

Investitionskontrolle – Investitionsschutz

Deloitte Legal Update COVID-19 #12 – Webcast 30. September 2020



MAKING AN
IMPACT THAT
MATTERS
since 1845

Vorstellung, Gliederung

Referenten



Bettina Mertgen

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Steuerrecht
Steuerberaterin, Fachberaterin für
Zölle und Verbrauchsteuern
Partner

Tel.: +49 69 75695 6321

Email: bmertgen@deloitte.de



Michael Falter

Rechtsanwalt
Corporate und M&A
Dispute Resolution
Partner

Tel.: +49 221 97324 178

Email: mfalter@deloitte.de

Agenda

Investitionskontrolle

I. Überblick

- Grundzüge der Investitionskontrolle

II. Prüfverfahren der Investitionskontrolle

- Investitionskontrolle in Deutschland
- Gelistete Sektoren und aktuelle Verschärfungen bei sektorübergreifender Prüfung

III. Erfasste Formen von Erwerben

- Unmittelbare und mittelbare Transaktionen
- Besondere Formen von Transaktionen

IV. Konsequenzen

- Auswirkungen auf den Vollzug der Transaktion
- Praktische Implikationen

Investitionsschutz

I. Überblick

II. Primärrechtsschutz

III. Sekundärrechtsschutz

IV. BIT - Schiedsverfahren

Investitionskontrolle

Überblick

Überblick

Grundzüge der Investitionskontrolle

Investitionskontrolle: Zur Vermeidung von Gefahren für die Sicherheit kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) den Erwerb inländischer Unternehmen durch ausländische Käufer im Einzelfall überprüfen.

- Grundlage dafür sind das **Außenwirtschaftsgesetz (AWG)** und die **Außenwirtschaftsverordnung (AWV)**
- Aktuell: **Verschärfungen** beider Rechtstexte – EU Kapital und Niederlassungsfreiheit setzt Grenzen

Ausländische Direktinvestitionen tragen zum wirtschaftlichen Wachstum bei:

- International freier **Kapitalverkehr**
- Steigerung der **Wettbewerbsfähigkeit**
- Schaffung von **Arbeitsplätzen**
- Verbesserung von **Kapital, Technologien, Innovation** und **Fachwissen**
- Erschließung neuer **Exportmärkte**

Ausländische Direktinvestitionen könnten jedoch auch Risiken darstellen:

- Gefahr für **Sicherheit & öffentliche Ordnung**
- Mögliche negative Auswirkungen auf **kritische Technologien, Infrastrukturen, sensible Informationen, kritische Ressourcen** (Energie, Rohstoffe, G5 Netz)
- Zusätzliches Risiko durch Investoren, die (dritt)**staatlich kontrolliert werden**

Vergangene Investitionsvorhaben durch chinesische Unternehmen

- 2017 – Übernahme von **Kuka** durch chinesisches Unternehmen Midea
- 2018 – Verhinderung des Einstiegs eines chinesischen Unternehmens beim Stromnetzbetreiber **50 Hertz**
- 2018 – Untersagung des Verkaufs des Maschinenbauers **Leifeld** an chinesische Investoren

Prüfverfahren der Investitionskontrolle

Prüfverfahren der Investitionskontrolle

Investitionskontrolle in Deutschland

Sektor-übergreifende Prüfung

- §§ 4 Abs. 1 Nr. 4, 5 Abs. 2 AWG, §§ 55 – 59 AWW
- Gilt prinzipiell für **alle Branchen**, unabhängig von der Größe der am Erwerb beteiligten Unternehmen
- Aufgreifkriterien:
 - Ab einem Erwerb von **25 % der Stimmrechte** eines Unternehmens **in nicht-gelisteten Sektoren** durch **unionsfremden** Investor
 - Ab einem Erwerb **von 10 % der Stimmrechte** eines Unternehmens **in gelisteten Sektoren** durch nicht-unionsansässigen Investor
 - Gilt ebenfalls für den Erwerb abgrenzbarer oder wesentlicher Betriebsteile (**asset deal**)

Besonderheit der sektor-übergreifenden Prüfung:
Voraussichtliche Beeinträchtigung der **öffentlichen Ordnung und Sicherheit** Deutschlands, **anderer Mitgliedsstaaten & der EU**

Neu!

Sektor-spezifische Prüfung

- §§ 4 Abs. 1 Nr. 1, 5 Abs. 3 AWG, §§ 60 – 62 AWW
- Sonderregeln gelten für den Erwerb **von Unternehmen in besonders sicherheitssensiblen Sektoren**
- Aufgreifkriterien:
 - Ab einem Erwerb von **10 % der Stimmrechte** durch **ausländischen** Investor (auch EU/EFTA)
 - Gilt ebenfalls für den Erwerb abgrenzbarer oder wesentlicher Betriebsteile (**asset deal**)

Prüfungsmaßstab für beide Prüfverfahren:

- Erfassung von Erwerben durch Inländer/Unionsansässige, wenn es Anzeichen eines **Umgebungsgeschäfts** gibt
- Erwerber wird von **Regierung/staatlicher Stelle** kontrolliert
- Vergangene **Beteiligung** des Erwerbers an Aktivitäten mit **nachteiliger Auswirkung** auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit der BRD oder eines EU-MGS
- Risiko der **Verwirklichung von Straftaten** im Bereich des Vergabe- oder Außenwirtschaftsrechts

Prüfverfahren der Investitionskontrolle

Gelistete Sektoren und aktuelle Verschärfungen bei sektor-übergreifender Prüfung

Meldepflichtig nach AWW

- Betreiber **kritischer Infrastrukturen** (siehe rechtes Kästchen) sowie ohne Schwellenwerte:
- Entwicklung/Änderung von **Software** zum Betrieb in kritischen Infrastrukturen
- Tätig im Bereich **Überwachung der Telekommunikation**
- Erbringung von **Cloud-Computing Diensten**
- Besitz einer Zulassung für Komponente/Dienste der **Telematikinfrastruktur**
- Unternehmen der **Medienwirtschaft**



Neu hinzugefügt auch ohne Schwellenwerte

- Dienstleistungen im Bereich **staatlicher Kommunikationsinfrastruktur**
- Persönliche **Schutzausrüstung**
- Wesentliche **Arzneimittel** für die gesundheitliche Versorgung
- **Medizinprodukte & In-vitro-Diagnostika** für lebensbedrohliche & hochansteckende Infektionen

Weitere erwartete Ergänzungen:

- Bestimmte Zulieferer von **Herstellungsanlagen** und **Technologien**
- Kritische **Rohstoffe** oder deren **Erze**
- künstliche **Intelligenz**, **Robotik**, **Halbleiter**, **Biotechnologie** und **Quantentechnologie**

Kritische Infrastrukturen nach BSI-Kritisverordnung mit Schwellenwerten

- **Energie**
- **Wasser**
- **Ernährung**
- **Informationstechnik & Telekommunikation**
- **Gesundheit**
- **Finanz- & Versicherungswesen**
- **Transport & Verkehr**



Beispiel für Änderungen im Herbst:

Bereits der Erwerb eines **Herstellers für Textilmaschinen** die zur Herstellung von Schutzmasken verwendet werden können?



Transaktionen mit Unionsfremden müssen grds. genauer betrachtet werden

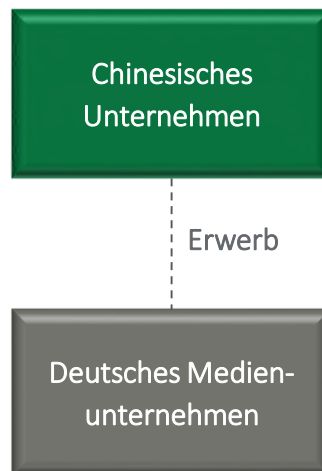
Erfasste Formen von Erwerben

Erfasste Formen von Erwerben

Unmittelbare und mittelbare Transaktionen

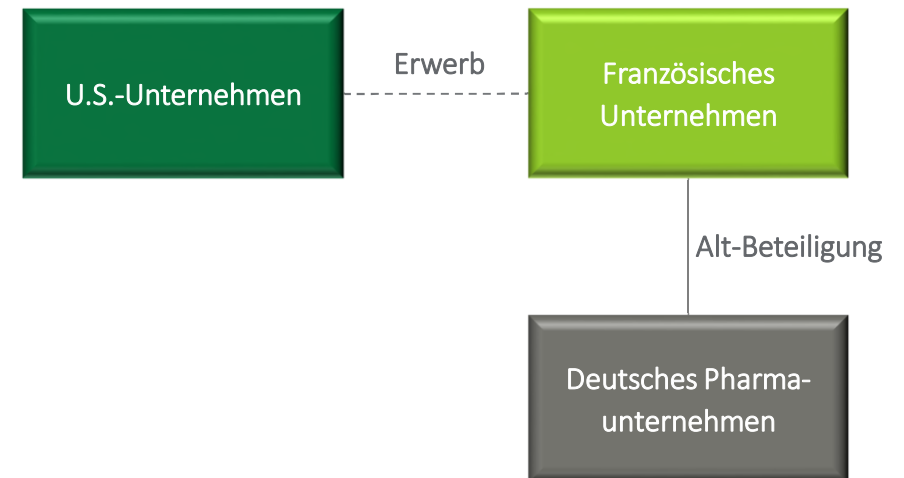
Fallbeispiel 1:

Ein **chinesisches Unternehmen** beabsichtigt, direkt in ein **deutsches Medienunternehmen** zu investieren.



Fallbeispiel 2:

Ein **US-amerikanisches Unternehmen** beabsichtigt, Anteile an einem **französischen Unternehmen** zu erwerben. Dieses französische Unternehmen hält wiederum Anteile an einem **deutschen Pharmaunternehmen**, welches kurz vor der Fertigstellung eines Impfstoffes gegen das Coronavirus steht.



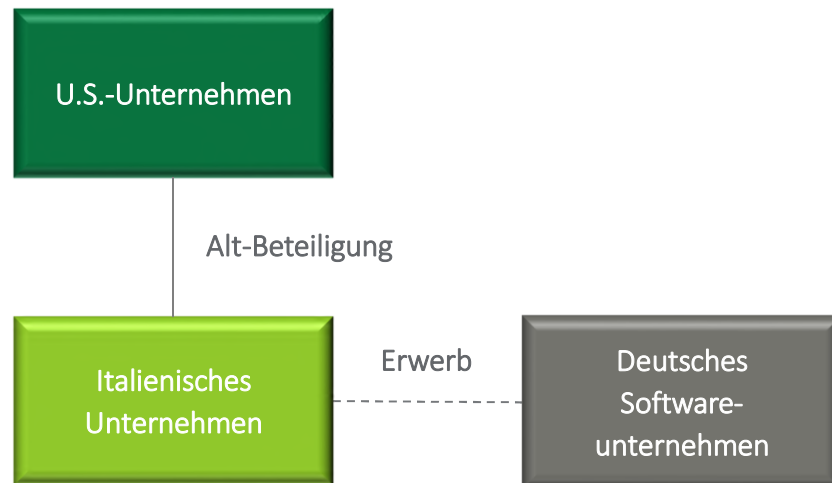
Im Falle einer Transaktion ist immer auch die **Unternehmenskette** zur prüfen

Erfasste Formen von Erwerben

Besondere Formen von Transaktionen

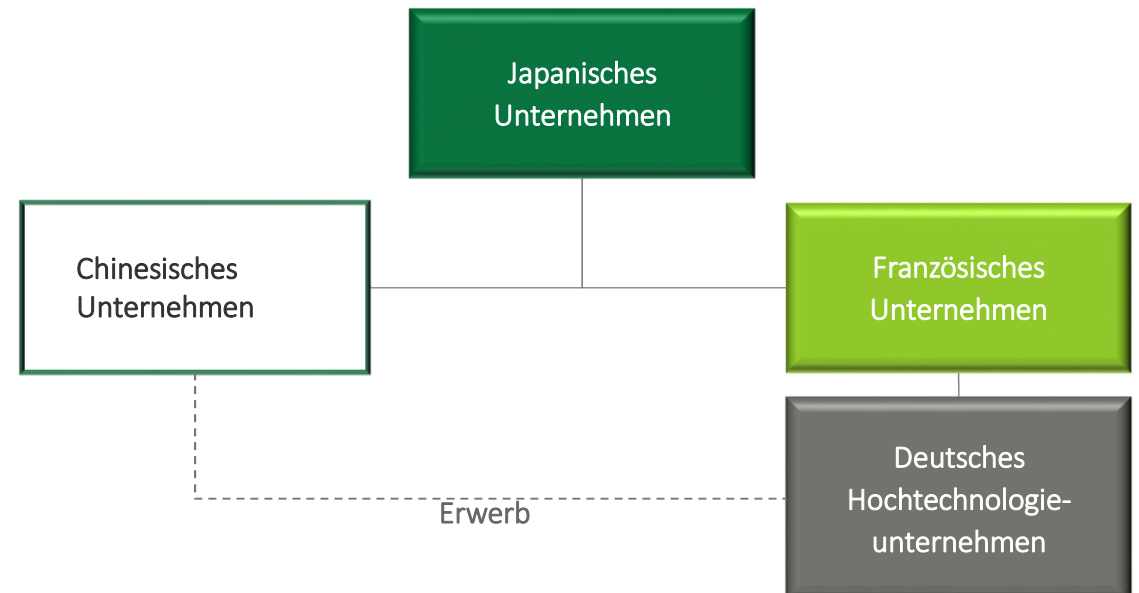
Fallbeispiel 3:

Das **US-amerikanische Unternehmen** aus Beispiel 2 hält bereits Anteile an einem **italienischen Unternehmen**. Dieses italienische Unternehmen beabsichtigt wiederum, Anteile an einem **deutschen Softwareunternehmen** zu erwerben



Fallbeispiel 4:

Ein **chinesisches Unternehmen** erwirbt **innerhalb der Konzernstruktur** Anteile an einem **deutschen Hightechnologieunternehmen**.



Auch Transaktionen, die **nicht durch den unmittelbaren Wortlaut der Vorschriften erfasst sind**, können Gegenstand einer investitionskontrollrechtlichen Prüfung sein.

Konsequenzen

Konsequenzen

Auswirkungen auf den Vollzug der Transaktion

Missachtung der erneuten Verschärfungen - trotz Komplexität – hat erhebliche Folgen:



Vollzug von meldepflichtigen Transaktionen ohne Zustimmung des BMWi:

- Die Transaktion ist **schwebend unwirksam**
- Vollzug ist **verboten**



Unter **Vollzug** ist zu verstehen:

- Ermöglichen der **Ausübung der Stimmrechte**
- Auch vor Closing – während Due Diligence - **Übermittlung von sensiblen Informationen**



Wer ist **meldepflichtig** und wer kann von einer etwaigen **Strafverfolgung** betroffen sein:

- Meldepflichtig ist grundsätzlich der **Erwerber**
- ABER: Strafbewährt sind diejenigen, die den Vollzug ermöglichen, bzw. sensible Informationen zur Verfügung stellen, also Vertreter des **Verkäufers**, des **Targets** und auch **Berater**
 - Ahndung eines **vorsätzlichen Vollzugs** mit bis zu **5 Jahren Freiheitsstrafe**
 - Behandlung eines **fahrlässigen Vollzugs** als **Ordnungswidrigkeit**

Konsequenzen

Praktische Implikationen

Zu erwartende Konsequenzen aufgrund aktueller Verschärfungen:



Vermehrte & längere Prüfungen

Der erweiterte Anwendungsbereich hat zur Folge, dass vermehrt Prüfungen vorgenommen werden, die von längere Dauer sein werden > **Ungleiches Bieterfeld**



Längerer Zeitraum zwischen Signing & Closing

Aufgrund der längeren Prüfungen wird der Zeitraum zwischen Signing und Closing verlängert. Dies ist auch bei Vertragsklauseln zu beachten > **Transaktionssicherheit nimmt ab**



Unbedenklichkeitsbescheinigung

Die Verschärfungen der Investitionskontrollen machen eine frühe Beantragung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung empfehlenswert > **Ist aber erst im Vertragsverhandlungsstadium möglich**

Investitionsschutz

Überblick

Investitionsschutz

- Schutz von FDIs durch nationale und internationale Rechtsvorschriften:

National

- Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung
 - Primärrechtsschutz
 - Sekundärer Rechtsschutz

International

- Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit
 - Investitionsschutzabkommen
 - ICISD - Verfahren

Primärrechtsschutz

Primärrechtsschutz

Auch in Zeiten von COVID-19 gilt, dass staatliches Handeln rechtmäßig sein muss und vor staatlichen Gerichten überprüft werden kann

- Eröffnung des formellen Prüfverfahrens
- Untersagung des Erwerbs
- Sonstige Anordnungen

unterliegen verwaltungsrechtlicher Kontrolle.

P: Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz ist langwierig und daher im Hauptsachverfahren regelmäßig kein effektiver Rechtsschutz

Möglichkeit des Eilrechtsschutzes:

Nach § 14 Abs. 2 AWG haben Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung.

Effektiver Rechtsschutz setzt deshalb mit einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO auf Anordnung der aufschiebender Wirkung an.

➤ Aktiv legitimiert sind Investor und Veräußerer, nicht aber das Zielunternehmen.

Sekundärrechtsschutz

Sekundärrechtsschutz

In bestimmten Konstellationen kommt ein Schadensersatzanspruch in Betracht

Rechtswidrige Untersagung

- Grundsatz des Primärrechtsschutzes
- Wenn Schaden durch Primärrechtsschutz nicht abgewendet werden kann:
 - Anspruch aus § 839 BGB i.V.m Art. 34 GG (Amtshaftung)
 - Enteignungsgleicher Eingriff

Rechtmäßige Untersagung

- Anspruch aus enteignendem Eingriff möglich
- Aber: enge Voraussetzungen (Sonderopfer); denkbar wenn Unternehmen in Folge der Untersagung insolvent wird.

BIT - Schiedsverfahren

Grundsatz: kein Recht auf Marktzugang, aber sog. Umbrella Clauses („wird diese Kapitalanlage in Übereinstimmung mit ihren Gesetzen und Rechtsvorschriften zulassen“)

- Bei rechtswidriger Untersagung kann ein ausländischer Investor grundsätzlich Schadensersatz auch vor einem internationalen Schiedsgericht geltend machen.

Exkurs – Schutz unter BIT

Schutz vor staatlichen Eingriffen in ausländische Direktinvestitionen

- Schutz gegen Enteignung ohne Entschädigung
- Fair and equitable treatment
- Voller Schutz und Sicherheit
- Meistbegünstigung
- Inländerbehandlung
- Schutz gegen den Bruch staatlicher Zusagen (sog. Umbrella Clauses)
- Uneingeschränkter Transfer von Kapital und Erträgen

In Deutschland wenig bekannt und praktiziert

Staaten sind versucht unter dem Deckmantel der COVID-19 Pandemie FDIs zu verhindern oder zurückzudrängen

- Bsp.: Verbot von Maut in Peru

Q & A

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Deloitte Legal COVID-19 Task Force



Dr. Till Contzen
Commercial Law (Digitale Wirtschaft, IT/IP)
Rechtsanwalt
Partner

Tel.: +49 69 719188439
E-Mail: tcontzen@deloitte.de



Dr. Michael Fischer
Corporate/M&A Law
Rechtsanwalt
Partner

Tel.: +49 89 290368902
Email: mifischer@deloitte.de



Thomas Northoff
Managing Partner Deloitte Legal Germany
Rechtsanwalt
Partner

Tel.: +49 89 29036 8566
Email: tnorthoff@deloitte.de



Felix Skala, LL.M.
Competition Law
Rechtsanwalt
Partner

Tel.: +49 40 3785380
Email: fskala@deloitte.de

Deloitte Legal COVID-19 Task Force



Johannes T. Passas
Commercial Law
Rechtsanwalt
Partner

Tel.: +49 511 30755 9546
Email: jpassas@deloitte.de



Dr. Charlotte Sander
Employment & Pensions
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht
Partnerin

Tel.: +49 511 307559 536
Email: csander@deloitte.de



Felix Felleisen
Corporate/M&A
Rechtsanwalt
Partner

Tel.: +49 211 8772 2553
Email: ffelleisen@deloitte.de

Deloitte Legal

Experience the future of law, today

Mehr als
2,500
Anwälte

in
80+
Ländern

Nahtlose Zusammenarbeit

Grenzüberschreitend und mit andern Deloitte Business Lines

Als Teil des weltweiten Deloitte Professional Services Netzwerks, arbeitet Deloitte Legal eng mit Kollegen weltweit zusammen, um Mandanten eine integrierte Beratung und multinationale Lösungen zu bieten, die:



Konsistent mit ihrer Unternehmensvision



Technologie-basiert für eine bessere Zusammenarbeit und mehr Transparenz



Maßgeschneidert auf die Unternehmensform und den lokalen Markt

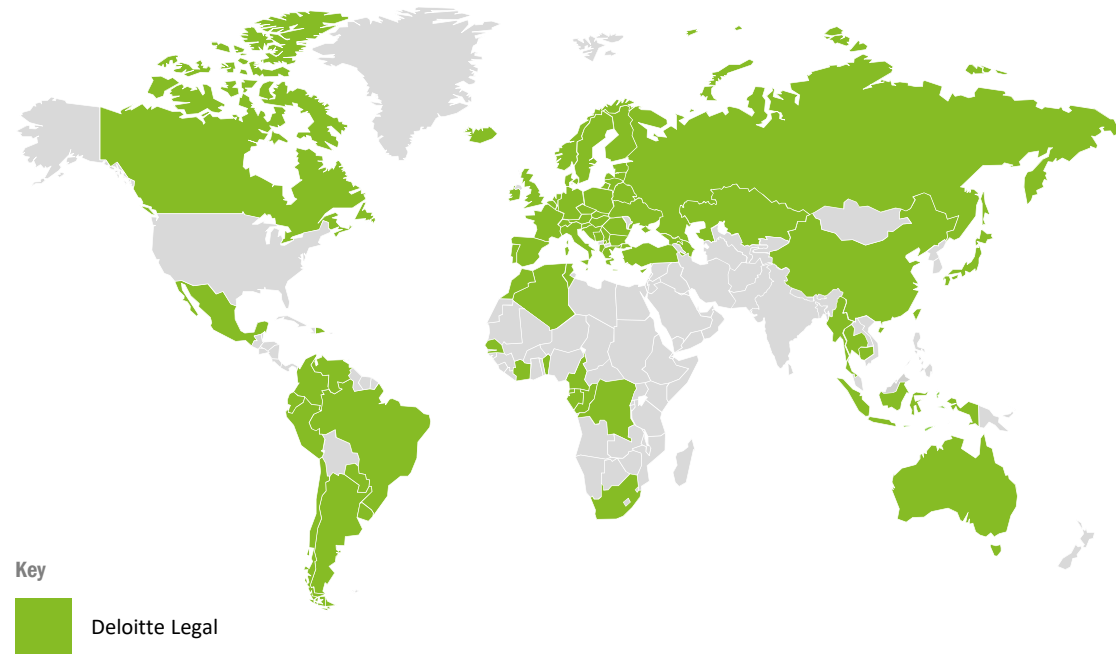


Sensibilisiert für die jeweiligen regulatorischen Bestimmungen



Deloitte Legal ist weltweit stark aufgestellt

Wir erbringen Rechtsberatungsleistungen in **80+** Ländern und können dank unserer Beziehungen zu hochqualifizierten Anwaltskanzleien Mandanten in knapp **150** Ländern der Welt beraten.



Deloitte Legal global coverage

Deloitte Legal practices

1. Albania	15. Cameroon	29. El Salvador	43. Indonesia	57. Myanmar	71. Slovenia
2. Algeria	16. Canada	30. Equatorial Guinea	44. Ireland	58. Netherlands	72. South Africa
3. Argentina	17. Chile	31. Estonia	45. Italy	59. Nicaragua	73. Spain
4. Armenia	18. China	32. Finland	46. Ivory Coast	60. Norway	74. Sweden
5. Australia	19. Colombia	33. France	47. Japan	61. Paraguay	75. Switzerland
6. Austria	20. Congo, Rep. of	34. Gabon	48. Kazakhstan	62. Peru	76. Taiwan
7. Azerbaijan	21. Costa Rica	35. Georgia	49. Kosovo	63. Poland	77. Thailand
8. Belarus	22. Croatia	36. Germany	50. Latvia	64. Portugal	78. Tunisia
9. Belgium	23. Cyprus	37. Greece	51. Lithuania	65. Romania	79. Turkey
10. Benin	24. Czech Rep.	38. Guatemala	52. Luxembourg	66. Russia	80. Ukraine
11. Bosnia	25. Dem Rep of Congo	39. Honduras	53. Malta	67. Senegal	81. Uruguay
12. Brazil	26. Denmark	40. Hong Kong	54. Mexico	68. Serbia	82. United Kingdom
13. Bulgaria	27. Dominican Republic	41. Hungary	55. Montenegro	69. Singapore	83. Venezuela
14. Cambodia	28. Ecuador	42. Iceland	56. Morocco	70. Slovakia	



Deloitte Legal bezieht sich auf die Rechtsberatungspraxen der Mitgliedsunternehmen von Deloitte Touche Tohmatsu Limited, deren verbundene Unternehmen oder Partnerfirmen, die Rechtsdienstleistungen erbringen.

Diese Veröffentlichung enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden und ist nicht dazu bestimmt, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen zu sein. Weder die Deloitte Legal Rechtsanwalts-gesellschaft mbH noch Deloitte Touche Tohmatsu Limited, noch ihre Mitgliedsunternehmen oder deren verbundene Unternehmen (insgesamt das „Deloitte Netzwerk“) erbringen mittels dieser Veröffentlichung professionelle Beratungs- oder Dienstleistungen. Keines der Mitgliedsunternehmen des Deloitte Netzwerks ist verantwortlich für Verluste jedweder Art, die irgendjemand im Vertrauen auf diese Veröffentlichung erlitten hat.

Deloitte bezieht sich auf Deloitte Touche Tohmatsu Limited („DTTL“), eine „private company limited by guarantee“ (Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach britischem Recht), ihr Netzwerk von Mitgliedsunternehmen und ihre verbundenen Unternehmen. DTTL und jedes ihrer Mitgliedsunternehmen sind rechtlich selbstständig und unabhängig. DTTL (auch „Deloitte Global“ genannt) erbringt selbst keine Leistungen gegenüber Mandanten. Eine detailliertere Beschreibung von DTTL und ihren Mitgliedsunternehmen finden Sie auf www.deloitte.com/de/UeberUns.

Deloitte erbringt Dienstleistungen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Risk Advisory, Steuerberatung, Financial Advisory und Consulting für Unternehmen und Institutionen aus allen Wirtschaftszweigen; Rechtsberatung wird in Deutschland von Deloitte Legal erbracht. Mit einem weltweiten Netzwerk von Mitgliedsgesellschaften in mehr als 150 Ländern verbindet Deloitte herausragende Kompetenz mit erstklassigen Leistungen und unterstützt Kunden bei der Lösung ihrer komplexen unternehmerischen Herausforderungen. Making an impact that matters – für die rund 312.000 Mitarbeiter von Deloitte ist dies gemeinsames Leitbild und individueller Anspruch zugleich.