

AN: Mandanten	TO: Clients
VON: P+P Pöllath + Partners	FROM: P+P Pöllath + Partners
DATUM: 18. Juli 2008	DATE: 18 July 2008
ZU: Überarbeiteter Referentenentwurf zur Beschränkung EU-ausländischer Investitionen in Deutschland	RE: Revised ministerial draft bill on the limitation of EU foreign investments in Germany

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMW) hat einen überarbeiteten Entwurf des 13. Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung für eine Anhörung der Interessenverbände am 07.08.2008 vorgelegt. Folgende Beschränkungen von Investitionen durch EU-Ausländer in Deutschland sind jetzt vorgesehen:

- Jeder unmittelbare oder mittelbare Erwerb von mindestens 25 % der Stimmrechte an einem deutschen Unternehmen (*unverändert*),
- Erwerb durch Investor mit Sitz außerhalb der Europäischen Union (EU)/Europäischen Freihandelszone (EFTA) (*früher auch europäische Investoren erfasst*),
- Drei-Monatsfrist für Untersagung/Anordnungen (*unverändert*),
- Entscheidung durch das BMW *nach Zustimmung der Bundesregierung (Letzteres neu)*,
- Eingriffsrecht des BMW innerhalb von *zwei* Monaten nach Eingang der Unterlagen (*früher*

The Federal Department of Economy and Technology (Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, BMW) submitted a revised draft of the 13th statute on the amendment of the External Economic Relations Act and Ordinance for a hearing of the interest groups on 7 August 2008. The following limitations on investments by EU foreigners in Germany are currently intended:

- Each direct or indirect acquisition of at least 25 % of the voting rights in a German company (*unchanged*),
- Acquisition through investor with its seat outside of the European Union (EU)/European free-trade area (EFTA) (*formerly also included European investors*),
- Three month period for prohibition/orders (*unchanged*),
- Decision by the BMW *after approval by the federal government (the latter is new)*,
- Power to intervene of the BMW within *two* months after receipt of documents (*formerly*

P+P München

Kardinal-Faulhaber-Straße 10 80333 München
Tel.: +49 (89) 24240-0 Fax: +49 (89) 24240-999

Prof. Dr. Reinhard Pöllath, LL.M., RA, FAStr • Dr. Matthias Bruse, LL.M., RA • Dr. Andrea von Drygalski, RAin • Andres Schollmeier, RA, FAStr • Dr. Michael Best, StB • Philipp von Braunschweig, LL.M., RA • Otto Haberstock, M.C.J., RA • Dr. Margot Gräfin von Westerholt, RAin • Dr. Benedikt Hohaus, RA, FAStr • Dr. Michael Inhester, RA • Richard Engl, StB • Jens Hörmann, RA • Dr. Frank Thiäner, RA • Dipl.-Kfm. Alexander Pupeter, RA, StB • Dr. Alice Broichmann, RAin • Dr. Georg Greitemann, LL.M., RA • Dr. Christoph Philipp, LL.M., RA • Dr. Barbara Koch-Schulte, RAin, StBin • Dr. Frank Bayer, StB • Thilo Oldiges, RA • Dr. Ralf Bergjan, LL.M., RA, FAHUGR • Christian Tönies, LL.M.Eur, RA • Benjamin Waitz, MEB, RA

P+P Frankfurt/Main

Zeil 127 60313 Frankfurt/Main
Tel.: +49 (69) 247047-0 Fax: +49 (69) 247047-30

Dr. Andreas Rodin, RA • Wolfgang Tischbirek, LL.M., RA, StB • Patricia Volhard, LL.M., RAin

Prof. Dr. Ingo Saenger
Of Counsel (Ständiger wissenschaftlicher Berater)

Partnerschaftsgesellschaft; Sitz Berlin
AG Berlin-Charlottenburg PR 64
<http://www.pplaw.com>

P+P Berlin

Potsdamer Platz 5 10785 Berlin
Tel.: +49 (30) 25353-0 Fax: +49 (30) 25353-999

Prof. Dr. Dieter Birk, StB • Dr. Thomas Töben, StB • Andreas Wilhelm, RA • Dr. Matthias Durst, RA • Dr. Carsten Führling, RA • Uwe Bärenz, RA • Dr. Stefan Lebek, RA • Amos Veith, LL.M., RA • Dr. Andreas Richter, M.A., LL.M., RA, FAStr • Silke Hecker, M.Env.Sc., RAin, FAVwR • Raphael Söhlke, RA • Dipl.-Kfm. Konrad Enderlein, StB • Kim Delphine Weber, RAin • Dr. Philip Schwarz van Berk, LL.M., RA • Annabel Klisch, RAin • Ronald Buge, RA

einen Monat),

- *Nur schuldrechtlicher* Erwerb steht unter der auflösenden Bedingung der Untersagung durch das BMWi (*früher schuldrechtlicher und dinglicher Erwerb schwebend unwirksam*),
- Beschränkungen nur bei Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zulässig (*nur Konkretisierung erfolgt*), und
- Beantragung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung durch Erwerber im Vorfeld möglich (*neu*)

I. Erwerb von mindestens 25 % der Stimmrechte

Voraussetzung für eine Beschränkung ist weiterhin der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von mindestens 25 % der Stimmrechte an einem gebietsansässigen Unternehmen mit Sitz oder Ort der Geschäftsleitung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland. Sofern der ausländische Investor eine Zweigniederlassung oder Betriebsstätte in Deutschland hat (z. B. bei einer deutschen Tochter eines internationalen Konzerns), ist die Bundesregierung durch Rechtsverordnung ermächtigt, diese abweichend von der gesetzlichen Definition als gemeinschaftsfremd zu definieren.

II. Erwerb durch Investor mit Sitz außerhalb der EU

Der Erwerb hat durch einen gemeinschaftsfremden und damit von einem außerhalb der EU/EFTA ansässigen Erwerber zu erfolgen. Der bisherige Referentenentwurf ging weiter und erfasste jeden Erwerb von gebietsansässigen Unternehmen durch Gebietsfremde, also Personen mit Sitz oder Ort der Leitung in nicht deutschen Wirtschaftsgebieten.

one month),

- *Only* the obligation to acquire is subject to the condition subsequent of prohibition by the BMWi (*formerly obligation and assignment were provisionally invalid*),
- Limitations permissible only upon endangerment of public order or security of the Federal Republic of Germany (*only specification results*), and
- Preliminary application for clearance certificate by acquirer possible (*new*)

I. Acquisition of at least 25 % of voting rights

Condition for a limitation remains the indirect or direct acquisition of a minimum of 25 % of the voting rights in a resident company with its seat or management in the Federal Republic of Germany. Provided the foreign investor has a branch office or place of business in Germany (e.g. the German subsidiary of a multinational company), notwithstanding the legal definition, the federal government is authorized by legal regulations to define the company as foreign to the EU Community.

II. Acquisition by investor with its seat outside of the EU

The acquisition shall be made by a foreign company with its seat outside of the EU/EFTA. The previous ministerial draft bill was broader and included each acquisition of resident companies by foreigners, thereby including persons with their seat or management located in non-German economic areas.

III. Drei-Monatsfrist für Untersagung/Anordnungen

Innerhalb einer Frist von drei Monaten beginnend mit dem Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts (z. B. mit Abschluss des Kaufvertrages) bzw. mit Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe des Übernahmeangebotes oder Veröffentlichung der Kontrollerlangung kann das BMWi den Erwerb untersagen oder einschränkende Anordnungen erlassen.

IV. Entscheidung durch das BMWi

Neu ist das zusätzliche Erfordernis der Zustimmung durch die Bundesregierung. Hält das BMWi eine Untersagung oder Anordnung für geboten, soll es die Zustimmung der Bundesregierung vorab einholen (und somit auch der betroffenen Bundesministerien).

V. Eingriffsrecht innerhalb von zwei Monaten

Innerhalb der ersten drei Monate (also auch noch am letzten Tag dieser Frist) kann das BMWi die vollständige Übermittlung der Unterlagen über den Erwerb im Wege des Verwaltungsakts verlangen. Nach Eingang der (vollständigen) Unterlagen hat das BMWi dann weitere zwei Monate Zeit, den Erwerb mittels Verwaltungsakts zu untersagen oder Anordnungen zu erlassen. Deshalb kann die Schwebezeit, in der das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft rückwirkend aufgehoben werden kann, fünf Monate und mehr betragen.

VI. Schuldrechtlicher Erwerb unter auflösender Bedingung

Der dem Erwerb zugrunde liegende schuldrechtliche Vertrag steht während des gesamten Verfahrens unter der auflösenden Bedingung der Untersa-

III. Three month period for prohibition/orders

Within three months, beginning upon conclusion of the obligation to acquire a company (e.g. upon conclusion of the sale and purchase agreement), respectively upon publication of the decision to make a takeover bid or publication of the received control, BMWi has the right to prohibit or to limit the acquisition.

IV. Decision of the BMWi

The additional requirement of approval by the federal government is new. If the BMWi determines that a prohibition or order is necessary, it should get the approval of the federal government (and therefore also of the federal ministries concerned) in advance.

V. Right to intervene within two months

According to an administrative act, within the first three months (also on the last day of this time period) the BMWi may require the complete delivery of the documents relating to the acquisition. After receipt of the (complete) documents, the BMWi has further two months to issue orders or a prohibition of the acquisition by means of the administrative act. Thus, the interim period during which an obligation to acquire may be retroactively rescinded can be five months and more.

VI. Obligatory acquisition under the condition subsequent

The obligation which is the basis of the acquisition shall be subject to the condition subsequent of prohibition during the entire proceeding. This means

gung durch. Das bedeutet, dass der dingliche Erwerb des Unternehmens uneingeschränkt wirksam geworden ist, im Falle einer nachträglichen Untersagung jedoch zurück zu übertragen wäre.

VII. Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit

Eine Untersagung des Erwerbs ist weiterhin nur in den Ausnahmefällen möglich, in denen die Untersagung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland unerlässlich ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dies nur möglich, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, vorliegt. Der EuGH hat die Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit bisher bei der Sicherstellung der Versorgung im Krisenfall in den Bereichen Telekommunikation und Elektrizität und der Gewährleistung von Dienstleistungen von strategischer Bedeutung anerkannt. Es bedarf bei restriktiver Auslegung stets einer konkreten Überprüfung des Einzelfalles unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

VIII. Unbedenklichkeitsbescheinigung

Jeder Erwerber hat die Möglichkeit, die Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung beim BMWi im Vorfeld zu beantragen. Hierin begehrt der Erwerber die Bescheinigung, dass dem konkret geplanten Erwerb keine Bedenken im Hinblick auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland entgegen stehen.

that the assignment of the company becomes valid without limitation but, in case of subsequent prohibition, must be reassigned.

VII. Endangerment of the public order or security

Further, a prohibition of the acquisition is only possible in exceptional cases in which the prohibition is necessary for reasons of public or security of the Federal Republic of Germany. According to established case law of the European Court of Justice, this is only possible if a de facto and sufficiently serious endangerment exists which affects a basic interest of the population. The European Court of Justice has previously recognized the effect on public security in the safeguarding of supplies in case of crisis in the areas of telecommunications and electricity and the guarantee of strategically important services. In a restricted interpretation, a concrete examination of the individual case is always necessary, taking into consideration the principle of proportionality.

VIII. Clearance certificate

Each acquirer may apply for a preliminary clearance certificate from the BMWi. In this matter, the acquirer requests the certification that there is no conflict in connection with the concretely planned acquisition with regard to the public order or security of the Federal Republic of Germany.

München / Munich

Dr. Andrea von Drygalski
+49 (89) 24 240 - 320

Dr. Ralf Bergjan LL.M.
+49 (89) 24 240 - 323