

Investitionskontrolle in Europa

zwischen wirtschaftlichem Zweck, politischem
Nutzen und rechtlicher Machbarkeit

Professor Dr. Matthias Lehmann, D.E.A., LL.M., J.S.D.
(Universität Wien)

Marco Kretzschmar
(Universität Bonn)

Agenda

- A. Untersuchungsgegenstand
- B. Rechtliches Umfeld
 - I. Investitionskontrolle in Österreich und der Welt
 - II. Rechtliche Rahmenbedingungen
- C. FDI-Screening-VO
 - I. Genese
 - II. Regelungsziele
 - III. Regelungsgehalt
- D. Umsetzung in Österreich
- E. Fazit

A. UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND

Untersuchungsgegenstand

Überprüfungsmechanismen für ausländische Direktinvestitionen i.S.d. FDI-Screening-VO

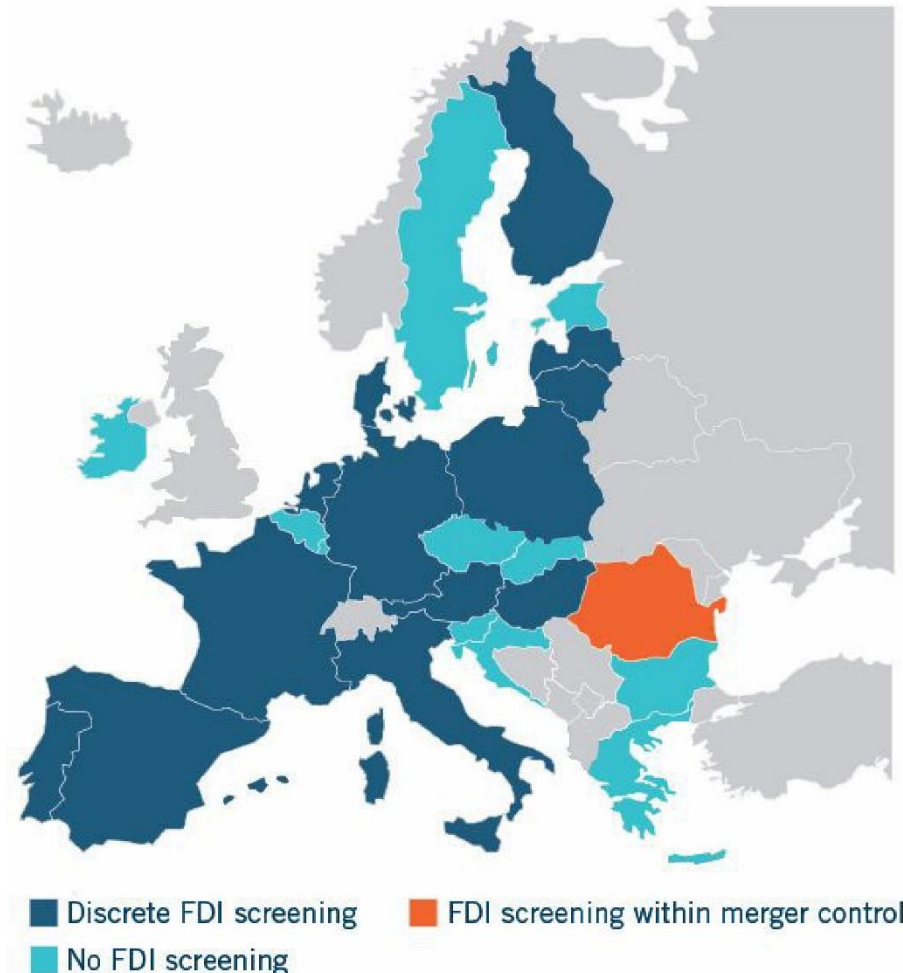
- **Ausländische Direktinvestitionen i.S.v. Art 2 Z 1**
 - möglichst weites Verständnis, ErwG 9
 - Schwerpunkt auf Unternehmensakquisitionen
 - expliziter Ausschluss von Portfolioinvestitionen, ErwG 9
- **Überprüfungsmechanismen i.S.v. Art 2 Z 4**
 - 3 Mechanismuskategorien: Genehmigungsmechanismus, Verbotmechanismus mit und ohne Meldepflicht
 - ex ante- oder ex post-Prüfung

B. RECHTLICHES UMFELD

I. Investitionskontrolle in Österreich und der Welt

Bisherige Investitionskontrolle in Österreich und Europa

- **Deutschland:** Reformierung des Investitionskontrollregimes in 2014, 2017, 2018 und 2020
- **Polen:** Einführung des Investitionskontrollsystems in 2015
- **Lettland:** Einführung des Investitionskontrollsystems in 2017
- **Ungarn:** Einführung des Investitionskontrollsystems in 2018
- **Dänemark:** Initiative der früheren Regierung *Rasmussen III* in 2019



Quelle: Dechert LLP; abrufbar unter <https://www.dechert.com/services/practice-areas/international-trade/regulation-of-foreign-direct-investment.htm>; letzter Aufruf am 30.10.2020.

Bisherige Investitionskontrolle in Österreich und Europa

§ 25a AußWG a.F.

Gattung

- Genehmigungsmechanismus
- Umgehungskonstellation:
Verbotsmechanismus ohne Meldepflicht

Erwerbsziel

- Sitz in Österreich
- Wirtschaftsbereich, der öffentliche Sicherheit und Ordnung betrifft (i.E. sektoral nicht abgeschlossen)
- Rechnungslegung nach §§ 189 ff UGB

Bisherige Investitionskontrolle in Österreich und Europa

§ 25a AußWG a.F.

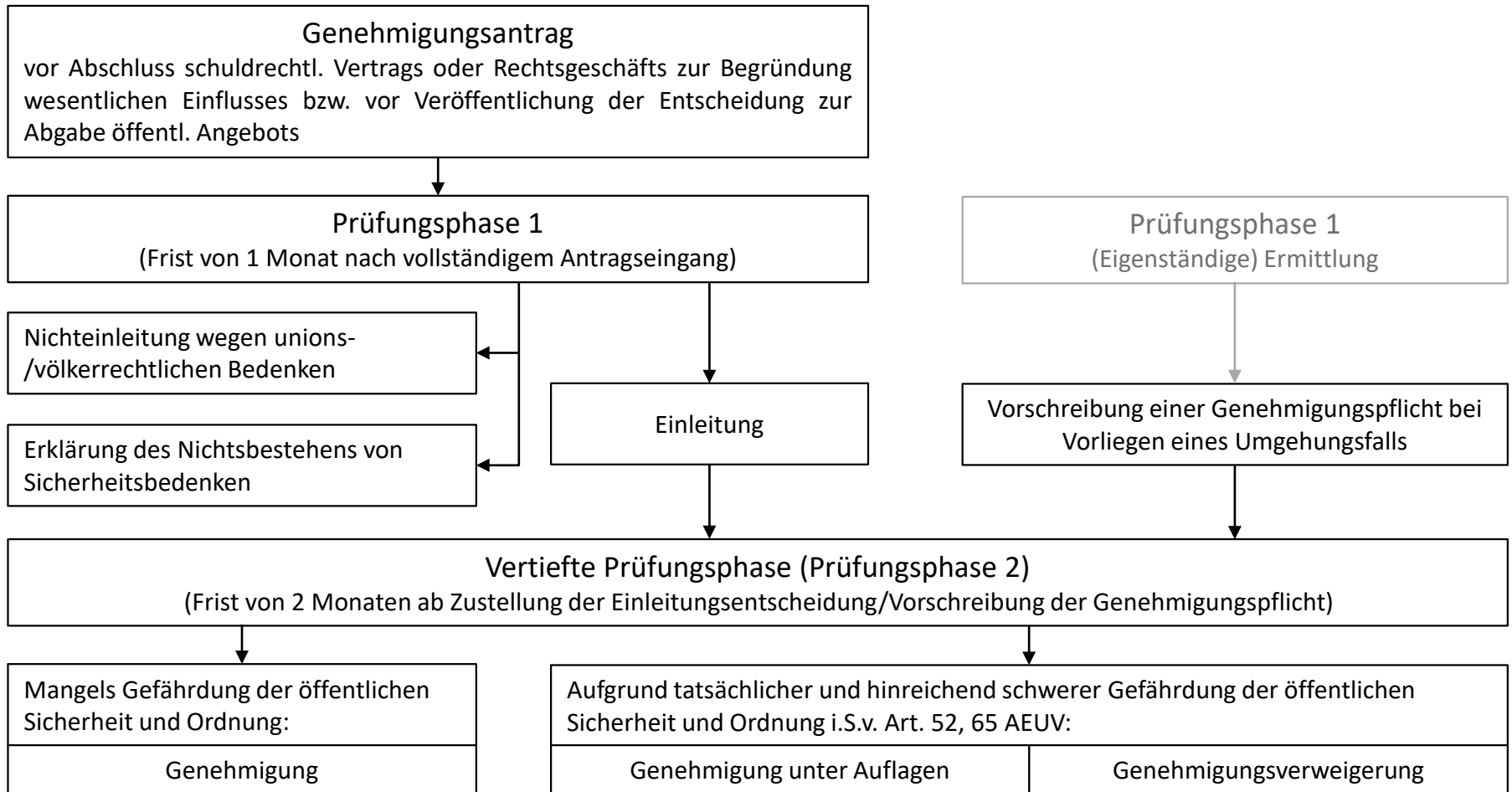
Erwerberkreis

- keine Staatsangehörigkeit von bzw. kein Sitz in EU, EWR oder Schweiz

Erwerbsart

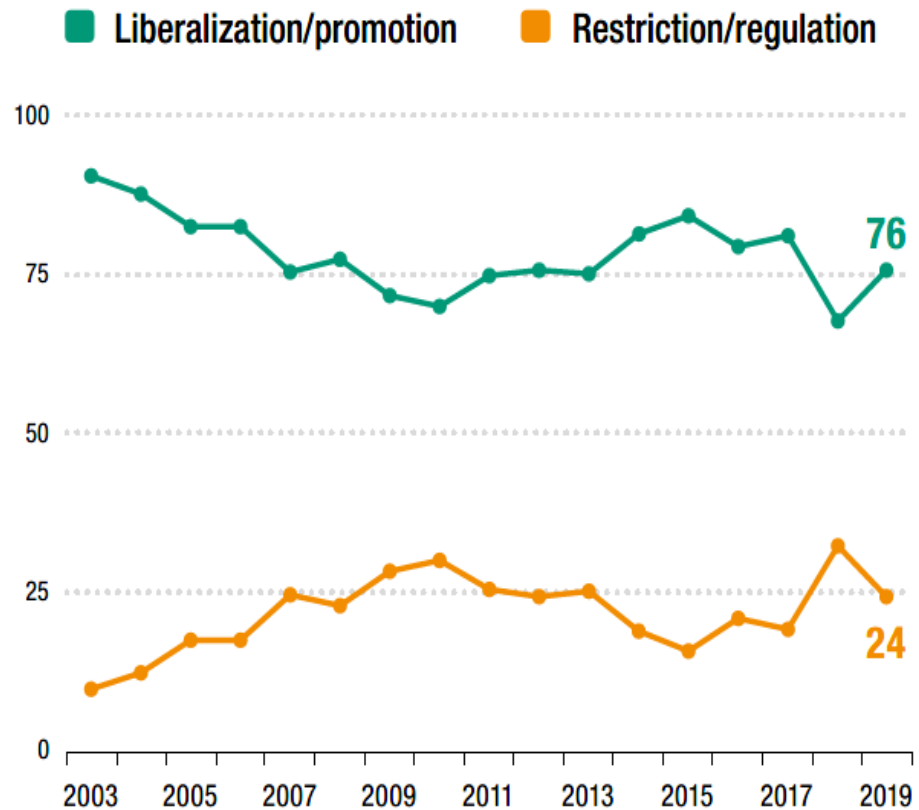
- Erwerb des (gesamten) Unternehmens
- Beteiligungserwerb
(Beteiligungsuntergrenze von 25 %)
- Erwerb sonstigen beherrschenden Einflusses

Bisherige Investitionskontrolle in Österreich und Europa



Investitionskontrolle in Drittstaaten

- **USA:** Reform des CFIUS-Verfahrens durch FIRRMA in 2018
- **Japan:** Mehrere Anpassungen des Investitionskontrollregimes seit 2019
- **China:** Reform des Investitionskontrollregimes zu 2020
- **Norwegen:** Reform des Investitionskontrollregimes zu 2019



Quelle: UNCTAD, World Investment Report 2020: International Production beyond the Pandemic, abrufbar unter https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf.

Investitionskontrolle in Drittstaaten

USA

Relevanz

- Hohe Präsenz wegen Aktivität auch außerhalb der USA
- Aktivität insgesamt weiter zunehmend

Gattung

- Verbotsmechanismus ohne Meldepflicht ohne zeitliche Untersagungsbeschränkung
- seit FIRRTA teilweise Meldepflicht

Investitionskontrolle in Drittstaaten

USA

Anwendungsbereich

- „covered transactions“
- Zweiphasige fristgebundene Prüfung durch das CFIUS
- Untersagungsentscheidung des US-Präsidenten
- Seit FIRRMA teilweise Verfahren mit verkürzter 1. Phase

Verfahren

Prüfungsmaßstab

- „national security“

Investitionskontrolle in Drittstaaten

Japan

Relevanz

- kaum Untersagungen (wegen vorheriger Empfehlung?)

Gattung

- Genehmigungsmechanismus

Anwendungsbereich

- Ausführlicher Sektorenkatalog
- 1%-Beteiligungsschwelle (börsennotierte Unternehmen)
- Ausnahmekatalog

Investitionskontrolle in Drittstaaten

Japan

Verfahren

- zweiphasige fristgebundene Prüfung
- Empfehlung zur Einschränkung/
Abstandnahme vor Untersagung

Prüfungsmaßstab

- nationale Sicherheit
- öffentliche Ordnung
- öffentliche Sicherheit
- reibungsloser Ablauf japanischer Wirtschaft

B. RECHTLICHES UMFELD

II. Rechtliche Rahmenbedingungen für Investitionskontrollen

Verbandskompetenzielle Implikationen

- Rechtsgrundlage zur Kompetenzverteilung:
 - Art 207 Abs 2 AEUV i.V.m. Art 3 Abs 1 lit e AEUV
versus
Art 64 Abs 3 AEUV i.V.m. Art 4 Abs 1, 2 AEUV
- Einwirkung sonstiger Normen auf die Kompetenzverteilung
 - Art 65 Abs 1 lit b AEUV
 - Art 346 Abs 1 lit b AEUV
 - Art 4 Abs 2 EUV

Grundfreiheitliche Implikationen

- Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit
 - Diskussion: Unterschiedliche Anforderungen an Kontrollmöglichkeit?
- Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit
 - Besonderheit: Geltung zugunsten drittstaatlichen Verkehrs
- Konkurrenz zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit
 - herrschende Meinung (insb. EuGH)
 - Mindermeinungen in der Literatur
- Rechtfertigung (insb. Behandlung drittstaatlich mittelbarer Erwerbsfälle durch Zwischenschaltung eines mitgliedstaatlichen Erwerbers)

Wirtschaftsvölkerrechtliche Implikationen

EWR

- Gleichlauf mit grundfreiheitlichen Standards der EU (Niederlassungsfreiheit)
- Art 33: öffentliche Ordnung und Sicherheit

Schweiz (EFTA)

- Art 23 Abs 1 Uabs 2, 24 Abs 1 lit a, 28 Abs 1: Liberalisierungs- und Inländergleichbehandlungspflicht
- Art 27 Abs 2: öffentliche Ordnung und Sicherheit

OECD (CLCM)

- Art 1 lit a, 2 lit a, 9: Liberalisierungspflichten und Diskriminierungsverbot
- Art 3: öffentliche Ordnung und Sicherheit, wesentliche Sicherheitsinteressen

Wirtschaftsvölkerrechtliche Implikationen

WTO (GATS)

- Art XVI: Marktzugangspflicht
- Art XIV lit a, b, c Z iii), XIVbis lit b: öffentliche Moral, öffentliche Ordnung, Leben und Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, sicherheitsgewährleistende Gesetze, wesentliche Sicherheitsinteressen

Japan (EPA)

- Art 8.7 lit a Z iv, 8.8 Abs 1, 9.2 Abs 1: Beschränkungsverbot sowie Inländergleichbehandlungspflichten
- Art 8.3 Abs 2 lit a: öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung

Kanada (CETA)

- Art 8.4 Abs 1 lit a Z iv, 8.6 Abs 1, 8.7: Beschränkungsverbot sowie Inländergleichbehandlungs- und Meistbegünstigungspflichten
- Art 28.3 Abs 2 lit a Fall 1, 3: öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung

C. FDI-SCREENING-VO

Entwicklung zur FDI-Screening-VO

- Haltung der EU-Kommission in der Diskussion um Staatsfonds
- Die Forderung Deutschlands, Frankreichs und Italiens 2017
- Vorschlag von MdEPs 2017
- Hintergrund unter anderem auch chinesische Investitionsaktivitäten
 - Made in China 2025
 - Neue Seidenstraße

Regelungsziele

- Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit
 - tatsächliche und hinreichend schwere Gefahr für ein Grundinteresse der Allgemeinheit
 - Verursachung durch drittstaatliche Direktinvestitionen
 - grenzüberschreitende Auswirkung wegen mitgliedstaatlicher Verflechtung
- Regelungsziele außerhalb der FDI-Screening-VO
 - protektionistische Motive („Ausverkauf von Knowhow“)
 - Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen
 - Reziprozitätsverlangen
- Sicherheitsinteressen nach drittstaatlichem Verständnis (USA/Japan)

Regelungsgehalt

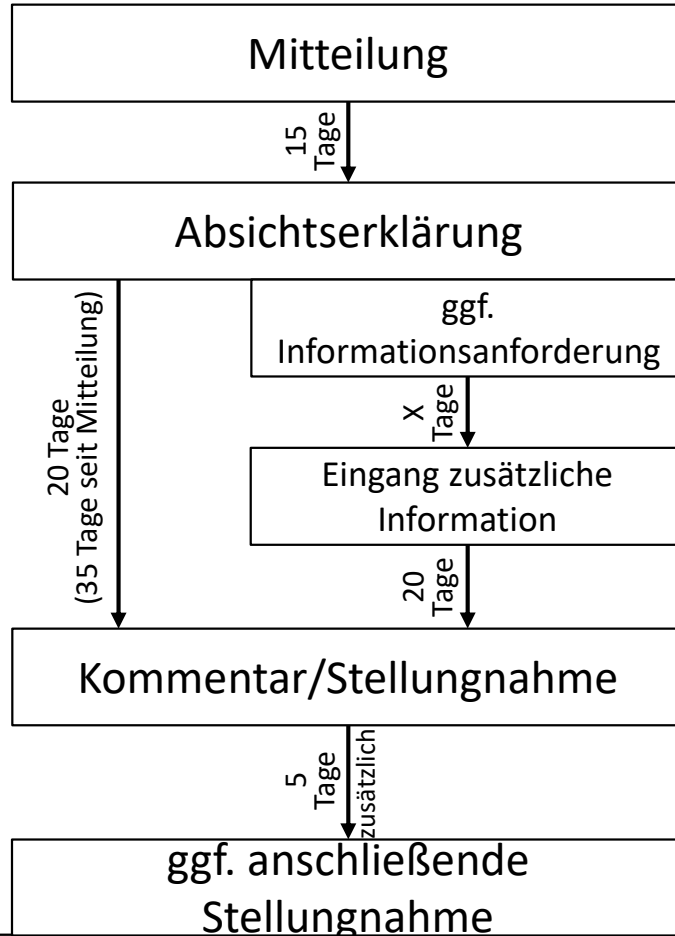
- Anforderungen an Mechanismen
 - Art 3 Abs 2: transparente Ausgestaltung, Nichtdiskriminierung
 - Art 3 Abs 3: Fristenrahmen, Ermöglichung der Kooperation
 - Art 3 Abs 4: Schutz vertraulicher Informationen
 - Art 3 Abs 5: Rechtsschutzverfahren
 - Art 3 Abs 6: Unterbindung von Umgehungsversuchen
 - Art 4: unverbindlicher Vorschlag von Sicherheitskriterien

Regelungsgehalt

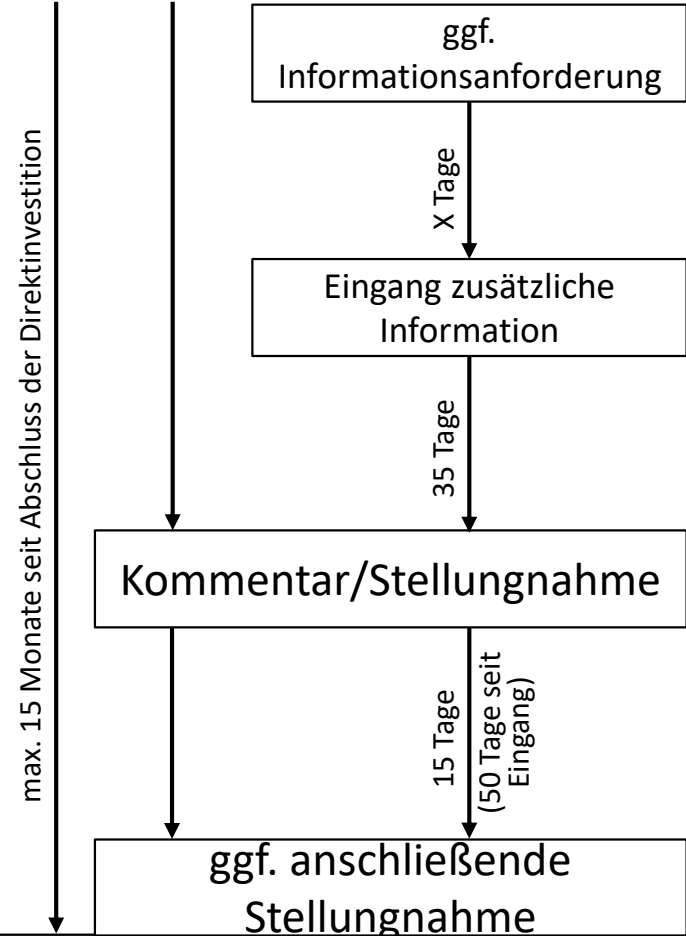
- Kooperationsmechanismen
 - Art 6: Kooperation bei überprüften FDI
 - Art 7: Kooperation bei ungeprüften FDI
 - Art 8: Besonderheiten bei FDI bzgl. Projekten und Programmen von Unionsinteresse

Regelungsgehalt

überprüfte FDI, Art 6



ungeprüfte FDI, Art 7



Regelungsgehalt

- Konzept zur Fortentwicklung
 - Art 3 Abs 7, 8: Notifizierung und Veröffentlichung mitgliedstaatlicher Mechanismen
 - Art 5: Jährliche Berichterstattung über FDI und ihre Kontrolle
 - Art 12: Ständige Expertengruppe

D. UMSETZUNG IN ÖSTERREICH

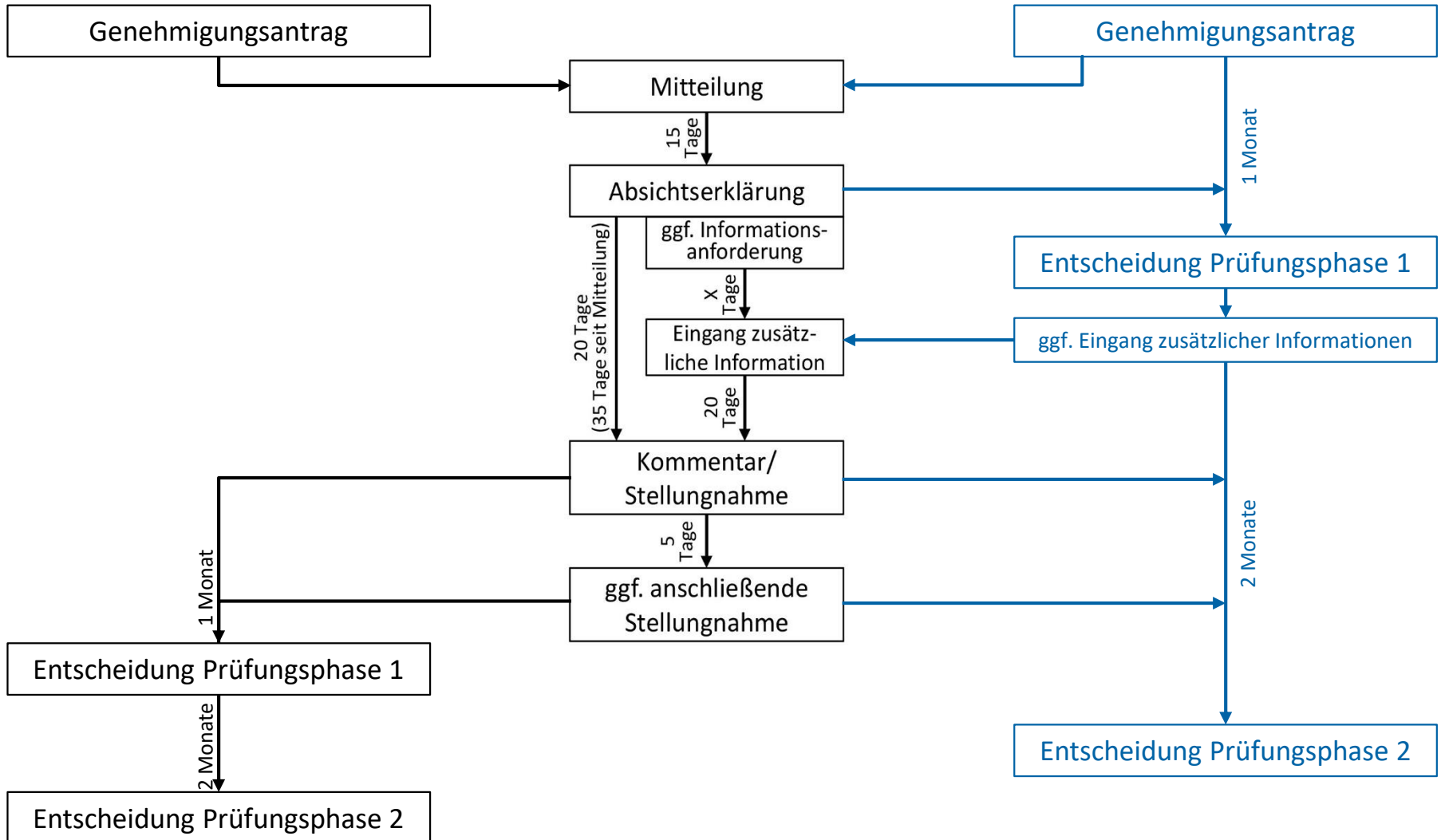
Umsetzung in Österreich

- Bundesgesetz, mit dem ein Investitionskontrollgesetz erlassen und das Außenwirtschaftsgesetz 2011 geändert wird (BGBl. Nr. 87/2020)
- Gestaltung des InvKG gegenüber § 25a AußWG a.F.
 - Beibehalt der Genehmigungsgattung
 - weiterhin keine abschließende Sektorenliste
 - Erfassung des Erwerbs wesentlicher Vermögensbestandteile
 - von Beteiligungsunterschwellen zu Beteiligungsstufen
 - allgemeine Erfassung mittelbarer Erwerbsfälle
 - verfahrenstechnische Neuerungen

Umsetzung in Österreich

- Einhaltung der Mechanismvorgaben nach Art 3 f.
 - Ausrichtung auf die Sicherheit und öffentliche Ordnung/
Übernahme der sicherheitstechnischen Bewertungskriterien
 - Transparenzgebot
 - keine Diskriminierung zwischen Drittstaaten
 - Unterbindung von Umgehungsversuchen
- Verfahrenstechnische Anpassung an die Kooperationsmechanismen
 - Wiedergabe der Kooperationsmechanismen aus österreichischer Sicht unter Konkretisierung und Ergänzung
 - Eingliederung in das Genehmigungsverfahren

Umsetzung in Österreich



F. FAZIT