

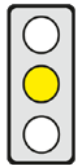
RAHMEN FÜR DIE ÜBERPRÜFUNG AUSLÄNDISCHER DIREKTINVESTITIONEN

cepAnalyse Nr. 32/2017

KERNPUNKTE

Ziel der Verordnung: Die Kommission will einen EU-rechtlichen „Rahmen“ für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen (FDI) schaffen.

Betroffene: Ausländische Investoren, Unternehmen in der EU, Mitgliedstaaten.



Pro: Die Verordnung schafft Klarheit über das von den Mitgliedstaaten bei der Überprüfung von FDI anzuwendende Verfahren.

Contra: Die gewählten Begriffe für zulässige Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit – „kritische Infrastrukturen“, „kritische Technologien“, „kritische Ressourcen“ und „sensible Informationen“ – bergen die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten die geschaffenen Freiräume protektionistisch missbrauchen.

Die wichtigen Passagen im Text sind durch einen Seitenstrich gekennzeichnet.

INHALT

Titel

Vorschlag COM(2017) 487 vom 13. September 2017 für eine **Verordnung** zur Schaffung eines Rahmens **für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen** in der Europäischen Union

Kurzdarstellung

► Hintergrund und Definition

- Die Mitgliedstaaten können ausländische Direktinvestitionen verbieten oder von Bedingungen abhängig machen. Dazu macht die Verordnung jedoch keine Vorgaben. Sie regelt vielmehr die vorgelagerte „Überprüfung“.
- Die Kommission möchte mit der Verordnung einen „Rahmen“ für die „Überprüfung“ ausländischer Direktinvestitionen (foreign direct investment, FDI) in der EU schaffen (Art. 1).
- Überprüfungen können erfolgen (Art. 1)
 - durch die Mitgliedstaaten und die Kommission
 - aus „Gründen“ der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit.
- FDI sind Investitionen jeder Art (Art. 2 Ziff. 1 und 2)
 - durch einen Investor aus einem Nicht-EU-Mitgliedstaat („Drittstaat“)
 - zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen Investor und Unternehmen,
 - für die Kapital zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem Mitgliedstaat bereitgestellt wird.
- Dazu gehören auch Investitionen, die eine effektive Beteiligung an der Verwaltung oder Kontrolle eines Unternehmens ermöglichen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausführt (Art. 2 Ziff. 1).

► Überprüfung durch den betroffenen Mitgliedstaat

- Die Mitgliedstaaten können Verfahren zur Überprüfung von FDI („Überprüfungsmechanismen“) aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit „unterhalten, abändern oder einrichten“. Dabei müssen sie die Vorgaben der Verordnung beachten. (Art. 3 Abs. 1)
- Die „Überprüfungsmechanismen“ der Mitgliedstaaten müssen transparent sein und dürfen Drittstaaten gegenüber anderen Drittstaaten nicht diskriminieren. Die Mitgliedstaaten müssen insbesondere festlegen (Art. 6 Abs. 1):
 - die „Umstände“, die eine Überprüfung auslösen, z.B. das Volumen von FDI oder der Prozentsatz der Anteile; bei der Festlegung der „Umstände“ sind die Mitgliedstaaten frei;
 - die „Gründe“ für eine Überprüfung; zulässige „Gründe“ sind nur die Sicherheit und die öffentliche Ordnung;
 - „ausführliche“ Verfahrensregeln.
- Die Mitgliedstaaten müssen Fristen für den Erlass von Überprüfungsbeschlüssen festlegen, um anderen Mitgliedstaaten und der Kommission Gelegenheit zu geben, sich zu einer FDI zu äußern. (Art. 6 Abs. 2).
- Sie müssen „vertrauliche“ Informationen, etwa wirtschaftlich „sensible Informationen“ der Investoren, „schützen“ (Art. 6 Abs. 3).
- Die ausländischen Investoren und die von der FDI betroffenen Unternehmen in der EU müssen gegen die Überprüfungsbeschlüsse der nationalen Behörden Rechtsbehelf einlegen können (Art. 6 Abs. 4).

► Überprüfung durch die Kommission

- Die Kommission kann aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit FDI überprüfen, wenn sie „Projekte oder Programme von Unionsinteresse beeinträchtigen dürfte“ (Art. 3 Abs. 2).
- Dazu zählen insbesondere Projekte und Programme, die (Art. 3 Abs. 3)
 - mit EU-Mitteln in „erheblicher Höhe“ oder zu einem „wesentlichen Anteil“ gefördert werden oder
 - unter die EU-Vorschriften über „kritische Infrastrukturen und Technologien oder Ressourcen“ fallen. Die Verordnung enthält eine nicht abschließende Liste solcher Projekte und Programme. Erfasst sind etwa die europäischen Satellitennavigationssysteme. (Anhang 1)
- Wenn ein „Projekt oder Programm von Unionsinteresse“ Gegenstand einer FDI ist und diese die öffentliche Ordnung oder Sicherheit beeinträchtigen „dürfte“, kann die Kommission eine „Stellungnahme“ an den Mitgliedstaat richten, in dem diese Investition geplant ist oder getätigt wurde (Art. 9 Abs. 1). Die anderen Mitgliedstaaten werden über die Stellungnahme der Kommission benachrichtigt (Art. 9 Abs. 4).
- Die Kommission kann von den Mitgliedstaaten die Informationen über die FDI anfordern, die für die Abgabe ihrer Stellungnahmen erforderlich sind. (Art. 9 Abs. 2).
- Die Kommission muss ihre Stellungnahme innerhalb einer „angemessenen Frist“ abgeben, spätestens jedoch 25 Arbeitstage nach Eingang der Informationen des betroffenen Mitgliedstaates (Art. 9 Abs. 3).
- Der betroffene Mitgliedstaat muss der Stellungnahme der Kommission „umfassend Rechnung“ tragen und der Kommission gegenüber eine Erklärung abgeben, falls er deren Stellungnahme nicht nachkommt (Art. 9 Abs. 5).

► Faktoren, die bei der Überprüfung berücksichtigt werden können

- Die Mitgliedstaaten und die Kommission können bei der Überprüfung einer FDI unter anderem die potenziellen Auswirkungen berücksichtigen auf (Art. 4 UAbs. 1, Erwägungsgrund 12 und S. 14):
 - „kritische“ Infrastrukturen, etwa in den Bereichen Energie, Verkehr, Kommunikation, Datenspeicherung, Weltrauminfrastrukturen oder Finanzinfrastrukturen – etwa Börsen oder zentrale Gegenparteien –, sowie „sensible Einrichtungen“,
 - „kritische“ Technologien inkl. „Schlüsseltechnologien“, etwa künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Technologien mit potenziellen Anwendungen mit doppeltem – zivilem und militärischem – Verwendungszweck, Cybersicherheit, Weltraum- oder Nukleartechnologie,
 - die Sicherheit der Versorgung mit „kritischen Ressourcen“, „die für die Sicherheit oder die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung wesentlich sind“,
 - den Zugang zu „sensiblen Informationen“ oder die Fähigkeit, „sensible Informationen“ zu kontrollieren.
- Die Mitgliedstaaten und die Kommission können auch berücksichtigen, ob der ausländische Investor von der Regierung eines Drittstaats kontrolliert wird. Diese Kontrolle kann auch bei Subventionen oder bei einer anderen „beträchtlichen Finanzausstattung“ vorliegen (Art. 4 UAbs. 2 i.V.m. Erwägungsgrund 12).

► „Kooperationsmechanismus“

- Der überprüfende Mitgliedstaat muss die Kommission und die übrigen Mitgliedstaaten innerhalb von fünf Arbeitstagen ab Beginn einer Überprüfung über diese informieren (Art. 8 Abs. 1).
- Ist ein Mitgliedstaat der Auffassung, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat geplante FDI Auswirkungen auf seine öffentliche Ordnung oder Sicherheit hat, kann er einen „Kommentar“ an diesen Mitgliedstaat richten, den er parallel auch der Kommission zuleiten muss (Art. 8 Abs. 2). Dies gilt auch dann, wenn der Mitgliedstaat der FDI keinen „Überprüfungsmechanismus“ unterhält (Erwägungsgrund 14).
- Ist die Kommission der Auffassung, dass eine FDI die öffentliche Ordnung oder Sicherheit im fraglichen oder in einem anderen Mitgliedstaat beeinträchtigen dürfte, kann sie eine „Stellungnahme“ an den Mitgliedstaat richten, in dem die FDI geplant ist oder getätigt wurde (Art. 8 Abs. 3).
- Sind die Kommission oder ein Mitgliedstaat der „begründeten Auffassung“, dass eine FDI in einem anderen Mitgliedstaat die öffentliche Ordnung oder Sicherheit im ersten Mitgliedstaat beeinträchtigen dürfte, können sie den Mitgliedstaat, in dem die die FDI geplant ist oder getätigt wurde, um die für die Stellungnahme bzw. den Kommentar erforderlichen Informationen bitten (Art. 8 Abs. 4).
- Die Stellungnahmen und Kommentare müssen innerhalb von 25 Tagen nach Eingang der angeforderten Informationen abgegeben werden (Art. 8 Abs. 5).
- Der Mitgliedstaat, an den die Stellungnahmen und Kommentare gerichtet wurden, muss diese „in gebührender Weise berücksichtigen“ (Art. 8 Abs. 6).

► Notifizierung und jährliche Berichterstattung

- Die Mitgliedstaaten müssen der Kommission ihre bestehenden „Überprüfungsmechanismen“ innerhalb von 30 Tagen nach Inkrafttreten der Verordnung notifizieren. Sie müssen Änderungen oder neu eingerichtete „Überprüfungsmechanismen“ innerhalb von 30 Tagen nach deren Inkrafttreten notifizieren (Art. 7 Abs. 1).
- Mitgliedstaaten mit einem „Überprüfungsmechanismus“ müssen der Kommission jährlich über dessen Anwendung berichten. Mitgliedstaaten ohne Überprüfungsmechanismus müssen der Kommission jährlich über die in ihrem Hoheitsgebiet getätigten FDI berichten (Art. 7 Abs. 2 und 3).

Wesentliche Änderungen zum Status quo

Bisher gibt es keine EU-Rechtsvorschriften für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen. Einige sektorspezifische EU-Rechtsakte – etwa für die Gasversorgung und den Luftverkehr – enthalten jedoch Sondervorschriften für Betreiber aus Drittstaaten.

Politischer Kontext

Die ausländischen Direktinvestitionen aus China in der EU stiegen zuletzt stark an. Im Jahr 2016 betragen sie ca. 37 Mrd. Euro (2015: 6 Mrd. Euro). Diese stießen in einigen Mitgliedstaaten auf ökonomische und sicherheitspolitische Bedenken. Im Februar 2017 legten die Wirtschaftsminister von Deutschland, Frankreich und Italien ein gemeinsames Papier zur Behandlung ausländischer Direktinvestitionen vor. Sie forderten unter anderem wechselseitig gleiche Investitionsbedingungen, etwa die Abschaffung der in Drittstaaten bestehenden Pflicht für Investoren aus der EU zur Gründung von Joint Ventures.

Auf dem Europäischen Rat vom 23. Juni 2017 begrüßten die Staats- und Regierungschefs der EU „die Initiative der Kommission (...), Investitionen aus Drittstaaten in strategische [sic!] Sektoren einer Prüfung zu unterziehen, wobei die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten uneingeschränkt zu achten sind.“ Der Europäische Rat kündigte an, auf einer seiner nächsten Tagungen auf diese Frage zurückkommen.

Vor dem Hintergrund der Versuche chinesischer Investoren, die AIXTRON SE und die KUKA AG zu übernehmen, hat die deutsche Bundesregierung eine Novelle der Außenwirtschaftsverordnung beschlossen, die im Juli 2017 in Kraft trat. Insbesondere wird mit der Novelle den Begriff der „kritischen Infrastruktur“ eingeführt, die nun auch in der EU-Verordnung aufgegriffen wird.

Gleichzeitig mit dem Verordnungsvorschlag legte die Kommission eine Mitteilung zur „Offenheit für ausländische Direktinvestitionen bei gleichzeitigem Schutz grundlegender Unionsinteressen“ [COM(2017) 494] vor. Darin kündigt sie eingehende Analysen der Ströme von FDI in die EU bis Ende 2018 an, vor allem in strategischen Bereichen und bei bestimmten Vermögenswerten.

Seit 2013 verhandeln die EU und China über ein bilaterales Investitionsabkommen, welches auch Direktinvestitionen erleichtern soll.

Stand der Gesetzgebung

13.09.17 Annahme durch Kommission

Offen Annahme durch Europäisches Parlament und Rat, Veröffentlichung im Amtsblatt, Inkrafttreten

Politische Einflussmöglichkeiten

Generaldirektionen:	GD Handel (federführend)
Ausschüsse des Europäischen Parlaments:	Internationaler Handel (federführend), Berichterstatter: Franck Proust (EVP-Fraktion, Frankreich)
Bundesministerien:	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (federführend)
Ausschüsse des Deutschen Bundestags:	N.N.
Entscheidungsmodus im Rat:	Qualifizierte Mehrheit (Annahme durch 55% der Mitgliedstaaten, die 65% der EU-Bevölkerung ausmachen)

Formalien

Kompetenznorm:	Art. 207 Abs. 2 AEUV (Grundsätze der gemeinsamen Handelspolitik)
Art der Gesetzgebungszuständigkeit:	Ausschließliche Zuständigkeit (Art. 3 Abs. 1 AEUV)
Verfahrensart:	Art. 294 AEUV (ordentliches Gesetzgebungsverfahren)

BEWERTUNG

Ökonomische Folgenabschätzung

Ordnungspolitische Beurteilung

Die Kapitalverkehrsfreiheit als Grundfreiheit der EU (Art. 63 Abs 1 AEUV) gilt auch zugunsten von Investoren aus Nicht-EU-Staaten, weshalb die EU-Mitgliedstaaten im weltweiten Vergleich FDI nur selten behindern ([OECD Foreign Direct Investment Regulatory Restrictiveness Index](#)). **Die bisherige Offenheit gegenüber FDI sollte die EU beibehalten:** In aller Regel profitiert die EU von ausländischen Direktinvestitionen. **FDI befördern Wachstum und Beschäftigung** in der EU, erhöhen die Produktivität und Innovationsfähigkeit der hiesigen Unternehmen, verbinden diese intensiver mit den zunehmend globalen Wertschöpfungsketten und erhöhen damit ihre Wettbewerbsfähigkeit.

Die Verordnung schafft erstmals ein EU-einheitliches Verfahren zur Überprüfung von FDI. Während die USA, Japan, Kanada oder Australien über etablierte Verfahren für solche Zwecke verfügen, trifft dies nur auf fünfzehn der 28 EU-Mitgliedstaaten zu. Auch wenn die Verordnung keinen Mitgliedstaat dazu verpflichtet, Prüfverfahren für FDI einzurichten und die konkrete Gestaltung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht regelt, setzt sie doch den Rahmen für FDI-Überprüfungen. **Die Verordnung schafft daher Klarheit über das bei der Überprüfung von FDI anzuwendende Verfahren.**

Das EU-Primärrecht erlaubt Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit lediglich aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Diese Ausnahme wurde bisher vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) restriktiv ausgelegt: Laut EuGH können die öffentliche Ordnung und Sicherheit „nur geltend gemacht werden, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Diese Gründe dürfen überdies nicht von ihrer eigentlichen Funktion losgelöst und in Wirklichkeit für wirtschaftliche Zwecke geltend gemacht werden.“ (Rs C-54/99 Rn. 17). Die Verordnung erweitert diesen bisherigen Spielraum.

Die gewählten Begriffe für zulässige Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit – „kritische Infrastrukturen“, „kritische Technologien“, „kritische Ressourcen“ und „sensible Informationen“ – sind jedoch hochgradig unpräzise und schwammig. Sie bergen daher die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten die geschaffenen Freiräume protektionistisch missbrauchen. Da eine Konkretisierung der gewählten Begriffe durch den EuGH Jahre dauern dürfte, droht eine erhöhte Rechtsunsicherheit. Im Zuge der Konkretisierung sollte der EuGH seine restriktive Auslegung der „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ als Tatbestandsvoraussetzung für die Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht aufgeben.

Anstoß für Diskussionen gaben erhöhte chinesische FDI, zumal in einigen als strategisch erachteten Branchen. Allerdings sind die chinesischen FDI in der EU immer noch relativ gering: 2016 betragen sie 37 Mrd. Euro, gegenüber 250 Mrd. Euro an US-amerikanischen Direktinvestitionen 2015 – jüngere Zahlen liegen noch nicht vor. Für eine sorgfältige Prüfung chinesischer FDI gibt es einerseits durchaus gute politische Gründe. So spielen Staatsunternehmen nach wie vor eine überragende Rolle in China. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das autoritäre chinesische Regime seine politischen Interessen mithilfe solcher Staatsunternehmen versucht durchzusetzen, die FDI in der EU getätigt haben. Da solche Unternehmen der Marktdisziplin nur mittelbar unterliegen, kann ihr Verhalten auch von nichtökonomischen Faktoren motiviert sein.

Andererseits gibt es auch eine Reihe von ökonomischen Gründen für die Zunahme chinesischer FDI. Dazu gehören etwa der hohe Leistungsbilanzüberschuss Chinas, der dazu führt, dass die hohen chinesischen Fremdwährungsreserven im Ausland investiert werden. Auch haben chinesische Exporteure unter Umständen einen Anreiz, durch FDI Produktionskapazitäten in der EU aufzubauen, um Importzölle zu umgehen. Auch aufgrund von Überkapazitäten in manchen chinesischen Wirtschaftsbranchen und des gestiegenen inländischen Wettbewerbs versuchen chinesische Produzenten in der EU neue Märkte zu erschließen. FDI bieten dabei Zugang zu etablierten europäischen Marken, Vertriebskanälen und technischem Know-how. Zur Vermeidung protektionistischer Tendenzen wäre es für beide Seiten vorteilhaft, wenn die EU und China sich bald über ein bilaterales Investitionsabkommen einigten, das eine Lockerung der derzeit sehr restriktiven chinesischen Vorschriften für europäische FDI in China vorsieht.

Juristische Bewertung

Kompetenz

Die Verordnung wird zu Recht auf die Kompetenz der EU für die Umsetzung der gemeinsamen Handelspolitik gestützt (Art. 207 Abs. 2 AEUV). Denn ausländische Direktinvestitionen gehören zur gemeinsamen Handelspolitik (Art. 207 Abs. 1 S. 1 AEUV).

Subsidiarität

Die Subsidiaritätsprüfung entfällt, da die EU für die gemeinsame Handelspolitik ausschließlich zuständig ist (Art. 5 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 12 lit. e AEUV).

Verhältnismäßigkeit gegenüber den Mitgliedstaaten

Unproblematisch.

Sonstige Vereinbarkeit mit EU-Recht

Die Kapitalverkehrsfreiheit gilt sowohl zwischen den Mitgliedstaaten als auch zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten (Art. 63 Abs. 1 AEUV). Die Mitgliedstaaten dürfen jedoch beschränkende Maßnahmen erlassen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind (Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV). Als Ausnahme vom Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit wird diese Vorschrift vom EuGH eng ausgelegt (Rs. C-54/99 Rn. 17). Insbesondere die Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Gütern im Krisenfall kann einen Aspekt der öffentlichen Sicherheit darstellen (Rs C-483/99 Rn. 47; C-503/99 Rn. 46). Ob und inwieweit die Verordnung zu einer weiteren Auslegung durch den EuGH führt, bleibt abzuwarten.

Auswirkungen auf das deutsche Recht

Die Verordnung gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (Art. 288 AEUV), sodass keine nationalen Umsetzungsakte erforderlich sind. Aus Gründen der Rechtsklarheit muss das nationale Recht – Außenwirtschaftsgesetz und Außenwirtschaftsverordnung – jedoch angepasst werden.

Zusammenfassung der Bewertung

Die bisherige Offenheit gegenüber FDI sollte die EU beibehalten: FDI befördern Wachstum und Beschäftigung. Die Verordnung schafft Klarheit über das bei der Überprüfung von FDI anzuwendende Verfahren. Die gewählten Begriffe für zulässige Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit – „kritische Infrastrukturen“, „kritische Technologien“, „kritische Ressourcen“ und „sensible Informationen“ – bergen die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten die geschaffenen Freiräume protektionistisch missbrauchen.