den Verfasser).

bezüglich FDI erfasst.⁹² Darunter würde somit auch eine beschränkende autonome Maßnahme wie ein FDI-Screening fallen.⁹³

Rechtsfolge dieser Annahme ist hinsichtlich nationaler Kontrollmechanismen die oben genannte Konsequenz, dass aufgrund der exklusiven Natur der Unionskompetenz den MS kein Spielraum mehr für nationalstaatliche Regelungen verbleibt.⁹⁴ Ohne eine Ausnahmevorschrift müssten die nationalen Regelungen somit unanwendbar bleiben.⁹⁵ Bisherige mitgliedstaatliche FDI-Screenings von ausländischen Direktinvestitionen wären somit derzeit unionsrechtswidrig. Wenn ein nationales FDI-Screening neben Direktinvestitionen potentiell auch Portfolioinvestitionen erfasst, dürfte indessen auch bei dieser Position nur von einer Teilnichtigkeit auszugehen sein, da Art. 207 Abs. 1 AEUV Portfolioinvestitionen nicht erfasst⁹⁶ und sich die Ausschließlichkeit des Kompetenztitels somit nicht auf die mitgliedstaatlichen Befugnisse in diesem Bereich auswirken kann.⁹⁷

c) *Position 2 – Anwendbarkeit der Rechtfertigung nach Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV auch für Art. 207 Abs. 1 AEUV*

Diese erste Position wird teilweise insofern modifiziert, dass zwar Art. 207 Abs. 1 AEUV als Rechtsgrundlage für FDI-Screenings angenommen wird, allerdings die Rechtfertigung aus Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV zur Anwendung kommen soll.⁹⁸

⁹² *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 207, Rn. 40, 43.; *Bungenberg*, in: ders./Griebel/Hindelang (Hrsg), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 81 (94 f.); *Herrmann*, EuZW 2010, 207 (209 f.); *Hindelang/Maydell*, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 11 (72 ff.).

⁹³ *Herrmann*, EuZW 2010, 207 (209 ff.).

⁹⁴ Frage ob AWG und AWV EU rechtskonform waren, stellt sich schon länger, vgl *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment, 225 ff.; *Müller-Ibold*, in: Herrmann/Terhechte (Hrsg), EYIEL 2010, 103 (112 ff.).

⁹⁵ Siehe auch allgemein zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts bei ausschließlichen Kompetenzen statt aller: *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV, Art 1 AEUV, Rn. 16 ff.

⁹⁶ Gutachten 2/15 vom 16. Mai 2017, Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur, Rn. 80 ff.

⁹⁷ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 157; *Sonder*, The European Legal Forum 2010, 29 (29).

⁹⁸ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 281 f.; *Beuttenmüller*, RLR 2011, 281 (288 f.).

(1) *Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV als Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit*

Als geschriebener Rechtfertigungsgrund lässt es Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV zu, dass MS „Maßnahmen [...] ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind“.⁹⁹ Der deutsche Gesetzgeber scheint von diesem Rechtfertigungsgrund beim nationalen FDI-Screening Gebrauch machen zu wollen, wenn in § 4 Abs. 1 Nr. 4 AWG auf „die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland im Sinne [...] des Artikels 65 Absatz 1“ AEUV Bezug genommen wird.¹⁰⁰

Weil die systematische Stellung und der Wortlaut¹⁰¹ nahelegen, dass der Rechtfertigungsgrund von Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV grundsätzlich nur auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit Anwendung findet, wird vorgeschlagen, den Anwendungsbereich des Rechtfertigungsgrundes mittels Art. 207 Abs. 6 Alt. 1 AEUV auf Maßnahmen nach Art. 207 Abs. 1 AEUV zu erstrecken.¹⁰²

(2) *Bedeutung von Art. 207 Abs. 6 AEUV*

In Art. 207 Abs. 6 Alt. 1 AEUV ist das Verbot der zusätzlichen Kompetenzbegründung enthalten.¹⁰³ Mittels dieser Norm soll nach Ansicht einiger Vertreter die Beschränkungsmöglichkeit aus Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV in die Maßnahmen der gemeinsamen Handelspolitik „hineingezogen“ werden.¹⁰⁴

Die Streitfrage, ob in Art. 207 Abs. 6 Alt. 1 eine rein deklaratorische Wiederholung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung¹⁰⁵ oder eine tatsächliche Begrenzung der Außenkompetenzen der Union erblickt werden kann,¹⁰⁶ ist dabei nicht von Relevanz. Beide Ansichten gehen davon aus, dass es die zentrale Aussage der Norm ist, dass die interne Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und MS auch bei Ausübung der

⁹⁹ Auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe können Beachtung finden, vgl. EuGH, Rs C-101/05, *Skatteverket*, Slg. 2007, I-11531 Rn. 39.

¹⁰⁰ Bedenken dahingehend, dass dieser unionsrechtliche Rechtfertigungsgrund die deutschen Regelungen zu tragen fähig ist, äußert *Tietje*, *Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutz vor „Staatsfonds“*, 5 ff.

¹⁰¹ In Art. 65 Abs. 1 AEUV heißt es: „*Artikel 63* berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten [...]“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹⁰² *Schmitt*, *Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten*, 281 f.; *Beuttenmüller*, RLR 2011, 281 (288 f.).

¹⁰³ Vgl. *Weiß*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 207, Rn. 76 ff.; *Tietje*, in: *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), *Der Lissabonner Reformvertrag*, 237 (244 f.).

¹⁰⁴ *Schmitt*, *Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten*, 281 f.; *Beuttenmüller*, RLR 2011, 281 (288 f.); wohl auch *Braunack*, *EuZW* 2018, 188 (193).

¹⁰⁵ *Herrmann*, *EuZW* 2010, 207 (210) spricht insofern von einer „unnötige[n] Klarstellung“; *Tietje*, in: *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), *Der Lissabonner Reformvertrag*, 237 (244); *Johannsen*, *Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon*, 18 ff.

¹⁰⁶ Ausführlich dazu: *Weiß*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 207, Rn. 78 ff.; ebenfalls zur Diskussion vgl. *Schmitt*, *Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten*, 93 ff.

Kompetenzen nach Art. 207 AEUV, insbesondere bei der Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, bestehen bleibt. Doch was bedeutet dieses Ergebnis für die Anwendbarkeit von Art. 65 Abs. 1 AEUV und damit einhergehend für nationalstaatliche FDI-Screening-Mechanismen?

Beim FDI-Screening geht es nicht um die vertragliche Handelspolitik der Union und die Frage, auf welche Weise abgeschlossene Abkommen umgesetzt werden können. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Beschränkungsmöglichkeit der MS aus Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV auch bei autonomen Maßnahmen der Union nach Art. 207 Abs. 2 AEUV erhalten bleiben sollte.¹⁰⁷ Anliegen des Art. 207 Abs. 6 Alt. 1 AEUV ist es, die umgekehrte Anwendung der Art. 216 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 AEUV auszuschließen, damit eine Innenkompetenz für die Union nicht von der bestehenden Außenkompetenz der Union abgeleitet wird.¹⁰⁸ Somit ist Charakter des Art. 207 Abs. 6 AEUV gerade, dass die interne Zuständigkeitsverteilung bei der *Umsetzung* von Maßnahmen festgeschrieben wird. Völkerrechtliche Abkommen bedürfen einer ggf mitgliedstaatlichen Umsetzung in nationales Recht, wohingegen eine VO als Maßnahme der autonomen Handelspolitik keiner weiteren Umsetzungsakte bedarf. Rechte der MS, wie jene aus Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV, die bei einer Umsetzung zu beachten wären, leben daher bei autonomen Maßnahmen auch in Anbetracht von Art. 207 Abs. 6 Alt. 1 AEUV nicht auf.¹⁰⁹ Ferner ist fraglich, ob Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV, der einen Rechtfertigungsgrund für beschränkende Maßnahmen im Bereich des Zahlungs- und Kapitalverkehrs vorsieht, überhaupt als Norm zur Abgrenzung von Zuständigkeiten iSd Art. 207 Abs. 6 AEUV angesehen werden kann.

(3) *Zwischenfazit*

Über Art. 207 Abs. 6 Alt. 1 AEUV kann der Rechtfertigungsgrund des Art. 65 Abs. 1 lit. b. AEUV nicht zur Anwendung kommen. Wird demnach eine Unionskompetenz für FDI-Screening aus Art. 207 Abs. 1 AEUV angenommen, geht damit unweigerlich die Konsequenz einher, dass nationalstaatliche FDI-Screening-Mechanismen, in Ermangelung einer Rückermächtigung, unionsrechtswidrig sind.

d) *Position 3 – Art. 64 Abs. 3 als einschlägige Kompetenznorm für FDI-Screening*

Eine weithin unbeachtete und wenig ausformulierte dritte Position zieht das allgemeine Postulat der Vorrangigkeit von Art. 207 Abs. 1 AEUV gegenüber Art. 64 AEUV

¹⁰⁷ So aber *Beuttenmüller*, RLR 2011, 281 (289); *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 281 f.

¹⁰⁸ *Herrmann*, EuZW 2010, 207 (209); *Beuttenmüller*, RLR 2011, 281 (288 f.) spricht davon, dass ein „umgekehrter AETR-Effekt“ vermieden werden solle.

¹⁰⁹ Wie hier: *Herrmann*, EuZW 2010, 207 (209 f.).

für autonome Maßnahmen zumindest in Zweifel.¹¹⁰ Tatsächlich wird bei genauerer Betrachtung deutlich, dass die Argumente, die für die Begründung des Vorrangs von Art. 207 Abs. 1 AEUV vorgebracht werden, für autonome Maßnahmen der Union nicht in gleicher Weise greifen.¹¹¹ Zudem würde ein Rückgriff auf Art. 64 AEUV rechtliche und politische Friktionen bezüglich FDI-Screening-Mechanismen vermeiden.

(1) *Untauglichkeit der Argumente zum Vorrang von Art. 207 Abs. 1 AEUV bei autonomen Maßnahmen*

Es wurde festgehalten, dass Art. 207 Abs. 1 AEUV für vertragliche Maßnahmen im Bereich der Direktinvestitionen die speziellere Norm ist. Das Argument, dass die explizite Vertragsschlusskompetenz aus Art. 207 Abs. 1 AEUV der nur impliziten Vertragsschlusskompetenz aus Art. 64 Abs. 2 AEUV vorgehen müsse,¹¹² verfängt bei autonomen Maßnahmen nicht. Für autonome Maßnahmen sind in Art. 64 Abs. 2, 3 AEUV ebenso wie in Art. 207 Abs. 1, 2 AEUV explizite Kompetenzen und Instrumente enthalten.

Auch das Argument, dass sich die Grundfreiheiten maßgeblich auf den Binnenmarkt und nicht auf die Aushandlung und den Abschluss internationaler Übereinkünfte beziehen¹¹³, greift nicht für autonome Maßnahmen. Art. 64 Abs. 2, 3 AEUV ist als Kompetenz auf den Erlass interner Rechtsakte zugeschnitten,¹¹⁴ wohingegen Art. 207 AEUV wegen der ausführliche Darstellung des Verfahrens für Verhandlungen und den Abschluss von Abkommen die treffende Norm zur Außenkompetenz ist.¹¹⁵ Jedoch ist eine Regelung zum FDI-Screening ein interner Rechtsakt, für den Art. 64 Abs. 2, 3 AEUV wie maßgeschneidert sind. Schließlich verfängt die Aussage, dass die Möglichkeit für mitgliedstaatliche Handelsabkommen die Ausgestaltung einer einheitlichen gemeinsamen Handelspolitik, wie von Art. 207 Abs. 1 AEUV gefordert, untergraben könnte,¹¹⁶ bei autonomen Maßnahmen jedenfalls nicht in gleicher Weise.

¹¹⁰ In diese Richtung *Hindelang*, Kommentierung der Vorschriften zum Kapital- und Zahlungsverkehr im AEUV, Art. 64, Rn. 21 f. Ebenfalls ausführlich zur Abgrenzung der Normen, ohne jedoch speziell für FDI-Screening eine Entscheidung zu fällen: *Clostermeyer*, Staatliche Übernahmeverweh und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, 101 f.

¹¹¹ *Hindelang*, Kommentierung der Vorschriften zum Kapital- und Zahlungsverkehr im AEUV, Art. 64, Rn. 25; *Clostermeyer*, Staatliche Übernahmeverweh und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, 104 f.

¹¹² *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 21.

¹¹³ *Benyon*, Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms, 83.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Vgl. *Dimopoulos*, CYELP 4 (2008), 101 (113); *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 21.

¹¹⁶ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 280 f.; *Benyon*, Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms, 83.

(2) *Passendere Rechtsfolgen von Art. 64 Abs. 3 AEUV*

Würde auf Art. 64 Abs. 3 AEUV als Rechtsgrundlage für FDI-Screenings zurückgegriffen werden, käme dies jedenfalls den MS vor dem Hintergrund der Rechtsfolgen und des Gesetzgebungsverfahrens ebenfalls zupass.

Die Wahl von Art. 64 Abs. 3 AEUV als Kompetenznorm hätte den praktischen Vorteil, dass die Anwendbarkeit des Rechtfertigungsgrundes aus Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV sichergestellt wird. Die MS können unabhängig von einer Rückermächtigung durch die Union ihre FDI-Screenings beibehalten. Allerdings ist es für sich genommen kein tragfähiges juristisches Argument, von der passableren Rechtsfolge auf die Kompetenznorm zu schließen.

Jedoch erscheint auch das in Art. 64 Abs. 3 AEUV niedergelegte Gesetzgebungsverfahren für FDI-Screenings passender.¹¹⁷ Nach Art. 207 Abs. 2 AEUV findet für die VO das ordentliche Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 289 Abs. 1 AEUV iVm Art. 294 AEUV, mithin eine Beschlussfassung im Rat mit qualifizierter Mehrheit, statt. Wenn es um die Zulassung oder Ablehnung von FDI auf dem Territorium eines MS geht, ist jedoch ein hochpolitischer Bereich betroffen. Das in Art. 64 Abs. 3 AEUV vorgesehene besondere Gesetzgebungsverfahren sichert mit dem Einstimmigkeitserfordernis im Rat, dass nicht gegen den ausdrücklichen Willen eines MS in diesen sensiblen Bereich eingegriffen wird.

Aus Sicht der MS würde somit die geeignetere Rechtsfolge und das passendere Verfahren für Art. 64 Abs. 3 AEUV als Rechtsgrundlage für ein FDI-Screening sprechen.

(3) *Erkenntnisse aus dem Singapur-Gutachten*

Dieser Rechtsauffassung könnte sich der EuGH jedoch bereits im Gutachten 2/15 in den Weg gestellt haben.¹¹⁸ Eine Analyse der einschlägigen Passagen ergibt jedoch, dass sich der EuGH zur Frage der richtigen Rechtsgrundlage für FDI-Screenings nicht geäußert hat. In Rn. 81 des Gutachtens 2/15 findet sich die umständlich formulierte Aussage:

„Die Union verfügt [...] nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. e AEUV über die ausschließliche Zuständigkeit für die Genehmigung jeder Verpflichtung gegenüber einem Drittstaat, die sich auf Investitionen natürlicher oder juristischer Personen dieses Drittstaats in der Union und umgekehrt bezieht, die die Möglichkeit bietet, sich tatsächlich an der Verwaltung oder Kontrolle einer Gesellschaft zu beteiligen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.“¹¹⁹

Hier ist vor allem der Beginn interessant, in dem es heißt, dass die Union die Zuständigkeit „für die Genehmigung jeder Verpflichtung gegenüber einem Drittstaat“ besitzt. Es geht um den Fall, dass eine vertragliche Verpflichtung zwischen der Union und einem Drittstaat bezüglich FDI ausgehandelt wurde. In diesem Fall hat die Union die

¹¹⁷ Zum Vergleich der Verfahren, *Clostermeyer*, Staatliche Übernahmeabwehr und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, 104 f.

¹¹⁸ EuGH, Gutachten 2/15 vom 16. Mai 2017, Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur.

¹¹⁹ *Ibid.*, Rn. 81.

ausschließliche Kompetenz zur Genehmigung dieser Verpflichtung. Hier ist somit nur die ausschließliche Zuständigkeit der Union im Bereich der vertraglichen Handelspolitik in Bezug auf FDI gemeint. Ob eine Verordnung zum FDI-Screening auf Art. 207 Abs. 1 AEUV oder auf Art. 64 Abs. 2,3 AEUV zu stützen ist, bleibt somit im Gutachten 2/15 offen.

Es lassen sich im Gegenteil Aussagen des EuGH in dem Gutachten finden, die darauf hindeuten, dass FDI-Screening nicht zwangsläufig als eine Maßnahme der gemeinsamen Handelspolitik zu werten ist. So heißt es in Rn. 36:

„Insoweit ist nach ständiger Rechtsprechung ein Rechtsakt der Union, wie ein von dieser geschlossenes Abkommen, nicht schon deshalb zu der Kategorie von Rechtsakten, die unter die gemeinsame Handelspolitik fallen, zu zählen, weil er bestimmte Auswirkungen auf den Handelsverkehr mit einem oder mehreren Drittstaaten haben kann. Dagegen ist ein Rechtsakt der Union Teil der gemeinsamen Handelspolitik, wenn er speziell diesen Handelsverkehr betrifft, weil er ihn im Wesentlichen fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt.“¹²⁰

Eine Maßnahme der gemeinsamen Handelspolitik und damit eine Maßnahme, die auf Art. 207 Abs. 1 AEUV zu stützen ist, soll somit immer dann vorliegen, wenn sie speziell den Handelsverkehr der Union mit einem Drittstaat betrifft, wenn sie ihn fördern, erleichtern oder regeln soll und sich direkt und sofort auf ihn auswirkt. Ein FDI-Screening soll den Handelsverkehr mit Drittstaaten zwar regeln, allerdings fehlt erstens ein spezifischer Bezug zu dem Handelsverkehr mit einem bestimmten Drittstaat und zweitens fehlt es an direkten und sofortigen Auswirkungen auf den Handelsverkehr. Ein FDI-Screening ist allgemein auf den Handelsverkehr mit sämtlichen Drittstaaten gerichtet. Auch ist zwar durch die Installation eines Prüfmechanismus grundsätzlich mit einer jedenfalls geringfügigen Veränderung des Kapitalverkehrs zu rechnen. Ein Automatismus dahingehend besteht indessen nicht. Es liegt bei einem FDI-Screening somit eine Sachlage vor, die von S. 1 der zitierten Passage des Gutachtens erfasst wird: Der KOM-Vorschlag ist gerichtet auf einen Rechtsakt, der „bestimmte Auswirkungen auf den Handelsverkehr mit einem oder mehreren Drittstaaten haben *kann*“¹²¹. Dies allein reicht für sich genommen aber nicht aus, um ihn der Kategorie von Rechtsakten zuzuordnen, die unter die gemeinsame Handelspolitik fallen.

Auch ist im Kontext von Ausnahmenvorschriften zur Schlechterstellung von Investoren gegenüber Inländern bei besonderen Ereignissen zu lesen, dass auch der EuGH von einer Zuständigkeit der MS im Bereich der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit und anderer öffentlicher Interessen ausgeht.¹²² Der EuGH tritt somit Beschränkungsmöglichkeiten durch die MS zumindest nicht verschlossen gegenüber.

¹²⁰ *Ibid.*, Rn. 36.

¹²¹ *Ibid.*, Rn. 36 (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹²² *Ibid.*, Rn. 103.

(4) Verfassungsrechtliche Grenzen der Unionskompetenz

Möglicherweise nicht als tragendes rechtliches, jedoch politisch bedeutsames Argument für die Bevorzugung von Art. 64 Abs. 3 AEUV als Kompetenzgrundlage spricht auch dessen bessere Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG. Neben den vom BVerfG benannten, der traditionellen Staatlichkeit vorbehaltenen Bereichen¹²³, wurde zusätzlich allein das Außenwirtschaftsrecht in der Lissabon-Entscheidung des BVerfG¹²⁴ darauf überprüft, ob der Vertrag von Lissabon den MS noch ausreichend nationale Gestaltungsspielräume belässt.¹²⁵ Es stellt sich hier konkret die Frage, ob die Nationalstaatlichkeit zu weit eingeschränkt werden würde, wenn den MS kein Mitspracherecht bei der Zulassung von FDI im eigenen Hoheitsgebiet mehr verbliebe. Das BVerfG hat formuliert, dass die neuen außenwirtschaftsrechtlichen Kompetenzen der Union so ausgeübt werden müssen, dass „auf mitgliedstaatlicher Ebene sowohl im Umfang als auch in der Substanz noch Aufgaben von hinreichendem Gewicht bestehen, die rechtlich und praktisch Voraussetzung für eine lebendige Demokratie sind.“¹²⁶ Vor diesem Hintergrund ist es (jedenfalls politisch) angezeigt, bei mehreren zur Wahl stehenden Rechtsgrundlagen, jene zu wählen, die nationalstaatliche Befugnisse am weitestgehendsten schonen.¹²⁷ Mittels der Kompetenzgrundlage des Art. 64 Abs. 3 AEUV ist erstens die Beschränkungsmöglichkeit aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gem. Art. 65 Abs. 1 AEUV primärrechtlich garantiert und zweitens sichert das Einstimmigkeitserfordernis des besonderen Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 64 Abs. 3 iVm Art. 289 Abs. 2 AEUV, dass kein MS in diesem hochsensiblen Bereich überstimmt wird. Dies ist ein deutlich milderer Einschnitt als der Weg über die exklusive Kompetenz aus Art. 207 Abs. 1 AEUV und die von der Gunst der Union abhängende Lösung mittels einer Rückermächtigung gem. Art. 2 Abs. 1, 2 HS AEUV. Eine solche Auslegung trüge auch Art. 4 Abs. 2 EUV Rechnung, nach dem die Union die nationalen Identitäten der MS und den Schutz der nationalen Sicherheit zu achten habe.

e) Streitentscheid: Dennoch Art. 207 Abs. 1 AEUV als Kompetenzgrundlage für FDI-Screening

Es wurden somit zahlreiche Gründe und Bedenken genannt, die die Vorzugswürdigkeit von Art. 64 Abs. 3 AEUV als Kompetenzgrundlage für FDI-Screenings herausstellen. Jedoch gebietet das in Art. 207 Abs. 1 AEUV aufgestellte Erfordernis, dass die gemeinsame Handelspolitik nach „einheitlichen Grundsätzen“ gestaltet wird, dass

¹²³ Siehe z.B. BVerfGE 123, 267, Rn. 249 – Lissabon.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Weiß, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 35 (47 f.).

¹²⁶ BVerfGE 123, 267, Rn. 351 – Lissabon.

¹²⁷ Aus älteren Entscheidungen des EuGH ließ sich hingegen der Schluss ziehen, dass im Überschneidungsbereich von Kompetenznormen die integrationsfreundlichere Norm einschlägig sei, EuGH, Rs C-300/89, *Kommission/Rat (Titandioxid)*, Slg. 1991, I-2867, vgl. *Nettesheim*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht, 389 (436 f.).

Art. 207 Abs. 1 AEUV als Kompetenzgrundlage für FDI-Screening herangezogen wird.¹²⁸ Darüber hinaus erschwert die derzeitige Judikatur des EuGH zur Abgrenzung zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit den Rückgriff auf Art. 64 Abs. 3 AEUV.

(1) „Einheitliche Grundsätze“ erfordern ausschließliche Kompetenz nach Art. 207 Abs. 1 AEUV

Der große Nachteil daran, den MS mittels des Rechtfertigungsgrundes aus Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV die Möglichkeit einzuräumen, Investitionen aus Drittländern zu beschränken, besteht darin, dass dadurch ein Flickenteppich an FDI-Screening-Mechanismen ermöglicht und befördert würde. In dem hochrelevanten handelspolitischen Bereich der ausländischen Direktinvestitionen gilt es, die Einheitlichkeit des stark vernetzten europäischen Wirtschaftsraumes zu wahren. Gerade dies ist ein Anliegen des in Art. 207 Abs. 1 AEUV niedergelegten Kompetenztitels.¹²⁹ Ein gemeinsames Vorgehen in der Handelspolitik ist für die Union seit jeher, und in aktuellen Zeiten in besonderem Maße, nicht nur politisch ratsam, sondern *raison d'être*. Divergierende Handlungen der MS könnten hingegen von Investoren aus Drittländern ausgenutzt werden.¹³⁰ Es schlägt somit ein Argument, dass für die vertragliche Handelspolitik gilt, auch auf den Bereich der autonomen Maßnahmen durch: Wie soll eine Handelspolitik nach einheitlichen Grundsätzen gestaltet werden, wenn den MS die Möglichkeit verbleibt, nationalstaatliche (vertragliche oder autonome) handelspolitische Maßnahmen in den von Art. 207 Abs. 1 AEUV genannten Bereichen vorzunehmen?¹³¹ Das Erfordernis, die Handelspolitik der Union nach einheitlichen Grundsätzen zu gestalten, macht es unumgänglich, dass auch wenn ein Regelungsgegenstand – wie hier die ausländischen Direktinvestitionen – in den Anwendungsbereich einer Grundfreiheit fällt, dennoch Art. 207 Abs. 1 iVm Art. 207 Abs. 2 AEUV für die einschlägige autonome Maßnahme als Kompetenzgrundlage heranzuziehen ist, so lange der Regelungsgegenstand unmittelbaren Bezug zur gemeinsamen Handelspolitik besitzt.¹³² FDI-Screening-Mechanismen unterfallen somit der ausschließlichen Kompetenz der Union nach Art. 207 Abs. 1 AEUV.¹³³ Maßnahmen in diesem Bereich sind auf Art. 207 Abs. 1 AEUV iVm Art. 207 Abs. 2 AEUV zu stützen.

¹²⁸ In diese Richtung auch *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 280 f.

¹²⁹ Zu den Gründen für die Übertragung der Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen auf die EU, vgl. *Ibid.*, 46 ff.

¹³⁰ Siehe dazu *Brauneck*, EuZW 2018, 188 (189).

¹³¹ *Benyon*, Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms, 83.

¹³² So auch *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 280 f.

¹³³ Zur ausschließlichen und umfassenden Befugnis, alle Materien die mit FDI zusammenhängen zu regeln, siehe allgemein auch: *Cottier/Trinberg*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht, Art. 207, Rn. 60.

(2) *Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung von Kapital- und Niederlassungsfreiheit*

Direktinvestitionen können sowohl in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 Abs. 1 AEUV als auch in jenen der Niederlassungsfreiheit nach Art. 47 Abs. 1 AEUV fallen.¹³⁴ Die vorgehend dargestellte kompetenzrechtliche Problematik stellt sich jedoch nur, wenn für die in Frage stehenden Investitionen die Vorschriften der Kapitalverkehrsfreiheit und nicht jene der Niederlassungsfreiheit als einschlägig betrachtet werden. Für den hier betrachteten Fall der aus einem Drittstaat stammenden ausländischen Direktinvestitionen ist die Abgrenzung essentiell, da sich Drittstaatsangehörige nur auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen können.¹³⁵

Nach der Rechtsprechung des EuGH wird in dem Fall, dass die zu prüfenden Normen nur für Kontrollbeteiligungen anwendbar sind, die Kapitalverkehrsfreiheit durch die Niederlassungsfreiheit verdrängt.¹³⁶ Fraglich ist somit, ob der KOM-Vorschlag nur Kontrollbeteiligungen erfasst, die Vorschriften der Niederlassungsfreiheit somit ihre verdrängende Wirkung entfalten und sich der Kompetenzkonflikt zwischen Art. 64 Abs. 3 und Art. 207 Abs. 1 AEUV gar nicht in dieser Form stellt.

((a)) Bedeutung der Definition „ausländische Direktinvestitionen“ in Bezug auf Art. 2 Nr. 1 des KOM-Vorschlages

Der KOM-Vorschlag definiert in Art. 2 Nr. 1 „ausländische Direktinvestitionen“ als:

„[D]urch ausländische Investoren getätigte Investitionen jeder Art zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen dem ausländischen Investor und dem [...] Unternehmen, [...] *einschließlich* Investitionen, die eine effektive Beteiligung an der Verwaltung oder Kontrolle eines Unternehmens ermöglichen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausführt.“¹³⁷

Aufgrund dieser ungewöhnlichen Formulierung („einschließlich“) könnte der Eindruck entstehen, dass die KOM davon ausgeht, dass es neben Direktinvestitionen, die einen Kontrollerwerb darstellen, noch eine weitere Kategorie an Direktinvestitionen gibt, die geringeren Einfluss gewähren,¹³⁸ aber gleichwohl keine bloßen

¹³⁴ Zur Abgrenzung allgemein siehe *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 63, Rn. 312 ff.

¹³⁵ Vgl. EuGH, Rs C-157/05, *Holböck*, Slg 2007, I-4051, Rn. 28; Rs C-102/05, *A und B*, Slg 2007, I-3871, Rn. 29. Unionsbürger und unionsangehörige juristische Personen können sich grundsätzlich auf beide Grundfreiheiten berufen, weshalb die Abgrenzung dort weniger relevant ist, dazu auch *Hindelang/Hagemeyer*, EuZW 2017, 882 (885).

¹³⁶ EuGH, Rs C-35/11, *FII Group Litigation II*, Rn. 90 ff.; Rs C-686/13, *X AB*, Rn. 17 ff.; Rs C-385/12, *Hervis*, Rn. 21 ff; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 63, Rn. 318; *Hindelang/Hagemeyer*, EuZW 2017, 882 (885).

¹³⁷ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹³⁸ *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 207, Rn. 46 spricht etwa von einer „effektive[n] Managementbeteiligung“ und der „bloße[n] Beeinflussung der

Portfolioinvestitionen¹³⁹ sind. Die Niederlassungsfreiheit könnte für diesen Teilbereich an ausländischen Direktinvestitionen, der sich zwischen Kontrollerwerb und Portfoliobeteiligungen befinden würde, keine verdrängende Wirkung entfalten, da die Art. 49 ff. AEUV nur Investitionen betreffen, die dem Investor bestimmenden bzw sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Zielgesellschaft ermöglichen.¹⁴⁰ Folglich könnten für diese Fallgruppe die Vorschriften der Kapitalverkehrsfreiheit Anwendung finden und der oben beschriebene kompetenzrechtliche Konflikt zwischen Art. 64 Abs. 3 und Art. 207 Abs. 1 AEUV würde virulent.¹⁴¹

Jedoch ist davon auszugehen, dass die KOM in der Formulierung lediglich klarstellen möchte, dass nicht nur der Kontrollerwerb eines Unternehmens unter den Begriff der „ausländische Direktinvestition“ iSd KOM-Vorschlages fällt, sondern auch das „Greenfield Investment“, bei dem der ausländische Investor ein Unternehmen in einem MS neu aufbaut oder bestehende Produktionskapazitäten erweitert.¹⁴² Zwar werden durch ein „Greenfield Investment“ selten Beziehungen zwischen einem Investor und einem Unternehmen hergestellt. Es ist aber schlicht kein Grund erkennbar, weshalb die KOM in dem Vorschlag die hergebrachte Unterscheidung zwischen Portfolio- und Direktinvestitionen aufweichen sollte, indem sie eine neue (Zwischen-) Kategorie von Direktinvestitionen erschafft. Die in Art. 2 Nr. 1 des KOM-Vorschlages enthaltene Begriffsbestimmung bedeutet somit, dass die VO für solche Investitionen gelten soll, die wegen der Eigenart als „Greenfield Investment“ oder wegen des Kontrollerwerbs eines fremden Unternehmens als ausländische Direktinvestition bezeichnet werden müssen. Beide Spielarten der ausländischen Direktinvestition fallen – jedenfalls nach Ansicht des EuGH – in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit. Der Rückgriff auf die Vorschriften der Kapitalverkehrsfreiheit wäre nach der derzeitigen Judikatur des EuGH somit versperrt.

((b)) Kritik an der Rechtsprechung des EuGH

Jedenfalls kurz hinzuweisen ist noch auf die berechtigte Kritik an der Rechtsprechung des EuGH bezüglich der verdrängenden Wirkung der

Geschäftspolitik“. In diese Richtung, EuGH, Rs C-326/07, *Kommission/Italien*, Slg 2009, I-2291, Rn. 34 f.

¹³⁹ Unionsrechtlich wurde und wird stets zwischen Portfolio- und Direktinvestitionen unterschieden, vgl. *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 207, Rn. 46. Portfolioinvestitionen können auch deshalb nicht von dem KOM-Vorschlag erfasst sein, weil Art. 207 Abs. 1 AEUV für diesen Bereich keine Kompetenzgrundlage bietet, vgl. EuGH, Gutachten 2/15 vom 16. Mai 2017, *Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur*, Rn. 84.

¹⁴⁰ *Wojcik*, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 63, Rn. 64 ff.

¹⁴¹ In eine ähnliche Richtung *Brauneck*, *EuZW* 2018, 188 (192 f.), der darauf abstellt, dass Art. 207 Abs. 1 AEUV nur eine Regelung von Direktinvestitionen iSv Kontrollerwerben ermöglichen. Der KOM-Vorschlag regle auch andere Investitionen und könne folglich nicht allein auf Art. 207 Abs. 1 AEUV gestützt werden.

¹⁴² Siehe zur Definition nach dem Verständnis des European Political Strategy Centre (EPSC), *Greenfield Investment Monitor*, Issue 1, May 2017, erhältlich im Internet: <<https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/greenfield-investment-monitor-1.pdf>> (besucht am 30. Mai 2018).

Niederlassungsfreiheit.¹⁴³ Insbesondere ist es logisch kaum erklärlich, wie die von vornherein tatbestandlich nicht auf Drittstaatsangehörige anwendbaren Vorschriften der Niederlassungsfreiheit eine verdrängende Wirkung entfalten können sollen.¹⁴⁴ Auf die Paradoxie, dass nach Maßgabe der EuGH-Rechtsprechung mit Erhöhung der Investitionssumme der Grundfreiheitschutz für drittstaatliche Investoren abnimmt, wurde ebenfalls bereits an anderer Stelle hingewiesen.¹⁴⁵ Wird der EuGH-Rechtsprechung zur Abgrenzung von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit und der verdrängenden Wirkung der Art. 49 ff. AEUV trotz guter Gegenargumente gefolgt, ergibt sich der besprochene kompetenzrechtliche Konflikt damit nicht.

3. Rückermächtigung der Union an MS

Wird zutreffend angenommen, dass für Maßnahmen der Kontrolle von FDI Art. 207 Abs. 1 AEUV die passende Rechtsgrundlage ist, eröffnet der KOM-Vorschlag eine Möglichkeit zur Wiederherstellung von Unionsrechtskonformität.¹⁴⁶ Sollte der KOM-Vorschlag als VO verabschiedet werden, so wäre darin eine Rückermächtigung von der Union an die MS zu sehen, wie sie auch an anderen Stellen im Unionsrecht praktiziert wird.¹⁴⁷ Art. 2 Abs. 6 AEUV verweist für die Einzelheiten der Ausübung der Unionskompetenzen auf die Bestimmungen der Verträge in den einzelnen Bereichen. Bezüglich der gemeinsamen Handelspolitik ist in Art. 207 Abs. 2 AEUV geregelt, dass das Europäische Parlament und der Rat Verordnungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 289 Abs. 1 iVm 294 AEUV) erlassen. Diese VO können somit als taugliche Grundlage für Rückermächtigungen dienen. Der Erlass der VO nach dem KOM-Vorschlag wäre somit eine Rückermächtigung nach Art. 2 Abs. 1, 2 HS AEUV¹⁴⁸ und würde den MS die Kompetenz zur Beschränkung von FDI aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit übertragen.

E. Fazit und Ausblick

In dem KOM-Vorschlag ist jedenfalls eine teilweise Abkehr von der prinzipiellen

¹⁴³ Sehr treffend bei *Hindelang/Hagemeyer*, EuZW 2017, 882 (885 f.), zuvor ausführlich *Hindelang*, IStR, 2013, 77.

¹⁴⁴ *Hindelang*, IStR 2013, 77 (80).

¹⁴⁵ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Art. 63, Rn. 314; *Hindelang/Hagemeyer*, EuZW 2017, 882 (885 f.)

¹⁴⁶ *Schmitt*, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, 155; *Bungenberg*, in: v. Arnould/Hatje/Müller-Graff (Hrsg), Europäische Außenbeziehungen, 743 (754).

¹⁴⁷ *Bungenberg*, in: v. Arnould/Hatje/Müller-Graff (Hrsg), Europäische Außenbeziehungen, 743 (754 f.) mwN; *Herrmann*, EuZW 2010, 207 (211).

¹⁴⁸ Die Vorschrift wurde durch den Vertrag von Lissabon neu eingeführt und kodifiziert die bisherige Rechtsprechung des EuGH, welcher bereits zuvor eine Rückermächtigung im Bereich von ausschließlichen Gemeinschaftskompetenzen zuließ, obwohl es an einer entsprechenden Norm fehlte, bspw bei der Ausfuhrkontrolle, vgl EuGH, Rs 41/76, *Donckerwolke u.a./Procureur de la République u.a.*, Slg 1976, I-1921, Rn. 32; Rs 174/84, *Bulk Oil/Sun International*, Slg 1986, I-559, Rn. 31.

diplomatischen Forderung¹⁴⁹ nach dem weltweiten Abbau von Investitionsbeschränkungen zu erblicken.¹⁵⁰ Vielmehr wurde dem Anliegen nachgegeben, mit eigenen schärferen Kontrollen ein Drohinstrument zu entwickeln, das für bessere Marktzugangschancen, gerade im chinesischen Raum, sorgen soll.¹⁵¹ Die Analyse des KOM-Vorschlages brachte zutage, dass sich die KOM für einen Weg entschieden hat, der die Entscheidungskompetenzen in Bezug auf die Zulassung von FDI vollständig bei den MS belässt und bestehende nationale FDI-Screening-Mechanismen um einzelne Informations- und Auskunftspflichten ergänzt. Selbst bei Investitionen in Projekte von Unionsinteresse und einem FDI-Screening durch die KOM wird der KOM lediglich die Möglichkeit eingeräumt, eine Stellungnahme zu übermitteln. Somit hat sich die KOM für eine minimalinvasive, koordinierende Rahmen-VO entschieden.

Bei Analyse des unionsrechtlichen Kompetenzgefüges tritt zutage, dass die Argumente, die für den Vorrang von Art. 207 Abs. 1 AEUV als Rechtsgrundlage für Maßnahmen der vertraglichen Handelspolitik sprechen, nicht in gleicher Weise auf den Fall autonomer Maßnahmen – wie einem FDI-Screening – übertragbar sind. Rechtsfolgen, Gesetzgebungsverfahren und verfassungsrechtliche Bedenken sprechen sogar für Art. 64 Abs. 3 AEUV als Rechtsgrundlage für FDI-Screening-Mechanismen. Ausschlaggebend ist jedoch, dass die Gestaltung der gemeinsamen Handelspolitik „nach einheitlichen Grundsätzen“ zu erfolgen hat. Diese Einheitlichkeit kann nur dadurch gewahrt werden, dass der Union für autonome Maßnahmen im Bereich von FDI die ausschließliche Kompetenz des Art. 207 Abs. 1 AEUV zugestanden wird. Wird der (streitbaren) Judikatur des EuGH zur Abgrenzung von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit und zur verdrängenden Wirkung der Art. 47 ff. AEUV gefolgt, so wird der hier beschriebene Kompetenzkonflikt allerdings obsolet. Die Definition des Begriffs „ausländische Direktinvestitionen“ in Art. 2 Nr. 1 des KOM-Vorschlages erfasst sog. „Greenfield Investments“ und Kontrollerwerbe. Nach der EuGH-Rechtsprechung kommt daher die Niederlassungsfreiheit zur Anwendung und ein Rückgriff auf die auch Drittstaatsangehörige schützenden Vorschriften der Kapitalverkehrsfreiheit ist unzulässig.

Mit der Einschlägigkeit von Art. 207 Abs. 1 AEUV als ausschließlicher Kompetenz geht einher, dass derzeitige nationalstaatliche FDI-Screening-Mechanismen nicht im Einklang mit europäischem Recht stehen. Hier könnte die Verabschiedung des KOM-Vorschlages Abhilfe schaffen, da die MS mit der VO zur Installation und Aufrechterhaltung von FDI-Screenings gem. Art. 2 Abs. 1, 2 HS AEUV rückermächtigt würden.

Die Erfolgsaussichten des KOM-Vorschlages erscheinen zum derzeitigen Zeitpunkt

¹⁴⁹ *Bouyala Imbert*, In-depth Analysis: EU economic diplomacy strategy, 11.

¹⁵⁰ *Kafsack*, Verschleierter Protektionismus, FAZ Online vom 28. August 2017, erhältlich im Internet: <<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/eu-handelspolitik-verschleierter-protektionismus-15171091.html>> (besucht am 30. Dezember 2017).

¹⁵¹ *Tauber*, EU-Parlamentarier wollen Europa vor China schützen, WELT Online vom 21. März 2017, erhältlich im Internet: <<https://www.welt.de/wirtschaft/article163045836/EU-Parlamentarier-wollen-Europa-vor-China-schuetzen.html>> (besucht am 30. Dezember 2017), vgl. *Jungbluth*, Challenge and Opportunity Chinese Direct Investment in Germany, 35 f. .

ungewiss.¹⁵² So waren kritische Töne bspw aus Großbritannien zu hören.¹⁵³ Auch von chinesischer Seite wurde bereits Kritik an dem Vorhaben laut.¹⁵⁴ Als jüngste Entwicklung in Deutschland war zu verzeichnen, dass der Bundesrat am 24. November 2017 offiziell Kenntnis von den Plänen der Kommission genommen hat.¹⁵⁵ Bei der Befassung wurde vom Wirtschaftsausschuss angemerkt, dass Eindrücke des Protektionismus, der Überwachungskultur und zusätzliche bürokratische Hürden unbedingt zu vermeiden seien, damit die Union gegenüber anderen Ländern außerhalb der Union nicht an Wettbewerbsfähigkeit einbüßt.¹⁵⁶ Das BMWi geht intern von der Verabschiedung des KOM-Vorschlages bis Ende des Jahres aus.¹⁵⁷

In dem *Letter of Intent* zur *State of the Union* von KOM-Präsident Juncker ist als Start des vorgeschlagenen Rahmens zum FDI-Screening das Ende von 2018 vorgesehen.¹⁵⁸ Am 28. Mai 2018¹⁵⁹ wurde dem KOM-Vorschlag mit 30 zu 7 Stimmen im Ausschuss für Internationalen Handel des Europäischen Parlamentes zugestimmt¹⁶⁰ und Änderungen, in die auch die Stellungnahmen mitberatender Ausschüsse eingeflossen sind, vorgeschlagen. Der erste informelle Trilog zu dem KOM-Vorschlag fand am 10. Juli 2018 statt. Der KOM-Vorschlag dürfte daher als weiterer Meilenstein in die langanhaltende Diskussion zur Investitionskontrolle als Mittel zur Bewältigung von Globalisierungsherausforderungen eingehen.¹⁶¹

¹⁵² Das Europäische Parlament scheint dem Vorhaben eines FDI-Screenings nicht abgeneigt zu sein. Dies zeigt sich in der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 5. Juli 2017 zur Schaffung einer ambitionierten industriepolitischen Strategie der EU (2017/2732(RSP)), Ziff. 20, wo die Kommission zum Screening von FDI aufgefordert wird, erhältlich im Internet: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0305+0+DOC+PDF+V0//DE>> (besucht am 15. Mai 2018).

¹⁵³ Explanatory Memorandum for European Union Legislation and Documents, submitted by the Department for International Trade on 5th October 2017, Nr. 20 ff, erhältlich im Internet: <<https://www.parliament.uk/documents/lords-committees/eu-external-affairs-subcommittee/foreign-direct-investment/EM-foreign-direct-investment.pdf>> (besucht am 15. Mai 2018)

¹⁵⁴ Der Sprecher des chinesischen Außenministeriums sagte laut einem Bericht von China Daily: "Closing the door will not achieve lasting development" und "The losses will outweigh the gains if people resort to protectionist trade policy for short-term interests", China Daily Online vom 18. September 2017, China raises concern over EU investment screening initiative, erhältlich im Internet: <http://www.chinadaily.com.cn/world/cn_eu/2017-09/18/content_32167195.htm> (besucht am 30. Dezember 2017).

¹⁵⁵ BR-Drucks. 655/17 vom 24. November 2017.

¹⁵⁶ BR-Drucks. 655/1/17 vom 13. November 2017.

¹⁵⁷ Für einen knappen Überblick über die Positionen der Parlamente von Frankreich und Italien sowie einiger Stakeholder, siehe: Grieger, Briefing: EU framework for FDI-Screening, January 2018, 6 f.

¹⁵⁸ *Europäische Kommission*, State of the Union 2017, Letter of Intent to President *Antonia Tajani* and to Prime Minister *Jüri Ratas*, 8, erhältlich im Internet: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/letter-of-intent-2017_en.pdf> (besucht am 30. Dezember 2017).

¹⁵⁹ Für eine Übersicht über den Lauf des Verfahrens, siehe Europäisches Parlament, Procedure File, 2017/0224(COD), erhältlich im Internet: <[http://www.europarl.europa.eu/oel/popups/ficheprocedure.do?lang=&reference=2017/0224\(COD\)#keyEvents](http://www.europarl.europa.eu/oel/popups/ficheprocedure.do?lang=&reference=2017/0224(COD)#keyEvents)> (besucht am 15. Mai 2018).

¹⁶⁰ Siehe Results of roll-call votes, 28. Mai 2018, erhältlich im Internet: <<http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/148006/roll-call%20vote%2028-05-2018.pdf>> (besucht am 15. Mai 2018).

¹⁶¹ Vgl dazu *Europäische Kommission*, Reflection Paper on Harnessing Globalisation, COM (2017) 240, 14 f., erhältlich im Internet: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-globalisation_en.pdf> (besucht am 30. Dezember 2017).

SCHRIFTTUM

- Bassan*, Fabio, Host States and Sovereign Wealth Funds, between National Security and International Law, *European Business Law Review* (EBLR) 21 (2010), 165-201.
- Bayer*, Walter/*Ohler*, Christoph, Staatsfonds ante portas, *Zeitschrift für Gesetzgebung* (ZG) 2008, 12-31.
- Becker*, Florian/*Sachs*, Bärbel, Die Investitionsprüfung nach Änderung der AWV – offene Fragen aus Perspektive der Transaktionspraxis, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (NZG) 2017, 1336-1340.
- Benyon*, Frank S., Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms, From Maastricht to Lisbon, *Modern studies in European law* 24, Oxford 2010.
- Beuttenmüller*, Sophie Luise, Das deutsche Außenwirtschaftsgesetz vor dem Hintergrund der neuen Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen, *Ritsumeikan Law Review* (RLR) 2011, 281-289.
- Bouyala Imbert*, Florence, In-depth Analysis: EU economic diplomacy strategy, Directorate-General for External Policies, Policy Department, Brüssel 3. März 2017, erhältlich im Internet: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/570483/EXPO_IDA\(2017\)570483_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/570483/EXPO_IDA(2017)570483_EN.pdf)> (besucht am 30. Dezember 2017).
- Brauneck*, Jens, Ausländische Direktinvestitionen nur mit Einverständnis der EU-Kommission?, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 2018, 188-199.
- Bungenberg*, Marc, Europäischer Internationaler Investitionsschutz, in: v. Arnould, Andreas/Hatje, Armin/Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg), *Europäische Außenbeziehungen*, Enzyklopädie Europarecht; Bd. 10, Baden-Baden 2014, 743-768.
- Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten "nach Lissabon", in: Bungenberg, Marc/Griebel, Jörn/Hindelang, Steffen (Hrsg), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, Studien zum internationalen Investitionsrecht Bd. 2, Baden-Baden 2010, 81-98.
- Calliess*, Christian/*Ruffert*, Matthias, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar, 5. Auflage, München 2016.
- Clostermeyer*, Maximilian, Staatliche Übernahmeabwehr und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, *Europarechtliche Beurteilung der §§ 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG, 53 AWV*, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht 59, Baden-Baden 2011.
- Dimopoulos*, Angelos, The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?, *Croatian Yearbook of European Law & Policy* (CYELP) 4 (2008), <<https://pdfs.semanticscholar.org/0d86/6b795798aa558ced2440d7f3088dbff033dd.pdf>> (besucht am 15. September 2017).
- Dopsch*, Johannes/*Wutscher*, Claudia, Beschränkungen der Kapital- und Zahlungsfreiheit am Beispiel der Maßnahmen im Rahmen der Zypernkrise, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 2009, 729-734.
- Epiney*, Astrid, Gemeinschaftsrechtlicher Umweltschutz und Verwirklichung des Binnenmarktes - "Harmonisierung" auch der Rechtsgrundlagen?, Zur Entscheidung des EuGH in der Rs C-300/89 – Titandioxid, *Juristenzeitung* (JZ) 47 (1992), 564-

570.

- European Political Strategy Center*, Engaging China at a Time of Transition, Capitalising on a New Era of Chinese Global Investment and Foreign Policy Initiatives, European Political Strategy Center, Brüssel 15. Juli 2017, erhältlich im Internet: <https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/strategic_note_issue_16.pdf> (besucht am 29. Dezember 2017).
- Flaßhoff*, Carsten/*Glasmacher*, Stefan, Wankende Verwaltungsakte im Außenwirtschaftsrecht bei Unternehmenskäufen, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2017, 489-495.
- Godement*, François/*Vasselier*, Abigaël, China at the gates: A new power audit of EU-China relations, European Council on Foreign Relations (ECFR) vom 1. Dezember 2017, erhältlich im Internet: <http://www.ecfr.eu/page/-/China_Power_Audit.pdf> (besucht am 15. Mai 2018).
- Grabitz*, Eberhard/*Hilf*, Meinhard/*Nettesheim*, Martin (Begr und Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Band I - EUV/AEUV, 62. Auflage, München 2017.
- Grieger*, Gisela, Briefing: EU framework for FDI-Screening, Brüssel, Januar 2018, erhältlich im Internet: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614667/EPRS_BRI\(2018\)614667_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614667/EPRS_BRI(2018)614667_EN.pdf)> (besucht am 15. Mai 2018).
- Briefing: Foreign direct investment screening, A debate in light of China EU FDI flows, European Parliamentary Research Service, Brüssel, Mai 2017, erhältlich im Internet: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI\(2017\)603941_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI(2017)603941_EN.pdf)> (besucht am 29. Dezember 2017).
- von der Groeben*, Hans/*Schwarze*, Jürgen/*Hatje*, Armin (Begr und Hrsg), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.
- Hanemann*, Thilo/*Huotari*, Mikko, Preparing for a New Era of Chinese Capital-Chinese FDI in Europe and Germany, Mercator Institute for China Studies, Rhodium Group LLC Juni 2015, erhältlich im Internet: <https://www.merics.org/sites/default/files/2017-09/COFDI_2015_EN.pdf> (besucht am 30. Dezember 2017).
- Hasselbach*, Kai/*Peters*, Karoline, Entwicklung des Übernahmerechts 2016/2017, Aktuelle Themen des Rechts der börsennotierten Unternehmen, einschließlich der Auseinandersetzung mit sog. „Activist Shareholders“, Betriebsberater (BB) 2017, 1347-1354.
- Hengeler Mueller PartmbB*, Uwer, Dirk/*Bonhage*, Jan/*Jungkind*, Vera/*Tschammler*, Commission Proposes New EU Foreign Investment Control Regime October 2017, erhältlich im Internet: <https://www.hengeler.com/fileadmin/news/Newsletter/Newsletter_2017-10_Investment.pdf> (besucht am 29. Dezember 2017).
- Herrmann*, Christoph, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2010, 207.
- Hindelang*, Steffen/*Hagemeyer*, Teoman, Enemy at the Gates?, Die aktuellen Änderungen der Investitionsprüfvorschriften in der Außenwirtschaftsverordnung im Lichte des Unionsrechts, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2017, 882-

- 890.
- Kommentierung der Vorschriften zum Kapital- und Zahlungsverkehr im AEUV, WHI-Paper-02/2014, Berlin Juli 2013, erhältlich im Internet: <http://www.whi-berlin.eu/tl_files/WHI-Papers%20ab%202013/WHI-Paper-02-2014.pdf> (besucht am 30. Dezember 2017).
 - /*Maydell*, Niklas, Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Bungenberg, Marc/ Griebel, Jörn/Hindelang, Steffen (Hrsg), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, Studien zum internationalen Investitionsrecht Bd. 2, Baden-Baden 2010, 11-80.
 - The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment, The scope of protection in EU law, Oxford 2009.
- Hippeli*, Michael, Novelle der Außenwirtschaftsverordnung zum besseren Schutz vor ausländischen Unternehmensübernahmen vom 12./17. Juli 2017, juris PraxisReport Handels- und Gesellschaftsrecht, jurisPR-HaGesR 8/2017 Anm. 1 2017.
- Johannsen*, Sven Leif Erik, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 90, Halle (Saale) August 2009, erhältlich im Internet: <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft_90.pdf> (besucht am 20. Juli 2018).
- Jungbluth*, Cora, Challenge and Opportunity Chinese Direct Investment in Germany, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2016, erhältlich im Internet: <https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/NW_Chinese_Direct_Investment.pdf> (besucht am 30. Dezember 2017).
- Karl*, Joachim, The Competence for Foreign Direct Investment, New Powers for the European Union, Journal of World Investment & Trade (JWIT) 5 (2004), 413-448.
- Klamert*, Marcus/*Maydell*, Niklas, Rechtsfragen der impliziten Außenkompetenz der EG illustriert am Beispiel der Dienstleistungsrichtlinie und der Minimum Plattform on Investment, Europarecht (EuR) 43 (2008), 589-602.
- Krajewski*, Markus, External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial Policy?, Common Market Law Review (CMLR) 42 (2005), 91-127.
- Martini*, Mario, Zu Gast bei Freunden?: Staatsfonds als Herausforderung an das europäische und internationale Recht, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2008, 314-321.
- Maydell*, Niklas, The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence, in: Reinisch, August (Hrsg), International Investment Law in Context, Utrecht 2008, 73-92.
- Meunier-Aitsahalia*, Sophie, Divide and Conquer? China and the Cacophony of Foreign Investment Rules in the EU China and the Cacophony of Foreign Investment Rules in the EU, Annual Meeting Paper, American Political Science Association (APSA) 2013.
- Müller*, Hermann/*Hempel*, Rolf, Änderungen des Außenwirtschaftsrechts zur Kontrolle ausländischer Investoren, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009, 1638-1642.

- Müller-Ibold*, Till, Foreign Investment in Germany: Restrictions Based on Public Security Concerns and Their Compatibility with EU law, in: Herrmann, Christoph/Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg), European Yearbook of International Economic Law (EYIEL) 2010, Bd. 1, Berlin, Heidelberg, New York 2010, 103-122.
- Nair*, Murali/*Frauendorfer*, Fabienne/*Mühleck*, Hermann/*Elias*, Sami/*Mohan*, Lakshmi Lalita, Indische Investitionen in Deutschland, Perspektiven für einen gemeinsamen Wohlstand, Gütersloh, Dezember 2017, erhältlich im Internet: <https://www.bertermann-stiftung.de/fileadmin/files/user_upload/Studie_Indische_Investitionen_in_Deutschland_dt.pdf> (besucht am 29. Dezember 2017).
- Nettesheim*, Martin, Kompetenzen, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Berlin 2009, 389-439.
- Horizontale Kompetenzkonflikte in der EG, Europarecht (EuR) 1993, 243-260.
- OECD, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 2008, erhältlich im Internet: <<https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>> (besucht am 31. Dezember 2017).
- Ohler*, Christoph, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Kommentar zu den Artikeln 56 bis 60 EGV, der Geldwäscherichtlinie und Überweisungsrichtlinie, Berlin 2002.
- Reinhardt*, Wilhelm/*Pelster*, Annetrin, Stärkere Kontrolle von ausländischen Investitionen - Zu den Änderungen von AWG und AWV, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2009, 441-445.
- van Roosebeke*, Bert/*Baran*, Anne-Kathrin, Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen, cepAnalyse Nr. 32/2017, erhältlich im Internet: <https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Analysen/COM_2017_487_Auslaendische_Direktinvestitionen/cepAnalyse_COM_2017_487_Auslaendische_Direktinvestitionen.pdf> (besucht am 23. April 2018).
- Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2016/17, Zeit für Reformen, Paderborn, November 2016, erhältlich im Internet: <https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/jg201617/ges_jg16_17.pdf> (besucht am 29. Dezember 2017).
- Schmitt*, Ramona, Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten, München 2013.
- Seibt*, Christoph/*Kulenkamp*, Sabrina, CFIUS-Verfahren und Folgen für M&A-Transaktionen mit Beteiligung deutscher Unternehmen - und als Modell für die Weiterentwicklung des deutschen Außenwirtschaftsrechts?, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2017, 1345-1357.
- Sonder*, Nicolas, Die Auswirkungen der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen auf außenwirtschaftsrechtliche Kontrollmechanismen der Mitgliedstaaten, The European Legal Forum 2010, 29-32.
- Tietje*, Christian, Außenwirtschaftsrechtliche Dimensionen der europäischen Wirtschaftsverfassung, in: Fastenrath, Ulrich/Nowak, Carsten (Hrsg), Der Lissabonner Reformvertrag, Änderungsimpulse in einzelnen Rechts- und Politikbereichen, Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht Bd. 94, Berlin 2009, 237-255.

- Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, Halle (Saale) Januar 2009, erhältlich im Internet: <<http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft83.pdf>> (besucht am 20. Juli 2018).
 - Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutz vor „Staatsfonds“ – Rechtliche Grenzen eines neuen Investitionsprotektionismus, Policy Papers on Transnational Economic Law Nr. 26, Dezember 2007, erhältlich im Internet: <<http://tietje.jura.uni-halle.de/sites/default/files/telc/PolicyPaper26.pdf>> (besucht am 20. Juli 2018).
- UNCTAD, World Investment Report 2016, Investor Nationality: Policy Challenges, United Nations publication, New York, Geneva 2016, erhältlich im Internet: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf> (besucht am 20. Juli 2018).
- World Investment Report 2017, Investment and the digital economy, United Nations publication, New York, Geneva 2017, erhältlich im Internet: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf> (besucht am 20. Juli 2018).
- Voland*, Thomas, Freitag, der Dreizehnte – Die Neuregelungen des Außenwirtschaftsrechts zur verschärften Kontrolle ausländischer Investitionen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2009, 519-523.
- Wehrlé*, Frédéric/*Pohl*, Joachim, Investment Policies Related to National Security, A Survey of Country Practices, OECD, Paris 14. Juni 2016, erhältlich im Internet: <<http://dx.doi.org/10.1787/5jlwrrf038nx-en>> (besucht am 29. Dezember 2017).
- Weiß*, Wolfgang, Handelspolitik im Europäischen Verfassungsverbund: Außenhandelskompetenz und die Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bungenberg, Marc/Herrmann, Christoph (Hrsg), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration e.V, Bd. 73, Baden-Baden 2011, 35-54.
- Weller*, Marc-Philippe, Ausländische Staatsfonds zwischen Fusionskontrolle, Außenwirtschaftsrecht und Grundfreiheiten, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (ZIP) 2008, 857-864.
- Wiking-Häger*, Erica/*Dackö*, Carolina, EU FDI-Screening – Legal Considerations, Mannheimer Swartling Advokatbyrå, Juni 2017, erhältlich im Internet: <https://www.mannheimerswartling.se/globalassets/publikationer/msa_nyhetsbrev_eu_fdi_mechanism_a4_final.pdf> (besucht am 8. September 2017).
- Zalan*, Eszter, Macron’s investment screening idea watered down by leaders, euobserver vom 23. Juni 2017, erhältlich im Internet: <<https://euobserver.com/economic/138341>> (besucht am 29. Dezember 2017).

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht

(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368 (print)
ISSN 1868-1778 (elektr.)

Bislang erschienene Hefte

- Heft 100 Ernst-Joachim Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, März 2011, ISBN 978-3-86829-346-3
- Heft 101 Daniel Scharf, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Dezember 2010, ISBN 978-3-86829-308-1
- Heft 102 Matthias Böttcher, „Clearstream“ – Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-318-0
- Heft 103 Dana Ruddigkeit, Die kartellrechtliche Beurteilung der Kopplungsgeschäfte von *eBay* und *PayPal*, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-316-6
- Heft 104 Christian Tietje, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenen-system des Rechts, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-320-3
- Heft 105 Jürgen Bering/Tillmann Rudolf Braun/Ralph Alexander Lorz/Stephan W. Schill/Christian J. Tams/Christian Tietje, General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues –, März 2011, ISBN 978-3-86829-324-1
- Heft 106 Christoph Benedict/Patrick Fiedler/Richard Happ/Stephan Hobe/Robert Hunter/Lutz Kniprath/Ulrich Klemm/Sabine Konrad/Patricia Nacimiento/Hartmut Paulsen/Markus Perkams/Marie Louise Seelig/Anke Sessler, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, März 2011, ISBN 978-3-86829-341-8
- Heft 107 Christian Tietje, Global Information Law – Some Systemic Thoughts, April 2011, ISBN 978-3-86829-354-8
- Heft 108 Claudia Koch, Incentives to Innovate in the Conflicting Area between EU Competition Law and Intellectual Property Protection – Investigation on the Microsoft Case, April 2011, ISBN 978-3-86829-356-2
- Heft 109 Christian Tietje, Architektur der Weltfinanzordnung, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-358-6
- Heft 110 Kai Hennig, Der Schutz geistiger Eigentumsrechte durch internationales Investitionsschutzrecht, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-362-3
- Heft 111 Dana Ruddigkeit, Das Financial Stability Board in der internationalen Finanzarchitektur, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-369-2

- Heft 112 Beatriz Huarte Melgar/Karsten Nowrot/Wang Yuan, The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Balanced Outcome or an Opportunity Missed?, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-380-7
- Heft 113 Matthias Müller, Die Besteuerung von Stiftungen im nationalen und grenzüberschreitenden Sachverhalt, Juli 2011, ISBN 978-3-86829-385-2
- Heft 114 Martina Franke, WTO, China – Raw Materials: Ein Beitrag zu fairem Rohstoffhandel?, November 2011, ISBN 978-3-86829-419-4
- Heft 115 Tilman Michael Dralle, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs *Glamis Gold v. United States*, Dezember 2011, ISBN 978-3-86829-433-0
- Heft 116 Steffen Herz, Emissionshandel im Luftverkehr: Zwischen EuGH-Entscheidung und völkerrechtlichen Gegenmaßnahmen?, Januar 2012, ISBN 978-3-86829-447-7
- Heft 117 Maria Joswig, Die Geschichte der Kapitalverkehrskontrollen im IWF-Übereinkommen, Februar 2012, ISBN 978-3-86829-451-4
- Heft 118 Christian Pitschas/Hannes Schloemann, WTO Compatibility of the EU Seal Regime: Why Public Morality is Enough (but May not Be Necessary) – The WTO Dispute Settlement Case “European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products”, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-484-2
- Heft 119 Karl M. Meessen, Auf der Suche nach einem der Wirtschaft gemäßen Wirtschaftsrecht, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-488-0
- Heft 120 Christian Tietje, Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung?, Juni 2012, ISBN 978-3-86829-495-8
- Heft 121 Susen Bielech, Problemschwerpunkte des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung der Durchsetzung eines transnationalen Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz des Käufers, Juli 2012, ISBN 978-3-86829-500-9
- Heft 122 Karsten Nowrot, Ein notwendiger „Blick über den Tellerrand“: Zur Ausstrahlungswirkung der Menschenrechte im internationalen Investitionsrecht, August 2012, ISBN 978-3-86829-520-7
- Heft 123 Henrike Landgraf, Das neue Komitologieverfahren der EU: Auswirkungen im EU-Antidumpingrecht, September 2012, ISBN 978-3-86829-518-4
- Heft 124 Constantin Fabricius, Der Technische Regulierungsstandard für Finanzdienstleistungen – Eine kritische Würdigung unter besonderer Berücksichtigung des Art. 290 AEUV, Februar 2013, ISBN 978-3-86829-576-4
- Heft 125 Johannes Rehahn, Regulierung von „Schattenbanken“: Notwendigkeit und Inhalt, April 2013, ISBN 978-3-86829-587-0
- Heft 126 Yuan Wang, Introduction and Comparison of Chinese Arbitration Institutions, Mai 2013, ISBN 978-3-86829-589-4

- Heft 127 Eva Seydewitz, Die Betriebsaufspaltung im nationalen und internationalen Kontext – kritische Würdigung und Gestaltungsüberlegungen, August 2013, ISBN 978-3-86829-616-7
- Heft 128 Karsten Nowrot, Bilaterale Rohstoffpartnerschaften: Betrachtungen zu einem neuen Steuerungsinstrument aus der Perspektive des Europa- und Völkerrechts, September 2013, ISBN 978-3-86829-626-6
- Heft 129 Christian Tietje, Jürgen Bering, Tobias Zuber, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, März 2014, ISBN 978-3-86829-671-6
- Heft 130 Stephan Madaus, Help for Europe's Zombie Banks? – Open Questions Regarding the Designated Use of the European Bank Resolution Regime, Juli 2014, ISBN 978-3-86829-700-3
- Heft 131 Frank Zeugner, Das WTO Trade Facilitation-Übereinkommen vom 7. Dezember 2013: Hintergrund, Analyse und Einordnung in den Gesamtkontext der Trade Facilitation im internationalen Wirtschaftsrecht, Oktober 2014, ISBN 978-3-86829-735-5
- Heft 132 Joachim Renzikowski, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, November 2014, ISBN 978-3-86829-739-3
- Heft 133 Konrad Richter, Die Novellierung des InvStG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Außensteuergesetz, März 2015, ISBN 978-3-86829-744-7
- Heft 134 Simon René Barth, Regulierung des Derivatehandels nach MiFID II und MiFIR, April 2015, ISBN 978-3-86829-752-2
- Heft 135 Johannes Ungerer, Das europäische IPR auf dem Weg zum Einheitsrecht Ausgewählte Fragen und Probleme, Mai 2015, ISBN 978-3-86829-754-6
- Heft 136 Lina Lorenzoni Escobar, Sustainable Development and International Investment: A legal analysis of the EU's policy from FTAs to CETA, Juni 2015, ISBN 978-3-86829-762-1
- Heft 137 Jona-Marie Winkler, Denial of Justice im internationalen Investitionsschutzrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, September 2015, ISBN 978-3-86829-778-2
- Heft 138 Andrej Lang, Der Europäische Gerichtshof und die Investor-Staat-Streitbeilegung in TTIP und CETA: Zwischen Konfrontation, Konstitutionalisierung und Zurückhaltung, Oktober 2015, ISBN 978-3-86829-790-4
- Heft 139 Vinzenz Sacher, Freihandelsabkommen und WTO-Recht Der Peru-Agricultural Products Fall, Dezember 2015, ISBN 978-3-86829-814-7
- Heft 140 Clemens Wackernagel, The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings, the Consensual Termination of Intra-EU BITs and Why that Matters for International Law, Januar 2016, ISBN 978-3-86829-820-8
- Heft 141 Christian Tietje/Andrej Lang, Community Interests in World Trade Law, Dezember 2016, ISBN 978-3-86829-874-1
- Heft 142 Michelle Poller, Neuer Sanktionsrahmen bei Kapitalmarktdelikten nach dem aktuellen

europäischen Marktmissbrauchsrecht - Europarechtskonformität des 1. Finanzmarktmissbrauchsrichtlinien, Januar 2017, ISBN 978-3-86829-876-5

- Heft 143 Katja Gehne/Romulo Brillo, Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment, März 2017, ISBN 978-3-86829-885-7
- Heft 144 Kevin Crow/Lina Lorenzoni Escobar, International Corporate Obligations, Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?, ISBN 978-3-86829-899-4
- Heft 145 Philipp Stegmann, The Application of the Financial Responsibility Regulation in the Context of the Energy Charter Treaty – Case for Convergence or “Square Peg, Round Hole”?, September 2017, ISBN 978-3-86829-913-7
- Heft 146 Vinzenz Sacher, Neuer Kurs im Umgang mit China? Die Reformvorschläge zum EU-Antidumpingrecht und ihre Vereinbarkeit mit WTO-Recht, Oktober 2017, ISBN 978-3-86829-918-2
- Heft 147 Maike Schäfer, Die Rechtsstellung des Vereinigten Königreiches nach dem Brexit in der WTO: Verfahren, Rechtslage, Herausforderungen, November 2017, ISBN 978-3-86829-924-3
- Heft 148 Miriam Elsholz, Die EU-Verordnung zu Konfliktmineralien Hat die EU die richtigen Schlüsse aus bestehenden Regulierungsansätzen gezogen?, Dezember 2017, ISBN 978-3-86829-926-7
- Heft 149 Andreas Kastl, Brexit - Auswirkungen auf den Europäischen Pass für Banken, April 2018, ISBN 978-3-86829-936-6
- Heft 150 Jona Marie Winkler, Das Verhältnis zwischen Investitionsschiedsgerichten und nationalen Gerichten: Vorläufiger Rechtsschutz und Emergency Arbitrator, April 2018, ISBN 978-3-86829-946-5
- Heft 151 Hrabrin Bachev, Yixian Chen, Jasmin Hansohm, Farhat Jahan, Lina Lorenzoni Escobar, Andrii Mykhailov, Olga Yekimovskaya, Legal and Economic Challenges for Sustainable Food Security in the 21st Century, DAAD and IAMO Summer School, April 2018, ISBN (elektr.) 978-3-86829-948-9
- Heft 152 Robin Misterek, Insiderrechtliche Fragen bei Unternehmensübernahmen Transaktionsbezogene Nutzung und Offenlegung von Insiderinformationen unter der Marktmissbrauchsverordnung, April 2018, ISBN 978-3-86829-949-6
- Heft 153 Christian Tietje, Vinzenz Sacher, The New Anti-Dumping Methodology of the European Union – A Breach of WTO-Law?. Mai 2018, ISBN 978-3-86829-954-0
- Heft 154 Aline Schäfer, Der Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the activities of vulture funds and the impact on human rights (A/HRC/33/54): Hintergrund, Entwicklung, Rechtsrahmen sowie kritische völkerrechtliche Analyse, Juni 2018, ISBN 978-3-86829-957-1
- Heft 155 Sabrina Birkner, Der Einwirkungserfolg bei der Marktmanipulation im Kontext nationalen und europäischen Rechts, Juli 2018, ISBN 978-3-86829-960-1

Heft 156 Andrej Lang, Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa nach Achmea, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 351 AEUV, Juli 2018, ISBN 978-3-86829-962-5

Heft 157 Valentin Günther, Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union – Investitionskontrolle in der Union vor dem Hintergrund kompetenzrechtlicher Fragen, August 2018, ISBN 978-3-86829-965-6

Die Hefte 1 bis 99 erhalten Sie als kostenlosen Download unter:

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/forschungen-und-publikationen/beitr%C3%A4ge-transnationalen-wirtschaftsrecht>