

Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften e.V. (BVK) zum Referentenentwurf für eine 15. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsnovelle („15. AWV-Novelle“)

Der BVK versteht das grundsätzliche Anliegen, für die Gesundheit kritische Infrastrukturen im Rahmen der COVID-19-Pandemie besser zu schützen. Allerdings zielt der Referentenentwurf aus Sicht des BVK sowohl weit über dieses Ziel als auch über den Rahmen der EU-Screening-Verordnung (VO 2019/452) hinaus.

1. Einführung neuer Fallgruppen

§ 55 Abs. 1 S. 2 AWV soll um weitere Fallgruppen ergänzt werden. Erwerbe an in diesen Bereichen tätigen Unternehmen unterliegen dann einer Meldepflicht. Der Gesetzentwurf zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) sieht zudem vor, dass Erwerbe solcher Unternehmen (i) erst nach Genehmigung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) wirksam werden und (ii) Umgehungen dieses Vollzugsverbots strafrechtlich geahndet werden.

1.1 Fallgruppen unverhältnismäßig weit gefasst

Aus Sicht des BVK sind die Fallgruppen unverhältnismäßig weit gefasst. Der Referentenentwurf geht damit auch weit über die EU-Screening-Verordnung hinaus. Auch die aus Anlass der COVID-19-Pandemie erlassene Mitteilung der Europäischen Kommission (C(2020) 1981 final vom 25. März 2020) bezieht sich lediglich auf kritische Infrastrukturen und Ressourcen.

Bei den vorgeschlagenen Fallgruppen ist in den meisten Fällen nicht klar, dass eine Erfassung in Hinblick auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit erforderlich und angesichts der drohenden Sanktionen (Strafrecht, zivilrechtliche Unwirksamkeit) angemessen ist.

Dies betrifft insbesondere die Aufnahme von Arzneimitteln, Medizinprodukten, In-Vitro-Diagnostika inklusive Herstellungsanlagen, Vorprodukten, Komponenten etc. sowie bereits die Verarbeitung von kritischen Rohstoffen. Hier wird ein sehr weiter Schutzwahl um breit definierte Sektoren gelegt und dies ohne näheren Bezug zu der COVID-19-Pandemie und irgendeine Substantiierung, dass dies zum Schutze der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit erforderlich und in Hinblick auf die im Raum stehenden Sanktionen angemessen wäre. Dieser Schutzwahl wird auch noch auf Lieferanten von Vorprodukten, Komponenten, Fertigungsmaschinen etc. erweitert, ohne dass danach differenziert wird, ob solche Vorprodukte, Komponenten, Maschinen für die Herstellung kritisch sind.

Hier wäre die angemessene Lösung eine **Anlage zur AWV mit wenigen, wirklich kritischen, klar definierten Produkten**, die diese Vorgaben erfüllen.

Diese **Liste** sollte **zeitlich befristet** werden. Die COVID-19-Pandemie wird schließlich in absehbarer Zukunft bewältigt sein.

1.2 Fehlende Bestimmtheit – klarere Definitionen im Interesse von Rechtssicherheit erforderlich

Angesichts drohender strafrechtlicher Sanktionen und einer möglichen Unwirksamkeit des Erwerbs muss für Investoren klar und einfach erkennbar sein, ob eine Investition einer Meldepflicht unterliegt. Dieser Anforderung entsprechen die formulierten Fallgruppen in keiner Weise. Die Fallgruppen sind vielmehr sehr unbestimmt und weit formuliert. Gerade in Hinblick auf die strafrechtlichen Sanktionen entspricht dies nicht den Anforderungen des **verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots** (Art. 103 GG).

Dies betrifft zum Beispiel die Frage, welche Arzneimittel zur Gewährleistung der gesundheitlichen Versorgung wesentlich sind. Die Bestimmung der Wesentlichkeit ist eine materielle Frage, die für die Bestimmung einer formellen Meldepflicht ungeeignet ist. Dies betrifft ferner die in der Praxis schwierige Erfassung von Vorprodukten, Komponenten, Herstellungsanlagen etc.

Auch aus diesem Grund sollten kritische Produkte, Vorprodukte, Herstellungsanlagen etc. in einer Anlage zu der AWV klar bestimmt und definiert werden, sodass eine rechtssichere Feststellung einer Meldepflicht möglich ist.

2. Ausweitung des Untersagungskriteriums

Der Referentenentwurf geht auch bei den Untersagungskriterien deutlich über den Rahmen der EU-Screening-Verordnung hinaus.

Eine Kontrolle durch einen ausländischen Staat soll nach § 55 Abs. 1b Nr. 1 i.V.m. S. 2 insbesondere schon dann vorliegen können, wenn die Finanzierung durch den Staat „**über ein geringfügiges Maß hinausgeht**“. In der EU-Screening-Verordnung ist von einer „**beträchtlichen Finanzausstattung**“ die Rede (Art. 4 Abs. 2 a). Inwiefern bereits eine etwas mehr als nicht geringfügige staatliche Finanzausstattung ein Anzeichen staatlicher Kontrolle sein soll, erschließt sich nicht. Nach diesem Maßstab müssten auch viele deutsche Unternehmen als staatlich kontrolliert gelten.

3. 10%-Schwelle ist zu niedrig angesetzt

Für die neuen Fallgruppen soll eine Meldepflicht bereits für Erwerbe ab einer Höhe von 10% der Stimmrechte gelten. Eine solche Genehmigungsschwelle ist aus Sicht des BVK viel zu niedrig, da ein 10%ige Beteiligung in **der Regel keinen Einfluss oder gar Kontrolle** vermittelt.

Auch aus Sicht der Europäischen Kommission sind mit niedrigen Beteiligungen ohne Kontrolle oder einen erheblichen Einfluss in der Regel keine Bedenken in Hinblick auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit verbunden (S. 2 der Anlage zur Mitteilung der Europäischen Kommission (C(2020) 1981 final vom 25. März

2020). Insbesondere werden **Portfolioinvestitionen** nicht von der EU-Screening-Verordnung erfasst (vgl. Ziffer 9, S. 2 der Präambel).

Eine bessere Alternative wäre auf die ausdifferenzierten und in der Praxis erprobten Maßstäbe des Aktienrechts (§§ 15 ff. AktG) oder Kartellrechts (§ 37 Abs. 1 GWB) zurückzugreifen.

4. Keine Erfassung mittelbarer Erwerbe

Die 15. AWV-Novelle sollte zum Anlass genommen werden, klarzustellen, dass **Erwerbe von unionsansässigen Unternehmen** nicht der (sektorübergreifenden) Investitionskontrolle unterliegen, wenn das Unternehmen über Substanz in der EU verfügt (und kein reines Briefkastenunternehmen ist), auch wenn ein unionsfremder Investor an einem solchen Unternehmen beteiligt ist. Andernfalls bestehen nicht nur gravierende Bedenken an der Vereinbarkeit der AWV mit dem Primärrecht der EU. Auch das Sekundärrecht in Form der EU-Screening-Verordnung erfasst ausschließlich **„ausländische Direktinvestitionen“** (vgl. Art. 2 Nr. 1).

5. Kurze Fristen für das Genehmigungsverfahren

Durch die Änderung des AWG wird es notwendig, erfasste Investitionen vom BMWi vorab genehmigen zu lassen. Die Fristen bestimmen sich aber nach der AWV.

Der mit einem Genehmigungsverfahren verbundene zeitliche und sachliche Aufwand, wird Investitionen behindern, wenn nicht sogar verhindern. Die Freigabe unproblematischer Investitionen sollte daher innerhalb sehr kurzer Fristen erfolgen. Ein Gleichlauf mit der **Frist von maximal einem Monat** des fusionskontrollrechtlichen Vorprüfverfahrens (§ 40 Abs. 1 S. 1 GWB) sollte daher hergestellt werden.