

Universität Wien
Rechtswissenschaftliche Fakultät

Exposé

zum Dissertationsvorhaben mit dem vorläufigen Arbeitstitel

Die Investitionskontrolle

Eine rechtsvergleichende und rechtsökonomische Analyse

vorgelegt von

Mag. Sophie Kandutsch

angestrebter akademischer Grad:

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Chris Thomale, LL.M. (Yale)

Dissertationsgebiet: Rechtswissenschaften

Studienkennzahl: A 783 101

Wien, im Juni 2022

Inhalt

I. Einleitung.....	3
II. Internationale Rahmenbedingungen	5
1. Die EU-Screening-VO	5
2. Primärrechtliche Grenzen der Gestaltungsfreiheit	7
III. Nationale Umsetzung.....	9
3. Umsetzung in Österreich und Deutschland.....	9
4. Anwendungsbereich	11
5. Mittelbare Erwerbe.....	12
6. Sicherheitsrelevante Bereiche	13
7. Rechtsschutz.....	14
IV. Zielsetzung der Arbeit.....	15
V. Methodischer Ansatz	15
VI. Vorläufige Gliederung	17
VII. Vorläufiger Zeitplan.....	21
VIII. Bisher verwendete Literatur	

I. Einleitung

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH¹ und gemäß der Legaldefinition der EU-Screening-Verordnung² sind ausländische Direktinvestitionen, jene grenzüberschreitenden Investitionen, die eine dauerhafte und direkte Beziehungen zwischen einem ausländischen Investor und einem Unternehmen schaffen oder aufrechterhalten. Ihr charakteristisches Merkmal ist, dass der Investor durch die Direktinvestitionen ein signifikantes Maß an Einfluss und Kontrolle über das Unternehmen und dessen Verwaltung erwirbt. Dies grenzt Direktinvestitionen von klassischen Portfolioinvestitionen ab, welche ausschließlich zum Zwecke der Geldanlage erfolgen.³

Wirtschaftlich gesehen befinden sich Direktinvestitionen im Spannungsfeld widerstreitender Interessen des europäischen Gesetzgebers und der Mitgliedstaaten: Einerseits sind Direktinvestitionen aus Drittstaaten von erheblicher Bedeutung für das Wirtschaftswachstum der Europäischen Union, indem sie Beschäftigung, Innovationstransfer und Erschließung neuer Märkte ermöglichen.⁴ Gerade deshalb ist die EU bestrebt ein möglichst offenes Investitionsregime aufrechtzuerhalten.⁵ Andererseits befürchtet man spätestens seit Beginn der Covid-19-Krise einen zunehmenden Einfluss ausländischer Investoren durch den Erwerb europäischer Akteure in strategisch wichtigen Sektoren wie dem Gesundheitswesen.⁶ Im Lichte Chinas industriepolitischer Pläne „Made in China 2025“ und der „One Belt One Road Initiative“, mithilfe derer die Volksrepublik durch eine Investitionsoffensive in Europa führende Unternehmen in Schlüsseltechnologien hervorbringen möchte, wuchs die Skepsis gegenüber Investoren, die unter staatlichem Einfluss stehen.⁷ Darüber hinaus kommen

¹ EuGH C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774, Rn. 180ff.

² Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union (Screening-VO), ABl L 079I, 1.

³ EuGH C-282/04 und C-283/04, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:2006:608, Rn. 19.

⁴ Statistiken zu Zu- und Abflüssen ausländischer Direktinvestitionen innerhalb der EU sind abrufbar unter: https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-international-direct-investment-statistics-2020_56dbba91-en#page2 (zuletzt abgerufen am 18.02.2022).

⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Offenheit für ausländische Direktinvestitionen bei gleichzeitigem Schutz grundlegender Unionsinteressen, COM (2017) 494 final, 2.

⁶ Mitteilung der Kommission, Leitlinien für die Mitgliedstaaten betreffend ausländische Direktinvestitionen, freien Kapitalverkehr aus Drittländern und Schutz der strategischen Vermögenswerte Europas im Vorfeld der Anwendung der Verordnung (EU) 2019/452 über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen, ABl C 99I, 3.

⁷ Mitteilung der Kommission (Fn. 5).

europäischen Investoren in Drittstaaten oft nicht dieselben Rechte zu, wie Deutschland, Frankreich und Italien in einem Brief an die EU-Handelskommissarin Malmström kritisierten.⁸

In diesem Kontext könnte ein strengeres europaweites Investitionsregime einerseits als wirksame Maßnahme gegen den Einfluss „drittstaatsnaher“ Investoren in strategisch wichtigen Sektoren dienen. Andererseits kann es mit dem Argument der Gegenseitigkeit als wirksames Druckmittel in Verhandlungen mit Wirtschaftsgroßmächten wie den USA oder China verwendet werden.⁹

Allerdings lehnen jene Mitgliedstaaten, die sich in wirtschaftlichen Krisensituationen befinden und deshalb besonders auf ausländisches Kapital angewiesen sind, die Einführung eines europaweiten Kontrollmechanismus zugunsten des Erhalts eines attraktiven Investitionsstandorts ab, weswegen sie einen europaweiten Kontrollmechanismus ablehnen.¹⁰ Diese liberale Haltung mancher Mitgliedstaaten¹¹ setzt die übrigen Mitgliedstaaten aber in zweierlei Hinsicht unter Druck: Einerseits könnten ausländische Investoren in EU-Staaten mit einem geringen Schutzniveau Zugang zum europäischen Binnenmarkt erlangen, wodurch die strengen Investitionskontrollregime anderer Staaten umgangen werden könnten.¹² Andererseits könnte sich der Einfluss ausländischer Direktinvestoren auf systemkritische Infrastruktur auch auf das Abstimmungsverhalten betroffener Mitgliedstaaten in der EU auswirken. So verhinderte die griechische Regierung bereits mehrfach Beschlüsse der EU, in denen man sich kritisch gegenüber China äußern wollte.¹³

⁸ Schreiben an EU-Handelskommissarin Cecilia Malmström, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/schreiben-de-fr-it-an-malmstroem.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (abgerufen am 04.01.2022).

⁹ Schill, Comment on Chapter 2: Foreign Direct Investment Control in the European Union: Rising Protectionism or Instrument for further Liberalization? in *Bourgoise* (Hrsg), EU Framework for Foreign Direct Investment Control (2020) 57 (57).

¹⁰ Prominentestes Beispiel dafür ist wohl die dezidiert liberale Haltung Griechenlands gegenüber chinesischen Investoren: So genehmigte Griechenland die Übernahme eines Großteils des griechischen Hafens Piräus durch den staatlichen Logistikkonzern „China Ocean Shipping Company (Cosco)“ sowie die im Zuge der Teilprivatisierung des griechischen Netzbetreibers „ADMIE“ erfolgte Akquisition von 24% der Anteile durch die chinesische State Grid Corporation. *Schladebach/Becker*, Die Verschärfung der Investitionskontrolle im deutschen und europäischen Außenwirtschaftsrecht, NVwZ 2019, 1076 (1079).

¹¹ Allen voran Griechenland, Polen und Ungarn.

¹² Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union“, ABI C 262/94, 98.

¹³ *Schuelken*, Der Schutz kritischer Infrastrukturen vor ausländischen Direktinvestitionen in der Europäischen Union. Zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen – KOM (2017) 487 endg., EuR 2018, 577 (579).

II. Internationale Rahmenbedingungen

1. Die EU-Screening-VO

Die am 19.03.2019 in Kraft getretene EU-Screening-VO¹⁴ ist ein Kompromiss dieser divergierenden politischen Positionen. Primäres Ziel des Rechtsaktes ist der Schutz der Sicherheit und öffentlichen Ordnung der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten und nicht die im Vorfeld diskutierte Reziprozität im Sinne der Wiederherstellung eines fairen Wettbewerbs.¹⁵ Anders als ursprünglich geplant, wurde kein neues EU-weites Kontrollregime geschaffen, sondern lediglich ein einheitlicher Rahmen für nationale Überprüfungsmechanismen etabliert.¹⁶ Tatsächlich trägt die Verordnung damit kaum zur Harmonisierung der europäischen Investitionskontrolle bei.¹⁷ Stattdessen liegt es sogar weiterhin im Ermessen der Mitgliedstaaten, ob sie überhaupt einen Kontrollmechanismus zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen errichten.¹⁸

Neben der Festlegung allgemeiner Begriffsbestimmungen¹⁹ widmet sich ein erheblicher Teil der Verordnung den Voraussetzungen für das innerstaatliche Verwaltungsverfahren, welche im Lichte des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit ohnehin selbstverständlich sein sollten.²⁰ Einem demonstrativen Katalog an Faktoren, die bei der Bestimmung des Gefährdungspotentials einer

¹⁴ Siehe Fn 2.

¹⁵ Art 1 Abs 1 EU-Screening-VO; *Lehmann/Kretschmar*, Policy Brief Nr. 48 Investitionskontrolle in Europa – zwischen wirtschaftlichem Zweck, politischem Nutzen und rechtlicher Machbarkeit, Oktober 2020, 5.

¹⁶ *Jaeger*, Russen und Chinesen, von Gaißau bis Piräus: Instrumente zum Schutz strategischer EU-Interessen gegen Einflussnahme von Drittstaaten, *ecolx* 2019, 286 (288).

¹⁷ Dies erscheint auch in Hinblick auf die für die Verordnung gewählte Kompetenzgrundlage inkonsequent. Hier entschied sich der europäische Gesetzgeber nämlich für Art 207 Abs 2 AEUV als Kompetenzgrundlage, welcher der EU die ausschließliche Zuständigkeit in Angelegenheiten der gemeinsamen Handelspolitik respektive ausländischer Direktinvestitionen einräumt. Im Rahmen der ausschließlichen Kompetenzen der EU sind die Mitgliedstaaten aber gerade nicht berechtigt selbst gesetzgeberisch tätig zu werden, außer die Union erteilt ihnen eine ausdrückliche Ermächtigung. Typischerweise bedient sich der europäische Gesetzgeber auch nur dann einer ausschließlichen Unionskompetenz, wenn er eine Angelegenheit abschließend regeln möchte. Dies ist bei der Screening-VO aber gerade nicht der Fall, lässt sie den Mitgliedstaaten doch weitreichende Gestaltungsspielräume.

¹⁸ Art 3 Abs 1 EU-Screening-VO; *Hindelang/Moberg*, The art of casting political dissent in law: The EU's framework for the screening of foreign direct investment, *Common Market Law Review* 57, 1427 (1457); *Otto*, What is a Foreign Direct Investment, in *Hindelang/Moberg* (Hrsg), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions: A Common European Law on Investment Screening* (2020) 507 (525f).

¹⁹ Artikel 2 EU-Screening-VO.

²⁰ So sind die Mitgliedstaaten verpflichtet transparente Regeln und Verfahren einzurichten, Diskriminierung unter Drittstaaten zu verhindern (Art 3 Abs 2), vertrauliche Informationen zu schützen (Art 3 Abs 4) sowie für geeignete Rechtsschutzmöglichkeiten zu sorgen (Art 3 Abs 5); *Hindelang/Moberg*, *Common Market Law Review* 57, 1427 (1447).

Investition berücksichtigt werden können,²¹ folgt das Kernstück des Rechtsaktes, nämlich die Einführung des europaweiten Kooperationsmechanismus.²²

Der Kooperationsmechanismus verpflichtet jeden Mitgliedstaat dazu die übrigen Mitgliedstaaten und die Kommission über in seinem Hoheitsgebiet getätigte Direktinvestitionen zu informieren, die voraussichtlich Auswirkungen auf die Sicherheit oder öffentliche Ordnung eines anderen Mitgliedstaates haben können.²³ Diese Informationspflicht besteht unabhängig davon, ob die ausländische Direktinvestition in dem meldepflichtigen Mitgliedstaat einer Überprüfung unterzogen wurde²⁴ oder nicht²⁵. Sowohl die betroffenen Mitgliedstaaten als auch die Kommission können daraufhin Kommentare respektive Stellungnahmen abgeben, die „in angemessener Weise“ zu berücksichtigen sind.²⁶ Dies führt zu dem paradoxen Ergebnis, dass die Mitgliedstaaten zwar nicht ausdrücklich zur Einrichtung eines Überprüfungsmechanismus verpflichtet sind²⁷, aber dennoch Investitionsaktivitäten in ihrem Hoheitsgebiet überwachen müssen, um ihrer Meldepflicht im Rahmen des Kooperationsmechanismus nachkommen zu können. Andernfalls droht ihnen ein Vertragsverletzungsverfahren.²⁸ Offen bleibt, ob und bis zu welchem Ausmaß die Mitgliedstaaten an die Bedenken der anderen Mitglieder gebunden sind, unterliegen sie doch keiner Verpflichtung Gründe für die Nichtbefolgung der Kommentare respektive Stellungnahmen anzugeben.²⁹

In diesem Zusammenhang erweist es sich allerdings als besonders problematisch, dass der europäische Gesetzgeber weder die Umstände, die zu einer Überprüfung führen, noch die Faktoren, die eine Untersagung der Investition zur Folge haben einheitlich und verbindlich festgelegt hat.³⁰ Art 4 EU-Screening-VO bietet lediglich eine demonstrative Liste an Umständen, die die Mitgliedstaaten bei der Beurteilung der Frage berücksichtigen können, ob

²¹ Artikel 4 EU-Screening-VO.

²² Artikel 6 – 10 EU-Screening-VO.

²³ Art 6ff EU-Screening-VO.

²⁴ Art 6 EU-Screening-VO.

²⁵ Art 7 EU-Screening-VO.

²⁶ Art 6 Abs 9 EU-Screening-VO.

²⁷ Art 3 Abs 1 EU-Screening-VO.

²⁸ *Bismuth*, Reading Between the Lines of the EU Regulation Establishing a Framework for Screening FDI into the Union, in *Bourgeois* (Hrsg), EU Framework for Foreign Direct Investment Control, 103 (108f). Der Autor spricht hier von einer “implied obligation for Member States to establish FDI screening mechanisms”.

²⁹ Dies gilt nicht für Direktinvestitionen, die voraussichtlich Projekte oder Programme von Unionsinteresse beeinträchtigen. Diesfalls muss der Mitgliedstaat eine Erklärung abgeben, falls er der Stellungnahme nicht nachkommt (Art 8 Abs 2 lit c EU-Screening-VO); *Hindelang/Moberg*, CML Review 57, 1427 (1456).

³⁰ *Herrmann*, Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle, Zeitschrift für europarechtliche Studien 3/2019, 429 (469).

eine ausländische Direktinvestition geeignet ist die Sicherheit oder öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen.³¹ Dabei handelt es sich sowohl um Aspekte, die die ausländische Direktinvestition selbst betreffen (Abs 1)³², als auch um solche, die die Person des Investors betreffen (Abs 2)³³.³⁴ Durch Art 4 EU-Screening-VO wird der materielle Anwendungsbereich der nationalen Überprüfungsmechanismen nicht harmonisiert. Die Entscheidung darüber, welche Aspekte für die Überprüfung tatsächlich relevant sind, verbleibt im Ermessen der Mitgliedstaaten.³⁵ Wie im Rahmen des Forschungsprojekts noch dargelegt werden soll, hat dies dazu geführt, dass die Mitgliedstaaten bei der Errichtung und Novellierung ihrer Investitionskontrollregime zu unterschiedlichen Ergebnissen in Hinblick auf erfasste Erwerbsvorgänge, Schwellenwerte sowie vom Anwendungsbereich erfasste, sicherheitsrelevante Wirtschaftszweige gelangt sind.³⁶ Trotz des Fehlens verbindlicher Vorgaben durch die EU-Screening-VO sind die Mitgliedstaaten bei der Errichtung nationaler Investitionskontrollregime nicht völlig frei. Aus dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang gegenüber widersprechendem nationalem Recht ergibt sich das zwingende Erfordernis der Vereinbarkeit innerstaatlicher Kontrollbestimmungen mit europäischem Primärrecht.³⁷

2. Primärrechtliche Grenzen der Gestaltungsfreiheit

Ausländische Direktinvestitionen fallen zunächst in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit. Diese schützt neben sogenannten Direktinvestitionen, welche dem Investor die Möglichkeit verschaffen, sich tatsächlich an der Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens zu beteiligen, auch Portfolioinvestitionen, welche alleine in der Absicht einer Geldanlage erfolgen.³⁸ Im Gegensatz zu den übrigen Grundfreiheiten gilt die Kapitalverkehrsfreiheit nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten untereinander, sondern auch im

³¹ *Hindelang/Moberg*, A Complex Setting of Cooperation and (Potential) Conflict: Regulation (EU) 2019/452 in a Doctrinal Perspective, in *Hindelang/Moberg* (Hrsg), YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions, 837 (842).

³² So sind potentielle Auswirkungen der ausländischen Direktinvestition auf kritische Infrastruktur und zugehörige Grundstücke bzw. Immobilien, auf kritische Technologien und Güter mit doppeltem Verwendungszweck (dual-use), die Versorgung mit kritischen Ressourcen, den Zugang zu sensiblen Informationen sowie die Freiheit und Pluralität der Medien zu berücksichtigen.

³³ Bei den Investoren können die Mitgliedstaaten berücksichtigen, ob dieser von einem Drittstaat kontrolliert oder subventioniert wird, ob er bereits an Aktivitäten beteiligt war, die Auswirkungen auf die Sicherheit oder öffentliche Ordnung eines Mitgliedstaats hatten oder ob ein erhebliches Risiko besteht, dass er an illegalen oder kriminellen Aktivitäten beteiligt ist.

³⁴ *Ehrle*, Die Europäisierung des Investitionsprüfungsrechts, EWS 2021, 121.

³⁵ *Hindelang/Moberg*, in *Hindelang/Moberg*, YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions, 837 (843).

³⁶ *Jaeger*, *ecolx* 2019, 286 (288).

³⁷ *Herrmann*, ZEuS 3/2019, 429 (435).

³⁸ EuGH C-282/04 und C-283/04, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:2006:608, Rn. 19.

Verhältnis zu Drittstaaten.³⁹ Die Investitionskontrolle, welche die Gültigkeit einer Investition von der Erteilung einer Genehmigung abhängig macht, stellt einen Eingriff in besagte Grundfreiheit dar. Ein solcher muss von den (un)geschriebenen Rechtfertigungsgründe erfasst sein.⁴⁰ Ein solcher Grund kann in der tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit liegen.⁴¹ In der Vergangenheit hat der EuGH einen strengen Maßstab an die Zulässigkeit von ex-ante Prüfsystemen, wie beispielsweise die Investitionskontrolle, gelegt. So erklärte er das spanische Genehmigungssystem für unionsrechtswidrig, weil die Prüfkriterien nicht abschließend und nicht ausreichend konkretisiert wurden, sodass der Behörde ein zu weiter Ermessensspielraum offenstand.⁴²

Darüber hinaus sind ausländische Direktinvestitionen nach der stRsp des EuGHs auch als sekundäre Niederlassungsvorgänge zu qualifiziert, soweit es darum geht einen bestimmenden Einfluss über ein Unternehmen zu erwerben.⁴³ Für die Abgrenzung zwischen den beiden Grundfreiheiten hat der EuGH verschiedene Prüfsysteme entwickelt, je nachdem ob ein Drittstaatsbezug vorliegt oder ob es sich um einen reinen Binnensachverhalt handelt. Bei Sachverhalten mit Drittstaatsbezug bedient sich der EuGH einer reinen Gegenstandsprüfung.⁴⁴ Umfasst die nationale Bestimmung nicht nur jene Investitionen, welche einen sicheren Einfluss auf die Entscheidung der Gesellschaft ermöglichen, so ist die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar.⁴⁵ Die österreichische Investitionskontrolle sieht in gewissen besonders sensiblen Bereichen bereits bei Überschreiten der 10%-Schwelle, unabhängig von einem damit verbundenen Einfluss, die Überprüfung der Investition vor. Diesfalls ergibt die Gegenstandsprüfung des EuGH, dass ausschließlich die Kapitalverkehrsfreiheit zur Anwendung gelangt. Jegliche Eingriffe in selbige, sind also am strengen Prüfmaßstab des EuGH zu messen.⁴⁶

³⁹ *Schmidt/Meckl*, Covid-19 und der Rechtsrahmen zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen – ein wirksamer Schutz vor Übernahmen europäischer Unternehmen? Analyse und Überprüfung aus ökonomischer und juristischer Perspektive, BB 2020, 1218 (1223).

⁴⁰ *Herrmann*, ZEuS 3/2019, 429 (438).

⁴¹ EuGH C-54/99, *Église de Scientologie*, ECLI:EU:C:2000:124, Rn. 17

⁴² *Klamert/Bucher*, Investment Screening in der EU, EuZW 2021, 335 (338); EuGH C-207/07, *Kommission/Spanien*, ECLI:EU:C:2008:428.

⁴³ *Herrmann*, ZEuS 3/2019, 429 (440).

⁴⁴ Dagegen nimmt der EuGH bei Binnensachverhalten nur im ersten Schritt eine Gegenstandsprüfung vor. Kommt er zu dem Schluss, dass die Bestimmung „unterschiedslos“ anwendbar ist, so ist in einem zweiten Schritt das Vorliegen eines tatsächlichen Einflusses zu prüfen. Mangels Relevanz für die Beurteilung von Drittstaatsinvestitionen ist auf das Prüfsystem für Binnensachverhalte nicht näher einzugehen.

⁴⁵ *Klamert/Buchner*, EuZW 2021, 335 (340).

⁴⁶ *Klamert/Buchner*, EuZW 2021, 335 (341).

Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit durch internationale Verpflichtungen können sich ferner im Rahmen des Diskriminierungsverbots zwischen OECD-Mitglieder nach Art 9 Code of Liberalisation of Capital Movements der OECD ergeben. Dieses besteht allerdings nur gegenüber anderen OECD-Mitglieder⁴⁷ und Ausnahmen sind nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen des betroffenen Staates gerechtfertigt.⁴⁸

Auch bilaterale Investitionsschutzabkommen (*bilateral investment treaties*) können nationalen Kontrollmechanismen entgegenstehen, indem sie ausländische Investoren oder Investitionen vor Diskriminierung schützen.⁴⁹ In den allermeisten Fällen folgen sie jedoch dem post-entry model, das heißt sie schützen bereits erfolgte Investitionen im Vertragsstaat, aber nicht den Marktzugang zu demselben.⁵⁰

III. Nationale Umsetzung

3. Umsetzung in Österreich und Deutschland

Die Investitionskontrolle ist in der österreichischen Rechtsordnung kein Novum, allerdings blieb ihre praktische Relevanz bisher überschaubar.⁵¹ Um den Entwicklungen auf europäischer Ebene Rechnung zu tragen, musste das österreichische Investitionsregime grundlegend novelliert werden. Die Investitionskontrolle wurde vom Außenwirtschaftsgesetz losgelöst und in einem eigenständigen Gesetz, dem Investitionskontrollgesetz (InvKG), geregelt.⁵² Als wesentliche Verbesserungen gegenüber dem vormaligen § 25a AußWG aF nennt das zuständige österreichische Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Investitionskontrolle, einerseits durch Hinzunahme weiterer Erwerbsvorgänge und andererseits durch Präzisierung der sicherheitsrelevanten Sektoren, die Umsetzung des europaweiten Kooperationsmechanismus sowie eine Erleichterung für Kleinstunternehmer.⁵³

⁴⁷ Australien, Belgien, Chile, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Israel, Italien, Japan, Kanada, Kolumbien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Mexiko, Niederlande, Neuseeland, Norwegen, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, Südkorea, Österreich, Tschechische Republik, Türkei, UK, Ungarn, USA.

⁴⁸ *Lehmann/Kretschmar*, Policy Brief Nr. 48, 11.

⁴⁹ *Pohl*, The Impact of Investment Treaty Commitments on the Design and Operation of EU Investment Screening Mechanisms, in *Hindelang/Moberg*, YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions ,725 (727).

⁵⁰ *Schmidt/Meckl*, BB 2020, 1218 (1226).

⁵¹ Nach dem Prüfungsmechanismus nach § 25a AußWG 2011 gab es 25 Verfahren in 8 Jahren.

⁵² *Fellner/Gappmayer/Trebuch/Chausse*, Das österreichische Außenwirtschaftsrecht: Abschnitt VI Investitionskontrolle, 3ff.

⁵³ <https://www.bmdw.gv.at/Themen/Investitionskontrolle.html> (zuletzt abgerufen am 04.01.2022).

Im Gegensatz zu Österreich verfügte Deutschland bereits vor Inkrafttreten der EU-Screening-VO über ein wesentlich detaillierteres und weitreichenderes Investitionskontrollregime. Dort ist das investitionskontrollrechtliche Verfahren im Außenwirtschaftsgesetz (dAWG)⁵⁴ sowie der dazugehörigen Außenwirtschaftsverordnung (dAWV)⁵⁵ geregelt und unterteilt sich in eine sektorübergreifende (§§ 55 ff. dAWV) und eine sektorspezifische Überprüfung (§§ 60 ff. dAWV). Die sektorspezifische Prüfung findet dabei als *lex specialis* vorrangig Anwendung und erfasst alle Investoren, die nicht Inländer⁵⁶ sind. Die sektorübergreifende Prüfung richtet sich demgegenüber lediglich an Nicht-EU- bzw EFTA-Investoren und ist insofern mit dem österreichischen Investitionskontrollregime vergleichbar.⁵⁷ Der wesentliche Unterschied der beiden Prüfverfahren liegt in der Bedeutung der erfassten Schutzgüter für die öffentliche Sicherheit und den damit einhergehenden unterschiedlich strengen Prüfungsmaßstäben.⁵⁸

Trotzdem sah sich der deutsche Gesetzgeber angesichts der Vorgaben durch die EU-Screening-VO gezwungen die Investitionskontrolle in gewissen Bereichen zu novellieren.⁵⁹ So kam es auch hier neben der Errichtung des europaweiten Kooperationsmechanismus zu einer wesentlichen Erweiterung des Anwendungsbereichs durch die Aufnahme weiterer sicherheitsrelevanter Sektoren sowie die Aufnahme weiterer Erwerbsvorgänge.⁶⁰

In beiden Rechtsordnungen lässt sich ein Großteil der Neuerungen auf Art 3 Abs 6 EU-Screening-VO zurückführen, wonach die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen müssen, um die Umgehung nationaler Überprüfungsmechanismen zu verhindern. Während der österreichische Gesetzgeber versucht dieser Vorgabe durch eine beinahe uferlose Ausdehnung⁶¹ des Anwendungsbereichs des InvKG gerecht zu werden, bedient sich

⁵⁴ Außenwirtschaftsgesetz, BGBl. I S. 1482.

⁵⁵ Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetzes (Außenwirtschaftsverordnung), BGBl. I S. 2865.

⁵⁶ Siehe § 2 Abs 15 dAWG für eine Definition des Begriffs „Inländer“.

⁵⁷ *Barth*, 17. AWV-Novelle in Kraft: Licht und Schatten, BB 2021 H 19, 1 (1).

⁵⁸ *Hübner/Wistinghausen*, Die Novellierung des deutschen Außenwirtschaftsrechts – Investitionsprüfungen im Lichte der EU-Screening-VO, EWS 2020, 264 (264).

⁵⁹ *Bierwagen/Wistinghausen*, Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes aus europarechtlicher Perspektive, BB 2020, 1986 (1989).

⁶⁰ *Hübner/Wistinghausen*, EWS 2020, 264 (265).

⁶¹ So bedient sich der österreichische Gesetzgeber teilweise Begriffen, deren Bedeutungsgehalt nur durch Rückgriff auf andere Rechtsgebiete erforscht werden kann. Auch die sicherheitsrelevanten Bereiche, die eine Genehmigung erforderlich machen, sind nicht klar abgegrenzt.

Deutschland einer Generalklausel⁶², die dem zuständigen Bundesministerium die Überprüfung der Investition bei Umgehungsverdacht erlaubt.⁶³

4. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des InvKG setzt bei dessen Definition einer Direktinvestition an. Darunter versteht § 1 Z 3 InvKG den unmittelbaren oder mittelbaren Erwerb eines österreichischen Unternehmens (lit a), von Stimmrechtsanteilen⁶⁴ an einem solchen Unternehmen (lit b), eines beherrschenden Einflusses auf ein solches Unternehmen (lit c) sowie von wesentlichen Vermögensbestandteilen eines solchen Unternehmens, wenn dadurch ein beherrschender Einfluss auf diese Teile des Unternehmens erlangt wird (lit d). Darüber hinaus muss das Zielunternehmen in einem in der Anlage zum InvKG genannten Bereichen tätig sein.

Der Anwendungsbereich der deutschen Investitionskontrolle scheint *prima facie* mit dem eben illustrierten übereinzustimmen. Erst bei genauerer Betrachtung lassen sich begriffliche Unterschiede erkennen. So unterliegen in beiden Rechtsordnungen atypische Kontrollerwerbe, bei denen Stimmrechtsanteile unterhalb der maßgeblichen Prüfschwellen erworben werden, der Investor aber durch die Einräumung darüber hinausgehender Kontroll- und Verwaltungsrechte einen beherrschenden Einfluss auf das Zielunternehmen erwirbt, der Überprüfung durch das zuständige Bundesministerium.⁶⁵ Während § 56 Abs 3 dAWV einen abschließenden Katalog von Kontrolltatbeständen anführt, rekurriert der österreichische Gesetzgeber demgegenüber auf die Definition der EU-Fusionskontrollverordnung.⁶⁶ Vorzuziehen wäre die Schaffung einer originären Legaldefinition, zumal der (Kontroll)Zweck der Investitionskontrolle ein anderer ist, als jener der Fusionskontrolle.⁶⁷ Darüber hinaus bliebe bei der Begriffsauslegung ein Rückgriff auf die Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen⁶⁸, einschließlich der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission sowie des EuGH, erspart.⁶⁹

⁶² Siehe § 55 Abs 2 dAWV. Die Entscheidung sich eines enger gefassten Anwendungsbereichs zu bedienen, birgt mit der Generalklausel wohl auch nicht die Gefahr der Umgehung des Kontrollmechanismus.

⁶³ § 55 Abs 2 dAWV.

⁶⁴ Überprüfung bei Erreichen oder Überschreiten eines Mindestanteils an Stimmrechten. 10% in den besonders sensiblen Bereichen des Teil 1 der Anlage zum InvKG, 25% in allen anderen Bereichen bzw. 50%.

⁶⁵ § 1 Z 3 lit c InvKG sowie § 56 Abs 3 dAWV; *Barth/Käser*, Erneute Novellierung der deutschen Investitionskontrolle – Die 17. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, NZG 2021, 813 (818).

⁶⁶ Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl L 24, 1.

⁶⁷ *Fellner/Gappmayer/Trebuch/Chausse*, Abschnitt VI Investitionskontrolle, 20.

⁶⁸ Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 95, 1.

⁶⁹ *Barbist/Kröll*, EuZW 2021, 354 (356).

Weiters fällt ein unterschiedliches Begriffsverständnis in Hinblick auf den ausländischen Investor auf. § 1 Z 2 InvKG versteht unter der die Investition tätigen „ausländischen Person“ jede natürliche Person ohne Unionsbürgerschaft sowie jede juristische Person, die ihren Sitz oder ihre Hauptverwaltung außerhalb der EU⁷⁰ hat. Rechtsfähige Personengesellschaften⁷¹ sind demnach nicht erfasst, während sie im vormaligen § 25a AußWG aF noch inkludiert waren⁷² und auch die deutsche Investitionskontrolle „alle Personen und Personengesellschaften“⁷³ erfasst. Auch die Materialien geben keinen Hinweis darauf, wieso sich der Gesetzgeber hier für eine begriffliche Einschränkung entschieden hat, obwohl er eigentlich „alle Fälle des Erwerbs eines Einflusses“ erfassen wollte.⁷⁴

5. Mittelbare Erwerbe

Neben der Erweiterung des Anwendungsbereichs des InvKG auf atypische Kontrollerwerbe sowie asset deals, besteht nun auch eine Genehmigungspflicht für mittelbare Erwerbe. Dies stellt eine wichtige Verbesserung gegenüber der Vorgängerbestimmung des § 25a AußWG aF dar, welcher mittelbare Erwerbsvorgänge nur im Falle eines konkreten Umgehungsverdachts einer Überprüfung unterzog. Ein solcher war in der Praxis allerdings nur schwer nachweisbar.⁷⁵ Folglich stellt sich die Frage, was unter einem mittelbaren Erwerb zu verstehen ist. Hier bieten sich zwei Fallkonstellationen an: Erstens der Erwerb am österreichischen Zielunternehmen durch eine nicht ausländische Person (zB ein in der EU ansässiges Unternehmen), welche von einer ausländischen Person kontrolliert wird. Zweitens der Erwerb einer direkt oder indirekt am österreichischen Zielunternehmen beteiligten Person durch eine ausländische Person.⁷⁶ Bei solchen mehrstufigen Beteiligungsstrukturen ist die richtige Berechnung der Stimmrechtsanteile fraglich, für die Anwendung des InvKG aber entscheidend, da einige seiner Tatbestände darauf abstellen. Einerseits besteht die Möglichkeit der Durchrechnung der Stimmrechtsanteile⁷⁷, andererseits könnte es als ausreichend erachtet werden, wenn der

⁷⁰ EWR-Staaten sowie die Schweiz sind ebenfalls vom Anwendungsbereich ausgenommen.

⁷¹ OG und KG.

⁷² § 25a Abs 2 Z 3 AußWG aF lautet: „der Erwerb durch eine natürliche Person, die kein Unionsbürger, Bürger des EWR oder der Schweiz ist, oder eine juristische Person oder Gesellschaft, die ihren Sitz in einem Drittstaat mit Ausnahme des EWR und der Schweiz hat, erfolgt.“

⁷³ § 2 Abs 19 dAWG.

⁷⁴ ErläutRV 240 BlgNR 27. GP 1.

⁷⁵ *Fellner/Gappmayer/Trebuch/Chausse*, Abschnitt VI - Investitionskontrolle, 4.

⁷⁶ *Hoening*, Aufsichtsrataktuell 5/2021, 184 (186).

⁷⁷ zB Ein ausländischer Investor hält 40% der Stimmrechte an einer spanischen Gesellschaft, welche eine Beteiligung iHv 30% an einem österreichischen Zielunternehmen erwirbt. Würde man bei der Ermittlung seiner Anteile am österreichischen Target die Stammanteile durchrechnen, dann käme man zu dem Schluss, dass er den eine Überprüfung auslösenden Mindestanteil von Stimmrechten nicht erfüllt (er erwirbt 40% von 30% = 12%).

Mindestanteil auf jeder Beteiligungsebene erreicht wird.⁷⁸ Zuletzt könnte auch auf qualitative Kriterien abgestellt werden, wie das Vorliegen eines Kontrollverhältnisses⁷⁹ auf den übergeordneten Beteiligungsebenen.⁸⁰ Da auch die Materialien zum InvKG auf den Erwerb eines tatsächlichen Einflusses auf das Zielunternehmen durch den materiellen Erwerbsvorgang abstellen, ist letztgenanntem Lösungsvorschlag wohl der Vorzug zu geben.⁸¹ § 56 Abs 4 dAWV lässt bereits das Überschreiten der relevanten Prüfschwellen auf jeder Beteiligungsebene für die Zurechnung der Stimmrechtsanteile genügen.⁸² Diese Regelung erscheint allerdings exzessiv, denn je mehr Beteiligungsebenen zwischen ausländischem Investor und dem österreichischen Zielunternehmen zwischengeschaltet werden, desto geringer ist sein Einfluss und damit sein Gefährdungspotential für die öffentliche Ordnung und Sicherheit.

6. Sicherheitsrelevante Bereiche

Auch die in der Anlage zum InvKG aufgelisteten sicherheitsrelevanten Bereiche bereiten der Praxis Probleme. Während Teil 1 der Anlage eine taxative Aufzählung „besonders sensibler Bereiche“⁸³ enthält, führt Teil 2 demonstrativ weitere Bereiche an, in denen es zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung kommen kann⁸⁴. Der Gesetzgeber hat in Teil 2 die investitionsbezogenen Prüfungsfaktoren aus Art 4 Abs 1 EU-Screening-VO beinahe wortwörtlich übernommen, ohne diese näher zu präzisieren. Im Ergebnis führt dies zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Investitionskontrolle, die erst einer Einschränkung im Wege der Interpretation durch das zuständige Ministerium bedarf. Darüber hinaus bestehen teilweise Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den in Teil 1 genannten Bereichen und jenen des Teil 2.⁸⁵

⁷⁸ *Barbist/Kröll*, EuZW 2021, 356.

⁷⁹ Hier bietet es sich an auf den Kontrolltatbestand des indirekten wirtschaftlichen Eigentümers iSd § 2 Z 1 lit a sublit bb WiEReG zu rekurrieren; Bundesgesetz über die Einrichtung eines Registers der wirtschaftlichen Eigentümer von Gesellschaften, anderen juristischen Personen und Trusts (Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz), BGBl I 136/2017 idF 148/2021.

⁸⁰ *Rastegar/Jünger*, RdW 2021/12. 839 (841).

⁸¹ ErläutRV 240 BlgNR 27. GP 3.

⁸² *Barbist/Kröll*, EuZW 2021, 357.

⁸³ zB Verteidigungsgüter und -technologien (Z 1), das Betreiben kritischer Energieinfrastruktur (Z 2), das Betreiben kritischer digitaler Infrastruktur, insbesondere von 5G-Infrastruktur, usw.

⁸⁴ zB Kritische Infrastrukturen insbesondere Energie, Informationstechnik, Verkehr, ... (Z 1), kritische Technologie und Güter mit doppeltem Verwendungszweck (Z 2) die Sicherheit der Versorgung mit kritischen Ressourcen (Z 3), ... usw.

⁸⁵ So nennt das Betreiben kritischer Energieinfrastruktur (Z 2) als besonders sensiblen Bereich. Teil 2 führt zu den anderen Bereichen, in denen es zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung kommen kann“ Kritische Infrastrukturen – dazu zählen insbesondere Energie (Z 1.1) an.

Auch der deutsche Gesetzgeber erweiterte im Lichte der Vorgaben des Art 4 Abs 1 EU-Screening-VO den Kreis erfasster Sektoren beträchtlich. Bemerkenswert ist jedoch der hohe Konkretisierungsgrad der enumerativen Auflistung besonders sensibler Wirtschaftsbereiche, der in einem starken Kontrast zu der demonstrativen Aufzählung des Teil 2 der Anlage zum österreichischen InvKG steht.⁸⁶

7. Rechtsschutz

Auch in puncto Rechtsschutz und Rechtssicherheit weist das InvKG Unzulänglichkeiten auf. So sollte das vorrangige Ziel des nationalen Gesetzgebers die Schaffung einer transparenten Investitionskontrolle, mit klar definierten Kriterien sein, die möglichst wenig Interpretationsspielraum offenlassen.⁸⁷ Allerdings sieht das InvKG eine Veröffentlichung der Entscheidungen des BMWV nicht vor und das Ministerium weigert sich auch Informationen zu erteilten Auflagen bekannt zu geben. Diese könnten anderen Marktteilnehmern jedoch als Informationsgrundlage für ein rechtskonformes Verhalten dienen und die Auslegungspraxis des Ministeriums transparenter machen.⁸⁸ Zwar wird diesem Umstand auch in Deutschland nicht Rechnung getragen, allerdings sind dort die Interpretationsspielräume des Ministeriums von Haus aus kleiner.

Ebenso wenig existiert eine ausdrückliche Regelung des Instanzenzuges gegen Entscheidungen des Ministeriums. Mangels gegenteiliger ausdrücklicher Regelung im InvKG ist wohl auf den allgemeinen verwaltungsbehördlichen Instanzenzug⁸⁹ mit Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht⁹⁰ zu rekurrieren. Wie auch schon im erstinstanzlichen Prüfungsverfahren kommt dem Zielunternehmen dabei keine Parteistellung zu.⁹¹

Unter Umstände stellen sich auch Fragen im Zusammenhang mit zivilrechtlicher Nachsorge und Schadenersatzansprüche, die im Rahmen des Dissertationsverfahrens einer umfassenden Würdigung unterzogen werden.

⁸⁶ *Barth/Käser*, NZG 2021, 813 (815).

⁸⁷ Artikel 3 Abs 2 EU-Screening-VO; *Bakker*, *The Political Economy of Capital Controls and Liberalization in the European Union*, in *Hindelang/Moberg* (Hrsg), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, 11 (26).

⁸⁸ *Hindelang/Moberg*, *Common Market Law Review* 57, 1427 (1447).

⁸⁹ Art 130 Abs 1 Z 1 iVm Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG.

⁹⁰ Art 131 Abs 1 B-VG.

⁹¹ Partei im Genehmigungsverfahren ist lediglich der (un)mittelbare Erwerber. Dies ergibt sich aus der Antragspflicht iSd § 6 Abs 1 InvKG. *Chausse*, *Das Verfahren nach dem InvKG*, *ecolex* 2020, 856 (857).

IV. Zielsetzung der Arbeit

Ziel der Arbeit ist die Systematisierung des Rechtsinstituts der Investitionskontrolle im rechtsvergleichenden Kontext sowie seiner Auswirkungen auf die Gestaltung von M&A-Transaktionen.

Primärer Untersuchungsgegenstand sind Reichweite und Gang des innerstaatlichen Investitionskontrollverfahrens, sowie die darin vorgeschriebenen Auflagen. Arbeitshypothese ist, dass es Gruppen wiederkehrender, geradezu typischer Investitionsvorgänge gibt, welche stets mit nahezu identischen Rechtsfragen konfrontiert sind. Diese gilt es herauszuarbeiten und in einen normativen Kontext zu setzen. Idealerweise lassen sich dabei Probleme der Praxis im Zusammenhang mit dem Genehmigungsantrag identifizieren, denen konkrete Lösungsvorschläge folgen sollen.

Ferner gilt es auch mögliche legistische Lücken im InvKG zu untersuchen und mit allgemeinen zivil- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen in Kontext zu setzen. So hat der Gesetzgeber beispielsweise in Hinblick auf den Instanzenzug im Beschwerdefall keine ausdrückliche Regelung getroffen. Es ist fraglich, ob die allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Regeln diese Lücke in geeigneter Weise zu schließen vermögen. Selbiges gilt für Fragen im Zusammenhang mit der kautelarjuristischen Gestaltung von M&A-Transaktionen im Falle einer verweigerten Genehmigung oder der Nichterfüllung erteilter Auflagen.

V. Methodischer Ansatz

Bis dato existiert keine Arbeit, die Direktinvestitionen, die Investitionskontrolle sowie die damit verbundenen Probleme der Vertragspraxis einer umfassenden Analyse unterzieht. Insbesondere die österreichische Rechtslage wurde seit Inkrafttreten des Investitionskontrollgesetzes nur fragmentarisch beleuchtet. Daher gilt es im ersten Schritt ausländische Direktinvestitionen phänomenologisch zu erfassen und eine terminologische Abgrenzung vorzunehmen. Anschließend sind die typischen Interessenlagen der Parteien im Investitionskontrollverfahren systematisch zu erfassen, wobei diese wohl in Anbetracht typischer zugrundeliegender Basiskonflikte stets wiederkehrend sind. Aufgrund dieser typischen Interessenlage bietet sich eine ökonomische Analyse unter Zuhilfenahme des Paradigmas des Agenturkonflikts an. Die für die Untersuchung relevanten Agenturkonflikte bestehen einerseits zwischen der Behörde und der Zielgesellschaft und andererseits zwischen den Investoren untereinander.

Diese rechtsökonomische Analyse ist um eine rechtsempirische Komponente zu ergänzen, soweit das zuständige Ministerium Akteneinsicht in die investitionskontrollrechtliche Entscheidungspraxis gewährt. Im Rahmen dieser rechtstatsächlichen Untersuchung gilt es zunächst die Aktenlage aufzuarbeiten und anschließend mithilfe der daraus gewonnenen Erkenntnisse die Auswirkungen auf die gängige M&A Praxis und die daraus resultierenden Rechtsfolgen zu analysieren. Daraus ergibt sich eine Mehrebenenanalyse, bei der es die Gestaltungsformen in der Praxis, die Auswirkung von Auflagen des Ministeriums auf diese und etwaige Reaktion in der Vertragspraxis zu identifizieren gilt. Ergänzend erfolgt eine Untersuchung durch die Aufarbeitung und Analyse von in der Praxis verwendeter Vertragsmuster.

Die rechtsökonomische und rechtsempirische Analyse wird durch einen Rechtsvergleich mit der deutschen Investitionskontrolle abgerundet.⁹² Das Hauptaugenmerk der Arbeit liegt aber auf den in Österreich anwendbaren Normen und deren Zusammenspiel. Hier empfiehlt sich auch eine historische systematische Analyse unter Zuhilfenahme der Gesetzesmaterialien.

Zuletzt gilt es das Investitionskontrollgesetz einer leximetrischen Untersuchung zu unterziehen. Dabei sollen Unterschiede und Gemeinsamkeiten verschiedenster Investitionskontrollregime in einem numerischen System dargestellt werden. Ausgehend von der österreichischen Rechtslage sollen die wichtigsten Tatbestandselemente der Investitionskontrolle herausgearbeitet und als Vergleichsgrundlage herangezogen werden. Anschließend soll auf einer Skala von 0-10 dargestellt werden in welchem Ausmaß diese Merkmale auch in anderen Investitionskontrollregimen Eingang gefunden haben.

⁹² An geeigneten Stellen bietet sich auch eine Gegenüberstellung mit anderen (außer)europäischen Rechtsordnungen an.

VI. Vorläufige Gliederung

§ 1 Einleitung

I. Drittstaatsinvestitionen

A. Terminologie

1. Vorhandene Definitionen
 - a) EuGH
 - b) OECD
2. Abgrenzung zu Portfolioinvestitionen
 - a) Qualitative Kriterien
 - b) Quantitative Kriterien
 - c) Veranlagungsdauer

B. Wirtschaftliche Dimension

1. Makroökonomische Auswirkungen
2. Motive für Direktinvestitionen
3. Direktinvestitionsflüsse
 - a) Herkunftsländer
 - b) Zielländer
 - c) Österreich

C. Investitionsschutz im globalen Kontext

1. Historische Entwicklung der Investitionskontrolle
2. Investitionskontrolle in Europa
3. Investitionskontrolle in den USA
4. Investitionskontrolle in Asien

D. Arten von Direktinvestitionen

1. Neugründung
 - a) Tochtergesellschaften
 - b) Joint Ventures
2. Akquisition
 - a) Beteiligung
 - b) Einfluss

II. Kontrollmechanismen

- A. Ex-ante oder ex-post Überprüfung
- B. Beschränkung auf bestimmte Wirtschaftsbereiche
- C. Qualitative Kriterien
- D. Quantitative Kriterien

§ 2 Europarechtlicher Rahmen für Investitionskontrolle

I. Direktinvestitionen im Binnenmarkt

- A. Abgrenzungsproblematik zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit
 1. Schutzbereich Niederlassungsfreiheit
 2. Schutzbereich Kapitalverkehrsfreiheit
 - a) Genese
 - b) Schutz von Drittstaatinvestoren
 3. Prüfsystem für Binnensachverhalte
 4. Prüfsystem für Drittstaatsachverhalte

- 5. Umgehungspotential
- B. Unionskompetenzen im Bereich Direktinvestitionen
 - 1. Kompetenzen vor dem Vertrag von Lissabon
 - 2. Neue Möglichkeiten im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik nach Lissabon
- C. Zusammenspiel von Europarecht und BITs
 - 1. Intra-EU BITs
 - 2. BITs der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten
- II. EU-Screening-VO
 - A. Politische Überlegungen
 - B. Wichtigste Neuerungen
 - C. Kooperationsmechanismus
 - D. Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten
 - 1. Beschränkungen durch Primärrecht
 - 2. Beschränkungen durch Völkerrecht
- III. Bestehende sekundärrechtliche Kontrollmechanismen
 - A. Energiesektor
 - B. Finanzsektor
 - C. Dual-Use-Güter und Militärssektor
 - D. Telekommunikation und Cybersicherheit
 - E. Luftverkehr

§ 3 Pre-Investment Phase

- I. Übersicht – Transaktionszeitstrahl
- II. Typische Interessenlagen der Parteien
 - A. Erwerber
 - B. Zielgesellschaft
 - C. Behörde
- III. Agenturkonflikt
 - A. Behörde vs. Investor
 - B. Investor vs. Investor
 - C. Zielgesellschaft vs. Erwerber
- IV. Auswirkungen auf das SPA
 - A. Gewährleistungs- und Garantiezusagen
 - B. Aufschiebende Bedingung
 - C. Kostentragung
 - D. Informationspflichten
 - E. Vertragliche Absicherung der Parteistellung
 - F. Risikoverteilung
 - G. Rechtsschutz

§ 4 Das investitionskontrollrechtliche Verfahren

- I. Anwendungsbereich
 - A. Österreichische Zielgesellschaft
 - B. Die „ausländische Person“
 - C. Erfasste Erwerbsvorgänge
 - 1. Unternehmenserwerb

- 2. Beteiligungserwerb
- 3. Erwerb eines beherrschenden Einflusses
 - a) Beherrschender Einfluss iSd FKVO
 - b) Beherrschender Einfluss im UGB
 - c) Beherrschender Einfluss im WiREG
- 4. Erwerb wesentlicher Vermögensbestandteile
- D. Sicherheitsrelevante Bereiche
 - 1. Haupt- oder Nebentätigkeit
 - 2. Besonders sensible Bereiche (Teil 1)
 - 3. Andere gefährdete Bereiche (Teil 2)
- II. Antragstellung
 - A. Verpflichtete
 - B. Parteistellung
 - C. Umfang
 - D. Mitwirkungspflicht
 - E. Änderung der Umstände
- III. Unbedenklichkeitsbescheinigung
 - A. Vorteile
 - B. Anwendungsfälle aus der Praxis
 - C. Grenzen der Gültigkeit
 - D. Notwendigkeit erneuter Antragstellung
- IV. Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit
 - A. Gefährdung durch die Investition
 - B. Gefährdung durch den Investor
 - C. Grenzen der Auslegung im Lichte der Grundfreiheiten
 - D. Entscheidungspraxis des Ministeriums
- V. Die Rolle der Fusionskontrolle
 - A. Gemeinsamkeiten und Unterschiede
 - B. Relevanz in der Praxis
 - C. Wechselwirkungen

§ 5 Rechtsschutz

- I. Instanzenzug
 - A. Negativer Genehmigungsantrag
 - B. Erteilte Auflagen
 - C. Verwaltungsstrafen
 - D. Praktikabilität des allgemeinen verwaltungsrechtlichen Instanzenzugs
- II. Zivilrechtliche Nachsorge
 - A. Anfängliche Unmöglichkeit
 - B. Wegfall der Geschäftsgrundlage
 - C. Schadenersatz
 - D. Reaktion der Vertragsgestaltungspraxis
- III. Nicht erfüllte oder mangelhaft erfüllte Auflagen
 - A. Rückabwicklung
 - B. Strafbestimmungen
 - C. Verschmelzungsproblematik
 - D. Reaktion der Vertragsgestaltungspraxis

§ 6 Leximetrische Untersuchung

- I. Darstellung des methodischen Ansatzes
- II. Auswahl der Variablen
 - A. Erfasste Erwerbsvorgänge
 - B. Beteiligungsschwellen
 - C. Erfasste Sektoren
 - D. Rechtsschutz
- III. Zu untersuchende Rechtsordnungen
 - A. Europäischer Raum
 - B. Amerika
 - C. Asien
- IV. Skala
- V. Ablauf der empirischen Untersuchung
- VI. Erkenntnisse

§ 7 Conclusio

- I. Zusammenfassung
- II. Abschließende Stellungnahme
- III. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesenform

VII. Vorläufiger Zeitplan

<i>Wintersemester 2021/22</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Themensuche - Literaturrecherche - Verfassen eines Exposés - Absolvierung des Seminars zur Themenvorstellung (§ 4 Abs 1 lit c des Studienplans)
<i>Sommersemester 2022</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Gliederung der Arbeit - Absolvierung eines weiteren Seminars aus dem Dissertationsfach (§ 4 Abs 1 lit d des Studienplans) - Absolvierung der VO Juristische Methodenlehre (§ 4 Abs 1 lit a des Studienplans)
<i>Wintersemester 2022/23 – Sommersemester 2024</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Verfassen der Arbeit - Absolvierung weiterer Seminare aus dem Dissertationsfach (§ 4 Abs 1 lit d des Studienplans) - Forschungsaufenthalte
<i>Wintersemester 2024/25</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Fertigstellung eines ersten Entwurfs - Korrekturen
<i>Sommersemester 2025</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Einreichen der fertigen Arbeit - Defensio

VIII. Bisher verwendete Literatur

Sammelwerke

Bourgeois, EU Framework for Foreign Direct Investment Control (2020)

Hindelang/Moberg, YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions (2020)

Krajewski/Hoffmann, Research handbook on foreign direct investment (2019)

Fellner/Gappmayer/Trebuch/Chausse, Das österreichische Außenwirtschaftsrecht (2021)

Artikel

Barbist/Kröll, Die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen in Österreich – Strenger geht nicht mehr?, *EuZW* 2021, 354

Barth/Käser, Erneute Novellierung der deutschen Investitionskontrolle – Die 17. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, *NZG* 2021, 813

Barth, 17. AWV-Novelle in Kraft: Licht und Schatten, *BB* 2021 H 19, 1.

Bierwagen/Wistinghausen, Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes aus europarechtlicher Perspektive, *BB* 2020, 1986

Bohnert, Die Neuregelung der österreichischen Investitionsprüfvorschriften *RdW* 2020, 659

Ehrle, Die Europäisierung des Investitionsprüfungsrechts, *EWS* 2021, 121

Hartung/Schönhuber, Das Investitionskontrollgesetz, *Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht* 13, 185

Hermann, Europarechtliche Fragen der deutschen Investitionskontrolle, *Zeitschrift für europarechtliche Studien* 3/2019, 429

Hindelang, Direktinvestitionen und die Europäische Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis, *JZ* 17/2009, 829

Hoening, Neue Investitionskontrolle in Österreich, *Aufsichtsrat* aktuell 5/2021, 184ff.

Hübner/Wistinghausen, Die Novellierung des deutschen Außenwirtschaftsrechts – Investitionsprüfungen im Lichte der EU-Screening-VO, *EWS* 2020, 264

Jaeger, Russen und Chinesen, von Gaißau bis Piräus: Instrumente zum Schutz strategischer EU-Interessen gegen Einflussnahme von Drittstaaten, *ecolex* 2019, 286

Jansen, Industrial policy in the context of merger and foreign investment control, *Columbia Journal of European Law* Vol. 24, 157

Korte, Kompetenzkonflikte im österreichischen Außenwirtschaftsrecht am Beispiel des § 25a AußWG 2011, *ÖZW* 2019, 78

Klamert/Bucher, Investment Screening in der EU, *EuZW* 2021, 335

Lehmann/Kretzschmar, Policy Brief Nr. 48 Investitionskontrolle in Europa – zwischen wirtschaftlichem Zweck, politischem Nutzen und rechtlicher Machbarkeit, Oktober 2020

Lippert, Der letzte Baustein? – Die deutsche Investitionskontrolle nach der 17. AWV-Änderungsverordnung, BB 2021, 1289

Madner/Mayr, Das neue Investitionskontrollgesetz, JRP 2020 220

Rastegar/Jünger, Die Genehmigungspflicht nach dem InvKG, RdW 2021/12. 839

Schladebach/Becker, Die Verschärfung der Investitionskontrolle im deutschen und europäischen Außenwirtschaftsrecht, NVwZ 2019, 1076

Schmidt/Meckl, Covid-19 und der Rechtsrahmen zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen – ein wirksamer Schutz vor Übernahmen europäischer Unternehmen? – Analyse und Überprüfung aus ökonomischer und juristischer Perspektive, BB 2020, 1218

Schuelken, Der Schutz kritischer Infrastrukturen vor ausländischen Direktinvestitionen in der Europäischen Union. Zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen – KOM(2017) 487 endg., EuR 2018, 577

Kommentare

Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (2021)

Geiger/Kahn/Kotzur, EUV/AEUV (2016)

Jaeger/Stöger, EUV und AEUV (2020)

Judikatur

EuGH 14. 3. 2000, C-54/99

EuGH 13. 4. 2000, C-251/98

EuGH 12. 9. 2006, C-196/04

EuGH 12. 12. 2006, C-446/04

EuGH 10. 5. 2007, C-492/04

EuGH 24. 5. 2007, C-157/05

EuGH 26. 3. 2009, C-326/07

EuGH 19. 7. 2012, C-31/11

EuGH 11. 9. 2014, C-47/12