

Mandanteninformation Client Information

18 | 07 | 2017

■ Verschärfte Regeln für ausländische Investitionen

Die Bundesregierung hat am 12.07.2017 eine Änderung der Außenwirtschaftsverordnung beschlossen. Hierdurch wird die Prüfung von Erwerben deutscher Unternehmen durch Investoren außerhalb der EU oder des EFTA-Raums weiter verschärft. Das Bundeswirtschaftsministerium ("BMWi") hat solche Transaktionen in letzter Zeit verstärkt geprüft. Es wird erwartet, dass die Änderung in Kürze in Kraft tritt.

■ Germany tightens rules for foreign investments

The German Federal Government enacted a Regulation amending the German Foreign Trade Ordinance on 12 July 2017. The amendment will tighten the review of acquisitions of German companies by investors from non-EU and non-EFTA countries. Recently, there has been a significant increase in the frequency of reviews of such transactions by the German Federal Ministry of Economics and Technology ("BMWi"). The amendment is expected to enter into force soon.

Key Facts

- Weite Auslegung von Transaktionen, die zu einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führen können
- Einführung einer Meldepflicht für Investitionen in kritische Infrastrukturen
- Verlängerung der Prüffristen und erweiterte Auskunftspflichten
- Initiative für einen Prüfungsmechanismus auf EU-Ebene für ausländische Investitionen in Schlüsselindustrien
- Broad interpretation of transactions that may endanger public security or order
- Introduction of a notification obligation for investments in critical infrastructure
- Extension of review periods and information obligations
- Initiative for a review mechanism at the EU level for foreign investments in key industries

Wir haben nachfolgend im Detail die wichtigsten Änderungen zusammengefasst.

We have summarized below in more detail the most important changes.

1. Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung

Bisher kann das BMWi den Erwerb einer Beteiligung von mindestens 25% an einem inländischen Unternehmen durch Investoren von außerhalb der EU oder der EFTA prüfen und untersagen, wenn hierdurch die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet wird.

Die Änderung konkretisiert, dass eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung insbesondere bei Investitionen in Unternehmen gegeben sein kann, die

- kritische Infrastrukturen betreiben,
- bestimmte branchenspezifische Software zum Betrieb von kritischen Infrastrukturen entwickeln oder ändern,
- mit Maßnahmen im Bereich der Überwachung von Telekommunikation betraut sind oder Technik zur Umsetzung derselben hergestellt haben oder hatten,
- die Cloud-Computing-Dienste erbringen und hierfür auf bestimmte kritische Infrastrukturen zugreifen, oder
- Zulassungen für Komponenten oder Dienste der Telematikinfrastruktur besitzen.

Hierbei handelt es sich um eine nicht abschließende Aufzählung.

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

Die Änderung konkretisiert auch was unter branchenspezifischer Software zu verstehen ist. Im Finanzwesen betrifft dies zum Beispiel Software

1. Dangers to public security and order

Until now, the BMWi could review acquisitions of a 25% or greater interest in a German company by a non-EU or non-EFTA investor and prohibit such acquisitions if the acquisition could endanger public security or order.

The amendment specifies that a danger to public security or order might exist in particular with respect to investments companies which

- operate critical infrastructures,
- develop and revise certain industry-specific software for the operation of critical infrastructure,
- are tasked with telecommunication surveillance measures or manufacture or have manufactured technology to implement such measures,
- provide cloud computing services and in so doing access certain critical infrastructure, or
- hold approvals for components or services in the telematics infrastructure.

The list is illustrative and non-exhaustive.

Critical infrastructures are facilities and installations or parts thereof belonging to the sectors of energy, information technology and telecommunication, transport and traffic, health, water, food, finance and insurance, which are of high importance to the functioning of public life because an outage or disruption could result in significant supply shortfalls or could endanger public security.

The amendment also specifies what kind of software is considered to be industry-specific. For instance, as regards the finance sector, relevant

zum Betrieb von Zahlungssystemen und zur Abwicklung von Wertpapier- und Derivatgeschäften etc. Im Bereich Informationstechnik u.a. Software zum Betrieb von Systemen zur Sprach- und Datenübertragung oder zur Datenspeicherung- und -verarbeitung.

2. Meldepflicht

Investitionen in Unternehmen, die in den oben genannten Bereichen tätig sind, sind dem BMWi schriftlich zu melden.

Zu melden ist der Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrags über den Erwerb eines inländischen Unternehmens oder einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einem inländischen Unternehmen.

Wie bisher unterliegt nur ein (unmittelbarer oder mittelbarer) Erwerb von Stimmrechtsanteilen von mindestens 25% an einem inländischen Unternehmen durch ein Erwerber von außerhalb der EU (oder EFTA) der Aufsicht des BMWi. Bei der Berechnung der Stimmrechtsanteile sind dem Erwerber die Stimmrechte Dritter an dem inländischen Unternehmen zuzurechnen, (i) an denen der Erwerber mindestens 25% der Stimmrechte hält, oder (ii) mit denen der Erwerber eine Vereinbarung über die gemeinsame Ausübung von Stimmrechten abgeschlossen hat.

Erwerbe durch EU-Unternehmen unterliegen nur dann der Aufsicht, wenn es Anzeichen gibt, dass eine missbräuchliche Gestaltung oder ein Umgehungsgeschäft vorgenommen wurde, zumindest auch um eine Prüfung des BMWi zu unterlaufen. Die Änderung stellt klar, dass solche Anzeichen insbesondere dann vorliegen, wenn der unmittelbare Erwerber keine nennenswerte Wirtschaftstätigkeit in der EU nachgeht oder über keine auf Dauer angelegte eigene Präsenz in der EU, in Gestalt von Geschäftsräumen, Personal oder Ausrüstungsgegenständen, verfügt.

3. Prüfungsverfahren

Bisher konnte das BMWi ein Prüfverfahren nach Ablauf von zwei Monaten beginnend mit dem Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages nicht mehr eröffnen. Nunmehr läuft eine dreimo-

software can include software for the operation of payment and securities and derivatives transaction systems etc. As regards information technology, relevant software can include software for the operation of systems for voice and data transmission or data storage and processing etc.

2. Notification Obligation

The acquisition of a company active in one of the aforementioned areas must be notified to the BMWi in writing.

The notification obligation applies to the conclusion of an agreement creating contractual obligations concerning the acquisition of a German company or the acquisition of a direct or indirect interest in a German company.

As before, the BMWi can only review (direct or indirect) acquisitions of at least 25% of the voting rights of a German company by a non-EU (or non-EFTA) company. The calculation of the voting rights must include the voting rights of third parties in the company (i) in which the acquirer holds at least 25% of the voting rights, or (ii) with which the acquirer has concluded an agreement on the joint exercise of voting rights.

Acquisitions by EU companies may only be subject to the BMWi's review if there are indications that the acquisition structure has also been chosen to circumvent the BMWi's review. The amendment clarifies that there are indications of such a circumvention strategy if the direct acquirer has no considerable economic activities in the EU or its presence within the EU is not established on a basis intended to be long-term in terms of business premises, staff and equipment.

3. Review mechanism

Previously, the BMWi was not permitted to initiate a review after the expiry of two months from the execution of an agreement creating contractual obligations. From now on, a period of three months will begin not on the execution of the

natige Frist nicht mehr mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages, sondern mit Kenntniserlangung des BMWi von einem Vertragsschluss.

Des Weiteren wurde eine zweite Prüffrist eingeführt. Da der Fristbeginn nun von der Kenntniserlangung des BMWi abhängt, wurde eine kenntnisunabhängige Frist von fünf Jahren nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages eingeführt. Sind nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages fünf Jahre vergangen, ist eine Eröffnung des Prüfverfahrens ausgeschlossen.

Angesichts dieser neuen Prüfungsfristen kann es auch bei Transaktionen außerhalb der oben genannten Bereiche (siehe unter 1.) ratsam sein, dem BMWi den Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages zu melden, um die dreimonatige Frist in Gang zu setzen und so Rechtssicherheit zu erlangen.

Beschließt das BMWi nach Einleitung des Prüfverfahrens, dass eine genaue Prüfung erforderlich ist, leitet es das Hauptprüfverfahren ein. Für dieses Hauptprüfverfahren wurde die Frist auf vier Monate verlängert. Führt das BMWi mit den beteiligten Unternehmen Verhandlungen, um eine Anordnung oder Untersagung zu vermeiden, wird die Frist während dieser Zeit gehemmt.

Weiterhin können die Beteiligten Rechtssicherheit dadurch erlangen, dass sie einen Antrag beim BMWi auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung stellen. Bisher musste das BMWi innerhalb von einem Monat nach Antragstellung hierüber entscheiden, sonst galt die Unbedenklichkeitsbescheinigung als erteilt. Diese Frist zum Eintritt der Genehmigungsfiktion wurde auf zwei Monate erhöht.

Schließlich erweitert die Änderung den Kreis der Informationspflichtigen auf mittelbar beteiligte Erwerber und das Zielunternehmen.

4. Initiative auf EU-Ebene

Parallel wurde auf EU-Ebene gemeinsam mit Italien und Frankreich eine Initiative gestartet, um

agreement creating contractual obligations, but on the date on which the BMWi gains knowledge of such execution.

In addition, a second review period has been introduced. Since the notice period now relates to when the BMWi gains knowledge of the transaction, an additional five-year period starting with execution of the agreement creating contractual obligations, regardless of knowledge on the part of the BMWi, has been introduced. If five years elapse after execution of the agreement creating contractual obligations, review proceedings cannot be initiated.

In light of these new review periods, it may be advisable to notify the BMWi of execution of agreements even regarding transactions falling outside the aforementioned areas (see above at 1.) to trigger the three-month time period and thus obtain legal certainty.

If after initiating review proceedings, the BMWi concludes that a more detailed review is necessary, it will initiate main review proceedings. The permitted duration of these main review proceedings has been extended to four months. This time period will be tolled for times during which the BMWi conducts negotiations with the companies involved to avoid an order or prohibition.

The participants can also obtain legal certainty by applying to the BMWi to issue a certificate of non-objection. Previously, the BMWi was required to decide within one month after such an application was made. If no response was received, the certificate of non-objection was deemed granted. This time period until a legal fiction of authorization arises has now been extended to two months.

Lastly, the amendment expands the group of parties subject to information obligations to include indirect acquirers and the target company.

4. Initiative at the EU level

In parallel, a new initiative has been started at the EU level together with Italy and France to carry out changes in European law. The proposal seeks to

Änderungen im europäischen Recht zu erreichen. Der Vorschlag sieht vor, dass auch eine Überprüfung von Transaktionen, die Schlüsseltechnologien betreffen, möglich sein soll. Im Juni hat der Europäische Rat dazu aufgerufen sich zügig auf WTO-konforme handelspolitische Schutzinstrumente zu einigen, die die Fähigkeit der EU, wirksam gegen unlautere und diskriminierende Handelspraktiken und Marktverzerrungen vorzugehen, stärken sollen.

extend review over transactions concerning key technologies. In June, the European Council issued a call for swift agreement on modern, WTO-compatible trade defence instruments to reinforce the EU's ability to effectively tackle unfair and discriminatory trade practices and market distortions.

■ Kontaktieren Sie uns Contact us



Daniel Wiedmann
Attorney-at-Law
Counsel

Office: Frankfurt
daniel.wiedmann@pplaw.com
Tel.: +49 (69) 247 047 78

Über P+P Pöllath + Partners

P+P Pöllath + Partners ist mit 34 Partnern und insgesamt mehr als 125 Anwälten und Steuerberatern an den Standorten Berlin, Frankfurt und München tätig. Die Sozietät konzentriert sich auf High-End Transaktions- und Vermögensberatung.

P+P-Partner begleiten regelmäßig M&A-, Private Equity- und Immobilientransaktionen aller Größen. P+P Pöllath + Partners hat sich darüber hinaus eine führende Marktposition bei der Strukturierung von Private Equity- und Real Estate-Fonds sowie in der steuerlichen Beratung erarbeitet und genießt einen hervorragenden Ruf im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie in der Vermögens- und Nachfolgeplanung für Familienunternehmen und vermögende Privatpersonen.

P+P-Partner sind als Mitglieder in Aufsichts- und Beiräten bekannter Unternehmen tätig und sind regelmäßig in nationalen und internationalen Rankings als führende Experten in ihren jeweiligen Fachgebieten gelistet. Weitere Informationen, auch zu unserer pro-bono-Arbeit und den P+P-Stiftungen, finden Sie auf unserer Internetseite www.pplaw.com.

About P+P Pöllath + Partners

P+P Pöllath + Partners is an internationally operating law firm, whose 34 partners and more than 125 lawyers and tax advisors in Berlin, Frankfurt and Munich provide high-end legal and tax advice.

The firm focuses on transactional advice and asset management. P+P partners regularly advise on corporate/M&A, private equity and real estate transactions of all sizes. P+P has achieved a leading market position in the structuring of private equity and real estate funds and tax advice and enjoys an excellent reputation in corporate matters as well as in asset and succession planning for family businesses and high net worth individuals.

P+P partners serve as members of supervisory and advisory boards of known companies. They are regularly listed in domestic and international rankings as the leading experts in their respective areas of expertise. For more information (including on pro bono work and P+P foundations) please visit our website www.pplaw.com.