

Compliance Berater

10 / 2020

Betriebs-Berater Compliance

23.9.2020 | 8. Jg
Seiten 357–404

EDITORIAL

Arbeitsrecht als Compliance-Bremse | I

Dr. Malte Passarge, RA

AUFSÄTZE

Kuka war gestern – Neue Rahmenbedingungen für ausländische Direktinvestitionen in Deutschland | 357

Andreas Haak, RA, Dr. Maria Brakalova, RAin und Dr. Barbara Thiemann, RAin

Das Verbandssanktionengesetz im Spannungsfeld zwischen Vorstand und Aufsichtsrat – Teil 1 | 362

Dr. Christoph Klahold, RA

Compliance bei der Emission von Green Bonds | 369

Dr. Thorsten Kuthe, RA, und Meike Dresler-Lenz, RAin

Sonderkooperationen in der Corona-Krise | 374

Dr. Daisy Walzel, RAin, und Johannes Simon, FAArbR

Die psychologische Erklärung des Widerstands gegen Compliance-Systeme durch die Reaktanztheorie | 379

Dr. Manfred Rack, RA

Länderreport Finnland 2020 | 385

Antti Aalto und Dr. Bernd Federmann, RA

RECHTSPRECHUNG

BGH: Abzug von Schwarzlöhnen bei der Steuerhinterziehung | 391

LAG Köln: Zustimmung des Betriebsrats bei internen Untersuchungen | 394

LAG Mecklenburg-Vorpommern: Entschädigung wegen Videoüberwachung von Beschäftigten | 400

CB-BEITRAG

Andreas Haak, RA, Dr. Maria Brakalova, RAin und Dr. Barbara Thiemann, LLM (Bristol), RAin

Kuka war gestern – Neue Rahmenbedingungen für ausländische Direktinvestitionen in Deutschland

„Germany is not for sale. Wir verkaufen unser Tafelsilber nicht.“ und „Wir wollen unsere Sicherheitsinteressen besser schützen und Prüfverfahren transparenter machen.“ Diese Statements von Bundeswirtschaftsminister Altmaier von Juni 2020 fassen die Zielrichtung der Reform des deutschen Investitionsprüfregimes in diesem Jahr treffend zusammen. Genau genommen sind es drei Novellen, wobei die dritte voraussichtlich erst im vierten Quartal 2020 in Kraft treten wird. Die Attraktivität Deutschlands als Investitionsstandort soll zwar erhalten bleiben, gleichzeitig sollen aber deutsche und europäische Sicherheitsinteressen im Fall von kritischen Unternehmenserwerben effektiver geschützt werden. Wir blicken in diesem Beitrag zunächst auf die Novellen der Jahre 2017 bis 2019 zurück, mit denen die Hürden für ausländische Direktinvestitionen in Deutschland schrittweise angehoben wurden. Das Jahr 2020 markiert eine Zäsur in der deutschen Investitionskontrolle. Die Auswirkungen auf den Transaktionsprozess sind substantiell. Zugleich zeigt das 300-Millionen-Euro-Engagement der bundeseigenen Förderbank KfW beim Biotechunternehmen CureVac, dass die Bundesregierung neben dem Instrument der Investitionskontrolle auf Staatsbeteiligungen setzt, um deutsche Unternehmen im Einzelfall vor ausländischen Übernahmen schützen zu können.

I. Das deutsche Investitionsprüfregime im Überblick

Seit 2009 fußt das Investitionsprüfregime aufgrund der Regelungen des Außenwirtschaftsgesetzes („AWG“) und der dazu erlassenen Außenwirtschaftsverordnung („AWV“) auf zwei Verfahren. Die Übernahme von inländischen Unternehmen, die zivile sicherheitsrelevante Produkte in ihrem Portfolio haben, durch einen Investor mit Sitz außerhalb der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation („unionsfremde Investoren“) fällt unter die sektorübergreifende Investitionsprüfung; geregelt in §§ 55 bis 59 AWV. Prüfungsmaßstab war für über ein Jahrzehnt, ob der konkrete Erwerb durch den bestimmten Investor die öffentliche Ordnung oder Sicherheit Deutschlands tatsächlich gefährdet. Daneben kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie („BMWi“) ausländische Investitionen sektorspezifisch gemäß §§ 60 bis 62 AWV unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung wesentlicher Sicherheitsinteressen Deutschlands prüfen. Zu diesen besonders sicherheitsrelevanten Unternehmen zählen Hersteller oder Entwickler von Kriegswaffen und anderen militärischen Schlüsseltechnologien und von Produkten mit IT-Sicherheitsfunktionen, die für die Verarbeitung staatlicher Verchlusssachen genutzt werden.

II. Novellen der Jahre 2017 bis 2019 – Stellschrauben der Investitionskontrolle werden angezogen

Im Jahr 2016 sorgten chinesische Akquisitionen in Deutschland für ein in dieser Form neues mediales und politisches Interesse. Gerade die Übernahme des Augsburger Roboterherstellers Kuka durch den chinesischen Midea-Konzern schlug erhebliche Wellen. Die Bundesregierung reagierte auf zwei Ebenen. Gemeinsam mit Frankreich und Italien forderte Deutschland die Europäische Kommission auf, einen Mechanismus zur Investitionsprüfung zu entwickeln, der staatliche Unterstützung von Nicht-EU-Investoren in den Blick nimmt und ein breiter gefasstes Verständnis des Konzepts der öffentlichen Sicherheit aufweist. Diese Initiative mündete in die Verordnung (EU) 2019/452 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union („EU-Screening-Verordnung“), die letztes Jahr in Kraft trat und bis zum 11.10.2020 in nationales Recht umzusetzen ist. Die EU-Screening-Verordnung erschließt neue Handlungsspielräume für die Mitgliedstaaten und für die Kommission, die bereits jetzt von deutscher Seite, aber auch von anderen Mitgliedstaaten konsequent genutzt werden. National verschärft die Bundesregierung die Kontrolle ausländischer Investitionen seit 2017 quasi im Jahresrhythmus. Die Novellen haben die Rolle des BMWi nachhaltig gestärkt und eine hohe praktische Relevanz.

1. Bundesregierung legt die Hürden für ausländische Übernahmen schrittweise höher

Mit der Novelle aus dem Sommer 2017 gingen zwei wesentliche Neuerungen einher. Die Bundesregierung konkretisierte damals erstmals den Anwendungsbereich der sektorübergreifenden Investitionsprüfung.¹ Dafür ergänzte sie § 55 Abs. 1 AWW a. F. um einen Katalog mit besonders sicherheitsrelevanten Unternehmen, wie z. B. Betreiber Kritischer Infrastrukturen („KRITIS“). Ein Erwerb der in § 55 Abs. 1 S. 2 AWW gelisteten Unternehmen durch einen unionsfremden Investor begründet danach regelmäßig eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit. Die bis dahin auf sektorspezifische Direktinvestitionen beschränkte Meldepflicht wurde zweitens konsequent auf die in § 55 Abs. 1 S. 2 AWW neu definierten „Regelbeispiele“ ausgeweitet. Die Meldepflicht war anfangs daran geknüpft, dass ein ausländischer (sektorspezifisch) oder unionsfremder Investor (sektorübergreifend) mindestens 25% der Stimmrechte an einem in Deutschland ansässigen Unternehmen erwerben wollte. Im Winter 2018 folgte die Absenkung der Prüfeintrittsschwelle für alle meldepflichtigen Investitionen von 25% auf 10%.² Damit erweiterte die Bundesregierung abermals die Zuständigkeit des BMWi bei Unternehmenserwerben im Bereich sicherheits- und verteidigungsrelevanter Schlüsselunternehmen. Im Übrigen gilt die Prüfeintrittsschwelle von 25% noch fort, vgl. § 56 Abs. 1 Nr. 2 AWW.

2. EU setzt neue Maßstäbe für die Investitionsprüfung

Die EU-Screening-Verordnung räumt den Mitgliedsstaaten einen weiten Ermessensspielraum ein, ob ihre öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet ist. Zugleich erhält die Kommission ein Mitspracherecht in nationalen Investitionsprüfverfahren.

a) Weite Auslegung des Begriffspaares öffentliche Ordnung oder Sicherheit

Auffällig ist zunächst, dass Art. 4 Abs. 1 EU-Screening-Verordnung das primärrechtlich verankerte Begriffspaar öffentliche Ordnung oder Sicherheit weniger streng auslegt als der Europäische Gerichtshof. Maßgeblich ist, dass durch die ausländische Direktinvestition die Sicherheit oder öffentliche Ordnung *voraussichtlich beeinträchtigt* wird. Als Ausnahme von der Kapitalverkehrsfreiheit fordert der Gerichtshof dagegen regelmäßig³ eine *tatsächliche* und *hinreichend schwere Gefährdung*, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.⁴ Diese Rechtsprechung lag bislang der sektorübergreifenden Investitionsprüfung des BMWi zu Grunde, vgl. § 5 Abs. 2 AWW a. F. Die Änderungen lassen das eigentliche Prüfkriterium – die öffentliche Ordnung oder Sicherheit – zwar unverändert. Der vom Unionsgesetzgeber gewählte Begriff der *Beeinträchtigung* macht allerdings deutlich, dass in punkto Schwere ein geringerer Gefährdungsgrad genügt, um erwerbsbeschränkende Maßnahmen anzuordnen.

Art. 4 EU-Screening-Verordnung enthält darüber hinaus eine nicht erschöpfende Liste von Faktoren, die für die Ermittlung, ob eine ausländische Direktinvestition voraussichtlich die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung beeinträchtigt, berücksichtigt werden können. Mit Blick auf das Zielunternehmen listet Art. 4 Abs. 1 EU-Screening-Verordnung die Auswirkungen der Transaktion auf kritische Infrastrukturen, kritische Technologien und Dual-Use-Güter, die Versorgung mit kritischen Ressourcen, den Zugang zu sensiblen Informationen und die Pluralität der Medien auf. Daneben können die Mitgliedstaaten, investorbezogene Kriterien in die Prüfung einbeziehen. Dazu zählt nach Art. 4 Abs. 2 EU-Screening-Verordnung, ob ein ausländischer Investor direkt oder indirekt – z. B. in Form von Subventionen – von der

Regierung eines Drittstaats kontrolliert wird oder ob er staatlich gelenkte Auslandsinvestitionsprojekte durchführt.

b) Mehr Mitsprache für die Europäische Kommission

Außerdem implementiert die EU-Screening-Verordnung einen Mechanismus zur Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten untereinander und der Kommission. Anders als von Teilen der Wirtschaft gefordert,⁵ wird der Kommission dabei ein eigenes Prüfungsrecht zugesprochen und ihre Rolle nicht lediglich auf eine koordinierende beschränkt. Sind andere Mitgliedstaaten oder die Kommission der Auffassung, dass eine ausländische Übernahme eines deutschen Unternehmens die Sicherheit oder öffentliche Ordnung in weiteren Mitgliedstaaten voraussichtlich beeinträchtigt, können sie entsprechende Kommentare oder Stellungnahmen gegenüber Deutschland abgeben. Schon wegen der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 EUV muss Deutschland solche Eingaben *in angemessener Weise berücksichtigen*. Zumindest dem Wortlaut zufolge hat die Stellungnahme der Kommission mehr Gewicht, wenn voraussichtlich Projekte von Unionsinteresse beeinträchtigt sind. In diesen Fällen muss Deutschland der Stellungnahme *umfassend Rechnung tragen* und *der Kommission gegenüber eine Erklärung* abgeben, falls anders entschieden werden soll. Fazit: Die nationale Entscheidungshoheit wird zwar nicht tangiert, aber die Kommission gewinnt an Einfluss. Es ist davon auszugehen, dass sie diesen nutzen wird. Gelegenheit dazu bietet sich – schon rein statistisch – gerade im Zusammenhang mit dem Förderprogramm Horizont 2020. Die EU hat in Deutschland knapp 1.500 kleine und mittlere Unternehmen über das Programm von 2018 bis 2020 gefördert.⁶ Die Konsequenz für die Unternehmenspraxis wird in der Sachverständigenanhörung im Deutschen Bundestag aufgezeigt. Deutsche Unternehmen mit einem Interesse an über die EU hinausgehenden internationalen Partnerschaften werden bei der Beantragung von EU-Fördermitteln zukünftig das damit verknüpfte Risiko einer Investitionsprüfung mit berücksichtigen müssen.⁷

III. Novellen 2020 – Investitionskontrolle erhält neue Qualität

Das Instrument der Investitionskontrolle hat mit den in diesem Jahr angestoßenen Reformen eine neue Qualität gewonnen.

- 1 Neunte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung v. 14.7.2017, BAnz AT 17.07.2017 V1.
- 2 Zwölfte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung v. 19.12.2018, BAnz AT 28.12.2018 V1.
- 3 Differenzierend *Hermann*, Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 19/18700 und weiteren diesbezüglichen BT-Drs. 19/18895, 19/18673, 19/18703.
- 4 St. Rspr. EuGH, Urt. v. 11.11.2010 – C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669, Rn. 85 – Kommission/Portugal m. w. N.
- 5 VDMA Positionspapier v. März 2018.
- 6 EUKOM, Vertretung in Deutschland, Pressemitteilung v. 27.10.2017, „EU-Forschungsprogramm Horizont 2020: 30 Milliarden Euro für Investitionen in bahnbrechende Innovationen 2018 –2020“.
- 7 Vgl. Sachverständige Dr. Björn Rupp, Geschäftsführer, GSMK Gesellschaft für Sichere Mobile Kommunikation mbH, vor dem Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes am 8. Mai 2020, Ausschussdrucksache 19(9)596.

1. 15. AWW-Novelle – Investitionskontrolle in Zeiten von Corona

Im März 2020 veröffentlichte die Kommission in Form einer Mitteilung „Leitlinien für die Mitgliedstaaten betreffend ausländische Direktinvestitionen, freien Kapitalverkehr aus Drittländern und Schutz der strategischen Vermögenswerte Europas im Vorfeld der Anwendung der Verordnung (EU) 2019/452 über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen“.⁸ Insbesondere in Bereichen wie Gesundheit, medizinische Forschung, Biotechnologie und Infrastruktur sollen Unternehmen und kritische Vermögenswerte in europäischer Hand bleiben, weil sie für die Sicherheit und öffentliche Ordnung von wesentlicher Bedeutung sind. Die Kommission erinnert daran, dass Auswirkungen auf kritische Gesundheitsinfrastrukturen und die Versorgung mit kritischen Ressourcen in der EU-Screening-Verordnung ausdrücklich als Prüfungskriterien genannt werden. Gemäß Art. 17 gilt die EU-Screening-Verordnung zwar erst ab dem 11.10.2020. Doch entfaltet sie schon jetzt – zumindest in Teilen – Rechtswirkungen. Das BMWi kann die erwähnten materiellen Kriterien aus Art. 4 EU-Screening-Verordnung in seine Prüfung, ob ausländische Direktinvestitionen nach § 55 Abs. 1 S. 1 AWW die öffentliche Ordnung oder Sicherheit beeinträchtigen, einfließen lassen. Bis auf einen eng definierten Bereich in § 55 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2 und 5 AWW (insbesondere KRITIS und elektronische Gesundheitskarte), griff jedoch bislang für Unternehmen im Gesundheitswesen keine Meldepflicht. Außerhalb dieses Bereichs war die Prüfungskompetenz des BMWi erst ab einem Erwerb von 25% der Stimmrechte eröffnet.

Dies änderte sich am 3.6.2020 mit Inkrafttreten der 15. AWW-Novelle, die als „Corona-Novelle“ der AWW vorgezogen wurde. Danach müssen ausländische Investoren dem BMWi Erwerbe von mindestens 10% der Stimmrechte an Unternehmen melden, die Impfstoffe, andere wesentliche Arzneimittel, persönliche Schutzausrüstung (wie FFP2- und FFP3-Masken) sowie, Medizingüter (etwa chirurgische Masken und Beatmungsgeräte) oder In-Vitro-Diagnostika zur Behandlung bzw. zum Nachweis hochansteckender Krankheiten entwickeln oder herstellen. Dafür hat die Bundesregierung den Katalog in § 55 Abs. 1 S. 2 AWW um die Nr. 8 bis 11 ergänzt. Verhindert werden soll, dass medizinisches Know-how und Produktionskapazitäten, die für die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung essentiell sind, ins Ausland abfließen. Eine Herausforderung für Transaktionen wird hier aber sein, dass die neuen Regelbeispiele sehr weit gefasst sind, was z. B. im Bereich der persönlichen Schutzausrüstung zu Meldepflichten führt, die vom BMWi sicher nicht intendiert waren. Hier wird weitere Konkretisierung notwendig sein.

Zudem wurden durch die „Corona-Novelle“ der AWW erstmals ausdrücklich investorenbezogene Prüffaktoren nach dem Vorbild des Art. 4 Abs. 2 EU-Screening-Verordnung in die AWW aufgenommen. Damit wird klargestellt, dass das BMWi auch in der Person des Erwerbers liegende Gründe bei der Beurteilung, ob im Einzelfall eine voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit vorliegt, berücksichtigen kann.

2. AWW-Novelle – Grundlegende Reform des Investitionsprüfregimes

Zusätzlich zu den AWW-Änderungen hat der Bundesgesetzgeber das im AWG verankerte Investitionsprüfregime einer grundlegenden Reform unterzogen. Der erforderliche gesetzgeberische Freiraum war mit in Kraft treten der EU-Screening-Verordnung vorhanden. Zu den wesentlichen Änderungen gehören vor allem die Herabsetzung des Prüfungsmaßstabes und das Einführen eines – strafbewehrten – Vollzugsverbots.

a) Herabsetzung des sektorübergreifenden Prüfungsmaßstabes

Da Deutschland die EU-Screening-Verordnung mitinitiiert hat, war zu erwarten, dass die nunmehr mögliche Lockerung des Prüfungsmaßstabes ausgeschöpft werden würde. Mit der Neufassung von § 5 Abs. 2 AWG genügt demnach für eine Untersagung oder Beschränkung des Erwerbs im Rahmen der sektorübergreifenden Prüfung eine *voraussichtliche Beeinträchtigung* – anstatt einer tatsächlichen Gefährdung – der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit. So soll das BMWi in die Lage versetzt werden, „vorausschauender“ zu prüfen.⁹ Eine noch nicht eingetretene, aber durch einen kritischen Erwerbsfall künftig mögliche Beeinträchtigung soll verhindert werden können. Für die Parteien bedeutet das umgekehrt, dass der Ausgang der Investitionsprüfung schwerer vorhersehbar ist.

b) Einbeziehung weiterer Schutzgüter in die Prüfung

Als weitere Unbekannte kommt hinzu, dass das BMWi zusätzlich mögliche Beeinträchtigungen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit eines anderen Mitgliedstaates oder in Bezug auf Projekte oder Programme von Unionsinteresse i. S. v. Art. 8 EU-Screening-Verordnung berücksichtigen wird, vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 4 und 4a AWG. Zu den Projekten und Programmen von Unionsinteresse gehören neben dem schon genannten Horizont 2020 unter anderen auch die nicht minder bekannten Programme Galileo und EGNOS sowie Copernicus.

c) Vollzugsverbot mit Strafandrohung gepaart

Bei den Rechtsfolgen ist zwischen dem schuldrechtlichen Erwerbsgeschäft und dessen Vollzug zu unterscheiden. Nach § 15 Abs. 2 AWG steht das schuldrechtliche Erwerbsgeschäft stets, in beiden Verfahren und unabhängig von einer Meldepflicht, bis zur Beendigung des Prüfverfahrens unter der auflösenden Bedingung einer Untersagung. Untersagt das BMWi – bis zu fünf Jahre nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags – den Erwerb nachträglich, tritt analog § 158 Abs. 2 BGB die auflösende Bedingung ein und die Rechtsfolgen entfallen. Ein vollzogenes Rechtsgeschäft wäre rückabzuwickeln. Dieses Risiko kann sich allerdings wegen der Vollzugsbeschränkungen in § 15 Abs. 3 und 4 AWG bei meldepflichtigen Erwerben an sich nicht materialisieren.

Denn sämtliche Rechtsgeschäfte zum Vollzug von meldepflichtigen schuldrechtlichen Erwerben sind vom Zeitpunkt ihrer Vornahme an bis zum Abschluss des Prüfverfahrens schwebend unwirksam. Mit dem parallelen Vollzugsverbot soll unterbunden werden, dass vor Abschluss des Prüfverfahrens vom Erwerber genau die Maßnahmen vorgenommen und durchgeführt werden, deren sicherheitsrelevante Wirkungen durch die Meldepflicht und daran anknüpfend eine mögliche Untersagung oder erwerbsbeschränkende Anordnung verhindert werden sollen.¹⁰ Die zivilrechtlich wirkende schwebende Unwirksamkeit meldepflichtiger Erwerbe wird in § 15 Abs. 4 AWG mit spezifischen – strafbewehrten – Verbotstatbeständen flankiert. Damit soll ein faktischer Vollzug, soweit er Sinn und Zweck der Investitionsprüfung unterläuft, präventiv verhindert werden. Dem Erwerber soll mit dem Verbot der Ausübung von

8 Veröffentlicht im ABl. 2020/C 99 I/01 v. 26.3.2020.

9 BMWi, Pressemitteilung v. 8.4.2020, „Altmaier: Investitionen in sicherheits-sensiblen Bereichen können umfassender und vorausschauender geprüft werden. Bundeskabinett beschließt Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes“.

10 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze, Drucksache 19/18700 v. 21.4.2020, Seite 19.

Stimmrechten (Nr. 1) oder des Bezugs von Gewinnzahlungsansprüchen (Nr. 2) die Möglichkeit genommen werden, sich bereits wie ein Eigentümer zu gerieren. Überdies soll dem Erwerber kein Zugang zu unternehmensbezogenen Informationen gewährt werden, die im Zusammenhang mit dem potentiell sicherheitsrelevanten Produktportfolio des Unternehmens stehen (Nr. 3). Rein kaufmännische oder sonstige unternehmensbezogene Informationen, die die Parteien typischerweise austauschen, um dem Erwerber die mit der Investition verbundenen wirtschaftlichen Chancen und Risiken belastbar aufzuzeigen, dürfen dagegen in der Regel im Rahmen einer Due Diligence oder der Vertragsverhandlungen dem Erwerber zur Verfügung gestellt werden. Die Abgrenzung wird in der Praxis unweigerlich Fragen aufwerfen. Eine Auflistung konkreter sicherheitsrelevanter Informationen, die von dem Offenlegungsverbot erfasst sind, wäre wünschenswert. Zumal Verstöße gegen § 15 Abs. 4 nach § 18 Abs. 1b AWG mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder einer Geldstrafe sanktioniert werden können. Fahrlässiges Handeln kann nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 AWG ein Bußgeld nach sich ziehen.

d) Neues einheitliches und transparenteres Fristenregime

Mit der neuen Fristenregelung in § 14a AWG werden die bisherigen in verschiedenen AWW-Vorschriften enthaltenen Fristenregelungen für die sektorübergreifende und sektorspezifische Investitionsprüfung konsolidiert und transparenter gestaltet. Die bisher nach § 55 Abs. 3 AWW a. F. (sektorübergreifend) respektive § 61 AWW a. F. (sektorspezifisch) dreimonatige Vorprüffrist wird nach § 14a Abs. 1 AWG auf zwei Monate begrenzt. So soll sich für die Mehrzahl der Prüfverfahren die Verfahrensdauer verkürzen. Denn die meisten Erwerbsfälle können – bei sorgfältiger Vorbereitung und informeller Abstimmung mit BMWi im Vorfeld einer Transaktion – bereits in Phase 1 beendet werden. Ähnlich dem Fusionskontrollverfahren ist die Investitionsprüfung grundsätzlich zweistufig aufgebaut. In einer ersten Phase entscheidet das BMWi über das „Ob“ der Prüfung. Das eigentliche Prüfverfahren findet in der zweiten Phase statt. Die Länge dieser Hauptprüffrist verbleibt – für sektorübergreifende und sektorspezifische Prüfung gleichermaßen – im Regelfall unverändert bei vier Monaten. Das BMWi kann die Hauptprüffrist gemäß § 14a Abs. 4 AWG einmalig um bis zu drei Monate verlängern, wenn es sich im Einzelfall um einen besonders komplexen Fall handelt. Die Gründe hierfür können sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Natur sein, vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Überdies kann die Frist um einen weiteren Monat verlängert werden, wenn Verteidigungsinteressen, vgl. z. B. § 35 Abs. 2 VSVgV, in besonderem Maße berührt sind.

Die in der Verbändeanhörung bemängelte fehlende zeitliche Begrenzung des Hauptprüfverfahrens in der Vergangenheit hat der Gesetzgeber adressiert. Die Nachforderung von Unterlagen durch das BMWi lässt den Fristbeginn unberührt. Dafür wird die Frist nach § 14a Abs. 6 Nr. 1 AWG gehemmt. Für die Parteien wird die Gesamtverfahrensdauer durch die Neuregelung zwar besser kalkulierbar, mitunter über mehrere Monate bis zu einem dreiviertel Jahr dauernde Verfahren sind aber weiter nicht ausgeschlossen. Im Übrigen werden neben der Beteiligung einer Vielzahl anderer Bundesressorts sowie nachgeordneter Behörden (wie das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle oder das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik), künftig zusätzlich im Rahmen des EU-weiten Konsultationsmechanismus Stellungnahmen anderer EU-Mitgliedstaaten oder der Kommission eingehen. Der Gesetzgeber hat hierfür – anders als erwartet – die Verfahrensfristen nicht verlängert. Es bleibt abzuwarten, wie verlässlich und praktikabel sich das neue Fristenregime in der Praxis erweisen wird.

IV. (Teil-)Verstaatlichungen als Rezept gegen den „Ausverkauf“

Investitionsprüfungen bleiben an Sicherheitsinteressen geknüpft, rein industriepolitische Interessen können und sollen mit diesem Instrument nicht geschützt werden. Das gilt gleichsam für die stets präsente Forderung, die technologische Souveränität Deutschlands zu schützen. Als *ultima ratio* kann die Bundesregierung freilich ausländische Übernahmen durch Staatsbeteiligungen abwehren.

Letztes Jahr ist Bundeswirtschaftsminister Altmaier mit seinem Vorschlag eine Beteiligungsfazilität – sprich einen Staatsfonds – zu gründen, noch gescheitert. Die Corona-Krise hilft dem Bundeswirtschaftsminister ungewollt seine industriepolitischen Pläne umzusetzen. Bundestag und Bundesrat haben den Wirtschaftsstabilisierungsfonds („WSF“) im Frühjahr im Eiltempo beschlossen. Mit einem Volumen von 100 Milliarden EUR kann sich der WSF direkt an Unternehmen beteiligen. Der WSF belegt, dass der Bund die Gefahr eines „Ausverkaufs“ mit erheblichen Auswirkungen auf die Wirtschaft, technologische Souveränität, Versorgungssicherheit, kritische Infrastrukturen oder den Arbeitsmarkt sieht. Diese Systemrelevanz vorausgesetzt sind Unternehmen antragsberechtigt, die in den letzten beiden bereits bilanziell abgeschlossenen Geschäftsjahren vor dem 1.1.2020 mindestens zwei der drei folgenden Kriterien erfüllt haben:

- eine Bilanzsumme von mehr als 43 Millionen EUR,
- mehr als 50 Millionen EUR Umsatzerlöse sowie
- mehr als 249 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt.

Außerdem kann der interministerielle WSF-Ausschuss gemäß § 22 Abs. 2 Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz nach eigenem Ermessen über Anträge von Unternehmen entscheiden, die diese Merkmale nicht erfüllen, dafür aber in einem der in § 55 Abs. 1 S. 2 AWW genannten Sektoren tätig sind oder von vergleichbarer Bedeutung für die Sicherheit oder die Wirtschaft sind. Der fehlende Verweis auf § 60 Abs. 1 AWW dürfte wohl als Redaktionsversehen zu werten sein. Das Verhältnis zwischen der außenwirtschaftsrechtlichen Investitionsprüfung und dem WSF ist im Übrigen nicht fixiert. Über den WSF könnte jedenfalls die Eigenkapitalbasis präventiv gestärkt werden, sodass das Risiko einer ausländischen Übernahme sinkt.

Die Kommission hat das im WSF enthaltene Beihilfeprogramm am 8.7.2020 genehmigt,¹¹ sodass dieser seine Arbeit aufnehmen kann. Doch sollte ein Antrag wohl überlegt sein. Während der Dauer der Stabilisierungsmaßnahme gelten besondere Auflagen hinsichtlich der Vergütung des Managements. Es dürfen grundsätzlich keine Dividenden an andere Gesellschafter als den WSF geleistet werden. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, können Auflagen vorgesehen werden.

V. Folgen für die M&A Praxis

Von 2018 auf 2019 stieg die Anzahl der Investitionsprüfungen in Deutschland von 78 auf 106.¹² Soweit dabei relevante Sicherheitsrisiken festgestellt wurden, konnte diesen nach Angaben des BMWi in nahezu allen Fällen durch vertragliche Vereinbarungen abgeholfen

11 EUKOM, Entscheidung SA.56814 – Covid-19 measures of the Wirtschaftsstabilisierungsfonds.

12 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze, Drucksache 19/18700 v. 21.4.2020. Seite 3.

werden. Das zeigt, dass das Instrument des Abschlusses eines öffentlichen-rechtlichen Vertrages zur Beseitigung etwaiger sicherheitsrelevanter Bedenken immer relevanter wird.

Die Komplexität der Prüfungen – sowohl in rechtlicher als auch in technischer Hinsicht – nimmt ebenfalls stetig zu. Dieser Trend wird sich weiter fortsetzen. Damit die Transaktionssicherheit nicht über Gebühr leidet, sind die novellierten Vorschriften bei der Verfahrens- und Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. Immer wichtiger wird es, frühzeitig zu klären, ob die Transaktion von den Meldepflichten erfasst ist, oder, ob zumindest eine freiwillige Beantragung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung ratsam ist. Schließlich kann das BMWi nach wie vor bis zu fünf Jahre nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags ein Prüfverfahren *ex officio* einleiten. Mit der Lockerung des Prüfungsmaßstabs ist dieses Risiko gestiegen.

Mit Blick auf das umfassende Vollzugsverbot und die verknüpfte Strafandrohung sollten Verkäufer stets prüfen, welche produkt- und unternehmensbezogenen Informationen ausländischen Investoren zur Verfügung gestellt werden dürfen. Art und Inhalt der erfassten Informationen oder Technologien werden von Erwerbsfall zu Erwerbsfall – abhängig von den geschäftlichen Aktivitäten des Zielunternehmens und des vorhandenen technologischen Know-hows – unterschiedlich ausfallen. Im Zweifel sollte eine konkretisierende Anordnung durch das BMWi erbeten werden. Für den Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen ist es gängige Transaktionspraxis Clean Teams aufzustellen. Dieses Instrument könnte sich auch während der Investitionsprüfung etablieren. Allerdings könnte es in vielen Fällen schwer werden, sensible Informationen zu aggregieren.

VI. Fazit und Ausblick

Die Bedeutung der Investitionskontrolle steht nicht mehr hinter jener der Fusionskontrolle zurück. Zwar bleibt Deutschland weiterhin attraktiv für ausländische Investoren. Doch ohne eine sorgfältige Prüfung der einschlägigen Regelungen des Außenwirtschaftsrechts leidet die Transaktions- und damit die Investitionssicherheit. Die Relevanz des Verfahrens geht dabei über die traditionellen Anwendungsfälle in den Sektoren der wehrtechnischen Industrie und KRITIS inzwischen deutlich hinaus. In der aktuellen Gesundheitskrise steht der Gesundheitssektor unweigerlich im Fokus. Die nächste Wegmarke wird die Bundesregierung mit der 16. AWV-Novelle setzen. Im nächsten „Kuka-Fall“ will die Bundesregierung anders entscheiden können. Ausgehend von den Vorgaben in Art. 4 Abs. 1 lit. b) EU-Screening-Verordnung wird die Bundesregierung bestimmte kritische Technologien definieren, in denen Erwerbe von mindestens 10% der Stimmrechte zukünftig meldepflichtig sein werden. Voraussichtlich betroffen sind deutsche Unternehmen, die in den Bereichen Künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Biotechnologie und Quantentechnologie aktiv sind. Erwerbsfälle mit Bezug zu solchen kritischen Technologien können im

Einzelfall eine untersagungsrelevante Beeinträchtigung des Gemeinwesens darstellen, ohne dass zwingend ein ausgeprägter Bezug zu den Grundinteressen der Gesellschaft vorliegen muss. Zwecks besserer Vorhersehbarkeit wäre eine Verknüpfung mit der Einordnung als Dual-Use-Technologie eine Möglichkeit zu größerer Klarheit.¹³ Eine andere Möglichkeit wäre es, klare Definitionen mit konkreten Schwellenwerten ähnlich wie bei KRITIS aufzunehmen. In jedem Fall muss vermieden werden, dass sämtliche Unternehmen, die auch nur mittelbar im Bereich Künstlicher Intelligenz, Halbleiter oder anderer fortschrittlicher Technologien tätig sind, unter die neuen AWV-Regelbeispiele fallen und die sie betreffenden Erwerbe allesamt meldepflichtig werden. Das ist weder wirtschaftlich sinnvoll noch unter sicherheitsrelevanten Aspekten nötig.

AUTOR



Andreas Haak, RA, ist Office Managing Partner der globalen Wirtschaftskanzlei Dentons in Düsseldorf und Co-Head der Praxisgruppe Competition, Antitrust und Regulatory in Deutschland. Er ist zudem Fachanwalt für Vergaberecht. Seit vielen Jahren berät er Unternehmen, ausländische Investoren und Bundesministerien im Zusammenhang mit dem Außenwirtschaftsrecht.



Dr. Maria Brakalova, RAin, ist Counsel in der Praxisgruppe Competition, Antitrust und Regulatory der globalen Wirtschaftskanzlei Dentons in Berlin. Ihr Schwerpunkt liegt in der außenwirtschaftsrechtlichen und vergaberechtlichen Beratung. Dr. Brakalova ist Vorsitzende des Arbeitskreises „Außenwirtschaftsrecht/Exportkontrolle“ beim Deutschen Institut für Compliance (DICO).



Dr. Barbara Thiemann, LLM (Bristol), RAin, ist Senior Associate in der Praxisgruppe Competition, Antitrust und Regulatory der globalen Wirtschaftskanzlei Dentons in Düsseldorf. Sie unterstützt Unternehmen und die öffentliche Hand zu allen Fragen des Außenwirtschaftsrechts.

¹³ Vgl. die Entwicklung in den USA, Department of the Treasury, Office of Investment Security, Proposed rule, 31 CFR Part 800, „Provisions Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Persons“.