USA: Unternehmenskauf – US-Regierung entscheidet mit (CFIUS)

Bei Unternehmenskäufen in den USA sitzt häufig ein unbenannter Dritter mit am Verhandlungstisch – die *US-Regierung*. Bekanntlich wird auch die US-Wirtschaft immer globaler und zahlreiche ausländische Unternehmen gehen in den USA auf Brautschau. Die Werber kommen z.B. aus China (*China National Offshore Oil* betr. *Unocal*), Indien (*VSNL* betr. *Tyco*), Japan (*Nippon Telegraph und Telephone* – betr. *Verio*) und Deutschland (*Deutsche Telekom AG* betr. *Voicestream*). Die *US-Regierung* hat die Befugnis, die Übernahme von US-Unternehmen durch Ausländer oder ausländische Unternehmen zu untersagen und übt diese Befugnis durch das *„Committee on Foreign Investment in the United States"* (*CFIUS*) aus. *CFIUS* ist eine im Ausland wenig bekannte regierungsübergreifende Institution, die Übernahmen in Industriezweigen, die für die nationale Sicherheit von kritischer Bedeutung sind, verbieten kann. *CFIUS* ist eine recht kleine Behörde, die mit Vertretern der Ministerien *Department of Defense, State* und *Homeland Security* (Letzteres seit 2003) sowie weiteren Behörden wie mit einem Vertreter des *US-Handelsbeauftragten* (*USTR*) bestückt ist. Sinn und Aufgabe von *CFIUS* ist es nicht etwa, potenzielle Unternehmen vom US-Markt abzuschrecken, sondern (und dies besonders im Lichte der Ereignisse vom 11. September 2001) Gefahren für die nationale Sicherheit der USA im Keim zu ersticken. Der Schutz der US-Unternehmen für im politischen Sinne „feindliche" Übernahmen spielt in den letzten Jahren eine größere Rolle: Auf Druck des *Kongresses* zog *China National Offshore Oil Co.* (*CNOOC*) sich z.B. aus einem geplanten Geschäft zwecks Erwerbs der US-Ölgesellschaft *Unocal* im Sommer 2005 wieder zurück. Letztes Beispiel in dieser Kette war der von den US-Medien und einigen Politikern im vergangenen Jahr hochgespielte Erwerb von Hafenanlagen in den USA durch *Dubai Ports World*. Nachdem *CFIUS* dem Erwerber mit Sitz in den Vereinigten Arabischen Emiraten erst Zustimmung signalisiert hatte, zog sich *Dubai Ports World* auf Grund des erheblichen Drucks des *US-Kongresses* und der Wählerschaft aus der Transaktion zurück, da eine zum Großteil irrationale Befürchtung bestand, der Deal würde das Einsickern von Nuklearmaterial, Waffen und Sprengstoff für terroristische Zwecke auf dem Seeweg erleichtern.

Die rechtliche Grundlage für *CFIUS* reicht in die Anfänge des Kalten Kriegs zurück und beruht auf dem 1950 Defense Production Act (50 U.S.C. § 2170a). Die Kompetenzen von *CFIUS* wurden mehrfach erweitert, besonders unter Präsident *Reagan* 1988 (Omnibus Trade and Competitiveness Act von 1988) – zu Zeiten, als damals finanzstarke japanische Unternehmen mehrere Unternehmenskäufe in den USA tätigten und u.a. das New Yorker Rockefeller Center aufkaufen wollten. Letztere Erweiterung, besser bekannt unter dem Namen „Exon-Florio Amendment", autorisiert den US-Präsidenten, Unternehmenskäufe aus dem Ausland zu untersagen, wenn die Kontrolle über das erwerbende US-Unternehmen die nationale Sicherheit bedroht. „Glaubhafte Beweise" reichen für die Untersagung schon aus.

Wenig Rechtssicherheit

Bei den Untersuchungen selbst hat *CFIUS* breites Ermessen. Es besteht keine finanzielle Untergrenze für den Wert des Unternehmenskaufs und der Begriff „Nationale Sicherheit" ist im „Exon Florio Amendment" nicht näher definiert. Es gibt auch keine Geschäftzweige, die grds. aus der *CFIUS*-Kontrolle herausfallen. Der Arm von *CFIUS* reicht, wie ein Beobachter ironisch feststellte, bis zum Pizzabäcker vor dem Pentagon. Ebenfalls undefiniert ist, wann eine ausländische Kontrolle vorliegt – „direct or decide matters affecting an entity" reicht hierfür schon aus. Unternehmenskäufe, die z.B. aus steuerlichen Gründen allseits beliebte Holdings auf den britischen Bermudas umfassen, können der Genehmigung durch *CFIUS* unterfallen, auch wenn es sich um ansonsten rein US-interne Transaktionen handelt.

Diese vagen Vorgaben geben der *CFIUS*-Kontrolle wenig greifbare Konturen; es hängt vom amtsinhabenden US-Präsidenten ab, welche Rolle er *CFIUS* einräumt. Was die Sache noch undurchsichtiger macht, ist, dass es auch kein Zeitlimit für ein Einschreiten von *CFIUS* gibt – im Prinzip kann ein Unternehmenskauf noch Jahre nach dem Closing durch *CFIUS* untersagt und Rückabwicklung verlangt werden – für die beteiligten Parteien ist das ein Desaster.

Glücklicherweise gibt für die am Unternehmenskauf beteiligten Parteien ein Mittel, ein solches Desaster zu vermeiden: Die Parteien können von sich aus einen Antrag auf „freiwillige" Überprüfung des Geschäfts vor dem Vollzug des Unternehmenskaufs bei *CFIUS* stellen. In dem Fall beginnt für *CFIUS* eine Uhr zu ticken – *CFIUS* hat dann einen Monat Zeit, um zu entscheiden, ob die *Behörde* eine nähere Überprüfung der geplanten Transaktion vornimmt. Läuft dieser Monat ohne eine solche Entscheidung ab, tritt für den Antragsteller Bestandskraft ein. *CFIUS* kann dann den Unternehmenskauf nicht mehr im Nachhinein untersagen. In den allermeisten Fällen kommt es zu keiner solchen Überprüfung. So hat *CFIUS* im Jahre 2004 nur in 45 Fällen eine Überprüfung vorgenommen und nur in einem Fall unterbreitete *CFIUS* dem *US-Präsidenten* die Angelegenheit zur endgültigen Entscheidung. Die Überprüfungsverfahren betreffen samt und sonders größere Transaktionen, sodass ein ausländischer Erwerber einer einfachen Pizzabäckerei an der Straßenecke nicht unbedingt Angst haben muss, es mit *CFIUS* zu tun zu bekommen.

Trotz dieser relativ einfachen Möglichkeit, sich durch eine „freiwillige" Notifizierung an *CFIUS* Rechtssicherheit zu verschaffen, sehen viele Parteien eines Unternehmenskaufs mit ausländischem Erwerber von einem solchen Schritt aus verschiedenen Gründen ab, was im Einzelfall gefährlich sein kann. *CFIUS* beschränkt seine Kontrolle nämlich keineswegs auf den nichtmilitärischen Bereich; Überlegungen, die Wettbewerbsfähigkeit der US-Industrie in sicherheitsrelevanten Bereichen (wie der Telekommunikation) zu erhalten, können bei der Prüfung durchaus, wenn auch unausgesprochen, eine Rolle spielen. Wichtig ist

für *CFIUS* auch, ob das Land, in dem der Erwerber eines US-Unternehmens seinen Sitz hat, die USA im Kampf gegen den Terrorismus unterstützt. Dies hat besonders im vergangenen Jahr eine Rolle gespielt, als ein Unternehmen (*Dubai Ports World*) aus den Vereinigten Arabischen Emiraten versuchte, den Betrieb von Hafenanlagen in den USA zu übernehmen – wobei allerdings die Querschüsse gegen diesen Deal mehr von Seiten des *US-Kongresses* kamen als von *CFIUS* oder dem *Weißen Haus*. Abgeordnete und Senatoren behaupteten, bei einer Kontrolle der Hafenabfertigung durch *Dubai Ports World* sei ein effektiver Schutz gegen Terroristen aus dem Ausland nicht mehr gewährleistet. Auf Grund des politischen Drucks nahm *Dubai Ports World* von der Transaktion Abstand.

Nach dem Gesetz hat *CFIUS*, falls es eine nähere Überprüfung der Transaktion als angemessen erachtet, 45 Tage Zeit, um eine Entscheidung in der Sache zu treffen. Diese 45 Tage sind für die beteiligten Parteien eine kritische Zeitperiode, die sie zu intensiven Diskussionen mit *CFIUS* nutzen, um eine Vereinbarung mit der *Behörde* zu erreichen, die deren Sicherheitsbedenken Rechnung trägt. Kommt es dazu nicht, lassen die Parteien es meist nicht auf eine Entscheidung des *US-Präsidenten*, die innerhalb einer Frist von 15 weiteren Tagen zu treffen und nicht justiziabel ist, ankommen. Sie nehmen dann lieber von selbst von der Transaktion Abstand.

Einfluss von CFIUS auf die TK-Industrie erheblich

CFIUS schenkt der TK-Industrie einiges Augenmerk – vornehmlich aus zwei Gründen: Sicherstellung der Versorgungssicherheit im TK-Sektor oder Sorge vor Spionage und Anschlägen. Es ist eine Binsenweisheit, dass die TK-Infrastruktur auch für Regierungsbehörden von vitaler Bedeutung ist und diese Bedeutung mit der steigenden Nutzung des Internet (z.B. für VoIP) eher noch zu- als abnimmt. Der zweite Grund hat in letzter Zeit – genauer nach dem 11. September 2001 – erheblich an Bedeutung gewonnen. Bei vielen in der *US-Regierung* besteht die Befürchtung, dass sich Terroristen der TK-Verbindungen bedienen, um Anschläge auszuüben oder diese Anschläge auf TK-Einrichtungen oder auf dem Internet basierende Anlagen oder Dienste planen. Wichtiger scheint aber in diesem Zusammenhang den an *CFIUS* beteiligten Behörden zu sein, dass durch den Kontrollerwerb aus dem Ausland den US-Behörden nicht die Möglichkeiten zur Überwachung von TK-Anlagen und des darauf transportieren Sprach- und Datenverkehrs beschränkt oder ganz abgeschnitten werden – oder dass eine „feindliche" Regierung gar diese Anlagen selbst zu Spionagezwecken nutzt.

CFIUS versucht in der Praxis, diesen Bedenken dadurch Rechnung zu tragen, dass es mit dem TK-Unternehmen sog. *Network Security Agreements* während der genannten Prüfungsfrist von 45 Tagen aushandelt. Der Inhalt dieser Network Security Agreements variiert je nach Art der über die Netzwerke erbrachten Dienste. Ein wichtiges Ziel ist, den US-Behörden auch nach dem Erwerb bei zum Kauf anstehenden US-Unternehmen Abhörmöglichkeiten einzuräumen. U.U. verlangt *CFIUS* auch Abgrenzungen (firewalls) zwischen verschiedenen Teilen des Netzes, um für die nationale Sicherheit wichtige Bereiche des Netzes vor unbefugtem Zugang zu schützen. Weitgehende Inspektionsrechte und die Lieferung von Unterlagen oder Daten über die Nutzer auf Verlangen der US-Behörden sind ebenfalls übliche Bestandteile eines Network Security Argeements. Manchmal verlangt *CFIUS* auch, dass ein US-Bürger zum Sicherheitsbeauftragten durch das Unternehmen ernannt wird, Sicherheitsüberprüfungen der beteiligten Mitarbeiter einzurichten, oder das Unternehmen ein bestimmtes Routing seiner Telefongespräche und Datenübertragungen einrichten muss. Diese Verhandlungen laufen in der Regel direkt mit den beteiligten Behörden ab, wobei der Verhandlungsspielraum des Unternehmens recht gering ist, da es immer das Damoklesschwert fürchten muss, dass der Unternehmenskauf von *CFIUS* untersagt wird, wenn es den Wünschen der Behörden nicht entspricht. Der *CFIUS*-Prozess im TK-Bereich hat sich in den vergangenen Jahren routinemäßig eingependelt, weil er üblicherweise mit einer Lizenzänderung des zu erwerbenden Unternehmens bei der *FCC* Hand in Hand geht: Ein „Team Telecom", zusammengesetzt aus Vertretern der Behörden *FCC*, *US-Department of Defense*, *FBI*, *Homeland Security* und *Department of Justice*, trifft sich mindestens einmal pro Woche, um anstehende Transaktionen im TK-Bereich mit ausländischer Beteiligung, die Einfluss auf bestehende *FCC*-Lizenzen haben, zu bewerten. Kritiker halten dem „Team Telecom" vor, dass der *CFIUS*-Prozess für diese Behörden häufig nur ein Vehikel ist, um in anderen Bereichen von dem Erwerber Konzessionen zu erwirken. In der Tat sind die Verhandlungen mit dem Team Telecom wenig transparent. In der US-Literatur herrscht überdies Streit darüber, wie Verletzungen eines National Security Agreements rechtlich von den Behörden zu ahnden sind. Das macht es für das Unternehmen nicht gerade einfacher, abzuschätzen, auf was es sich einlässt.

Beispiel: Global Crossing

Die Tatsache, das *CFIUS* im TK-Bereich durchaus Zähne zeigt, wird am Beispiel von *Global Crossing* deutlich. Dieses weltweit agierende TK-Unternehmen hatte seit seinem finanziellen Zusammenbruch im Jahre 2002 mehrfach versucht, einen Investor zu finden, und schlug das in Hongkong seinen Sitz habende Unternehmen *Hutchison Whampoa* als Erwerber vor. An diesem Unternehmen waren angeblich einige hohe chinesische Regierungsbeamte als Aktionäre beteiligt. Das *US-Department of Defense* befürchtete, dass die chinesische Regierung über das weltumspannende Glasfasernetz von *Global Crossing* Einfluss auf die US-Infrastruktur gewinnen und dieses Netz zu Spionagezwecken ausnützen könnte. Nach zähen Verhandlungen mit *CFIUS* zog *Hutchison Whampoa* sein Übernahmeangebot zurück. *Global Crossing* wurde anschließend von *Singapore Technologies and Telemedia* (*ST*) übernommen. Relativ unproblematisch verlief hingegen die Übernahme des US-Mobilfunkbetreibers *Voicestream* durch die *Deutsche Telekom AG* (*DTAG*) im Jahre 2000 – allerdings musste auch die *DTAG* ein umfangreiches Network Security Agreement mit der *US-Regierung* abschließen.

Abschießend lässt sich feststellen, dass es wenig allgemein gültige Maßstäbe zum Umgang mit *CFIUS* gibt. Einem Genehmigungsantrag sollte in jedem Fall eine sorgfältige Analyse der Industrie und der politischen Gegebenheiten vorausgehen. Dabei wird der Erwerber schnell feststellen, dass nicht alle in *CFIUS* vertretenen Behörden an einem Strang ziehen und manche auf die kommerziellen Interessen der Parteien nur wenig Rücksicht nehmen. Selbst wenn *CFIUS* „grünes Licht" gibt, kann die Transaktion immer noch durch andere politische Kräfte, wie z.B. im letzten Jahr der genannte *Dubai Ports*-Deal durch den *US-Kongress*, ausgehebelt werden. Eine Einflussnahme auf die Verhandlungen durch US-Abgeordnete und Senatoren kommt in der Praxis durchaus vor und sollte von den Parteien ernst genommen werden. Die Verhandlungen mit *CFIUS* können die Parteien Zeit und Nerven kosten. Dabei sollten sie sich allerdings bewusst sein, dass *CFIUS* jederzeit die Trumpfkarte, nämlich eine Untersagungsverfügung durch den *US-Präsidenten* und Anordnung der Rückabwicklung der Transaktion, aus dem Ärmel ziehen kann.

RA Dr. Axel Spies, Bingham McCutchen, Washington, D.C.

■ Weitere Informationen sind auf der *CFIUS*-Website abrufbar unter: **http://www.ustreas.gov/offices/international-affairs/exon-florio/.**

EU: Commission renders commitments by music publishers and collecting societies legally binding

The *European Commission* has made legally binding under EC Treaty competition rules the commitments given by the five major music publishers (*BMG*, *EMI*, *Sony*, *Universal* and *Warner*) and thirteen European collecting societies (*AEPI*, *AustroMechana*, *GEMA*, *MCPS*, *MCPSI*, *NCB*, *SABAM*, *SDRM*, *SGAE*, *SIAE*, *SPA*, *STEMRA*, *SUISA*), the signatories of the Cannes Extension Agreement, regarding Central Licensing Agreements. The commitments ensure that record producers can continue to receive rebates from collecting societies on royalties paid in the context of Central Licensing Agreements. These rebates are currently the only form of price competition among collecting societies. The commitments also ensure that potential entry by collecting societies in the music publishing or record production markets is not impeded. The *Commission* had been concerned that two clauses of the Cannes Extension Agreement may have violated the EC Treaty's ban on cartels and restrictive business practices (Art. 81) but has now closed the case in the light of the commitments. Under a Central Licensing Agreement, a record company can obtain a copyright license for the combined repertoires of all the collecting societies and covering the whole of the EEA or part thereof, from any collecting society within the EEA. Central Licensing Agreements are an example of how competition among collecting societies for the granting of pan-European licenses can function, to the benefit of all involved. The Cannes Extension Agreement is an agreement between thirteen European collecting societies managing mechanical copyright (the right involved in the production of physical carriers of sound recordings, such as CDs) and the five major music publishers, which are members of these societies. The Agreement settles a number of issues regarding the relations between the two groups of companies.

The commitments offered by the parties to the Agreement concern two clauses of the Agreement on which the *Commission* had expressed its concerns. The first commitment ensures that collecting societies may continue, in the context of Central Licensing Agreements, to give rebates to record companies, paid out of the administration fees that they retain from the royalties which they collect on behalf of their members. Rebates are currently the only element of price competition in this market. The second commitment consists in the removal of a no-competition clause, which would have prevented collecting societies from ever entering either the music publishing or the record production market.

The *Commission* decision, based on Art. 9 of the procedural Regulation 1/2003 on the implementation of the EC Treaty's competition rules, takes into account the outcome of consultations on the commitments offered by the parties to the Agreement. This decision ends the proceedings concerning the Cannes Extension Agreement. However, if the parties to the Agreement were to break their commitments, the *Commission* could impose a fine of up to 10% of their total turnover without having to prove any violation of the EC Treaty's competition rules.

Quelle: PM der *EU-Kommission* v. 4.10.2006.

BMJ: Besserer Schutz vor Hackern, Datenklau und Computersabotage

Das *Bundeskabinett* hat den Regierungsentwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Computerkriminalität beschlossen. Der Entwurf schließt Regelungslücken vor allem im Bereich des „Hacking", d.h. dem „Knacken" von Computersicherheitssystemen, und der Computersabotage. „Mit den Straftatbeständen des Computerbetrugs, der Fälschung beweiserheblicher Daten und der Datenveränderung existieren Vorschriften, die dem internationalen Standard vollständig entsprechen. Die rasante Entwicklung der Informationstechnologie führt jedoch immer wieder zu neuen kriminellen Gefahren und Missbrauchsmöglichkeiten. Straftäter greifen moderne Informationssysteme mit Computerviren, Würmern und Denial-of-Service-Attacken an und verursachen weltweit erhebliche Schäden. Letzte Lücken im deutschen Strafrecht schließt der Gesetzentwurf", sagte Bundesjustizministerin *Zypries*.

Auch das sog. „Phishing" ist bereits nach geltendem Recht strafbar. Darunter versteht man das Ausspionieren persönlicher Daten im Internet. Dabei wird per E-Mail versucht, den Empfänger irrezuführen und zur Herausgabe von Zugangsdaten und Passwörtern für das Online-Banking zu bewegen. Gibt der Empfänger die geforderten Daten auf der vermeintlichen Internetseite oder per E-Mail an, werden diese direkt an den „Phisher" weitergeleitet, der mit den so erlangten Daten vermögensschädigende Transaktionen durchführt. Hier