

Dr. Patrick Alois Hübner, Rechtsanwalt, und
Dr. Christian von Wistinghausen, Rechtsanwalt, Berlin*

Die Novellierung des deutschen Außenwirtschaftsrechts – Investitionsprüfungen im Lichte der EU-Screening- Verordnung

Der Beitrag stellt die Ausweitung der Investitionsprüfungen im Lichte der EU-Screening-Verordnung durch die jüngste Novelle des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) sowie der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) vor. Dabei werden die Verschärfungen bei der sektorspezifischen und der sektorübergreifenden Investitionsprüfung, der EU-Kooperationsmechanismus zur Berücksichtigung europäischer Belange sowie die Implementierung eines Vollzugsverbotes bei meldepflichtigen Unternehmenserwerben erläutert. Abschließend werden einzelne Praxisfragen behandelt, wie die, ob der Kauf von Unternehmensanteilen aus der Insolvenz eine Investitionsprüfung auslösen kann und ob es sich für ausländische Investoren lohnt, noch vor Beginn der Due Diligence eine Unbedenklichkeitsbescheinigung für das geplante Investitionsvorhaben zu beantragen.

I. Einleitung

Das Jahr 2020 ist für viele Branchen und Unternehmen weltweit ein düsteres Jahr. Über kurz oder lang werden auch deutsche Unternehmen, denen die Staatshilfen nicht genügen, aufgrund von Liquiditätsengpässen und zur Abwendung drohender Insolvenzen auf frisches Geld aus dem Ausland angewiesen sein. Das ist absehbar und so verwundert es nicht, dass sich unter anderem chinesische Unternehmen, die die Pandemie als eine der ersten hinter sich gebracht haben, nunmehr nach lohnenden Zukäufen auf dem europäischen Markt suchen.

Aus „Angst vor dem Ausverkauf“¹ nationaler Technologien haben die protektionistischen Strömungen nicht nur in Europa, sondern weltweit noch einmal an Schwung zugenommen. Indien und Australien stellten bereits früh Übernahmen durch chinesische Investoren unter staatliche Genehmigungspflicht.² Die Europäische Kommission (Kommission) hielt sogar die Mitgliedstaaten dazu an, ausländische Investitionen vor dem Hintergrund des Schutzes strategischer Vermögenswerte besonders kritisch zu prüfen.³ Trotz der drohenden finanziellen Notlage, in der sich viele deutsche Unternehmen bereits befinden, kam die jüngste Novellierung des Außenwirtschaftsrechts zu einer Zeit, in der sie ohne größeren Widerstand den Deutschen Bundestag und das Bundeskabinett passieren konnte. Als Folge ist das Investitionsumfeld in Deutschland für ausländische Investoren ein Stück weit unberechenbarer und die Hürde für unionsfremde Investitionen weiter heraufgesetzt worden.

Die Außenwirtschaftsverordnung (AWV) unterscheidet bei Unternehmenserwerben zwei Arten von Investitionsprüfungen: die sektorspezifische Prüfung (§§ 60–62 AWV) und die sektorübergreifende Prüfung (§§ 55–59 AWV). Die sektorspezifische Prüfung findet dabei als spezialgesetzliche Vorschrift (*lex specialis*) vorrangig Anwendung.⁴ Der Un-

terschied zwischen beiden Investitionsprüfungen liegt im Wesentlichen in der Bedeutung des jeweiligen Schutzguts für die öffentliche Sicherheit und die auswärtigen Interessen der Bundesrepublik Deutschland. Dabei handelt es sich um ein abgestuftes Investitionsprüfverfahren mit unterschiedlich strengen Prüfungsmaßstäben.⁵ Investitionsprüfverfahren sind nicht öffentlich und vertraulich.⁶

Zur Anpassung des für die Investitionsprüfung geltenden nationalen, deutschen Rechts an die unionsrechtlichen Vorgaben aus der Verordnung (EU) 2019/452 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union (EU-Screening-Verordnung), die ab dem 11. 10. 2020 unmittelbar Geltung entfaltet, wurden im Mai 2020 die 15. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung (15. Änderungsverordnung)⁷ und im Juli 2020 das Erste Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze (1. Änderungsgesetz)⁸ verabschiedet. Bei der AWV-Novelle hat sich das Bundeskabinett scheinbar erst einmal auf die Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems konzentriert.⁹ Es ist zu erwarten, dass in einer der kommenden Änderungsverordnungen zur AWV weitere Anpassungen mit Blick auf

* Dr. Christian von Wistinghausen ist Partner bei Beiten Burkhardt in Berlin, Co-Leiter der Praxisgruppe Corporate/M&A und des China Desk. Dr. Patrick Alois Hübner ist Associate bei Beiten Burkhardt und Mitglied des China Desk. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV.

- 1 Kaiser, Europas Angst vor dem Ausverkauf, Die Welt v. 31. 3. 2020, abrufbar unter <https://www.welt.de/wirtschaft/article206909029/Nach-Corona-Crash-Angst-vor-Ausverkauf-europaeischer-Unternehmen.html> (Abruf: 2. 10. 2020; das Abrufdatum gilt, sofern nicht anders angegeben, für alle folgenden Links).
- 2 Hein, Indien schottet sich gegen chinesische Investitionen ab, FAZ.NET v. 19. 4. 2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/mehr-wirtschaft/indien-schottet-sich-gegen-chinesische-investitionen-ab-16731884.html?GEPC=s5>.
- 3 Mitteilung der Kommission – 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, ABIEU C 99 I/1 v. 26. 3. 2020 (Auslegungsrichtlinie zur EU-Screening-Verordnung).
- 4 Mausch-Liotta, AWV § 55 – Anwendungsbereich der sektorübergreifenden Prüfung, in: Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, Heidelberger Kommentar, 1. Aufl. 2017, § 55, S. 543, Rn. 6 m. w. N.
- 5 So wohl auch Mausch-Liotta (Fn. 4), § 55 AWV, S. 543, Rn. 6; vgl. auch Bonhage, § 81 Außenwirtschaftsrecht: Investitionskontrollverfahren in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, 1. Aufl. 2017, Rn. 38, 50.
- 6 Siehe § 30 VwVfG sowie Art. 3 Abs. 4 EU-Screening-Verordnung.
- 7 15. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 25. 5. 2020, BAnz AT 2. 6. 2020 V1 (in Kraft getreten am 3. 6. 2020). Die Begründung zur 15. Änderungsverordnung vom 5. 6. 2020 ist abgedruckt in BT-Drs 19/19781.
- 8 Erstes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 10. 7. 2020, BGBl. I, 1637 (in Kraft getreten am 17. 7. 2020). Die Begründung zum 1. Änderungsgesetz ist in dem vom Bundeskabinett im April 2020 beschlossenen Gesetzesentwurf zur Novellierung des AWG abgedruckt in BT-Drs. 19/18700.
- 9 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil A. Allgemeiner Teil, I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen, zweiter Absatz, BT-Drs. 19/19781, S. 10.

kritische Technologien und die Versorgung mit kritischen Rohstoffen folgen werden.¹⁰ Die jüngsten Novellen sehen maßgeblich fünf Änderungen bei sektorspezifischen und sektorübergreifenden Investitionsprüfungen vor:

- die Ausweitung des Anwendungsbereichs,
- die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs,
- die Aufnahme investorenbezogener Prüfkriterien,
- die Errichtung eines europaweiten Kooperationsmechanismus und
- die Implementierung eines Vollzugsverbots bei meldepflichtigen Unternehmenserwerben.

II. Sektorspezifische Prüfung (§§ 60–62 AWW)

Die sektorspezifische Prüfung unterliegt einem strengen Prüfungsmaßstab. Schutzgut sind die wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland, zu denen nach § 5 Abs. 3 Satz 2 AWG insbesondere sicherheitspolitische Interessen und die militärische Sicherheitsvorsorge zählen.

Eine Gefährdung von wesentlichen Sicherheitsinteressen kam bislang nur in den in § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–5 AWW ausdrücklich genannten Fällen in Betracht, z. B. wenn das inländische Zielunternehmen Kriegswaffen, bestimmte militärische Güter oder Produkte mit IT-Sicherheitsfunktionen herstellt oder entwickelt. Unternehmenserwerbe durch einen Ausländer, bei denen mindestens zehn Prozent der Stimmrechte an einem solchen inländischen Zielunternehmen unmittelbar oder mittelbar erworben werden, sind meldepflichtig.¹¹ Innerhalb von drei Monaten nach Meldung kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) einen bis zum 16. 7. 2020 (einschließlich) gemeldeten Unternehmenserwerb im Sinne von §§ 60, 60a AWW entweder schriftlich freigeben oder bei Bedenken im Hinblick auf wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland das Prüfverfahren eröffnen.¹² Für Unternehmenserwerbe, von denen das BMWi erst nach dem 17. 7. 2020 Kenntnis erlangt, beträgt diese Vorfrist hingegen nur noch zwei Monate.¹³

Die sektorspezifische Prüfung gilt – anders als die sektorübergreifende Prüfung – nicht nur für unionsfremde Investoren,¹⁴ sondern ebenso für EU-ansässige Investoren.¹⁵ Bis zur Freigabe des Erwerbs durch das BMWi bzw. der Nichtuntersagung innerhalb der Prüffristen ist der Vollzug des Erwerbs des Unternehmens oder einer Beteiligung an dem Unternehmen gem. § 15 Abs. 3 AWG schwebend unwirksam.

1. Ausweitung des Anwendungsbereichs

Mit der Novellierung des AWG wurde der sachliche Anwendungsbereich der sektorspezifischen Prüfung auf den Erwerb von inländischen Unternehmen oder Anteilen an solchen Unternehmen ausgeweitet, die nicht nur Kriegswaffen oder andere Rüstungsgüter herstellen oder entwickeln, sondern auch *modifizieren oder die tatsächliche Gewalt über solche Güter innehaben*.¹⁶ Es soll hierfür sogar ausreichen, dass Entwicklung, Herstellung, Modifikation oder Innehaben tatsächlicher Gewalt irgendwann einmal in der Vergangenheit stattgefunden haben, sofern das Zielunternehmen noch über Kenntnisse oder sonstigen Zugang zu der den vorgenannten Gütern zugrunde liegenden Technologie verfügt.¹⁷ Das wäre etwa der Fall, wenn nur ein einzelner Mitar-

beiter noch Kenntnis besitzt oder aber das Unternehmen entsprechende Informationen auf Speichermedien gespeichert oder in Altunterlagen aufbewahrt.¹⁸ Die Ausweitung des Anwendungsbereichs zur sektorspezifischen Prüfung wird jedoch erstmals durch Berücksichtigung auf verordnungrechtlicher Ebene mit Verabschiedung der 16. Änderungsverordnung ihre Wirkung entfalten.

2. Erweiterung des Prüfungsmaßstabs

§ 4 Abs. 2 EU-Screening-Verordnung sieht eine neue Liste mit investorenbezogenen Prüfkriterien vor. Diese Faktoren werden im Rahmen der sektorspezifischen Investitionsprüfung nunmehr in § 60 Abs. 1b Satz 1 AWW n.F. bei der Beurteilung des Gefährdungspotentials einer Investition herangezogen. Dies ist insoweit bemerkenswert, als hier über die Vorgaben der EU-Screening-Verordnung hinausgeschossen wird, die die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs auf investorenbezogene Faktoren eigentlich nur für die sektorübergreifende Prüfung vorsieht. Zur Begründung wird angeführt, dass im Rahmen der sektorspezifischen Prüfung „sämtliche sachlich relevanten Faktoren“ in die Ermessensentscheidung einzustellen seien und damit auch solche Umstände, die nicht unternehmensbezogen sind, sondern allein in der Person des Erwerbers liegen.¹⁹ Zur Erläuterung des Tatbestands wird auf die (nachfolgenden) Ausführungen zur sektorübergreifenden Prüfung verwiesen.²⁰

III. Sektorübergreifende Prüfung (§§ 55–59 AWW)

Die AWW hält im Rahmen der sektorübergreifenden Prüfung zwei Tatbestände mit unterschiedlichen Prüfeintrittsschwellen bereit, die in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen.²¹

Wird das Zielunternehmen in besonders sicherheitsrelevanten Bereichen (z. B. kritische Infrastruktur, Telekommunikation, Cloud-Computing-Dienste, Telematik oder Medienwirtschaft) tätig, genügt gem. § 55 Abs. 1 S. 2, 56 Abs. 1 Nr. 1 AWW bereits ein Erwerb von zehn Prozent der Stimmrechte (unmittelbar oder mittelbar) am Zielunternehmen durch einen unionsfremden Investor, um eine Investitionsprüfung auszulösen. Der Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages über den Erwerb eines solchen sicherheitsrelevan-

10 Als Zeitraum wurde in einer Pressemitteilung noch Sommer 2020 genannt, BMWi, PM v. 20. 5. 2020, Altmaier: Wir wollen unsere Sicherheitsinteressen im Gesundheitssektor umfassender schützen, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/20200520-altmaier-wir-wollen-unsere-sicherheitsinteressen-im-gesundheitssektor-umfassender-schuetzen.html>.

11 §§ 60 Abs. 3 Satz 1, 60a AWW.

12 § 61 AWW a. F. i. V. m. § 30 Satz 2 AWW n. F.

13 § 61 Satz 2 AWW n. F. i. V. m. § 14a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 und § 30 Satz 1 AWW n. F.

14 Siehe § 2 Abs. 19 AWG zur Definition von „Unionsfremdheit“.

15 *Bonhage*, § 81 Außenwirtschaftsrecht: Investitionskontrollverfahren, in: Beck'sches M&A-Handbuch (Fn. 5), Rn. 49 mit Verweis auf die Systematik der §§ 60 Abs. 1, 55 Abs. 1 AWW a. F. i. V. m. §§ 2 Abs. 1, 5, 15, 18 und 19 AWG a. F.

16 § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AWW n. F.

17 § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AWW n. F.

18 Begründung zum 1. Änderungsgesetz, Teil B. Besonderer Teil, zu Art. 1, zu Nr. 4, Abs. 3, BT-Drs. 19/18700, S. 18.

19 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil B. Besonderer Teil, zu Art. 1, zu Nr. 2, BT-Drs 19/19781, S. 15.

20 Siehe hierzu unter Punkt III. 2. b) auf S. 268.

21 *Annweiler*, Die Auswirkungen der AWW-Novelle auf Unternehmenstransaktionen, NZG 2019, 528–532 (530 f.).

ten Unternehmens oder einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einem solchen Unternehmen ist gem. § 55 Abs. 4 S. 1 AWW meldepflichtig.

Bei sonstigen Unternehmen liegt die Prüfeintrittsschwelle gem. §§ 55 Abs. 1 S. 1, 56 Abs. 1 Nr. 2 AWW hingegen bei 25 Prozent. Eine Meldepflicht besteht hier nicht. In beiden Fällen des §§ 55 Abs. 1 Satz 1 und 2 AWW kann das BMWi innerhalb von drei Monaten nach Kenntniserlangung vom Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages über den Erwerb von Amts wegen in eine Investitionsprüfung eintreten, sofern die Kenntniserlangung bis zum 16. 7. 2020 (einschließlich) erfolgte.²² Für alle Fälle der Kenntniserlangung nach dem 17. 7. 2020 gilt hingegen eine verkürzte Vorfrist von nur zwei Monaten.²³ Kenntnis erlangt haben im vorgenannten Sinne wird das BMWi wohl regelmäßig erst mit Meldung bzw. Mitteilung vom Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages.²⁴ Nach Ablauf von fünf Jahren seit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages ist eine Eröffnung des Investitionsprüfverfahrens ausgeschlossen.²⁵

Schutzgut der sektorübergreifenden Prüfung ist die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland. Bei der *öffentlichen Ordnung und Sicherheit* handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der dem BMWi einen weiten Auslegungsspielraum ermöglicht.²⁶ Nach § 55 Abs. 1 S. 1 und 2 AWW kann das BMWi prüfen, ob ein Erwerb eines inländischen Unternehmens durch einen Unionsfremden die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet.

1. Ausweitung des Anwendungsbereichs

Der sachliche Anwendungsbereich der sektorübergreifenden Prüfung wird in § 55 Abs. 1 Satz 2 AWW n.F. in Bezug auf den Erwerb besonders sicherheitsrelevanter Unternehmen um zwei Kategorien mit fünf neuen Fallgruppen ergänzt. Dabei handelt es sich um den störungsfreien Betrieb staatlicher Kommunikationsinfrastrukturen (Nr. 7) und die Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems (Nr. 8–11).

a) Staatliche Kommunikationsinfrastrukturen

Nach § 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 AWW n.F. werden nunmehr solche Dienstleistungsbereiche erfasst, die zur Sicherstellung der Störungsfreiheit und Funktionsfähigkeit staatlicher Kommunikationsinfrastrukturen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 BDBOS-Gesetz erforderlich sind. Bei dem Digitalfunk BOS handelt es sich um ein bundesweit einheitliches digitales Sprech- und Datenfunksystem, das von Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) sowie der Bundeswehr gemeinsam genutzt wird.²⁷ Der Bundesregierung nach handelt es sich um einen vergleichsweise kleinen Markt, der jedoch der Sicherstellung des störungsfreien Betriebs staatlicher Kommunikationsinfrastruktur dient und daher als besonders schützenswert einzustufen ist.²⁸

b) Funktionierendes Gesundheitssystem

In Anbetracht der COVID-19-Pandemie und der Versorgungsengpässe bei medizinischer Schutzausrüstung, Desinfektionsmitteln und dem weltweiten Wettlauf nach Impfstoffen ist insbesondere der Gesundheitssektor in den Fokus der europäischen und deutschen Politik gerückt. Die Kommission hat in ihrer Auslegungsrichtlinie zur EU-Screening-Verordnung noch einmal gesondert auf das Risiko der Ver-

knappung von Kapazitäten durch Beteiligung von ausländischen Investoren im Gesundheitswesen oder in verwandten Wirtschaftszweigen wie Forschungseinrichtungen hingewiesen.²⁹ Zur Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems in der Bundesrepublik Deutschland wurde der Fallkatalog des § 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1–7 AWW a. F. um solche Unternehmen ergänzt,³⁰ die (Nr. 8) persönliche Schutzausrüstungen entwickeln oder herstellen, (Nr. 9) versorgungsrelevante, wesentliche Arzneimittel (und Impfstoffe), einschließlich deren Ausgangs- und Wirkstoffe entwickeln, herstellen oder in Verkehr bringen oder über eine entsprechende arzneimittelrechtliche Zulassung verfügen, (Nr. 10) bestimmte Medizinprodukte entwickeln oder herstellen und (Nr. 11) bestimmte In-vitro-Diagnostika entwickeln oder herstellen. Nach der durch die Bundesregierung gegebenen Begründung greifen diese vier neuen Fallgruppen den von der EU-Screening-Verordnung³¹ geforderten Schutz von kritischen Infrastrukturen im Gesundheitsbereich auf.³²

Zu begrüßen ist, dass es, entgegen dem anfänglichen Vorschlag des BMWi, nicht zu einer Vorverlagerung des Schutzbereiches durch die Einbeziehung von Vorprodukten oder Komponenten der in Nr. 8, 10 und 11 aufgelisteten Produkte oder der Unternehmen von Herstellungsanlagen oder Technologien für die Entwicklung oder Herstellung der in Nr. 8–11 aufgelisteten Produkte bzw. in den Fällen 8, 10 und 11 von deren Vorprodukten oder Komponenten gekommen ist.³³ Dies hätte den Anwendungsbereich von § 55 Abs. 1 Satz 2 AWW noch einmal erheblich ausgeweitet und eine ganz andere Qualität gegeben.

c) Versorgung mit kritischen Ressourcen

Die Versorgung mit kritischen Ressourcen nach Art. 4 Abs. 1 lit. c EU-Screening-Verordnung, die es nicht in die 15. Änderungsverordnung zur AWW geschafft hat, soll dem BMWi nach Unternehmen erfassen, die bestimmte Rohstoffe oder deren Erze im Sinne der Liste kritischer Rohstoffe für die EU³⁴

22 § 55 Abs. 3 Satz 1 AWW a. F. i. V. m. § 30 Satz 2 AWG n. F.

23 § 55 Abs. 3 Satz 1 AWW n. F. i. V. m. § 14a Abs. 1 Nr. 1, § 30 Satz 1 AWG n. F.

24 So etwa *Becker/Sachs*, Die Investitionsprüfung nach Änderung der AWW – offene Fragen aus Perspektive der Transaktionspraxis, NZG 2017, 1336–1340 (1336); siehe auch § 14a Abs. 3 Satz 1 AWG n. F., wonach das Erlangen der Kenntnis durch das BMWi dem Eingang der Meldung eines Erwerbs oder des Antrags auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung gleichsteht.

25 § 55 Abs. 3 Satz 1 und 6 AWW a. F. bzw. § 14a Abs. 3 Satz 2 AWG n. F.

26 *Bonhage*, § 81 Außenwirtschaftsrecht: Investitionskontrollverfahren, in: Beck'sches M&A-Handbuch (Fn. 5), Rn. 38.

27 Siehe § 1 Abs. 1 Satz 3 und § 2 Abs. 1 Satz 4 des Gesetzes über die Errichtung einer Bundesanstalt für den Digitalfunk und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BDBOS-Gesetz), BGBl. I, 2039, zuletzt geändert durch Art. 1 Gesetz vom 26. 11. 2019 (BGBl. I, 1850).

28 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 1 lit. a, Abs. 2, BT-Drs 19/19781, S. 12 f.

29 Abs. 4 der Auslegungsrichtlinie zur EU-Screening-Verordnung.

30 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 1 lit. a, Abs. 3, BT-Drs 19/19781, S. 13.

31 Siehe hierzu Art. 4 Abs. 1 lit. a und c EU-Screening-Verordnung.

32 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 1 lit. a, Abs. 3, BT-Drs 19/19781, S. 13.

33 So noch das BMWi in § 55 Abs. 1 Satz 3 und 4 AWW des Referentenentwurfs vom 27. 4. 2020, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/F/fuenfzehnte-verordnung-zur-aenderung-der-aussenwirtschaftsverordnung-referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (AWV-Referentenentwurf).

34 Anhang 1 zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Liste kritischer Rohstoffe für die EU 2017, COM(2017) 490 final, 13. 9. 2017 (Aktualisierung spätestens alle drei Jahre).

gewinnen oder weiterverarbeiten.³⁵ Zu den Rohstoffen mit der niedrigsten Ersetzbarkeit zählen z. B. Borat, Kobalt, Germanium oder Phosphorit. Die kritischen Rohstoffe dienen dem BMWi nach insbesondere dem Erhalt industrieller Wertschöpfungsketten und wichtiger Technologien, der Versorgungssicherheit der Bevölkerung und der Aufrechterhaltung wichtiger Infrastrukturen in der EU und Deutschland.³⁶ Es wird davon auszugehen sein, dass auch dieser Fall zusammen mit den in der EU-Screening-Verordnung aufgelisteten kritischen Technologien in einer der kommenden Änderungsverordnungen zur AWV seinen Einzug in den Fallkatalog besonders sicherheitsrelevanter Unternehmen finden wird.

d) Kritische Technologien

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. b EU-Screening-Verordnung sollen neben Gütern mit doppeltem Verwendungszweck im Sinne der Dual-Use-Verordnung³⁷ auch kritische Technologien, einschließlich Künstlicher Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Cybersicherheit, Luft- und Raumfahrt, Verteidigung, Energiespeicherung, Quanten- und Nukleartechnologien sowie Nano- und Biotechnologien bei der Feststellung, ob eine ausländische Direktinvestition die öffentliche Ordnung oder Sicherheit beeinträchtigt, berücksichtigt werden. Es ist zu erwarten, dass dies in einer der kommenden Änderungsverordnungen zur AWV umgesetzt wird. Die Aufnahme von kritischen Technologien in den erweiterten Fallkatalog des § 55 Abs. 1 Satz 2 AWV wird einmal mehr Venture-Capital-Transaktionen in den Fokus von Investitionsprüfungen rücken, bei denen in der Regel Minderheitsbeteiligungen an Technologieunternehmen erworben werden.³⁸

2. Erweiterung des Prüfungsmaßstabs: voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit

Im Vordergrund der EU-Screening-Verordnung steht die Sicherstellung der Überprüfung von ausländischen Direktinvestitionen, die die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung der europäischen Mitgliedstaaten *voraussichtlich beeinträchtigen*.³⁹ Hierin liegt zunächst einmal eine Abkehr vom bislang geltenden Prüfmaßstab. Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AWG a.F. genügte nicht jedwede Gefährdung, sondern es musste sich vielmehr um eine *tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung* handeln, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.⁴⁰ Zu den Grundinteressen der Gesellschaft zählten z. B. Belange der Versorgungssicherheit oder sonstige Dienstleistungen mit strategischer Bedeutung,⁴¹ nicht aber rein wirtschaftliche Zwecke.⁴²

a) Investitionsbezogene Prüfkriterien

Mit der Neufassung des § 5 Abs. 2 AWG wird der alte Gefährdungstatbestand bei der sektorübergreifenden Prüfung durch das Prüfkriterium der *voraussichtlichen Beeinträchtigung* ersetzt.

aa) Vorausschauende Betrachtungsweise

Für die Untersagung des Erwerbs eines inländischen Unternehmens durch einen unionsfremden Erwerber soll dabei ausreichen, dass eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zwar noch nicht eingetreten ist, aber zukünftig zumindest als möglich erscheint.⁴³ Ob hierin tatsächlich eine Ausweitung des Prüfungsmaßstabs liegt, bleibt abzuwarten. Die Bundesregierung geht selbst davon aus, dass nur die der Investitionsprüfung ohnehin inhärente

vorausschauende Betrachtungsweise unterstrichen werde.⁴⁴ Dafür spricht auch, dass die Feststellung des Vorliegens einer Gefahr oder Beeinträchtigung bereits in der Vergangenheit vom BMWi nur anhand einer Prognose (*ex ante*) getroffen werden konnte, indem auf die – durch den Anteilserwerb vermittelte – Einflussnahme des Investors auf die Geschäftsleitung des Zielunternehmens und deren mögliche Folgen geschaut wird.⁴⁵ Der Anteilserwerb kann – isoliert betrachtet – eigentlich keine Gefahr bzw. Beeinträchtigung begründen.⁴⁶ Das ergibt sich auch aus der Systematik des Gesetzes, wonach das Überschreiten der Prüfeintrittsschwellen nur die Tür zur Investitionsprüfung öffnet und sodann in einem zweiten Schritt die Auswirkungen auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit geprüft werden.⁴⁷

bb) Herabsetzung der Eingriffsschwelle

Die Bundesregierung geht in ihrer Gesetzesbegründung zudem davon aus, die Wahl des Begriffs der *Beeinträchtigung* verdeutliche, dass für die Anordnung von erwerbsbeschränkenden Maßnahmen in Zukunft ein geringerer Gefährdungsgrad genügen solle.⁴⁸ Mit Austausch des Gefährdungstatbestands wird mithin die Eingriffsschwelle unverkennbar niedriger.⁴⁹ Selbst wenn das Prüfkriterium der *öffentlichen Ordnung und Sicherheit* gleich bleibt, wird es für unionsfremde Investoren zukünftig schwerer abzusehen sein, ob und gegebenenfalls wann eine voraussichtliche Beeinträchtigung vorliegen könnte. In Anbetracht der fünfjährigen Aufgreiffrist, in der das BMWi *ex officio* ein Investitionsprüfverfahren initiieren kann, wird ausländischen In-

35 Siehe hierzu § 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 12 AWV-Referentenentwurf.

36 Begründung zum AWV-Referentenentwurf, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 1 lit. a, lit. aa, Abs. 13, S. 12.

37 Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5. 5. 2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchführung von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck (ABl. L 134 v. 29. 5. 2009, S. 1).

38 So bereits *Weitnauer*, Die AWV-Investitionsprüfung bei M&A-Transaktionen, GWR 2019, 81–84 (83).

39 Präambel Punkt 7 und Art. 1 Abs. 1 EU-Screening-Verordnung.

40 Siehe hierzu EuGH, 13. 5. 2003 – Rs. C-463/00, Kommission/Spanien, ECLI:EU:C:2003:272, EWS 2003, 278, NJW 2003, 2663, Rn. 72 (Goldene Aktien IV); EuGH, 4. 6. 2002 – Rs. C-503/99, Kommission/Belgien, ECLI:EU:C:2002:328, EWS 2002, 333, NZG 2002, 624, Rn. 47 (Goldene Aktien I); EuGH, 14. 3. 2000 – Rs. C-54/99, Église de scientologie und Scientology International Reserves Trust, ECLI:EU:C:2000:124, EWS 2000, 171, IStR 2000, 287, BeckRS 2004, 77551, Rn. 17.

41 Siehe hierzu *Bonhage*, § 81 Außenwirtschaftsrecht: Investitionskontrollverfahren, in: Beck'sches M&A-Handbuch (Fn. 5), Rn. 37 m. w. N. zu den einzelnen Fallgruppen und unter Bezugnahme auf EuGH Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272, Rn. 71 (Goldene Aktien IV).

42 Siehe hierzu EuGH, 4. 6. 2002 – Rs. C-367/98, Kommission/Portugal ECLI:EU:C:2002:326, EWS 2002, 331, NZG 2002, 632, Rn. 52 (Goldene Aktien III); EuGH Rs. C-54/99, Église de scientologie und Scientology International Reserves Trust, ECLI:EU:C:2000:124, Rn. 17; EuGH 27. 2. 2019 – Rs. C-563/17, Associação Peço a Palavra u. a./Conselho de Ministros u. a., ECLI:EU:C:2019:144, EuZW 2019, 288, 292, Rn. 70.

43 Begründung zum 1. Änderungsgesetz, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 4, Abs. 1, BT-Drs. 19/18700, S. 18.

44 Begründung zum 1. Änderungsgesetz, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 4, Abs. 1, BT-Drs. 19/18700, S. 18.

45 *Mausch-Liotta*, in: Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht (Fn. 4), § 59 AWV, S. 575, Rn. 6.

46 *Mausch-Liotta*, in: Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht (Fn. 4), § 59 AWV, S. 575, Rn. 6.

47 Siehe hierzu *Böhm*, Außenwirtschaftliche Investitionsprüfung – Anwendung der Erwerberkontrolle zum Schutz kritischer Infrastrukturen im Finanzsektor, ZBB 2019, 115–126 (116, 118).

48 Begründung zum 1. Änderungsgesetz, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 4, Abs. 1, BT-Drs. 19/18700, S. 18.

49 So auch *Bauer/Kreitmayr*, Änderungen des Außenwirtschaftsgesetz 2020 – Auf dem Weg zum Protektionismus?, GSK Update vom 28. 4. 2020, S. 4 f., abrufbar unter <https://www.gsk.de/wp-content/uploads/2020/04/GSK-Update-Aussenwirtschaftsgesetz-2020-1.pdf>, S. 1 und 3.

vestoren in vielen Fällen zur Erlangung von Rechtssicherheit wohl gar keine andere Wahl bleiben, als einen Antrag auf Unbedenklichkeit zu stellen. Fraglich bleibt indes, ob diese beabsichtigte Herabsetzung des Gefährdungsgrads, die vom EuGH im Rahmen seiner bisherigen *Golden-Share*-Rechtsprechung bei der Gefährdung geforderte hinreichende Schwere zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit erfüllen kann.⁵⁰

cc) Ausweitung des Schutzbereiches

Wurde die Investitionsprüfung in der Vergangenheit noch vor dem Hintergrund der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit allein der Bundesrepublik Deutschland geführt, ist nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 und 4a AWG n.F. – mit Verabschiedung der 16. Änderungsverordnung – auch die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union sowie die öffentliche Ordnung und Sicherheit in Bezug auf bestimmte Programme von Unionsinteresse in die Betrachtung einzubeziehen.⁵¹ Unionsfremde Erwerber aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) stehen dabei – weiterhin – unionsansässigen Erwerbern gleich,⁵² fallen also nicht unter den Tatbestand.⁵³

dd) Anwendbarkeit

Die Änderungen zu §§ 4 und 5 AWG n.F. werden erst mit Umsetzung auf verordnungsrechtlicher Ebene, also mit Verabschiedung der 16. Änderungsverordnung zur AWV, ihre Wirksamkeit entfalten,⁵⁴ spätestens jedoch zum 11. 10. 2020.

b) Investorenbezogene Prüfkriterien

Die Vorschrift des § 55 Abs. 1b AWV n.F. entspricht insoweit der Regelung des § 60 Abs. 1b AWV n.F. Durch die Aufnahme investorenbezogener Prüfkriterien wurde § 4 Abs. 2 EU-Screening-Verordnung in nationales Recht gegossen.

Nach § 55 Abs. 1b Satz 1 AWV n.F. kann bei der Prüfung einer Gefährdung der wesentlichen Sicherheitsinteressen insbesondere berücksichtigt werden, ob

- der Erwerber unmittelbar oder mittelbar von einer Regierung eines Drittstaates, einschließlich sonstiger staatlicher Stellen oder Streitkräfte, kontrolliert wird,
- der Erwerber bereits an Aktivitäten beteiligt war, die nachteilige Auswirkungen auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union hatten, oder
- ein erhebliches Risiko besteht, dass der Erwerber oder die für ihn handelnden Personen an Aktivitäten beteiligt waren oder sind, die in Deutschland den Tatbestand einer in § 123 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) genannten Straftat oder einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit nach dem AWG oder dem Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen erfüllen würden.

aa) Kontrolle durch Drittstaaten

Für die Beurteilung, ob im Fall eine Kontrolle durch eine ausländische Regierung ausgeübt wird, soll nach § 55 Abs. 1b Satz 2 AWV n.F. (bzw. § 60 Abs. 1b Satz 2 AWV n.F.) insbesondere auf die Eigentümerstruktur oder Finanz-

ausstattung durch die Regierung des Drittstaates, einschließlich sonstiger staatlicher Stellen und Streitkräfte, die über ein geringfügiges Maß hinausgeht, abgestellt werden. Dadurch wird zum einen klargestellt, dass der Tatbestand der Kontrollausübung nicht abschließend ist und zum anderen nur eine beträchtliche Finanzausstattung eine Kontrolle begründet.⁵⁵ Das soll z.B. nicht der Fall sein, wenn eine staatlich kontrollierte Bank dem Investor auf sein Geschäftskonto einen Überziehungskredit zu nur marktüblichen Konditionen gewährt.⁵⁶ Zu bejahen sein dürfte dies hingegen bei staatlichen Subventionen.⁵⁷

bb) Begründete Zweifel an Rechtstreue

Die Beurteilung, ob ein erhebliches Risiko im Sinne von § 55 Abs. 1b Satz 1 Nr. 3 AWV n.F. (bzw. § 60 Abs. 1b Satz 1 Nr. 3 AWV n.F.) besteht, soll anhand von objektiven Kriterien erfolgen.⁵⁸ Danach müssen „objektive Anhaltspunkte“ vorliegen, die auf die Begehung einer der in der Vorschrift genannten Straftatbestände oder Ordnungswidrigkeiten schließen lassen.⁵⁹ Überdies seien nach Ansicht der Bundesregierung auch „begründete Zweifel an der – künftigen – Rechtstreue des Erwerbers“ in die Gefahrenprüfung einzustellen.⁶⁰ Fraglich ist jedoch, ob eine Risikoabwägung anhand einer schlichten Zukunftsprognose noch vom Wortlaut der Vorschrift gedeckt ist.

3. Meldepflicht

Bislang war unklar, wen die Meldepflicht aus § 55 Abs. 4 AWV a.F. beim Erwerb von besonders sicherheitsrelevanten Unternehmen (§ 55 Abs. 1 Satz 2 AWV) trifft. Allgemein wurde angenommen, dass sie sowohl für den (unmittelbaren und mittelbaren) Erwerber, den Veräußerer als auch das Zielunternehmen selbst besteht.⁶¹

Die Pflicht zur unverzüglichen Meldung des Abschlusses eines schuldrechtlichen Vertrages über den Erwerb eines besonders sicherheitsrelevanten Unternehmens soll gem. § 55

50 Vgl. hierzu EuGH Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 (Goldene Aktien IV), Rn. 72; EuGH Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 (Goldene Aktien I), Rn. 47; EuGH Rs. C-54/99, *Église de scientologie et Scientology International Reserves Trust*, ECLI:EU:C:2000:124, Rn. 17.

51 Projekte und Programme mit Unionsinteresse sind in Art. 8 Abs. 3 EU-Screening-Verordnung legal definiert als solche, bei denen Unionsmittel in erheblicher Höhe oder zu einem wesentlichen Anteil bereitgestellt werden oder die unter die Rechtsvorschriften der Union über kritische Infrastrukturen, kritische Technologien oder kritische Ressourcen, die für die Sicherheit und öffentliche Ordnung wesentlich sind, fallen. Im Anhang zur EU-Screening-Verordnung sind die Projekte und Programme mit Unionsinteresse gesondert aufgelistet.

52 § 5 Abs. 2 Satz 3 AWG.

53 Siehe hierzu bereits *Bonhage*, § 81 Außenwirtschaftsrecht: Investitionskontrollverfahren, in: Beck'sches M&A-Handbuch (Fn. 5), Rn. 11.

54 Siehe hierzu auch BMWi, Häufige Fragen zu Investitionsprüfungen nach dem Außenwirtschaftsgesetz und der Außenwirtschaftsverordnung (FAQ) vom 17. 7. 2020, Antwort auf die Frage „Für welche Rechtsgeschäfte oder Prüffälle greifen die mit der 1. AWG-Novelle geänderten AWG-Regelungen?“, abrufbar unter https://www.bmw.de/Redaktion/DE/FAQ/Aussenwirtschaftsrecht/faq-aussenwirtschaftsrecht.html?cms_artId=1943954.

55 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 1 lit. b, Abs. 2 und 4, BT-Drs 19/19781, S. 14.

56 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 1 lit. b, Abs. 4, BT-Drs 19/19781, S. 14.

57 Siehe Punkt 13 Satz 2 der Präambel zur EU-Screening-Verordnung.

58 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 1 lit. b, Abs. 5, BT-Drs 19/19781, S. 14.

59 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 1 lit. b, Abs. 5, BT-Drs 19/19781, S. 14 f.

60 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 1 lit. b, Abs. 5, BT-Drs 19/19781, S. 15.

61 So etwa *Becker/Sachs*, NZG 2017, 1336 (1338).

Abs. 4 Satz 3 AWW n. F. nunmehr vorrangig für den unmittelbaren Erwerber gelten. Das entspricht insoweit der bereits im Rahmen der sektorspezifischen Prüfung bekannten Regelung.⁶² Eine Meldung durch den mittelbaren Erwerber bleibt jedoch weiterhin gem. § 55 Abs. 4 Satz 4 AWW n. F. möglich. Im Umkehrschluss wird also eine Meldung durch den Veräußerer oder das Zielunternehmen für das Ingangsetzen der Vorfrist zur Eröffnung des Prüfverfahrens aus § 55 Abs. 3 Satz 1 AWW n. F. i. V. m. § 14a Abs. 1 Nr. 1 AWG n. F. nicht mehr genügen. Auch eine einfach schriftliche Meldung des Erwerbs wird in Zukunft nicht mehr ausreichen. Vielmehr wird eine – wie bereits bei Beantragung der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 58 AWW geforderte – Darlegung des Erwerbsvorgangs in Grundzügen mit Angaben zu Erwerb, Erwerber, das Zielunternehmen sowie deren Geschäftsfelder notwendig.⁶³ Zur Eröffnung des Prüfverfahrens ist die Verfahrenseröffnung nur noch an den unmittelbaren Erwerber zuzustellen,⁶⁴ da der Kontakt zu den Erwerbsteilnehmern bereits hergestellt ist.⁶⁵ Ob bei den neuen Erwerbstatbeständen aus § 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8-11 AWW n. F. eine Meldepflicht besteht, beurteilt sich danach, ob der schuldrechtliche Vertrag vor oder nach Inkrafttreten der 15. Änderungsverordnung, also vor oder nach dem 3. 6. 2020, abgeschlossen wurde. Eine Rückwirkung besteht insoweit nicht.⁶⁶

Der Erwerb sonstiger Unternehmen (§ 55 Abs. 1 Satz 1 AWW) unterliegt hingegen keiner gesonderten Meldepflicht, sodass der Unternehmenserwerb weiterhin von allen Beteiligten dem BMWi gemeldet werden kann und somit die Vorfrist des § 55 Abs. 3 AWW n. F. i. V. m. § 14a Abs. 1 Nr. 1 AWG n. F. auslösen sollte.

4. Vereinheitlichung von Prüffristen

Die Prüffristen für Investitionsprüfungen nach §§ 55, 60 ff. AWW wurden infolge der AWG-Novelle mit der neuen Vorschrift des § 14a AWG n. F. vereinheitlicht. Es gilt eine zwei-monatige Vorfrist ab Erlangung der Kenntnis des BMWi vom Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages über den Erwerb.⁶⁷ Der Kenntniserlangung gleich steht der Eingang der Erwerbsmeldung oder des Antrags auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung.⁶⁸ Tritt das BMWi vor Ablauf der Vorfrist in ein Prüfverfahren ein, beginnt die vier-monatige Prüffrist mit vollständigem Eingang der einzureichenden Unterlagen zu laufen.⁶⁹ Die Prüffrist kann vom BMWi um weitere drei Monate verlängert werden, sollte das Prüfverfahren besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweisen,⁷⁰ und um einen weiteren Monat, sollte der Erwerb zudem die Verteidigungsinteressen der Bundesrepublik Deutschland in besonderem Maße berühren und das Bundesministerium der Verteidigung diesen Umstand innerhalb der ersten Fristverlängerung geltend machen.⁷¹ Eine Hemmung der Frist ist für zwei Fälle vorgesehen: wenn das BMWi Auskünfte oder Unterlagen durch Verwaltungsakt von den Beteiligten nachfordert oder wenn das BMWi mit den Beteiligten Verhandlungen zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages aufnimmt.⁷² Die einvernehmliche Verlängerung der Frist mit Zustimmung des unmittelbaren Erwerbers und Veräußerers ist grundsätzlich möglich.⁷³ Wird eine Freigabe oder Unbedenklichkeitsbescheinigung zurückgenommen, widerrufen oder geändert oder eine Anordnung über Beschränkungen oder Handlungspflichten oder eine vertragliche Regelung durch gerichtliche Entscheidung ganz oder teilweise aufgehoben, beginnen die Prüffristen erneut zu laufen.⁷⁴

IV. EU-Kooperationsmechanismus zur Berücksichtigung europäischer Belange

Schwerpunkt der EU-Screening-Verordnung liegt auf der Etablierung eines europaweiten Kooperationsmechanismus, der die Kommunikation zwischen den Mitgliedstaaten bei laufenden, nationalen Investitionsprüfungen ermöglichen soll, um unionsfremde Investitionen in der Europäischen Gemeinschaft vor dem Hintergrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit überprüfen zu können. Die Einführung des europaweiten *Investment-Screenings* ist eine logische Fortentwicklung, lässt aber den Investitionsprüfprozess für unionsfremde Investoren nochmals unberechenbarer erscheinen.

1. Nationale Kontaktstelle

Ab dem 11. 10. 2020 hat Deutschland die Kommission über alle ausländischen Direktinvestitionen aus dem eigenen Hoheitsgebiet in Kenntnis zu setzen, die Gegenstand einer Investitionsprüfung sind.⁷⁵ Das BMWi wird in Zukunft als nationale, deutsche Kontaktstelle den Informationsaustausch zwischen Deutschland, der Kommission und anderen Mitgliedstaaten übernehmen.⁷⁶ Die gegenseitige Informationspflicht soll dabei den Mitgliedstaaten ermöglichen, ausländische Investitionen in anderen Mitgliedstaaten mit Blick auf die eigene nationale öffentliche Ordnung und Sicherheit prüfen und kommentieren zu können.

2. Informationsaustausch

Etwaige Kommentare anderer Mitgliedstaaten werden von der Kommission entgegengenommen, die entweder den jeweiligen Mitgliedstaat über die Kommentierung unterrichtet oder aber in bestimmten Fällen eine Stellungnahme an den betroffenen Mitgliedstaat richtet.⁷⁷ Das Recht der Mitgliedstaaten, eine ausländische Investition zu kommentieren, oder der Kommission, eine Stellungnahme an andere Mitgliedstaaten zu richten, besteht unabhängig davon, ob in dem jeweiligen Mitgliedstaat in der Sache gerade ein Investitionsprüfverfahren durchgeführt wird.⁷⁸ Auch solche Investitionen, die möglicherweise Programme von Unionsinteresse beeinträchtigen, können Gegenstand von Kommentierungen und Stellungnahmen sein.⁷⁹ Es handelt sich mithin um einen Mechanismus zur verschärften Kontrolle von aus-

62 Siehe § 60 Abs. 3 Satz 3 AWW.

63 Siehe § 55 Abs. 4 Satz 2 AWW n. F.

64 § 55 Abs. 4 Satz 5 Halbs. 1 AWW n. F.

65 Begründung zur 15. Änderungsverordnung, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 1 lit. d, Abs. 4, BT-Drs 19/19781, S. 15.

66 Siehe hierzu auch BMWi, FAQ v. 17. 7. 2020 (Fn. 54), Antwort auf die Frage „Für welche Rechtsgeschäfte oder Prüffälle greifen die neuen Vorschriften der 15. AWW-Novelle?“, abrufbar unter: https://www.bmw.de/Redaktion/DE/FAQ/Aussenwirtschaftsrecht/faq-aussenwirtschaftsrecht.html?cms_artId=1943954.

67 § 14a Abs. 1 Nr. 1 AWG n. F.

68 § 14a Abs. 3 Satz 1 AWG n. F.

69 § 14a Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 und 4 AWG n. F.

70 § 14a Abs. 4 Satz 1 AWG n. F.

71 § 14a Abs. 4 Satz 2 AWG n. F.

72 § 14a Abs. 6 Nr. 1 und 2 AWG n. F.

73 § 14a Abs. 5 AWG n. F.

74 § 14a Abs. 7 Satz 1 AWG n. F.

75 Siehe Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EU-Screening-Verordnung.

76 Siehe § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. e) AWG n. F. i. V. m. Art. 11 Abs. 1 Satz 1 EU-Screening-Verordnung.

77 Siehe Art. 6 Abs. 2 und 3, Art. 7 Abs. 1 und 2 EU-Screening-Verordnung.

78 Siehe Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EU-Screening-Verordnung.

79 Siehe Art. 8 Abs. 1 EU-Screening-Verordnung.

ländischen Investitionen in der EU durch die Kommission, deren Stellungnahmen umfassend von den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen sind.⁸⁰

Offen bleibt, welche Mittel der Kommission letztlich zustehen, um die Einhaltung von Empfehlungen durch die Mitgliedstaaten durchzusetzen. Interessant ist, dass zu den an die Kommission zu übermittelnden Informationen auch Angaben zum ungefähren Wert der ausländischen Investition gehören.⁸¹ Hierin dürfte jedoch kein Indiz dafür zu sehen sein, dass zukünftig über die Implementierung einer *de-minimis*-Schwelle nachgedacht wird. Im Gegenteil hat die Kommission in der Auslegungsrichtlinie zur EU-Screening-Verordnung erst kürzlich noch einmal klargestellt, dass die Überprüfung von Transaktionen unabhängig von deren Wert notwendig sei.⁸² Als Beispiel werden Start-ups angeführt, die trotz einer geringen Bewertung für die Forschung und Technologie in Europa von strategischer Bedeutung sein können.⁸³

3. Rückwirkung

Investitionen, die keiner nationalen Prüfung unterzogen werden, können mit Eintritt der vollständigen Anwendbarkeit der EU-Screening-Verordnung, d.h. ab dem 11. 10. 2020, von Mitgliedstaaten und/oder der Kommission (rückwirkend) bis zu 15 Monate nach Abschluss der Investition kommentiert werden, mit der Folge, dass der betroffene Mitgliedstaat gegebenenfalls Maßnahmen zur Risikominimierung zu treffen hat.⁸⁴ Nach der Kommission könnte so etwa eine im März 2020 abgeschlossene Investition noch bis zum Juni 2021 nachträglich zum Gegenstand einer Kommentierung und/oder Stellungnahme werden.⁸⁵ Diese Regelung steht jedoch in Widerspruch zum geltenden Verfahrensrecht, wonach das BMWi gerade bei Kenntnis vom Erwerbsfall mit Ablauf der Frist aus § 14a Abs. 1 Nr. 1 AWG kein Recht mehr zur Eröffnung eines Investitionsprüfverfahrens hat.⁸⁶

V. Vollzugsverbot

Mit Novellierung des AWG wurden die rechtlichen Auswirkungen des Investitionsprüfverfahrens bei meldepflichtigen Unternehmenserwerben vereinheitlicht und überdies ein Vollzugsverbot statuiert.

1. Sektorspezifische Investitionsprüfung

Im Bereich der sektorspezifischen Investitionsprüfung regelt nunmehr § 15 Abs. 2 AWG n.F., dass auch das schuldrechtliche Erwerbsgeschäft bis zum Abschluss des Prüfverfahrens stets unter der auflösenden Bedingung einer Untersagung durch das BMWi steht. Dies war bisher nicht der Fall⁸⁷, auch wenn es unverständlich erschien, warum dies zwar für die vergleichsweise weniger kritischen Katalogfälle des § 55 Abs. 1 Satz 2 AWV gelten sollte, nicht aber für die sensiblen Bereiche von Militär, Rüstung oder IT-Sicherheit des § 60 Abs. 1 Satz 1 AWV, bei denen der Vollzug des Erwerbsgeschäfts ohnehin schwebend unwirksam ist. Insofern erscheint diese Änderung als eine konsequente Anpassung an den beim Erwerb im Bereich kritischer Infrastrukturen bestehenden Rechtsrahmen.

2. Sektorübergreifende Investitionsprüfung

Im Bereich der sektorübergreifenden Investitionsprüfung wird gem. § 15 Abs. 3 Satz 1 AWG n.F. nunmehr auch der

Vollzug des Erwerbsgeschäfts beim Erwerb von besonders sicherheitsrelevanten Unternehmen (§ 55 Abs. 1 Satz 2 AWV), also einem meldepflichtigen Erwerbsfall, bis zur Freigabe bzw. Untersagung als schwebend unwirksam behandelt. Das ist in Anbetracht der zunehmenden politischen Aufmerksamkeit, die dem Schutze dieser Unternehmensbereiche vor ausländischen Übernahmen auf nationaler und europäischer Ebene zukommt, nicht überraschend. Mithin wird auch hier der Vollzug von Rechtsgeschäften – wie schon bei der sektorspezifischen Prüfung – bis zum Abschluss des Investitionsprüfverfahrens in Zukunft nicht mehr möglich sein.

Der Erwerb sonstiger Unternehmen (§ 55 Abs. 1 Satz 1 AWV) steht weiterhin mangels bestehender Meldepflicht lediglich unter der auflösenden Bedingung der Untersagung durch das BMWi, wobei ein Investitionsprüfverfahren bei Nichtmeldung eines Erwerbs vom BMWi gem. § 55 Abs. 3 Satz 6 AWV a.F. bzw. § 14a Abs. 3 Satz 2 AWG n.F. bis zu fünf Jahre nach Abschluss des Erwerbsgeschäfts *ex officio* eröffnet werden kann.

3. Vollzugsverbot

Die schwebende Unwirksamkeit des Vollzugs wird gem. § 15 Abs. 4 AWG n.F. an ein (faktisches) Vollzugsverbot gekoppelt. Bis zur Beendigung des Investitionsprüfverfahrens ist es verboten, dem Erwerber

1. die Ausübung von Stimmrechten (unmittelbar oder mittelbar) zu ermöglichen,
2. den Bezug von mit dem Erwerb einhergehender Gewinnauszahlungsansprüche oder eines wirtschaftlichen Äquivalents zu gewähren,
3. unternehmensbezogene Informationen des inländischen Unternehmens zu überlassen oder anderweitig offenzulegen, soweit sich diese Informationen auf Unternehmensbereiche oder Unternehmensgegenstände beziehen, die eine Investitionsprüfung im Hinblick auf die Gewährleistung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland auslösen oder im Rahmen der Prüfung einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland besonders zu berücksichtigen sind,
4. unternehmensbezogene Informationen zu überlassen oder anderweitig offenzulegen, die vom BMWi als bedeutsam eingestuft werden.⁸⁸

Wann eine solche Information als bedeutend einzustufen ist, wird nicht weiter konkretisiert. Es soll ausreichen, dass das

80 So bereits *Bierwagen/von Wistinghausen*, Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes aus europarechtlicher Perspektive, BB 2020, 1986–1990 (1989).

81 Siehe Art. 9 Abs. 2 lit. b EU-Screening-Verordnung.

82 Punkt 1 Abs. 1 Satz 3 des Anhangs zur Auslegungsrichtlinie zur EU-Screening-Verordnung.

83 Punkt 1 Abs. 1 Satz 4 des Anhangs zur Auslegungsrichtlinie zur EU-Screening-Verordnung.

84 Siehe Art. 7 Abs. 8 EU-Screening-Verordnung und Punkt 3 Abs. 2 des Anhangs zur Auslegungsrichtlinie zur EU-Screening-Verordnung.

85 Punkt 3 Abs. 2 Satz 3 des Anhangs zur Auslegungsrichtlinie zur EU-Screening-Verordnung.

86 Siehe hierzu ausführlich *Lippert*, Investitionskontrolle reloaded – Auswirkungen der neuen EU-Verordnung zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen, BB 2019, 1538–1543 (1542), wonach die Regelung als Unionsrecht gegenüber nationalem Recht Vorrang genießt und für die 3-Monatsfrist des § 55 Abs. 3 AWV a.F. eigentlich kein weiterer Anwendungsspielraum verbliebe.

87 Siehe hierzu die Gesetzesbegründung der Bundesregierung vom 22. 10. 2012 zu § 15 AWG a.F., BT-Drs 17/11127, S. 25.

88 § 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1–4 AWG n.F.

BMWi dies zur Verhinderung eines vorzeitigen Vollzugs des Unternehmenserwerbs als erforderlich erachtet.⁸⁹

Die Einführung des Vollzugsverbots soll im Wesentlichen den faktischen Vollzug verhindern.⁹⁰ Das BMWi scheint in der Vergangenheit vermehrt vor vollendete Tatsachen gestellt worden zu sein, indem die Vertragsparteien trotz schwebender Unwirksamkeit den Unternehmenserwerb faktisch vollzogen haben und der Erwerber bei Untersagung des Erwerbs bereits im Besitz von Technologien und Informationen des Zielunternehmens war, die es eigentlich zu schützen galt.⁹¹ Zur Begründung wird von der Bundesregierung daher insbesondere der Präventionsgedanke angeführt, wonach meldepflichtigen Fällen ein gesteigertes potentielles Risiko anhafte, die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu beeinträchtigen, sodass der Staat präventiv Kenntnis vom Erwerb besitzen und der Vollzug verhindert werden müsse.⁹² Für Verkäufer wird es in Anbetracht der mangelnden Konkretisierung jedoch schwierig sein, zu entscheiden, welche Informationen den Tatbestand erfüllen und dem Kaufinteressenten nicht offengelegt werden dürfen. Eine möglichst frühe Einbeziehung des BMWi noch im Anfangsstadium der Transaktion durch Beantragung der Unbedenklichkeit könnte zumindest bei Erwerb besonders sicherheitsrelevanter Unternehmen (§ 55 Abs. 1 Satz 2 AWW) Rechtssicherheit schaffen, würde aber gleichzeitig den Verkaufsprozess nicht unwesentlich verzögern. Im Falle der sektorspezifischen Prüfung sollte indes besondere Vorsicht bei der Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen geboten sein. Dies gilt insbesondere im Rahmen der dem Unternehmenskauf in der Regel vorangehenden sog. *Due-Diligence*-Prüfung. Zur Absicherung könnte das Zielunternehmen gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 AWW n.F. das BMWi ersuchen, anzuordnen, ob und welche Informationen im Einzelfall als bedeutsam einzustufen wären.

4. Sanktionen

Nach § 18 Abs. 1b AWW n.F. wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer dem Vollzugsverbot aus § 15 Abs. 4 Satz 1 AWW n.F. (vorsätzlich) zuwiderhandelt. Dabei soll es wohl ausreichen, dass eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit durch die verbotene Handlung im Tatzeitpunkt möglich erschien.⁹³ Zur Begründung wird angeführt, dass durch die Zuwiderhandlung die Investitionsprüfung unterlaufen werde und es im Ergebnis zu einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland kommen könne.⁹⁴ Eine (vorsätzliche) Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 59 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 Nr. 1 oder § 62 AWW hat ihre Qualifikation als Ordnungswidrigkeit indes verloren und wird nach § 18 Abs. 2 Nr. 8 AWW n.F. fortan mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Die fahrlässige Tatbegehung ist nunmehr von § 19 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 6 AWW n.F. erfasst und kann mit einer Geldbuße von bis zu 500 000 Euro geahndet werden.

VI. Themen aus der Praxis

1. Unternehmenserwerb in der Insolvenz

Infolge der COVID-19-Pandemie ist auch in Deutschland mit der Zunahme von Insolvenzen zu rechnen. Es stellt sich daher die Frage, ob insbesondere der Kauf von Unterneh-

mensteilen aus der Insolvenz eine Investitionsprüfung auslösen kann.

Die Frage der Anwendbarkeit der Investitionsprüfung auf Asset Deals, d.h. den Erwerb von Vermögenswerten eines Unternehmens, war in der Vergangenheit umstritten.⁹⁵ Das BMWi bejahte grundsätzlich mit Verweis auf die Substitutionsfunktion des Asset Deals die Anwendbarkeit, sofern alle wesentlichen Vermögenswerte eines inländischen Unternehmens oder ein abgeschlossener Teilbetrieb übertragen werden.⁹⁶ Das überzeugt, denn den Asset Deal nicht in den Anwendungsbereich von Investitionsprüfungen einzubeziehen erscheint in Anbetracht der anderenfalls bestehenden Umgehungsmöglichkeiten verfehlt.⁹⁷ In der Literatur wurde unterdessen teils angeführt, den Asset Deal zumindest in Form eines Spartenkaufs und der übertragenden Sanierung aus der Insolvenz unter Verweis auf den Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG), die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV) und der nach Ansicht der Bundesregierung gebotenen restriktiven Anwendbarkeit der AWW⁹⁸ nicht zu erfassen.⁹⁹

In §§ 55 Abs. 1a, 60 Abs. 1a AWW n.F. wird nunmehr klar gestellt, dass ein Erwerb eines inländischen Unternehmens auch dann vorliegt, wenn ein Unionsfremder oder Ausländer (Nr. 1) einen abgrenzbaren Betriebsteil des inländischen Unternehmens oder (Nr. 2) alle wesentlichen Betriebsmittel des inländischen Unternehmens oder eines abgrenzbaren Betriebsteils eines inländischen Unternehmens, die für die Aufrechterhaltung des Betriebs des Unternehmens oder eines abgrenzbaren Betriebsteils erforderlich sind, erwirbt. Damit sollte geklärt sein, dass nicht nur der Share Deal, sondern auch der Asset Deal im Rahmen der Investitionsprüfung vom BMWi grundsätzlich überprüft werden kann. Das gilt auch für den Unternehmenserwerb in der Insolvenz, bei dem bestimmte Vermögenswerte erworben werden, finanzielle Verbindlichkeiten jedoch in der Insolvenzmasse verbleiben. Die Subsumtion von übertragenden Sanierungen aus der Insolvenz unter die Tatbestände der §§ 55, 60 AWW

⁸⁹ § 15 Abs. 4 Satz 2 AWW n.F.

⁹⁰ Begründung zum 1. Änderungsgesetz, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 6 Abs. 2 und 4, BT-Drs. 19/18700, S. 19.

⁹¹ Siehe hierzu Begründung zum 1. Änderungsgesetz, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 6, Abs. 2, BT-Drs. 19/18700, S. 19.

⁹² Begründung zum 1. Änderungsgesetz, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 6 Abs. 2 und 4, BT-Drs. 19/18700, S. 19.

⁹³ Begründung zum 1. Änderungsgesetz, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 7 lit. a, BT-Drs. 19/18700, S. 20.

⁹⁴ Begründung zum 1. Änderungsgesetz, Teil B, zu Art. 1, zu Nr. 7 lit. a, BT-Drs. 19/18700, S. 20.

⁹⁵ Bejahend *Bonhage*, § 81 Außenwirtschaftsrecht: Investitionskontrollverfahren, in: Beck'sches M&A-Handbuch (Fn. 5), Rn. 20; *Söhner*, Sicherheitenstellungen und Außenwirtschaftsrecht, RIW 2011, 454–462 (459 f.); *Seibt/Wollenschläger*, Unternehmenstransaktionen mit Auslandsbezug nach der Reform des Außenwirtschaftsrechts, ZIP 2009, 833–845 (836) m. w. N.; *Böhm*, ZBB 2019, 115 (116) m. w. N.; a. A. *Volland*, Freitag, der Dreizehnte – Die Neuregelungen des Außenwirtschaftsrechts zur verschärften Kontrolle ausländischer Investitionen, EuZW 2009, 519–523 (521); ablehnend auch *Becker/Sachs*, NZG 2017, 1336 (1338 f.) m. w. N. für den Fall des Spartenkaufs und der übertragenden Sanierung.

⁹⁶ Siehe Ziffer I, Antwort zu Frage 2, FAQ des BMWi zu Investitionsprüfungen nach der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) vom 13. 5. 2019, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Downloads/F/faq-zur-aussenwirtschaftsrechtlichen-investitionspruefung.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁹⁷ So bereits *Söhner*, RIW 2011, 454 (460).

⁹⁸ Vgl. hierzu die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Dreizehnten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 30. 10. 2008, abgedruckt in BT-Drs. 16/10730, Teil A, S. 10, zweiter Absatz.

⁹⁹ So *Becker/Sachs*, NZG 2017, 1336 (1339) m. w. N.

n.F. führt indes zu einer erheblichen Verschlechterung der Verhandlungsposition von unionsfremden bzw. ausländischen Investoren, da Insolvenzverwalter bei Sanierungen (insbesondere in Form von Insolvenzplänen) in der Regel unter Zeitdruck stehen und bei mehreren Bietern denjenigen vorziehen werden, dessen Angebot nicht unter dem Vorbehalt einer Freigabe im Investitionsprüfverfahren steht.

2. Vorratsbescheinigung

In Anbetracht der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Investitionsprüfung und der beobachteten Praxis des BMWi, auch bei eher unkritischen Fällen in eine vertiefte Investitionsprüfung einzusteigen, sollten sich unionsfremde Investoren die Unbedenklichkeit eines beabsichtigten Unternehmenskaufs in einem möglichst frühen Stadium der Transaktion – idealerweise noch vor Aufnahme der Due Diligence – vom BMWi quasi „auf Vorrat“ bescheinigen lassen.¹⁰⁰

Die Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung innerhalb der gesetzlichen Prüffrist oder die faktische Genehmigung durch Fristablauf ohne Verfahrenseröffnung kam bereits in der Vergangenheit selten vor.¹⁰¹ Der Grund dürfte in der steigenden Anzahl an Antragstellungen verunsicherter Investoren liegen, die zu einem großen Rückstau an Prüfverfahren beim BMWi führen. Mit der Ausweitung des Prüfungsmaßstabs im sektorübergreifenden Prüfverfahren, der Einbeziehung von Asset Deals zur Sanierung in der Insolvenz und der Einbeziehung europäischer Belange ist zu erwarten, dass die Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung innerhalb der gesetzlichen Prüffrist noch schwieriger zu erreichen sein wird.

Umso wichtiger wird es in Zukunft sein, dass Investoren (nicht nur) in zeitkritischen Fällen schon den Antrag auf Unbedenklichkeit an den Vorgaben des § 14a Abs. 2 Satz 2 und 3 AWG n.F. zum förmlichen Prüfverfahren¹⁰² ausrichten und nach Verfahrenseröffnung möglichst zeitnah etwaige Zusatzfragen des BMWi beantworten, um die Prüffristen des § 14a AWG n.F. in Gang zu setzen und möglichst schnell eine faktische Genehmigung zu erzielen.¹⁰³ Denn das Stellen von Zusatzfragen oder das Nachfordern von zusätzlichen Unterlagen durch das BMWi, die nicht bereits im Eröffnungsbescheid adressiert wurden, führt nur noch dann zu einer Hemmung der Prüffristen, wenn dies im Einzelfall durch Verwaltungsakt gem. § 14a Abs. 2 Satz 5 AWG n.F.¹⁰⁴ erfolgt.¹⁰⁵ Eine Vollständigkeitserklärung gibt das BMWi in aller Regel jedoch nicht ab.¹⁰⁶

Im Falle von sektorspezifischen Prüfungen sollte alternativ an eine unverbindliche Voranfrage beim BMWi gedacht werden, insbesondere um Sicherheit bei der Due Diligence zu erlangen, welche unternehmensbezogenen Informationen vom BMWi im Einzelfall als bedeutend eingestuft werden und deren Offenlegung gegenüber dem Käufer strafrechtliche Folgen nach sich ziehen könnte.¹⁰⁷ Ferner kann hierdurch bereits im Vorfeld, in Ermangelung der Möglichkeit,

einen Antrag auf Unbedenklichkeit zu stellen, Transaktionsicherheit erlangt werden.

VII. Ausblick

Das deutsche Investitionsprüfregime wurde durch die Novellierung des Außenwirtschaftsrechts infolge der Anpassung an die europarechtlichen Vorgaben der EU-Screening-Verordnung verschärft und der Anwendungsbereich noch einmal stark erweitert. Dieser Trend wird sich in den kommenden Änderungsverordnungen zur AWV mit der Ausweitung der Meldepflicht im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung fortsetzen. In der Praxis wird die Novelle mithin zu einem erheblichen Anstieg an Investitionsprüfungen führen. Die Abstimmung unter den Mitgliedstaaten könnte zu einer zusätzlichen Verlängerung der Prüfverfahren führen.

Auch wenn die meisten EU-Mitgliedstaaten ihre Investitionsprüfregime an der EU-Screening-Verordnung ausrichten werden, wird es auf absehbare Zeit Unterschiede innerhalb der EU geben. Unionsfremde Investoren werden sich darauf einstellen müssen. Dies mag – eine flankierende europäische Industriepolitik vorausgesetzt – langfristig dazu beitragen, industrielle Kernkompetenzen und Know-how in der EU zu behalten. Kurzfristig wird die Novelle jedoch zu einem Rückgang ausländischer Direktinvestitionen in Deutschland und in der EU führen.

Ausländische Investoren, die sich von den erhöhten Markteintrittsbarrieren nicht abschrecken lassen, ist anzuraten, früh im Transaktionsprozess zu prüfen, ob die geplante Transaktion in den Anwendungsbereich des AWG, der AWV und der EU-Screening-Verordnung fallen könnte.

100 Im Ergebnis so wohl auch *Bauer/Kreitmair* (Fn. 49), S. 5; ebenso *Annweiler*, NZG 2019, 528 (531); *Weitmauer*, GWR 2019, 81–84 (84).

101 So bereits *Becker/Sachs*, NZG 2017, 1336 (1337).

102 Vgl. hierzu noch die Allgemeinverfügung zu den gem. § 57 AWV einzureichenden Unterlagen (sektorübergreifende Prüfung) vom 22. 3. 2019, BAAnz AT 11. 4. 2019 B2.

103 So dem Grunde nach wohl bereits *Becker/Sachs*, NZG 2017, 1336 (1338) zur alten Rechtslage.

104 Damit sollte nunmehr geklärt sein, dass ein formloses Nachfordern von Dokumenten oder Stellen von Zusatzfragen von Seiten des BMWi nicht zu einer Fristverlängerung im Investitionsprüfverfahren führt. Siehe hierzu bereits *Becker/Sachs*, NZG 2017, 1336 (1337) m. w. N., wonach es dem Gebot der Rechtssicherheit widerspreche, eine Verlängerung der Prüffristen durch mehrmaliges Nachfordern von Unterlagen zuzulassen. Anderenfalls könne die Prüffrist vom BMWi beliebig oft verlängert werden, und es wäre nicht klar, wann die faktische Freigabe gem. §§ 59 Abs. 1 Satz 1, 60 Abs. 1 AWV a.F. erfolgt ist oder das schuldrechtliche bzw. dingliche Rechtsgeschäft gem. § 15 Abs. 2 und 3 AWG a.F. wirksam sind.

105 § 14a Abs. 6 Nr. 1 AWG n.F.

106 So auch *Böhm*, ZBB 2019, 115 (124) m. w. N.

107 Der Grund, dass teilweise von einer Verweigerung der Beantwortung informeller Anfragen beim BMWi berichtet wird (so etwa *Annweiler*, NZG 2019, 528 (531)) dürfte maßgeblich in dem Umstand liegen, dass den Investoren mit dem Antrag auf Unbedenklichkeit in den allermeisten Fällen, also den Fällen der sektorübergreifenden Prüfung, ausreichend geholfen sein wird und eine informelle Anfrage – anders als bei der sektorspezifischen Prüfung, bei der ansonsten bis zum Abschluss des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts zugewartet werden müsste – entbehrlich ist.