

6. Das deutsche Außenwirtschaftsgesetz vor dem Hintergrund der neuen Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen

Sophie Luise BEUTTENMÜLLER*

Einführung: Mit Inkrafttreten des Reformvertrags von Lissabon am 01.12.2009¹⁾ wurden auch die Zuständigkeiten der Europäischen Union im Außenhandel neu geordnet. So sieht fortan Art. 207 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 AEUV²⁾ eine Unionszuständigkeit für den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen zum Schutz ausländischer Direktinvestitionen vor. Art. 207 Abs. 2 AEUV enthält die Unionszuständigkeit zum Erlass des entsprechenden Sekundärrechts. Während der Waren und Dienstleistungshandel, sowie die Handelsaspekte geistigen Eigentums bereits bislang zumindest teilweise in die Kompetenz der EG³⁾ fielen, ist die Aufnahme ausländischer Direktinvestitionen in die Vorschriften über die gemeinsame Handelspolitik neu. Unter ausländischen Direktinvestitionen versteht man allgemein eine Vermögensanlage im Ausland mit dem Ziel, Kontrolle über die erworbenen Aktiva, oftmals Unternehmensanteile, auszuüben. In Abgrenzung zu reinen Finanzinvestitionen (bspw. Portfolioinvestitionen) steht bei den Direktinvestitionen der Kontrollerwerbstatbestand im Vordergrund. Aus Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV ergibt sich, dass alle in Art. 207 AEUV genannten Sachbereiche fortan in die *ausschließliche* Zuständigkeit der Union und nicht mehr der Mitgliedstaaten fallen. Vor dem Hintergrund dieser neuen Unionszuständigkeit soll untersucht werden, welche Daseinsberechtigung das deutsche Außenwirtschaftsgesetz⁴⁾, genauer dessen Regelungsgehalt bzgl. ausländischer Direktinvestitionen, noch hat.⁵⁾ Hierfür wird

* Rechtsassessorin, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl Prof. Dr. Rudolf Streinz, Ludwig-Maximilians-Universität München.

- 1) Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und die Charta der Grundrechte der EU finden sich in ABl. C 83 vom 30.03.2010.
- 2) Seit Inkrafttreten des Reformvertrags von Lissabon am 01.12.2009 gibt es den EU-Vertrag (kurz EUV) und den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (kurz AEUV).
- 3) Rechtsnachfolgerin der EG ist seit dem Inkrafttreten des Reformvertrags von Lissabon die EU, vgl. Art. 1 Abs. 3 S. 3 EUV n.F.
- 4) Ursprüngliche Fassung vom 28. April 1961, BGBl. I S. 481, 495; Inkrafttreten am 01. September 1961, Neubekanntmachung vom 27. Mai 2009, letzte Änderung durch Art. 1 G vom 18. April 2009 (BGBl. I S. 770), Inkrafttreten der letzten Änderung am 24. April 2009.
- 5) Auf die Auswirkungen der Unionskompetenz hinsichtlich des Handels mit Waren und Dienstleistungen wird im Rahmen dieses Beitrags nicht eingegangen. Im Fokus stehen allein die Vorschriften des AWG über ausländische Direktinvestitionen.

zunächst kurz die Systematik der Beschränkungen ausländischer Direktinvestitionen im AWG dargestellt, um anschließend unter Bezugnahme auf die Unionskompetenzen und die Rechtsprechung zum Anwendungsvorrang deren Anwendungsbereich zu diskutieren.

I. Die Regelungssystematik bzgl. ausländischer Direktinvestitionen im deutschen Außenwirtschaftsgesetz

Das deutsche Außenwirtschaftsgesetz (im folgenden AWG) stellt in § 1 AWG den Grundsatz auf, dass unter anderem der Kapital-, Zahlungs- und sonstige Wirtschaftsverkehr mit fremden Wirtschaftsgebieten sowie der Verkehr mit Auslandswerten und Gold zwischen Gebietsansässigen (in § 1 AWG legaldefiniert als Außenwirtschaftsverkehr) grundsätzlich frei ist und nur den Beschränkungen unterliegt, die das AWG oder die Außenwirtschaftsverordnung (AWV)⁶⁾ vorsehen werden. Das AWG wurde am 18. April 2009 einer Novelle unterzogen, ebenso die das Gesetz konkretisierende Außenwirtschaftsverordnung (AWV).⁷⁾ Mit der Novelle wurde in § 7 Abs. 1 Nr. 4 AWG die Beschränkungsmöglichkeit ausländischer Direktinvestitionen aus Gründen der „*öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland im Sinne von Art. 46 und 58 Abs. 1 des EG-Vertrages*“ aufgenommen.⁸⁾

Auf diesen neu aufgenommenen Rechtfertigungsrund bezieht sich dann auch die neue Konkretisierung in § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG, die folgendermaßen lautet:

„Nach Absatz 1 können insbesondere beschränkt werden ...

*6. Rechtsgeschäfte über den Erwerb gebietsansässiger Unternehmen oder von Anteilen solcher Unternehmen durch einen gemeinschaftsfremden Erwerber, wenn infolge des Erwerbs die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gemäß Absatz 1 Nr. 4 gefährdet ist; dies setzt voraus, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt...“*⁹⁾

Dies bedeutet, dass auch Direktinvestitionen, die ausgehend vom Ausland auf deutschem Boden vorgenommen werden, aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit untersagt

6) Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetzes, kurz Außenwirtschaftsverordnung, ursprüngliche Fassung vom 22. August 1961, BGB. S. 1381, Inkrafttreten am 01. September 1961, letzte Änderung durch Art. 1 Änd.VO vom 18. August 2010, BAnz. S. 2891, Inkrafttreten am 25. August 2010.

7) Das Änderungsgesetz ist zu finden in Bundesgesetzblatt Jahrgang 2009 Teil I Nr. 20, ausgegeben zu Bonn am 23. April 2009, abrufbar unter: www.bundesgesetzblatt.de.

8) Es müsste nunmehr nach der Vertragsreform von Lissabon auf Art. 52 Abs. 1 und Art. 65 Abs. 1 lit. b) AEUV Bezug genommen werden. Da diese „neuen“ Artikel jedoch wortlautidentisch sind, ändert sich an der hier zu diskutierenden inhaltlichen Problematik nichts.

9) Hervorhebungen durch die Verfasserin des Beitrags.

werden können. Zuständig für die Untersagung ist gemäß § 53 AWV das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Diese Untersagungskompetenz soll aber nur bei einem Stimmrechtsanteil ab 25 % gelten. Alle Beteiligungen unterhalb dieser Schwelle werden nicht der Prüfung hinsichtlich einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unterzogen. Der Anteil der 25 % dürfte sich an den Diskussionen zur Abgrenzung von Direkt- und Portfolioinvestitionen orientieren, bei der immer wieder neue Schwellenwerte im Raum stehen und diskutiert werden.¹⁰⁾ Um für einen geplanten Erwerb eine gewisse Rechtssicherheit zu haben, besteht nach § 53 Abs. 3 AWV die Möglichkeit auf schriftlichen Antrag hin eine Unbedenklichkeitsbescheinigung für den anvisierten Erwerb ausgestellt zu bekommen. Abs. 4 der Vorschrift schließlich nennt nicht abschließend die Mittel, die dem Bundesministerium für die Durchsetzung einer Untersagung zu Verfügung stehen, namentlich die Untersagung der Ausübung der Stimmrechte oder die Bestellung eines Treuhänders zur Rückabwicklung bereits getätigter Geschäfte. Die ergriffenen Maßnahmen müssen jedenfalls dem Erforderlichkeitsgrundsatz entsprechen.¹¹⁾

Vor dem Hintergrund der neuen EU-Zuständigkeit für ausländische Direktinvestitionen stellt sich die Frage, inwieweit diese Regelungen noch rechtmäßig sind und Bestand haben.

II. Die Unionskompetenz für Direktinvestitionen

1. Unionskompetenzen im Bereich ausländischer Direktinvestitionen – Rechtslage vor Inkrafttreten des Lissabonvertrags

Bereits bislang kamen der Union Kompetenzen im Bereich der ausländischen Direktinvestitionen zu, jedoch waren diese nicht expliziter, sondern impliziter Natur. Bereits frühzeitig erkannte der EuGH an, dass der völkerrechtliche Grundsatz der Implied-Powers auch für die Ermittlung der Unionskompetenzen Anwendung findet.¹²⁾ Insbesondere dann, wenn dies zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich war, konnte die Union aus ihren Innenkompetenzen auch Außenkompetenzen herleiten. Die Voraussetzungen für die Anerkennung impliziter Unionskompetenzen sind mittlerweile in vier (abschließenden) Fallgruppen in Art. 216 Abs. 1 AEUV niedergelegt. So verfügte die EU auch bereits vor Inkrafttreten des Lissabonvertrages über Kompetenzen für ausländische

10) Vgl. die Übersicht zur Diskussion in der Wissenschaft *C. Herrmann*, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, *EuZW* 2010, S. 207, 208 f.

11) Vgl. zu Systematik, Inhalt und Verfahren der Neuregelung die ausführlichen Darstellungen von *W. Reinhardt/A. Pelster*, Stärkere Kontrolle von ausländischen Investitionen – Zu den Änderungen von AWG und AWV, *NZG* 2009, S. 441 ff.; *H. Müller/R. Hempel*, Änderungen des Außenwirtschaftsrechts zur Kontrolle ausländischer Investoren, *NJW* 2009, S. 1638 ff.; *T. Voland*, Freitag, der Dreizehnte – Die Neuregelungen des Außenwirtschaftsrechts zur verschärften Kontrolle ausländischer Investitionen, *EuZW* 2009, S. 519 ff.

12) Bspw. EuGH Rs. 22/70, *Kommission/Rat (AETR)*, Slg. 1971, 263.

Direktinvestitionen. Dies ergab sich aus den Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit in ex Art. 56 ff. EG (jetzt Art. 63 ff. AEUV). Diese Vorschriften haben expliziten Drittstaatenbezug und sehen liberalen Zugang ausländischen Kapitals für das gesamte Unionsgebiet vor, vgl. Art. 63 Abs. 1 AEUV (ex Art. 56 Abs. 1 EG). Mit Urteil vom 18. Dezember 2007 entschied der EuGH, dass die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 Abs. 1 AEUV auch für ausländische Direktinvestitionen, die von einem Investor aus einem Drittstaat vorgenommen werden, unmittelbar anwendbar ist und unmittelbare Wirkung entfaltet.¹³⁾ Dies bedeutet, dass der Kapitalverkehr, als unmittelbarer und zwingend erforderlicher Begleitumstand einer Direktinvestition, gegenüber jeglichen Drittstaatsangehörigen einseitig liberalisiert ist. Um diese einseitige Liberalisierung kontrollieren zu können, sind in Art. 64 und 65 AEUV (ex. Art. 57, 58 EG) beschränkende Maßnahmen durch die Union als auch durch die Mitgliedstaaten ermöglicht.

Die Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit sahen und sehen keine expliziten externen Unionskompetenzen für ausländische Direktinvestitionen vor. Diese ergaben sich jedoch implizit aus Art. 57 Abs. 2 EG (jetzt Art. 64 Abs. 2 AEUV). Dass nicht nur die Literatur diese impliziten Kompetenzen anerkannte, sondern auch in der Praxis von ihnen Gebrauch gemacht wurde, zeigt sich daran, dass verschiedene von der Union geschlossene internationale Abkommen mit investitionsbezogenen Inhalten nach Verweis auf die Implied-Powers Lehre auf die Rechtsgrundlage des Art. 57 Abs. 2 EG gestützt wurden.¹⁴⁾

2. Die (neue) Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen in Art. 207 Abs. 1 AEUV
Seit dem Inkrafttreten des Lissabonvertrags findet sich die Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen nunmehr explizit in den Vorschriften über die gemeinsame Handelspolitik, in Art. 207 Abs. 1 AEUV. Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. e) i.V.m. Art. 207 Abs. 1 AEUV ist die neue Unionsaußenhandelskompetenz eine ausschließliche Kompetenz der Union, was bedeutet, dass die Mitgliedstaaten keine Zuständigkeit mehr besitzen, die von der neuen Unionskompetenz erfassten Sachverhalte zu regeln. Gleichzeitig darf auf bisherige Rechtsnormen, die einen solchen Sachverhalt erfassen, auf Grund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts in Kollisionsfällen nicht mehr zurückgegriffen werden.¹⁵⁾ Damit sieht es zunächst so aus, als fielen auch die im deutschen Außenwirtschaftsgesetz gemäß § 1 AWG geregelten Sachverhalte seit dem 01.12.2009 grundsätzlich in die explizite ausschließliche externe Unionszuständigkeit. Dann allerdings würde der Anwendungsbereich des deutschen

13) EuGH, Rs. C-101/05, abgedruckt in IStR 2008, S. 66 ff.

14) Zu finden ist u.a. auch, dass die Union in Erwähnung impliziter Kompetenzen sich in Freihandelsabkommen auch auf die Vorschriften über die freie Niederlassung stützt. Da die Niederlassungsfreiheit jedoch an sich nur den Binnenmarkt betrifft, dürfte es relativ schwierig oder zumindest unsicher sein, hieraus implizite externe Unionskompetenzen abzuleiten.

15) Vgl. umfassend zum Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts *R. Streinz*, Europarecht, 7. Auflage, Rn. 201 ff.

AWG für ausländische Direktinvestitionen leerlaufen, es wäre sogar mangels Sachkompetenz der BRD rechtswidrig. Ob dies der Fall ist, ist im Folgenden zu prüfen. Die Union hat die Möglichkeit, ihre Kompetenzen aus Art. 207 Abs. 1 AEUV auf zwei Arten auszuüben, über die autonome und die vertragliche Handelspolitik. Die autonome Handelspolitik sieht den Erlass von Einzelfallmaßnahmen, die vertragliche Handelspolitik den Abschluss völkerrechtlicher Handelsabkommen vor. Art. 207 Abs. 2 AEUV sieht vor, dass das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289 AEUV durch Verordnungen den Rahmen für die Umsetzung der gemeinsamen Handelspolitik bestimmen. Auf dieser Grundlage dürften künftig auch die Maßnahmen autonomer Handelspolitik erlassen werden. Art. 207 Abs. 3 AEUV sieht dann die Möglichkeit des Aushandelns und Abschließens von völkerrechtlichen Abkommen mit Drittstaaten bezüglich der in Art. 207 Abs. 1 AEUV genannten Materien vor (vertragliche Handelspolitik).

3. Das Verhältnis von Art. 207 AEUV und den Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 ff. AEUV

Es gibt also nach Inkrafttreten des Lissabonvertrages zwei Stellen im Unionsrecht, an denen ausländische Direktinvestitionen geregelt werden: die Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 Abs. 1 AEUV ff. und die Vorschriften über die gemeinsame Handelspolitik in Art. 207 Abs. 1 AEUV. Das Verhältnis dieser Vorschriften zueinander ist umstritten wobei die überwiegende Anzahl der Stimmen in der Literatur Art. 207 Abs. 1 AEUV als die speziellere Kompetenznorm erachtet.¹⁶⁾ Bei genauerer Betrachtung ergibt sich folgendes Verhältnis der Vorschriften zueinander, wobei zwischen autonomer und vertraglicher Handelspolitik unterschieden werden soll:

a. Vertragliche Handelspolitik

Art. 63 Abs. 1 AEUV, der primärrechtlich einen grundsätzlich einseitig liberalisierten Kapitalverkehr aus Drittstaaten in Mitgliedstaaten der Union vorschreibt, bindet zwar Union und Mitgliedstaaten, ist jedoch keine Zuständigkeitsvorschrift zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Implizite Vertragsschlusskompetenzen waren bislang Art. 57 Abs. 2 EG zu entnehmen. Fortan findet sich eine neue Vertragsschlusskompetenz für ausländische Direktinvestitionen in Art. 207 Abs. 3 AEUV. Deren Reichweite ist aus Art. 207 Abs. 1 AEUV abzuleiten. Da die Unionskompetenz fortan ohne eine Unterscheidung zwischen der Frage des Marktzugangs und der sich daran anschließenden Phase der Niederlassung in Art. 207 Abs. 1 AEUV festgeschrieben ist, sieht die überwiegende Ansicht im Schrifttum sowohl die Phase des Marktzugangs als auch die sich daran anschließende Phase der Niederlassung von Art. 207 AEUV als erfasst an. Damit bleibt mangels Erforderlichkeit für die Anwendung impliziter Vertragsschlusszuständigkeiten aus der Kapitalverkehrsfreiheit kein Raum mehr.

16) Vgl. die Darstellung zum Stand der Wissenschaft bei *C. Herrmann*, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, *EuZW* 2010, S. 207, 208 f.

Eine implizite Vertragsabschlusskompetenz für ausländische Direktinvestitionen lässt sich Art. 64 Abs. 2 AEUV demnach künftig nicht mehr entnehmen. Art. 207 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 AEUV ist für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit dem Inhalt ausländischer Direktinvestitionen *lex specialis*.

b. Autonome Handelspolitik

Offen bleibt also die Frage des Verhältnisses der autonomen Handelspolitik zu den Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit. Die autonome Handelspolitik meint gerade nicht die völkervertraglichen Abkommen über den Freihandel, sondern einseitige (autonome) Maßnahmen, die bspw. von der Union verhängt werden können, wenn die vertraglich vereinbarten Verhaltensweisen vom Handelspartner nicht eingehalten werden. Zur autonomen Handelspolitik zählen tarifäre Maßnahmen (wie bspw. Zölle) und nicht-tarifäre Maßnahmen (wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, die Pflicht zur Vorlage von Dokumenten, die Einhaltung bestimmter technischer oder gesundheitssichernder Standards etc.).

Art. 207 Abs. 2 AEUV dürfte die künftige Rechtsgrundlage für den Erlass von Maßnahmen in der autonomen Handelspolitik sein.¹⁷⁾ Damit sind grundsätzlich auch alle autonomen Maßnahmen gegenüber ausländischen Direktinvestitionen, die innerhalb der EU vorgenommen werden sollen, auf Art. 207 Abs. 2 AEUV bzw. die darauf basierende Grundverordnung zu stützen. Die *lex specialis* Wirkung des Art. 207 AEUV hätte damit grundsätzlich zur Folge, dass die Union einseitige Beschränkungen auch gegenüber ausländischen Direktinvestitionen nicht mehr auf der Basis des Art. 64 Abs. 2, 3 AEUV erlässt, sondern über Art. 207 Abs. 2 AEUV.

4. Die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Beschränkung ausländischer Direktinvestitionen aus Art. 65 AEUV innerhalb dieses neuen Normgefüges

Es fragt sich jedoch, wie die Befugnis der Mitgliedstaaten aus Art. 65 AEUV in dieses Gefüge einzuordnen ist. In Art. 65 AEUV ist festgeschrieben, dass die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen den freien Kapitalverkehr auf ihr Gebiet beschränken dürfen u.a. aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, vgl. Art. 65 Abs. 1 lit. b) AEUV. Von dieser Befugnis hat die Bundesrepublik Deutschland wie eingangs aufgezeigt in ihrem Außenwirtschaftsgesetz und in ihrer Außenwirtschaftsverordnung Gebrauch gemacht. Aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sollen ausländische Direktinvestitionen ab einer bestimmten Höhe (bei Erwerb von 25 % der Stimmrechtsanteile) beschränkt werden. Nach der Vorschrift des Art. 65 AEUV haben die Mitgliedstaaten die primärrechtlich

17) Noch ungeklärt ist, ob jegliche autonome Maßnahme auf der Grundlage des Art. 207 Abs. 2 AEUV zu erlassen ist oder ob auf der Grundlage des Art. 207 Abs. 2 AEUV eine Grundverordnung erlassen werden soll, deren Durchführung der Kommission dann nach Art. 290 oder (und auch dies ist bislang ungeklärt) Art. 291 AEUV übertragen wird.

verankerte Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen den freien Kapitalfluss in ihr Land zu beschränken. Art. 207 AEUV hingegen sieht eine solche Befugnis der Mitgliedstaaten *nicht* vor. Die Rechtmäßigkeit des § 7 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 6 AWG ist somit davon abhängig, welche Norm tatsächlich heranzuziehen ist, Art. 65 oder Art. 207 Abs. 2 AEUV. Es muss also eine Zuständigkeitsabgrenzung dieser beiden Normen vorgenommen werden.

5. Grenzen der Unionskompetenz?

Hierfür ist bedeutsam, dass die neue Unionszuständigkeit des Art. 207 AEUV auch Schranken hat und zwar insbesondere diejenigen, die sich aus der Normenhierarchie innerhalb des Unionsrechts ergeben, als auch die explizite Schranke des Art. 207 Abs. 6 AEUV, die sich auf die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten bezieht.

a. Primärrechtliche Schranken

Das Unionsrecht ist grundsätzlich eingeteilt in Primär-, Sekundär- und Tertiärrecht, wobei die Grundrechte und die allgemeinen Rechtsprinzipien zusammen mit den Gründungsverträgen einschließlich deren Anlagen, Anhängen und Protokollen (vgl. Art. 31 Abs. 2 WVRK) das Primärrecht darstellen.¹⁸⁾ Dieses stellt den Prüfungsmaßstab für das Sekundärrecht (nach dem Vertrag von Lissabon gemäß Art. 288 AEUV Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen) dar.¹⁹⁾

Zwischen Primär- und Sekundärrecht einzuordnen sind die völkerrechtlichen Abkommen der Union, was sich aus folgenden Überlegungen ergibt: Die von der Union kraft ihrer Verbandskompetenz geschlossenen völkerrechtlichen Verträge binden die Mitgliedstaaten und die Organe der Union, Art. 216 Abs. 2 AEUV (ex. Art. 300 Abs. 7 EG). Sie bilden nach ständiger Rechtsprechung des EuGH einen „integrierenden Bestandteil des Gemeinschaftsrechts“ (fortan Unionsrechts).²⁰⁾ Sowohl die Mitgliedstaaten, das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission haben das Recht, ein Gutachten des Gerichtshofs über die Vereinbarkeit einer (geplanten) Übereinkunft mit den Verträgen einzuholen, vgl. Art. 218 Abs. 11 AEUV. Daraus ergibt sich, dass die Rechtmäßigkeit der völkerrechtlichen Übereinkünfte der Union am Primärrecht zu messen ist. Kommt der Gerichtshof zum Schluss, dass die (geplante) Übereinkunft nicht mit dem Primärrecht in Einklang steht, kann sie erst in Kraft treten, wenn sie selbst oder die Verträge geändert werden, vgl. Art. 218 Abs. 11 S. 2 AEUV.

18) Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung in *R. Streinz*, Europarecht, 8. Auflage, Rn. 404 ff., 412 ff., die gleichsam auch auf die Kompetenz des EuGHs in diesem Zusammenhang sowie auf die Herleitung und Geltung der Unionsgrundrechte eingeht.

19) *Streinz*, Rn. 404 ff., 423 ff.

20) EuGH, Rs. 181/73, *Haegemann/Belgien*, Slg. 1974, 449, Rn. 2/6.

Aus der zwingenden Bindungswirkung der völkerrechtlichen Abkommen, die diese gegenüber den weiteren Handlungen der Organe der Union gemäß Art. 216 Abs. 2 AUV entfalten, und dem zwingenden Erfordernis der Übereinstimmung mit dem Primärrecht ergibt sich eine Einordnung der völkerrechtlichen Verträge der Union im Rangverhältnis zwischen Primärrecht und Sekundärrecht. Dies hat der EuGH auch in seiner langjährigen Rechtsprechung bestätigt, in dem er die völkerrechtlichen Abkommen der Union als integrierenden (integrierten) Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft (fortan des Unionsrechts) anerkennt.²¹⁾

Dies bedeutet, dass sich beide Handlungsformen der Gemeinsamen Handelspolitik, also sowohl die Verordnung zur Bestimmung des Rahmens der Handelspolitik gemäß Art. 207 Abs. 2 AEUV, als auch das völkerrechtliche Abkommen der Union nach Art. 207 Abs. 3 AEUV am Primärrecht messen lassen müssen. Sollte dieses Primärrecht – wie wie im Fall des Art. 65 AEUV – eigene Beschränkungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten vorsehen, sind diese gegenüber einer Verordnung oder einem Abkommen nach Art. 207 Abs. 2, 3 AEUV auf Grund der Normenhierarchie innerhalb des Unionsrechts als vorrangig zu betrachten.

b. Schranken aus Art. 207 Abs. 6 AEUV

Darüber hinaus kennt Art. 207 Abs. 6 AEUV weitere Schranken der Unionskompetenz für Direktinvestitionen.

Dieser Absatz sieht vor, dass *„[D]ie Ausübung der durch diesen Artikel übertragenen Zuständigkeiten ... keine Auswirkungen auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten [mit sich bringt] und nicht zu einer Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten [führt], soweit eine Harmonisierung in den Verträgen ausgeschlossen wird .*

Zwar werden im Schrifttum aus dieser verklausulierten Umschreibung der Zuständigkeitsverteilung unterschiedliche Rechtswirkungen hergeleitet, auf die detailliert einzugehen hier Platz und Rahmen fehlen.²²⁾ Schaut man sich die Vorgängervorschrift des Art. 207 Abs. 6 AEUV, Art. 133 Abs. 6 EG und die Berichte aus der Arbeitsgruppe zum Verfassungsvertrag im Rahmen der Ausarbeitung der neuen Bestimmungen der gemeinsamen Handelspolitik an, kann man feststellen, dass Art. 207 Abs. 6 AEUV tatsächlich nur die interne (und nicht die externe) Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten erfassen möchte. Verhindert werden soll gerade ein „umgekehrter AETR-Effekt“, so dass es der Union fortan nicht möglich sein soll, von einer weitergehenden Außen- auf die Innenkompetenz zu schließen oder die mitgliedstaatlichen Vorschriften im Lichte der

21) EuGH, Rs. 181/73, *Haegemann/Belgien*, Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; EuGH, Rs. 12/86, *Demirel*, Slg. 1987, 3747, Rn. 7; EuGH, Gutachten 1/91, EWR I, Slg. 1991, I-6079, Rn. 37.

22) Vgl. hierzu u.a. *C. Herrmann*, EuZW 2010, S. 207, 209 f.

geschlossenen Abkommen zu harmonisieren.²³⁾

Festgehalten werden kann, dass Art. 207 Abs. 6 AEUV explizit die sonstigen im Vertrag vorgesehenen Abgrenzungen der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten unangetastet lassen will. Damit kann auch aus Art. 207 Abs. 6 AEUV der Schluss abgeleitet werden, dass trotz der *lex specialis* Regelung des Art. 207 AEUV gegenüber den Vorschriften aus der Kapitalverkehrsfreiheit zumindest die Beschränkungsbefugnis der Mitgliedstaaten aus Art. 65 AEUV auch künftig erhalten bleibt.

IV. Zusammenfassung

Unabhängig davon, dass die neue Unionskompetenz in Art. 207 AEUV geregelt ist, können Beschränkungen des Marktzugangs von Kapital nach wie vor von den Mitgliedstaaten nach Art. 65 AEUV vorgenommen werden. Dies bedeutet, dass die Beschränkungsmöglichkeiten des § 7 Abs.1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 6 AWG und § 53 AWV auch weiterhin Bestand haben, soweit sie mit dem unionsrechtlich determinierten Begriff der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung konform gehen und die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH abbilden. Auf Grund des engen Anwendungsbereichs des Rechtfertigungsgrundes ist zu erwarten, dass hiervon nur in absoluten Ausnahmefällen Gebrauch gemacht werden kann. Dennoch wirkt sich dieses primärrechtlich normierte Einfallstor mitgliedstaatlicher Beschränkungen auch auf die künftige Investitionspolitik der Union aus und muss beim Abschluss von Investitionsabkommen, sofern diese auch Fragen des Marktzugangs nach dem Vorbild US-amerikanischer Investitionsschutzabkommen mitumfassen sollen,²⁴⁾ beachtet werden.

23) Vgl. auch *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 2009, S. 19; *C. Herrmann*, S. 209.

24) Die bisherigen Investitionsschutzabkommen europäischer Länder umfassen zumeist nur Fragen des Schutzes in der Phase nach dem Marktzugang (Post-Market-Access).

