

# Die gerichtliche Überprüfbarkeit behördlicher Entscheidungen im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle

Romy Backenstraß und Jana Katharina Kirst<sup>\*</sup>

Inhalt	
A. Einführung	280
B. Rechtsrahmen	282
I. Deutschland	283
1. Allgemeines	283
2. Die sektorübergreifende Investitionsprüfung	283
II. EU-ScreeningVO	284
C. Mögliche behördliche Maßnahmen	286
D. Gerichtliche Überprüfbarkeit der behördlichen Maßnahmen	288
I. Formelle Voraussetzungen	288
1. Verwaltungsrechtsweg, zuständiges Gericht	288
2. Statthafte Verfahrensarten	288
3. Klage bzw. Antragsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO (analog))	290
4. Sonstige Voraussetzungen	291
II. Inhaltliche Überprüfbarkeit der Maßnahmen	291
1. Beurteilungsspielraum?	292
a) Prognoseentscheidung bzw. Risikobewertung	294
b) Politische Entscheidungen in der Außen(wirtschafts)politik	296
2. Konsequenz	297
3. Ermessen	297
III. Verfahrensanforderungen	298
1. Anhörung	299
2. Akteneinsicht	299
3. Begründungspflicht	301
E. Rechtschutz auf EU-Ebene	302
F. Fazit	305

\* Dipl.-Jur. Romy Backenstraß ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Marc Bungenberg LL.M. an der Universität des Saarlandes (Germany). E-Mail: backenstrass@europainstitut.de. Jana Katharina Kirst ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Europa-Institut der Universität des Saarlandes und Projektkoordinatorin in der Abteilung Internationale Projekte & Kooperationen. E-Mail: kirst\_jana@web.de.

## Abstract

Die Investitionskontrolle hat in Deutschland in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen. Der rasant steigenden Zahl an überprüften Transaktionen steht jedoch eine sehr geringe Zahl von Gerichtsentscheidungen in diesem Bereich gegenüber. In diesem Beitrag soll daher der Frage nachgegangen werden, welche rechtlichen Möglichkeiten den Betroffenen von investitionskontrollrechtlichen Entscheidungen tatsächlich zur Verfügung stehen. Im Mittelpunkt des Beitrags steht die Frage, inwiefern die erlassenen Entscheidungen inhaltlich gerichtlich überprüft werden können. Dabei wird auch zu klären sein, ob es diesbezüglich Einschränkungen gibt, berührt die Investitionskontrolle doch auch Aspekte der nationalen Sicherheit.

### The Judicial Reviewability of Administrative Decisions in the Context of Inter-sectoral Foreign Direct Investment Screening

Foreign direct investment screening (FDI) has become increasingly important in Germany in the last few years. However, the rapidly rising number of reviewed transactions contrasts with a very small number of court decisions in this field. This contribution will therefore examine the question of what legal options are actually available to those affected by FDI decisions. The focus of the contribution will be to find out to what extent the substance of these regulatory measures issued may be reviewed by the courts. It will also be necessary to clarify whether there are any restrictions in this regard, since investment control also involves national security aspects.

**Keywords:** Foreign Trade Law, Foreign Trade Regulation, Foreign Direct Investment Screening Regulation, Regulatory Measures, Substantive Reviewability of Regulatory Measures

## A. Einführung

Die Investitionskontrolle in Deutschland gewann in jüngster Vergangenheit zunehmend an Bedeutung. Gab es im Jahr 2018 lediglich 78 nationale Prüfverfahren, so stieg die Zahl der überprüften Transaktionen in den Jahren 2021 und 2022 bereits auf 306. Dabei wurden im Jahr 2021 in 14 und im Jahr 2022 in 7 Fällen erwerbsbeschränkende Maßnahmen erlassen.<sup>1</sup> Öffentlich bekannt wurden bspw. die Untersuchung des Erwerbs von Heyer Medical durch die chinesische Beijing Aeonmed Co. Ltd im April 2022<sup>2</sup> sowie zwei untersagte Erwerbe im November 2022, die den

1 BMWK, Investitionsprüfung in Deutschland: Zahlen und Fakten, S. 9, 13, abrufbar unter: [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/investitionspruflng-in-deutschland-zahlen-und-fakten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/investitionspruflng-in-deutschland-zahlen-und-fakten.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (1.6.2023). Die Zahlen sind auf dem Stand 9.1.2023. Zu diesem Zeitpunkt waren 39 Fälle mit Eingang aus 2022 noch nicht abgeschlossen, sodass sich bei der Zahl der erwerbsbeschränkenden Maßnahmen im Laufe des Jahres noch Änderungen ergeben können.

2 Masling/Seifert, NJOZ 2023, S. 354 f.

Chiphersteller Elmos und mutmaßlich das in der Halbleiteranlagenindustrie tätige Unternehmen ERS electronic betrafen.<sup>3</sup> Medial die meiste Aufmerksamkeit erlangt hatte allerdings der Fall COSCO/HHLA Container Terminal Tollerort, der mit einer Teiluntersagung abgeschlossen wurde.<sup>4</sup> Die praktische Relevanz der nationalen Investitionsprüfung ist daher offensichtlich. Es ist in der Transaktionspraxis notwendig geworden, neben der fusionskontrollrechtlichen Analyse auch immer investitionskontrollrechtliche Anmeldeerfordernisse und Prüfungen zu identifizieren.<sup>5</sup> In der europäischen Union gab es 2021 insgesamt 1563 Anträge auf Genehmigung einer Transaktion und von Amts wegen eingeleitete Prüfungen, wovon 29 % einer förmlichen Prüfung unterzogen wurden. Von diesen förmlich geprüften Fällen wurden wiederrum 73 % ohne Auflagen genehmigt, 23 % nur unter Auflagen freigegeben, in 3 % der Fälle wurde das Vorhaben von den Erwerbsparteien zurückgezogen und in 1 % wurde die Transaktion untersagt.<sup>6</sup> Insbesondere die Zahl der Transaktionen, die nur unter Auflagen oder aufgrund anderer risikomindernder Maßnahmen (insbesondere öffentlich-rechtliche Verträge) freigegeben wurden, ist damit im Vergleich zum letzten Jahresbericht<sup>7</sup> angestiegen.<sup>8</sup> Gerichtsentscheidungen, die investitionskontrollrechtliche Maßnahmen zum Gegenstand haben, gab es dagegen bisher sowohl auf nationaler, als auch auf europäischer Ebene kaum.<sup>9</sup> Parteien tendieren einerseits häufig dazu ein Vorhaben aufzugeben, wenn sich eine negative Entscheidung abzeichnet. Andererseits spielen in investitionskontrollrechtlichen Prüfverfahren meistens sensible und vertrauliche Informationen eine Rolle, an deren Schutz ein Interesse besteht. Daneben werden staatliche Sicherheitsinteressen relevant, weshalb der Zugang zu den für das Führen eines Gerichtsverfahrens notwendigen Akten eingeschränkt sein kann.<sup>10</sup> Eine effektive gerichtliche Überprüfbarkeit behördlicher Entscheidungen ist allerdings notwendig, um zu gewährleisten, dass die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit erlassenen erwerbsbeschränkende Maßnahmen verhältnismäßig sind und auch tatsächlich auf „echten“

- 3 Göpfert, Kabinett stoppt chinesische Übernahmen, Tagesschau 9.11.2022, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/elmos-china-verkauf-verboten-chip-technologie-101.html> (1.6.2023); BMWK, 9.11.2022, Pressemitteilung, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2022/11/20221109-chipfabrik-elmos-darf-nicht-an-chinesischen-investor-verkauft-werden.html> (1.6.2023).
- 4 BMWK, 26.10.2022, Pressemitteilung, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2022/10/20221026-bundeskabinett-verabschiedet-teiluntersagung-im-investitionspruferfahren-hamburger-hafen.html> (1.6.2023).
- 5 Vgl. Fleischmann, NZKart 2022, S. 57; Dammann de Chpto/Brüggemann, NZKart 2018, S. 415.
- 6 Europäische Kommission, Zweiter Jahresbericht über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, COM(2022) 433 final, S. 13 ff.
- 7 Europäische Kommission, Erster Jahresbericht über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, COM(2021) 714 final.
- 8 Europäische Kommission, Zweiter Jahresbericht über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, COM(2022) 433 final, S. 15.
- 9 Vgl. in Deutschland nur VG Berlin, Urteil v. 23.2.2023, VG 4 K 157/20, BeckRS 2023, 7830; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 31.1.2022, OVG 1 S 10/22, juris; VG Berlin, Beschluss v. 27.1.2022, 4 L 111/22, juris.
- 10 De Kok, S. 85 f.

Sicherheitsinteressen beruhen.<sup>11</sup> Effektiver Rechtsschutz ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips; im deutschen Recht in Art. 19 Abs. 4 GG verankert und auch im Unionsrecht anerkannt (so insbes. in Art. 47 GRCharta).<sup>12</sup> Dieser Beitrag soll daher der Frage nachgehen, welche rechtlichen Möglichkeiten betroffenen Investoren überhaupt zur Verfügung stehen, um gegen Maßnahmen der Investitionskontrolle vorzugehen und in welchem Maße die erlassenen Entscheidungen inhaltlich einer gerichtlichen Prüfung unterliegen, geht es im Rahmen der Investitionskontrolle doch um nationale Sicherheitsaspekte.

Dazu soll zunächst der geltende Rechtsrahmen dargestellt werden (B). Danach werden die möglichen behördlichen Maßnahmen im Rahmen der Investitionskontrolle beleuchtet (C). Hieran schließt sich eine Darstellung der Rechtsschutzmöglichkeiten auf nationaler Ebene an (D), im Rahmen derer insbesondere der Frage nachgegangen wird, inwiefern Entscheidungen der nationalen Investitionskontrolle inhaltlich durch ein Gericht überprüfbar sind, oder ob es Beschränkungen gibt. Zum Schluss erfolgt eine Untersuchung der Rechtsschutzmöglichkeiten auf europäischer Ebene (E). Der Beitrag schließt mit einem Fazit (F).

## B. Rechtsrahmen

Die Investitionskontrolle ist ein System, durch welches ausländische Direktinvestitionen in gebietsansässige Unternehmen kontrolliert und gegebenenfalls beschränkt werden können. „Ausländische Direktinvestitionen“<sup>13</sup> sind Transaktionen, die den Erwerb von inländischen Unternehmen insgesamt oder den Erwerb von Anteilen an gebietsansässigen Unternehmen durch ausländische bzw. unionsfremde Investoren zum Gegenstand haben und entweder die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland (oder eines anderen EU-Mitgliedstaates) oder wesentliche Sicherheitsinteressen derselben beeinträchtigen könnten.

Den wesentlichen Rechtsrahmen zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in Deutschland bilden die nationalen Vorschriften in Außenwirtschaftsgesetz (AWG) und Außenwirtschaftsverordnung (AWV) sowie die EU-ScreeningVO.<sup>1415</sup>

11 Ibid., S. 86.

12 Vgl. hierzu Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 23 GG, Rn. 76 ff.

13 Ausführlicher zum Begriff der „ausländischen Direktinvestitionen“ vgl. EuGH, Gutachten 2/15, *Singapur-Freihandelsabkommen*, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 80.

14 Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. EU 2019, Nr. L 79 I. (im Folgenden: EU-ScreeningVO).

15 Vgl. Hagedorn, ZEuS 2023/2, S. 127.

## I. Deutschland

### 1. Allgemeines

Durch die Rückdelegation in der EU-ScreeningVO und die damit ausdrücklich betonte nationale Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Implementierung eines Kontrollregimes im Rahmen der Verordnung, ist die deutsche Investitionskontrolle im Außenwirtschaftsgesetz (AWG) und untergesetzlich in der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) geregelt. Die AWV kennt dabei zwei unterschiedliche und unabhängige Verfahren – die sektorspezifische (§§ 60–62 AWV) und die sektorübergreifende (§§ 55–59 AWV) Investitionsprüfung.<sup>16</sup> Die zuständige Behörde für die Prüfung ist in beiden Fällen das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK). Der Beitrag fokussiert sich in der Folge auf die gerichtliche Überprüfbarkeit von Entscheidungen in der sektorübergreifenden Investitionskontrolle und lässt die sektorspezifische Investitionskontrolle daher außer Acht.

### 2. Die sektorübergreifende Investitionsprüfung

Neben der sektorspezifischen Investitionsprüfung wurde 2009 die sektorübergreifende Investitionsprüfung neu eingeführt, seither fortentwickelt und tritt wesentlich häufiger auf.<sup>17</sup> Dies ist auf den wesentlich weiteren Anwendungsbereich zurückzuführen. Sie findet ihre Ermächtigungsgrundlage und Ausgestaltung in § 4 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 4a, § 5 Abs. 2 AWG sowie den §§ 55 bis 59 AWV. Nach diesen Vorschriften ist das BMWK ermächtigt, Rechtsgeschäfte über den Erwerb inländischer Unternehmen und von Anteilen an solchen Unternehmen zu beschränken, wenn diese Transaktionen die „öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder in Bezug auf Projekte oder Programme von Unionsinteresse [...] voraussichtlich beeinträchtigen“. Derzeit geht die AWV davon aus, dass „insbesondere“ bei 27 besonderen Sektoren<sup>18</sup> eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union vorliegen kann. Bei der sektorübergreifenden Investitionsprüfung sind gewisse Schwellenwerte beim Erwerb von Stimmrechtsanteilen zu erreichen, um in den Anwendungsbereich der AWV zu fallen und ein Prüfrecht des BMWK auszulösen. Gehört das Zielunternehmen den ersten sieben besonderen Sektoren (§ 55a Abs. 1 Nr. 1–7 AWV) an, gilt durch § 56 Abs. 1 Nr. 1 AWV für den Erwerb von Stimmrechtsanteilen eine Schwelle von 10 %. Für die restlichen besonderen Sektoren (§ 55a Abs. 1 Nr. 8–27 AWV) gilt gem. § 56 Abs. 1 Nr. 2 AWV eine Schwelle von

16 Vgl. Washington, EuZW 2022/20, S. 941.

17 Ibid., siehe zur Entstehungsgeschichte, insbes. der Ausweitung des Anwendungsbereichs: Barth/Käser, NZG 2021/19, S. 814 ff.; Sattler/Engels, EuZW 2021/11, S. 486 ff.; von Bremann, NZKart 2021/2, S. 531; Mausch-Liotta/Sattler in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 55 AWV, Rn. 1 ff.; Becker/Sachs, NZG 2017/34, S. 1336 ff.

18 Vgl. § 55 a Abs. 1 Nr. 1–27 AWV.

20%. Sollten Beteiligungen an Zielunternehmen erworben werden, die nicht in einem Bereich der besonderen Sektoren tätig sind, gilt eine Schwelle von 25 % (§ 56 Abs. 1 Nr. 3 AWV). Eine Meldepflicht besteht bei der sektorübergreifenden Investitionsprüfung gem. § 55a Abs. 4 AWV nur bei einem Erwerb von Unternehmen, die in besonderen Sektoren tätig sind. Alle übrigen Transaktionen müssen dem BWK nicht gemeldet werden. Hier können Prüfrecht und Meldepflicht also auseinanderfallen. Besteht ein Prüfrecht des BMWK, so steht das schuldrechtliche Rechtsgeschäft unter der auflösenden Bedingung der Untersagung des Erwerbes, § 15 Abs. 2 AWG. Bei meldepflichtigen Erwerben ist das Rechtsgeschäft, mit dem die Transaktion vollzogen wird, schwebend unwirksam. Die Transaktion darf nicht vollzogen werden, bis das BMWK den Erwerb freigibt, § 15 Abs. 3 AWG.

## II. EU-ScreeningVO

Neben die nationalen Vorschriften des AWG und der AWV trat am 10.4.2019 die EU-ScreeningVO, die seit dem 11.10.2020 gilt. Die Verordnung schafft einen Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union durch die Mitgliedstaaten aus Gründen der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung und außerdem für einen Mechanismus der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten einerseits sowie zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission andererseits (Art. 1 Abs. 1 EU-ScreeningVO). Im von der Verordnung gesetzten regulatorischen Rahmen finden sich prozedurale und sachlich-inhaltliche Mindeststandards, die teils obligatorisch und teils optional ausgestaltet sind. Wesentlich ist, dass es den Mitgliedstaaten freigestellt wird, ob sie Prüfmechanismen zur Überprüfung eingehender, ausländischer Direktinvestitionen einführen oder nicht. Die Vorgaben richten sich daher primär an diejenigen Mitgliedstaaten, die ausländische Direktinvestitionen bereits oder zukünftig überprüfen.<sup>19</sup> Art. 3 Abs. 5 EU-ScreeningVO normiert die Verpflichtung der Mitgliedstaaten den betroffenen ausländischen Investoren und Unternehmen die Möglichkeit zu gewähren, gegen die Überprüfungsbeschlüsse der nationalen Behörden „Einspruch“ zu erheben. Was genau unter dem Begriff Einspruch zu verstehen ist, wird in der Verordnung selbst nicht erläutert, allerdings ist davon auszugehen, dass hiervon sämtliche Rechtsbehelfe umfasst werden.<sup>20</sup> In seiner Rechtsprechung betreffend Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit hat der EuGH bereits früh festgestellt, dass jedem, der „durch eine [...] beschränkende Maßnahme betroffen ist, ein Rechtsbehelf eröffnet sein“ muss.<sup>21</sup> In Art. 2 EU-ScreeningVO werden unter anderem die Begriffe „ausländische Direktinvestition“, „ausländischer Investor“ und „Überprüfungsmechanismus“ definiert, eine Definition der „Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung“ findet sich hier allerdings nicht. Angelehnt an die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV

19 *Mausch-Liotta/Sattler*, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 55 AWV, Rn. 15.

20 *Voland/Slobodenjuk*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), Art. 3 VO (EU) 2019/452, Rn. 7.

21 EuGH, Rs. C-54/99, *Association Eglise de Scientologie de Paris*, ECLI:EU:C:2000:124, Rn. 17.

können „die Mitgliedstaaten zwar im Wesentlichen [...] frei nach ihren nationalen Bedürfnissen bestimmen, was die öffentliche Ordnung und Sicherheit erfordern [...], allerdings „sind diese Gründe im Gemeinschaftsrecht, insbesondere wenn sie eine Ausnahme von dem grundlegenden Prinzip des freien Kapitalverkehrs rechtfertigen, eng zu verstehen“. „So können die öffentliche Ordnung und Sicherheit nur geltend gemacht werden, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“<sup>22</sup> Art. 4 EU-ScreeningVO listet Faktoren, die die Mitgliedstaaten bei der Beurteilung, ob eine ausländische Direktinvestition die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung voraussichtlich beeinträchtigt berücksichtigen können. Er konkretisiert und harmonisiert damit die Voraussetzungen für das Vorliegen einer entsprechenden voraussichtlichen Beeinträchtigung.<sup>23</sup> Genannt werden hier die potenziellen Auswirkungen auf kritische Infrastrukturen, kritische Technologien und Güter mit doppeltem Verwendungszweck, die Versorgung mit kritischen Ressourcen, der Zugang zu sensiblen Informationen und die Freiheit und Pluralität der Medien. Weiterhin können die Mitgliedstaaten auch investorbezogene Aspekte berücksichtigen, wie beispielsweise, ob der ausländische Investor direkt oder indirekt von der Regierung eines Drittstaates kontrolliert wird (Art. 4 Abs. 2 lit. a). Die in der Liste genannten Punkte gehen damit über den engen Begriff der „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ hinaus<sup>24</sup> und legen nahe, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit iSd EU-ScreeningVO weiter zu verstehen ist als derjenige im Rahmen von Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV.

Darüber hinaus schafft die Verordnung einen Kooperationsmechanismus, im Rahmen dessen Kommentare anderer Mitgliedstaaten und Stellungnahmen der Kommission abgegeben werden können. Detaillierte Regelungen diesbezüglich finden sich in den Art. 6 – 8 EU-ScreeningVO. Während Art. 6 EU-ScreeningVO Anwendung findet bei Direktinvestitionen, die einer Prüfung durch einen Mitgliedstaat unterzogen werden, betrifft Art. 7 EU-ScreeningVO ausländischen Direktinvestitionen, die keiner Überprüfung unterzogen werden. Art. 8 EU-ScreeningVO gibt der Kommission das Recht eine Stellungnahme an einen Mitgliedstaat zu richten, in dem eine ausländische Direktinvestition geplant oder vorgenommen worden ist, die aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung voraussichtlich Projekte oder Programme von Unionsinteresse beeinträchtigt. Was Projekte oder Programme von Unionsinteresse sind, ergibt sich aus Art. 8 Abs. 3 iVm dem Anhang. Die Verfahren der Artikel 6 und 7 gelten sinngemäß mit kleineren Anpassungen (Art. 8 Abs. 2 EU-ScreeningVO).

Die abgegebenen Kommentare anderer Mitgliedstaaten und Stellungnahmen der Kommission haben keine Bindungswirkung (vgl. Art. 288 Abs. 5 AEUV).<sup>25</sup>

22 Ibid., Rn. 17.

23 Voland/Slobodenjuk, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), Art. 4 VO (EU) 2019/452, Rn. 3.

24 Ibid., Rn. 4; vgl. Link/Becker, RIW 2019, S. 416 f.

25 Vgl. Mausch-Liotta/Sattler, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 55 AWV, Rn. 18.

### C. Mögliche behördliche Maßnahmen

Sollte der Erwerb eines inländischen Unternehmens durch einen unionsfremden Erwerber in den Anwendungsbereich des AWG und der AWV fallen und somit ein Prüfrecht begründet sein, können während des Prüfverfahrens verschiedene behördliche Maßnahmen durch das BMWK ergriffen werden. Man unterscheidet zwischen Maßnahmen, die während der laufenden Investitionsprüfung ergehen, und solchen Maßnahmen, die als Einzelentscheidung zur Beendigung des Prüfverfahrens führen. Die behördlichen Maßnahmen durch das BMWK stellen Verwaltungsakte iSv § 35 S. 1 VwVfG dar.<sup>26</sup>

Entscheidungen, die während einer noch laufenden Investitionsprüfung ergriffen werden können, sind zum einen die Mitteilung über die Einleitung der tiefergehenden Prüfung. Denn das BMWK hat dem unmittelbaren Erwerber und dem betroffenen inländischen Zielunternehmen gem. § 55 Abs. 3 S. 1 AWV die Eröffnung des Prüfverfahrens innerhalb der in § 14a Abs. 1 Nr. 1 AWG genannten Fristen bekanntzugeben.<sup>27</sup> Dieser ersten Maßnahme können innerhalb des Prüfverfahrens bei Bedarf weitere behördliche Maßnahmen wie beispielsweise eine Nachforderungsentscheidung nach § 14a Abs. 2 S. 5 AWG und/oder eine Verlängerungsentscheidung über die Prüffrist nach § 14a Abs. 4 AWG folgen. Diese Maßnahmen sind als belastende Verwaltungsakte zu klassifizieren.<sup>28</sup>

Verfahrensabschließende Entscheidungen sind Maßnahmen, die das Prüfverfahren im positiven oder negativen Sinne beenden. Bei der sektorübergreifenden Prüfung kann mit Erteilung der Unbedenklichkeitsentscheidung gem. § 58 Abs. 1 AWV die Transaktion durchgeführt werden.<sup>29</sup> Die Unbedenklichkeitsbescheinigung ist dabei ein rechtsgestaltender begünstigender Verwaltungsakt.<sup>30</sup> Im Zuge der 17. Änderungsverordnung zur AWV<sup>31</sup> wurde außerdem die ausdrückliche Freigabe nach § 58a AWV auch im Bereich der sektorübergreifenden Investitionsprüfung eingeführt.<sup>32</sup> Diese Möglichkeit bestand zuvor nur innerhalb der sektorspezifischen Prüfung (§ 61 AWV). Die förmliche Freigabe wird in den Fällen erteilt, in denen einer Transaktion keine Bedenken im Hinblick auf die jeweiligen Schutzgüter der § 55 Abs. 1 AWV (öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen EU-Mitgliedstaates; Projekt und Programme im Unionsinteresse) entgegenstehen.<sup>33</sup> Diese Maßnahmen des BMWK stellen begünstigende Verwaltungsakte dar.

26 Voland, EuZW 2010, S. 132.

27 Vgl. *Mausch-Liotta/Sattler* in: Hocke/Sachs/Pelz, (Hrsg.), § 59 AWV, Rn. 35, 184; *Voland*, EuZW 2010, S. 133 f.; *Pottmeyer* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55–59 AWV, Rn. 137.

28 Vgl. *Pottmeyer* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55–59 AWV, Rn. 137 ff.

29 Ibid., Rn. 128 ff.

30 Ibid., Rn. 132; *Voland*, EuZW 2009, S. 522.

31 Siebzehnte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 27. April, veröffentlicht in BAuz. AT v. 30.4.2021, VI.

32 Vgl. hierzu auch *Geber*, AW-Prax 2021/6, S. 301.

33 Vgl. *Pottmeyer*, in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55–59 AWV, Rn. 134.

Wenn das BMWK bei einer Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Transaktion die relevanten Schutzgüter voraussichtlich beeinträchtigt, kann es gem. § 59 Abs. 1 AWV den Erwerb gänzlich untersagen oder eine Anordnung erlassen, „um die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder in Bezug auf Projekte oder Programme von Unionsinteresse im Sinne des Artikels 8 der Verordnung (EU) 2019/452 zu gewährleisten“. Bei diesen Maßnahmen handelt es sich ebenfalls um belastende Verwaltungsakte. Bei den Anordnungen gem. § 59 Abs. 1 AWV handelt es sich insbesondere nicht um Nebenbestimmungen iSv § 36 VwVfG, sondern um selbstständige behördliche Maßnahmen mit Außenwirkung und somit gleichfalls um Verwaltungsakte.<sup>34</sup>

Vor allem bei diesen verfahrensabschließenden Maßnahmen kann eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidung von den Beteiligten gewünscht sein. In der Regel wird hier auch ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse bestehen.<sup>35</sup> Die zur Durchsetzung einer Untersagung erlassenen Maßnahmen nach § 59 Abs. 3 AWV innerhalb der sektorübergreifenden Prüfung, stellen ebenfalls Verwaltungsakte dar. Diese können mit der Untersagungsverfügung verbunden oder isoliert erlassen werden.<sup>36</sup>

Als Alternative zu solchen verfahrensabschließenden Entscheidungen nach § 59 Abs. 1 AWV kann auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen werden.<sup>37</sup> Dies kann häufig im Interesse der Erwerbsbeteiligten sein, um mit einer solchen Vereinbarung sachgerechte Lösungsmöglichkeiten und Kompromisse zu finden und die Transaktion in anderer Form doch noch durchführen zu können.<sup>38</sup> Diese öffentlich-rechtlichen Verträge sind in der Fallpraxis von großer Bedeutung, treten an die Stelle des sonst ergangenen Verwaltungsaktes und stellen subordinationsrechtliche Verträge iSd § 54 S. 2 VwVfG dar.<sup>39</sup> Sie sind ebenfalls als verfahrensabschließende Maßnahmen zu klassifizieren.

Im Hinblick auf die vorstehend genannten Maßnahmen kommen daher verschiedene Rechtsmittel in Betracht. Auch vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 oder § 123 VwGO kann von Relevanz sein.

34 Voland, EuZW 2010, S. 133; Pottmeyer, in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55–59 AWV, Rn. 139 und §§ 60–62 AWV, Rn. 58.

35 Siehe allerdings VG Berlin, Urteil v. 23.2.2023, VG 4 K 157/20, BeckRS 2023, 7830.

36 Pottmeyer, in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55–59 AWV, Rn. 140.

37 Vgl. Mausch-Liotta/Sattler, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 59 AWV, Rn. 21 ff.

38 Ibid., Rn. 21.

39 Ibid., Rn. 22.

## D. Gerichtliche Überprüfbarkeit der behördlichen Maßnahmen

### I. Formelle Voraussetzungen

#### 1. Verwaltungsrechtsweg, zuständiges Gericht

Für Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen, die auf Grundlage der §§ 55 ff. AWV getroffen werden und zumeist (belastende) Verwaltungsakte darstellen, ist der Verwaltungsrechtsweg iSd § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Aber auch die übrigen Maßnahmen, die keine Verwaltungsakte im engeren Sinne darstellen, sind grundsätzlich hoheitliches Handeln im Subordinationsverhältnis, welches auf dem Außenwirtschaftsrecht als Sonderrecht des Staates gründet.<sup>40</sup> Eine abdrängende Sonderzuweisung zu den ordentlichen Gerichten wie in § 73 GWB, woraus sich für Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundeskartellamtes sowie alle Entscheidungen im Bereich der Fusionskontrolle eine Zuständigkeit des Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf ergibt,<sup>41</sup> findet sich im Bereich der Investitionskontrolle nicht. Zwar kann das genannte Gericht auch über Beschwerden gegen Verfügungen des BMWK entscheiden (vgl. § 73 Abs. 4 S. 1 Alt. 2 GWB). Diese Verweisung bezieht sich allerdings nur auf kartellrechtliche Entscheidungen. Bei Streitigkeiten, die nicht-kartellverwaltungsrechtlicher Art sind und sich aus einem gesonderten Verfahren auf der Grundlage eines anderen Spezialgesetzes ergeben, bleibt es bei der allgemeinen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.<sup>42</sup> Zuständiges Gericht für alle Rechtsmittel betreffend Maßnahmen der Investitionskontrolle ist daher das Verwaltungsgericht (VG) Berlin (vgl. §§ 45, 52 Nr. 2 VwGO).

#### 2. Statthafte Verfahrensarten

Die statthaften Verfahrensarten bestimmen sich im Verwaltungsverfahren gem. §§ 88, 122 VwGO nach dem (auszulegenden) Begehren des Klägers bzw. Antragstellers. Zur Beurteilung sind Rechtsschutzziel und Verwaltungshandeln zu beachten. Um sich gegen Maßnahmen innerhalb des Investitionskontrollverfahrens zu wehren, stehen den Beteiligten verschiedene Klagearten der VwGO zur Verfügung.

Soll eine verfahrensabschließende Maßnahme angegriffen werden, kommen hier nur die gänzliche Untersagung oder die Anordnung (§ 59 Abs. 1 AWV) in Betracht, da die Beteiligten der Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung (§ 58 Abs. 1 AWV) oder der ausdrücklichen Freigabe (§ 58a Abs. 1 AWV) wohl nicht widersprechen würden. In dem Fall, dass sie letztere dennoch angreifen wollen, fehlt ihnen die entsprechende Klagebefugnis, da sie von einer Freigabeentscheidung nicht belastet werden. Ihr Rechtskreis wird vor dem Hintergrund von § 15 AWG, jedenfalls bei meldepflichtigen Erwerben, vielmehr nur erweitert.<sup>43</sup> Die Untersagung

40 Vgl. Voland, EuZW 2010, S. 132.

41 Egger, in: Säcker/Meier-Beck (Hrsg.), § 73 GWB, Rn. 4, 6.

42 Ibid.; vgl. OLG Düsseldorf, Kart 3/09, BeckRS 2009, 26589.

43 VG Berlin, Urteil v. 23.2.2023, VG 4 K 157/20, BeckRS 2023, 7830, Rn. 16 ff.

oder Anordnungen können als belastende Verwaltungsakte mit einer Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO angegriffen werden, wenn die Aufhebung des erlassenen Verwaltungsaktes erwirkt werden soll.<sup>44</sup> Wurde als verfahrensabschließende Maßnahme ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gewählt, so ist an eine allgemeine Leistungsklage oder an eine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO zu denken, sofern die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages herbeigeführt werden soll. Wenn die Beteiligten einen Antrag auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung (§ 58 Abs. 1 AWV) stellen und das BMWK dies verweigert, ist eine Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO denkbar, wobei es hier am Rechtschutzbedürfnis fehlt.<sup>45</sup> Entsprechendes gilt für die Verpflichtungsklage auf Erteilung der ausdrücklichen Freigabe der Transaktion.<sup>46</sup>

Grundsätzlich entfalten Rechtsmittel gegen Veraltungsakte aufschiebende Wirkung. Da Untersagung und Anordnungsverfügungen gem. § 59 Abs. 1 Satz 1 AWV aber Verwaltungsakte iSd § 14 Abs. 1 AWG sind, entfalten Anfechtungsklagen gegen diese Maßnahmen gem. § 14 Abs. 2 AWG iVm § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO gerade keine aufschiebende Wirkung.<sup>47</sup> Der unmittelbare Erwerber kann daher zusätzlich zum Hauptsacheverfahren einen Antrag gem. § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung stellen.<sup>48</sup> Ein Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO auf Verpflichtung des BMWK zur vorläufigen Freigabe des Erwerbs wird wegen der Vorwegnahme der Hauptsache regelmäßig kein Erfolg haben.<sup>49</sup>

Sollten die Beteiligten Rechtsschutz gegen eine verfahrensbegleitende Maßnahme ersuchen, so kommen ebenfalls abhängig von der ergriffenen Maßnahme verschiedene Klagearten der VwGO in Betracht. Die Mitteilung über die Einleitung eines Prüfverfahrens (§ 55 Abs. 3 S. 1 AWV) als belastender Verwaltungsakt, kann mit der Anfechtungsklage angegriffen werden.<sup>50</sup> Ein Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO auf Verpflichtung des BMWK zur vorläufigen Freigabe des Erwerbs wird hingegen wegen der Vorwegnahme der Hauptsache regelmäßig kein Erfolg haben.<sup>51</sup>

Umstritten ist dagegen, ob und wie die Beteiligten gegen eine Nachforderungsentscheidung gem. § 14a Abs. 2 S. 5 AWG und eine Fristverlängerungsentscheidung gem. § 14a Abs. 4 AWG vorgehen können. Einer isolierten Anfechtbarkeit könnte § 44a VwGO entgegenstehen. Im Fall des versuchten Erwerbs des Mikrochipher-

44 Vgl. Pottmeyer, in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55–59 AWV, Rn. 139; *Mausch-Liotta/Sattler*, in Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 58 AWV, Rn. 35 ff.

45 Vgl. zur Rechtsnatur der Unbedenklichkeitsbescheinigung: Flaschhoff/Glasmacher, NZG 2017, S. 490.

46 Vgl. Pottmeyer, in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55 bis 59 AWV, Rn. 142.

47 Vgl. *Mausch-Liotta/Sattler*, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 59 AWV, Rn. 36; anders dazu Voland, EuZW 2010, S. 135 aber in Bezug auf die frühere Rechtslage.

48 Vgl. *Mausch-Liotta/Sattler*, in Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 59 AWV, Rn. 36.

49 Ibid., Rn. 30.

50 Vgl. Pottmeyer, in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55 bis 59 AWV, Rn. 137; so auch Voland, EuZW 2010, S. 133; *Mausch-Liotta/Sattler*, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 58 AWV, Rn. 25; Seibt/Wollenschläger, ZIP 2009, S. 844; ausführlich hierzu auch Dehne, S. 308.

51 Vgl. *Mausch-Liotta/Sattler*, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 62 AWV, Rn. 30.

stellers Siltronic durch Globalwafers im Jahr 2022, welcher letztlich am Verstreichen des sog. Long-Stop-Dates scheiterte, versuchten die Beteiligten zunächst im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes die Feststellung der fiktiven Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung durch Fristablauf (§ 58 Abs. 2 AWV) zu erwirken.<sup>52</sup> Jedoch blieb der Eilantrag nach § 123 VwGO ohne Erfolg. Das Gericht ging dabei aber erst gar nicht auf die Problematik der Fristverlängerungen ein und argumentierte, es könne offenbleiben, ob die Voraussetzungen für die beantragte Freigabe des Vorgangs erfüllt seien, denn der Fall werfe schwierige Rechtsfragen auf, die in der Kürze der Zeit nicht zu klären seien.<sup>53</sup> Die in einer solchen Situation mögliche Folgenabwägung gehe zu Lasten der Antragsteller, die rechtlich nicht gehindert seien, ein neues Übernahmeverfahren einzuleiten.<sup>54</sup> Auch die gegen den Beschluss eingelegte Beschwerde vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg wurde zurückgewiesen. Weder das VG noch das OVG gingen ausdrücklich auf die Möglichkeit eines selbständigen Angreifens der Fristverlängerungen ein. Dennoch erscheint der Eindruck, dass beide Gerichte die isolierte Anfechtung einer solchen Entscheidung an § 44a VwGO scheitern lassen würden.<sup>55</sup>

### 3. Klage bzw. Antragsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO (analog))

Zu den besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Verwaltungsprozesses gehört zum einen die Klagebefugnis bzw. Antragsbefugnis, Art. 42 Abs. 2 VwGO (analog). Der Kläger, sei es nun der Erwerber oder der Veräußerer, müssen möglicherweise in einer subjektiv-öffentlichen Rechtsposition verletzt sein. Klagebefugt ist in jedem Fall der unmittelbare Erwerber als der Adressat des belastenden Verwaltungsaktes, dessen Klagebefugnis sich zwar im Falle einer juristischen Person wegen Art. 19 Abs. 3 GG nicht aus dem Grundgesetz ableiten lässt, aber aus den unionsrechtlichen Regelungen zur Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 Abs. 1 AEUV entnommen werden kann.<sup>56</sup> Aber auch der Veräußerer ist betroffen, wenn er auch selbst nicht Adressat des Verwaltungsaktes ist. Eine Klagebefugnis leitet sich hier aus der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG ab, die auch die Veräußerung von Eigentum (Deinvestition) schützt, zumeist auch aus Art. 12 Abs. 1 GG oder der Vertragsfrei-

52 Siehe zur ausführlichen Darstellung des Sachverhaltes: VG Berlin, Beschluss vom 27.1.2022 – 4 L 111/22, Rn. 2 ff., juris.

53 Ibid., Rn. 39, juris.

54 Ibid., Rn. 42, juris.

55 Ibid., Rn. 34, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 31.1.2022, OVG 1 S 10/22, Rn. 10, juris.

56 Vgl. Müller/Hempel, NJW 2009/23, S. 1641; Seibt/Wollenschläger, ZIP 2009, S. 844; Ludwig, S. 383. Ausführlich zur Herleitung der Klagebefugnis des Erwerbers insb. bei Erwerbern aus Drittstaaten, Voland, EuZW 2010, S. 134f. und mit zutreffendem Verweis auf Art. 19 Abs. 3 GG hinsichtlich der Herleitung der Klagebefugnis für den Erwerber. AA Mausch-Liotta/Sattler, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 59 AWV, Rn. 37, die eine Klagebefugnis auch aus der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit herleiten.

heit nach Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>57</sup> Nicht klagebefugt sind aber nach überwiegender Auffassung das deutsche Zielunternehmen, andere Anteilseigner und andere Dritte.<sup>58</sup> Bei § 4 Abs. 1 AWG, auf den auch die sektorübergreifende Investitionsprüfung gestützt ist, handelt es sich nicht um eine drittschützende Norm. Dem dort auch genannten Rechtsgut der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit kommt kein individualbezogener und drittschützender Charakter zu.<sup>59</sup>

#### 4. Sonstige Voraussetzungen

Die Durchführung eines Vorverfahrens ist gemäß § 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VwGO entbehrlich, da es sich beim BMWK um eine obersten Bundesbehörde im Sinne der Norm handelt.<sup>60</sup> Bei einer Anfechtungsklage gegen eine Untersagung oder Anordnung gilt gem. § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO eine Frist von einem Monat nach Bekanntgabe des entsprechenden Verwaltungsaktes zur Einreichung der Klage. Die Klage ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträger des BMWK zu richten.

### II. Inhaltliche Überprüfbarkeit der Maßnahmen

Im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle kann das BMWK prüfen, ob der Erwerb eines inländischen Unternehmens durch einen Unionsfremden, die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder in Bezug auf Projekte oder Programme von Unionsinteresse voraussichtlich beeinträchtigt. Der nunmehr geltende Maßstab entstammt der EU-ScreeningVO (vgl. Art. 1 Abs. 1) und wurde 2020 ins deutsche Recht übernommen.<sup>61</sup> Relevant ist dabei insbesondere der Begriff der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit. Einigkeit besteht darüber, dass dieser nicht gleichzusetzen ist mit dem polizeirechtlichen Gefahrenbegriff. Der im Außenwirtschaftsrecht verwendete Begriff entstammt vielmehr dem Unionsrecht,<sup>62</sup> und zwar zum einen Art. 65 Abs. 2 AEUV und zum anderen der EU-ScreeningVO, womit dem EuGH die letztverbindliche Kompetenz zur Konkretisierung des Begriffs zu-

57 Vgl. *Mausch-Liotta/Sattler*, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 59 AWV, Rn. 37; *Müller/Hempel*, NJW 2009/23, S. 1641; *Ludwig*, S. 383; ausführlicher *Seibt/Wollenschläger*, ZIP 2009, S. 844.

58 Vgl. *Mausch-Liotta/Sattler*, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 59 AWV, Rn. 37; *Müller/Hempel*, NJW 2009/23, S. 1641; *Stompfe*, in: Hindelang/Moberg (Hrsg.), S. 96, ausführlicher *Seibt/Wollenschläger*, ZIP 2009, S. 844.

59 Vgl. VG Berlin, Urteil v. 23.2.2023, VG 4 K 157/20, BeckRS 2023, 7830, Rn. 34; *Müller/Hempel*, NJW 2009/23, S. 1641.

60 Vgl. Pottmeyer in: Wolfgang/Roggmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55 bis 59 AWV, Rn. 137 ff.

61 Sechzehnte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung v. 26.10.2020, BAnz AT 28.10.2020 VI.

62 *Herrmann*, ZEuS 2019/3, S. 445; *Mausch-Liotta/Sattler*, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 55 AWV, Rn. 86.

kommt.<sup>63</sup> Daran ändert auch nichts, dass den Mitgliedstaaten bei der Bestimmung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit iSd EU-ScreeningVO ein gewisser Beurteilungsspielraum zugestanden wird, der sich an den aktuellen Bedürfnissen und der individuellen Situation des jeweiligen Staates orientiert.<sup>64</sup> Es handelt sich beim Begriff der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit um einen unbestimmten Rechtsbegriff,<sup>65</sup> bei dessen Anwendung auf den konkreten Fall es eines besonderen Aufwandes bei der Auslegung bedarf.<sup>66</sup> Ob ein Erwerb die öffentliche Ordnung oder Sicherheit beeinträchtigt orientiert sich jeweils am Einzelfall.<sup>67</sup> Aus der Rechtsprechung des EuGH, der zwischen den beiden Begriffen Sicherheit und Ordnung häufig nicht differenziert,<sup>68</sup> lassen sich allerdings Annäherungen und Konkretisierungen entnehmen. So umfasst bspw. die öffentliche Ordnung alle hoheitlich festgelegten Grundregeln, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühren.<sup>69</sup> Die öffentliche Sicherheit, die neben der inneren auch die äußere Sicherheit eines Staates mit einbezieht, kann bspw. berührt werden durch Beeinträchtigungen des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste, der Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder einer Beeinträchtigung der militärischen Interessen.<sup>70</sup> Daraus werden insbesondere zwei Schutzrichtungen deutlich, zum einen die Gewährleistung der Versorgungssicherheit der Mitgliedstaaten und zum anderen die Kriminalitätsbekämpfung und Landesverteidigung. Nicht von Relevanz dürfen dagegen rein wirtschaftliche oder finanzielle Zwecke sein.<sup>71</sup> Daneben liefern die EU-ScreeningVO in ihrem Art. 4 und die AWV in § 55a Anknüpfungspunkte zur Konkretisierung des Begriffs. Allerdings enthält insbesondere § 55a in seinen 27 Nummern wiederum einige auslegungsbedürftige, unbestimmte Rechtsbegriffe.<sup>72</sup>

## 1. Beurteilungsspielraum?

Insgesamt lässt sich daher die Frage aufwerfen, inwiefern die vom BMWK im Rahmen investitionskontrollrechtlicher Entscheidungen vorgenommene Bewertung eines Erwerbes inhaltlich gerichtlich überprüfbar ist. Im Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen ist aus prozessualer Sicht umstritten, ob Verwaltungsgerichte die

63 Herrmann, ZEuS 2019/3, S. 445; Nebring-Köppel, S. 167.

64 Vgl. Erwägungsgrund 8 EU-ScreeningVO; Nebring-Köppel, S. 166 f.

65 Maisch-Liotta/Sattler, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 55 AWV, Rn. 86; allg. zu unbestimmten Rechtsbegriffen siehe Guckelberger, § 14, Rn. 26 ff.; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), § 40 VwVfG, Rn. 147 ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, § 31, Rn. 7 ff.

66 Guckelberger, § 14, Rn. 27.

67 Nebring-Köppel, S. 171.

68 Hindelang/Hagemeyer, EuZW 2017/22, S. 887.

69 EuGH, Rs. C-137/17, Van Gennip, ECLI:EU:C:2018:771, Rn. 58 mwN; Nebring-Köppel, S. 171.

70 EuGH, Rs. C-145/09, Panagiotis Tsakouridis, ECLI:EU:C:2010:708, Rn. 43 f.; Nebring-Köppel, S. 171 f.

71 So Nebring-Köppel, S. 173 f.

72 Hierzu ausführlich ibid., S. 176 ff.

von der Behörde vorgenommene Auslegung vollumfänglich überprüfen und eine für unzutreffend erachtete Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch eine eigene Entscheidung ersetzen dürfen, oder der Behörde vielmehr eine Einschätzungsprärogative in Form eines Beurteilungsspielraums belassen werden soll.<sup>73</sup> Die Befugnis letztverbindlicher Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe sowie die Subsumtion eines Sachverhalts darunter gehört zu den typischen Aufgaben eines Richters.<sup>74</sup> Auch Art. 19 Abs. 4 GG verpflichtet die Gerichte grundsätzlich zur vollständigen Nachprüfung der Verwaltungsentscheidung in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht.<sup>75</sup> Um diesen Rechtsschutz nicht zu verkürzen, wurde ein echter Beurteilungsspielraum von Seiten der Verwaltungsgerichte meistens abgelehnt und nur in Ausnahmefällen angenommen.<sup>76</sup> In der Literatur dagegen wird ein solcher grundsätzlich anerkannt.<sup>77</sup> Relativ unproblematisch und unstrittig angenommen werden kann ein Beurteilungsspielraum, wenn dieser der Verwaltung durch den Gesetzgeber explizit eingeräumt wurde<sup>78</sup> (wie zB in § 76 Abs. 5 S. 2 GWB). Im Übrigen ist durch Interpretation der gesetzlich vorgegebenen Entscheidungsstruktur zu ermitteln, ob die Verwaltung über einen entsprechenden Spielraum verfügt. Für dessen Annahme bedarf es allerdings eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes.<sup>79</sup> Es haben sich im Laufe der Jahre einige Fallgruppen herausgebildet, bei denen der Behörde ein Beurteilungsspielraum zugestanden wurde. Dazu gehören unter anderem<sup>80</sup> vereinzelt auch Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen insbesondere auch im Wirtschaftsrecht.<sup>81</sup> Auch im Kriegswaffenkontrollrecht finden sich Fälle in denen der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative zugestanden wurde.<sup>82</sup> Zu verneinen ist das Vorliegen eines Beurteilungsspielraumes aber zB bezüglich des Gefahrenbegriffs im Polizei- und Ordnungsrecht,<sup>83</sup> oder auch im Gewerberecht, wenn es um den Begriff der Zuverlässigkeit geht (vgl. § 35 GewO).<sup>84</sup>

73 Guckelberger, § 14, Rn. 27; zur Gesamtproblematik Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 31.

74 Vgl. Ruthig, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 24, 24a.

75 BVerfGE 84, 34 (49); Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 31, Rn. 19.

76 Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 31, Rn. 19f.; Guckelberger, § 14 Rn. 27.

77 Dafür z.B. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 31 Rn. 18; allgemein hierzu Mauerer/Waldhoff, § 7, Rn. 31 ff.

78 Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 31, Rn. 17.

79 BVerwGE 153, 129 (139); 170, 273, (277); Guckelberger, § 14, Rn. 28; vgl. Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 306.

80 Umfassende Auflistungen finden sich bspw. bei Ruthig, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 26; Mauerer/Waldhoff, § 7 Rn. 37 ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 31, Rn. 23 ff.

81 Guckelberger, § 14 Rn. 34; Mauerer/Waldhoff, § 7 Rn. 41.

82 ZB VG Berlin, Urteil vom 2.11.2020, 4 K 386.19, Rn. 38, juris.

83 BVerwG, Urteil vom 27.11.2014 – 7 C 12/13, NVwZ 2015, 675 (678 mwN); Ruthig, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 27, 37.

84 BVerwG, Urteil vom 26.6.1990 – 1 C 10/88, NVwZ 1991, 268; Ruthig, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 27, 37d.

### a) Prognoseentscheidung bzw. Risikobewertung

Entscheidungen des BMWK im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle könnten unter die Fallgruppe der Prognoseentscheidungen bzw. Risikobewertungen fallen. Die gerichtliche Bewertung kann dort an ihre Grenzen stoßen, wo ein Sachverhalt nur schätzungsweise unter einen unbestimmten Rechtsbegriff subsumierbar ist oder das Gesetz auf ungesicherte außerrechtliche Maßstäbe, und zwar insbesondere auf die Abschätzung zukünftiger Entwicklungen verweist.<sup>85</sup> Die in § 55a AWV und Art. 4 EU-ScreeningVO genannten Konkretisierungen stellen an sich nicht auf zukünftige Entwicklungen ab, es handelt sich hier vielmehr um aktuell vorliegende Kriterien. Allerdings kommt es im Bereich der sektorübergreifenden Investitionskontrolle auf eine „voraussichtliche Beeinträchtigung“ der relevanten Schutzgüter an. Der Prüfungsmaßstab wurde in Anpassung an die EU-ScreeningVO abgesenkt.<sup>86</sup> Bis zum Jahr 2020 wurde auf das Vorliegen einer Gefährdung abgestellt. Mit der EU-ScreeningVO bedarf es nun keiner tatsächlichen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit mehr, der Anknüpfungspunkt wird vielmehr vorverlagert. Der Schwerpunkt der Beurteilung liegt damit auf einer vorausschauenden Betrachtungsweise.<sup>87</sup> Ob eine geplante Transaktion die in Rede stehenden Schutzgüter voraussichtlich beeinträchtigt, wird im Rahmen einer Prognose- und Abwägungsentscheidung getroffen, wodurch dem präventiven Charakter der Investitionskontrolle Rechnung getragen wird.<sup>88</sup> Das BMWK muss deshalb nur darlegen, dass es nach Vollzug des Erwerbs durch den Einfluss des unionsfremden Erwerbers voraussichtlich zu einer Beeinträchtigung geschützter Interessen kommen kann und nicht, dass der Erwerb bereits eine tatsächliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit begründet.<sup>89</sup> Damit werden sowohl die Entscheidung über die Einleitung des Prüfverfahrens wie auch der Erlass erwerbsbeschränkender Maßnahmen nach § 59 AWV auf eine prognostizierte Risikobewertung gestützt.<sup>90</sup> Bei solchen Prognoseentscheidungen und auch Risikobewertungen, die letztlich auch auf Prognosen beruhen,<sup>91</sup> ist es notwendig, dass die Behörde auf der Grundlage von anerkannten Erfahrungssätzen von bestimmten feststellbaren Tatsachen auf den wahrscheinlichen Eintritt eines künftigen Sachverhaltes schließt.<sup>92</sup> Allerdings lässt sich aus der Notwendigkeit solcher Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen noch nicht automatisch auf das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums schließen.<sup>93</sup>

85 Wolff/Bachof/Stober/Kluh, VerwR I, § 31, Rn. 21.

86 Vgl. Sattler/Engels, EuZW 2021/11, S. 487; Bendlin Spür, COVuR 2020/10, S. 517; Herrmann, ZEuS 2019/3, S. 468.

87 So Nehring-Köppl, S. 169; das BMWK scheint allerdings bereits vor der Novelle 2020 einen vorausschauenden Ansatz zugrunde gelegt zu haben, Bendlin Spür, COVuR 2020/10, S. 517.

88 Ibid.; Jungkind/Bormann, NZG 2020/16, S. 620.

89 Jungkind/Bormann, NZG 2020/16, S. 620.

90 So Nehring-Köppl, S. 169.

91 Ruthig, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 38.

92 Ibid., Rn. 37.

93 Ibid.

Ob ein solcher angenommen werden kann, kann allgemein durch Auslegung der Vorschriften ermittelt werden, wobei es ein starkes Indiz für das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums darstellt, wenn der Normtext ausdrücklich auf eine behördliche Einschätzung Bezug nimmt.<sup>94</sup> Die Auslegung kann auch unter Rückgriff auf den Zusammenhang oder den Sinn und Zweck der Regelung vorgenommen werden.<sup>95</sup> Sinn und Zweck der sektorübergreifenden Investitionskontrolle ist die Verhinderung potentiell schädlicher Investitionen bereits vor ihrem Vollzug. Die Beurteilung in Rede stehender Erwerbe kann für das BMWK, auch aufgrund komplizierter gesellschaftsrechtlicher Unternehmensstrukturen, eine erhebliche Komplexität mitbringen.<sup>96</sup> Es könnte daher vertretbar sein, von einem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum des BMWK beim Erlass von Maßnahmen im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle auszugehen.<sup>97</sup> Auch das VG Berlin hat entsprechendes bereits angedeutet und insbesondere darauf hingewiesen, „dass der Antragsgegnerin [BMWK] bei der Bewertung einer möglichen Beeinträchtigung ein weiter Beurteilungsspielraum zukommen dürfte [...].“ Die gerichtliche Kontrolldichte sei durch die jetzige Formulierung und Absenkung des Gefährdungsmaßstabes deutlich eingeschränkt worden.<sup>98</sup> Allerdings ist zu beachten, dass ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung auch darauf gründet, dass in manchen Fällen die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung erreicht würden.<sup>99</sup> Das ist im Bereich der Investitionskontrolle nicht der Fall.<sup>100</sup> Die sich in der Prüfung stellenden Komplexitäten sind nicht von solchem Ausmaß, dass ein Gericht diese nicht, nach Verschaffung eines Überblicks über die Hintergründe der Entscheidung, selbst nachvollziehen und beurteilen könnte.<sup>101</sup> Hilfestellung bieten hierbei auch die schon erwähnten sehr ausdifferenzierten Konkretisierungen des § 55a AWV sowie Art. 4 EU-ScreeningVO. Bedacht werden sollte auch, dass die Zuerkennung eines Beurteilungsspielraums in einem gewaltengegliederten und unionsrechtlich determinierten Staat immer auch in Abwägung mit einem effektiven Rechtsschutz<sup>102</sup> (Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 47 GRCharta) sowie den, sowohl unionsrechtlichen wie auch nationalen Grundrechten und Grundfreiheiten gestellt werden muss.<sup>103</sup> Er sollte daher insgesamt nur zurückhaltend zuerkannt werden. Gegen die Annahme eines Beurteilungsspielraums in der Investitionskontrolle spricht auch die unionsrechtliche Überlagerung derselben. Bei Zuerkennung einer nur begrenzten Kontrolldichte, würde man dem BMWK die Auslegungsbefugnis für den Begriff

94 Vgl. BVerwGE 67, 341, (346); Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 307.

95 BVerwGE 72, 195, (199); Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 307.

96 Vgl. Ludwig, S. 402.

97 So bspw. Lippert, BB 2021/22, S. 1292.

98 VG Berlin, Beschluss vom 27.1.2022 – 4 L 111/22, Rn. 43, juris; Ludwig, S. 395.

99 Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 31, Rn. 2.

100 So auch Böhm, ZBB 2019/2, S. 121.

101 Vgl. Ludwig, S. 394 und 402.

102 Vgl. Epping, S. 385.

103 Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 31, Rn. 2.

der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung überlassen.<sup>104</sup> Da dem EuGH aber die letztverbindliche Auslegung eben jenes Bergriffs zukommt (D.II), stünde dies in Konflikt mit dem Europarecht. Wo Unionsrecht direkt oder indirekt zur Anwendung kommt, wird das nationale Verwaltungsverfahrens- und -prozessrecht im Dienste der europäischen Rechtsdurchsetzung funktionalisiert. Den nationalen Gerichten wird dann eine konsequente Vorlagebereitschaft iSd Art. 267 AEUV abverlangt.<sup>105</sup> Die in der Investitionskontrolle vorzunehmende Prognose ist eher vergleichbar mit der Bestimmung der Zuverlässigkeit eines Inhabers einer bedeutenden Beteiligung im Inhaberkontrollverfahren, wo ein Beurteilungsspielraum ebenso abgelehnt wird.<sup>106</sup>

### *b) Politische Entscheidungen in der Außen(wirtschafts)politik*

Ein Beurteilungsspielraum wird der Verwaltung darüber hinaus im Bereich politischer Entscheidungen, auch im Bereich der Außen(wirtschafts)politik zuerkannt.<sup>107</sup> Gerichten fehle es bei der Beurteilung außenpolitischer Notwendigkeiten an der erforderlichen Sachkenntnis, wie sie bspw. das Auswärtige Amt als zuständiges Ressort habe. Es sei Gerichten auch nicht möglich sich diese Sachkenntnis zu verschaffen.<sup>108</sup> Das BVerfG hat dies für den Bereich des Außenwirtschaftsrechts bestätigt und der Bundesregierung ein politisches Ermessen eingeräumt.<sup>109</sup> Das lässt sich allerdings trotz des Umstandes, dass auch hier mehrere Ministerien oder die Bundesregierung beteiligt sein können, die über besondere Sachkunde verfügen, nicht uneingeschränkt auf die Investitionskontrolle übertragen. Zwar handelt es sich bei investitionskonrollrechtlichen Entscheidungen um Entscheidungen, die mittelbar Auswirkungen auf verschiedene politische Bereiche und insbesondere die auswärtigen Beziehungen haben können, geht es hierbei doch um den Wunsch drittstaatlicher Investoren im Inland wirtschaftlich tätig zu sein und die Entscheidung darüber, wem man Einfluss auf die deutsche Wirtschaft gewährt. Jedoch betrifft die Investitionskontrolle vordergründig und unmittelbar originär innerstaatliche Angelegenheiten, wie bspw. die Sicherstellung der Versorgungssicherheit oder die strategische Bedeutung eines inländischen Unternehmens. Relevant sind damit vielmehr vorwiegend Fragen von innerstaatlicher Bedeutung, die auch ein Gericht nachprüfen kann.<sup>110</sup>

104 Ludwig, S. 401; vgl. hierzu auch Gärditz, AöR 2014/3, S. 375, zur zwar ähnlich gelagerten Situation, aber unter Beachtung der Besonderheiten im Wettbewerbsrecht.

105 Vgl. Gärditz, AöR 2014/3, S. 358 und 360.

106 Böhm, ZBB 2019/2, S. 121.

107 Ruthig, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 26; Voland, EuZW 2010, S. 135 f. mwN; hierzu auch Epping, S. 387 ff.

108 Epping, S. 389.

109 BVerfG, Beschluss vom 25.10.1991 – 2 BvR 374/90; Epping, S. 384 f.; Ludwig, S. 396.

110 Vgl. auch Voland, EuZW 2010, S. 135 f.

## 2. Konsequenz

Insgesamt ist daher das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums abzulehnen.<sup>111</sup> Daraus folgt, dass die Auslegung und Anwendung der in der sektorübergreifenden Investitionskontrolle verwendeten Begriffe, insbesondere der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit, vollständig gerichtlich überprüfbar ist.<sup>112</sup> Wenn man der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum dennoch zugestehen würde, so könnte das Gericht in analoger Anwendung von § 114 VwGO nur prüfen, ob von der Behörde die gesetzlichen Grenzen ihrer Ermächtigung eingehalten wurden und sie von der Ermächtigung ihrem Zweck entsprechend Gebrauch gemacht hat.<sup>113</sup> Speziell bezogen auf Prognoseentscheidungen kann das Gericht umfänglich prüfen, ob eine wissenschaftlich vertretbare Methode gewählt und auch einwandfrei angewendet wurde, die Behörde von einem zutreffenden Sachverhalt ausging, die Prognose nachvollziehbar begründet wurde, ein angemessenes Verhältnis zwischen der Ungewissheit über die künftige Entwicklung und den mit dem Vorhaben verbundenen Eingriffen besteht sowie keine offensichtlich fehlerhafte Einschätzung vorliegt.<sup>114</sup> Jedoch entbindet eine Einschätzungsprärogative der Verwaltung diese nicht davon, die von ihr vorgenommene Beurteilung einer festgestellten Tatsachengrundlage auch mitzuteilen.<sup>115</sup>

## 3. Ermessen

Während die Frage der unbestimmten Rechtsbegriffe und des Beurteilungsspielraums auf der Seite des gesetzlichen Tatbestandes auftaucht, spielt das Ermessen auf der Rechtsfolgenseite eine Rolle.<sup>116</sup> Aus der Formulierung der §§ 55 und 59 AWV sowie auch § 14a Abs. 2 S. 5 und Abs. 4 AWG („kann“) ergibt sich, dass der Behörde hier ein Ermessen eingeräumt ist. Das lässt sich aus §§ 58, 58a AWV so nicht herauslesen („bescheinigt dem Erwerber“ bzw. „gibt den Erwerb schriftlich oder elektronisch frei“). Allerdings ist hierbei zu beachten, dass diese Vorschriften im Gesamtzusammenhang mit den als Ermessensvorschriften konzipierten Normen der AWV zu sehen sind. Das BMWK wird einem Erwerber regelmäßig nur dann eine Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilen, wenn es von seinem Ermessen im Rahmen des § 55 AWV dergestalt Gebrauch gemacht hat, kein Prüfverfahren zu eröffnen, oder in Folge einer vertieften Prüfung zu einer Unbedenklichkeit der Transaktion gelangt. Dasselbe gilt für die Freigabe des Erwerbs nach § 58a AWV. Ein Erwerb wird nur dann freigegeben, wenn das BMWK sich dazu entschließt keine erwerbsbeschränkenden Maßnahmen gem. § 59 AWV zu erlassen. Wird einer Be-

111 So auch *Ludwig*, S. 393 ff.; *Böhm*, ZBB 2019/2, S. 120; wohl auch *Pottmeyer*, in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55–59 AWV, Rn. 140; *Voland*, EuZW 2010, S. 136.

112 So auch *Ludwig*, S. 402 f.

113 So *Ruthig*, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 23, zu den Einzelheiten Rn. 28.

114 *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 323.

115 VG Frankfurt, Urteil vom 28.2.2019 – 5 K 9655/17.F, Rn. 22, juris.

116 *Mauerer/Waldhoff*, § 7, Rn. 26.

hörde ein Ermessen eingeräumt, so kann das Verwaltungsgericht die Entscheidung nur daraufhin überprüfen, ob die Voraussetzungen des § 114 VwGO eingehalten wurden. Es kann nicht prüfen, ob eine andere Lösung zweckmäßiger gewesen wäre.<sup>117</sup> Das bedeutet für die Investitionskontrolle, dass wenn das BMWK bestimmte Anordnungen gem. § 59 AWV erlässt, das Verwaltungsgericht nicht nachprüfen kann, ob andere Anordnungen möglicherweise zweckmäßiger gewesen wären. Die gerichtliche Überprüfung von Ermessensentscheidungen erstreckt sich darauf, ob eine Ermessensüberschreitung, ein Ermessensnichtgebrauch (bzw. Ermessensausfall), oder ein Ermessensfehlgebrauch (bzw. Ermessensmissbrauch) vorliegt.<sup>118</sup> Ein Ermessensfehlgebrauch liegt insbesondere auch dann vor, wenn die Behörde sich bei ihrer Entscheidung von sachfremden, durch den Zweck der Norm nicht gedeckte Erwägungen hat leiten lassen.<sup>119</sup> Sachfremde Erwägungen sind solche, die außerhalb des Ermessensraums liegen. Dabei bestimmt die Ermessensnorm selbst, welche Belange in die Abwägung mit eingestellt werden dürfen.<sup>120</sup> Erwerbsbeschränkende Maßnahmen gem. § 59 AWV kann das BMWK nur erlassen, „um die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder in Bezug auf Projekte oder Programme von Unionsinteresse [...] zu gewährleisten“. Kern einer Maßnahme muss also die Gewährleistung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit sein, andere Erwägungen, wie allgemeine wirtschafts- bzw. wettbewerbspolitische Aspekte, dürfen deshalb nicht in die Abwägung mit einfließen. Die Behörde ist beweispflichtig dafür, dass sie ihr Ermessen sachgemäß ausgeübt hat. Eine wichtige Rolle nimmt hierbei die Begründung des Verwaltungsaktes ein.<sup>121</sup> Ohne umfassende und nachvollziehbare Begründung, lässt sich nämlich nur schwerlich ermitteln, ob von einer sachgemäßen Ausübung des Ermessens ausgegangen werden kann. Behördliche Ermessens- und Beurteilungsspielräume finden ihre Grenzen auch im Rechtsstaatsprinzip, den nationalen Grundrechten und der Grundrechtecharta, sowie der Verhältnismäßigkeit.<sup>122</sup> Im Rahmen der Investitionskontrolle kann das Verwaltungsgericht daher in vollem Umfang prüfen, ob die Grenzen der Verhältnismäßigkeit gewahrt wurden.<sup>123</sup>

### III. Verfahrensanforderungen

Daneben, und das ist im Rahmen der Investitionskontrolle von besonderer Relevanz, kann das Gericht die Einhaltung aller Verfahrensanforderungen prüfen, also

117 Wolff, in: Soda/Ziekow (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 59; Ruthig, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 4; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 31, Rn. 55.

118 Zu den Fallgruppen zB Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 56 ff.; Ruthig, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 7 ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 31 Rn. 56 ff.

119 Ruthig, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 8.

120 Wolff, in: Soda/Ziekow (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 170 f.

121 Ruthig, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 114 VwGO, Rn. 11.

122 Ibid., Rn. 39 ff.

123 Pottmeyer, in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch (Hrsg.), §§ 55–59 AWV, Rn. 140.

bspw. ob die Parteien angehört (§ 28 VwVfG), ihnen Akteneinsicht gewährt (§ 29 VwVfG) und der Verwaltungsakt entsprechend begründet wurde (§ 39 VwVfG).

## 1. Anhörung

Vor Erlass eines Verwaltungsaktes sind die Beteiligten, in deren Rechte eingegriffen wird, anzuhören, § 28 Abs. 1 VwVfG. Die Behörde ist zur Entgegennahme des Vorbringens der Beteiligten zum konkreten Sachverhalt verpflichtet. Sie hat sich mit dem, was die Beteiligten erklären, im Rahmen der anstehenden Entscheidung tatsächlich auseinanderzusetzen und dies in ihrer Entscheidungsbegründung sodann deutlich zu machen.<sup>124</sup> Beim Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ist eine zusätzliche förmliche Anhörung nicht erforderlich. Es für das Zustandekommen eines solchen Vertrages ohnehin notwendig, dass die Parteien freiwillige Willenserklärungen abgeben, sodass kein Bedürfnis für eine Anhörung mehr besteht.<sup>125</sup> Das Recht zur Anhörung kann wegen § 44a VwGO nicht gesondert eingeklagt werden. Eine Verletzung von § 28 VwVfG muss daher im Wege des Hauptsacheverfahrens geltend gemacht werden. Der Verwaltungsakt kann aber alleine wegen des Verfahrensverstoßes nicht aufgehoben werden, wenn offensichtlich ist, dass der Verstoß gegen die Anhörungspflicht die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat, § 46 VwVfG.<sup>126</sup> Außerdem ist die Möglichkeit der Heilung nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG zu beachten. Europarechtlich ist das Recht zur Anhörung in Art. 41 Abs. 2 lit. a GRCh verankert. Zwar verpflichtet dieser wohl nicht die Mitgliedstaaten, sodass sich der Einzelne nicht auf Art. 41 Abs. 2 lit. a GRCh berufen kann.<sup>127</sup> Allerdings spiegelt die Norm allgemeine Rechtsgrundsätze des Europarechts wider, die auch für die Mitgliedstaaten Bindungswirkung entfalten.<sup>128</sup> Dasselbe gilt auch für die anderen hier genannten Verfahrensrechte.

## 2. Akteneinsicht

Nach § 29 VwVfG haben die Beteiligten eines investitionskontrollrechtlichen Prüfverfahrens einen Anspruch auf Akteneinsicht (§ 29 Abs. 1 VwVfG). Es ist allerdings wegen § 44a S. 1 VwGO nicht möglich, die Verweigerung der Akteneinsicht oder ihre unzureichende Gewährung vorab gesondert anzugreifen.<sup>129</sup> Ausnahmen kön-

124 Pautsch, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), § 28 VwVfG, Rn. 1.

125 Ibid., Rn. 11; vgl. Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), § 28 VwVfG, Rn. 6.

126 Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), § 28 VwVfG, Rn. 71.

127 EuGH, verb. Rs. C-141/12 und C-372/12, *YS gegen Minister voor Immigratie ua*, ECLI:EU:C:2014:2081, Rn. 67; EuGH, Rs. C-166/13, Sophie Mukarubega, ECLI:EU:C:2014:2336, Rn. 44.

128 Vgl. EuGH, Rs. C-604/12, *H. N. gegen Minister for Justice*, ECLI:EU:C:2014:302, Rn. 49; EuGH, verb. Rs. C-141/12 und C-372/12, *YS gegen Minister voor Immigratie ua*, ECLI:EU:C:2014:2081, Rn. 68; zum Ganzen ausführlich Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), § 28 VwVfG, Rn. 73a.

129 Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), § 29 VwVfG, Rn. 87.

nen sich aus § 44a S. 2 VwGO ergeben, und zwar dann, wenn die Gewährung der Akteneinsicht aus Gründen effektiven Rechtsschutzes, unabweisbar geboten ist. Das kann etwa zur Abwehr einer nicht rückgängig zu machenden Rechtsverletzung sein.<sup>130</sup> Nicht anwendbar ist § 44a VwGO, wenn die Sachentscheidung selbst nicht mit Rechtsmitteln angegriffen werden kann. Das ist der Fall, wenn der durch die Verfahrenshandlung möglicherweise Verletzte keine Betroffenheit eigener Rechte geltend machen kann.<sup>131</sup> Diese Konstellation lag einem kürzlich vom VG Berlin erlassenen Urteil zu Grunde. Der Kläger (Veräußerer) wollte gegen eine investitionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung vorgehen, was an seiner fehlenden Klagebefugnis scheiterte. Seiner Klage betreffend den Antrag auf Akteneinsicht wurde allerdings stattgegeben.<sup>132</sup> Da im Rahmen der Investitionskontrolle sensible Informationen eine Rolle spielen, die auch zwischen nationalen Behörden sowie Behörden anderer Mitgliedstaaten und der Kommission ausgetauscht werden können, könnte die Akteneinsicht sowohl im Verwaltungsverfahren (aufgrund von § 29 Abs. 2 VwVfG) als auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (wegen § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO – *in camera Verfahren*) eingeschränkt sein. Die beiden Normen sind im Hinblick auf die Verweigerungsgründe nahezu identisch, weshalb auf dieselben Grundsätze zurückgegriffen werden kann. Eine Verweigerung der Akteneinsicht ist i.S.d. § 29 Abs. 2 VwVfG unter anderem dann möglich, wenn das Bekanntwerden des Akteninhalts dem Wohl des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde. Von solchen Nachteilen ist in der Regel jedoch nur dann auszugehen, wenn das zu einer Beeinträchtigung oder Gefährdung der äußeren oder inneren Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder einer erheblichen Störung der öffentlichen Sicherheit einschließlich der Funktionsfähigkeit wichtiger staatlicher Einrichtungen führt.<sup>133</sup> Ähnliches gilt bei § 99 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO.<sup>134</sup> Zumindest im Hinblick auf § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO wird das Vorliegen dieses Verweigerungsgrundes im Rahmen der Investitionskontrolle abgelehnt.<sup>135</sup> Dem ist insofern zuzustimmen, als das Alt. 1 betroffen ist. Ein Nachteil für das Wohl des Bundes oder eines Landes liegt u.a. dann vor, wenn und soweit „die Bekanntgabe des Akteninhalts die künftige Erfüllung der Aufgaben der Sicherheitsbehörden einschließlich deren Zusammenarbeit mit anderen Behörden [...] erschweren würde“.<sup>136</sup> Der Verweigerungsgrund zielt damit aber im Kern auf Sicherheitsbehörden und deren Aufgabenerfüllung sowie den Austausch nachrichtendienstlicher Informationen mit ausländischen Sicherheitsbehörden ab.<sup>137</sup> Das im Bereich der Investitionskontrolle Informationen und Einschätzungen zwischen den Mitgliedstaaten untereinander

130 Ibid.

131 VG Berlin, Urteil v. 23.2.2023, VG 4 K 157/20, BeckRS 2023, 7830, Rn. 27; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), § 44a VwVfG, Rn. 9.

132 VG Berlin, Urteil v. 23.2.2023, VG 4 K 157/20, BeckRS 2023, 7830.

133 Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), § 5 VwVfG, Rn. 23 sowie § 29 VwVfG, Rn. 34.

134 Hierzu Rudisile, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), § 99 VwGO, Rn. 16.

135 Siehe ausführlich Ludwig, S. 405 ff.

136 BVerwG, Beschluss v. 20.12.2016 – 20 F 10.15, BeckRS 2016, 111721, Rn. 7; Lang, in: Sodań/Ziekow (Hrsg.), § 99 VwGO, Rn. 22.

137 Vgl. Troßbach, S. 89 ff.

und mit der Kommission ausgetauscht und abgegeben werden, ist allgemein bekannt. Allerdings handelt es sich beim BMWK nicht um eine Sicherheitsbehörde in dem Sinne. Sollten im Rahmen des Informationsaustauschs dennoch nachrichtendienstliche Informationen eine Rolle spielen, können und sollten diese im Hinblick auf die gebotene restriktive Auslegung der Verweigerungsgründe eher unkenntlich gemacht werden. Ein Verweigerungsgrund kann sich jedoch aufgrund von Geschäftsgeheimnissen und personenbezogenen Daten ergeben (§ 29 Abs. 2 Alt. 2 VwVfG, § 99 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 VwGO).<sup>138</sup> Diese können auch im Rahmen der Investitionskontrolle relevant werden, sodass dieser Verweigerungsgrund nicht pauschal ausgeschlossen werden kann.<sup>139</sup> Betrifft die Akteneinsicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eines Dritten, so müssen die Belange desjenigen der Einsicht in die Akten begeht, die Interessen des Dritten auf Geheimnisschutz überwiegen.<sup>140</sup> Aber auch hier sollte an die Möglichkeit der Unkenntlichmachung der relevanten Informationen gedacht werden. Auch das Europarecht kennt an sich zwar die Möglichkeit der Einschränkung der Aktenvorlagepflicht, allerdings steht eine zu weite Auslegung derselben in Konflikt mit Art. 47 GRCh.<sup>141</sup> Im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfbarkeit einer Beschränkung der Akteneinsicht wird vertreten, dass der Behörde bei der Beurteilung, ob das Bekanntwerden des Akteninhalts nachteilige Auswirkungen haben kann, ein Beurteilungsspielraum zusteht, der nur eingeschränkt gerichtlich überprüft werden kann.<sup>142</sup> Andere lehnen dies aber zu Recht ab.<sup>143</sup>

### 3. Begründungspflicht

Die Begründung der im Rahmen der Investitionskontrolle erlassenen Verwaltungsakte muss den Anforderungen des § 39 VwVfG genügen. Danach hat die Behörde die wesentlichen, wahren, tatsächlichen und rechtlichen Gründe für ihre Entscheidung mitzuteilen, um den Funktionen der Begründung gerecht zu werden.<sup>144</sup> Bei Ermessensentscheidungen sollen auch diejenigen Erwägungen dargestellt werden, die dazu geführt haben, dass die Behörde ihr Ermessen so und nicht in anderer Weise ausgeübt hat.<sup>145</sup> Es lässt sich allerdings nicht allgemein bestimmen, welche Anforderungen an Inhalt und Umfang einer Begründung zu stellen sind, das hängt vielmehr von verschiedenen Faktoren ab, wie bspw. den Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebiets, der Komplexität des Sachverhalts und den betroffenen Rechten.<sup>146</sup> Die Begründung muss den Betroffenen aber in die Lage versetzen, erkennen zu

138 Ibid., S. 97 ff.

139 Vgl. hierzu VG Berlin, Urteil v. 23.2.2023, VG 4 K 157/20, BeckRS 2023, 7830; aA wohl Ludwig, S. 405.

140 VG Berlin, Urteil v. 23.2.2023, VG 4 K 157/20, BeckRS 2023, 7830, Rn. 33.

141 Ludwig, S. 406 f.

142 Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), § 29 VwVfG, Rn. 65 mwN.

143 So Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), § 29 VwVfG, Rn. 34.

144 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), § 39 VwVfG, Rn. 43.

145 Ibid., Rn. 59.

146 VG Berlin, Urteil vom 2.11.2020 – VG 4 K 385.19, Rn. 24, juris.

können, worauf die Behörde ihre Entscheidung gestützt hat.<sup>147</sup> Außerdem muss es die Begründung dem Betroffenen ermöglichen effektiven Rechtsschutz erlangen zu können. Die Inanspruchnahme von Rechtsschutz ist kaum durchsetzbar, wenn die Gründe für die Entscheidung der Verwaltung dem Betroffenen nicht bekannt sind.<sup>148</sup> Das Verwaltungsgericht kann jedenfalls überprüfen, ob die von der Behörde gegebene Begründung die jeweilige Entscheidung zu tragen vermag.<sup>149</sup> Wird die Begründungspflicht verletzt, führt das zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes.<sup>150</sup>

#### E. Rechtschutz auf EU-Ebene

Auf EU-Ebene gibt es keinen direkten Weg des Einzelnen gegen in einem Investitionskontrollverfahren ergangene belastende Maßnahmen vorzugehen. Unter Umständen bestünde die Möglichkeit der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission gem. Art. 258 AEUV, wenn diese zu der Auffassung gelangen sollte, dass ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstossen hat. Hier ist allerdings zu beachten, dass die Europäische Kommission typischerweise nur in Fällen handeln wird, in denen sie systemische Mängel innerhalb eines Investitionskontrollregimes eines Mitgliedstaats vermutet. Dass die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren auf der Grundlage einer individuellen negativen Entscheidung, ohne einen Beweis für ein systematisches Versagen des in Rede stehenden Mechanismus einleiten wird, ist jedoch unwahrscheinlich.<sup>151</sup>

Die Europäische Kommission hat nach der EU-ScreeningVO selbst kein Recht Investitionsprüfungen durchzuführen und Entscheidungen zu treffen und deshalb besteht für die Beteiligten auf EU-Ebene auch keine Möglichkeit der Anfechtung von Entscheidungen, Art. 263 AEUV. Stellungnahmen und Kommentare der Europäischen Kommission oder anderer Mitgliedstaaten, die im Wege des Kooperationsmechanismus der EU-ScreeningVO ergehen, müssen in „angemessener Weise“ (im Falle von Vorhaben oder Programmen von Unionsinteresse „weitestgehend“) berücksichtigt werden und haben somit zwar eine rechtliche Wirkung, jedoch entfalten sie keine rechtliche Bindungswirkung.<sup>152</sup> Aus diesem Grund können sie nicht vor dem EuGH mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV angefochten werden, da die Vorschrift Stellungnahmen wortwörtlich ausschließt.<sup>153</sup>

Es bleibt das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV, bei dem das angerufene nationale Gericht beispielsweise Fragen zur Auslegung oder Anwendung der EU-ScreeningVO dem EuGH vorlegen kann und als letztinstanzliches Gericht auch muss. Dieses Verfahren stellt als Zwischenverfahren zwar keinen echten

147 Ibid., Rn. 27, juris.

148 Pautsch, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), § 39 VwVfG, Rn. 2.

149 Hierzu für den Bereich des Außenwirtschaftsrechts z.B. VG Frankfurt, Urteil vom 28.2.2019 – 5 K 9655/17.F, Rn. 14 ff., juris.

150 Pautsch, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), § 39 VwVfG, Rn. 22.

151 Vgl. De Kok, S. 108.

152 Vgl. Mausch-Liotta/Sattler, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), § 55 AWV, Rn. 18.

153 Vgl. De Kok, S. 90; Hagemeyer, in: Hindelang/Moberg (Hrsg.), S. 806 f.

Rechtsbehelf für die Parteien eines vor nationalen Gerichten anhängigen Rechtsstreits dar, dennoch dienen sowohl die Auslegungs- als auch die Gültigkeitsvorlage durch ein nationales Gericht mittelbar dem individuellen Rechtsschutz.<sup>154</sup>

Eben im Wege eines solchen Vorlageverfahrens hat sich das vorlegende Gericht Fővárosi Törvényszék (Hauptstädtischer Gerichtshof, Ungarn) in der Rechtssache Xella Magyarország<sup>155</sup> an den EuGH gewandt. 2021 hatte der ungarische Minister für Innovation und Technologie vorläufig den Erwerb einer ungarischen Gesellschaft durch eine andere ungarische Gesellschaft untersagt. Die Zielgesellschaft ist Eigentümerin eines Steinbruchs, aus dem Sand, Ton, Kaolin und Kies gewonnen werden. In seinem Bescheid auf der Grundlage des Gesetzes LV III 2020 teilte der Minister mit, dass die Übernahme dieser „strategischen“ Gesellschaft durch eine Gesellschaft, die mittelbar im Eigentum einer weiteren, in einem Drittstaat (Bermuda) ansässigen Gesellschaft steht, nationalen Interessen Ungarns, insbesondere der Sicherheit der Versorgung mit Rohstoffen, entgegenstünde. Nach dem ungarischen Gesetz LVIII 2020 müssen Übernahmen „strategische[r] Gesellschaften“ durch „ausländische Investoren“ dem Minister angezeigt werden. Der Begriff „ausländischer Investor“ im Sinne dieses Gesetzes umfasst gem. § 276 Nr. 2 lit. a nicht nur Staatsangehörige und juristische Personen aus Drittstaaten, sondern auch in Ungarn oder anderen Mitgliedstaaten ansässige Gesellschaften, an denen ein Drittstaatenangehöriger oder eine in einem Drittstaat ansässige juristische Person eine „Mehrheitskontrolle“ ausübt. Der EuGH hatte kürzlich über die Rechtsache entschieden und neben anderen Fragen, auch die Frage zu beantworten, ob das in Rede stehende Gesetz LVIII 2020 mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

In ihren Schlussanträgen<sup>156</sup> führte die Generalanwältin Tamara Ćapeta aus, dass nationale Investitionsprüfungsregime, die nach der EU-ScreeningVO zulässig sind, auch immer mit den Regeln zum freien Binnenmarkt, sprich der Kapitalverkehrsfreiheit, im Einklang stehen müssen. Somit seien Behörden durch nationales Recht dazu zu verpflichten, bei dem Erlass von Beschränkungen des Kapitalverkehrs in ihren Bescheiden selbst legitime Rechtfertigungsgründe anzugeben. Im vorliegenden Fall betraf die Vorlagefrage die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit im Sinne von Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV. GA Ćapeta führte dazu aus, dass den Mitgliedstaaten grundsätzlich weiterhin freistünde, die Anforderungen an diese Begriffe selbst nach ihren nationalen Bedürfnissen zu bestimmen.<sup>157</sup> Das Unionsrecht begrenze jedoch die nationalen politischen Entscheidungen in der Weise, als dass es eine enge Auslegung der Rechtfertigungsgründe verlange, da diese Ausnahmen von der grundsätzlichen Offenheit gegenüber Direktinvestitionen erlauben.<sup>158</sup> Daraus schließt die Generalanwältin, dass die Mitgliedstaaten beim Erlass

154 Vgl. Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 267 AEUV, Rn. 3 ff.

155 EuGH, Rs. C-106/22, *Xella Magyarország*, ECLI:EU:C:2023:568.

156 Schlussanträge GA Tamara Ćapeta, Rs. C-106/22, *Xella Magyarország*, ECLI:EU:C:2023:267.

157 Vgl. ibid., Rn. 72f.; siehe auch bisherige Rechtsprechung des EuGH, z.B. EuGH, Rs. C-106/22, *Église de Scientologie*, ECLI:EU:C:2000:124.

158 EuGH, Rs. C-106/22, *Église de Scientologie*, ECLI:EU:C:2000:124, Rn. 17.

beschränkender Maßnahmen Begründungspflichten treffen, aus welchen herauszulesen sein müsse, warum ein grundlegendes Interesse der Gesellschaft an den Beschränkungen besteht, warum die Transaktion bzw. die beschränkte Tätigkeit eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung dieses Grundinteresses darstellt und warum die beschrankende Maßnahme verhältnismäßig ist.<sup>159</sup> Gesetze, nach welchen solche Überprüfungsbescheide erlassen werden, hätten deshalb nach der Auffassung der Generalanwältin eine „hinreichend klare Verpflichtung“ zu enthalten, in jedem einzelnen Bescheid darzulegen, warum eine bestimmte ausländische Direktinvestition eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung des Grundinteresses des Mitgliedstaats darstellt. Die gerichtliche (inhaltliche) Überprüfung dieser Begründung obliege dabei den nationalen Gerichten, da der „erforderliche Grad der Genauigkeit“ der Begründung von der Rechtskultur des jeweiligen Mitgliedstaats abhänge.<sup>160</sup>

Der EuGH folgt dem im Wesentlichen. Im Unterschied zur Generalanwältin kommt er allerdings zu dem Ergebnis, dass die in Rede stehende Erwerbskonstellation nicht in den Anwendungsbereich der EU-ScreeningVO fällt und folgt damit der Ansicht der Kommission.<sup>161</sup> Außerdem misst er die Maßnahmen nicht an der Kapitalverkehrsfreiheit, sondern an der Niederlassungsfreiheit, weshalb er bei der Rechtfertigung der Beschränkungen Art. 52 Abs. 1 AEUV und nicht Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV prüft.<sup>162</sup> Diese unterschiedliche Bewertung ist im Ergebnis jedoch wenig relevant, da es an der materiellen Prüfung im konkreten Fall kaum etwas ändert. Bezuglich der Rechtfertigung der Beschränkungen geht der EuGH noch einen Schritt weiter als die Generalanwältin. Er begründet nämlich die Notwendigkeit einer engen Auslegung der Rechtfertigungsgründe damit, „dass ihre Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Union bestimmt werden“ können soll.<sup>163</sup> Deshalb prüft der EuGH sodann umfassend, ob die vom Mitgliedstaat gegebene Begründung und verfolgten Ziele unter die öffentliche Ordnung und Sicherheit fallen und geeignet sind eine so schwerwiegende Beeinträchtigung einer Grundfreiheit zu rechtfertigen. Er prüft ganz konkret, ob der in Rede stehende Erwerb zu einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung der Versorgung des lokalen Bausektors mit Grundstoffen führen könnte, was im Ergebnis verneint wird.<sup>164</sup>

Insoweit bestätigt die Entscheidung des EuGH die vollumfängliche Überprüfbarkeit der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit durch die Unionsgerichte und damit auch, dass die letztverbindliche Kompetenz der Auslegung bei EuGH verbleibt.

159 Vgl. Schlussanträge GA Tamara Ćapeta, Rs. C-106/22, *Xella Magyarország*, ECLI:EU:C:2023:267, Rn. 74 und 90 ff.

160 Ibid., Rn. 89 ff.

161 EuGH, Rs. C-106/22, *Xella Magyarország*, ECLI:EU:C:2023:568, Rn. 29.

162 Ibid., Rn. 49 ff.

163 Ibid., Rn. 66.

164 Ibid., Rn. 68 ff.

## F. Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass den Betroffenen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle Rechtschutzmöglichkeiten iSd Art. 3 Abs. 5 EU-ScreeningVO offenstehen. Das BMWK verfügt über keinen echten Beurteilungsspielraum bei der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit. Diese ist vor den nationalen Verwaltungsgerichten vollumfänglich überprüfbar, wobei die letztverbindliche Kompetenz zur Auslegung beim EuGH verbleibt. Insbesondere lässt sich aus der Notwendigkeit Prognoseentscheidungen zu treffen und Risikobewertungen vorzunehmen noch nicht automatisch auf das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums schließen. Auf Rechtsfolgenseite besteht ein Ermessen der Behörde, welches nur daraufhin überprüfbar ist, ob Ermessensfehler vorliegen. Hier ist insbesondere darauf zu achten, ob die Behörde sachfremde Erwägungen in ihre Entscheidung hat einfließen lassen. Um dies nachzu vollziehen, kommt der Begründungspflicht eine besondere Bedeutung zu. Probleme stellen sich insgesamt im Hinblick auf die Verfahrensrechte. Wird den Beteiligten zB nur unzureichend oder gar keine Akteneinsicht gewährt, so steht ihnen grundsätzlich keine Möglichkeit offen, dieses Recht eigenständig einzuklagen. Es bleibt ihnen in so einem Fall nichts anderes übrig als auf den Abschluss des Verwaltungsverfahrens zu warten und die Verletzung ihrer Verfahrensrechte gleichzeitig mit dem gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelf geltend zu machen. Dies kann in der Praxis aber bereits zu spät sein, da sich die Transaktion bis dahin schon erledigt haben kann. Auf EU-Ebene besteht für die Beteiligten kein direkter Rechtschutz, da es an rechtsverbindlichen Maßnahmen seitens der EU-Organe fehlt, was auf die Rückdelegation durch die EU-ScreeningVO zurückzuführen ist. Dennoch ist die Investitionskontrolle europarechtlich überlagert, weshalb dem Vorabentscheidungsverfahren eine Schlüsselrolle zukommt.

## Bibliographie

- BARTH, CRISTOPH; KÄSER, ANN-CHRISTIN, *Erneute Novellierung der deutschen Investitionskontrolle*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 2021, Heft 19, S. 813–820
- BECKER, FLORIN; SACHS, BÄRBEL, *Die Investitionsprüfung nach Änderung der AWV – offene Fragen aus Perspektive der Transaktionspraxis*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 2017, Heft 34, S. 1336–1340
- BENDLIN SPÜR, PATRICIA, *Die Außenwirtschaftsrechtsnovelle 2020: Effektiver Schutz von Sicherheitsinteressen zulasten ausländischer Investoren und deutscher Zielunternehmen?*, COVID-19 und Recht (COVuR), 2020, Heft 10, S. 516–523
- BÖHM, CLEMENS, *Außenwirtschaftsrechtliche Investitionsprüfung – Anwendung der Erwerberkontrolle zum Schutz kritischer Infrastrukturen im Finanzsektor*, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB), 2019, Heft 2, S. 115–125

- DAMMANN DE CHAPTO, JANA; BRÜGGERMANN, NIKLAS, *Aktuelle Entwicklungen im Investitionskontrollrecht – Der „Fall Leifeld“ und die öffentliche Sicherheit*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart), 2018, Heft 9, S. 412–416
- DEHNE, BODO, *Investitionskontrolle in Deutschland* in: *Studien zum Internationalen Investitionsrecht* (Band 42), 1. Auflage, Baden-Baden, 2022
- DE KOK, JOCHEN, *Legal Remedies against Investment Screening Decisions* in: de Jong, Bas; Looijestijn-Clearie, Anne; Tans, Simon; Veenbrink, Marc (Hrsg.), *The Rise of Public Security Interests in Corporate Mergers and Acquisitions*, Nijmegen, 2022, S. 85–111
- EGGER, FELIX, § 73 GWB in: Säcker, Franz-Jürgen; Meier-Beck, Peter (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Band II, 4. Auflage, München, 2022
- EPPING, VOLKER, *Grundrechte*, 9. Auflage, Berlin, 2021
- FLAßHOFF, CARSTEN; GLASMACHER, STEFAN, *Wankende Verwaltungsakte im Außenwirtschaftsrecht bei Unternehmenskäufen*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 2017, Heft 13, S. 489–495
- FLEISCHMANN, OLIVER, *Investitions- und Fusionskontrolle – Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Berührungspunkte*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht, (NZKart), 2022, Heft 2, S. 57–62
- GÄRDITZ, KLAUS FERDINAND, *Die gerichtliche Kontrolle behördlicher Tatssachenermittlung im europäischen Wettbewerbsrecht zwischen Untersuchungsmaxime und Effektivitätsgesetz*, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 2014, Heft 3, S. 329–383
- GEBER, FREDERIC, *Nachjustierungen im Investitionsprüfrecht – Schwierige Balance zwischen Offenheit für ausländische Investitionen und Schutz von Schlüsseltechnologien*, Außenwirtschaftliche Praxis (AW-Prax), 2021, Heft 6, S. 299–302
- GUCKELBERGER, ANETTE, *Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht*, 11. Auflage, Baden-Baden, 2023
- HAGEDORN, ANTONIA, *Bindung an die Unionsgrundrechte in der Investitionsprüfung?*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS), 2023, Heft 2, S. 125–150
- HAGEMEYER, TEOMAN M., *Access to Legal Redress in an EU Investment Screening Mechanism* in: Hindelang, Steffen; Moberg, Andreas (Hrsg.), YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions 2020: A Common European Law on Investment Screening (CELIS), Heidelberg, S. 795–833
- HERRMANN, CHRISTOPH, *Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS), 2019, Heft 3, S. 429–475

- HINDELANG, STEFFEN; HAGEMEYER, TEOMAN M., *Enemy at the Gates? Die aktuellen Änderungen der Investitionsprüfvorschriften in der Außenwirtschaftsverordnung im Lichte des Unionsrechts*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2017, Heft 22, S. 882–890
- JUNGKIND, VERA; BORMANN, CARSTEN, *Verschärfung des Außenwirtschaftsrechts vor dem Hintergrund der COVID-19 Pandemie – Schutz von Hochtechnologie und Gesundheitssektor durch Investitionskontrollverfahren*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 2020, Heft 16, S. 619–622
- KALLERHOFF, DIETER; MAYEN, THOMAS, *Kommentierung zu § 28 und § 29 VwVfG*, in: Stelkens, Paul; Bonk, Heinz Joachim; Sachs, Michael (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 10. Auflage, C. H. Beck, München, 2023
- KARPENSTEIN, Art. 267 AEUV in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 78. Ergänzungslieferung, München, 2023
- LINK, SANDRA; BECKER, TILMANN, *Ausländische Direktinvestitionen in Europa*, Recht der Internationalen Wirtschaft 2019, S. 415–423
- LIPPERT, ANDRÉ, *Der letzte Baustein? – Die deutsche Investitionskontrolle nach der 17. AWV-Änderungsverordnung*, Betriebs-Berater (BB), 2021, Heft 22, S. 1289–1293
- LUDWIG, CHRISTOPH, *Die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen: Unions- und verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Investitionskontrollrechts*, in: Studien zum Internationalen Wirtschaftsrecht (Band 39), 1. Auflage, Baden-Baden, 2023
- MASLING, MICHAEL; SEIFER, LEONHARD, *Investitionskontrolle – Rückblick 2022 und Ausblick auf 2023*, Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ), 2023, Heft 13, S. 353–356
- MAURER, HARTMUT; WALDHOFF, CHRISTIAN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 21. Auflage, München, 2023
- MAUSCH-LIOTTA, MARLEN; SATTLER, SVEN, §§ 55ff AWV in: Hocke, Ernst; Sachs, Bärbel; Pelz, Christian (Hrsg.), *Außenwirtschaftsrecht*, 2. Auflage, Heidelberg, 2020
- MÜLLER, HERMANN; HEMPEL, ROLF, *Änderungen des Außenwirtschaftsrechts zur Kontrolle ausländischer Investoren*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2009, Heft 23, S. 1638–1642
- NEHRING-KÖPPL, JAN, *Paradigmenwechsel im Außenwirtschaftsrecht*, Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht (Band 105), Berlin, 2023
- PAUTSCH, ARNE, §§ 28, 39 VwVfG in: Pautsch, Arne; Hoffmann, Lutz (Hrsg.), *VwVfG*, 2. Auflage, Berlin, 2021

- POTTEYER, KLAUS, §§ 55ff AWW in: Wolfgang, Hans-Michael; Rogmann, Achim; Pietsch, Georg (Hrsg.), AWR-Kommentar – Online, 79. EL, Reguvis, Köln, 2022
- RAMSAUER, ULRICH, §§ 5, 28 und 29 VwVfG, in Kopp, Ferdinand O.; Ramsauer, Ulrich (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG, 24. Auflage, München, 2023
- RUDISILE, RICHARD, § 99 VwGO, in: Schoch, Friedrich; Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht, VwGO – Band 1, 43. EL, München, 2022
- RUTHIG, JOSEF, § 114 VwGO, in: Kopp, Ferdinand O.; Schenke, Wolf-Rüdiger (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, 29. Auflage, München, 2023
- SACHS, MICHAEL, § 40 VwVfG, in: Stelkens, Paul; Bonk, Heinz Joachim; Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 10. Auflage, München, 2023
- SATTLER, SVEN; ENGELS, DANIEL, *Die Revision des Investitionsprüfrechts 2020/21*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2021, Heft 11, S. 485–491
- SCHOLZ, RUPERT, *Art. 23 GG*, in: Dürig, Günter; Herzog, Roman; Scholz, Rupert (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 99. EL, C. H. Beck, München, September 2022
- SEIBT, CHRISTOPH; WOLLENSCHLÄGER, BERNWARD, *Unternehmenstransaktionen mit Auslandsbezug nach der Reform des Außenwirtschaftsrechts*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 2009, S. 833–845
- STELKENS, PAUL, § 39 VwVfG, in: Stelkens, Paul; Bonk, Heinz Joachim; Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 10. Auflage, München, 2023
- STOMPFE, PHILIPP, *Foreign Investment Screening in Germany and France*, in: Hindelang, Steffen; Moberg, Andreas (Hrsg.), YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions 2020: A Common European Law on Investment Screening (CELIS), S. 79–115
- TROßBACH, ANTON, *Öffentlichkeit und Geheimhaltung im Verwaltungsprozess*, Tübingen, 2019
- VOLAND, THOMAS, *Freitag, der Dreizehnte – Die Neuregelungen des Außenwirtschaftsrechts zur verschärften Kontrolle ausländischer Investitionen*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2009, S. 519–523
- VOLAND THOMAS, *Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Investitionskontrolle im Außenwirtschaftsrecht – Fiat iustitia?!*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2010, S. 132–136
- VOLAND, THOMAS; SLOBODENJUK, DIMITRI, *Art. 3 ScreeningVO*, in: Krenzler, Horst Günter (Begr.); Herrmann, Christoph; Niestedt, Marian (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Band 1, 16. Ergänzungslieferung, München, Stand: Oktober, 2020

- VON BREVERN, DANIEL, *Unmittelbar, mittelbar, sonderbar: Der Erwerbstatbestand in der deutschen Investitionskontrolle*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart), 2021, Heft 2, S. 530–536
- WASHINGTON, JERMAINE ATILLA, *Grundrechtsbindung in der Investitionskontrolle – ein Überblick*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2022, Heft 20, S. 941–944
- WOLFF, HANS J.; BACHOF, OTTO; STOBER, ROLF; KLUTH, WINFRIED, *Verwaltungsrecht: Band I*, 13. Auflage, München, 2017
- WOLFF, HEINRICH AMADEUS, § 114 VwGO, in: Sodan, Helge; Ziekow, Jan (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung – Großkommentar*, 5. Auflage, Baden-Baden, 2018

