

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

Urgewald e.V.
Büro Berlin
Immanuelkirchstr. 24
10405 Berlin

Deutsche Umwelthilfe e.V.
Hackescher Markt 4
10178 Berlin

Michael Günther * (bis 31.12.2022)
Hans-Gerd Heidel * (bis 30.06.2020)
Dr. Ulrich Wollenteit *¹
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *¹
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
André Horenburg *
John Peters
Sonja Garbers
Victor Görlich

¹ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

25.04.2023
00273/20 /R /jp/jp
Mitarbeiterin: Jule Drzewiecki
Durchwahl: 040-278494-11
Email: drzewiecki@rae-guenther.de

Kurze rechtliche Stellungnahme zur möglichen Geltendmachung des Garantiefalles durch die Wintershall Dea AG aufgrund der Bundesgarantien für Direktinvestitionen im Ausland (DIA) im Zusammenhang mit deren Gasgeschäft in Sibirien

I. Kurzdarstellung des Sachverhalts

Die deutsche BASF-Tochter Wintershall Dea AG (i.F.: kurz Wintershall Dea) prüft Medienberichten zufolge, ob sie die Auszahlung von Direktinvestitions Garantien im Ausland (DIA) des Bundes beantragen werde.¹ Der Antrag kann sich voraussichtlich auf Vermögenswerte beziehen, die das Unternehmen in Sibirien insbesondere durch Gasförderung und -verkauf und Beteiligungen an joint ventures geschöpft bzw. investiert hat und/oder auf Konten russischer Banken hält.

¹ s. bspw. <https://www.ndr.de/nachrichten/info/Milliarden-Verlust-Wintershall-Dea-prueft-Anspruch-auf-staatliche-Hilfen,wintershall134.html> (23.03.2023).

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

Mittels der DIA sind die wirtschaftlichen Aktivitäten der Wintershall Dea in der Russischen Föderation mit mindestens 1,8 Milliarden Euro abgesichert.² Seit Kriegsbeginn in der Ukraine im Februar 2022 verzeichnete die Wintershall Dea nach Medienberichten 5,3 Milliarden Euro Verlust durch das Gasgeschäft in Russland,³ wovon mindestens 2,011 Milliarden Euro auf den Kontrollverlust über Zahlungskonten in Russland entfallen.⁴ Die aufgrund des Garantiefalles gewährte Zahlungssumme könnte daher deutlich höher als die 1,8 Milliarden Euro ausfallen.

Einsicht in die entsprechenden Garantieerklärungen, Bescheide bzw. Abreden der Wintershall Dea mit dem Garantiegeber – der Bund – liegt den Verf. nicht vor.

Der Auftrag zur Stellungnahme lautet, auf Grundlage des dargestellten, die rechtlichen Rahmenbedingungen im kurzen Überblick darzustellen und vor dem genannten Hintergrund generelle Spielräume bei der Entscheidung über die Inanspruchnahme und der Auszahlung der Garantiesummen aufzuzeigen. Der zugrundeliegende Bearbeitungsstand ist der 27.03.2023.

II. Rechtliche Grundlagen

Rechtsgrundlage für die Gewährung und Auszahlung der DIA, die neben den Exportkreditgarantien (EKG – ehemals sog. Hermes-Bürgschaften) ein bedeutendes Instrument der bundesdeutschen Außenwirtschaftsförderung darstellen, ist das jeweilig geltende Haushaltsgesetz. Im Haushaltsjahr 2023 ist die entsprechende Norm § 3 Abs. 1 Nr. 2 lit. b Haushaltsgesetz 2023⁵, wonach zur Absicherung des politischen Risikos bei förderungswürdigen Direktinvestitionen im Ausland ein Volumen von bis zu 60 Milliarden Euro vorgesehen ist. Die relative Unbestimmtheit einer solchen Norm ist vom Grundsatz her unbedenklich, da für den Bereich der Leistungsverwaltung die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Regeldichte des Gesetzes geringer sind (s. dazu aber noch sogleich und III. b).⁶

Die Vergabe der DIA wird durch hierfür erlassene Verwaltungsvorschriften⁷ (i.F.: DIA-Richtlinien) des BMWK verwaltungsseitig geregelt und strukturiert. Über Anträge auf Übernahme einer Garantie entscheidet das BMWK mit Zustimmung des BMF sowie im Einvernehmen mit dem AA und dem BMZ in dem Interministeriellen Ausschuss für die Übernahme von Garantien für Direktinvestitionen im Ausland (Nr. IX. Ziff. 1. der DIA-Richtlinien). Durch Nr. X der DIA-Richtlinien

² s. a.a.O.

³ s. a.a.O.

⁴ Geschäftsbericht Wintershall Dea AG 2022, S. 93.

⁵ Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2023 vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2485).

⁶ s. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20 Rn. 118.

⁷ Richtlinien für die Übernahme von Garantien für Kapitalanlagen im Ausland vom 1. September 2004 in der Fassung vom 1. Juli 2017, i.F. Richtlinien 2017, abrufbar unter <https://www.investitionsgarantien.de/Resources/Persistent/9/3/f/b/93fb1ca5af991b2e33573ba3dfe8b147a828e93f/DIA-Richtlinien-220318-WEB.pdf> (23.03.2023).

wird die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PwC als federführender Mandatar des Bundes zur Durchführung der korrespondierenden Geschäfte betraut.⁸ Ferner existieren Allgemeine Bedingungen für die Garantievergabe⁹ (i.F.: ABG), die grundsätzlich Teil der individuellen Garantieerklärung des Bundes werden (§ 1 Abs. 1 S. 2 ABG).

Aus § 2 lit. a) ABG ergibt sich, dass zwischen dem Bund und dem Anlageland eine Vereinbarung über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Direktinvestitionen oder ein vergleichbarer Schutz bestehen muss, um eine Garantieerklärung überhaupt abgegeben zu können. Dies dürfte auch schon aus § 3 Abs. 1 Nr. 2 lit. b Haushaltsgesetz 2023 („förderungswürdig“) folgen. Das Abkommen ist im hiesigen Falle der *Vertrag vom 13. Juni 1989 der BRD und der UdSSR über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen*¹⁰ (i.F.: Investitionsschutzabkommen). Die Russische Föderation hat die Fortgeltung dieses Vertrages anerkannt.¹¹ In Betracht kommen vorliegend die beiden einzigen von der Schiedsgerichtsabrede umfassten Fälle des Investitionsschutzabkommens; vereinfacht das Verbot der Rückführung von Vermögenswerten nach Deutschland sowie die Enteignung und enteignungsgleiche Beeinträchtigung.¹²

Die Vergabe neuer Investitionsgarantien wurde vom Bund am Tag des Kriegsbeginns (24.02.2022) gestoppt. Bestehende Garantien würden laut PwC weiterhin bedient werden.¹³ Die EU hat mit der VO EU 833/2014, zul. geändert am 4.2.2023, für die Mitgliedsstaaten zudem neue Garantievergaben verboten. Die Auszahlung vor dem 26.2.2022 bestehender Garantien sind davon ausgenommen (Art. 2e Abs. 2 VO EU 833/2014).

Aufgrund der inhärenten Abhängigkeit der Gewährung und Auszahlung von DIA von Bestand und konkreter Gestaltung eines Investitionsschutzabkommen durch Gesetze, die Richtlinien 2017 sowie den ABG ist eine Beurteilung des Garantiefalles maßgeblich von einer völkerrechtlichen Beurteilung geprägt.¹⁴ Ergänzend

⁸ Dieser ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive im übertragenen Aufgabenbereich als staatliche Institution anzusehen und an die Grundrechte gebunden, vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen, 99. EL September 2022, GG Art. 1 Abs. 3 Rn. 127.

⁹ s. <https://www.investitionsgarantien.de/Resources/Persistent/6/b/9/5/6b95d0f653d2a7bb41d8e0c843f8988925b4c987/DIA-AGB-200127-WEB.pdf> (23.03.2023).

¹⁰ s. <https://germania.diplo.de/blob/1280826/9a13b8fe51e407ba934205dd2cc5f8b5/1989-abkommen-investitionsschutz-data.pdf> (23.03.2023).

¹¹ *Happ*: Russische Enteignungsdrohungen: Deutsche Unternehmen sind nicht schutzlos, UKuR 2022, 136 Rn. 12, Fn. 18.

¹² s. dazu näher *Happ*, ebd., 136.

¹³ Deckungsstopp für Russland und Belarus, abrufbar unter <https://www.investitionsgarantien.de/main-navigation/wissen/wissenstransfer/deckungsstopp-fuer-russland-und-belarus>.

¹⁴ So auch PwC als Mandatar des Bundes, <https://www.investitionsgarantien.de/main-navigation/verfahren-investitionsgarantien/schaden-entschaedigung-investitionsgarantien> (23.03.2023) – hier: nur zwei Garantiefälle gedeckt.

sind nationale rechtliche Wertungen heranzuziehen. Auch das russische Recht ist gem. Nr. I Ziff. 3 Richtlinien 2017 zu beachten.

III. Gesetzliche Flexibilisierungen

1. Rechtsgrundlage in den jeweiligen Haushaltsgesetzen

Das hierarchisch höchststehende einfachrechtliche Gesetz zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit ist das Haushaltsgesetz. Dies stellt die äußerste Grenze des rechtmäßig-wirksamen Handelns in diesem Zusammenhang dar – *materiell* unabhängig davon, wie davon abgeleitetes oder in der Gesetzeshierarchie untergeordnetes Recht ausgestaltet ist.¹⁵ Enthalten Gesetze unbestimmte Rechtsbegriffe, sind diese zudem im Lichte der Grundrechte und objektiven Wertentscheidungen des Grundgesetzes auszulegen und es ist im Rahmen praktischer Konkordanz den etwaigen gegenläufigen Positionen der Verfassung optimale Geltung zu Verschaffen.¹⁶

Insoweit ist besonderes Augenmerk auf den unbestimmten Rechtsbegriff der „Förderungswürdigkeit“ gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 lit. b Haushaltsgesetz 2023 bzw. an gleicher Stelle des Haushaltsgesetzes 2015¹⁷ zu legen. Aufgrund des identischen Wortlautes des Gesetzes dürfte eine weitere Differenzierung zu Übernahme und Auszahlung der Garantien zunächst entbehrlich sein.

Liegt keine Förderungswürdigkeit vor, könnte eine absolute Auszahlungssperre bestehen.

a) Garantieübernahmevoraussetzungen

Der Begriff ist aufgrund des langjährigen Bestehens der DIA sowie der entsprechenden Investitionsschutzabkommen in weiten Teilen relativ bestimmt definiert. Der Bund (handelnd durch PwC) fasst die Grundsätze so zusammen: Für die Bejahung der Förderungswürdigkeit

„muss eine positive Auswirkung sowohl auf den Zielmarkt der Investition als auch eine positive Rückwirkung auf Deutschland festgestellt werden. Zu den positiven Auswirkungen gehören insbesondere die Schaffung sowie der Erhalt von Arbeitsplätzen. Darüber hinaus sind die mit der Investition verbundenen umweltbezogenen, sozialen und menschenrechtlichen Risiken ein wichtiger Aspekt der Förderungswürdigkeit.“

¹⁵ Je nach formeller Gestaltung des Rechtsverhältnisses sind weitere Schritte erforderlich, um von der Rechtmäßigkeit zur Unwirksamkeit zu kommen. Rechtswidrige Verwaltungsakte bleiben etwa wirksam, bis sie durch behördliche, gerichtliche oder gesetzliche Entscheidung aufgehoben werden.

¹⁶ St. Rspr., BVerfG, grundlegend dazu BVerfG (für das Privatrecht), Beschluss vom 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51 – Lüth, Rn. 28.

¹⁷ Ausgehend von dem Umstand, dass die relevanten Garantieerklärungen offenbar 2015 abgegeben wurden.

BMWK, Investitionsgarantien Jahresbericht 2022, S. 26.

Danach wäre schon gründlich zu prüfen, ob diese Kriterien im Jahre 2015 (noch) bejaht werden konnten. Liegen diese Kriterien nicht vor, wäre die Garantieerklärung anfänglich rechtswidrig und jedenfalls aufhebbar.

Anhaltspunkte wie etwa das Vorgehen Russlands in der Ostukraine, Konsenspositionen von Wissenschaftler:innen, die eine starke Abhängigkeit der deutschen Energiewirtschaft von Russland bereits seit Anfang der 2000er belegten und rügten, sowie auch die real demonstrierten Konsequenzen einer Abhängigkeit 2009¹⁸ hätten in die Bewertung mit einfließen müssen und dürfen. Im Rahmen eines Monitorings dürften letztlich weitere Aspekte zu berücksichtigen gewesen sein, wie die öffentliche Erklärung des russischen Präsidenten Putins in einem vielbeachteten politischen Essay, der die Existenz der Ukraine als eigene Nation infrage stellte.¹⁹

Auch wenn in der Leistungsverwaltung grundsätzlich geringere Anforderungen an die Rechtsgrundlage zu stellen und insoweit Handlungsmöglichkeiten weiter sind, ist die Vergabe der Garantien vorliegend keine rein politische Entscheidung gewesen. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine Rechtsgrundlage im Wege eines formellen Gesetzes über eine reine Verbuchung als Haushaltsposten hinaus zu schaffen, ist die Exekutive an die Tatbestandsvoraussetzungen gebunden. Vorliegend bestehen angesichts des oben Skizzierten und der völkerrechtlich sowie verfassungsrechtlich gebotenen Betrachtungsweise Bedenken gegen die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Förderungswürdigkeit.

Des Weiteren ist insofern ein Prüfverfahren²⁰ – ungeachtet der Form des Verfahrens – vor einer Garantievergabe nicht vollständig entbehrlich gewesen. Diese Pflicht besteht unabhängig von Richtlinien oder sonstigen außenwirtschaftsrechtlichen Vorschriften. Der notwendige Prüfinhalt bestimmt sich insbesondere aus dem materiellen Gehalt des Tatbestandsmerkmals der Förderungswürdigkeit. Ob dieses Verfahren angemessen durchgeführt wurde, ist offen. Waren zum Zeitpunkt

¹⁸ Im Winter 2009 drosselte Russland das Gas der Pipeline durch die Ukraine bereits, sodass Südosteuropa stark betroffen war; s. Kemfert, in: RND, <https://www.rnd.de/wirtschaft/oel-kohle-und-gas-aus-russland-wie-wir-uns-von-putin-abhaengig-gemacht-haben-IJZLKR3MPBAAHCOPH6P7G4DBCUC.html> (23.03.2023).

¹⁹ S. der Originalessay auf der Seite des Präsidenten Russlands unter <http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181> (23.03.2023).

²⁰ s. <https://web.archive.org/web/20230130235218/https://www.ndr.de/nachrichten/info/Milliarden-Verlust-Wintershall-Dea-prueft-Anspruch-auf-staatliche-Hilfen,wintershall134.html> (08.05.2023); <https://www.ardmediathek.de/video/plusminus/doppeltes-spiel-von-basf/das-erste/Y3JpZDovL2Rhc2Vyc3RILmRIL3BsdXNtaW51cy9hNDUwOTdjNS0yNjMzLTO2NDQ0ODgxYyIiMGxYzg4OTAxOTU> (08.05.2023) – nach diesen Darstellungen habe das BMWK darauf verwiesen, dass bezüglich möglicher Risiken des Geschäfts für Deutschland ein „Investitionsprüfverfahren“ zum damaligen Zeitpunkt rechtlich noch nicht geboten war. Diese dem Investitionsgeschäft inhärenten Risiken müssen jedoch Gegenstand der Prüfung der Garantievergabevoraussetzungen sein. Soweit diese Prüfung nicht vor der Vergabe nachgeholt wurde, bestehen starke Bedenken im Hinblick auf deren Rechtmäßigkeit.

der Entscheidung relevante Umstände nicht bekannt, so wäre die Entscheidung rechtswidrig aufgrund eines materiellen Fehlers in Form eines Sachverhaltsermittlungsdefizits.

Auch ist die Einhaltung des in den Nr. IX der Richtlinien 2017 bzw. in deren Vorversionen festgelegten Verfahrens näher zu betrachten, wie die vorgegebene Entscheidungsfindung durch den interministeriellen Ausschuss.

Eine mögliche Vorabbindung des damaligen BMWi bzw. eine mögliche Vorwegnahme der Ausübung der Garantieerklärung durch dieses im Rahmen des „Deals“ 2015 mit BASF und Gazprom²¹ könnte zu einem ergebnisbeeinflussenden Verfahrensfehler geführt haben. Medienberichte, die Unterlagen zu diesem Vorgang veröffentlichen, legen nahe, dass sowohl innerhalb der Behörde als auch in Korrespondenz mit BASF formlos und nach nur kurzer Beratung auf Ebene des Ministers über das „Tauschgeschäft“ im Wesentlichen entschieden wurde. Insoweit ist es angesichts der wirtschaftlichen Risiken für BASF durch dieses Geschäft naheliegend, dass auch über die DIA verhandelt wurde bzw. diese zur Geschäftsgrundlage gehörten. Eine unzulässige materielle Vorabbindung des Ministeriums vor Prüfung des Sachverhalts auf dieser Ebene erscheint daher denkbar.

Sollten die zu beteiligenden Ministerien und der interministerielle Ausschuss nicht angemessen bei der Entscheidungsfindung mitgewirkt haben,²² läge ein Verfahrensfehler vor. Dass daraus die Rechtswidrigkeit der Entscheidung folgt, ergibt sich auch aus dem Rechtsgedanken des § 46 VwVfG: Es ist jedenfalls nicht offensichtlich, dass die Verletzung des Verfahrens die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. So sei diesen Medienberichten zufolge schon innerhalb des Ministeriums auf potentiell riskante Umstände vor Übernahme der Garantien hingewiesen worden.

Hierbei ist außerdem zu beachten, dass gem. Ziff. II Nr. 4 Richtlinien 2017 Garantien nur vor der Investition vergeben werden können. Ist die „Leistung“ gem. dieser Vorschrift wie im generellen zivilrechtlichen Sinne zu interpretieren, so könnte der Abschluss eines rechtsverbindlichen Vertrages zum Tauschgeschäft vor Übernahme der Garantien diese schon ausgeschlossen haben. Soweit der Zeitpunkt der Vergabe der Garantien in Frage steht, ist darauf hinzuweisen, dass die Garantieerklärung gem. Nr. VII Ziff. 2 Richtlinien 2017 schriftlich, d.h. durch Unterschrift

²¹ s. zum Inhalt des „Deals“

<https://web.archive.org/web/20230130235218/https://www.ndr.de/nachrichten/info/Milliarden-Verlust-Wintershall-Dea-prueft-Anspruch-auf-staatliche-Hilfen,wintershall134.html> (08.05.2023),
<https://www.ardmediathek.de/video/plusminus/doppeltes-spiel-von-basf/das-erste/Y3JpZDovL2Rhc2Vyc3RILmRIL3BsdXNtaW51cy9hNDUwOTdjNS0yNjMzLTQ2NDQ0ODgxYyIiMGMxYzg4OTAxOTU> (08.05.2023).

²² s. Ziff Nr. IX Richtlinien 2017: Über Anträge auf Übernahme einer Garantie entscheidet das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie mit Zustimmung des Bundesministeriums der Finanzen gemäß § 39 der Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284) sowie im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt und dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung in dem Interministeriellen Ausschuss für die Übernahme von Garantien für Direktinvestitionen im Ausland.

durch die zeichnungsbefugte Person, abzuschließen ist. Hiergegen könnte ggfls. durch eine formlose, aber materiell maßgebliche Garantieerklärung abgewichen worden sein.

Ist die Garantieerklärung im relevanten Regelungsbereich mit Wintershall Dea Teil eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, würden diese Kriterien Berücksichtigung über § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB finden können. Hinsichtlich des „Tauschgeschäfts“ ist auch das Verbot einer unzulässigen Gegenleistung gem. §§ 59, 56 VwVfG zu beachten.

Es bestehen daher zahlreiche Anhaltspunkte, nach denen die nähere Prüfung einer anfänglichen Rechtswidrigkeit der Garantieerklärung angezeigt ist. Eine in diesem Fall bestehende Aufhebbarkeit erscheint nach vorläufiger, summarischer Bewertung denkbar.

b) Auszahlungsvoraussetzungen

Auch die Möglichkeit der Auszahlung wird durch das Haushaltsgesetz bzw. durch die genannten höherrangigen Rechtsnormen im Äußeren begrenzt. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass das Wesen einer Garantieerklärung einen individuellen rechtlichen Vertrauensschutz mit sich bringt. Auch ist das Vertrauen des Rechtsverkehrs in das Institut der DIA allgemein zu berücksichtigen.

Diese auch rechtlichen Belange sind jedoch nicht absolute Rechtsfolgen der Garantieerklärung, sondern Wertungen, die in Ausgleich mit weiteren verfassungsrechtlichen Wertungen gebracht werden müssen. Es ist rechtswissenschaftlich und durch die Gerichtspraxis allgemein anerkannt, dass jedenfalls zwingende Gründe des allgemeinen Wohls oder ein nicht mehr schutzbedürftiges Vertrauen den auch strengsten rechtsstaatlichen Vertrauensschutz zurückdrängen können.²³

Dass zudem eine Garantieerklärung nach menschenrechtlichen und nationalrechtlichen Grundsätzen legal sein und Bundesinteressen fördern muss, wird über die Förderungswürdigkeit gesetzlich aufgegriffen (s. schon oben a). Für nachträglich förderungsunwürdige Vorhaben ist gem. Grundsatz des Vorranges des Gesetzes nach Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG eine rechtmäßige Auszahlung zweifelhaft. Hinzu kommt, dass förderungsunwürdige Vorhaben kein schutzbedürftiges Vertrauen aufweisen können; sowohl im Hinblick auf das spezifische Legalitätsprinzip gem. § 13 Abs. 1 ABG als auch nach allgemeinen Grundsätzen. Bereits erfolgte unrechtmäßige Auszahlungen können grundsätzlich im Wege einer Leistungsklage vom Bund zurückverlangt werden.

²³ s. BVerfG Beschl. v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, BeckRS 1998, 20765 Rn. 38.

Zu beachten ist insoweit, dass Unternehmen nach allgemeiner Rechtsauffassung keine Völkerrechtssubjekte darstellen. Unstreitig ist jedoch, dass deren Handlungen auch an menschenrechtlichen Standards zu messen sind, wie bspw. die EU-Gesetzgebung zu zwingendem *Corporate Social Responsibility* (CSR)-Recht²⁴ und das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) belegen. Jedenfalls ist die Grenze für eine Förderungswürdigkeit und damit Auszahlungsmöglichkeit dort erreicht, wo betreffende Unternehmen den Menschenrechtsverletzungen eines Staates Vorschub leisten. Sollte sich ein solcher Beitrag zu völkerrechtswidrigen Angriffen Russlands belegen lassen,²⁵ könnten die Auszahlungen selbst rechtswidrig sein.

Eine volle LkSG-Compliance dürfte ein weiteres Kriterium sein, das bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes der Förderungswürdigkeit zu beachten wäre. Insoweit wäre es jedoch eindeutig zu begrüßen, wenn für die DIA und deren Vergabe eine detailliertere rechtliche Grundlage geschaffen würde. Angesichts der hohen Summe von derzeit 60 Milliarden Euro, die für Garantien zur Verfügung stehen, könnte schon von einem Grenzfall der reinen Leistungsverwaltung die Rede sein. Dies vor allem vor dem Hintergrund des angesprochenen moral hazard-Problems. Auch hier sollten die Bedingungen gesetzlich geschärft werden. Auch die mit den DIA verbundenen potenziell weitreichenden nationalen und außenpolitischen Folgen der Förderung von deutschen Unternehmen, die möglicherweise in menschenrechtlich zweifelhaften Situationen agieren, sind durchaus regulierungsbedürftig. Dies gilt auch, soweit die Geschäftsführung wie bei den DIA und Exportkreditgarantien privaten Unternehmen übertragen wird. Eventuell in der Vergabepraxis ent- und bestehende Widersprüche zum LkSG, aber auch zum Klimaschutzgesetz des Bundes, wären so klarer auflösbar.

Letztlich könnte auch eine Prüfung der Verwirkung des Auszahlungsrechts angezeigt sein. Dieses ist erfüllt, wenn aus einem gewissen Zeit- und Umstandsmoment ein Rechtsscheintatbestand gesetzt wird, der die Annahme aus Sicht eines Dritten erzeugt, ein Recht nicht mehr ausüben zu wollen. Hinsichtlich der Inanspruchnahme der Garantien aufgrund des Kriegsbeginnes dürfte das Zeitmoment erfüllt sein (das regelmäßig auf ein Jahr veranschlagt wird). Wenn ein weitgehender „business as usual“-Betrieb und entsprechende öffentliche Erklärungen des Vorstandes identifiziert werden, ist durchaus auch die Erfüllung des Umstandsmomentes denkbar. Dies gilt insbesondere, soweit berechtigte Erwartung entstanden ist, dass das Unternehmen sich gegen einen Rückzug aus Russland sowie gegen Garantien und für einen Weiterbetrieb entschieden habe und damit eine Absicherung für diesen Fall nicht für erforderlich erhalte. Eine ähnliche Beurteilung ergibt sich aus der völkerrechtlichen Figur *estoppel by delay*.

²⁴ s. bspw. Art. 19a der 2022/2464/EU (CSRD-Richtlinie) oder des KOM-E zur Corporate Sustainability Due Diligence-Richtlinie (COM/2022/71 final, CSDDD-E).

²⁵ eine journalistische Untersuchung vom Spiegel und ZDF sieht Anhaltspunkte, vgl. <https://www.zdf.de/politik/frontal/ukraine-krieg-jointventure-wintershall-konzern-liefert-gaskondensat-lieferanten-der-russischen-luftwaffe-100.html> (23.03.2023).

2. Vertragliche Voraussetzungen

a) Sorgfaltspflichten aus ABG und Weisungen

Der soeben letztgenannte Aspekt erhärtet sich noch einmal mehr, als dass Vertrauen nur schutzwürdig sein dürfte, soweit Anzeige- Schadensverhinderungs- und minderungspflichten sowie die herkömmlichen gesellschaftsrechtlichen²⁶ sowie besonderen vertraglichen Sorgfaltspflichten in Zusammenhang mit einem (drohenden) Garantiefall gem. der ABG beachtet werden. Folge eines Verstoßes können gem. § 15 ABG die Reduktion des Auszahlungsbetrages (bis auf null) oder das sofortige Kündigungsrecht des Bundes sein.²⁷

Insoweit sind nicht nur die Bedingungen ab Garantierklärung und Deckungseintritt relevant, sondern dynamisch zu jeglichem Zeitpunkt sich relevant verändernder Grundlagen der Garantie, wie risikoe erhöhende Umstände gem. § 14 Abs. 3 lit. a ABG. Ist etwa eine Weisung des Bundes bzw. durch PwC nicht erfolgt und lässt sich dies zumindest teilweise auf eine Nichtanzeige von risikoe erhöhenden Umständen durch (oder auch durch) den Garantiennehmer trotz besseren Wissens zurückführen, dürfte eine Auszahlung von Entschädigungen in Bezug auf das jeweilige Ereignis abzulehnen sein (§ 15 Abs. 1, 2 und 9 ABG). Das gleiche gilt, soweit eine Entstehung oder Vertiefung eines Schadens auf einem Sorgfaltspflichtverstoß wie oben umrissen beruht (s. dazu auch: § 13 und § 14 ABG).

Anhaltspunkte für einen Nichtanzeigeverstoß risikoe erhöhender Umstände bzw. einen Sorgfaltspflichtverstoß durch Weiterbetreiben der Geschäfte nach summarischer Bewertung des Sachverhaltes können sein:

- Die Drosselung der Gasversorgung Deutschlands durch Russland und historisch auffällig geringe Einspeicherung durch das russische Staatsunternehmen Gazprom bzw. durch Russland maßgeblich beeinflusste Unternehmen vor Kriegsausbruch. Eine Demonstration der Manipulation der Marktgrundlagen des Gasmarktes wurde damit schon vor Kriegsausbruch demonstriert; auch vor dem Hintergrund der zunehmenden, objektivierbaren Spannungen wie der Truppenaufmarsch an den Grenzen und auf dem besetzten Gebiet der Ukraine war mit staatlichen Beschränkungen der Tätigkeit deutscher (Gas-) Unternehmen u.U. vernünftigerweise zu rechnen (s. Abb. 1 und 2):

²⁶ Durch den Wortlaut des § 14 Abs. 1 ABG ergibt sich eine Anknüpfung an § 93 AktG.

²⁷ Hierbei ist näher zu prüfen, inwieweit die ABG gem. § 1 Abs. 1 S. 1 ABG nicht durch Individualabrede bzw. andere Regelungen abbedungen wurde.

Abbildung 1: Verlauf der Speicherfüllstände ab 2018; dunkelblau ist der Verlauf unmittelbar vor Kriegsausbruch- Quelle: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Gasversorgung/aktuelle_gasversorgung/_svg/Gasspeicher_Fuellstand/Speicherfuellstand.html

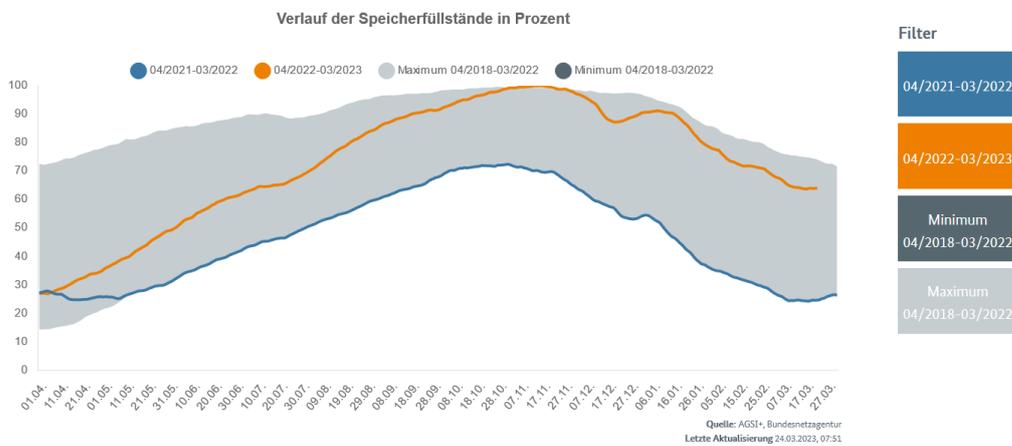
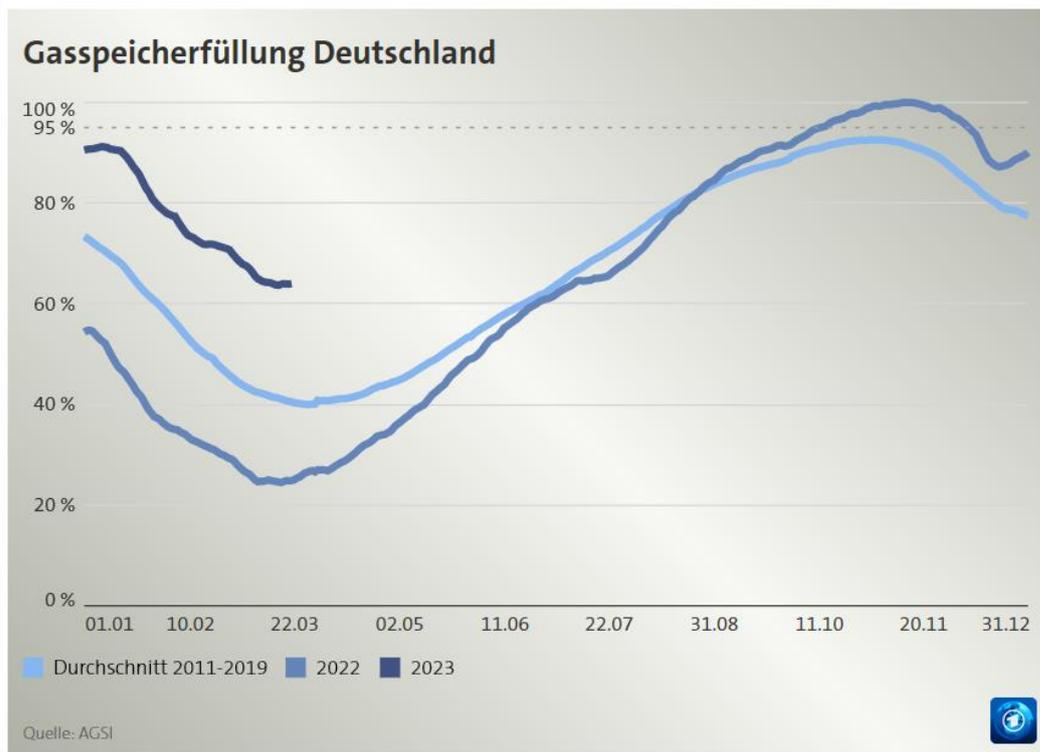


Abbildung 2 - Quelle <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/gasspeicher-fuellstand-bundesnetzagentur-101.html>



Weitere Anhaltspunkte sind:

- Der Kriegsausbruch selbst und die umfangreichen Sanktionen des Westens machten jedenfalls Vergeltungsmaßnahmen des russischen Staates gerade auf Unternehmen im Gasgeschäft wahrscheinlich.

- Seit März 2022 wurde durch „mehrere Präsidialerlasse“ Transaktionen mit Wertpapieren, einschließlich Aktien und Beteiligungen, an denen Unternehmen aus „unfreundlichen“ Staaten wie Deutschland beteiligt sind, *de facto* in die Willkür des Präsidenten Russlands gelegt²⁸
- Die offenbar seit diesem Zeitpunkt umfassend staatlich unterbundene Möglichkeit des Ertrags- und Dividendentransfers aus Russland nach Deutschland, indem ein Einzahlungszwang auf ein russisches Konto bestand, das keine Auslandstransfers ermöglicht²⁹
- Die Widersprüchlichkeit in Bezug auf die Begründung der Handlungsweisen durch Wintershall Dea, die ihre Fortsetzung des Geschäfts im ersten Quartal mit der „Verantwortung für die Energieversorgung Europas“ gerechtfertigt hatte, das nach dem Lieferstopp im Sommer 2022 aber nicht zu einem Ausstieg aus den Geschäften führte³⁰
- Die in der externen Unternehmenskommunikation schon angedeuteten Ausfälle der russischen Beiträge zum cash flow in Q1 2022,³¹ jedenfalls soweit Handlungsentscheidungen im Q3 aufgrund der realisierten Einfrierung der Liquiden in Höhe von 2,0 Milliarden Euro am 25.10.2022³²
- Der Eingriff der russischen Regierung in den Gasmarkt durch die Deckelung der Gaspreise ab dem 5. September 2022 sowie die zum 1. März 2022 rückwirkende Reduktion dieser Preise sowie aller Dienstleistungsgebühren, auf die Wintershall Dea einen Anspruch hatte³³

sowie weitere objektivierbare Umstände.

b) Differenzierung nach geltend gemachten Vermögenswerten

Da eine dynamische Betrachtungsweise wegen der Regelungen in den ABG geboten ist, sind einzelne Verlustposten oder Zeitpunkte mit Bezug zu aufgelaufenen Schadensbeträgen differenzierbar.

In den ersten drei Quartalen 2022 erwirtschaftete Wintershall Dea in Russland 1,607 Milliarden Euro Gewinn, insgesamt über das ganze Jahr 1,763 Milliarden

²⁸ Geschäftsbericht der DEA Wintershall AG 2022, S. 76,

https://wintershalldea.com/sites/default/files/media/files/Wintershall_Dea_Geschaeftsbericht_2022%20%281%29.pdf (23.03.2023).

²⁹ s. a.a.O. sowie <https://www.ndr.de/nachrichten/info/Milliarden-Verlust-Wintershall-Dea-prueft-Anspruch-auf-staatliche-Hilfen.wintershall134.html> (23.03.2023).

³⁰ s.

https://wintershalldea.com/sites/default/files/media/files/220428_Wintershall_Dea_Q1_2022_Call%20Transcript.pdf (3.03.2023).

³¹ s. a.a.O. S. 12.

³²

<https://wintershalldea.com/sites/default/files/media/files/Wintershall%20Dea%20Q3%202022%20Earnings%20Call%20Transcript.pdf> S. 10.

³³ s. a.a.O.

Euro. Die Summe ist geringfügig kleiner als die gesamten Liquiden, die als „verloren“ angesehen werden.³⁴ Damit ist die obige Summe nahezu vollständig auf eine Produktion nach erkennbaren gefahrerhöhenden Umständen zurückzuführen.

Angesichts der völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Wertungsdirektive für die Auslegung der einschlägigen Normen ist auch eine Begrenzung nach Übergewinnen möglich. 2022 waren die Gewinne der Wintershall Dea durch das Gasgeschäft in Russland 3,22-fach höher als im Vorjahr (1,763 Milliarden Euro gegenüber 547 Mio. Euro 2021) bei fast den gleichen Produktionsmengen.³⁵

Siehe hierzu auch unten 4. in Bezug auf den Zeitpunkt der Bewertung der Vermögenswerte.

3. Gesellschaftsrechtliche Bewertung

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft ist gem. Art. 93 Abs. 1 S. 1 AktG verpflichtet, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Das gleiche gilt in Bezug auf die Pflichten aus der Garantieerklärung (§ 14 ABG).

Nachfolgende Erwägungen sind daher grundsätzlich sowohl in der Bewertung der Handlungen des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft (der AG) sowie gegenüber dem Bund als Garantiegeber relevant.

Die Geschäftsleitung der Aktiengesellschaft hat die Pflicht, ihre Entscheidungen auf eine angemessenen Informationsermittlung und -aufbereitung zu stützen. Dabei ist speziell eine AG bei ihren Entscheidungen auch den Interessen des Allgemeinwohls verpflichtet.³⁶ Die Allgemeinwohldienlichkeit von Kapitalgesellschaften wird seit der Ausweitung der EU-rechtlichen Steuerungsinstrumente in Richtung einer sozialen und nachhaltigen Wirtschaftstransformation noch stärker betont.³⁷

Auch aus der Reputationsmanagementpflicht sind die gesellschaftlichen Interessen zu berücksichtigen.

³⁴ Also die erwähnten 2,011 Milliarden Euro; vgl. auch S. 50 unter <https://wintershalldea.com/sites/default/files/media/files/Wintershall%20Dea%20Q3%202022%20Group%20Financial%20Statements.pdf> (23.03.2023)

³⁵ s. Grafik unter https://wintershalldea.com/sites/default/files/media/files/Wintershall_Dea_Geschaeftsbericht_2022%20%281%29.pdf, S. 80 (23.03.2023).

³⁶ Siehe BT-Drs. IV/171, S. 121, <https://dserver.bundestag.de/btd/04/001/0400171.pdf> (23.03.2023), wonach es eine Selbstverständlichkeit sei, dass die AG dem Allgemeinwohl zu dienen habe, vgl. auch MüKoAktG/Spindler, AktG § 76 Rn. 66.

³⁷ Verheyen/Peters, ZLR 2022, 401, 406; 413 ff.

Mit der Unterzeichnung der Garantieerklärung, mit Pflicht zur Beachtung zahlreicher menschenrechtlicher Rahmenwerke, ist ferner ein Sorgfaltsmaßstab selbst gesetzt. So heißt es von Seiten des Bundes: „Die Anforderungen an die Förderungswürdigkeit stellen sicher, dass die abgesicherten Projekte ökologisch, sozial sowie wirtschaftlich nachhaltig sind und so einen Beitrag zu den 17 Nachhaltigkeitszielen der Vereinten Nationen (Sustainable Development Goals: SDGs) leisten.“³⁸

Speziell im Falle von Wintershall Dea kommen auch Klimasorgfaltspflichten in Betracht, um einen schrittweisen Abbau des Gasgeschäftes und damit einen Rückzug aus Russland vor risikoerhöhenden Umständen zu rechtfertigen.³⁹

Hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Bewertung kann jedenfalls festgehalten werden: Soweit die Aussage der Wintershall Dea gegenüber dem NDR

„das Management prüfe jetzt, alle bestehenden Garantien und Versicherungen in Anspruch zu nehmen, um Schaden für das Unternehmen, seine Mitarbeitenden und Aktionäre abzuwenden oder zumindest abzumildern. Dazu ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft gesetzlich verpflichtet.“⁴⁰

so zu verstehen ist, dass eine Inanspruchnahme der DIA zwingend sei, so dürfte eine solche Erklärung rechtlich nicht haltbar sein.

Je nach konkreten Kennwerten und einer weiteren Analyse der Geschäftshandlungen des Vorstandes kann sich aus der Leitungssorgfalt schon nach Kriegsausbruch auch eine Pflicht zum Rückzug aus Russland ergeben haben. In Anbetracht der von den ABG geforderten Sorgfaltspflicht erscheint vor allem die Existenz der Garantien als Argument für den nicht erfolgten Rückzug eine grobe Pflichtverletzung der Garantiebedingungen zu sein. So ist aus der Sicht einer objektivierten, vernünftigen Geschäftsperson aus ex-ante Sicht schwerlich erklärbar, warum trotz des Dividenden-Verfügungsverbot es der damit stark defizitäre Gasbetrieb fortgeführt und der Schaden vertieft wurde. Kaufmännisch sorgfältig im Sinne des Art. 93 Abs.

³⁸ BMWK, Investitionsgarantien Jahresbericht 2022, S. 26. So heißt es auch: „Deutsche Unternehmen sind explizit aufgefordert, die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen zu beachten und ihrer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht nachzukommen, wie sie im deutschen Nationalen Aktionsplan zur Umsetzung der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte formuliert ist.“, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Aussenwirtschaft/investitionsgarantien.html> (23.03.2023).

³⁹ s. dazu insgesamt Verheyen/Peters, ZLR 2022, 401, insbesondere S. 419.

⁴⁰ <https://www.ndr.de/nachrichten/info/Milliarden-Verlust-Wintershall-Dea-prueft-Anspruch-auf-staatliche-Hilfen,wintershall134.html> (23.03.2023).

1 AktG wäre jedenfalls eine Schadensbegrenzung gewesen, die aber hier in keinerlei Weise erkennbar durchgeführt wurde. Dies gilt u.U. auch, soweit dafür Assets hätten aufgegeben werden müssen.⁴¹

Eine solche auch als *moral hazard* zu bezeichnende Verhaltensweise verstößt im Versicherungsrecht gegen das versicherungsrechtliche Trennungsprinzip, wonach die Absicherung auf die Haftung folgt und die Haftung nicht von der Absicherung abhängig gemacht werden darf. Dieser allgemeine Rechtsgedanke ist bei der Sorgfaltspflichtenanalyse ebenfalls zu beachten. Am 25.10.2022 weist Wintershall Dea im Zusammenhang mit den eingefrorenen Konten in Russland explizit darauf hin, dass die deutschen DIA zur Verfügung stünden.⁴²

4. Handlungsoptionen aus Investitionsschutzabkommen

Gem. Art. 10 Abs. 1 Investitionsschutzabkommen hat der Investor – Wintershall Dea – zu versuchen, die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien gütlich beizulegen. Auch dies ist bei Ausübung der Sorgfaltspflichten zu berücksichtigen. Bevor also die Garantien ausgezahlt werden, erscheint es zulässig, dass der Bund auf Verhandlungen von Wintershall Dea mit Russland verweist und diese gescheitert sein müssten.

Ferner besteht gem. Art. 10 Abs. 2 Investitionsschutzabkommen die Möglichkeit, dass Wintershall Dea den russischen Staat vor einem Schiedsgericht verklagt. Dass ein solches Verfahren nicht von vornherein aussichtslos ist, zeigt der Fall „Sedelmayer gegen Russland“, der vor einem Schiedsgericht aufgrund des vorliegenden Investitionsschutzabkommens siegte und in Vermögenswerte von Russland im Ausland vollstrecken konnte. In Deutschland kommen dabei Immobilien oder Botschaften der russischen Föderation als Vollstreckungsobjekte in Betracht. Auch ein Verkauf des Schiedsspruches an einen spezialisierten Fonds erscheint dankbar.⁴³

Angesichts der zahlreichen Indizien für ein Verschulden des Vorstandes erscheint es unter dem Gesichtspunkt des Treu und Glaubens, der auch im Völkerrecht existiert und in Deutschland unter § 242 BGB auch für öffentlich-rechtliche Verträge gilt, als rechtlich relevant unbillig, die Staatsgarantien in Anspruch zu nehmen, bevor nicht ein aussichtsreiches Schiedsverfahren durchgeführt wurde. Hierauf kann der Bund vor der Inanspruchnahme verweisen.

Letztlich ist es auch denkbar, dass der Bund die Wintershall Dea gem. Art. 6 Abs. 2 Investitionsschutzabkommen zur Geltendmachung der Forderungen über ein

⁴¹ so gab es durchaus auch Reaktionen Russlands auf die massenhaften Rückzugs-Ankündigungen ausländischer Unternehmen, nach denen ein verlustarmer Ausstieg denkbar gewesen wäre, vgl. bspw. *Happ*, [Fn. 11], 136 Rn. 3 f.

⁴² s. <https://wintershalldea.com/sites/default/files/media/files/Wintershall%20Dea%20Q3%202022%20Earnings%20Call%20Transcript.pdf> S. 10 (23.03.2023).

⁴³ *Happ*, [Fn. 11], 136, 139 Rn. 17.

Schiedsgericht beauftragen muss, nachdem diese zunächst ausgezahlt wurden – soweit dies nicht bereits nach dem oben ausgeführten unzulässig wäre. Es würde jedenfalls pflichtgemäßem Ermessen entsprechen, eine solche Beauftragung anzuordnen, da andernfalls zumutbar Optionen des Regresses ungenutzt blieben.

Als letzte Handlungsoption ist die Geltendmachung der Entschädigung per Schiedsgericht durch den Bund gegen Russland möglich gem. Art. 6 Abs. 1 Investitionsschutzabkommen, soweit die Garantie ausgezahlt wurde. Dass dies allerdings die letzte Maßnahme ist und die Auszahlung insoweit auch vor diesem Hintergrund zu bewerten ist, ergibt sich aus der dem Bund zustehenden exekutiven Eigenverantwortung gerade im Hinblick auf auswärtige Beziehungen.

Letztlich ist hinsichtlich der hiesigen spezifischen Investitionsschutzabkommens zu bemerken, dass dieses die Höhe der auszahlenden Entschädigungen nach dem Wert der betroffenen Position bestimmt. Hierbei ist auf den Zeitpunkt unmittelbar vor der entschädigungslosen Enteignung abzustellen, Art. 4 Abs. 2 Investitionsschutzabkommen.⁴⁴ Die durch den Bund auszahlende Summe hat sich nach der hier dargelegten Rechtsauffassung daran zu orientieren. Hierbei dürfte ein starker Wertverlust der Assets in den Fördergebieten in Russland für ausländische Investoren zu beachten sein.

5. Fazit und Zusammenfassung

Aufgrund der rechtlichen Grundlage im Haushaltsgesetz 2015 bzw. 2023 können relevante Anhaltspunkte identifiziert werden, die Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Übernahme und Auszahlung von Direktinvestitions Garantien im Ausland an Wintershall Dea rechtfertigen können. Spielräume bei der Entscheidung der Auszahlungen aufgrund der Richtlinien über die Garantien und den Allgemeinen Bedingungen bestehen insbesondere im Hinblick auf Anzeige- und Sorgfaltpflichten. Eine Pflicht des Vorstandes der Wintershall Dea zur Inanspruchnahme der Garantien kann nach einer summarischen Prüfung wie dargestellt nicht bestätigt werden. Es ist ferner insbesondere zu prüfen, ob eine vorherige Inanspruchnahme Russlands vor einem Schiedsgericht durch die Wintershall Dea verlangt werden müsste, bevor die Auszahlung der Garantien in Anspruch genommen werden kann, sofern ein Managementverschulden auch unterhalb der vertraglichen Pflichtverletzungsschwelle belegbar ist. Auch eine Prüfung der Zeitwert-Minderung der Entschädigung liegt nahe.

Eine tiefergehende Prüfung würde Einblick in weitere relevante Unterlagen erfordern, die uns nicht vorliegen, sowie ggf. eine schriftliche Geltendmachung der DIA im Einzelnen.

⁴⁴ vgl. *Happ*, ebd., 136138, Rn. 13.

Rechtsanwalt
John Peters

Rechtsanwältin
Dr. Roda Verheyen