

## Das neue norwegische Außenwirtschaftsrecht im Bereich von M&A-Transaktionen

Dr. Roland Mörsdorf und Dr. Roland M. Stein<sup>\*)</sup>

*Der Schutz der nationalen Volkswirtschaft vor einer Beeinträchtigung der nationalen Interessen durch ausländische Direktinvestitionen ist ein Anliegen, das viele Staaten durch entsprechende Prüfungs- und Genehmigungsvorbehalte verfolgen. Der Beitrag stellt die diesbezüglichen gesetzlichen Instrumente am Beispiel der neuesten Regelung in Norwegen im Vergleich mit der deutschen Rechtslage dar, untersucht die erreichte Regelungsdichte und wagt einen Ausblick auf die Implementierung unionsrechtlicher Regelungen, die Gegenstand einer aktuellen Verständigung der gesetzgebenden Institutionen und eines Verordnungsvorschlags der Kommission sind.*

### I. Einleitung

Die Investitionen ausländischer Unternehmen sind in den letzten Jahren angestiegen. Dabei sind insbesondere die Investitionen aus China in den Blickpunkt europäischer Regierungen geraten. Insofern verwundert es nicht, dass die Investitionsschutzregelungen auf dem Vormarsch sind.

Norwegen hat sich diesem Trend ebenfalls angeschlossen. Anfang dieses Jahres ist nämlich das neue Sicherheitsgesetz (Sikkerhetsloven) aus dem Jahre 2018 in Kraft getreten.<sup>1)</sup> Das neue Sicherheitsgesetz ersetzt das alte Sicherheitsgesetz aus dem Jahre 1998 und soll die Handlungsfähigkeit der staatlichen Behörden in Bezug auf neue, zwischenzeitlich entstandene oder identifizierte Bedrohungsszenarien sicherstellen. Insofern wird das neue Sicherheitsgesetz als eine Fortführung und Modernisierung des alten Sicherheitsgesetzes verstanden. Im Gegensatz zum alten Sicherheitsgesetz enthält das neue Sicherheitsgesetz in Kapitel 10 auch erstmals explizite außenwirtschaftsrechtliche Regelungen. Diese Regelungen werden durch Kapitel 15 (§ 93) der neuen Unternehmenssicherheitsverordnung (Virksomhetsikkerhetsforskriften) ergänzt.<sup>2)</sup> Aufgrund dieser Bestimmungen bedarf die Übernahme von Unternehmen in bestimmten Fällen der Genehmigung durch die norwegischen Behörden und kann letztlich durch die norwegische Regierung untersagt werden.

Auch in der Bundesrepublik Deutschland gab es in den vergangenen Jahren Änderungen bei der Überprüfung von Unternehmenskäufen durch ausländische Investoren. Im Jahre 2017 wurde die maßgebliche Außenwirtschaftsverordnung (AWV) grundlegend reformiert. Bereits ein Jahr später erfolgten weitere Änderungen, mit denen unter anderem die Prüfungscompetenz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) ausgeweitet wurde, indem die Schwellenwerte bei Share Deals deutlich gesenkt wurden.

Dieser Beitrag beschreibt die neuen norwegischen außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen und vergleicht sie mit den deutschen Pendanten gemäß §§ 55 ff. AWV.

### II. Sicherheitsrelevante Unternehmen

Die norwegischen außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen gelten für solche Unternehmen, die durch ein Ministerium oder, falls ein Unternehmen nicht in den Zuständigkeitsbereich der einzelnen Ministerien fällt, durch die Nationale Sicherheitsbehörde (Nasjonal Sikkerhetsmyndighet – NSM) als sicherheitsrelevant eingestuft worden sind. Die einzelnen Ministerien können die Einstufung auf eigene Initiative oder auf Vorschlag durch die Nationale Sicherheitsbehörde vor-

nehmen.<sup>3)</sup> Die einzelnen Ministerien sollen eine jede durch sie selbst vorgenommene Einstufung der Nationalen Sicherheitsbehörde mitteilen, so dass die Nationale Sicherheitsbehörde eine Übersicht über alle in Norwegen als sicherheitsrelevant eingestuft Unternehmen führen kann. Die Einstufung kann jederzeit vorgenommen werden, also – aus eher politisch motivierten Gründen – beispielsweise auch noch dann, wenn die Übernahme eines Unternehmens kurz bevorsteht. Zu den Bereichen, in denen eine solche Einstufung in Betracht kommt, gehören nach Ansicht des Gesetzgebers die Bereiche Energie, Ernährung, Gesundheit, Telekommunikation und Transport.

In Deutschland kann das BMWi den Erwerb deutscher Unternehmen durch ausländische Investoren überprüfen. Das gilt grundsätzlich für alle Unternehmen. Die vorige Aufnahme in eine Liste ist nicht notwendig. Die Branche des Unternehmens ist indes für die Art und Tiefe der Prüfung maßgeblich. Zu unterscheiden sind hierbei insbesondere die sektorübergreifende und die sektorspezifische Prüfung.

Die sektorübergreifende Prüfung ist grundsätzlich auf alle Unternehmen anwendbar. § 55 Abs. 1 AWV listet Unternehmen auf, bei deren Erwerb durch unionsfremde Käufer eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung insbesondere angenommen wird. Das sind Unternehmen, die eine Kritische Infrastruktur betreiben, Software zum Betrieb einer solchen Infrastruktur entwickeln, Unternehmen der Telekommunikationsindustrie, Cloud-Computing-Dienste, Unternehmen der Telematikinfrastruktur und – neu in die Verordnung aufgenommen – Unternehmen der Medienwirtschaft. Die sektorspezifische Prüfung betrifft hingegen nur die in § 60 Abs. 1 AWV genannten Unternehmen, die in sensiblen Sicherheitsbereichen tätig sind, wie etwa Verteidigung und Kryptotechnik. Dazu gehören Hersteller und Entwickler von Kriegswaffen, Munition, militärischer Ausrüstung, sowie von Technologien, die zur Verarbeitung von staatlichen Verschlusssachen oder für IT-Sicherheitsfunktionen verwendet werden.

Der Vergleich zwischen dem norwegischen und deutschen Recht zeigt, dass die Einstufung der Unternehmen unterschiedlich erfolgt. Während die norwegischen Behörden vor Ausübung ihrer

\*) Der Autor Mörsdorf ist Partner bei der Kanzlei Advokatfirmaet Grette AS, Oslo, und der Autor Stein ist Partner bei der Kanzlei BLOMSTEIN, Berlin. Die Autoren bedanken sich bei Dr. Leonard von Rummel (ebenfalls BLOMSTEIN) für die wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung des Beitrags.

1) Gesetz Nr. 24 v. 1.6.2018. Das Gesetz ist unter folgendem Link einsehbar: [https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2018-06-01-24#KAPITTEL\\_1](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2018-06-01-24#KAPITTEL_1).

2) Verordnung Nr. 2053 v. 20.12.2018. Die Unternehmenssicherheitsverordnung ist unter folgendem Link einsehbar: <https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2018-12-20-2053>.

3) Siehe im Einzelnen § 1-3 des norwegischen Sicherheitsgesetzes.

Prüfungskompetenz Unternehmen als sicherheitsrelevant einstufen müssen, kann das BMWi theoretisch die Investition in jedes Unternehmen überprüfen und dieses somit für sicherheitsrelevant halten. Im Ergebnis dürften ähnliche Unternehmen als sicherheitsrelevant gelten, nämlich insbesondere solche, die im Bereich der Verteidigung, Energie, Telekommunikation und des Verkehrs tätig sind. Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass das norwegische Sicherheitsgesetz keine Unterschiede hinsichtlich Prüfungstiefe und Verfahren macht. Im Gegensatz dazu unterscheidet die AWV zwischen der sektorübergreifenden (§§ 55 ff. AWV) und der sektorspezifischen Prüfung (§§ 60 ff. AWV).

### III. Share Deals

Die norwegischen außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen kommen nur dann zur Anwendung, wenn die Übernahme als Share Deal strukturiert ist.<sup>4)</sup> Weitere Voraussetzung ist grundsätzlich, dass der Käufer durch die Übernahme, und unter Berücksichtigung etwaiger bereits durch ihn gehaltener Anteile, unmittelbar oder mittelbar mindestens ein Drittel des Gesellschaftskapitals, der Gesellschaftsanteile oder der Stimmrechte an dem Unternehmen halten würde, wobei insoweit die Anteile, die durch verbundene Unternehmen bereits gehalten oder ebenfalls neu erworben werden sollen, hinzugerechnet werden.<sup>5)</sup> Dem ist gleichgestellt, wenn der Käufer ein bloßes Recht auf den Erwerb eines Drittels des Gesellschaftskapitals oder der Gesellschaftsanteile erhalten würde. Die Schwelle von einem Drittel wurde bewusst gewählt, weil gemäß norwegischem Gesellschaftsrecht die wesentlichen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer Mehrheit von mehr als zwei Dritteln der Stimmen bedürfen<sup>6)</sup> und daher ein Stimmenanteil von einem Drittel eine negative Kontrolle vermittele.<sup>7)</sup> Aus diesem Grunde wurde ein System, nach dem die außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen bereits ab einer Schwelle von 10 % zur Anwendung kommen sollen, abgelehnt.<sup>8)</sup>

Aber auch wenn der Käufer weniger als ein Drittel, oder das Recht auf den Erwerb weniger als eines Drittels, des Gesellschaftskapitals, der Gesellschaftsanteile oder der Stimmrechte an dem Unternehmen durch die Übernahme erhalten würde, finden die außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen dann Anwendung, wenn sich stattdessen auf andere Weise – beispielsweise aufgrund des Gesellschaftsvertrags oder einer Gesellschaftervereinbarung – ein erheblicher Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens ergeben würde. Dies ist nach Ansicht des Gesetzgebers beispielsweise dann der Fall, wenn der Käufer berechtigt ist, die Mehrzahl der Mitglieder des Verwaltungsrats (Styre) des Unternehmens zu wählen.<sup>9)</sup> Der Verwaltungsrat ist im norwegischen Gesellschaftsrecht das übergeordnete Geschäftsführungsorgan<sup>10)</sup> und daher maßgeblich an der Geschäftsführung des Unternehmens beteiligt.

Asset Deals unterliegen nicht den neuen außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen, sondern der allgemeinen Kontrollvorschrift des § 2-5 des norwegischen Sicherheitsgesetzes. Gemäß dieser Vorschrift kann die norwegische Regierung die Maßnahmen treffen, die zur Verhinderung solcher Handlungen erforderlich sind, welche die nationale Sicherheit bedrohen können. Nach Ansicht des Gesetzgebers kann auf der Grundlage die-

ser Vorschrift die Übernahme eines Unternehmens, die als Asset Deal strukturiert ist, untersagt werden, wenn die dort festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>11)</sup>

Das deutsche Recht erfasst hingegen sowohl Asset Deals als auch Share Deals sowie direkte und indirekte Beteiligungen.<sup>12)</sup> Aus Sicht des Verordnungsgesetzgebers ist die vertragliche Ausgestaltung des Erwerbs unerheblich, entscheidend ist, dass im Ergebnis die Erlangung von mindestens 10 bzw. 25 % der Stimmrechtsanteile bezweckt wird.<sup>13)</sup> Eine Prüfungskompetenz des BMWi besteht, wenn der Investor bei Erwerbsvorgängen im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung unmittelbar oder mittelbar Kontrolle über mindestens 10 % der Stimmrechte an einem in § 55 Abs. 1 AWV genannten Unternehmen oder 25 % an allen sonstigen Unternehmen erlangt (§ 56 AWV). Beim mittelbaren Erwerb erwirbt ein Unternehmen mit Sitz in einem EU- oder EFTA-Land die Beteiligung, allerdings hält ein Unionsfremder mehrheitlich die Stimmrechtsanteile an dem unmittelbaren Erwerber. § 56 Abs. 2 AWV sieht Situationen vor, in denen die Stimmrechte Dritter an dem inländischen Unternehmen bei der Berechnung der Stimmrechtsanteile des Erwerbes hinzugerechnet werden. Hält der unionsfremde Erwerber an Unternehmen mindestens 10 bzw. 25 % der Stimmrechte, die ihrerseits an dem zu erwerbenden deutschen Unternehmen beteiligt sind, so werden dem Erwerber die Anteile hinzugerechnet (§ 56 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a bzw. Buchst. b AWV). Zudem werden die Stimmrechte Dritter an dem zu erwerbenden Unternehmen hinzugerechnet, mit denen der Erwerber eine Vereinbarung über die gemeinsame Ausübung von Stimmrechten abgeschlossen hat (§ 56 Abs. 2 Nr. 2 AWV).

Bei der sektorspezifischen Prüfung liegt die Schwelle für eine Prüfung ebenfalls bei dem unmittelbaren und mittelbaren Erwerb von 10 % oder mehr der Stimmrechte eines in § 60 Abs. 1 AWV genannten Unternehmens (§ 60a AWV). Die bei der sektorübergreifenden Prüfung anwendbaren Zurechnungsregeln der Stimmrechtsanteile sind gemäß § 60a Abs. 2 AWV auch bei der sektorspezifischen Prüfung anwendbar.

Der deutlichste Unterschied zwischen den norwegischen und deutschen Regelungen ergibt sich hinsichtlich der Aufgreifschwelle für eine Prüfung bei Share Deals. Diese liegt in Deutschland mit 10 %<sup>14)</sup> deutlich unter

4) Siehe zur Übernahme von norwegischen Kapital- und Personengesellschaften Mörsdorf, Share Deals in Norwegen, RIW 2010, 19 ff.

5) § 10-1 Abs. 2 und 3 des norwegischen Sicherheitsgesetzes.

6) Das stimmt so nur für die norwegischen Kapitalgesellschaften. Bei Personengesellschaften können sämtliche Beschlüsse nur durch alle Gesellschafter gefasst werden, soweit im Gesellschaftsvertrag nichts Anderes festgelegt ist, siehe Mörsdorf, Die norwegische Personengesellschaft, RIW 2011, 133, 139.

7) Gesetzesmaterialien Prop. 153 L (2016-2017), 151.

8) Eine Schwelle von 10 % wurde u.a. von den norwegischen Gewerkschaften vorgeschlagen, siehe Stellungnahme des Felleforbundet v. 20.1.2017 (Az. 16/3401-2/FF – 008 JOPR).

9) Gesetzesmaterialien Prop. 153 L (2016-2017), 192.

10) Mörsdorf, die norwegische GmbH in Gestalt der jüngsten Reformen, RIW 2013, 824, 834 ff., und zuletzt Mörsdorf, Aufklärungspflicht und Eigenhaftung der Geschäftsführung, IWRZ 3/2018, 140.

11) Gesetzesmaterialien Prop. 153 L (2016-2017), 150.

12) Mausch-Liotta in Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, 2017, § 55 AWV Rz. 17.

13) BT-Drucks. 16/10730, 13.

14) Bzw. 25 % für Unternehmen, deren Übernahme nicht durch § 55 Abs. 1 oder § 60 Abs. 1 AWV als besonders sicherheitsrelevant eingestuft werden.

der norwegischen Vorgabe von einem Drittel der Beteiligung an Kapital oder Stimmrechten an einem sicherheitsrelevanten Unternehmen. Die bislang geltende Prüfeintrittsschwelle, die bei einer Kontrolle über 25 % der Stimmrechte lag, begründete sich damit, dass ein Anteilseigner damit eine Sperrminorität innehat. Dies ermöglicht Anteilseignern Satzungsänderungen zu verhindern und Minderheitenrechte auszuüben. Damit stellte der deutsche Verordnungsgeber ähnliche Überlegungen an, wie sie auch in Norwegen getroffen wurden. Aus Sicht des BMWi bestand aber Handlungsbedarf, weil sich gezeigt habe, dass in einigen Konstellationen auch bei geringeren Beteiligungen eine Einflussnahme möglich sei.<sup>15)</sup> Eine solche Einflussnahme sei nach der Benchmark-Definition der OECD bei einer Beteiligung von 10 % oder mehr anzunehmen, da Direktinvestitionen durch ein langfristiges Interesse und den Kontrollanspruch des Investors gekennzeichnet sein können.<sup>16)</sup> Allerdings eröffnet das norwegische Recht eine Prüfungsmöglichkeit auch, wenn sich aufgrund anderer Umstände faktisch ein erheblicher Einfluss auf das Unternehmen wie beispielsweise durch die Besetzung der Gesellschaftsorgane ergibt. Insofern dürften auch in Norwegen ausreichende Kontrollmöglichkeiten gegeben sein, da der prozentuale Schwellenwert keine starre Grenze ist. In Deutschland hat sich dagegen gezeigt, dass die absoluten Aufgreifwerte für eine Prüfung von Investoren umgangen wurden, indem sie die Grenze leicht unterschritten, aber dennoch Einfluss auf das Unternehmen ausübten. Daher bestand die Notwendigkeit, die Grenzwerte abzusenken, um eine umfassendere Überprüfungsmöglichkeit zu erhalten.

#### IV. Verfahren

Nach norwegischem Recht hat der Käufer im Falle einer Unternehmensübernahme, auf welche die außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden, die Übernahme dem zuständigen Ministerium oder der Nationalen Sicherheitsbehörde zur Prüfung anzuzeigen. Zuständig wird diejenige Stelle sein, die das Unternehmen als sicherheitsrelevant eingestuft hat, da dadurch die Zuständigkeit festgeschrieben wird. Das daran anknüpfende Verfahren ist zweistufig ausgestaltet.

Zunächst ist das Ministerium oder die Nationale Sicherheitsbehörde für die Prüfung zuständig. Innerhalb einer Frist von 60 Arbeitstagen ist dem Käufer mitzuteilen, ob die Übernahme genehmigt oder der Regierung zur Entscheidung vorgelegt wird. Prüfungsmaßstab ist das Risikopotenzial der Übernahme und die sicherheitsmäßige Zuverlässigkeit des Käufers. Ein Aspekt ist hierbei, in welchem Ausmaß der Käufer in Beziehungen zu einem Land steht, mit dem Norwegen in sicherheitsrelevanten Bereichen nicht zusammenarbeitet.<sup>17)</sup> Der Prüfung wird die Anzeige des Käufers zugrunde gelegt. Der zwingende Inhalt der Anzeige ist in § 93 der Unternehmenssicherheitsverordnung festgelegt. Danach ist u.a. die Konzernstruktur des Käufers einschließlich eventueller Beteiligungen nicht-norwegischer – natürlicher oder juristischer – Personen an dem Käufer und eventueller Beteiligungen des Käufers an nicht-norwegischen juristischen Personen anzugeben. Weiterhin sind Angaben zu den Mitgliedern der Geschäftsführungsorgane des Käufers zu machen. Wenn von dem Käufer weitere Unterlagen für die Prü-

fung verlangt werden, wird die Frist von 60 Arbeitstagen unterbrochen und läuft erst dann weiter, wenn der Käufer die Unterlagen vorgelegt hat. Allerdings dürfen weitere Unterlagen nur innerhalb der ersten 50 Arbeitstage verlangt werden.<sup>18)</sup>

Wenn die Übernahme durch das Ministerium oder die Nationale Sicherheitsbehörde nicht genehmigt wird, ist sie der Regierung zur weiteren Prüfung vorzulegen. Die Regierung kann die Übernahme dann untersagen oder von Bedingungen abhängig machen, falls die Übernahme ein nicht unerhebliches Risiko für die nationalen Sicherheitsinteressen Norwegens bedeutet. Eine solche Entscheidung soll die Regierung aber nach Ansicht des Gesetzgebers nur dann treffen dürfen, wenn sie verhältnismäßig ist und dabei die nationalen Sicherheitsinteressen die negativen wirtschaftlichen Konsequenzen der Entscheidung für die Beteiligten überwiegen. Wenn die Regierung den Erwerb nicht zu untersagen oder von Bedingungen abhängig zu machen beabsichtigt, ist dies dem Käufer durch die anfangs zuständige Stelle – also das Ministerium oder die Nationale Sicherheitsbehörde – mitzuteilen.<sup>19)</sup> Weder Kapitel 10 des neuen Sicherheitsgesetzes noch die Unternehmenssicherheitsverordnung sehen für die Entscheidung durch die Regierung eine Frist vor.

Auch das deutsche Recht sieht Meldepflichten vor. Für die sektorübergreifende Prüfung bestehen sie nur, wenn eines der in § 55 Abs. 1 Satz 2 AWV genannten Unternehmen erworben wird (§ 55 Abs. 4 AWV). In diesem Fall können sowohl der Erwerber, als auch der Verkäufer das BMWi benachrichtigen. Das ist zwar nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber aus einem Umkehrschluss aus § 60 Abs. 3 Satz 2 AWV. Dieser regelt, dass im Fall der sektorspezifischen Prüfung jede Übernahme ausschließlich vom unmittelbaren Erwerber zu melden ist. In der schriftlichen Meldung sind zumindest der geplante Erwerb, der Erwerber, das zu erwerbende inländische Unternehmen und die jeweiligen Geschäftsfelder in Grundzügen darzustellen. In der Praxis nimmt meist in beiden Fällen der Erwerber die Meldung vor.

Das Verfahren beginnt entweder, indem das BMWi selbst eine Prüfung einleitet oder der Erwerber im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung einen Antrag auf Ausstellung einer Unbedenklichkeitserklärung stellt (§ 58 AWV) oder bei der sektorspezifischen Prüfung die Freigabe des Erwerbs beantragt (§ 61 AWV). Zuständig ist für alle Verfahren das BMWi. Bei Bedarf beteiligt es andere betroffene Ministerien im Rahmen ihrer Zuständigkeiten, in der Praxis häufig die Bundesministerien der Verteidigung und der Finanzen. Die AWV sieht Ausschlussfristen für das Tätigwerden des BMWi vor. Eine Unbedenklichkeitsbescheinigung gilt als erteilt, wenn das BMWi nicht binnen zwei Monaten nach dem schriftlichen Antrag des Erwerbers auf Erteilung einer Unbe-

15) Runderlass Außenwirtschaft Nr. 3/2018 – Zwölfte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung v. 19.12.2018, BAnz AT 28.12.2018 B1.

16) Runderlass Außenwirtschaft Nr. 3/2018 – Zwölfte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung v. 19.12.2018, BAnz AT 28.12.2018 B1; OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4. Aufl. 2008, 17.

17) Gesetzesmaterialien Prop. 153 L (2016-2017), 192.

18) Siehe im Einzelnen § 10-2 des norwegischen Sicherheitsgesetzes.

19) Siehe im Einzelnen § 10-3 des norwegischen Sicherheitsgesetzes.

denklichkeitsbescheinigung ein Prüfverfahren einleitet. Bei Antrag auf Erteilung einer Freigabe für den Erwerb gilt dieser als freigegeben, wenn das BMWi nicht innerhalb von drei Monaten nach der schriftlichen Meldung ein förmliches Prüfverfahren einleitet.

Eröffnet das BMWi ein solches Prüfverfahren, ist der Erwerber nach § 57 AWV bzw. § 61 Satz 3 i.V.m. § 57 AWV verpflichtet, weitere Unterlagen über den Erwerb einzureichen. Die Einzelheiten ergeben sich aus einer Allgemeinverfügung des BMWi.<sup>20)</sup> Darüber hinaus kann das BMWi für die Prüfung von allen am Erwerb Beteiligten weitere Unterlagen anfordern. Nach Vorlage der vollständigen Unterlagen kann der Erwerb im Fall der sektorübergreifenden Prüfung nur binnen vier Monaten und bei der sektorspezifischen Prüfung nur innerhalb von drei Monaten beschränkt oder untersagt werden. Zu beachten ist aber, dass Verhandlungen zwischen dem BMWi und den Beteiligten die Verjährung hemmen. Zudem gelten die Fristen erst ab Einreichung der vollständigen Unterlagen, so dass sich regelmäßig die Frage stellt, wann diese vorliegen und damit die Frist zu laufen beginnt.<sup>21)</sup> In der Praxis verliefen die Prüfungen bis vor kurzem sehr schnell, meist innerhalb weniger Wochen. Seit Mitte 2018 lässt sich aber eine deutliche Verlängerung feststellen. Dies deutet auf eine kritischere Prüfung auf Seiten des BMWi und der beteiligten Stellen hin.

Maßgebend bei der sektorübergreifenden Investitionsprüfung ist, ob der konkrete Erwerb die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet. Das ist insbesondere anzunehmen, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.<sup>22)</sup> Die Kriterien der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sind unionsrechtlich geprägt. Die Rechtsprechung des EuGH ist zu beachten.<sup>23)</sup> Der EuGH hat eine mögliche Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit bisher bei Fragen der Sicherstellung der Versorgung im Krisenfall, in den Bereichen Telekommunikation und Elektrizität oder der Gewährleistung von Dienstleistungen von strategischer Bedeutung anerkannt.<sup>24)</sup> Am Ende des Verfahrens wird entweder eine Unbedenklichkeitsbescheinigung ausgestellt oder – mit Zustimmung der Bundesregierung – der Erwerb untersagt oder mit Anordnungen verbunden, um die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten.

Die sektorspezifische Prüfung legt einen anderen Prüfungsmaßstab bei der Übernahme von Unternehmen an. Maßgeblich für die Prüfung durch das BMWi ist, ob der konkrete Erwerb wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet.<sup>25)</sup> Wesentliche Sicherheitsinteressen sind insbesondere gefährdet, wenn die sicherheitspolitischen Interessen oder die militärische Sicherheitsvorsorge Deutschlands beeinträchtigt würden.<sup>26)</sup> Insbesondere darf die Veräußerung die Verfügungsmöglichkeiten über Kernfähigkeiten der deutschen Rüstungswirtschaft nicht gefährden. Auch hier spielt bei der Beurteilung das einschlägige Unionsrecht und die Rechtsprechung des EuGH eine Rolle.<sup>27)</sup> Das Verfahren endet mit der Erteilung der Freigabe oder – wie auch bei der sektorübergreifenden Prüfung – mit der Untersagung des Erwerbs oder dem Erlass von Anordnungen, um so wesentliche Sicherheitsinteressen zu gewährleisten.

Die Regelungsregime beider Länder legen ähnliche verfahrensrechtliche Vorschriften zugrunde: Zum einen gibt es nach beiden Rechtsordnungen Meldepflichten bei einem Erwerb eines sicherheitsrelevanten Unternehmens. Im Anwendungsbereich der AWV richten sich diese wiederum danach, ob eine sektorübergreifende oder sektorspezifische Prüfung zu erfolgen hat. Zum anderen folgt auch das Prüfverfahren einem ähnlichen Muster. Zunächst wird der Erwerb auf Grundlage der Meldung und der eingereichten Unterlagen geprüft. Sind die eingereichten Unterlagen nicht ausreichend, um den Erwerb freizugeben, findet in einem zweiten Schritt eine intensivere Prüfung statt. Am Ende steht entweder die Genehmigung des Erwerbsvorgangs oder die zuständigen Behörden verbieten die Veräußerung ganz oder verbinden sie mit Auflagen.

Unterschiede ergeben sich hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs. Das deutsche Recht knüpft an das zu erwerbende Unternehmen und seine sicherheitspolitische Bedeutung für die Bundesrepublik an. Die Prüfung in Norwegen berücksichtigt auch, welche negativen wirtschaftlichen Konsequenzen der Erwerb für die Beteiligten haben könnte. Ein solcher Prüfungsmaßstab ist in Deutschland problematisch. Außerdem genügt nach der Rechtsprechung des EuGH die Beeinträchtigung wirtschaftlicher, arbeitsmarktpolitischer und finanzieller Interessen des Staates nicht, um eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung annehmen zu können.<sup>28)</sup> Auch wenn dieses Kriterium offiziell nicht in die Prüfung einbezogen werden darf, ist dennoch davon auszugehen, dass in den öffentlich nicht zugänglichen Entscheidungsgremien wirtschaftliche und politische Gesichtspunkte mitbedacht werden.

## V. Closing

Die norwegischen außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen sehen für den Zeitraum der Prüfung der Unternehmensübernahme durch das zuständige Ministerium oder die Nationale Sicherheitsbehörde und für den Zeitraum einer eventuell anschließenden Prüfung durch die Regierung ausdrücklich kein Durchführungsverbot vor.<sup>29)</sup> Gleichwohl kann die Regierung auch solche Übernahmen, die bereits durchgeführt worden sind, untersagen und deren Rückabwicklung verlangen. Ein Closing der Transaktion steht also, deren nachträglichen Untersagung durch die Regierung, nicht entgegen. Im Übrigen kann die Regierung nach Ansicht des Gesetz-

20) Allgemeinverfügung zu den gemäß § 57 der Außenwirtschaftsverordnung einzureichenden Unterlagen (sektorübergreifende Prüfung) v. 2.9.2013, BAnz AT 6.9.2013 B1

21) Siehe hierzu Stein/Schleifenbaum, Staatliche Kontrolle ausländischer Investoren, ZfZ 2015, 202, 205.

22) BT-Drucks. 16/10730, 11; vgl. auch §§ 5 Abs. 2 Satz 2, 4 Abs. 1 Nr. 4 AWG.

23) EuGH v. 2.6.2016, C-438/14, NJW 2016, 2093; EuGH v. 22.12.2010, C-208/09, Slg 2010, I-13693; EuGH v. 14.10.2004, C-36/02, Slg 2004, I-9609, m.w.N.

24) EuGH v. 8.11.2012, C-244/11, EuZW 2013, 29; EuGH v. 13.5.2003, C-463/00 Slg 2003, I-4581; EuGH v. 4.6.2002, C-503/99, Slg 2002, I-4809.

25) Siehe hierzu Stein/Thoms in Dorsch, Zollrecht, § 4 AWG Rz. 4 (Stand Dezember 2018).

26) BR-Drucks. 5/04, 7.

27) BR-Drucks. 5/04, 5.

28) EuGH v. 14.3.2000, C-54/99, Slg 2000, I-1335; EuGH v. 28.10.1975, 36/75, DÖV 1976, 129; so auch Mausch-Liotta in Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, 2017, § 55 Rz. 26 m.w.N.

29) Gesetzesmaterialien Prop. 153 L (2016-2017), 151.

gebers eine Übernahme auch dann untersagen oder von Bedingungen abhängig machen, wenn sie überhaupt nicht angezeigt worden ist.<sup>30)</sup> Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, dass diese Risiken die Beteiligten dazu motivieren, zum einen dem zuständigen Ministerium oder der Nationalen Sicherheitsbehörde die Übernahme tatsächlich zur Prüfung anzuzeigen und zum anderen das Closing auf deren Genehmigung oder die Mitteilung, dass der Erwerb nicht untersagt wird, aufschiebend zu bedingen.<sup>31)</sup> Der Gesetzgeber legt also zugrunde, dass die Übernahme dem zuständigen Ministerium oder der Nationalen Sicherheitsbehörden spätestens nach dem Signing, aber noch vor dem Closing angezeigt wird. Gesetzestechisch wäre aber eine Anzeige nach dem Closing – unter Inkaufnahme der vorstehend beschriebenen Risiken – wohl zulässig.

Auch im deutschen Recht gibt es kein Durchführungsverbot.<sup>32)</sup> Allerdings birgt es für die Beteiligten Risiken, eine Entscheidung des BMWi nicht abzuwarten. Bei Transaktionen ohne Meldepflicht führt die (noch) fehlende Zustimmung des BMWi nicht dazu, dass die Transaktion selbst oder der ihr zugrundeliegende Vertrag unwirksam sind. Allerdings führt eine (nachträglich) ablehnende Entscheidung des BMWi zu ihrer Unwirksamkeit (§ 15 Abs. 2 AWG).<sup>33)</sup> Daher ist es empfehlenswert, die Entscheidung des BMWi abzuwarten oder in den Vertrag Bedingungen zum Closing aufzunehmen. So kann bereits bei Vertragsschluss berücksichtigt werden, dass die Wirksamkeit des Übernahmevertrags und der Transaktion von einer Entscheidung des BMWi abhängig sind, sei es in Form einer ausdrücklichen Genehmigung oder fingierten Zustimmung durch Fristablauf. Besteht eine Meldepflicht, sind bis zur ausdrücklichen oder stillschweigenden Entscheidung des BMWi Erwerbsverträge schwebend unwirksam. Darüber hinaus kann das BMWi – wie auch die norwegischen Behörden – Verträge, die bereits durchgeführt worden sind, bis zu fünf Jahre nach Vertragsschluss überprüfen (§ 55 Abs. 3 AWV). Um schnell Rechtssicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit des Kaufs zu haben, mag es daher auch für Erwerber eines Unternehmens, für dessen Übernahme keine Meldepflicht besteht, empfehlenswert sein, den Kauf anzuzeigen und eine Unbedenklichkeitsbescheinigung zu beantragen.

Es besteht damit weder in Norwegen noch in Deutschland ein Vollzugsverbot vor Entscheidung über den Erwerbsvorgang. Allerdings ist eine Vertragsdurchführung vor Abschluss der Prüfung risikobehaftet, da eine nachträgliche Untersagung in beiden Ländern möglich ist und eine Rückabwicklung der Verträge notwendig macht. Deshalb empfiehlt es sich, den Erwerb zu melden und zusätzlich Closing Conditions in die Verträge aufzunehmen.

## VI. Europarechtliche Zulässigkeit

Die norwegischen außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen kommen gemäß ihrem Wortlaut auch dann zur Anwendung, wenn der Käufer ein in der EU oder im EWR ansässiges Unternehmen ist. Dem Wortlaut nach ist nämlich der Anwendungsbereich des norwegischen Sicherheitsgesetzes und der Unternehmenssicherheitsverordnung nicht auf außereuropäische Unternehmen begrenzt. Dies steht grundsätzlich im Widerspruch zum EWR-Vertrag, worauf im Gesetz-

gebungsprozess ausdrücklich hingewiesen worden ist. Im Falle einer Übernahme durch einen europäischen Käufer können daher die außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen nur dann angewendet werden und kann vor allem die Regierung die Übernahme nur dann untersagen oder mit Bedingungen belegen, wenn dies ausnahmsweise nach dem EWR-Vertrag zulässig ist. Als Rechtsgrundlage kommen nach Ansicht des Gesetzgebers insbesondere Art. 123 und im Einzelfall auch Art. 33 des EWR-Vertrags in Betracht.<sup>34)</sup>

Gemäß Art. 123 des EWR-Vertrags können solche Maßnahmen ergriffen werden, die

1. erforderlich sind, um die Preisgabe von Auskünften zu verhindern, die wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht, oder die
2. sich beziehen auf die Erzeugung von, oder den Handel mit, Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder sonstigen Waren, die für Verteidigungszwecke oder für Forschung, Entwicklung oder Erzeugung für Verteidigungszwecke unerlässlich sind, sofern diese Maßnahmen die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen, oder die
3. bei einer schwerwiegenden innerstaatlichen Störung der öffentlichen Ordnung, im Kriegsfall, bei einer ernsten, eine Kriegsgefahr darstellenden internationalen Spannung oder in Erfüllung der Verpflichtungen, die im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Friedens und der internationalen Sicherheit übernommen worden sind, für die eigene Sicherheit als wesentlich erachtet werden.

Gemäß Art. 33 des EWR-Vertrags können außerdem im Einzelfall Maßnahmen aufgrund solcher Rechts- und Verwaltungsvorschriften ergriffen werden, die eine besondere Regelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

Das deutsche Recht berücksichtigt bei der sektorübergreifenden Prüfung die Diskriminierungsverbote der EWR- und EU-Verträge. Eine Prüfung durch das BMWi findet nur statt, wenn der Erwerber unionsfremd ist, also nicht in Deutschland, einem EU- oder EFTA-Mitgliedsstaat ansässig ist. Ausnahmsweise unterliegen auch Erwerbe durch Unionsansässige der Prüfung, wenn es aus Sicht des BMWi Anzeichen dafür gibt, dass eine missbräuchliche Gestaltung oder ein Umgehungsgeschäft zumindest auch vorgenommen wurde, um eine Prüfung der Übernahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu unterlaufen (§ 55 Abs. 2 AWV).<sup>35)</sup> Im Bereich der sektorspezifischen Übernahmen unterliegen auch Übernahmen von in der EU- oder EFTA-Staaten Ansässigen der Überprüfung durch das BMWi, weil es sich hierbei um Übernahmen in besonders sicherheitsrelevanten Bereichen handelt, so dass eine Beschränkung der EU-Grundfreiheiten wegen Art. 346 Abs. 1 Buchst. b

30) Gesetzesmaterialien Prop. 153 L (2016-2017), 192 f.

31) Gesetzesmaterialien Prop. 153 L (2016-2017), 151.

32) Vgl. Mausch-Liotta in Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, 2017, § 60 AWV Rz. 31.

33) Sachs in Stein/Thoms, Außenwirtschaftsgesetz, 2014, § 15 AWG Rz. 9.

34) Gesetzesmaterialien Prop. 153 L (2016-2017), 152.

35) Siehe hierzu ausführlich Stein/Schleifenbaum, Staatliche Kontrolle ausländischer Investoren, ZfZ 2015, 202, 203.

AEUV<sup>36)</sup> bzw. unter Berufung auf Art. 123 oder Art. 33 des EWR-Vertrags zulässig ist. Auch hier gibt es für das BMWi bei Missbrauchsverdacht die Möglichkeit, die Übernahme durch einen Inländer zu überprüfen.

Bei der Prüfung aufgrund außenwirtschaftlicher Ermächtigungen müssen sowohl in Norwegen als auch in Deutschland europarechtliche Diskriminierungsverbote beachtet werden. Der deutsche Gesetzgeber trägt ihnen bei der sektorübergreifenden Prüfung bereits im Normtext Rechnung, indem er gem. § 55 Abs. 2 AWV nur Investitionen aus Drittländern überprüft. Für die sektorspezifische Prüfung hingegen fehlt eine vergleichbare Regelung. Sektorspezifische Prüfungen durch das BMWi und alle Überprüfungen durch die norwegischen Behörden müssen sich dennoch an den Ausnahmever-schriften der EU- bzw. EWR-Vorschriften messen lassen.

### VII. Fazit

Die Gegenüberstellung zwischen den gesetzlichen Regelungen der Investitionskontrolle in Norwegen und Deutschland zeigt, dass sich der Trend fortsetzt, die Übernahme inländischer Unternehmen oder Unternehmensteile durch ausländische Käufer eingehend zu prüfen und ggf. zu beschränken. Besonders deutlich wird das im neuen norwegischen Recht dadurch, dass erstmals ausdrückliche Regelungen für die Behandlung von Share Deals eingeführt wurden. Die größte Neuerung in Deutschland ist die spürbare Absenkung der Aufgreifwerte für eine Prüfung beim Erwerb von Unternehmensanteilen an bestimmten sicherheitsrelevanten Unternehmen, die von 25 % auf 10 % der Stimmrechte reduziert wurden.

Durch die Erweiterung der Prüfungscompetenz in beiden Ländern gilt für Investoren, dass sie besonders genau prüfen sollten, ob der Unternehmenskauf unter die Investitionskontrolle fällt und eine Meldepflicht besteht.

Die Übersicht der Nationalen Sicherheitsbehörde über sicherheitsrelevante Unternehmen erleichtert in Norwegen diesen Prozess. Allerdings ist – wie ausgeführt – zu beachten, dass eine Einstufung jederzeit, also auch kurz vor Vertragsschluss, erfolgen kann. In Deutschland sind die Kriterien seit der Reform 2017 klarer, bieten aber keine vollkommene Rechtssicherheit. Daher mag es für Investoren in deutsche Unternehmen vorteilhaft sein – selbst wenn keine Meldepflicht besteht – den Erwerb an das BMWi zu melden und eine Unbedenklichkeitsbescheinigung zu beantragen.

Es ist zu erwarten, dass Unternehmenskäufe durch ausländische Investoren auch in den kommenden Jahren weiter im Fokus der Politik bleiben werden. Auf Ebene der Europäischen Union einigten sich Europäisches Parlament, Rat und Kommission im November 2018 auf einen europäischen Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen. Ein Vorschlag der Kommission für den Erlass einer Verordnung<sup>37)</sup> wird in den kommenden Monaten im Europäischen Parlament und Rat diskutiert. Bislang gibt es Vorschriften zur Überprüfung von Direktinvestitionen nur in dreizehn EU-Mitgliedsstaaten und noch kein koordiniertes europäisches Vorgehen oder einen Informationsaustausch zwischen den Mitgliedsstaaten. Auch die Europäische Kommission hat bisher keine Möglichkeit, sich an Prüfungen zu beteiligen, selbst wenn durch den Erwerb EU-Projekte oder EU-Programme betroffen sind. An diesen Punkten setzt der Verordnungsvorschlag an. Er sieht unter anderem die Einführung von Kontrollmechanismen sowie einen Informationsaustausch zwischen den Mitgliedsstaaten und der Europäischen Kommission vor, um so zu einer unionsweit einheitlicheren Prüfung von Direktinvestitionen zu kommen.

36) Mausch-Liotta in Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, 2017, § 60 Rz. 10.

37) Europäische Kommission, COM (2017) 487 final.

## ZfZ-Rechtsprechung

### Zollrecht

#### Vermutung des Gemeinschaftscharakters von Waren

Eine Grundsatzentscheidung zur Verteilung der Beweislast für den Nachweis des Gemeinschaftswarenstatus von Waren und zur Umkehr der gemäß Art. 313 Abs. 1 ZK-DVO<sup>1)</sup> bestehenden Vermutung, bei allen im Zollgebiet der Gemeinschaft befindlichen Waren handele es sich um Gemeinschaftswaren.

Art. 313 der Verordnung (EWG) Nr. 2454/93 der Kommission vom 2. Juli 1993 mit Durchführungsvorschriften zu der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften in der durch die Verordnung (EG) Nr. 75/98 der Kommission vom 12. Januar 1998 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass Waren wie die im Ausgangsverfahren

in Rede stehenden, die von Gesellschaften mit Sitz in Drittstaaten an eine im Zollgebiet der Europäischen Union ansässige Gesellschaft zur dortigen Verwendung geliefert und dieser in Rechnung gestellt wurden, als im Sinne von Art. 37 der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates vom 12. Oktober 1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften in der durch die Verordnung (EG) Nr. 82/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 geänderten Fassung in dieses Gebiet verbracht und daher von der Ausnahme nach Art. 313 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 2454/93 in der durch die Verordnung Nr. 75/98 geänderten Fassung erfasst anzusehen sind, da der Gemeinschaftswarenstatus nur Waren zuerkannt wird, für die der Nachweis erbracht wurde, dass sie den

1) Vgl. Verordnung (EWG) Nr. 2454/93 der Kommission v. 2.7.1993 mit Durchführungsvorschriften zu der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 (ABl. 1993 Nr. L 253, 1) in der durch die Verordnung (EG) Nr. 75/98 der Kommission v. 12.1.1998 (ABl. 1998 Nr. L 7, 3, berichtigt in ABl. 1999, L 111, 88) geänderten Fassung (nachfolgend VO Nr. 2454/93).