

Stellungnahme zum Referentenentwurf der Siebzehnten Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung

Wir begrüßen die Möglichkeit und möchten die Gelegenheit nutzen, im Namen von Linklaters LLP („**Linklaters**“) nachstehend Stellung zu verschiedenen Vorschriften des Referentenentwurfs des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie („**BMWi**“) der Siebzehnten Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 22. Januar 2021 („**Referentenentwurf**“ oder „**AWV-RefE**“) zu beziehen.

Unsere Stellungnahme bezieht sich auf ausgewählte und u.E. vordringliche Themenbereiche, nämlich (i) die Ausweitung der Sektoren in §§ 55a, 60 AWV-RefE, (ii) die relevanten Erwerbstatbestände in §§ 56, 60a AWV-RefE, (iii) Regelungslücken und (iv) weiteren Präzisierungsbedarf. Sie ist nicht im Sinne einer vollständigen Behandlung aller relevanten Themen zu verstehen.

I. **Ausweitung der Sektoren, §§ 55a Abs. 1, 60 Abs. 1 AWV-RefE**

A. **Vorbemerkung zur Erforderlichkeit**

- (1) Linklaters begrüßt die erheblichen Bemühungen des BMWi für die weiteren Sektoren, für die im Referentenentwurf beabsichtigt ist ein verpflichtendes Investitionskontrollverfahren einzuführen, einen Konkretisierungsgrad zu erzielen, der deutlich über die Regelungen in der 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 („**EU-Screening-Verordnung**“) hinausgeht.
- (2) Positiv ist festzuhalten, dass diese Konkretisierung zu einer sachgerechteren Einengung der relevanten Sektoren führt und damit eine angemessenere Zweck-Mittel-Relation gewahrt wird, als bei einfacher Übernahme der von Art. 4 Abs. 1 lit. b EU-Screening-Verordnung vorgegebenen Sektoren. Ebenso ist es begrüßenswert, dass das BMWi in verschiedenen, schwer zu konkretisierenden Fällen (z.B. betreffend den „Zugang zu sensiblen Informationen“) auf eine Aufnahme in den Anwendungsbereich der verpflichtenden Investitionskontrolle verzichtet hat.
- (3) Dennoch merken wir in grundsätzlicher Hinsicht an, dass auch durch die vorgesehene Aufnahme diverser weiterer Sektoren in den Katalog des § 55a AWV-RefE eine sehr erhebliche Ausweitung der verpflichtenden Investitionskontrolle bewirkt wird. Diese wird eine wesentliche Mehrbelastung der Wirtschaft zur Folge haben, insbesondere in Fällen, in denen Unternehmen auf ausländischen Kapitalzufluss zwingend angewiesen sind. Investitionsprüfverfahren haben, auch bei sicherheitsunkritischen Transaktionsvorhaben, erhebliche Verzögerungen des Vollzugs der angemeldeten Transaktion zur Folge, wenn das Zielunternehmen nur am Rande oder letztlich unbedeutende Aktivitäten in den verpflichtenden Sektoren entfaltet, für die nach § 15 Abs. 4 Außenwirtschaftsgesetz („**AWG**“) bis zur Freigabe durch das BMWi ein Vollzugsverbot gilt.
- (4) Zudem ist es fraglich, ob ein Regelungsbedürfnis für die Aufnahme weiterer verpflichtender Sektoren besteht. Bereits unter dem aktuellen Rechtsrahmen verfügt das BMWi über umfassende Kontrollmöglichkeiten nach dem AWG und kann gemäß § 14a Abs. 3 S. 2 AWG Transaktionen innerhalb eines Zeitrahmens von fünf Jahren ab Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages (oder gemäß § 14a Abs. 1 Nr. 1 AWG binnen zwei Monaten ab Kenntniserlangung vom Abschluss des schuldrechtlichen

Linklaters

Vertrages) prüfen. Dies gilt für alle Sektoren, also insbesondere auch außerhalb der bisher in §§ 55 Abs. 1 S. 2, 60 Abs. 1 Außenwirtschaftsverordnung („AWV“) genannten Sektoren. Nach unserem Verständnis macht das BMWi von dieser Möglichkeit regelmäßig Gebrauch.

- (5) Unternehmen prüfen schon aus Gründen der Transaktionssicherheit, ob ein Zielunternehmen in einem investitionskontrollrechtlich sensitiven Bereich tätig ist. Aufgrund der in Art. 4 Abs. 1 lit. b EU-Screening-Verordnung ausgedrückten europarechtlichen Bewertung zur Sensitivität der dort aufgeführten Sektoren ist davon auszugehen, dass insbesondere bei Transaktionsvorhaben, die diese Sektoren betreffen, eine entsprechende Bewertung und oftmals ein freiwilliger Antrag auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung erfolgt. Die in den letzten Jahren (insbesondere von 2019 auf 2020) erheblich angestiegenen Fallzahlen sind ein klarer Ausdruck dieser Bewertung von Erwerbern wie auch Veräußerern. Dies gilt auch insbesondere vor dem Hintergrund der gesteigerten „Marktscreening-Aktivitäten“ der involvierten Behörden auf nationaler und europäischer Ebene sowie der Mitteilungen im Rahmen des mit der EU-Screening-Verordnung eingeführten EU-weiten Kooperationsmechanismus. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das BMWi einen belastbaren Überblick über relevante Transaktionen erhält und seine Kontrollmöglichkeiten nach § 14a Abs. 3 S. 2 AWG ausüben kann.
- (6) Zudem bringt § 55a AWV-RefE klar zum Ausdruck, dass die benannten Sektoren weiterhin nur Regelbeispielcharakter haben, d.h. ausländische Erwerber werden auch weiterhin prüfen müssen, ob auch für Transaktionen in anderen Geschäftsbereichen ggfs. ein freiwilliger Antrag auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung gestellt werden soll.
- (7) Insbesondere der sehr lange Zeitraum von fünf Jahren, innerhalb dessen das BMWi einen Fall *ex officio* nach § 14a Abs. 3 S. 2 AWG aufgreifen kann, führt regelmäßig dazu, dass Unternehmen schon unter dem gegenwärtigen Rechtsrahmen einen vorsorglichen Antrag auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung stellen, um die Transaktionssicherheit zu erhöhen. Selbst wenn Unternehmen im Einzelfall in einem sensitiven Sektor auf einen freiwilligen Antrag verzichten sollten, so hat das BMWi schon gegenwärtig umfassende Kontrollmöglichkeiten.
- (8) Uns sind keine Fälle bekannt, in denen das BMWi nach dem gegenwärtigen Rechtsrahmen gehindert gewesen wäre, eine relevante ausländische Investition in ein inländisches Unternehmen, das in einem sensitiven Tätigkeitsfeld aktiv ist, zu prüfen. Wir regen deswegen an, kritisch zu prüfen, ob für alle Sektoren des § 55a Abs. 1 AWV-RefE ein verpflichtendes Investitionskontrollverfahren tatsächlich das richtige Mittel im Sinne einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation ist.

B. Vorbemerkung zur Einführung von „Größenschwellen“

- (9) Aus der Nennung von Aktivitäten in § 55a Abs. 1 AWV-RefE und § 60 Abs. 1 AWV-RefE folgen für betroffene Unternehmen wesentliche Transaktionserschwernisse in Gestalt einer Genehmigungspflicht mit einem sehr weitreichenden und strafbewehrten Vollzugsverbot. Sofern die Aufnahme eines Sektors in den Katalog der „sensitiven Sektoren“ in §§ 55a Abs. 1, 60 Abs. 1 AWV aus Sicht des Verordnungsgebers zwingend erforderlich ist (insoweit verweisen wir auf die vorstehenden Erwägungen in Rn. (4) ff.), regen wir an, dass jeweils klar bestimmte „Größenschwellen“ eingeführt werden.
- (10) Diese Regelungstechnik ist in der Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz („**KritisVO**“) bewährt und führt dazu, dass Unternehmen, die eine volkswirtschaftlich untergeordnete Bedeutung in einem Sektor haben, nicht in den Anwendungsbereich des verpflichtenden Investitionskontrollregimes fallen. Sofern ein Unternehmen eine nur untergeordnete Bedeutung hat, erscheint es nicht verhältnismäßig, Erwerbsvorgänge (zumal ab einer sehr niedrigen Beteiligungsschwelle von 10 % der Stimmrechte, die zumeist nur für Finanzbeteiligungen relevant ist und mit keinen wesentlichen Gesellschafterrechten einhergeht) einem Genehmigungsvorbehalt zu unterstellen.

Linklaters

- (11) Diese Größenschwellen sollten jeweils so gesetzt werden, dass nur Unternehmen mit herausgehobener volkswirtschaftlicher Bedeutung erfasst werden. Eine solche Eingrenzung führt zu keinen Regelungslücken, da in allen übrigen Fällen das BMWi weiterhin eine *ex officio*-Prüfmöglichkeit hat und Unternehmen ihrerseits zur Erhöhung der Transaktionssicherheit weiterhin freiwillige Anträge auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung stellen können.
- (12) Diese Anmerkung ist als eine generelle Anmerkung zu allen Sektoren der §§ 55a Abs. 1, 60 Abs. 1 AWV-RefE zu verstehen, sodass wir im Folgenden davon abgesehen haben, jeweils einen entsprechenden Zusatz aufzunehmen.

C. Konkrete Anmerkungen betr. § 55a Abs. 1 AWV-RefE

- (13) Wir greifen nachstehend einzelne konkrete Regelungspunkte in der aktuell vorgesehenen Normausgestaltung auf, ohne dass damit eine Einschätzung verbunden sein soll, dass in diesen Fällen tatsächlich ein verpflichtendes Investitionskontrollverfahren erforderlich ist und auf „Größenschwellen“ verzichtet werden könnte – u.E. könnte in allen diesen Fällen auch auf einen Mechanismus mit einem freiwilligen Antrag auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung bzw. eine mögliche *ex officio*-Prüfung in besonders sensiblen Fällen abgestellt werden.

1. § 55a Abs. 1 Nr. 9 AWV-RefE

(a) Ausgangslage

- (14) Eine Meldepflicht besteht nach § 55a Abs. 1 Nr. 9, Abs. 4 AWV für Erwerbsvorgänge oberhalb der Meldeschwellen, wenn das inländische Zielunternehmen für die Gewährleistung der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung wesentliche Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 des Arzneimittelgesetzes, einschließlich deren Ausgangs- und Wirkstoffe, entwickelt, herstellt oder in Verkehr bringt oder Inhaber einer entsprechenden arzneimittelrechtlichen Zulassung ist.
- (15) In der Begründung der Fünfzehnten Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 11. Mai 2020, mit der die Regelung aufgenommen wurde, heißt es, dass dies insbesondere solche Arzneimittel sind, deren Wirkstoffe auf der „Liste versorgungsrelevanter und versorgungskritischer Wirkstoffe“ aufgeführt sind.¹ Der Zusatz „insbesondere“ lässt offen, welche sonstigen Arzneimittel und Wirkstoffe von der Regelung erfasst sein sollen. Damit hat diese Norm, im Zusammenspiel mit ihrer Begründung, gegenwärtig einen uferlosen Anwendungsbereich. Im Einzelfall ist kaum mit hinreichender Sicherheit festzustellen, ob ein Wirkstoff, der nicht auf der „Liste versorgungsrelevanter und versorgungskritischer Wirkstoffe“ steht, nach Einschätzung der involvierten Ressorts gleichwohl sensitiv ist. Aufgrund der erheblichen Sanktionsandrohung im Falle eines unterlassenen Antrages auf Freigabe, ist u.E. eine klare und abschließende Eingrenzung der Liste relevanter Wirkstoffe erforderlich.

(b) Normvorschlag

- (16) Wir schlagen folgende Konkretisierung des § 55a Abs. 1 Nr. 9 AWV-RefE vor (Änderungen unterstrichen):
- „9. für die Gewährleistung der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung wesentliche Arzneimittel im Sinne des § 2 Absatz 1 des Arzneimittelgesetzes, deren Wirkstoffe auf der vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte nach § 52b Abs. 3c Arzneimittelgesetz veröffentlichten Liste der versorgungsrelevanten und versorgungskritischen Wirkstoffe geführt werden, einschließlich deren Ausgangs- und Wirkstoffe, entwickelt, herstellt oder in Verkehr bringt oder Inhaber einer entsprechenden arzneimittelrechtlichen Zulassung ist“*

¹ Fünfzehnte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 11. Mai 2020, S. 11.

(c) Begründung

- (17) Ein abschließender Verweis auf die Liste der versorgungsrelevanten und versorgungskritischen Wirkstoffe verschafft Unternehmen Klarheit und Rechtssicherheit darüber, welche Produkte im Bereich der Arzneimittel in den meldepflichtigen Bereich fallen. Die Liste versorgungsrelevanter und versorgungskritischer Wirkstoffe wird auf Basis der Vorschläge der medizinischen Fachgesellschaft und der Liste der essenziellen Arzneimittel der Weltgesundheitsorganisation erstellt und regelmäßig geprüft und angepasst. Die Liste erfasst Wirkstoffe für verschreibungspflichtige Arzneimittel, die für die Gesamtbevölkerung relevant sind.
- (18) Darüber hinaus sind Erwerbsvorgänge betreffend weitere Hersteller und Entwickler von Arzneimitteln gemäß § 55a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 6 Abs. 6, Anhang 5 Teil 3 Spalte B Nr. 3 und Nr. 4 KritisVO von einer Meldepflicht erfasst. Dies gewährt zusammen mit der Aufgreifmöglichkeit im nicht-verpflichtenden Bereich einen ausreichenden Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Da es sich bei der vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte nach § 52b Abs. 3c Arzneimittelgesetz veröffentlichten Liste der versorgungsrelevanten und versorgungskritischen Wirkstoffe um eine dynamische Liste handelt, werden auch künftige Entwicklungen entsprechend abgedeckt.

2. § 55a Abs. 1 Nr. 14 AWV-RefE

(a) Ausgangslage

- (19) Eine Meldepflicht soll in Zukunft für Erwerbsvorgänge oberhalb der Meldeschwellen bestehen, wenn das inländische Zielunternehmen nach § 55a Abs. 1 Nr. 14 AWV-RefE Kraftfahrzeuge oder unbemannte Luftfahrzeuge, die über eine technische Ausrüstung für die Steuerung von hochautomatisierten, vollautomatisierten oder autonomen Fahr- oder Navigationsfunktionen verfügen, oder die für die Steuerung solcher Fahr- oder Navigationsfunktionen wesentlichen Komponenten oder hierfür erforderliche Software entwickelt oder herstellt.

(b) Begründung

- (20) Wir regen an, zumindest die gesamte zivile Nutzung der vorgenannten Systeme vom Anwendungsbereich der verpflichtenden Investitionskontrollprüfung auszuschließen oder die Fallgruppe vollständig zu entfernen.
- (21) Sofern eine politische Besorgnis besteht, dass ein gegenwärtig zivil genutztes System von einem künftigen Erwerber ggfs. einer militärischen oder anderweitig kritischen Nutzung zugeführt werden könnte, so verfügt das BMWi über eine weitreichende *ex officio*-Möglichkeit, um einen solchen einzelnen Erwerbsfall zu prüfen.
- (22) Sollte aus politischen Gründen, an dieser Norm festgehalten werden, so regen wir eine Streichung der Begriffe „hochautomatisiert“ und „vollautomatisiert“ an. Autonomes Fahren erfasst selbstfahrende Fahrzeuge und Luftfahrzeuge, die sich ohne Eingriff des menschlichen Fahrers zielgerichtet fortbewegen. Weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus der Verordnungsbegründung ergibt sich, was unter „hochautomatisiert“ und „vollautomatisiert“ zu verstehen ist. Der Anwendungsbereich ist daher nicht klar definiert und mag dem Wortlaut nach auch Fallgruppen erfassen, die evident nicht sensitiv sind (z.B. Tempomat mit Abstandsfunktion). Durch die Streichung von hoch- und vollautomatisierten Fahrzeugen wird der Anwendungsbereich bestimmbarer gefasst und hinreichend eingeschränkt und die erforderliche Rechtssicherheit hergestellt. Gegenwärtig erarbeitet das BMVI einen Gesetzentwurf über autonomes Fahren. Dort arbeitet man mit einem Stufen-Modell im Hinblick auf autonomes Fahren. Im Interesse der Vereinheitlichung der Rechtsordnung könnte man daher auch an dieses Stufen-Modell anknüpfen.
- (23) Soweit unbemannte Luftfahrzeuge in der vorgesehenen Vorschrift erfasst sind, sind diese bereits im Anwendungsbereich anderer Regelungen und es besteht u.E. keine Regelungslücke, die durch Nr. 14 geschlossen werden müsste:

Linklaters

- Im Hinblick auf den militärischen Bereich werden „unbemannte Luftfahrzeuge“ über Listenposition 0010 Teil I A der Ausfuhrliste erfasst.
- Im nicht-militärischen Bereich erfasst der neu gefasste § 55a Abs. 1 Nr. 18 i.V.m. Listenposition 9A012 des Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 „unbemannte Luftfahrzeuge“ und deren zugehörige Ausrüstung und Bestandteile.

(24) Wünschenswert wäre auch eine Klarstellung im Hinblick darauf, was unter dem Begriff „wesentlicher Komponenten“ zu verstehen ist; dies gilt auch für andere Tatbestände, in denen derselbe Begriff verwendet wird. Dies würde betroffenen Unternehmen die notwendige Rechtssicherheit im Hinblick auf etwaige Meldepflichten geben.

D. § 55a Abs. 1 Nr. 15 AWV-RefE

(a) Ausgangslage

(25) Eine Meldepflicht soll für Erwerbsvorgänge oberhalb der Meldeschwellen eingeführt werden, wenn das inländische Zielunternehmen nach § 55a Abs. 1 Nr. 15 AWV Industrieroboter, einschließlich Software oder Technologie hierfür, entwickelt oder herstellt oder hierfür spezifische IT-Dienstleistungen erbringt. Die Regelung ist u.E. zu weit gefasst.

(b) Normvorschlag

(26) Wir schlagen (zumindest) folgende Konkretisierung des § 55a Abs. 1 Nr. 15 AWV-RefE vor (Änderungen unterstrichen):

„Nr. 15 Industrieroboter, einschließlich wesentlicher Software oder Technologie hierfür, entwickelt oder herstellt oder hierfür wesentliche und spezifische IT-Dienstleistungen erbringt.“

(c) Begründung

(27) Anders als bei anderen Vorschriften, wird nach dem Referentenentwurf jegliche Software und Technologie in den Anwendungsbereich der Fallgruppe einbezogen, sodass die Norm keinen klar umrissenen Anwendungsbereich hat. Eine Einschränkung auf „wesentliche“ Software, Technologie oder IT-Dienstleistungen würde somit, analog der Regelungstechnik, die z.B. in § 55a Abs. 1 Nr. 14, 21 AWV-RefE gewählt wurde, den Normwortlaut deutlich klarer fassen.

(28) Zudem regen wir an, dass in der Verordnungsbegründung spezifiziert wird, welche Art an Software, Technologie oder IT-Dienstleistung als sensitiv angesehen wird, sodass die Merkmale „wesentlich“ und „spezifisch“ im Auslegungswege einer weiteren Konkretisierung zugeführt werden können. Jeder dieser Tätigkeitsbereiche umfasst ein sehr breites Spektrum an Leistungen (von Beratung über Entwicklungstätigkeiten und Schulungen bis zu Wartungsdiensten), von denen viele Leistungen evident nicht sensitiv sind.

E. Konkrete Anmerkungen betr. § 60 AWV-RefE

(a) Ausgangslage

(29) § 60 Abs. 1 S. 2 AWV-RefE sieht vor, dass die Meldepflicht nach § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 3 AWV-RefE auch für Unternehmen gilt, die die jeweils genannten Güter in der Vergangenheit entwickelt, hergestellt, modifiziert oder die tatsächliche Gewalt über solche Güter innegehabt haben und noch über Kenntnisse oder sonstigen Zugang verfügen.

(30) Die Vorschrift enthält keine Begrenzung in zeitlicher Hinsicht. Unternehmen können aber Liefer- und Leistungsbeziehungen nicht unbeschränkt in die Vergangenheit zurückverfolgen, sodass diese Regelung Unternehmen vor erhebliche Anwendungsprobleme stellt. Zudem erscheint es fraglich, ob weiter

Linklaters

zurückliegenden Aktivitäten, die aktuell nicht mehr ausgeübt werden, tatsächlich ein hinreichende Sensitivitätsgehalt innewohnt, der einen Genehmigungsvorbehalt für einen Erwerbsvorgang erfordert.

(b) Normvorschlag

- (31) Wir schlagen folgende Konkretisierung des § 60 Abs. 1 S. 2 AWV-RefE vor (Änderungen unterstrichen):
- „[...] In den Fällen des Satzes 1 Nummer 1 und 2 gilt dies auch für Unternehmen, die die jeweils genannten Güter in der Vergangenheit entwickelt, hergestellt, modifiziert oder die tatsächliche Gewalt über solche Güter in den letzten zwei Jahren innegehabt haben oder noch Wartungsdienstleistungen hierfür erbringen und noch über wesentliche Kenntnisse oder sonstigen wesentlichen Zugang zu der solchen Gütern zugrundeliegenden Technologie verfügen.“*

(c) Begründung

- (32) Wir halten eine zeitliche Beschränkung der Vorschrift auf die letzten zwei Jahre für angemessen. Bereits eine vergangenheitsbezogene Prüfung für die letzten zwei Jahre wird für Unternehmen in der Praxis vergleichsweise kompliziert sein, gewährleistet aber, dass ein hinreichender temporaler Bezug zwischen der früheren sensitiven Tätigkeit und dem Anwendungsbereich der verpflichtenden sektorspezifischen Prüfung besteht.
- (33) Eine zeitliche Begrenzung ist der Investitionskontrolle i.Ü. auch an anderen Stellen bereits gegenwärtig immanent. Nach Nr. 5 und 12 der Allgemeinverfügung zu den gemäß § 61 S. 3 i.V.m. § 57 AWV einzureichenden Unterlagen vom 22. März 2019, sind solche Angaben auf die letzten fünf Jahre beschränkt. Insoweit kommt klar zum Ausdruck, dass nicht jede vergangene Tätigkeit im Rahmen der Investitionskontrolle relevant ist. Mit Blick auf die Erwerbserschwernisse, die mit einem Genehmigungsvorbehalt einhergehen, ist es u.E. aber sachgerecht, eine kürzere Zeitspanne als fünf Jahre zu wählen.
- (34) Zusammen mit der Ergänzung von Wartungsdienstleistungen sowie der Wesentlichkeit von Kenntnissen und dem Zugang zu Technologie ist ein hinreichender Schutz relevanten Know-hows sichergestellt und eine Regelungslücke bei einer zeitlichen Beschränkung auf die letzten zwei Jahre nicht zu befürchten.

II. Relevante Erwerbstatbestände, §§ 56, 60a AWV-RefE

A. Hinzuerwerb von Stimmrechten, § 56 Abs. 2 AWV-RefE

(a) Ausgangslage

- (35) Die neue Regelung des § 56 Abs. 2 AWV-RefE sieht vor, dass der Hinzuerwerb von jeder weiteren Beteiligung oberhalb der Schwellenwerte des § 56 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AWV eine erneute Meldepflicht bzw. Prüfmöglichkeit des BMWi auslöst.
- (36) Dies bedeutet, dass bereits der zusätzliche Erwerb einzelner Anteile einen erneuten Genehmigungsvorbehalt (mit Strafbewehrung) auslöst. Dieses erhebliche Erwerbserschwerneis steht u.E. in einem klaren Widerspruch dazu, dass mit solchen Kleinsterwerben keine relevante Einflusstesigerung einhergeht. Auch anderen Verfahrensregimen (z.B. der Fusionskontrolle) ist wesensfremd, dass ein jeder Kleinsterwerb ein erneutes Genehmigungserfordernis auslöst. Im Lichte des Vollzugsverbots nach § 15 Abs. 4 AWG i.V.m. § 55a Abs. 4 AWV-RefE wäre es höchst problematisch, wenn solche Transaktionen dem verpflichtenden Investitionskontrollregime unterfallen würden. Transaktionsbeteiligte würden sich ggfs. strafbar machen, ohne dass dem plausible Sicherheitsbedenken entgegenstehen.
- (37) Zudem ist zu beachten, dass es bei börsennotierten Zielgesellschaften nach dem ersten meldepflichtigen Erwerbsvorgang durch nachträgliche kleinere Hinzuerwerbe über die Börse (oder auch durch außerbörsliche Transaktionen) zu Schwankungen in der Beteiligungshöhe kommen kann, die keinerlei

Linklaters

Auswirkungen auf die Kontroll- und Informationsrechte des Erwerbers haben und mithin keine Sicherheitsbedenken im Sinne der Investitionsprüfung auslösen können.

- (38) Es ist allerdings anzuerkennen, dass wesentliche Anteilserhöhungen den Einflussgrad eines Investors verändern können und insoweit – aber auch nur insoweit – ein Prüfbedürfnis bestehen mag. Fraglich ist dann allerdings, ob ein Prüfbedürfnis auch besteht, wenn in jüngerer Vergangenheit (z.B. in den letzten zwei Jahren) bereits ein vorangehender Erwerb investitionskontrollrechtlich geprüft und freigegeben wurde.

(b) Normvorschlag

- (39) Wir regen an, eine Wesentlichkeitsschwelle im neu gefassten § 56 Abs. 2 AWV-RefE einzufügen (Änderungen unterstrichen):

„Absatz 1 gilt entsprechend beim Erwerb weiterer Anteile, mit denen unmittelbar oder mittelbar ein Stimmrechtsanteil von 25 % und 50 % erstmalig überschritten wird oder wenn durch den Hinzuerwerb erstmals [Kontrolle im Sinne des Absatzes 3] erworben wird, wenn der unmittelbare oder mittelbare Stimmrechtsanteil des Erwerbers an dem inländischen Unternehmen vor dem Erwerb bereits einen Stimmrechtsanteil im Sinne des Absatzes 1 erreicht oder überschreitet, es sei denn, der Erwerb führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung.“

(c) Begründung

- (40) Meldepflichten bei Veränderung der Kontrollverhältnisse bzw. beim Hinzuerwerb von Anteilen sind der Rechtsordnung nicht fremd. Sie werden aber regelmäßig an eindeutige Beteiligungsschwellen geknüpft und lösen ein Anmeldeerfordernis nur bei Überschreiten dieser Schwellen aus.
- (41) U.E. eignet sich die Fusionskontrolle als relevante Vergleichsgröße. Nach § 37 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) gibt es „gestufte“ Zusammenschlusstatbestände, wobei jeweils die Erreichung des nächsthöheren Grades an Unternehmensverbindung (z.B. Aufstockung einer Beteiligung von 25 % auf 50 % oder von 25 % auf Kontrolle i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB) eine erneute Fusionskontrollanmeldung auslöst (§ 37 Abs. 2 GWB).² Dem liegt die gesetzgeberische Bewertung zugrunde, dass mit einem spürbar höheren Anteilsbesitz ein anderer Grad an Einfluss auf das Zielunternehmen und damit eine wesentliche Marktstrukturveränderung einhergeht, die einen erneuten Genehmigungsvorbehalt auslöst. Nach der Rechtsprechung des BGH ist jeweils eine Einzelfallprüfung nach den rechtlichen und tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen, Verhältnissen unmittelbar vor und nach dem zweiten Erwerbsvorgang vorzunehmen.³
- (42) Erwerbsvorgänge zwischen diesen Schwellen, durch die es zu keinem wesentlichen Einflusszuwachs kommt (z.B. Aufstockung von 25 % auf 37 %, ohne dass es zu einem Kontrollerwerb kommt) sind fusionskontrollfrei. Wenn es in Folge der gleichen Anteilserhöhung (d.h. im gewählten Beispiel von 25 % auf 37 %) allerdings zu einem Kontrollerwerb i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB kommt, so ist dennoch eine fusionskontrollrechtliche Freigabe erforderlich. Somit wird sichergestellt, dass neben den starren Schwellen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a und b GWB der zwischenzeitliche Kontrollerwerb erfasst wird, z.B. bei Publikumsgesellschaften mit geringer Hauptversammlungspräsenz. Ist alleinige Kontrolle über ein Unternehmen als stärkste Einflussform bereits begründet, so scheidet eine weitere wesentliche

² Die deutsche Fusionskontrolle geht somit deutlich über das Pendant nach Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO“) hinaus. Unter der FKVO sind nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen grundsätzlich fusionskontrollfrei. Ausweislich der Begründung der 6. GWB-Novelle wurde dieser weite Ansatz in der deutschen Fusionskontrolle gewählt, um auch Transaktionen unterhalb der Kontrollschwelle überprüfen zu können. Allerdings gilt auch nach der FKVO, dass ein Wechsel von gemeinsamer hin zu alleiniger Kontrolle aufgrund des höheren Grades an Unternehmensverbindung einer Freigabe Bedarf.

³ Siehe z.B. BGH WuW/E BGH 2882 (2892) – Zurechnungsklausel.

Verstärkung auch bei Zuerwerb weiterer Anteile (beispielsweise gesellschaftsrechtlich verpflichtende Hinzuerwerbe durch den bereits allein beherrschenden Gesellschafter im Zusammenhang mit Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträgen) aus, wobei sich dies auch aus der Systematik der Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB ergibt.

- (43) Um einerseits unnötige Transaktionskosten und -aufwand für unwesentliche Hinzuerwerbe zu vermeiden und andererseits den Sicherheitsinteressen im Rahmen der Investitionskontrolle Rechnung zu tragen, regen wir an, eine Meldepflicht nur bei Überschreiten entsprechender weiterer Schwellen (z.B. 25 % und 50 %) vorzusehen, nicht aber jegliche Hinzuerwerbe zu erfassen. Durch die Bezugnahme auf Absatz 3 soll sichergestellt werden, dass auch der erstmalige Kontrollerwerb erfasst wird, so dass auch geringe Hauptversammlungspräsenzen berücksichtigt werden können (siehe insoweit aber auch die nachstehenden Anmerkungen ab Rz. (46)). Insoweit führt die vorgeschlagene Ergänzung nicht zu einem systematischen Bruch mit dem in § 55a Abs. 4 AWW-RefE verankerten Grundsatz, dass der Kontrollerwerb ohne Schwellenwertüberschreitung keine Meldepflicht auslösen soll – der im Hinblick auf Rechtssicherheit und Bestimmtheit uneingeschränkt zu begrüßen ist. Denn der Kontrollerwerb bleibt auch durch die hier vorgeschlagene Berücksichtigung in § 56 Abs. 2 AWW-RefE nur meldepflichtig, wenn bereits die Schwellenwerte nach § 56 Abs. 1 AWW-RefE überschritten sind. Kontrollerwerbe unterhalb der Schwellenwerte bleiben von einer Meldepflicht frei, können aber durch das BMWi nach § 56 Abs. 3 AWW-RefE geprüft werden.
- (44) Analog der Regelungstechnik in § 37 Abs. 2 GWB soll der insoweit wortgleiche Zusatz („es sei denn ...“) sicherstellen, dass nur solche Fälle der Investitionskontrolle unterfallen, in denen sich aus dem gesteigerten Grad an Unternehmensverbindung ein erneutes Prüfbedürfnis ergibt.
- (45) Darüber hinaus schlagen wir für Folgeerwerbe, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums seit der letzten investitionskontrollrechtlichen Prüfung erfolgen (z.B. innerhalb von zwei Jahren), vor, dass ein Erwerber eine vereinfachte Meldung unter Bezugnahme auf die ursprüngliche Meldung des Ersterwerbs vornehmen kann. Hierdurch kann eine erhebliche Arbeitserleichterung sowohl auf Seiten des BMWi als auch für die beteiligten Unternehmen ermöglicht werden. Für solche Fälle könnte auch erwogen werden das Fristenregime der Investitionskontrolle entsprechend zu verkürzen.

B. „atypischer Kontrollerwerb“ - § 56 Abs. 3 AWW-RefE

(a) Ausgangslage

- (46) Der neu eingefügte § 56 Abs. 3 AWW-RefE soll dem BMWi eine Prüfungsmöglichkeit bei Erwerbsvorgängen einräumen, die unterhalb der Stimmrechtsanteilsschwellen (10 % bzw. 25 %) liegen, aber dem Erwerber besondere Einflussmöglichkeiten einräumen, insbesondere, (i) die Zusicherung zusätzlicher Sitze oder Mehrheiten in Aufsichtsgremien oder in der Geschäftsführung, (ii) die Einräumung von Vetorechten bei strategischen Geschäfts- oder Personalentscheidungen oder (iii) die Einräumung von Informationsrechten, die über den durch den Stimmrechtsanteil vermittelten Einfluss in einer Weise hinausgehen, dass dadurch oder gemeinsam mit den Stimmrechten eine dem maßgeblichen Stimmrechtsanteil der Meldeschwellen entsprechende Beteiligung an der Verwaltung oder Kontrolle des inländischen Unternehmens ermöglicht wird.
- (47) Die Grenzen und Schwellen des in der derzeitigen Fassung des Referentenentwurfs gewählten Kontrollerwerbs sind schwer fassbar (z.B. „insbesondere“, „Einräumung von Informationsrechten“) und es steht zu befürchten, dass es zu einer uferlosen Ausweitung der Investitionskontrolle und einer erheblichen Verunsicherung sowohl von Investoren wie auch Zielunternehmen kommt. Obschon keine Meldepflicht stipuliert wird, ist zu erwarten, dass in vielen Fällen Unternehmen zur Erhöhung der Transaktionssicherheit freiwillige Anträge auf Unbedenklichkeitsbescheinigung stellen werden, um das Risiko einer *ex officio*-Prüfung auszuschließen (dies insbesondere, da ein solches Risiko für einen Zeitraum von fünf Jahren bestehen würde). Fraglich erscheint auch, wie das BMWi, ohne Einblick in

Linklaters

Transaktionsdokumente (d.h. ohne Einleitung eines Prüfverfahrens) die genaue Rechteeausgestaltung prüfen kann, um zu dem Schluss zu kommen, ob ein *ex officio*-Verfahren im Einzelfall erforderlich ist oder nicht.

(b) Normvorschlag

- (48) Wir regen daher folgende Anpassungen des § 56 Abs. 3 AWW-RefE an (Änderungen unterstrichen):

„Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn ein Unionsfremder in anderer Weise ~~eine wirksame Beteiligung an der Verwaltung oder~~ Kontrolle des inländischen Unternehmens erlangt, wobei Kontrolle durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet wird, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben.

~~Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Erwerb von Stimmrechten einhergeht mit~~

~~1. der Zusicherung zusätzlicher Sitze oder Mehrheiten in Aufsichtsgremien oder in der Geschäftsführung,~~

~~2. der Einräumung von Vetorechten bei strategischen Geschäften oder Personalentscheidungen oder~~

~~3. der Einräumung von Informationsrechten,~~

~~die über den durch den Stimmrechtsanteil vermittelten Einfluss in einer Weise hinausgehen, dass dadurch oder gemeinsam mit den Stimmrechten eine dem maßgeblichen Stimmrechtsanteil im Sinne des Absatzes 1 entsprechende Beteiligung an der Verwaltung oder Kontrolle des inländischen Unternehmens ermöglicht wird.~~

(c) Begründung

- (49) Wir verstehen, dass mit § 56 Abs. 3 AWW-RefE solche Fälle erfasst werden sollen, in denen Transaktionsparteien gezielt die Meldeschwellen des § 56 Abs. 1 AWW (von 10 % bzw. 25 %) unterschreiten, aber durch weitere Rechte einen Einflussgrad begründen, der eine wesentliche Beeinflussung der Zielgesellschaft zulässt (z.B. „Vetorechte bei strategischen Geschäften“ oder Hauptversammlungsmehrheit aufgrund sehr niedriger Hauptversammlungspräsenz). Da die Meldeschwellen des § 56 Abs. 1 AWW aber bereits aktuell so niedrig gesetzt sind, dass auch geringe Beteiligungen von nur 10 % erfasst werden, die in der Praxis nahezu immer Finanzbeteiligungen sein dürften, führt die Regelungstechnik in § 56 Abs. 3 S. 2 AWW-RefE zu einer erheblichen Ausdehnung des Anwendungsbereiches (dies auch, da es sich bei den in Nr. 1 bis 3 gewählten Kriterien nur um Regelbeispiele handeln soll).
- (50) Wir schlagen, auch im Sinne der Einheit der Rechtsordnung, vor, den Begriff des Kontrollerwerbs aus dem Kartellrecht auf die Investitionskontrolle zu übertragen.⁴ Diese Analogie führt zu einer wesentlich

⁴ Neben dem Kontrollerwerb hat der Gesetzgeber in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB einen weiteren Begriff des Einflusses eingeführt, den sogenannten „wettbewerblich erheblichen Einfluss“, der auf europäischer Ebene nicht existiert. Hiermit möchte der Gesetzgeber Erwerbsvorgänge erfassen, die unterhalb von 25 % liegen, aber dennoch gewisse wettbewerblich relevante Einflussmöglichkeiten gewähren. Nach dem gesetzgeberischen Leitbild soll es um Erwerbsvorgänge gehen, bei denen eine Beteiligungshöhe von 25 % unterschritten wird, durch weitere Rechte die Gesellschafterstellung aber an die Stellung angeglichen wird, die ein Gesellschafter typischerweise bei 25 % (i.S. einer Sperrminoritätsbeteiligung) hätte. Allerdings ist das Kriterium der „Wettbewerblichkeit“ für die Investitionskontrolle ungeeignet, so dass wir von einem Parallelkonzept abraten.

Wettbewerblich erheblicher Einfluss setzt eine gesellschaftsrechtlich vermittelte Möglichkeit der Einflussnahme voraus, die unterhalb der Kontrollschwelle liegt, aber über die bloße Beteiligung durch besondere „Plus-Faktoren“ hinausgeht. Wettbewerblich erheblicher Einfluss setzt darüber hinaus allerdings eine wettbewerbliche Verbindung zwischen Erwerber und Zielgesellschaft voraus. Hieraus resultierte auch das Regelungsbedürfnis für § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (siehe BT-Drs. 11/4610, S. 20). Dieses Kriterium macht eine Übertragung des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ auf die Investitionskontrolle allerdings schwierig, da Sicherheitsbedenken regelmäßig nicht aus der wettbewerblichen Verbindung resultieren.

klarerer Eingrenzung der Norm im Lichte der umfassenden Rechtsprechung, die zur Definition von Kontrolle besteht.⁵ Auch käme es zu einem stärkeren Gleichlauf verschiedener Investitionskontrollregime innerhalb Europas, da z.B. auch das französische Regime den gleichen Kontrollbegriff verwendet. Schließlich würde eine solche Regelung zu einem wesentlichen Gleichlauf mit dem intendierten Regelungszweck von § 56 Abs. 3 AWV-RefE führen, da auch die in § 56 Abs. 3 S. 2 AWV-RefE gewählten Regelbeispiele (im Zusammenspiel mit der Verordnungsbegründung) teilweise auf Rechte Bezug nehmen, die unter den Kontrollbegriff des Kartellrechts zu subsumieren sind (z.B. „Vetorechte bei strategischen Geschäften“).

- (51) § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB regelt für die Fusionskontrolle, dass der Erwerb von Alleinkontrolle oder gemeinsamer Kontrolle eine fusionskontrollrechtliche Anmeldepflicht auslösen kann. Ebenso sieht Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 FKVO vor, dass der Erwerb von Kontrolle eine Anmeldepflicht im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle auslösen kann. Kontrolle wird dabei definiert als durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründete dauerhafte Möglichkeit, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben ermöglicht (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB, Art. 3 Abs. 2 FKVO).
- (52) Der Begriff der Kontrolle wird im Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes⁶ und in der Konsolidierten Mitteilung der Europäischen Kommission weiter konkretisiert und erfasst insbesondere auch die Kontrolle aufgrund von faktischen Mehrheiten, insbesondere bei geringer Hauptversammlungspräsenz.⁷ Für die Kontrolle im kartellrechtlichen Sinne genügen auch Vetorechte bei strategischen Beschlüssen, z.B. über die Besetzung der Geschäftsführung des Unternehmens. Wir gehen daher davon aus, dass der Regelungszweck des Ordnungsgebers durch den Kontrollbegriff hinreichend erfüllt wird und dass dieser Rechtsbegriff zu einer gewissen Vereinheitlichung der verschiedenen europäischen Investitionskontrollregime führt (die insoweit stets auf den Kontrollbegriff des europäischen Kartellrechts abstellen⁸).
- (53) Es könnte alternativ erwogen werden, wäre aber bis zur Ausbildung einer gesicherten Entscheidungspraxis mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet, von einem Kontrollbegriff in eigener investitionskontrollrechtlicher Ausprägung auszugehen. In einem solchen Fall wäre es allerdings begrüßenswert, wenn in der Begründung umfassende Auslegungshilfen zur Verfügung gestellt würden, die es auch erlauben einen „safe harbour“ zu definieren im Sinne von Gesellschafterrechten, die unterhalb der Schwelle verbleiben, die nach § 56 Abs. 3 AWV-RefE relevant ist.

C. Rückverweis § 60a AWV-RefE

- (54) § 60a Abs. 2 AWV-RefE sieht in der derzeitigen Fassung vor, dass § 56 Abs. 2 bis Abs. 5 AWV mit der Maßgabe entsprechend gelten, dass auf den Erwerb durch einen Ausländer und auf den Stimmrechtsanteil von 10 % abzustellen ist. Durch den Verweis des § 60 Abs. 1, Abs. 3 AWV auf den gesamten § 60a AWV ist unklar, ob – anders als bei der sektorübergreifenden Prüfung – eine Meldepflicht auch für den atypischen Kontrollerwerb nach § 56 Abs. 3 AWV-RefE besteht. Insoweit wäre eine

Zudem ist § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB in der Praxis mit wesentlich stärkeren Auslegungsunsicherheiten behaftet als der Kontrollmaßstab und deswegen kein taugliches Leitbild für § 56 Abs. 3 AWV-RefE. Auch ist festzustellen, dass es bei § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB um die Angleichung des Einflusses an eine 25 %-Beteiligung geht, während § 56 AWV bereits im Ansatz mit 10 % eine wesentlich geringere Beteiligungshöhe als Vergleichsgröße wählt, für die es keine gesellschaftsrechtliche Analogie gibt.

⁵ Z.B. EuG, Urteil vom 23. Februar 2006, T-282/02, Rn. 42, 58 ff.; EuGH, Urteil vom 31. Mai 2018, C-633/16, Rn. 45 OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. Oktober 2007, VI-2 Kart 10/05 OWI, Rn. 42 ff., juris; BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KRB 47/08, Rn. 8, juris.

⁶ Siehe Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle vom 1. Juli 2005 (z.Zt. in Überarbeitung), S. 12, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

⁷ Siehe Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („**Konsolidierte Mitteilung**“), S. 5 ff.

⁸ Der Kontrollbegriff des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB entspricht ebenfalls dem Kontrollbegriff der FKVO.

Klarstellung begrüßenswert, dass auch im Rahmen der sektorspezifischen Prüfung in Fällen des § 56 Abs. 3 AWV-RefE keine Meldepflicht besteht.

III. Regelungslücken

- (55) Mit den jüngsten Novellen von AWG und AWV wurde für wesentlich mehr Transaktionen ein umfassendes Vollzugsverbot in § 15 Abs. 4 AWG eingeführt, das zudem strafbewehrt ist. Die Regelung ist allerdings vergleichsweise „starr“ ausgestaltet und lässt keine Ausnahmen vom Vollzugsverbot in solchen Fällen zu, in denen es entweder um eine Investition in ein notleidendes Unternehmen oder um öffentliche Übernahmen geht.

A. Fehlende Regelung zur Befreiung vom Vollzugsverbot

(a) Ausgangslage

- (56) In der Praxis gibt es immer wieder Konstellationen, in denen das in § 15 Abs. 4 AWG geregelte Vollzugsverbot zu irreparablen Schäden führen kann. Dies gilt ungeachtet des Bestrebens der verfahrensführenden Behörde (hier des BMWi), das Verfahren so zügig zu betreiben, dass ein rechtzeitiger Vollzug der Transaktion möglich ist.
- (57) Für die Fusionskontrolle hat der Gesetzgeber dementsprechend anerkannt, dass die Behörde auf Antrag der Beteiligten eine Befreiung vom Vollzugsverbot erteilen kann, wenn die beteiligten Unternehmen hierfür wichtige Gründe geltend machen, insbesondere, um schweren Schaden an einem beteiligten Unternehmen oder von Dritten abzuwenden (§ 41 Abs. 2 S. 1 GWB). Auch Art. 7 Abs. 3 FKVO sieht die Möglichkeit einer Befreiung vom Vollzugsverbot bei einem entsprechend begründeten Antrag der beteiligten Unternehmen vor.
- (58) Hiervon mussten Unternehmen in der Vergangenheit verschiedentlich Gebrauch machen und so hat das Bundeskartellamt z.B. in begründeten Einzelfällen zur Sicherung eines Sanierungserfolges und der Rettung von Arbeitsplätzen und des wirtschaftlichen Bestandes von Konzerngesellschaften⁹ eine Befreiung vom Vollzugsverbot gewährt.

(b) Normvorschlag

- (59) Wir regen daher die Aufnahme folgender Regelung an:

„Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie kann auf Antrag Befreiungen vom Vollzugsverbot des § 15 Abs. 4 AWG erteilen, wenn die beteiligten Unternehmen hierfür wichtige Gründe geltend machen, insbesondere, um schweren Schaden von einem beteiligten Unternehmen oder von Dritten abzuwenden. Die Befreiung kann jederzeit, auch vor der Meldung, erteilt und mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Die Befreiung kann widerrufen oder geändert werden, wenn sie auf unrichtigen Angaben beruht, arglistig herbeigeführt worden ist oder die beteiligten Unternehmen einer mit ihr verbundenen Auflage zuwiderhandeln.“

(c) Begründung

- (60) Durch eine Regelung zur Befreiung vom Vollzugsverbot würde dem BMWi ein Ermessen eingeräumt, um einerseits Sicherheitsinteressen hinreichend Rechnung zu tragen und andererseits schweren Schaden von deutschen Unternehmen durch die Verzögerung des Vollzugs einer Transaktion abzuwenden. Insbesondere mit Blick auf die Disruption vieler Geschäftsfelder durch die Covid-19 Pandemie und die damit einhergehenden erheblichen wirtschaftlichen Folgen ist eine solche explizite Regelung u.E. dringend erforderlich.

⁹ Siehe z.B. Bundeskartellamt, Beschluss vom 6. Mai 2003, B1-80/02, *Aquida GmbH & Co. KG / Deutag GmbH & Co. KG / Basalt-Aktien-Gesellschaft*, S. 14; Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 27. September 2001, *Deutsche Post/trans-o-flex*.

- (61) Oftmals wird eine investitionskontrollrechtliche Prüfung durch kleine Teilbereiche der Tätigkeit von Zielunternehmen ausgelöst, so dass ggf. ein Teilverzug gestattet werden sollte. Dennoch bedarf es in solchen Fällen gegenwärtig immer einer vollständigen Prüfung, die gerade in Fällen von Sanierungsfusionen, die in Folge der Covid-19 Pandemie verstärkt zu befürchten sind, erhebliche negative Auswirkungen auf finanziell angeschlagene Unternehmen haben kann. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Reichweite des derzeitigen Vollzugsverbots, das auch Kapitalmaßnahmen erfasst, die zu einer Unternehmensbeteiligung im unteren zweistelligen Prozentbereich führen. Zwar hat sich das BMWi in der Vergangenheit bemüht, auf solche Belange Rücksicht zu nehmen und Verfahren besonders zu beschleunigen. Durch die Beteiligung verschiedener Ressorts sind solchen Bemühungen aber Grenzen gesetzt, so dass wir eine Notwendigkeit zur Kodifizierung von Ausnahmen sehen.

B. Fehlende Regelung zu öffentlichen Übernahmen

(a) Ausgangslage

- (62) Im Kartellrecht finden sich auch Ausnahmen zum Vollzugsverbot für Anteilsenerwerb von mehreren Veräußerern bei öffentlichen Übernahmeangeboten und anderen sukzessiven Übertragungsvorgängen (§ 41 Abs. 1a GWB, Art. 7 Abs. 2 FKVO). Diese Normen zielen darauf ab, die Rechtsunsicherheit durch die andernfalls drohende schwebende Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte zu beseitigen.

(b) Normvorschlag

- (63) Wir regen daher die Aufnahme folgender Regelung an:

„§ 15 Abs. 3 und 4 AWG stehen der Verwirklichung und Wirksamkeit von Erwerbsvorgängen nicht entgegen, bei denen das nach § 15 Abs. 3 AWG grundsätzlich schwebend unwirksame Rechtsgeschäft von mehreren Veräußerern entweder im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots oder im Wege einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren, einschließlich solchen, die in andere zum Handel an einer Börse oder an einem ähnlichen Markt zugelassene Wertpapiere konvertierbar sind, über eine Börse erworben werden, sofern der Zusammenschluss gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 4 und 4a und § 5 Abs. 2 oder § 4 Abs. 1 Nr. 1 und § 5 Abs. 3 AWG jeweils in Verbindung mit einer auf Grund dieser Vorschrift erlassenen Rechtsverordnung unverzüglich gemeldet wird und der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte und Informationsrechte nicht oder nur zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investition auf Grund einer vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erteilten Befreiung ausübt.“

(c) Begründung

- (64) Erwerbsvorgänge im Rahmen der öffentlichen Übernahme wären mit einer solchen Regelung auch bereits vor „Freigabe“ durch das BMWi rechtlich wirksam, wenn unverzüglich danach beim BMWi eine Meldung erfolgt. Durch eine Verpflichtung, die erworbenen Stimmrechte nicht auszuüben, könnte etwaigen Sicherheitsbedenken entgegengewirkt werden.
- (65) U.E. nach ist eine solche Vorschrift zwingend erforderlich, da (i) die übernahmerechtlichen Vorschriften der anwendbaren nationalen Rechtsordnungen typischerweise ein enges Fristenregime vorsehen und (ii) ein Übernahmeangebot regelmäßig eine höhere Annahmequote bei den Aktionären erzielt, wenn Aktien umgehend dinglich übertragen werden können und nicht nur ein schuldrechtlicher Vertrag abgeschlossen werden kann. Auch kann es vorkommen, dass zum Zeitpunkt des Angebots noch unklar ist, ob die anwendbaren Schwellenwerte überschritten werden. Die durch die schwebende Unwirksamkeit der Transaktionen verursachte Unsicherheit ist im Massengeschäft des Börsenhandels unpraktikabel. Wir regen daher an, eine dem § 41 Abs. 1a GWB vergleichbare Regelung in der Investitionskontrolle einzuführen. Wie die Erfahrung im Bereich der Fusionskontrolle zeigt, bleibt trotz dieser Sonderregelung eine umfassende und effektive Kontrolle weiterhin möglich.

IV. Weiterer Präzisierungsbedarf

A. Erwerb von Vermögenswerten (§ 55 Abs. 1a AWV)

(a) Ausgangslage

- (66) Der im letzten Jahr mit der Fünfzehnten Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 11. Mai 2020 eingeführte Erwerb von Vermögenswerten nach § 55 Abs. 1a AWV führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten bei der Frage, ab wann von „wesentlichen Betriebsmitteln“ gesprochen werden kann. Anders als § 56 Abs. 1 AWV gibt es keine quantitativen Schwellenwerte.

(b) Normvorschlag

- (67) Wir regen an, § 55 Abs. 1a AWV-RefE wie folgt zu ergänzen (Änderungen unterstrichen):

„Ein Erwerb im Sinne des Absatzes 1 liegt auch vor, wenn ein Unionsfremder

1. einen abgrenzbaren Betriebsteil eines inländischen Unternehmens oder

2. alle wesentlichen Betriebsmittel eines inländischen Unternehmens oder eines abgrenzbaren Betriebsteils eines inländischen Unternehmens, die für die Aufrechterhaltung des Betriebs des Unternehmens oder eines abgrenzbaren Betriebsteils erforderlich sind,

erwirbt und diese Vermögenswerte im Anwendungsbereich von § 55a Absatz 1 10 %, in sonstigen Fällen 25%, des Werts der inländischen Vermögenswerte des Veräußerers ausmacht und diese Vermögenswerte zudem für den Betrieb des Unternehmens eine wesentliche Funktion innehaben“.

- (68) Ebenso regen wir an, § 60 Abs. 1b AWV-RefE wie folgt zu ergänzen (Änderungen unterstrichen):

„Ein Erwerb im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Ausländer

1. einen abgrenzbaren Betriebsteil eines inländischen Unternehmens oder

2. alle wesentlichen Betriebsmittel eines inländischen Unternehmens oder eines abgrenzbaren Betriebsteils eines inländischen Unternehmens, die für die Aufrechterhaltung des Betriebs des Unternehmens oder eines abgrenzbaren Betriebsteils erforderlich sind

erwirbt und diese Vermögenswerte 10 % des Werts der inländischen Vermögenswerte des Veräußerers ausmacht“.

(c) Begründung

- (69) Die Regelungen zum „Asset Deal“ stellen die Unternehmen derzeit vor besondere Herausforderungen. Um mehr Rechtssicherheit zu schaffen und eine dem Stimmrechtserwerb vergleichbare Mindestschwelle einzuführen, schlagen wir vor, eine wertbezogene Grenze für die erworbenen inländischen Vermögenswerte von 10 % bzw. 25 % der inländischen Vermögenswerte des Veräußerers einzufügen. Zudem schlagen wir vor, dass mit der Anknüpfung an eine „wesentliche Funktion“ oder ein vergleichbares Kriterium klargestellt wird, dass unwesentliche Betriebsteile im Rahmen der Investitionskontrolle nicht relevant sind.

B. Klarstellung zu konzerninternen Umstrukturierungen

- (70) Uns ist bekannt, dass aus Gründen der Rechtssicherheit verschiedentlich für rein konzerninterne Restrukturierungen Anträge auf Unbedenklichkeitsbescheinigung/Freigabe gestellt werden und dass diese Vorgänge vom BMWi auch inhaltlich geprüft werden. Solchen Vorgängen ist jedoch stets immanent, dass es zu keinen relevanten Sicherheitsbedenken kommen kann, da sich die Leitung des Konzernverbundes nicht ändert und es zu keinem neuen ausländischen Einfluss auf das betreffende

Linklaters

deutsche Unternehmen kommt. Entsprechend sind z.B. auch rein konzerninterne Vorgänge vom Erfordernis einer fusionskontrollrechtlichen Genehmigung ausgenommen.

- (71) Es wäre deswegen begrüßenswert, wenn im Rahmen der AWW-Novelle eine klarstellende Vorschrift aufgenommen würde, wonach interne Umstrukturierungen von der Investitionskontrolle nicht erfasst sind.

C. Klarstellung zum Inkrafttreten

- (72) Es wäre begrüßenswert, wenn im Einklang mit der jüngeren Praxis des BMWi auf den Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages (oder die Veröffentlichung eines öffentlichen Übernahmeangebotes) für das Inkrafttreten der AWW-Novelle abgestellt würde, sodass hinreichende Rechtssicherheit besteht, auf welche Transaktionen das erweiterte Regime Anwendung findet. Betreffend die Erweiterung der Sektoren in §§ 55a, 60 AWW-RefE und sofern das Regime als „verpflichtend“ ausgestaltet wird, wäre eine längere Übergangsfrist (z.B. zwei Monate) begrüßenswert, um es Unternehmen zu ermöglichen, eine umfassende Prüfung vorzunehmen, ob für eine Transaktion nach dem neuen Regime eine Freigabe einzuholen ist.
- (73) Zudem wäre es wünschenswert, wenn klargestellt würde, dass bis zur Einführung von §§ 57 Abs. 3, 58a AWW-RefE erteilte Unbedenklichkeitsbescheinigungen als Freigabeentscheidungen zu verstehen sind.

Linklaters LLP

(Christoph Barth, Dr. David-Julien dos Santos Goncalves, Ann-Christin Käser)