

universität **bonn** • Institut für IPR • 53113 Bonn

Rheinische
Friedrich-Wilhelms-
Universität Bonn

Institut für Internationales
Privatrecht und
Rechtsvergleichung

Professor Dr. Wulf-Henning Roth
Geschäftsführender Direktor

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Internationales Privatrecht,
Rechtsvergleichung, Deutsches,
Europäisches und Internationales
Wirtschaftsrecht

Postanschrift: 53113 Bonn
Sitz: Adenauerallee 24-42
Tel.: 0228/73-9170
Fax: 0228/73-7980
lehrstuhl.roth@jura.uni-bonn.de
www.uni-bonn.de

Bonn, 23. Januar 2009

Gutachterliche Stellungnahme

aus Anlass der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie am
26.01.2009

zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines 13. Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) und der Außenwirtschaftsverordnung (AWV), BT-Dr. 16/10730

von

Professor Dr. Wulf-Henning Roth, Bonn

Gegenstand dieser Stellungnahme ist die Vereinbarkeit des og Gesetzentwurfs mit europarechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben.

Die Stellungnahme kommt zu folgenden **Ergebnissen**:

1. Soweit § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG, § 53 Abs. 1 AWW den Beteiligungserwerb von gemeinschaftsfremden Unternehmen regeln, bestehen aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts keine Einwände.
2. Bedenken aus der Sicht der Niederlassungsfreiheit, Art. 43, 48 EG, bestehen allerdings gegenüber der in § 53 Abs. 1 AWW vorgesehenen Behandlung gemeinschaftsansässiger Unternehmen,

an denen gemeinschaftsfremde Unternehmen Beteiligungen von mehr als 25% Stimmenanteil erwerben wollen. Auch ist die Kompetenzgrundlage für diese Regelung noch einmal zu überprüfen.

3. Im Grundsatz bestehen keine Einwände gegen die geplante Regelung aus der Sicht des Wirtschaftsvölkerrechts. Gegenüber der der Schweiz zugebilligten Sonderstellung bestehen Bedenken.

§ 1. Zur Europarechtskonformität des Gesetzentwurfs

I. Gegenstand der Prüfung

Gegenstand der folgenden Prüfung ist die vorgeschlagene Ergänzung des § 7 AWG durch die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG, wonach beschränkt werden können

„Rechtsgeschäfte über den Erwerb gebietsansässiger Unternehmen oder von Anteilen an solchen Unternehmen durch einen gemeinschaftsfremden Erwerber, wenn infolge des Erwerbs die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gemäß Absatz 1 Nr. 4 gefährdet ist; dies setzt voraus, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Gemeinschaftsfremde Erwerber aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Island, Liechtenstein, Norwegen, Schweiz) stehen gemeinschaftsansässigen Erwerbern gleich.“

Diese Regelung soll ergänzt werden durch § 31 Abs. 3, wonach der Eintritt der Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäfts über den schuldrechtlichen Erwerb eines gebietsansässigen Unternehmens, für das ein Prüfrecht besteht, unter der auflösenden Bedingung einer Untersagung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie gestellt wird.

§ 53 Abs. 1 AWV enthält eine Ausführungsregelung zu § 7 Abs. 1, 2 Nr. 6 AWG, wonach der Erwerb eines gebietsansässigen Unternehmens oder der Erwerb einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einem solchen Unternehmen

- durch einen Gemeinschaftsfremden oder
- durch ein gemeinschaftsansässiges Unternehmen, an dem ein Gemeinschaftsfremder mit mindestens 25 Prozent der Stimmrechte beteiligt ist (Satz 1)

innerhalb von drei Monaten seit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages über den Erwerb (bzw. ab der Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe eines (öffentlichen) Angebots) zu überprüfen ist.

Eine Prüfung findet nicht statt, wenn der (unmittelbare oder mittelbare) Stimmrechtsanteil des gemeinschaftsfremden Erwerbers nach dem Erwerb der Beteiligung 25 Prozent nicht erreicht (Satz 2). Die Regelung wird ergänzt durch Zurechnungsregeln (Satz 3 und 4) sowie über die Vorgabe, dass Erwerber aus den Mitgliedstaaten der EFTA gemeinschaftsansässigen Erwerbern gleichstehen (Satz 6).

Bedenken gegenüber diesen Regelungen aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts lassen sich vor allem in zweierlei Richtung anmelden:

- (1) Die Regelungen schließen im Grundsatz den Erwerb durch Gemeinschaftsansässige von der Prüfung aus. Damit wird ein Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit, Art. 43, 48 EG, wie auch mit der Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 56 Abs. 1 EG, vermieden. Soweit Erwerber mit Sitz in Island, Lichtenstein und Norwegen den gemeinschafts-ansässigen Erwerbern gleichgestellt und damit von einer Prüfung ausgenommen werden, ist ein Konflikt mit den gleichlautenden Grundfreiheiten des EWR-Vertrags gleichfalls vermieden. Die Regelungen mögen aber trotz der Beschränkung der Prüfung auf Fälle des Beteiligungserwerbs mit mindestens 25 Prozent der Stimmrechte gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 56 Abs. 1 EG, insoweit verstoßen, als damit der Kapitalverkehr im Verhältnis zu Drittstaaten unzulässigen Beschränkungen unterworfen wird (dazu unter II.).
- (2) Die Regelungen unterwerfen – als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Prüfungsfreiheit hinsichtlich gemeinschaftsansässiger Unternehmen – den Erwerb einer Beteiligung durch ein gemeinschaftsansässiges Unternehmen in Höhe von mindestens 25 Prozent dann, wenn ein Gemeinschaftsfremder mindestens 25 Prozent der Stimmrechte an dem erwerbenden gemeinschaftsansässigen Unternehmen hält. Entsprechendes gilt für Unternehmen mit Sitz in einem der EFTA-Staaten (unter III.).

II. Der rechtliche Rahmen für den Kapitalverkehr mit Drittstaaten

1. Die Reichweite des Art. 56 Abs. 1 EG

a. Liberalisierung auch im Verhältnis zu Drittstaaten

Die in Art. 56 Abs. 1 EG verankerte Kapitalverkehrsfreiheit enthält ein – einer nur eingeschränkten Rechtfertigung zugängliches – Verbot von Beschränkungen des Kapitalverkehrs „zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern.“ Wie die Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 56 Abs. 2 EG), aber anders als die übrigen Grundfreiheiten liberalisiert die Kapitalverkehrsfreiheit den wirtschaftlichen Transaktionen – hier den Kapitalverkehr – im Verhältnis zu Drittstaaten. Dies gilt sowohl für den Kapitalexport in Drittstaaten wie auch für den Kapitalimport aus Drittstaaten (EuGH 25.1.2007, C-370/05, Festersen, Slg. 2007, I-1129 Rz. 21, 24; EuGH 23.2.2006, C-513/03, van Hilten, Slg. 2006, I-1957 Rz. 44).

b. Unbedingte Geltung, unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 56 Abs. 1 EG enthält ein eindeutiges und an keine Bedingungen geknüpftes Verbot, das keiner Durchführungsmaßnahmen bedarf (EuGH 14.12.1995, C-163/94, Sanz de Lera, Slg. 1995, I-4821 Rz. 41, 47; st. Rspr.). Diese unbedingte Geltung für die Mitgliedstaaten wie auch die mit ihr korrespondierende unmittelbare Anwendbarkeit, wonach die Einzelnen sich vor den Gerichten auf die Grundfreiheit berufen können (EuGH 18.12.2007, C-101/05, „A“, EuZW 2008, 117 Rr. 21), beziehen sich zum einen auf alle Kategorien des Kapitalverkehrs und zum anderen sowohl auf den zwischenstaatlichen Kapitalverkehr wie auch auf den Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern in gleicher Weise (EuGH 18.12.2007, aaO, Rz. 26-27). Die Tatsache, dass die von Art. 56 Abs. 1 EG vorgeschriebene Liberalisierung des Kapitalverkehrs im Verhältnis zu Drittländern primär andere Ziele verfolgt als diejenigen, die mit der Verwirklichung des Binnenmarktes verfolgt werden, steht nicht entgegen. Wie der Gerichtshof ausdrücklich festgestellt hat, beruht die Erstreckung der innergemeinschaftlich vorgegebenen Liberalisierung auf den Kapitalverkehr mit Drittländern auf einer expliziten Entscheidung des Vertrags von Maastricht (EuGH 18.12.2007, aaO, Rz. 31).

c. Kapitalverkehr

Der Erwerb von Unternehmen wie auch der Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat durch nicht Gebietsansässige stellt Kapitalverkehr dar. Zwar ist der Begriff des Kapitalverkehrs im EG-Vertrag nicht näher definiert, doch konkretisiert ihn der Gerichtshof in st. Rspr. (z.B. EuGH 28.9.2006, C-282/04 und C-283/04, Kommission ./ Niederlande, Slg. 2006, I-9141 Rz. 19; EuGH 23.10.2007, C-112/05, Kommission ./ Deutschland, Slg. 2007, I-8995 Rz. 18; EuGH 6.12.2007, C-463/04 und C-464/04, Federconsumatori, Rz. 20; u.ö.) anhand der Nomenklatur in Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG, ABl. 1988 L 178/5: Hier werden die „Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen“ zu den Direktinvestitionen und damit zum Kapitalverkehr gezählt.

d. Beschränkung

Nationale Regelungen stellen „Beschränkungen“ des Kapitalverkehrs dar, wenn sie geeignet sind, den Erwerb von Unternehmen bzw. Beteiligungen an Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken oder aber Investoren davon abschrecken, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren (EuGH 28.9.2006, aaO, Rz. 20; EuGH 19.1.2006, C-265/04, Bouanich, Slg. 2006, I-923 Rz. 34-35). Das von § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG iVm § 53 AWW vorgesehene Prüfungsverfahren, die mögliche Untersagung wie auch die Vorgabe der auflösenden Bedingung, unter die das schuldrechtliche Erwerbsgeschäft gestellt wird, beziehen sich auf den Beteiligungsvorgang selbst; sie sind als Beschränkungen anzusehen, die geeignet sind, potentielle Investoren von dem Erwerb einer Beteiligung abzuhalten.

2. Konkurrenzen mit anderen Freiheiten?

a. Ausgangspunkte

Der grenzüberschreitende Kapitalverkehr steht oftmals in engstem Zusammenhang mit Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich anderer Freiheiten des EG-Vertrags fallen. Dies gilt etwa für den Abschluss grenzüberschreitender Kreditverträge (Dienstleistungsfreiheit; Kapitalverkehrsfreiheit; Zahlungsverkehrsfreiheit) wie auch für den Erwerb von Beteiligungen, die einerseits als Niederlassungsvorgang anzusehen sein können, andererseits als Direktinvestitionen im Sinne der Regelungen über den Kapitalverkehr (Art. 57 Abs. 1, 2 EG) zu qualifizieren sind. Dies führt zu der

Frage des Verhältnisses der Grundfreiheiten zueinander – ihrer parallelen Anwendbarkeit oder ihrem jeweiligen Vorrang.

Der EG-Vertrag spricht das Abgrenzungsproblem zwar an, löst es aber nicht: In Art. 43 Abs. 2 EG betr. die Niederlassungsfreiheit findet sich eine Vorbehaltsklausel zugunsten des Kapitels über den Kapitalverkehr; Art. 58 Abs. 2 EG (Kapitalverkehr) kennt eine entsprechende Klausel zugunsten der Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit. Und Art. 50 UA 1 EG betr. die Dienstleistungsfreiheit kennt wiederum einen Vorbehalt zugunsten der Vorschriften über den freien Kapitalverkehr. Eine Lösung des Konkurrenzproblems lässt sich zumindest im Verhältnis der Niederlassungs- zur Kapitalverkehrsfreiheit den Bestimmungen des EG-Vertrages nicht entnehmen.¹

Die Lösung der *Konkurrenzfrage* ist für Binnenmarktsachverhalte weitgehend dadurch entbehrlich geworden, dass der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten sich im Wesentlichen derselben Prüfungsstandards bedient: Sowohl der Beschränkungsbegriff wie auch die Rechtfertigungsgründe für beschränkende Maßnahmen wie auch die Anwendung der Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit (und manchmal auch der Verhältnismäßigkeit i.e.S.) verlaufen in denselben Bahnen² und führen bei den hier in Frage stehenden Freiheiten zu denselben Ergebnissen.

Die Lage ist *völlig anders* bei Sachverhalten mit Bezug zu *Drittstaaten*: Während Art. 56 Abs. 1 EG insoweit schon seinem Wortlaut nach *erga omnes-Wirkung* entfaltet, sind die Niederlassungsfreiheit wie auch die Dienstleistungsfreiheit allein auf den Binnenmarkt bezogene Freiheiten, die nur zugunsten der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats (Art. 43 UA 1, Art. 49 EG) bzw. solchen Unternehmen eingreifen, die gem. Art. 48 UA 1 EG einem Mitgliedstaat zuzuordnen sind. Das bedeutet: Personen und Unternehmen aus Drittländern können sich zwar auf die Kapitalverkehrsfreiheit, *nicht aber auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit* berufen (EuGH 10.5.2007, C-492/04, Lasertec, Slg. 2007, I-3775 Rz. 27). Dies steht außer Streit. Damit entscheidet die Lösung des Konkurrenzproblems über das Ausmaß der Liberalisierung des Wirtschaftsverkehrs im Verhältnis zu Drittstaaten.

b. Die Rechtsprechung zu Binnenmarktsachverhalten

¹ Hinsichtlich Art. 50 UA 1 EG qualifiziert der Gerichtshof den Vorbehalt als reine *Definitionsnorm* (für den Begriff der „Dienstleistung“), ohne zwischen der Dienstleistungsfreiheit und den übrigen Grundfreiheiten einen Vorrang festzulegen; EuGH 3.10.2006, C-452/04, Fidium Finanz, Slg. 2006, I-9521 Rz. 32.

Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs hat noch nicht zu einer abschließenden Klärung des Verhältnisses der Grundfreiheiten zueinander geführt.³

aa. Der Grundsatz paralleler Anwendung

Die Prüfung mitgliedstaatlicher Maßnahmen anhand der Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit hängt bisweilen davon ab, auf welche Grundfreiheit die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren gestützt hat (z.B. EuGH 23.10.2007, C-112/05, Kommission ./ BRD, Slg. 2007, I-8995 - „VW-Gesetz“); sie hängt im Vorlageverfahren auch von den vom mitgliedstaatlichen Gericht gestellten Fragen ab. Der Gerichtshof prüft zum Teil beide Freiheiten nebeneinander (EuGH 6.12.2007, C-298/05, Columbus Container Services, Rz. 29 ff. und 55 f.), zum Teil begnügt er sich aber auch mit der Prüfung nur einer der beiden Freiheiten, um bei Nachweis eines Verstoßes die Prüfung der anderen Freiheit für überflüssig zu erklären (so durchweg in den *golden share*-Urteilen; z.B. EuGH 4.6.2002, C-503/99, Kommission ./ Belgien, Slg. 2002, I-4809 Rz. 59). Da der Gerichtshof die Vorrangfrage in diesen Fällen durchweg nicht thematisiert, wird man davon ausgehen müssen, dass im *Grundsatz* von einer *parallelen Anwendung* der Freiheiten auszugehen ist (sofern ihr Anwendungsbereich überhaupt eröffnet ist). Dies sieht auch Generalanwältin Kokott so, die in ihren Schlussanträgen im Verfahren *Oy AA* (C-231/05, Slg. 2007, I-6376) feststellt: „Schließlich ist festzuhalten, dass die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit ... grundsätzlich nebeneinander zur Anwendung kommen können,“ um dann fortzufahren, dass keine Grundfreiheit die andere verdränge (Rz. 16).

bb. Vorrang einer Grundfreiheit?

aaa. Prozessökonomische Erwägungen

Soweit der Gerichtshof in seiner bisherigen Rechtsprechung (vor allem in den *golden share*-Urteilen) die Prüfung der Kapitalverkehrsfreiheit in den Vordergrund gestellt hat, ist dies aus prozessökonomischen Erwägungen geschehen. In *Kommission ./ Niederlande* (EuGH 28.9.2006, C-282/04 und C-283/04, Slg. 2006, I-9141) wurde die *golden share*-Regelung – wie immer - zunächst anhand der Kapitalverkehrsfreiheit geprüft und zur Niederlassungsfreiheit dann das Folgende ausgeführt:

² Eine Ausnahme davon machen Art. 57 Abs. 1 sowie Art. 58 Abs. 1 EG.

³ Zuletzt etwa Nettesheim ZHR 172 (2008) 729 (742 ff.).

„ ... soweit die fraglichen Sonderaktien zu Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit führen, (sind) solche Beschränkungen die unmittelbare Folge der vorstehend geprüften Hindernisse für den freien Kapitalverkehr, mit denen sie untrennbar verbunden sind. Da ein Verstoß gegen Art. 56 Abs. 1 EG festgestellt worden ist, brauchen die fraglichen Maßnahmen somit nicht gesondert im Licht der Vorschriften des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit geprüft zu werden.“ (Rz. 43). Klingt der Vordersatz danach, dass der Gerichtshof von einem Spezialitätsverhältnis für die konkrete Fallkonstellation ausgeht, erweist die Aussage des zweiten Satzes, dass die Freiheiten in Wahrheit *parallele Anwendung* finden; dies bestätigt zudem der Verweis auf die Rz. 41 der Schlussanträge des GA Maduro, wonach (mit der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofs) „keine Notwendigkeit für eine gesonderte Untersuchung im Rahmen des Artikels 43 EG bestehe“ – es also um *prozessökonomische Überlegungen* geht. Soweit der Gerichtshof bei „untrennbarer Verbindung“ auf eine Prüfung der Niederlassungsfreiheit verzichten will, wird man diese Aussage dahingehend verstehen können, dass es *nicht* um eigenständige staatliche Regelungen geht, die einer *getrennten* Prüfung (durch die Niederlassungsfreiheit) bedürfen (ebenso etwa in EuGH 4.6.2002, C-483/99, Kommission ./, Frankreich, Slg. 2002, I-4781 Rz. 56).

bbb. Vorrang der Niederlassungsfreiheit?

Allerdings gibt es auch Urteile, in denen der Gerichtshof von einem echten *Vorrang-* oder *Spezialitätsverhältnis* der Grundfreiheiten untereinander ausgegangen ist: So heisst es im Urteil *Oy AA*: Gehe es um rechtliche Beziehungen innerhalb einer Unternehmensgruppe, berühre dies vorwiegend die Niederlassungsfreiheit; eventuelle Beschränkungen des Kapitalverkehrs, soweit sie „unvermeidbare Konsequenz“ der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit seien, rechtfertigten keine eigenständige Prüfung (EuGH 18.7.2007, C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373 Rz. 24). Diese Aussage lässt sich ebenfalls für einen Beteiligungserwerb treffen, der unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit fällt; hier soll den Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit keine eigenständige Bedeutung zukommen (EuGH 21.11.2002, C-436/00, *X und Y*, Slg. 2002, I-10829 Rz. 23). Generalanwalt Alber hat in der Rechtssache *Baars* dies mit den Worten klargestellt: „Liegt ein unmittelbarer Eingriff in die Niederlassungsfreiheit vor, der wegen der Behinderung der Niederlassung mittelbar zu einer Reduzierung der Kapitalströme zwischen den Mitgliedstaaten führt, so sind insoweit *allein* die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit anwendbar (C-251/98, *Baars*, Slg. 2000, I-2787 Rz. 26; zustimmend GA Geelhoed, C-374/04, *Test Claimants in Class IV*, Slg. 2006, I-11673 Rz. 28; u.ö.). Diese Unterscheidung nach der unmittelbaren und mittelbaren Betroffenheit der jeweiligen Grundfreiheit wird von GAin Kockott mit den Worten aufgegriffen: „Mir

scheint es sinnvoll, vorrangig die Grundfreiheit zu prüfen, die unter Berücksichtigung des Ziels der einschlägigen nationalen Regelung und des Sachverhalts des Ausgangsrechtsstreits im Schwerpunkt betroffen ist“ (C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6376 Rz. 18). Diese Feststellung lässt sich gewiss auch im Sinne eines prozessökonomischen Kriteriums deuten, doch spricht manches dafür, dass mit der „Schwerpunkt“-Betrachtung für bestimmte Sachverhalte ein *Vorrang* der Niederlassungsfreiheit festgelegt werden soll.

In seiner jüngeren Rechtsprechung hat der Gerichtshof diese Ansätze zu einer – von ihm selbst so genannten – festen Rechtsprechung verdichtet, wonach die Niederlassungsfreiheit Vorrang vor der Kapitalverkehrsfreiheit (und nicht umgekehrt) zukommen soll, wenn die jeweilige nationale Regelung „vorwiegend“ den Niederlassungsvorgang betrifft. Dies gilt für die Urteile *Cadbury Schweppes* (EuGH 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 Rz. 32), *Test Claimants* (EuGH 12.12.2006, C-446/04, Slg. 2006, I-11753 Rz. 118), *Test Claimants* (EuGH 13.3.2007, C-524/04, Slg. 2007, I-2107 Rz. 33) und *Oy AA* (EuGH 18.7.2007, C-231/05, Slg. 2007, I-6373 Rz. 23). Stellen die Auswirkungen für die Kapitalverkehrsfreiheit eine „unvermeidliche Konsequenz“ der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, „rechtfertigen“ sie keine eigenständige Prüfung im Hinblick auf Art. 56 EG (EuGH 18.7.2007, C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373 Rz. 24) und Art. 49 EG (EuGH 12.9.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995 Rz. 33; zuletzt EuGH 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants*, Rz. 73).

ccc. Ergebnisse

(1) Im *Ergebnis* zeigt sich, dass die Rechtsprechung zur Konkurrenz der hier in Frage stehenden Grundfreiheiten, soweit sie sich auf *Binnmarktsachverhalte* bezieht, im Grundsatz von einer parallelen Anwendung der Grundfreiheiten ausgeht. Dies gilt auch und vor allem, wenn die fragliche nationale Regelung nicht auf einen Beteiligungserwerb beschränkt ist, der sich als Niederlassungsvorgang darstellt (so zuletzt etwa EuGH 12.12.2006, C-374/04, *Test Claimants*, Slg. 2006, I-11673 Rz. 37; EuGH 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants*, Slg. 2006, I-11753 Rz. 37-38).

(2) Wenn und soweit die Niederlassungsfreiheit neben der Kapitalverkehrsfreiheit im Einzelfall nicht geprüft worden ist, mag dies auch und vor allem damit zusammenhängen, dass vom Sachverhalt her kein Niederlassungsvorgang gegeben war oder aber die Prüfung der Kapitalverkehrsfreiheit näher gelegen hat. Dabei mag auch die Zweckrichtung der staatlichen Maßnahme eine Rolle gespielt haben: War Gegenstand der Prüfung eine staatliche Regelung, die *unabhängig* von

Kriterien, die auf den Erwerb einer Niederlassung oder ihrer Tätigkeit bezogen waren, den Kapitalverkehr beschränkt haben, lag die Erörterung der Kapitalverkehrsfreiheit natürlich schon deswegen auf der Hand, weil auch Beschränkungen des Kapitalverkehrs ohne Bezug zu einer Niederlassung gegeben waren. Der Umstand, dass mit solchen *allgemein* den Kapitalverkehr betreffenden Beschränkungen *auch* die Ausübung der Niederlassungsfreiheit erschwert wird, erfordert deren eigenständige Prüfung (aus prozessökonomischen Gründen) nicht zwingend. Allerdings geht es hier dann auch nicht um einen Vorrang der Kapitalverkehrsfreiheit oder eine einseitige Zuordnung,⁴ sondern allein um prozessökonomische Erwägungen.

(3) Setzt die staatliche Regelung dagegen unmittelbar am Niederlassungsvorgang oder an der Ausübung einer niederlassungsspezifischen Tätigkeit an (etwa die Beziehungen innerhalb eines Unternehmensverbundes betreffend), handelt es sich also gerade nicht um eine *allgemein* den Kapitalverkehr betreffende Regelung, liegt die *alleinige* Prüfung der Niederlassungsfreiheit dann auf der Hand, wenn die *spezifisch* die Niederlassungsfreiheit einschränkende Regelung unmittelbar und zwangsläufig auch Einschränkungen des Kapitalverkehrs bewirkt.

(4) Diese Analyse wird bestätigt durch das Urteil des EuGH im „VW“-Verfahren (EuGH 23.10.2007, C-112/05): Die hier gegebenen Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit lagen in der Begrenzung der Stimmrechte auf 20%, der Festlegung der Sperrminorität auf 20% sowie dem Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat. Diese Beschränkungen setzen nicht nur an der Begründung eines Erwerbs an, der unter die Niederlassungsfreiheit fällt, sondern sie bedeuten eine ganz *allgemeine* Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit, die vom Gerichtshof deshalb auch geprüft wurde. Die Niederlassungsfreiheit wurde vom Gerichtshof zwar angesprochen, aber mangels Vortrags der Kommission nicht näher geprüft. Freilich findet sich im Urteil der Hinweis, dass das VW-Gesetz „zumindest teilweise“ die Situation einer eventuellen Übernahme von Volkswagen durch einen Aktionär, der einen dominierenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben möchte, im Blick habe (Rz. 14). Daraus lässt sich folgern: Da die Regelung nicht allein am Erwerb einer Niederlassung ausgerichtet ist, kann die Beschränkung des Kapitalverkehrs auch nicht als unmittelbare Konsequenz einer spezifisch die Niederlassungsfreiheit beschränkenden Regelung aufgefasst werden. Die Niederlassungsfreiheit hatte damit auch keinen Vorrang.

c. Die Rechtsprechung zu Drittstaaten-Sachverhalten

Die im Schrifttum geführte Diskussion um die Tragweite der Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaaten-Sachverhalten⁵ kann und soll hier nicht nachvollzogen werden. Es kann für Zwecke dieser

⁴ Insofern ist es auch konsequent, wenn EuGH 1.6.1999, C-302/97, Konle, Slg. 1999, I-3099, den Erwerb von Grundstückseigentum und dessen Beschränkung unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungs- wie auch Kapitalverkehrsfreiheit prüft.

⁵ Z.B. Schön in FS Wassermeyer (2005) 489; Sedemund, BB 2006, 2781; Krollop, ZRP 2008, 40; Bayer/Ohler, ZG 2008, 12; Dölker/Ribbrock, BB 2007, 1928.

Stellungnahme nur darum gehen, die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu analysieren und, soweit die Probleme noch nicht geklärt sind, die bisherige Rechtsprechung fortzudenken. Die folgenden Ausführungen orientieren sich daher auch nicht am rechtspolitisch Wünschbaren, sondern an den Vorgaben, wie sie sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs abzeichnen.

aa. Vorbemerkung

In der Rechtsprechung des Gerichtshofs wird die Frage der Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittländern als eine Frage des Vorrangs der Grundfreiheiten untereinander angesprochen (z.B. EuGH 3.10.2006, C-452/04, Fidium Finanz AG, Slg. 2006, I-9521 Rz. 27 ff.), obwohl sowohl die Dienstleistungs- wie auch die Niederlassungsfreiheit – anders als die Kapitalverkehrsfreiheit - keine erga omnes-Wirkung entfalten, also in Verhältnis zu Drittstaaten schlicht *unanwendbar* sind. In der Rechtsprechung wird deshalb auch nicht auf den persönlichen Anwendungsbereich (der nicht erfüllt ist), sondern insoweit *allein* auf den *sachlichen Anwendungsbereich* der beiden Grundfreiheiten abgestellt, soweit die Vorrang-Problematik angesprochen wird.

Man mag sich fragen, ob dieser vom Gerichtshof gewählte Ansatz wirklich zu überzeugen vermag. Denn in Wahrheit geht es gar nicht um eine Frage einer Konkurrenz von Grundfreiheiten untereinander und ihrem eventuellen Vorrang, sondern um die ganz andere Frage, ob und inwieweit die *Kompetenz* der Mitgliedstaaten, Fragen der grenzüberschreitend erbrachten *Dienstleistungen* und der *Errichtung und den Betrieb von Niederlassungen* in ihrem Gebiet durch Personen und Unternehmen aus Drittstaaten zu regeln (solange die Gemeinschaft nicht regelnd tätig geworden ist), durch die erga omnes wirkende Kapitalverkehrsfreiheit eingeschränkt ist. Für Zwecke dieser Stellungnahme soll freilich dem von der Rechtsprechung gewählten Ansatz gefolgt werden (der im Übrigen zu keinen abweichenden Ergebnissen führt).

Insoweit geht es auch nicht um die Gefahr eines Grundfreiheiten“vakuums“. Diese Redeweise wäre in doppelter Richtung *irreführend*: Zum einen kommen im Verhältnis zu Drittstaaten weder die Dienstleistungs- noch die Niederlassungsfreiheit zur Anwendung, weil es sich nicht um Binnenmarktsachverhalte handelt; die erga omnes-Wirkung des Art. 56 Abs. 1 (und Abs. 2) EG ist die Ausnahme und sie verfolgt andere Ziele. Zum anderen haben die Mitgliedstaaten bei Drittland-sachverhalten ihre durch die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit unberührte und nicht eingeschränkte Regelungskompetenz behalten. Diese *Grundentscheidung* darf nicht durch eine zu weitgehende Bestimmung des Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit unterlaufen werden.

bb. Gegenstand bzw. Zweck der Regelung

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs macht deutlich, dass für Drittland-Sachverhalte, ähnlich wie dies oben für Binnenmarktsachverhalte bereits angedeutet worden ist, die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten entscheidend vom „Gegenstand“ der betreffenden nationalen Regelung abhängt.⁶ Im Urteil *Holböck* heißt es etwa: „Für die Beantwortung der Frage, ob eine nationale Regelung unter die eine oder unter die andere Verkehrsfreiheit fällt, ist nach gefestigter Rechtsprechung auf den Gegenstand der betreffenden nationalen Regelung abzustellen“ (EuGH 24.5.2007, C-157/05, *Holböck*, Slg. 2007, I-4051 Rz. 22). In der englischen Fassung des Urteils ist hier von *purpose* (französisch: *objet*) bezüglich der Regelung die Rede: Es ist also zu bestimmen, welchen *Zweck* sie verfolgt: Geht es um eine *allgemeine Regelung* und Einschränkung des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs im Verhältnis zu Drittstaaten oder aber sollen Fragen geregelt werden, die sich *spezifisch* auf den Dienstleistungsverkehr oder das Niederlassungsrecht im Verhältnis zu gemeinschaftsfremden Personen und Unternehmen beziehen, mit denen zwangsläufig gewisse Einschränkungen des Kapitalverkehrs verbunden sind?

aaa. Das Urteil *Fidium Finanz AG* betraf die nach § 32 KWG erforderliche Erlaubnis für ausländische Kreditinstitute, die im Inland gewerbsmäßig Bankgeschäfte tätigen oder Finanzdienstleistungen erbringen wollen. Im konkreten Fall ging es um den Abschluss eines Kreditvertrages zwischen einer schweizerischen Bank und einem in Deutschland wohnhaften Kreditnehmer. Der Gerichtshof geht zurecht davon aus, dass das Erlaubniserfordernis des § 32 KWG bei einem Kreditvertrag sowohl den freien Kapitalverkehr wie auch den freien Dienstleistungsverkehr betrifft (EuGH 3.10.2006, C-452/04, *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521 Rz. 43) und will darauf abstellen, ob eine Freiheit gegenüber der anderen Freiheit als „völlig zweitrangig“ anzusehen ist (Rz. 34). Zur Entscheidung dieser Frage stellt der Gerichtshof wiederum maßgebend auf den *Zweck* der Erlaubnisregelung ab: Entscheidend wird, das es der Regelung um die *Überwachung* der Erbringung von Dienstleistungen und die *Aufsicht über die Unternehmen* (Rz. 45) und damit um den Zugang zum deutschen Finanzmarkt für in Drittstaaten ansässige Unternehmen geht (Rz. 49), die auf ihre (finanzielle) Zuverlässigkeit überprüft werden sollen; es geht nicht um die Kontrolle des Kapitalverkehrs. Die sich aus dieser Überwachung des Finanzmarktes ergebenden Beschränkungen für den Kapitalverkehr werden als „zwangsläufige Folge“ der Finanzmarktaufsicht charakterisiert (Rz. 49) – mit der Folge, dass die Regelungen nicht nach Art. 56 Abs. 1 EG geprüft werden.

⁶ Die im Folgenden beschriebene Rechtslage wird nicht immer hinreichend gewürdigt, z.B. bei Tietje, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutze vor „Staatsfonds“ – Rechtliche Grenzen eines neuen

Das Urteil macht deutlich: Regelungen der Kredit- und Versicherungsaufsicht haben selbstverständlich (notwendige) Auswirkungen auf den Kreditverkehr. Sie sind aber ihrer *Zielrichtung* nach Regelungen des Dienstleistungsverkehrs (und der Möglichkeit, Niederlassungen zu gründen). Wenn und soweit die Mitgliedstaaten im Verhältnis zu Drittstaaten die *Kompetenz* haben, den Zugang zu ihren Märkten zu regeln, dürfen sie diese Kompetenz auch ausüben, wenn die Regelungen den Kapitalverkehr beschränken.

bbb. In *Lasertec* behandelt der Gerichtshof eine frühere deutsche steuerrechtliche Regelung betreffend Gesellschafterfremdfinanzierung im Verhältnis zur Schweiz. Auch hier wirft der Gerichtshof die Frage auf, ob die steuerrechtliche Regelung unter die Kapitalverkehrsfreiheit fällt oder aber als Regelung anzusehen ist, die die Errichtung bzw. Tätigkeit einer Niederlassung betrifft und die Beschränkung des Kapitalverkehrs insoweit nur als „unvermeidliche Konsequenz“ der Niederlassungsfreiheit anzusehen ist (EuGH 10.5.2007, C-492/04, *Lasertec*, Slg. 2007, I-3775 Rz. 25). In *Lasertec* bezeichnet es der Gerichtshof – unter Verweis (in Rz. 19) auf eine Reihe von früheren Urteilen, unter anderem *Fidium Finanz AG* – als eine „feste Rechtsprechung“, „dass bei der Prüfung, unter welche Verkehrsfreiheit eine nationale Rechtsvorschrift fällt, der Gegenstand der fraglichen Regelung zu berücksichtigen ist“ (Rz. 19) und folgert daraus, dass nationale Vorschriften über den Besitz von Beteiligungen, die in den *sachlichen* (nicht: persönlich-geographischen) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen (Rz. 20) und sich in ihrem Regelungsanspruch auf solche Sachverhalte beschränken, auch *nur* (Rz. 24) unter diese Freiheit fallen, solange die Auswirkungen auf den Kapitalverkehr eine „unvermeidliche Konsequenz“ sind (Rz. 25) und damit keine überschießende Tendenz aufweisen.

ccc. Umgekehrt gilt, und dies macht die Entscheidung *Holboeck* (EuGH 24.5.2007, C-157/05, Slg. 2007, I-4051) deutlich: Eine nationale Steuerregelung, die sich in ihrem Anwendungsanspruch („Gegenstand“; *purpose*; Rz. 22) *nicht* auf solche Beteiligungen beschränkt, die als „Niederlassung“ zu qualifizieren sind, sondern einen *darüber hinausgehenden allgemeineren* Anwendungsanspruch erhebt, bezweckt nicht eine spezifische Regelung der Tätigkeit einer Niederlassung; von daher ist die Anwendung der Regelungen über den freien Kapitalverkehr *nicht* ausgeschlossen (Rz. 23). Dies gilt für Binnenmarktsachverhalte wie auch für Drittland-Sachverhalte gleichermaßen.⁷

Investitionsprotektionismus, Policy Papers on Transnational Economic Law No. 26, Dezember 2007, S. 5 f., in dem die jüngere Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Abgrenzung der Grundfreiheiten nicht behandelt wird.

⁷ In Binnenmarkt-Sachverhalten kommt die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG ins Spiel, wenn die allgemeine, den Kapitalverkehr beeinträchtigende Regelung auch auf Niederlassungssachverhalte zur Anwendung kommt, ohne allerdings die Kapitalverkehrsfreiheit zu verdrängen; EuGH 24.5.2007, C-157/04, *Holböck*, Slg. 2007, I-4051 Rz. 24. Das bedeutet, dass die vom Gerichtshof praktizierte Vorrangregel einseitig zu Lasten der Kapitalverkehrsfreiheit angewendet wird.

cc. Ergebnis

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt sich dahingehend *zusammenfassen*, dass nationale Regelungen, die den Kapitalverkehr mit Drittstaaten ganz *allgemein* erfassen, unter Art. 56 Abs. 1 EG fallen. Geht es hingegen um eine Regelung, die die Errichtung, den Erwerb oder die Tätigkeit von Niederlassungen zum Gegenstand hat, fällt dieser Vorgang in den *sachlichen* Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit (die allerdings nicht zugunsten von gemeinschaftsfremden Personen bzw. Unternehmen wirkt). Die Mitgliedstaaten haben insoweit noch eine insoweit uneingeschränkte Regelungskompetenz. Soweit mit einer solchen Regelung notwendig Beschränkungen des Kapitalverkehrs verbunden sind, sind diese hinzunehmen; Art. 56 Abs. 1 EG ist insoweit *un*anwendbar (EuGH 23.4.2008, C-201/05, Test Claimants, Rz. 106; st. Rspr.).

Dass damit Portfolioinvestitionen durch Gemeinschaftsfremde unter europarechtlichen Gesichtspunkten besser gestellt sind als Direktinvestitionen, die als Niederlassungsvorgang zu qualifizieren sind, ist nicht, wie man gelegentlich liest, „willkürlich“,⁸ sondern Konsequenz der unterschiedlichen Tragweite der Grundfreiheiten im Verhältnis zu Drittstaaten. Für diese unterschiedliche Behandlung gibt es gute Gründe. Sie könnte freilich durch eine Änderung des EG-Vertrags wie auch durch sekundäres Gemeinschaftsrecht abgemildert oder ganz beseitigt werden.

Die hier analysierte Rechtsprechung ist nicht auf ein bestimmtes Rechtsgebiet (etwa dem des Steuerrechts) beschränkt; sie betrifft vielmehr (in der Sicht des Gerichtshofs) die *Grundfrage* des Verhältnisses der Grundfreiheiten zueinander. Sie schafft weder ein – unbeabsichtigtes – Grundfreiheitenvakuum noch wird der Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten ausgehöhlt.⁹ Denn es ist noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass die Mitgliedstaaten aufgrund des EG-Vertrages die volle Regelungskompetenz behalten haben, den *Marktzugang* für gemeinschaftsfremde Personen und Unternehmen zu regeln und damit auch zu beschränken. Diese den Mitgliedstaaten verbliebene Regelungskompetenz würde – umgekehrt – ausgehöhlt, wollte man die erga omnes-Wirkung des Art. 56 Abs. 1 EG auch auf Niederlassungsvorgänge gemeinschaftsfremder, drittstaatlicher Unternehmen ausdehnen.

Sollten sich aus der Verschiedenheit nationaler Zugangsregelungen Probleme für den Binnenmarkt ergeben, besteht für die Gemeinschaft eine Regelungskompetenz, den Marktzugang für gemeinschaftsfremde Personen und Unternehmen zu regeln, soweit sie für den Binnenmarkt koordiniert werden können.

⁸ Schraufl, RIW 2007, 603 (606).

⁹ So etwa der Vorwurf bei Martini, DÖV 2008, 314 (318).

nierende Maßnahmen getroffen hat.¹⁰ Auf eine solche Regelung zielt etwa Art. 8a des Richtlinien-
vorschlags vom 19.9.2007 zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschrif-
ten für den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (2007) 528, wenn es dort heisst: „Unbeschadet der
internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft dürfen Übertragungsnetze oder Übertragungs-
netzbetreiber nicht von einer oder mehreren Personen aus Drittländern kontrolliert werden.“

d. Folgerungen für § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG, § 53 AWV

Die geplanten Regelungen des AWG und der AWV unterliegen *nicht* der Kontrolle der Kapital-
verkehrsfreiheit des Art. 56 Abs. 1 EG, soweit sie sich auf den Marktzugang *drittstaatlicher* Per-
sonen und Unternehmen bezieht und soweit ihr Gegenstand (*purpose*) sich auf den *sachlichen*
Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, also die Errichtung bzw. die Tätigkeit einer Nie-
derlassung, bezieht. Damit stellt sich die Frage nach dem *Niederlassungsbegriff* des Art. 43 EG.

3. Der Begriff der Niederlassung

Die Niederlassungsfreiheit umfasst nicht nur die Errichtung und Leitung von Agenturen, Zweig-
niederlassungen und Betriebsstätten, sondern auch die Errichtung und Leitung von Tochterunter-
nehmen (Art. 43 Abs. 1 EG).¹¹ Einen Niederlassungsvorgang stellen auch die Übernahme eines
bereits existierenden Unternehmens wie auch der Erwerb einer maßgeblichen Beteiligung an ei-
nem Unternehmen dar.

In „ständiger“ und „fester“ Rechtsprechung sieht der Gerichtshof einen Niederlassungsvorgang
dann als gegeben an, „wenn es um eine Beteiligung geht, die dem Inhaber einen sicheren Einfluss
auf die Entscheidungen der Gesellschaft verschafft und es ihm ermöglicht, deren Tätigkeiten zu
bestimmen“ (EuGH 23.10.2007, C-112/05, Kommission ./ BRD, Rz. 13; EuGH 23.4.2008, C-
201/05, Test Claimants, Rz. 38, 45; EuGH 18.7.2007, C-231/05, Oy AA, Slg. 2007, I-6373 Rz.
20; seit EuGH 13.4.2000, C-251/98, Baars, Slg. 2000, I-2787 Rz. 21 und 22; st. Rspr.). Von dieser
Definition des Niederlassungsvorgangs lässt sich der Gerichtshof auch in Sachverhalten mit Dritt-
staatenbezug leiten (EuGH 10.5.2007, C-492/04, Lasertec, Slg. 2007, I-3775 Rz. 20).

a. Abgrenzungen

¹⁰ S. dazu etwa von der Groeben/Schwarze (-Troberg/Tiedje), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union
und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Bd. I (2003), Vorbem. zu Art. 43 EG Rz. 38.

¹¹ Zum Begriff von der Groeben/Schwarze (-Troberg/Tiedje), Art. 43 EG Rz. 5 ff.

Zur Klarstellung sei betont, dass der Gerichtshof damit die sog. *Portfolioinvestitionen* („Finanzinvestitionen“) nicht als Niederlassungsvorgang ansieht (vgl. auch EuGH 23.4.2008, C-201/05, *Test Claimants*, Rz. 47). Der in Art. 57 Abs. 1, 2 EG verwendete Begriff der *Direktinvestition*, der in der Anlage I zur Richtlinie 88/361/EWG: als Beteiligung an bestehenden Unternehmen „zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen“ beschrieben wird, beschränkt sich im Übrigen in seiner Bedeutung auf die in Art. 57 EG geregelte Problematik der Kompetenzen der Mitgliedstaaten (Abs. 1) und der Gemeinschaft (Abs. 1) zur Regelung von Direktinvestitionen.

b. „Sicherer Einfluss“

Die eigentliche Problematik des Beteiligungserwerbs als Niederlassungsvorgang liegt in der Bestimmung des Begriffs des „sicheren Einflusses“ (bzw. „bestimmenden“ Einflusses¹²; *influence certaine; definite influence*) im Sinne dieser Rechtsprechung. Ob und welcher *Einfluss* über eine Beteiligung vermittelt wird, lässt sich dabei (nur) anhand des nationalen Gesellschaftsrechts und den in dessen Rahmen getroffenen Vereinbarungen beurteilen (GA Alber, C-251/98, Slg. 2000, I-2779 Rz. 33).

aa. Im Schrifttum ist der Begriff des „sicheren Einflusses“ bisweilen im Sinne einer „Kontrolle“ bzw. eines „beherrschenden Einflusses“ (also in der Regel einer Kapital- bzw. Stimmenmehrheit) verstanden worden.¹³ Damit wird „sicherer Einfluss“ im Sinne einer *positiven* Einflussmöglichkeit gedeutet.¹⁴

bb. In diese Richtung scheint auch der Gerichtshof im *Baars*-Urteil zu gehen (EuGH 13.4.2000, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 Rz. 20), wenn darin davon ausgegangen wird, dass Art. 43 EG erst berührt ist, wenn mit der Beteiligung eine „Kontrolle“ über oder eine „Leitung“ des Unternehmens verbunden ist. Freilich wird nicht näher geklärt, was darunter genau zu verstehen ist.¹⁵ Auf *Baars* wird in der Folgerechtsprechung verwiesen und im Sinne des Erfordernisses eines „sicheren Einflusses“ gedeutet (EuGH 18.7.2007, C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373 Rz. 20), ohne dass nähe-

¹² EuGH 13.3.2007, C-524/04, *Test Claimants*, Slg. 2007, I-2107 Rz. 27.

¹³ Z.B. Müller-Graff in FS Ulmer (2003) 929 (935 f.) – allerdings vor dem Urteil *Lasertec*; Weller, ZIP 2008, 857 (862).

¹⁴ So etwa auch Martini, DÖV 2008, 314 (318), der freilich verkennt, dass der Gerichtshof für die Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit darauf abstellt, dass die Regelung über den Niederlassungsvorgang hinaus greift.

¹⁵ S. aber den Hinweis, dass eine „wesentliche Beteiligung“ im Sinne des niederländischen Rechts in Höhe von einem Drittel nicht notwendig Kontrolle oder Leitung für Zwecke des Art. 43 EG begründet.

re Aussagen dazu getroffen werden (zuletzt EuGH 6.12.2007, C-298/05, *Columbus Container*, Rz. 30, mit Verweis auf *Baars*).

cc. Die Frage, was im Rahmen des anwendbaren Gesellschaftsrechts als „sicherer“ Einfluss anzusehen ist, hat der Gerichtshof zuletzt allerdings in seiner *Lasertec*-Entscheidung angesprochen: Eine gesetzliche Regelung, die bei Sachverhalten eingreifen soll, bei denen die gebietsfremde Gesellschaft zu „mehr als einem Viertel“ Gesellschaftsanteile an einer deutschen AG erwirbt und damit als „wesentlich“ beteiligt anzusehen sei (EuGH 10.5.2007, C-492/04, *Lasertec*, Slg. 2007, I-3775 Rz. 21), wird als Niederlassungsvorgang eingestuft. Entscheidend wird hier, dass nach den Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers ein Kapitalanteil von 25% einen „sicheren Einfluss“ auf die Entscheidungen der Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen vermag (Rz. 22). Dass der Gerichtshof die Einschätzung des „sicheren Einfluss“ im Vorlageverfahren der Bestimmung durch den Mitgliedstaat überlässt, entbindet (im Hinblick auf ein mögliches Vertragsverletzungsverfahren) freilich nicht davon, einleuchtende Kriterien des „sicheren Einflusses“ zu formulieren.

Für das deutsche Aktienrecht wird man im Hinblick auf die mit einem 25%-Stimmenanteil verbundene *Sperrminorität* bei der Änderung der Satzung (und im GmbH-Recht zur Änderung des Gesellschaftsvertrags) einen „bestimmenden“ Einfluss annehmen dürfen.¹⁶ Offensichtlich hat es der Gerichtshof in der *Lasertec*-Entscheidung ausreichen lassen wollen, dass über die Beteiligung *einiger* Einfluss ausgeübt werden kann. Dass ein Viertel des Kapitalanteils einen „beherrschenden“ Einfluss oder eine „Kontrolle“ vermittelt, wird insoweit nicht verlangt. Damit korrespondieren weitere Feststellungen des Gerichtshofs. Im *Überseering*-Urteil (EuGH 5.11.2002, C-208/00, Slg. 2002, I-9919 Rz. 77) grenzt der Gerichtshof den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit *negativ* dahingehend aus, dass es sich um den Erwerb einer Beteiligung handelt, die nicht einen „gewissen Einfluss“ auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht und bei dem kein Einfluss auf die Tätigkeiten der Gesellschaft ausgeübt werden kann. GAin Kockott (C-174/04, Kommission ./ Italien, Slg. 2005, I-4935 Rz. 22) sieht „Direktinvestitionen“, also Beteiligungen, die dem Erwerber die Möglichkeit geben, an der Verwaltung und Kontrolle der Gesellschaft *mitzuwirken* (*to play a role*), als in den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallend an: Insofern sollen bloße *Mitwirkungsmöglichkeiten* für einen „sicheren“ bzw. „bestimmenden“ Einfluss ausreichen, um einen Niederlassungsvorgang zu begründen.

¹⁶ Bayer/Ohler, ZG 2008, 12 (23 Fn. 72); Germelmann, EuZW 2008, 596 (597); wohl auch Krolow, ZRP 2008, 40 (43) – in Abgrenzung zu sog. reinen Portfolioinvestitionen; im Ergebnis auch Schäfer/Volland, RIW 2008, 166 (170) – ohne Begründung in der Sache.

dd. „Sicherer“ Einfluss kann aber auch unabhängig von festen Anteils- bzw. Stimmrechtsschwellen bezüglich der Beteiligungen begründet werden, etwa bei einer geringeren Beteiligung durch entsprechende Abreden über die Stimmausübung, die einen der Mindestbeteiligung äquivalenten, beherrschenden Einfluss verschafft (EuGH 10.5.2007, aaO, Rz. 22). Schließlich kann eine einen sicheren Einfluss vermittelnde Beteiligung auch durch mehrere (zusammenwirkende) Personen erworben werden (vgl. EuGH 23.4.2008, C-201/05, Test Claimants, Rz. 46: „eine oder mehrere ... Personen“).

c. Folgerungen

Auch wenn der Gerichtshof noch nicht abschließend geklärt hat, welcher Art der „sichere Einfluss“ auf eine Gesellschaft sein muss und welcher Grad der Einflussnahme notwendig ist, um einen Niederlassungsvorgang zu begründen (und damit die Kapitalverkehrsfreiheit zu verdrängen), so lassen sich doch einige Folgerungen ziehen, die sich aus der bisherigen Rechtsprechung ergeben.

- (1) Unter den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt jede Beteiligung, die auf einen Erwerb von Einfluss auf die Leitung des Unternehmens zielt. Ob ein relevanter Einfluss entfaltet werden kann, richtet sich nach dem anwendbaren Gesellschafts- und Vertragsrecht. Sperrminoritäten und vertragliche Regelungen, die einen vergleichbaren Einfluss vermitteln, begründen einen Niederlassungsvorgang.
- (2) Dass – wie im Schrifttum behauptet wird – „hohe Anforderungen“ an eine Verdrängungswirkung der Niederlassungsfreiheit gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit zu stellen sind,¹⁷ lässt sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht entnehmen.
- (3) Soweit im Schrifttum für einen Niederlassungsvorgang eine Beteiligung von mindestens 50% (der Kapitalanteile) oder bei einer niedrigeren Beteiligungsquote eine tatsächliche *Kontrolle* des Unternehmens verlangt wird,¹⁸ wird der davon abweichende Standard in der *Lasertec*-Entscheidung nicht hinreichend beachtet: Von „beherrschendem“ Einfluss auf die Zielgesellschaft ist dort nur im Zusammenhang mit einer geringeren Beteiligungsquote als einem Viertel die Rede (Rz. 22), während in der Beteiligungsquote von einem Viertel eine für den Niederlassungsvorgang „wesentliche“ Beteiligung gesehen wird (Rz. 21): Die Diskussion des Anteilserwerbs mit geringerer Beteiligung als einem Viertel in diesem Urteil

¹⁷ So Martini, DÖV 2008, 314 (318). Der Autor räumt selbst ein, dass das *Lasertec*-Urteil in eine andere Richtung weist (S. 318-319, mit freilich nicht überzeugender Eingrenzung).

¹⁸ Weller, ZIP 2008, 857 (862).

(in Rz. 22) basiert im Übrigen auf der Annahme, dass eine Viertel-Beteiligung nach deutschem Recht einen „sicheren“ Einfluss vermitteln würde.¹⁹

- (4) Im Schrifttum ist auch eine Eingrenzung der Regelungen im AWG und in der AWV auf *börsennotierte* Gesellschaften vorgeschlagen worden, wobei zusätzlich die Eingriffsschwelle auf 30% der Stimmrechte angehoben werden soll.²⁰ Dieser Vorschlag kann sich nicht auf Erfordernisse des primären Gemeinschaftsrechts stützen; es geht insoweit allein um die rechtspolitische Frage einer sinnvollen Begrenzung der Überprüfungstätigkeit. Ob der Verweis auf die 30%-Regelung bezüglich der Stimmrechte beim Kontrollerwerb iSv § 29 Abs. 2 WpÜG wirklich zielführend ist, erscheint schon deshalb zweifelhaft, weil der Kontrollbegriff hier an den spezifischen Normzwecken des WpÜG ausgerichtet ist und mit denen anderer Gesetze (KWG; GWB; AktG) nicht übereinstimmt.²¹
- (5) Die Tatsache, dass der deutsche Gesetzgeber für die Überprüfung eines Beteiligungserwerbs nicht auf den erworbenen Kapitalanteil, sondern auf die *Stimmrechte* abstellen will, macht deutlich, dass es dem Gesetzgeber nicht um die Abwehr von Portfolioinvestitionen, also um die Beschränkung des Kapitalverkehrs geht, sondern dass „Gegenstand“ (Zweck) der Regelung allein ein Niederlassungsvorgang sein soll. Da die gewählte Schwelle (25%) dem Inhaber eine Sperrminorität und durch diese Vetoposition dauerhaften Einfluss verschafft, ist ein Niederlassungsvorgang anzunehmen, ohne dass es darauf ankommt, dass bei niedriger Hauptversammlungspräsenz der Inhaber der Sperrminorität sogar eine Mehrheitsposition innehaben mag. Von daher ist insoweit die Kapitalverkehrsfreiheit iSv Art. 56 Abs. 1 EG unanwendbar. Auf die Frage der Rechtfertigung braucht und kann daher nicht eingegangen zu werden.
- (6) Die in § 53 Abs. 1 AWV formulierten Zurechnungsregeln hinsichtlich der Stimmrechte beziehen sich auf einen den Niederlassungsvorgang begründenden Tatbestand. Sie verlassen im Lichte der *Lasertec*-Entscheidung nicht den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.

4. Keine „verdeckte“ Regelung des Kapitalverkehrs

a. Bei den Regelungen der § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG, § 53 AWV handelt es sich auch nicht unter dem Mantel eines Niederlassungsvorgangs eingefügte Regelungen, die in Wahrheit allein den Kapitalverkehr steuern wollen. Schon der Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG bezieht sich auf Erwerbs-

¹⁹ In diesem Sinne auch Bayer/Ohler, ZG 2008, 12 (23 Fn. 72).

²⁰ Krolop, ZRP 2008, 40 (41).

²¹ Schwark (-Noack), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 3. Aufl. (2004), § 29 WpÜG Rz. 12.

vorgänge, die die „öffentliche Ordnung und Sicherheit“ der Bundesrepublik Deutschland gefährden und nimmt damit (über § 7 Abs. 1 Nr. 4 AWG des Gesetzesvorschlags) Bezug auf die durch das Gemeinschaftsrecht geprägte enge Begrifflichkeit. Vorausgesetzt wird nach § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung ..., die ein Grundinteresse der Gemeinschaft berührt.“ Damit nimmt der Gesetzesvorschlag Bezug auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, die insoweit eine mögliche Rechtfertigung von Beschränkungen der binnenmarkt-orientierten Kapitalverkehrsfreiheit zugelassen hat: In *Kommission ./ Belgien* hat der Gerichtshof die Sicherstellung der Energieversorgung im Krisenfall als ein legitimes öffentliches Interesse anerkannt (EuGH 4.6.2002, C-503/99, Slg. 2002, I-4809 Rz. 46) und dies in *Kommission ./Spanien* dahingehend ergänzt, dass auch die Erbringung von Dienstleistungen in den Sektoren Erdöl und Telekommunikation im Krisenfall einen „Grund für die öffentliche Sicherheit“ darstellen können (EuGH 13.5.2003, C-463/00, Slg. 2003, I-4581 Rz. 71), und schließlich in *Kommission ./ Niederlande* auch die Gewährleistung einer Dienstleistung von „allgemeinem Interesse“ wie dem postalischen Universaldienst dazugerechnet (EuGH 28.9.2006, C-282/04 und C-283/04, Slg. 2006, I-9141 Rz. 38), während wirtschaftspolitische Ziele (Wahl eines strategischen Partners, Stärkung der Wettbewerbsstrukturen des betreffenden Marktes, Modernisierung und Steigerung der Leistungsfähigkeit der Produktionsmittel) nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden können (EuGH 4.6.2002, C-C-367/98, *Kommission ./ Portugal*, Slg. 2002, I-4731 Rz. 52).

b. Es geht in unserem Zusammenhang freilich *nicht* um die *Rechtfertigung* einer Beschränkung der Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit, sondern *allein* um den Nachweis, dass *Gegenstand (purpose)* der am Niederlassungsvorgang ansetzenden Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG nicht der Kapitalverkehr, sondern ein *elementares Sicherheitsinteresse* der Bundesrepublik Deutschland ist, das über eine Regelung des Niederlassungsvorgangs zielgenau angegangen wird, weil mit der Gewinnung eines „sicheren Einflusses“ zumindest die Sicherheitsinteressen in plausibler Weise berührt sind. Von einer verdeckt auf die Einschränkung des Kapitalverkehrs zielende Regelung kann deshalb keine Rede sein. Daher bleibt es bei dem oben gefundenen Ergebnis, dass die Regelung in den sachlichen (aber nicht in den persönlichen) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt und mithin die Kapitalverkehrsfreiheit verdrängt.²² Da der persönliche An-

²² Soweit die Gesetzesbegründung – wohl auf einer älteren Fassung des Gesetzesvorschlags basierend – im Hinblick auf die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit ausführlich die Frage der Rechtfertigung thematisiert, sind diesen Ausführungen die Grundlage dadurch entzogen, dass – anders als früher – im Grundsatz § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG auf den Erwerb gebietsansässiger Unternehmen durch gemeinschaftsansässige Unternehmen keine Anwendung finden soll. Soweit davon für Umgehungstatbestände eine Ausnahme gemacht werden soll, müsste die Gesetzesbegründung dem Umgehungsfall mehr Aufmerksamkeit widmen.

wendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nicht eröffnet ist, verstößt die Regelung *insoweit* nicht gegen europäisches Primärrecht.

Ergebnis: Die Regelungen des AWG und der AWV im Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 30.10.2008 erweisen sich *insofern* als mit dem primären Gemeinschaftsrecht vereinbar, als sie die qualifizierte Beteiligung von Personen und Unternehmen *aus Drittstaaten* an gebietsansässigen Unternehmen regeln.

III. Binnenmarktsachverhalte

§ 53 Abs. 1 Satz 1 AWV erstreckt den Anwendungsanspruch des § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG auf den Erwerb einer Beteiligung an einem gebietsansässigen Unternehmen auf solche Fälle, in denen die Beteiligung durch ein *gemeinschaftsansässiges* Unternehmen erworben wird, an dem ein Gemeinschaftsfremder mindestens 25% der Stimmrechte hält. Die geplante Regelung erstreckt damit die vorgesehene Prüfung eines Beteiligungserwerbs als Niederlassungsvorgang auf *gemeinschaftsansässige* Unternehmen und bewegt sich damit nicht nur im *sachlichen*, sondern auch im *persönlichen Anwendungsbereich* der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EG. Die Regelung muss damit, da insoweit wiederum der Vorrang der Niederlassungsfreiheit eingreift, den Anforderungen dieser Grundfreiheit entsprechen.

1. Regelungszweck

Die geplante Erstreckung des § 53 Abs. 1 AWV hat bisher im Schrifttum nur wenig Beachtung gefunden.²³ Immerhin hat der Sachverständigenrat beim Bundesministerium der Wirtschaft und Technologie in seinem den Staatsfonds gewidmeten Gutachten (unter No. 621) darauf hingewiesen, dass Gesellschaften aus Drittstaaten geneigt sein mögen, Beteiligungsverbote oder – beschränkungen der Mitgliedstaaten dadurch zu umgehen versuchen, dass sie ein Tochterunternehmen in einem EU-Staat gründen, um über dieses Tochterunternehmen sich an Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu beteiligen (sog. Beteiligungsvehikel). Die Regierungsbegründung zu § 53 AWV nimmt darauf implizit Bezug, wenn es dort heißt:

²³ S. aber immerhin Germelmann, EuZW 2008, 596 (599) zur Gefahr der Umgehung.

„Zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften wird ein gemeinschaftsansässiges Unternehmen als gemeinschaftsfremd angesehen, wenn ein Gemeinschaftsfremder mit mindestens 25 Prozent der Stimmrechte daran beteiligt ist.“

Im Folgenden ist zunächst auf die Frage einzugehen, ob solche gemeinschaftsansässige Unternehmen nicht als drittstaatliche Unternehmen (mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen) angesehen werden können oder gar müssen.

2. Anwendung der Niederlassungsfreiheit?

a. Kontrolltheorie?

Gem. Art. 48 EG wird der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit für alle Gesellschaften eröffnet, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet sind *und* die ihren Satzungssitz, ihre Hauptverwaltung *oder* ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben. Keine Bedeutung hat die (mangelnde) Verknüpfung der *Gesellschafter* zur Gemeinschaft. Art. 48 EG hat jeglicher Form der „Kontrolltheorie“ eine Absage erteilt.²⁴ Dies hat zur Konsequenz, dass auch dann, wenn eine gemeinschaftsansässige Gesellschaft sich im Eigentum von drittstaatlichen Unternehmen oder natürlichen Personen befindet, die Gesellschaft selbst voll (und der Gemeinschaftsfremde zumindest mittelbar) in den Genuss der Niederlassungsfreiheit kommt.²⁵

Die Problematik ist bei der Ausarbeitung des EWG-Vertrags zwischen den Mitgliedstaaten diskutiert worden. Der von der italienischen und französischen Delegation gemachte Vorschlag eines Artikel 58 Abs. 3 EWGV, der die Kontrolltheorie festschreiben sollte, ist von den anderen Delegationen abgelehnt worden. Das Argument der „Briefkastenfirmen“ als Instrument drittstaatlicher Unternehmen ist damals viel erörtert und durch das Ansässigkeitskriterium (Hauptverwaltung, Hauptniederlassung oder Satzungssitz) ausgeräumt worden.²⁶

b. Gleichbehandlung aller gemeinschaftsansässigen Unternehmen

²⁴ Vgl. EuGH 25.7.1991, C-221/89, Factortame II, Slg. 1991, I-3905 Rz. 30; einhellige Meinung im Schrifttum; z.B. von der Groeben/Schwarze (-Troberg/Tiedje), Art. 48 EG Rz. 1, 38; Schwarze (-Müller-Huschke), EU-Kommentar (2000), Art. 48 EGV Rz. 8; Streinz (-Müller-Graff), EUV/EGV (2003), Art. 48 EGV Rz. 10; Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. (2007), Art. 48 EGV Rz. 6.

²⁵ Vgl. Germelmann, EuZW 2008, 596 (599).

²⁶ Von der Groeben/Schwarze (-Troberg/Tiedje), Art. 48 EG Rz. 39.

Der Beteiligungserwerb betreffend gebietsansässiger Unternehmen durch gemeinschaftsansässige Unternehmen iSv Art. 48 EG wie auch durch in einem EFTA-Mitgliedstaat ansässige Unternehmen soll gem. § 7 Abs. 2 Nr. 6 Satz 2 AWG von einer Prüfung freigestellt sein.

aa. Soweit § 53 Abs. 1 AWV gemeinschaftsansässige Unternehmen *als gemeinschaftsfremd* qualifizieren und damit einer Prüfung wie bei einem gemeinschaftsfremden Unternehmen unterziehen will, ist diese Regelung offensichtlich *nicht* von ihrer *Ermächtigungsgrundlage* im AWG gedeckt. § 7 Abs. 2 Nr. 6 Satz 1 AWG handelt nur von dem Erwerb durch gemeinschaftsfremde Unternehmen; die Norm bedürfte insoweit einer Ergänzung.

bb. Da § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG (iVm § 53 Abs. 1 AWV) im Grundsatz auf *jede* Überprüfung des Erwerbs gebietsansässiger Unternehmen durch gemeinschaftsansässige Unternehmen verzichten will, davon aber eine Ausnahme zu Lasten derjenigen Unternehmen macht, an denen Gemeinschaftsfremde mindestens 25% der Stimmrechte halten, *differenziert* die Regelung in der Behandlung gemeinschaftsansässiger Unternehmen untereinander aufgrund eines *Kriteriums*, das *an die Kontrolltheorie angelehnt* ist und insoweit als *unzulässig* anzusehen ist. Eine solche Diskriminierung zulasten bestimmter gemeinschaftsansässiger Unternehmen lässt sich auch nicht mit den in Art. 46 Abs. 1 EG vorgesehenen Gründen der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ rechtfertigen: Die unterschiedliche Behandlung gemeinschaftsansässiger Unternehmen untereinander ließe sich im Rahmen der Niederlassungsfreiheit nur rechtfertigen, wenn sich nachweisen ließe, dass die durch die in Frage stehende Regelung zu schützenden Rechtsgüter („öffentliche Sicherheit“, „öffentliche Ordnung“) im Hinblick auf Unternehmen im Beteiligungsbesitz *gemeinschaftsfremder* Unternehmen in anderer und gravierenderer Weise gefährdet sind als bei den übrigen gemeinschaftsangehörigen Unternehmen, bei denen auf *jede Prüfung verzichtet* wird. Dieser Nachweis wird sich nur schwer erbringen lassen.

Für den Gesetzgeber gibt es daher nur die Alternativen, entweder eine Beteiligungskontrolle gegenüber *allen* gemeinschaftsansässigen Unternehmen in den engen Grenzen, die dafür Art. 43, 48, 46 Abs. 1 EG setzen, zu verwirklichen, oder auf eine Überprüfung aller gemeinschaftszugehörigen Unternehmen *zu verzichten*.

Die engen Grenzen, die die Art. 43, 48 EG für eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ziehen, sind in der Rechtsprechung dahingehend konkretisiert worden, dass die Mitgliedstaaten für gegenüber gemeinschaftsangehörigen Unternehmen *diskriminierende* Regelungen sich nicht auf

die „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“, sondern nur auf die Schutzklausel des Art. 46 Abs. 1 EG berufen können, wobei eine Berufung auf die „öffentliche Sicherheit“ nur in Frage kommen soll, wenn eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“ (st. Rspr; z.B. EuGH 13.5.2003, C-463/00, Kommission ./ Spanien, Slg. 2003, I-4581 Rz. 72). Damit geht der Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG konform.

Freilich muss die Regelung den Anforderungen der *Bestimmtheit* in der Weise genügen, dass die Betroffenen ihre Rechte erkennen können und eine wirksame gerichtliche Kontrolle möglich ist (EuGH 13.5.2003, aaO, Rz. 74-75; EuGH 28.9.2006, C-282/04 und C-283/04, Kommission ./ Niederlande, Slg. 2006, I-9141 Rz. 40). Dazu gehört zum einen, dass die betroffenen Sektoren, die für die „Sicherheit“ der Bundesrepublik von Bedeutung sind, (zumindest in der AWW) im einzelnen spezifiziert werden (EuGH 13.5.2003, aaO, Rz. 78; EuGH 4.6.2002, C-503/99, Kommission ./ Belgien, Slg. 2002, I-4809 Rz. 50 f.) und zum anderen, dass die konkreten objektiven Umstände benannt werden, von denen eine Untersagung abhängen soll (EuGH 13.5.2003, aaO, Rz. 74). Beide Anforderungen werden durch die derzeitige Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG nicht erfüllt.

Im Übrigen muss die Regelung – hier in Form der Untersagung eines Erwerbs – dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen und damit geeignet und erforderlich sein, das Ziel des Schutzes der „Sicherheit“ der Bundesrepublik zu gewährleisten. Hinsichtlich der Erforderlichkeit einer möglichen Untersagung eines Beteiligungserwerbs wird man sich *branchenspezifisch* die Frage stellen müssen, ob es im Verhältnis zur Beteiligungsbeschränkung nicht mildere Mittel gibt, um den Schutz der „Sicherheit“ der Bundesrepublik zu gewährleisten. Dies erfordert eine nach Sektoren *differenzierende* Regelung, die auf die Existenz einer *Regulierungsbehörde* und den Möglichkeiten ihres Eingreifens ebenso Rücksicht nimmt wie auf die Setzung von *Verhaltenspflichten* für Unternehmensentscheidungen, bei deren Verletzung dann mit wirksamen Sanktionen reagiert werden könnte.

3. Missbrauch der Niederlassungsfreiheit?

Im Hinblick auf die Intention des Vorschlags in § 53 Abs. 1 AWW, eine *Umgehung* der Überprüfung eines Beteiligungserwerbs durch ein gemeinschaftsfremdes Unternehmen zu verhindern, mag man überlegen, ob die in Frage stehende Regelung hinsichtlich der *gemeinschaftsansässigen* Unternehmen nicht deshalb aus dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit herausfällt, weil es in

der Sache um die Bekämpfung eines *Missbrauchs* der Niederlassungsfreiheit (in ihrem persönlichen Anwendungsbereich) geht. Einer solchen Argumentation steht jedoch sowohl die Grundkonzeption des Art. 48 EG wie auch die Gemeinschaftspraxis entgegen.

a. Nochmals: Ablehnung der Kontrolltheorie

Art. 48 EG ist – wie bereits erläutert – als eine *Entscheidung gegen die Kontrolltheorie* zu verstehen. Dies bedeutet: Während die Mitgliedstaaten den (qualifizierten Beteiligungs-) Erwerb gebietsansässiger Unternehmen durch Unternehmen aus Drittstaaten ohne weiteres - und ohne gegen die Niederlassungsfreiheit zu verstoßen - verhindern können, stehen die gemeinschaftszugehörigen Erwerber unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit. Die Entscheidung *gegen die Kontrolltheorie* bedeutet, dass Drittstaatunternehmen mittelbar in den Genuß der Niederlassungsfreiheit gelangen können, wenn sie ein Unternehmen übernehmen oder sich daran beteiligen, wenn dieses die Kriterien des Art. 48 EG erfüllt. Verwirklichen drittstaatliche Unternehmen diesen von den Vätern des EWG-Vertrags gesehenen und in Kauf genommenen Tatbestand,²⁷ kann dies keinen „Missbrauch“ der Niederlassungsfreiheit darstellen. Ansonsten würde die Kontrolltheorie auf anderem Wege wieder in den EG-Vertrag geschmuggelt.

Von diesem Standpunkt aus ist es allein Sache des jeweiligen Mitgliedstaats, in dem ein Unternehmen von Gemeinschaftsfremden gegründet oder eine Beteiligung, die sicheren Einfluss vermittelt, von Gemeinschaftsfremden erworben wird, zu entscheiden, ob ein möglicher Einfluss Gemeinschaftsfremder toleriert oder beschränkt werden soll. Werden die Divergenzen in der von den Mitgliedstaaten diesbezüglich betriebenen Politik zu groß, ist es Sache der Gemeinschaft, einheitliche Standards für die Erwerbstätigkeit Gemeinschaftsfremder zu setzen.

b. Ausnutzung eines Regelungsgefälles

In der Gemeinschaftspraxis ist anerkannt, dass es keine mißbräuchliche Praxis darstellt, wenn eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat mit dem Ziel gegründet wird, dort in den Genuss vorteilhafter Rechtsvorschriften zu kommen, - und dies auch dann, wenn die geschäftliche Tätigkeit im Wesentlichen in *anderen* Mitgliedstaaten, die strengere Regelungen kennen, erfolgen soll (EuGH 9.3.1999, C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459 Rz. 27; EuGH 30.9.2003, C-167/01, Inspire Art, Slg. 2003, I-10155 Rz. 96; EuGH 12.9.2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, Slg. 2006, I-7995

²⁷ Zu verweisen ist noch einmal auf von der Groeben/Schwarze (-Troberg/Tiedje), Art. 48 EG Rz. 39.

Rz. 37; GAin Stix-Hackl, C-452/04, Fidium Finanz AG, Slg. 2006, I-9524 Rz. 87). Diese Rechtsprechung lässt sich *ohne weiteres* auch auf den Erwerb von Beteiligungen als Niederlassungsvorgang *übertragen*: Investitionen und die Begründung von Niederlassungen durch Gemeinschaftsfremde in Mitgliedstaaten, die solche Vorgänge keiner Kontrolle bzw. Überprüfung unterziehen, sind *nicht deshalb missbräuchlich*, weil die Gemeinschaftsfremden damit ein evtl. *Regelungsfälle* zwischen den Mitgliedstaaten ausnutzen. Dies gilt nicht nur für das Gesellschaftsrecht, sondern für alle mitgliedstaatlichen Regelungen, also auch die hier in Frage stehenden Regelungen des Außenwirtschaftsrechts.

c. Rein künstliche Gestaltungen

Zugleich hat der Gerichtshof in jüngster Zeit in vorsichtiger Nuancierung seiner „Centros“-Rechtsprechung judiziert, dass eine nationale Maßnahme, die die Niederlassungsfreiheit beschränkt, *gerechtfertigt* sein kann, „wenn sie sich speziell auf rein künstliche Gestaltungen bezieht, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu entgehen“ (EuGH 12.9.2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, Slg. 2006, I-7995 Rz. 51; EuGH 13.3.2007, C-524/04, Test Claimants, Slg. 2007, I-2107 Rz. 72; EuGH 23.4.2008, C-201/05, Test Claimants, Rz. 76).

Diese jüngere Rechtsprechung betrifft die Gründung von Tochterunternehmen in anderen Mitgliedstaaten ohne jede eigenständige geschäftliche Tätigkeit allein zum Zweck der Erreichung steuerlicher Vorteile. Der Gerichtshof betont diesbezüglich, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit „nur dann mit Gründen der Bekämpfung missbräuchlicher Praktiken“ gerechtfertigt werden kann, „wenn das spezifische Ziel der Beschränkung die Verhinderung von Verhaltensweisen ist, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktionen zu dem Zweck zu errichten, die Steuer zu umgehen, die normaler Weise auf die durch Tätigkeiten im Inland erzielten Gewinne zu zahlen ist“ (EuGH 12.9.2006, aaO, Rz. 55; EuGH 13.3.2007, aaO, Rz. 74; EuGH 23.4.2008, aaO, Rz. 77).

Daraus folgt, dass künstliche Umgehungskonstruktionen zwar nicht aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit herausfallen, die Mitgliedstaaten aber insoweit nicht den engen Schranken des Beschränkungsverbots unterworfen sind. Die Bundesrepublik könnte im Hinblick auf diese Rechtsprechung reine „Beteiligungsvehikel“ den (rechtlich unangreifbaren) Prüfungsstandards unterwerfen, die sie im Verhältnis zu drittstaatlichen Unternehmen anwendet. Allerdings lässt der

Wortlaut der in § 53 Abs. 1 Satz 1 AWW gefundene Regelung noch nicht einmal im Ansatz erkennen, dass die Norm allein künstliche Umgehungsgestaltungen erfassen soll. Dieser Regelungszweck müsste sich in der Formulierung eindeutig niederschlagen.

Eine rein künstliche Konstruktion wird man annehmen können, wenn das Unternehmen, das gegründet, oder an dem eine Beteiligung erworben wird, über keine eigenständige Organisation verfügt (Geschäftsräume, Personal, Ausrüstungsgegenstände; EuGH 12.9.2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, Slg. 2006, I-7995 Rz. 65, 67; EuGH 23.4.2008, C-251/05, Test Claimants, Rz. 79) oder keine eigenständige Geschäftstätigkeit entfaltet, sondern sich darauf beschränkt, eine Beteiligung an dem gebietsansässigen Unternehmen zu halten.

Ergebnis: Soweit § 53 Abs. 1 AWW gemeinschaftsansässigen Gesellschaften, an denen Gemeinschaftsfremde mit mehr als 25% Stimmenanteil beteiligt sind, einer Prüfung unterwirft, ist diese Regelung nicht mit Art. 43, 48 EG vereinbar. Beteiligungsvehikel lassen sich nicht in der vorgesehenen Weise einer Prüfung unterziehen.

§ 2. Schranken durch internationales Wirtschaftsrecht?

I. OECD- Grundsätze

1. Anwendungsbereich

Der Handlungsspielraum der Bundesrepublik wird im Außenwirtschaftsbereich begrenzt durch den OECD-Kodex zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs von 1961, der durch einen Beschluss des OECD-Rates für die OECD-Staaten rechtlich verbindlich geworden ist.²⁸ Der Kodex umfasst heute nahezu alle kurz- und langfristigen Kapitaltransfers einschließlich Direktinvestitionen.²⁹ Seit 1984 erstreckt sich die Definition des *inward direct investment* auch auf das Niederlassungsrecht; damit sind etwa auch Beteiligungsbeschränkungen zu Lasten von Ausländern Gegenstand von

²⁸ Tietje, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutz von „Staatsfonds“ – Rechtliche Grenzen eines neuen Investitionsprotektionismus, Policy Papers on Transnational Economic Law No. 26, Dezember 2007, S. 4; Nettesheim, ZHR 172 (2008) 729 (739).

²⁹ OECD, OECD Codes of Liberalisation – User’s Guide 2008 (2007) – Section 2: The Annexes to the Codes: Lists of Operations -2.1.I. (S. 58).

Liberalisierungsverpflichtungen geworden.³⁰ Art. 2 des Kodex gibt den Mitgliedern der OECD die Möglichkeit, einen sektoriellen Vorbehalt einzulegen. Davon hat die Bundesrepublik für einige Bereiche (Rundfunk, Fernsehen, Pensionskassen, Lufttransport; Schifffahrt) Gebrauch gemacht.³¹

2. Vorbehaltsklausel

Art. 3 des Kodex stellt klar, dass die Liberalisierungsverpflichtungen ein Mitglied nicht daran hindern sollen, Maßnahmen zu ergreifen

„which it considers necessary for:

- i) the maintenance of public order or the protection of ...safety;*
- ii) the protection of its essential security interests;*
- iii) ...*

Der (offizielle) User's Guide kommentiert diese Vorbehaltsklausel wie folgt:

„The **safeguard provisions** relating in particular to public order and essential security interests are deemed to address exceptional situations. In principle, they allow Members to introduce, reintroduce or maintain restrictions not covered by reservations to the Code, and, at the same time, exempt these restrictions from the principle of progressive liberalisation.”

Wie die Begriffe in der Vorbehaltsklausel im einzelnen voneinander abzugrenzen sind, kann hier dahinstehen; die mit § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG geplante Regelung ist von Art. 3 des Kodex gedeckt: Sie beschränkt die mögliche Untersagung auf Fälle, in denen Direktinvestitionen in gebietsansässige Unternehmen zu einer Gefährdung der „öffentlichen Ordnung oder Sicherheit“ führen und grenzt diesen Untersagungstatbestand dahingehend ein, dass „eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“ Diese Regelung verfolgt, wie bereits dargelegt, auch nicht versteckt protektionistische oder wirtschaftspolitische Ziele. Sie ist daher von Art. 3 des Kodex gedeckt.

3. Grundsatz der Nichtdiskriminierung

a. Allgemeines

³⁰ OECD, User's Guide, aaO, S.30.

³¹ Tietje, aaO, S. 4.

Gem. Art. 9 des Kodex dürfen die Vertragsstaaten bei ihren Liberalisierungsmaßnahmen nicht zwischen den Mitgliedern der OECD diskriminieren. Von diesem Grundsatz macht Art. 10 des Kodex eine Ausnahme zugunsten von Zoll- und Währungsunionen. Insoweit erscheint die in § 7 Abs. 2 Nr. 6 Satz 1 AWG vorgenommene Begünstigung der Erwerber aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (und wohl auch des Europäischen Wirtschaftsraums³²) unproblematisch. Freilich gilt Art. 10 des Kodex nur im Hinblick auf Liberalisierungsmaßnahmen, nicht aber für die Neueinführung von Beschränkungen im Verhältnis zu dritten Staaten.³³ Insofern verbleibt es bei der Geltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung zwischen allen Mitgliedern der OECD, der gem. Art. 9 für Liberalisierungsmaßnahmen gilt. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gilt erst recht für die Einführung neuer Beschränkungen, etwa in Form einer *reservation* iSv Art. 2 sec. b des Kodex.³⁴

b. Vorbehaltsklausel, Art. 3

Problematisch erscheint, ob und inwieweit der Grundsatz der Nichtdiskriminierung auf die Geltendmachung der Vorbehaltsklausel des Art. 3 des Kodex ausstrahlt. Dies gilt in zweifacher Richtung: Zum einen die unterschiedliche Behandlung von OECD-Mitgliedern gegenüber den Mitgliedstaaten der EU und des EWR, und zum anderen die unterschiedliche Behandlung der Schweiz im Verhältnis zu den anderen OECD-Staaten.

aa. Eine unterschiedliche Behandlung von EU-Mitgliedstaaten (sowie Vertragsstaaten des EWR) und den anderen OECD-Mitgliedern im Hinblick auf die Vorbehaltsklausel des Art. 3 des Kodex erscheint nur gerechtfertigt, wenn davon ausgegangen werden kann, dass der Fall einer „tatsächlichen und schweren Gefährdung“ eines „Grundinteresses der Gesellschaft“ im Verhältnis zu den anderen EU-/EWR-Staaten von vorneherein nicht auftreten kann. Worauf sich eine solche pauschalisierende Einschätzung stützen kann, ist nicht ersichtlich; es müsste dargelegt werden können, dass die „Grundinteressen der Gesellschaft“ der Bundesrepublik entweder durch die Europäische Union bzw. den EWR oder aber (aufgrund von Rechtsangleichung) von den anderen Mitglied- bzw. Vertragsstaaten (in effektiver Weise) wahrgenommen werden. Ob Art. 10 als Ausnahme zum Prinzip der Nichtdiskriminierung (Art. 9) mit dem Vorbehalt zugunsten einer Zollunion eine differenzierende Behandlung der OECD-Vertragsstaaten im Rahmen der Vorbehaltsklausel des Art. 3 des Kodex zulässt, erscheint zumindest zweifelhaft.

³² Der User's Guide der OECD nennt als Beispiele die Europäische Gemeinschaft sowie die belgisch-luxemburgische Währungsunion, erwähnt aber nicht den Europäischen Wirtschaftsraum.

³³ OECD, User's Guide, aaO, S. 40.

bb. Unterstellt man, dass die Ausnahme des Art. 10 auch im Rahmen der Vorbehaltsklausel eine Rolle spielen kann, ist im Verhältnis zur Schweiz allerdings zu berücksichtigen, dass diese weder der Europäischen Gemeinschaft noch dem Europäischen Wirtschaftsraum angehört. Die Schweiz ist zwar mit der Europäischen Gemeinschaft durch eine Vielzahl bilateraler Abkommen verbunden, sodass im Schrifttum sogar von einer „de-facto-Mitgliedschaft“ der Schweiz gesprochen worden ist.³⁵ Doch darf diese Redeweise nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Schweiz mit der Europäischen Union nicht in einer Zollunion verbunden ist. Hält man den Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 9) auch im Rahmen des Art. 3 für anwendbar, liegt in der Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 6 Satz 2 AWG eine die anderen OECD-Vertragsstaaten diskriminierende, weil nicht zu rechtfertigende Behandlung.

II. GATS

1. Allgemeines

Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) bezieht sich gem. Art. I Abs. 2 lit. c) auch auf die Erbringung einer Dienstleistung durch einen Dienstleistungserbringer eines Mitglieds „mittels kommerzieller Präsenz“ im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats. Der Begriff der kommerziellen Präsenz umfasst die Gründung oder Fortführung einer juristischen Person (Art. XXVIII lit. d); der Erwerb einer Beteiligung an einem Unternehmen, obwohl nicht ausdrücklich genannt, dürfte ebenfalls eine „kommerzielle Präsenz“ im Sinne dieser Bestimmung begründen.³⁶

Die allgemeinen Regeln eröffnen allerdings keine Verpflichtung für einen Marktzugang. Erst bei Übernahme *spezifischer Verpflichtungen* gem. Art. XVI ergibt sich für die Vertragsstaaten des GATS eine Marktöffnungspflicht für denjenigen Sektor, für den der jeweilige Vertragsstaat die entsprechende Verpflichtung übernommen hat.³⁷ Dies ist von Seiten der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten für einige Sektoren, wie z.B. den Telekommunikationssektor geschehen.³⁸ Soweit eine Marktzugangspflicht übernommen worden ist, lassen gem. Fn. 8 zu Art. XVI die Mitgliedstaaten die auf die Begründung und Erhaltung einer kommerziellen Präsenz

³⁴ OECD, User's Guide, S. 38: „The lodging of discriminatory reservations is not permitted.“

³⁵ Ziegler, ZeuS 2007, 247 (272).

³⁶ Nettesheim, ZHR 172 (2008) 729 (739).

³⁷ Weiß/Herrmann, Welthandelsrecht, 2003, § 17 Rz. 805.

³⁸ Tietje, aaO, S. 4; Martini, DÖV 2008, 314 (320).

bezogenen Kapitaltransfers zu. Art. 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG steht insoweit in einem Konflikt mit Art. I Abs. 2 lit. c, Art. XVI GATS, soweit die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten Verpflichtungen übernommen haben.

2. Art. XIV GATS

Allerdings verstößt die Bundesrepublik dann nicht gegen die aus dem GATS resultierenden Verpflichtungen, wenn sie sich mit Erfolg auf die Vorbehaltsklausel des Art. XIV GATS berufen kann. Nach dieser Bestimmung steht das GATS Maßnahmen eines Vertragsstaats nicht entgegen,

„a) die erforderlich sind, um (die öffentliche Moral und) die öffentlich Ordnung aufrechtzuerhalten;

...

c) die erforderlich sind, um die Einhaltung von Gesetzen ... zu gewährleisten, ... einschließlich solcher

...

iii) zur Gewährleistung der Sicherheit.“

In der Fn. 5 zu Art. XIV wird klargestellt, dass der Vorbehalt der „öffentlichen Ordnung“ eng zu verstehen ist und deshalb „nur in Anspruch genommen werden (kann), wenn eine wirkliche, ausreichend schwerwiegende Bedrohung der Grundwerte der Gesellschaft vorliegt.“ Zur Gewährleistung der „Sicherheit“ gehören nicht nur die Sicherheit i.e.S. (Sicherheitsstandards), sondern auch die allgemeinen Sicherheitsinteressen eines Staates, die die Grundlagen seines Funktionierens betreffen. Es kann davon ausgegangen werden, dass Art. 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG den Vorgaben der Fn. 5 entsprechen will und auch tatsächlich entspricht, wenn dort auf eine Gefährdung der „öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ Bezug genommen und die Gefährdungslage dahingehend konkretisiert wird, dass „eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen (muss), die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“ Dazu gehören allerdings weder rein wirtschaftliche Interessen noch Überlegungen strategischer Standortpolitik oder staatlicher Infrastrukturinteressen.³⁹

Der in Art. XIV vorgesehene Vorbehalt steht freilich seinerseits unter der Voraussetzung, dass „Maßnahmen nicht in einer Weise angewendet werden, die ein Mittel zu willkürlicher oder unrechtmäßiger Diskriminierung unter Ländern, in denen gleiche Bedingungen herrschen,“ darstellen

³⁹ Martini, DÖV 2008, 314 (321).

würde. Daran knüpfen sich zwei Folgerungen: Zum einen wird sich ein Verstoß gegen GATS-Recht oftmals nur im konkreten Fall anlässlich einer Einzelentscheidung des Ministeriums dingfest machen lassen. Zum anderen wird man auch hier wieder bezüglich der in § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG vorgesehenen Freistellung von Erwerbern aus der Schweiz von jeglicher Überprüfung ernsthafte Bedenken anmelden müssen.

III. Investitionsschutz-Abkommen

Die Bundesrepublik Deutschland hat mit weit über 100 Staaten⁴⁰ Investitionsförderungs- und –schutzverträge (*Bilateral Investment Treaties= BIT*) geschlossen. Der vielen Abkommen zugrundeliegende Mustervertrag⁴¹ bestimmt bezüglich des Zugangsrechts zum deutschen Markt in Art. 2 (1):

„Jeder Vertragsstaat wird in seinem Hoheitsgebiet Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaats nach Möglichkeit fördern und diese Kapitalanlagen in Übereinstimmung mit seinen Rechtsvorschriften zulassen.“

Damit wird kein Anspruch auf Marktzugang für Investitionen geschaffen,⁴² sondern allein eine „Bemühungsverpflichtung“ kreiert. Die in Art. 3 (2) niedergelegten Grundsätze der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung beziehen sich nicht auf den Marktzugang, sondern setzen Marktpräsenz voraus.⁴³ Insoweit verstößt § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG nicht gegen die in den BITs übernommenen Verpflichtungen. Hinzukommt, dass die Bemühungsverpflichtung sich nur im Rahmen bestehender gesetzlicher Regelungen bewegt. Auch wenn man davon ausgeht, dass mit diesen „gesetzlichen Regelungen“ allgemeine und nicht spezifisch gegen Investitionen gerichtete Regelungen gemeint sind, stellt § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG eine solche allgemeine gesetzliche Regelung dar, da sie – wie oben dargelegt – darauf abzielt, die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten.

IV. Deutsch-amerikanischer Freundschaftsvertrag

Die Bundesrepublik hat 1954 mit den USA einen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag geschlossen, dessen Art. VII Abs. 1 nicht nur Inländerbehandlung gewährt (Satz 1, 4), sondern (in

⁴⁰ Braun/Schonard, RIW 2007, 561 (563 Fn. 13) zählen 121 in Kraft getretene Verträge (Stand: 4.7.2007).

⁴¹ Abgedruckt z.B. in Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law (2008) 368 ff.

⁴² Tietje, aaO, S. 5; Martini, DÖV 2008, 314 (321).

Satz 3) auch den *Marktzugang* für die Gründung von Gesellschaften eröffnet, sowie das Recht Mehrheitsbeteiligungen zu erwerben, garantiert. Von dieser Marktzugangregelung sind in Art. VII Abs. 2 eine Reihe von Sektoren (Nachrichtenübermittlung, Verkehr zu Wasser und in der Luft, Ausbeutung von Bodenschätzen u.a.) ausgenommen. Damit begründet dieser Vertrag, anders als die von der BRD angeschlossenen Investitionsförderungs- und -schutzverträge, Verpflichtungen hinsichtlich des Marktzugangs, an denen sich der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 7 AWG orientieren muss, da sich die Regelung zumindest auch auf Sektoren bezieht, die nicht in Art. VII Abs. 2 genannt sind.

Der Freundschaftsvertrag enthält allerdings in Art. XXIV eine Vorbehaltsklausel, wonach der Vertrag „das Recht jedes Vertragsteils unberührt“ lässt, „Maßnahmen anzuwenden, ...

d) ... die zum Schutz seiner eigenen wesentlichen Sicherheitsinteressen (*essential security interests*) notwendig sind.“

Die Tragweite der Vorbehaltsklausel hängt ganz wesentlich von der Bedeutung ab, die man dem Begriff der „eigenen wesentlichen Sicherheitsinteressen“ zuschreibt. Der Begriff wird zusammen mit dem Ziel der „Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit“ genannt. Daraus könnte man folgern, dass es in lit. d) allein um Fragen der äußeren Sicherheit geht. Freilich macht dann die Einschränkung der „Sicherheitsinteressen“ auf „wesentliche“ nicht viel Sinn. Von daher wird man davon ausgehen müssen, dass die „äußere“ Sicherheit in den Begriffen des „internationalen Friedens“ und der „internationalen Sicherheit“ aufgehoben ist, während sich die „eigenen wesentlichen Sicherheitsinteressen“ auf diejenigen allgemeinen Interessen beziehen, die die Funktionen des Staates und der Gesellschaft in ihren Grundlagen betreffen. Damit dürfte auch der Anschluss an die oben zum GATS diskutierte Vorbehaltsklausel sowie zur Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 46 Abs. 1 EG gefunden sein.

Ergebnis: Der Gesetzesvorschlag für Art. 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG ist im Wesentlichen mit dem Wirtschaftsvölkerrecht vereinbar. Bedenken bestehen allerdings gegen die Sonderrolle, die Erwerbern aus der Schweiz in dem Kontrollregime zugebilligt wird.

⁴³ Dazu (und zu der abweichenden US-Praxis) Dolzer/Schreuer, aaO, S. 178 f.