

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis — XIX

Einleitung

Die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen in Deutschland und der Europäischen Union — 1

§ 1

Direktinvestitionskontrolle im Kontext — 4

- I. Ausländische Direktinvestitionen im Kontext der Globalisierung und Internationalisierung — 4
 - 1. Internationalisierung und Globalisierung — 5
 - 2. Direktinvestitionen als Erscheinungsform wirtschaftlicher Verflechtung — 6
 - 3. Einheit von wirtschaftlicher Integration und Recht — 7
 - a) Verfassungsrechtliche Rezeption — 8
 - b) Einwirkungen auf das nationale Verwaltungsrecht — 10
 - c) Europäisierung — 11
 - 4. Auswirkungen auf die rechtliche Behandlung ausländischer Direktinvestitionen — 12
 - a) Ausländische Direktinvestitionen als ebenenübergreifend geregelte Querschnittsmaterie — 12
 - b) Verwaltungszusammenarbeit auf dem Gebiet ausländischer Direktinvestitionen — 14
 - c) Konsequenzen für systematische Erwägungen — 14
- II. Wohlfahrt und Gemeinwohl — 15
 - 1. Wohlfahrtsökonomische Begründung der Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen — 16
 - a) Wohlfahrtsgewinne — 16
 - b) Standortattraktivität — 16
 - 2. Wettbewerb von Rechtsordnungen — 18
 - 3. Überbietungswettbewerb und industriepolitische Erwägungen — 20
 - a) Überbietungswettlauf — 20
 - b) Industriepolitik — 22
 - 4. Gemeinwohlbegründete Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen — 23
 - a) Gemeinwohl als Leitidee und Aufgabe — 25
 - b) Öffentliche und Staatsaufgaben — 26
 - c) Modus der Aufgabenwahrnehmung — 26
 - d) Direktinvestitionskontrolle als Staatsaufgabe? — 28

Erster Teil **Die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen im Mehrebenensystem**

§ 2

Die Kompetenz der Europäischen Union für die Regelung der Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen — 31

- I. Unionskompetenz für die Überprüfung eingehender Direktinvestitionen — 31
 - 1. Die Entwicklung der Außenhandelskompetenzen der Union unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs — 32
 - a) AETR-Urteil des EuGH — 33
 - b) Direktinvestitionen und die Gemeinsame Handelspolitik — 34
 - c) WTO-Gutachten — 35
 - aa) Defizitäre Kompetenz für die Regelung von Direktinvestitionen auf Grundlage von Art. 113 EGV-Maastricht — 35
 - bb) Defizitäre Kompetenz zur Regelung von Direktinvestitionen auf Grundlage der Parallelität von interner und externer Zuständigkeit — 37
 - d) Neuerungen von Nizza und der gescheiterte Verfassungsvertrag für Europa — 38
 - e) Vertrag von Lissabon — 40
 - f) Lissabon-Entscheidung des BVerfG — 42
 - g) Singapur-Gutachten des EuGH — 43
 - h) Zwischenfazit — 44
 - 2. Maßnahmen der autonomen Handelspolitik — 45
 - 3. Taugliche Kompetenztitel für die Überprüfung eingehender Direktinvestitionen — 45
 - a) Verbands- und Organkompetenz nach Art. 207 Abs. 2 AEUV — 45
 - aa) Ausländische Direktinvestitionen i.S.d. Art. 207 Abs. 1 AEUV — 46
 - bb) Spezifischer Bezug zum Handelsverkehr — 48
 - cc) Einheitlicher Umsetzungsrahmen — 49
 - b) Liberalisierungsrückschritt i.S.d. Art. 64 Abs. 3 AEUV? — 53
 - c) Art. 64 Abs. 2 AEUV — 55
 - 4. Verhältnis der Befugnisnormen — 58
 - a) Rangverhältnis — 58
 - b) Kompetenzkombination — 60
 - 5. Abschließende Würdigung: Art. 207 Abs. 2 AEUV als einschlägiger Kompetenztitel — 61
 - a) Keine Kompetenzkombination aus Art. 207 Abs. 2 und Art. 64 Abs. 2 AEUV — 61
 - b) Art. 207 Abs. 2 AEUV als alleinige Rechtsgrundlage — 63

c)	Kompetenzausübung — 65
aa)	Art. 207 Abs. 6 AEUV als Kompetenzausübungsschranke? — 65
bb)	Bindung aus den Grundsätzen für das auswärtige Handeln — 66
cc)	Verhältnismäßigkeitsprinzip, Art. 5 Abs. 4 EUV — 67
dd)	Querschnittsklauseln — 68
6.	Mitgliedstaatlicher Vollzug — 69
7.	Zwischenergebnis — 70
II.	Unionskompetenz für die Einführung eines Kooperationsmechanismus zur Überwachung eingehender Direktinvestitionen — 71
1.	Der Kooperationsmechanismus — 71
2.	Eingriff in die mitgliedstaatliche Verwaltungskompetenz — 72
3.	Regelungszuständigkeit im Rahmen der Sachkompetenz — 73
a)	Voraussetzungen des Art. 207 Abs. 2 AEUV — 74
b)	Kompetenzausübung — 75
4.	Zwischenergebnis — 77

§ 3

Grundfreiheits- und Grundrechtssensibilität der Direktinvestitionskontrolle — 78

I.	Die Direktinvestitionskontrolle im System Europäischer Grundfreiheiten — 78
1.	Direktinvestitionen als grenzüberschreitender Kapitalverkehr oder als Niederlassungsvorgang — 79
a)	Direktinvestitionen und Direktinvestitionsformen — 79
b)	Direktinvestitionen als geschützter Kapitalverkehr — 80
c)	Direktinvestitionen im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit — 81
2.	Berechtigte der Grundfreiheiten — 83
a)	Erga omnes-Wirkung der Kapitalverkehrsfreiheit — 83
b)	Persönlicher Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit — 84
3.	Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die Direktinvestitionskontrolle — 85
4.	Verhältnis von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit — 87
5.	Abgrenzung — 87
a)	Abgrenzungsrechtsprechung des Gerichtshofs — 88
aa)	Ältere Judikatur: Parallelitätsverhältnis — 89
bb)	Neuere Judikatur: Schwerpunktbeurteilung — 89
cc)	Kronos International – „Drei-Stufen-Test“ — 91
dd)	Direktinvestition vermittels Immobilienerwerb — 91
b)	Subsumtion und Würdigung — 92
aa)	Projektion — 92

XII — Inhaltsverzeichnis

bb) Kritik — 93
cc) Würdigung — 95
6. Rechtfertigung — 96
7. Zwischenergebnis — 97
II. Unionsgrundrechte — 97
1. Vorbemerkungen — 97
2. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta — 99
a) Bindung der Union — 99
b) Bindung der Mitgliedstaaten — 100
aa) Umsetzung und Durchführung von Unionsrecht — 101
bb) Beschränkung von Grundfreiheiten — 103
cc) Handeln in einem unionsrechtlich determinierten Kontext — 104
3. Gewährleistungsgehalt der Wirtschaftsgrundrechte — 106
a) Recht auf wirtschaftliche Betätigung, Art. 15 und 16 GRCh — 106
aa) Schutzbereich — 107
bb) Gewährleistungen ohne Marktzugangsanspruch — 109
cc) Erleichterte Rechtfertigung von Eingriffen — 110
b) Eigentumsgarantie, Art. 17 GRCh — 111
4. Justiz- und Verfahrensgarantien — 114
a) Rechtsschutzgarantien des Art. 47 GRCh — 114
b) Gute Verwaltung, Art. 41 GRCh — 117
c) Auskunftsrechte nach Art. 42 GRCh in Zusammenhang mit dem Kooperationsmechanismus — 118

§ 4

Direktinvestitionskontrollen und internationaler Investitionsschutz — 120

I. Völkerrechtliche Verpflichtungen zum (Direkt-)Investitionsschutz — 120
1. Verpflichtungen aus der WTO-Rechtsordnung — 120
a) Parallelie Mitgliedschaft und parallele Zuständigkeit — 121
b) Verpflichtungen aus dem GATS — 122
aa) Allgemeine Verpflichtungen — 123
bb) Spezielle Verpflichtungen — 124
cc) Schranken und Ausnahmen — 126
c) Verpflichtungen aus dem TRIPS-Abkommen — 127
2. Verpflichtungen aus Investitionsschutz- und Freihandelsabkommen — 127
a) Investitionsschutz primär „post-establishment“ — 128
b) Gleichlauf von Investitionsschutzklauseln mit WTO-Verpflichtungen und Ausnahmetatbeständen — 129
c) Abbedingung der Direktinvestitionskontrolle durch Marktzugangsregeln — 130

II.	Vereinbarkeit der Direktinvestitionskontrolle — 130
1.	Direktinvestitionskontrolle als Beeinträchtigung des Dienstleistungshandels — 130
2.	Rückwirkende Direktinvestitionskontrollen — 131
3.	Auflösung von Normkonflikten — 131
a)	Normenhierarchie und Rechtsbindungen — 132
b)	Unmittelbare Anwendbarkeit oder völkerrechtskonforme Auslegung der Ausnahmetatbestände? — 134
III.	Ergebnis — 137

Zweiter Teil **Der Rechtsrahmen für die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen nach der Screening-VO**

§ 5

Begriff und Formen ausländischer Direktinvestitionen — 141

I.	Investitionsbegriff und Charakteristika von Direktinvestitionen nach IWF und OECD — 141
1.	Investitionen — 141
2.	Direktinvestitionen nach IWF und OECD — 142
II.	Ausländische Direktinvestitionen als Rechtsbegriff — 144
1.	Ausländische Direktinvestitionen im Rahmen des freien Kapitalverkehrs und der GHP — 145
2.	Direktinvestitionen i.S.d. Screening-VO — 147
3.	Überprüfung und Überprüfungsmechanismen — 150
III.	Transaktionen im Anwendungsbereich der Verordnung — 151
1.	Direktinvestitionsformen — 151
a)	Greenfield-Investitionen — 151
b)	Brownfield-Investitionen — 152
c)	Sonstige Direktinvestitionsformen — 155
2.	Investorenmehrzahl und Direktinvestitionsverbünde — 156
3.	Ausnahmen vom Anwendungsbereich — 158

§ 6

Sicherheit und öffentliche Ordnung als Schutzgüter und Prüfungsmaßstab der Investitionskontrolle — 160

I.	Sicherheit und öffentliche Ordnung als Schutzgüter — 160
1.	Schutzgut: (Öffentliche) Sicherheit — 161
2.	Schutzgut: Öffentliche Ordnung — 164

II.	Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe — 168
1.	Zwingende Gründe des Allgemeininteresses als gesellschaftliche Grundinteressen? — 168
a)	Einheitliche Verortung der Schutzgüter — 169
b)	Dualistisches System der Rechtfertigungsgründe — 170
c)	Stellungnahme — 171
2.	Ausnahme in Drittstaatssachverhalten? — 175
a)	Aufgrund der Einheit von Geld- und Kapitalverkehr — 175
b)	Stellungnahme — 176
III.	Voraussichtliche Beeinträchtigungen — 177
1.	Unionsrechtliche Gefahren(abwehr)dogmatik — 178
2.	Gefahrenabwehr oder Risikovorsorge? — 178
3.	Absenkung der Eingriffsschwelle — 180
4.	Primärrechtskonformität — 182
a)	Grundsätzlich: Primärrechtswidrigkeit — 183
b)	Primärrechtskonforme Auslegung — 183
aa)	Mehrdeutigkeit — 185
bb)	Primärrechtliche Bezugspunkte — 185
cc)	Primärrechtskonforme Fortbildung — 186
(1)	Wortsinn und Zielrichtung der Bestimmung — 187
(2)	Bedingungen einer primärrechtskonformen Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen — 187
dd)	Grundfreiheits- und grundrechtsschonende Kautelen — 188
(1)	Schutzgutfremde Interessen — 188
(2)	Prognosegrundlagen — 189
(3)	Konkretisierung des sachlichen Anwendungsbereichs — 190
(4)	Begründungserfordernis — 190
5.	„Vertikale“ Auslegung des Primärrechts? — 192
IV.	Bewertungsfaktoren — 193
1.	Investitions- und investorenbezogene Bewertungsfaktoren — 194
a)	Investitionsbezogene Faktoren — 194
b)	Investorenbezogene Faktoren — 195
2.	Schutzgüterbezug und Gemeinwohlgefährdung — 196
a)	Kritische Infrastrukturen und Versorgungssicherheit — 196
b)	Kritische Technologien — 199
c)	Kritische Ressourcen — 201
d)	IT-Sicherheit, Informations- und Datenschutz — 201
e)	Pluralität der Medien — 202
3.	Funktionalität — 204
V.	Der Schutz des Unionsinteresses — 204

§ 7**Der Kooperationsmechanismus — 207**

- I. Der Mechanismus zur Kooperation von Mitgliedstaaten und Kommission — 207
 - 1. Überprüfungsgegenständliche Direktinvestitionen — 207
 - a) Verfahrenseinleitung — 208
 - b) Kommentare und Stellungnahmen — 208
 - c) Berücksichtigung im nationalen Überprüfungsverfahren — 210
 - d) Sofortiges Handeln — 211
 - 2. Nicht-überprüfungsgegenständliche Direktinvestitionen — 211
 - 3. Das Unionsinteresse betreffende Direktinvestitionen — 212
 - 4. Kontaktstellen — 213
 - 5. Rechtsqualität und Rechtsbindungen — 213
- II. Funktionale Betrachtung — 216
 - 1. Zusammenarbeit im „Europäischen Verwaltungsverbund“ — 217
 - 2. Vernetzungs-, Entlastungs- und Koordinationsfunktion — 218
 - 3. Informations- und Überwachungsfunktion — 219
 - 4. Abwehr- bzw. Schutzfunktion — 220
 - 5. Kontraindikation durch „Störfaktoren“ — 221

Dritter Teil Mitgliedstaatliche Direktinvestitionskontrollen**§ 8****Kompetentielle Einbettung mitgliedstaatlicher Regelungsbefugnisse — 225**

- I. Regelungsspielräume in Bezug auf das Investitionsprüfungsverfahren — 225
 - 1. Rückdelegation einer ausschließlichen Kompetenz gemäß Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 1 AEUV — 225
 - a) Durchführung oder Zuständigkeitsausübung? — 226
 - b) „Rückermächtigung“ i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 1 AEUV — 228
 - aa) Formelle und materielle Anforderungen an eine Ermächtigung i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 1 AEUV — 229
 - bb) Streitstand und Würdigung — 230
 - 2. Legitimation bestehender mitgliedstaatlicher Regelungen im Anwendungsbereich der Screening-VO — 234
 - a) Grundsatz: Legitimation mit Wirkung ab Inkrafttreten — 234
 - b) Bestehende nationale Überprüfungsmechanismen — 236
 - aa) Zuständigkeitsübertragung — 236
 - bb) Legitimation durch rückwirkende Ermächtigung? — 237
 - cc) Sachwalter-Rechtsprechung des Gerichtshofs — 237
 - dd) Rechtsfolge: Unionsrechtswidrigkeit aber Wirksamkeit — 239

3.	Bereichsausnahmen für die Direktinvestitionskontrolle aufgrund mitgliedstaatlicher Abweichungsvorbehalte	— 240
II.	Regelungsspielräume in Bezug auf den Kooperationsmechanismus	— 241

§ 9

Verfahrens-, organisations- und materiellrechtliche Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten — 243

I.	Verfahrensrechtliche Ausgestaltung	— 243
1.	Verfahrensausgestaltung nach der Screening-VO	— 243
2.	Strukturelle Anlehnung an das Verfahren der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusskontrolle	— 244
3.	Zeitlicher Horizont – Genehmigungsfiktionen	— 245
II.	Organisationsrechtliche Spielräume	— 246
1.	Verfahrenszuständigkeit	— 246
2.	Rechtsschutzkonzentration	— 248
III.	Prüfungsgegenstand, -umfang und Prüfungsentscheidung	— 249
1.	Gegenstand nationaler Überprüfungsmechanismen	— 249
2.	Beurteilungsspielräume	— 250
3.	Entscheidungsprogramm	— 251
a)	Echte und unechte Freigabeentscheidungen	— 252
b)	Freigabe mit Nebenbestimmungen	— 255
c)	Sonderfall: öffentlich-rechtlicher Vertrag	— 256
d)	(Erwerbsbeschränkende) Anordnungen	— 257
e)	Untersagung einer Investition	— 258
f)	Durchsetzung einer Untersagungsverfügung	— 260
IV.	Verfahrenssichernde Kautelen	— 260
1.	Verordnungsbefugnis	— 261
2.	Außenwirtschaftliche Einzeleingriffe	— 261
V.	Ergebnis	— 263

Schlussstein

Systembildende Elemente der Europäischen Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen — 264

I.	Integration durch Harmonisierung	— 264
1.	Kompetentiell angestoßene Rechtsvereinheitlichung	— 265
a)	Ausschließliche Unionskompetenz für die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen	— 265
b)	Rechtsvereinheitlichung qua Handlungsform	— 266
2.	Rechtsvereinheitlichung qua Neugestaltung	— 267
3.	Rechtsvereinheitlichung qua Koordinierung	— 268

II.	Integration durch Koordinierung — 268
1.	Verantwortungszuweisung — 268
2.	Vollzugssteuerung und -aufsicht — 269
3.	Reife zur Kooperationsverwaltung — 269
III.	Integration durch Europäisierung — 270
1.	Ein einheitlicher Regelungsgegenstand — 271
2.	Ein positives Konzept von Sicherheit und öffentlicher Ordnung — 271
a)	Desintegratives Regelungsziel — 272
b)	Keine Dichotomie von positiver und negativer Integration — 273
c)	Zusammenführung mitgliedstaatspezifischer Gemeinwohlvorstellungen — 273
d)	Rekonstitutionalisierung des Verwaltungsrechts — 274
3.	Sensibilisierung des Verwaltungshandelns und Subjektivierung des Verfahrens — 275
a)	Exekutives Übergewicht — 275
b)	Grundfreiheitliche und unionsgrundrechtliche Sensibilisierung — 276
aa)	Zumindest parallele Anwendbarkeit von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit — 277
bb)	Grundrechtliche Verbürgungen — 278
c)	Private und öffentliche Interessen — 278
4.	Europäisierung und internationales Wirtschaftsrecht — 279

Anhang

Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union — 283

Literaturverzeichnis — 306