

Betriebs Berater

BB

37 | 2020

AWG ... ProdSG ... COVID-19 ... Corona-Soforthilfen ... InsVV und Steuersatzsenkung ... Recht ... 7.9.2020 | 75. Jg. Seiten 1985–2048

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Sabine Otte-Gräbener, LL.M.

„Abgasskandal“-Entscheidungen des BGH: Meilensteine in der Aufarbeitung, aber im Ergebnis wenig Hoffnung für die geschädigten Käufer

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Rainer Bierwagen, RA, und **Dr. Christian von Wistinghausen**, LL.M., RA

Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes aus europarechtlicher Perspektive | 1986

Dr. Carsten Schucht, RA

Die Produktlebensdauer im Produktsicherheitsrecht | 1990

Carolin Marx, RAin, und **Dr. Johannes Falter**, RA

Der Fortlauf von Prozesszinsen und Verjährung in der Corona-Zeit | 1997

STEUERRECHT

Thomas Waza

Auswirkungen der umsatzsteuerlichen Steuersatzsenkung auf die Festsetzung der Insolvenzverwaltervergütung | 2007

Prof. Dr. Heiner Richter, StB

Geplante Einkommensteuertarife 2021 und 2022 | 2010

Markus Heigl

Corona-Soforthilfen: Steuerpflichtig oder steuerfrei? | 2011

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Lea-Victoria Jablowski, M.Sc., und **Prof. Dr. Thomas Berndt**

Mehrwert integrierter Berichterstattung für KMU | 2027

ARBEITSRECHT

Christof Kleinmann, RA/FAArbR, und **Dr. Caroline Fündling**, RAin/FAinArbR

Streikbeschluss und Selbstbestimmungsrecht der Gewerkschaft | 2036

Dr. Rainer Bierwagen, RA, und Dr. Christian von Wistinghausen, RA, LL.M.

Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes aus europarechtlicher Perspektive

Der Beitrag stellt die wesentlichen Neuerungen des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) sowie der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) aus europarechtlicher Perspektive vor und erläutert die daraus resultierenden Änderungen des nationalen Investitionskontrollverfahrens. Zunächst erfolgt allerdings neben der Darlegung des aktuellen Verfahrensstands des Investitionsschutzabkommens (Comprehensive Agreement on Investment, CAI) zwischen der Europäischen Union und der Volksrepublik China ein rechtsvergleichender Überblick über ausgewählte nationale Investitionskontrollmechanismen, um die Gründe für das erstarkte Interesse an Investitionskontrolle besser nachvollziehen zu können.

I. Einleitung

In jüngerer Zeit gehen Staaten vermehrt dazu über, ihre innerstaatlichen Kontrollmechanismen bzw. Prüfungsverfahren in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen (Foreign Direct Investment, FDI) zu verschärfen, so auch Deutschland.¹ Dessen ungeachtet bleiben die Länder der Europäischen Union im globalen Kontext sehr offen für Investitionen.²

Mit der Novellierung des deutschen Außenwirtschaftsgesetzes verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, bei näher bestimmten „kritischen“ Unternehmenserwerben durch Unionsfremde einen künftig wirksameren Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit Deutschlands gewährleisten zu können.³ Die Gesetzesänderung bezweckt darüber hinaus eine Anpassung an europarechtliche Vorgaben der Verordnung (EU) 2019/452 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union (EU Screening-Verordnung), welche ab dem 11.10.2020 gelten wird.⁴

II. Internationale und nationale Investitionskontroll- und -schutzmechanismen

1. EU/China-Investitionsschutzabkommen

Nach nunmehr sieben Jahren und 30 Verhandlungsrunden zwischen der EU und der Volksrepublik China über den Abschluss eines bilateralen Investitionsschutzabkommens scheint das verfolgte Ziel mehr denn je in die Ferne zu rücken. Auch wird über eine „Agenda 2025“ für die Zusammenarbeit zwischen China und der EU verhandelt. Die Beziehung beider Verhandlungspartner wurde zuletzt durch das umstrittene Sicherheitsgesetz für Hongkong⁵ und Spionageaktivitäten⁶ belastet, worauf die EU mit wirtschaftlichen Sanktionen und Exportbeschränkungen z. B. auf Rüstungsgüter oder Produkte zur Überwachung von Kommunikation reagierte.⁷ Auch der für den September 2020 geplante EU-China Gipfel im Rahmen der deutschen EU-Ratspräsidentschaft wurde – jedenfalls offiziell – aufgrund der unsicheren Gesundheitslage verschoben.

Die Verhandlungen werden darüber hinaus durch den amerikanisch-chinesischen Handelskonflikt belastet, in dem die EU „zwischen die Fronten“ zu geraten droht.⁸

Hauptziele des angestrebten Abkommens sind in erster Linie ein umfassender Investitionsschutz und darüber hinaus, den gegenseitigen Marktzugang für Unternehmen zu verbessern, faire Wettbewerbsbedingungen und gegenseitige Transparenz zu schaffen.⁹ Aufgrund umfassender Bestimmungen über beispielsweise Marktzugang oder Aspekte der Nachhaltigkeit soll das Abkommen mehr als nur ein reines Investitionsschutzabkommen werden und als potenzielle Vorlage für ein zukünftiges Freihandelsabkommen zwischen der EU und China dienen. Dies erschwert die Verhandlungen; es gibt jedoch keinen Stillstand in den beiderseitigen Beziehungen. Positive Schritte sind die Unterzeichnung eines Abkommens mit China über die Zusammenarbeit im Bereich der geografischen Angaben und deren Schutz nach fast zehnjährigen Verhandlungen¹⁰ sowie die Unterzeichnung eines Abkommens über die Sicherheit der Zivilluftfahrt.¹¹ Dies zeigt, dass ein Konsens nicht ausgeschlossen, aber im Bereich des Investitionsschutzes und des Handels schwieriger zu finden ist.

1 Inkrafttreten der Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) und der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) am 17.7.2020.

2 Commission staff working document accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union, SWD/2017/0297 final – 2017/0224 (COD), S. 2 unter <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2017/EN/SWD-2017-297-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (Abruf: 30.7.2020).

3 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Erstes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze, S. 1.

4 Art. 17 Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.3.2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union (EU-Screening-Verordnung), ABl 2019 L 79 I, S. 1. Dazu des Weiteren die 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, ABl 2020 C 99 I, S. 1.

5 Rat der Europäischen Union, PM vom 1.7.2020: Erklärung des Hohen Vertreters im Namen der Europäischen Union zur Verabschiedung eines Gesetzes über die nationale Sicherheit in Hongkong durch den Nationalen Volkskongress Chinas, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2020/07/01/declaration-of-the-high-representative-on-behalf-of-the-european-union-on-the-adoption-by-china-s-national-people-s-congress-of-a-national-security-legislation-on-hong-kong/pdf> (Abruf: 30.7.2020).

6 S. Durchführungsverordnung (EU) 2020/1125 des Rates vom 30.7.2020 zur Durchführung der Verordnung (EU) 2019/796 über restriktive Maßnahmen gegen Cyberangriffe, die die Union oder ihre Mitgliedstaaten bedrohen, ABl L 246, S. 4, und Beschluss (GASP) 2020/1127 des Rates vom 30.7.2020 zur Änderung des Beschlusses (GASP) 2019/797 über restriktive Maßnahmen gegen Cyberangriffe, die die Union oder ihre Mitgliedstaaten bedrohen, ABl L 246 S. 12.

7 Rat der EU, PM vom 28.7.2020 sowie Council conclusions on Hong Kong, 9872/1/20REV 1 (24.7.2020) unter <https://www.consilium.europa.eu/media/45225/st09872-re01-en20.pdf> (Abruf: 30.7.2020).

8 S. zum Teilaspekt des Netzausbaus die Empfehlung (EU) 2019/534 der EU-Kommission vom 26.3.2019 Cybersicherheit der 5G-Netze, ABl L 88, S. 42.

9 DG Trade, EU-China Comprehensive Agreement on Investment unter <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2115> (Abruf: 30.7.2020).

10 COUNCIL DECISION on the signing, on behalf of the Union, of the Agreement between the European Union and the Government of the People's Republic of China on cooperation on, and protection of, geographical indications unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8356-2020-INIT/en/pdf> (Abruf: 30.7.2020).

11 Beschluss (EU) 2020/1075 des Rates vom 26.6.2020 über den Abschluss des Abkommens über die Sicherheit der Zivilluftfahrt zwischen der Europäischen Union und der Regierung der Volksrepublik China, ABl L 240.

Bei den aktuellen Verhandlungen konzentriert sich die Diskussion im Zusammenhang mit gleichen Wettbewerbsbedingungen auf Fragen über Pflichten staatlicher Unternehmen, Transparenzregeln für Subventionen und Regeln gegen erzwungene Technologietransfers.¹² Die Herausforderungen bestehen dabei vor allem darin, Marktzugangsmöglichkeiten u. a. im Telekommunikations- und Finanzdienstleistungssektor, in den Bereichen Gesundheit und Biotechnologie für europäische Unternehmen in China zu verbessern (laut OECD Index zählt China zu den Ländern mit den restriktivsten Regelungen¹³) sowie bei Fragen der nachhaltigen Entwicklung.¹⁴ Da gerade dem restriktiven Rechtsrahmen Chinas hinsichtlich sog. ausländischer Direktinvestitionen (FDIs) eine entscheidende Bedeutung bei den Verhandlungen über das Investitionsschutzabkommen zukommt, soll dieser im Folgenden kurz erläutert werden.

Das chinesische Regelungsregime über ausländische Direktinvestitionen besteht im Wesentlichen aus drei Mechanismen.¹⁵ Zum einen gibt es in einen neuen, seit Anfang dieses Jahres in Kraft getretenen Investitionsüberprüfungsmechanismus, der einen multisektoralen und einen sektorübergreifenden Ansatz kombiniert und bei der Möglichkeit des Bestehens nationaler Sicherheitsbedenken greifen soll (Art. 35 Foreign Investment Law¹⁶). Zum anderen bestehen Sektorbeschränkungen basierend auf einer Negativliste von Branchen, nach welcher ausländische Investitionen erlaubt, eingeschränkt oder verboten werden können (Art. 4 und Art. 28 Foreign Investment Law). Der dritte Mechanismus ist an den im Anti-Monopolgesetz von 2007 geschaffenen Wettbewerbsüberprüfungsmechanismus angegliedert und lässt ebenfalls eine staatliche Überprüfung hinsichtlich nationaler Sicherheitsinteressen zu.¹⁷ Auffällig ist, dass die beiden erstgenannten Mechanismen denen der AWV sehr ähnlich sind.

2. Gründe für das erstarkte Interesse an Investitionskontrolle

a) Europäische Investitionskontrollmechanismen

Im Folgenden sollen die nationalen Investitionskontrollmechanismen der größten europäischen Volkswirtschaften vorgestellt und die Frage beantwortet werden, warum in jüngster Zeit ein erstarktes Interesse an verschärfter Investitionskontrolle zu verzeichnen ist. Von den 28 EU Ländern haben bis Juli 2020 nur 14 Mitgliedstaaten eine eigene Investitionskontrolle eingeführt.¹⁸ Die EU-Screening-Verordnung dürfte für eine Angleichung der Rechtsordnungen und Kriterien führen, welche bislang noch sehr unterschiedlich ausfallen.

aa) Frankreich

Im französischen Recht ist die Investitionskontrolle von FDIs im Code monétaire et financier sowie im Code de Commerce geregelt. Art. L.430-8 Code de Commerce beinhaltet allgemeine Eingriffsvorbehalte im Zusammenhang mit Fusionsprüfungen, die ein ministerielles Eingreifen in Fällen von öffentlichem Interesse unabhängig von der Nationalität des Erwerbers ermöglichen.¹⁹

Nach Art. L.151-1 bis Art. L.151-7 Code monétaire et financier besteht eine obligatorische Überprüfung für Kontroll- und Anteilserwerbe durch Ausländer in bestimmten Sektoren.²⁰ Eine obligatorische Prüfung muss stattfinden, wenn die Kontrolle über ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil²¹ oder mindestens 25 Prozent der Stimmrechte erworben werden, das in näher bestimmten Bereichen tätig ist. Die letztgenannte Schwelle wurde von 33,3 Prozent auf 25 Prozent mit Wirkung vom April 2020 herabgesetzt.²² Die näher

bestimmten Bereiche werden in Artikel 153-2 Code monétaire et financier aufgeführt. Sie wurden durch die beiden ArrPte²³ und Décret²⁴ vom Dezember 2019 und im April 2020 noch einmal erweitert.²⁵

Frankreich hat mit seinem ArrPte vom Dezember 2019 die Investitionskontrolle den Vorgaben der EU-Screening-Verordnung angepasst und u. a. den Anwendungsbereich der sog. kritischen Technologien erweitert (Art. 6).²⁶

bb) Italien

Die italienischen Ermächtigungen, welche es der Regierung erlauben, den Erwerb von Unternehmen zu untersagen oder den Erwerbern Bedingungen aufzuerlegen, wurden 2019 und im April dieses Jahres stark erweitert. Die ursprüngliche Ermächtigung aus dem Jahr 2012²⁷ betraf den Kontrollerwerb in den Sektoren Verteidigung und nationale Sicherheit einerseits sowie Energie, Transport und Kommunikation andererseits. Im Jahr 2019 wurden die Ermächtigungen auf Investitionen, welche die 5G Netzwerke und Cybersicherheit betreffen, ausgedehnt und auch in einigen Fällen angewendet.²⁸

12 DG Trade, Brussels, 6.7.2020: Report of the 30th round of negotiations on the EU-China Comprehensive Agreement on Investment, unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/july/tradoc_158888.docx.pdf (Abruf: 30.7.2020).

13 OECD (2020), FDI restrictiveness, accessed on 30.7.2020 unter <https://data.oecd.org/fdi/fdi-restrictiveness.htm> (Abruf: 30.7.2020).

14 EU Commission, Press release: EU and China discuss trade and economic relations, IP 20/1419.

15 OECD 2020, Acquisition- and ownership-related policies to safeguard essential security interests, S. 119, unter <http://www.oecd.org/investment/OECD-Acquisition-ownership-policies-security-May2020.pdf> (Abruf: 30.7.2020).

16 Article 35 of The Foreign Investment Law of the People's Republic of China: *The State shall establish a safety review system for foreign investment, under which the safety review shall be conducted for any foreign investment affecting or having the possibility to affect national security*, adopted at the Second Session of the 13th National People's Congress on March 15, 2019, promulgated for implementation as of 1.1.2020, unter http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4872_0_7.html (Abruf: 30.7.2020).

17 Article 31 of the Anti-monopoly Law: *Where a foreign investor participates in the concentration of undertakings by merging and acquiring a domestic enterprise or by any other means, which involves national security, the matter shall be subject to review on national security as is required by the relevant State regulations, in addition to the review on the concentration of undertakings in accordance with the provisions of this Law.*

18 Vgl. Liste der EU Generaldirektion Handel – Notifizierung der Mitgliedstaaten über Überprüfungsmechanismus gem. Art. 3 Abs. 7 EU-Screening-Verordnung, zuletzt aktualisiert am 29.7.2020, unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf (Abruf: 30.7.2020).

19 OECD 2020, Acquisition and ownership-related policies to safeguard essential security interests, S. 126, unter <http://www.oecd.org/investment/OECD-Acquisition-ownership-policies-security-May2020.pdf> (Abruf: 2.8.2020).

20 Code monétaire et financier unter <https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000034732944/2020-01-01>. mit Änderungen durch Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, <https://www.legifrance.gouv.fr/afichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000039727443&categorieLien=id>, sowie ArrPte du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, NOR: ECOT1937237A, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000039727569&dateTexte=20200729>, <https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000034732944/2020-01-01>. Für eine nichtamtliche Übersetzung in die englische Sprache siehe https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158692.pdf [(alle Abruf: 2.8.2020).

21 „Tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France.“

22 Décret n° 2019-1590 du 31.12.2019 relatif aux investissements étrangers en France, NOR: ECOT1932857D, <https://beta.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039727443> (Abruf: 2.8.2020).

23 ArrPte du 31.12.2019 relatif aux investissements étrangers en France, NOR: ECOT1937237A, <https://beta.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039727569> (Abruf: 2.8.2020).

24 S. Fn. 30.

25 Erweiterung um Biotechnologien, ArrPte du 27.4.2020 relatif aux investissements étrangers en France, NOR: ECOT2010256A, <https://beta.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041835304> (Abruf: 2.8.2020).

26 ArrPte du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, NOR: ECOT1937237A, <https://beta.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039727569>. <https://beta.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039727443> (Abruf: 2.8.2020).

27 Gesetzesdekret Nr. 21 vom 15.3.2012.

28 Das decreto legge n. 64 vom Juli 2019 wurde nicht als Gesetz bestätigt. Das decreto legge n. 105 vom 21.9.2019, welches als Gesetz 133 vom 18.11.2019 bestätigt wurde, enthält jedoch im Wesentlichen gleichlautende Vorschriften.

Das decreto legge n. 23 vom 8.4.2020 dehnt die Sonderbefugnisse der Regierung auf Unternehmen aus, die in weiteren strategischen Sektoren tätig sind, und verweist dafür auf die in Art. 4 Abs. 1 der EU-Screening-VO genannten Sektoren. Ein Kontrollerwerb und andere näher bestimmte Vorgänge sind innerhalb von zehn Geschäftstagen anzumelden und die Regierung kann innerhalb von 45 Geschäftstagen Auflagen machen oder den Erwerb verbieten.²⁹ Die Aufgriffsschwellen sind auf zehn Prozent abgesenkt und weitere zusätzliche Notifizierungspflichten bei bestimmten höheren Schwellenwerten eingeführt worden. Schließlich gilt ein Teil der Vorschriften nur bis Ende des Jahres 2020 und betrifft auch Erwerber aus der EU.

cc) Vereinigtes Königreich

Im Vereinigten Königreich existiert kein einheitliches Gesetz zur Kontrolle von FDIs. Vielmehr sind dafür insbesondere zwei Mechanismen vorgesehen, wie das *public interest intervention regime* im Rahmen des Enterprise Act (Section 42–68)³⁰ oder die Erteilung einer *prohibition order* nach Section 13 Industry Act 1975.³¹ Auch hier wird zurzeit über eine Reform des bisherigen Systems der Investitionskontrolle verhandelt.³² Im Wesentlichen geht es darum, ein eigenständiges (freiwilliges) Notifizierungs- und Prüfungsverfahren für Investitionen einzuführen, die die nationale Sicherheit betreffen und den Anwendungsbereich der kritischen Infrastrukturen anzupassen.³³ Es wird dabei erwartet, dass das neue Regime die Kompetenzen der Behörden erheblich erweitert, so dass auch mit einem erhöhten Fallaufkommen zu rechnen ist.³⁴ Letztlich wird sich erst nach Ablauf des Übergangszeitraums nach dem EU-Austritt zeigen, inwieweit das Vereinigte Königreich im Vergleich zu den EU-Mitgliedstaaten seine Investitionskontrolle ändert, um einerseits attraktiv für ausländische Investoren zu bleiben und andererseits seine Sicherheitsinteressen zu wahren.

b) Gründe für restriktivere Investitionskontrollmechanismen

Dass Staaten zurzeit ihre Investitionskontrollmechanismen verschärfen, hat zahlreiche Gründe. Zum einen mögen eine wachsende globale wirtschaftliche Ungewissheit und politische Instabilität dafür sorgen, dass FDIs stärker kontrolliert werden.³⁵ So kommt es nicht von ungefähr, dass besonders im Zuge der Covid-19-Pandemie Investitionskontrollmechanismen weltweit angepasst und verschärft werden. Weitere Ursachen liegen in der WTO-Krise und die sich daraus ergebende Gefahr eines Trends in Richtung Abschottung und Handelsprotektionismus. Ebenso mag auch die Kehrseite des Fortschritts der Digitalisierung, wie nationale Sicherheitsbedenken bei Fragen des Datenschutzes oder der Telekommunikationsüberwachung, zu restriktiveren Kontrollregimen hinsichtlich kritischer Technologien führen. Dies zeigt jüngst das Beispiel *Huawei*, dessen Beteiligung am 5G Netzausbau in der EU und im Vereinigten Königreich kritisch gesehen und teilweise blockiert wird.³⁶ Manche dieser Gründe sind u. a. Motivation der EU für die Einführung eines EU-weiten Rahmens zur Überprüfung von FDIs gewesen.

III. Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes aus europarechtlicher Perspektive

1. EU-Screening-Verordnung

Wie bereits angesprochen, reagieren die EU-Länder mit ihren Investitionskontrollreformen auch auf die neue EU-Screening-Verordnung.

Es stellt sich daher die Frage, welche Mechanismen diese beinhaltet und inwieweit sich dadurch die nationale Investitionskontrolle ändert.

Ausländische Direktinvestitionen haben für europäische Unternehmen und für das Wirtschaftswachstum der EU insgesamt eine große Bedeutung, da ca. 16 Mio. Arbeitsplätze unmittelbar von FDIs abhängen.³⁷ Mit der EU-Screening-Verordnung bezweckt die EU, an dem Grundsatz eines liberalen und investitionsfreundlichen europäischen Wirtschaftsstandorts festzuhalten, dabei jedoch gleichzeitig den Schutz legitimer unions- und mitgliedstaatlicher Interessen zu gewährleisten. Ziel ist somit die Errichtung eines EU-weiten Rechtsrahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung, wobei jedoch nicht die Verpflichtung zur Einführung einer nationalen Investitionskontrolle besteht.³⁸

Nach Art. 2 Nr. 1 EU-Screening-Verordnung umfasst die Verordnung „eine durch einen ausländischen Investor getätigte Investition jeder Art zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen dem ausländischen Investor und dem Unternehmer oder Unternehmen, für den bzw. das das Kapital zur fortgesetzten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem Mitgliedstaat bereitgestellt wird, einschließlich Investitionen, die eine effektive Beteiligung an der Verwaltung oder Kontrolle eines Unternehmens ermöglichen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt“. Diese Definition ist mangels Beteiligungsschwelle relativ weit gefasst; vom Anwendungsbereich ausdrücklich ausgeschlossen sind hingegen Portfolio-Investitionen.³⁹

Wesentliches Merkmal der Verordnung ist ein Kooperationsmechanismus (Art. 7 EU-Screening-Verordnung), wonach ein Mitgliedstaat die übrigen Mitgliedstaaten sowie die EU-Kommission über die Überprüfung solcher FDIs in Kenntnis setzt, welche die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung des prüfenden Staates voraussichtlich beeinträchtigen, in dem er die nach Art. 9 Abs. 2 EU-Screening-Verordnung erforderlichen Informationen mitteilt.⁴⁰ Auch geht es um den Schutz von Projekten und Programmen von Unionsinteresse.⁴¹ Die EU-Kommission und die anderen Mitgliedstaaten haben dann

29 Art. 15 u. 16.

30 Enterprise Act 2002 Chapter 40, unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/section/42> (Abruf: 30.7.2020).

31 Industry Act 1975 Chapter 68, unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/68/section/13> (Abruf: 30.7.2020); dieser Mechanismus ist in der Praxis jedoch von geringer Relevanz, vgl. Potter, The Foreign Investment Regulation Review – United Kingdom, unter <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-foreign-investment-regulation-review-edition-7/1209433/united-kingdom> (Abruf: 30.7.2020).

32 National Security and Investment – A consultation on proposed legislative reform, July 2018, unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/728310/20180723_-_National_security_and_investment_-_final_version_for_printing_1_.pdf (Abruf: 30.7.2020).

33 Potter, The Foreign Investment Regulation Review – United Kingdom, unter <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-foreign-investment-regulation-review-edition-7/1209433/united-kingdom> (Abruf: 30.7.2020).

34 Ebd.

35 Levitt, *Gabathuler Foreign Direct Investment Screening at a Time of Increasing Economic Uncertainty and Trade Protectionism: Foreign Direct Investment Regimes 2020*, unter https://iclg.com/practice-areas/foreign-direct-investment-regimes-laws-and-regulations/01-foreign-direct-investment-screening-at-a-time-of-increasing-economic-uncertainty-and-trade-protectionism#_edn4 (Abruf: 30.7.2020).

36 Regierung des Vereinigten Königreichs, PM vom 14.7.2020: Huawei to be removed from UK 5G networks by 2027, unter <https://www.gov.uk/government/news/huawei-to-be-removed-from-uk-5g-networks-by-2027> (Abruf: 30.7.2020), s. Fn. 16.

37 EU Kommission, PM vom 10.4.2019 unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_19_2088 (Abruf: 30.7.2020).

38 Derzeit haben lediglich 15 Mitgliedstaaten nationale Investitionskontrollmechanismen, s. Fn. 26.

39 Erwägungsgrund 9 EU-Screening-Verordnung.

40 U. a. Eigentümerstruktur des Investors, Wert des FDI, relevanter Sektor, etc.

41 S. Art. 8 u. 16 zusammen mit den im Anhang aufgeführten Projekten und Programmen; der Anhang wird derzeit überarbeitet.

das Recht, Kommentare an den überprüfenden Mitgliedstaat zu richten und Stellung zu beziehen. Der überprüfende Mitgliedstaat ist letztlich nach Art. 6 Abs. 9 EU-Screening-Verordnung bei seiner Entscheidung dazu verpflichtet, die Kommentare und Stellungnahmen der Mitgliedstaaten bzw. der EU-Kommission „in angemessener Weise (zu) berücksichtigen“. Was dies konkret bedeutet, sei hier zunächst dahingestellt (s. dazu sogleich unter 2.); jedenfalls wird durch die Kooperation innerhalb der Mitgliedstaaten im Zusammenspiel mit der EU-Kommission ein Mechanismus geschaffen, der nicht nur eigene innerstaatliche, sondern auch mitgliedstaatliche und ggf. unionsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Sicherheit und öffentlichen Ordnung betreffenden FDIs einbezieht.

2. Novellierung des AWG unter Berücksichtigung der EU-Screening-Verordnung

Die EU-Screening-Verordnung beeinflusst unmittelbar zwei Neuerungen des Außenwirtschaftsgesetzes, zum einen den Prüfungsmaßstab bei der Investitionskontrolle und zum anderen den erstmalig eingerichteten Kooperationsmechanismus.

Zunächst setzt Art. 1 Abs. 1 EU-Screening-Verordnung als materiellen Maßstab eine „*voraussichtliche Beeinträchtigung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung*“ voraus. Diese Formulierung wurde nun auch in das neu gefasste Außenwirtschaftsgesetz eingeführt.⁴² Da die alte Fassung eine „*tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung*“ (§ 5 Abs. 2 AWG a.F.) forderte, ist die Eingriffsschwelle für sektorspezifische bzw. sektorübergreifende Maßnahmen gesunken. Laut Referentenentwurf solle mit dieser Änderung die der Investitionsprüfung ohnehin inhärente, vorausschauende Betrachtungsweise betont werden, indem eine noch nicht eingetretene, aber durch einen kritischen Erwerbsfall künftig mögliche Beeinträchtigung verhindert werden soll.⁴³ Folglich genügt ein geringerer (und präventiver) Gefährdungsgrad zur Anordnung erwerbsbeschränkender Maßnahmen.

Darüber hinaus müssen mit der Neufassung des AWG jetzt auch die Sicherheit und öffentliche Ordnung eines anderen EU-Mitgliedstaates sowie „*Projekte oder Programme von Unionsinteresse*“ bei der Überprüfung von FDIs berücksichtigt werden. Zu diesen zählen nach Art. 8 Abs. 3 EU-Screening-Verordnung 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 oder die öffentliche Ordnung wesentlich sind, fallen*“. Im Anhang der Verordnung sind die Projekte und Programme aufgeführt.⁴⁴ Mit der Anpassung an den unionsrechtlich vorgegebenen Gefährdungsbegriff und der Erweiterung auf mitgliedstaatliche bzw. unionsweite Interessen hat sich insgesamt der materielle Prüfungsmaßstab für die nationale Investitionskontrolle verschärft.

Für die Durchführung der EU-Screening-Verordnung und der Umsetzung des Kooperationsmechanismus sind nach Art. 11 Abs. 1 EU-Screening-Verordnung nationale Kontaktstellen anzusiedeln, für deren Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. e) AWG n.F. in der BRD das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) zuständig ist.⁴⁵

3. Sonstige Neuerungen des AWG und der AWW

Abgesehen von diesen neuen Regelungen im Außenwirtschaftsgesetz werden mit der Ausweitung des strafbewährten Vollzugsverbotes und der Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches der Außenwirt-

schaftsverordnung weitere Neuerungen eingeführt, welche nicht auf der EU-Screening-Verordnung beruhen.

Die sog. Sperre des Erwerbsvollzugs nach § 15 Abs. 3 AWG a.F. galt bisher nur im Rahmen der sektorspezifischen Investitionsprüfung. Konkret bedeutet dies die schwebende Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Erwerbsgeschäfts bis zum Abschluss des Prüfungsverfahrens. Mit der Novelle wird nun das Vollzugsverbot auf alle meldepflichtigen Erwerbe im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionsprüfung nach § 15 Abs. 2 und 3 AWG n.F. ausgedehnt. Darüber hinaus wird durch § 15 Abs. 4 AWG n.F. ein Verbot des faktischen Vollzugs eingeführt, wonach dem Erwerber z.B. untersagt ist, die Ausübung von Stimmrechten unmittelbar oder mittelbar zu ermöglichen, den Bezug von Gewinnausschüttungsansprüchen zu gewähren oder unternehmensbezogene Informationen des inländischen Unternehmens zu überlassen oder anderweitig offenzulegen. Ein Zuwiderhandeln gegen das Vollzugsverbot ist nach dem neuen § 18 Abs. 1b) AWG n.F. mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe strafbewehrt.

Ebenfalls neu eingeführt wurde § 14a AWG, wodurch die bisher unterschiedlichen Fristvorgaben der AWW in einer Norm zusammengefasst wurden. Somit gilt künftig für sämtliche Fälle der sektorübergreifenden und sektorspezifischen Investitionsprüfung § 14a AWG n.F.⁴⁶ Nach § 14a Abs. 1 Nr. 1, 2 AWG n.F. dürfen Beschränkungen oder Handlungspflichten nur angeordnet werden, wenn das BMWi innerhalb einer Zweimonatsfrist nach Kenntniserlangung des Vertragsschlusses über den Erwerb ein Prüfverfahren eröffnet⁴⁷ und die Beschränkungen bzw. Handlungsempfehlungen innerhalb von vier Monaten nach dem vollständigen Eingang der Unterlagen angeordnet werden.

Bezüglich der Außenwirtschaftsverordnung erweitert die Gesetzesnovelle⁴⁸ den sachlichen Anwendungsbereich der Investitionskontrolle im Bereich des Gesundheitswesens (§ 55 Abs. 1 Nr. 9–11 AWW n.F.). Des Weiteren wurde die dreimonatige Prüffrist bei Tätigwerden des BMWi auf zwei Monate verkürzt (§ 55 Abs. 3 AWW). Mit der Einführung des § 55 Abs. 1a) AWW n.F. stellt der Gesetzgeber zudem klar, dass sog. Asset Deals vom Erwerbsbegriff des § 55 Abs. 1 AWW n.F. erfasst werden. Künftig sind somit nicht nur Anteilserwerbe eines Unternehmens, sondern auch der Erwerb sämtlicher oder eines Teils der Wirtschaftsgüter eines Unternehmens von der Investitionskontrolle mitumfasst. Aktuell bereitet das BMWi eine neu gefasste 16. Verordnung der AWW vor, welche nach den Vorgaben der EU-Screening-

42 § 5 Abs. 2 S. 1: *Beschränkungen oder Handlungspflichten nach § 4 Absatz 1 Nummer 4 können insbesondere angeordnet werden in Bezug auf den Erwerb inländischer Unternehmen oder von Anteilen an solchen Unternehmen durch unionsfremde Erwerber, wenn infolge des Erwerbs die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union nach § 4 Absatz 1 Nummer 4 voraussichtlich beeinträchtigt wird.*

43 Referentenentwurf zum AWG S. 21.

44 Z. B. Galileo und EGNOS, Copernicus, Horizon 2020, Transeuropäisches Verkehrsnetz (TEN-T).

45 Die Verordnung sieht dabei explizit vor, die Kommunikation und Zusammenarbeit auf Ebene der Mitgliedstaaten und der Union durch die Kontaktstelle zu verstärken und dabei einen „ordnungsgemäßen Umgang mit vertraulichen Informationen“ im Rahmen des Koordinierungsmechanismus zu gewährleisten (Erwägungsgrund 26 f. EU-Screening-Verordnung). Nach Art. 11 Abs. 2 EU-Screening-Verordnung stellt die EU-Kommission ein sicheres und verschlüsseltes System bereit, um die direkte Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen den Kontaktstellen zu unterstützen.

46 Vgl. § 30 AWG als Übergangsregelung.

47 Gem. § 14a Abs. 3 AWG ist ein Prüfverfahren mit Ablauf von fünf Jahren ab Kenntniserlangung ausgeschlossen.

48 Sowie die 15. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/F/fuenfzehnte-verordnung-zur-aenderung-der-aussenwirtschaftsverordnung-regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (Abruf: 30.7.2020).

Verordnung die kritischen Technologien für die nationale Investitionskontrolle genauer bestimmen soll.⁴⁹

IV. Zusammenfassung und Auswirkungen auf die Praxis

Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass sich immer mehr Staaten dem Trend in Richtung einer restriktiveren Investitionskontrolle anschließen, der im Grundsatz Investitionen aller Handelspartner betrifft. Dabei bleibt abzuwarten, wie sich die wichtigen EU-China Beziehungen mit dem Abschluss eines Investitionsschutzabkommens weiterentwickeln werden. Eine Einigung auf ein Abkommen noch in diesem Jahr erscheint jedenfalls unrealistisch.

Trotz EU-Screening-Verordnung herrscht innerhalb der EU ein Flickenteppich was die materiellen Prüfungskriterien, die Verfahren und die Sanktionen in den betreffenden 14 Mitgliedstaaten anbelangt.

Mit der Novellierung des AWG setzt der Gesetzgeber einerseits die unionsrechtlichen Vorgaben der EU-Screening-Verordnung um und implementiert andererseits davon unabhängig strengere Regelungen der Investitionskontrolle. Dies geschieht ebenso in den anderen EU-Ländern; allerdings ist davon auszugehen, dass das Vereinigte Königreich ab nächstem Jahr vom EU-Recht abweichen wird.

Schärfere Regelungen werden insbesondere für die wichtige Gruppe der Investoren aus den USA und China spürbare Folgen für die Transaktionspraxis haben. Nicht nur müssen aufgrund des Kooperationsmechanismus nun auch grenzüberschreitende Sicherheitsfragen im Vorfeld geklärt werden. Auch ist mit einer längeren Verfahrensdauer durch den Informationsaustausch zu rechnen. In der Begründung des Gesetzesentwurfes der AWG-Novelle wird eine deutliche Erhöhung des Melde- und Prüfaufkommens prognostiziert: Für die kommenden Jahre rechnet die Bundesregierung mit einem jährlichen Anstieg von ca. 20 Fällen.⁵⁰ Darüber hinaus sei im Rahmen des EU-Kooperationsmechanismus mit weiteren 130 Fällen pro Jahr zu rechnen.⁵¹ Dies scheint uns aufgrund der Erfahrung aus der Transaktionspraxis eine sehr optimistische Prognose zu sein. Der unbestimmte Rechtsbegriff der (voraussichtlichen!) Beeinträchtigung der Sicherheit

oder öffentlichen Ordnung führt dazu, dass zunehmend – jedenfalls aus Sicht der Vertragsparteien bei Unternehmenskäufen – fernliegende Fälle in die Mühlen der AWW geraten. Die weite Auslegung des Tatbestandes durch das BMWi und die weiteren beteiligten Bundesministerien in der Praxis führt aufgrund der drastischen Rechtsfolgen (schwebende Unwirksamkeit oder nachträgliche Rückabwicklung) und der neu eingeführten strafrechtlichen Folgen von Verstößen gegen das Vollzugsverbot wiederum dazu, dass immer mehr Transaktionen dem BMWi zur Prüfung vorgelegt werden.

Es bleibt zu hoffen, dass sich bald eine europarechtliche – und in allen europäischen FDI-Regimen einheitlich angewandte – Auslegung des Tatbestandes der „voraussichtlichen Beeinträchtigung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung“ herausbildet, damit die Rechtssicherheit für FDI in der EU trotz der erhöhten Eintrittsschwellen für Investoren gewahrt bleibt.

Dr. Rainer Bierwagen ist Rechtsanwalt in Berlin und Brüssel (avocat associé) bei BEITEN BURKHARDT. Er berät nationale und internationale Unternehmen insbesondere zum Wettbewerbsrecht (einschließlich Firmenzusammenschlüssen und -übernahmen), Beihilferecht und Handelsrecht sowie EU-Recht.



Dr. Christian von Wistinghausen, LL.M. (King's College London, UK), ist Rechtsanwalt in Berlin und Co-Leiter der Praxisgruppe Corporate/M&A von BEITEN BURKHARDT. Er berät nationale und internationale Unternehmen insbesondere zu grenzüberschreitenden Unternehmenskäufen und Joint Ventures. Er war an zahlreichen AWW-Verfahren in den letzten Jahren beteiligt.



⁴⁹ Vgl. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/erstes-gesetz-aenderung-aussenwirtschaftsgesetz.html> (Abruf: 30.7.2020).

⁵⁰ Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Erstes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze, S. 3.

⁵¹ Ebd. S. 3.

Dr. Carsten Schucht, RA

Die Produktlebensdauer im Produktsicherheitsrecht

Das Produktsicherheitsrecht zeigt prima facie und im Unterschied zum Produkthaftungsrecht mit der – jedenfalls lebensdauerbezogenen – Produktbeobachtungspflicht kein Interesse für die Lebensdauer von Produkten. Die Rechtspraxis dreht sich mit Verve vornehmlich um den Zeitpunkt der (erstmaligen) Bereitstellung auf dem Markt als jenem Moment, in dem die warenvertriebsrechtlichen Anforderungen an die Verkehrsfähigkeit von Non-Food-Produkten zu erfüllen bzw. – aus der Perspektive der Marktüberwachung – abzu prüfen

sind. Mit Blick auf gesetzliche Stichtagsregelungen, Änderungen von technischen Normen oder ganz allgemein einen geänderten Stand der (Sicherheits-)Technik kann es für die Beurteilung der Verkehrsfähigkeit sprichwörtlich auf jeden Tag ankommen. Mit dem vorliegenden Beitrag soll ein Überblick über ein inzwischen veritables „Produktlebensdauerrecht“ produktsicherheitsrechtlicher Provenienz gegeben werden, das auch unter allgemeinen Compliance-Aspekten nicht unterschätzt werden darf.