

schönherr

24.05.2019
WEISSVO/30005

Schönherr Rechtsanwälte GmbH
A-1010 Wien, Schottenring 19
FN 266331 p (HG Wien)
UID ATU 61980967
DVR 0157139
T: +43 1 534 37 0
E: office.austria@schoenherr.eu

Stellungnahme

Zum Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem das Außenwirtschaftsgesetz 2011 – AußWG 2011 geändert wird

1 Vorbemerkungen

- (1) Als eine der führenden Rechtsanwaltskanzleien in Zentral- und Osteuropa hat Schönherr umfassende Erfahrung im Bereich der Betreuung und Abwicklung von internationalen Transaktionen in den verschiedensten Branchen.
- (2) Wir beraten dabei regelmäßig zu aufsichtsrechtlichen Prozessen, darunter zur außenwirtschaftsrechtlichen Investitionskontrolle, die zunehmend in der Transaktionsabwicklung an Bedeutung gewinnt.
- (3) Mit der vorliegenden Stellungnahme möchten wir uns im Rahmen des Begutachtungsprozesses beteiligen und praxisrelevante Punkte aufzeigen. Wir würden uns freuen, wenn die nachstehenden Anregungen in der nunmehr geplanten Novellierung des § 25a AußWG berücksichtigt werden.

2 Einführung einer Materialitätsschwelle

- (4) Eines der Hauptanliegen der Gesetzesnovelle ist es, die Kriterien für eine mögliche Gefährdung der Sicherheit und öffentlichen Ordnung – im Interesse der Transparenz und Rechtssicherheit – detaillierter zu formulieren als bisher. Zu diesem Zweck wurden die Kriterien aus Art 4 der Verordnung 2019/452 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union ("**FDI-Screening-Verordnung**") übernommen und zusätzlich klargestellt, dass darunter auch der gesamte Bereich der Daseinsvorsorge fällt.
- (5) Dabei handelt es sich um eine umfangreiche (nicht abschließende) Auflistung relevanter Tätigkeitsbereiche. In Verbindung mit der Herabsetzung der maßgeblichen Aufgriffsschwelle von lediglich 10% in bestimmten Bereichen erwarten wir, dass zahlreiche Transaktionen künftig eine Genehmigungspflicht nach § 25a AußWG auslösen werden.

- (6) Das wird wohl zu zahlreichen Anträgen in Österreich führen, zumal künftig viele auch nicht relevante Erwerbsvorgänge mangels eines "Aufgriffsfilters" von § 25a AußWG erfasst werden. Wir würden vor diesem Hintergrund die Einführung Materialitäts- / Relevanzschwellen für sinnvoll erachten, unterhalb derer sich ein Unternehmen sicher sein kann, nicht gegen die Genehmigungspflicht zu verstößen (*safe harbour*).
- (7) Das bedeutet nicht, dass eine "unterschwellige" Transaktionen keiner Kontrolle unterliegen. Es könnte zB vorgesehen werden, dass solche Transaktionen weiterhin von Amts wegen aufgegriffen werden können (innerhalb eines festgelegten Zeitrahmens, siehe dazu unsere Ausführungen in Pkt 7 dieser Stellungnahme). Als Pendant dazu könnte der Erwerber auf freiwilliger Basis einen Genehmigungsantrag stellen, um so bereits vor Durchführung des Zusammenschlusses Rechtssicherheit zu erlangen und eine etwaige Rückabwicklung bei nachträglicher Untersagung auszuschließen.
- (8) Ähnlich funktioniert das Fusionskontrollregime im Vereinigten Königreich, das selbst bei Erreichen der Schwellenwerte keine verpflichtende Anmeldung vorsieht, aber einerseits der Wettbewerbsbehörde die Kompetenz einräumt, den Zusammenschluss binnen einer definierten Frist von Amts wegen zu überprüfen, und andererseits den Parteien die Möglichkeit eröffnet, auf freiwilliger Basis eine Anmeldung einzubringen (siehe dazu unten).
- (9) Die Aufgriffsschwellen könnten zB an den inländischen Umsätzen des Zielunternehmens festgemacht werden.¹ Als Vorbild kann hier auf die Fusionskontrolle des KartG verwiesen werden.
- (10) Neben den Umsatzschwellen wäre – auch dem Beispiel des Fusionskontrollrechts folgend – eine Transaktionswert-Schwelle denkbar. Diese wurde im KartG als ergänzende, subsidiäre Schwelle für die Anmeldepflicht vor kurzem eingeführt, um auch die wettbewerbliche Prüfung von Zusammenschlüssen zu erlauben, bei denen zu einem hohen Preis Unternehmen oder Vermögensgegenstände gekauft werden, die jedoch (noch) geringe oder keine Umsätze erzielen. Der hohe Kaufpreis ist in solchen Fällen ein "Indikator" für innovative Geschäftsideen mit einem hohen wettbewerblichen Marktpotenzial.²
- (11) Auch im Zusammenhang mit dem Schutz von für die Sicherheit oder öffentliche Ordnung bedeutenden (insbesondere digitalen) Innovationen vor ausländischen Investoren kann die Definition von Transaktionswert-Schwellen daher sinnvoll sein.

¹ Die bisher einzige Voraussetzung in diese Richtung, wonach das betroffene Unternehmen den Rechnungslegungsvorschriften des Dritten Buches des Unternehmensgesetzbuches unterliegen muss, halten wir für zu niedrig angesetzt.

² Seite 1 des Leitfadens zu den Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs 1a GWB und § 9 Abs 4 KartG), veröffentlicht vom deutschen Bundeskartellamt und der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde.

3 Mehrstöckige Beteiligungen (§ 25a Abs 4c AußWG)

- (12) Wie erwähnt, sieht der Entwurf eine Absenkung der relevanten Erwerbsschwellen auf 10% für bestimmte Sektoren vor. Begründet wird dies damit, dass in vielen Konstellationen eine Einflussnahme auch bei geringeren Beteiligungen möglich ist. Das mag bei echten Streubesitzgesellschaften denkbar erscheinen, ist aber bei "closely held" Unternehmen wohl eher die Ausnahme.
- (13) Letztlich verhindert ein Absenken der Schwelle auf 10% einen mehrheitlichen Verkauf "ins Ausland" nicht, zumal es zB weiterhin zulässig ist, wenn sich mehrere nicht miteinander verbundene Personen iSd § 2 Z 3 AußWG jeweils unter 10% an der Zielgesellschaft beteiligt, zusammengerechnet aber über mehr als zB 50% halten. Insofern kann es zu erratischen Fallkonstellationen kommen: Beispiel: A, B, C, D und E sind jeweils Personen mit Sitz in einem Land iSd § 2 Z 3 AußWG und mit jeweils 9,9% am Unternehmen U mit Sitz in Österreich beteiligt. Eine wechselseitige Beteiligung untereinander besteht nicht. In diesem Beispiel würde für keinen der Erwerber eine Anmeldepflicht nach § 25a AußWG bestehen; dennoch stünde das Unternehmen zu rund 50% im Eigentum von Personen außerhalb der EU/EWR. Wäre hingegen A mit 10% an B und C, sowie D mit 10% an E beteiligt, wären sowohl A-B-C sowie getrennt davon D und E anmeldepflichtig. Waren A,B,C,D und E aber mit nur 5% untereinander beteiligt, bestünde für keinen der Beteiligten eine Anmeldepflicht. Die Beispiele ließen sich beliebig erweitern und sollen zeigen, dass die Erfassung indirekter Beteiligungen, die nicht auf einen materiellen Kontrolltatbestand abstellen, von Zufällen abhängen wird; gleichfalls lassen sich damit aber auch Gestaltungsvarianten finden.
- (14) Schließlich wird auch der "Verwässerungseffekt" nicht berücksichtigt. Beispiel: An Unternehmen A mit Sitz in Österreich ist die börsennotierte B mit Sitz in einem Land iSd § 2 Z 3 AußWG mit 10% beteiligt. An B will sich nun ein Erwerber C iSd § 2 Abs 3 AußWG mit 10% beteiligen. Durchgerechnet würde C nur 1% an A erlangen, wäre aber nach dem vorliegenden Entwurf anmeldepflichtig. Dies erscheint wenig praktikabel.
- (15) Zudem ist fraglich, ob die Genehmigungspflicht derartig geringer Minderheitenbeteiligungen in multinationalen Transaktionen tatsächlich ein sinnvolles Instrument zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist oder doch nur den Verwaltungsaufwand unnötig erhöht.
- (16) Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung sehr strenge Anforderungen an das Vorliegen einer Gefährdung entwickelt. Eine Prüfung setzt eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (EuGH C-348/96; C-43/00). Wirtschaftliche Gründe oder die Förderung eines Mindestmaßes an Wettbewerb können keine Beschränkungen begründen (EuGH C-171/08) und Betroffene müssen in der Lage sein, zu erkennen, unter welchen besonderen Umständen eine vorherige Genehmigung erforderlich ist (EuGH C-54/99). Angesichts dessen erscheint die vorgesehene Regelung nicht zielführend und eine Einschränkungen von indirekten Erwerben auf jene Fälle, in denen der mittelbare

Erwerber den direkt beteiligten Rechtsträger beherrscht oder zumindest eine signifikante Beteiligung hält, zweckmäßiger.

4 **Zurechnungsregel und materieller Kontrollbegriff (§ 25a Abs 5 AußWG)**

- (17) Unverändert beibehalten werden soll die bestehende Regelung über den Erwerb eines "beherrschenden Einflusses". Demnach soll eine Anmeldepflicht bestehen, wenn ein solcher von einem Erwerber iSd § 25a Abs 2 Z 3 AußWG alleine oder gemeinsam mit einem anderen (der andere muss dabei nicht zwingend eine Person iSd § 25a Abs 2 Z 3 AußWG sein) erworben wird, was insbesondere dann vorliegen soll, wenn
 - (i) zwei Erwerber iSd § 25a Abs 2 Z 3 AußWG kurzgefasst ein Gleichordnungssyndikat eingehen und gemeinsam mehr als 10% bzw 25% am Unternehmen halten;
 - (ii) wenn ein Gleichordnungssyndikat, an dem zumindest ein Erwerber iSd § 25a Abs 2 Z 3 AußWG (beherrschend) teilnimmt, aufgelöst wird und dieser danach mehr als 10% bzw 25% hält. In der Literatur wurde diese Regelung als mangelhaft kritisiert (Schulz, ecolex 2012, 264).
- (18) Zunächst ist der Begriff "beherrschender Einfluss" ein unbestimmter Gesetzesbegriff und ist zu konkretisieren (VfSlg 14.256). "Beherrschung" liegt wohl dann vor, wenn ein Erwerber unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens hält oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann (vgl etwa § 2 Z 40 Bundesvergabegesetz 2018).
- (19) Unverständlich ist aber, wie ein "beherrschender Einfluss" mit 10% bzw 25% ausgeübt werden soll. Dies ist insofern problematisch, als die in § 25a Abs 5 AußWG genannten Fälle "nur" Beispiele (Argu: "insbesondere") darstellen und wohl zur Auslegung des Begriffs dienen sollen. Wenn eine 10% Beteiligung aber bereits einen "beherrschenden Einfluss" vermitteln soll, wird der Anwendungsbereich uferlos.
- (20) Hinzu kommt, dass es nach dem Wortlaut genügt, wenn ein "beherrschender Einfluss gemeinsam mit anderen, nicht von § 25a Abs 2 Z 3 AußWG erfassten Rechtsträgern (dh z.B. von Personen mit Sitz innerhalb der EU) ausgeübt wird. Das ist wesentlich bei der Frage, ob ein indirekter Erwerb über eine "EU Gesellschaft" anmeldepflichtig sein kann (siehe unten). Dies ist unter Berücksichtigung des zeitlich unbegrenzten Nachprüfungsrechts kritisch und dient nicht der Rechtssicherheit, weshalb wir eine deutliche Straffung der Bestimmung anregen.
- (21) Es sollte jedenfalls klargestellt werden, dass iZm § 25a Abs 4c AußWG für Erwerber aus der Union, dem EWR und der Schweiz, an denen Personen iSd § 25a Abs 2 Z 3 Beteiligungen über 10% bzw über 25% halten, keine Anmeldepflicht besteht sofern keine Umgehung vorliegt. Nach unserem Verständnis war dies die bisher herrschende Rechtsauffassung. Allerdings könnte man in § 25a Abs 5 AußWG auch zu einem anderen Auslegungsergebnis kommen.

5 Rolle des zu erwerbenden Unternehmens (§ 25a Abs 6 AußWG)

- (22) Bisher war der oder die Erwerber verantwortlich für die Einholung der Genehmigung bzw die Einbringung des Genehmigungsantrags. Der jetzige Entwurf sieht nunmehr vor, dass sowohl der oder die Erwerber als auch das zu erwerbende Unternehmen zur Einholung der Genehmigung verpflichtet sind. Dies bedeutet, dass auch den Verantwortlichen im Zielunternehmen bei Verletzung der Genehmigungs- und Antragspflicht strafrechtliche Konsequenzen (gemäß § 79 Abs 1 Z 25, Abs 2 und Abs 3 AußWG 2011) drohen.
- (23) Begründet wird dies in den Erläuterungen damit, dass die Strafverfolgung im Ausland oft mit Schwierigkeiten verbunden ist, eine effiziente Ahndung von Verletzungen der Genehmigungspflicht aus generalpräventiven Gründen aber als notwendig erachtet wird.
- (24) Wir würden vorschlagen, die Genehmigungspflicht durch das Zielunternehmen durch eine bloße Anzeigepflicht zu ersetzen: Es gibt zahlreiche Fälle, in denen das Zielunternehmen entweder gar nicht vorzeitig davon Kenntnis erlangt, dass es bzw Teile daran übernommen werden sollen, oder mit der Übernahme nicht einverstanden ist (*hostile takeover*). Zudem hat das Management des Zielunternehmens oft auf die tatsächliche Durchführung des Erwerbsvorgangs, die vor Erteilung der Genehmigung nicht erfolgen darf, keinen Einfluss. In der Praxis wird das zu erwerbende Unternehmen oftmals nicht über die Informationen über den oder die Erwerber bzw den Erwerbsvorgang verfügen, die zur Beurteilung der Konsequenzen der Transaktion auf die Sicherheit und öffentliche Ordnung jedoch benötigt werden.
- (25) Durch eine Anzeigepflicht wird das Zielunternehmen in die Pflicht genommen, die Transaktion zur Kenntnis der Bundesministerin zu bringen. Die Anzeigepflicht erlaubt dadurch weiterhin eine Überwachung, dass den Anmeldepflichten nachgekommen wird. Anmerken möchten wir, dass bis zur Genehmigung der Erwerbsvorgang ohnehin schwebend unwirksam ist.³

6 Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags (§ 25a Abs 6a AußWG)

- (26) Unverändert beibehalten werden soll die Anmeldepflicht vor Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags bzw vor Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe eines öffentlichen Übernahmeangebots. Diese Regelung erscheint wenig zweckmäßig und ist in der Praxis nicht handhabbar.
- (27) Es ist zB schon fraglich auf welcher Grundlage an die Behörde herangetreten wird, zumal noch kein schuldrechtlicher Titel besteht. Dadurch besteht die Gefahr, dass die Behörden mit hypothetischen Sachverhalten konfrontiert werden. In der

³ § 89 Abs 3 AußWG lautet: Rechtsgeschäfte über Vorgänge, für die eine Genehmigung aufgrund dieses Bundesgesetzes oder aufgrund von unmittelbar anwendbarem Recht der Europäischen Union erforderlich ist, gelten kraft Gesetzes als unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, dass die Genehmigung erteilt wird.

Fusionskontrolle verlangt man daher einen "Titel" (zB MoU, LoI oder einen Vertrag), damit eine Anmeldefähigkeit überhaupt besteht. Vor diesem Hintergrund ist es in der Transaktionspraxis ganz üblich, Verträge unter der aufschiebenden Bedingung der fusionskontrollrechtlichen oder anderer aufsichtsrechtlicher Genehmigungen abzuschließen.

- (28) Zudem steht § 5 ÜbG (Put up or shut up Regel) einer Anmeldung vor Veröffentlichung der Absichtsbekanntgabe entgegen (vgl Schulz, ecolex 2012, 264). Allenfalls denkbar wäre eine Anmeldepflicht binnen definierter Frist (etwa 20 Werkstage) nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags bzw nach Absichtsbekanntgabe. Dies entspräche dem Standard in anderen Rechtsgebieten, zB im Übernahmerecht.
- (29) Vor dem Hintergrund des § 89 Abs 3 AußWG, wonach Rechtsgeschäfte über nach AußWG genehmigungspflichtige Vorgänge kraft Gesetzes als unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigungserteilung geschlossen gelten, könnten wir uns – alternativ zu einer Antragspflicht binnen definierter Frist nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags bzw nach Absichtsbekanntgabe – auch vorstellen, dass das Durchführungsverbot gemäß § 89 Abs 3 AußWG die einzige zeitliche Begrenzung darstellt: Dementsprechend würde rein darauf abgestellt, dass die Genehmigung vor Durchführung erteilt wurde.
- (30) In der Tat wurde zB in der EU-Fusionskontrolle von einer Anmeldefrist wieder abgesehen, zumal sie häufig nicht praktikabel war. Durch das Vollzugsverbot wird ohnehin schon genug Anreiz für den Erwerber bestehen, die Anträge möglichst zeitnah einzubringen.

7 Vorschreibung einer Genehmigungspflicht (§ 25a Abs 11 AußWG)

- (31) Wie schon bisher ist es möglich, dass (nun) die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen – insbesondere bei begründetem Verdacht, dass die Genehmigungspflicht durch den Erwerbsvorgang umgangen werden soll und dass eine Gefährdung der Interessen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung zu befürchten ist – von Amts wegen eine Genehmigungspflicht für den Erwerbsvorgang vorschreibt. Wird die Genehmigung schlussendlich nicht erteilt, ist die Transaktion nichtig.
- (32) Selbstverständlich erachten wir es als wichtig (auch in Übereinstimmung mit der FDI-Screening-Verordnung), dass die Bundesministerin im Falle von Umgehungskonstruktionen tätig werden kann. Aus Gründen der Rechtssicherheit halten wir es allerdings für bedenklich, dass die Option der Überprüfung von Amts wegen zeitlich nicht begrenzt ist. Zudem sieht der neue Entwurf – wie bereits oben erwähnt – nach wie vor keine Möglichkeit vor, einem Genehmigungsantrag vorgelagert eine verbindliche Stellungnahme vonseiten der Bundesministerin einzuholen, ob der in Frage stehende Erwerbsvorgang der Genehmigungspflicht unterliegt. Dass eine Transaktion auch Jahre nach ihrer Durchführung untersagt werden kann und somit eine Rückabwicklung notwendig ist, halten wir aus Unternehmenssicht nicht für tragbar.

(33) Eine zeitliche Befristung könnte etwa nach dem Vorbild der Regime in Kanada, im Vereinigten Königreich und in Deutschland konzipiert werden:

- In Kanada etwa kann jede Investition eines Nicht-Kanadiers im Rahmen des *Investment Canada Act* einer Überprüfung ihrer Auswirkungen auf die nationale Sicherheit unterzogen werden, wenn ein begründeter Anlass dafür besteht, dass die Investition der nationalen Sicherheit schaden könnte. Diesfalls teilt der Minister dem Investor binnen 45 Tagen mit, dass die Investition einer Überprüfung unterzogen wird, vor deren Ende die Transaktion nicht vollzogen werden darf. Die 45-Tage-Frist beginnt im Fall, dass die Transaktion die Schwellenwerte für die allgemeine Zusammenschlusskontrolle erreicht, mit Einreichung der Zusammenschlussanmeldung, ansonsten mit Durchführung der Transaktion.⁴
- Auch das im Juli 2018 von der UK-Regierung publizierte *National Security and Investment White Paper*, in dem Vorschläge für ein neues System der Überprüfung von Transaktionen auf ihre Vereinbarkeit mit der nationalen Sicherheit unterbreitet werden, limitiert die Möglichkeit der Einleitung einer Überprüfung zeitlich: Vorgeschlagen wird ein Zeitraum von bis zu 6 Monaten nach dem *trigger event*⁵, in dem die Regierung ihre *call-in power* ausüben kann (unabhängig davon, ob sich die Parteien dazu entscheiden die Transaktion – auf freiwilliger Basis – zu notifizieren). In diesen Zeitraum wird ein angemessener Ausgleich zwischen dem berechtigten Interesse der Parteien auf Rechtssicherheit und der Aufgabe der Regierung, die nationale Sicherheit zu schützen, gesehen.⁶ ⁷
- Man könnte sich auch am allgemeinen Fusionskontrollregime im Vereinigten Königreich orientieren: Hier ist die Einreichung einer Zusammenschlussanmeldung selbst bei Erreichen der Schwellenwerte nicht verpflichtend. Die *Competition and Markets Authority* kann binnen 4 Monaten ab Durchführung des Zusammenschlusses oder ab dem Zeitpunkt, zu dem Informationen über die Transaktion öffentlich werden (wenn sie bekannt gegeben wird oder wenn in der Presse ausführlich darüber berichtet wird) – es zählt der spätere Zeitpunkt – entscheiden, dass der Zusammenschluss einer Phase 2-Überprüfung unterzogen wird. Den Parteien steht es frei, eine freiwillige Anmeldung einzubringen, um somit schon vor Durchführung des Zusammenschlusses

⁴ Quelle: ICLG Merger Control 2018 Seite 64 Pkt 1.3 vorletzter Absatz

⁵ Ein *trigger event* ist etwa der Erwerb von 25% oder mehr des Stimmrechts- oder Kapitalanteils eines Unternehmens, von maßgeblichem Einfluss / Kontrolle über ein Unternehmen etc.

⁶ Vgl Pkt 6.32 des *National Security and Investment White Paper*, abrufbar 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.

⁷ Quelle: [https://thelawreviews.co.uk/edition/the-foreign-investment-regulation-review-edition-6/1174914/united-kingdom \(VII Current Developments\)](https://thelawreviews.co.uk/edition/the-foreign-investment-regulation-review-edition-6/1174914/united-kingdom (VII Current Developments))

Rechtssicherheit zu erlangen (und eine etwaige Rückabwicklung bei nachträglicher Untersagung auszuschließen).⁸

- Auch die deutsche Außenwirtschaftsverordnung, die dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ein Prüfrecht von Unternehmenserwerben durch Unionsfremde einräumt, begrenzt diese Möglichkeit zeitlich: Das Prüfrecht kann nur ausgeübt werden, wenn dem Erwerber und Zielunternehmen binnen 3 Monaten nach dem Erlangen der Kenntnis vom Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags die Eröffnung des Prüfverfahrens mitgeteilt wird (§ 55 Abs 3 AWV).
- (34) Wie bereits erwähnt, könnte als Pendant zur Vorschreibung einer Genehmigungspflicht von Amts wegen für den Erwerber eine freiwillige Antragsmöglichkeit vorgesehen werden, damit dieser schon vorzeitig Rechtssicherheit erlangen kann. Über solche freiwilligen Anträge wäre im Rahmen des zeitgebundenen Verfahrens (2 Monate ab Einlangen des Antrags gemäß § 25a Abs 8 AußWG) zu entscheiden. So hat der Erwerber (gibt es keine Bedenken gegen den Erwerb) nach 2 Monaten Sicherheit darüber, dass die Transaktion nicht aus Gründen der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung untersagt wird.
- (35) Die Eröffnung einer solchen Möglichkeit, auf freiwilliger Basis einen Genehmigungsantrag zu stellen, wäre als Gegenstück zur Aufgriffsmöglichkeit konsequent. Zudem ist das Feststellungsverfahren gemäß § 62 AußWG, wonach der Bundesminister für Wirtschaft auf Antrag mit Bescheid feststellen kann, dass der in Frage stehende Vorgang keiner Genehmigungspflicht nach dem AußWG unterliegt, mangels Fristgebundenheit kaum eine praxistaugliche Alternative.⁹

8 Vernetzung mit der FDI-Screening-VO

- (36) Wie in den Erläuterungen sowie in der Vereinfachten wirkungsorientierten Folgenabschätzung zur AußWG-Novelle einleitend erwähnt, müssen bis zum 11.10.2020, dem Tag ab dem die FDI-Screening-Verordnung in Geltung ist, auch die nationalen gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung insbesondere des neuen Mechanismus zur Zusammenarbeit und zum Informationsaustausch geschaffen werden.
- (37) Wir würden es als sinnvoll erachten, die auf nationaler Ebene vorzusehenden Bestimmungen bei einer Novelle des AußWG gleich vollinhaltlich mitzubedenken und umzusetzen (und nicht – vorerst – nur einen Teil der erforderlichen Regelungen zu schaffen). Insbesondere fehlt uns ein Eingehen der Gesetzesnovelle auf die folgenden Aspekte:

⁸ Quelle: ICLG Merger Control 2018 Kapitel zu UK insb Seite 375 Pkt 5.11

⁹ In Deutschland sieht die Außenwirtschaftsverordnung als Gegenstück zur Überprüfung des Erwerbs von Amts wegen die Möglichkeit des Erwerbers vor, einen Antrag auf eine Unbedenklichkeitsbescheinigung zu stellen (§ 58 AWV). Im Gegensatz zum Feststellungsverfahren gemäß § 62 AußWG gibt es für die Ausstellung der Unbedenklichkeitsbescheinigung allerdings eine gesetzliche Frist (konkret gilt sie als erteilt, wenn das Bundesministerium nicht binnen zwei Monaten ab Eingang des Antrags ein Prüfverfahren eröffnet).

- Schaffung eines Zeitrahmens für die Überprüfungsmechanismen, der die Berücksichtigung der Kommentare der anderen Mitgliedstaaten sowie der Stellungnahmen der Kommission erlaubt (Art 3 Abs 3 der Verordnung);
- Regelungen zur jährlichen Berichterstattung (Art 5 der Verordnung);
- Vorgaben zur Umsetzung des Kooperationsmechanismus: Mitteilung ausländischer Direktinvestitionen an die Kommission und die übrigen Mitgliedstaaten, Möglichkeit der Abgabe von Kommentaren zu ausländischen Direktinvestitionen in anderen Mitgliedstaaten, Berücksichtigung der Kommentare der anderen Mitgliedstaaten sowie der Stellungnahmen der Kommission (Art 6 und 7 der Verordnung); sowie
- Einrichtung (bzw Bestimmung) einer Kontaktstelle für die Durchführung der Verordnung (Art 11 der Verordnung).

9 Abschließende Bemerkungen

Wir möchten uns abschließend für die Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen dieses Konsultationsprozesses bedanken und hoffen, mit unserem Beitrag wertvolle Gedankenanstöße aus der Beratungspraxis geliefert zu haben.

Falls Sie Rückfragen zu unserer Stellungnahme haben, stehen wir (Volker Weiss | E: v.weiss@schoenherr.eu und Sascha Schulz | E: s.schulz@schoenherr.eu) gerne zur Verfügung.

V. Weiss / S. Schulz