



Der Wunsch nach Investitionen aus dem Ausland einerseits und nationaler Sicherheit andererseits stellt ein Dilemma dar. Streng überwacht werden staatliche Unternehmen, doch auch private Investoren rücken mehr und mehr in den Fokus. Neue Gesetzgebung soll einen Ausgleich schaffen. Doch wie das Huawei Beispiel zeigt, hilft dies dem Investor nicht, wenn er sich die Vorteile nicht zu eigen macht.

Auslandsinvestitionen und nationale Sicherheit - ein politischer und rechtlicher Balance-Akt

Die Huawei Affäre

Sprichwörtlich fünf vor zwölf wurde Präsident Obama im Februar die politisch heikle Entscheidung abgenommen, dem chinesischen Unternehmen Huawei Technologies aufzuerlegen, seinen Kauf von Software-Patenten aus der Insolvenzmasse der U.S. Firma 3Leaf im Wert von 2 Millionen USD wieder rückabzuwickeln. Und das nur einige Wochen nach dem symbolträchtigen Besuch des chinesischen Präsidenten Hu Jintao in Washington, der zu einer Verbesserung der wirtschaftlichen Beziehungen und gegenseitigen Öffnung der Märkte führen sollte. Das Geschäft zwischen Huawei, einem der weltweit größten Telekommunikationsunternehmen (sowie Partner der deutschen Telekom), und 3Leaf, einem Softwareanbieter für Computer-Netzwerke („Cloud Computing“), ist 7 Monate nach dem Abschluss doch noch gescheitert. Unter dem Druck des Komitees für ausländische Direktinvestitionen in den Vereinigten Staaten (Committee on Foreign Investment in the United States „CFIUS“), welches die Transaktion geprüft und dem Präsident die Anordnung der Rückabwicklung empfohlen hatte, machte Huawei den Kauf „freiwillig“ rückgängig. Damit wurde zwar ein weiterer diplomatischer Schaden durch eine präsidentiale Entscheidung vermieden, doch ein Imageverlust und der wirtschaftliche Schaden bleiben. Aber wie kam es dazu?

Wer für eine sicherheitsrelevante Investition keine Genehmigung ersucht, riskiert ein präsidentiales Verbot.

Huawei hatte es als nicht notwendig erachtet, den Kauf der Technologien bei CFIUS zur Prüfung auf eine Gefährdung für die nationale Sicherheit der USA anzumelden. Durch eine Routineprüfung einiger Regierungsmitglieder wurde CFIUS dennoch darauf aufmerksam und unterzog die Transaktion einer Untersuchung. Gleich mehrere Faktoren wurden Huawei zum Verhängnis und führten zur Empfehlung an den Präsidenten, die Rückabwicklung anzuordnen, wenn Huawei nicht freiwillig zurücktritt. Zunächst wurden die erworbenen Technologien für das Cloud Computing und das Know How der übernommenen 3Leaf Mitarbeiter als relevant für die nationale Sicherheit betrachtet, zumal das Cloud Computing mehr und mehr von der U.S.-Regierung genutzt wird. Entscheidend war auch, dass Huawei von einigen Senatoren beschuldigt wurde, enge Kontakte zur chinesischen Regierung und Militär sowie sogar zu den Taliban und der iranischen Revolutionsgarde zu haben. Zudem war bei CFIUS und der U.S.-Regierung der Eindruck entstanden, dass Huawei eine CFIUS-Prüfung bewusst umgehen wollte. Anstatt die gesamte Insolvenzmasse der bankrotten 3Leaf aufzukaufen, hatte es sich auf einige

Kerntechnologien beschränkt, um das Merkmal der „Kontrolle“ über ein kritische Technologien herstellendes U.S.-Unternehmen zu vermeiden, welches typischer Weise eine CFIUS-Prüfung auslöst. Dieser Eindruck erschien recht plausibel, da Huawei bezüglich der Beachtung von U.S. Patenten und Urheberrechten ein schlechter Ruf nachgesagt wird. Bereits Huaweis frühere Versuche, Anteile des U.S.-Netzwerkherstellers 3Com und des kanadischen Nortel Konzerns zu erwerben, waren an CFIUS Sicherheitsbedenken gescheitert. Huawei wies dennoch alle Anschuldigungen von sich und mutmaßte, die vielen Gerüchte seien allein daraus entstanden, dass Huawei von einem ehemaligen Offizier der Volksbefreiungsarmee gegründet wurde und legitime Steuerbegünstigungen von der Regierung erhalte. Weiter vermeldete Huawei zunächst, man werde den Kauf nicht freiwillig rückabwickeln, sondern die Entscheidung des Präsidenten abwarten. Dieser Schritt war äußerst ungewöhnlich, denn es wäre vermutlich zum historischen ersten Verbot eines Präsidenten gekommen, zumindest seit des am 24. Oktober 2007 in Kraft getretenen Gesetzes über ausländische Investitionen und nationale Sicherheit (Foreign Investment and National Security Act of 2007, nachfolgend „FINSA“). Man kann sich den politischen Druck auf Huawei, das Geschäft aufzugeben und die Entscheidung des Präsidenten zu vermeiden, nur zu gut vorstellen.

Eine Kurzgeschichte der Investitionskontrolle in den USA

Aus der Huawei Affäre sind einige Lehren zu ziehen, wie Investoren eine ähnliche Situation vermeiden können. Einführend soll aber die Geschichte und das System der Investitionskontrolle durch CFIUS näher erklärt werden.

Gegründet wurde CFIUS 1975 durch Präsident Ford, um die wirtschaftlichen Auswirkungen ausländischer Direktinvestitionen zu überwachen. Der Zweck von CFIUS, das dem Finanzministerium untersteht, verschob sich jedoch mehr und mehr von wirtschaftlicher Prüfung zu einer politischen Kontrolle auf eine Gefährdung der nationalen Sicherheit hin. CFIUS bewirkte zunächst Verbote von oder Auflagen für Übernahmen von rüstungsrelevanten U.S.-Unternehmen durch ausländische Investoren. Verschärft wurden die Kontrollen 1993 durch das „Byrd Amendment“ insbesondere für Investoren mit Regierungsbeteiligung. Immer noch nicht geklärt war die Auslegung des Begriffes der „Relevanz für die nationale Sicherheit“. Insbesondere nach den Anschlägen vom 11. September 2001 wurde der Ruf nach einer weiteren Auslegung des Begriffs lauter. Als CFIUS im Jahr 2006 die Übernahme eines U.S.-Betreibers mehrerer U.S.-Häfen durch eine dem Staat Dubai gehörende Firma nach einer nur vorläufigen Prüfung genehmigte, begehrte der Kongress auf. Die Vorstellung, dass Häfen, die als kritische Infrastrukturen und Tore in die USA gelten, nun von arabischen Investoren kontrolliert werden würden, war für den Kongress unerträglich. Der Kongress verlangte deshalb ein Verbot der Übernahme, ohne jedoch die Befugnis zu haben, die CFIUS Entscheidung rückgängig zu machen. Er verabschiedete statt dessen ein Gesetz, das die Übernahme von Verträgen, Rechten und Pflichten durch den Investor praktisch unmöglich machte, der daraufhin notgedrungen seine Anteile an einen amerikanischen Käufer veräußerte. Dieser für alle Seiten unbefriedigende Ablauf setzte den Reformprozess in Gang, der in FINSA resultierte.

Die Reform des CFIUS durch FINSA

Durch Kontrollen einerseits und mehr Rechtssicherheit durch klarere Prüfkriterien andererseits sollte FINSA eine Balance zwischen Überwachung und der traditionellen Offenheit der USA für ausländische Direktinvestitionen herstellen. Dies ist teilweise gelungen, aber das Prüfungsverfahren ist seitdem auch politischer, langwieriger und bürokratischer geworden und erfasst mehr Industriezweige als vorher. Gründe sind die neuen gesetzlichen Pflichten zur Berichterstattung an den Kongress und die frühere Einbindung höherrangiger Entscheidungsträger. Das Finanzministerium kann für jede CFIUS-Prüfung ein Ministerium als Führungsbehörde bestimmen und sämtliche relevanten Ministerien einbeziehen. Darüber hinaus gehört nun auch der Chef des nationalen Nachrichtendienstes zu CFIUS und Prüfungsfaktoren wie die Auswirkung auf kritische Infrastrukturen und Energieresourcen erweitern die Zuständigkeit.

Die Kontrolle beschränkt sich nicht mehr auf die Rüstungsindustrie, auch Energie, Infrastruktur, Technik, Finanzen und Bodenschätze sind sicherheitsrelevant.

Normalerweise werden Prüfungen durch eine gemeinsame und freiwillige Meldung der an einer Transaktion beteiligten Unternehmen initiiert. Verzichten die Parteien wie im Huawei Fall darauf, von sich aus eine Genehmigung von CFIUS zu ersuchen, so kann CFIUS jederzeit selbständig eine Prüfung aufnehmen, wenn eine Transaktion (Kauf, Fusion, Übernahme) die Kontrolle einer ausländischen Person über eine im inner-amerikanischen zwischenstaatlichen Handel tätige Person zur Folge haben könnte („Covered Transaction“). In beiden Fällen dauert diese erste Prüfung („Review“) 30 Tage und endet in der Regel mit einer verbindlichen Zusage der Regierung, dass die Übernahme ohne weitere Prüfungen gestattet wird. Wenn jedoch Risiken für die nationale Sicherheit festgestellt werden, die nicht sofort durch ein sogenanntes Minderungsabkommen („Mitigation Agreement“) beseitigt werden können, oder ist das übernehmende Unternehmen in staatlicher Hand, so schließt

sich eine zweite 45-tägige Untersuchung („Investigation“) an. Nicht zur Pflicht, aber durch ausdrückliche Erwähnung nahegelegt wird die Zusatzprüfung auch für Fälle, in denen der Investor Kontrolle über kritische Infrastrukturen erlangt. Diese sind nun definiert als physische oder virtuelle Systeme oder Güter, die so wichtig für die USA sind, dass Ihre Zerstörung oder Funktionsstörung eine schwächende, lähmende Wirkung auf die nationale Sicherheit hätte. Anschließend erstattet CFIUS dem Präsidenten Bericht und gibt eine Empfehlung ab. Der Präsident muss schließlich innerhalb weiterer 15 Tage eine Entscheidung über die Zusage, Ablehnung oder Rückabwicklung der Übernahme/Investition treffen. Sämtliche Informationen, inklusive der Namen der Parteien, werden vertraulich behandelt. Die juristische Durchsetzung von Entscheidungen des Präsidenten sichert der Generalstaatsanwalt. Es gibt kein Recht auf gerichtliche Überprüfung für Privatparteien. Bei Falschaussagen oder Verletzung der Pflichten aus Minderungsabkommen drohen Strafen bis zu 250.000 USD sowie Schadensersatzforderungen. Zudem kann das Prüfungsverfahren in diesen Fällen wieder aufgenommen werden.

In den Jahren 2007 bis 2010 wurden 451 Investitionen freiwillig angemeldet, von denen 39 bereits während der 30-tägigen Untersuchung wieder zurückgezogen wurden. 89 wurden der zusätzlichen 45-tägigen Prüfung unterzogen, während derer 18 Unternehmen die Meldung zurückzogen. In einigen Fällen haben die Unternehmen nach dem Rücktritt vom Genehmigungsverfahren, der nur mit CFIUS Zustimmung möglich ist, das Verfahren später wieder aufgenommen. In anderen Fällen wurde die Investition komplett aufgegeben. Alle anderen Investitionen wurden von CFIUS genehmigt, zu einer Entscheidung des Präsidenten kam es nie. Mehr als 20 Mal wurden Mitigation Agreements verlangt. Die Maßnahmen zur Verminderung der Sicherheitsbedenken reichen von einer Begrenzung der Investition und Meldepflichten an die Regierung bis hin zu Auflagen wie zum Beispiel der Einsetzung eines Komitees für Sicherheitsfragen. CFIUS überwacht die Einhaltung unter anderem durch Betriebsprüfungen und berichtet zudem direkt an den Kongress, wodurch Sicherheitsbedenken umgehend zum Politikum werden können. Aber selbst wenn eine Transaktion ohne Auflagen genehmigt wird kann die bloße Tatsache einer 45-tägigen Investigation durch CFIUS bereits großen Schaden für den Käufer verursachen. Das Bekanntwerden einer CFIUS-Untersuchung befleckt den Ruf und führte bereits zu massiven Kursverlusten bei börsennotierten Unternehmen.

Frühzeitige Planung und Zusammenarbeit mit CFIUS sind die Schlüssel zu einer reibungslosen Genehmigung.

Praktische Auswirkungen

Häufig versuchen Kaufinteressenten daher heutzutage, bereits im Vorfeld einer Übernahme inoffiziell mit CFIUS zu verhandeln und gegebenenfalls Lobbyarbeit im Kongress zu betreiben. In einer Verordnung wird sogar angeregt, dass die Parteien vor dem offiziellen Genehmigungsantrag einen Entwurf der Beschreibung des Geschäfts an CFIUS senden, um dann gegebenenfalls noch nachbessern zu können. Dies gibt beiden Seiten mehr Zeit, um etwaige Sicherheitsbedenken zu erörtern und nötigenfalls durch Letters of Assurance oder Auflagen aus dem Weg zu räumen. Es ist immer ratsam, zunächst intern zu prüfen, ob die geplante Investition zu Problemen mit CFIUS führen könnte. Bleiben Bedenken bestehen, sollte man eine Genehmigung beantragen. Für Unternehmen, die langfristig mehrere Investitionen in sicherheitsrelevanten Gebieten planen, kann es sich sogar lohnen, bewusst zunächst eine weniger bedenkliche Investition anzumelden, um sich bei CFIUS einen guten Ruf zu erarbeiten, der sich dann später bei der Genehmigung von heikleren Transaktionen auszahlt. Huawei hat diese Chance versäumt. Außerdem zeigt das Huawei Beispiel, dass durch eine großzügige Auslegung der Begriffe „kritische Technologien“ nunmehr auch solche Sparten in den Fokus von CFIUS gerückt sind, die man intuitiv nicht sofort als sicherheitsrelevant einordnen würde. Selbiges gilt auch für „kritische Infrastrukturen“. Im Blickpunkt stehen dadurch neben der Rüstungsindustrie auch vermehrt Investitionen in U.S. Unternehmen im Energie-, Transport-, Technik- und Finanzsektor. Nachdem bereits der Erwerb von 20% der Anteile an Nasdaq durch die staatseigene Börse Dubai die Zustimmung von CFIUS erforderte, wird derzeit auch erwartet, dass die Deutsche Börse für ihre geplante Übernahme der New Yorker Börse NYSE Euronext zunächst bei CFIUS eine Genehmigung beantragen wird. Allerdings wird dies aufgrund der positiven Präzedenzentscheidung zugunsten der Investition der Börse Dubai in Nasdaq nicht als hohe Hürde angesehen. Dennoch fürchten Experten aufgrund des Kontrollverlustes in beiden Fällen erhöhte Sicherheitsrisiken, insbesondere durch Angriffe von Computer-Hackern. Durch die Sorge vor Industriespionage werden auch solche Unternehmen stärker überwacht, deren Technologien zwar für den zivilen Bereich vorgesehen sind, jedoch theoretisch auch für Rüstungszwecke nutzbar wären. Die größte Aufmerksamkeit gilt aber nach wie vor Investoren, die von ausländischen Regierungen kontrolliert werden.

Die deutsche Investitionskontrolle ähnelt der amerikanischen – Verbote sind selten.

Ein kurzer vergleichender Blick auf die deutsche Investitionskontrolle

Deutschland beschränkte seine Kontrolle bis vor zwei Jahren auf Übernahmen von Rüstungsunternehmen. Diese waren meldepflichtig und konnten vom Wirtschaftsministerium („BMWi“) untersagt werden, wenn sie den Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen, der auswärtigen Beziehungen der BRD und das friedliche Zusammenleben der Völker gefährdeten. Seit 2009 ähnelt das im Außenwirtschaftsgesetz neu geregelte System der Übernahmekontrolle jedoch sehr dem amerikanischen. Das BMWi kann nun unabhängig von der Branche den Erwerb von 25% der Stimmrechtsanteile eines deutschen Unternehmens durch ein Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU sowie Norwegens, Islands, Liechtensteins und der Schweiz prüfen. Stellt es eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit fest, kann es die Transaktion mit Zustimmung der Bundesregierung untersagen. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung orientiert sich an der Rechtsprechung des EuGH, der bisher beispielsweise die Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung im Krisenfall mit Erdölprodukten, Telekommunikation und Elektrizität als Gründe für eine Einschränkung der europäischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit anerkannt hat. Der Prüfungsablauf gleicht CFIUS. Unternehmen können eine Übernahme freiwillig melden und innerhalb von einem Monat eine Unbedenklichkeitsbescheinigung erhalten. Initiiert das BMWi beispielsweise nach einem Hinweis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht die Untersuchung selbst, so hat es drei Monate Zeit um zu entscheiden, ob es die Transaktion genauer prüfen will. Es kann dann Unterlagen anfordern und muss innerhalb zwei weiterer Monate nach deren Eingang eine endgültige Entscheidung treffen. Als Äquivalent zu den amerikanischen Mitigation Agreements kann auch das BMWi Maßnahmen wie eine Beschränkung der Stimmrechtsausübung oder die Bestellung eines Treuhänders anordnen, die eine bedenkliche Übernahme genehmigungsfähig machen können. Eine Gefährdung wird aber nur in wenigen Ausnahmefällen als hinreichend schwerwiegend eingeordnet werden, um eine Übernahme zu untersagen.

Fazit und Planungstips

Das neue Gesetz soll ausländische Investoren selbstverständlich nicht abschrecken, sondern für mehr Klarheit und Rechtssicherheit sorgen. Ein paar einfache Schritte sollten bei jeder Auslandsinvestition zur Standard Checkliste hinzugefügt werden, um die Vorteile des neuen Systems zu nutzen und Probleme zu vermeiden:

- Wird durch die Investition die Kontrolle über das Zielunternehmen erlangt (bzw. in Deutschland 25% der Stimmenanteile)?
- Erfolgt die Investition in einem sicherheitsrelevanten Sektor wie Rüstung, Energie, Infrastruktur, kritische Technologien oder Finanzinstitutionen?
- Ist eine Regierung an dem übernehmenden Unternehmen beteiligt?
- Vorabverhandlungen mit CFIUS und ggf. Lobbyarbeit;
- Aufbau eines guten Rufs bei CFIUS durch Genehmigung unbedenklicher Transaktionen;
- Freiwillige Meldung und Beantragung einer Genehmigung/Unbedenklichkeitserklärung;
- Suche nach Möglichkeiten, Risiken für die nationale Sicherheit zu begrenzen;
- Vertraglich sollte die Genehmigung durch CFIUS zur Bedingung für die Wirksamkeit der Übernahme gemacht werden;
- Der Übernahmevertrag sollte zudem die Folgen eines Verbots durch CFIUS regeln.

Ein offener, proaktiver Ansatz vermeidet den Eindruck, man habe etwas zu verbergen. Diesen Eindruck, der Huawei letztlich zum Verhängnis wurde, kann einem die aufgezeigte Vorausplanung ersparen.

Für weitere Fragen nehmen Sie bitte Kontakt mit uns auf:

Steven H. Thal

J.Dr. Attorney at Law, New York; Rechtsberater für US Recht,
OLG Frankfurt/ M.
+1 212 841 0742
sthal@phillipsnizer.com

Florian von Eyb

LL.M.; Rechtsanwalt; Attorney at Law, New York
+1 212 841 0720
fvoneyb@phillipsnizer.com

Disclaimer (English)

This information is provided as a public service to highlight matters of current interest and does not imply an attorney-client relationship. It is not intended to constitute a full review of any subject matter, nor is it a substitute for obtaining specific legal advice from competent, independent counsel.

Disclaimer (Deutsch)

Sämtliche Informationen werden ausschließlich als öffentlicher Service zur Verfügung gestellt und begründen kein Mandanten- oder Beratungsverhältnis. Sie stellen ein aktuelles Thema vor, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben und ersetzen nicht die individuelle, fallspezifische anwaltliche Beratung.