

Das neue U.S. Outbound Investment Screening: Ein Vorbild für die EU?

26. September 2023

Am 9. August 2023 unterzeichnete der Präsident der USA, Joe Biden, eine [Executive Order on Addressing United States Investments In Certain National Security Technologies And Products In Countries Of Concern](#). Die Executive Order ist der erste Schritt zu einer so genannten Outbound-Investitionskontrolle, die die Ausfuhrkontrolle und die Inbound-Investitionskontrolle der USA ergänzen soll. Kann die Outbound-Investitionskontrolle der USA als Vorbild für die EU dienen?

Die Executive Order

Die Executive Order ermächtigt das US-Finanzministerium, US-Investitionen in Unternehmen, die sich mit sensiblen, für die nationale Sicherheit kritischen Technologien befassen und in gelisteten Ländern ansässig sind, zu verbieten oder eine Notifizierung zu verlangen. Die Verordnung soll sich an US-Personen, einschließlich US-Bürger – unabhängig davon, wo sie sich befinden –, Unternehmen, die dem Recht der USA unterliegen sowie ausländische Niederlassungen solcher Unternehmen richten.

Zu den Technologien, die die Biden Administration als entscheidend für die nationale Sicherheit ansieht, gehören Halbleiter und Mikroelektronik, Quanteninformationstechnologien und künstliche Intelligenz. Das Land, das daran gehindert werden soll, von solchen Investitionen zu profitieren, ist China (inklusive Hongkong und Macau).

Die Outbound-Investitionskontrolle soll China daran hindern, US-Investitionen für die Entwicklung von militärischen, nachrichtendienstlichen, Überwachungs- und cybertechnischen Fähigkeiten zu nutzen.

Dabei wird eine Bandbreite von Investitionen erfasst. Neben klassischen M&A-Aktivitäten oder Private Equity Investitionen sind auch *greenfield* Investitionen und bestimmte Fremdfinanzierungsgeschäfte erfasst. Die Beschränkungen sollen für Investitionen in Unternehmen gelten, die im Bereich der oben genannten Technologien tätig sind und die dem Recht Chinas unterliegen, ihren Hauptgeschäftssitz in China haben oder mehrheitlich im Besitz von natürlichen oder juristischen Personen Chinas sind.

In der EU ansässige Unternehmen mit US-Mutter oder angestellten US-Personen sollten sich daher frühzeitig mit etwaigen Compliance Risiken der US-amerikanischen Outbound Kontrolle beschäftigen.

Ein Vorbild für die EU?

Die EU-Kommission hat die Entwicklung der Outbound-Investitionskontrolle in den USA aufmerksam verfolgt und dabei wiederholt ausgeführt, dass ein ähnliches Instrument im Werkzeugkasten zum Schutz der nationalen Sicherheit fehle. In einer [Rede zu den Beziehungen zwischen der EU und China](#) im März dieses Jahres konkretisierte die Präsidentin der EU-Kommission, Ursula von der Leyen, diese Idee: "Wir müssen sicherstellen, dass das Kapital, der Sachverstand und das Wissen unserer Unternehmen nicht dazu genutzt werden, die militärischen und nachrichtendienstlichen Fähigkeiten derjenigen zu stärken, die für uns auch systemische Rivalen sind. [...] Es würde eine kleine Anzahl sensibler Technologien betreffen, bei denen Investitionen zur Entwicklung militärischer Fähigkeiten führen können, die eine Gefahr für die nationale Sicherheit darstellen." Zu diesen sensiblen Technologien zählt EU-Kommissionspräsidentin von der Leyen Mikroelektronik, Quantencomputer, Robotik, künstliche Intelligenz und Biotechnologie. Insofern sind die Pläne von der Leyens dem Ansatz der USA recht ähnlich.

In der [Europäischen Strategie für wirtschaftliche Sicherheit](#), die im Juni dieses Jahres veröffentlicht wurde, erklärte die EU-Kommission, dass sie **bis Ende des Jahres eine entsprechende Initiative vorlegen will**. [Die deutsche Regierung hat ihre Bereitschaft signalisiert, sich konstruktiv an diesem Prozess zu beteiligen](#). Ein nationaler Alleingang scheint ausgeschlossen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die EU überhaupt ein Instrument zur Kontrolle von Auslandsinvestitionen einführen kann, und wenn ja, wie dieses aussehen könnte.

Die Kompetenz der EU zur Einführung einer Outbound-Investitionskontrolle

Im Gegensatz zu den USA ist die **nationale Sicherheit**, deren Schutz das Ziel der Outbound-Investitionskontrolle ist, kein Argument, um Zuständigkeit von den EU-Mitgliedstaaten auf die EU zu übertragen. Die nationale Sicherheit fällt in die alleinige Verantwortung der EU-Mitgliedstaaten (Artikel 4 Abs. 2 EUV). Das hat die EU aber nicht daran gehindert, eine Screening-Verordnung (EU) 2019/452 für die Inbound-Investitionskontrolle zu erlassen. Gestützt war die Screening-Verordnung auf die Kompetenz zur **Umsetzung der gemeinsamen Handelspolitik** nach Artikel 207 Abs. 2 AEUV. Sie enthält lediglich den Zusatz, dass „*die alleinige Verantwortung jedes Mitgliedstaats für den Schutz seiner nationalen Sicherheit gemäß Artikel 4 Abs. 2 EUV und das Recht jedes Mitgliedstaats, seine wesentlichen Sicherheitsinteressen gemäß Artikel 346 AEUV zu wahren*“ durch die Screening-Verordnung nicht berührt wird. In vergleichbarer Weise könnte eine Outbound-Screening-Verordnung erlassen werden.

Die **Die gemeinsame Handelspolitik** umfasst auch ausländische Direktinvestitionen. Der Begriff „ausländische Direktinvestitionen“ meint nicht nur Investitionen von Drittstaats-

angehörigen und Unternehmen in die EU, sondern auch Investitionen von EU-Staatsangehörigen und Unternehmen in Drittstaaten ([EuGH, Avis 2/15](#), Rn. 82). Eine europäische Outbound-Investitionskontrolle ist daher theoretisch möglich.

Allerdings umfasst der Begriff nur Investitionen, „die die Möglichkeit biete[n], sich tatsächlich an der Verwaltung oder Kontrolle einer Gesellschaft zu beteiligen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt“ ([EuGH, Avis 2/15](#), Rn. 82). Wie die EU-Kommission im Zusammenhang mit der Screening-Verordnung festgestellt hat, gilt dies sowohl M&A-Aktivitäten als auch für *greenfield*-Investitionen. Ausgeschlossen sind Portfolioinvestitionen oder Fremdfinanzierungen, bei denen der Investor keine Beteiligung an der Verwaltung oder Kontrolle der Gesellschaft erlangt. Folglich würde ein Instrument, das auf Artikel 207 Abs. 2 AEUV gestützt ist, nur einen begrenzten Anwendungsbereich haben.

Ein Instrument zur Kontrolle von Auslandsinvestitionen könnte theoretisch auch auf Artikel 64 Abs. 2 AEUV gestützt werden, nach dem die EU „Maßnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen“ schließen kann. Jedoch bietet diese Kompetenzgrundlage keine Vorteile, denn Artikel 64 Abs. 2 AEUV bezieht sich ebenfalls auf den Begriff „Direktinvestitionen“ und kann daher auch keine Grundlage für eine Regelung für Portfolioinvestitionen oder Fremdfinanzierungen sein. Zum anderen handelt es sich bei Artikel 64 Abs. 2 AEUV im Vergleich zu Artikel 207 Abs. 2 AEUV um eine geteilte Zuständigkeit (Artikel 4 Abs. 1 Buchst. a AEUV), was eine Subsidiaritätsprüfung nach Artikel 5 Abs. 2 EUV erforderlich machen würde.

Die Screening-Verordnung: Ein Modell für ein europäisches Instrument zur Kontrolle von Auslandsinvestitionen

Wenn die EU-Kommission eine Outbound-Investitionskontrolle auf Artikel 207 Abs. 2 AEUV stützen sollte, könnten das Europäische Parlament und der Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Artikel 294 AEUV) eine **Verordnung** erlassen. Die Verordnung hätte allgemeine Geltung, wäre in allen ihren Teilen verbindlich und würde unmittelbar in allen EU-Mitgliedstaaten gelten (Artikel 288 Abs. 2 AEUV).

Eine Investitionskontrolle durch die EU selbst würde höchstwahrscheinlich ihre Kapazitäten übersteigen. So erfordert das Screening von Investitionen nicht nur einen hohen Personalaufwand, sondern auch Informationen von Geheimdiensten, über die die EU im Vergleich zu den Mitgliedstaaten nicht verfügt. Zudem dürften die Mitgliedstaaten ähnlich zögerlich wie bei der Inbound-Investitionskontrolle sein, ihre Kompetenzen abzugeben. Aus diesem Grund gibt die **Screening-Verordnung** den Mitgliedstaaten die Befugnis, Investitionskontrollen einzuführen, und überlässt es ihnen, ob sie dies tun. Die Screening-Verordnung sieht jedoch einige Rahmenbedingungen vor. So sieht sie beispielsweise einen Kooperationsmechanismus vor, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine Kontaktstelle einzurichten und Berichte der EU-Kommission oder anderer EU-Mitgliedstaaten über potenziell schädliche Investitionen zu prüfen. Es ist naheliegend, dass ein ähnliches System für die Kontrolle von Auslandsinvestitionen geschaffen wird. Es

besteht jedoch auch die – eher unwahrscheinliche – Möglichkeit, dass ein Kontroll-Mechanismus für Auslandsinvestitionen nach dem Vorbild der Foreign Subsidies Regulation ((EU) 2022/2560) geschaffen wird, welche die Durchführung durch die EU selbst vorsieht.

Inhaltlich könnte eine Verordnung über Auslandsinvestitionen ausländische Direktinvestitionen in ein Land regeln, das als systemischer Rivale gilt. Wie die Rede von Ursula von der Leyen zu den Beziehungen zwischen der EU und China nahelegt, betrachtet die EU China als einen solchen Systemrivalen. Obwohl der „Listenansatz“ dem Außenwirtschaftsrecht nicht fremd ist (siehe die allgemeinen Ausfuhr genehmigungen in Anhang II der Dual-Use-Verordnung (EU) 2021/821), ist es aus außenpolitischen Gründen unwahrscheinlich, dass die EU ausschließlich auf Auslandsinvestitionen nach China abzielen wird, wie es die USA getan haben. Auch bei der Inbound-Investitionskontrolle wird darauf verzichtet, eine Liste von kritischen und unkritischen Staaten zu erstellen, da es letztlich auf die Prüfung des Einzelfalls ankommt. Die Verordnung könnte sich die Bereichen Mikroelektronik, Quantencomputer und künstliche Intelligenz vornehmen zudem auch Robotik und Biotechnologie.

Die Notwendigkeit eines europäischen Instruments zur Kontrolle von Auslandsinvestitionen

Es stellt sich schließlich die Frage, ob die Investitionskontrolle der richtige Regelungsort für die genannte Lücke im Werkzeugkasten der nationalen Sicherheit ist. Das Exportkontrollrecht scheint der Thematik näher zu stehen, indem es die Ausfuhr von kritischen Gütern und Technologien verbietet. Eine Ausweitung der Exportkontrolle auf Güter, die nicht zwingend sowohl militärisch als auch zivil genutzt werden können, könnte in Betracht gezogen werden. Zudem dürfte es möglich sein, nicht nur an die Ausfuhr von Gütern oder Technologie anzuknüpfen, sondern an eine Investition.

Auf diese Weise könnte das Ziel der Outbound-Investitionskontrolle auch ohne die Einführung eines neuen Instruments erreicht werden. Die EU hat jedoch angedeutet, dass sie das Exportkontrollrecht nicht für ausreichend erachtet, um die europäischen Sicherheitsinteressen zu gewährleisten.

BLOMSTEIN wird die Politik der EU in Bezug auf Auslandsinvestitionen weiterverfolgen. Wenn Sie Fragen haben, zögern Sie nicht, [Dr. Roland Stein](#) und [Dr. Leonard von Rummel](#) zu kontaktieren.