

USA: Neues FIRRMA-Pilot Programm – Unternehmenserwerb bei Kritischer Infrastruktur und Technologie wird komplizierter

Dr. Axel Spies ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Morgan Lewis & Bockius, Washington DC und Mitherausgeber der MMR.

Bei einem Unternehmenserwerb in den USA kann die erforderliche Freigabe des einflussreichen US-Ausschusses für ausländische Investitionen (CFIUS) ein erhebliches Hindernis für deutsche Erwerber/Investoren darstellen (u.a. Spies MMR 11/2006, S. XII und MMR 2/2009, S. XIX). Die Genehmigungserfordernisse und die häufig (zu) engen Fristen sind für Außenstehende undurchsichtig und können sich ändern. Der im August 2018 mit großer Mehrheit im US-Kongress verabschiedete Foreign Investment Risk Review and Modernization Act (FIRRMA) dürfte zu weiteren Schwierigkeiten und Verzögerungen für Unternehmen im High-Tech-Bereich führen. Eine sorgfältige Planung der US-Transaktion vorab, gerade bei sog. Kritischer Infrastruktur in den USA, ist deshalb ein „Muss“, um Schwierigkeiten oder Verzögerungen beim Closing oder, im ungünstigen Fall, erhebliche Strafen zu vermeiden.

1. Hintergrund zu FIRRMA

FIRRMA wurde im August 2018, nach mehr als zweijähriger Debatte über eine Reform des CFIUS-Prozesses verabschiedet. FIRRMA änderte eine Reihe von Bestimmungen zur Zuständigkeit des *CFIUS*, welche die Eingriffsbefugnisse des *Ausschusses* erweitert haben. Einige Bestimmungen von FIRRMA wurden sofort nach Inkrafttreten wirksam, während viele der wichtigeren und vermutlich kontroverseren Bestimmungen dann wirksam werden, wenn *CFIUS* neue Vorschriften oder Pilotprogramme für bestimmte Sektoren veröffentlicht. Unter Verwendung der weitreichenden Befugnisse in Abschnitt 1727 (c) FIRRMA hat *CFIUS* am 10.10.2018 die sofortige Umsetzung zweier wichtiger Teile als Pilotprogramm angekündigt:

Das Pilotprogramm erweitert den Umfang der von *CFIUS* zu überprüfenden Transaktionen um bestimmte Investitionen, an denen ausländische Personen beteiligt sind und bei denen es um kritische Technologien geht.

Das Pilotprogramm fordert Pflichtangaben (verbindliche Erklärungen) an *CFIUS* für alle Transaktionen ein, die von diesem Programm umfasst sind.

Diese neuen Vorschriften traten am 10.11.2018 in Kraft und enden spätestens am 5.3.2020 – oder entsprechend früher, wenn endgültige Vorschriften vor diesem Zeitpunkt erlassen werden.

2. Reichweite des FIRRMA-Pilotprogramms

Das Ziel von FIRRMA ist es, dass *CFIUS* Transaktionen genauer prüft, welche „[d]ie Fähigkeit und Bereitschaft von ausländischen Personen [zum Zweck haben], Beteiligungen an US-Unternehmen zu erwerben, um bestimmte Entscheidungen bezüglich kritischer Technologien zu beeinflussen oder bestimmte Informationen zu erhalten.“ Dabei ist das „schnelle Tempo des technologischen Wandels in bestimmten US-Industrien“ von *CFIUS* zu berücksichtigen. Das Pilotprogramm enthält eine

Verpflichtung zur Vorlage bestimmter Erklärung für bestimmte Transaktionen mit Investitionen von ausländischen Personen für den Erwerb bestimmter US-Unternehmen, die kritische Technologien (vgl. dazu unten) herstellen, entwickeln, testen etc. Außerdem enthält das Programm weitreichende Definitionen, die dazu führen, dass bestimmte Transaktionen in die Definition von „andere Anlagen“ in FIRRMA aufgenommen werden. Der hierfür als Grundlage dienende Schlüsselbegriff „Pilotprogramm US-Geschäft“ ist wie folgt definiert: „any U.S. business that produces, designs, tests, manufactures, fabricates or develops a critical technology that is either utilized in connection with the U.S. business’s activity in one or more pilot program industries, or designed by the U.S. business specifically for use in one or more pilot program industries.“

Wichtig ist, dass die neue Meldepflicht des Pilotprogramms derzeit Investoren aus allen Ländern ausnahmslos umfasst. Gemäß der Präambel des Federal Registers erhofft sich die *US-Regierung* von dieser Maßnahme, dass *CFIUS* besser über die Art und den Schwerpunkt der beabsichtigten Investitionen aus dem Ausland so früh wie möglich informiert wird. Umfasst werden von den neuen Regeln Technologien, die als „aufstrebende und grundlegend“ für die USA identifiziert werden.

Das Pilotprogramm konzentriert sich auf bestimmte Arten von Transaktionen, unabhängig von dem Sitzland des übernehmenden Unternehmens oder der Investoren. Die ausländischen Erwerber müssen gegenüber *CFIUS* bei einer vom Pilotprogramm US-Geschäft erfassten Transaktion mindestens folgende Angaben machen:

Gewährung des Zugriffs auf alle wesentlichen nicht-öffentlichen technischen Informationen, die sich im Besitz des Zielunternehmens befinden.

Beschreibung der Mitgliedschaft oder Beobachterrechte im Verwaltungsrat (oder einem gleichwertigen Organ) der US-Gesellschaft.

Beschreibung der Rechte, eine Person für eine Position im Board of Directors (oder einem vergleichbaren Leitungsgremium) der US-Gesellschaft zu nominieren.

Weitere Angaben über die Beteiligung an der Entscheidungsfindung des US-Gesellschaft in Bezug auf die Nutzung, Entwicklung, den Erwerb oder die Freigabe von kritischer Technologie.

3. Durch das Pilotprogramm abgedeckte Geschäftsfelder

Das Pilotprogramm identifiziert 27 kritische Industrien, definiert durch sog. NAICS-Codes, die als „Pilotprogramm-Industrien“ klassifiziert werden (s. Liste unten). NAICS ist das nordamerikanische Klassifizierungssystem für die Industrie, das von den statistischen Bundesämtern bei der Klassifizierung von Geschäftsbetrieben zum Zweck der Sammlung, Analyse und Veröffentlichung statistischer Daten in Bezug auf US-Unternehmen weitläufig verwendet wird. Lt. *CFIUS* wurde die im Anhang dargestellte NAICS-Liste „sorgfältig entwickelt“ und ist politisch motiviert. Sie soll die Branchen umfassen, für die ausländische Investitionen eine Bedrohung für die technologische Überlegenheit der USA und die nationale Sicherheit darstellen könnten. Dies ist ein sehr weit gespanntes Ziel. Die „Pilotprogramm-Industrien“ umfassen derzeit zahlreiche Industrien und NAICS-Codes (s. Liste unten). Diese Liste ist allerdings nicht abschließend. Ein breites Spektrum anderer Industrien wurde schon zuvor von der *US-Regierung* in anderen Zusammenhängen als „kritisch“ eingestuft. Das sind kritische Technologien für die nationale Sicherheit der USA oder die

industrielle Wettbewerbsfähigkeit z.B. Technologien für elektrische Fahrzeuge und für alternative Energieerzeugung (Wind und Sonne). „Kritische Technologien“ sind nicht notwendigerweise neue Technologien, denn FIRRMA umfasst auch schon existierende Technologien, z.B. die Produkte und Technologien der US-Munitionsliste und der Commerce Control List. Die genannte Liste ist für *CFIUS* nicht abschließend und wird vermutlich erweitert.

4. Potenzielle Käufer oder Investoren aus Deutschland sollten schnell handeln

Der ausländische Erwerber (z.B. aus Deutschland) sollte alsbald prüfen, ob die geplante oder laufende Transaktionen unter das Pilotprogramm fallen, und ob (weitere) Erklärungen bei *CFIUS* einzureichen sind. Diese Prüfung erfordert eine sorgfältige Analyse anhand der im Anhang genannten NAICS Codes und anderer einschlägiger US-Listen. Auf dieser Grundlage sollten die an der Transaktion beteiligten Parteien rechtlich klären, welche verbindliche Erklärungen für die Transaktionen unter dem Pilotprogramm bei *CFIUS* eingereicht werden müssen. Dabei sind die Einreichungsfristen unbedingt zu beachten. Die verbindlichen Erklärungen müssen mindestens 45 Tage vor dem voraussichtlichen Closing einer Transaktion eingereicht werden. *CFIUS* hat dann 30 Tage Zeit, um seinerseits Maßnahmen zu ergreifen. Bei einer TK-relevanten Transaktion ist daran zu denken, dass neben *CFIUS* ein Sondergremium „*Team Telecom*“ in den Prozess einzubinden ist (näher *Spies*, MMR-Aktuell 2016, 382499). Parteien, die es verabsäumen bei *CFIUS* die verbindliche Erklärung einzureichen, obwohl dieses erforderlich ist, können von den US-Behörden mit einer zivilrechtlichen Geldstrafe bis zum Wert der Transaktion belegt werden. Schon deswegen sollten diese Pflichten sehr ernst genommen werden.

Liste der Pilotprogramm-Industrien

Industry	NAICS Code
Aircraft Manufacturing	336411
Aircraft Engine and Engine Parts Manufacturing	336412
Alumina Refining and Primary Aluminum Manufacturing	331313
Ball and Roller Bearing Manufacturing	332991
Computer Storage Device Manufacturing	334112
Electronic Computer Manufacturing	334111
Guided Missile and Space Vehicle Manufacturing	336414
Guided Missile and Space Vehicle Propulsion Unit and Propulsion Unit Parts Manufacturing	336415
Military Armored Vehicle, Tank, and Tank Component Manufacturing	336992
Nuclear Electric Power Generation	221113
Optical Instrument and Lens Manufacturing	33314
Other Basic Inorganic Chemical Manufacturing	325110

Other Guided Missile and Space Vehicle Parts and Auxiliary Equipment Manufacturing	336419
Petrochemical Manufacturing	325110
Powder Metallurgy Part Manufacturing	332117
Power, Distribution and Specialty Transformer Manufacturing	335311
Primary Battery Manufacturing	335912
Radio and Television Broadcasting and Wireless Communications Equipment Manufacturing	334220
Research and Development in Nanotechnology	541713
Research and Development in Biotechnology (except Nanobiotechnology)	541714
Secondary Smelting and Alloying of Aluminum	331314
Search, Detection, Navigation, Guidance, Aeronautical, and Nautical System and Instrument Manufacturing	334511
Semiconductor and Related Device Manufacturing	334413
Semiconductor Machinery Manufacturing	333242
Storage Battery Manufacturing	335911
Telephone Apparatus Manufacturing	334210
Turbine and Turbine Generator Set Units Manufacturing	333611