

Memorandum

Für:

Stiftung Clean Energy Forum gGmbH

Von:

Prof. Dr. Christoph Schalast
Dr. Marc-André Rousseau
Hanna Löschan, LL.M.

Datum:

Frankfurt am Main, 20. Januar 2024

Wegen:

Zulässigkeit des Erwerbs des E&P Geschäfts der Wintershall AG durch Harbour Energy plc. nach der Außenwirtschaftskontrolle

Der Inhalt dieses Memorandums ist vertraulich und unterliegt dem Anwaltsgeheimnis. Sofern und soweit nachstehend nicht ausdrücklich erlaubt, darf dieses Memorandum weder vollständig noch in Teilen ohne vorherige Zustimmung von Schalast & Partner Rechtsanwälte mbB („SCHALAST“) an Dritte weitergegeben werden. Dieses Memorandum dient ausschließlich dem Zweck, den oben näher bezeichneten Adressaten („Mandant“) zu informieren, und SCHALAST übernimmt gegenüber Dritten keinerlei Haftung und/oder Verantwortung jedweder Art.

Der Mandant darf dieses Memorandum kopieren und/oder anderweitig seinen Organen, Mitarbeitern oder professionellen Beratern zur Verfügung stellen, sofern und soweit dies für die Erfüllung der Verpflichtungen des Mandanten oder der vorgenannten Personen erforderlich ist und der Mandant gegenüber solchen Personen ausdrücklich klarstellt, dass (i) das Memorandum nicht für sie oder jemand anderen als den Mandanten entworfen wurde, (ii) weder sie noch ihre Berater auf den Inhalt dieses Memorandums vertrauen dürfen, (iii) von SCHALAST keinerlei Haftung und/oder Verantwortung jedweder Art gegenüber einer anderen Person als dem Mandanten übernommen wird unabhängig davon, ob das Memorandum mit dem Einverständnis von SCHALAST weitergegeben wurde, und (iv) die Verpflichtungen und Beschränkungen aus der Mandatsvereinbarung zwischen Mandant und SCHALAST sich auch auf diese Personen erstrecken. SCHALAST übernimmt keine Haftung und/oder Verantwortung jedweder Art für die Vollständigkeit oder Hinlänglichkeit dieses Memorandums für Zwecke von anderen Personen als dem Mandanten.

Dieses Memorandum ist Stand des Datums dieses Dokuments; SCHALAST treffen keinerlei Beobachtungs- oder Aktualisierungspflichten.

Das Vorgenannte bezieht sich auf SCHALAST als auch sämtliche Partner, Angestellte und Mitarbeiter von SCHALAST.

1. Executive Summary

Der Erwerb des Explorations & Production Geschäft von Wintershall Dea AG unterfällt der Investitionskontrolle des Außenwirtschaftsrechts. Das für die Prüfung der Investitionskontrolle zuständige Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hat im Rahmen seiner Prüfung zu untersuchen, ob der Erwerb voraussichtlich zu einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit führen wird. Dabei hat es insbesondere zu berücksichtigen, dass die Wintershall Dea AG nach vorläufiger Einschätzung ein Betreiber kritischer Infrastruktur ist und dass möglicherweise Schlüsseltechnologien mitverkauft werden. Eine Untersagung des Erwerbs steht nun im Ermessen des Bundesministeriums.

2. Arbeitsauftrag

Schalast wurde von der Stiftung Clean Energy Forum gGmbH beauftragt, den Erwerb des Exploration & Production Geschäfts („**E&P Geschäft**“) der Wintershall Dea AG („**Wintershall**“) durch Harbour Energy plc. nach dem Außenwirtschaftsrecht zu prüfen und eine Einschätzung zu der Zulässigkeit des Vorhabens abzugeben. Da durch den Verkauf des E&P-Geschäfts unter anderem auch Explorationsrechte in acht Ländern, sowie Lizenzen zur Abscheidung und Speicherung von Kohlendioxid (CCS) veräußert werden, besteht in der Öffentlichkeit die Diskussion, ob durch den Verkauf wichtige Schlüsseltechnologien verkauft werden. Diese Frage soll im Nachfolgenden Berücksichtigung finden.

3. Sachverhalt

Die alleinigen Anteilseigner der Wintershall, BASF (72,7 %) und LetterOne (27,3 %) haben am 21. Dezember 2023 mit Harbour Energy plc eine Vereinbarung zum Zusammenschluss beider Geschäfte unterzeichnet („**Vorhaben**“). Danach soll das E&P-Geschäft von Wintershall an Harbour Energy plc übertragen werden; es umfasst Produktions- und Entwicklungs-Assets sowie Explorationsrechte in Norwegen, Argentinien, Deutschland, Mexiko, Algerien, Libyen (ohne Wintershall AG), Ägypten und Dänemark (ohne Ravn) sowie Lizenzen von Wintershall zur Abscheidung und Speicherung von Kohlendioxid (CCS). Im Gegenzug erhalten BASF und LetterOne beim Abschluss der Transaktion eine Barzahlung von insgesamt 2,15 Milliarden US-Dollar (BASF-Anteil: 1,56 Milliarden US-Dollar) sowie neue, von Harbour Energy plc ausgegebene Aktien, die einer Beteiligung von insgesamt 54,5 % an der erweiterten Harbour Energy plc entsprechen (BASF-Anteil: 39,6 %, LetterOne-Anteil 14,9%). LetterOne sollen dabei nur non-voting-shares erhalten.¹

¹ BASF, Pressemitteilung vom 21. Dezember 2023, abrufbar unter <https://www.basf.com/global/de/media/news-releases/2023/12/p-23-384.html> (zuletzt abgerufen am 18.01.2024); BASF, Präsentation: Harbour Energy plc und die Anteilseigner von Wintershall unterzeichnen Vereinbarung zum

4. Zulässigkeit des Vorhabens nach der Außenwirtschaftskontrolle

Nachfolgend wird das Vorhaben nach den Vorschriften der Außenwirtschaftskontrolle geprüft. Das Außenwirtschaftsgesetz („AWG“) enthält insbesondere in §§ 4, 5, 13, 14a und 15 die gesetzlichen Vorgaben für die außenwirtschaftsrechtliche Investitionsprüfung in Deutschland. Die Außenwirtschaftsverordnung („AWV“) konkretisiert diese Vorgaben in §§ 55 ff. Bei der Investitionsprüfung ist zwischen der sogenannten sektorübergreifenden (§§ 55 – 59 AWV) und der sogenannten sektorspezifischen (§§ 60 – 62 AWV) Prüfung zu unterscheiden.

4.1 Anwendbarkeit sektorenübergreifende Prüfung

Da das vorliegenden Vorhaben den Energiesektor betrifft und nicht den Rüstungs- bzw. IT-Sicherheits-Sektor, für den die sektorenspezifische Prüfung nach §§ 60ff. AWV anwendbar ist, wird sich auf die sektorenübergreifende Prüfung des §§ 55ff. AWV beschränkt. Hiernach ist ein Vorhaben zulässig, wenn es zu keiner voraussichtlichen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union führt.

4.1.1 Erwerb eines inländischen Unternehmens/Betriebsteil durch einen Unionsfremden

Nach §§ 55 Abs. 1 bzw. Abs. 1a AWV sind von der sektorenübergreifenden Prüfung unmittelbare bzw. mittelbare Erwerbvorgänge eines inländischen Unternehmens bzw. eines abgrenzbaren Betriebsteils erfasst, die durch einen Unionsfremden erfolgen.

Ein solcher Erwerb ist durch die Veräußerung des E&P-Geschäfts der Wintershall an das britische Unternehmen Harbour Energy plc gegeben. Insbesondere sind seit dem Ausstieg von Großbritannien aus der Europäischen Union auch britische Unternehmen als Unionsfremde i.S.d. § 2 Nr. 19 AWG anzusehen.²

Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass der Erwerb des E&P-Geschäfts einen abgrenzbaren Betriebsteil i.S.d. § 55 Abs. 1a AWV darstellt. Zwar findet sich im Außenwirtschaftsrecht keine genaue Definition, was unter einem abgrenzbaren Betriebsteil zu verstehen ist.³ Da aber das E&P-Geschäft mit seinen Produktions- und Entwicklungs-Assets sowie Explorationsrechten

Zusammenschluss beider Geschäfte (in Englisch), 21. Dezember 2023, abrufbar unter <https://www.basf.com/global/de/media/news-releases/2023/12/p-23-384.html> (zuletzt abgerufen am 18.01.2024).

² *BMWK*, Häufige Fragen zu Investitionsprüfungen nach dem Außenwirtschaftsgesetz (AWG) und der Außenwirtschaftsverordnung (AWV), 01.05.2022, abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/FAQ/Aussenwirtschaftsrecht/faq-aussenwirtschaftsrecht.html> (zuletzt abgerufen am 18.01.2024).

³ *Salaschek/ Schipke*, Der Vermögenserwerb in der deutschen Investitionskontrolle, *ZWeR* 2023, 28 ff.

abtrennbaren Bereichen und Einheiten innerhalb des Wintershall -Unternehmens zugewiesen⁴ und insbesondere von dem zurückbleibenden Russlandgeschäft abgegrenzt werden kann, sprechen gute Argumente dafür einen abgrenzbaren Betriebsteil anzunehmen.

Das Vorhaben unterfällt damit der sektorenübergreifenden Prüfung des §§ 55 Abs. 1, Abs. 1a AWV.

4.1.2 Voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

Für die „voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit“ wurden in Anlehnung an Artikel 4 Abs. 1 der EU-Screening-Verordnung in § 55a Abs. 1 AWV eine Reihe von Fallgruppen aufgenommen, die als besonders prüfungsrelevant erachtet werden. Innerhalb dieser Fallgruppen werden zudem weitere Fallgruppen unterschieden, die in besonders sicherheitsrelevante Bereiche fallen. Hierzu zählen die Fallgruppen des § 55a Abs. 1 Nr. 1 bis 7 AWV zu denen insbesondere kritischen Energie- und Verkehrsinfrastruktur gehören. Erwerbsvorgänge, die besonders sicherheitsrelevante Bereiche betreffen, unterliegen grundsätzlich strengeren Anforderungen als andere Bereiche.⁵

4.1.2.1 Kritische Infrastruktur (Nr. 1)

Besonders prüfungsrelevant ist zunächst die Fallgruppe der Kritischen Infrastruktur. Der Begriff „kritische Infrastruktur“ stammt dabei aus dem Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik“ (BSIG) und wird in der zugehörigen Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen (BSI-KritisV) näher definiert.

Gem. § 2 Abs. 10 BSIG sind kritische Infrastrukturen Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon, die den Sektoren Energie, Informationstechnik und Telekommunikation, Transport und Verkehr, Gesundheit, Wasser, Ernährung, Finanz- und Versicherungswesen sowie Siedlungsabfallentsorgung angehören und von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengepässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden.

⁴ *Wintershall AG*, Geschäftsbericht 2022, S.35ff., 69 abrufbar unter <https://wintershall.com/de/geschaeftsbericht-2022> (zuletzt abgerufen am 19.01.2024).

⁵ So fallen Anteilerwerbe eines Unionsfremden an einem Inlandsunternehmen aus einem besonders sicherheitsrelevantem Bereich bereits ab einer Beteiligung von 10% in den Anwendungsbereich der sektorenübergreifenden Prüfung, §§55a, 56 Abs. 1 AWV; *Deutsche Industrie- und Handelskammer*, FAQ zu Investitionsprüfungen nach der Außenwirtschaftsverordnung (AWV), 16.07.2019, abrufbar unter <https://www.dihk.de/resource/blob/4326/18e596c34abf01b4eecd117c1e5e9e07/faq-investitionspruefungen-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.01.2024).

§ 2 der BSI-KritisV stellt ergänzend fest, dass für den vorliegenden Fall relevanten Sektor Energie vor allem die Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, Gas und Heizöl als kritische Dienstleistung zu verstehen ist. Hierzu gehören neben der Erzeugung bzw. Förderung auch der Handel und der Transport von Energie. Dabei wird allerdings nicht jeder Betreiber automatisch zur kritischen Infrastruktur, vielmehr muss das streitgegenständliche Unternehmen zusätzlich noch die im Rahmen der BSI-KritisV festgelegten Schwellenwerte überschreiten.

Da Wintershall im Geschäftsjahr 2022 den Schwellenwert von 5.190 GWh/Jahr Gas mit rund 257.000 GWh gefördertem Gas überschritten hat,⁶ ist davon auszugehen, dass der Schwellenwert auch im Jahr 2023 überschritten ist. Damit ist Wintershall jedenfalls als kritischer Betreiber von Gasförderanlagen anzusehen, wodurch ein Verkauf der zugehörigen Assets als besonders sicherheitsrelevant i.S.d. §§ 56 Abs. 1 Nr.1 AWV einzustufen ist.

4.1.2.2 Rohstoffgewinnung (Nr. 25)

Weiter könnte auch die Fallgruppe der Rohstoffgewinnung im Rahmen des Erwerbs von Wintershall relevant sein. Die Fallgruppe erfasst laut Gesetzesbegründung Unternehmen, die Rohstoffe bzw. deren Erze entsprechend der „Liste kritischer Rohstoffe für die EU“ gewinnen, aufbereiten oder raffinieren. Damit wird Artikel 4 Abs. 1c) der EU-Screening-Verordnung aufgegriffen.⁷ Da allerdings Wintershall keine von der EU als kritisch bezeichneten Rohstoffe fördert, sondern nur Gas und Erdöl, ist die Fallgruppe auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

4.1.2.3 Sonstige Gründe

Schließlich ist festzuhalten, dass die Fallgruppen des § 55a Abs. 1 AWV lediglich zur Orientierung dienen, welche Bereiche im Sinne der Außenwirtschaftskontrolle als besonderes relevant für die öffentliche Ordnung und Sicherheit erachtet werden. Die Aufzählung ist dabei nur beispielhaft, was sich aus dem Wort „insbesondere“ in § 55a Abs. 1 AWV ergibt. Neben den aufgezählten Fallgruppen können somit auch in der Person des Erwerbers liegende Faktoren von besonderer Relevanz für die Beurteilung des Gefährdungspotenzials eines Erwerbsfalls sein und jedenfalls als sachlich relevante Umstände in die Ermessensabwägung einbezogen werden. Ebenso kann sich das Bundesministerium auf weitere Gründe⁸ stützen, solange die öffentliche Ordnung und

⁶ Nach § 2 Abs. 6 i.V.m. Nr. 2.6 des Teil 1 und Teil 3 Nr.2 des Anhang 1 der BSI-KritisV hat ein Betreiber von Gasförderungsanlagen die Schwelle von 5.190 GWh/Jahr Gas zu überschreiten, um als kritische Infrastruktur angesehen zu werden. Ausweislich des Konzernlageberichts von BASF hat Wintershall im Geschäftsjahr 157 Millionen boe (barrel of oil equivalent) an Gas gefördert. 1 boe = 0,0017 GWh Gas; Vgl. *BASF*, Konzernlagebericht 2022, abrufbar unter <https://bericht.basf.com/2022/de/konzernlagebericht/oel-und-gas-geschaeft.html> (zuletzt abgerufen am 19.01.2024).

⁷ *Deutscher Bundestag*, Siebzehnte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, Drucksache 19/29216, 03.05.2021, S.32, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/19/292/1929216.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.01.2024).

⁸ Vgl. Erwägungsgrund 12 der EU-Screening-Verordnung (EU) 2019/452.

Sicherheit im Hinblick auf die Verfügbarkeiten von Technologien, Endprodukten, Produktkapazitäten und Dienstleistungen gefährdet ist.⁹

Ein solcher weiterer Grund könnte der Verlust von Know-how und Expertenwissen über die Verfahren der Abscheidung und Speicherung von CO₂, also von möglicher Schlüsseltechnologien sein. Als Schlüsseltechnologien werden grundlegende Komponenten wirtschaftlicher und gesellschaftsrechtlicher Transformationsprozesse verstanden durch deren breite Anwendung Wertschöpfung gefördert und der Wohlstand sowie die technische Souveränität einer Volkswirtschaft gesichert wird.¹⁰ Die Abscheidung und Lagerung von Kohlendioxid, Carbon Capture Storage (CCS) und auch die Nutzung von CO₂ als Rohstoff (CCU) wird von zahlreichen Experten als ein wichtiger Baustein zur Erreichung der Klimaziele gesehen¹¹. Ohne diese Technologien sei die Reduzierung von CO₂ und eine Substitution von fossilem Kohlenstoff kaum möglich.¹² Klimaneutralität und die Zukunftsfähigkeit der deutsche Industrie können folglich nicht erreicht werden. Damit bestehen gute Gründe, um eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu bejahen.

4.2 Prüffristen

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hat Harbour Energy plc und Wintershall die Eröffnung des Prüfverfahrens innerhalb von zwei Monaten ab Erlangen der Kenntnis über das Vorhaben mitzuteilen und innerhalb von vier Monaten nach dem vollständigen Eingang aller erforderlichen Unterlagen eine Entscheidung zu treffen, §§ 55 Abs. 3 AWV i.V.m 14a Abs. 1 AWG.

5. Fazit

Es kann festgehalten werden, dass der Erwerb des E&P-Geschäfts von Wintershall durch Harbour Energy plc. nicht nur in den Anwendungsbereich der Außenwirtschaftskontrolle fällt, sondern zu einigen Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des Vorhabens führt. Der Umstand, dass es sich bei Wintershall nach vorläufiger Einschätzung um einen Betreiber kritischer Infrastruktur handelt und damit durch den Erwerb ein besonders sicherheitsrelevanter Bereich betroffen ist, bestätigt,

⁹ *Masling/Seifert*, Investitionskontrolle – Rückblick 2022 und Ausblick auf 2023, NJOZ 2023, 353.

¹⁰ *BDI*, Schlüsseltechnologie Definition der deutschen Industrie, 14.06.2023, abrufbar unter <https://bdi.eu/publikation/news/schluesseltechnologiedefinition-der-deutschen-industrie> (zuletzt abgerufen am 19.01.2024).

¹¹ *BDI/DGB/NABU/WWF*, Thesenpapier Industrietransformation aus einem Guss, 10.01.2024, abrufbar unter <https://www.wwf.de/fileadmin/fm-wwf/Publikationen-PDF/Klima/Thesenpapier-Industrietransformation-aus-einem-Guss.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.01.2024).

¹² *Renewable Carbon*, Keine Nachhaltige Zukunft ohne CO₂ Nutzung, 17.07.2023, abrufbar unter <https://renewable-carbon.eu/news/keine-nachhaltige-zukunft-ohne-kohlenstoffdioxid-nutzung-carbon-capture-and-utilisation-ccu/> (zuletzt abgerufen am 19.01.2024).

dass das Vorhaben sicherheits- bzw. ordnungspolitische Auswirkungen für die Bundesrepublik Deutschland haben wird. Mit dem Vorhaben soll der einzige Öl- und Gasförderer Deutschlands ins Nicht-EU-Ausland verkauft werden.

Hinzu kommt, dass möglicherweise Schlüsseltechnologien mitverkauft werden, die eine erhebliche Rolle bei der Umsetzung nationaler als auch europäischer Energie- und Klimaziele spielen. Insoweit steht die Frage im Raum, ob das Ermessen, das dem Bundeswirtschaftsministerium bei der Prüfung zusteht, auf Null reduziert sein könnte.¹³

Das Bundesministerium hat nun zu prüfen, ob der Erwerb zulässig ist oder ob die genannten Bedenken ausreichen, um eine voraussichtliche Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu bejahen. In diesem Fall kann das Bundesministerium den Erwerb entweder vollständig untersagen oder mit Auflagen verbinden.

¹³ Vgl. *BDI/DGB/NABU/WWF*, Thesenpapier Industrietransformation aus einem Guss, 10.01.2024, abrufbar unter <https://www.wwf.de/fileadmin/fm-wwf/Publikationen-PDF/Klima/Thesenpapier-Industrietransformation-aus-einem-Guss.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.01.2024).