

BREXIT – Investoren aus dem Vereinigten Königreich unterliegen deutscher Investitionskontrollprüfung - (un)gerechtfertigte Ungleichbehandlung?

Am 01. Januar 2021, mit Ablauf des Brexit-Übergangszeitraums, ist das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland („**Vereinigtes Königreich**“) aus dem Binnenmarkt und der Zollunion der Europäischen Union („**EU**“) ausgeschieden. An Heiligabend 2020 konnten sich die Europäische Kommission und das Vereinigte Königreich schließlich über die Bedingungen ihrer zukünftigen Zusammenarbeit einigen und schlossen das Handels- und Kooperationsabkommen („**Handelsabkommen**“), das derzeit vorläufige Anwendung findet. In unserem [Newsletter](#) vom 30. Dezember 2020 haben wir bereits die wichtigsten Auswirkungen des Handelsabkommens aus zollrechtlicher Sicht näher betrachtet. Im Bereich der Prüfung ausländischer Direktinvestitionen, der stetig an Bedeutung gewinnt und auch Schwerpunkt dieses Artikels ist, bringt das Handelsabkommen eine ernüchternde neue Realität für Investoren auf beiden Seiten des Ärmelkanals mit sich.

Hintergrund – wachsende Bedeutung der Prüfung ausländischer Direktinvestitionen

In den letzten Jahren ist die Prüfung von ausländischen Direktinvestitionen zu einem immer wichtigeren politischen Instrument für EU-Mitgliedstaaten geworden, von denen die meisten ihre eigenen nationalen Kontrollmechanismen entwickelt haben. Diese nationalen Regime sind Teil des mit der EU-Screening-Verordnung (EU) 2019/452 vom 19. März 2019 eingeführten EU-weiten Kooperationsmechanismus. Der genaue Umfang, in dem das Handelsabkommen Investoren aus dem Vereinigten Königreich in Bezug auf mögliche Investitionen in der EU-27 und umgekehrt Beschränkungen unterwirft, war von Investoren auf beiden Seiten des Ärmelkanals mit Spannung erwartet worden.

In Deutschland ist zum 29. Oktober 2020 die 16. Novelle der Außenwirtschaftsverordnung („**AWV**“) in Kraft getreten. Diese Novelle war zunächst ein erster Schritt zur Umsetzung der EU-Screening-Verordnung. Weitere Änderungen werden für das erste Quartal 2021 erwartet. Grundsätzlich unterscheidet Deutschland zwischen einer sektorspezifischen und einer sektorübergreifenden Prüfung von ausländischen Investitionen in Deutschland. So untersucht das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie („**BMWi**“) im Rahmen der sogenannten sektorspezifischen Investitionsprüfung nach §§ 60 ff. AWV, ob Investitionen von Ausländern in Deutschland wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland gefährden. Nach den Regeln der sektorübergreifenden Prüfung nach §§ 55 ff. AWV kann das BMWi ferner

untersuchen, ob der Erwerb eines inländischen Unternehmens durch eine Nicht-EU-Person die öffentliche Ordnung oder Sicherheit Deutschlands beeinträchtigt.

Ogleich Investoren aus dem Vereinigten Königreich in Deutschland seit dem 01. Januar 2021 zweifelsohne als Nicht-EU-Personen betrachtet werden, hat das Handelsabkommen dennoch große Auswirkungen darauf, wie Investitionen, die über den Ärmelkanal hinweg getätigt werden, künftig auf beiden Seiten behandelt werden müssen.

Das Handelsabkommen und seine Regelungen für ausländische Investitionen: der Grundsatz der Gleichbehandlung vs. die Sicherheitsausnahme

Eines der Hauptziele des Handelsabkommens besteht darin, eine Ungleichbehandlung von Bürgern und Wirtschaftsakteuren beider Vertragsparteien in verschiedenen Bereichen der Beziehungen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich zu verhindern, auch im Bereich der Investitionsschutzkontrolle. Auch wenn das Handelsabkommen dazu keine expliziten Anforderungen enthält, existieren aber Regeln für den freien Kapitalverkehr, die sich auf die Prüfung ausländischer Investitionen auswirken.

Artikel SERVIN.2.3 in Titel II (Dienstleistungen und Investitionen) des Handelsabkommens ist für die EU, für Deutschland und für viele weitere Mitgliedstaaten von zentraler Bedeutung, da er den Gleichbehandlungsgrundsatz festschreibt: Investoren aus dem Gebiet der jeweils anderen Vertragspartei dürfen nicht weniger günstig behandelt werden als Investoren aus dem eigenen Gebiet. Artikel SERVIN.2.2 verhindert weitere, weniger gängige Beschränkungen des Kapitalverkehrs, wie z. B. prozentuale Höchstgrenzen für ausländische Beteiligungen. In der EU wurden solche direkten Beschränkungen ausländischer Direktinvestitionen in den meisten Mitgliedstaaten schrittweise abgeschafft, bestehen jedoch noch immer in kritischen Sektoren, wie z. B. der Luftfahrtindustrie.

Das Handelsabkommen enthält jedoch auch eine Sicherheitsausnahme, ähnlich der Ausnahme in Artikel XXI des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens („GATT“), das Teil des vertraglichen Rahmens der Welthandelsorganisation („WTO“) ist. So wahrt Artikel EXC.4 mit dem Titel „Ausnahmen zur Wahrung der Sicherheit“ unter anderem das Recht jeder Vertragspartei, „Schritte zu unternehmen, die sie für den Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen als notwendig erachtet“, unter anderem im Zusammenhang mit der Herstellung von oder dem Verkehr mit Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder in Bezug auf spaltbare oder fusionsfähige Stoffe oder auf Stoffe, aus denen diese gewonnen werden.

Die Bestimmungen des Handelsabkommens sind nicht nur für die EU, sondern auch für ihre Institutionen und Mitgliedstaaten bindend (vgl. Art. 216 (2) AEUV). Das Handelsabkommen bindet als unmittelbar geltendes Recht auch die Behörden der Mitgliedstaaten und betroffene Privatpersonen. Dies gilt jedenfalls für die Artikel SERVIN.2.2 und SERVIN.2.3 des Handelsabkommens, da sie hinreichend klar und keinen Bedingungen unterworfen sind. Dies hat Konsequenzen sowohl für die Anwendbarkeit der EU-Screening-Verordnung als auch für die nationalen Regelungen zur Investitionskontrolle.

Die im Handelsabkommen verankerten Regeln zur Gleichbehandlung stützen die Auffassung, dass die materiellen Bestimmungen der EU-Screening-Verordnung grundsätzlich nicht für Investoren aus dem Vereinigten Königreich gelten sollten. Die EU-Screening-Verordnung unterscheidet zwischen Investoren, die in der EU ansässig sind, und solchen, die nicht in der EU ansässig sind, und enthält daher eine Ungleichbehandlung, die das Handelsabkommen in den Beziehungen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich verhindern soll.

Dementsprechend sollte Deutschland Investoren aus dem Vereinigten Königreich Investoren aus EU-Mitgliedstaaten gleichstellen und sie nicht einer sektorübergreifenden Prüfung im Sinne der §§ 55 ff. AWV unterziehen. Anderes gilt, sofern nicht im Einzelfall nachgewiesen werden kann, dass die Ungleichbehandlung von UK-Investoren gemäß der oben erwähnten Sicherheitsausnahme des Artikels EXC.4 des Handelsabkommens gerechtfertigt ist. Bisher jedoch scheint das BMWi, wie nachstehend näher besprochen, geneigt zu sein, sich auf die Sicherheitsausnahme zu berufen, um die sektorübergreifende Prüfung bei UK-Investoren generell und nicht nur in Ausnahmefällen zu rechtfertigen.

Die – uneingeschränkte – Anwendung der sektorspezifischen Prüfungskompetenzen nach §§ 60 ff. AWV auf Investoren aus dem Vereinigten Königreich ist indes folgerichtig. In diesem Kontext liegt keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor, da Investoren aus anderen EU-Ländern und Investoren aus dem Vereinigten Königreich gleich behandelt werden.

Investoren aus dem Vereinigten Königreich müssen damit rechnen, in Deutschland ab dem 01. Januar 2021 einer umfassenden Investitionsprüfung unterzogen zu werden.

Nach einer kurzen Abstimmungsphase, sowohl intern als auch offenbar mit der Europäischen Kommission, hat das BMWi inzwischen klar kommuniziert, dass ab dem 01. Januar 2021 Investoren aus dem Vereinigten Königreich vollständig den Regelungen der §§ 55 ff. AWV unterfallen. Das BMWi verweist u.a. ausdrücklich auf die Sicherheitsausnahme des Handelsabkommens und erklärt, dass die Investitionsprüfung eine Maßnahme zur Gewährleistung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit in Deutschland und anderen EU-Mitgliedstaaten sowie bestimmter EU-Programme ist.

In Bezug auf M&A-Transaktionen, bei denen das Signing im Jahr 2020 erfolgte und das Closing zum Zeitpunkt der Rechtsänderung unmittelbar bevorsteht, hat das BMWi klargestellt, dass nur Akquisitionen, bei denen das Signing nach dem 01. Januar 2021 erfolgte, der Investitionskontrolle unterliegen.

Empfehlung: Investoren aus dem Vereinigten Königreich sollten Investitionskontrolle einplanen

Investoren aus dem Vereinigten Königreich sind in Deutschland gut beraten, freiwillig Unbedenklichkeitsbescheinigungen in den Fällen zu beantragen, in denen ein Risiko verbleibt, dass das BMWi die Transaktion *ex officio* prüfen kann, und alle Transaktionen anzumelden, die möglicherweise einer Meldepflicht unterfallen. Dadurch ist sichergestellt, dass die Rechtmäßigkeit ihrer Investition nicht gefährdet wird. Es ist zu erwarten, dass sich das Vereinigte Königreich in Bezug auf inländische Investitionen von Investoren aus einem der 27 EU-Mitgliedstaaten in

gleicher Weise positionieren wird, sodass auch dort mit einer Investitionsprüfung zu rechnen ist. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass das Vereinigte Königreich erst kürzlich Vorschläge für ein sehr weitreichendes und restriktives Regelungsnetzwerk zur Prüfung ausländischer Investitionen vorgelegt hat – den Entwurf des „*National Security and Investment Bill*“, der derzeit im Parlament beraten wird.

Bedenken hinsichtlich des angekündigten Ansatzes des BMWi

Der vom BMWi verfolgte Ansatz, UK-Investoren vollständig einer sektorübergreifenden Investitionsprüfung nach §§ 55 ff. AWV zu unterwerfen, erscheint zumindest fragwürdig, da er das im Handelsabkommen verankerte Grundgebot der Gleichbehandlung missachten könnte. Das BMWi scheint auf eine Ausnahmeregelung zurückzugreifen, ohne im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Ausnahme tatsächlich erfüllt sind.

Zum Gebot der Nichtdiskriminierung zwischen UK-Investoren und Investoren aus der EU ist anzumerken, dass das BMWi dieses in seiner Erklärung nicht in Abrede stellt, jedoch auf die Sicherheitsausnahme verweist. Das Ministerium geht offenbar davon aus, dass diese Ausnahme weit und vage genug ist, um den deutschen Behörden von vornherein eine Missachtung der grundlegenden vertraglichen Anforderungen hinsichtlich Nichtdiskriminierung zu erlauben. Dieser Ansatz erscheint allerdings fragwürdig, weil er außer Acht lässt, dass die in Artikel EXC.4 des Handelsabkommens verankerte Sicherheitsausnahme an eine Reihe spezifischer Bedingungen geknüpft ist, die einer objektiven Prüfung standhalten müssen; zur Erfüllung dieser Bedingungen reicht es nicht aus, dass sich eine Vertragspartei einfach auf die Ausnahmebestimmung beruft. So kann die Ausnahme vor allem nur zur Rechtfertigung von Schritten geltend gemacht werden, die als „notwendig für den Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen“ erachtet werden, und zwar in den folgenden wenigen Konstellationen:

- (i) Schritte im Zusammenhang mit der Herstellung von oder dem Verkehr mit Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder mit dem Verkehr und Geschäften mit sonstigen Waren und Stoffen, Dienstleistungen und Technologien sowie mit Wirtschaftstätigkeiten, die direkt oder indirekt der Versorgung einer militärischen Sicherheitseinrichtung dienen;
- (ii) Schritte in Bezug auf spaltbare oder fusionsfähige Stoffe oder auf Stoffe, aus denen diese gewonnen werden; oder
- (iii) Schritte, die in Kriegszeiten oder bei sonstigen ernststen Krisen in den internationalen Beziehungen unternommen werden.

Es kann davon ausgegangen werden, dass die Investitionsvorhaben vieler UK-Investoren in Deutschland nicht im Entferntesten von einem der genannten Szenarien erfasst sein wird. Die Unterwerfung dieser Vorhaben unter eine sektorübergreifende Investitionsprüfung unter Missachtung der grundlegenden Gleichbehandlungsanforderungen kann daher nicht durch einen generellen Rückgriff auf die Sicherheitsausnahme gerechtfertigt werden. Es bleibt abzuwarten, ob der Ansatz des BMWi in der Praxis nuancierter ausfallen wird als auf seiner Website angekündigt.

Begrenzte praktische Bedeutung der geänderten Regelung für Investoren von den Kanalinseln

Aus steuerlichen Gründen werden viele Investitionen so strukturiert, dass eine Gesellschaft mit Sitz auf den Kanalinseln oder in einem anderen Drittstaat zwischen die Gesellschaft im Vereinigten Königreich und die Zielgesellschaft in der EU geschaltet wird. Schon vor dem Brexit behandelte das BMWi derartig strukturierte Investitionen als Investitionen aus Drittstaaten. Die beschriebene Änderung ist für Investoren von den Kanalinseln begrenzt relevant. Die *in praxi* höchst relevante Frage, ob (Private Equity-)Investoren mit Sitz auf den Kanalinseln von den EU- und mitgliedstaatlichen Regelungen zur Investitionskontrolle ausgenommen sind, ist zu verneinen. Daher stellt es jedenfalls keine rechtswidrige Diskriminierung dar, Investoren von den Kanalinseln der Investitionskontrolle zu unterwerfen. Das Handelsabkommen weist ausdrücklich darauf hin, dass sein Regelwerk im Wesentlichen nur für die Bereiche der Fischerei und bestimmte Bereiche des Warenhandels gilt. In Deutschland hat das BMWi bereits vor dem Brexit Investoren von den Kanalinseln als Nicht-EU-Personen behandelt. Dies wird sich in absehbarer Zeit nicht ändern.