

US-Sanktionen – ein unauflösbares Dilemma?

Geschäftsleiter in der Zwickmühle zwischen europäischen und amerikanischen Regeln – Abstimmung mit Behörden angeraten

Von Amir-Said Ghassabeh\*)

Börsen-Zeitung, 30.6.2018
In diesen Tagen möchte man nicht in den Schuhen deutscher Geschäftsleiter stecken, die sich nicht nur mit den Folgen eines immer weiter anschwellenden Handelskonflikts zwischen den USA und der EU auseinandersetzen müssen, sondern auch noch zu entscheiden haben, ob sie das in der Regel hochprofitable Iran-Geschäft ihres Unternehmens bald einstellen müssen.

Zu dieser Entscheidung werden die Geschäftsleiter durch die von US-Präsident Donald Trump am 8. Mai 2018 angekündigte Wiedereinführung der US-Sekundärsanktionen gezwungen. Nach diesen US-Beschränkungen ist es deutschen Unternehmen nach Ablauf der Übergangsfristen am 6. August 2018 bzw. 4./5. November 2018 untersagt, Geschäfte in bestimmten iranischen Sektoren – wie beispielsweise Automobilsektor, Häfen/Schifffahrt/Schiffbau, Energiesektor (Erdöl, Erdgas, Petrochemie) sowie Banken und Versicherungen – und mit bestimmten iranischen Personen und Unternehmen – wie zum Beispiel mit den meisten iranischen Banken (einschließlich der iranischen Zentralbank), der National Iranian Oil Company sowie der Islamic Republic of Iran Shipping Lines – fortzuführen. Eines weiteren US-Bezugs bedürfen die verbotenen Iran-Geschäfte nach den extraterritorial wirkenden US-Regeln hingegen nicht.

Halten sich deutsche Unternehmen nicht an die Beschränkungen, drohen ihnen heftige Strafen wie der Ausschluss vom US-(Finanz-)Markt sowie die Aufnahme in die US-Sanktionsliste, der sogenannten Specially Designated Nationals and Blocked Persons List. Letzteres bedeutet vor

allem, dass es anderen amerikanischen und nichtamerikanischen Unternehmen dann untersagt wäre, jede Art von Geschäften mit dem Verletzer-Unternehmen zu tätigen. Dies allein dürfte schon genügend Abschreckungswirkung haben, auch wenn die Strafen für Sekundärsanktionsbrüche in der Regel keine Geldbußen oder Geldstrafen beinhalten.

Zu allem Überdross müssen deutsche Geschäftsleiter gleichzeitig auch die gegenläufigen Antiboykottregelungen der EU bzw. Deutschlands berücksichtigen, die die Befolgung der US-Beschränkungen grundsätzlich verbieten.

Klärung der Rechtslage

So hat die Europäische Kommission als Reaktion auf die Wiedereinführung der US-Sekundärsanktionen die Reaktivierung der sogenannten Blocking Regulation bis spätestens zum 5. August 2018 angekündigt. Nach dieser EU-Verordnung wird es europäischen Unternehmen aller Voraussicht nach untersagt sein, die betreffenden US-Sanktionen zu befolgen. Tun sie es doch, droht ihnen eine Bestrafung nach nationalem Recht.

In Deutschland müssen Geschäftsleiter zudem das sehr weit gefasste Boykott-Verbot in § 7 der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) beachten. Danach ist die Abgabe einer Erklärung im Außenwirtschaftsverkehr, durch die sich ein Inländer an einem Boykott gegen einen anderen Staat beteiligt (Boykott-Erklärung), verboten. Die Beendigung eines Iran-Geschäfts wegen der wiedereingeführten US-Sanktionen dürfte wohl schon vom Wortlaut dieser Verbotsnorm erfasst sein. Gibt ein Unternehmen gleichwohl eine unzulässige Boykott-Erklärung ab, ist diese nichtig und begründet zudem eine mit bis zu 500 000 Euro bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit.

Deutsche Geschäftsleiter stehen damit vor einem schier unlöslichen Dilemma. Halten sie sich an die US-Regeln, verstoßen sie gegen die bußgeldbewehrten Antiboykottregelungen; befolgen sie dagegen die EU-

bzw. deutschen Vorgaben, drohen heftige US-Strafen. Das Einhalten der verschiedenen Rechtsordnungen scheint danach unmöglich.

Die Größe und Bedeutung des US-Markts einerseits und die in vielen Fällen nicht unbegründete Angst vor US-Strafen andererseits verleiten Geschäftsleiter jedoch oftmals dazu, die US-Vorgaben ohne Weiteres zu befolgen. Dabei wird häufig überse-

hende Iran-Geschäft tatsächlich von den US-Sanktionen betroffen ist, ob und inwieweit nach US-Recht die Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung besteht und schließlich welche konkreten Abwicklungsmaßnahmen hinsichtlich der Geschäftsaktivitäten im Iran nach den US-Sanktionen erforderlich und genügend sind.

Wie bereits angedeutet verbieten die US-Sanktionen nicht per se jedes Iran-Geschäft. Sogar in den von den US-Beschränkungen betroffenen Sektoren können bestimmte Geschäfte noch möglich sein. Zudem bleiben auch nach Wiedereinführung der US-Sekundärsanktionen bestimmte Bereiche für Geschäftsaktivitäten offen. So erlaubt die US-Regierung gegenwärtig im Rahmen von sogenannten Generallicenzen den Export von Nahrungsmitteln, landwirtschaftlichen Produkten, pharmazeutischen Produkten und medizinischen Geräten sowie den Export zahlreicher Standard-IT-Produkte und -Software in den Iran.

Dazu bleibt auch weiterhin grundsätzlich die Möglichkeit bestehen, bei den zuständigen US-Behörden Ausnahmegenehmigungen (OFAC-Lizenzen) für bestehende oder geplante Iran-Geschäftsaktivitäten einzuholen. Je nach Größe und Bedeutung des Iran-Geschäfts sollte diese Option ernsthaft in Erwägung gezogen werden. So kann es im Einzelfall durchaus opportun sein, die Iran-Geschäftsaktivitäten nicht zu beenden, sondern einfach bis auf Weiteres ruhen zu lassen. Parallel könnte eine OFAC-Lizenz beantragt werden mit dem Ziel, das Iran-Geschäft schnellstmöglich wieder aufnehmen zu können.

Prüfung bestehender Verträge

Vor dem Hintergrund der veränderten politischen Lage sollten Geschäftsleiter zudem klären, welche Rechte und Pflichten nach den bestehenden Vereinbarungen mit den iranischen Geschäftspartnern bestehen. Viele Verträge, die nach Inkrafttreten des Nuklearabkommens mit dem Iran am 16. Januar 2016 abgeschlossen wurden, ermöglichen

eine Beendigung und Abwicklung der Vertragsverhältnisse aufgrund wiedereingesetzter US-Sekundärsanktionen. Aber auch ohne spezifische vertragliche Regelung kann in bestimmten Fällen ein Kündigungsrecht des deutschen Vertragspartners begründet sein.

Darüber hinaus sollten Geschäftsleiter auch prüfen, welche potenziellen Gegenansprüche der iranischen Vertragsseite bei einer ungerechtfertigten Beendigung der Geschäftsbeziehungen zustehen. Nur nach einer sorgfältigen Abwägung der Risiken und Chancen für das Unternehmen können Geschäftsleiter es auf einen Schadensersatz ankommen lassen.

Vor allem im Hinblick auf § 7 AWV wird teilweise gefordert, den weiten Anwendungsbereich des deutschen Boykottverbots durch ein zusätzliches subjektives Element einzuschränken. So soll nach einigen Stimmen in der juristischen Literatur mangels Absicht keine unzulässige Boykott-Erklärung vorliegen, wenn die Erklärung in erster Linie zur Abwendung eines erheblichen Schadens für das Unternehmen abgegeben wird. Um hier letzte Sicherheit zu bekommen, bietet es sich regelmäßig an, schon frühzeitig die Abstimmung mit den zuständigen Verfolgungsbehörden in Deutschland zu suchen. Insbesondere sollte vor dem Hintergrund drohender US-Strafen mit den deutschen Behörden abgeklärt werden, ob und inwieweit im Einzelfall von der Verfolgung potenzieller Verstöße gegen die Antiboykottregelungen abgesehen werden kann.

Lässt sich der Konflikt zwischen den sich wechselseitig ausschließenden Verhaltensvorgaben nicht anderweitig lösen, sind deutsche Geschäftsleiter berechtigt, eine am Unternehmenswohl orientierte, kaufmännisch vertretbare Ermessensentscheidung über die Befolgung einer Verhaltensvorgabe zu treffen. Die Entscheidung muss dabei auf einer angemessenen Informationsgrundlage beruhen.

\*) Dr. Amir-Said Ghassabeh ist Principal Associate bei Freshfields Bruckhaus Deringer in Hamburg.

ANZEIGE

WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 26
Aus dem Inhalt: Univ.-Prof. Dr. Petra Buck-Heeb, Hannover Die Haftung für ein fehlerhaftes Basisinformationsblatt

Fordern Sie heute noch Ihre Leseprobe an: unter Tel. 069/2732-162

hen, dass sie dadurch nicht nur einen Bußgeldtatbestand auslösen, sondern sich gegenüber ihrem eigenen Unternehmen persönlich haftbar machen können. Dies gilt selbst dann, wenn die betreffende Maßnahme in erster Linie nur zum Wohle der Gesellschaft erfolgt. Auf ihr unternehmerisches Entscheidungsermessens kann sich die Geschäftsleitung im Grundsatz nicht berufen.

Um dieses Dilemma aufzulösen, empfiehlt sich Geschäftsleitern daher regelmäßig folgende Vorgehensweise:

Geschäftsleiter sollten zunächst prüfen, ob und inwieweit das beste-

ONLINE

Weitere Artikel zum Spezialthema Recht & Kapitalmarkt finden Sie unter https://www.boersen-zeitung.de (Paywall)

IM INTERVIEW: MAXIMILIAN SCHWAB

Investitionskontrolle in Deutschland hat Schwächen

Unklarheit über Anmeldepflichten – Der Fall 50 Hertz in der Diskussion

Börsen-Zeitung, 30.6.2018

Herr Schwab, die Bundesregierung will den Einstieg des chinesischen Staatskonzerns SGCC beim Übertragungsnetzbetreiber 50 Hertz verhindern. Warum?

Grundsätzlich gibt es in Deutschland zwei Gruppen von kontrollierten Investments, zum einen Rüstungs- und Dual-Use-Güter und zum anderen die sogenannte „kritische Infrastruktur“. Um Letztere geht es im konkreten Fall. Während bei der Wehrtechnik das Kontrollbedürfnis evident ist, stehen hinter der Kontrolle von Investments in kritische Infrastruktur der Schutz des Wirtschaftsstandorts einerseits vor „Technologieklau“ und andererseits vor Übernahme strategisch wichtiger und schwer ersetzbarer Infrastruktur durch ausländische Investoren.

Auf welcher Grundlage ist eine Untersagung möglich?

Im vorliegenden Fall grundsätzlich gar nicht, solange SGCC nur eine 20-prozentige Beteiligung ohne Sonderrechte anstrebt, die Aufschwelle liegt bei 25%. Die ist hier nicht erreicht. Daher wird auch die „Lösung“ über den Erwerb durch Vorkaufsrechtsausübung durch Elia und den Weiterverkauf an die KfW erwogen.

Was fällt unter den Begriff der kritischen Infrastruktur?

Gedanke ist, Einrichtungen zu erfassen, die von hoher Bedeutung für das Gemeinwesen sind, da ohne sie erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden. Was insgesamt zur kritischen Infrastruktur zählt, geht jedoch in der Sache deutlich weiter als das, was man umgangssprachlich darunter



Maximilian Schwab

verstehet: Energie, IT und Telekommunikation, Transport und Verkehr, Gesundheit, Wasser, Ernährung, Finanz- und Versicherungswesen. Im Falle von 50 Hertz geht es evident um Energie. In anderen Fällen ist das weniger eindeutig und oft schwer zu beantworten, so fällt die Mineralölraffinerie darunter, die Altoläufwerke aber nicht. Dies zwingt viele Investoren dazu, eine „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ beim Bundeswirtschaftsministerium (BMW) einzuholen, auch wenn das Unternehmen nicht klar erfasst ist. Diese ist aber schwierig in das Timing einer Transaktion einzubinden, da die Fristen erst mit Eingang „vollständiger“ Unterlagen zu laufen beginnen. Das entscheidet das BMWi aber am Ende selbst. Besonders spannend ist das in einem öffentlichen Übernahmeangebot, bei dem gleichzeitig zwingende Übernahmefristen laufen.

Ist das Vorgehen der Bundesregierung eine Reaktion auf die Abschottung anderer Länder gegen ausländische Erwerber in grenzüberschreitenden Deals?

Im internationalen Vergleich ist die Investitionskontrolle in Deutschland

nach vergleichsweise jung. CFIS in den USA geht bereits auf die Ölkrise in den siebziger Jahren zurück, das deutsche Investitionskontrollrecht wurde überhaupt erst 2004 und nur für Rüstungs- und Kryptounternehmen ins AWG aufgenommen. Anlass war, dass man 2002 ohne rechtliche Handhabe sehr besorgt den Merger von Northrop Grumman und der deutschen U-Boot-Werft HDW mit ansehen musste. Erst 2009 folgte dann die Erweiterung auf die kritischen Infrastrukturen, nachdem die USA und andere EU-Länder, insbesondere Frankreich, hier bereits Regelungen geschaffen hatten. Anlass war hier die verstärkte Aktivität von ausländischen Staatsfonds (insbesondere aus Nah- und Mittelost). In der Folge rückte dann mehr und mehr das Thema des Schutzes vor „Technologieklau“ durch chinesische Investoren in den Vordergrund.

Reicht die Investitionskontrolle hierzulande aus?

Das Regime in Deutschland ist über die Jahre deutlich verbessert worden, dennoch hat es sowohl für die Bundesregierung als auch für Investoren Schwächen: Wie der konkrete Fall zeigt, ist die starre Schwelle von 25% im Einzelfall kein ausreichender Schutz, insbesondere bei der Sorge vor „Technologieabfluss“, der bereits früher droht. Andererseits herrscht für Investoren in Deutschland oft keine Gewissheit, ob ihr geplantes Investment anmeldepflichtig ist, da die Begriffe „kritische Infrastruktur“ und „wesentliche Sicherheitsinteressen der BRD“ im Einzelfall nicht klar sind.

Dr. Maximilian Schwab ist Partner von Willkie Farr & Gallagher in Frankfurt.

Die Fragen stellte Sabine Wadewitz.

Europäischer Gerichtshof weist EU-Kommission in die Schranken

Fehlerhaftes Referenzsystem zur Beurteilung der Sanierungsklausel

Von Timo Eggensperger\*)

Börsen-Zeitung, 30.6.2018

Die sogenannte Sanierungsklausel im deutschen Körperschaftsteuergesetz stand auf dem Prüfstand beim Europäischen Gerichtshof. Der entschied mit seinen Urteilen vom 28. Juni 2018, dass die EU-Kommission bei ihrer Beurteilung ein fehlerhaftes Referenzsystem angewendet hat. Daher ist auch nicht nachgewiesen, dass die Sanierungsklausel mit dem EU-Beihilferecht unvereinbar ist. Die EU-Kommission muss nun erneut prüfen, ob eine Beihilfe vorliegt.

Für die Praxis ist das eine erfreuliche Nachricht. Mit der Entscheidung des EuGH lebt die Sanierungsklausel zwar noch nicht automatisch wieder auf. Hierfür hätten die Richter auch erklären müssen, dass die Sanierungsklausel keine staatliche Beihilfe darstellt. Vorgegeben ist nun aber der Verlustersatz als Referenzrahmen. Betroffenen Unternehmen ist dringend zu raten, Steuerbescheide offen zu halten und die weitere Entwicklung zu verfolgen.

„Lex Opel“

Werden innerhalb von fünf Jahren mehr als 25% der Anteile an einer Körperschaft von einer Person erworben, gehen die nicht verrechneten steuerlichen Verluste grundsätzlich anteilig oder gar vollständig unter. Diese restriktiven Wirkungen wurden mit der Sanierungsklausel des § 8c Abs. 1a KStG abgemildert. Danach sollen die vorhandenen Verlustverträge trotz Eigentümerwechsel erhalten bleiben und gegen künftige Gewinne verrechnet werden können.

Die Sanierungsklausel wurde vom deutschen Gesetzgeber – trotz Kritik der Opposition („Lex Opel“) – im Juli 2009 verabschiedet; mit einem rückwirkenden Anwendungszeitraum ab 1. Januar 2008. Sie wurde bei der

EU-Kommission nicht als Beihilfe angemeldet. Die Klausel ist wichtig, da Gesellschaften mit Verlusten häufig Sanierungsfälle sind. Mit Hilfe der Sanierungsklausel könnten viele Unternehmen als Ganzes saniert und erhalten bleiben.

Massiver Eingriff

Die EU-Kommission beurteilte die Sanierungsklausel jedoch mit Beschluss vom 26. Januar 2011 als mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe. Diese Entscheidung stellte einen massiven Eingriff in das deutsche Steuerrecht dar. Die EU-Kommission vertrat die Auffassung, dass die Klausel eine Ausnahme von der in § 8c Abs. 1 KStG festgeschriebenen Regel des Übergangs von Verlusten bei Körperschaften darstellt, bei denen es zu einem Gesellschaftswechsel gekommen ist. Diese (Rück-)Ausnahme von der Ausnahme betrachtete die EU-Kommission als spezifische Sonderbehandlung und damit als Beihilfe. Letztlich kam die EU-Kommission zu dem Ergebnis, dass die Sanierungsklausel Unternehmen einen nicht gerechtfertigten selektiven Vorteil verschaffen könne.

Mit dieser Sichtweise wies die EU-Kommission Deutschland an, alle aufgrund der Sanierungsklausel gewährten unvereinbaren Beihilfen von den Begünstigten zurückzufordern und der Kommission eine Liste dieser Begünstigten zu übermitteln. Daraufhin wurden die Anwendung der Sanierungsklausel ausgesetzt und rückwirkende Steuernachzahlungen verhängt.

Gegen den Beschluss der EU-Kommission klagten zwei Unternehmen ohne Erfolg vor dem Gericht der Europäischen Union (EuG), das die Klagen mit Urteilen 4. Februar 2016 (Az. T-287/11, T-620/11) als unbegründet zurückwies. Dagegen zogen die beiden Unternehmen mit

Unterstützung der Bundesrepublik Deutschland vor den EuGH.

Der Europäische Gerichtshof kommt mit Urteil vom 28. Juni 2018 (Rs. C-203/16 P, C-208/16 P, C-209/16 P, C-219/16 P) zu dem Ergebnis, dass der streitige Beschluss der EU-Kommission nichtig ist. Er begründet dies damit, dass diese den selektiven Charakter der Sanierungsklausel anhand eines fehlerhaft bestimmten Referenzsystems beurteilt hat. Die EU-Kommission habe fälschlich allein die Regel des Verfalls von Verlusten als maßgebliches Referenzsystem eingestuft, ohne dabei die allgemeine Regel des Verlustvortrags in dieses Referenzsystem einzu beziehen.

Beliebigkeit

Die Selektivität einer steuerlichen Maßnahme kann laut EuGH nicht anhand eines Referenzsystems beurteilt werden, das aus einigen Bestimmungen besteht, die aus einem breiteren rechtlichen Rahmen künstlich herausgelöst worden sind. Mit dem Ausschluss der allgemeinen Regel des Verlustvortrags von dem zugrunde gelegten Referenzsystem wurde dieses System offensichtlich zu eng definiert.

In dem Urteil offenbart sich die Beliebigkeit des von der Kommission vorgenommenen „Regel-Ausnahme-Tests“. Sofern nur der Referenzrahmen richtig definiert wird, ergibt sich daraus auch das Vorliegen der gewünschten Ausnahme. Wie bereits der Generalanwalt so vermisste auch der Europäische Gerichtshof hinreichende Klarheit in Bezug auf die Definition des Referenzrahmens und erteilte der Sichtweise der EU-Kommission eine Absage.

\*) Timo Eggensperger ist Steuerexperte im Stuttgarter Büro der Prüfungs- und Beratungsgesellschaft Ebner Stolz.

Redaktion: Sabine Wadewitz (069/2732-212) Walter Becker (069/2732-264) recht@boersen-zeitung.de