

## Tatbestandsauslegung und Ermessensausübung in der investitionskontrollrechtlichen Praxis

Dr. Christian von Wistinghausen, LL. M. (King 's College London)\*

Der Beitrag untersucht die sektorübergreifenden Prüfungsmöglichkeiten des BMWK und erwerbsbeschränkende Maßnahmen nach den Bestimmungen der AWW. Er konzentriert sich am Beispiel des Falles KLEO Connect GmbH („KLEO Connect“) auf die Fragen, ob eine Zwangseinziehung im Rahmen eines Gesellschafterstreites einen „Erwerb“ im Sinne des § 55 AWW darstellt, wie eine „voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit“ auszulegen ist, welche Voraussetzungen eine ermessensfehlerfreie Untersagungsentscheidung berücksichtigen muss, und ob aufgrund der neuen China-Strategie unmittelbare Folgen auf die Investitionsprüfung für Direktinvestitionen aus China zu erwarten sind.

### I. Einleitung

12023 war ein ereignisreiches Jahr für alle Juristen, die mit Investitionskontrollrecht befasst sind. Nach den zahlreichen Änderungen der Außenwirtschaftsverordnung („AWV“) in den vergangenen Jahren hat das deutsche Investitionskontrollrecht 2023 insbesondere mit den Fragen um die Beteiligung der chinesischen Reederei COSCO an dem Terminal Tollerort des Hamburger Hafens,<sup>1</sup> aber auch mit der Untersagung des Erwerbes der Wafer-Fertigung von Elmos Semiconductor SE durch den Wettbewerber Silex Microsystems,<sup>2</sup> sowie die Untersagung der Erhöhung einer Beteiligung der Shanghai Spacecom Satellite an der KLEO Connect GmbH<sup>3</sup> den Sprung in die Schlagzeilen der internationalen Wirtschaftspresse geschafft.

2Die in 2023 erstmals erfolgte Evaluierung der Rechtsentwicklung seit 2020 durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz („BMWK“),<sup>4</sup> und der EU-Kommission in Bezug auf die Verordnung (EU) 2019/452 vom 19.3.2019 („EU-Screening-VO“),<sup>5</sup> sowie die ersten Entscheidungen des VG Berlin zu Verwaltungsakten des BMWK aufgrund der AWW,<sup>6</sup> und schließlich die im Juli 2023 beschlossene China-Strategie der Bundesregierung,<sup>7</sup> die unmittelbar auf Investitionsprüfungen bei Chinesischen Direktinvestitionen eingeht, liefern weitere Gründe, sich mit ausgewählten Fragen zu den Voraussetzungen für das Prüfrecht des BMWK bei dem Erwerb von inländischen Unternehmen nach den §§ 55 ff. der AWW auseinanderzusetzen.

### II. Der Fall KLEO Connect

3Das BMWK hat im September 2023 die Einziehung sämtlicher Geschäftsanteile der Minderheitsgesellschafter eightyLEO Holding GmbH und der Celeste Holding AG (Liechtenstein) an der KLEO Connect untersagt. Die Einziehung erfolgte durch Gesellschafterbeschluss der KLEO Connect auf Antrag der Mehrheitsgesell-

schafter Shanghai Spacecom Satellite Technology Ltd. („SSST“) und CED AG (Liechtenstein) als Reaktion auf einen Einziehungsantrag der Minderheitsgesellschafter bezüglich sämtlicher Geschäftsanteile der Mehrheitsgesellschafter. Die wechselseitigen Einziehungsanträge

erfolgten im Rahmen eines erbitterten Gesellschafterstreites, bei dem es im Wesentlichen um die Kontrolle über das ursprünglich gemeinsam in dem Joint Venture KLEO Connect angestrebte, aber nicht realisierte Projekt für den Aufbau eines satellitengestützten Kommunikationssystems in erdnahe Umlaufbahn geht. Die Minderheitsgesellschafter hatten daraufhin das BMWK über den Einziehungsbeschluss in Bezug auf ihre Geschäftsanteile informiert, und die Mehrheitsgesellschafter wurden von dem BMWK aufgefordert, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung oder eine Genehmigung für die Einziehung nach den §§ 55 ff. der AWW zu beantragen, was im Juli 2022 erfolgte. SSST ist ein chinesisches Unternehmen, CED AG gilt ebenfalls als unionsfremd im Sinne der AWW. Das BMWK bescheinigte SSST und CED AG im November 2018 die Unbedenklichkeit für eine Mehrheitsbeteiligung an der KLEO Connect.

### **III. Einziehung als „Erwerb“ i. S. d. Außenwirtschaftsrechts**

#### **1. Unmittelbare Anwendung des § 55 Abs. 1 AWW**

**4**Der Gegenstand einer Untersagung des BMWK nach §§ 59 Abs. 1, 55 Abs. 1 AWW ist der „Erwerb“ eines Unternehmens oder von Stimmrechtsanteilen, soweit die Schwellenwerte des § 56 AWW erreicht sind. Die Einziehung wird in der AWW nicht erwähnt.

**5**Der Begriff „Erwerb“ in den §§ 59 Abs. 1, 55 Abs. 1 AWW könnte nahelegen, dass jeder Vorgang erfasst ist, der zu einer Änderung von Stimmrechtsanteilen führt, soweit die maßgeblichen Schwellenwerte erreicht werden. Für eine weite Auslegung des Erwerbsbegriffes könnte der Zweck der Investitionsprüfung, nämlich der Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit Deutschlands und anderer EU-Mitgliedstaaten sprechen, bei dem es auf das „Wie“ einer Beeinträchtigung nicht ankommt kann.<sup>8</sup>

**6**Der Wortlaut von § 15 Abs. 2 AWG nimmt auf ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft als Anknüpfungspunkt für das Prüfrecht des BMWK Bezug, womit das Verpflichtungsgeschäft gemeint ist.<sup>9</sup>

**7**§ 15 AWG erfasst Rechtsgeschäfte im zivilrechtlichen Sinne, also zweiseitige Willenserklärungen und deren Vorfeldtatbestände (Options- und Vorverträge) sowie die darauffolgenden rechtsgeschäftlichen Erwerbstatbestände.<sup>10</sup> Bei der Einziehung handelt es sich jedoch um ein einseitiges Rechtsgeschäft der GmbH gegenüber dem Gesellschafter.<sup>11</sup> Ob einseitige Rechtsgeschäfte von der Vorschrift erfasst sind, ist bislang nicht abschließend geklärt.<sup>12</sup>

**8**Ungeachtet der Frage, ob einseitige Rechtsgeschäfte von § 15 AWG überhaupt erfasst sind, handelt es sich bei der Einziehung dogmatisch nicht um ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft, sondern um ein mehraktiges Verfügungsgeschäft, dessen schuldrechtliche „*causa*“ bei Zwangseinziehungen in der Satzung der Gesellschaft zu sehen ist.<sup>13</sup>

**9**Man könnte darüber nachdenken, die Satzung als Vorfeldtatbestand zur Prüfung heranzuziehen. Sie ist jedoch verbandskonstituierender Organisationsvertrag, sodass ihre Vergleichbarkeit mit anderen Vorfeldtatbeständen (z. B. Vorvertrag und Option) und folglich ihre Tauglichkeit als Prüfungsobjekt im Verfahren nach §§ 55 ff. AWW jedenfalls fraglich ist.

**10**Die fehlende Vergleichbarkeit von Einziehung und Erwerb durch ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft wird auch im Zusammenhang mit der Meldepflicht aus § 55a Abs. 4 S. 1 AWW erkennbar. Die Meldepflicht gegenüber dem BMWK entsteht mit der Unterzeichnung des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts.<sup>14</sup> Die Einziehung kann somit keine Meldepflicht auslösen. Anknüpfungspunkt für die Meldepflicht könnte also nur die Satzung sein. Dies hätte zur Folge,

dass mit Unterschrift der Satzungen zahlreicher ausländisch (nicht-EU/EFTA) investierter Gesellschaften in Deutschland, soweit sie unter § 55a Abs. 1 Nr. 1 bis 27 AWV fallen, allein aufgrund der abstrakten Möglichkeit der (Zwangs-)Einziehung eine Meldepflicht bestünde. Dies kann in zweierlei Hinsicht nicht vom Verordnungsgeber beabsichtigt worden sein. Erstens liefe dies auf eine Überprüfung von „greenfield investments“ hinaus, die – jedenfalls bislang – ausdrücklich nicht unter den Anwendungsbereich der Investitionskontrolle fallen.<sup>15</sup> Zweitens würde die Rechts-

von Wistinghausen: Tatbestandsauslegung und Ermessensausübung in der investitionskontrollrechtlichen Praxis(ZASA 2024, 23)

25

folge des § 15 Abs. 2 AWG, die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts *ex nunc*, die Frage des Fortbestandes der GmbH aufwerfen.

**11**Ein weiteres Argument gegen die Einbeziehung der Einziehung in den Erwerbstatbestand ist, dass § 56 AWV an die Übertragung von Stimmrechtsanteilen anknüpft. Bei der Einziehung von Geschäftsanteilen durch die GmbH findet gerade keine Übertragung bestehender Anteile statt, vielmehr gehen die eingezogenen Anteile ersatzlos unter.<sup>16</sup> Als Folge erhöhen sich die Rechte und Pflichten, zu denen auch die Stimmrechte gehören, der verbleibenden Gesellschafter anteilig.<sup>17</sup> Dieser Vorgang kann dazu führen, dass auch ohne die Übertragung von Geschäftsanteilen die Schwellenwerte des § 56 AWV überschritten werden. Die (anteilige) Erhöhung der übrig gebliebenen Stimmrechte ist jedoch nur ein Reflex des ersten – rein gesellschaftsrechtlichen – Vorganges.<sup>18</sup>

**12**Bei der Einziehung ist das Innenverhältnis einer GmbH betroffen (vgl. die systematische Stellung von § 34 GmbHG im 2. Abschnitt „Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter“). Diese Konstellation ist nicht mit dem in § 56 Abs. 3 AWV geregelten sogenannten atypischen Kontrollerwerb vergleichbar, bei dem weitere Kontrollrechte über ein Unternehmen auf andere Weise als durch Stimmrechtsanteile erworben werden.<sup>19</sup>

**13**Die Prüfungs- und Untersagungsbefugnisse der §§ 55 Abs. 1, 59 Abs. 1 AWV können mithin nicht in direkter Anwendung zum Eingreifen des BMWK bei der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen führen.<sup>20</sup> Es darf mit Spannung erwartet werden, ob das vom BMWK angekündigte Investitionsprüfungsgesetz die Einziehung ausdrücklich als Anknüpfungspunkt für ein Prüfrecht einbeziehen wird.<sup>21</sup>

## 2. Analoge Anwendung des § 55 Abs. 1 AWV

**14**Im Fall KLEO Connect hat das BMWK die Untersagung der Einziehung der Geschäftsanteile der Minderheitsgesellschafter auf eine analoge Anwendung des § 55 Abs. 1 AWV aufgrund einer Regelungslücke in der AWV gestützt.<sup>22</sup> Für die analoge Anwendung wird angeführt, dass es für die Investitionskontrolle nicht darauf ankommen kann, ob die Erhöhung eines Stimmrechtsanteils durch Rechtsgeschäft oder durch einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang erfolgt.<sup>23</sup>

**15**Diese Analogie begegnet jedoch in zweierlei Hinsicht erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

**16**Die Ausdehnung gesetzlicher Eingriffsbefugnisse in analoger Anwendung läuft dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie der ständigen Rechtsprechung des BVerfG zur sog. Wesentlichkeitstheorie zuwider. Nach diesen Prinzipien ist es Aufgabe des Gesetzgebers – insbesondere im grundrechtssensiblen Bereich der Eingriffsverwaltung – die wesentlichen Entscheidungen über das Ob und Wie einer Freiheitsverkürzung selbst zu treffen.<sup>24</sup> Sind die vom Gesetzgeber für einen Eingriff

vorgesehenen Voraussetzungen nicht gegeben, darf sich die Exekutive nicht im Wege der Analogie über die Einhaltung der gesetzlichen Grundlagen und Grenzen hinwegsetzen.<sup>25</sup> Ein solches Vorgehen ist mit tragenden Grundsätzen des Ordnungsrechts in einem demokratischen Rechtsstaat unvereinbar.

**17**Darüber hinaus hat die Ausdehnung des Erwerbsbegriffs in §§ 55 ff. AWW auf die Einziehung auch die Ausweitung der strafrechtlichen Sanktionen aus § 18 Abs. 1b) AWG zur Folge, die z. B. den Verstoß gegen das Vollzugsverbot gem. § 15 Abs. 4 AWG sanktionieren. Dem steht jedoch der verfassungsrechtliche Grundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG („*nulla poena sine lege*“) entgegen.

**18**Aufgrund der potenziell weit über den Einzelfall KLEO Connect hinausgehenden Folgen einer Anwendung von § 55 AWW auf die Einziehung von Geschäftsanteilen, bedarf es zumindest einer Regelung durch den Ordnungsgeber in dem dafür vorgesehenen Verfahren (vgl. § 12 AWG), besser noch einer abschließenden Legitimierung durch eine Änderung des AWG. Für eine diesbezügliche Änderung des AWG spricht zudem, dass eine analoge Anwendung von Normen des Wirtschaftsverwaltungsrechts in einem so sensiblen Bereich wie der Investitionsprüfung für die betroffenen Investoren eine unzumutbare Rechtsunsicherheit zur Folge hat und zu einem Vertrauensverlust in den Investitionsstandort Deutschland führt.

#### **IV. Voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit**

**19**Die Untersagung eines Erwerbes gem. §§ 55 Abs. 1, 59 Abs. 1 AWW setzt die „voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

von Wistinghausen: Tatbestandsauslegung und Ermessensausübung in der investitionskontrollrechtlichen Praxis(ZASA 2024, 23)

26

Deutschlands, eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder in Bezug auf Projekte und Programme von Unionsinteresse im Sinne der EU-Screening-VO“ voraus.

**20**Dieses Tatbestandsmerkmal lässt sich in zwei Bestandteile trennen, nämlich die öffentliche Ordnung und Sicherheit und die voraussichtliche Beeinträchtigung.

**21**Davon zu unterscheiden ist der Maßstab im Rahmen der sektorspezifischen Prüfung nach §§ 60 ff. AWW, bei der es um die Verhinderung der voraussichtlichen Beeinträchtigung von bzw. die Gewährleistung der Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland (§§ 60 Abs. 1, 62 Abs. 1 AWW) geht.

##### **1. Die öffentliche Ordnung und Sicherheit**

**22**Bereits die Wortfolge der „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ zeigt, dass es sich bei diesem Merkmal nicht um einen Begriff des deutschen Gefahrenabwehrrechts handelt, wo man von der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ spricht.<sup>26</sup> Der Wortlaut entstammt den Vorgaben des Primärrechts der Europäischen Union (vgl. Art. 52 Abs. 1, 65 Abs. 1b) AEUV).<sup>27</sup> Die Auslegung hat sich an den unionsrechtlichen Vorgaben zu orientieren.<sup>28</sup> Die Mitgliedstaaten können zwar grundsätzlich selbst bestimmen, was zur öffentlichen Ordnung und Sicherheit gehört, unterliegen jedoch der Kontrolle durch Unionsorgane bei Ausübung ihres Entscheidungsrechts.<sup>29</sup> Als Ausnahme von den im EU-Primärrecht verbürgten Grundfreiheiten ist eine hoheitliche Untersagung nur in engen Grenzen möglich.<sup>30</sup> Auch nach der Novellierungen des AWG und der AWW in Reaktion auf den Erlass der EU-Screening-VO hat sich an diesem Maßstab nichts geändert.<sup>31</sup>

**23**Der EuGH hat dies im jüngst entschiedenen Fall Xella nochmals bestätigt. Für die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verlangte der Gerichtshof eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.<sup>32</sup> Als taugliche Grundinteressen hat der EuGH in vergangenen Entscheidungen bspw. die Landesverteidigung, die Vermeidung von Geldwäsche, Drogenhandel, Terrorismus, sowie die Sicherstellung der Versorgung mit Telekommunikation, Elektrizität und Energie anerkannt.<sup>33</sup>

**24**Satellitenkommunikation als Teil der Telekommunikation, wie im Fall der KLEO Connect, fällt deshalb grundsätzlich unter das Schutzgut der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Sinne des Unionsrechts und der §§ 55 ff. AWV.

## 2. Voraussichtliche Beeinträchtigung

**25**Nach der Anpassung des deutschen Außenwirtschaftsrechts an die Vorgaben der EU-Screening-VO im Jahr 2020 verlangt das Gesetz nunmehr für das Prüfrecht des BMWK nur noch eine „voraussichtliche Beeinträchtigung“ der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (§ 5 Abs. 2 AWG, §§ 55 Abs. 1, 59 Abs. 1 AWV), während bis dahin eine „tatsächliche Gefährdung“ der öffentlichen Ordnung und Sicherheit erforderlich war. Wie sich die Änderung des Wortlauts auf die Prüfung auswirkt, ist umstritten. Überwiegend wird vertreten, dass sowohl die Gefährdungsintensität als auch die nötige Wahrscheinlichkeit der Gefährdung herabgesetzt wurden, sodass das BMWK Maßnahmen nach §§ 59, 62 AWV auch ergreifen darf, wenn das Schutzgut mit geringerer Wahrscheinlichkeit sowie in geringerer Intensität und Schwere betroffen ist.<sup>34</sup> Dem entspricht auch die Begründung des Gesetzesentwurfs.<sup>35</sup> Andere sehen nur eine Herabsenkung des Wahrscheinlichkeitsgrades, sodass der Eingriff zeitlich früher möglich ist, ohne die nötige Gefährdungsintensität und -schwere zu ändern.<sup>36</sup> Andere erkennen trotz der begrifflichen Neufassung keine inhaltliche Änderung.<sup>37</sup>

**26**Der Wechsel im Wortlaut der Norm von einer „tatsächlichen Gefährdung“ zu einer „voraussichtlichen Beeinträchtigung“ betont jedenfalls eine vorausschauende Betrachtungsweise.<sup>38</sup> Sie soll dem beabsichtigten Schutz vor erwerbsbedingter, aber noch nicht eingetretener Beeinträchtigungen dienen.<sup>39</sup> Die Rechtsprechung des EuGH hat allerdings bereits zuvor die Möglichkeit der Vorverlagerung der Beeinträchtigung anerkannt<sup>40</sup>, was gegen eine inhaltliche Änderung des Prüfungsmaßstabes durch den neuen Wortlaut spricht.

**27**Die Untersagung im Fall der KLEO Connect ist insofern bemerkenswert, als dass erstmals die Erhöhung von Stimmrechten an einem Unternehmen untersagt

von Wistinghausen: Tatbestandsauslegung und Ermessensausübung in der investitionskontrollrechtlichen Praxis(ZASA 2024, 23)

27

wurde, das zum Zeitpunkt der Untersagung noch keinerlei Geschäftstätigkeit entfaltet hatte. Auch ein Abfluss von sicherheitsrelevantem Know-how war nicht zu befürchten, da dieses von Anbeginn bei den Mehrheitsgesellschaftern lag, und auch nach der Untersagung dort geblieben ist. Das Gefährdungspotential lag also – anders als in früheren Untersagungsfällen – ausschließlich in der Zukunft.

## V. Behördliches Ermessen

### 1. Ermittlung betroffener Rechte und Interessen

**28**Die Untersagung nach § 59 Abs. 1 AWV ist eine Ermessenentscheidung und muss als solche die Rechte und Interessen der Betroffenen angemessen ermitteln und würdigen.

**29**Im Rahmen internationaler Investitionen sind für unionsfremde Investoren Investitionsschutzabkommen von hoher Relevanz. Aus ihnen können (subjektive-öffentliche) Schutzrechte zugunsten der Investoren erwachsen. Voraussetzung hierfür ist nach der Schutznormtheorie, dass die Rechtsnorm nicht nur ein Allgemeininteresse, sondern auch Interessen und Güter einzelner Personen oder Personengruppen zu schützen bezweckt.<sup>41</sup> Im Rahmen chinesisch-deutscher Investitionen ist das Abkommen vom 1.12.2003 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik China über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen zu beachten, das durch das Gesetz zu dem Abkommen vom 3. August 2005 Gesetzesqualität hat. In dem Kontext einer Zwangseinzahlung in einem Gesellschafterstreit stellt sich die Frage, wann eine Untersagung nach § 59 Abs. 1 AWV mit dem Schutz von Kapitalanlagen, zu denen nach Art. 1 Abs. 1b) des Abkommens i. V. m. dem Zustimmungsgesetz auch Gesellschaftsanteile gehören, ebenso wie mit dem Schutz vor Enteignungen gem. Art. 4 des Abkommens vereinbar ist.

**30**Bei einer Einziehung wie im Fall KLEO Connect sind zusätzlich zu den Rechten der Investoren die Grundrechte der betroffenen Joint Venture Gesellschaft zu berücksichtigen. Die KLEO Connect ist als deutsche GmbH eine „inländische juristische Person“ und damit Grundrechtsträgerin nach Art. 19 Abs. 3 GG, soweit einzelne Grundrechte „ihrem Wesen nach“ auf sie anwendbar sind. Zu denken ist hier an die Eigentumsgarantie, nämlich das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG), sowie an die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

**31**Personen oder Gesellschaften aus dem EU- bzw. EWR-Ausland können sich ebenso wie Deutsche auf Grundrechte berufen, wie der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des GG es gebietet.<sup>42</sup> Hinsichtlich der EWR-Staatsangehörigen sind auch die Grundfreiheiten aus dem EWR-Vertrag (Art. 31 ff., 40 ff. EWR-Vertrag) zu beachten, die mit der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit deckungsgleich sind.

**32**Neben den deutschen Grundrechten sind auch die europäischen Grundrechte aus der Grundrechtecharta der Europäischen Union („GRCh“) zu beachten. Auch diese schützen die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) und die Eigentumsfreiheit (Art. 17 GRCh). Diese Grundrechte sind, anders als die deutschen Grundrechte, nicht auf unionsansässige Gesellschaften oder Unionsstaatsangehörige beschränkt.<sup>43</sup> Dementsprechend sind alle Investoren, auch die aus Drittstaaten, durch die EU-Grundrechte geschützt.

**33**Eine ermessensfehlerfreie Untersagungsentscheidung setzt voraus, dass sämtliche o. g. Rechte bei der Abwägung einer zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit geeigneten Maßnahme und der damit einhergehenden Eingriffe in die schutzwürdigen Rechte der Investoren und der betroffenen inländischen Zielgesellschaft angemessen gewürdigt werden.

## **2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

**34**Schließlich muss im Rahmen der Untersagungsentscheidung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein.

**35**Dabei verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass Maßnahmen erforderlich sind, also der Verwaltung keine zur Erreichung des verfolgten Zwecks gleich geeigneten, aber für den Betroffenen weniger einschneidenden Mittel zur Verfügung stehen.<sup>44</sup>

**36**Dies ist insbesondere bei einer Untersagung, die auf eine ausschließlich zukünftige Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit abstellt, eine hohe Hürde, da § 59

Abs. 1 AWW dem BMWK die Möglichkeit eröffnet, andere denkbare und deutlich mildere Anordnungen zu erlassen, um die öffentliche Ordnung oder Sicherheit zu gewährleisten.

**37**In einem Fall wie KLEO Connect wäre zu erwarten gewesen, dass das BMWK den Investoren Auflagen erteilt, die eine in der Zukunft eintretende Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit hätten ausschließen können, wie es in anderen Investitionsprüffällen schon vielfach geschehen ist. Da diese Möglichkeiten nicht ausgeschöpft worden sind, wirft dies die

von Wistinghausen: Tatbestandsauslegung und Ermessensausübung in der investitionskontrollrechtlichen Praxis(ZASA 2024, 23)

28

Frage auf, ob die rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung tatsächlich eingehalten worden sind.

## VI. Der geopolitische Kontext

**38**Angesichts der bisher bekannt gewordenen Untersagungen (Leifeld, Heyer Medical, Elmos, KLEO Connect) oder *de facto* Untersagungen (50Hertz, Siltronic) oder Beschränkungen (Hamburger Hafen – Tollerort), bei denen die Investoren sämtlich aus der VR China stammen oder in einem Fall aus Taiwan (Siltronic), stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß Geopolitik die Auslegung des Tatbestandes der „voraussichtlichen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland...“ bestimmt.

**39**Die Bundesregierung nimmt in ihrer im Juli 2023 beschlossenen China-Strategie zu chinesischen Direktinvestitionen Stellung.<sup>45</sup> Zwar stellt die Bundesregierung fest, dass die Investitionsprüfung diskriminierungsfrei für alle Drittstaateninvestitionen gleichermaßen gelten, zugleich stellt sie das besondere Risiko für die deutsche öffentliche Ordnung und Sicherheit im Falle Chinesischer Direktinvestitionen, z. B. durch den Abfluss sicherheitssensibler Technologien von Deutschland nach China, heraus. Begründet wird die besondere Gefährdung mit der von der chinesischen Regierung vorangetriebenen „Politik der zivil-militärischen Fusion“.<sup>46</sup> Besonders herausgehoben werden der Schutz kritischer Infrastrukturen und bei der Prüfung einer voraussichtlichen Beeinträchtigung die Medienwirtschaft.

**40**Der Hinweis der Bundesregierung auf die chinesische Sicherheitsgesetzgebung, die chinesische Einzelpersonen und Unternehmen im In- und Ausland zur Zusammenarbeit mit chinesischen Behörden und Nachrichtendiensten verpflichtet, lässt wenig Spielraum erkennen, unter welchen Umständen chinesische Direktinvestitionen in den in § 55a AWW aufgeführten Sektoren keine „voraussichtlichen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ auslösen würden.<sup>47</sup> Chinesische Direktinvestitionen in den Fallgruppen des § 60 AWW erscheinen derzeit ausgeschlossen.

**41**Das Urteil des VG Berlin zum Fall Heyer Medical<sup>48</sup> zeigt allerdings, dass sich das Investitionskontrollrecht trotz (oder gerade aufgrund) seines besonderen Schutzzguts, der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, nicht außerhalb des engen verfahrensrechtlichen Korsetts bewegt.<sup>49</sup> Dies betrifft nicht nur die formelle Rechtmäßigkeit von Bescheiden des BMWK, sondern auch die Auslegung des Tatbestandes (siehe oben III. und IV.) und Fragen der Ermessensausübung und Verhältnismäßigkeit (siehe oben V.). Ein pauschaler Verweis auf systemische Unterschiede zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der VR China, auf die chinesische Sicherheitsgesetzgebung oder auf den Einfluss der Kommunistischen Partei Chinas auf chinesische Investoren reichen nicht aus, um eine Untersagung zu begründen. Es ist nur eine Frage der Zeit, bis sich das VG Berlin auch

mit der materiellen Rechtmäßigkeit von sogenannten erwerbsbeschränkenden Maßnahmen des BMWK nach § 59 AWW wird befassen müssen.

**42**Festzuhalten bleibt auch, dass chinesische Direktinvestitionen – trotz der o. g. Beispiele – in der Praxis nicht *per se* an der Hürde der §§ 55 AWW ff. scheitern. Dies belegt auch die Statistik des BMWK, wonach für den Zeitraum 2022 37 Prüfverfahren mit Investoren aus China erfolgt sind,<sup>50</sup> und insgesamt (alle Prüfverfahren) nur 7 erwerbsbeschränkende Maßnahmen (einschließlich Untersagungen) getroffen wurden.<sup>51</sup> Die einzige Untersagung im Jahr 2023 in Bezug auf Investoren aus der VR China, die dem Verfasser bekannt ist, betrifft KLEO Connect.

---

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Partner von ADVANT Beiten in Berlin und berät insbesondere ausländische Unternehmen zu Direktinvestitionen in Deutschland. Der vorliegende Beitrag entstand im Dezember 2023 mit Unterstützung der Rechtsanwältin Lelu Li und des wissenschaftlichen Mitarbeiters Julian Costanzo Haubner.

<sup>1</sup> Neue Zürcher Zeitung, Hamburger Hafen: Die deutsche Regierung erlaubt einen begrenzten Einstieg von Cosco, 26.10.2022, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/cosco-beteiligung-im-hamburger-hafen-moeglicher-kompromis-ld.1708994>, (letzter Abruf: 8.1.2024).

<sup>2</sup> Bloomberg, Germany Blocks Two Chip Facility Sales to Chinese Investor, 9.11.2022, abrufbar unter: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-11-09/germany-blocks-sale-of-elmos-chip-facility-to-chinese-investor>, (letzter Abruf: 8.1.2024).

<sup>3</sup> Reuters, Exclusive: Berlin blocks complete takeover of satellite startup by Chinese firm, 13.9.2023, abrufbar unter: <https://www.reuters.com/markets/deals/german-government-forbids-complete-takeover-satellite-startup-by-chinese-firm-2023-09-13/>, (letzter Abruf: 8.1.2024).

<sup>4</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK), Evaluierung des Ersten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der 15. – 17. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, September 2023, abrufbar unter: [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/evaluierung-gesetze-aenderung-aussenwirtschaftsgesetze-verordnung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/evaluierung-gesetze-aenderung-aussenwirtschaftsgesetze-verordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=2), (letzter Abruf: 8.1.2024).

<sup>5</sup> Verordnung VO (EU) 2019/452, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452>, (letzter Abruf: 8.1.2024).

<sup>6</sup> VG Berlin Urt. v. 7.11.2023 – 4 K 536/22, BeckRS 2023, 36229; zu VG Berlin Urt. v. 15.11.2023 – 4 K 253/22 siehe becklink [2029024](#).

<sup>7</sup> Bundesregierung, Die China-Strategie der Bundesregierung, Juli 2023, Abschnitt 4.6, Seiten 39 ff., abrufbar unter: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2608578/810fdade376b1467f20bdb697b2acd58/china-strategie-data.pdf>, (letzter Abruf: 8.1.2024).

<sup>8</sup> Hellmann, NZKart 2023, [342](#) ([343](#)).

<sup>9</sup> Hocke/Sachs/Pelz, AußenwirtschaftsR/Mausch-Liotta/Sattler, 2. Auflage 2020, AWW § 55, Rn. 83.

<sup>10</sup> Hocke/Sachs/Pelz, AußenwirtschaftsR/ Sachs, AWG § 15, Rn. 3 mit Verweis auf Hocke/Friedrich, Außenwirtschaftsrecht, Nov. 2009, AWG § 31, Rn. 3.

<sup>11</sup> Altmeppen GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 34 Rn. 69.

<sup>12</sup> Siehe hierzu Wolfgang/Simonsen/Rogmann/Pietsch AWR/Mankowski, 76. Erg.-Lfg. Mai 2022, AWG § 15, Rn. 21m.w. N.

<sup>13</sup> Altmeppen GmbHG § 34 Rn. [69](#); Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt GmbHG/Sosnitza, 4. Auflage 2023, § 34 Rn. 4; Habersack/Casper/Löbbe GmbHG/Ulmer/Habersack, 3. Auflage 2020, § 34 Rn. 10.



- 14 Hocke/Sachs/Pelz AußenwirtschaftsR/Mausch-Liotta/Sattler, AWV § 55, Rn. 200.
- 15 Nehring-Köppl, Paradigmenwechsel im Außenwirtschaftsrecht, 2023, S. 145; vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK), Evaluierung des Ersten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der 15. – 17. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, September 2023, Abschnitt 3.2.3, S. 22, abrufbar unter: [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/evaluierung-gesetze-aenderung-aussenwirtschaftsgesetze-verordnung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/evaluierung-gesetze-aenderung-aussenwirtschaftsgesetze-verordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (letzter Abruf: 8.1.2024).
- 16 BGH NJW 1953, 780 (782); BeckOK GmbHG/Schindler, 58. Edition, 1.8.2023, GmbHG § 34 Rn. 1, 60; MüKoGmbHG/Strohn, 4. Aufl. 2022, GmbHG § 34 Rn. 1, 61.
- 17 BeckOK GmbHG/Schindler, GmbHG § 34 Rn. 60; Habersack/Casper/Löbbe GmbHG/Ulmer/Habersack, § 34 Rn. 66.
- 18 Vgl. auch Nehring-Köppl, Außenwirtschaftsrecht, S. 143.
- 19 Anders: Schöning, ZASA 2023, 303 (304).
- 20 So im Ergebnis auch Nehring-Köppl, Außenwirtschaftsrecht, S. 143.
- 21 WirtschaftsWoche, Habeck will Investitionsprüfung verschärfen, 20.8.2023, abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/china-geschaeft-habeck-will-investitionspruefung-verschaerfen/29342638.html>, (letzter Abruf: 8.1.2024).
- 22 Schöning, ZASA 2023, 303 (304).
- 23 Schöning, ZASA 2023, 303 (304).
- 24 BVerfG NJW 1979, 359, 360.
- 25 BVerfG NJW 1996, 3146.
- 26 BeckOK AußenWirtschaftsR/Gerster, 10. Edition 1.11.2023, AWG § 4 Rn. 16.
- 27 BT-Drs. 16/10730 S. 11 zu den damaligen Art. 46 Abs. 1, 58 Abs. 1 EG-Vertrag.
- 28 Vgl. Wolfgang/Simonsen/Rogmann/Pietsch AWR/Pottmeyer, 84. Erg.-Lfg. September , AWV §§ 55-59a Rn. 112.
- 29 EuGH, IStR 2000, 287, Rn. 17.
- 30 EuGH, IStR 2000, 287, Rn. 17.Hocke/Sachs/Pelz AußenwirtschaftsR/Mausch-Liotta/Sattler, AWV § 59 Rn. 5.
- 31 So auch Bungenberg/Reinhold, InKR, 1. Auflage 2023, Rn. 210.
- 32 EuGH, EuZW 2023, 810 Rn. 66 f.
- 33 Vgl. Calliess/Ruffert/Korte, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 65 Rn. 20 m.w. N.
- 34 Jungkind/Bormann, NZG 2020, 619, 620; BeckOK AußenWirtschaftsR/Niestedt, AWV § 55 Rn. 23; Wolfgang/Simonsen/Rogmann/Pietsch AWR/Pottmeyer, AWV §§ 55-59a Rn. 18; s. auch Damman de Chapt/Jung, NZKart 2023, 537, 539, die von einer „vermeintlich niedrigeren Hürde sprechen“.
- 35 BT-Drs. 19/18700, S. 18.
- 36 BeckOK AußenWirtschaftsR/Gerster, § 15 Rn. 16.
- 37 Bungenberg/Reinhold, InKR, Rn. 352.
- 38 BT-Drs. 19/18700, S. 18.
- 39 BT-Drs. 19/18700, S. 18.
- 40 Vgl. EuGH, IStR 2000, 287 Rn. 20.
- 41 BVerwG, NVwZ 1995, 1200.
- 42 Vgl. BVerfG, NJW 2011, 3428 Rn. 68 ff.
- 43 Vgl. Calliess/Ruffert/Ruffert EU-GRCharta Art. 16 Rn. 4, Art. 17 Rn. 5.
- 44 OVG Hamburg, Beschluss vom 21.7.2020 – 5 Bs 86/20, BeckRS 2020, 18367 Rn. 27 f.

45 BMWK, China-Strategie der Bundesregierung, Juli 2023, Abschnitt 4.6, S. 39 ff., abrufbar unter: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2608578/810fdade376b1467f20bdb697b2acd58/china-strategie-data.pdf>, (letzter Abruf: 8.1.2024).

46 BMWK, China-Strategie der Bundesregierung, Juli 2023, Abschnitt 4.6, S. 39, abrufbar unter: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2608578/810fdade376b1467f20bdb697b2acd58/china-strategie-data.pdf>, (letzter Abruf: 8.1.2024).

47 Zur Sicherheitsgesetzgebung s. BMWK, China-Strategie der Bundesregierung, Juli 2023, Abschnitt 4.8, S. 42, abrufbar unter: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2608578/810fdade376b1467f20bdb697b2acd58/china-strategie-data.pdf>, (letzter Abruf: 8.1.2024).

48 VG Berlin, Urt. v. 15.11.2023 – 4 K 253/22, siehe hierzu becklink 2029024.

49 Niestedt/Altun, ZASA 2023, 353 (354).

50 BMWK, Investitionsprüfung in Deutschland: Zahlen und Fakten, Stand vom 9.1.2023, S. 11, abrufbar unter [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/investitionspruefung-in-deutschland-zahlen-und-fakten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/investitionspruefung-in-deutschland-zahlen-und-fakten.pdf?__blob=publicationFile&v=1), (letzter Abruf: 8.1.2024).

51 BMWK, Investitionsprüfung in Deutschland: Zahlen und Fakten, Stand vom 9.1.2023, S. 13, abrufbar unter [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/investitionspruefung-in-deutschland-zahlen-und-fakten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/investitionspruefung-in-deutschland-zahlen-und-fakten.pdf?__blob=publicationFile&v=1), (letzter Abruf: 8.1.2024).

[□Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)