

Mandanteninformation Client Information

09 | 04 | 2020

■ Bundesregierung beschließt Gesetzentwurf zur Ver- schärfung der Investitions- kontrolle des Außenwirt- schaftsgesetzes

Das Bundeskabinett hat gestern einen Gesetzentwurf zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes beschlossen. Der Gesetzentwurf entspricht weitgehend dem vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie („**BMWi**“) im Februar vorgelegten Referentenentwurf (vgl. unsere [Mandanteninformation](#) hierzu). Allerdings sieht er beim Vollzugsverbot für meldepflichtige Erwerbe für die M&A-Praxis (einschließlich der Due Diligence) bedeutsame Verschärfungen vor.

Es wird erwartet, dass der Gesetzentwurf sehr zeitnah in das parlamentarische Verfahren eingebracht wird. Zudem soll die Investitionskontrolle durch eine Änderung der Außenwirtschaftsverordnung zusätzlich verschärft werden.

Laut Bundeswirtschaftsminister Altmaier schaffe die Reform die rechtlichen Voraussetzungen, um ausländische Investitionen etwa in Unternehmen der kritischen Infrastruktur noch umfassender und vorausschauender prüfen zu können. Gerade die aktuelle Situation zeige, dass Deutschland und Europa in bestimmten Bereichen eigene Kompetenzen und Technologien brauchen, die so besser geschützt werden können.

■ Federal government resolves draft law further tightening investment review under the German Foreign Trade Act

Yesterday the German cabinet resolved a draft law to amend the German Foreign Trade Act. The draft law generally tracks the Ministerial Draft presented by the German Federal Ministry of Economics and Energy (“**BMWi**“) in February (see our related [Client Information](#)). The prohibition on implementing notifiable transactions has been made significantly more stringent, with relevance for M&A practice (including due diligence).

The draft law is expected to be introduced into parliamentary proceedings in the very near future. In addition, investment review is to be further tightened through amendments to the German Foreign Trade Ordinance.

According to Federal Minister of Economics Altmaier, the reform will create the legal preconditions to enable carrying out more comprehensive and proactive reviews of foreign investments, in particular into companies providing critical infrastructure. Altmaier has noted that the current situation makes clear that Germany and Europe require their own competencies and technologies in certain fields, which can now be better protected.

Key Facts

- Vollzugsverbot für meldepflichtige Erwerbe bis zur Freigabe durch das BMWi
- Verbote, dem Erwerber vor Freigabe, (i) relevante Informationen offenzulegen, (ii) die Ausübung von Stimmrechten zu ermöglichen oder (iii) Gewinnauszahlungsansprüche zu gewähren
- Strafrechtlich Sanktionen für Verstöße gegen dieses Verbote
- Absenkung der Untersagungsvoraussetzungen
- Prohibition on implementing transactions before BMWi clearance for notifiable buyers
- Prohibitions on allowing, prior to clearance, (i) disclosure of relevant information to the buyer, (ii) the exercise of voting rights by the buyer, or (iii) granting profit distribution rights to the buyer
- Criminal sanctions for violations of these prohibitions
- Lowering of the prohibition criteria

Wir haben nachfolgend im Detail die wichtigsten Änderungen zusammengefasst.

1. Vollzugsverbot für alle meldepflichtigen Erwerbe

Zukünftig sollen alle meldepflichtigen Erwerbe einem Vollzugsverbot unterliegen. Eine meldepflichtige Beteiligung an einem deutschen Unternehmen soll schwebend unwirksam sein. Das dem Vollzug der Beteiligung dienende Rechtsgeschäft soll erst dann (rückwirkend) wirksam werden, wenn das BMWi den Erwerb freigibt, nicht fristgerecht untersagt oder die Freigabe als erteilt gilt.

2. Das Vollzugsverbot flankierende Verbotstatbestände

Um einen faktischen Vollzug, soweit er Sinn und Zweck der Investitionsprüfung unterläuft, präventiv zu verhindern, sollen verschiedene Verbotstatbestände eingefügt werden. Diese Verbote gelten vom Zeitpunkt der Vornahme des schuldrechtlichen Erwerbsgeschäfts an bis zum Abschluss des Investitionskontrollverfahrens.

Insbesondere dürfen dem Erwerber keine Informationen des Zielunternehmens offen gelegt werden, die für die Prüfung der Gefährdungstatbestände relevant sind oder deren Nichtoffenlegung vom BMWi angeordnet wurde. Laut der Begründung des Gesetzesentwurfs sind dies zum Beispiel Informationen, deren Herausgabe durch die Instrumente der Investitionskontrolle gerade verhindert werden soll. Diese Beschränkung bei der Offenlegung von Informationen wird künftig insbesondere bei der Durchführung einer Due Diligence zu berücksichtigen sein.

Ferner soll es verboten sein, dem Erwerber die Ausübung von Stimmrechten unmittelbar oder mittelbar zu ermöglichen. Dies schließt die Annahme von Weisungen zur Stimmrechtsausübung mit ein. Ebenso verboten wird es dem Erwerber den Bezug von Gewinnauszahlungsansprüchen, die mit dem Erwerb einhergehen, oder eines wirtschaftlichen Äquivalents zu gewähren.

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

1. Prohibition on implementing transactions before clearance for all notifiable transactions

In the future, all notifiable transactions are to be subject to a prohibition on implementation. A notifiable investment in a German company will be provisionally invalid. The legal transaction effecting the realization of an investment will only become (retroactively) effective once the BMWi clears the acquisition or does not timely block the transaction or the clearance is deemed granted.

2. Further prohibitions flanking the prohibition on implementation

Various grounds for prohibition are to be introduced to help prevent *de facto* implementation of a transaction that would undermine the intent and purpose of investment review. These prohibitions apply from the time at which a contract regarding an acquisition is entered into until the conclusion of investment review proceedings.

In particular, the acquirer may not have target company information disclosed to it that are relevant for the review of potential risks or the non-disclosure of which has been ordered by the BMWi. According to the justification statement of the draft law, such information includes in particular information the sharing of which was to be prevented through the mechanisms of investment review. This restriction on disclosure of information must be taken into consideration when carrying out due diligence in the future.

An acquirer is also to be prohibited from exercising voting rights, whether directly or indirectly. This includes accepting voting instructions. It is furthermore prohibited to allow an acquirer profit distribution rights accompanying an acquisition or an economic equivalent thereof.

Verstöße gegen diese Verbote können mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe geahndet werden.

Violations of these prohibitions can be punished with up to five years in prison or with fines.

3. Absenkung des Untersagungskriteriums

Bisher kann das BMWi Erwerbe nur dann untersagen oder Anordnungen erlassen, wenn die Beteiligung die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet. Zukünftig soll ein geringerer Gefährdungsgrad genügen. Ausreichen soll nun bereits eine „voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit.“

3. Lowering of the prohibition criteria

Until now, the BMWi has only been permitted to prohibit acquisitions or issue orders when an investment endangers public order or security in the Federal Republic of Germany. In the future, a lower level of risk will suffice. An “anticipated impairment of public order or security” is to be sufficient in the future.

Ferner soll das BMWi künftig auch prüfen, ob Erwerbe die öffentlichen Ordnung oder Sicherheit eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder Projekte oder Programme von Uni-onsinteresse beeinträchtigen können.

The BMWi is also to review in the future whether an acquisition could impair public order or security in another member state of the European Union or programs of Union interest.

4. Weitere Änderungen

Geplant ist die Errichtung einer „Nationalen Kontaktstelle“ für den neuen EU-weiten Kooperationsmechanismus, die im BMWi angesiedelt wird. Diese neue Kontaktstelle hat unter anderem die Aufgaben, alle Mitgliedstaaten und die Europäische Kommission über die in Deutschland eingeleiteten, vertieften Investitionsprüfungen zu unterrichten und Informationsbitten und Stellungnahmen entgegenzunehmen. Dadurch soll die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten im Bereich der Investitionsprüfung verbessert werden.

4. Further changes

A “National Contact Point” for the new EU-wide cooperation mechanism is to be established within the BMWi. Among the responsibilities of this new Contact Point will be to inform all member states and the European Commission of in-depth investment reviews initiated in Germany and to accommodate information requests and position statements. The result should be to improve cooperation between EU member states in the field of investment review.

Das BMWi soll zudem weitere Kompetenzen zur Überwachung der Einhaltung von aus Anordnungen oder öffentlich-rechtlichen Verträgen hervorgehenden Verpflichtungen sowie weitere Sanktionsmöglichkeiten erhalten.

In addition, the BMWi is to receive additional competencies regarding monitoring compliance with obligations based on government orders and public-law contracts as well as additional sanction powers.

Der Anwendungsbereich der sektorspezifischen Investitionskontrolle soll erweitert werden. Bisher erfasst dieser Beteiligungen an deutschen Unternehmen, die bestimmte Waffen, Munition und Rüstungsmaterial, Bestandteile von militärischen Fahrzeugen oder Produkte mit IT-Sicherheitsfunktionen zur Verarbeitung von staatlichen Verschlusssachen oder wesentliche Komponenten hierfür herstellen oder entwickeln. Zukünftig

The scope of application for sector-specific investment review is to be expanded. Previously, this scope included investments into German companies producing or developing certain weapons, munitions and military equipment, components of military vehicles, or products with IT security functions for processing government classified documents as well as essential components of the same. Going forward, the scope is to be expanded to include companies that modify or use such

sollen auch Unternehmen in den Anwendungsbereich fallen, die solche Produkte modifizieren oder nutzen oder in der Vergangenheit hergestellt, entwickelt, modifiziert oder genutzt haben und noch über Kenntnisse oder sonstigen Zugang zu relevanten Technologien verfügen.

5. Änderung der Außenwirtschaftsverordnung

Das BMWi will in Kürze Vorschläge zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vorlegen, welche die Bestimmungen des Außenwirtschaftsgesetzes präzisiert.

Ausweislich eines Strategiepapiers ist insbesondere eine Ausweitung der Meldepflicht auf Investitionen in den Bereichen künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Biotechnologie und Quantentechnologie geplant. Zukünftig sollen auch unmittelbare oder mittelbare Erwerbe von 10 % oder mehr der Stimmrechte durch Investoren von außerhalb der EU oder der EFTA an deutschen Unternehmen, die in den diesen Bereichen tätig sind, einer Meldepflicht unterliegen.

products or that have produced, developed, modified or used such products in the past and still have know-how regarding, or other access to, relevant technologies.

5. Amendments to the German Foreign Trade Ordinance

The BMWi will submit proposals in the near future to amend the German Foreign Trade Ordinance to supplement the provisions of the German Foreign Trade Act.

A strategy paper suggests that a particular focus will be planned expansions of the notification requirements for investments into the areas of artificial intelligence, robotics, semiconductors, biotechnology and quantum technology. In the future, direct and indirect acquisitions by investors from outside the EU and EFTA of 10% or more of the voting rights in German companies active in these areas are to be subject to a notification requirement.

■ Kontaktieren Sie uns Contact us



Daniel Wiedmann
Attorney-at-Law
Associated Partner

Office: Frankfurt
daniel.wiedmann@pplaw.com
Tel.: +49 (69) 247 047 70



Benjamin Letzler
Attorney-at-Law
(Massachusetts)
Senior Associate

Office: Frankfurt
benjamin.letzler@pplaw.com
Tel.: +49 (69) 247 047 11



Xin Zhang
Attorney-at-Law
Associate

Office: Frankfurt
xin.zhang@pplaw.com
Tel.: +49 (69) 247 047 18

Über P+P Pöllath + Partners

P+P Pöllath + Partners ist mit 35 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 35 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.