

Einführung: One screening fits all?

FDI Screening-Verordnung und ihre Auswirkungen auf europäische Investitionsprüfungen

Dr. Milena Charnitzky, RITTERSHAUS & Friederike Henke, BUREN

1. Einleitung

Der Wunsch nach mehr Kontrolle über ausländische Direktinvestitionen ist in den vergangenen Jahren immer stärker in den politischen Fokus gerückt. Das deutsche Investitionsprüfungsregime ist nur eines von vielen in Europa, die in den letzten Jahren mehrere Verschärfungen erfahren haben. Jungster Katalysator für die Änderungen auf europäischer Ebene war und ist die Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union („FDI Screening-VO“).

Seit Einführung der FDI (Foreign Direct Investment) Screening-VO haben 24 der 27 EU-Mitgliedstaaten laut der EU-Kommission¹ entweder:

- (a) ein neues nationales FDI-Screening-Verfahren eingeführt,
 - (b) einen bestehenden Mechanismus angepasst oder
 - (c) einen Konsultations- oder Gesetzgebungsprozess eingeleitet, der (i) zur Annahme eines neuen Mechanismus' oder (ii) zur Änderung eines bestehenden führen soll:
- (a) Tschechische Republik, Malta, Danemark, Slowenien, die Slowakische Republik
 - (b) **Osterreich, Frankreich, Deutschland**, Finnland, Ungarn, Italien, Lettland, Litauen, **Polen**, Rumänien, Spanien
 - (c) (i) **Niederlande**, Portugal
 - (c) (ii) Belgien, Estland, Griechenland, Irland, Luxemburg, Schweden

Keine

Initiative: Bulgarien, Kroatien, Zypern

¹ Europäische Kommission, First Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union, 23.11.2021, COM (2021) 714 final, S. 8 f.

Der vorliegende Beitrag ist der erste in einer Beitragsreihe, die die Auswirkungen der FDI Screening-VO in verschiedenen europäischen Ländern sowie der Schweiz als EFTA-Staat miteinander vergleichen will. Vorgestellt werden die Investitionsprüfungsregime von sechs Ländern, hier oben in Fettdruck; hinzu kommt die Schweiz als EFTA-Staat, und zwar in folgender Reihenfolge: Deutschland, Niederlande, Österreich, Polen, Frankreich, Schweiz. Der Vergleich zwischen den Ländern wird zeigen, dass mehr Gemeinsamkeiten bestehen als man zunächst erwarten würde, die Herangehensweisen an die praktischen Herausforderungen aber mitunter ganz unterschiedlich sind, sodass der Blick über die Grenze sehr lehrreich sein kann.

2. Hintergründe und Zielsetzungen der FDI Screening-VO

Die Verordnung ist das Ergebnis verschiedener Forderungen an die Europäische Kommission. Im Februar 2017 richteten die Wirtschaftsminister Frankreichs, Italiens und Deutschlands *Sapin*, *Calenda* und *Zypries* ein Schreiben an die EU-Handelskommissarin *Malmstrom*² und riefen die EU-Kommission dazu auf, Vorschläge für einen EU-weiten Rahmen für die nationalen Investitionsprüfungen zu erarbeiten. Ein ähnlicher Vorstoß findet sich in einem Vorschlag von zehn Mitgliedern des Europäischen Parlaments aus März 2017.³ In beiden Aufrufen wird thematisiert, dass die Investitionsfreiheit in der EU zum Schutz der Union Beschränkungen erfahren müsse, sie eine gewisse Reziprozität beim Investment in anderen Nicht-EU-Staaten voraussetze und ein Eingreifen zugunsten der nationalen Sicherheitsinteressen insbesondere dann möglich sein müsse, wenn Investitionen durch staatliche Beihilfen subventioniert wurden.⁴

² Vgl. das Schreiben der Wirtschaftsminister Italiens, Frankreichs und Deutschlands an Cecilia Malmstrom, Februar 2017, abrufbar unter www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/schreiben-de-fr-it-an-malmstrom.html, zuletzt abgerufen am 11. April 2022.

³ Proposal for a Union act on the Screening of Foreign Investment in Strategic Sectors, 20. März 2017, B [8-0000/2017] von Weber, Caspany, Saifi, I. Winkler, Cicu, Proust, Quisthoudt-Rowohl, Reding, Schwab und Szejnfeld, zuletzt abgerufen am 11. April 2022.

⁴ Vgl. B. und Ziff. 1 im Proposal for a Union act on the Screening of Foreign Investment in Strategic Sectors, 20. März 2017, B [8-0000/2017], zuletzt abgerufen am 11. April 2022.

Zentrale Zielsetzung der FDI Screening-VO ist der Schutz der Sicherheit und öffentlichen Ordnung und die Vereinheitlichung des Investitionsprüfungsregimes innerhalb der EU. So seien „ausländische Investoren in Einzelfällen bestrebt [...], europäische Unternehmen, deren Aktivitäten Auswirkungen auf kritische Technologien, Infrastruktur, Ressourcen oder vertrauliche Informationen haben, unter ihre Kontrolle zu bringen oder Einfluss über sie zu gewinnen.“⁵ Solche Akquisitionen könnten es ermöglichen, dass „diese Vermögenswerte nicht nur auf Kosten des technischen Vorsprungs der EU, sondern auch zulasten der Sicherheit und der öffentlichen Ordnung der EU“ genutzt werden.⁶

3. Wesentliche Regelungsinhalte

3.1 Keine Pflicht zur FDI-Kontrolle

Die FDI Screening-VO verlangt von den Mitgliedstaaten nicht, dass sie ein Investitionsprüfungsregime einrichten. Die Mitgliedstaaten sollen weiterhin ihre jeweilige Situation und ihre nationalen Gegebenheiten berücksichtigen können. Die FDI Screening-VO schafft daher keine Pflicht für die Mitgliedstaaten, einen Kontrollmechanismus einzuführen.⁷

Hinsichtlich der Art der Investitionen, die kontrolliert werden, und der sensitiven Sektoren gibt die Verordnung ebenfalls keine Vorgaben. Sie benennt aber diverse Hoch- und Zukunftstechnologien als sicherheitsrelevant und unterstützt die Eingriffsbefugnisse der Mitgliedstaaten bei ausländischen Direktinvestitionen in europäische Schlüsseltechnologieunternehmen. Hierzu zählen unter anderem KI-Unternehmen (Künstliche Intelligenz), Robotik (in bestimmten Bereichen), Halbleiter- oder Quantentechnologie.

Das FDI Screening und etwaige Beschränkungen des ausländischen Investors dürfen weiterhin nur aus Gründen der Sicherheit und öffentlichen Ordnung erfolgen (Art. 3 und 4). Die FDI Screening-VO legt darüber hinaus bestimmte Mindestanforderungen an das Verfahren fest, was die Transparenz⁸, Diskriminierungsfreiheit, gerichtliche Kontrollmöglichkeit⁹ und Dauer anbelangt¹⁰.

3.2 Keine Prufeintrittsschwelle

Anders als viele Mitgliedstaaten, die bereits über ein Investitionsprüfungsverfahren verfügen, legt die Verordnung keine Prufeintrittsschwelle fest; auch der Begriff der Investition in Art. 2 Abs. 1 ist weiter und erfasst insbesondere auch „Greenfield-Investments“ (d.h. Investitionen in die Errichtung einer ersten Tochtergesellschaft im betreffenden Mitgliedstaat) sowie Investments in einzelne Vermögensgüter wie Grundstücke oder Immobilien, die für die Nutzung kritischer Infrastrukturen von wesentlicher Bedeutung sind.¹¹ In Polen, Frankreich, Österreich und Deutschland sind derzeit weder Greenfield-Investments noch Investitionen in einzelne Assets wie Immobilien erfasst.

3.3 Kooperationsmechanismus

Der Fokus der Verordnung liegt auf einer „Verklammerung“ der FDI-Prüfung der Mitgliedstaaten durch einen Kooperationsmechanismus, der gegenseitigen Informationsaustausch und Stellungnahmen ermöglichen soll, und damit eine Art „neighborhood watch“.

Der Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten soll über jeweils in den Mitgliedstaaten einzurichtende Kontaktstellen stattfinden. Die Kontaktstelle für Deutschland ist beispielsweise beim Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) angesiedelt.

Die FDI Screening-VO räumt den Mitgliedstaaten nichtsdestoweniger ausdrücklich das Letztentscheidungsrecht ein, ob – und wenn ja, wie – sie eine ausländische Direktinvestition im Rahmen der FDI Screening-VO überprüfen.¹² Weder die Kommission noch andere Mitgliedstaaten können eine Investition in einem (anderen) Mitgliedstaat verhindern; möglich ist es ihnen nur, ihre Bedenken in Form von Kommentaren (Mitgliedstaaten) oder Stellungnahmen (Kommission) zu übermitteln.¹³ Diese muss der betroffene Mitgliedstaat „angemessen berücksichtigen“¹⁴ und eine Abweichung begründen („comply or explain“).¹⁵ Die Mitgliedstaaten haben dennoch hierdurch künftig die Möglichkeit, einen Unternehmenserwerb zu prüfen und notfalls zu verbieten respektive prüfen und verbieten zu lassen, wenn die Investition die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eines anderen Mitgliedstaats voraussichtlich beeinträchtigt. Den Kommentaren und Stellungnahmen soll vornehmlich beratende Funktion zukommen. Es besteht aber eine einheitliche Informationspflicht.¹⁶

⁵ Europäische Kommission, Mitteilung: Offenheit für ausländische Direktinvestitionen bei gleichzeitigem Schutz grundlegender Unionsinteressen, 13.9.2017, COM(2017) 494 final, S. 5.

⁶ Europäische Kommission, Mitteilung: Offenheit für ausländische Direktinvestitionen bei gleichzeitigem Schutz grundlegender Unionsinteressen, 13.9.2017, COM(2017) 494 final, S. 6.

⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union, COM(2017) 487 final (SWD(2017) 297 final), S. 10; Krenzler/Herrmann/Niestedt/Voland, 18. EL Oktober 2021, EU_VO_2019_452 vor Art. 1 Rn. 11.

⁸ Art. 3 Abs. 2.

⁹ Art. 3 Abs. 5.

¹⁰ Art. 3 Abs. 3.

¹¹ Art. 4 Abs. 1 lit.a.

¹² Art. 1 Abs. 3; Zu der mitunter schwierigen Zuordnung der Rechtsgrundlagen und Kompetenzgrundlagen für die FDI Screening-VO siehe im Detail: Klamert/Bucher EuZW 2021, 335, 337 ff.

¹³ Art. 6 Abs. 2 und 3, Art. 7 Abs. 2 und 3.

¹⁴ Art. 6 Abs. 9, Art. 7 Abs. 7.

¹⁵ Art. 8 Abs. 2 lit.c.

¹⁶ Art. 5.

Nicht ganz unproblematisch ist, dass bei nicht geprüften Transaktionen Kommentare noch bis zu 15 Monate nach Abschluss der ausländischen Direktinvestition übermittelt werden können.¹⁷ Kurzer ist diese Frist augenscheinlich nur, wenn Informationen vom Mitgliedstaat erfragt werden.¹⁸ Diese starre Frist steht in Widerspruch zu Art. 3 Abs. 3 der FDI Screening-VO, wonach die Mitgliedsstaaten einen eigenen Zeitrahmen für ihr jeweiliges Prüfungsregime setzen und eine Berücksichtigung der Kommentare und Stellungnahmen ermöglichen dürfen.

3.4 Nein zum Reziprozitätstest

Auf einen Reziprozitätstest wurde in der Verordnung verzichtet. Dieser ließe sich – als rein ökonomischer Erwägungsgrund – vor dem Hintergrund des Prüfmaßstabs der europäischen Sicherheitsinteressen schwer rechtfertigen.¹⁹ Stattdessen hat die FDI Screening-VO einen Regelungsrahmen gesetzt, der die Hürden für Investments in der EU insgesamt erhöht.

4. Ziel der Beitragsreihe

Gerade weil die FDI Screening-VO viele Freiräume lässt, wird mitunter beklagt, dass die Verordnung nicht weit genug gehe und einen „Flickenteppich“ zurücklasse.²⁰ Stattdessen zeigt der Vergleich der hier in den Blick genommenen Länder Deutschland, Niederlande, Polen, Österreich, Frankreich und Schweiz, dass mehr Gemeinsamkeiten bestehen, als man zunächst erwarten würde. In allen untersuchten Ländern stellen sich mehr oder weniger die gleichen Fragen und Herausforderungen; auch die Kataloge der kritischen Sektoren sind weitgehend gleich. Abweichungen bestehen mitunter in den Prüfschwellenwerten oder dem Mechanismus des Prüfregimes. Der größte Unterschied aber zeigt sich darin, welchen Stellenwert die jeweiligen Länder – gegebenenfalls auch aus politischen Gründen – der Investitionsprüfung einräumen. Hier zeichnet sich insgesamt eine zunehmende Sympathie für stärkere Eingriffsbefugnisse der Behörden ab – insbesondere in den Ländern, die schon sehr lange über ent-

sprechende Gesetze verfügen wie Frankreich und Deutschland. Für die Niederlande wäre eine mögliche sektorübergreifende Investitionskontrolle neu. Das Land hat zwar den Kooperationsmechanismus bereits umgesetzt, die Gestaltung der Anforderungen an eine Investitionsprüfung erweist sich aber bisher als ein zahes Gesetzgebungsunterfangen.

Auch die Schweiz kennt eine sektorübergreifende Investitionskontrolle nicht. Im Gegensatz zu Deutschland sind Unternehmen in kritischen Sektoren in der Schweiz aber in der Regel noch vollständig oder zumindest mehrheitlich in Staatshand (national oder kantonal) und dadurch vor einer Übernahme aus dem Ausland geschützt (etwa die Bundesbahn, die Post, die Luftfahrt etc.) Auch Polen und Österreich setzen, wie die Schweiz, weitgehend auf eine offene Investitionspolitik. Polen und Österreich sehen insbesondere auch „De-Minimis“-Ausnahmen für Erwerbe von Zielunternehmen vor, die eine bestimmte Arbeitnehmer- und/oder Umsatzschwelle nicht überschreiten (Naheres in der Juni- und Juli-Ausgabe 2022 der M&A REVIEW). Zur FDI Screening-VO und ihren Auswirkungen in den Nachbarländern mehr in den nächsten Beiträgen dieser Reihe.



Dr. Milena Charnitzky, Partnerin bei der Wirtschaftskanzlei RITTERSHAUS (Standort Mannheim) und Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht. Nach ihrem Studium an der Universität Heidelberg promovierte sie dort zum deutschen und französischen Stiftungs- und Treuhandrecht. Ihren Forschungsaufenthalt verbrachte sie in Paris (Universität Pantheon-Assas/Sorbonne II). Die Autorin berät national und international tätige Unternehmen sowie deren Inhaber und Leitungsorgane in allen Fragen des Wirtschaftsrechts. Ihre Beratungsschwerpunkte liegen im Bereich internationaler M&A-Transaktionen und im Handels- und Gesellschaftsrecht. Darüber hinaus berät und referiert die Autorin regelmäßig zum Lieferkettenrecht. Aktiv ist sie neben dem Anwaltsberuf als Vize-Präsidentin der Corporate und M&A-Kommission des internationalen Anwaltsverbands AIJA. Für wertvolle Hinweise dankt die Autorin Herrn Leon Rademacher.

Friederike Henke, als Advocaat in Amsterdam und Rechtsanwältin in Köln zugelassen, ist Leiterin des German Desk der internationalen Wirtschaftskanzlei BUREN in Amsterdam, Niederlande. Nach Abschluss ihres Jurastudiums an den Universitäten von Maastricht und Saarbrücken hat sie mehr als 15 Jahre Erfahrung im Gesellschafts- und Handelsrecht und berät zahlreiche internationale Mandanten, insbesondere aus dem deutschsprachigen Raum, bei M&A-Transaktionen. Zusätzlich zu ihrer anwaltlichen Tätigkeit fungiert sie unter anderem als Präsidentin der SCILL-Kommission des internationalen Anwaltsverbands AIJA und als Schatzmeisterin des Deutschen Anwaltsvereins in den Niederlanden. Für wertvolle Hinweise dankt die Autorin Herrn Martin Stumpf.

¹⁷ Art. 7 Abs. 8.

¹⁸ Art. 7 Abs. 6.

¹⁹ Vgl. EuGH Rs-C 54/99, Association Eglise de scientologie de Paris, Scientologie International Reserves Trust, IStR 2000, 287, 288, Rn. 17 m.w.N.,

²⁰ Dies war insbesondere die Kritik aus Italien und Begründung, weshalb Italien als Mitinitiator der Verordnung neben Frankreich und Deutschland sich bei der Abstimmung am Ende der Stimme enthielt; vgl. Erklärung Italiens in Rat der EU, Interinstitutionelles Dossier 2017/0224 (COD), 6551/19 – ADD2, I/A-Punkt-Vermerk, 22. Februar 2019.

Teil 2: One screening fits all?

FDI Screening-Verordnung und die Regelungen in den Niederlanden

Friederike Henke, BUREN

I. Die Niederlande als offene Wirtschaft

Die Niederlande sind als Volkswirtschaft stark vom internationalen Handel und von Direktinvestitionen geprägt. So stuft der OECD „Foreign Direct Investment Regulatory Restrictiveness Index“ die Niederlande (ebenso wie die Schweiz) als eines der Länder mit den weltweit niedrigsten Restriktionen für FDI ein und kategorisiert die niederländische Wirtschaft als offene (Volks-)Wirtschaft (*open economy*). Demnach bestehen derzeit kaum Beschränkungen für Investitionen aus dem (Nicht-EU-)Ausland.

Mit der Einführung von Kontrollen tut sich die Niederlande daher schwer und es erstaunt zunächst, dass man hier – obwohl die FDI Screening-VO dazu gerade nicht verpflichtet – diverse Gesetzesentwürfe zur Schaffung eines sektorübergreifenden Investitionsprüfungsregimes auf den Weg gebracht hat. Aus parlamentarischen Dokumenten zur Umsetzung der Verordnung geht hervor, dass die Niederlande die Regelung durch weitaus unverbindlichere Leitlinien anstelle einer Verordnung bevorzugt hatte, womit sie sich allerdings nicht hat durchsetzen können. Ein anderer wichtiger Punkt für die Niederlande war, dass die Befugnisse der Mitgliedstaaten nicht zu sehr eingengt werden, insbesondere in Bezug auf die Definition der Begriffe der „(nationalen) Sicherheit“ und der „öffentlichen Ordnung“. Es war der Niederlande wichtig, dass jeder Mitgliedstaat selbst definieren kann, was der Maßstab für Screenings wird. In diesem Punkt hat die finale Verordnung die Sorgen der Niederlande (und anderer Staaten) berücksichtigt.

2. Bestehende sektorspezifische Beschränkungen für Foreign Direct Investments (FDI)

2.1 Meldepflicht für Gas, Elektrizität und Telekommunikation

Von der Meldefreiheit ausgenommen sind mit Blick auf die Versorgungssicherheit unter anderem die Sektoren Gas, Elektrizität und Telekommunikation. Das Gasversorgungsgesetz (*Gaswet*) und das Stromversorgungsgesetz (*Elektriciteitswet*) regulieren seit Ende der neunziger Jahre die ersten beiden Sektoren. Seit Oktober 2020 gilt auch für den Bereich Telekommunikation, reguliert durch das entsprechend geänderte Telekommunikationsgesetz (*Telecommunicatiewet*), eine Beschränkung für Investitionen aus dem Ausland.

Für Unternehmen in diesen Sektoren besteht eine Meldepflicht an das niederländische Wirtschaftsministerium, wenn ein Kontrollwechsel in einer Gesellschaft bevorsteht, die in diesen Sektoren aktiv ist.

Aufgrund des Telekommunikationsgesetzes geht es beim Kontrollwechsel um die Definition der „vorherrschenden Kontrolle“ (*overwegende zeggenschap*) über eine Gesellschaft¹. Der Begriff der „vorherrschenden Kontrolle“ umfasst Fälle, in denen der Erwerber nach der Transaktion:

allein oder zusammen mit gemeinsam handelnden Personen direkt oder indirekt über mindestens 30% der Stimmen in der Hauptversammlung einer juristischen Person verfügt;

¹ Artikel 14a.3 Telecommunicatiewet.

allein oder zusammen mit gemeinsam handelnden Personen mehr als die Hälfte der Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats einer juristischen Person bestellen oder abberufen kann, auch wenn alle stimmberechtigten Personen daran teilnehmen; oder

eine oder mehrere Person(en) Aktien hält, die mit einem besonderen gesetzlichen Kontrollrecht ausgestattet sind.

Das Gasgesetz² und das Stromversorgungsgesetz³ knüpfen bei der Definition des Kontrollwechsels dagegen an die kartellrechtliche Bestimmung an, wonach „Kontrolle“ (ähnlich wie auch bei der Fusionskontrolle in Deutschland nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB) als „die Möglichkeit, aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Umstände einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben“ verstanden wird.

Die Meldung hat für Transaktionen im Gas- und Elektrizitätssektor mindestens vier Monate und für solche im Telekommunikationssektor mindestens acht Wochen vor Kontrollwechsel (Closing) stattzufinden. Die Nichteinhaltung dieser Meldepflichten führt zur Anfechtbarkeit der gesamten Transaktion.

2.2 Privatisierungsverbot für vitale (kritische) Infrastrukturen

Zudem gilt für viele „vitale“ (in Deutschland vergleichbar mit „kritischen“) Infrastrukturen wie zum Beispiel Trinkwasserunternehmen die gesetzliche Vorgabe, dass diese durch niederländische juristische Personen des öffentlichen Rechts (sprich: den niederländischen Staat) kontrolliert werden müssen. Durch dieses Privatisierungsverbot ist ein Übergang der Kontrolle auf ausländische Investoren nicht möglich.

3. Änderungen der Investitionskontrolle infolge der FDI Screening-VO

3.1 NL-Umsetzungsgesetz

Die FDI Screening-VO wurde mit dem Umsetzungsgesetz FDI Screening-VO (*Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen*) vom 18. November 2020, das am 4. Dezember 2020 in Kraft trat (NL-Umsetzungsgesetz), in den Niederlanden umgesetzt.

Das NL-Umsetzungsgesetz diente zum einen der Implementierung der Elemente, die für eine effektive Wirkung der FDI Screening-VO erforderlich waren, zum anderen der Erfüllung der Verpflichtungen, die auf den Mitgliedstaaten ruhen. Dass ausnahmsweise, obwohl

Verordnungen grundsätzlich unmittelbar gelten, eine Umsetzung durch Gesetz erfolgt ist, beruht darauf, dass die Verordnung nur minimale Pflichtvorgaben macht und den Mitgliedstaaten insoweit Raum zur Präzisierung lässt, von dem auch viele Mitgliedstaaten, die bereits über ein Investitionsprüfungsregime verfügen (insbesondere Deutschland), Gebrauch gemacht haben.

Mit dem NL-Umsetzungsgesetz werden im Kern nur drei Aspekte geregelt:

Einrichtung einer Kontaktstelle im Sinne von Art. 11 Abs. 1 der FDI Screening-VO; diese ist das Wirtschaftsministerium und innerhalb des Ministeriums das Büro zur Investitionskontrolle (*Bureau Toetsing Investerings*, BTI);

Das für den Kooperationsmechanismus nach Art. 6 bis 8 der FDI Screening-VO verantwortliche Ministerium bestimmt sich über den jeweiligen Screening-Mechanismus – da, wo in den Niederlanden kein Screening-Mechanismus vorherrscht, ist der Wirtschaftsminister – in Abstimmung mit dem Justizminister und dem Außenminister – für die Kontrolle verantwortlich;

Die Minister, die für die Erfüllung der Verpflichtungen zur Bearbeitung von Informationsrechten nach Art. 9 der FDI Screening-VO verantwortlich sein sollen.

Das NL-Umsetzungsgesetz gilt für die bestehenden Screening-Mechanismen und für eventuelle zukünftige – etwa einen allgemeinen sektorübergreifenden Kontrollmechanismus, der derzeit noch nicht gilt.

3.2 Gesetzesentwurf zum sektorübergreifenden Kontrollmechanismus (Vifo-Gesetz)

Ob neben den bestehenden sektorspezifischen Screening-Mechanismen auch ein allgemein gültiger sektorübergreifender Kontrollmechanismus in den Niederlanden eingeführt wird, bleibt umstritten. Der erste Anlauf im Jahr 2020, einen solchen einzuführen, wurde nach kritischen Äußerungen des niederländischen Staatsrates (*Raad van State*) vom Februar 2021⁴ unmittelbar wieder verworfen. Der Staatsrat hatte insbesondere kritisiert, dass mitunter das Legalitätsprinzip sowie die Grundsätze der Sorgfalt, der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit vom ersten Gesetzesentwurf nicht berücksichtigt wurden.

(1) Überblick Gesetzesentwurf Vifo-Gesetz

Der zweite Versuch einer allgemeinen gesetzlichen Regelung folgte 2021 nach, als im Juli der erste Entwurf für das Gesetz für Sicherheitstests für Investitionen, Fusionen und Übernahmen (*Wet veiligheidsstoets*

² Artikel 66^a Gaswet.

³ Artikel 86f Elektriciteitswet.

⁴ Kamerstukken II 2020/21, 35880, nr. 4, www.raadvanstate.nl/@123818/w18-20-0499-iv/

investeringen, fusies en overnames) (Vifo-Gesetz) vorgelegt wurde. Das geplante Vifo-Gesetz sollte alle Unternehmen betreffen, die ihren Sitz in den Niederlanden haben; bei der Frage, ob ein Unternehmen in den Niederlanden ansässig ist, ist entscheidend, wo die Unternehmensaktivitäten und -führung entfaltet werden, nicht der Satzungssitz.

Im Falle einer vorgenommenen Änderung der Kontrolle innerhalb eines Unternehmens in einer betroffenen Industrie haben Unternehmen und Investor (oder Erwerber der Kontrolle) die Transaktion dem BTI zu melden. Das Herkunftsland des Investors hat dabei keinen Einfluss auf die Meldepflicht; dies ist ein entscheidender Unterschied zur deutschen Regelung. Die Meldung einer Transaktion erfolgt über Formulare, die auf der Website des BTI abrufbar sind⁵ und mit einer anschaulichen Infografik illustriert wurden.

Das BTI prüft, ob der Erwerb des Unternehmens durch den Investor eine Gefahr für die nationale Sicherheit darstellen würde. Im Rahmen eines solchen Screenings werden Faktoren wie die Transparenz und die Eigentümerstruktur der investierenden Partei berücksichtigt sowie deren finanzielle Stabilität und Beweggründe für die Transaktion selbst. Überprüft wird auch, ob die investierende Partei vorbestraft ist, ob sie staatlicher Kontrolle unterliegt und aus welchem Staat die Investition stammt. Wenn die Investition eine sensible Technologie (siehe hierzu Punkt (3)) betrifft, untersucht das BTI zudem die bisherigen Leistungen des Investors im Bereich der Informationssicherheit.

Die Nichteinhaltung dieser Meldepflicht durch Investor und Zielunternehmen kann zu einer Aussetzung aller Stimmrechte des Investors führen. Außerdem kann das BTI eine Geldstrafe in Höhe von maximal 10% des Unternehmensumsatzes verhängen – unklar ist, ob es sich um den weltweiten oder (nur) den in den Niederlanden erwirtschafteten Umsatz handelt. Wird die Transaktion ohne Zustimmung des BTI abgeschlossen, ist die gesamte Übernahme nichtig.

(2) Vitale Infrastrukturen

Der Kontrollmechanismus wird für Unternehmen gelten, die „vitale Anbieter“ (*vitale aanbieders*) sind oder an sensiblen Technologien beteiligt sind. Dabei sieht der Gesetzesentwurf entscheidende Unterschiede zwischen der Kategorie der „vitalen Anbieter“ einerseits und der der „sensiblen Technologien“ andererseits vor. Der Begriff „vitale Anbieter“ ist gesetzlich definiert, der Begriff „sensible Technologie“ in separaten Durchführungsverordnungen der Regierung, *Amvbs (algemene maatregelen van bestuur)*. Hintergrund hierfür ist, dass die Kategorie „sensible Technologie“ mehr Ver-

änderungen unterworfen sein wird als die Kategorie der vitalen Anbieter, weshalb bei sensiblen Technologien die flexiblere Option der *Amvbs* gewählt wurde. Am 13. April 2022 wurde in einer parlamentarischen Debatte mitgeteilt⁶, dass Entwürfe für die *Amvbs* vor dem Sommer veröffentlicht werden sollen.

Der Begriff „vitale Anbieter“ wurde gemeinsam mit dem nationalen Koordinator für Terrorismusbekämpfung und Sicherheit (NCTV) formuliert, der eine Liste der vitalen Infrastrukturen führt⁷. Als solche gelten unter anderem die Sektoren Internet, Gasspeicherung und Flugverkehr sowie (Kern-)Energie und Bankenwesen – hierzu zählt (noch) nicht das Gesundheitswesen. Bei der Formulierung des Begriffs der „vitalen Anbieter“ wurde auf der Liste des niederländischen Gesetzes über die Sicherheit der Netzwerke und Informationssysteme⁸, die die NIS-Richtlinie der EU⁹ in den Niederlanden umsetzte, aufgesetzt. Die gesetzliche Definition eines „vitalen Anbieters“ lautet: „ein Unternehmen, das einen Dienst betreibt, verwaltet oder zur Verfügung stellt, dessen Kontinuität für die niederländische Gesellschaft von entscheidender Bedeutung ist“. Als Anbieter vitaler Infrastrukturen werden konkret vor allem der Flughafen Amsterdam Schiphol, der Hafen Rotterdam und die niederländische Zentralbank namentlich festgelegt. Die Liste der Sektoren und Anbieter ist nicht abschließend und kann erweitert werden. Derzeit wird auch untersucht, ob innerhalb des Gesundheitswesens, des Straßennetzes oder Schienennetzes zusätzliche vitale Anbieter bestehen. Ob diese in das finale Vifo-Gesetz aufgenommen werden, war bei Redaktionsschluss noch nicht bekannt.

(3) Sensible Technologien

Der Begriff „sensible Technologien“ umfasst in erster Linie militärische Produkte und Güter mit doppeltem Verwendungszweck, welche unter anderem im Wassenaar-Abkommen¹⁰ und in der EU-Dual-Use-Verordnung¹¹ definiert sind. Einige dieser Technologien können durch die bereits angesprochenen Durchführungsverordnungen (*Amvbs*) von der Kontrolle ausgenommen werden. Weitere Technologien können aufgrund von Artikel 8 Absatz 3 des Vifo-Gesetzes als „sensibel“ ergänzt werden, sofern:

- a) diese beispielsweise für die Verteidigungs- oder Sicherheitsdienste essenziell sein können;

6 www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2022D15005&did=2022D15005, zuletzt abgerufen am 25.04.2022.

7 www.nctv.nl/onderwerpen/vitale-infrastructuur/overzicht-vitale-processen, zuletzt abgerufen am 25.04.2022.

8 Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Gesetz über die Sicherheit der Netzwerke und Informationssysteme)

9 Richtlinie (EU) 2016/1148 – Cybersicherheit von Netz- und Informationssystemen

10 The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies

11 Verordnung (EG) 428/2009 – Dual-Use-Verordnung

5 www.bureaautoetsinginvesteringen.nl/het-stelsel-van-toetsen/melding-doen.

- b) die Verfügbarkeit und Anwesenheit einer Technologie innerhalb der Niederlande oder ihrer Verbundunternehmen unerlässlich ist, um inakzeptable Risiken für die Verfügbarkeit wesentlicher Produkte oder Einrichtungen zu verhindern; oder
- c) diese in vitalen Prozessen oder Prozessen der nationalen Sicherheit breit eingesetzt werden.

Anders als bei vitalen Anbietern unterliegen Unternehmen im Bereich der sensiblen Technologien auch dann einem Screening, wenn eine Änderung des maßgeblichen Einflusses (*significante invloed*) auf das Unternehmen ansteht. Fälle, in denen sich der „maßgebliche Einfluss“ ändert, sind jene, in denen eine Minderheitsbeteiligung von mindestens 10%, 20% oder 25% erworben wird, je nach Einstufung der sensiblen Technologie in unterschiedliche Kategorien, was wiederum durch Amvbs erfolgen soll. Dies gilt auch dann, wenn sich das Recht, ein Vorstandsmitglied zu bestellen oder abzuberufen, ändert. Es gelten insoweit für Investitionen in Unternehmen mit sensiblen Technologien ähnlich verringerte Prüfschwellenwerte wie in Deutschland bei der sektorspezifischen Kontrolle respektive in Sektoren, die in § 55a AWW als besonders relevant für die deutsche Bevölkerung identifiziert wurden.

(4) Mittelbare Beteiligungen

Wenn ein Unternehmen nicht unmittelbar in vitalen Infrastrukturen oder sensiblen Technologien involviert ist, greift der Screening-Mechanismus, wenn das Unternehmen, das verkauft beziehungsweise gekauft

wird, die Kontrolle oder maßgeblichen Einfluss auf ein niederländisches Unternehmen hat, welches in einem dieser Sektoren tätig ist (indirekte Kontrolle).

(5) Rückwirkende Anwendung des Vifo-Gesetzes zum 8. September 2020

Nach Mitteilung der zuständigen Ministerin vom 13. April 2022 anlässlich einer Debatte im niederländischen Parlament¹² wird erwartet, dass das Vifo-Gesetz zum Jahresende eingeführt wird.

Zu beachten und für die M&A-Praxis problematisch ist, dass das Vifo-Gesetz nach Verabschiedung rückwirkend auf den 8. September 2020 Anwendung findet und damit für zahlreiche bereits vollzogene Transaktionen gelten würde. Wie damit umzugehen sein wird, ist bislang noch unklar. Betroffene Unternehmen müssen das BTI aber nur dann rückwirkend über Transaktionen informieren, wenn sie aus Gründen der nationalen Sicherheit dazu aufgerufen werden.

(6) Verteidigungsindustrie

Abgesehen vom Vifo-Gesetz (entwurf) ist derzeit eine separate Investitionskontrolle für die Verteidigungsindustrie vorgesehen (*Wetsvoorstel investeringstoets voor de defensie-industrie*). Da die Besprechung dieses Gesetzesentwurfs den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde, sei dies nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

¹² www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2022D15005&did=2022D15005

ANZEIGE

M&A REVIEW
 MERGERS & ACQUISITIONS • Beteiligungen • Allianzen • Restrukturierungen • Divestments • Private Equity

Endlich dürfen Praktikanten
wieder ans Tageslicht*

Photo: © Jeshua - stock.adobe.com

* Immer auf dem
neuesten Stand 🤖

ma-review.de

4. Auswirkungen auf die M&A-Praxis – Niederlande

Derzeit halt sich die Auswirkung der FDI Screening-VO auf niederländische M&A-Transaktionen noch in Grenzen.

Bei der Umsetzung der Verordnung wurde in der niederländischen Gesetzeserläuterung geschätzt, dass jährlich europaweit etwa 250 Transaktionen von den Kooperationsmechanismus erfasst werden wurden. Aus dem ersten Report der EU-Kommission vom letzten Herbst¹³ geht hervor, dass es sich um weitaus mehr Transaktionen handelte, nämlich 1.793 Transaktionen.

Aus dem Jahresbericht des BTI¹⁴ geht hervor, dass im ersten Jahr nach Gründung des BTI insgesamt sechs Transaktionen aus dem Telekommunikationsbereich und eine aus dem Gas- und Elektrizitätssektor gemeldet und kontrolliert wurden und dass neun Transaktionen aus der Telekommunikationsbranche auf Anfrage des BTI rückwirkend kontrolliert wurden. Keine der 16 Kontrollen führte allerdings zu Verboten oder anderen Maßnahmen bezüglich der ihr zugrunde liegenden Transaktion.

Zudem teilt das BTI auf seiner Website mit, dass Investitionskontrollen keine Wartezeit haben, sodass angenommen werden kann, dass die gesetzlichen Fristen auch tatsächlich eingehalten werden – sofern denn auch die Beteiligten alle erforderlichen Unterlagen einreichen.

5. Rechtsvergleich und Auswirkungen auf die M&A-Praxis – Deutschland & Niederlande

Rückblickend auf den Beitrag von Dr. Milena Charnitzky zu den deutschen Regelungen schließt dieser Beitrag mit einem knappen Rechtsvergleich. Vor dem Hintergrund, dass die deutschen außenwirtschaftsrechtlichen Regelungen schon sehr lange bestehen, kann ein Vergleich mit den Niederlanden bislang nur bedingt erfolgen.

Auffällig ist, dass die Niederlande sich, anders als Deutschland, im Vifo-Gesetzes(entwurf) dafür entschieden hat, alle Investoren unabhängig von ihrer Herkunft dem Screening zu unterwerfen, wenn die relevanten Sektoren betroffen sind. Die deutschen Regelungen (wie die Erwägungsgründe der FDI Screening-VO) zielen hingegen vornehmlich auf Investoren aus dem Nicht-EU-Ausland ab.

Es ist nicht auszuschließen, dass die niederländische Regelung im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens noch weiter präzisiert oder durch Durchführungsverordnungen der Regierung (die angesprochenen Amvbs) sukzessive erweitert wird, ähnlich wie in Deutschland mit den AWV-Novellen.

Die Fristenregelungen scheinen derzeit im niederländischen Verfahren kürzer als im deutschen Verfahren auszufallen, und das niederländische Verfahren scheint durch die Bereitstellung von Formularen (ähnlich wie auch in Frankreich, dazu in der Juni-Ausgabe 2022 der M&A REVIEW mehr) anwenderfreundlicher als das deutsche. Wie sich die Fristen und das Verfahren im sektorübergreifenden Kontrollmechanismus in der Praxis auswirken werden, werden die kommenden Jahre zeigen, wenn das BTI mehr Transaktionen zu prüfen haben wird.

Problematisch bleibt, dass das Vifo-Gesetz durch seine Rückwirkung Einfluss auf bereits abgeschlossene Transaktionen haben kann. Darauf sollten Beteiligte von Transaktionen bedacht sein. Wie damit umgegangen werden soll, ist bislang unklar. Der Gesetzgeber verhält sich dazu nicht im Detail. Es ist insoweit zu empfehlen, eine entsprechende Klausel in die Kaufverträge aufzunehmen, die den Fall einer zukünftigen Meldepflicht ebenso einbezieht wie den absoluten Worst Case: die rückwirkende Prüfung und Rückabwicklung der Transaktion.

Mehr zu den Auswirkungen der FDI Screening-VO folgt in den Beiträgen der Kollegen aus Österreich, Polen, Frankreich und der Schweiz, die in den nächsten beiden Ausgaben der M&A REVIEW erscheinen werden.

Friederike Henke, als *Advocaat* in Amsterdam und Rechtsanwältin in Köln zugelassen, ist Leiterin des German Desk der internationalen Wirtschaftskanzlei BUREN in Amsterdam, Niederlande. Nach Abschluss ihres Jurastudiums an den Universitäten von Maastricht und Saarbrücken hat sie mehr als 15 Jahre Erfahrung im Gesellschafts- und Handelsrecht und berät zahlreiche internationale Mandanten, insbesondere aus dem deutschsprachigen Raum, bei M&A-Transaktionen. Zusätzlich zu ihrer anwaltlichen Tätigkeit fungiert sie unter anderem als Präsidentin der SCILL-Kommission des internationalen Anwaltverbands AIJA und als Schatzmeisterin des Deutschen Anwaltvereins in den Niederlanden. Für wertvolle Hinweise dankt die Autorin Herrn Martin Stumpf.

¹³ https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/november/tradoc_159935.pdf, zuletzt abgerufen am 25.04.2022.

¹⁴ www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=4bf0414d-3625-4c05-be0a-366bd4f99980&title=Rapportage%20toepassing%20Wet%20ongewenste%20zeggenschap%20telecommunicatie.docx, zuletzt abgerufen am 25.04.2022.