

Das neue Jahr beginnt mit einer weiteren Verschärfung und Ausweitung des deutschen Investitionsprüfregimes

„Schon wieder Verschärfungen?“ Ja und vermutlich auch nicht die Letzten. Im vergangenen Jahr hatte die Bundesregierung die Regelungen des AWG/AWV-Investitionsprüfregimes bereits angepasst. Gleichzeitig war ein deutlicher Anstieg von Prüffällen beim zuständigen Ministerium für Wirtschaft und Energie (**„BMWi“**) zu verzeichnen. Im letzten Jahr wurden aber nur zwei von drei geplanten Reformvorhaben umgesetzt (siehe bereits [Beitrag aus November](#)). Die vollständige Umsetzung der Verordnung (EU) 2019/452 (**„EU-Screening-Verordnung“**) für ausländische Investitionsprüfungen mit weiteren Fallgruppen von meldepflichtigen Erwerben ins deutsche Recht erfolgt nun im letzten Schritt mit der sog. 17. AWV-Novelle. Infolge dieser Reform, die sich derzeit in der Konsultationsphase befindet und möglicherweise bereits Ende des ersten Quartals verabschiedet wird, wird sich die Zahl der Anmeldungen im Vergleich zum Jahr 2020 weiter erhöhen.

Deutschland verfügt mit der sektorübergreifenden und sektorspezifischen Investitionsprüfung über ein etabliertes Regime zur Kontrolle ausländischer Investitionen. Das Prüfregime beinhaltet – abhängig von dem Geschäftsbetrieb der deutschen Zielgesellschaft, der Identität des ausländischen Erwerbers und des Prozentsatzes der zu erwerbenden Anteile/Stimrechte – eine Meldepflicht. Die Transaktion unterliegt dann bis zur Freigabe durch das BMWi einem Vollzugsverbot. Das BMWi kann eine Transaktion untersagen oder mit Auflagen genehmigen, um die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten. Mit der 17. AWV-Novelle werden die Meldepflichten erweitert. Der Entwurf beinhaltet überdies Präzisierungen der Verfahrensregeln.

1

Neue Regelbeispiele im sektorübergreifenden Prüfregime

Im Rahmen des sektorübergreifenden Prüfregimes werden die meldepflichtigen Tatbestände (sog. Regelbeispiele) von 11 auf 27 erweitert. Der Meldepflicht unterfallen damit eine Vielzahl sog. emerging technologies. Dabei konkretisiert der deutsche Verordnungsgeber die Terminologie der EU-Screening-Verordnung teilweise, entweder durch Verweis auf spezielle deutsche oder EU-Gesetze wie das Satellitendatensicherheitsgesetz oder bestimmte Positionsnummern der Verordnung 428/2009 (**„Dual-Use-Verordnung“**). Dieser Ansatz ist zu begrüßen, da er zu einer deutlich klareren Abgrenzung der relevanten Tätigkeiten führt als die EU-Vorschriften. Andere Länder haben die Begrifflichkeit der EU-Verordnung 1:1 übernommen. Gleichwohl weisen auch einige der neuen deutschen Meldetatbestände Unschärfe auf.

Der Referentenentwurf beinhaltet die folgenden zusätzlichen Meldeatbestände:

1. Hochwertige Erdfernerkundungssysteme (aus dem Satellitendatensicherheitsgesetz);
2. Künstliche Intelligenz, die missbräuchlich eingesetzt werden könnte;
3. Autonome Kraftfahrzeuge oder unbemannte Luftfahrzeuge (inkl. Drohnen) sowie wesentliche Komponenten oder Software;
4. Industrieroboter, einschließlich Software, Technologie oder spezifische IT-Dienstleistungen;
5. Bestimmte Halbleiter wie integrierte Schaltungen auf einem Substrat und diskrete Halbleiter sowie Optoelektronik;
6. IT-Produkte und -Komponenten zum Schutz von IT-Systemen, zur Abwehr von Cyberangriffen und IT-Technologie zur Aufklärung von Straftaten und zur Beweissicherung durch Strafverfolgungsbehörden;
7. Luftfahrtunternehmen i.S.d. Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 sowie Luft- und Raumfahrtunternehmen, die bestimmte Dual-Use-Güter oder Güter oder Technologien, die für die Verwendung in der Luft- und Raumfahrt oder für den Einsatz in Raumfahrtinfrastruktursystemen bestimmt sind, entwickeln oder herstellen;
8. Nukleartechnologie;
9. Quantentechnologie;
10. additive Fertigung (3D-Druck);
11. Netztechnologien, insbesondere im Bereich 5G-Netze;
12. Smart-Meter-Gateways und Sicherheitsmodule für diese;
13. für die Bundesrepublik Deutschland wichtige Leistungen und Dienstleistungen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik, z.B. im Bereich Digitalfunk.
14. Rohstoffgewinner, -verarbeiter und -veredler wie auf der Liste kritischer Rohstoffe der EU ausgeführt;
15. Waren, die als Geheimpatente gesetzlich geschützt sind und
16. Nahrungsmittelsicherheit, d.h. Unternehmen, die unmittelbar oder mittelbar eine landwirtschaftliche Fläche von mehr als 10.000 Hektar bewirtschaften.

Zu begrüßen ist die „Nachschärfung“ einiger bestehender Regelbeispiele. So stellt der Verordnungsgeber zu „Cloud-Computing-Diensten“ (§ 55a Abs. 1 Nr. 4 AWV klar, dass es für das Erreichen des Schwellenwertes auf die für den jeweiligen Cloud-Computing-Dienst genutzten Serverkapazitäten ankommt und nicht auf die Gesamtkapazität der genutzten Serverinfrastruktur (z.B. Amazon Web-services), die ggf. zum größten Teil keinen Bezug zum Cloud-Computing-Dienst hat. Die alte Fassung des Regelbeispiels hatte zu erheblicher Rechtsunsicherheit in Fällen geführt, in denen das Zielunternehmen Leistungen per „Software as a Service“ anbietet.

2

Änderungen im sektorspezifischen Prüfregime

Im Bereich der sektorspezifischen Prüfung wird künftig Bezug auf sämtliche Rüstungsgüter im Sinne von Teil I Abschnitt A der Ausfuhrliste genommen. Bislang waren nur einzelne Listenpositionen im Bereich der Rüstungsindustrie erfasst. Eine neu eingeführte zweite Fallgruppe erfasst Investitionen in Unternehmen, die bestimmte Wehrtechnik, auf die sich geheime Patente oder bestimmte geheime Gebrauchsmuster beziehen, entwickeln, herstellen, verändern oder in ihrem Besitz haben. Diese Patente und Gebrauchsmuster werden aufgrund einer Prüfung als Staatsgeheimnis eingestuft. Aus Gründen des Geheimhaltungsschutzes müssen solche Unternehmen sicherstellen, dass die Patente und Technologien nicht veröffentlicht werden und kein Abfluss von Know-how ins Ausland erfolgt. Während die dritte Fallgruppe der sektorspezifischen Regelung (Produkte mit IT-Sicherheitsfunktionen zur Verarbeitung von Verschlussachen der öffentlichen Hand) weitgehend unverändert bleibt, sieht der Referentenentwurf eine vierte Kategorie "verteidigungswichtiger" Einrichtungen im Sinne des Sicherheitsüberprüfungsge setzes vor, d.h. Einrichtungen außerhalb der Zuständigkeit des Bundesministeriums der Verteidigung, die der Herstellung oder Aufrechterhaltung der Verteidigungsbereitschaft dienen und deren Beeinträchtigung mangels kurzfristiger Substituierbarkeit eine erhebliche Gefährdung der Funktionsfähigkeit, insbesondere der Ausrüstung, Führung und Unterstützung der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie des Zivilschutzes darstellt.

3

Atypischer Kontrollerwerb als neuer Aufgreif- und Kontrolltatbestand

Nach dem Wortlaut des § 56 Abs. 1 AWV a.F. greift die Investitionskontrolle dann ein, wenn ein Investor 10 % bzw. 25 % der Stimmrechte eines deutschen Zielunternehmens erwirbt. Mit der 17. AWV-Novelle wird nun klar gestellt, dass entsprechend der bisherigen Praxis des BMWi auch „Hinzuerwerbe“ über diesen Schwellen in den Anwendungsbereich der Investitionsprüfung fallen. Neu ist, dass Kontrollrechte außerhalb der formellen Stimmrechte eine Prüfung durch das BMWi auslösen können. Die Bundesregierung bezieht sich dabei im Referentenentwurf auf die Besetzung von Aufsichtsgremien oder der Geschäftsführung sowie auf Vetorechte bei strategischen Geschäftsentscheidungen oder umfangreiche Informationsrechte. Mehrere Investoren können auch dann gemeinsam betrachtet werden, wenn keine ausdrückliche Stimmrechtsvereinbarung vorliegt, aber andere Umstände den Schluss zulassen, dass die Stimmrechte gemeinsam ausgeübt werden sollen. Dies wird insbesondere dann vermutet, wenn alle Investoren aus demselben Land stammen und jeder der Investoren vom Staat kontrolliert wird.

4

Änderungen im Verfahrensrecht

Das Bestehen einer Meldepflicht im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung, also nach einer der speziell geregelten Fallgruppen des neuen § 55a Abs. 1 AWV und ein paralleler Antrag auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung für nicht konkret genannte Tätigkeiten schließen sich künftig aus. Die Neuregelung dient der Klarstellung, dass ein Antrag auf Bescheinigung der Unbedenklichkeit im Falle eines meldepflichtigen Erwerbs und im Falle eines bereits von Amts wegen eingeleiteten Prüfverfahrens ausscheidet. Zudem regelt der Referentenentwurf nun explizit, dass das BMWi von der sektorübergreifenden in die sektorspezifische Prüfung und umgekehrt wechseln kann. Die Praxis der letzten Jahre zeigt, dass sich viele Fälle an der Schnittstelle der Anwendungsbereiche der beiden Investitionsprüfregime bewegen. Oft kann erst im weiteren Verfahrenslauf nach Eingang und Prüfung von Detailinformationen festgestellt werden, welches Prüfverfahren im konkreten Fall tatsächlich einschlägig ist.

5

Wichtige Auswirkungen für Investoren

Die neue Reform wird weitreichende Auswirkungen auf ausländische Investitionen in Deutschland haben. Die Zahl der anzeigepflichtigen Transaktionen wird sich nach Einschätzung der Bundesregierung mehr als verdoppeln. Investoren, die Erwerbe in den nun hinzugekommenen kritischen Sektoren tätigen, müssen sich der AWV-Investitionsprüfung unterziehen, was den Zeitrahmen für die Transaktion erheblich verlängern kann. In Anbetracht der strengen Sanktionen bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot (bis zu fünf Jahren Haft bei vorsätzlichen Verstößen) ist es zu begrüßen, dass der Referentenentwurf teilweise mehr Rechtssicherheit bietet als die undefinierten Begriffe in der EU-Screening-Verordnung. Gleichwohl weisen eine Reihe der Meldetatbestände Unschärfen auf, was dazu führend wird, dass Investoren aus Gründen der Rechtsicherheit die Transaktion im Zweifel anmelden werden.

Ihre Ansprechpartner



Dr. Michael Brüggemann

Partner, Düsseldorf
Tel +49 211 8387 108
m.brueggemann@taylorwessing.com



Dr. Melanie Moser

Associate, Düsseldorf
Tel +49 211 8387 145
m.moser@taylorwessing.com