

ANDREAS HEINEMANN

„Ökonomischer Patriotismus“
in Zeiten regionaler und
internationaler Integration

Walter Eucken Institut

*Beiträge zur Ordnungstheorie
und Ordnungspolitik*

175

Mohr Siebeck

Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik

175

Herausgegeben vom
WALTER EUCKEN INSTITUT



Andreas Heinemann

„Ökonomischer Patriotismus“
in Zeiten regionaler
und internationaler Integration

Zur Problematik staatlicher Aufsicht
über grenzüberschreitende
Unternehmensübernahmen

Mohr Siebeck

Andreas Heinemann, geboren 1962; Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften; 1995 Promotion; 2000 Habilitation; 2001–07 Inhaber des Lehrstuhls für deutsches Recht an der Universität Lausanne; seit 2007 Lehrstuhl für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich.

e-ISBN PDF 978-3-16-151747-1
ISBN 978-3-16-150786-1

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg a.N. aus der Stempel Garmond gesetzt, von Müller & Bass in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

ISSN 1434-3371

Inhalt

Vorwort	9
I. Problemstellung	11
1. Der Begriff des „Ökonomischen Patriotismus“	11
2. Ausländische Staatsfonds	13
3. Wirtschaftliche Bedeutung der Direktinvestitionen	13
4. Gang der Darstellung	14
II. Institutionelle Grundlagen	15
1. Rechtslage in einzelnen EU/EFTA-Mitgliedstaaten	15
a) Frankreich	15
b) Spanien und Italien	17
c) Deutschland	19
d) Vereinigtes Königreich	23
e) Mittel- und Osteuropa	24
f) Schweiz	25
2. Ausgewählte andere Staaten	28
a) USA	28
b) Kanada	31
c) Japan	33
d) Russische Föderation	34
e) Volksrepublik China	35
3. Ansatzpunkte von Investitionskontrollregeln	37
4. Faktische Interventionen	38
III. Internationales Wirtschaftsrecht	39
1. Allgemeines Wirtschaftsvölkerrecht	39
2. Bilaterale Verträge	40
3. Multi- und Plurilaterale Verträge	44

a) OECD	44
b) WTO	46
c) Multilateral Agreement on Investment (MAI)	48
d) Energiecharta	49
4. Regionale Verträge ohne EU	50
5. Fazit	51
IV. Europäisches Wirtschaftsrecht	52
1. Freier Kapitalverkehr	52
a) Regelungsgrundsätze	53
b) Verhältnis der Kapitalverkehrs- zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	54
c) Gewährleistung im Verhältnis zu Drittstaaten	55
d) Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit	58
e) Rechtfertigungsgründe	60
f) Vorgaben des Lissabonner Vertrags	63
g) Anmelde- und Genehmigungserfordernisse	64
h) „Goldene Aktien“	65
i) VW-Gesetz	68
j) Spielraum für staatliche Maßnahmen zur Übernahmeabwehr	70
k) Konsequenzen für den nationalen Gesetzgeber	72
aa) Frankreich	72
bb) Deutschland	73
2. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie das Diskriminierungsverbot	75
3. Fusionskontrollrecht	76
4. Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliches Übernahmerecht	78
a) Vinkulierte Namensaktien	79
b) Stimmbindungs-/Aktionärsbindungsverträge	79
c) Kapitalmarktrecht	80
d) Fazit	82
5. EWR/EFTA	84
6. Folgerungen	85

V. Ökonomische Analyse staatlicher Investitionskontrolle	86
1. Volkswirtschaftlicher Ausgangspunkt	86
2. Ziele von Unternehmensübernahmen	87
3. Ziele der Übernahmeabwehr	88
4. Wirkungen einer Unternehmensübernahme	89
5. Vorbehalt zugunsten strategisch wichtiger Sektoren?	91
a) Energiesektor	91
b) Andere Sektoren	94
c) Nationale Sicherheit	94
d) Grundeigentum und natürliche Ressourcen	95
e) Arbeitsmarktpolitik	95
6. Staatsfonds und Staatsunternehmen	96
a) Ausgangslage	96
b) Santiago Principles	97
c) OECD	97
d) EU	98
e) Bewertung	99
7. Reziprozität?	101
8. Tatsächliche Bestimmungsgründe für Regulierung	102
9. Reformbedarf	105
VI. Ausblick	107
1. Gefahr des Protektionismus	107
2. Verbesserung des internationalen Regelwerks	108
Literaturverzeichnis	111
Register	121

Vorwort

Anlass für diese Schrift ist eine doppelte Diskrepanz: In der Regel wird die Kontrolle grenzüberschreitender Unternehmensübernahmen in den Gesetzestexten auf nicht-wirtschaftliche Argumente, nämlich in erster Linie auf den Schutz der nationalen Sicherheit gestützt. Blickt man hinter die Kulissen, so verfolgen staatliche Eingriffe hingegen häufig wirtschaftliche Ziele, z.B. den Erhalt nationaler Champions oder die Sicherung von Arbeitsplätzen. Dies führt zu einer zweiten Widersprüchlichkeit: Während im offiziellen Diskurs und in zahlreichen Rechtstexten der Freiheit des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs hohe Bedeutung zugemessen wird, sieht tatsächliche Politik nicht selten die wirtschaftlichen Ziele besser durch Eingriff als durch Freiheit befördert. Die Untersuchung möchte die genannten Diskrepanzen aufdecken, den zugrundeliegenden Zusammenhängen nachgehen und auf diesem Weg legitime Regulierung von Investitionsprotektionismus abgrenzen.

Die Beschäftigung mit dem Thema geht auf meine Zürcher Antrittsvorlesung im November 2007 zurück. In der Zwischenzeit haben sich Gesetzgebung und Fallpraxis rasant entwickelt, zum Beispiel auch in Deutschland mit der Einführung eines allgemeinen Prüfverfahrens durch die Novelle des Außenwirtschaftsrechts im Jahr 2009. Während eines Forschungssemesters im Herbst 2010 an der New York University School of Law konnte ich die wissenschaftliche Analyse des Phänomens vertiefen. Ich danke herzlich den Kolleginnen und Kollegen vom Global Fellows Program der Hauser Global Law School für die kritische Diskussion meiner Thesen und die wertvollen Anregungen.

Dezember 2010

Andreas Heinemann

I. Problemstellung

1. Der Begriff des „Ökonomischen Patriotismus“

In den letzten Jahren häufen sich Regierungsinterventionen, welche die Übernahme heimischer Unternehmen durch ausländische Investoren zu verhindern trachten. Viele Staaten sehen ihre Interessen durch solche Übernahmen verletzt. Bisweilen schreibt sich dies in einen allgemeinen industriepolitischen Kontext ein, welcher die Förderung „nationaler Champions“ (oder manchmal auch nur: die Rettung nationaler Absteiger) einschließt. Die griffigste Formel für dieses Phänomen hat man in Frankreich gefunden, nämlich die Rede vom „Ökonomischen Patriotismus“. Dieses Konzept wurde vom Abgeordneten *Bernard Carayon* geprägt¹ und steht für ein umfassendes Programm ökonomischen Heimatschutzes, welches auch auf die Verhinderung der Übernahme bestimmter inländischer Unternehmen durch Investoren aus dem Ausland abzielt.² Als im Jahr 2005 Gerüchte über eine Übernahme des französischen Unternehmens *Danone* durch *PepsiCo* zirkulierten, signalisierte der damalige französische Premierminister *Dominique de Villepin* Abwehrbereitschaft und machte den Begriff des *patriotisme économique* einer größeren Öffentlichkeit bekannt.

¹ Aber nicht erfunden: Der Begriff des „patriotisme économique“ wurde wohl zum ersten Mal vom französischen Humoristen *Alphonse Allais* (1854–1905) verwendet, nämlich in dem Text „Patriotisme économique. Lettre à Paul Déroulède“ (in: *Allais*, *Deux et deux font cinq* (2+2 = 5), 1895, S. 178 ff.). Der Zusammenhang war allerdings ein gänzlich anderer, nämlich die Verspottung eines chauvinistischen Widersachers.

² *Carayon*, *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, 2003, S. 11 und passim; *ders.*, *Patriotisme économique: De la guerre à la paix économique*, 2006. Der Bericht von 2003 führte zur Einsetzung eines „Chargé de l’intelligence économique“. Zu Grundlagen und Umfang seiner Mission s. dessen website unter www.intelligence-economique.gouv.fr.

Auch wenn das Wort aus Frankreich stammt: Das Phänomen ist nicht auf dieses Land beschränkt. „Ökonomischer Patriotismus“ im Sinne von Übernahmeabwehr zugunsten heimischer Unternehmen wird in vielen Staaten praktiziert. Die ab dem Jahr 2007 einsetzende Finanz- und Wirtschaftskrise hat dem Phänomen neue Akzente verliehen: Staaten haben auf verschiedenen Ebenen interveniert, z.B. durch Rettungsmaßnahmen zugunsten von Finanzinstituten und durch Subventionen. Sie haben nicht immer der Gefahr widerstanden, diese Maßnahmen zu protektionistischen Zwecken einzusetzen.³ Die Eingriffe scheinen allerdings auf die Subventions- und Zollproblematik beschränkt zu sein. Die Krise hat offensichtlich nicht zu einem allgemeinen Investitionsprotektionismus geführt.⁴ Zwar diente die Teilverstaatlichung von Banken bisweilen dem Ziel, Übernahmen aus dem Ausland zu verhindern.⁵ Andererseits schwächte Kapitalbedarf den Hang zur Intervention in Übernahmevergänge auch ab oder kehrte diesen gar um: Die Unterstützung notleidender Unternehmen durch ausländische Investoren war häufig willkommen.

An der grundsätzlichen Problematik der Übernahmekontrolle hat sich durch krisenbedingte Besonderheiten allerdings nichts geändert. Es ist sogar denkbar, dass das Thema des Investitionsprotektionismus nach dem Auslaufen der Krisenprogramme an Bedeutung gewinnen wird:

³ S. z.B. die Aussage des französischen Staatspräsidenten *Sarkozy* (5.2.2009): „If we give money to the auto industry to restructure itself, it's not so we can hear about a new plant moving to the Czech Republic or wherever.“ Ein anderes Beispiel ist die *Buy American Provision* (Division A, Titel XVI, Section 1605) im *American Recovery and Reinvestment Act* von 2009: Danach können die durch dieses Gesetz zur Verfügung gestellten Mittel im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen nur verwendet werden, wenn Stahl, Eisen und Fertigwaren aus amerikanischer Produktion stammen. Eine Ausnahme besteht, wenn amerikanische Produkte in der gewünschten Qualität nicht zur Verfügung stehen, die Kosten des Gesamtprojekts um 25 % gesteigert würden oder ein öffentliches Interesse entgegensteht. In diesen Fällen muss eine Ausnahmegewilligung von der zuständigen Bundesbehörde erlangt werden. Außerdem enthält die Vorschrift einen Vorbehalt zugunsten internationaler Abkommen. Auch der *Buy American Act* aus dem Jahr 1933 ist noch in Kraft.

⁴ S. die optimistische Zusammenfassung in *UNCTAD*, World Investment Report 2010, S. xiii: „Economic stimulus packages and State aid have impacted on foreign investment, with no significant investment protectionism observed so far.“ Anders hingegen noch *UNCTAD*, World Investment Report 2009, S. xvii: „Overall policy trends during the crisis have so far been mostly favourable to FDI, both nationally and internationally. However, in some countries a more restrictive FDI approach has emerged. There is also growing evidence of ‚covert‘ protectionism.“

⁵ So z.B. die Teilverstaatlichung der Commerzbank, ohne die Commerzbank und Dresdner Bank zu Übernahmезielen geworden wären.