

BLOMSTEIN-Background zur AWG-Novelle und den neuen Beschränkungen der Investitionsfreiheit für ausländische Investoren – ein Blick aus der Praxis

21. Juli 2020

1. Einleitung

Die am 17. Juli 2020 in Kraft getretene Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (**AWG-Novelle**)¹ sorgt für eine weitere Verschärfungen der Investitionskontrolle. Die Anpassungen entsprechen der bereits im November 2019 von Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier angekündigten Industriestrategie 2030 und dienen der Umsetzung der im März 2019 verabschiedeten EU-Screening-VO 2019/452 (**EU-Screening-VO**). Flankiert wird die AWG-Novelle von einer eilig durch die Covid 19-Pandemie veranlassten und zwischenzeitlich in Kraft getretenen Anpassung der Außenwirtschaftsverordnung (**AWV**).² Eine zweite Anpassung der AWV ist für Sommer 2020 zu erwarten, mit der die AWV an die Änderungen des Außenwirtschaftsgesetzes (**AWG**) angeglichen werden soll.

Ziel der Änderungen des Außenwirtschaftsrechts ist es, (i) sicherzustellen, dass das Ministerium über jede relevante Transaktion informiert wird und somit bei jedem Erwerb eines Unternehmens in Deutschland geprüft werden kann, ob die öffentliche Sicherheit oder Ordnung beeinträchtigt sein kann und die weiteren Voraussetzungen der AWV erfüllt sind, (ii) die Effektivität der Investitionsprüfung abzusichern, in dem rechtliche und faktische Vollzugshandlungen vor Abschluss des Prüfverfahrens unterbunden werden, und (iii) künftig die Interessen anderer EU Mitgliedstaaten zu berücksichtigen.

Damit reagiert die Politik auf den (vermeintlich) wachsenden Einfluss, den unionsfremde Investoren auf systemrelevante Bereiche nehmen. Zudem hat die durch das SARS-CoV-2-Virus ausgelöste Krise nach Auffassung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (**BMWi**) die Schwachstellen des europäischen Systems bei der Sicherstellung

¹ Annahme des Gesetzentwurfs v. 31.03.2020 auf Drucksache 19/18700 in geänderter Fassung (BT-Drs. 19/20144, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/201/1920144.pdf>)

² Fünfzehnte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung v. 11.05.2020 abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/F/fuenfzehnte-verordnung-zur-aenderung-der-aussenwirtschaftsverordnung-regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=10

von Versorgungssicherheit und der Verhinderung des Abflusses von Informationen und Technologie aufgezeigt, die es nunmehr zu beseitigen bzw. zu verhindern gilt.³

Für die Transaktionspraxis bedeutet diese erneute Verschärfung des Investitionsprüfungsregimes eine zunehmende Rechtsunsicherheit. Grund dafür ist das Fehlen von Definitionen und klaren Verfahrensregelungen, die es den Parteien erlauben würden, etwaige regulatorische Prüfungsverfahren zuverlässig in Transaktionsstrukturen und -zeitplänen zu berücksichtigen.

Im Folgenden werden zum einen die einzelnen Änderungen in AWG und AWW genauer dargestellt. Zum anderen wird hervorgehoben, an welchen Stellen Unklarheiten bestehen und welche weiteren Auswirkungen auf die Praxis zu erwarten sind.

2. Konsolidierte Fristenregelung in § 14 a AWG

Eine wichtige Änderung betrifft die bis dato in der AWW verstreut aufgeführten Fristenregelungen. Durch die Einführung eines neuen § 14a AWG werden die bisherigen Fristenvorschriften der AWW sowohl für die sektorspezifische als auch für die sektorübergreifende Investitionsprüfung konsolidiert und teils abgeändert. Ziel der Neuregelung ist die Verkürzung der Prüffristen in einfach gelagerten Fällen sowie die Erhöhung der Transparenz, um den an einem Prüfverfahren Beteiligten die Kalkulierbarkeit der Länge des Verfahrens zu erleichtern.

Eine entscheidende Änderung betrifft dabei die Vorprüffrist, welche von bisher drei (§ 55 Abs. 3 bzw. § 61 AWW) auf nunmehr zwei Monate (§ 14 a Abs. 1 Nr. 1 AWG) verkürzt wird. Damit soll nach Angaben des Gesetzgebers die Prüffrist für die Mehrheit der Prüfverfahren, die in der Regel im Rahmen der Vorprüfung ohne Eröffnung des Hauptverfahrens beendet werden können, signifikant gekürzt werden. Die Länge der Hauptprüffrist verbleibt hingegen bei vier Monaten. Jedoch beginnt diese Frist, anders als bisher, schon mit vollständigem Eingang der durch die jeweils einschlägige Allgemeinverfügung spezifizierten sowie im Einzelfall im Eröffnungsbescheid angeforderten Unterlagen. Eine Verlängerung der Prüffrist durch die Nachforderung von Unterlagen – wie bislang in der Praxis häufig geschehen – ist damit nicht mehr möglich. § 14 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 AWG ersetzt insoweit die bisherige Regelung in § 57 AWW. Allerdings ist für den Fall der Nachforderung von Unterlagen eine Hemmung der Hauptprüffrist vorgesehen, die erst endet, wenn der Erwerbsbeteiligte die nachträglich angeforderten Unterlagen vollständig eingereicht hat (§ 14a Abs. 6 AWG). Zudem kann das BMWi die Hauptprüffrist künftig um drei Monate verlängern, wenn das Prüfverfahren besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und zusätzlich um einen weiteren Monat, wenn die Verteidigungsinteressen der Bundesrepublik Deutschland in besonderem Maße berührt sind (§ 14a Abs. 4 AWG). Ob

³ Siehe hierzu Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier in seiner Rede vom 23. April 2020: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Reden/2020/20200423-altmaier-plenarrede-novelle-aussenwirtschaftsgesetz-awg.html>.

im Einzelfall eine besondere Komplexität in Abwägung aller sachlichen Gesichtspunkte eine Fristverlängerung rechtfertigt, soll das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie nach zweck- und pflichtgemäßem Ermessen in Abstimmung mit den Einvernehmensressorts sowie weiteren im jeweiligen Einzelfall ggf. zuständigen Ministerien bestimmen. Es bleibt abzuwarten, ob die konsolidierten Prüffristen tatsächlich zu einer Verkürzung der Verfahren führen. Für komplexe und ggf. politisch umstrittene Verfahren dürfte das zumindest nicht gelten, da die Nachforderung von Unterlagen zur Hemmung der Hauptprüffrist führt.

3. Änderungen im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung

a. Wesentlich erweiterter Prüfungsmaßstab

Nach § 5 Abs. 2 AWG a.F. konnten Beschränkungen oder Handlungspflichten in Bezug auf den Erwerb inländischer Unternehmen oder von Anteilen an solchen Unternehmen durch unionsfremde Erwerber angeordnet werden, wenn dieser Erwerb eine Gefährdung für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellt. Dafür musste eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen, die ein Grundinteressen der Gesellschaft berührt. Entsprechend der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof bedurfte es einer Gefährdung der Sicherheit und Versorgung des Gemeinwesens, um einen Eingriff in die unionalen Grundfreiheiten, namentlich die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 65 AEUV und die Niederlassungsfreiheit nach Art. 52 AEUV zu rechtfertigen.

Dieser Gefährdungsbegriff wird nunmehr an die Vorgaben angepasst, die die EU-Screening-Verordnung anlegt. Prüfungsmaßstab ist gemäß § 5 Abs. 2 AWG n. F. zukünftig eine „voraussichtliche Beeinträchtigung“ der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit. Damit wird zum einen eine vorausschauende Betrachtungsweise herangezogen, wodurch eine mögliche künftige Beeinträchtigung verhindert werden soll. Zudem wird der Gefährdungsgrad herabgesenkt, da bereits eine Beeinträchtigung ausreicht, um erwerbsbeschränkende Maßnahmen anzuordnen. Eine tatsächliche Gefährdung ist nicht mehr erforderlich. Die Absenkung der Eingriffsvoraussetzungen bewegt sich damit zwar noch im Rahmen der EU-Screening-VO. Allerdings schöpft Deutschland mangels verpflichtenden einheitlichen Prüfungsmaßstabs seinen Umsetzungsspielraum sehr weit aus, um – laut Gesetzesbegründung – eine vorausschauende Prüfung zu ermöglichen.⁴

Des Weiteren hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass das eigentliche Prüfkriterium der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zwar unverändert bleibt, der Fokus der Investitionsprüfung aber über (Landes-)Sicherheit, öffentliche Versorgung und kritische Infrastrukturen hinausgehen kann. Mit § 5 Abs. 2 AWG n.F. können somit zum Beispiel kritische Technologien für eine Versagung der Genehmigung eine Rolle spielen, ohne

⁴ Gesetzesentwurf zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, S. 21.

dass sie einen ausgeprägten Bezug zu den Grundinteressen der Gesellschaft aufweisen.⁵ Letztlich ist damit dem Ermessen der zuständigen Ministerien keine Grenze mehr gesetzt und es besteht die Gefahr, dass wirtschaftliche, finanzielle, arbeitsmarkt- und sozialpolitische Interessen der Regierung für erwerbsbeschränkende Maßnahmen herangezogen werden.

Für Investoren führt der erweiterte Prüfungsmaßstab mangels ausreichender Konkretisierung aus Behördenpraxis, Rechtsprechung oder der AWW zu Rechtsunsicherheit und Zeitverzögerung. Der Ausgang des Prüfverfahrens ist letztlich noch weniger absehbar als es unter der alten Gesetzeslage der Fall war.

b. Berücksichtigung des Investors und dessen Hintergrund

Nach Art. 4 Abs. 2 der EU-Screening-VO können bei der Investitionsprüfung auch der Investor und dessen Hintergrund berücksichtigt werden. Dabei spielen der Einfluss eines Drittstaats, ein vorheriges Fehlverhalten sowie die Begehung von illegalen oder kriminellen Aktivitäten eine besondere Rolle. In § 55 Abs. 1b AWW n.F. übernimmt der deutsche Verordnungsgeber diese Ansatzpunkte. Statt von illegalen oder kriminellen Aktivitäten zu sprechen, bezieht er sich auf Straftaten nach § 123 Abs. 1 GWB, Straftaten oder Ordnungswidrigkeit nach dem AWG oder dem Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen. Eine entsprechende Regelung wird in § 60 Abs. 1b AWW n.F. auch für die sektorspezifische Prüfung eingeführt.

Dadurch rückt das Wirtschaftsstrafrecht im Bereich der Investitionskontrolle noch mehr in den Fokus. Nach der Gesetzesbegründung müssen objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Erwerber an einer solchen Handlung beteiligt war bzw. beteiligt ist. Gleichwohl der Wortlaut von einer vorhergehenden oder gegenwärtigen Beteiligung spricht, soll nach der Verordnungsbegründung auch prüfungsrelevant sein, ob das Risiko besteht, dass der Erwerber künftig an entsprechenden straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtlichen Aktivitäten beteiligt sein könnte. Bestehen begründete Zweifel an der – künftigen – Rechtstreue des Erwerbers, kann dies für die Prüfbehörden einen sicherheitsrelevanten und entscheidungserheblichen Faktor darstellen. Gleiches gilt jeweils für die für den Erwerber handelnden Personen.

Ein derart weiter Beurteilungsspielraum ist weder im Wortlaut der EU-Screening-Verordnung angelegt, noch rechtfertigt eine rechtlich unzulässige Vorverurteilung der Person des Investors verwaltungsrechtliche Maßnahmen zur Erwerbseinschränkung. Das Vergaberecht – auf das mit § 123 Abs. 1 GWB Bezug genommen wird – geht mit dem Prinzip der Selbstreinigung in § 125 GWB eher davon aus, dass eine Wiederherstellung der Zuverlässigkeit möglich ist und von der Rechtsordnung auch anerkannt wird. Die in

der vorliegenden Gesetzesnovelle angedeutete Berücksichtigung künftiger Rechtsverletzungen scheint in die entgegengesetzte Richtung zu gehen.

Aber auch über diese konkrete Fragestellung hinaus besteht die Gefahr, dass die allgemein angeordnete Überprüfung der Investoren zu einer industriepolitischen Instrumentalisierung führen kann. Fraglich ist, ob es rechtlich gesehen möglich ist, dass alleine der Hintergrund des Investors zu einer Erwerbsuntersagung führt, losgelöst von der Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens. Obwohl der Wortlaut von § 55 Abs. 1b AWW n.F. („kann insbesondere berücksichtigt werden“) sowie der Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 EU-Screening-VO („können [...] insbesondere auch berücksichtigen“) dem BMWi bzw. den Mitgliedstaaten bei der Berücksichtigung einzelner Aspekte ein weites Ermessen einräumt, ist in aller Regel nicht davon auszugehen, dass eine Transaktion lediglich aufgrund von in der Person des Erwerbers liegenden Faktoren untersagt werden darf. Im Wege einer Gesamtbetrachtung wird das BMWi schließlich die verschiedenen Aspekte gegeneinander abwägen müssen, um einen Interessenausgleich zu erreichen. Dies zeigt auch die bisherige Praxis des BMWi. Im Rahmen der Investitionskontrolle hat es nämlich bereits die Herkunft des Investors und insbesondere dessen staatliche Bindung berücksichtigt. Dabei zeigte sich eine Bevorzugung von Investoren aus Staaten der OECD, wohingegen sich Investoren aus anderen Staaten größeren Schwierigkeiten gegenübersehen.

Aufgrund der Kodifizierung dieser Verwaltungspraxis ist zukünftig jedoch von einer stärkeren Berücksichtigung der in der Person des Erwerbers liegenden Faktoren zu rechnen, wodurch es für Investoren aus bestimmten Ländern schwerer sein wird, Unternehmen aus sensiblen Bereichen zu übernehmen.

c. Erweiterung des Regelkatalogs in § 55 Abs. 1 AWW

Der Gesetzgeber hat in § 55 Abs. 1 Satz 2 AWW einen Regelkatalog für besonders sensible Bereiche aufgeführt. Der Erwerb eines Unternehmens aus diesem Bereich unterliegt zum einen einer Meldepflicht an das Ministerium (§ 55 Abs. 4 AWW), zum anderen gilt für derartige Transaktionen der abgesenkte Schwellenwert von 10 % (§ 56 Abs. 1 Nr. 1 AWW). Vor dem Hintergrund der aktuellen Pandemie erweitert der Verordnungsgeber mit der 15. Änderung der AWW den Regelkatalog des § 55 Abs. 1 Satz 2 AWW n.F., um eine dauerhafte Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems in Deutschland zu gewährleisten.

In einem zweiten Schritt wird eine weitere Anpassung der AWW folgen, wodurch Vorgaben der EU-Screening-VO in das deutsche Investitionsrecht übertragen werden und die AWW an die Änderungen der AWG angepasst werden soll. Entsprechend der Ankündigung der Bundesregierung geht es insbesondere darum, die Investitionsprüfung für bestimmte kritische Technologien näher zu konkretisieren. Der Regelkatalog wird voraussichtlich um kritische Technologien ergänzt, für die dann sowohl die geschilderte Meldepflicht als auch die Prüfschwelle von 10 % gilt. Dies wird

unter anderem Künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Biotechnologie und Quantentechnologie umfassen.

Zu berücksichtigen ist, dass sich mit Geltung der EU-Screening-VO ab dem 11. Oktober 2020 das BMWi auch unmittelbar auf den Katalog des Art. 4 Abs. 1 EU-Screening-VO beziehen können wird. Dann können auch Erwerbstransaktionen mit Bezug auf Unternehmen geprüft werden, die bisher nicht im Bundesrecht Erwähnung finden, wie z.B. im Bereich der Nahrungsmittelsicherheit oder der Datenverarbeitung. Aufgrund der vagen Formulierung in der europarechtlichen Grundlage ist jedoch gut möglich, dass auch diese Bereiche in der nächsten Änderung der AWW konkretisiert werden.⁶

Im Ergebnis führt die kontinuierliche Erweiterung des Regelkatalogs dazu, dass die Prüfungsbefugnis des BMWi erheblich und in immer weitere Wirtschaftsbereiche ausgeweitet wird. Aufgrund der Geltung des niedrigeren Schwellenwertes von 10 % für diese Bereiche im Zusammenspiel mit der Meldepflicht, wird die Anzahl der laufenden Investitionsprüfverfahren entsprechend steigen. Ebenfalls ist davon auszugehen, dass die Prüfungsintensität des BMWi in diesen Bereichen zunehmen wird.

d. Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit

Schließlich führt die AWG-Novelle in § 15 AWG auch neue Rechtsfolgen für die sektorübergreifende Prüfung ein.

aa. Schwebende Unwirksamkeit nach § 15 Abs. 2 und 3 AWG n.F.

Eine wichtige Änderung betrifft die Anpassung des § 15 AWG, wonach nunmehr für alle meldepflichtigen Akquisitionen eine umfassende Sperre des Erwerbsvollzugs gilt. Wurde bislang nur der Erwerb von Unternehmen, die im sektorspezifischen Bereich tätig sind, für die Dauer der Investitionsprüfung für schwebend unwirksam erklärt, so gilt dies nunmehr auch für meldepflichtige Transaktionen im sektorübergreifenden Bereich.

Im Ergebnis ist zu differenzieren. In § 15 Abs. 2 AWG n.F. stellt der Gesetzgeber klar, dass das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft sowohl im sektorspezifischen als auch im sektorübergreifenden Bereich wirksam ist, jedoch unter der auflösenden Bedingung einer Untersagung steht.

Das Verfügungsgeschäft zum Vollzug von meldepflichtigen schuldrechtlichen Rechtsgeschäften ist hingegen vom Zeitpunkt seiner Vornahme bis zum Abschluss des Prüfverfahrens schwebend unwirksam (§ 15 Abs. 3 AWG n.F.). Eine solche Regelung galt zuvor nur im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich des § 15 Abs. 3 AWG a.F. und wird nun auf alle meldepflichtigen Geschäfte im sektorübergreifenden Bereiche ausgedehnt. Das wird damit begründet, dass vor Ende der Prüfung weder ein rechtlicher noch ein faktischer Vollzug das BMWi vor vollendete Tatsachen stellen sollen. Nur so könne

⁶ BDI bleibt offen für Auslandskapital, Börsen-Zeitung Nr. 91, S. 7.

gewährleistet werden, dass z.B. Informationen und Technologie unkontrolliert abfließen.⁷

Das zivilrechtliche Konstrukt der schwebenden Unwirksamkeit ist dem BGB entnommen. Demnach kann das Rechtsgeschäft nach §§ 145 ff. BGB zwar vor der Freigabe zwischen den Parteien geschlossen werden, aber erst danach wirksam werden. Die Genehmigung hat in diesem Fall eine *ex tunc* Wirkung. Verwehrt das BMWi den Erwerb, hat das Verfügungsgeschäft nie eine rechtliche Wirkung entfaltet.

Der Gesetzeswortlaut des § 15 Abs. 3 S. 2 AWG n.F. stellt darauf ab, dass das BMWi den Erwerb frei gibt oder nicht innerhalb der in § 14a AWG geregelten Fristen untersagt oder die Freigabe als erteilt gilt. Der hierdurch hergestellte Gleichlauf zu der in § 58 Abs. 2 S. 1 AWV geregelten Freigabefiktion ist zu begrüßen. Insoweit sind künftig Zweifel, ob lediglich die Einreichung eines Antrages nach § 58 AWG eine Freigabefiktion im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung zu begründen vermag hinfällig. Nach dem neuen Wortlaut des § 15 Abs. 3 S. 2 AWG n.F. gilt das Verfügungsgeschäft ausdrücklich auch im Falle des Verstreichens der Zwei-Monats-Vorprüffrist nach § 14 a Abs. 1 Nr. 1 AWG n.F. als wirksam. Gleiches gilt für den Antrag nach § 58 AWG, der nunmehr ebenso ausdrücklich auf die Frist nach § 14 a Abs. 1 Nr. 1 AWG n.F. verweist.

Fraglich ist jedoch, ob die schwebende Unwirksamkeit nach § 15 Abs. 3 n.F. auch dann gilt, wenn es sich um ein Vollzugsrechtsgeschäft nach ausländischem Privatrecht handelt. In der EU-Screening-VO ist eine schwebende Unwirksamkeit nicht vorgesehen, sodass anderen Rechtssystemen dieses juristische Konstrukt nicht unbedingt bekannt vorkommen mag. Allerdings kann eine Parallele zum Kartellrecht (§ 41 Abs. 1 S. 2 GWB) gezogen werden, wonach Rechtsgeschäfte während der Fusionskontrolle ebenfalls schwebend unwirksam sind. Hier kommt es darauf an, ob das ausländische Recht die Verletzung der deutschen Kontrolle als Unwirksamkeitsgrund im Rahmen des *ordre public* anerkennt. Dies ist meistens zu verneinen.⁸

Im Ergebnis wird aufgrund der Ausweitung des Katalogs der meldepflichtigen Transaktionen und der verschärften Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit bei einer großen Anzahl von Unternehmenskäufen die jeweils erwerbende Partei verpflichtet sein, ein Investitionskontrollverfahren einzuleiten. Ob es dabei den Weg über die Notifizierung nach § 55 Abs. 4 AWV oder den Antrag nach § 58 Abs. 1 AWV wählt, steht wie bisher im Belieben der Parteien.

bb. Verbotskatalog nach § 15 Abs. 4 AWG n.F.

Um nicht nur einen rechtlichen Vollzug, aber auch einen faktischen Vollzug zu verhindern, hat der Gesetzgeber im neuen § 15 Abs. 4 AWG spezifische

⁷ Gesetzesentwurf zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, S. 22f.

⁸ *Immenga/Mestmäcker/Thomas*, GWB § 41, Rn. 36; *Bechtold/Bosch*, GWB, § 41, Rn. 10; *Wiedemann*, in: *Steinvorth*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 84.

Vollzugshandlungen unter ein strafbewehrtes Verbot gestellt. § 15 Abs. 4 AWG n.F. ist nicht dazu gedacht, den Anwendungsbereich von Abs. 3 AWG n.F. einzuschränken. Es sollen vielmehr besonders schwerwiegende Vollzugshandlung unter Strafe gestellt werden. Darüber hinaus gibt es aber durchaus Vollzugshandlungen, die der Gesetzgeber nicht gleich mit dem Strafrecht untersagen will. In den Fällen genügt eine zivilrechtliche Unwirksamkeit.⁹

Nach § 15 Abs. 4 AWG n.F. sind die Ausübung von Stimmrechten durch den Erwerber, die Gewährung von Gewinnauszahlungsansprüchen und die Weitergabe unternehmensbezogener, sicherheitsrelevanter Informationen verboten. Auch hier ist eine Parallele zum Kartellrecht zu erkennen, wonach gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 GWB die Voraussetzungen der Zusammenschlusstatbestände im Sinne von § 37 GWB nicht erfüllt werden dürfen. Wie bei § 15 Abs. 4 AWG n.F. geht es hierbei darum, vor Abschluss der behördlichen Kontrolle keine vollendeten Tatsachen zu schaffen und eine ausführliche Prüfung zu ermöglichen.

Solche Vollzugsverbote können die Durchführung der Transaktion erschweren. So z.B. wenn Kaufpreisklauseln nicht mehr möglich sind, wonach die Gewinne vor Closing bereits dem Erwerber zuzurechnen sind und der Kaufpreis sodann reduziert wird. Außerdem muss eine technische Due Diligence trotz des Verbots der Informationsweitergabe stattfinden können, ohne gegen das Verbot der Informationsweitergabe nach § 15 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 AWG n.F. zu verstoßen. In diesem Kontext stellt sich auch die Frage, ob sich dieses Verbot entsprechend des Wortlauts nur auf die Zeit nach dem Vertragsschluss bezieht. Dies kann eigentlich nicht gewollt sein, da die Due Diligence in der Regel vor dem Vertragsschluss stattfindet.

Auf Zuwiderhandlungen gegen ein Verbot nach § 15 Abs. 4 S. 1 AWG n.F. reagiert der Gesetzgeber mit scharfen Sanktionen: der Verstoß kann als vorsätzlich begangene Straftat nach § 18 Abs. 1b AWG n.F. oder als fahrlässig begangene Ordnungswidrigkeit nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 AWG n.F. geahndet werden. Die Straftat nach § 18 Abs. 1b AWG n.F. ist dabei mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe bedroht. Durch diese hohe Strafandrohung will der Gesetzgeber eine effektive Umsetzung der Vollzugsverbote gewährleisten.¹⁰

Die Zuwiderhandlung gegen ein Verbot nach § 15 Abs. 4 S. 1 AWG n.F. hat jedoch nicht nur Auswirkung auf die einzelnen Akteure, sondern auch auf das Erwerbsgeschäft des Investors. Da eine Zuwiderhandlung zu einem Unterlaufen der Investitionsprüfung führen kann, kann das BMWi in diesem Fall eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit annehmen und somit den Erwerb des Unternehmens nach § 5 Abs. 2 AWG n.F. untersagen. Da im Rahmen von § 5 Abs. 2 AWG n.F. eine voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit genügen

⁹ Gesetzesentwurf zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, S. 22 f.

¹⁰ Gesetzesentwurf zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, S. 24.

soll, reicht es nach der Gesetzesbegründung aus, wenn die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit durch die verbotene Handlung nach § 15 Abs. 4 S. 1 AWG n.F. zum Zeitpunkt der Tat möglich erscheint.¹¹

Es ist im Ergebnis daher davon auszugehen, dass die Transaktionsparteien einen Verstoß gegen die Vollzugverbote strikt vermeiden werden, so dass das erweiterte Vollzugsverbot durchaus Auswirkungen auf das Verhalten der Transaktionsparteien und somit umfassende Wirkung entfalten wird.

4. Änderungen im Bereich der sektorspezifischen Prüfung

Auch die sektorspezifische Prüfung, die bereits einer strengen Investitionskontrolle unterlag, hat durch die AWG-Novelle Änderungen erfahren. Dies betrifft insbesondere die Ausweitung des § 5 Abs. 3 AWG n.F. Nunmehr werden nicht nur Akquisitionen von Unternehmen betroffen sein, die Rüstungsgüter und Produkte mit IT-Sicherheitsfunktionen herstellen oder entwickeln, sondern auch von Unternehmen, die solche Güter modifizieren oder nutzen. Dabei wird nicht nur auf die Tätigkeit des Unternehmens im Zeitpunkt des Erwerbs abgestellt. Vielmehr reicht es aus, dass das Unternehmen in der Vergangenheit solche Tätigkeiten verfolgt hat und noch über Kenntnisse oder Zugang zu der sicherheitskritischen Technologie verfügt. Dabei reicht es aus, dass Kenntnisse über die Technologie bei einzelnen Mitarbeitern vorliegen. Ein „sonstiger Zugang“ liegt vor, wenn zwar alle Mitarbeiter mit einschlägigen Kenntnissen das Unternehmen bereits verlassen haben, jedoch noch im Unternehmen befindliche Unterlagen oder Speichermedien Auskunft über solche Informationen geben.¹² All das wird in der Praxis zu deutlich gestiegenen Anforderungen an die Due Diligence führen.

5. Einbeziehung von Interessen anderer EU-Mitgliedstaaten

Die EU-Screening-VO führt einen gemeinsamen Koordinationsmechanismus für die Mitgliedstaaten und die EU-Kommission ein, welcher ebenfalls in der AWG-Novelle umgesetzt wird. Konkret bedeutet es, dass eine nationale Kontaktstelle eingerichtet wird. Sie soll insbesondere Stellungnahmen von anderen Mitgliedstaaten und der EU-Kommission entgegennehmen. Diese sollen anschließend vom BMWi geprüft und von der Bundesregierung im Rahmen einer Stellungnahme beantwortet werden. So soll gewährleistet werden, dass Investitionsbeschränkungen auch zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit anderer Mitgliedstaaten der EU (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 AWG n.F.) sowie zum Schutz von Unionsinteressen bezüglich bestimmter Projekte und Programme (§ 4 Abs. 1 Nr. 4a AWG n.F.) erfolgen können.

Im Rahmen dieser Koordination kommen den anderen Mitgliedstaaten und der EU-Kommission künftig eine größere Rolle zu. Die Kommission kann sich zu jeder Investitionskontrolle äußern. Eine solche Stellungnahme ist sogar verpflichtend, wenn

¹¹ Gesetzesentwurf zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, S. 24.

¹² Gesetzesentwurf zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, S. 22.

sich bereits ein Drittel der anderen Mitgliedstaaten dazu geäußert hat. Allerdings haben die Stellungnahmen der Kommission und der anderen Mitgliedstaaten lediglich informativen Charakter und sind für das BMWi nicht verbindlich. Ein anderer Mitgliedstaat könnte also nicht über den Ausgang der Investitionskontrolle entscheiden, wenn in dem anderen Mitgliedstaat kein Prüfverfahren initiiert wurde. Andersherum kann das BMWi eine Transaktion lediglich auf Grundlage der Stellungnahmen untersagen, ohne dass deutsche Interessen gefährdet sind. Da die EU-Screening-VO auf eine Verbesserung der Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten und der EU zielt und nicht auf eine Harmonisierung der Investitionskontrollen, ist eine solche Konstellation durchaus denkbar.

Allerdings geht EU-weit die Tendenz zu einer strikteren Handhabung von ausländischen Investitionen. Etwa die Hälfte der EU-Mitgliedstaaten¹³ verfügt derzeit über einen Screening Mechanismus, der in den letzten Jahren entweder angepasst oder neu eingeführt wurde. So hatten Frankreich¹⁴ und Italien¹⁵ schon vor der Verabschiedung der EU-Screening-VO ihre Regelungen verschärft und mit der neuen VO weiter angepasst. Auch andere Länder wie Spanien¹⁶ reagieren auf die Corona-Krise mit einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Investitionskontrolle insbesondere im Gesundheitssektor. Hierbei ist davon auszugehen, dass in den verschiedenen Mitgliedstaaten wegen der unterschiedlichen Rechtssysteme und politischen Verhältnisse trotz der Vermittlerrolle der Kommission Unterschiede bei den Prüfungen zu bemerken sein werden. Hierauf wird in der Steuerung der Transaktion Rücksicht genommen werden müssen.

6. Auswirkungen auf die Praxis und Fazit

Die neuen Regelungen der AWG und AWW werden – wie schon aus der Begründung des Gesetzesentwurfs hervorgeht¹⁷ – zu einem Anstieg von Prüffällen führen. Bereits von 2018 auf 2019 ist die Zahl von 78 auf 106 gestiegen. In Zukunft wird ein weiterer jährlicher Anstieg von 20 Fällen im Rahmen der sektorübergreifenden und weiteren 20 Meldungen im Rahmen einer sektorspezifischen Prüfung geschätzt. Dies ist zum einen darauf

¹³ 14 EU Mitgliedstaaten haben derzeit einen Screening Mechanismus (Stand: 15. April 2020): Dänemark, Deutschland, Spanien, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Ungarn, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien und Finnland; eine Übersicht über die entsprechenden Normen findet man unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf (zuletzt abgerufen am 11. Mai 2020)

¹⁴ In Frankreich ist die Investitionskontrolle in den Artt. L. 151 ff und R. 151 ff des Code monétaire et financier geregelt. Sie wurde bereits mit der LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises („Loi PACTE“) geändert. Mit dem arrêté du 31 décembre 2019 und dem décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatifs aux investissements étrangers en France sind weitere Regelungen der EU-Screening-VO umgesetzt worden.

¹⁵ In Italien hat der Decreto Legge 148 del 16 ottobre 2017 (insbesondere Art. 14) für eine Verschärfung der Investitionskontrolle gesorgt.

¹⁶ Spanien verfügte bereits mit der Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior über eine Investitionskontrolle. Diese wird im vierten Abschnitt des Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 modifiziert.

¹⁷ Gesetzesentwurf zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, S. 17.

zurückzuführen, dass sich der Anwendungsbereich der sektorübergreifenden und der sektorspezifischen Prüfung erweitert. Investoren werden daher mit mehr Geduld und Vorsicht beim Erwerb von deutschen Unternehmen handeln müssen. Insbesondere den sanktionierten Vollzugshandlungen nach § 15 Abs. 4 AWG n.F. ist mit besonderer Vorsicht zu begegnen, da eine Zuwiderhandlung als mögliche Ordnungswidrigkeit oder Straftat geahndet werden kann.

Gerade während und nach der Corona-Krise wird das BMWi zudem drauf bedacht sein, Akquisitionen von Unternehmen aus dem Gesundheitssektor genau zu prüfen. Auch wird das Ministerium einen „Ausverkauf“ Deutschlands aufgrund gesunkener Unternehmenswerte verhindern wollen. Die Prüfungsverfahren werden daher aller Voraussicht nach umfassender werden und zu verlängerten Prüfungszeiträumen führen, in denen die Investoren die Transaktion nicht vollziehen können. Ob die geplante Aufstockung des Personals in diesem Bereich Abhilfe schaffen kann, bleibt abzuwarten.

Die Einführung klarer Fristenregelungen in § 14 a AWG n.F. ist als sachgerechter Ausgleich zur Erweiterung des Prüfungsumfanges und Ausdehnung des Kataloges meldepflichtiger Transaktionen (für die zudem die abgesenkte 10 %-Schwelle gilt) durchaus zu begrüßen. Es gilt jedoch abzuwarten, ob hierdurch der Ausgang eines Prüfverfahrens für die Betroffenen in der Praxis tatsächlich planbarer werden wird. Dies dürfte mit Blick auf die verbleibende Möglichkeit für das BMWi, das Verfahren gem. § 14 a Abs. 4 AWG n.F. in besonders komplexen Fällen nach eigenem Ermessen zu verlängern, zweifelhaft sein. Der Gesetzgeber scheint hierbei davon auszugehen, dass durchaus eine Vielzahl der zu prüfenden Erwerbstatbestände eine besondere Komplexität aufweisen.¹⁸

Schließlich besteht auch die Gefahr, dass bei der Koordination zwischen den Mitgliedstaaten und der EU sensible und vertrauliche Informationen weitergegeben werden. Daher wird die EU noch ein ausreichend sicheres und verschlüsseltes IT System einführen müssen. Unabhängig davon wird es einige Investoren geben, die kein Risiko eingehen und die Transaktion lieber nicht durchführen werden, als ihre vertraulichen Daten anderen EU-Behörden zur Verfügung zu stellen.

Die AWG-Novelle und die damit einhergehende Änderung der AWW erweitern die Kontrolle des BMWi auf die Erwerbsgeschäfte ausländischer Investoren in Deutschland maßgeblich. Zwar wird politisch weiterhin ein positives Investitionsklima in der Bundesrepublik betont. Dennoch fügen sich die neuen Regelungen in eine mitunter als protektionistisch wahrgenommene Außenwirtschaftspolitik, bei der mit noch mehr „Abschottung“ gerechnet wird. Die Praxis wird zeigen, in welchem Umfang das BMWi die ihr zugestandene Eingriffsbefugnis ausübt.

¹⁸ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 19/20144, S. 26

BLOMSTEIN

7. Zu den Autoren und weitere Informationen

Dieser BLOMSTEIN-Background entstand in Zusammenarbeit mit Dr. Anna Schwander, Partner in der Corporate Praxisgruppe des Münchener Büros von Kirkland & Ellis International LLP.

BLOMSTEIN wird die weiteren Entwicklungen beobachten und darüber informieren. Wenn Sie Fragen zu den potenziellen Auswirkungen der Änderungen im Außenwirtschaftsrecht auf Ihr Unternehmen oder Ihre Branche haben, stehen Ihnen Dr. Roland M. Stein und Dr. Leonard von Rummel jederzeit gern zur Verfügung.