

# 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: Schwerpunkt Betrachtung — **89**
      - cc) Kronos International – „Drei-Stufen-Test“ — **91**
      - dd) Direktinvestition vermittelt Immobilienerwerb — **91**
    - b) Subsumtion und Würdigung — **92**
      - aa) Projektion — **92**

- 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) Parallele 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**

## **Schlussteil**

### **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**