

Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften e.V. (BVK) zum Ersten Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Gesetzesentwurf. Wir würden diese Gelegenheit gerne nutzen, zugleich einige Anmerkungen zu den angekündigten Änderungen der Außenwirtschaftsverordnung zu machen.

Grundsätzlich bestehen Bedenken, dass die geplanten Änderungen Investitionen in Deutschland behindern, wenn nicht gar verhindern könnten und dadurch das Investitionsklima und die Innovationsfähigkeit der deutschen Wirtschaft Schaden nimmt. Die Änderungen sehen eine bedeutsame Verschärfung des derzeitigen Investitionskontrollregimes vor:

- Die Meldepflichten sollen auf eine Vielzahl von (innovativen) Wirtschaftsbereichen ausgeweitet werden;
- Meldepflichtige Investitionen sollen ohne vorherige Genehmigung nicht wirksam sein; und
- Die Untersagungsvoraussetzungen sollen abgesenkt werden.

Im Zusammenspiel mit den niedrigen Meldeschwellen, die bereits (unmittelbare und mittelbare) Beteiligungen von 10 % erfassen, ist zu erwarten, dass eine Vielzahl von Investitionen von den neuen Regeln erfasst wird. Aufgrund des bürokratischen Aufwands durch das Genehmigungsverfahren und der Untersagungsrisiken kann dies dazu führen, dass (insbesondere kleinere) Investitionen nicht mehr getätigt werden. In Hinblick auf die Anteilseigner der betroffenen Unternehmen, die ihre Anteile veräußern wollen, ist zudem zu bedenken, dass diese in ihrer Vertragsfreiheit und Eigentumsrechten eingeschränkt werden. Im Einzelnen:

Änderungen des Außenwirtschaftsgesetzes

Einführung eines Genehmigungserfordernisses:

Meldepflichtige Beteiligungen sollen erst dann vollzogen werden dürfen, wenn sie durch das Ministerium genehmigt wurden. Bis zur Genehmigung wäre die Beteiligung rechtlich schwebend unwirksam (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 des RefE).

Ein derartiges „Vollzugsverbot“ würde den bürokratischen Aufwand für Investitionen beträchtlich erhöhen und dies auch für Investitionen, die in Hinblick auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit völlig unbedenklich sind. Der Mehraufwand betrifft einerseits die Kosten für den Genehmigungsantrag und das Verfahren und andererseits insbesondere die Verfahrensdauer. Insbesondere bei kleineren Investitionen kann dies dazu führen, dass von ihnen abgesehen wird.

Der BVK regt daher an, beim bisherigen System einer Verfahrenseröffnung von Amts wegen zu bleiben und auf das Genehmigungserfordernis zu verzichten. Alternativ sollte zumindest der bürokratische Aufwand reduziert werden. Unbedenkliche Investitionen sollten innerhalb deutlich kürzerer Fristen als bisher genehmigt werden. So könnte zum Beispiel durch eine Frist von bis zu maximal

einem Monat ein Gleichlauf mit der Fusionskontrolle (Vorprüfverfahren) hergestellt werden. Wie in der Fusionskontrolle könnten dann problematischere Fälle einer vertieften Prüfung (Hauptprüfverfahren) unterzogen werden. Um kleine Investitionen nicht zu erschweren, könnten diese ausgenommen werden, zum Beispiel, wenn – wie in der Fusionskontrolle (§ 35 Abs. 1, 1a GWB) – bestimmte Schwellenwerte nicht erreicht werden.

Absenkung des Untersagungskriteriums:

Bisher kann eine Beteiligung nur dann untersagt werden, wenn diese die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet. Zukünftig soll ein geringerer Gefährdungsgrad genügen. Ausreichen soll nun bereits eine voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit. Die bisherige Voraussetzung, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, soll gestrichen werden (§ 5 Abs. 2 RefE).

Das derzeitige Untersagungskriterium entspricht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Der Referentenentwurf stellt darauf ab, dass die Verordnung (EU) 2019/452 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union nun eine Absenkung des Untersagungskriteriums ermöglicht. Aus Sicht des BVK besteht die Sorge, dass die Absenkung einen Paradigmenwechsel vom bisherigen System der Kapitalverkehrsfreiheit hin zu einem industriepolitischen Protektionismus ermöglichen kann.

Änderungen der Außenwirtschaftsverordnung

Ausweitung der Meldepflicht:

Die Meldepflicht soll auf Investitionen in die Bereiche künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Biotechnologie und Quantentechnologie ausgeweitet werden.

Der BVK gibt zu bedenken, dass die Meldepflicht damit auf Zukunftsbereiche ausgeweitet wird, die Investitionen dringend benötigen. Das bereits oben angesprochene Genehmigungserfordernis ist insofern diesen Bereichen nicht förderlich. Das Genehmigungserfordernis kann zum Beispiel auch Venture-Capital-Investitionen in Startup-Unternehmen betreffen.

Aus Sicht der Praxis wäre zudem wichtig, dass meldepflichtige Bereiche klar definiert werden. Da erfasste Beteiligungen ohne Genehmigung zivilrechtlich unwirksam sein sollen, muss für die Praxis leicht erkennbar sein, welche Bereiche von dem Genehmigungserfordernis erfasst sind. Ohne eine genaue Definition bestünde eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

Genehmigungsschwelle:

Ohne weitere Änderung der Außenwirtschaftsverordnung würde die Genehmigungspflicht gemäß § 56 Abs. 1 Nr. 1 AWV bereits bei einem Erwerb von 10 % der Stimmrechte greifen. Eine solche Genehmigungsschwelle ist aus Sicht des BVK zu niedrig, da eine solche Beteiligung in der Regel keinen Einfluss oder gar Kontrolle vermittelt. Eine bessere Alternative wäre auf die ausdifferenzierten

und in der Praxis erprobten Maßstäbe des Aktienrechts (§§ 15 ff. AktG) oder Kartellrechts (§ 37 Abs. 1 GWB) zurückzugreifen.

Mittelbare Beteiligungen:

Für dringend erforderlich hält der BVK eine Änderung der Regeln zur mittelbaren Beteiligung (§ 56 Abs. 1 AWV). Die bestehende Regelung wird so ausgelegt, dass auch eine Kette von 10 %-Beteiligungen erfasst sein kann (vgl. Hocke/Sachs/Pelz/Mausch- *Liotta* Außenwirtschaftsrecht, § 56 Rn. 13). Demnach würde es ausreichen, wenn ein Nicht-EU-Investor 10 % der Stimmrechte an einem EU-Investor hält und dieser wiederum 10 % der Stimmrechte an einem deutschen Unternehmen erwirbt.

In einem solchen Fall ist in der Praxis erst recht auszuschließen, dass der Nicht-EU-Investor irgendeinen (mittelbaren) Einfluss auf das deutsche Unternehmen ausüben kann. Dies gilt erst recht, wenn der Nicht-EU-Investor in einen Venture-Capital-Fonds oder in einen Private-Equity-Fonds investiert. Solche Fonds sind in der Regel als Personengesellschaften angelegt. Die Geschäfte des Fonds führt dann der Komplementär bzw., aus aufsichtsrechtlichen Gründen, die beauftragte Kapitalverwaltungsgesellschaft. Insbesondere im Interesse von Investitionen durch solche Kapitalbeteiligungsgesellschaften, um diese nicht durch das Genehmigungserfordernis zu erschweren, sollte der Begriff der mittelbaren Beteiligung modifiziert werden. Eine mittelbare Beteiligung sollte nur dann relevant sein, wenn sie dem Nicht-EU-Investor Kontrolle über das direkt investierende Unternehmen verleiht.