

lich bestehen.⁷⁸⁰ Bezieht sich die Tatsache auf ein Geschehen in der Vergangenheit, muss der betrachtete Zeitraum angegeben und das Geschehene präzise und konkret beschrieben werden.⁷⁸¹ Auch reicht der Nachweis einer bloßen persönlichen Verbindung nicht für den Nachweis einer Gefährdung aus.⁷⁸² Die Beweislast trifft die für die Leistung zuständige (im Sanktionsrecht europäische) Behörde.⁷⁸³

cc) Konsequenzen für die Anwendung der deutschen Investitionskontrolle

In der Öffentlichkeit sind bislang folgende Bedenken des BMWK gegen eine Übernahme als Fälle einer möglichen voraussichtlichen Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit bekannt worden:⁷⁸⁴

- Deutsche Unternehmen könnten zukünftig möglicherweise nicht mehr **beliefert** werden.
- Die Transaktion könnte die **technologische Souveränität** Deutschlands gefährden (Stichwort: Technologietransfer).
- Der systemische Rivale China baut seine allgemeine Wirtschaftsmacht aus und nimmt **Einfluss auf die deutsche Wirtschaft**.
- Die von der Transaktion betroffene Technologie könnte **für militärische Zwecke** verwendet werden.

Diese Listung ist als **nicht abschließend** anzusehen. Wie anhand der bislang öffentlich diskutierten Fälle deutlich wird, ist das deutsche Investitionskontrollrecht nicht allein durch langfristige Erwägungen, sondern teils auch durch tagespolitische Entwicklungen geprägt. Dies ist aus Sicht des Rechtsanwenders hoch problematisch, folgt jedoch aus der Konzeption als gefahrenabwehrrechtliches Instrumentarium. Anders als die Fusionskontrolle ist die Investitionskontrolle auf die Abwehr einer voraussichtlichen Beeinträchtigung gesellschaftspolitischer Grundinteressen gerichtet. Darunter fällt potenziell auch eine **kurzfristige Reaktion auf Kriegshandlungen** oder auch die Verhinderung der **Anwendung ausländischer Genehmigungserfordernisse** in Folge eines Erwerbsvorgangs. So wurde bspw. vorgetragen, dass durch einen Beteiligungserwerb in Deutschland u. U. das US-amerikanische Außenwirtschaftsrecht Anwendung finden könne und in Folge dessen – also auf Grund des Erwerbs – die Herstellung und Nutzung von Rüstungsgütern letztlich von der Genehmigung einer ausländischen Behörde abhängig würde.

Grundsätzlich gilt in all den genannten Fällen die **Notwendigkeit eines konkreten Nachweises** einer tatsächlich bestehenden bzw. hinreichend wahrscheinlichen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit. Soweit sich ein Vorbrin-

⁷⁸⁰ EuGH, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P, ECLI:EU:C:2013:518, Rn. 119 – Kommission u. a./Kadi; EuGH, Rs. C-176/13 P, ECLI:EU:C:2016:96, Rn. 109 – Rat/Bank Mellat.

⁷⁸¹ Vgl. EuGH, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P, ECLI:EU:C:2013:518, Rn. 141 – Kommission u. a./Kadi; EuG, Rs. T-486/14, ECLI:EU:T:2016:48, Rn. 46 ff. – Stavvyskyi/Rat.

⁷⁸² Vgl. EuG, Rs. T-58/12, ECLI:EU:T:2013:640, Rn. 107, 108 – Nabipour u. a./Rat.

⁷⁸³ EuGH, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P, ECLI:EU:C:2013:518, Rn. 121 – Kommission u. a./Kadi; „Im Streitfall ist es nämlich Sache der zuständigen Unionsbehörde, die Stichhaltigkeit der gegen die betroffene Person vorliegenden Gründe nachzuweisen, und nicht Sache der betroffenen Person, den negativen Nachweis zu erbringen, dass diese Gründe nicht stichhaltig sind.“

⁷⁸⁴ Siehe dazu die unterschiedlichen Berichte im Kontext von → Abschnitt III. In der Rechtsprechung finden sich einige dieser Bedenken in VG Berlin, Beschl. v. 27.1.2022, Az. 4 L 111/22, juris, Rn. 9, 22, 24 u. 26.

gen allein in pauschalen Behauptungen erschöpft, kann eine Gefährdungslage nach Maßgabe der EU-Screening-VO – unabhängig davon, ob eine Vorprägung durch die Rechtsprechung des EuGH gewollt ist oder nicht – nicht hinreichend nachgewiesen werden.

- 365 Vor diesem Hintergrund erweist sich ein Abstellen auf die zukünftige Belieferung deutscher Unternehmen als nicht unproblematisch. **Lieferengpässe** lassen sich nur dann als ein Belang der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit begreifen, wenn das Zielunternehmen selbst Leistungen erbringt, die mit einem Grundinteresse der Gesellschaft in Verbindung stehen. Soweit in diesem Zusammenhang vorgebracht wird, dass das Zielunternehmen über eine **kritische Technologie** mit herausragender Bedeutung verfügt, muss von Seiten des BMWK nachgewiesen werden, inwieweit es sich bei den Produkten nicht lediglich um solche handelt, die im internationalen Wettbewerb von Vorteil sind, sondern für den (Fort-)Bestand der deutschen/europäischen Industrie eine notwendige Voraussetzung darstellen. Die Grenze zu rein wettbewerblichen Belangen, die in den Zuständigkeitsbereich des Bundeskartellamts oder anderer staatlicher Stellen fallen, erscheint hier fließend. Das BMWK muss hierbei über die wettbewerb(srecht)liche Marktanalyse hinausgehende Erwägungen erkennen lassen, um nicht in den Bereich unzulässiger Wirtschaftspolitik überzuleiten.
- 366 Ob Auswirkungen auf die eigene „**technologische Souveränität**“ *per se* mit einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gleichgesetzt werden können, ist bereits im Grundsatz zweifelhaft. Zwar wird die Notwendigkeit der technologischen Souveränität derzeit sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene besonders betont.⁷⁸⁵ Auch ist sie Grundlage für einen nachhaltigen und technologischen Wandel und die Aufrechterhaltung der europäischen Wettbewerbsfähigkeit in der Zukunft. Allerdings ist bereits grundsätzlich fraglich, ob der Begriff der Schlüsselindustrie mit dem Bereich wesentlicher Grundinteressen der Gemeinschaft gleichgesetzt werden kann. Es fehlt hier an der notwendigen Bestimmtheit. Außerhalb wesentlicher Grundinteressen erscheint ein Schutz durch eine Übernahmeuntersagung primär wettbewerbsbezogenen Erwägungen zu entsprechen. Es wären daher die wettbewerbsbezogenen Instrumente anzuwenden. Die Verfolgung allgemeiner politischer Ziele (z.B. die Umsetzung der Energiewende) mittels Einsatzes der Investitionskontrolle läuft außerdem Gefahr – zumindest in Teilbereichen – in ein *De-facto*-Investitionsverbot zu münden. Dies stünde nicht nur in programatischem Widerspruch zur vielfach kolpotierten Investitionsoffenheit, sondern ist zugleich mit dem Erfordernis einer einzelfallbezogenen Gefährdungslage nicht vereinbar. Hier müsste der Gesetzgeber von vornherein die notwendigen Regelungen schaffen, um Investitionen in politisch unerwünschte Bereiche unmittelbar zu untersagen.

⁷⁸⁵ Siehe etwa: *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine neue Industriestrategie für Europa, COM/2020/102 final, S. 16 u. 19; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein Chip-Gesetz für Europa, COM(2022) 45 final; *Bundesministerium für Bildung und Forschung*, Technologisch souverän die Zukunft gestalten, BMBF-Impulspapier zur technologischen Souveränität, April 2021, https://www.bmbf.de/SharedDocs/Publikationen/de/bmbf/5/24032_Impulspapier_zur_technologischen_Souveraenitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (letzter Abruf am 22.5.2023).

Eine **andere Ansicht** scheinen hingegen bislang das VG Berlin sowie das OVG Berlin-Brandenburg zu vertreten, die die Untersagung eines Erwerbs aus Gründen eines möglichen Technologieabflusses grundsätzlich akzeptiert zu haben scheinen.⁷⁸⁶ Diese industriepolitische Argumentationsweise der Gerichte ist aus den genannten Gründen abzulehnen. Sie trägt das Risiko einer übermäßigen Ausweitung des Einsatzbereichs der Investitionskontrolle, die zudem im Widerspruch zum Grundsatz der Rechtssicherheit steht. Die wettbewerbliche Notwendigkeit wurde überdies gerade im Fall von Siltronic durch die Freigabe des BKartA allgemein in Frage gestellt (→ Rn. 35).

Erklärungsbedürftig ist auch das Abstellen auf eine **ausländische Einflussnahme**.³⁶⁸ Abgesehen von Fällen einer echten Kontrolle von kritischen Infrastrukturen oder einem Zugang zu sicherheitsrelevanten Informationen mag eine Gefährdungslage hier anzunehmen sein, wenn in einem Systemwettbewerb eine ausländische Industriepolitik darauf ausgerichtet ist, die unionalen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Zielsetzungen nicht nur „herauszufordern“, sondern gar zu beseitigen (hierzu bereits oben → Rn. 343). Jedoch müsste hierfür zum einen der Nachweis erbracht werden, dass eine Verbindung zwischen dem ausländischen Investor und einer entsprechenden staatlichen Industriepolitik besteht – eine bloße Behauptung reicht für die Zielverfolgung nicht aus.⁷⁸⁷ Zum anderen stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, ob eine solche Politik legitimer Weise (allein) durch das BMWK verfolgt werden kann, wenn gleichzeitig – richtig oder falsch – nationale und europäische Politik eine Annäherung an Drittstaaten (wie bspw. China) nicht nur nicht explizit ausschließen, sondern zu Zwecken der gegenseitigen Marktöffnung Freihandels- und Investitionsabkommen abschließen.⁷⁸⁸ Angesichts der wirtschaftspolitischen Zusammenarbeit mit nahezu allen Staaten der Welt darf bereits grundsätzlich bezweifelt werden, dass die hohen Anforderungen, die überdies an die Schwere der systemischen Bedrohung zu stellen sind, innerhalb eines investitionskontrollrechtlichen Verfahrens jemals erfüllt werden können.

Die wirtschaftliche Kooperation ist allerdings nicht zu verwechseln mit einer **militärischen Zusammenarbeit**.³⁶⁹ So mag zwar der internationale Handel auf Grundlage der Vereinbarungen im Rahmen der WTO und sonstiger Handels- und Investitionsabkommen in hohem Maße liberalisiert sein. Enge sicherheitspolitische, d. h. insbesondere militärische Erwägungen können indes zu einer kritischeren Einordnung zwischenstaatlicher Beziehungen führen. Dies zeigt sich etwa im Kontext des IMST-

⁷⁸⁶ VG Berlin, Beschl. v. 27.1.2022, Az. 4 L 111/22 -, juris, Rn. 48. Implizit auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 31.1.2022, Az. OVG 1 S 10/22 -, juris, Rn. 23.

⁷⁸⁷ Hierbei ist zum Vergleich auf die Antisubventionspraxis der Europäischen Kommission zu verweisen, die auf Grundlage des auch in Antidumpingverfahren verwendeten Länderberichts (siehe dazu bereits oben → Rn. 318) eine detaillierte Analyse der staatlichen Verflechtungen und der sich daraus ergebenden konkreten Bedeutung anstellt.

⁷⁸⁸ Außerdem ist in diesem Zusammenhang gleichzeitig in die Grundüberlegung einzubringen, dass die Bundesrepublik – ebenso wie die EU als Ganzes – als Mitglied der WTO auf eine Handelsbarrieren abbauende Wirtschaftspolitik verpflichtet ist; China ist ebenso Mitglied der WTO, und zwischen China und der EU wurde zudem mit dem CAI zuletzt ein Investitionsabkommen unterzeichnet (dazu → Rn. 232), welches zwar noch nicht ratifiziert ist, aber dennoch völkervertragliche Vorwirkungen zeigt (vgl. Art. 18 des Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge). Weiter besteht ein in Kraft befindliches Investitionsschutzabkommen zwischen Deutschland und China, welches in Art. 2 grundsätzlich vorsieht, dass: „Each Contracting Party shall encourage investors of the other Contracting Party to make investments in its territory and admit such investments in accordance with its laws and regulations.“

Falls, bei dem das BMWK eine mögliche Aufrüstung Chinas als eine Gefährdung eigener Sicherheitsinteressen eingeordnet hat (→ Rn. 32).

370 Die **militärische Nutzbarkeit** (auch eine Dual-Use-Eigenschaft⁷⁸⁹) von Gütern wirkt sich regelmäßig auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit (oder auch wesentliche Sicherheitsinteressen) Europas und der Bundesrepublik Deutschlands aus. Jede Form eines direkten wie indirekten Zugangs kann daher zumindest potenziell eine Gefährdung hervorrufen. Dies zeigt sich nicht zuletzt in Zeiten des Ukraine-Krieges. Vor diesem Hintergrund sind die Mitgliedstaaten bspw. aufgrund der Dual-Use-VO frei, eine Verfügbarmachung bereits im Vorfeld einer möglichen Ein- oder Ausfuhr zu beschränken.⁷⁹⁰ Entsprechend dem erweiterten Verständnis der Dual-Use-Verordnung können auch mögliche Menschenrechtsverletzungen in diesem Kontext eine Rolle spielen. Es bedarf allerdings auch in dieser Hinsicht tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, dass die vom Zielunternehmen hergestellten Produkte für eine militärische Nutzung verwendet werden können oder worden sind. Auch muss die von dem betreffenden Empfängerland ausgehende Gefährdung benannt werden. Der pauschale Hinweis auf die Möglichkeit einer Beeinträchtigung erfüllt nicht den unionsrechtlich vorgegebenen Standard. Schließlich kommt es bspw. im Bereich der militärisch/zivilen Technologienutzung zwischen der EU und Ländern wie China bereits zu einem gewissen Austausch: So testen eine Reihe europäischer Länder eine Helmtechnik zur Temperaturmessung im öffentlichen Raum, die in China hergestellt wird und dort auf eine militärische Nutzung zurückgeht.⁷⁹¹

371 Grundsätzlich nachvollziehbar erscheint auch die Gefahr einer Abhängigkeit in Folge der Anwendung **ausländischer Genehmigungserfordernisse**, jedenfalls soweit diese sich auf die Funktionsfähigkeit eines kritischen Sektors auswirken. Der Nachweis einer Genehmigungspflicht dürfte sich in der Praxis unschwer erbringen lassen. Insoweit darf es sich allerdings nicht lediglich um eine reine Behauptung handeln, sondern es müssen die konkret einschlägigen Bestimmungen behördenseitig näher bezeichnet werden. Darüber hinaus muss zudem deutlich werden, inwieweit sich aus der Genehmigungspflicht auch eine weitergehende Gefährdung ableiten lässt. Dies dürfte nur in einer begrenzten Zahl von Fällen in Betracht kommen.

b) Voraussichtliche Beeinträchtigung wesentlicher Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland

372 Im Bereich der sektorspezifischen Investitionskontrolle kommt es auf die Darlegung einer **voraussichtlichen Beeinträchtigung wesentlicher Sicherheitsinteressen** der Bundesrepublik Deutschland an (§§ 60, 62 AWW). Dieser an Art. 346 Abs. 1 lit. b

⁷⁸⁹ Verordnung (EU) 2021/821 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2021 über eine Unionsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Vermittlung, der technischen Unterstützung der Durchfuhr und der Verbringung betreffend Güter mit doppeltem Verwendungszweck (Neufassung), ABl. 2021 L 206/1.

⁷⁹⁰ Vgl. etwa Art. 9 Abs. 1 der Dual-Use-Verordnung: „Ein Mitgliedstaat kann die Ausfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck, die nicht in Anhang I aufgeführt sind, aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verhinderung von Terroranschlägen, oder aus Menschenrechtsabwägungen untersagen oder hierfür eine Genehmigungspflicht vorschreiben.“

⁷⁹¹ Zu diesem Beispiel: Sieren, S. 125 ff.

AEUV anknüpfende und durch § 4 Abs. 1 Nr. 4 AWG in das deutsche Recht übernommene Begriff ist zwar ebenfalls unionsrechtlich determiniert, eröffnet den Mitgliedstaaten jedoch eine durch die Missbrauchskontrolle gemäß Art. 348 AEUV sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁷⁹² begrenzte Einschätzungsprärogative.⁷⁹³

Prüfungskriterien der sektorspezifischen Investitionskontrolle
1. Schutzgut der wesentlichen Sicherheitsinteressen
2. Gefährdung im Sinne einer voraussichtlichen Beeinträchtigung

Gemäß **Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV** kann jeder Mitgliedstaat „die Maßnahmen 373 ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen“. Die hiervon erfassten Güter ergeben sich grundsätzlich aus der gemäß Art. 346 Abs. 2 AEUV am 15. April 1958 aufgestellten Liste, die seither nicht mehr angepasst worden ist.⁷⁹⁴ Allerdings enthält sie eine Reihe von auslegungsbedürftigen Begriffen; zudem ist ihr dynamischer Charakter grundsätzlich anerkannt.⁷⁹⁵

Der Begriff der wesentlichen Sicherheitsinteressen erstreckt sich sowohl auf die **in-** 374 **neren als auch die äußere Sicherheit.**⁷⁹⁶ Umfasst wird alles, was den **Kernbereich deutscher Sicherheitsinteressen** berührt, wozu auch strategische Partnerschaften der Bundesregierung innerhalb der EU, NATO und anderer internationaler Organisationen gehören.⁷⁹⁷ Aufgrund der engen Einbindung Deutschlands in die internationale Staatengemeinschaft kann der Begriff des Sicherheitsinteresses immer weniger auf rein nationale Belange begrenzt werden, sondern muss ebenso auf die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker erstreckt werden.⁷⁹⁸ Die Bundesregierung scheint eine Gefährdung jedenfalls dann zu sehen, wenn die sicherheitspolitischen Interessen oder die militärische Sicherheitsvorsorge beeinträchtigt würden bzw. – im Hinblick auf den Bereich der Kryptotechnologie – die Vertrauenswürdigkeit der von staatlichen Organen in sicherheitskritischen Bereichen eingesetzten Kryptosysteme in Frage steht.⁷⁹⁹

⁷⁹² Dazu → Abschnitt VI. 5. c).

⁷⁹³ Kokott, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 346 AEUV Rn. 4; Mausch-Liotta/Sattler, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, § 60 AWV Rn. 37 u. § 62 AWV Rn. 3.

⁷⁹⁴ Hindelang/Hagemeyer, EuZW 2017, 882 (889); Mausch-Liotta/Sattler, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, § 60 AWV Rn. 9.

⁷⁹⁵ Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM(2006) 779 endgültig, S. 6; Hindelang/Hagemeyer, EuZW 2017, 882 (889); Mausch-Liotta/Sattler, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, § 60 AWV Rn. 9.

⁷⁹⁶ Pelz, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, § 4 AWG Rn. 9; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 346 AEUV Rn. 2 m. w. N.

⁷⁹⁷ Pelz, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, § 4 AWG Rn. 10.

⁷⁹⁸ Dazu Jaekel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 346 AEUV Rn. 14.

⁷⁹⁹ Mausch-Liotta/Sattler, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, § 60 AWV Rn. 37 unter Hinweis auf den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Elften Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) und der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) v. 18.2.2004, BT-Drs. 15/2537, S. 7 f.

- 375 Der **EuGH** legt den Begriff der wesentlichen Sicherheitsinteressen aufgrund seines Ausnahmecharakters⁸⁰⁰ grundsätzlich **eng aus**.⁸⁰¹ Er ist enger auszulegen als der Begriff der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit.⁸⁰² Darüber verlangt der EuGH in Fällen einer Berufung zugleich auch den Nachweis, dass eine Inanspruchnahme dieser Ausnahme erforderlich ist, um die wesentlichen Sicherheitsinteressen des Mitgliedstaats zu wahren.⁸⁰³ Es gelten daher auch in diesem Zusammenhang dieselben Begründungspflichten wie im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle.⁸⁰⁴ Allgemein ist zu beachten, dass durch die gesteigerte Sicherheitsrelevanz wiederum eine größere Bandbreite von Gefährdungshandlungen in Betracht kommen kann. Anders als bei der sektorübergreifenden Investitionsprüfung ist hier ein Technologietransfer in der Regel als Verwirklichung der Gefahr anzusehen.
- 376 Die **politische Beurteilung** selbst, dass durch einen Erwerb wesentliche Sicherheitsinteressen berührt werden, ist einer gerichtlichen Überprüfung allerdings nicht zugänglich. Diese richtet sich stattdessen auf eine mögliche **Überschreitung des Beurteilungsspielraums** durch eine fehlerhafte oder unzureichende Sachverhaltsermittlung, eine Verkennung entscheidungserheblicher Gesichtspunkte oder eine offensichtliche Fehleinschätzung hinsichtlich des möglichen Verlaufs der Entwicklung.⁸⁰⁵ Ein Fehlgebrauch wäre dabei z. B. dann anzunehmen, wenn sich das BMWK allein von wirtschaftspolitischen, insbesondere strukturpolitischen Erwägungen leiten ließe.⁸⁰⁶ Es gelten insoweit die Ausführungen zur sektorübergreifenden Investitionskontrolle (→ Rn. 348 ff.). Soweit bekannt, machte das BMWK im Rahmen seiner Untersagung des Erwerbs von IMST eine Beeinträchtigung der Versorgung der Bundeswehr geltend sowie einen Abfluss von Know-how und sicherheitsrelevanter Informationen nach China, was wiederum zur Aufrüstung eines nicht verbündeten Drittstaats beitrage (→ Rn. 32).

c) Rechtsfolgenseite: Ermessen und Verhältnismäßigkeit

- 377 Auch in dem Fall, dass eine voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit oder wesentlicher Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland festgestellt werden konnte, kann eine Untersagungsentscheidung nur auf

⁸⁰⁰ Ob es sich bei Art. 346 AEUV um eine Ausnahme von den Verträgen oder eine Rechtfertigung handelt, ist innerhalb des Schrifttums umstritten. Siehe dazu etwa *Hindelang/Hagemeyer*, EuZW 2017, 882 (889). Diese gehen davon aus, dass der EuGH ebenfalls zur Einordnung als Rechtfertigungsgrund tendiert.

⁸⁰¹ EuGH, Rs. C-284/05, ECLI:EU:C:2009:778, Rn. 46 – Kommission/Finnland; Rs. C-615/10, ECLI:EU:C:2012:324, Rn. 35 – *Insinööritoimisto InsTiimi*; Rs. C-474/12, ECLI:EU:C:2014:2139, Rn. 33 – *Schiebel Aircraft*; *Wégener*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 346 AEUV Rn. 2.

⁸⁰² *Jaeckel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 346 AEUV Rn. 14.

⁸⁰³ EuGH, Rs. C-284/05, ECLI:EU:C:2009:778, Rn. 49 – Kommission/Finnland; Rs. C-615/10, ECLI:EU:C:2012:324, Rn. 45 – *Insinööritoimisto InsTiimi*; Rs. C-474/12, ECLI:EU:C:2014:2139, Rn. 34 – *Schiebel Aircraft*.

⁸⁰⁴ Dazu bereits → Rn. 308 ff.; siehe zur Darlegungslast im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle auch *Herrmann*, ZEuS 2019, 429 (450); *Velten*, S. 111 f.

⁸⁰⁵ VG Frankfurt, Az. 5 K 1067/19.F, juris, Rn. 51; *Mausch-Liotta/Sattler*, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, § 62 AWV Rn. 4.

⁸⁰⁶ *Mausch-Liotta/Sattler*, in: Hocke/Sachs/Pelz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, § 62 AWV Rn. 4. Siehe zu dem unionsrechtlichen Ausschluss derartiger Erwägungen *Jaeckel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 346 AEUV Rn. 15.

Basis einer **pflichtgemäßen Ermessensausübung** ausgesprochen werden. Selbiges gilt auch für entsprechende Durchsetzungsmittel (§ 59 Abs. 3 AWW).

Von besonderer Relevanz ist dabei die im Kontext einer möglichen Ermessensüberschreitung stehende Vereinbarkeit mit dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Eingriffe in die Kapitalverkehrs- oder Niederlassungsfreiheit sowie in Grundrechte sind nur gerechtfertigt, wenn sie ein legitimes in einem Rechtfertigungsgrund anerkanntes Ziel verfolgen, geeignet, erforderlich sowie angemessen sind. Anders als der deutsche Gesetzgeber ist das BMWK als „vollziehende Gewalt“ eng an die gesetzlichen Vorgaben gebunden, weshalb die Entscheidungen innerhalb des Investitionskontrollverfahrens vom Gericht innerhalb der Grenzen des § 114 VwGO vollständig insbesondere auf ihre Geeignetheit und Erforderlichkeit hin überprüfbar sind.⁸⁰⁷

Insbesondere müssen bestehende **Handlungsalternativen** – nachdem herausgearbeitet worden ist, welchen legitimen Zielen sie dienen sollen – entlang der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf ihre Eignung hin untersucht werden, um sie daran anschließend auf die Wahrscheinlichkeit ihrer Wirksamkeit hin zu überprüfen und festzustellen, welche Belastung für den Adressaten mit den jeweiligen Handlungsalternativen einhergeht.⁸⁰⁸ Handelt es sich bei dem vom BMWK anvisierten Mittel danach auch um das mildeste Mittel, so (und nur dann) ist auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu prüfen. 378

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme trägt das BMWK.⁸⁰⁹ Es gilt auch in dieser Hinsicht der allgemeine Untersuchungsgrundsatz, der zu einer Berücksichtigung aller für den Einzelfall bedeutsamen – auch für die Beteiligten günstigen – Umstände verpflichtet (§ 24 Abs. 2 VwVfG). Die Behörde hat diese darzulegen und, wenn sie dies nicht kann, zumindest in einen Dialog mit den Verfahrensbeteiligten zu treten. 379

aa) Legitimer Zweck

Nur die Begegnung einer voraussichtlichen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit sowie wesentlicher Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland und/oder der EU ist legitimer Zweck und Ziel im Sinne der Verhältnismäßigkeit der investitionskontrollrechtlichen Untersagungsverfügung. Durch die Feststellungen auf Tatbestandsebene wird der legitime Zweck insoweit indiziert, als dass 380

⁸⁰⁷ Voßkuhle, JuS 2007, 429 (430); Michaelis, JA 2021, 573 (574).

⁸⁰⁸ So Goffart, S. 149.

⁸⁰⁹ EuGH, verb. Rs. C-358/93 u. C-416/93 Slg. 1995–361, Rn. 30 – Bordessa: „Die spanische Regierung hat nicht hinreichend dargetan, daß es unmöglich sei, eine unterlassene vorherige Anmeldung durch Strafen zu ahnden.“; s. auch Rs. C-112/05, Slg. 2007, I-8995, Rn. 74/78 – Kommission/Deutschland (Volkswagen): „74. Zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen, den die Bundesrepublik Deutschland zur Rechtfertigung der streitigen Bestimmungen des VW-Gesetzes anführt, ist festzustellen, dass dieser Mitgliedstaat über allgemeine Erwägungen zur Notwendigkeit des Schutzes vor einem die Gesellschaft allein dominierenden Großaktionär hinaus nicht hat darlegen können, warum es zur Erreichung des Ziels, die Arbeitnehmer von Volkswagen zu schützen, geeignet und erforderlich sein soll, beim Kapital dieses Unternehmens eine stärkere und unabänderbare Position öffentlicher Akteure aufrechtzuerhalten. 78. Hierzu ist daran zu erinnern, dass diese Bestimmungen einen rechtlichen Rahmen bilden, der dem Bund und dem Land Niedersachsen die Möglichkeit eröffnet, einen größeren Einfluss auszuüben, als er normalerweise mit ihrer Investition verbunden wäre. Die Bundesrepublik Deutschland hat aber nicht dargelegt, aus welchen Gründen die Aufrechterhaltung einer solchen Stellung zugunsten dieser öffentlichen Akteure zum Schutz der allgemeinen Interessen der Minderheitsaktionäre erforderlich oder geeignet sein soll.“ Vgl. auch Rs. C-543/08, Slg. 2010, I-11241, Rn. 86 f. – Kommission/Portugal.

eine Kausalität zwischen Erwerb und Gefährdungslage bereits in diesem Zusammenhang nachzuweisen ist (\rightarrow Rn. 337 u. 375). Die voraussichtliche Beeinträchtigung darf jedoch nicht nur Anlass einer vorrangig industriepolitisch motivierten Untersagung sein. Dies erscheint insbesondere im Hinblick auf die Sicherung der technologischen Souveränität in besonderer Weise problematisch (\rightarrow Rn. 366f.).

bb) Geeignetheit

- 381 Lässt sich ein legitimer Zweck im konkreten Fall identifizieren, so muss die Untersagung einer Unternehmensübernahme auch geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen. Eine staatliche Maßnahme ist geeignet, wenn sie das verfolgte Ziel jedenfalls fördern kann.⁸¹⁰ Eine Maßnahme ist nur dann ungeeignet, wenn zwischen der Maßnahme und ihrem Ziel, der Abwendung der Gefährdung, keinerlei Zusammenhang besteht oder die Maßnahme ihr Ziel nicht in kohärenter und systematischer Weise verfolgt.⁸¹¹
- 382 In der jüngeren Judikatur geht der EuGH verstärkt auf die Prüfung der Eignung staatlicher Maßnahmen ein, wenn er ausführt, dass *„eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“*. Bei der Prüfung nationaler Maßnahmen ist daher auch eine **kohärente und systematische Vorgehensweise** erforderlich; ein Mitgliedstaat muss bei der Erreichung eines Zieles konsequent sein und darf eine Maßnahme durch gegenwirkende Maßnahmen nicht konterkarieren.⁸¹² Dabei erachtet der EuGH eine inkonsistente nationale Rechtslage als zur Erreichung des legitimen Zieles nicht geeignet, was zu ihrer Unverhältnismäßigkeit und damit Unzulässigkeit führt.
- 383 Dies betrifft in besonderer Weise den Fall, dass das BMWK auf Grundlage hinreichender Anhaltspunkte die voraussichtliche Beeinträchtigung von deutschen oder europäischen Grundinteressen in Folge eines hinreichend wahrscheinlichen **Belieferungsstopps** nachweisen kann. Hierbei ist festzustellen, dass eine Untersagung die Unternehmen nicht zugleich daran hindert, eine bestehende Geschäftsbeziehung zu beenden, sodass also die Untersagung einer Investition noch lange keine langfristige Versorgungssicherheit garantiert. Es stellt sich allerdings die Frage, ob ein entsprechendes Interesse im Rahmen enger Geschäftsbeziehungen realistischerweise angenommen werden kann. Dieses müsste von Seiten des Zielunternehmens vorgetragen werden. Eine derartige Entscheidung wäre jedenfalls Bestandteil der unternehmeri-

⁸¹⁰ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rn. 86 – Deutschland/Rat; Koch, S. 207; Clostermeyer, S. 368.

⁸¹¹ U.a. EuGH, Rs. C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Rn. 55 – Hartlauer.

⁸¹² U.a. EuGH, Rs. C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Rn. 55 – Hartlauer. Der EuGH hat hier die Kohärenz und damit die Eignung einer österreichischen Regelung, die den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zum Ziel hat und private Zahnambulatorien einer Bedarfsprüfung unterwirft, verneint, da es für Gruppenpraxen kein solches Genehmigungssystem gab; die Rechtslage war somit insgesamt nicht konsistent. Vgl. auch EuGH Rs. C-42/07, Slg. 2009, I-7633, Rn. 61 – Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International; Rs. C-153/08, Slg. 2009 I-9735, Rn. 38 – Kommission/Spanien; Rs. C-169/08, Slg. 2009 I-10821, Rn. 53 – Presidente del Consiglio dei Ministri; Rs. C-341/08, Slg. 2010 I-47, Rn. 53 – Petersen; verb. Rs. C-570/07 und C-571/07, Slg. 2010 I-4629, Rn. 94 – Blanco Pérez und Chao Gómez. Zur Kohärenz oder Folgerichtigkeit als Teil der Eignungsprüfung s. allgemein Reimer, 73 f. („Steigerung der Geeignetheitsanforderung“). Im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle auch Dehne, S. 505.