

Gesellschaftsrecht / M&A

Erstmals Kontrolle außereuropäischer Investitionen in Deutschland

Thomas Weidlich und Caroline Tang

Der Deutsche Bundestag hat am 13. Februar 2009 das 13. Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) und der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) beschlossen. Nach monatelangem Streit auch innerhalb der Bundesregierung und heftiger Kritik aus der Wirtschaft führt Deutschland damit erstmals eine allgemeine Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen ein. Bislang war dies im Wesentlichen auf Unternehmen der Rüstungsindustrie beschränkt, die nach § 52 AWV meldepflichtig sind.

Investitionen von außerhalb der EU- und der EFTA-Mitgliedsstaaten können künftig untersagt werden, „wenn infolge des Erwerbs die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet ist“. Ist dies der Fall, kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Übernahmen bis zu drei Monate nach Abschluss des Kaufvertrages über die Unternehmensbeteiligung verbieten. Im Falle eines öffentlichen Angebots beginnt die Frist mit der Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe des Angebotes nach § 10 Abs. 1 Satz 1 WpÜG oder der Veröffentlichung der Kontrollenerlangung gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 WpÜG. Unter den Kontrollvorbehalt fallen Beteiligungen an einem gebietsansässigen Unternehmen ab einer Höhe von 25% der Stimmrechte, wobei Umgehungstatbestände ebenfalls erfasst sind. Hierzu wird in § 53 AWV ein neues Prüfverfahren eingeführt, bei dem sich das Wirtschaftsministerium mit den anderen Bundesministerien, dem Bundeskartellamt und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) abstimmen soll.

Von der Neuregelung erfasste Direktinvestitionen stehen bis zur vollständigen Beendigung des Prüfungsverfahrens unter der auflösenden Bedingung, dass das Bundesministerium den Erwerb der Stimmrechte untersagt. Anders als gemäß § 52 AWV im Rüstungssektor und bei der deutschen bzw. europä-

ischen Fusionskontrolle besteht keine Meldepflicht; eine freiwillige Anzeige wird aber dennoch in vielen Fällen ratsam sein. Ein ausländischer Erwerber hat einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung durch das Bundeswirtschaftsministerium. Eine solche Bescheinigung gilt nach § 53 Abs. 3 AWV als erteilt, wenn binnen eines Monats nach Antragstellung kein Prüfverfahren eröffnet wird. Laut Gesetzesbegründung erwartet die Bundesregierung, dass jährlich nicht mehr als 10 solcher Verfahren eingeleitet werden. Damit dürfte in vielen Transaktionen immerhin binnen Monatsfrist Rechtssicherheit zu erzielen sein.

Hintergrund

Die Gesetzesänderung reiht sich neben das im vergangenen Jahr verabschiedete Risikobegrenzungs-gesetz ein, mit dem gesamtwirtschaftlich unerwünschte Aktivitäten von Finanzinvestoren erschwert oder verhindert werden sollen. Durch erhöhte Transparenzanforderungen sollen Investoren gezwungen werden, ihre Identität, ihre jeweiligen Beteiligungen sowie unter Umständen auch ihre mit den Beteiligungen verfolgten Ziele offenzulegen.

Ein Auslöser für die neuen Regelungen des Außenwirtschaftsgesetzes ist neben der schon länger



geführten Debatte über die Rolle ausländischer Hedge Fonds („Heuschrecken“) die in jüngster Zeit aufgeflammete Diskussion über ausländische Staatsfonds, allen voran Fonds aus Schwellenländern wie China und Russland. Aus der Veräußerung von Rohstoffen wie Öl oder aus den Devisenreserven des jeweiligen Landes verfügen diese Staatsfonds über ein enormes Kapital. Im Zuge der Kapitalmarktkrise sind die China Investment Corporation (CIC), die singapurische Temasek und Abu Dhabi's Staatsfonds ADIA bei einigen der größten US-amerikanischen und europäischen Banken in signifikanter Höhe eingestiegen. Viele Staaten befürchten, dass sich finanzstarke ausländische Staatsfonds nicht nur aus Renditegesichtspunkten in strategisch und wirtschaftlich wichtige einheimische Unternehmen einkaufen, sondern es vor allem zu einer unerwünschten Einflussnahme in politisch sensiblen Bereichen wie dem Telekommunikations- und Energiesektor kommt. Aufgrund der niedrigen Aktienkurse ist die Sorge vor feindlichen Übernahmen gewachsen.

Kritik aus der Wirtschaft

Die deutsche Wirtschaft und auch das Bundeskartellamt stehen der Neuregelung insgesamt skeptisch gegenüber. Das bestehende Kartell- und Wettbewerbsrecht bietet bereits ausreichenden Schutz vor unliebsamen Investoren. Weder drohe ein Ausverkauf deutscher Unternehmen, noch sei der Anteil von z.B. chinesischen und russischen Investitionen in Deutschland besorgniserregend hoch. Viele DAX-Konzerne haben gute Erfahrungen mit Staatsfonds gemacht. Nach Ansicht der vielen kritischen Stimmen stellen die Änderungen des Außenwirtschaftsgesetzes übertriebenen Protektionismus dar, der ausländische Investoren und damit dringend benötigtes Kapital abschreckt und das Investitionsklima verschlechtern könnte. Die negativen Auswirkungen auf Bieterverfahren liegen wegen der damit verbundenen Unsicherheit für ausländische Bieter auf der Hand. Andere Länder könnten das neue Außenwirtschaftsgesetz zum Anlass nehmen, ähnliche Regelungen einzuführen oder bestehende Gesetze zu verschärfen mit verheerenden Folgen für deutsche Unternehmen, die selbst rund 20.000 Beteiligungen im Ausland halten.

Vereinbarkeit mit EU- und Völkerrecht

Einer der Hauptkritikpunkte an der Neuregelung ist der unbestimmte Rechtsbegriff „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“. Die Verein-

barkeit mit EU-Recht und der dadurch garantierten Kapitalverkehrsfreiheit wird vielfach in Zweifel gezogen. Art. 56 EG-Vertrag verbietet eine Beschränkung des Kapitalverkehrs auch „zwischen den Mitgliedsstaaten und dritten Ländern“. Darauf können sich auch Investoren aus Drittländern wie China oder Russland berufen. Der EuGH legt die Kapitalverkehrsfreiheit als umfassendes Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot aus: eine Beschränkung ist nach der Rechtsprechung schon dann anzunehmen, wenn eine nationale Regelung Investoren davon abschreckt, Anteile eines bestimmten Unternehmens zu erwerben. Beschränkungen aus „Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ sind zwar zulässig; eine solche Regelung muss aber vorhersehbar und bestimmt sein. Vorliegend steht jedoch zu befürchten, dass eine Anwendung des Gesetzes sehr vom aktuellen politischen Klima abhängen wird. Der EuGH hatte eine solche allgemeine Rechtfertigung in der Vergangenheit schon einmal beanstandet und wird ggfs. auch über das AWG zu entscheiden haben. Die EU-Kommission hat bereits eine Prüfung des deutschen Gesetzes angekündigt.

Es wurden im Vorfeld auch völkerrechtliche Bedenken gegen die neue Investitionskontrolle geäußert. Deutschland hat mit mehr als 130 Staaten bilaterale Investitionsschutzabkommen geschlossen, in denen ein Zulassungs- und Fördergebot für Unternehmen aus den Vertragsstaaten begründet wird. Außerdem enthalten diese Abkommen Diskriminierungsverbote in verschiedener Ausprägung; Deutschland hat beispielsweise im Freundschaftsvertrag mit den USA zugesichert, dass US-amerikanische Unternehmen ohne irgendwelche Kontrollmechanismen in Deutschland investieren dürfen, und über die Meistbegünstigungsklausel der Staatsverträge können sich auch Drittstaaten darauf berufen.

Anwendungsbereich

Die Bundesregierung begegnet der Kritik mit Hinweisen auf den „Ausnahmecharakter“ des Gesetzes, mit dem keine Abkehr vom offenen Investitionsregime in Deutschland eingeläutet werde. Allerdings weiß heute niemand, wie eine künftige Bundesregierung und die politische Stimmung in Zukunft aussehen werden. In den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf wird als Anwendungsbeispiel nur genannt „Versorgungs- und Dienstleistungsunternehmen von strategischer Bedeutung“. Nicht wenige publikumswirksame Transaktionen der

jüngerer Vergangenheit – Hapag-Lloyd (um die bis zuletzt NOL aus Singapur mitgeboten hatte), Verkauf der Dresdner Bank (an der auch die China Development Bank interessiert war) oder die gescheiterte Privatisierung der Bundesdruckerei – wären wohl ein Fall für das AWG gewesen.

Mit der Aufgreifschwelle einer 25%igen-Beteiligung wird sichergestellt, dass eine Prüfung nur bei maßgeblichem Einfluss auf die betreffende Gesellschaft erfolgt. Zugerechnet werden den Stimmrechtsanteilen des Erwerbers zudem die Stimmrechtsanteile von Dritten, soweit diese Gegenstand einer Stimmrechtsvereinbarung sind, welche die gemeinsame Ausübung von 25 % oder mehr der Stimmrechten bezweckt. Noch ungeklärt ist, ob auch Sicherungsübertragungen von Anteilen im Rahmen von Unternehmenskäufen erfasst sind, sofern das Sicherungsgeschäft zugunsten einer gemeinschaftsfremden Bank erfolgt und der Anteil die 25 %-Schwelle erreicht, oder ob diese Anteile dem Sicherungsgeber zugerechnet werden.

Ein gebietsfremder Erwerber im Sinne der Neuregelung kann auch ein deutsches Unternehmen sein, sofern ein Investor von außerhalb der EU / EFTA eine Sperrminorität von 25% der Stimmrechte an diesem Unternehmen hält. Nach der Definition in § 4 Abs. 1 Nr. 6 AWG würden weltweit operierende Unternehmen, die - wie häufig - eine dauerhafte Niederlassung im Gemeinschaftsgebiet unterhalten, als gemeinschaftsansässig gelten. Damit wären die wenigsten ausländischen Erwerber erfasst und die Neuregelung in § 53 AWV würde weitgehend leer laufen. Der Gesetzgeber hat daher klargestellt, dass Zweigniederlassungen und Betriebsstätten innerhalb der Gemeinschaft nicht dazu führen, dass ein ausländischer Erwerber gemeinschaftsansässig im Sinne der Novelle wird. Auch Auslandstransaktionen können eine Prüfung auslösen, wenn ein ausländischer Konzern übernommen wird, der wiederum mehr als 25% an einem deutschen Unternehmen hält.

Fazit

Deutschland gehört zu den offensten Märkten der Welt. Daran wird auch die Gesetzesnovelle nichts wesentlich ändern. Die Entwicklung in den OECD-Ländern in den letzten 25 Jahren zeigt, dass Beschränkungen für ausländische Beteiligungen an inländischen Unternehmen, die Kontrolle ausländischer Investitionen und andere Restriktionen für

Ausländer deutlich abgebaut wurden. Auch viele Schwellenländer haben in den letzten Jahren die Ratschläge aus dem Westen befolgt und ihre Volkswirtschaften geöffnet, Kapital und ausländische Investoren ins Land gelassen. Die Entwicklungen der jüngeren Vergangenheit und insbesondere auch die Reaktionen auf die Finanzkrise lassen allerdings befürchten, dass wir nach Jahrzehnten der Deregulierung eine längere Phase staatlicher Regulierung sehen werden.

Deutschland ist klarer Gewinner der Globalisierung. Deutsche Unternehmen verkaufen ihre Produkte und Dienstleistungen in der ganzen Welt und es gibt praktisch kein Land, in dem nicht auch deutsche Unternehmen in Fabriken und auf andere Weise investiert haben. Gleichzeitig ist Deutschland aber immer stärker auch auf ausländisches Kapital angewiesen. Zu Recht werden die industriepolitischen Hindernisse in vielen Ländern von deutscher Seite moniert; dazu passt schlecht, wenn Deutschland jetzt selbst solche Hürden aufbaut. Die Gesetzesänderungen stehen im Widerspruch zu den Investitionsbemühungen des deutschen Staates und vieler DAX-Konzerne um ausländisches Kapital. Gerade in Zeiten einer globalen Finanzkrise und nachlassender Konjunktur setzt Deutschland damit ein falsches Signal.

Die M&A-Praxis wird sich auf die Neuerung einstellen müssen und im Unternehmenskaufvertrag ggfs. einen AWG-Vorbehalt aufnehmen. Aufgrund der unscharfen Tatbestandsvoraussetzungen ist im Zweifel die Einholung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung zu empfehlen. Immerhin wurden die Kritikpunkte aus der Wirtschaft teilweise aufgegriffen und der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Bundesregierung etwas entschärft. Das Bundeswirtschaftsministerium ist bei der Prüfung an kurze Fristen gebunden, die Unternehmen in Verbindung mit einer Unbedenklichkeitsbescheinigung in den meisten Fällen schnell Rechtssicherheit geben werden. Das neue Prüfverfahren wird vielfach neben ein Fusionskontrollverfahren in Berlin oder Brüssel treten, so dass Akquisitionen bei sorgfältiger Planung regelmäßig ohne zusätzlichen Zeitverlust durchgeführt werden können.

Kontakte

Köln



**Thomas Weidlich,
LL.M. (Hull)**
Rechtsanwalt
Partner

thomas.weidlich@luther-lawfirm.com
Telefon: +49 (221) 9937 16280

Köln



Volker Schlegel
Rechtsanwalt
Botschafter a.D.
Staatsrat a.D.
Of Counsel

volker.schlegel@luther-lawfirm.com
Telefon: +49 (221) 9937 25724

Köln



Caroline Tang
Rechtsanwältin

caroline.tang@luther-lawfirm.com
Telefon: +49 (221) 9937 10049

Als zentraler Kontakt für allgemeine Fragen zu unserem Beratungsfeld Gesellschaftsrecht / M&A steht Ihnen Herr Prof. Dr. Jörg Rodewald, Telefon +49 (30) 52133 21146, joerg.rodewald@luther-lawfirm.com, zur Verfügung.

Copyright

Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, contact@luther-lawfirm.com
V.i.S.d.P.: Thomas Weidlich, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 16280, Telefax +49 (221) 9937 110, thomas.weidlich@luther-lawfirm.com

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

www.luther-lawfirm.com

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH beschäftigt in Deutschland rund 280 Rechtsanwälte und Steuerberater und berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther unterhält Büros an 13 deutschen Standorten sowie in Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai und Singapur und gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG sowie Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen, an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

