

Recht der Internationalen Wirtschaft

8 | 2020

Betriebs-Berater International

4.8.2020 | 66. Jg.
Seiten 473–548

DIE ERSTE SEITE

Dr. Stephan Wilske

Von Absolutheitsansprüchen, EU-Patriotismus und der leidigen Zuständigkeitsfrage

AUFSÄTZE

Professor Dr. Siegfried Grotherr

Was wird sich für welche deutschen Doppelbesteuerungsabkommen durch das Multilaterale Instrument künftig ändern? | 473

Dr. Matthias J. Müller

Zur überholenden Immunität von Staaten | 490

Dr. Arndt Scheffler

Freundschaft, Meistbegünstigung und COVID-19-Impfstoff | 499

Dr. Sascha Stiegler

Übertragung von Geschäftsanteilen bei einer britischen Limited | 506

LÄNDERREPORTE

Moritz Deppe

Länderreport Mexiko | 512

INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT

BVerfG: Gesetzlicher Schuldenschnitt bei griechischen Staatsanleihen – Staatenimmunität | 516

EuGH: Anwendungsbereich der EuGVVO – völkerrechtliche Staatenimmunität | 519

EuGH: Prüfungskompetenz der EU-Gerichte und Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens – Beiträge zum Bankenabwicklungsfonds | 523

EuGH: Fernabsatzvertrag für Verbraucherkredite – kein neuer Vertrag bei alleiniger Vereinbarung über Anschlusszinsen | 531

EuGH: Betriebsübergang ggf. auch ohne Übernahme von Betriebsmitteln – neuer Buslinienbetreiber | 534

EuGH: Anwendungsbereich des allgemeinen unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots – national beschränkter Versicherungsschutz bei der Produkthaftung | 537

INTERNATIONALES STEUERRECHT UND ZOLLRECHT

EuGH: Körperschaftsteuer – Grundsatz der Bilanzwahrheit in Jahresabschlüssen | 545

schiedenen Argentinienfällen nicht im Mittelpunkt.¹⁰⁸ Die dort gegenständlichen Anleihen waren nach deutschem (nicht argentinischem) Recht begeben.

VII. Resümee

Für Anleihegläubiger, die vom griechischen Zwangsumtausch des Jahres 2012 betroffen sind, hat sich die Tür zur deutschen Gerichtsbarkeit mit der Entscheidung der 2. Kammer des Zweiten Senats endgültig geschlossen. Den Klägern wird nicht nur verwehrt, die Befugnis Griechenlands zur Änderung seiner die zivilrechtlichen Forderungen betreffenden Rechtsordnung durch deutsche Gerichte überprüfen zu lassen. Sie werden auch nicht gehört, soweit sie nur das Vorliegen der Voraussetzungen des anwendbaren Rechts in Abrede stellen.¹⁰⁹ Unklar bleibt somit, ob einem Schuldnerstaat eine Berufung auf die Staatenimmunität immer schon dann gestattet sein soll, wenn die bloße Anwendbarkeit seines Rechts in Rede steht.

Überhaupt vermeidet es die Kammer, die für ihre Entscheidung maßgeblichen Wertungen zu benennen.¹¹⁰ Dass politische Erwägungen eine Rolle gespielt haben könnten, lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen.¹¹¹ Es ist aber zu sehen, dass eine Gerichtsentscheidung, die die Reichweite der Staatenimmunität verkennt, die außenpolitischen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland stören kann. Dies mag umso mehr gelten, wenn es materiell um die Restrukturierung von Staatsanleihen eines finanziell angeschlagenen EU-Mitgliedstaates geht, die Teil einer konzertierten Umschuldung unter Beteiligung der EU sowie des Internationalen Währungsfonds und von sämtlichen politischen Akteuren gewollt ist. Die Betonung der Immunität – zulasten der Erwartungen des internationalen Wirtschaftsverkehrs – vermeidet eine Einschränkung der hoheitlichen Bewegungsfreiheit im zwischenstaatlichen Verkehr und schiebt etwaige Störungen der griechischen Umschuldung durch staatliche Gerichte einen Riegel vor.¹¹²

Insgesamt ist die Entscheidung nicht überzeugend und führt für Privatrechtsverhältnisse, die materiell dem Recht des Schuldnerstaats unterliegen, im Ergebnis zu einer Rückkehr der überkommenen Konzeption von „Staatsschulden als Ehrensulden“. Es ist zuzugeben, dass sich die Once-A-Trader-Always-A-Trader-Doktrin in dieser Absolutheit nicht als allgemeine Regel des Völkerrechts nachweisen lässt.¹¹³ Doch die Staatenimmunität ist nicht immer schon dann be-

rührt, wenn ein Staat im Zusammenhang mit einer privatrechtlichen Tätigkeit einen Hoheitsakt erlässt. Gibt es ein nicht-hoheitliches Grundverhältnis, ist als Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung von *iure imperii* und *iure gestionis* auf den Klägervorwurf abzustellen. Ist für das vorgeworfene Verhalten keine hoheitliche Betätigung erforderlich, besteht kein Anspruch auf Immunitätsgewährung. Freilich ist nach dem Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats zweifelhaft, dass sich diese Auffassung in Deutschland je durchsetzen wird. Privaten Investoren ist zu raten, nicht-hoheitliche Rechtsverhältnisse einem anderen Recht als dem des souveränen Vertragspartners zu unterstellen oder einen Immunitätsverzicht zu vereinbaren.¹¹⁴ Der Immunitätsverzicht ist dabei sorgfältig so zu formulieren, dass er auch hoheitliche Tätigkeiten des Staates umfasst.¹¹⁵ Anderenfalls droht das Argument, der Immunitätsverzicht habe lediglich das restriktive Immunitätsverständnis abbilden wollen und sei nur deklaratorisch; es wäre nichts gewonnen.



Dr. Matthias J. Müller, LL.M. (Duke)

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz, der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg sowie der Duke University School of Law in Durham, North Carolina. Er war als Rechtsanwalt bei Gleiss Lutz in Stuttgart sowie bei Dentons und Hengeler Mueller in Berlin tätig und ist nunmehr Richter in Berlin.

108 Jüngst BVerfG, RIW 2019, 586.

109 Siehe Fn. 78.

110 Vgl. *Mankowski*, EWIR 2016, 285, 286.

111 Dafür könnte allerdings der Hinweis auf die EuGH-Entscheidung in der Rs. Kuhn sprechen, die ausschließlich mit politischen Erwägungen – namentlich mit der an Griechenland gerichteten Forderung des Europäischen Rates, den privaten Sektor in die Umschuldung einzubeziehen – begründet wurde.

112 Den Klägern im konkreten Fall wäre bei Eröffnung der deutschen Gerichtsbarkeit nicht geholfen: Deutsche Gerichte dürften international nicht zuständig sein. Darauf, dass nach der EuGVVO keine Zuständigkeit gegeben sein dürfte (dazu *M.J. Müller*, RIW 2016, 464), kommt es nach der EuGH-Entscheidung in der Rs. Kuhn zwar nicht an. Aber auch nach autonomem deutschen Zuständigkeitsrecht dürfte kein deutsches Gericht zuständig sein; insbesondere dürfte der Erfüllungsort nicht in Deutschland liegen (vgl. OLG Oldenburg, RIW 2016, 459).

113 Worauf es bei Geltung des Grundsatzes *in dubio pro iurisdictione* nicht ankommt.

114 Vgl. *Mankowski*, ZIP 2019, 193, 200 f.; *Hauser*, BKR 2019, 333, 340.

115 Zu Problemen bei der Auslegung von Immunitätsverzichtserklärungen in Anleiheverträgen *M.J. Müller* (Fn. 1), S. 200 ff.

Dr. Arndt Scheffler, Rechtsanwalt, München

Freundschaft, Meistbegünstigung und COVID-19-Impfstoff

Die sektorübergreifende Investitionskontrolle im Verhältnis zwischen Deutschland und den USA

Die sektorübergreifende Investitionskontrolle zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit beim Erwerb von Beteiligungen und Unternehmen in Deutschland durch Erwerber aus Staaten außerhalb der Europäischen Union und der Europäischen Frei-

handelsassoziation (§§ 55 ff. AWV) gewinnt immer größere Bedeutung. Zuletzt ist sie insbesondere auf das Gesundheitswesen ausgedehnt worden. Der folgende Beitrag erörtert, ob die Prüfung von Erwerbsvorhaben US-amerikanischer Investoren angesichts

des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages vom 29. 10. 1954 zulässig ist und ob diese Investoren sich gegen Maßnahmen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie wehren können.

I. Einführung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) kann im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle prüfen, ob es die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet, wenn ein Unionsfremder ein inländisches Unternehmen oder eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung im Sinne des § 56 AWW an einem inländischen Unternehmen erwirbt (§ 55 Abs. 1 AWW), und infolge dieser Prüfung mit Zustimmung der Bundesregierung den Erwerb untersagen oder Anordnungen erlassen, um die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten (§ 59 AWW). Erwerber aus Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) stehen Unionsansässigen gleich (§ 55 Abs. 2 Satz 4 AWW). Die sektorspezifische Prüfung (§§ 60 ff. AWW) trifft demgegenüber jeden ausländischen Erwerber. Die bisher wegen der Investitionskontrolle gescheiterten Transaktionen betrafen, soweit ersichtlich, Investoren aus China.¹

Diese Investitionskontrolle hat mit dem angeblichen Übernahmeangebot für die Fa. CureVac aus Tübingen zur Entwicklung eines Impfstoffs gegen COVID-19 ausschließlich für die USA² und mit einer neuerlichen Verschärfung der Außenwirtschaftsverordnung durch das BMWi³ weiter an öffentlicher Aufmerksamkeit zugenommen. Die Herstellung oder Entwicklung von Arzneimitteln, die für die gesundheitliche Versorgung der Bevölkerung wesentlich sind, einschließlich ihrer Grundstoffe, gehören seit dem 3. 6. 2020 zu den ausdrücklich der Investitionskontrolle unterworfenen Branchen (§ 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9 AWW). Ob das BMWi aber, wie es in Bezug auf CureVac geboten schien, die Übernahme von Unternehmen dieser Branchen durch US-amerikanische Erwerber beschränken darf, ist wegen des deutsch-US-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages vom 29. 10. 1954 (FHSV)⁴ und der Befreiung von Erwerbern aus EFTA-Mitgliedstaaten von der sektorübergreifenden Investitionskontrolle zweifelhaft. Im Folgenden sollen die Auswirkungen des FHSV und vergleichbarer völkerrechtlicher Verträge, die Marktzugang und insofern Meistbegünstigung gewähren, auf die Investitionskontrolle nach §§ 5 Abs. 2 AWG, 55 ff. AWW erörtert werden. Die Vereinbarkeit der sektorübergreifenden Investitionskontrolle mit dem Recht der Europäischen Union, dem GATS sowie dem OECD-Kodex zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs ist hingegen nicht Gegenstand dieses Beitrags.⁵

II. Ausweitung und wachsende Bedeutung der Investitionskontrolle

Der Verordnungsgeber hat seit 2017 den Anwendungsbereich der §§ 55 ff. AWW sowohl in Bezug auf die Branchen und Aktivitäten erweitert, bei denen im Falle des Erwerbs von Unternehmen oder Beteiligungen durch einen ausländischen Erwerber „insbesondere“ eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegen kann (§ 55 Abs. 1 Satz 2 AWW),⁶ als auch in Bezug auf die Höhe der Beteiligung, die eine Kontrollbefugnis des BMWi auslöst (§ 56

AWV).⁷ Die Fristen, innerhalb derer das BMWi eine Prüfung eröffnen und gegen eine Transaktion vorgehen darf (§§ 55 Abs. 3, 59 Abs. 1 Satz 1 AWW), sind verlängert⁸ und der Umfang der vom Erwerber geforderten Auskünfte und Unterlagen ist erweitert worden.⁹

Das BMWi hat am 29. 11. 2019 in seiner „Nationalen Industriestrategie 2030“ erklärt, es wolle auch die „technologische Souveränität“ Deutschlands wahren.¹⁰ Das zuletzt an-

- 1 Siehe zum Beispiel Aixtron, dazu FAZ v. 23. 2. 2017, Eine ungewisse Zukunft lastet auf Aixtron, unter: <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/aktien/aixtron-uebernahme-verbot-zeichnet-ungewisse-zukunft-14891680.html> (Internet-Links sind zuletzt am 26. 6. 2020 aufgerufen worden); 50Hertz, dazu Pressemitteilung des BMWi vom 27. 7. 2018, KfW erwirbt im Auftrag des Bundes temporär Anteil am deutschen Übertragungsnetzbetreiber 50Hertz, unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2018/20180727-kfw-erwirbt-im-auftrag-des-bundes-temporaer-anteil-am-deutschen-uebertragungsnetzbetreiber-50hertz.html>; Leifeld Metal Spinning, Welt v. 1. 8. 2018, Maschinenbauer Leifeld darf nicht nach China verkauft werden, unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/article180404330/Leifeld-Bundesregierung-untersagt-Verkauf-nach-China-vorsorglich.html>.
- 2 Siehe dazu DER SPIEGEL v. 15. 3. 2020, Deutsche Impfstoff-Firma wird nicht in die USA verkauft, unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/coronavirus-deutsche-impfstoff-firma-curevac-wird-nicht-an-die-usa-verkauft-a-a9cc9f03-2fe2-4e16-ad5f-69802dd05572>; Die Zeit v. 15. 3. 2020, Tübinger Impfstoff-Firma demotiert mögliche US-Übernahme, unter: <https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2020-03/coronavirus-impfstoff-curevac-deutsche-firma-usa-rechte>; Welt v. 15. 3. 2020, Donald Trump greift nach deutscher Impfstoff-Firma, unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/article206555143/Corona-USA-will-Zugriff-auf-deutsche-Impfstoff-Firma.html>. – Inzwischen hat die Bundesrepublik eine Beteiligung von 23 % bei CureVac angekündigt, www.dw.com v. 15. 6. 2020, unter: <https://www.dw.com/de/bund-steigt-bei-curevac-ein-impfstoff-w%C3%A4re-blockbuster/a-53811064>.
- 3 15. VO zur Änderung der AWW v. 25. 5. 2020, BAnz AT, 2. 6. 2020, V 1; siehe auch BMWi, Pressemitteilung v. 8. 4. 2020, Altmaier: Investitionen in sicherheitssensiblen Bereichen können umfassender und vorausschauender geprüft werden, unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/20200408-altmaier-investitionen-in-sicherheitssensiblen-bereichen-koennen-umfassender-und-vorausschauender-geprueft-werden.html>, und Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes v. 2. 4. 2020, unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/erstes-gesetz-aenderung-aussenwirtschaftsgesetz.html>. Vorschriften des AWG in der Fassung dieses Entwurfs (Art. 1 RefE, Stand: 31. 3. 2020) werden mit AWG-E bezeichnet.
- 4 BGBl. 1956 II, 487. Der FHSV war zum 31. 12. 2019 in Kraft, Fundstellenverzeichnis B zum BGBl. Teil II, S. 252. Siehe auch Entscheidung des Rats der Europäischen Gemeinschaften v. 2. 6. 1997 zur Aufrechterhaltung des FHSV und anderer Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge bis 30. 4. 2001, ABl. (EG) 1997, L 151, S. 24.
- 5 Dazu siehe Roth, ZBB 2009, 257; zum Europäischen Unionsrecht siehe Voland, EuZW 2010, 132, 135 f.; Herrmann, ZEuS 2019, 452; Schmidt/Meckl, BB 2009, 1218, 1223 ff. Inwiefern sich ähnliche Konsequenzen wie aus dem FHSV aus dem deutsch-iranischen Niederlassungsabkommen v. 17. 2. 1929 (RGBl. 1931 II, S. 9 und Bek. v. 15. 8. 1955, BGBl. II, S. 829) ergeben können oder die Bundesrepublik dessen Art. 1, 3, 4 und 6 wegen wesentlicher Änderung der Umstände i. S. v. Art. 62 der Wiener Vertragsrechtskonvention nicht anwenden muss, kann im Rahmen dieses Beitrags nicht erörtert werden.
- 6 Rechtsfolgen der Branchenzuordnung eines Zielunternehmens nach § 55 Abs. 1 Satz 2 AWW sind die Meldepflicht in § 55 Abs. 4 AWW und die Prüfungsmöglichkeit schon beim Erwerb einer Beteiligung von 10 % der Stimmrechte nach § 56 Abs. 1 AWW. Siehe zuletzt 15. VO zur Änderung der AWW v. 25. 5. 2020, BAnz AT, 2. 6. 2020, V 1.
- 7 VO v. 25. 3. 2014 (BAnz AT, 31. 3. 2014, V 1), v. 14. 7. 2017 (BAnz AT, 17. 7. 2017, V 1) und v. 19. 12. 2018 (BAnz AT, 28. 12. 2018, V 1).
- 8 VO v. 14. 7. 2017 (BAnz AT, 17. 7. 2017, V 1). – Die Neufassung des § 55 Abs. 3 Satz 1 AWW kann als Einführung einer Verfahrensvorschrift i. S. d. § 46 VwVfG anstelle der Ausschlussfrist (§ 55 Abs. 3 Satz 1 AWW in der bis 2. 6. 2020 geltenden Fassung) verstanden werden.
- 9 BMWi, Allgemeinverfügung v. 22. 3. 2019, BAnz AT, 11. 4. 2019, B 2; ähnlich „Empfohlene Angaben für die Beantragung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung“ gemäß § 58 AWW“, unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unbedenklichkeitsbescheinigung.pdf?__blob=publicationFile&v=5.
- 10 BMWi, Nationale Industriestrategie 2030, unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Industrie/nationale-industriestrategie-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=28; sowie unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/industriestrategie-2030.html>.

gekündigte Erste Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes soll die Eingriffsschwelle, den Untersagungsgrund, von der „Gefährdung“ zur „voraussichtlichen Beeinträchtigung“ der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (§§ 4 und 5 AWG-E) vorverlegen und für die Zeit, bis das BMWi eine Prüfung abgeschlossen hat, ein strafbewehrtes Vollzugsverbot (§§ 15 Abs. 4, 18 Abs. 1b AWG-E) für die Parteien einer Transaktion einführen.

Die Kontrolle von Direktinvestitionen ist inzwischen auch im Sekundärrecht der Europäischen Union verankert. Der Koordinierungsmechanismus nach der VO 2019/452 tritt zum 11. 10. 2020 in Kraft (Art. 17 Abs. 2 VO 2019/452).¹¹ Schon vor Inkrafttreten jenes Mechanismus hat die Europäische Kommission die Mitgliedstaaten angesichts der COVID-19-Pandemie aufgefordert, ihre Mechanismen der Investitionskontrolle zur Sicherung der Kapazitäten der Gesundheitsinfrastruktur und mit ihr zusammenhängender Wirtschaftszweige einzusetzen und gegebenenfalls solche Mechanismen erst zu schaffen.¹² Das BMWi hat im Zusammenhang mit seiner „Nationalen Industriestrategie 2030“¹³ und zuletzt mit dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes¹⁴ eine Anpassung von AWG und AWV an diesen Rechtsrahmen der Europäischen Union angekündigt.

III. Der Schutz gewerblicher Tätigkeiten und des Eigentumserwerbs im deutsch-US-amerikanische Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag

1. Freiheit der selbstständigen gewerblichen Betätigung und des Unternehmenserwerbs

Nach dem FHSV dürfen Staatsbürger einer Vertragspartei nach Maßgabe des Aufenthaltsrechts der anderen Partei in deren Gebiet einreisen und sich dort geschäftlich betätigen (Art. II Abs. 1 Satz 1 FHSV), Gesellschaften einer Partei muss die andere als rechtsfähig anerkennen (Art. XXV Abs. 5). Diesen Staatsbürgern und Gesellschaften (zur Vereinfachung: den Angehörigen) des anderen Vertragsteils steht für „geschäftliche oder andere entgeltliche Tätigkeiten“ Inländerbehandlung zu, gleich ob sie diese Tätigkeiten selbstständig oder unselbstständig oder unmittelbar, durch einen Vertreter oder durch juristische Personen betreiben (Art. VII Abs. 1 S. 1 und 2). Sie dürfen „nach dem Gesellschaftsrecht des anderen Vertragsteils [...] Mehrheitsbeteiligungen an Gesellschaften des anderen Vertragsteils“ erwerben und Unternehmen, die sie errichtet oder erworben haben, kontrollieren und leiten.

Den Vertragsparteien bleibt allerdings vorbehalten, die Errichtung oder den Betrieb von Unternehmen durch Ausländer oder die Beteiligung von Ausländern an Unternehmen zu beschränken, sofern sich diese Unternehmen „in der Nachrichtenübermittlung, dem Verkehr zu Wasser und in der Luft, in der Nutzung von Land, bei der Ausbeutung von Boden- und Naturschätzen oder in der Übernahme treuhänderischer Funktionen, auch bankmäßiger Art,“ betätigen (Art. VII Abs. 2). Sie müssen aber den Angehörigen der anderen Vertragspartei sowie den von ihnen kontrollierten Unternehmen in jedem Fall für die in jenem Art. VII behandelten Angelegenheiten „mindestens Meistbegünstigung“ gewähren, „die innerhalb des Gebiets eines Vertragsteils gewährte Behandlung, die nicht weniger günstig ist als diejenige, die dort unter gleichartigen Voraussetzungen den Staats-

angehörigen, Gesellschaften, Erzeugnissen, Schiffen und sonstigen Objekten jeglicher Art irgendeines dritten Landes gewährt wird“ (Art. XXV Abs. 4). Die in Art. VII Abs. 2 aufgeführten Tätigkeiten waren die Anfang der 1950er Jahre als besonders sensibel angesehenen Branchen.¹⁵

Art. VII FHSV regelt danach die wechselseitige Zulassung von Staatsbürgern und Gesellschaften aus den USA und Deutschland zu *selbstständigen gewerblichen Tätigkeiten* im Gebiet der jeweils anderen Vertragspartei. Wenn einer Vertragspartei die Befugnis vorbehalten ist, als Staat „die Beteiligung von Ausländern“ an Unternehmen *bestimmter Branchen* zu beschränken (Art. VII Abs. 2 Satz 1; alle Hervorhebungen im Zitat durch den Autor), muss im Umkehrschluss den Angehörigen der anderen Vertragspartei der Erwerb von Beteiligungen im Übrigen ohne Einschränkungen erlaubt sein. Dürfen die Vertragsparteien den Erwerb und die Verwaltung von *Mehrheitsbeteiligungen* nur in bestimmter Weise beschränken, muss der Erwerb von *Minderheitsbeteiligungen* erst nicht unbeschränkt bleiben. Vergünstigungen, die Deutschland und die USA Angehörigen dritter Länder gewähren, müssen sie wegen der Meistbegünstigung auch Angehörigen der jeweils anderen Vertragspartei zubilligen.

2. Freiheit des Erwerbs von Vermögensrechten

Die Regeln des FHSV für selbstständige gewerbliche Betätigung werden flankiert durch Rechte zum Erwerb beweglichen Vermögens einschließlich gewerblicher Schutzrechte (Art. IX Abs. 1), zur Miete und Pacht von Grundstücken (Art. IX Abs. 1 lit. a) sowie zum Erwerb von Rechten an unbeweglichen Vermögenswerten nach Maßgabe des jeweiligen nationalen Rechts (Abs. 1 lit. b). Vorbehalten bleiben Beschränkungen des Eigentumserwerbs von Sachen, die die öffentliche Sicherheit gefährden können, und des Erwerbs von Unternehmen der in Art. VII Abs. 2 Satz 1 genannten Art (Art. IX Abs. 2 Satz 2).

Danach darf die Bundesrepublik Deutschland den Erwerb eines inländischen Unternehmens durch US-amerikanische Staatsbürger oder US-amerikanische Gesellschaften nur in Bezug auf bestimmte Branchen einschränken und nur deshalb einer Prüfung unterwerfen. Aufgrund der Meistbegünstigungsklausel darf die Bundesrepublik Deutschland US-amerikanische Erwerber nicht der sektorübergreifenden Investitionskontrolle unterwerfen, wenn sie Bürger oder Gesellschaften eines dritten Landes von dieser Kontrolle ausnimmt.

3. Vorbehalt des Schutzes wesentlicher Sicherheitsinteressen

Der FHSV lässt das Recht beider Parteien unberührt, Maßnahmen anzuwenden, die „notwendig sind, um [ihre] Verpflichtungen zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung

11 VO (EU) 2019/452 v. 19. 3. 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. L 79 v. 21. 3. 2019, S. 1.

12 Leitlinien für die Mitgliedstaaten betreffend ausländische Direktinvestitionen, ABl. C 99 I S. 1 v. 26. 3. 2020; dazu *Schmidt*, EuZW 2020, 301.

13 BMWi, Art. „Nationale Industriestrategie 2030“, unter: <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Dossier/industriestrategie-2030.html>; Pressemitteilung v. 8. 4. 2020 (Fn. 3).

14 BMWi, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes v. 2. 4. 2020 (Fn. 3), S. 1.

15 *Walker*, 42 Minn. L. Rev. (1958) 805, 818; *Norton*, 5 Case W. Res. J. Int'l Law (1972) 4, 21.

des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit zu erfüllen oder die um Schutz [ihrer] eigenen wesentlichen Sicherheitsinteressen notwendig sind“ (Art. XXIV Abs. 1 lit. d). Ferner schließt der FHSV keine Handlung aus, die das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen vorschreibt oder zulässt, solange die Vertragspartei auch Partei dieses Abkommens ist (Art. XXIV Abs. 4).

Die USA haben zwischen 1946 und 1968 rund 20 solche Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge geschlossen.¹⁶ Seinerzeit, nach dem Zweiten Weltkrieg, waren sie der weltweit bedeutendste Kapitalexporteur. Die Verträge sind beidseitig formuliert, Marktzugang und Rechtsschutz für Investoren im jeweils anderen Vertragsstaat lagen aber im besonderen Interesse der USA.¹⁷ Investitionsschutzabkommen der Bundesrepublik Deutschland gewähren, anders als diese „Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge“, kein Recht auf Marktzugang, sondern (nur) Schutz für bestehende Investitionen und Tätigkeiten. Der „Erwerb von Kapitalanlagen“, Niederlassung und Marktzugang sind dem Recht des Empfangsstaats unterworfen.¹⁸ Mittlerweile sind die meisten Gegenstände des FHSV von der Handelspolitik der Europäischen Union überlagert.

IV. Meistbegünstigung US-amerikanischer Erwerber im Verhältnis zu Erwerbern aus Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten

Die Anwendung der Meistbegünstigung nach dem FHSV auf Erwerb eines Unternehmens durch einen US-amerikanischen Erwerber ist nicht aus völkerrechtlichen Gründen ausgeschlossen. Ihr steht auch nicht entgegen, dass Art. VII FHSV im deutschen innerstaatlichen Recht nicht anwendbar wäre oder keine subjektiven öffentlichen Rechte begründe.

Die im FHSV selbst vorgesehenen Ausnahmen von der Meistbegünstigung erfassen den Verzicht auf die sektorübergreifende Kontrolle in § 55 Abs. 2 Satz 4 AWP nicht. Art. XXIV sieht in den Absätzen 2 und 3 solche Ausnahmen für Vergünstigungen der USA in Bezug auf deren Territorien sowie für einige in den 1950er Jahren mit den USA eng verbündeten Länder vor, und in Bezug auf Vergünstigungen für benachbarte Länder der jeweiligen Partei zur Erleichterung des Grenzverkehrs.

1. Keine Meistbegünstigung in Bezug auf Vergünstigungen im Rahmen einer supranationalen Gemeinschaft, Zollunion oder Freihandelszone

Meistbegünstigungsklauseln in einem völkerrechtlichen Vertrag berechtigen Angehörige eines Vertragsstaates nicht zu Vergünstigungen, die der andere Vertragsstaat den Angehörigen eines dritten Landes im Rahmen eines Freihandelsabkommens, einer Zollunion oder des Zusammenschlusses zu einer supranationalen Gemeinschaft einräumt.

Gegebenheiten einer supranationalen Gemeinschaft unter Aufgabe eigener Regelungskompetenz sind vor allem die Grundfreiheiten der Europäischen Union. Wegen ihrer besonderen Zielsetzung können sie nicht aufgrund einer Meistbegünstigungsklausel in einem Vertrag mit einem Drittstaat auf Angehörige dieses Drittstaats ausgedehnt werden.¹⁹ Hat diese Gemeinschaft eine eigene Regelungskompetenz, so gewährt die Gemeinschaft und nicht der Mitglied-

staat, der dem Drittstaat Meistbegünstigung schuldet, die Vergünstigung; die Meistbegünstigung greift nur für Vergünstigungen, die auf freier Verfügung des Mitgliedstaats beruhen.²⁰ Eine supranationale Gemeinschaft soll gerade im Verhältnis zwischen ihren Mitgliedern Vergünstigungen ermöglichen, die über diejenigen für die Angehörigen von Drittstaaten hinausgehen. Diese besonderen Vergünstigungen können deshalb nicht mit einer Meistbegünstigungsklausel auf Angehörige eines von dieser Klausel begünstigten (Nichtmitglied-) Staates ausgedehnt werden. Deutsche Gerichte haben daher Ansprüche US-amerikanischer Staatsbürger auf Gleichbehandlung mit Bürgern anderer EU-Länder im Hinblick auf jene Grundfreiheiten der EG, nunmehr der EU, zurückgewiesen. Auch Regelungen in bilateralen Vereinbarungen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz, etwa zu Arbeitsverlaubnissen oder Berufszulassung, kommen US-amerikanischen Staatsbürgern nicht zugute.²¹

Meistbegünstigungsklauseln dehnen in der Regel auch nicht Vergünstigungen und Vorteile, die Mitglieder einer Zollunion oder einer Freihandelszone den Angehörigen der anderen Mitglieder gewähren, auf die Angehörigen dritter Staaten aus. Im FHSV folgt das für den Warenverkehr aus Art. XIV Abs. 6. Die Meistbegünstigungsklauseln etwa in Art. I:1 GATT und Art. II:1 GATS greifen in solchen Fällen ebenfalls nicht (Art. XXIV GATT, Art. V GATS).²²

Ein Land kann von einer Vergünstigung für ein anderes Land aufgrund der Meistbegünstigung nur insoweit profitieren, als diese Vergünstigung denselben Gegenstand hat.²³ Umgekehrt kann die Meistbegünstigung nur insoweit *nicht* greifen, als eine Vergünstigung *wegen* der Zugehörigkeit zu einer supranationalen Gemeinschaft, einer Zollunion oder Freihandelszone gewährt wird und zu dem mit ihr verbundenen besonderen Bündel von Rechten und Pflichten gehört.²⁴

16 Coyle, 51 Col. J. of Transnat'l Law (2013), 302, 308.

17 Dazu im US-amerikanischen Schrifttum Norton, 5 Case Western Reserve Journal of International Law (1972) 4, 12 ff.; Coyle, 51 Columbia Journal of Transnational Law (2013) 302, 308.

18 Roth, ZBB 2009, 257, 276; Herrmann, EuZW 2010, 207, 210, „post-establishment“; Schmidt/Meckl, BB 2020, 1218, 1226: „post-entry model“. Siehe beispielsweise Art. 2 Abs. 1 und Prot. Nr. 4 lit. a des Deutsch-chinesischen Abkommens über die Förderung und den Schutz von Kapitalanlagen vom 1. 12. 2003, BGBl. 2005 II, 732: „... wird Investoren ermutigen, Kapitalanlagen in ihrem Hoheitsgebiet vorzunehmen und wird diese Kapitalanlagen in Übereinstimmung mit ihren Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften zulassen“; Prot. Nr. 4 lit. a (Hervorhebung durch den Autor): „Maßnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung [...] zu treffen sind, gelten nicht als ‚weniger günstige Behandlung‘ im Sinne des Art. 3“. Textgleich Art. 3 Abs. 1 und Prot. Nr. 3 lit. a des Vertrages über die Förderung und den Schutz von Kapitalanlagen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Bundesrepublik Nigeria v. 28. 3. 2000, BGBl. 2005 II, 716.

19 BVerwG, Beschl. v. 5. 4. 2005 – 6 B 2/05, BeckRS 2005, 26397 m. w. N. – Zulassung zur Rechtsanwaltschaft; VGH München, Beschl. v. 8. 10. 2011 – 10 ZB 11.1419, BeckRS 2011, 34586 Rn. 10 – Freizügigkeit und Aufenthaltserlaubnis; OVG Münster, Urt. v. 30. 9. 2004 – 14 A 1937/99, NJOZ 2005, 4661, 4662 f. – Zulassung zur Rechtsanwaltschaft; Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 68. EL 2019, Art. 45 Rn. 31, unter Berufung auf BVerwG, Urt. v. 29. 4. 1971 – I C 7/69, NJW 1971, 2141, 2143. Zu möglichen Spannungen zwischen den Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nach dem FHSV und der Gemeinsamen Handelspolitik der Europäischen Union Schuster, RIW 1996, 89.

20 BVerwG, Urt. v. 29. 4. 1971 – I C 7/69 (Fn. 19).

21 OVG Münster, Urt. v. 30. 9. 2004 – 14 A 1937/99 (Fn. 19).

22 Herdogen, Internationales Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2020, §§ 10 Rn. 36 ff., 116 f. Ebenso auch der Mechanismus von Art. 9 und 10 OECD-Kodex für die Liberalisierung von Kapitalbewegungen, unter: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Code-capital-movements-EN.pdf>; dazu Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 19), Art. 63 AEUV Rn. 54–56.

23 Herdogen (Fn. 22), § 23 Rn. 35–37.

Anders ist es, wenn ein Land einseitig entscheidet, dass und wem es eine Vergünstigung zugesteht.

2. Ausnahmen von der sektorübergreifenden Investitionskontrolle kraft autonomer Entscheidung der Bundesrepublik Deutschland

Ob die Bundesrepublik Deutschland auf die sektorübergreifende Investitionskontrolle (§ 55 Abs. 2 Satz 4 AWW) in Bezug auf Erwerber aus anderen EU-Ländern *und* aus den Mitgliedstaaten (Hervorhebung durch den Autor) der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) „im Rahmen einer Zollunion oder Freihandelszone“ verzichtet, ist für diese EU-Mitgliedstaaten, die weiteren Mitglieder des EWR und für die Schweiz getrennt zu überlegen.

Die Entstehungsgeschichte der Ausnahme für Erwerber aus EU- und EFTA-Ländern im AWG und in der AWW ist insofern unergiebig. Sie fand sich schon in § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG 2009 und in § 53 Abs. 1 Satz 6 AWW a.F., mit denen die sektorübergreifende Investitionskontrolle überhaupt erst eingeführt worden ist. In den Materialien zu diesen Vorschriften werden keine Gründe für die Ausnahmen in Bezug auf Erwerber aus bestimmten Ländern, auch für Erwerber aus EFTA-Ländern angegeben.²⁵ Nach früheren Plänen sollte die sektorübergreifende Prüfung *alle* ausländischen Erwerber erfassen.²⁶

Der Verzicht auf die sektorübergreifende Investitionskontrolle lässt sich am besten für Erwerber aus anderen Ländern der Europäischen Union begründen. Regeln für ausländische Direktinvestitionen sind Teil der Gemeinsamen Handelspolitik (Art. 206 und 207 AEUV) in ausschließlicher Zuständigkeit der Union (Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV). Diese überlässt es zwar den Mitgliedstaaten, ob sie Mechanismen für eine Investitionskontrolle einführen und wie sie sie ausgestalten,²⁷ hat aber in der VO 2019/452 einen Rahmen für die Abstimmung unter den Mitgliedstaaten in Fragen der Investitionskontrolle geschaffen. Die Kommission wirbt politisch für die Einführung solcher Mechanismen.²⁸

Es erscheint daher legitim, dass ein Mitgliedstaat Erwerber aus anderen EU-Mitgliedstaaten von der Investitionskontrolle ausnimmt und dies Erwerbenden aus Drittstaaten auch nicht aufgrund von Meistbegünstigungsklauseln zugesteht. Zwingend ist es aber nicht. Art. 52 Abs. 1 und Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV würden im Grundsatz erlauben, auch innerhalb der EU aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung die Freiheiten der Niederlassung und des Kapitalverkehrs zu beschränken.²⁹ Die Anwendung dieser Ausnahmeregelungen würde dann, etwa Bezug auf Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit, der Kontrolle durch die Unionsorgane, letztlich den EuGH, unterliegen.³⁰ Bringt die Bundesrepublik anderen EU-Mitgliedstaaten und ihren Regierungen besonderes Vertrauen entgegen, mag dennoch ein Erwerber aus einem anderen Mitgliedstaat, eine natürliche Person oder ein Privatunternehmen, Anlass zu Bedenken wegen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit geben. Während die sektorübergreifende Investitionskontrolle gegenüber Erwerbenden aus allen EU-Mitgliedstaaten und den EFTA-Ländern ausgeschlossen ist, sind ihr solche aus politisch und militärisch eng verbündeten Ländern unterworfen.³¹

Das EWR-Abkommen³² begründet eine umfassende (Freihandels-)Assoziierung der EFTA-Mitglieder Island, Liechtenstein und Norwegen mit der Union, einschließlich einer weitgehenden Übernahme des Rechts der EU und der Ein-

richtung gemeinsamer Organe.³³ Zwar sind die Niederlassungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit, in die die Investitionskontrolle eingreift, zwischen der EU und den anderen EWR-Mitgliedern gewährleistet (Art. 31 ff., 40 ff. EWR-Abkommen). Allerdings begründet der EWR keine Zollunion und verfolgt keine gemeinsame Außen- oder Außenhandelspolitik.³⁴ Einen gemeinsamen Rahmen für eine Investitionskontrolle gibt es nicht.

Zwischen der Schweiz und der Europäischen Union gibt es ein Freihandelsabkommen und verschiedene bilaterale Abkommen über Freizügigkeit von Personen, Zusammenarbeit auf dem Gebiet von Polizei und Justiz, Betrugsbekämpfung, Zinsbesteuerung sowie über zahlreiche Aspekte der wirtschaftlichen Zusammenarbeit.³⁵ Es fehlt aber schon die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen. Fragen des Außenhandels mit Drittstaaten oder gar der Investitionskontrolle sind nicht Gegenstand der Verträge und Rechtsbeziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union.³⁶

Ein Zusammenhang des Verzichts der Bundesrepublik nach § 55 Abs. 2 Satz 4 AWW mit der EFTA als solcher und mit ihrer Tätigkeit ist nicht ersichtlich. Folglich ist dieser Verzicht jedenfalls in Bezug auf die EFTA-Staaten eine einseitige, autonome Entscheidung der Bundesrepublik Deutschland. Mutmaßlich setzt die Bundesrepublik besonderes Vertrauen in diese Länder³⁷. Wenn nun der Verzicht auf die sektorübergreifende Investitionskontrolle einem Erwerber wegen seiner Ansässigkeit *in bestimmten Staaten* zugutekommen soll, muss er unter dem Gesichtspunkt der Meistbegünstigung auch für Erwerber aus den USA gelten.³⁸

24 Herdegen (Fn. 23); siehe auch Art. 351 Abs. 3 AEUV.

25 BT-Drs. 16/10730 v. 30. 10. 2008, S. 10, 11, 12 und 14; jeweils nur Wiederholung des Wortlauts. Auch im Ausschussbericht (BT-Drs. 16/11898 v. 11. 2. 2009) ist die Ausnahme für Erwerber aus der EU und Mitgliedstaaten der EFTA nicht begründet oder problematisiert worden.

26 Zur Geschichte des Entwurfs Reinhardt/Pelster, NZG 2009, 441, 442 f.; Traugott/Strümpell, AG 2009, 186, 187.

27 Präambel zu VO 2019/452, Nr. 4, 5, 10 und 16.

28 Siehe dazu Leitlinien für die Mitgliedstaaten betreffend ausländische Direktinvestitionen, ABl. C 99 I S. 1 v. 26. 3. 2020 (Fn. 12), und Mitteilung der Kommission vom 10. 3. 2020, COM(2020) 102 final, Eine neue Industriestrategie für Europa, unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-eu-industrial-strategy-march-2020_de.pdf, S. 17 f.

29 EuGH, Urt. v. 8. 11. 2012 – C-244/11, Kommission/Griechenland, Rn. 64 ff.; Johannsen, IR 2018, 247; Roth, ZBB 2009, 257, 261 ff., 273.

30 Ress/Ukrow (Fn. 22), Art. 65 AEUV Rn. 278–280. Beispiele aus der Rechtsprechung: EuGH, Urt. v. 8. 11. 2012, C-244/11, Rn. 70 ff. Kommission/Griechenland (zur Niederlassungsfreiheit); Urt. v. 26. 3. 2009 – Rs C-326/07, Rn. 51 – Kommission/Italien; Urt. v. 4. 6. 2002 – C-483/99, Rz. 50 – Kommission/Frankreich.

31 Johannsen, IR 2018, 247, 249.

32 ABl. 1994, L 1, S. 3.

33 Vöney/Beylage-Haarmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: EL Februar 2020, Art. 217 AEUV Rn. 73; Bungenberg, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 217 Rn. 99 ff.; Hummer, in: Dausen/Ludwigs, Hb EU-Wirtschaftsrecht, Stand: 49. EL November 2019), K III Rn. 116–118.

34 Bungenberg (Fn. 33).

35 Bungenberg (Fn. 33), Rn. 102–105; Vöney/Beylage (Fn. 33), Art. 217 AEUV Rn. 74.

36 Zur Diskussion in der Schweiz über die Einführung von Investitionskontrollen siehe die Debatte im Nationalrat vom 3. 3. 2020, Amtl. Bull. 18.3021, Motion Rieder Beat, Schutz der Schweizer Wirtschaft durch Investitionskontrollen, unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48488>.

37 So Roth, ZBB 2009, 257, 274 f.

38 Ebenso Roth, ZBB 2009, 257, 276.

3. Rückgriff auf den Vorbehalt für „wesentliche Sicherheitsinteressen“ fragwürdig

Die Anwendung der sektorübergreifenden Investitionskontrolle gegenüber Erwerbern aus den Vereinigten Staaten mag mit Art. XXIV Abs. 1 lit. d FHSV gerechtfertigt werden. Danach bleibt das Recht jedes Vertragsteils unberührt, Maßnahmen anzuwenden, „welche notwendig sind, um seine Verpflichtungen zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit zu erfüllen oder die zum Schutz seiner eigenen wesentlichen Sicherheitsinteressen notwendig sind“.

Der Schutz „wesentlicher Sicherheitsinteressen“ erlaubt die Anwendung der Ausnahmeregeln in Art. 346 AEUV³⁹ und Art. XXI GATT sowie Eingriffe im Rahmen der sektorspezifischen Investitionskontrolle (§ 62 Abs. 1 AWW),⁴⁰ in Art. 346 AEUV und §§ 60 ff. AWW steht dieser Begriff im Zusammenhang mit Rüstungsgütern und -technologie. Eine „tatsächliche und schwere Gefährdung“ der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit, die ein „Grundinteresse der Gesellschaft berührt“ (§ 5 Abs. 2 AWG), mag sich mit „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ häufig überschneiden.⁴¹ Die Art. VII und IX FHSV treffen für das Recht zum Erwerb von Unternehmen und Rechten auch unter Sicherheitsaspekten eine speziellere, differenzierte Regelung. Diese Regelung darf gerade wegen der Meistbegünstigung nach Art. VII nicht im Regelfall durch Berufung auf die allgemeinere Regelung in Art. XXIV unterlaufen werden. Art. XXIV Abs. 1 lit. d erlaubt, von sämtlichen Bestimmungen des FHSV abzuweichen: „Durch *diesem* Vertrag bleibt das Recht ... unberührt“ (Hervorhebung durch den Autor). Der Zusammenhang mit „Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des internationalen Friedens“ legt ebenfalls nahe, dass Art. XXIV Abs. 1 eine eng auszulegende Auffangklausel ist. Eine Rechtfertigung der Investitionskontrolle mit „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ wird jedenfalls dann problematisch, wenn schon eine „voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit“ (§ 4 AWG-E) Eingriffe in Erwerbsvorgänge erlaubt.

V. Unmittelbare Anwendung des FHSV und subjektiv-öffentliche Berechtigung natürlicher oder juristischer Privatpersonen

Der FHSV ist nach der Praxis der deutschen Gerichte im deutschen innerstaatlichen Recht anwendbar und begründet subjektive öffentliche Rechte für US-amerikanische Staatsbürger und Gesellschaften.

Es gibt in verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen Andeutungen, dass der FHSV keine subjektiv-öffentlichen Rechte privater Personen oder Gesellschaften begründe, sondern lediglich politische Programmsätze aufstelle.⁴² Dies bezieht sich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaften und jetzt der Europäischen Union grundsätzlich nicht am Maßstab von WTO-Abkommen, etwa des GATT, zu überprüfen seien.⁴³ Ersichtlich hat auch das Bundesministerium der Justiz vertreten, dass der FHSV innerstaatlich nicht anzuwenden sei.⁴⁴ Für die jeweiligen Sachverhalte war diese Frage nicht entscheidungserheblich.

Der Bundesgerichtshof behandelt die Regeln des FHSV zur Anerkennung von in den USA gegründeten Gesellschaften als unmittelbar geltendes Kollisionsrecht⁴⁵ und hat in einem früheren Urteil Art. V Abs. 4 FHSV unmittelbar vorrangig

gegenüber nationalen Gesetzen angewandt.⁴⁶ In Entscheidungen des Bundesfinanzhofs⁴⁷ und des Bundessozialgerichts⁴⁸ waren die Bestimmungen des FHSV nicht einschlägig; diese Gerichte hätten das aber nicht ausführen müssen, wenn der FHSV im deutschen Recht nicht direkt anwendbar wäre.

Für die Geltung von Bestimmungen eines völkerrechtlichen Vertrages im innerstaatlichen deutschen Recht ist dreierlei zu unterscheiden: Das Zustimmungsgesetz ist nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG die Voraussetzung für die Ratifizierung eines Vertrages und damit für sein Inkrafttreten im völkerrechtlichen Sinne.⁴⁹ Der Bundestag hat dem FHSV mit Gesetz vom 7. 5. 1956⁵⁰ zugestimmt. Bestimmungen eines völkerrechtlichen Vertrages können nur dann innerstaatlich anwendbar sein, wenn sie so bestimmt sind, dass sie ohne weitere Umsetzung durch nationales Recht, ohne weitere „normative Ausführung“ Rechte und Pflichten begründen, *self-executing* sind.⁵¹ Dem entspricht im Recht der Europäischen Union das Kriterium, ob eine Bestimmung in einem völkerrechtlichen Vertrag eine „eindeutige Verpflichtung“ begründet, deren Wirkung oder Erfüllung nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängt.⁵² Zuletzt ist nach Inhalt und Ausle-

39 Zur Auslegung der „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ in Art. 346 AEUV *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 346 AEUV Rn. 2–4; *Kokott*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 346 Rn. 4 und 5; jeweils mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und die Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten. – Zur Überprüfung von Direktinvestitionen in den USA durch das CFIUS nach dem Defense Production Act, soweit ersichtlich gegenüber allen aus US-Sicht ausländischen Investoren, *Seibt/Kulenkamp*, ZIP 2017, 1345.

40 Zu § 60 AWW *Mausch-Liotta*, in: Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht 2017, § 60 Rn. 23 f.

41 *Roth*, ZBB 2009, 257, 276: „äußere“ Sicherheit und Landesverteidigung mögliche Bezugspunkte für „wesentliche Sicherheitsinteressen“.

42 BVerwG, , Beschl. v. 5. 4. 2005 – 6 B 2/05, BeckRS 2005, 26397, Rn. 41; im Anschluss hieran VGH Kassel, Urt. v. 28. 10. 2009 – 9 A 2134/08, BeckRS 2009, 42059 – Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsaufnahme; VGH Mannheim, Urt. v. 23. 10. 2007 – 13 S 1943/06, NVwZ-RR 2007, 277, 278 f. – desgleichen; offen gelassen in OVG Münster, Urt. v. 30. 9. 2004 – 14 A 1937/99, NJOZ 2005, 4661, 4662; nicht angesprochen in OVG Koblenz, Beschl. v. 4. 6. 2007 – 7 B 10282/07, BeckRS 2007, 24206 – Ausübung einer Beschäftigung.

43 EuGH, Urt. v. 2. 5. 2001 – C-307/99, OGT Fruchthandels-gesellschaft mbH/Hauptzollamt Hamburg St. Annen, EuZW 2001, 529 Rn. 24–30; Urt. v. 23. 11. 1999 – C-149/96, Portugal/Rat, EuZW 2000, 276 Rn. 42–49; Urt. v. 14. 12. 2000 – C-300/98 u. C-392/98, Christian Dior, EuZW 2001, 117 Rn. 42–46, zu Art. 50 TRIPS. Nachfolgend EuGH, Urt. v. 30. 9. 2003 – C-93/02P, Biret, Rn. 51 f., zum WTO-Abkommen.

44 So ein Hinweis in OVG Münster, Urt. v. 30. 09. 2004 (Fn. 42).

45 BGH, Urt. v. 5. 7. 2004 – II ZR 389/02, NJW-RR 2004, 1618; Urt. v. 29. 1. 2003 – VIII ZR 155/02, BGHZ 153, 253; Urt. v. 23. 4. 2002 – XI ZR 136/01, NJW-RR 2002, 1359, 1360. Ebenfalls keine Zweifel an der unmittelbaren Anwendbarkeit in BGH, Urt. v. 13. 12. 2012 – I ZR 150/11, RIW 2013, 248 Rn. 16.

46 BGH, Urt. v. 19. 12. 1957 – III ZR 134/57, BGHZ 26, 200 – (höhere) Entschädigung für Enteignung nach dem FHSV anstelle des gemeinen Werts nach dem Baulandbeschaffungsgesetz.

47 BFH, Urt. v. 30. 3. 2011 – I R 63/10, IStR 2011, 504 Rn. 20–26; Urt. v. 29. 1. 2003 – I R 6/99, BFHE 201, 463.

48 BSG, Urt. v. 12. 1. 2011 – B 12 KR 17/09 R, BSGE 107, 185 Rn. 23 ff.

49 Zum Wesen der Ratifizierung BVerfG, Urt. v. 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 = RIW 2009, 537; *Pieper*, in: BeckOK GG, 42. Ed., 1. 12. 2019, Art. 59 Rn. 39–41.

50 BGBl. II v. 8. 5. 1956, S. 488.

51 BVerwG, Urt. v. 1. 2. 1989 – 1 D 2/86, BVerwGE 86, 99 – verneint für Übereinkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation; BVerwG, Urt. v. 16. 10. 1990 – 1 C 15/88, BVerwGE 87, 11 – Übereinkommen vom 28. 11. 1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen; Urt. v. 29. 4. 2009 – 6 C 16/08, BVerwGE 134, 1 Rn. 45 ff. – Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und allgemeine Studienbeiträge in Nordrhein-Westfalen; *Streinz*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 59 Rn. 66–69. Entsprechend für die Europäische Union EuGH, Urt. v. 14. 12. 2000 – C-300/98, Dior, Rn. 42–46 – keine unmittelbare Anwendung der WTO-Übereinkommen.

52 EuGH, Urt. v. 16. 6. 1998 – Rs C-162/96, Racke, Rn. 31–34.

gung des völkerrechtlichen Vertrages und seiner Bestimmungen zu klären, ob sie auch bestimmten privaten natürlichen oder juristischen Personen subjektive Rechte im Sinne einer Schutznorm gewähren sollen.⁵³

Der FHSV legt Rechte für natürliche Personen und Gesellschaften der Vertragsparteien fest, die keiner Konkretisierung mehr bedürfen. Vielmehr stehen diese Rechte unter Vorbehalten nach Maßgabe der Rechtsordnung des jeweiligen Vertragsstaats. So sollen nach Art. VII Gesellschaften der jeweils anderen Vertragspartei in gewerblichen Tätigkeiten frei sein, doch die Vertragsparteien behalten sich Ausnahmen nach Maßgabe ihrer Gesetze vor; in Bezug auf die Reichweite solcher Ausnahmen müssen die Parteien Meistbegünstigung gewähren. Solche Vorbehalte und Einschränkungen wären nicht erforderlich, wenn die so eingeschränkten Rechte noch einer Konkretisierung bedürften.

Der Wortlaut, in dem der FHSV Personen und Gesellschaften der anderen Vertragspartei Rechte und Freiheiten sowie Ansprüche auf Inländerbehandlung oder Meistbegünstigung gewährt, spricht für subjektive öffentliche Rechte und nicht nur objektiv-rechtliche Normen. Auch in den Vereinigten Staaten gelten die Regelungen der Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge, soweit ersichtlich, als unmittelbar anwendbar und als Grundlage für subjektive Rechte der Staatsbürger und Gesellschaften der anderen Vertragspartei.⁵⁴

VI. Konsequenzen

Die Bundesrepublik Deutschland darf Erwerber aus den Vereinigten Staaten nicht der sektorübergreifenden Investitionskontrolle nach §§ 55 ff. AWW unterwerfen, wenn andere Unionsfremde, insbesondere Erwerber aus der Schweiz, von ihr ausgenommen sind. US-amerikanische Erwerber können sich danach gegen eine Verfahrenseinleitung und belastende Entscheidungen des BMWi wegen eines Verstoßes gegen Art. VII Abs. 4 FHSV wehren. Für Ausnahmen von der Investitionskontrolle mögen sich de lege ferenda andere Regelungen anbieten.

1. Rechtsschutz gegen Maßnahmen der sektorübergreifenden Investitionskontrolle

Rechtsschutz gegen die Einleitung eines Verfahrens nach § 55 Abs. 3 Satz 1 AWW, die Untersagung eines Erwerbsvorgangs oder den Erlass von Anordnungen (§ 59 Abs. 1 AWW) besteht in Form der Anfechtungsklage zum Verwaltungsgericht. Die genannten Vorgänge sind Verwaltungsakte (§ 35 Satz 1 VwVfG).⁵⁵ Ein Widerspruchsverfahren findet nicht statt (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO). Weiter mag nach der vom BMWi geplanten Änderung des AWG⁵⁶ mit der Einführung eines strafbewehrten Vollzugsverbots (§§ 18 Abs. 1b, 19 Abs. 1 Nr. 2, 15 Abs. 4 AWG-E) ein qualifiziertes Feststellungsinteresse bestehen, ob eine Transaktion der sektorübergreifenden Investitionskontrolle unterliegt.⁵⁷ Ein Erwerber oder auch Veräußerer könnte dann entgegen § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO vorab auf Feststellung klagen und eine einstweilige Anordnung beantragen und wäre nicht auf nachträglichen Rechtsschutz gegen Anordnungen nach § 59 AWW oder die Versagung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung verwiesen.

Prüfungen nach §§ 55 ff. AWW oder Verfahren zum Erlass einer Unbedenklichkeitsbescheinigung werden gelegentlich mit dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages

zwischen dem Erwerber und der Bundesrepublik Deutschland beendet.⁵⁸ Diese Verträge sind öffentlich-rechtliche Vergleiche (§§ 55 VwVfG, 779 BGB). Wenn das Erwerbsvorhaben wegen § 55 Abs. 2 Satz 4 AWW und der Meistbegünstigung nach dem FHSV gar nicht der sektorübergreifenden Investitionskontrolle unterlag, kann der Vertrag entweder nach §§ 62 Satz 2 VwVfG, 779 BGB unwirksam⁵⁹ oder nach § 59 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG nichtig⁶⁰ sein.

2. Rechtspolitische Folgerungen

Es würde nahe liegen, die Investitionskontrolle als Element der Gemeinsamen Handelspolitik (Art. 207 Abs. 1 AEUV) auf der Ebene der Europäischen Union zu regeln. Es ist aber ungewiss, wann eine unionseinheitliche Regelung zustande kommen und welche Zielrichtung sie haben würde. Mitgliedstaaten, die ihre Unternehmen, Infrastrukturen und Technologien vor einem Ausverkauf schützen wollen⁶¹ und andere, die Parteien aus China Investitionen in Infrastrukturen ermöglicht haben,⁶² haben verschiedene Interessen. Wenn eine unionseinheitliche Regelung auf absehbare Zeit nicht möglich erscheint, sollte eine Änderung der §§ 5 Abs. 2 Satz 3 AWG und § 55 Abs. 2 Satz 4 AWW alle Erwerber aus Nicht-EU-Staaten, mit denen Deutschland verbündet ist oder enge Beziehungen unterhält und die eine ähnliche freiheitliche Gesellschaftsordnung haben, gleichstellen und beispielsweise ein vereinfachtes Verfahren ermöglichen. Eine weitere Überlegung wäre, bei der Investitionskontrolle stärker auf die Person und die Zuverlässigkeit eines Erwerbers statt auf seine Herkunft abzustellen.⁶³

Der FHSV kann mit einer Frist von einem Jahr gekündigt werden (Art. XXIX Abs. 3). Ob eine Kündigung politisch gewollt oder im Hinblick auf die Bedeutung des FHSV für das Gesellschaftsrecht⁶⁴ sinnvoll ist, ist eine andere Frage.

53 BVerwG, Urt. v. 16. 10. 1990 – 1 C 15/88, BVerwGE 87, 11; Urt. v. 28. 5. 1991 – 1 C 20/89, NVwZ 1992, 177, 178 – Übereinkommen Nr. 97 der Internationalen Arbeitsorganisation; Pieper (Fn. 49), Art. 59 Rz. 42. Zur Schutznormlehre Schmidt-Kötters, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 51. Ed., Stand 1. 10. 2019, § 42 Rn. 151–152a.

54 Norton, 5 Case W. Res. J. Int'l Law (1972), 4, 25; Coyle, 51 Col. J. of Transnat'l Law (2013), 302, 335, Fn. 142. Aus der Rechtsprechung siehe *Medellin v. Texas* (2008), unter: <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-984.pdf>, S. 25; *Kolovrat v. Oregon*, 366 U.S. 187 (1961) – zum Freundschaftsvertrag zwischen den USA und Serbien von 1881, zitiert nach: https://en.wikisource.org/wiki/Kolovrat_v._Oregon/Opinion_of_the_Court#endnote_4; Clark v. Allen, 331 U.S. 503 (1947) – zum deutsch-US-amerikanischen Freundschaftsvertrag v. 8. 12. 1923.

55 BT-Drs. 16/10730, S. 10, 14, zum damaligen § 53 Abs. 1 Satz 7 AWW; *Mausch-Liotta* (Fn. 40), § 55 AWW Rn. 43; zu Anordnungen gegenüber dem Erwerber § 59 Rz. 18. – Soweit ersichtlich, ist seit 2009 keine einzige Gerichtsentscheidung zu den §§ 55 ff. AWW ergangen; die Transaktionen, gegen die das BMWi Bedenken geäußert hat, sind aufgegeben worden.

56 Siehe oben Fn. 3.

57 Zum qualifizierten Feststellungsinteresse BVerwG, Urt. v. 15. 2. 1991 – 8 C 85/88, NVwZ 1991, 580; dazu bei Bestehen einer Bußgeldandrohung VGH München, Beschl. v. 30. 11. 2010 – 9 CE 10.2468, BeckRS 2010, 56426, Rn. 20–22.

58 *Mausch-Liotta* (Fn. 40), § 59 AWW Rn. 14.

59 Gegen Unwirksamkeit nach § 779 Abs. 1 BGB wegen bloßen Rechtsirrtums BGH, Urt. v. 18. 12. 2007 – XI ZR 76/06, NJW-RR 2008, 643 Rn. 14; siehe auch *Stadler*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 779 Rn. 16f.

60 Zur Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Vergleichsverträge BVerwG, Beschl. v. 26. 10. 2006 – 7 B.19.06, BeckRS 2006, 27453, Rn. 33; OVG Koblenz, Urt. v. 11. 12. 2000 – A 11170/00, BeckRS 2000, 17316, Rn. 25 ff.

61 Siehe dazu oben die Bestrebungen in Deutschland (Fn. 3).

62 Beispiele für chinesische Investitionen in Infrastrukturen verschiedener Mitgliedstaaten bei *Schuelken*, EuR 2018, 577, 579 ff.

63 Siehe dazu Ansätze in § 55 Abs. 1b AWW.

64 Siehe oben Fn. 45.

VII. Zusammenfassung

1. Die sektorübergreifende Kontrolle (§§ 55–59 AWW) fällt in den Schutzbereich von Art. VII des FHSV zwischen Deutschland und den USA. Danach genießen US-amerikanische Erwerber eines Unternehmens in Deutschland Inländerbehandlung mit Ausnahme bestimmter Branchen, jedenfalls aber Meistbegünstigung. Wegen dieser Meistbegünstigung ist eine Kontrolle von Direktinvestitionen US-amerikanischer Erwerber bei gleichzeitiger Freistellung von Erwerbern aus EFTA-Mitgliedstaaten, insbesondere der Schweiz, nach Art. VII nicht zulässig. Die Berufung auf die Ausnahmeklausel für „wesentliche Sicherheitsinteressen“ in Art. XXIV Abs. 1 lit. d FHSV erscheint in diesen Fällen fragwürdig.

2. Völkerrechtliche Gesichtspunkte stehen der Anwendung der Meistbegünstigungsklausel im FHSV nicht entgegen. Die Freistellung von Erwerbern aus den EFTA-Staaten von der Investitionskontrolle erfolgt nicht im Rahmen einer Freihandelszone. Der FHSV ist im deutschen Recht unmittelbar anwendbar und gewährt privaten natürlichen und juristi-

schen Personen subjektive öffentliche Rechte, auch gegen belastende Maßnahmen in Investitionskontrollverfahren nach §§ 55 ff. AWW.

3. *De lege ferenda* liegen entweder eine Regelung der Investitionskontrolle auf der Ebene der Europäischen Union nahe oder aber die Gleichbehandlung von Erwerbern aus den EFTA-Staaten mit solchen aus Drittstaaten, die mit Deutschland verbündet sind, enge Beziehungen zu Deutschland unterhalten und in ähnlicher Weise eine freiheitliche Staats- und Gesellschaftsordnung haben.



Dr. Arndt Scheffler

Rechtsanwalt in München bei der internationalen Anwaltssozietät Eversheds Sutherland (Germany) LLP seit 2006. Er berät und vertritt Unternehmen unterschiedlicher Größenordnungen aus dem In- und Ausland in Fragen des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts, insbesondere im Kartell-, Energie- und Vertriebsrecht.

Dr. Sascha Stiegler, LL.M., Berlin

Übertragung von Geschäftsanteilen bei einer britischen Limited

Unabhängig vom mittlerweile vollzogenen EU-Austritt des Vereinigten Königreichs bestehen im unternehmerischen Rechtsverkehr immer wieder Berührungspunkte zu Gesellschaften britischen Rechts sowie deren Anteilseignern. Auch britische Gesellschaften mit alleiniger Geschäftstätigkeit in Deutschland sind dabei noch nicht vollkommen aus der deutschen Unternehmenslandschaft verschwunden. Dies betrifft in erster Linie die *private company limited by shares* („Limited“). Aus praktischer Sicht stellt sich bei dieser die Frage, wie aus rechtlicher Sicht die Geschäftsanteile einer solchen Limited wirksam auf einen anderen Gesellschafter oder Dritten übertragen werden. Der folgende Beitrag stellt die Durchführung der Geschäftsanteilsübertragung bei einer Limited dar und zeigt praktische Probleme und Gefahren in diesem Zusammenhang auf.

I. Einleitung

Am 31. 1. 2020 ist das Vereinigte Königreich endgültig aus der Europäischen Union ausgetreten („Brexit“). Aber auch unabhängig vom mittlerweile vollzogenen Brexit bestehen im unternehmerischen Rechtsverkehr immer wieder Berührungspunkte zu Gesellschaften, die nach britischem Recht gegründet wurden. Aus praktischer Sicht stellt sich in diesem Zusammenhang oftmals die Frage, wie aus rechtlicher Sicht die Geschäftsanteile einer Limited wirksam auf einen anderen Gesellschafter oder gesellschaftsfremden Dritten übertragen werden. Auch bei Umwand-

lungsmaßnahmen, wie zum Beispiel einer Verschmelzung, gelten die folgenden Ausführungen dabei in vergleichbarer Weise.

Im Folgenden wird sowohl auf die Modalitäten der Übertragung von sog. registrierten Geschäftsanteilen (*registered shares*) als auch auf die bis zur Wirksamkeit der Reform des britischen Gesellschaftsrechts im 2015 bestehenden Inhaberanteilen (*bearer shares*) eingegangen und praktische Problemfelder sowie deren rechtliche Konsequenzen aufgezeigt. Generell zu bemerken ist dabei, dass vor allem bei britischen Gesellschaften, die durch deutsche Gründer errichtet wurden und ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich aus Deutschland ausüben (sog. „Scheinauslandsgesellschaften“¹ oder „Briefkastengesellschaften“²) die formal-rechtlichen Voraussetzungen für eine wirksame Übertragung von Geschäftsanteilen und damit der Mitgliedschaft an der betreffenden Limited nicht bzw. nicht-ausreichend beachtet werden bzw. wurden. Dies wird insbesondere bei einem bevorstehenden Verkauf der Gesellschaft virulent, da in diesem Zusammenhang in aller Regel eine lückenlose und rechtswirksame „*chain of titles*“ von der Geschäftsführung der Limited nachzuweisen ist.

1 Zum Begriff vgl. nur Kindler, EuZW 2012, 888, 891; Teichmann, ZGR 2011, 639, 642.

2 Zum Begriff vgl. K. Schmidt, in: Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 15 f.