



Bundesverband Deutscher
Kapitalbeteiligungsgesellschaften

An das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
z.Hd. MDG`in Christina Decker
Leiterin Unterabteilung VB
11019 Berlin

BVK- Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur 17. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung

Einleitung

Der Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften (BVK) bedankt sich für die Übersendung des Referentenentwurfes zur 17. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung und zur Möglichkeit der Stellungnahme. Zu einzelnen Änderungen nehmen wir wie folgt Stellung:

Investitionsprüfungen haben sich zu einem zentralen Thema für die Beteiligungsbranche entwickelt. Bei nahezu jeder Investition muss geprüft werden, ob die Vorschriften anwendbar sein können. Die Prüfungen sind aufwendig. Investitionsprüfungen bedeuten eine wesentliche Investitionsbarriere, die dazu führen kann, dass Investitionen außerhalb von Deutschland getätigt werden. Dies betrifft nicht nur das Untersagungsrisiko. Die Investitionsprüfung selbst bedeutet einen erheblichen zeitlichen, sachlichen und finanziellen Mehraufwand. Gerade bei kleineren Investitionsvolumen (zum Beispiel bei Investitionen in Start-up-Unternehmen) kann dieser prohibitiv wirken.

Die 17. AWV-Novelle wird, insbesondere durch die Ausweitung der Fallgruppen, diesen Mehraufwand ganz erheblich verstärken. Da gerade auch vor dem Hintergrund der Covid-19-Krise Investitionen dringend benötigt werden, sollte die 17. AWV-Novelle nicht nur den Anwendungsbereich ausweiten, sondern sicherheitspolitisch unbedenkliche Investitionen soweit möglich ausnehmen.

Hier bieten sich aus unserer Sicht insbesondere drei „Ventile“ an:

- Erfasste Investoren: Der Schwerpunkt sollte auf der Kontrolle von Investoren liegen, die tatsächlich eine Gefährdung für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit bedeuten können. Über den Begriff der mittelbaren Beteiligung sollten nicht Direktinvestitionen durch Unionsansässige erfasst werden, die nicht durch Unionsfremde kontrolliert werden. Ausdrücklich ausgenommen werden sollten in der EU regulierte Finanzinvestoren sowie Finanzinvestoren aus Drittstaaten, sofern die nur passive Investitionen (Portfolioinvestitionen) tätigen.
- Beteiligungsschwellen: Die sektorübergreifende Beteiligungsschwelle von 10 % erfasst auch sicherheitsunbedenkliche Portfolioinvestitionen. Mit einem Einfluss verbunden sind aber regelmäßig nur Beteiligungen ab 25 %. Unterhalb dieser Schwelle sollte eine Meldepflicht nur dann bestehen, wenn ein Erwerber auf vergleichbare Weise einen Einfluss ausüben kann.
- Erfasste Zielunternehmen: Alle Fallgruppen sollten so eng und klar wie möglich definiert werden. Zudem solle – angesichts der besonderen Belastung für kleinere Investitionsvolumina – Schwellenwerte festgelegt werden, ab denen die Investitionsprüfung Anwendung findet.

Neben diesen drei zentralen Anliegen haben wir nachfolgend weitere Anregungen zur 17. AWV-Novelle formuliert.

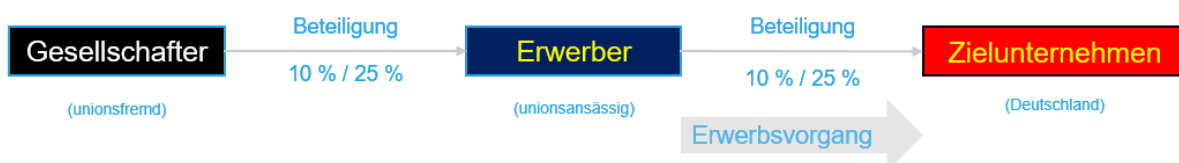
1. Erfasste Investoren

1.1 Präzisierung des mittelbaren Erwerbs

Die Definition des mittelbaren Erwerbs sollte dringend präzisiert werden. In ihrer derzeitigen Form erschwert sie auch reine Binnenmarktsachverhalte und ist daher zumindest dann klar unionsrechtswidrig, wenn der unmittelbare unionsansässige Erwerber nicht von einem unionsfremden Unternehmen kontrolliert wird.

Der Tatbestand des mittelbaren Erwerbs greift insbesondere auch dann, wenn (i) der unmittelbare Erwerber unionsansässig ist und (ii) an ihm ein Unionsfremder eine Beteiligung hält.

Beispiel: Mittelbarer Erwerb durch Unionsfremden



Für den unionsansässigen Direktbeteiligten bedeutet dies einen Eingriff in die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit falls er Kontrolle über bzw. einen Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit, falls er nur eine passive Beteiligung an dem Zielunternehmen erwirbt. Die unionsrechtlich beste Lösung wäre daher, Beteiligungen durch unionsansässige

Erwerber ausschließlich dann zu erfassen, wenn Anzeichen einer Umgehung vorliegen (vgl. in diesem Sinne § 55 Abs. 2 A WV), wie das auch ursprünglich in der A WV angelegt war.

Allerdings ist nicht auszuschließen, dass auch eine Beteiligung eines Unionsansässigen an einem deutschen Unternehmen sicherheitsrelevant sein kann, wenn dieser durch einen Unionsfremden kontrolliert wird. Ein Eingriff in die Grundfreiheiten könnte dann gerechtfertigt sein.

Im Umkehrschluss ist eine Verhältnismäßigkeit des Eingriffs dann nicht gegeben, wenn der mittelbar Beteiligte Unionsfremde den unmittelbaren unionsansässigen Erwerber nicht kontrolliert. Die Beschränkung des Unionsansässigen ist dann offensichtlich ungeeignet.

Im Übrigen ist die Erfassung solcher Konstellationen auch nicht durch die EU-Screening-VO gedeckt. Gegenstand der EU-Screening-VO sind „ausländische Direktinvestitionen“, also Investitionen durch Investoren aus Drittstaaten (vgl. Art. 2 EU-Screening-VO).

Eine Beteiligung durch einen unionsansässigen Erwerber sollte daher nur dann zu einer mittelbaren Beteiligung durch einen unionsfremden führen, wenn der Unionsfremde den Unionsansässigen kontrolliert. Für den Begriff der Kontrolle bieten sich verschiedene Definitionsmöglichkeiten an:

- Eine Konkretisierung in Leitlinien des BMWi,
- Ein Verweis auf anderen Vorschriften, zum Beispiel § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB oder Art. 1 der Richtlinie 83/349/EWG, oder
- Den atypischen Kontrollerwerb gemäß § 56 Abs. 3 A WV-RefE.

Eine solche Präzisierung würde für unionsansässige Investoren, darunter auch Finanzinvestoren, eine erhebliches Mehr an Rechtssicherheit und ein erhebliches Weniger an Investitionsbarrieren bedeuten. Viele unionsansässige Investoren haben unionsfremde Investoren, die vielleicht 10 % der Stimmrechte halten, aber über keinerlei Mitspracherechte verfügen.

1.2 Finanzinvestoren

In verschiedenen Anhörungen des BMWi zur 17. A WV-Novelle wurde die Bedeutung von Investitionen durch Finanzinvestoren für die deutsche Wirtschaft betont. Grundsätzlich sollten bei Finanzinvestoren deutlich weniger sicherheitspolitische Bedenken bestehen, da hier die Investitionen nicht aus einem strategischen, sondern aus einem finanziellen Interesse erfolgen. Ziel ist eine Wertsteigerung der Investition, die bei einem späteren Verkauf für die Investoren gewinnbringend zur Geltung gebracht wird.

Für die Definition des Begriffs des Finanzinvestors bietet sich ein Verweis auf die AIFM-Richtlinie der EU an. Ein Alternative Investment Fund („AIF“) ist ein Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren. Ein AIF wird von einem Alternative Fund Investment Manager („AIFM“) verwaltet, d. h. von einer juristischen Person, deren reguläre Geschäftstätigkeit darin besteht, einen oder mehrere AIF zu verwalten.

Für AIF und AIFM, die in einem Mitgliedstaat der EU reguliert sind, sollte klargestellt sein, dass ihre Beteiligungen keiner Meldepflicht unterliegen. Bei Investitionen durch solche Finanzinvestoren handelt es sich um reine Binnenmarktsachverhalte.

Für Beteiligungen durch AIF und AIFM von außerhalb der EU sollte zumindest eine Befreiung von der Meldepflicht gelten, sofern diese reine Portfolioinvestitionen in Deutschland tätigen. Vergleichbare Ausnahmen für Finanzinvestoren finden sich beispielsweise im US-Recht und im japanischen Recht.

Formulierungsvorschlag:

„Ausgenommen von der Meldepflicht gemäß § 55a Abs. 4 S. 1 AWW-RefE sind Erwerbe und Beteiligungen durch EU-AIF oder Nicht-EU-AIF, die durch einen EU-AIFM oder Nicht-EU-AIFM gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie (EU) 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds in der jeweils geltenden Fassung, verwaltet werden. Dies gilt uneingeschränkt für EU-AIF, die durch einen EU-AIFM verwaltet werden. Für Erwerbe und Beteiligungen durch Nicht-EU-AIF, die durch einen Nicht-EU-AIFM oder einen EU-AIFM verwaltet werden, sowie durch EU-AIF, die durch einen Nicht-EU-AIFM verwaltet werden, gilt diese Ausnahme nur sofern die Voraussetzungen des § 56 Abs. 3 AWW-RefE nicht vorliegen.“

2. Beteiligungsschwellen

Die AWW kennt aktuell zwei Beteiligungsschwellen: Sowohl in den Katalogfällen im Bereich der sektorspezifischen Prüfung als auch in den Katalogfällen im Anwendungsbereich der sektorübergreifenden Prüfung greift bereits ab einem Anteilserwerb von 10 % eine Meldepflicht, während im Übrigen für sonstige Anteilserwerbe in inländische Unternehmen eine Aufgreifschwelle von 25 % Anwendung findet.

Vor dem Hintergrund gesteigerter sicherheitspolitischer Anforderungen und der EU-Screening-VO ist es für den BVK grundsätzlich nachvollziehbar, dass der Verordnungsgeber die Zahl von Katalogfällen von besonderer Sicherheitsrelevanz, die eine Meldepflicht auslösen, ausweitet. Allerdings regt der Verband nachdrücklich an, bei Gelegenheit der 17. Änderung der AWW hinsichtlich der Höhe der eine Meldepflicht auslösenden Beteiligungsschwelle nachzujustieren und die Prüfungsbereiche wie folgt festzulegen:

- Ab Erwerb von mindestens 10 % der Stimmrechtsanteile besteht eine Meldepflicht im Bereich der sektorspezifischen Prüfung (§ 60 Abs. 1 AWW);
- bei Anwendbarkeit einer der Katalogfälle im Sinne von § 55a AWW-RefE besteht eine Meldepflicht bei Erwerb von mindestens 25 % der Stimmrechtsanteile;
- ebenfalls besteht Meldepflicht im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung (Katalogfälle im Sinne des § 55a AWW-RefE), wenn mindestens 10 % der Stimmrechtsanteile erworben werden und der Erwerber nach dem Erwerb „auf vergleichbare Weise Kontrolle ausübt“ wie bei der Kontrolle von mindestens 25 % der Stimmrechte (oder dem Halten von mindestens 25 % der Kapitalanteile);
- Aufgreifermessen des BMWi (keine Meldepflicht) in Fällen des atypischen Kontrollerwerbs im Sinne von § 56 Abs. 3 AWW-RefE (unabhängig von der Höhe des Beteiligungserwerbs) und bei 25 %-Beteiligungen außerhalb der Katalogfälle.

Eine solche Prüfungssystematik würde sowohl dem berechtigten Interesse an dem Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerecht als auch dem Bedarf an Investitionen aus dem Ausland. Sie gründet sich zum einen auf faktische Erwägungen, zum anderen auf rechtlichen Gründe.

2.1 Faktische Erwägungen

Wie sich aus der „Venture Capital-Marktstudie 2020“, die gemeinsam von PriceWaterhouseCoopers (PwC), Dirk Honold, Professor für Unternehmensfinanzierung und Betriebswirtschaftslehre an der Technischen Hochschule Nürnberg, sowie der Nürnberger Ventry Analytics GmbH erstellt wurde, liegt die Ziel-Anteilsquote von Investoren aus dem Bereich Venture Capital in der Regel zwischen 10 % und 24,9 %. 74,1 % der Venture Capital Investoren und 53,3 % der Corporate Venture Capital Investoren streben bei einem Erstinvestment eine Beteiligung zwischen 10 und 25 % an. Die „Venture Capital-Marktstudie 2020“ ist dieser Stellungnahme als **Anlage 1** beigelegt.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie besteht bei vielen deutschen Unternehmen, insbesondere Start-Ups, erheblicher Finanzierungsbedarf, der regelmäßig kurzfristig gedeckt werden muss. Bei den in den Katalogfällen Nr. 13-27 des Referentenentwurfes vorgesehenen Bereichen handelt es sich zu einem Großteil um zukunftssträchtige Technologien, die davon abhängig sind, dass ausreichend finanzielle Mittel in Forschung und Entwicklung investiert werden. Wird nun bereits bei einem Anteilserwerb ab einer Schwelle von 10 % eine Meldepflicht statuiert, schreckt das potentielle Investoren und damit Kapitalgeber ab, zumal die Meldung eines Erwerbsvorhabens mit einer vertieften Prüfung verbunden ist.

2.2 Rechtliche Erwägungen

Die derzeitige Beteiligungsschwelle von 10 % der Stimmrechte stellt zudem keinen sachgerechten Maßstab dar, ohne dass zusätzliche Kriterien hinzutreten, damit das Erwerbsvorhaben als derart kritisch angesehen werden kann, dass dieses dem BMWi gemeldet werden muss. Letztlich muss es immer darum gehen, solche Fälle zu erfassen, die durch eine Kontrolle bzw. maßgebliche Einflussnahme eines Investors auf ein deutsches Zielunternehmen gekennzeichnet sind. Nur dann kann durch den Erwerb die öffentliche Sicherheit oder Ordnung in relevanter Weise beeinträchtigt werden.

Für die 10%-Schwelle findet sich zwar ein gewisser Ansatzpunkt im Gesellschaftsrecht (z. B. § 50 Abs. 1 GmbHG: Einberufung von Versammlungen) und sie entspricht der – nicht näher begründeten – „OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment“, nach der eine von „langfristigem Interesse“ und „Kontrollanspruch“ des Investors gekennzeichnete Direktinvestition bereits bei Überschreiten einer 10%-Beteiligungsschwelle vorliegt.

2.2.1 25%-Schwelle im deutschen Recht

Eine Eingriffsschwelle von 25 % des Erwerbs der Stimmrechte ist aber deutlich sachgerechter, nicht nur vor dem Hintergrund des Gesellschaftsrechts, nach dem wichtige Entscheidungen (wie eine Satzungsänderung, § 53 GmbHG) eine qualifizierte Mehrheit von 75 % benötigen und mithin eine Sperrminorität ab 25,1 % der Anteile vorliegt, sondern auch im Lichte des § 3 Abs. 2 Geldwäschegesetz („wirtschaftlich Berechtigter“). Das Geldwäschegesetz stellt

insoweit darauf ab, dass „auf vergleichbare Weise Kontrolle“ ausgeübt wird. Auch das Kartellrecht kennt einen ähnlichen Maßstab. Bezüglich der Feststellung, wann eine Ausübung von Kontrolle auf vergleichbare Weise vorliegt, ließe sich an der Rechtsprechung und Literatur zu § 3 GwG, aber auch zu § 37 GWB orientieren. Auf vergleichbare Weise Kontrolle übt im Sinne des § 3 (2) Satz 1 Nr. 3 GWG etwa der Komplementär aus, oder derjenige, der ein Vetorecht innehat. Auch die deutsche Zusammenschlusskontrolle kennt das Kriterium des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ (§ 37 (1) Nr. 4 GWB). Unter einem wettbewerblich erheblichen Einfluss wird in der Regel die Möglichkeit des Erwerbers verstanden, auf das wettbewerbliche Verhalten des Zielunternehmens einen gewissen Einfluss zu nehmen, der – obwohl die Beteiligung unter 25 % liegt – aufgrund sogenannter „Plusfaktoren“ de facto einer 25%-Beteiligung gleichwertig ist. Solche Plusfaktoren werden angenommen, wenn das kontrollierende Unternehmen bestimmte Kontroll-, Veto- oder gegebenenfalls auch Informationsrechte (z. B. Organidentität, Entsenderechte in den Aufsichtsrat etc.) hat, die über die typischen Rechte eines Minderheitsanteilseigners hinausgehen und einen dauerhaften Einfluss auf das (wettbewerbliche) Verhalten des Unternehmens ermöglichen.

2.2.2 EU-Konformität

Die existierende 10%-Schwelle für Meldepflichten würde bei der hier vorgeschlagenen Investitionskontrolle nicht aufgegeben, sondern durch weitere, sinnvolle Kriterien ergänzt. Dadurch würde zugleich ein Ausgleich geschaffen zwischen den berechtigten Sicherheitsinteressen des Staates einerseits und dem Interesse an Investitionen und damit möglicher Kapitalzufuhr andererseits.

Insbesondere stünde die vom BVK vorgeschlagene Regelung auch im Einklang mit dem EU-Recht. Bei einer Beteiligungsschwelle von 25 % ist die (im Gegensatz zur Niederlassungsfreiheit) auf Drittlandssachverhalte anwendbare Kapitalverkehrsfreiheit nicht einschlägig, soweit sie im Bereich der Direktinvestitionen von der Niederlassungsfreiheit verdrängt wird. Bei Erwerben zwischen 10 % und 25 % ohne dem Hinzutreten weiterer, für den Einfluss auf ein Unternehmen maßgeblicher Kriterien, bestehen hingegen erhebliche Zweifel an der Unionsrechtswidrigkeit der Regelung, da insoweit die Kapitalverkehrsfreiheit einschlägig und möglicherweise die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit im Einzelfall nicht gerechtfertigt ist.

An der Niederlassungsfreiheit werden solche Investitionen gemessen, die spezifisch auf eine Kontrollbeteiligung abzielen.¹ Nach der Rechtsprechung des EuGH bedeutet eine Beteiligung von mindestens 10 % am Kapital oder den Stimmrechten einer Gesellschaft nicht zwangsläufig, dass der Inhaber dieser Beteiligung einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft ausübt, bei der er Anteilseigner ist. Eine relevante Kontrollbeteiligung hat der EuGH in der Rechtssache C-244/11 erst bei einer Beteiligung von mehr als 20 % angenommen. Bei einer Beteiligung in Höhe von 10 % kann dann nicht mehr die Rede davon sein, dass die nationale Regelung allein Kontrollbeteiligungen trifft², was aber für die Einschlägigkeit allein der Niederlassungsfreiheit maßgeblich ist. Soweit bei der Investitionskontrolle als Maßstab nicht auf die Kontrolle abgestellt wird, sondern auf andere

¹ EuGH C-244/11, ECLI:EU:C:2014:2068 – Kommission Griechenland.

² Vgl. EuGH C-686/13, ECLI:EU:C:2015, 375 Rn. 21 – X AB; C-EU:C:2013:629 Rn. 23 – Itelcar.

Erwägungen, dürfte die Kapitalverkehrsfreiheit nicht mehr durch die Niederlassungsfreiheit verdrängt werden.

Soweit zur Begründung einer niedrigeren Schwelle als 25 % nicht nur auf die Einflussnahmemöglichkeiten auf das Zielunternehmen abgestellt wird, sondern etwa auch darauf, welche Möglichkeiten ein Erwerber erlangen könnte, um an sensible Daten bzw. Informationen des Zielunternehmens zu gelangen, stellt sich bereits die Frage, ob eine solche Herangehensweise noch mit den nach der Rechtsprechung des EuGH allein zulässigen Faktoren für die Beschränkung von Investitionen im Einklang steht. Zwar lassen sich Eingriffe in die Freiheit des Kapitalverkehrs aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit grundsätzlich rechtfertigen (Art. 65 Abs. 2 lit. b AEUV). Eine solche Rechtfertigung muss aber auch verhältnismäßig, insbesondere auch erforderlich, sein. Das ist bei einem pauschalen Abstellen auf eine 10%-Schwelle zweifelhaft. Kommen hingegen weitere Faktoren hinzu, die dazu führen, dass der Erwerb zu einer Kontrolle führt, die einer mindestens 25%igen Beteiligung vergleichbar ist, lassen sich diese europarechtlichen Bedenken ausräumen. Ziele der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dürfen zudem nicht von ihrer eigentlichen Funktion losgelöst und in Wirklichkeit für rein wirtschaftliche Zwecke geltend gemacht werden.³

3. Erfasste Zielunternehmen

3.1 Fallgruppen

Insgesamt ist es ausdrücklich zu begrüßen, dass mit den im Referentenentwurf gewählten Formulierungen in § 55a AWW-RefE – anders als mit den schlagwortartigen Formulierungen in der EU-Screening-VO – erkennbar der Versuch unternommen wird, jeweils einen Nexus zu Erwägungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung herzustellen. Auch im internationalen Vergleich ist die deutsche Liste kritischer Sektoren im Investitionszusammenhang – trotz ihrer erheblichen Erweiterung – insgesamt konturiert.

Gleichwohl erscheinen nicht alle neuen Fallgruppen gleichermaßen geeignet, die nationale Ordnung oder Sicherheit der BRD oder der EU zu beeinträchtigen. Vor allem sind einige Kategorien derzeit recht allgemein formuliert, was im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot kritisch zu sehen ist. Denn Erwerbe im Bereich der künftig in § 55a AWW-RefE gelisteten Fallgruppen unterfallen gem. § 15 AWG einem Vollzugsverbot bis zur Erwerbsfreigabe durch das BMWi sowie den damit korrespondierenden, straf- bzw. bußgeldbewehrten Handlungsverboten in §§ 15 (4) i.V.m. 18 (1b), 19 (1) Nr.2 AWG. Das Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Bestimmtheitsgebot verlangt, dass der Gesetzesadressat den Inhalt einer rechtlichen Regelung auch ohne Spezialkenntnisse mit hinreichender Sicherheit feststellen kann. Sie muss daher inhaltlich so klar und präzise formuliert sein, dass ersichtlich ist, was gefordert wird. Umso wichtiger ist es, dass die Fallgruppen klare und eindeutige

³ EuGH C-39/11, ECLI:EU:C:2012:327 Rn. 29 mwN – VBV.

Definitionen enthalten, die es den Investoren und Zielunternehmen erlauben, zu erkennen, ob sie einschlägig sind.

3.1.1 Einzelne Katalogfälle

Die Definitionen sollten insbesondere für die folgenden Fallgruppen nachgeschärft werden:

Nr. 9: Bei dieser bereits vorhandenen Fallgruppe ist unklar, ab wann ein Arzneimittel für die Gewährleistung der Gesundheit der Bevölkerung wesentlich ist. Diese Frage kann ein Rechtsanwender nicht beantworten. Daher besteht hier Präziserungsbedarf. Sachgerecht wäre es aus unserer Sicht ausschließlich auf die vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte als versorgungsrelevant oder versorgungskritische eingestuften Wirkstoffe und Impfstoffe für lebensbedrohliche und hochansteckende Infektionskrankheiten und Impfstoffe abzustellen.

Nr. 15: Obwohl die in der EU-Screening-VO noch abstraktere Kategorie „Robotik“ auf „Industrieroboter“ eingegrenzt wurde, ist sie in ihrer aktuellen Form noch zu unbestimmt und dürfte zahlreiche Fälle erfassen, in denen eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit eher fernliegen dürfte. So lässt auch die entsprechende Begründung im Referentenentwurf – anders als bei den meisten weiteren neuen Kategorien – Ausführungen zur Sicherheits- oder Ordnungsrelevanz der Fallgruppe gerade vermissen. Industrieroboter werden bereits heutzutage in zahlreichen Bereichen der Fertigung eingesetzt. Von der vorgeschlagenen Fallgruppe wäre derzeit wohl jeder Hersteller von Schneide-, Lackier-, Stapel-, Verpackungsrobotern etc. erfasst, ganz unabhängig von deren möglichem Einsatzgebiet und deren Leistungskapazitäten. Die Fallgruppe sollte daher in Bezug auf bestimmte kritische Verwendungsmöglichkeiten und ggf. Produktionskapazitäten eingegrenzt werden.

Ferner bleibt hinsichtlich der Nr. 15 unklar, was mit „Software oder Technologie hierfür“ gemeint ist. Auch wenn nach der Begründung des Referentenentwurfes nicht auf die Güterdefinition (einschließlich Software und Technologie) des § 2 (13) AWG zurückgegriffen werden kann, könnte die Formulierung dahingehend verstanden werden, dass jegliche Software und Technologie umfasst wäre, die für den Einsatz in Industrierobotern geeignet ist. Dies würde den Anwendungsbereich überdehnen. Der Anwendungsbereich ließe sich etwa sinnvoll durch folgende Formulierung eingrenzen: „einschließlich besonders hierfür entwickelter Software oder Technologie“. Das wäre auch im Einklang mit der Formulierung („spezifische“) im Hinblick auf IT-Dienstleistungen hierfür sowie mit der Formulierung in § 55 (1) Nr. 2 („Software besonders entwickelt oder verändert, die branchenspezifisch [...]“).

Nr. 16: In Nr. 16 c) sollte der Wortlaut „für Güter im Sinne der Buchstaben a oder b“ in „besonders entwickelt oder geändert für die Herstellung oder Bearbeitung von Gütern im Sinne der Buchstaben a oder b“ geändert werden. Neben einer Klarstellungsfunktion würde dies den Anwendungsbereich sinnvoll eingrenzen und für die Praxis besser handhabbar machen.

Nr. 18: Die Listung bestimmter, sicherheitskritischer Unterkategorien von Dual-use Gütern im Bereich der Luft- und Raumfahrt ermöglicht eine sinnvolle und für Wirtschaftsunternehmer nachvollziehbare Eingrenzung des Anwendungsbereichs. Umso kritischer erweist sich hingegen der folgende Halbsatz, der sämtliche Hersteller und Entwickler von Gütern/Technologien erfasst wissen will, „die für die Verwendung in der Raumfahrt oder für

den Einsatz in Raumfahrtinfrastruktursystemen bestimmt sind“. Damit wird der Anwendungsbereich unnötig weit geöffnet und dürfte in der Praxis kaum handhabbar sein. So wird von der aktuellen Formulierung streng dem Wortlaut nach jeder Entwickler/Hersteller eines Standardprodukts (z.B. im Bereich der Sensorik oder mechanischer Bauteile) erfasst, soweit dem Entwickler/Hersteller bekannt ist, dass sein Produkt in einem Raumfahrtprojekt genutzt wird. Vorzuziehen wäre eine Formulierung wie „Güter oder Technologien, die für die Verwendung in der Raumfahrt oder für den Einsatz in Raumfahrtinfrastrukturen besonders entwickelt oder modifiziert sind“.

Nr. 21: Von dem aktuellen, sehr unbestimmten, Wortlaut ist ein weites Spektrum an Unternehmen erfasst, welches künftig bei der Weiterentwicklung additiver Fertigungsmethoden noch weiter wachsen wird. Die rein abstrakte Gefahr, dass schnelle Produktionsmethoden potenziell auch geeignet sein können, um etwa militärische Güter zügiger zu produzieren, kann nicht ausreichen, um einen gesamten Produktionszweig pauschal der Investitionskontrolle zu unterwerfen. Auch hier wäre eine weitere Eingrenzung in Bezug auf eine besondere, kritische Verwendbarkeit und ggf. weitere Merkmale wie z.B. Produktionskapazitäten oder besonders kritische verwertbare Materialien, wünschenswert.

3.1.2 Geltung von Fallgruppen

Mit der 15. Änderungsverordnung zur Außenwirtschaftsverordnung wurden die Nr. 8-11 in § 55 AWV in der derzeit geltenden Fassung eingefügt, mit einem Fokus auf den Gesundheitsbereich. Die aktuelle Novellierung der Außenwirtschaftsverordnung bietet nun die Gelegenheit, die Katalogfälle Nr. 8-11 in § 55 AWV (bzw. § 55 a) AWV-RefE) dahingehend anzupassen, dass wie in anderen EU-Mitgliedstaaten (wie Österreich oder Italien) eine Befristung der Maßnahmen vorgesehen würde bzw. die Beschränkungen nur solange gelten, wie die vom deutschen Bundestag getroffene Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite besteht.

3.2 De-minimis-Schwellen

Da die Investitionsprüfung ganz besonders eine Beschwer für Investitionen mit kleineren Investitionsvolumen (zum Beispiel Frühphaseninvestitionen in Start-up-Unternehmen) bedeutet, sollte durch eine *de-minimis*-Schwelle hier abgeholfen werden.

3.2.1 De-minimis-Schwellen in anderen Investitionskontrollregimen und in der deutschen Rechtsordnung

Solche Schwellen gibt es bereits in den Investitionskontrollregimen anderer Länder wie zum Beispiel Kanada, Österreich, Polen und Spanien. Dem lässt sich aus unserer Sicht auch nicht entgegenhalten, dass die öffentliche Ordnung oder Sicherheit unabhängig von der wirtschaftlichen Bedeutung eines Unternehmens betroffen sein kann. Im Gegenteil, umso kleiner der Umsatz eines Zielunternehmens, umso geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass das Zielunternehmen eine nationale Bedeutung haben kann. Solche Schwellen gibt es nicht nur in anderen Ländern. Auch in der deutschen Fusionskontrolle (§ 35 Abs. 1 GWB) sind die Aufgreifschwelle abhängig von den Umsätzen, da der Gesetzgeber unterhalb dieser Schwellen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs für unwahrscheinlich hält. Dies sollte auch für die Investitionskontrolle gelten. Auch in der Investitionskontrolle ist davon auszugehen,

dass ein Unternehmen mit einem sehr geringen Umsatz und Wert wenig Relevanz für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik haben kann.

Hinzu kommt ein weiterer wichtiger Aspekt: Gerade bei kleinen Investitionen findet aufgrund des unverhältnismäßigen Kostenaufwands nur sehr begrenzt – und zumeist ohne außenwirtschaftsrechtliche Expertise – anwaltliche Beratung statt. Gerade hier besteht also ein Risiko, dass Meldepflichten übersehen werden und hierdurch Sanktionen ausgelöst werden können. In nahezu allen solchen Fällen wird dabei kein Sicherheitsrisiko für die Bundesrepublik bestehen.

3.2.2 Vorschlag für eine *de-minimis*-Schwelle

Konkret schlägt der BVK vor, dass Beteiligungen an deutschen Unternehmen von der Meldepflicht ausgenommen sein sollten, wenn das deutsche Zielunternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr vor Vollzug der Beteiligung einen Umsatz von weniger als EUR 5 Mio. erzielt hat.

Schließlich weisen wir darauf hin, dass ähnlich wie in Kanada bei den Schwellenwerten auch nach der Herkunft des Investors differenziert werden könnte. Eine Möglichkeit wäre, dass die Schwellenwerte nur für Investoren aus besonders „vertrauenswürdigen“ Ländern gelten, für alle übrigen aber nicht. Besonders wichtig für Start-up-Unternehmen sind zum Beispiel Investoren aus USA, dem Vereinigten Königreich und Kanada. Diese sind, wie alle Nato-Mitgliedstaaten, Länder mit denen Deutschland gemäß Artikel 5 des Nato-Vertrages im Kriegsfall eine Beistandspflicht vereinbart hat. Sicherheitspolitische Bedenken gegenüber Investoren aus diesen Staaten sollten daher nicht bzw. deutlich weniger bestehen.

4. Weitere Anmerkungen

4.1 Zuerwerbe

Eine Klarstellung, inwieweit Zuerwerbe oberhalb der 10%- bzw. 25%-Schwelle erfasst werden ist willkommen. Allerdings ist im Rahmen der 10%-Schwelle die vorgesehene Erfassung jeder weiteren 10%-Beteiligung zu eng. Dies kann bedeuten, dass ein Investor, der seine Beteiligung entsprechend aufstockt zehnmal eine Investitionsprüfung durchlaufen muss. Dies erscheint willkürlich, insbesondere weil eine Aufstockung von zum Beispiel 10% auf 20% oder 60% auf 70% rechtlich als auch in der Praxis nur quantitativ, aber nicht qualitativ eine Veränderung bedeutet. Ein rein quantitativer Ansatz kann allerdings den mit der Beschwer einer Investitionsprüfung verbundenen Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit nicht rechtfertigen. Insofern sind, unter Berücksichtigung der Vorgaben des deutschen Gesellschaftsrechts, Zuerwerbsschwellen von 25%, 50% und 75% geeigneter.

4.2 Atypische Kontrolle

Es ist nachvollziehbar, dass auch atypische Kontrollerwerbssituationen erfasst werden sollen. Aus Sicht des BVK besteht aber insbesondere in zwei Punkten Nachbesserungsbedarf, auch wenn dieser Tatbestand – was begrüßenswert ist - keine Meldepflicht auslösen soll.

Ein atypischer Erwerb soll „insbesondere“ dann vorliegen, wenn die Voraussetzungen des § 56 Abs. 3 S. 2 AWV-RefE erfüllt sind. Demnach kann er auch unter anderen Voraussetzungen erfüllt sein, die aber nicht bestimmt sind. Hiermit wird ein weiterer unbestimmter Rechtsbegriff eingeführt, der die Rechtsanwendung, zum Beispiel bei der Frage, ob eine Unbedenklichkeitsbescheinigung für Zwecke der Rechtssicherheit beantragen werden sollte, erheblich erschwert. Das Wort „insbesondere“ sollte daher gestrichen werden.

Gemäß § 56 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AWV-RefE liegt ein atypischer Kontrollerwerb bereits dann vor, wenn dem Gesellschafter „Informationsrechte“ eingeräumt werden. Der Begriff „Informationsrechte“ ist dringend präzisierungsbedürftig, da zum Beispiel gemäß § 51a Abs. 1 GmbHG „jedem Gesellschafter“ bestimmte Informationsrechte eingeräumt werden. Demzufolge wäre jede Beteiligung an einer GmbH ein atypischer Kontrollerwerb. Der Gesetzgeber hat in § 15 Abs. 4 Nr. 3 AWG bestimmt, welche Informationen einem unionsfremden Investor vorbehaltlich einer Freigabe durch das BMWi vorzuenthalten sind. Dementsprechend sollte beim atypischen Kontrollerwerb auf solche Informationen abgestellt werden (siehe hierzu auch unten, unter 4.3.2).

4.3 § 15 AWG

Mit der Neufassung von § 15 AWG hat der Gesetzgeber das Vollzugsverbot sowie die gleichzeitig neu eingeführten, damit korrespondierenden Handlungsverbote in § 15 Abs. 4 AWG neben der sektorspezifischen auch auf alle meldepflichtigen Erwerbe im Rahmen der sektorübergreifenden Prüfung ausgedehnt. Die neuen Verbotstatbestände werden durch empfindliche Straf- und Bußgeldandrohungen in §§ 18 Abs. 1b), 19 Abs. 1 Nr. 2 AWG flankiert.

4.3.1 Vollzugsverbot

Durch die Verknüpfung in § 15 AWG mit meldepflichtigen Erwerben, wird sich das Vollzugsverbot auch auf solche meldepflichtigen Erwerbe erstrecken, die mit der 17. AWV-Novelle neu eingeführt würden. Der Gesetzgeber sollte erwägen, künftig die in § 15 Abs. 3 AWG angeordnete Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit auf solche Erwerbe zu beschränken, die als besonders kritisch für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit angesehen werden können. Eine Ausnahme könnte insoweit für Finanzinvestoren (siehe oben) bei einem Anteilerwerb zwischen 10 % und 25 % in den Katalogfällen des § 56 AWG-RefE vorgesehen werden. Gesetzliche Ausnahmen vom Vollzugsverbot im Bereich der Fusionskontrolle kennt etwa auch § 41 Abs. 1a GWB.

Ebenfalls sollte daran gedacht werden, entsprechend § 41 Abs. 2 GWB die Möglichkeit vorzusehen, dass das BMWi auf Antrag Befreiungen vom Vollzugsverbot erteilen kann.

4.3.2 Austausch unternehmensbezogener Informationen

Vor allem dort, wo der Austausch unternehmensbezogener Informationen pönalisiert wird, lässt sich für Unternehmen derzeit kaum antizipieren, was das BMWi als sicherheitsrelevant oder sonst bedeutsam für die Prüfung ansieht. Ohne weitere hinreichende Konkretisierung auf der Ebene der AWV bestehen Zweifel, ob die Regelung in § 15 Abs. 4 AWG noch im Einklang mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot steht.

Zudem stellen die neuen Verbotsnormen die Erwerbsparteien im gesamten Erwerbsprozess – inklusive der Due Diligence – vor erhebliche praktische Herausforderungen. Zwar fällt der notwendige Informationsaustausch zwischen potenziellen Erwerbsparteien im Rahmen einer Due Diligence rein formal (noch) nicht in den Anwendungsbereich des Vollzugsverbots, welches erst ab der Unterzeichnung des schuldrechtlichen Erwerbsvertrages Anwendung findet. Dies ist aus Sicht der Transaktionspraxis grundsätzlich zu begrüßen. Gleichwohl handelt es sich hierbei um eine künstliche Differenzierung, die mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belastet ist. So schließt auch der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung (mit Formulierungen wie „in aller Regel“ und „üblicherweise“) nicht aus, dass das Vollzugsverbot bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen – also vor Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts – gelten soll. Es besteht die Gefahr, dass Behörden und Staatsanwaltschaften in der Praxis die Anwendbarkeit der Normen auch auf den Informationsaustausch vor Entstehung der Anmeldepflicht ausdehnen könnten.

Im Übrigen erscheint die Rechtsfolge des Vollzugsverbots des § 15 Abs. 3 AWG mit der Folge der zivilrechtlichen Unwirksamkeit des gesamten Erwerbsgeschäfts jedenfalls in Konstellationen des bloß mittelbaren (Mit-)Erwerbs von deutschen Tochtergesellschaften eines ausländischen Unternehmens unverhältnismäßig. Hier wäre es wünschenswert, eine entsprechende Klarstellung in das deutsche Recht aufzunehmen, welche die Unwirksamkeitsfolge nur auf den Erwerb einer deutschen Zielgesellschaft beschränkt und nicht etwaige ggf. vorgeschaltete unmittelbare und mittelbare Erwerbe ausländischer Gesellschaften erstreckt.

4.4 Umstrukturierungen/Ausnahmetatbestände

Es wäre ferner wünschenswert, bezüglich der praxisrelevanten und bislang in der Rechtsliteratur kontrovers diskutierten Konstellation der rein konzerninternen „Umhängungen und Restrukturierungen“ Rechtsklarheit durch eine Klarstellung des Anwendungsbereiches der §§ 55 ff. AWW zu schaffen. Soweit es in diesen Fällen nicht zu einer relevanten Veränderung der Kontroll- und Einflussverhältnisse unionsfremder Unternehmen innerhalb des Konzerns kommt, berührt ein solcher Erwerb bzw. eine solche Beteiligung letztlich nicht den Regelungszweck des Investitionsprüfregimes und sollten daher auch nicht unter den Anwendungsbereich der Prüfung fallen.

Denkbar wäre insoweit die Schaffung einer ausdrücklichen Ausnahmeregelung, die klarstellt, dass kein Erwerb vorliegt, soweit bei einer rein konzerninternen Umstrukturierung unionsfremden Unternehmen keine neuen oder erweiterten Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten entstehen.

4.5 Vereinfachte Verfahren

Die Novellierung der AWW könnte ebenfalls dazu genutzt werden, für bestimmte Erwerbsvorhaben vereinfachte Verfahren vorzusehen (Stichwort „Short-Track“ bzw. „Short-Form-Process“) mit standardisierten Dokumenten bzw. Fragekatalogen, die dazu beitragen könnten, die Prüfung von Erwerbsvorhaben in der Praxis weiter zu beschleunigen.



Bundesverband Deutscher
Kapitalbeteiligungsgesellschaften

4.6 Leitlinien

Über die bereits auf den Webseiten des BMWi vorhandenen FAQ, wäre aus Sicht des BVK ferner daran zu denken, dass das BMWi Leitlinien herausgibt, die zwar die Bestimmungen des AWG und der AWV nicht ersetzen bzw. ändern können, jedoch zur Konkretisierung und zum besseren Verständnis auf Seiten der Wirtschaftsbeteiligten beitragen könnten.

4.7 Übergangsregelung

Der Referentenentwurf für die 17. AWV-Novelle enthält keine Übergangsregelungen für laufende Transaktionen oder laufende Prüfverfahren. Der BVK regt insoweit an, für nach § 56 AWV-RefE zu meldende Erwerbsvorhaben, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der 17. Änderungsverordnung bereits *gesigned*, jedoch noch nicht *geclosed* sind, eine Übergangsregelung zu schaffen.

Unter Mitarbeit von Daniel Wiedmann, Associated Partner und Rechtsanwalt bei POELLATH und Marian Niestedt, Partner und Rechtsanwalt bei Graf von Westphalen

Ulrike Hinrichs
Geschäftsführendes
Vorstandsmitglied

Dr. Andreas Rodin
Vorsitzender Rechtsbeirat