

Recht der Internationalen Wirtschaft

11 | 2020

Betriebs-Berater International

3.11.2020 | 66. Jg.
Seiten 641–716

DIE ERSTE SEITE

Professor Dr. Dr. h.c. Rolf A. Schütze

Beratungsgeheimnis v. Dissenting Opinion

AUFSÄTZE

Dr. Evgenia Peiffer und **Marcus Weiler**, LL.M.

Vertraglicher Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen – Teil II | 641

Dr. Germar Enders

Weitere Verschärfungen der deutschen Investitionskontrolle – ein kritischer Überblick und Ausblick | 652

Steffen Kohrt und **Till Morstadt**

Regionale Vertriebszentren in Thailand | 661

Thomas Kollruss

Steuerautonomie der Mitgliedstaaten und asymmetrische Verlustverrechnungspflicht | 664

LÄNDERREPORTE

Dr. Christina Griebeler und **Philipp Uhl**

Länderreport Schweden | 675

Sven Höbel und **Jan Sommerfeld**

Länderreport Tschechien | 680

Sebastian Wiendieck und **Peter Stark**

Länderreport VR China | 683

INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT

EuGH: EuGVVO – Anwendungsbereich gegenüber internationalen Organisationen und Sonderzuständigkeit bei vorläufigen Maßnahmen | 688

BAG: IPR des Arbeitsvertrags – Feststellung des gewöhnlichen Arbeitsorts und ex-officio-Ermittlung des ausländischen Rechts | 702

RIW-Kommentar von **Professor Dr. Peter Mankowski** | 709

INTERNATIONALES STEUERRECHT UND ZOLLRECHT

EuGH: Zollkodex – Berücksichtigung von Software bei der Berechnung des Zollwerts von Gegenständen | 711

BFH: Fremdvergleichsgrundsatz bei Verzicht auf Darlehenszinsen in grenzüberschreitenden Dreieckskonstellationen – Beweislast | 713

Dr. Germar Enders, Rechtsanwalt, München

Weitere Verschärfungen der deutschen Investitionskontrolle – ein kritischer Überblick und Ausblick

Mit dem am 17. 7. 2020 in Kraft getretenen Ersten Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der im Lichte der Corona-Pandemie eilig vorangetriebenen Fünfzehnten Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 3. 6. 2020 fallen künftig mehr Unternehmenstransaktionen als bisher in den Anwendungsbereich des deutschen Investitionskontrollregimes. Dabei werden die staatlichen Prüf- und Eingriffskompetenzen erneut ausgeweitet und das Regelungsregime insgesamt verschärft. Der Beitrag analysiert die wesentlichen rechtlichen Neuerungen und ihre Auswirkungen auf die Transaktionspraxis.

I. Einleitung

Erwirbt ein ausländischer Investor unmittelbar oder mittelbar Stimmrechte jenseits bestimmter, gesetzlich definierter Schwellenwerte an einem deutschen Unternehmen, kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (nachfolgend: BMWi) unter weiteren Voraussetzungen im Rahmen eines Investitionskontrollverfahrens prüfen, ob der Erwerb die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet. Wird eine Gefährdung bejaht, kann der Erwerb beschränkt oder untersagt werden. Die entsprechenden rechtlichen Grundlagen finden sich im Außenwirtschaftsgesetz (nachfolgend: AWG) und der Außenwirtschaftsverordnung (nachfolgend: AWV). Das Gesetz unterscheidet dabei zwei Prüfverfahren: die sektorübergreifende und die sektorspezifische Prüfung. Der sektorübergreifenden Prüfung unterfällt unabhängig vom Tätigkeitsfeld des Zielunternehmens grundsätzlich jeder Erwerb eines in Deutschland ansässigen Unternehmens durch einen Investor mit Sitz außerhalb der EU bzw. des EFTA-Raums, vgl. §§ 4 Abs. 1 Nr. 4, 4a, 5 Abs. 2 AWG i.V.m. § 55 Abs. 1 AWV. Der sektorspezifischen Prüfung unterfällt der Erwerb von Unternehmen, die besonders sicherheitsensible Güter herstellen oder entwickeln, insbesondere bestimmte Kriegswaffen, Rüstungsgüter sowie bestimmte Kryptosysteme (vgl. §§ 4 Abs. 1 Nr. 1, 5 Abs. 3 AWG i.V.m. § 60 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 AWV); erfasst ist dabei der Erwerb durch Ausländer, einschließlich solcher mit Sitz innerhalb der EU bzw. des EFTA-Raums.

Spätestens seit dem Erwerb des Robotikunternehmens Kuka durch den chinesischen Investor Midea in 2016 und dem letztlich gescheiterten Übernahmeveruch der Aixtron SE, ebenfalls durch einen chinesischen Investor im Jahr 2016, sahen sich der deutsche Gesetzgeber und die Bundesregierung veranlasst, das Regelungsregime zur Kontrolle ausländischer Investitionen in deutsche Unternehmen kontinuierlich zu verschärfen. So wurde mit der am 17. 7. 2017 bekannt gemachten Neunten Verordnung zur Änderung der AWV beispielsweise die bisher nur für die sektorspezifische

Prüfung vorgesehene Meldepflicht auf bestimmte Erwerbsvorgänge im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung nach § 55 Abs. 1 AWV ausgeweitet, es wurden Regelbeispiele für die Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit eingeführt, die den Anwendungsbereich der sektorübergreifenden Prüfung greifbarer machten (§ 55 Abs. 1 Satz 2 AWV) und Prüf- und Handlungsfristen für das BMWi verlängert.¹ Mit der zum 29. 12. 2018 in Kraft getretenen Zwölften Verordnung zur Änderung der AWV vom 19. 12. 2018² erweiterte die Bundesregierung die Prüfmöglichkeiten des BMWi abermals, indem sie die maßgebliche Aufgreifschwelle im Bereich der sektorspezifischen Prüfung sowie bei Transaktionen in besonders sicherheitsrelevanten Bereichen der sektorübergreifenden Prüfung (z. B. kritische Infrastrukturen) von 25 % auf 10 % der Stimmrechte absenkte; daneben wurde die Liste der besonders sicherheitsrelevanten Unternehmen in § 55 Abs. 1 Satz 2 AWV um bestimmte Medienunternehmen mit Massenwirksamkeit erweitert.

Das am 18. 6. 2020 vom Deutschen Bundestag verabschiedete und am 17. 7. 2020 in Kraft getretene Erste Gesetz zur Änderung des AWG und anderer Gesetze³ (nachfolgend: die AWG-Novelle) setzt diesen Kurs der letzten Jahre fort. Ein Trend, der europaweit zu beobachten ist.⁴ Neben der gemeinschaftsrechtlich gebotenen Anpassung des deutschen Rechtsrahmens an die Vorgaben der sog. EU-Screening-Verordnung (Verordnung (EU) 2019/452 vom 19. 3. 2019)⁵ ist es erklärtes Ziel der AWG-Novelle, bestehende Regelungs- und Verfolgungslücken zu schließen, mithin das existierende Prüf- und Kontrollregime für ausländische Investitionen in deutsche Zielunternehmen abermals zu verschärfen.⁶ Die am 3. 6. 2020 (auf der Grundlage des Regierungsentwurfs zum Änderungsgesetz AWG)⁷ verabschiedete Fünfzehnte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung in ihrer aufgrund der AWG-Novelle überarbeiteten Fassung vom 17. 7. 2020 zielt als zügige Reaktion auf die COVID-19-Pandemie insbesondere auf die Bereitstellung effektiverer Schutzmaßnahmen für Unternehmenserwerbe im Be-

1 Zusammenfassend zu den Änderungen aufgrund der Neunten Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung *Walter*, RIW 2017, 650.

2 BAnz AT, 28. 12. 2018, V 1.

3 BGBl. 2020 I Nr. 35, 1637.

4 Näher zu den Entwicklungen in den einzelnen Mitgliedstaaten *Bierwagen/Wistinghausen*, BB 2020, 1986, 1987 ff.

5 Verordnung (EU) 2019/452 des europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 3. 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. L 79 I v. 21. 3. 2019, 1; einen Überblick zu den Regelungen der EU-Screening-Verordnung und ihrer möglichen Auswirkungen auf die deutsche Investitionskontrolle liefern *Lippert*, BB 2019, 1538; *Slobodenjuk*, BB 2020, 198.

6 Zur Zielsetzung vgl. BT-Drs. 19/18700, S. 11.

7 RegE, Erstes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze, 31. 3. 2020. Der Entwurf wurde am 21. 4. 2020 von den Koalitionsfraktionen übernommen (vgl. BT-Drs. 19/18700) und am 17. 6. 2020 noch einmal abgeändert (BT-Drs. 19/20144).

reich des Gesundheitssektors ab; hierdurch soll sie einen Beitrag zur dauerhaften Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems in der Bundesrepublik Deutschland leisten.⁸

II. Einbeziehung europäischer Sicherheitsinteressen in die Investitionskontrolle und Europäischer Kooperationsmechanismus

Als EU-Mitgliedstaat, der mit dem AWG und der AWV über Regelungen zur Investitionskontrolle verfügt, ist Deutschland verpflichtet, seinen Rechtsrahmen an die Vorgaben der EU-Screening-Verordnung anzupassen.

Durch die Neufassung der §§ 4 Abs. 1 Nr. 4, 4a, 5 Abs. 2 AWG wird der Anwendungsbereich der Investitionskontrolle auf Basis der Artt. 6 ff. EU-Screening-Verordnung um europäische Sachverhalte erweitert: Nach den Neuregelungen ist nunmehr nicht nur zu prüfen, ob ausländische Direktinvestitionen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit in Deutschland beeinträchtigen könnten. Vielmehr können und sollen bei der Prüfung Auswirkungen des Erwerbs auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit anderer Mitgliedstaaten oder in Bezug auf bestimmte Projekte oder Programme von Unionsinteresse (§ 4 Abs. 1 Nr. 4a AWG) in angemessener Weise berücksichtigt werden.⁹ Auswirkungen des Erwerbs eines deutschen Zielunternehmens auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit eines anderen Mitgliedstaats sind z. B. denkbar, wenn das deutsche Unternehmen in dem anderen Mitgliedstaat sicherheitsrelevante Güter produziert oder durch seinen Erwerb die Versorgung mit kritischen Gütern (z. B. mit Medizinprodukten oder Arzneimitteln) oder mit bestimmten Dienstleistungen (z. B. im Bereich der Telekommunikation) in einem anderen Mitgliedstaat gefährdet ist. Dabei prüft das BMWi nicht selbst, ob und inwieweit die öffentliche Ordnung oder Sicherheit in dem anderen Mitgliedstaat gefährdet ist. Vielmehr berücksichtigt es diese im Rahmen des durch die EU-Screening-Verordnung vorgegebenen Kooperationsmechanismus (vgl. Artt. 6 ff. EU-Screening-Verordnung). Dieser ermöglicht den Mitgliedstaaten sowie der Europäischen Kommission, Stellungnahmen in Bezug auf ausländische Investitionen abzugeben, die in einem anderen Mitgliedstaat einer Investitionskontrolle unterliegen bzw. unterliegen können. Für Deutschland kommt dem BMWi gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 e AWG als Nationale Kontaktstelle im Sinne der EU-Screening-Verordnung insoweit die zentrale Aufgabe der Verwaltung und Führung des vorgesehenen Austauschs zwischen den EU-Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer nationalen Investitionskontrollverfahren zu. Für eine nähere Umsetzung des Kooperationsmechanismus sieht der Entwurf der Sechzehnten AWV-Novelle vom 7. 10. 2020 keine Veranlassung.

III. Verschärfung des Prüfungsstandards und Erfassung weiterer Schutzgüter

Neben der Anpassung des deutschen Rechtsrahmens an die Vorgaben der EU-Screening-Verordnung zielen die neuen Regelungen des AWG auf eine Stärkung des nationalen Investitionsprüfungsrechts ab, um einen noch wirksameren Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland im Falle von kritischen Unternehmenserwerben durch Unionsfremde bzw. Ausländer zu gewährleisten.¹⁰

1. Verschärfter Prüfungsstandard

Die Schwelle für den Erlass erwerbsbeschränkender Maßnahmen gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 4 oder § 4 Abs. 1 Nr. 4a jeweils i. V. m. § 5 Abs. 2 AWG wird deutlich abgesenkt.

a) Öffentliche Ordnung oder Sicherheit

Zwar bleibt das zentrale Prüfkriterium der „öffentlichen Ordnung oder Sicherheit“ unverändert. Auch künftig wird der Begriff der „öffentlichen Ordnung oder Sicherheit“ nicht mit dem vergleichsweise weiten polizei- und ordnungsrechtlichen Begriff übereinstimmen, sondern auf Grundlage der maßgeblichen europäischen Regelungen und ihrer Konkretisierung durch den EuGH zu bestimmen sein.¹¹ Dies erforderte bisher nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AWG a. F. u. a., dass durch den Unternehmenserwerb „ein Grundinteresse der Gesellschaft“ gefährdet ist, also insbesondere (Landes-)Sicherheit, öffentliche Versorgung oder kritische Infrastrukturen gefährdet sind.¹² § 5 Abs. 2 Satz 2 AWG a. F. wurde im Zuge der AWG Novelle ersatzlos gestrichen. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die bisherige auf Grundinteressen der Gesellschaft ausgerichtete Auslegung zwar weiterhin Geltung beanspruche, eine untersagungsrelevante Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit aber auch unterhalb dieser Schwelle angenommen werden könne. Die Gesetzesbegründung beruft sich insoweit auf die auch vom EUGH betonte Entwicklungsoffenheit des Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit¹³ sowie auf einzelne, in der EU-Screening-Verordnung enthaltene und den unbestimmten Rechtsbegriff konkretisierende Prüfungstatbestände wie z. B. den der kritischen Technologien i. S. d. Art. 4 Abs. 1 b EU-Screening-Verordnung; die neuen Prüfkriterien zeigten, dass eine gemeinschaftsrechtlich relevante Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit vorliegen könne, ohne dass dadurch notwendig ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt sei.¹⁴ Der Erwerb eines Unternehmens, das kritische Technologien herstellt, soll somit künftig im Einzelfall eine relevante, zur Untersagung der Transaktion führende Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darstellen können, auch wenn „kein ausgeprägter Bezug zu den o. g. Grundinteressen der Gemeinschaft“¹⁵ vorliegt.

Ob der Gesetzgeber damit den Bezug zu Grundinteressen der Gemeinschaft gänzlich aufgeben möchte, bleibt auch auf Basis der Gesetzesbegründung unklar; den in der Gesetzesbegründung in Bezug genommenen EuGH-Urteilen, die den Mitgliedstaaten Beurteilungsspielräume bei der Ausgestaltung des Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zubilligen,¹⁶ lässt sich ein solcher gänzlicher Verzicht wohl nicht entnehmen. Letztlich wird es für die Auslegung

8 Referentenentwurf des BMWi, Fünfzehnte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, 27. 4. 2020, S. 7.

9 Zur angemessenen Berücksichtigung vgl. Artt. 6 Abs. 9, 7 Abs. 7 sowie 8 Abs. 2 EU-Screening-Verordnung.

10 BT-Drs. 19/18700 S. 11.

11 Ebenso *Bendlin Spür* COVuR 2020, 516, 517.

12 Näher zum Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in § 5 Abs. 2 AWG a. F. *Simonsen*, in: Wolfgang/Simonsen/Rogmann/Pietsch, AWR-Kommentar, 56. Ergänzungslieferung, Stand: Juni 2018, § 5 Rn. 32 ff., § 4 Rn. 78, jeweils mit zahlreichen Nachw. aus der Rspr. des EuGH.

13 Vgl. hierzu EuGH, Rs. C-30/77, Regina/Bouchereau, Rn. 33 ff.; EuGH, Rs. C-36/02, Omega, Rn. 31.

14 Vgl. die Ausführungen in BT-Drs. 19/18700, S. 18.

15 BT-Drs. 19/18700, S. 18.

16 EuGH, Rs. C-30/77, Regina/Bouchereau, Rn. 33 ff.; EuGH, Rs. C-36/02, Omega, Rn. 31.

darauf ankommen, ob der EuGH trotz Entwicklungsoffenheit des unbestimmten Rechtsbegriffs von seinem bisher geforderten strengen Maßstab, wie er ausdrücklich in § 5 Abs. 2 Satz 2 AWG a. F. enthalten war, abrückt bzw. ob sich das in den Gesetzesmaterialien artikulierte Verständnis des deutschen Gesetzgebers in den Grenzen des Gemeinschaftsrechts hält, wie es vom EuGH bisher konkretisiert wurde bzw. künftig konkretisiert werden wird. Die Gewährleistung eines effektiven Schutzes der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundrechte, für Deutschland insbesondere Art. 14 GG,¹⁷ sollte dabei auch in Zukunft dafür sprechen, an einer restriktiven Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit festzuhalten.

b) Absenken des Gefährungsgrads

Auf Basis der AWG Novelle sind erwerbsbeschränkende Maßnahmen bereits ab einem deutlich geringeren Gefährungsgrad als bisher zulässig.

War nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AWG a. F. für den Erlass von Anordnungen oder gar die Untersagung einer Transaktion erforderlich, dass die ausländische Investition „eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung“ der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darstellte, reicht nach dem neu gefassten § 5 Abs. 2 AWG aus, dass die öffentliche Ordnung oder Sicherheit „voraussichtlich beeinträchtigt“ wird. Der deutsche Gesetzgeber folgt damit dem Ansatz aus Art. 4 der EU-Screening-Verordnung, wo lediglich eine voraussichtliche Beeinträchtigung verlangt wird.

Der Begriff „voraussichtlich“ macht deutlich, dass eine noch nicht eingetretene, aber durch einen kritischen Erwerbsfall künftig mögliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verhindert werden kann. Insoweit ist nunmehr klargestellt, dass das BMWi den Eintritt einer Gefährdungslage nicht abwarten muss, sondern eine Prognoseentscheidung treffen kann und soll. Der bisher auch schon teilweise praktizierte Prognoseansatz erfährt damit eine unzweideutige rechtliche Verankerung.¹⁸ Neben der Absenkung der Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit werden auch die Anforderungen an die Intensität der Gefahrenlage abgesenkt. Statt einer konkreten Gefahr im Sinne einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit reicht nunmehr deren bloße Beeinträchtigung, also eine mögliche negative Auswirkung.¹⁹

Die Berücksichtigung zukünftig möglicher Beeinträchtigungen weitet den Anwendungsbereich der Eingriffstatbestände erheblich aus und erhöht die Rechtsunsicherheit, die ohnehin aufgrund des auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffs der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit besteht. Der Ruf²⁰ nach einer Konkretisierung auf Ebene der AWV ist insoweit nachvollziehbar, eine einschränkende Auslegung mit Blick auf eine denkbare Ausweitung des Tatbestandsmerkmals der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit erforderlich und wohl auch gemeinschafts- und verfassungsrechtlich geboten.²¹ Aus deutschrechtlicher Perspektive werden bei der Auslegung des Begriffs einer „voraussichtlichen Beeinträchtigung“ die hohen Anforderungen zu beachten sein, die das Bundesverfassungsgericht – trotz Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers – für Grundrechtseingriffe auf Basis eines vorverlagerten Gefahrbegriffs stellt.²² Dazu gehört u. a., dass die Prognose der relevanten Schutzgutverletzung im Einzelfall zu treffen ist und nicht auf Basis allgemeiner Erfahrungssätze.²³ Allein die Einschlägigkeit einer

Fallgruppe, die die Meldepflicht auslöst, kann für erwerbsbeschränkende Maßnahmen nicht ausreichen.

2. Erweiterter Anwendungsbereich der sektorspezifischen Prüfung

Im Rahmen der sektorspezifischen Prüfung, d. h. bei Investitionen in Unternehmen im Bereich Kriegswaffen, Rüstungsgüter und Kryptosysteme, wird der Kreis der erfassten Unternehmen erweitert. Nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 AWG n. F. wird nunmehr nicht nur die Investition in Unternehmen, die solche Güter „herstellen“ und „entwickeln“ erfasst (so § 5 Abs. 3 Nr. 1 AWG a. F.), sondern auch die Investition in Unternehmen, die entsprechende Güter „modifizieren oder die tatsächliche Gewalt über solche Güter innehaben“. Erwerbskonstellationen, bei denen die Herstellung, Entwicklung, Modifikation oder das Innehaben der tatsächlichen Gewalt von entsprechend sicherheitsrelevanten Gütern in der Vergangenheit liegt, das Zielunternehmen aber noch über Kenntnisse oder Zugang zu der sicherheitskritischen Technologie verfügt, sind nun ebenfalls erfasst; hierdurch sollen bisher bestehende Regelungslücken geschlossen werden.²⁴

3. Erweiterung des Anwendungsbereichs der 10%-Prüfchwelle und des Katalogs meldepflichtiger Transaktionen

Unter Berücksichtigung der im Zuge der COVID-19-Pandemie von der EU-Kommission zur Verfügung gestellten Auslegungsleitlinien zur EU-Screening-Verordnung (nachfolgend: die Kommissionsleitlinien)²⁵ beilegte sich die Bundesregierung Mitte des Jahres, kurzfristig die Regelungen für Unternehmenstransaktionen, insbesondere im Bereich des Gesundheitssektors, zu verschärfen, um auf diese Weise, auch im Sinne der Kommissionsleitlinien, einen effektiveren Schutz für die Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems in der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten.²⁶ In diesem Zusammenhang erweiterte der Verordnungsgeber den Katalog der Fallgruppen des § 55 Abs. 1 Satz 2 AWV um die neuen Fallgruppen in Nr. 8 bis Nr. 11. Die neu eingeführten Ziffern betreffen Unternehmen, die Güter entwickeln oder herstellen, die nach Auffassung des Verordnungsgebers für die Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems in der Bundesrepublik Deutschland unerlässlich sind und damit der Abwendung

17 Unter Verweis auf Art. 14 GG hatte die FDP-Fraktion das Festhalten am bisher in Art. 5 Abs. 2 AWG a. F. formulierten Gefährdungsbegriff mit seinem Bezug u. a. auf die Grundinteressen der Gesellschaft gefordert; vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 19/20144, S. 18.

18 Zum bisher stellenweise praktizierten vorausschauenden Ansatz des BMWi anhand des Falls „Leifeld“ aus dem Jahr 2018 vgl. die Ausführungen von Bendlin Spür, COVuR 2020, 516, 517.

19 BT-Drs. 19/18700, S. 18.

20 Niestedt/Kunigk, NJW 2020, 2504, 2505; Bendlin Spür, COVuR 2020, 516, 517.

21 Die Primärrechtskonformität der EU-Screening-Verordnung und von § 5 Abs. 2 AWG letztlich bejahend Niestedt/Kunigk, NJW 2020, 2504, 2505.

22 BVerfG, NJW 2016, 1781, 1785.

23 Vgl. BVerfG, NJW 2016, 1781, 1785 Rn. 112 f.

24 BT-Drs. 19/18700, S. 18.

25 Leitlinien für die Mitgliedstaaten betreffend ausländische Direktinvestitionen, freien Kapitalverkehr aus Drittländern und Schutz der strategischen Vermögenswerte Europas im Vorfeld der Anwendung der Verordnung (EU) 2019/452 über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen, C(2020) 1981 final.

26 Referentenentwurf (Fn. 8), S. 10.

von Gefahren für ein wesentliches Grundinteresse der Gesellschaft dienen.²⁷

a) Insbesondere: Fallgruppen zur Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems

§ 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 AWW betrifft Hersteller und Entwickler bestimmter persönlicher Schutzausrüstungen. Darunter fallen beispielsweise Schutzmasken (z. B. FFP2- und FFP3-Masken), Schutzhandschuhe oder Schutzanzüge, die den Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Nutzer gewährleisten; auch austauschbare Bestandteile und Verbindungssysteme sollen nach dem Willen des Ordnungsgebers erfasst sein.²⁸

§ 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9 AWW erfasst Unternehmen, die für die Gewährleistung der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung wesentliche Arzneimittel i. S. d. § 2 Abs. 1 AMG, einschließlich deren Ausgangs- und Wirkstoffe, herstellen, entwickeln, in Verkehr bringen oder Inhaber einer entsprechenden arzneimittelrechtlichen Zulassung sind. Für die Versorgung wesentliche Arzneimittel sollen insbesondere solche sein, deren Wirkstoffe auf der vom Bundesinstitut für Arzneimittel als zuständiger Behörde erstellten „Liste versorgungsrelevanter und versorgungskritischer Wirkstoffe“ aufgeführt sind.²⁹ Bedenkt man, dass diese Aufzählung lediglich beispielhaft ist und auch Impfstoffe erfassen soll,³⁰ wird klar, wie weit der Anwendungsbereich der Regelung gezogen ist.

§ 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 AWW bezieht sich auf Hersteller und Entwickler von Medizinprodukten, die zur Diagnose, Verhütung, Überwachung, Vorhersage, Prognose, Behandlung oder Linderung von lebensbedrohlichen und hochansteckenden Infektionskrankheiten bestimmt sind. Umfasst sind z. B. chirurgische Masken und Beatmungsgeräte.³¹

§ 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 11 AWW schließlich erfasst Hersteller und Entwickler von In-vitro-Diagnostika im Sinne des Medizinproduktegesetzes, die dazu dienen, Informationen über physiologische oder pathologische Prozesse oder Zustände oder zur Festlegung oder Überwachung therapeutischer Maßnahmen im Zusammenhang mit lebensbedrohlichen und hochansteckenden Infektionskrankheiten zu liefern.

Soweit Nr. 10 und Nr. 11 Medizinprodukte in Bezug nehmen, soll der Begriff im Sinne des Medizinproduktegesetzes bestimmt werden, wobei künftig die Begriffsbestimmungen der sog. Europäischen Medizinprodukte Verordnung (Verordnung [EU] 2017/745) bzw. der sog. In-Vitro-Diagnostik Verordnung (Verordnung [EU] 2017/746) maßgeblich sein werden,³² sobald die entsprechenden Verordnungen in Kraft getreten sind.³³

Zusätzlich zu vorstehend aufgeführten Unternehmen im Gesundheitssektor erweiterte der Ordnungsgeber die Liste in § 55 Abs. 1 Satz 2 AWW noch um die neu eingeführte Nr. 7. Diese zielt auf Dienstleistungen, die zur Sicherstellung der Störungsfreiheit und Funktionsfähigkeit staatlicher Kommunikationsstrukturen i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 BDBOS-Gesetz erforderlich sind.

b) Praktische Implikationen

§ 55 Abs. 1 Satz 2 AWW enthält für den Bereich der sektorübergreifenden Prüfung numerisch aufgelistete Regelbeispiele für ausländische Direktinvestitionen, bei denen der Ordnungsgeber typischerweise eine Gefährdung bzw. Beeinträchtigung für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit

annimmt. Dieser Regelungslogik folgend, sind entsprechende Transaktionen nach § 55 Abs. 4 Satz 1 AWW meldepflichtig. Durch Aufnahme neuer Fallgruppen in der Liste der Regelbeispiele wird der Anwendungsbereich der Meldepflicht ausgeweitet. Gleichzeitig gilt für diese Transaktionen gemäß § 56 Abs. 1 Nr. 1 AWW die niedrigere Aufgriffsschwelle von 10 % der Stimmrechte, anstelle der sonst im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung geltenden Schwelle von 25 % der Stimmrechte (§ 56 Abs. 1 Nr. 2 AWW). Bloße Finanzbeteiligungen ohne (relevante) Kontrollrechte können damit noch häufiger als bisher aufgegriffen werden.

§ 55 Abs. 4 Satz 1 AWW stellt nun klar, dass die Meldepflicht unmittelbar mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags über den Erwerb entsteht. Zur Meldung verpflichtet ist der unmittelbare Erwerber, auch wenn in seiner Person die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 AWW nicht vorliegen (§ 55 Abs. 4 Satz 3 AWW), etwa weil er bloßes Erwerbsvehikel ist;³⁴ in einer solchen Situation darf aber auch der mittelbare Erwerber die Meldung an das BMWi vornehmen, vgl. § 55 Abs. 4 Satz 4 AWW.

Ob das BMWi letztlich eine Prüfung vornimmt, entscheidet es allerdings im pflichtgemäßen Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Auch da der Ordnungsgeber bei der Bildung der neuen Fallgruppen aus dem Gesundheitssektor auf Umsatzschwellen der betroffenen Unternehmen oder sonstige Schwellenwerte verzichtete,³⁵ kann nun eine deutlich größere Zahl von Transaktionen einer Prüfung unterfallen. Jedenfalls bis zu einer näheren Konkretisierung der neuen Tatbestände durch den Ordnungsgeber erscheint eine restriktive, am Schutzzweck der Norm orientierte Auslegung geboten, auch um die Zahl der überprüfbaren Unternehmenstransaktionen in einem handhabbaren Rahmen zu halten.³⁶ Ansonsten würde auch dem erklärten Ziel eines effektiven Schutzes zur dauerhaften Aufrechterhaltung eines funktionierenden Gesundheitssystems ein Bärendienst erwiesen.

4. Asset Deals und investorenbezogene Prüfkriterien

a) Anwendung der Investitionsprüfung auf Asset Deals

Die geänderte AWW stellt in § 55 Abs. 1a AWW für die sektorübergreifende Prüfung sowie in § 60 Abs. 1a AWW für die sektorspezifische Prüfung nunmehr klar, dass die deutsche Investitionskontrolle nicht auf den Erwerb von Unternehmensanteilen, d. h. sog. Share Deals beschränkt ist. Vielmehr gilt sie auch für den Erwerb eines „abgrenzbaren Betriebsteil[s] eines inländischen Unternehmens“ sowie für den Erwerb aller „wesentlichen Betriebsmittel eines inländischen Unternehmens oder eines abgrenzbaren Betriebsteils eines inländischen Unternehmens, die für die Aufrechterhaltung des Betriebes des Unternehmens oder eines abgrenzba-

27 Referentenentwurf (Fn. 8), S. 10.

28 Referentenentwurf (Fn. 8), S. 10.

29 Referentenentwurf (Fn. 8), S. 11.

30 *Besen/Slobodenjuk*, PharmR 2020, 441, 444.

31 Referentenentwurf (Fn. 8), S. 11.

32 Referentenentwurf (Fn. 8), S. 11.

33 Vgl. Art. 2 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2017/745 über Europäische Medizinprodukte, die voraussichtlich am 26. 5. 2021 in Kraft tritt, und Art. 2 Nr. 2 der In-Vitro-Diagnostik-Verordnung, die voraussichtlich am 26. 5. 2022 in Kraft tritt.

34 *Niestedt/Kunigk*, NJW 2020, 2504, 2508.

35 Vgl. hierzu sowie zu inhaltlichen Überschneidungen zum Begriff der Betreiber einer Kritischen Infrastruktur i. S. d. § 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AWW *Bendlin Spür*, COVuR 2020, 516, 521.

36 In diese Richtung auch *Jungkind/Bormann* NZG 2020, 619, 621.

ren Betriebsteils erforderlich sind³⁷. Die bisher bereits h. M.,³⁷ nach der auch Unternehmensakquisitionen in Form des sog. Asset Deals der Investitionskontrolle unterfallen, erfährt damit eine ausdrückliche Bestätigung.³⁸ Inhaltliche Änderungen sollten mit der Neuregelung nicht verbunden sein.

b) Investorenbezogene Prüfkriterien

In Übereinstimmung mit Art. 4 Abs. 2 EU-Screening-Verordnung führt § 55 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 bis 3 AWV und der inhaltsgleiche § 60 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 bis 3 AWV nun eine Liste investorenbezogener Prüfkriterien ein, die sich auf den Hintergrund und die Aktivitäten des einzelnen Investors beziehen und die das BMWi bei der Beurteilung einer Transaktion berücksichtigen kann. Damit wird deutlich, was bisher schon galt: Für die Beurteilung des Gefahrenpotentials eines Unternehmenserwerbs kommen nicht nur zielunternehmensbezogene Faktoren in Betracht, sondern auch solche, die in der Person des Erwerbers liegen.³⁹ Nach dem Wortlaut der Regelung handelt es sich um eine beispielhafte, nicht abschließende Liste von Prüfkriterien. Investorenbezogene Faktoren betreffen demnach insbesondere folgende Szenarien:

- (i) Ein Investor wird direkt oder indirekt von einer Regierung eines Drittstaates kontrolliert;
- (ii) der Erwerber war bereits an Aktivitäten beteiligt, die nachteilige Auswirkungen auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen EU-Mitgliedstaates hatten; oder
- (iii) es besteht ein erhebliches Risiko, dass der Erwerber oder eine für ihn handelnde Person an Aktivitäten beteiligt waren oder sind, die in Deutschland den Tatbestand bestimmter Straf- oder Ordnungswidrigkeiten erfüllen würden; maßgeblich sind insoweit Straftaten, die in § 123 Abs. 1 GWB bezeichnet sind (§ 55 Abs. 1b Satz 1 Nr. 3a AWV sowie § 60 Abs. 1b Satz 1 Nr. 3a AWV) oder Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten nach dem AWG oder dem Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen (§ 55 Abs. 1b Satz 1 Nr. 3b AWV sowie § 60 Abs. 1b Satz 1 Nr. 3b AWV).

Von den nun eingeführten Regelbeispielen scheint § 55 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 AWV bzw. § 60 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 AWV im Lichte des politischen Umfelds der letzten Jahre besonders bemerkenswert. Durch die Neuregelung wird das Kriterium der staatlichen Kontrolle erstmals explizit als zulässiger Anknüpfungspunkt für die Feststellung einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit bezeichnet. Dabei wird dem Begriff – entsprechend Art. 4 Abs. 2 a) der EU-Screening-Verordnung – ein weites Verständnis der direkten und indirekten Kontrolle zu Grunde gelegt. Nach § 55 Abs. 1b Satz 2 AWG⁴⁰ kann Kontrolle nicht nur über die Eigentümerstruktur, sondern auch über eine nicht nur geringfügige Finanzausstattung vermittelt werden. Die Beschränkung oder Unterbindung politisch motivierter Übernahmen aus dem Ausland wird durch diese Neuregelung deutlich erleichtert.

IV. Erweiterter Anwendungsbereich des Vollzugsverbots

Neben einer Verschärfung der Prüfstandards und der Erfassung weiterer Schutzgüter will die AWG-Novelle einen effektiveren Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit auch dadurch erreichen, dass potentiell kritische Transaktio-

nen während des Prüfungszeitraums weder rechtlich noch faktisch vollzogen werden dürfen. Der Anwendungsbereich des sog. Vollzugsverbots wird hierfür ausgeweitet und inhaltlich verschärft.

1. Erfassung sämtlicher meldepflichtiger Verträge

Vor Inkrafttreten der AWG-Novelle erfasste das Vollzugsverbot allein Transaktionen im Bereich der sektorspezifischen Prüfung. Entsprechende Erwerbsvorgänge waren dem BMWi zu melden, und ein auf den Vollzug eines solchen Erwerbs zielendes Rechtsgeschäft war nach § 15 Abs. 3 AWG a.F. schwebend unwirksam, bis das BMWi die Genehmigung erteilte oder nicht fristgerecht untersagte. Im Anwendungsbereich der sektorübergreifenden Prüfung hingegen war das der Transaktion zugrunde liegende schuldrechtliche Geschäft bereits mit Abschluss wirksam und stand lediglich unter der auflösenden Bedingung einer Untersagung durch das BMWi (§ 15 Abs. 2 AWG a.F.); ein Vollzug des Geschäfts war zulässig.

Nach § 15 Abs. 3 Satz 1 AWG n.F. sind nun sämtliche meldepflichtigen Erwerbsvorgänge, für die ein Prüfrecht besteht, vom Zeitpunkt ihrer Vornahme bis zum Abschluss eines etwaigen Prüfverfahrens schwebend unwirksam. Wirksamkeit erlangen die entsprechenden Rechtsgeschäfte – rückwirkend auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme – erst dann, wenn das BMWi den Erwerb freigibt, nicht fristgerecht untersagt oder die Freigabe als erteilt gilt, vgl. § 15 Abs. 3 Satz 2 AWG n.F. Künftig dürfen damit sämtliche meldepflichtigen Transaktionen, also auch solche im Bereich der sektorübergreifenden Prüfungen, bis zum Abschluss eines etwaigen Prüfverfahrens nicht vollzogen werden.

Das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis wird damit, wenn nicht umgekehrt, so doch grundsätzlich verändert: Lediglich Transaktionen aus dem Bereich der sektorübergreifenden Prüfung, die nicht unter einen der Katalogtatbestände des § 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1–11 AWV fallen, dürfen bereits vor Abschluss des Prüfverfahrens vollzogen werden. Alle anderen Transaktionen, insbesondere also solche in den Bereichen Kritische Infrastruktur, Medien mit Massenwirksamkeit sowie die jüngst eingeführten Fallgruppen aus dem Gesundheitssektor unterliegen dem Vollzugsverbot. Bedenkt man, dass solche Transaktionen bereits bei einem Anteilserwerb von 10% geprüft werden können, kann man erahnen, wie viel mehr Transaktionen als bisher dem Anwendungsbereich des Vollzugsverbots unterfallen.

In der Praxis werden auch solche Transaktionen, für die das Gesetz kein Vollzugsverbot anordnet, typischerweise erst dann vollzogen, wenn ein etwaiges Prüfverfahren abgeschlossen ist, eine Freigabe als erteilt gilt oder eine Unbedenklichkeitsbescheinigung vorliegt. Das sonst drohende Damoklesschwert einer auflösenden Bedingung in Form der nachträglichen Untersagung durch das BMWi mit dem Risiko, rückabwickeln zu müssen, wird kaum eine Partei tragen wollen. Insoweit könnte man meinen, dass sich die praktischen Auswirkungen der Neuregelung im Rahmen halten sollten. Ein näherer Blick auf die konkrete Ausgestaltung des Vollzugsverbots und die scharfen Sanktionen im Falle

37 v. Rosenberg/Hilf/Kleppe, DB 2009, 831, 833; Marquardt/Pluskat, DSStR 2009, 3114, 1316; a. A. Voland, EuZW 2009, 519, 520.

38 Referentenentwurf (Fn. 8), S. 13; Niestedt/Kunigk, NJW 2020, 2504, 2508.

39 Referentenentwurf (Fn. 8), S. 13.

40 Ebenso § 60 Abs. 1b Satz 2 AWG.

ihrer Nichtbeachtung zeigt allerdings, dass die Auswirkungen für die Transaktionspraxis erheblich sind.

2. Gun-Jumping

Flankiert wird die Ausweitung des Vollzugsverbots durch die Einführung diverser straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlich bewehrter Verbotstatbestände in § 15 Abs. 4 AWG, ähnlich dem kartellrechtlichen Verbot des „Gun-Jumping“. Mit ihnen soll sichergestellt werden, dass Sinn und Zweck der Investitionsprüfung nicht durch einen vor Freigabe erfolgenden Vollzug der Transaktion oder durch den zuvor erfolgenden Abfluss sicherheitsrelevanter Information vereitelt werden.⁴¹ Die entsprechenden Regelungen sind erst spät in den Gesetzgebungsprozess eingeführt worden; im Referentenentwurf waren sie noch nicht enthalten. Zusammenfassend ist es nach § 15 Abs. 4 AWG bis zur Freigabe (bzw. nicht fristgerechten Untersagung) verboten, dem Erwerber

- die Ausübung von Stimmrechten zu ermöglichen (§ 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 AWG);⁴²
- den Bezug von mit dem Erwerb einhergehenden Gewinnauszahlungsansprüchen oder entsprechender Äquivalente zu gewähren (§ 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 AWG);
- unternehmensbezogene, prüfungsauslösende oder bei der Prüfung zu berücksichtigende, sicherheitsrelevante Informationen zu überlassen oder anderweitig offenzulegen (§ 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 AWG); oder
- unternehmensbezogene Informationen zu überlassen oder anderweitig offenzulegen, die in einer Anordnung des BMWi gemäß § 15 Abs. 4 Satz 2 AWG nach bestimmten Kriterien als bedeutsam bezeichnet sind (§ 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 AWG).

Anknüpfungspunkt für die Verbotstatbestände ist nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AWG die schwebende Unwirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts, die § 15 Abs. 3 AWG für meldepflichtige Geschäfte nach § 55 und § 60 AWG anordnet. Der Gesetzeswortlaut legt nahe, dass die Verbotstatbestände in Abs. 4 bis zum Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Vertrags nicht eingreifen.⁴³ Für die Einräumung von Stimm- oder Gewinnbezugsrechten erscheint die Frage des zeitlichen Anwendungsbereichs der Verbotstatbestände vergleichsweise wenig Praxisrelevanz zu haben. Kein rational handelnder Veräußerer wird einem Erwerber solche Rechte einräumen, wenn noch nicht einmal der schuldrechtliche Vertrag der Unternehmenstransaktion abgeschlossen ist. Hinsichtlich des Informationsübermittlungsverbots wäre ohne die neuen Verbotstatbestände allerdings durchaus denkbar, dass entsprechende Informationen bereits vor Vertragsschluss offengelegt werden. Ein solches Vorgehen würde allerdings dem Schutzzweck der Norm zuwiderlaufen, da so die Zwecke der Investitionskontrolle konterkariert werden könnten.⁴⁴ Wenn es aber darum geht, den Abfluss sicherheitssensibler Informationen in das Ausland zu verhindern, dann müsste grundsätzlich davon auszugehen sein, dass der Gesetzgeber das Verbot der Informationsoffenlegung nicht erst nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags zur Anwendung bringen wollte. Ob für eine analoge Anwendung indes Raum besteht, erscheint fraglich, da Zweifel an der Planwidrigkeit der Regelungslücke bestehen dürften. Der Gesetzgeber geht nämlich davon aus, dass es sich um Informationen handelt, in die ein Investor typischerweise „erst nach rechtlich wirksamem Vertragsvollzug Einblick erhält“.⁴⁵ Eine gesetzgeberische Klarstellung zum Anwendungsbereich der Vollzugsverbote wäre wünschenswert.

Vorsätzliche Verstöße werden gemäß § 18 Abs. 1 b AWG mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Fahrlässige Verstöße werden gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 2 AWG i.V.m. § 19 Abs. 6 AWG mit einem Bußgeld in Höhe von bis zu EUR 500 000 geahndet. Strafbarkeitsrisiken bestehen dabei nicht nur für das Zielunternehmen, sondern auch für Veräußerer und Investor.⁴⁶ Sofern eine analoge Anwendung der Verbotstatbestände aus § 15 Abs. 4 AWG auf Zeiträume vor Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags angedacht würde (s. o.), käme diese wegen des strafrechtlichen Analogieverbots⁴⁷ für die Straf- und Ordnungswidrigkeitssanktionen jedenfalls nicht in Betracht.

Insbesondere die Informationsübermittlungsverbote in § 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 und 4 AWG stellen die Transaktionspraxis im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung von Due-Diligence-Prüfungen vor erhebliche Herausforderungen, da neben der zeitlichen auch die inhaltliche Reichweite der Verbote für den Rechtsanwender schwer greifbar ist.

Der Gesetzgeber sah die mit dem weiten Wortlaut verbundenen Probleme und spricht in der Gesetzesbegründung einer einschränkenden, am Schutzzweck der Norm ausgerichteten Auslegung das Wort. Erfasst seien „*nur diejenigen Informationen, die mit Blick auf eine mögliche Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung von besonderer Relevanz sind*“ und in die ein Investor typischerweise „*erst nach rechtlich wirksamem Vertragsvollzug Einblick erhält*“. Damit seien „*rein kaufmännische oder sonstige unternehmensbezogene Informationen nicht erfasst, die die Erwerbsbeteiligten im Rahmen von Vertragsverhandlungen bzw. eines Vertragsvollzugs austauschen, damit der Investor die mit dem Investment verbundenen ökonomischen Chancen und Risiken belastbar beurteilen kann. Dadurch wird sichergestellt, dass Vertragsanbahnung und Vertragsvollzug zwischen den Erwerbsbeteiligten zielgerichtet nur insoweit eingeschränkt wird, wie dies notwendig ist, um sicherzustellen, dass die Zwecke der Investitionsprüfung nicht unterlaufen werden.*“⁴⁸

Perspektivisch wäre eine konkrete – oder zumindest konkretere – Auflistung sicherheitssensibler Informationen, deren Übermittlung vor Vollzug untersagt ist, im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert⁴⁹, mit Blick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot nach Art 103 Abs. 2 GG möglicherweise verfassungsrechtlich sogar geboten.⁵⁰ Praktisch dürfte es schwerfallen, eine abschließende Liste mit nicht auslegungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen zu erstellen, jedenfalls wenn gleichzeitig dem Schutzzweck der Norm für möglichst viele Lebenssachverhalte umfassend Rechnung getragen werden soll.⁵¹ Ein denkbarer Weg *de lege ferenda*

41 BT-Drs. 19/18700, S. 19.

42 Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 AWG können Stimmrechte unmittelbar oder mittelbar insbesondere ermöglicht werden „durch Übergabe von Inhaberpapieren, durch Indossament von Namenspapieren, durch Übertragung nach den Bestimmungen des Depotgesetzes oder des Effektenverkehrs, durch Stimmrechtsvereinbarungen, Annahme von Weisungen zur Stimmrechtsausübung oder vergleichbare Handlungen“.

43 So *Dammann de Chappo/Brüggemann*, NZKart 2020, 374, 376.

44 Auf diesen Wertungswiderspruch hinweisend *Dammann de Chappo/Brüggemann*, NZKart 2020, 374, 376.

45 BT-Drs. 19/18700, S. 19 f.

46 Zutreffend *Jungkind/Bormann*, NZG 2020, 619, 622.

47 *Schönke/Schröder/Hecker*, Strafrechtsgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 6.

48 BT-Drs. 19/18700, S. 19 f.

49 *Jungkind/Bormann* NZG 2020, 619, 622 sprechen sich für eine abschließende Blacklist-Lösung aus.

50 Zum strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz vgl. *Schönke/Schröder/Hecker* (Fn. 47), § 1 Rn. 1 ff.

51 Skeptisch auch *Bendlin Spür*, COVuR 2020, 516, 519.

erscheint es, die dem BMWi eingeräumte Ermächtigung zur Bezeichnung relevanter Informationen im Einzelfall als allgemeine Pflicht auszugestalten.⁵²

Bis zu einer möglichen weiteren Konkretisierung erscheint es sachgerecht, die Verbote in § 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 und 4 AWG unter Einbeziehung der Gesetzesbegründung restriktiv und mit Blick auf den Schutzzweck der Norm auszulegen. Insoweit sollten dem Offenlegungsverbot unterfallende Informationen nur solche sein, die von „*besonderer Relevanz*“ für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung sind und hinsichtlich derer es „*notwendig ist*“, eine Offenlegung zu unterbinden, „*um sicherzustellen, dass die Zwecke der Investitionsprüfung nicht unterlaufen werden*“. Für die Beratungspraxis empfiehlt sich indes aus Gründen der anwaltlichen Vorsicht und mit Blick auf die empfindliche Strafdrohung, im Zweifelsfall von einer Offenlegung abzusehen. Gegebenenfalls kann bei Bedarf die Reichweite des Informationsverbots im konkreten Fall mit dem BMWi über ein Auskunftersuchen geklärt werden.

V. Verfahrensregelungen

1. Neues Fristenregime

Für die Praxis besonders bedeutsame Neuerungen betreffen die durch die AWG Novelle eingeführten Neuregelungen der Prüf- und Handlungsfristen, die erst auf Beschlussempfehlung des Bundestag-Ausschusses für Wirtschaft und Energie in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht wurden.⁵³ Der neu eingeführte § 14a AWG vereinheitlicht die bisher unterschiedlich ausgestalteten Fristen für die sektorübergreifende und die sektorspezifische Investitionsprüfung in einer kompakten Norm und ersetzt die bis dahin zersplitterten Fristenregelungen aus §§ 55 Abs. 3, 58 Abs. 2, 59 Abs. 1 und 2, 61 sowie § 62 AWV a. F.

a) Überblick über die neuen Regelungen

Für die Vorprüfung, innerhalb derer das BMWi entscheidet, ob eine Investitionsprüfung durchgeführt wird, wird die bisher nach § 55 Abs. 3 bzw. § 61 AWV geltende Dreimonatsfrist auf zwei Monate verkürzt, § 14a Abs. 1 Nr. 1 AWG. Die Zweimonatsfrist gilt nunmehr für sämtliche Vorverfahren, einschließlich – wie bisher – für Anträge auf Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 58 AWV. Anknüpfungspunkt für den Lauf der Frist ist das Erlangen der Kenntnis vom Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages durch das BMWi (§ 14a Abs. 1 Nr. 1 AWG) bzw. der Eingang der Meldung des Erwerbs oder des Antrags auf Unbedenklichkeitsbescheinigung (§ 14a Abs. 3 Satz 1 AWG). Durch die zeitliche Straffung will der Gesetzgeber eine Verfahrensbeschleunigung erreichen und sicherstellen, dass längere Prüfzeiten nur auf komplexe Prüfverfahren Anwendung finden.⁵⁴ Wie bisher ist die Eröffnung eines Prüfverfahrens ausgeschlossen, wenn seit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags mehr als fünf Jahre vergangen sind (§ 14a Abs. 3 Satz 2 AWG).

Die Länge der Hauptprüffrist bleibt – für die sektorübergreifende und die sektorspezifische Prüfung gleichermaßen – unverändert bei vier Monaten (§ 14a Abs. 1 Nr. 2 AWG). Zu laufen beginnt die Frist mit vollständigem Eingang der in § 14a Abs. 2 Satz 2 und 4 AWG bezeichneten Unterlagen. Welche Unterlagen erforderlich sind, lässt sich der jeweiligen nach § 14a Abs. 2 Satz 2 und 3 AWG im Bundesanzeiger veröffentlichten Allgemeinverfügung entnehmen; das

BMWi kann darüber hinaus im Eröffnungsbescheid weitere Unterlagen für den konkreten Einzelfall anfordern (§ 14a Abs. 2 S. 4 AWG). Werden zu einem späteren Zeitpunkt Unterlagen nachgefordert, führt dies anders als bisher nicht mehr dazu, dass die Frist von neuem zu laufen beginnt. Vielmehr wird der Lauf der Frist lediglich gemäß § 14a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 AWG gehemmt. Die Hemmung endet und die Frist läuft weiter, sobald die nachgeforderten Unterlagen vollständig eingereicht sind.⁵⁵ Dies schafft für die Verfahrensbeteiligten einen Anreiz, die angeforderten Unterlagen zeitnah und vollständig beizubringen und soll die zu erwartende maximale Verfahrensdauer für den Erwerber besser vorhersehbar machen.⁵⁶

Sofern das Prüfverfahren besondere Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht aufweist, kann das BMWi die Prüffrist im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen um drei Monate verlängern, § 14a Abs. 4 Satz 1 AWG. Als Beispiel für komplexitätssteigernde Aspekte nennt die Gesetzesbegründung neben einer etwa erforderlichen Beteiligung einer Vielzahl von Bundesresorts und nachgeordneter Behörden auch die Abgabe etwaiger Kommentare eines Mitgliedstaates oder eine Stellungnahme der EU-Kommission im Rahmen des Konsultationsmechanismus nach der EU-Screening-Verordnung.⁵⁷ Eine zusätzliche Verlängerung um einen weiteren Monat kommt schließlich in Betracht, wenn der als komplex einzustufende Erwerbsvorgang die Verteidigungsinteressen der Bundesrepublik Deutschland in besonderem Maße berührt und das Bundesverteidigungsministerium diesen Umstand gegenüber dem BMWi innerhalb vorbezeichneter Dreimonatsfrist geltend macht, § 14a Abs. 4 Satz 2 AWG.

Neben der einseitig angeordneten Fristverlängerung kann der Prüfungszeitraum mit Zustimmung des direkten Erwerbers und Verkäufers auch verlängert werden. Mangels anderweitiger Regelung in § 14a Abs. 5 AWG dürfte eine konsensuale Verlängerung wohl beliebig oft und so lange wie gewünscht möglich sein.

Wie bisher hat auch nach der AWG Novelle die Verhandlung eines öffentlich-rechtlichen Vertrags Hemmungswirkung, § 14a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 AWG. Ein Neubeginn der Prüffrist für das Hauptverfahren ist hingegen vorgesehen, wenn eine Freigabe oder eine Unbedenklichkeitsbescheinigung zurückgenommen, widerrufen oder geändert wird (§ 14a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 AWG) oder eine Anordnung oder vertragliche Regelung zum Schutz der in § 4 Abs. 1 Nr. 1, 4 oder 4a AWG genannten Rechtsgüter durch gerichtliche Entscheidung ganz oder teilweise aufgehoben wird (§ 14a Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 AWG). Die Regelungen zum Neubeginn stellen sicher, dass eine erneute Prüfung nicht am Ablauf der Eingriffs- bzw. Hauptprüffrist scheitert. Praktisch könnte ein Neubeginn der Prüffrist u. a. relevant werden, wenn im Rahmen des Kooperationsmechanismus Kommentare von Mitgliedstaaten oder eine Stellungnahme der Kommission erfolgen, nachdem die relevante Prüffrist nach deutschem Recht bereits abgelaufen ist.

52 *Bendlin Spür*, COVuR 2020, 516, 519.

53 Vgl. BT-Drs. 19/20144 v. 17. 6. 2020.

54 BT-Drs. 19/20144, S. 25.

55 BT-Drs. 19/20144, S. 27.

56 BT-Drs. 19/20144, S. 26.

57 BT-Drs. 19/20144, S. 26.

b) Auswirkungen für die Praxis

Die Verkürzung der Vorprüffrist von drei auf einheitlich zwei Monate ist zu begrüßen. Da die Mehrzahl der Verfahren beendet werden, ohne dass es zur Hauptprüfung kommt⁵⁸, hat die Verkürzung der Vorprüffrist erhebliche praktische Bedeutung. Inwieweit die im Hauptprüfverfahren eingeführte Hemmungslösung bei Nachforderung von Unterlagen tatsächlich zu Verfahrensbeschleunigungen bzw. besserer Vorhersehbarkeit der Maximaldauer führen wird, muss die Praxis zeigen.⁵⁹

Soweit andere EU-Mitgliedstaaten oder die EU-Kommission im Rahmen des Konsultationsmechanismus nach der EU-Screening-Verordnung von ihrem Recht auf Kommentare bzw. Stellungnahme Gebrauch machen, dürfte sich dies regelmäßig als komplexitätssteigernd auswirken und eine Fristverlängerung gemäß § 14a Abs. 4 Satz 1 AWG rechtfertigen. Die nunmehr im AWG für das Hauptprüfverfahren vorgesehenen Fristen sollten dabei zusammen mit der Hemmungslösung geeignet sein, auch den Fristen der EU-Screening-Verordnung hinreichend Rechnung zu tragen. Danach haben die Mitgliedstaaten und die Kommission grundsätzlich maximal 35 Tage nach Eingang der maßgeblichen Informationen Zeit, um Stellungnahmen bzw. einen Kommentar zu der möglichen Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzugeben.

Zweifelhaft ist indes, ob die Zweimonatsfrist für den praxisrelevanten Fall der Beantragung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung mit den gemeinschaftsrechtlichen Fristen im Rahmen des Konsultationsmechanismus in Einklang gebracht werden kann. Bestünde eine Pflicht, bereits im Vorprüfverfahren Mitgliedstaaten und die EU-Kommission zu involvieren, erschiene ein Einhalten der Zweimonatsfrist nahezu unmöglich. In der Literatur wird der Gesetzgeber teilweise so verstanden, dass er den Kooperationsmechanismus nach der EU-Screening-Verordnung allein auf das Hauptprüfverfahren anwenden wolle.⁶⁰ Das liegt jedenfalls insoweit nahe, als der Kooperationsmechanismus nach Art. 6 EU-Screening-Verordnung betroffen ist: Die Hemmung des Fristablaufs bei Nachforderung von Unterlagen ist nach § 14a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 AWG lediglich für Verfahren nach Abs. 1 Nr. 2 angeordnet und damit nur für das Hauptprüfverfahren, nicht aber für das Vorverfahren. Das ist unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Regeln zur Investitionskontrolle nur dann sinnvoll, wenn im Rahmen des Vorverfahrens keine Mitteilungspflicht nach Art. 6 Abs. 1 EU-Screening-Verordnung besteht, das BMWi also nicht verpflichtet ist, eine Vorprüfung den EU-Mitgliedstaaten und der EU-Kommission mitzuteilen. Bestünde nämlich eine Mitteilungspflicht, so wäre es deutlich wahrscheinlicher als ohne Mitteilungspflicht, dass Kommentare und Stellungnahmen von Mitgliedstaaten und Kommission erfolgen, und deren Abgabe oder Nicht-Abgabe wäre grundsätzlich innerhalb der gemeinschaftsrechtlichen Fristen abzuwarten. Würden Kommentare oder eine Stellungnahme erfolgen, wäre im Zweifel ein Nachfordern von Unterlagen notwendig. Das Einhalten der Zweimonatsfrist ohne Regelungen zu Hemmung oder etwa Neubeginn des Fristablaufs wäre in den meisten Fällen unrealistisch, die Eröffnung eines Hauptprüfverfahrens nahezu zwingend.

Eine Pflicht zur Mitteilungen von bloßen Vorprüfungen an Mitgliedstaaten und Kommission (durch bis zu 27 Mitgliedstaaten) erscheint weder sinnvoll noch praktikabel und liefere dem Ziel der EU-Screening-Verordnung zuwider, einen

funktionierenden Rechtsrahmen und eine effektive Investitionskontrolle auf Ebene der EU zu gewährleisten.⁶¹ Insoweit ist davon auszugehen, dass die Mitteilungspflicht nach Art. 6 Abs. 1 nur bei Eintritt in das eigentliche Prüfverfahren besteht. Das Risiko, dass die Zweimonatsfrist in Fällen mit potentiell Gemeinschaftsbezug leer laufen könnte, sollte insoweit praktisch entschärft sein.

Art. 7 EU-Screening-Verordnung sieht einen Kooperationsmechanismus allerdings auch für Erwerbsvorgänge vor, die keiner Investitionskontrolle unterzogen werden. Unerheblich ist, ob der Erwerbsvorgang erst geplant oder bereits abgeschlossen ist.⁶² Es ist nicht fernliegend, dass das Gemeinschaftsrecht insoweit auch Fälle erfassen möchte, in denen nach AWG eine Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilt wird oder diese mangels fristgerechter Verfahrenseröffnung als erteilt gilt.⁶³ Ergehen Kommentare anderer Mitgliedstaaten oder eine Stellungnahme der Kommission, aufgrund derer sich nach Ablauf der Vorprüffrist ohne Eröffnung des Hauptprüfverfahrens oder nach Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung ergibt, dass eine nähere Prüfung angezeigt wäre, könnte die nach Art. 7 Abs. 7 EU-Screening-Verordnung geforderte angemessene Berücksichtigung der Kommentare wohl nur bei Wiedereröffnung des Verfahrens erfolgen. Eine solche Möglichkeit wird nun über § 14a Abs. 7 Nr. 1 AWG eingeräumt. Eines Rückgriffs auf die Grundsätze des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts,⁶⁴ wie das ohne Einführung der Neuregelung in § 14a Abs. 7 Nr. 1 AWG erforderlich gewesen wäre,⁶⁵ wird es insoweit wohl nicht mehr bedürfen.

2. Konsolidierte Zuständigkeiten und erweiterte Kontrollmöglichkeiten des BMWi

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bringt die AWG Novelle schließlich eine stärkere Vereinheitlichung der bei der sektorübergreifenden und sektorspezifischen Prüfung bisher unterschiedlich ausgestalteten Zuständigkeiten durch eine Neufassung von § 13 Abs. 2 Nr. 2 c und d AWG. Aufgaben und Befugnisse der Verfolgungsbehörden in §§ 21 und 22 AWG wurden ebenfalls überarbeitet. Untersagungen im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung erfordern weiterhin die Zustimmung der Bundesregierung (§ 13 Abs. 3 Satz 1 AWG). Für den Erlass von Anordnungen im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung ist das Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt, dem Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat sowie dem Bundesverteidigungsministerium sowie das Benehmen mit dem Bundesfinanzministerium herzustellen (§ 13 Abs. 3 AWG); außer der Abstimmung mit dem Bundesfinanzministerium sind diese Zustimmungserfordernisse auch für Untersagungen oder Anordnungen im Bereich der sektorspezifischen Prüfung vorgesehen (§ 13 Abs. 4 AWG). Das Erfordernis, mit drei bzw.

58 BT-Drs. 19/20144, S. 25 f.; *Slobodenjuk*, BB 2020, 198, 2020 mit Hinweis auf die quantitative Bedeutung des Antrags auf Unbedenklichkeitsbescheinigung, der wohl die häufigste Form der Verfahrenseinleitung nach der AWV darstellt.

59 An der Beschleunigungswirkung des neuen Fristenregimes zweifelnd *Besen/Slobodenjuk*, ParmR 2020, 441, 443.

60 *Bendlin Spür*, COVuR 2020, 516, 520.

61 Vgl. zu dieser Zielsetzung auch die Kommissionsleitlinien (Fn. 25), S. 1 f.

62 Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EU-Screening-Verordnung.

63 So wohl auch im Ergebnis *Slobodenjuk*, BB 2020, 198, 201.

64 Grundlegend zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts EuGH, 15. 7. 1964, Rs. 6/64, Costa/ENEL.

65 So zur Rechtslage vor Inkrafttreten der AWG-Novelle *Lippert* 2019, 1538, 1542.

vier weiteren Ministerien Einvernehmen zu erzielen, dürfte freilich dem Ziel einer Verfahrensbeschleunigung zuwiderlaufen.⁶⁶

Daneben erhält das BMWi durch die neu eingeführten Regelungen in § 23 Abs. 6 a und b AWG weitgehende Kompetenzen zur umfassenden Überwachung der Einhaltung von Verpflichtungen aus Anordnungen oder öffentlich-rechtlichen Verträgen.

Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Anordnungen aufgrund einer Investitionsprüfung nach § 59 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 3 Nr. 1 oder § 62 Abs. 1 AWV sollen mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft werden (§ 18 Abs. 2 Nr. 8 AWG), bei fahrlässiger Begehung gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 2 AWG. Die Verweisungen gehen aufgrund der AWV-Novelle teilweise ins Leere; die entsprechenden Strafvorschriften müssen angepasst werden.

VI. SatDisG

Neben vorbezeichneten Regelungen wurden die speziellen Investitionsprüfungsvorschriften des Satellitendatensicherheitsgesetzes (SatDSiG) betreffend den Erwerb inländischer Betreiber hochwertiger Erdfernerkundungssysteme durch ausländische Investoren aufgehoben. Zur Herstellung eines gleichwertigen Schutzniveaus werden entsprechende Erwerbsvorgänge nun nach den allgemeinen Regelungen des AWG und der AWV geprüft; entsprechende Unternehmen sollen künftig in den Katalog besonders sicherheitsrelevanter Unternehmen im Sinne der AWV aufgenommen werden.⁶⁷

VII. Einschätzung und Ausblick

1. Die jüngsten Novellierungen von AWG und AWV im Jahr 2020 bringen erhebliche Veränderungen für die Überprüfung von ausländischen Direktinvestitionen in deutsche Zielgesellschaften und die hiesige M&A Praxis.

2. Die beschlossenen Änderungen, insbesondere die Erweiterung des Katalogs meldepflichtiger Transaktionen im Zusammenwirken mit niederschweligen Aufgriffstatbeständen werden zweifellos zu einem weiteren Anstieg an (Vor-)Prüfverfahren führen. Das hat der Gesetzgeber im Blick und sieht dementsprechend eine Aufstockung von Personal und Sachmitteln vor. Ob diese letztlich ausreichen wird, wird sich zeigen.⁶⁸

3. Zu erwarten ist daneben eine Streckung der Dauer von Prüfverfahren, nicht zuletzt wegen des unionsrechtlich vorgegebenen Kooperationsmechanismus; das wird bei der Vertragsgestaltung und bei der zeitlichen Planung von M&A-Transaktionen insbesondere bei der Bestimmung etwaiger Longstop Dates zu beachten sein.

4. Beim Aufsetzen und der Durchführung des Due Diligence-Prozesses müssen die Parteien künftig außerdem die Regelungen zum Gun-Jumping berücksichtigen, bei deren Nichtbeachtung scharfe Sanktionen drohen. Strafbarkeitsrisiken bestehen insoweit nicht nur für Zielunternehmen, sondern auch für Veräußerer und Erwerber. Die bis dato unzu-

reichend konturierte Reichweite des Verbots der Informationsoffenlegung vor Vollzug sollte auch mit Blick auf den Grundsatz des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots weiter konkretisiert werden.

5. Schließlich bleibt abzuwarten, wie sich die auf Grundlage der EU-Screening-Verordnung basierende Absenkung der Gefahrenschwelle bei gleichzeitiger Ausdehnung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung für investitionsbeschränkende Maßnahmen in der Praxis auswirken wird. Anordnungen und Untersagung werden künftig grundsätzlich einfacher möglich sein. Dabei muss das BMWi allerdings die hohen Anforderungen beachten, die das BVerfG für Eingriffe auf Grundlage präventiver Gefahrenabwehr aufgestellt hat.

6. Das neue Fristenregime nach § 14a AWG gilt für Geschäfte, von denen das BMWi nach Inkrafttreten des Gesetzes, d. h. nach dem 17. 7. 2020, Kenntnis erlangt. Geschäfte, von denen es vorher Kenntnis erlangt hat (oder die vor diesem Zeitpunkt angemeldet wurden), unterliegen den bisherigen gesetzlichen Regelungen.

7. Das BMWi wird nach § 31 AWG innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren nach Inkrafttreten des Änderungsgesetzes die Wirksamkeit der neuen Regelungen und den damit verbundenen Aufwand für Unternehmen und Behörden bewerten. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass wir so lange warten müssen, bis zumindest die nächsten Änderungen der AWV vorliegen. Der Entwurf der Sechzehnten AWV-Novelle vom 7. 10. 2020, der den neuen Prüfungsmaßstab und die Berücksichtigung europäischer Sicherheitsinteressen entsprechend der AWG-Novelle verordnungsrechtlich nachzieht, liegt bereits vor. Die Siebzehnte AWV-Novelle ist in Vorbereitung; sie wird sich vermutlich darauf konzentrieren, diejenigen kritischen Technologien zu bestimmen, für die Art. 4 Abs. 1 b EU-Screening-Verordnung beispielhaft künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Cybersicherheit, Luft- und Raumfahrttechnik, Verteidigung, Energiespeicherung, Quanten- und Nukleartechnologien sowie Nanotechnologien und Biotechnologien aufführt. Der Katalog der meldepflichtigen Transaktionen, die der 10%-Schwelle unterfallen, dürfte länger werden.



Dr. Germar Enders

Rechtsanwalt und Counsel im Münchener Büro von McDermott Will & Emery. Er ist auf die Bereiche M&A, Private Equity und Gesellschaftsrecht spezialisiert. Er verfügt über langjährige und umfassende Erfahrung in der Beratung von strategischen Investoren, Finanzinvestoren und Managementteams, insbesondere bei inländischen und grenzüberschreitenden Transaktionen, ebenso wie bei gesellschaftsrechtlichen Strukturierungen.

66 *Bendlin Spür*, COVuR 2020, 516, 519.

67 BT-Drs 19/18700, S. 21.

68 Skeptisch insoweit *Dammann de Chaptou/Brüggeman*, NZKart 2020, 374, 377.