

Aktuelle Entwicklungen bei der Investitionsprüfung

Mai 2020



Aktuelle Entwicklungen bei der Investitionsprüfung



Durch die Erfahrungen in der derzeitigen Corona-Krise ist das Instrument der Prüfung ausländischer Investitionen in (vor allem: system- bzw. sicherheitsrelevante) deutsche Unternehmen wieder verstärkt in den Fokus des Interesses gerückt. Nachdem sich Ende März die Europäische Kommission bereits deutlich positioniert hatte und eine verstärkte Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen durch die Mitgliedstaaten angemahnt hatte, hat im April das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) einen Vorschlag für eine weitreichende Novellierung des geltenden deutschen Rechtsrahmens für Investitionsprüfungen vorgestellt. Die vorgestellten Änderungsvorhaben sehen eine deutliche Ausweitung der Meldepflichten vor allem im Bereich des – denkbar weit verstandenen – Gesundheitswesens vor.

EU-Kommission mahnt verstärkte Kontrolle ausländischer Investitionen an

Vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie hat die Europäische Kommission mit den am 26.03.2020 herausgegebenen "Leitlinien für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen" einen eindringlichen Appell an die Mitgliedstaaten gerichtet, Beteiligungen ausländischer Investoren an europäischen Unternehmen vor allem in systemrelevanten Bereichen genau zu prüfen. Verschiedentlich war in den letzten Wochen die Befürchtung zu

hören, die Krise könne einen Ausverkauf der europäischen bzw. deutschen Wirtschaft nach sich ziehen. Dem sollen die Mitgliedstaaten nun mit einer Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden nationalen Mittel zur Kontrolle ausländischer Direktbeteiligungen begegnen. Die Europäische Union sei weiter offen für ausländische Investitionen – es müsse allerdings verstärkt geprüft werden, wer und zu welchem Zweck investiere, um zu verhindern, dass strategische Vermögenswerte verkauft würden.

Auch in der Krise wird das BMWi ausländische Investitionen in Deutschland genau prüfen, davon ist in Folge der jüngsten Mahnung aus Brüssel auszugehen. Jedenfalls in "systemrelevanten" Branchen ist bei Transaktionen mit Auslandsbezug künftig sogar mit einer verstärkten und vermutlich auch durchschnittlich zeitintensiveren Prüfung durch die deutschen Behörden zu rechnen.

Nach den "Leitlinien für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen" sollen insbesondere ausländische Direktinvestitionen in europäische Unternehmen in "strategischen Industrien" verstärkt geprüft werden. Die EU-Mitgliedstaaten sollen dabei auf bestehende nationale Kontrollmechanismen zurückgreifen. Ziel müsse sein "Kapitalbewegungen aus Nicht-EU-Staaten zu verhindern, die Europas Sicherheit oder öffentliche Ordnung unter-

Aktuelle Entwicklungen bei der Investitionsprüfung

graben könnten". Im Fokus der EU-Kommission stehen dabei vor allem, aber nicht ausschließlich, die Bereiche Gesundheitswesen (medizinische oder Schutzausrüstung) und Forschung (etwa die Entwicklung von Schutzimpfungen).

Gleichzeitig fordert die EU alle Mitgliedstaaten, die bisher keine Kontrollmechanismen für ausländische Investitionen erlassen haben, auf, solche schnellstmöglich in nationales Recht umzusetzen. Bis zum Inkrafttreten solcher Regelungen sollen diese Länder möglichst auf andere verfügbare Mittel zurückgreifen, um dem Ausverkauf europäischer Unternehmen und Schlüsseltechnologien entgegenzuwirken.

Derzeit verfügen neben Deutschland nur 13 der EU-Mitgliedstaaten über vergleichbare Kontrollmöglichkeiten, da die Schaffung solcher erst durch die Verordnung (EU) 2019/452 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union ("FDI-Screening-Verordnung") am 11. Oktober 2020 verpflichtend wird.

Zur Rechtslage in Deutschland

In Deutschland unterliegen viele ausländische Investitionen bereits heute einer Prüfung durch das BMWi. Ob eine Transaktion wie geplant vollzogen werden kann, richtet sich nach den §§ 55 ff. Außenwirtschaftsverordnung (AWV). Einige besonders sensible Bereiche benennt das Gesetz selbst, z.B. den Rüstungs- und IT-Sicherheits-Bereich (bspw. Verschlüsselungstechnologien) oder auch besonders (sicherheits-)relevante zivile Industrien, etwa Telekommunikation, Gesundheit oder Energie. Die Prüfungsschwelle in diesen Bereichen liegt niedrig, bereits eine direkte oder indirekte Auslandsbeteiligung in Höhe von 10% führt zu einer Einschaltung der Behörde. Unterfällt die Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens nicht den genannten besonders sicherheitsrelevanten Bereichen, ist das Unternehmen aber in Bereichen tätig, die relevant für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Bundesrepublik sind, kann die Behörde ab einer direkten oder indirekten (außereuropäischen) ausländischen Beteiligung von 25% eine Prüfung einleiten.

Anfang April hat der Bundeswirtschaftsminister einen Gesetzentwurf zur Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) vorgelegt, mit dem die Vorgaben der FDI-Screening-Verordnung in deutsches Recht umgesetzt werden sollen. Ende April legte das BMWi

dann auch einen Entwurf für eine Änderung der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) vor. Beide Vorhaben werden zu weitreichenden Änderungen im Bereich der deutschen Investitionskontrolle führen.

Zum Inhalt des Gesetzentwurfs zur Änderung des AWG

Wesentliche Neuerung des Gesetzentwurfs ist die Anpassung des Prüfungsmaßstabes. Derzeit prüft das BMWi, ob die Transaktion die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet. Künftig genügt es, dass der Erwerb zu einer "voraussichtlichen Beeinträchtigung" der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führt. Vor dem Hintergrund der europaweiten Verschränkung der nationalen Prüfungen sollen neben den nationalen Interessen auch (Sicherheits-)Interessen anderer Mitgliedstaaten und EU-Programme bzw. – Projekte stärker Berücksichtigung finden.

Ferner sollen künftig alle meldepflichtigen Transaktionen mit Auslandsbezug schwebend unwirksam sein. Bislang gilt das nur für besonders sicherheitsrelevante Transaktionen (v.a. der Rüstungs- und IT-Sicherheitsbranche), die im Rahmen der sog. sektorspezifischen Prüfung geprüft werden. Die schwebende Unwirksamkeit wird von strafbewehrten Handlungsverboten flankiert. Hiermit soll verhindert werden, dass bereits vor Abschluss der Prüfung des BMWi Zugriff auf sicherheitsrelevante Technologien und Know-How ermöglicht wird und damit vollendete Tatsachen geschaffen werden. Für nicht meldepflichtige Transaktionen soll es aber beim Status Quo bleiben.

Der Gesetzentwurf sieht darüber hinaus die Einrichtung der durch die FDI Screening Verordnung vorgesehenen nationalen Kontaktstelle beim BMWi vor.

Aktuelle Entwicklungen bei der Investitionsprüfung

Entwurf für eine Novelle der Außenwirtschaftsverordnung

Der Ende April vorgelegte Entwurf für die Überarbeitung der AWV sieht weitreichende Änderungen vor allem für Unternehmen des Gesundheitssektors vor.

Wesentliche Änderungen für Übernahmen von Unternehmen des Gesundheitssektors

Künftig sind Übernahmen von Unternehmen, die Impfstoffe, Medikamente, medizinische Schutzausrüstung und andere Medizingüter zur Behandlung hochansteckender Krankheiten entwickeln, schriftlich beim BMWi zu melden. Das gilt bereits ab einem Erwerb von 10% der Stimmrechtsanteile. Das bereits Anfang April vorgestellte Änderungsvorhaben zum Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) sieht für meldepflichtige Erwerbsvorhaben außerdem vor, dass diese bis zum Abschluss der Prüfung des BMWi schwebend unwirksam bleiben.

Die Novelle erfasst neben Herstellern auch Entwickler von Produkten in den genannten Bereichen und in einigen Fällen sogar Zulieferer: Der Meldepflicht unterfallen in den Bereichen persönliche Schutzausrüstung, Medizinprodukte und In-vitro-Diagnostika zur Behandlung hochansteckender Krankheiten jeweils auch Hersteller von Komponenten und Vorprodukten für die Herstellung der genannten Produkte sowie Hersteller von Herstellungsanlagen, die für die Produktion verwendet werden. Beides erweitert den Anwendungsbereich erheblich über Unternehmen des klassischen Gesundheitssektors hinaus und führt dazu, dass künftig etwa auch Hersteller von Vliesstoffprodukten als notwendigem Vorprodukt für die Maskenherstellung oder Hersteller von Spinnvliesanlagen als notwendiger Herstellungsanlage in den Fokus rücken.

Neue Meldepflichten auch in weiteren Sektoren

Neben Unternehmen des Gesundheitssektors werden in den Kreis der "kritischen Infrastrukturen" auch solche Unternehmen aufgenommen, die für den störungsfreien der von der Bundesanstalt für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BDBOS) betriebenen Kommunikationsinfrastrukturen unverzichtbar sind, sowie Unternehmen die bestimmte kritische Rohstoffe und Erze verarbeiten.

Meldepflichten beim Asset Deal

Die Novelle enthält – auch bisher schon geltende Rechtslage – die Klarstellung, dass auch Asset Deals einen meldepflichtigen Unternehmenserwerb darstellen können. Hierrunter fallen die Übertragung eines selbstständigen Betriebsteils oder aller zur Aufrechterhaltung des Unternehmens bzw. eines Betriebsteils erforderlichen Betriebsmittel.

Klarstellung der Kriterien für das Vorliegen einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Untersagt werden können vom BMWi nach derzeitigem Recht Erwerbsvorgänge mit Auslandsbezug, die eine Gefährdung der Öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellen. Wann eine solche Gefährdung vorliegt, war bisher allerdings nicht ausdrücklich normiert. Nunmehr soll die Verordnung selbst in der Person des Erwerbers liegende Kriterien vorsehen, bei deren Vorliegen eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung angenommen werden kann. Dazu gehören vor allem die Kontrolle durch (ausländische) staatliche Stellen sowie die Beteiligung des Erwerbers an früheren Straftaten oder Handlungen, die eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder einen Verstoß gegen das AWG darstellten.

Kommentar

Transaktionen unter Auslandsbeteiligung in Deutschland vor allem in den genannten Bereichen Gesundheitswesen und medizinische Forschung werden in den kommenden Wochen und Monaten einer verstärkten Kontrolle durch das Bundeswirtschaftsministerium BMWi unterliegen. Mit den geplanten Änderungen des deutschen Rechts (AWG und AWV) zur Anpassung an die Vorgaben der FDI-Screening-Verordnung ist mit einer weiteren Verstärkung der Überprüfung zu rechnen, ermöglichen diese der Behörde doch, umfassender als bisher gegen geplante Transaktionen mit Auslandsbezug vorzugehen. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen aus der derzeitigen Corona-Krise ist mit wesentlichem Widerstand gegen die Pläne des BMWi kaum zu rechnen.

Eine verstärkte Kontrolle ist auch für Bereiche zu erwarten, die nicht bereits nach geltendem Recht als Schlüsselindustrie ("kritische Infrastrukturen") nach § 55 Abs. 1 S. 2 AWV ohnehin im Fokus der Behörde stehen – sofern

Aktuelle Entwicklungen bei der Investitionsprüfung

sie unter den gegebenen Umständen als strategische Industrie zu betrachten sind. Weitreichende Prüfungsmöglichkeiten werden künftig vor allem im – denkbar weit zu verstehenden – Bereich Gesundheitswesen angesiedelt – und zwar auf unbestimmte Zeit, denn eine Befristung für die akute Phase der Corona-Krise besteht nicht. Ob Verpflichtungen im Rahmen des Investitionsprüfverfahrens bestehen, oder eine Kontaktaufnahme mit den Behörden aus sonstigen Gründen angezeigt ist, sollte bei jeder Unternehmenstransaktion mit Auslandsbezug verstärkt und frühzeitig geprüft werden.

[Pressemitteilung der Kommission vom 26.03.2020](#)

[Leitlinien der Europäischen Kommission für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen](#)

[Verordnung \(EU\) 2019/452 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union](#)

[Pressemitteilung des BMWi vom 8.4.2020](#)

[Informationsseite BMWi zur geplanten Gesetzesnovelle](#)

[Gesetzentwurf AWG, Bearbeitungsstand 31.3.2020](#)

[Pressemitteilung, Bundeswirtschaftsministerium 27.4.2020](#)

[Entwurf 15. AWV-Novelle, 27.4.2020](#)

Aktuelle Entwicklungen bei der Investitionsprüfung

Ihre Ansprechpartner bei Fragen zur Investitionsprüfung in Zeiten von COVID-19



Dr. Christian Bahr
Partner | Düsseldorf
+49 (0) 211 950 749 22
+49 (0) 177 747 3880
christian.bahr@fieldfisher.com



Dr. Sascha Dethof
Partner | Düsseldorf
+49 (0) 211 950 749 21
+49 (0) 172 181 8158
sascha.dethof@fieldfisher.com



Anita Malec
Counsel | Düsseldorf
+49 (0) 211 950 749 23
+49 (0) 173 186 2533
anita.malec@fieldfisher.com



Dr. Solvei Hartmannsberger
Senior Associate | Düsseldorf
+49 (0) 211 950 749 24
+49 (0) 176 1987 0924
solvei.hartmannsberger@fieldfisher.com



Pia Meetz
Associate | Düsseldorf
+49 (0) 211 950 749 13
+49 (0) 151 1761 8875
pia.meetz@fieldfisher.com



Catharina Richter
Associate | Düsseldorf
+49 (0) 211 950 749 52
+49 (0) 176 1878 8914
catharina.richter@fieldfisher.com



Raoul Schätzler, LL.M. (Norwich)
Associate | Düsseldorf
+49 (0) 211 950 749 58
+49 (0) 170 557 9824
raoul.schaetzler@fieldfisher.com