

Freihandel mit Grenzen?

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der nationalen und europäischen Investitionskontrolle (*Investment Screening*)

Ulrich Nussbaum*

Inhalt

A.	Einleitung	157
B.	Die europäische Dimension	158
	I. Die gemeinsame Handelspolitik	159
	II. Die Infrastrukturpolitik	160
	III. Die Anpassung des EU-Rechtsrahmens	160
	1. International Procurement Instrument (IPI)	160
	2. Das Wettbewerbs- und Beihilferecht	161
	3. Die Schaffung eines europäischen Rahmens zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen	163
C.	Nationale Handlungsoptionen	165
	I. Eine aktive Industriepolitik	165
	II. Schärfung des außenwirtschaftlichen Rahmens	165
D.	Abschließende Bemerkungen	166

Abstract

Digitalisierung, Klimawandel und zunehmender Wettbewerb durch aufsteigende Volkswirtschaften in Asien verändern die Spielregeln des internationalen Wirtschaftssystems. Insbesondere China gilt als „systemischer Wettbewerber“, dessen Wertesystem die westlich geprägte internationale Handelsordnung in ihren Grundsätzen herausfordert. Gleichzeitig wächst die wirtschaftliche Abhängigkeit Europas von China und mit den zunehmenden chinesischen Direktinvestitionen in sensible Branchen die Gefahr, dass damit Technologie und Know-how abgeschöpft werden. Wie können Deutschland und Europa mit dieser Herausforderung umgehen? Welche Möglichkeiten der Regulierung und des Schutzes gibt es? Diesen Fragen wird zu-

* Prof. Dr. Ulrich Nussbaum ist Jurist und Wirtschaftsstaatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Von 2009 bis 2014 war er Senator für Finanzen des Landes Berlin, zuvor von 2003 bis 2007 Senator für Finanzen der Freien Hansestadt Bremen. Seit 1998 ist er Gesellschafter einer Handelsgesellschaft in Bremerhaven. 1984 promovierte er mit einer Arbeit zur „Rohstoffgewinnung in der Antarktis“ an der Universität des Saarlandes (Deutschland). E-Mail: ulrich@dr-nussbaum.de.

nächst mit Blick auf die europäische Dimension und im Weiteren vor dem Hintergrund der nationalen Handlungsoptionen Deutschlands nachgegangen. In der Be trachtung der europäischen Dimension wird deutlich, dass die Europäische Union (EU) insbesondere in den strategischen Handlungsfeldern der Handels- und Infrastrukturpolitik, u.a. mit dem EU-China-Investitionsabkommen sowie der EU-Asien Konnektivitätsstrategie, bereits wichtige Grundlagen für regelbasierte Wirtschaftsbe ziehungen gelegt hat. Handlungsbedarf besteht hingegen bei der Anpassung des EU Rechtsrahmens. Diskutiert werden Veränderungen im Vergabe-, Wettbewerbs- und Beihilferecht. Das *Investment Screening* unionsfremder Direktinvestition hingegen verbleibt nach aktueller Rechtsverordnung in der Verantwortung der Mitgliedsstaaten, wenngleich der Prüfrahmen insbesondere mit Blick auf kritische Infrastrukturen, kritische Technologien und kritische Ressourcen verschärft wurde. Eine wesentliche nationale Handlungsoption für die Bundesrepublik Deutschland liegt folglich in der Novellierung des Außenwirtschaftsrechts zur Umsetzung des verschärften Prüfrahmens in der Investitionskontrolle. Gleichzeitig müssen mit einer intelligenten Industriepolitik der nationale Standort und der Ausbau strategischer Technologie gestärkt sowie das industrielle und technologische Kapital geschützt werden. Die Bundesregierung hat hierzu mit der „Industriepolitik 2030“ bereits wichtige Leitlinien verabschiedet. Im Ergebnis bedarf es zukünftig eines verstärkten Zusammenwirkens europäischer und nationaler Anstrengungen für eine streitbare und wehrhafte Ökonomie, um die multilaterale Handelsordnung gegenüber systemkritischen Staaten erfolgreich zu verteidigen und zu stärken.

Free Trade with Limits? Current Developments in the Field of National and European Investment Control (*Investment Screening*)

Digitalisation, climate change and increasing competition from rising economies in Asia are changing the rules of the international economic system. China in particular is seen as a "systemic competitor" whose value system challenges the principles of the Western-style international trade order. At the same time, Europe's economic dependence on China is growing and, with increasing Chinese direct investment in sensitive sectors, there is a danger that technology and know-how will be siphoned off. How can Germany and Europe deal with this challenge? What possibilities are there for regulation and protection? These questions will first be examined with a view to the European dimension and then against the background of Germany's national options for action. Looking at the European dimension, it becomes clear that the European Union (EU) has already laid important foundations for more regulated economic relations, particularly in the strategic fields of action of trade and infrastructure policy, including the EU-China Investment Agreement and the EU-Asia Connectivity Strategy. However, there is a need for action in the adaptation of the EU legal framework. Changes in public procurement, competition and state aid law are being discussed. Investment screening of non-EU direct investment, on the other hand, remains the responsibility of the Member States according to the current legal regulation, although the screening framework has been tightened, especially with regard to critical infrastructures, critical technologies and critical resources. A significant national option for

action for the Federal Republic of Germany therefore lies in the revision of external trade law to implement the stricter framework in investment control. At the same time, an active industrial policy must strengthen the national location and the expansion of strategic technology and protect industrial and technological capital. The Federal Government has already adopted important guidelines in this regard with its "Industrial Policy 2030". As a result, in the future there will be a need for greater cooperation between European and national efforts for a contentious and defensible economy in order to successfully defend and strengthen the multilateral trade order against system-critical states.

Keywords: Foreign Direct Investments (FDI), International Procurement Instrument (IPI), Investment Framework for External Action, Investment Screening, Europäische Konnektivitätsstrategie, Außenwirtschaftsrecht, Intelligente Industriepolitik, Europäisches Wettbewerbs- und Beihilferecht, Strategische Agenda 2019-2024 des Europäischen Rats, Handelsabkommen

A. Einleitung

Die wirtschaftspolitischen Grundannahmen in der Nachkriegsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland beruhen nach innen auf der sozialen Marktwirtschaft *Ludwig Erhard'scher* Prägung¹ und nach außen auf einem regelbasierten Multilateralismus mit der WTO als Mittelpunkt.² Beide Grundannahmen werden zurzeit in Frage gestellt.

Die Auswirkungen der Digitalisierung, die Entwicklung der sog. Plattformökonomie und die noch nicht absehbaren Folgen einer ambitionierteren europäischen Klimapolitik³ für den immer noch mittelständisch geprägten deutschen Industriestandort verunsichern die Akteure. Der wachsende Wettbewerb durch aufsteigende Wirtschaften, insbesondere aus Asien, die Herausforderung des internationalen Welthandelsystems durch China mit seiner exportgetriebenen staatskapitalistischen Volkswirtschaft und der Antwort *America first* des um seine Vormachtstellung fürchtenden amerikanischen Hegemon, verändern gerade auf dramatische Weise die internationalen Spielregeln für die deutsche, aber auch europäische Wirtschaft.

1 Verkörpert insbesondere durch die Währungsreform und die allgemeine Preis- und Wettbewerbsfreiheit verbunden mit sozialem Ausgleich. Der breiteren Bevölkerung wurde die soziale Marktwirtschaft bekannt durch *Ludwig Erhard's* Veröffentlichung „Wohlstand für alle“ (1957).

2 Siehe die umfangreiche Analyse zum Wandel des Multilateralismus in der Publikation der *Konrad-Adenauer-Stiftung* „Multilateralism in a Changing World Order“, abrufbar unter: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=f3daf8b4-8354-3f53-7a56-8da3f660e28a&groupId=252038 (6.1.2021).

3 Zu dem Vorschlag eines europäischen Klimagesetzes mit dem Ziel der EU-weiten Klimaneutralität siehe *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität, COM(2020) 80 final, 4.3.2020.

Während der Handels- und Zollstreit mit den USA⁴ vordergründig noch als eine Auseinandersetzung mit der *Trump* Administration angesehen werden kann, wird China aus Sicht der westlichen Handelspartner als „systemischer Wettbewerber“ eingeschätzt, dessen staatskapitalistischer Ansatz und dessen gesellschaftliches/politisches Wertesystem mit einer offenen, fairen und regelbasierten internationalen Handelsordnung inkompatibel sind. Hinzu kommt Chinas offizieller Anspruch, bis spätestens 2049 zur technologisch führenden Industriemacht aufzusteigen.⁵

Gleichzeitig ist die wirtschaftliche Abhängigkeit Europas von China in den letzten Jahren rasant gewachsen. Die EU ist zwar wichtigster Handelspartner Chinas mit Importen von 375,4 Milliarden Euro in 2017 und 394,0 Milliarden Euro in 2018, aber auch die EU-Ausfuhren nach China stiegen von 197,6 Milliarden Euro in 2017 auf 209,9 Milliarden Euro in 2018. Beide verbindet in 2018 ein Handelsvolumen von 603,9 Milliarden Euro, das China nach den USA zum zweitgrößten Handelspartner der EU macht.

Bei den *Foreign Direct Investments* (FDI), also den ausländischen Direktinvestitionen, scheint der Zenit erreicht oder bereits überschritten. Bei den Direktinvestitionen Chinas in der EU war der Höhepunkt in 2016 mit 40 Milliarden Euro. Nach 21 Milliarden Euro in 2018 gingen die FDI auf rund 9 Milliarden per Juni 2019 zurück. Interessanterweise verläuft der Rückgang parallel zu den chinesischen Direktinvestitionen in den USA, die ebenfalls stark eingebrochen sind und per Juni 2019 nur noch bei runden 3 Milliarden lagen.⁶ Die Gründe liegen dabei wohl weniger in einzelnen nationalen Abwehrmaßnahmen, sondern in stärkeren Kapitalverkehrskontrollen und in einer teilweise stärkeren inhaltlichen Kontrolle von Auslandsinvestitionen durch die chinesischen Behörden selbst. Dennoch besteht weiterhin die reale Gefahr, dass chinesische Investoren gezielt in sensiblen Branchen Unternehmen erwerben, um damit Know-How und Technologie abzuschöpfen.

In diesem Kontext stellt sich die Frage, wie sowohl auf EU-Ebene aber auch auf nationaler Ebene mit dieser Herausforderung umgegangen werden kann unter Berücksichtigung, dass Deutschland und Europa offene Investitionsstandorte bleiben wollen und insbesondere Deutschland als exportabhängiges Land ein elementares Interesse an einer regelbasierten und fairen multilateralen Handelsordnung hat.

B. Die europäische Dimension

Es besteht die gemeinsame europäische Einschätzung, dass China auf mittlere Sicht nicht den Wandel zu einer demokratischen und offenen Volkswirtschaft vollziehen wird. Es herrscht ferner die Auffassung vor, dass das staatskapitalistische Wirtschaftsmodell *per definitionem* für globale Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der euro-

4 ZDF heute, EU warnt USA vor neuen Strafzöllen, 3.10.2019; *Handelsblatt*, Der kalte Handelskrieg – Die EU bereitet sich auf US-Strafzölle vor, 18.11.2019; *Spiegel*, US-Strafzölle auf Airbus-Maschinen steigen auf 15 Prozent, 15.2.2020.

5 DIE ZEIT, Bis 2049 an die Weltspitze, 14/2018, 27.3.2018.

6 *Baker McKenzie*, Tiefstand chinesischer Investitionen in Europa und Nordamerika seit neun Jahren, 8.1.2020.

päischen Volkswirtschaften sorgen wird. Diese Haltung wird in der Gemeinsamen Mitteilung von Kommission und Europäischer Auswärtiger Dienst (EAD) in Vorbereitung auf den Europäischen Rat vom 21/22. März 2019 und den EU-chinesischen Gipfel vom 9. April 2019⁷ eindeutig formuliert. Dabei ergeben sich in einer Trias von vertiefter Kooperation mit China, stärkerer Reziprozität in den bilateralen Wirtschaftsbeziehungen und Stärkung des europäischen Sozialmodells und der industriellen Basis, im Wesentlichen drei strategische Handlungsfelder der EU in den Bereichen:

- I. Handelspolitik
- II. Infrastrukturpolitik, und
- III. Anpassung des EU-Rechtsrahmens

I. Die gemeinsame Handelspolitik

Im Vordergrund steht das EU-China Investitionsabkommen, das seit 2013 verhandelt wird und gemäß der Einigung auf dem EU-China Gipfel vom 9. April 2019 bis Ende 2020⁸ abgeschlossen sein soll. Das ist zeitlich sehr ambitioniert und setzt zudem voraus, dass China sein Marktzugangsangebot deutlich verbessert. Daneben geht es um die Modernisierung der WTO und das WTO-Streitverfahren der EU gegen China wegen systematischer Verletzung geistiger Eigentumsrechte.

Gleichzeitig treibt die EU den Abschluss von Handelsabkommen (Australien/Neuseeland, Vietnam/Singapur, Indonesien/Philippinen/Malaysia/Thailand, Mexiko und Chile)⁹ intensiv voran, um durch bilaterale Freihandelszonen ein Gegengewicht zur eigenen Abhängigkeit vom chinesischen Marktzugang zu schaffen und gleichzeitig den betroffenen Ländern eine Alternative zum chinesischen geopolitischen Expansionsbestreben anzubieten. In diesem Zusammenhang ist die politische Einigung zwischen der EU und Mercosur vom 28. Juni 2019¹⁰ über den Freihandelsteil des angestrebten Assoziationsabkommens von allergrößter strategischer Bedeutung, schaffte es doch die weltweit größte Freihandelszone mit über 770 Millionen Einwohnern. Bereits jetzt sind europäische Unternehmen mit 380 Milliarden Euro in den Mercosur-Ländern investiert. Das EU-Mercosur Handelsvolumen belief sich in 2018 auf rund 88 Milliarden Euro, und der deutsche Handel mit den Mercosur-Ländern betrug im selben Jahr allein 22 Milliarden Euro.

7 *Europäische Kommission/Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik*, Gemeinsame Mitteilung: EU-China – Strategische Perspektiven, JOIN(2019) 5 final, 12.3.2019.

8 EU-China Summit Joint statement, Brüssel, 9.4.2019, Rn. 4.

9 Siehe die Übersicht der Kommission über ihre Handelspolitik nach Ländern und Regionen: <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/>; siehe außerdem *European Commission*, Overview of FTA and other Trade Negotiations, Mai 2020, abrufbar unter: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf (6.1.2021).

10 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung: EU und Mercosur erzielen Einigung in Handelsfragen, 28.6.2019.

II. Die Infrastrukturpolitik

Spätestens mit dem chinesischen Seidenstraßenprojekt, der sog. *Belt and Road Initiative*,¹¹ die Chinas Land- und Seewege infrastrukturell über Asien nach Europa führen soll, setzt die chinesische Regierung Auslandsinvestitionen in Infrastrukturprojekte gezielt für die eigenen geostrategischen Interessen ein, indem über den Bau und die staatlich induzierte Finanzierung von Großprojekten politische Abhängigkeiten geschaffen werden.

Weniger bekannt sein dürfte, dass die von der EU auf Basis der Entscheidungen des Development Assistance Committee¹² den sog. DAC-Ländern zur Verfügung gestellten Mittel insgesamt dem chinesischen Investitionsvolumen im Rahmen der *Belt and Road Initiative* nicht nachstehen. Insofern ist es – auch im Sinne einer besseren Kommunikation – begrüßenswert, wenn mit der am 19. September 2018 von der Kommission und EAD veröffentlichten EU-Asien Konnektivitätsstrategie¹³ die bestehenden Ansätze gebündelt und vorrangig auf drei Handlungsfelder fokussiert werden. Diese Handlungsfelder betreffen (1) den Ausbau effizienter Konnektivitätsverbindungen in den Bereichen Energie, Transport und Digitalisierung auf der Basis von Beratung und gezielter Bedarfsanalysen, (2) den Aufbau von internationalen Partnernetzwerken unter Einbeziehung internationaler Organisationen und (3) den Abbau von Handels- und Marktzugangsbeschränkungen sowie gezielte Investitionen in nachhaltige Konnektivität durch Bündelung im sog. *Investment Framework for External Action*.

III. Die Anpassung des EU-Rechtsrahmens

Der EU-Rechtsrahmen ist angesichts der beschriebenen Herausforderungen anpassungsbedürftig. Um einem künftigen *level playing field* mit dem staatskapitalistischen Wirtschaftsmodell näher zu kommen, stehen derzeit drei Regelungsbereiche im Vordergrund.

1. International Procurement Instrument (IPI)

Bei dem sog. Internationalen Beschaffungsinstrument in der Fassung des revidierten Kommissionsvorschlags von 2016¹⁴ geht es in erster Linie darum, bei der Vergabe

11 Umfassend siehe *OECD, China's Belt and Road Initiative in the Global Trade, Investment and Finance Landscape*, 2018, Bericht abrufbar unter: <https://www.oecd.org/finance/Chinas-Belt-and-Road-Initiative-in-the-global-trade-investment-and-finance-landscape.pdf> (6.1.2021).

12 Siehe <http://www.oecd.org/dac/development-assistance-committee/> (6.1.2021).

13 *European Commission*, Joint Communication: Connecting Europe and Asia – Building blocks for an EU Strategy, JOIN(2018) 31 final, 19.9.2018.

14 *European Commission*, Amended proposal for a Regulation on the access of third-country goods and services to the Union's internal market in public procurement and procedures supporting negotiations on access of Union goods and services to the public procurement markets of third countries, COM(2016) 34 final, 29.1.2016.

öffentlicher Aufträge in der EU Angebote aus Drittstaaten mit Preisaufschlägen zu belegen, wenn deren Beschaffungsmärkte nicht reziprok für europäische Unternehmen offen stehen. In der Diskussion ist die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, einen Aufschlag von 20 Prozent auf den Angebotswert zu verfügen. Es handelt sich um eine Art öffentlicher Zwangspönale. Die Anwendung setzt voraus, dass die Kommission vorher einen entsprechenden Beschluss gefasst hat. Die Intention des Internationalen Beschaffungsinstruments ist dabei weniger, Produkte aus Drittstaaten zu verteuern. Es soll vorrangig als Hebel dienen, die Verhandlungsposition der EU gegenüber Drittstaaten mit Blick auf den Abbau von Marktzugangsbeschränkungen zu verbessern. Das Instrument ist offen formuliert, gemeint ist aber vor allem China.

Mittlerweile wurden die seit September 2016 mangels Unterstützung der Mitgliedstaaten ausgesetzten Verhandlungen wieder aufgenommen. Sie könnten die deutsche Ratspräsidentschaft ab dem 1. Juli 2020 erreichen und abgeschlossen werden, insbesondere nachdem Deutschland unter Bundeswirtschaftsminister Altmaier eine konstruktive Haltung gegenüber einem IPI signalisiert hat.¹⁵ Während es Frankreich und der Kommission um eine möglichst zügige Verabschiedung des IPI geht,¹⁶ steht für Deutschland und einer Reihe von gleichgesinnten Ländern die Operabilität des IPI im Vordergrund.¹⁷ Es geht darum, die Durchführung für die jeweiligen öffentlichen Auftraggeber, wie z.B. Kommunen, möglichst unbürokratisch zu gestalten und deshalb nicht auf die – so der bisherige umstrittene Vorschlag – komplexen zollrechtlichen Ursprungsregelungen zurückzugreifen.¹⁸ Welche praktikablen Alternativen hierzu denkbar sind, ohne Umgehungstatbestände zu eröffnen, ist aber derzeit umstritten. Der BDI¹⁹ und weitere Wirtschaftsverbände beispielsweise unterstützen grundsätzlich ein IPI, wollen den Anwendungsbereich des Instruments jedoch auf zwei Varianten beschränkt sehen. Es soll sich zum einen ausschließlich auf Angebote von Unternehmen mit Sitz in dem betroffenen Drittstaat und zum anderen auf die von diesem Drittstaat öffentlich kontrollierten Tochterunternehmen beziehen, auch wenn sie ihren Sitz in der EU haben.

2. Das Wettbewerbs- und Beihilferecht

Die Modernisierung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts ist Teil der „Strategischen Agenda 2019-2024“ des Europäischen Rates.²⁰ Spätestens nach der umstrittenen *causa Siemens/Alstom*²¹ ist deutlich geworden, dass das europäische Wettbe-

15 *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Antwort auf die kleine Anfrage betr. „Nationale Industriestrategie 2030, Industriopolitisches Manifest und Wettbewerbsrecht“, BT-Drs. 19/9908, 17.4.2019, S. 6.

16 *Euractiv*, EU's procurement reform faces uphill struggle, 3.4.2019.

17 Ibid.

18 Siehe Art. 59 ff. des Europäischen Zollkodex, VO (EU) Nr. 952/2013, zur Festlegung des Zollkodex der Union, ABl. L 269 v. 10.10.2013.

19 *BDI*, Internationales öffentliches Beschaffungswesen: Neue Möglichkeiten für die EU?, 20.4.2020.

20 *Europäischer Rat*, Eine neue strategische Agenda 2019–2024, S. 4.

21 *Handelsblatt*, Fusion von Siemens und Alstom geplatzt, 6.2.2019.

werbsrecht an die veränderten globalen Rahmenbedingungen angepasst werden muss. Die Kommission hatte am 6. Februar den Zusammenschluss der Bahngesellschaften von *Siemens/Alstom* auf der Basis der EU-Fusionskontrollverordnung mit der Begründung untersagt,²² dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf den Eisenbahnmärkten für Signaltechnik und Höchstgeschwindigkeitszügen beeinträchtigt hätte. Zwar hatte sich die Kommission im Rahmen ihrer Marktanalyse mit dem globalen Wettbewerbsumfeld auseinandergesetzt und im Ergebnis keinen aktuellen Wettbewerbsdruck durch chinesische Eisenbahnanbieter im EWR feststellen können, aber sie hat auf Basis der geltenden Rechtslage nur unzureichend berücksichtigen können, dass es erklärte Strategie der chinesischen Regierung ist, in Europa Fuß zu fassen. Mittlerweile hat sich das chinesische Staatsunternehmen CRRC, der weltweit größte Zughersteller, auch in Deutschland positioniert. Die Infrastrukturtochter *DB Netz* der Deutschen Bahn wird Rangierlokomotiven kaufen. Gleichzeitig versucht CRRC die defizitäre Rangierloksparte von Vossloh in Kiel zu übernehmen. Damit erhielte das chinesische Unternehmen möglicherweise Wissen über die anspruchsvollen Zulassungsverfahren beim Eisenbahnbundesamt. Derzeit läuft zu diesem Erwerb ein Prüfverfahren nach dem Außenwirtschaftsrecht beim zuständigen BMWi und gleichzeitig ein kartellrechtliches Prüfverfahren beim Bundeskartellamt.

Auch als Reaktion auf die Untersagung der Fusion von *Siemens/Alstom* haben Deutschland und Frankreich am 4. Juli 2019²³ gemeinsame Vorschläge für eine Reform des EU-Wettbewerbsrecht vorgelegt, in denen vor allem eine „flexiblere“ begriffliche Definition des „relevanten Marktes“ gefordert wird zum Schutz von strategischen europäischen Interessen vor unfairem Wettbewerb durch staatlich gelenkte Direktinvestitionen aus Drittländern unter stärkerer Berücksichtigung zukünftiger Marktverzerrungen.

Eine Positionierung der neuen EU-Kommission bezüglich der künftigen wettbewerbspolitischen Agenda ist noch nicht erfolgt. Erste Andeutungen im sog. *Mission Letter* an die Wettbewerbskommissarin und Vizepräsidentin Vestager²⁴ lassen aber unschwer erkennen, dass die Regeln des europäischen Wettbewerbsrecht an die Anforderungen einer globalen digitalen Ökonomie angepasst werden und den europäischen Industriestandort stärken sollen.

Im Bereich des gemeinschaftlichen Beihilferechts könnte neben einer besseren inhaltlichen Verzahnung von WTO-Handels- und EU-Beihilfenrecht, der innergemeinschaftliche Beihilfenmaßstab auch auf Unternehmen aus Drittstaaten angewen-

22 Europäische Kommission, Pressemitteilung: Kommission untersagt geplante Übernahme von Alstom durch Siemens, 6.2.2019.

23 BMWi, Pressemitteilung: Deutschland, Frankreich und Polen legen gemeinsame Initiative zur Modernisierung der EU-Wettbewerbspolitik vor, 4.7.2019.

24 Von der Leyen, Mission letter to Margrethe Vestager, 10.9.2019, S. 5 f.

det werden. Die Kommission²⁵ hat diese Idee aufgegriffen und hat angekündigt, im März diesen Jahres Eckpunkte zu einem neuen wettbewerbsrechtlichen Element vorzustellen, das die wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen durch staatlich finanzierte unionsfremde Erwerber im Binnenmarkt adressiert.

3. Die Schaffung eines europäischen Rahmens zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen

Basierend auf der Unionszuständigkeit für die gemeinsame Handelspolitik gem. Artikel 207 Abs. 1 e AEUV ist am 11. April 2019 die Verordnung 2019/452 vom 19. März 2019 zur „Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Investitionen in der EU“,²⁶ die sog. *Investment Screening VO* in Kraft getreten, mit der Folge, dass die nationalen außenwirtschaftlichen Rechtsvorschriften innerhalb von 18 Monaten anzupassen sind. Die Verordnung führt ausdrücklich keinen unmittelbaren eigenen Prüfmechanismus durch die Kommission ein. Sie stellt klar, dass das *Investment Screening* unionsfremder Direktinvestitionen in der alleinigen nationalen Entscheidungsgewalt der Mitgliedstaaten verbleibt. Allerdings muss ein bestehender nationaler Prüfmechanismus bestimmte Kriterien erfüllen. Die wichtigsten Kriterien, die von der *Investment Screening VO* vorgegeben werden, sind Diskriminierungsfreiheit, Transparenz in den Anwendungsregeln und im Verfahren, sowie ein ordentlicher Rechtsschutz.²⁷ Werden Mitgliedstaaten außerhalb des Ziellandes der Investition von einem Unternehmenserwerb durch einen unionsfremden Drittstaat mitbetroffen, so können sie – gleichermaßen wie die Kommission – selbstständig Informationen von der zuständigen Behörde des Ziellandes anfordern und gegebenenfalls Stellungnahmen abgeben.²⁸ Diese sind dann im jeweiligen Prüfverfahren zu berücksichtigen. Darüber hinaus wird der Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission verbessert, um gegebenenfalls die Strategie unionsfremder Investoren klarer einschätzen zu können. Hierzu regelt die Verordnung einzelfallbezogene Informationspflichten und jährliche Berichtspflichten durch die Mitgliedstaaten.²⁹

Prüfkriterium für die mögliche Untersagung des Erwerbs ist eine voraussichtliche Beeinträchtigung der „Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung“ (Art. 4 Abs. 1). Darauf ist mindestens zweierlei bemerkenswert: Zum einen bleibt es bei dem Rückgriff auf den unionsrechtlichen Tatbestand der „Sicherheit oder der öffentlichen Ord-

25 Siehe hierzu bereits *Europäische Kommission/Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik*, Gemeinsame Mitteilung: EU-China – Strategische Perspektiven, JOIN(2019) 5 final, 12.3.2019, S. 10: „Um diese Lücke zu schließen, muss ermittelt werden, wie die EU den wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen der ausländischen staatlichen Beteiligung an und Finanzierung von ausländischen Unternehmen auf den EU-Binnenmarkt angemessen begegnen könnte.“

26 VO (EU) 2019/452 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. L 79 I/1 v. 21.3.2019.

27 Siehe Art. 3(2) und (5) der Verordnung.

28 Siehe Art. 6, 7 der Verordnung.

29 Siehe Art. 9 und 5 der Verordnung.

nung“³⁰ und zum anderen wird nunmehr auf eine „voraussichtliche“ Beeinträchtigung³¹ abgestellt, also eine Beeinträchtigung, die noch nicht konkret oder tatsächlich eingetreten sein muss, sondern in der Ferne liegen kann. Damit stellt sich die rechtliche Frage, wie hinreichend konkretisiert diese voraussichtliche Gefährdung sein muss, um eine Untersagung zu rechtfertigen. In jedem Fall ist der erforderliche Gefährdungsgrad nach der neuen *Investment Screening* VO deutlich weniger stark ausgeprägt als in der Rechtsprechung des EUGH zur Kapitalverkehrsfreiheit, wonach eine „tatsächlich vorliegende und hinreichend schwere Gefährdung“ vorliegen muss.³² Nationale Beschränkungen unionsfremder Direktinvestitionen, die zulässigerweise im Rahmen der Vorschriften der Verordnung ergehen, dürften jedenfalls in Zukunft mit den – auch Ausländer schützenden Regeln zur Kapitalverkehrsfreiheit – primärrechtskonform sein.³³

Allerdings wird abzuwarten bleiben, wie einzelne Mitgliedstaaten ihr nationales *Investment Screening* konkretisieren. Die EU-Verordnung erweitert die Handlungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten und den nationalen Prüfraumen nicht unerheblich. Fünf Bereiche für die Beschränkung von Unternehmenserwerben sind dabei von besonderem Interesse:³⁴

- Kritische Infrastrukturen (z.B. Energie, Verkehr, Wasser, Gesundheit, Medien, Datenverarbeitung- und Speicherung und Verteidigung);
- Kritische Technologien und *dual use* Güter, also solche die sowohl zivil als auch militärisch genutzt werden können;
- Versorgung mit kritischen Ressourcen, wie Nahrungsmittel, Energie und Rohstoffe;
- Zugang und Kontrolle zu sensiblen Informationen und personenbezogenen Daten;
- Freiheit und Pluralität von Medien.

Zwar wurde das vom Europäischen Parlament geforderte Kriterium der „Reziprozität der Investitionsbedingungen“³⁵ nicht aufgegriffen und in die VO inkorporiert, aber der nationale Prüfmechanismus kann gem. Art. 4 Abs. 2 a VO ausdrücklich berücksichtigen, ob der ausländische Investor indirekt oder direkt von staatlichen Stellen, wobei auch die Streitkräfte als staatliche Stellen genannt sind, entweder über die Eigentümerstruktur oder „in Form beträchtlicher Finanzausstattung“ kontrolliert wird. Diese Formulierung betrifft vorrangig chinesische Unternehmen, deren Eigentümer und/oder Finanzierungsstruktur nicht privatwirtschaftlich sind.

30 Art. 3(1) der Verordnung.

31 So der Wortlaut von Art. 1(1) und 4 der Verordnung.

32 Siehe u. a. EuGH, Rs. C-54/99, *Église de Scientologie* ECLI:EU:C:2000:124, Rn. 17.

33 Siehe *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union, COM(2017) 487 final, 13.9.2017, S. 5.

34 Siehe insbesondere die Regelbeispiele des § 55 Abs. 1 Satz 2 und die Tatbestände des Satzes 3 AWV sowie die Anwendungstatbestände der sektorspezifischen Prüfung in § 60 Abs. 1 AWV.

35 Hierzu *Günther*.

Mit der Europäischen *Investment Screening* VO 2019/452 hat die Europäische Union einen wirkungsvollen Schritt gemacht, den Mitgliedsstaaten einen effektiven einheitlichen Rechtsrahmen vorzugeben, unionsfremde Direktinvestitionen zu überprüfen und damit ein nationales *Investment Screening* rechtssicher, wirksam und transparent umzusetzen.

C. Nationale Handlungsoptionen

I. Eine aktive Industriepolitik

Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier hat im November 2019 mit seiner Industriepolitik 2030 „Leitlinien für eine deutsche und europäische Wirtschaftspolitik“³⁶ vorgelegt und damit eine breite öffentliche Debatte über die aus nationaler Sicht notwendigen Rahmenbedingungen zur Erhaltung und Stärkung des Industriestandorts Deutschland angeregt. Das Konzept beruht im Kern auf drei Säulen. Im Vordergrund steht die erste Säule³⁷ mit der Forderung nach einer substanziellem Verbesserung der Rahmenbedingungen für die deutsche Industrie, indem beispielsweise die Unternehmensbesteuerung und die Belastung mit Sozialabgaben im Vergleich zu anderen industriellen Standorten angepasst werden sollen, die öffentliche Infrastruktur modernisiert und gleichzeitig dem Fachkräftemangel begegnet und die Energiekosten wettbewerbsfähig gehalten werden. In der zweiten Säule³⁸ geht es um konkrete Vorschläge, wie neue volkswirtschaftlich strategische Technologien vor allem durch die Mobilisierung privaten Kapitals gestärkt werden können. In der dritten Säule³⁹ werden unter der Überschrift „Technologische Souveränität wahren“ Antworten auf die Frage gegeben, wie wir unsere industrielle Substanz perspektivisch gegen unfaire Übernahmepraktiken schützen können. Neu ist der Vorschlag – und entsprechend zum Teil heftig kritisiert – einer sog. „Nationalen Rückgriffoption“. Dabei soll ein permanenter Ausschuss auf Staatssekretärsebene gegründet werden, der darüber entscheidet, ob – wenn privatwirtschaftliche Instrumente beispielsweise mit Hilfe sog. „Weißen Ritter“ versagen – als *ultima ratio* über die KFW ein Unternehmensankauf oder eine Unternehmensbeteiligung finanziert werden soll, um in definierten sensiblen Bereichen eine unerwünschte ausländische Direktinvestition nicht über einen Eingriff mittels des Außenwirtschaftsrecht zu verhindern.

II. Schärfung des außenwirtschaftlichen Rahmens

Wie bereits ausgeführt, erlaubt die neue EU *Investment Screening* VO den Mitgliedsstaaten – trotz der ausschließlichen Regelungszuständigkeit der EU in Bezug auf die

36 <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Industrie/industriestrategie-2030.html> (6.1.2021).

37 S. 13–19 der Strategie.

38 S. 20–26 der Strategie.

39 S. 27–28 der Strategie.

gemeinsame Handelspolitik – eigene nationale Investitionskontrollregime einzuführen. Die Kapitalverkehrsfreiheit steht dem grundsätzlich nicht entgegen.⁴⁰ Deutschland hat bereits ein langjähriges Investitionskontrollregime auf der Basis des AWG und der AWV.⁴¹ Allerdings ergeben sich mit der *Investment Screening VO* erweiterte Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle, die derzeit jedoch in der Bundesregierung politisch noch nicht konsentiert sind. Das BMWi hat in Umsetzung der EU-VO einen konkreten Vorschlag zur Novellierung des Außenwirtschaftsrechts erarbeitet, der zum einen die geforderte „Nationale Kontaktstelle“ für den neuen EU-weiten Kooperationsmechanismus möglich macht, die Prüffristen transparenter regelt und das Wiederaufgreifen bereits abgeschlossener Prüfverfahren vereinfacht. Zum anderen soll aber vor allem der Prüfmaßstab entsprechend der EU-VO verschärft werden.⁴² Bislang ist im deutschen Außenwirtschaftsrecht eine „tatsächliche und schwere Gefährdung“ erforderlich. Nach der Novellierung wird die „voraussichtliche Beeinträchtigung“ der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung genügen, um einen unionsfremden Erwerb untersagen zu können.⁴³ Damit soll in der Entscheidungsfindung und Abwägung auch darauf abgestellt werden können, ob die Berücksichtigung zukünftiger technologischer Entwicklungen die Untersagung des jeweiligen Unternehmenserwerbs rechtfertigen kann. Und zusätzlich geht es beim BMWi-Vorschlag darum, einen klar definierten Katalog besonders sicherheitsrelevanter „kritischer Technologien“⁴⁴ neu festzulegen, bei denen – vergleichbar der sektorspezifischen Prüfung bei kritischen Infrastrukturen – ein Anteilserwerb ab zehn Prozent meldepflichtig und damit prüfrelevant wird. Zu diesen neuen kritischen Technologien werden die Bereiche Künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Biotechnologie und Quantentechnologie gehören.⁴⁵

D. Abschließende Bemerkungen

Exportorientierte Länder wie die Bundesrepublik Deutschland haben unstrittig in den vergangenen Jahrzehnten von einer überproportionalen Wohlstandsmehrung durch einen regelbasierten Freihandel und Multilateralismus profitiert. Trotzdem zeigt die

- 40 Siehe hierzu die Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages WD 7 178/07, Schutz vor ausländischen Staatsfonds – Zur Zulässigkeit und Möglichkeiten von staatlicher Kontrolle bei ausländischen Investitionen, 27.8.2007; ebenfalls Vorschlag für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union, COM(2017) 487 final, 13.9.2017.
- 41 Die sektorspezifische Investitionskontrolle wurde 2004 eingeführt und 2009 durch die sektorübergreifende Investitionskontrolle ergänzt. Die 9. AWV-Novelle (2017) konkretisierte insbesondere den Begriff der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (§ 55 Abs. 1 AWV) und erweiterte den Anwendungsbereich der sektorspezifischen Investitionskontrolle (§ 60 Abs. 1 AWV). Die 12. AWV-Novelle (2018) ergänzte die Regelungen zu den kritischen Stimmrechtsanteilen (§§ 56, 60a AWV).
- 42 Die EU-Screening-Verordnung gilt ab dem 11.10.2020.
- 43 Siehe Art. 1 Abs. 1, 1. Satz am Ende und Art. 4 Abs. 1 der Verordnung.
- 44 Neben sog. kritischen Infrastrukturen und kritischen Ressourcen, siehe Art. 4 Abs. 1 lit. a) bis c) der Verordnung.
- 45 Art. 4 Abs. 1 lit. b) der Verordnung.

breite kritische öffentliche Haltung, beispielsweise zum Abschluss von Freihandelsabkommen wie CETA oder die europaweite Diskussion um den Schutz des brasiliensischen Regenwaldes im Zusammenhang mit Mercosur, dass das Festhalten am internationalen Freihandelssystem keine Selbstverständlichkeit ist. Es bedarf deshalb der Erklärung gegenüber den Menschen und einer fortdauernden politischen Legitimationsanstrengung. Andererseits bedarf es auch einer streitbaren, wehrhaften nationalen und europäischen Ökonomie, um den Herausforderungen durch staatskapitalistische Volkswirtschaften oder systemkritischen Staaten zu begegnen, wenn diese die regelbasierte multilaterale Handelsordnung einseitig nutzen und es möglicherweise auf langfristige Sicht funktionsunfähig machen wollen. Dazu sind die beschriebenen drei strategischen Handlungsfelder auf nationaler und europäischer Ebene ein erster guter Ansatz. Entscheidend ist jedoch, dass sie jetzt konsequent umgesetzt, und insbesondere um ein wehrhaftes europäisches Wettbewerbs- und Beihilfenrecht ergänzt werden.

BIBLIOGRAPHIE

- ECHLE, CHRISTIAN; RUEPPEL, PATRICK; SARMAH, MEGHA; HWEE, YEO LAY (Hrsg.), *Multilateralism in a Changing World Order*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Singapur, 2018
- GÜNTHER, VALENTIN, *Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrechts, 2018, Vol. 157

