

Änderung des Außenwirtschaftsgesetz 2020 – Auf dem Weg zum Protektionismus?

WIRTSCHAFTSVERBÄNDEN GEHEN DIE ÄNDERUNGEN DES AWG ZU WEIT

Executive Summary

- Infolge der geplanten Änderungen des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) und der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) werden ausländische Investitionen vor allem in den Bereichen Kritischer Infrastruktur (u.a. Energie, Informationstechnik und Gesundheit) und Kritischer Technologien (z.B. künstliche Intelligenz, Cybersicherheit und Biotechnologien) künftig deutlich höheren Hürden unterliegen als bisher.
- Neu eingeführt werden soll für Investitionen im sektorübergreifenden Bereich u.a. ein zivilrechtliches Vollzugsverbot während des laufenden Investitionsprüfungsverfahrens für Anteilerwerbe von mehr als 10% der Stimmrechte, bei dessen Zuwiderhandlung straf- und ordnungswidrigkeitsrechtliche Sanktionen drohen. Zudem soll der Prüfungsmaßstab des BMWi so angepasst werden, dass die Schwelle für staatliche Eingriffe und Untersagungen in ausländische Investitionen erheblich gesenkt wird.

A. Einleitung

Am 08. April 2020 hat das Bundeskabinett die Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) beschlossen. Ziel der Novelle ist es, das bisher als liberal geltende Außenwirtschaftsrecht zu verschärfen, um wesentliche deutsche und europäische Sicherheitsinteressen zu schützen. Zu diesen wesentlichen Sicherheitsinteressen zählen vor allem der Schutz von sog. Kritischer Infrastruktur wie z.B. die Bereiche Energie, Informationstechnik und Gesundheit¹. Im Zuge der Corona-Krise sind gerade der Schutz und die Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern und medizinischer Ausrüstung wie z.B. Impfstoffen in den Fokus der Regierung gerückt. Anlass dazu gab etwa das angekündigte Vorhaben der USA, sich die Exklusivrechte am COVID-19-Impfstoff des Tübinger Impfstoffhersteller CureVac zu sichern.

Grund für die AWG-Änderung ist in erster Linie jedoch die Harmonisierung der EU-Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union (Verordnung (EU) 2019/452 vom 19. März 2019)², welche ab 11. Oktober 2020 für alle Mitgliedsstaaten verbindlich gilt. Die sog. EU-Screening-Verordnung schafft einen Kooperationsmechanismus der Zusammenarbeit zwischen den Mit-

¹ Website des BMWi zur AWG Novelle, abrufbar unter <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/erstes-gesetz-aenderung-aussenwirtschaftsgesetz.html>

² VERORDNUNG (EU) 2019/452 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN>



gliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission, nach welchem sowohl die einzelnen Mitgliedstaaten als auch die Kommission auf ausländische Direktinvestitionen in einem Mitgliedsstaat Einfluss nehmen können, wenn eine Beeinträchtigung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung innerhalb der EU zu befürchten ist. Zu diesem Zweck wird im Zuge der Novelle auch eine „Nationale Kontaktstelle“ für den neuen EU-weiten Kooperationsmechanismus im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) eingerichtet werden.³



In Übereinstimmung mit der EU-Screening-Verordnung sollen die geplanten Änderungen des AWG vor allem den Bereich Kritischer Infrastrukturen stärker schützen. Dies soll insbesondere durch eine Erweiterung des Prüfungsmaßstabs von einer tatsächlichen Gefährdung der nationalen öffentlichen Sicherheit oder Ordnung auf die voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung der EU erreicht werden. Signifikant sind außerdem die Folgen für die rechtliche Wirksamkeit eines Anteilskauf- und Abtretungsvertrags hinsichtlich einer sektorübergreifenden Investition. Zwar stand der schuldrechtliche Vertrag schon bisher unter der auflösenden Bedingung einer staatlichen Untersagung der Transaktion, der schuldrechtliche Vertrag war aber grundsätzlich von Anfang wirksam und die Parteien an einem wirksamen Vollzug des Vertrags und damit der Übertragung von Eigentumsrechten nicht gehindert. Der

³ Website des BMWi zur AWG Novelle, a.a.O. Fn. 1

Gesetzentwurf des BMWi sieht nunmehr aber vor, dass künftig jedes auf den Vollzug gerichtete Rechtsgeschäft schwebend unwirksam ist und auch die indirekte Übertragung von Gesellschafterrechten wie das Recht zur Ausübung von Stimmrechten, der Bezug von Gewinnauszahlungsansprüchen durch die Übertragung wirtschaftlicher Äquivalente oder die Herausgabe sicherheitsrelevanter Informationen an den Erwerber ausdrücklich verboten sind. Die Zuwiderhandlung soll künftig straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionen unterliegen.

Aufgrund der sich durch die Gesetzesnovellierung ergebenden Risiken für ausländische Investoren - insbesondere im Bereich Kritischer Infrastrukturen und Kritischer Technologien - sollten sich Investoren und ihre Berater im Rahmen einer Transaktion so früh wie möglich (am besten zu Beginn der Due Diligence) mit den Melde- und Prüfpflichten hinsichtlich der geplanten Akquisition und weiteren Schritten wie der Beantragung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung befassen.

B. Betroffene Erwerbsvorhaben

Welche Akquisitionen meldepflichtig sind und einer Investitionsprüfung unterfallen, richtet sich nach der Außenwirtschaftsverordnung (AWV). Dabei ist zwischen sektorübergreifenden und sektorspezifischen Investitionen zu unterscheiden.

Sektorübergreifende Investitionen betreffen grundsätzlich alle Unternehmenskäufe, durch die ein Investor mit Sitz außerhalb der EU bzw. des EFTA-Raums mindestens 25% der Stimmrechte an einem deutschen Unternehmen erwirbt (§§ 55 Abs. 1 S. 1, 56 Abs. 1 Nr. 2 AWV). Eine niedrigere Schwelle von 10% und generelle Meldepflicht gilt für sektorübergreifende Investitionen in Unternehmen, die einem sicherheitsrelevanten Bereich zuzuordnen sind (§ 55 Abs. 1 S. 2, 56 Abs. 1 Nr. 1 AWV). Hierzu zählen insbesondere Unternehmen, die Betreiber Kritischer Infrastrukturen im Sinne des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSIG) sind. Als Betreiber Kritischer Infrastrukturen gelten bei Erreichen bestimmter Grenzwerte vor allem Unternehmen aus den Bereichen Energie, Wasser, Er-



nahrung, Informationstechnik, Gesundheit, Finanz- und Versicherungswesen, Transport und Verkehr sowie dem Bereich Medien. Sektorübergreifende Investitionen können vom BMWi dahingehend überprüft werden, ob sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Bundesrepublik Deutschland gefährden.

Eine sektorspezifische Investition ist der Erwerb eines Unternehmens, das in einem besonders sicherheitssensiblen Bereich wie der Rüstungsproduktion oder militärischer IT-Entwicklungen tätig ist. Eine sektorspezifische Investition durch einen Ausländer (auch EU-Ausländer) unterliegt einer generellen Meldepflicht und Investitionsprüfung, wenn mindestens 10% der Stimmrechte erworben werden sollen. Sektorspezifische Investitionen werden vom BMWi dahingehend überprüft, ob wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland infolge des Anteilserwerbs gefährdet sind.

Die Novellierung des AWG und die bereits angekündigte Novellierung der AWV betreffen vor allem sektorübergreifende Investitionen.

C. Die geplanten Gesetzesänderungen im Detail

Die wesentlichen in der AWG-Novelle enthaltenen Änderungen sind:

I. Ausdehnung des Umfangs der Investitionsprüfung

Der Gesetzentwurf des BMWi sieht eine deutliche Ausdehnung des Umfangs der Investitionsprüfung vor. Die Bundesregierung erhofft sich, durch die Anpassung des Maßstabs einer Investitionsprüfung „kritische Unternehmenserwerbe zukünftig vorausschauender prüfen“⁴ zu können.

Derzeit untersucht das BMWi eine ausländische Investition grundsätzlich dahingehend, ob eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung“ i.S.v. § 5 Abs. 4

⁴ Pressemitteilung des BMWi vom 08.04.2020, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/20200408-altmaier-investitionen-in-sicherheitssensiblen-bereichen-koennen-umfassender-und-vorausschauender-geprueft-werden.html>

S. 2 AWG vorliegt. Nach § 5 Abs. 2 S. 1 AWG n.F. soll es bei der Prüfung künftig darauf ankommen, ob infolge des Anteilserwerbs die öffentliche Ordnung oder Sicherheit „voraussichtlich beeinträchtigt“ wird.⁵ Der angepasste Wortlaut des § 5 AWG n.F. erweitert den staatlichen Prüfungsumfang und Entscheidungsspielraum in zweifacher Hinsicht drastisch: Zum einen ist die Schwelle der bloßen Beeinträchtigung deutlich niedriger als die einer Gefährdung und zum Anderen kommt es nicht mehr auf das tatsächliche Vorliegen einer Gefahr infolge eines Anteilserwerbs an, sondern vielmehr auf hypothetische Auswirkungen in der Zukunft.

Darüber hinaus ist im Rahmen einer Investitionsprüfung zukünftig nicht mehr nur nach nationalen Sicherheitsinteressen zu fragen. Der Gesetzentwurf sieht in §§ 4 Abs. 1. Nr. 4, 4a AWG n.F. vor, dass Investitionen auch auf die Beeinträchtigung der „öffentlichen Ordnung oder Sicherheit eines anderen Mitgliedstaates“ und „Projekte oder Programme von Unionsinteresse“ zu prüfen sind.⁶

Infolge der Ausdehnung des Umfangs der Investitionsprüfung wird künftig auch die Schwelle für ein staatliches Eingreifen in Form von Anordnungen oder Untersagungen deutlich herabgesetzt sein.

II. Vollzugsverbot für Anteilskauf- und Abtretungsverträge

Der Abschluss eines schuldrechtlichen Anteilskauf- und Abtretungsvertrags über den Kauf von Unternehmensanteilen, der als sektorübergreifende Investition qualifiziert wird, ist gem. § 15 Abs. 2 AWG zwar von Anfang an wirksam, steht jedoch unter der auflösenden Bedingung einer Untersagung durch die Behörden und wäre in diesem Fall ggf. rückabzuwickeln. Nach dieser derzeit bestehenden Regelung ist ein wirksamer Vollzug und Eigentumsübergang an Unternehmensanteilen auch

⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 31.02.2020, Erstes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/erstes-gesetz-zur-aenderung-des-aussenwirtschaftsgesetzes-gesetzentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=4

⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 31.02.2020, a.a.O. . Fn. 5



möglich, wenn noch kein abschließendes Ergebnis der Investitionsprüfung vorliegt. Der Gesetzesentwurf des BMWi sieht in § 15 Abs. 3 AWG n.F. vor, dass künftig jedoch alle auf den Vollzug eines Anteils erwerbs gerichteten Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam sind, wenn ein Prüfrecht des BMWi besteht und die Investition meldepflichtig ist⁷. Dies erfasst alle Investitionen im sicherheitsrelevanten Bereich (z.B. Betreiber Kritischer Infrastrukturen), die mindestens 10% der Stimmrechte betreffen (§§ 55 Abs. 1 S. 2, Abs. 4, 56 Abs. 1 Nr. 1AWG).

Dies hat zur Folge, dass ein Investor, der mindestens 10% der Stimmrechte an einem Unternehmen erwerben will, das Betreiber sog. Kritischer Infrastrukturen ist, kein Eigentum an den Anteilen erwerben kann, bis die Investitionsprüfung durch das BMWi abgeschlossen und der Erwerb freigegeben ist. Im Fall sektorübergreifender Investitionen teilt das BMWi seine Entscheidung nach max. vier Monaten nach Eingang der vollständigen Unterlagen mit. Dies hat zur Folge, dass die Vertragsparteien mit einer ggf. monatelangen Unsicherheit über die Wirksamkeit des Anteils erwerbs belastet sind.

Darüber hinaus verhindert der Gesetzesentwurf des BMWi in § 15 Abs. 4 AWG n.F. auch einen faktischen Vollzug durch die Parteien, indem zukünftig strafbewehrte Verbote gelten sollen für die indirekte Übertragung von Gesellschafterrechten wie die Übertragung Rechts zur Ausübung von Stimmrechten, der Bezug von Gewinnauszahlungsansprüchen durch ein wirtschaftliches Äquivalent und die Herausgabe sicherheitsrelevanter Informationen an den Erwerber.⁸ Gerade die zuletzt genannte Herausgabe sicherheitsrelevanter Informationen wird künftig schon im Stadium der Due Diligence einer Transaktion Bedeutung haben.

III. Sanktionen

Wer den Verboten nach § 15 Abs. 4 AWG n.F. zuwiderhandelt oder den Versuch hierzu unternimmt, kann künftig nach § 18 Abs. 1b AWG n.F. mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Wer fahrlässig handelt, begeht eine Ordnungswidrigkeit und hat ein entsprechendes Bußgeld zu befürchten.⁹

D. Ausblick: Novelle der AWV

Das BMWi hat bereits angekündigt, dass der Novellierung des AWG auch die Novellierung der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) folgen soll. Hierzu will das BMWi bereits in einigen Wochen einen Entwurf vorlegen.¹⁰ Die Novellierung der AWV wird insbesondere die begriffliche Erweiterung „sicherheitsrelevanter Bereiche“ in Einklang mit Artikel 4 EU-Screening-Verordnung beinhalten - dies hat zur Folge, dass während einer laufenden Investitionsprüfung der Vollzug eines noch breiteren Industrie- und Branchenspektrums faktisch verboten sein wird.

Das BMWi führt in seinem Gesetzesentwurf zur AWG Novelle aus: „Insbesondere Artikel 4 EU-Screening-Verordnung macht deutlich, dass die Relevanz der Investitionsprüfung über (Landes-)Sicherheit, öffentliche Versorgung und kritische Infrastrukturen hinausgehen kann. Eine zentrale Rolle kommt hierbei den in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b EU-Screening-Verordnung genannten „kritischen Technologien“ zu.“¹¹

⁹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.02.2020, a.a.O. Fn. 5

¹⁰ Stärkung des nationalen Investitionsprüfungsrechts, Kerninhalte des ersten Teils der Novelle des Außenwirtschaftsrechts, BMWi vom 30.01.2020, abrufbar unter:

https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/J-L/kerninhalte-des-ersten-teils-der-novelle-des-aussenwirtschaftsrechts.pdf?__blob=publicationFile&v=4

¹¹ Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.02.2020, Erstes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze, abrufbar unter:

https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/erstes-gesetz-zur-aenderung-des-aussenwirtschaftsgesetzes-gesetzesentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=4

⁷ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.02.2020, a.a.O. Fn. 5

⁸ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.02.2020, a.a.O. Fn. 5



Danach soll die Novellierung des AWV das Prüfprogramm sicherheitsrelevanter Bereiche nach § 55 Abs. 1 S. 2 AWV jedenfalls um den Bereich Kritischer Technologien erweitern, wozu insbesondere Technologien betreffend künstlicher Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Cybersicherheit sowie Nanotechnologien und Biotechnologien zählen.

Der Aussage des BMWi ist aber auch zu entnehmen, dass eine weitest gehende Anpassung des Katalogs der sicherheitsrelevanten Bereiche in § 55 Abs. 1 S. 2 AWV an das Prüfprogramm des Artikel 4 der EU-Screening-Verordnung gewollt ist. Neben der Erfassung Kritischer Technologien ist hier hervorzuheben, dass im Bereich Kritischer Infrastrukturen in Artikel 4 der EU-Screening-Verordnung auch „Investitionen in Grundstücke und Immobilien, die für die Nutzung dieser Infrastrukturen von entscheidender Bedeutung“ erfasst sind.¹² Damit ist zu erwarten, dass auch Grundstücksgeschäfte, die Kritische Infrastrukturen oder Kritische Technologien nur mittelbar betreffen künftig Gegenstand einer meldepflichtigen und damit einem Vollzugsverbot unterliegenden Transaktion sein können.

E. Auswirkung auf künftige M&A- und Beteiligungs-Transaktionen

Bevor die anvisierten Änderungen des AWG zur Anwendung kommen, muss der Gesetzentwurf des BMWi nun das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren durchlaufen. Nachdem die EU-Screening-Verordnung ab 11. Oktober 2020 für alle Mitgliedsstaaten verbindlich gilt, ist zu erwarten, dass die Änderungen des AWG (und ggf. der AWV) zeitgleich mit der EU-Screening-Verordnung im Oktober 2020 Geltung erlangen werden.



Zusammenfassend lässt sich für sektorübergreifende Akquisitionen in Deutschland durch einen EU-ausländischen Investor festhalten, dass jeder Erwerb von mindestens 10% der Stimmrechte an einem Unternehmen, welches einem sicherheitsrelevanten Bereich im Sinne von § 55 Abs. 1 S. 2 AWG zuzuordnen ist, meldepflichtig ist und während der laufenden Investitionsprüfung künftig einem strafbewehrten Vollzugsverbot unterliegt.

Um potentiell monatelange und kostspielige zeitliche Verzögerungen aufgrund einer laufenden Investitionsprüfung zu vermeiden, ist jeder Investor angehalten, in einem möglichst frühen Stadium einer Transaktion diese gegenüber dem BMWi zu melden und eine Unbedenklichkeitsbescheinigung im Sinne von § 58 AWV zu beantragen, welche spätestens nach zwei Monaten seit der Beantragung als erteilt gilt.

¹² VERORDNUNG (EU) 2019/452 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 19. März 2019, a.a.O.



Es bleibt abzuwarten, welche Effekte insbesondere das neu eingeführte Vollzugsverbot und die herabgesetzte Schwelle für staatliche Eingriffe in Transaktionen auf ausländische Investoren in Deutschland haben werden. Mit Blick auf die geplante begriffliche Ausdehnung der sicherheitsrelevanten Bereiche durch die bereits angekündigte AWW-Novelle auf weitere Bereiche wie Kritische Technologien aber auch diese Bereiche nur mittelbar betreffende Geschäfte, ist jedoch erwarten, dass die Attraktivität deutscher Zielunternehmen für ausländische Investoren in Zukunft zumindest deutlich reduziert wird.

Dies gilt insbesondere auch für den Bereich der Venture-Capital-Investitionen. Der Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften e.V. (BVK) hat bereits davor gewarnt, dass sich die Gesetzesänderung als Hindernis für zukünftige Investitionen in deutsche Technologieunternehmen sowie als „Exit-Bremse“ bei deren Verkauf erweisen könne. Gemeinsam mit anderen Verbänden fordert der BVK deshalb, das Vollzugsverbot auf Sektoren zu beschränken, die wirklich wichtig für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sind, wie z.B. Kritische Infrastrukturen; auch müssten transparente und enge Anforderungen an die für eine die Untersagung notwendige Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gestellt werden.¹³

Dr. Andreas Bauer, LL.M.

Rechtsanwalt
Standort München
andreas.bauer@gsk.de

Elisabeth Kreitmair

Rechtsanwältin
Standort München
elisabeth.kreitmair@gsk.de

¹³ Website des Bundesverbands Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften (BVK), abrufbar unter <https://www.bvkap.de/>



Urheberrecht

GSK Stockmann – Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung von GSK Stockmann gestattet.

Haftungsausschluss

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot auf Beratung oder Auskunft dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko.

GSK Stockmann und auch die in dieser Mandanteninformation namentlich genannten Partner oder Mitarbeiter übernehmen keinerlei Garantie oder Gewährleistung, noch haftet GSK Stockmann und einzelne Partner oder Mitarbeiter in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grund empfehlen wir, in jedem Fall eine persönliche Beratung einzuholen.

www.gsk.de

GSK Stockmann

BERLIN

Mohrenstrasse 42
10117 Berlin
T +49 30 203907-0
F +49 30 203907-44
berlin@gsk.de

HEIDELBERG

Mittermaierstrasse 31
69115 Heidelberg
T +49 6221 4566-0
F +49 6221 4566-44
heidelberg@gsk.de

FRANKFURT / M.

Taunusanlage 21
60325 Frankfurt am Main
T +49 69 710003-0
F +49 69 710003-144
frankfurt@gsk.de

MÜNCHEN

Karl-Scharnagl-Ring 8
80539 München
T +49 89 288174-0
F +49 89 288174-44
muenchen@gsk.de

HAMBURG

Neuer Wall 69
20354 Hamburg
T +49 40 369703-0
F +49 40 369703-44
hamburg@gsk.de

LUXEMBURG

GSK Luxembourg SA
44, Avenue John F. Kennedy
L-1855 Luxembourg
T +352 271802-00
F +352 271802-11
luxembourg@gsk-lux.com



YOUR PERSPECTIVE.

GSK.DE | GSK-LUX.COM