Deloitte.

URL: http://www.deloitte-tax-news.de/unternehmensrecht/ma-deals-im-visier-des-aussenwirtschaftsrechts.html

08.08.2017

Unternehmensrecht

M&A-Deals im Visier des Außenwirtschaftsrechts

Deutschland hat die Kontrollen bei Unternehmenserwerben durch ausländische Investoren verschärft – was hat sich geändert und worauf gilt es zu achten?

Hintergrund
In jüngster Zeit zeichnet sich ein Trend ab, der die Bedeutung des Außenwirtschaftsrechts bei Unternehmenserwerben zunehmen lässt und seinen vorläufigen Höhepunkt in der 9. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) gefunden hat: Seit dem 18.07.2017 haben sich die Meldepflichten für Unternehmenserwerbe durch ausländische Investoren ausgeweitet.

Die wichtigsten Änderungen im Überblick
Das deutsche Außenwirtschaftsrecht kennt zwei Formen der Erwerbskontrolle: Die sektorübergreifende Prüfung (§§ 55 ff. AWV), die branchenunabhängig Anwendung findet, und die sektorspezifische Prüfung (§§ 60 ff. AWV), deren Anwendungsbereich nur eröffnet ist, wenn das Zielunternehmen ein besonders sensibles Geschäftsfeld ausübt, etwa Kriegswaffen oder andere militärische Güter herstellt.

Der Grundmechanismus der Kontrolle von Unternehmenserwerben ist gleich geblieben und dennoch bringt die Verordnungsnovelle durchaus spürbare Änderungen, oder sollte es lauten: spürbare Verschärfungen?

1. Was hat sich bei der sektorübergreifenden Kontrolle geändert?
a) Gewährleistung der Kontrollmöglichkeiten

Nach der Verordnungsnovelle ist der Erwerb eines Unternehmens, das in den Anwendungsbereich der sektorübergreifenden Kontrolle fällt, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie schriftlich zu melden (§ 55 Abs. 4 AWV). Gemäß § 55 AWV a.F. bestand keine Meldepflicht. Die Intention der Verwaltung scheint deutlich zu sein: Künftig soll die (potentielle) Prüfung am Maßstab der öffentlichen Sicherheit und Ordnung der Bundesrepublik sichergestellt und faktisch ausgeweitet werden.

Die Sicherstellung der behördlichen Kontrollmöglichkeit wird durch eine zweite, entscheidende Änderung verbessert: Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie kann sein Prüfungsrecht fortan bis zu drei Monate nach Kenntnis des Abschlusses des schuldrechtlichen Vertrags über den Erwerb und bis zu fünf Jahre ausüben (§ 55 Abs. 3 S. 1, 6 AWV). Bisher begann die Frist mit Abschluss des Vertrages zu laufen, auf die behördliche Kenntnisnahme hiervon kam es nicht an. Im Übrigen wurde der zeitliche Korridor für sämtliche Kontrollfristen ausgeweitet; wohl mit der Intention, der Verwaltung hinreichend Zeit für eine adäquate Überprüfung einzuräumen.

b) Konkretisierung des Begriffs „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“

Außerdem wurde eine Konkretisierung des Begriffs der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorgenommen, indem bestimmte – wenn auch nicht abschließende („insbesondere“) – Regelbeispiele normiert wurden. Das schafft zum einen mehr Rechtssicherheit, bedeutet zum anderen aber auch: Lässt sich die Tätigkeit des zu kaufenden Unternehmens unter eines der aufgelisteten Beispiele subsumieren, so muss der Unternehmenserwerb gemeldet werden (s.o.), das „Schicksal“ des Erwerbsprozesses hängt dann an der Verwaltung und ihren Handlungsoptionen.

Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung (und damit eine Meldepflicht) kann insbesondere vorliegen, wenn das inländische Unternehmen eine der in § 55 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 - 5 AWV beispielhaft beschriebenen Tätigkeiten ausübt:

- Betreiber sogenannter „Kritischer Infrastrukturen“ (zur Begriffsbestimmung s. § 2 Abs. 10 des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik i.V.m. BSI-KritisV),
- Entwickler von Software zum Betrieb solcher „Kritischen Infrastrukturen“,
- Unternehmen, die im Bereich der Telekommunikationsüberwachung eingebunden

sind,
- Anbieter bestimmter Cloud-Computing-Dienste oder
- Unternehmen, die wichtige Funktionen im Bereich der IT-Sicherheit und der sicheren Kommunikationsmittel im Gesundheitswesen (sog. Telematik-Infrastruktur) wahrnehmen.

Neben diesen Regelbeispielen können weitere Geschäftsfelder eine sektorübergreifende Prüfung auslösen – hier wird der Begründungsaufwand der Verwaltung aber wohl ungleich höher anzusetzen sein.

2. Änderungen bei der sektorspezifischen Kontrolle
a) Erweiterter Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der sektorspezifischen Kontrolle hat sich ausgeweitet und erstreckt sich seit dem 18.07.2017 zusätzlich auf bestimmte Positionen aus Teil I Abschnitt A der Ausfuhrliste, etwa auf die Herstellung bzw. Entwicklung bestimmter Ausrüstung für elektronische Gegen- und Schutzmaßnahmen, Ziel-, Simulations- und Überwachungstechnik.

b) Umgehungsverbot

Außerdem wurde mit der 9. Verordnung zur Änderung der AWV nun auch für die sektorspezifische Prüfung ein Umgehungsverbot eingeführt (§ 60 Abs. 1 S. 2 AWV), welches bislang nur für die sektorübergreifende Prüfung existierte. Der Prüfung unterliegen damit auch Erwerbe durch Inländer, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass eine missbräuchliche Gestaltung oder ein Umgehungsgeschäft zumindest auch vorgenommen wurde, um eine Prüfung zu unterlaufen. Anzeichen für eine solche Gestaltung sind insbesondere, wenn der unmittelbare Erwerber mit Ausnahme des geplanten Erwerbs keiner nennenswerten eigenständigen Wirtschaftstätigkeit nachgeht oder im Inland keine auf Dauer angelegte eigene Präsenz in Gestalt von Geschäftsräumen, Personal oder Ausrüstungsgegenständen unterhält.

Bedeutung für die Praxis
Die entscheidende Frage in der Praxis wird sein: Wie lässt sich ein Unternehmenserwerb schnellstmöglich der Rechtssicherheit zuführen, sodass die Transaktion nicht droht, aufgrund außenwirtschaftsrechtlicher Einwände zu scheitern bzw. rückabgewickelt werden zu müssen?

Die Augen vor der (sektorübergreifenden) Prüfung zu verschließen wird spätestens mit dieser Novelle der AWV kein gangbarer Weg mehr sein können – anderenfalls würde die Unternehmenstransaktion fünf Jahre unter dem Damoklesschwert der Rechtsunsicherheit stehen (vgl. § 55 Abs. 3 S. 6 AWV). Bei der sektorspezifischen Prüfung würde dieser Zustand der Ungewissheit gar länger andauern, eine Sperrfrist ist nicht normiert.

I.d.R. wird wohl – mit Blick auf die sektorübergreifende Kontrolle – der schriftliche Antrag auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung der effizienteste Weg sein, die (geplante) Transaktion zur schnellen Rechtssicherheit zu führen (§ 58 Abs. 1 AWV). Denn leitet das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Antrags ein Prüfverfahren nach § 55 AWV ein, so gilt die Unbedenklichkeitsbescheinigung als erteilt (§ 58 Abs. 2 AWV). Die bloße Meldung einer M&A-Transaktion an das Bundesministerium würde diesem hingegen drei Monate Zeit geben, ein Prüfverfahren einzuleiten (§ 55 Abs. 3 S. 1 AWV).

Anzeichen, dass über die aufgezeigten Änderungen hinaus die Ermessensausübung bei der Entscheidung, Unternehmenserwerbe zu untersagen oder mit Anordnungen zu belegen, verschärft werden sollen, lassen sich weder im Gesetzeswortlaut noch in den Begleiterklärungen zur Verordnungsnovelle identifizieren. Anlass zur Spekulation gibt es trotzdem, so heißt es in der Zielbeschreibung zur 9. Änderung der AWV: Die Änderungen wurden u.a. „mit Blick auf die Entwicklung ausländischer Direktinvestitionen in deutsche Unternehmen“ erlassen.

Betroffene Normen
§§ 55 ff. Außenwirtschaftsverordnung
§§ 60 ff. Außenwirtschaftsverordnung

Fundstelle
Neunte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, BAnz AT 17.07.2017

www.deloitte-tax-news.de

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko. Deloitte GmbH übernimmt keinerlei Garantie oder Gewährleistung noch haftet sie in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grunde empfehlen wir stets, eine persönliche Beratung einzuholen.

This client information exclusively contains general information not suitable for addressing the particular circumstances of any individual case. Its purpose is not to be used as a basis for commercial decisions or decisions of any other kind. This client information does neither constitute any advice nor any legally binding information or offer and shall not be deemed suitable for substituting personal advice under any circumstances. Should you base decisions of any kind on the contents of this client information or extracts therefrom, you act solely at your own risk. Deloitte GmbH will not assume any guarantee nor warranty and will not be liable in any other form for the content of this client information. Therefore, we always recommend to obtain personal advice.