

Rechtspolitisches Forum

Legal Policy Forum

47

Wulf-Henning Roth

Investitionsbeschränkungen im
deutschen Außenwirtschaftsrecht
- Europa- und völkerrechtliche Probleme -

Das Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier hat die wissenschaftliche Forschung und Beratung auf Gebieten der Rechtspolitik sowie die systematische Erfassung wesentlicher rechtspolitischer Themen im In- und Ausland zur Aufgabe. Es wurde im Januar 2000 gegründet.

Das *Rechtspolitische Forum* veröffentlicht Ansätze und Ergebnisse national wie international orientierter rechtspolitischer Forschung und mag als Quelle für weitere Anregungen und Entwicklungen auf diesem Gebiet dienen. Die in den Beiträgen enthaltenen Darstellungen und Ansichten sind solche des Verfassers und entsprechen nicht notwendig Ansichten des Instituts für Rechtspolitik.

Der Verfasser beschäftigt sich in seinem Beitrag mit den Möglichkeiten des Schutzes vor Unternehmensbeteiligungen und -übernahmen durch ausländische Investoren. Dabei stehen die Überprüfungs- und Untersagungsbefugnisse, wie sie das 13. Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 18. April 2009 hervorgebracht hat, im Mittelpunkt seiner Ausführungen. Diese neuen Befugnisse werden bezüglich ihrer Europa- und Völkerrechtskonformität untersucht. Beachtung findet insoweit vor allem ein möglicher Verstoß gegen die Kapitalverkehrs- sowie die Niederlassungsfreiheit. Auf völkerrechtlicher Ebene beschäftigt sich der Autor mit den Schranken des internationalen Wirtschaftsrechts, wie sie etwa der OECD-Kodex oder das GATS-Übereinkommen errichten.

Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Harvard), Jahrgang 1945, ist seit 1989 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, deutsches, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht und geschäftsführender Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bonn, seit 1995 auch geschäftsführender Direktor des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität Bonn.

Er war von 1990-1999 Mitglied des Graduiertenkollegs „Europäisches und internationales Wirtschaftsrecht“ und von 1999-2005 Sprecher des Graduiertenkollegs „Rechtsfragen des europäischen Finanzraums“. 1990 war er Gastprofessor an der Law School der University of Chicago, 2001 und 2004 war er Gastprofessor am University College London.

Er ist u.a. seit 1991 Mitglied des Editorial Board des Common Market Law Review.

INVESTITIONSBESCHRÄNKUNGEN IM DEUTSCHEN AUßENWIRTSCHAFTSRECHT

– Europa- und völkerrechtliche Probleme –

WULF-HENNING ROTH

§ 1. Das Problem*

Mit dem 13. Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) und der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) vom 18. April 2009¹ ist die Möglichkeit, Unternehmensbeteiligungen und –

* Dem Text liegen Vorträge zugrunde, die Verf. am 23.1.2008 im Rahmen des Bankrechtlichen Seminars der Universität Mainz und am 30.6.2008 im Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier gehalten hat, sowie eine Gutachterliche Stellungnahme aus Anlass der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie am 26.1.2009 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Dr. 16/10730. Aus dem Schrifttum: *Bayer/Ohler*, Staatsfonds ante portas, ZG 2008, 12; *Germelmann*, Konkurrenz von Grundfreiheiten und Missbrauch von Gemeinschaftsrecht – Zum Verhältnis von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit in der neueren Rechtsprechung, EuZW 2008, 596; *Germelmann*, Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen für Schutzmaßnahmen gegenüber Investitionen aus Drittstaaten im Energiesektor, DVBl. 2009, 78; *Hellwig*, Zur Problematik staatlicher Beschränkungen der Beteiligung und der Einflussnahme von Investoren bei großen Unternehmen, ZHR 172 (2008) 768; *Krause*, Die Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes und ihre Auswirkungen auf M&A-Transaktionen mit ausländischen Investoren, BB 2009, 1082; *Krolop*, Schutz vor Staatsfonds und anderen ausländischen Kapitalmarktakteuren unter Ausblendung des Kapitalmarktrechts?, ZRP 2008, 40; *Krolop*, Staatliche Einlasskontrolle bei Staatsfonds und anderen ausländischen Investoren im Gefüge von Kapitalmarktregulierung, nationalem und internationalem Wirtschaftsrecht, Humboldt Forum Recht 2008, 1; *Krolop*, Das Verhältnis von Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit bei Investoren aus Drittstaaten, in: *Cech/Krolop* (Hrsg.), Folgen der aktuellen europäischen Rechtsentwicklung für die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften, 2008, S. 241; *Martini*, Zu Gast bei Freunden?: Staatsfonds als Herausforderung an das europäische und internationale Recht, DÖV 2008, 314; *Müller/Hempel*, Änderungen des Außenwirtschaftsrechts zur Kontrolle ausländischer Investoren, NJW 2009, 1638; *Nettesheim*, Unternehmensübernahmen durch Staatsfonds: Europarechtliche Vorgaben und Schranken, ZHR 172 (2008) 729; *von Rosenberg/Hilf/Kleppe*, Protektion statt offener Märkte?, DB 2009, 831; *Schäfer/Volland*, Staatsfonds: Die Kontrolle ausländischer Investitionen auf dem

übernahmen durch ausländische Investoren überprüfen und gegebenenfalls untersagen zu können, wesentlich ausgeweitet worden. Das AWG² hatte in § 7 Abs. 1 bis dahin nur eine Einschränkung von Rechtsgeschäften vorgesehen, wenn „wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland“ auf dem Spiele stehen, und § 7 Abs. 2 Nr. 5 hatte diesen Eingriffstatbestand dahingehend konkretisiert, dass (nur) der Erwerb von Unternehmen der Rüstungsindustrie oder auch Rechtsgeschäfte über den Erwerb von Anteilen an solchen Unternehmen untersagt werden können. Das AWG ist durch das 13. Änderungsgesetz nun dahingehend ergänzt worden, dass der Erwerb von Unternehmen bzw. Unternehmensanteilen auch dann beschränkt werden kann, wenn „die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ gefährdet ist.

Mit dieser Gesetzesänderung hat eine in den beiden letzten Jahren zum Teil heftig geführte Diskussion ihren (vorläufigen) Abschluss gefunden, bei der anfangs vor allem die Gefahr der Übernahme wichtiger Unternehmen der deutschen Wirtschaft durch ausländische Staatsfonds und Staatsunternehmen beschworen worden war. Am Ende konnten – ganz im Schatten der nun die öffentliche Diskussion beherrschenden Finanzkrise – die maßgeblichen Änderungen des AWG und der AWW weitgehend geräuschlos die parlamentarischen Hürden nehmen – nunmehr ohne jede

Prüfstand des Verfassungs-, Europa- und Welthandelsrechts, EWS 2008, 166; *Scharf*, Die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten, Juni 2008, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 76; *Schön*, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das internationale Steuerrecht, in: FS Wassermeyer 2005, S. 489; *Sedemund*, Die mittelbare Wirkung der Grundfreiheiten für in Drittstaaten ansässige Unternehmen nach den EuGH-Urteilen *Fidium Finanz AG* und *Cadbury Schweppes*, BB 2006, 2781; *Tietje*, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutze vor „Staatsfonds“ – Rechtliche Grenzen eines neuen Investitionsprotektionismus, Juni 2007, Policy Papers on Transnational Economic Law No. 26; *Tietje/Kluttig*, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen und -übernahmen, Mai 2008, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 75; *Weber/Schalast*, Handlungsspielräume von Staatsfonds in Deutschland, Juni 2009, Studien des Deutschen Aktieninstituts, Heft 45; *Weller*, Ausländische Staatsfonds zwischen Fusionskontrolle, Außenwirtschaftsrecht und Grundfreiheiten, ZIP 2008, 857.

1 BGBl. 2009 I, S. 770.

2 Zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 12. Juni 2007, BGBl. 2007 I, S. 1037.

Bezugnahme (und Einschränkung) auf ausländische Staatsfonds und Staatsunternehmen.

I. Die Herausforderungen

Die wachsende Bedeutung der Staatsfonds hat ihren Grund vor allem³ in den Devisenreserven, die eine Reihe von arabischen Staaten, vor allem aber auch China, angehäuft und zum Teil auf – zum Zwecke der Verwaltung der Devisenreserven gegründete – Staatsfonds übertragen haben.⁴ Die rege Investitionstätigkeit der Fonds hat in Westeuropa und auch einigen Staaten Asiens⁵ die Befürchtung geschürt, es stünde nicht nur die Übernahme der nationalen Champions,⁶ sondern auch die Gefahr einer (Fern-)Steuerung heimischer Unternehmen zu politischen Zwecken ins Haus. Ambitionen eines russischen Staatsunternehmens, wie der Gazprom, in Europa Gasnetze und Verteilungsunternehmen zu erwerben, haben angesichts der drohenden Energieabhängigkeit und dem damit verbundenen Erpressungspotential die Diskussion angeregt.⁷

Freilich handelt es sich bei dem Auftreten der Staatsfonds keineswegs um eine ganz neue Entwicklung. Spätestens seit der drastischen Erhöhung der Ölpreise im Jahre 1973 haben die Erdöl exportierenden, vor allem die arabischen Staaten, später aber auch Norwegen, über Staatsfonds die überschüssigen Petrodollars

3 Zu den unterschiedlichen Motivationen etwa *Nettesheim*, ZHR 172 (2008) 729, 731.

4 Eine Übersicht über die weltweit wichtigsten Staatsfonds bei *Kern*, Staatsfonds – Staatliche Auslandsinvestitionen im Aufwind, Deutsche Bank Research, 18.12.2007, S. 4. Es geht insgesamt um ein Anlagevolumen von mehr als 3 Billionen US Dollar. Im westeuropäischen Raum gibt es seit langem einen norwegischen Staatsfonds. Kanada erwägt die Gründung; s. FAZ Nr. 137 v. 14.6.2008, S. 12 („Kanada erwägt die Gründung eines Staatsfonds“). Zu den Erscheinungsformen von Staatsfonds: Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2007/2008, Rz. 603 ff.

5 Dazu der Bericht in FAZ Nr. 274 v. 24.11.2007, S. 19 („Die ‚Mutter aller Staatsfonds‘ wird vorsichtiger“).

6 SZ Nr. 124 v. 1.6.2007, S. 28 (SK 24) („Die große Angst vor den Schattenmännern“).

7 Dazu Sachverständigenrat (Fn. 4), Rz. 585; *Germelmann*, DVBl. 2009, 78.

reinvestiert. Dabei hat sich gezeigt, dass die Investitionstätigkeit der Fonds in der Vergangenheit weniger von politischen Zielsetzungen geleitet war als vielmehr von der Erkenntnis von der Endlichkeit der natürlichen Ressourcen und der überall absehbaren Alterung der Bevölkerung, die nach Vorsorge verlangt.⁸ Damit hat vor allem die Erzielung einer besonders sicheren (aber auch hohen) Rendite im Vordergrund der Investitionstätigkeit gestanden. Gewiss sind aber auch Investitionen bevorzugt worden, die unmittelbar oder mittelbar den eigenen Volkswirtschaften der Staatsfonds zu gute gekommen sind: Dies gilt auch und vor allem für die Entwicklung von Finanzzentren im arabischen Raum und dem damit benötigten Know-how in Finanzgeschäften;⁹ Stichworte hierfür sind die zunehmend beobachtbare Übernahme von Beteiligungsgesellschaften¹⁰ und die Entwicklung von einer „passiven“ zu einer „aktiven“ strategischen Anlagepolitik.¹¹ Von China werden Aktivitäten berichtet, die – nach den zum Teil wenig erfreulichen Erfahrungen der Staatsfonds mit Investitionen in den Bankensektor¹² – darauf abzielen, den strategischen Zugriff auf wichtige Rohstoffressourcen in Afrika, aber auch Australien, zu erlangen und zu sichern.¹³

-
- 8 Sachverständigenrat (Fn. 4) Rz. 604 (dort auch zu weiteren Gründen für die Einrichtung von Staatsfonds). Die Anlagepolitik der Staatsfonds verfolgte traditionell einen konservativen Kurs; *Financial Times* v. 22.6.2007, S. 9 („An unseen risk in sovereign wealth funds“); dort auch zu den Gefahren einer weniger konservativen Anlagepolitik für den internationalen Finanzsektor; s. zum russischen Stabilitätsfonds den Bericht in *FAZ* Nr. 28 v. 2.2.2008, S. 12 („Russland ordnet Staatsfonds neu“).
- 9 *FAZ* Nr. 16 v. 19.1.2008, S. 9 („Krise wirbelt Machtgefüge der Banken durcheinander“).
- 10 Zum Erwerb von Beteiligungsgesellschaften durch Staatsfonds, um Expertise in Unternehmensübernahmen „einzukaufen“, s. *FAZ* Nr. 253 v. 31.10.2007, S. 29 („Die neue Macht auf den Finanzmärkten“).
- 11 *FAZ* Nr. 9 v. 11.1.2008, S. 23 („Arabischer Widerspruch zur Schelte an Staatsfonds“).
- 12 Zu den norwegischen Erfahrungen s. einerseits *Welt am Sonntag* Nr. 19 v. 11.5.2008, S. 49 („Der gute Investor aus dem Norden“) und andererseits *Financial Times Deutschland* v. 12.3.2009, S. 12 („Norwegens Ölfonds fällt um Milliarden“).
- 13 *FAZ* Nr. 51 v. 2.3.2009, S. 11 („China nutzt die Schwäche der Rohstoffkonzerne“); *Radon/Thaler*, Staatsfonds vor den Toren, in: *FAZ* Nr. 28 v. 2.2.2008, S. 13; s. auch Sachverständigenrat (Fn. 4) Rz. 600 f.

Soweit ausländische Investoren (Staatsunternehmen; Staatsfonds) an inländischen Unternehmen reine Portfoliobeteiligungen erwerben wollen, wie dies etwa auch der Staat Kuwait im Jahre 1974 bei Daimler-Benz getan hat, wird dies im Allgemeinen positiv bewertet¹⁴ oder sogar nachdrücklich gefördert – so etwa, wenn vor Kurzem der französische Staatspräsident zu einer Beteiligung am französischen Atomkonzern Areva eingeladen,¹⁵ oder aber der (ehemalige) Vorstandsvorsitzende der Deutschen Bahn AG eine künftige Beteiligung von Staatsfonds an der Bahn als Zukunftsperspektive entworfen hat.¹⁶ Nicht anders ist es in Großbritannien und in den USA, wo im Hinblick auf die desaströsen Folgen der Finanzkrise für die Banken die Staatsfonds nahezu als Retter der Bankwirtschaft fungieren.¹⁷ Ähnliche Überlegungen sind auch im Hinblick auf die Unterstützung eines großen Automobilproduzenten in Deutschland angestellt worden. So trifft es insgesamt nicht auf nachhaltige Bedenken, dass ausländische Staatsfonds heute Finanzbeteiligungen an mehr als 140 deutschen Unternehmen, von Siemens über die Allianz bis hin zu E.ON und zur Deutschen Bank, halten.¹⁸

Die bereits angedeuteten Befürchtungen hinsichtlich einer politisch motivierten Investitionstätigkeit der Staatsfonds und Staatsunternehmen wenden sich denn auch nicht gegen solche Finanzbeteiligungen an sich, sondern gelten dem Erwerb von Beteiligungen in einer Höhe, die eine Einflussnahme auf die Leitung eines Unternehmens ermöglichen und sich auf Branchen beziehen kann, die für das Funktionieren der Wirtschaft von wesentlicher Bedeutung sind. So hat etwa Frankreich vor drei Jahren die zunehmende Investitionstätigkeit von ausländischen Unternehmen zum Anlass genommen, eine Liste „strategisch wichtiger Schlüsselunterneh-

14 Sachverständigenrat (Fn. 4) Rz. 654 ff.

15 Financial Times Deutschland v. 12.3.2009, S. 1 („Paris buhlt um Atominvestoren aus Nahost“).

16 FAZ Nr. 147 v. 26.6.2008, S. 18 („Im Hochgeschwindigkeitszug an die Börse“).

17 FAZ Nr. 139 v. 17.6.2008, S. 14 („Barclays verhandelt mit Staatsfonds um Kapital“); FAZ Nr. 147 v. 26.6.2008, S. 15 („Barclays nimmt das Emirat Qatar mit ins Boot“); zurückhaltender die Reaktionen in den USA: s. FAZ Nr. 45 v. 20.2.2008, S. 22 („Staatsfonds buhlen um Börsenkandidaten“); FAZ Nr. 9 v. 11.1.2008, S. 15 („Staatsfonds sollen Citigroup und Merrill Lynch helfen“).

18 *Wyssuwa*, Die begehrte Bedrohung, in: FAZ Nr. 151 v. 1.7.2008, S. U 13.

men“ zusammen zu stellen, die gesetzlich vor feindlichen Übernahmen geschützt werden sollen.¹⁹ Auch wenn bis heute noch keine solchermaßen politisch-strategische Investitionspolitik eines Staatsfonds bekannt geworden ist, kann das Gefahrenpotential wohl doch nicht geleugnet werden. Daneben lässt sich die Möglichkeit von Unternehmens- und Technologieverlagerungen in die Heimatstaaten der Staatsfonds nicht gänzlich von der Hand weisen.

Zugleich werden Einwände gegen die Investitionstätigkeit ausländischer Staatsfonds und Staatsunternehmen auch insoweit geltend gemacht, als sie sich auf Branchen bezieht, die in den letzten Jahren durch die Privatisierung öffentlicher Unternehmen gekennzeichnet sind: Die weitgreifende Privatisierung in den Mitgliedstaaten der EU lässt sich nicht nur darauf zurückführen, dass Staaten und Kommunen ihre Haushaltsdefizite durch den Verkauf ihres „Tafelsilbers“ zu mindern trachteten, sondern ist auch und vor allem von der Einsicht geprägt, dass nur über eine Privatisierung die Innovationsfreudigkeit und Effizienz der betroffenen Unternehmen steigen und damit die europäischen Volkswirtschaften im Wettbewerb mit den Konkurrenten in Asien und Amerika bestehen können. Dann aber drängt sich berechtigterweise die Frage auf, ob es Sinn macht, dass der Ausbau marktwirtschaftlicher Strukturen durch den Rückzug der europäischen Staaten aus der Wirtschaft praktisch Hand in Hand geht mit einer Übernahme privatisierter Unternehmen durch Staatsunternehmen und Staatsfonds aus Drittstaaten, und damit eine neue Form des „Staatskapitalismus“ begründet wird,²⁰ bei der nicht sichergestellt ist, dass die Investoren allein (markt-) wirtschaftliche Interessen verfolgen.

II. Die Reaktionen

1. Ausland

Die Diskussion um eine mögliche Kontrolle ausländischer Staatsfonds und Staatsunternehmen ist nicht auf Deutschland be-

19 FAZ Nr. 201 v. 30.8.2005, S. 13 („Frankreich übt sich in Wirtschaftsprotektionsismus“).

20 S. Radon/Thaler (Fn. 13), S. 13; s. auch das (abweichende) Votum Bofinger, in: Sachverständigenrat (Fn. 4), Rz. 688 ff.

schränkt – ganz im Gegenteil. Das Ausland kennt schon seit langem Regelungen, die den Erwerb nationaler Unternehmen durch ausländische Investoren einer Kontrolle unterwerfen und Grundlage für eine Untersagung bieten. Das gilt vor allem für die USA, das Vereinigte Königreich, Frankreich und Italien.²¹ Die USA sind in jüngster Zeit durch den Abschluss bilateraler Abkommen (mit Abu Dhabi und Singapur) aktiv geworden, durch die sich die Vertragspartner auf einen Verhaltenskodex für Investitionen verständigt haben, wonach Anlageentscheidungen nur unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu treffen sind und keine politischen Ziele verfolgt werden dürfen.²²

2. Europäische Union

Im Rahmen der Europäischen Union lässt sich ein zweiseitiger Ansatz erkennen. Für den Energiemarkt soll nach dem in Vorbereitung befindlichen Dritten Binnenmarktpaket zur Regelung des Energiesektors die Entflechtung von Versorgungs- oder Erzeugungsunternehmen und Übertragungsnetzen für EU-Unternehmen und Nicht-EU-Unternehmen gleichermaßen gelten,²³ und damit die Liberalisierungspolitik auf den ehemaligen Monopolmärkten auch gegenüber Unternehmen aus Drittstaaten durchgesetzt werden. Darüber hinaus sollen „unbeschadet der internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft Übertragungsnetze oder Übertragungsnetzbetreiber nicht von einer oder mehreren Personen aus Drittländern kontrolliert werden.“²⁴ Mit dieser Klausel sollen dritt-

21 Überblick bei *Tietje/Kluttig*, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen und -übernahmen – Zur Rechtslage in den USA, Großbritannien, Frankreich und Italien, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 75, Mai 2008.

22 FAZ Nr. 69 v. 22.3.2008, S. 10 („Verhaltenskodex für Staatsfonds“); zur Diskussion um die Entwicklung von Wohlverhaltensregeln im Rahmen des IWF s. FAZ Nr. 245 v. 22.10.2007, S. 13 („Industrieländer suchen Schutz vor Staatsfonds“).

23 Begründung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (2007) 528, unter 1.3. (S. 8).

24 Art. 8a Abs. 1 des Vorschlags für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (letzte Fn.); Art. 7a Abs. 1 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/55/EG über ge-

staatliche Unternehmen nur nach Maßgabe und auf der Grundlage völkerrechtlicher Abkommen Netzbetreiber werden können und auf diese Weise sichergestellt werden, dass sie „Marktinvestorengrundsätze“ auf den europäischen Energiemärkten beachten.²⁵ In der Sache geht es darum, dass Netzbetreiber ihren Einfluss nicht zu Zwecken missbrauchen können, die die Energieversorgung des europäischen Marktes gefährden können.²⁶

Der vielfach erhobenen Forderung nach (mehr) Transparenz bezüglich der Anlagepolitik der Staatsfonds²⁷ widmet sich die Mitteilung der Kommission „Ein gemeinsames europäisches Vorgehen gegenüber Staatsfonds“,²⁸ in der die grundsätzliche Offenheit des europäischen Marktes für Investitionen und zugleich das Interesse der Investoren an klaren Grundsätzen hinsichtlich möglicher Investitionsbeschränkungen in den Mitgliedsstaaten betont wird. Den verbreiteten Besorgnissen und Befürchtungen hinsichtlich der Investitionstätigkeit der Staatsfonds soll dadurch Rechnung getragen werden, dass „Grundsätze einer korrekten Fondsverwaltung“²⁹ entwickelt und die Staatsfonds zur Einhaltung von bestimmten Transparenzregeln angehalten werden.³⁰

meinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, KOM (2007) 529; Art. 8a Abs. 1 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung Nr. 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, KOM (2007) 531; Art. 7a des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung Nr. 1775/2005 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen, KOM (2007) 532.

25 Begründung (Fn. 23), S. 8.

26 Zum Gemeinsamen Standpunkt, der zusätzlich ein allgemeines Zertifizierungsverfahren für Netzbetreiber vorsieht, s. *Gempelmann*, DVBl. 2009, 78, 80.

27 Dazu etwa auch *Radon/Thaler* (Fn. 13), S. 13.

28 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein gemeinsames europäisches Vorgehen gegenüber Staatsfonds, KOM (2008) 115.

29 Mitteilung (letzte Fn.), S. 10; dazu gehören die klare Kompetenzstruktur innerhalb des Fonds, die Veröffentlichung der Ziele der Anlagepolitik, die unternehmerische Unabhängigkeit der Fonds, die Offenlegung der Beziehungen zwischen Fonds und Staat sowie der internen Entscheidungsstruktur und der Geschäftspolitik sowie der Risikomanagement-Strategien.

30 Mitteilung (Fn. 28), S. 11. Zu den Transparenzregeln sollen die jährliche Offenlegung der Anlagebestände (insbesondere Mehrheitsbeteiligungen), die Aus-

3. Deutschland

a) Zur Diskussion

In Deutschland wird der Schutz vor ausländischen Investoren – und hier vor allem vor Staatsfonds – seit geraumer Zeit kontrovers diskutiert,³¹ wobei weitgehend außer Streit geblieben ist, dass Eingriffe in die Investitionsfreiheit – wenn sie überhaupt eingeführt werden sollen³² – auf eng begrenzte Ausnahmefälle zu beschränken sind.³³ Der Sachverständigenrat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie warnte in seinem Jahresgutachten 2007/2008 vor protektionistischen Maßnahmen und forderte eine genauere Umschreibung der tatsächlichen oder vermeintlichen Bedrohung, die mit der Reform des AWG bekämpft werden sollte, um daran die Frage zu knüpfen, ob nicht die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen betreffend Netzdienstleistungen und die Möglichkeit für den Staat, sich eine Mehrheitsposition als Eigentümer vorzubehalten, als ausreichende Instrumente anzusehen seien.³⁴

b) Gesetzgebung

Der Ende Oktober 2008 vorgelegte Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des AWG und der AWW³⁵ hat – wie auch schon der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Wirtschaft von 2007 – eine unmittelbare Adressierung der Staatsfonds und Staatsunternehmen als Investoren vermieden, sondern den Erwerb von gebietsansässigen Unternehmen oder Unternehmensanteilen durch gemeinschaftsfremde Erwerber ganz allge-

übung der Anteilseignerrechte, die Offenlegung eines Einsatzes von Fremdfinanzierung, Umfang und Herkunft der Mittel sowie Offenlegung der Aufsichtsregeln des Sitzstaates des Fonds zählen.

31 Zur Position der CDU s. FAZ Nr. 240 v. 16.10.2007, S. 11 („Union legt Grundsätze zum Schutz vor ausländischen Staatsfonds vor“); zur (dazu kritischen) Position der Liberalen vgl. etwa *Graf Lambsdorff*, Wider den neuen Protektionismus, in: FAZ Nr. 250 v. 27.10.2007, S. 11.

32 Ablehnend etwa der Antrag der Abgeordneten *Rainer Brüderle* u. a., BT-Dr. 16/6997 v. 7.11.2007.

33 Antrag der Abgeordneten *Kerstin Andrae* u. a., BT-Dr. 16/9612.

34 Sachverständigenrat (Fn. 4), Rz. 684; s. auch *Hellwig*, ZHR 172 (2008) 768.

35 BT-Dr. 16/10730.

mein erfasst. Damit soll – wie auch in der im April 2009 Gesetz gewordenen Fassung³⁶ – einer Überschneidung mit den auf der Ebene der Europäischen Union angedachten Maßnahmen hinsichtlich der Staatsfonds aus dem Wege gegangen werden.

Im Einzelnen ist das AWG um die folgenden Regelungen ergänzt worden:³⁷ § 7 Abs. 1 Nr. 4 AWG ergänzt die bisherige Regelung dahingehend, dass „Rechtsgeschäfte und Handlungen im Außenwirtschaftsverkehr ... beschränkt werden (können), um ... die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland im Sinne von Artikel 46 und 58 Abs. 1 des EG-Vertrags zu gewährleisten.“ Und in § 7 Abs. 2 AWG ist eine „Nr. 6“ angefügt worden, 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.“ Es gibt keine Beschränkung der Kontrolle auf Erwerbsvorgänge in bestimmten Branchen. Gemeinschaftsfremde Erwerber aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Island, Liechtenstein, Norwegen, Schweiz) stehen gemeinschaftsansässigen Erwerbern gleich (Satz 7) und sind von einer Kontrolle ausgenommen. Der (abgesprochene) Beteiligungserwerb durch mehrere Gemeinschaftsfremde wird nicht gesondert erfasst.

§ 53 AWW n. F. ermächtigt das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie zu einer Prüfung von Unternehmenserwerben bzw. den Erwerb bzw. die (auch u. U. nur geringfügige) Erhöhung von Beteiligungen ab 25 % und darüber. Es läuft eine Drei-Monats-Frist ab Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages über den Erwerb bzw. dem Zeitpunkt des öffentlichen Übernahmeangebots, ohne dass dies mit einer Anzeigepflicht verbunden würde (Abs. 1 Satz 1 und 2). Zurechnungsregeln und eine Prüfungsermächtigung für Umgehungsgeschäfte bzw. missbräuchliche Gestaltungen ergänzen die Regelung (Abs. 1 Satz 3, 4 und 6). Auf Seiten der Unternehmen besteht eine Pflicht, auf Anforderung

³⁶ BGBl. 2009 I, S. 770.

³⁷ Einzelheiten bei *Müller/Hempel*, NJW 2009, 1638; *Krause*, BB 2009, 1082.

vollständige Unterlagen beim Ministerium einzureichen; nach deren Eingang läuft eine Frist von zwei Monaten, innerhalb deren das Ministerium eine Untersagung aussprechen oder Anordnungen treffen kann (Abs. 2). Die Untersagungsentscheidung hat die Wirkung einer auflösenden Bedingung für das schuldrechtliche Erwerbsgeschäft (§ 31 Abs. 3 AWG). Auf Antrag des Erwerbers muss eine Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilt werden, wenn dem Erwerb keine Bedenken entgegenstehen, wobei eine solche als erteilt gilt, wenn das Ministerium nicht innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags ein Prüfverfahren eröffnet (Abs. 3).

Bereits im Gesetzgebungsverfahren sind erhebliche Bedenken gegen die geplanten Regelungen geltend gemacht worden. Diese betrafen neben den grundsätzlichen rechtspolitischen Einwänden auch rechtliche Fragen, und hier insbesondere die Konformität der Regelungen mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrags wie auch mit völkerrechtlichen Übereinkommen.³⁸ Allein diesen Problemen sind die folgenden Ausführungen gewidmet. Nicht zu behandeln sind die Einzelheiten der neuen Regelungen, etwa insbesondere das Prüfverfahren und die Unbedenklichkeitsbescheinigung,³⁹ oder Fragen der Gesetzestechnik (macht die Drei-Monats-Frist ohne Anzeigeobliegenheit viel Sinn?), die rechtspolitische Vorzugswürdigkeit alternativer Regelungsinstrumente (wie etwa des Kartellrechts) oder die ganz allgemeine Frage, ob die aus den gesetzlichen Regelungen drohenden (schädlichen) Wirkungen für die Investitionsbereitschaft nicht viel gravierender sein können⁴⁰ als

38 S. etwa *Germelmann*, EuZW 2008, 596; *Krolop*, ZRP 2008, 40; *Martini*, DÖV 2008, 314; *Nettesheim*, ZHR 172 (2008) 729; Sachverständigenrat (Fn. 4), Rz. 608 ff.; *Schäfer/Volland*, EWS 2008, 166; *Weller*, ZIP 2008, 857. S. auch *Freshfields Bruckhaus Deringer*, Mehr Schutz vor ausländischen Investoren, August 2008 (Gutachten für den BDI).

39 Dazu *Krause*, BB 2009, 1082; *Müller/Hempel*, NJW 2009, 1638.

40 Die Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf geht davon aus, dass ein „offenes Investitionsregime“ zu den Grundpfeilern der wirtschaftlichen Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland gehört, betont aber zugleich die Notwendigkeit eines „klaren und offenen“ Rechtsrahmens für ausländische Investitionen und Beteiligungen“ als Voraussetzung für „die stetige Integration der deutschen Wirtschaft in die weltwirtschaftliche Arbeitsteilung.“ BT-Dr. 16/10730, S. 13. Die Bedeutung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für Investoren betont auch die Mitteilung der Kommission (Fn. 28), S. 4: „Einige Fondseigentümer erkennen die Belange der nationalen Sicherheit in den Empfängerländern an und wollen Klarheit und Rechtssicherheit darüber haben, wel-

die denkbaren Gefahren, die (angeblich) aus der strategischen Erwerbspolitik drittstaatlicher Investoren drohen mögen.

§ 2. Die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts

Bedenken gegenüber den eine Prüfungs- und Untersagungsbezugnis des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie begründenden Regelungen in § 7 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 6 und § 53 AWV lassen sich aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts vor allem in zweierlei Richtung anmelden:

(1) Zwar nehmen die Regelungen im Grundsatz den Erwerb von Unternehmen bzw. Unternehmensanteilen durch Gemeinschafts-*ansässige* von der Prüfungs- und Untersagungsbezugnis des Ministeriums aus, womit auf den ersten Blick ein Konflikt sowohl mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) wie auch mit der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 Abs. 1 EG) vermieden scheint.⁴¹ Die Regelungen der AWV mögen aber gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 Abs. 1 EG insoweit verstoßen, als damit der Kapitalverkehr *im Verhältnis zu Drittstaaten* unzulässigen Beschränkungen zu Lasten von gemeinschaftsfremden Erwerbern unterworfen wird (dazu unter I.).

(2) § 53 Abs. 1 Satz 6 AWV erfasst – als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Prüfungsfreiheit hinsichtlich gemeinschafts-*ansässiger* Unternehmen – den Erwerb eines gebiets-*ansässigen* Unternehmens (oder einer Beteiligung in Höhe von mindestens 25 Prozent hieran) durch ein *gemeinschafts-ansässiges* Unternehmen⁴² aber dann, wenn ein Gemeinschaftsfremder mindestens 25 Prozent der Stimmrechte an dem erwerbenden gemeinschafts-*ansässigen* Unternehmen hält; in dieser Fallkonstellation sind die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit in ihrem Binnenmarktbezug tangiert (unter II.).

che Investitionen getätigt werden dürfen und welche Bereiche Staatsfonds vor-
enthalten werden.“

41 Soweit Erwerber mit Sitz in Island, Liechtenstein und Norwegen den gemeinschafts-*ansässigen* Erwerbern gleichgestellt und damit ebenfalls von einer Prüfung ausgenommen werden, ist ein Konflikt mit den insoweit gleichlautenden Grundfreiheiten des EWR-Vertrags (Art. 31 f., Art. 40 f.) gleichfalls vermieden.

42 Bzw. einem Erwerber aus Island, Liechtenstein, Norwegen oder der Schweiz; § 53 Abs. 1 Satz 7 AWV.

I. *Der rechtliche Rahmen für den Kapitalverkehr mit Drittstaaten*

1. *Zur 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 auch die wirtschaftlichen Transaktionen – hier den Kapitalverkehr – im Verhältnis zu *Drittstaaten*. Dies gilt sowohl für den Kapitalexport in Drittstaaten wie auch für den Kapitalimport aus Drittstaaten,⁴³ ohne einem Reziprozitätserfordernis unterworfen zu sein.⁴⁴ Maßgebliches Ziel für diese *erga omnes*-Wirkung ist die Stärkung des Vertrauens in die Gemeinschaftswährung *Euro*, die Rücksichtnahme auf die zunehmende internationale Verflechtung der Finanzmärkte wie auch das Bestreben, die Aufrechterhaltung der Finanzzentren von weltweiter Bedeutung in den Mitgliedstaaten sicherzustellen.⁴⁵

b) *Unbedingte Geltung, unmittelbare Anwendbarkeit*

Art. 56 Abs. 1 EG enthält ein eindeutiges und an keine Bedingungen geknüpftes Beschränkungsverbot, das keiner Durchführungsmaßnahmen bedarf.⁴⁶ Die unbedingte Geltung der Kapital-

43 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; EuGH 17.7.2008, C-207/07, Kommission ./, Spanien, Rz. 32; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, 2002, Art. 56 EGV Rz. 4.

44 *Ohler* (letzte Fn.) Art. 56 EG Rz. 214; *Schön*, FS Wassermeyer 2005, S. 489, 490.

45 EuGH 18.12.2007, C-101/05, “A”, EuZW 2008, 117 Rz. 31; *Kiemel*, in: *von der Groeben/Schwarze*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Bd. 1, 2003, Art. 56 EG Rz. 26.

46 EuGH 14.12.1995, C-163/94, Sanz de Lera, Slg. 1995, I-4821 Rz. 41, 47; st. Rspr.

verkehrsfreiheit für die Mitgliedstaaten wie auch die mit ihr korrespondierende unmittelbare Anwendbarkeit, wonach die Einzelnen (die nicht auf Staatsangehörige der Mitgliedstaaten beschränkt sind) sich vor den Gerichten auf die Grundfreiheit berufen können,⁴⁷ beziehen sich zum einen auf alle Kategorien des Kapitalverkehrs und zum anderen sowohl auf den zwischenstaatlichen Kapitalverkehr wie auch auf den Kapitalverkehr von und nach Drittstaaten.⁴⁸ 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 dem nicht entgegen: Wie der Gerichtshof ausdrücklich festgestellt hat, beruht die Erstreckung der innergemeinschaftlich vorgegebenen Liberalisierung auf den Kapitalverkehr mit Drittstaaten auf einer expliziten Entscheidung des Vertrags von Maastricht und ist als solche hinzunehmen.⁴⁹ Auf die Kapitalverkehrsfreiheit können sich Investoren mit Sitz in Drittstaaten berufen. Dies gilt auch für Unternehmen in Staatshand.⁵⁰

c) *Beschränkung des Kapitalverkehrs*

Der Erwerb von Unternehmen wie auch der Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat durch gemeinschaftsfremde Erwerber erfüllt den Tatbestand des *Kapitalverkehrs*. Zwar ist dieser Begriff im EG-Vertrag nicht näher definiert,⁵¹ doch hat ihn der Gerichtshof in st. Rspr.⁵² anhand der Nomenklatur in Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG⁵³ konkreti-

47 EuGH 18.12.2007, C-101/05, „A“, EuZW 2008, 117 Rz. 21; *Kiemel*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Fn. 43), Art. 56 Rz. 26.

48 EuGH 18.12.2007, C-101/05, „A“, EuZW 2008, 117 Rz. 26-27; EuGH 17.7.2008, C-207/07, Kommission ./ Spanien, Rz. 32.

49 EuGH 18.12.2007, C-101/05, „A“, EuZW 2008, 117 Rz. 31.

50 S. EuGH 2.6.2005, C-174/04, Kommission ./ Italien, Slg. 2005, I-4933 Rz. 32.

51 Zum Begriff eingehend etwa *Ohler* (Fn. 43), Art. 56 Rz. 24 ff.

52 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.

53 Richtlinie des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages (88/361/EWG), ABl. 1988 L 178/5.

siert, der er insoweit einen „Hinweischarakter“ zuschreibt:⁵⁴ Hierin wird die „Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen“ zu den Direktinvestitionen und damit zum Kapitalverkehr gezählt.

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.⁵⁵ Dieser Begriff der Beschränkung ist im Verhältnis zu Drittstaaten nicht anders auszulegen als bei reinen Binnenmarktsachverhalten.⁵⁶ Das von § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG iVm § 53 AWW eingeführte Prüfungsverfahren, die mögliche Untersagung des Erwerbs eines Unternehmens bzw. von Unternehmensanteilen wie auch die Beschränkung in der Ausübung der Stimmrechte sind als Maßnahmen anzusehen, die geeignet sind, potentielle Investoren aus Drittstaaten von dem Erwerb einer Beteiligung abzuhalten. Sie stellen ohne Frage – der Rechtfertigung bedürftige – Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten dar, wenn und soweit die Kapitalverkehrsfreiheit nicht ihrerseits gegenüber anderen Freiheiten zurücktreten muss.

2. Konkurrenzen mit anderen Freiheiten?

a) Ausgangspunkte

Der grenzüberschreitende Kapitalverkehr steht oftmals in engstem Zusammenhang mit Tätigkeiten, die auch in den Anwendungsbereich der anderen Grundfreiheiten des EG-Vertrags fallen können. Dies gilt etwa für den Abschluss grenzüberschreitender Kreditverträge, bei denen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG), die Kapi-

⁵⁴ St. Rspr.; zuletzt etwa EuGH 12.2.2009, C-67/08, Margarete Block, Rz. 19.

⁵⁵ EuGH 28.9.2006, C-282/04 und C-283/04, Kommission ./, Niederlande, Slg. 2006, I-9141 Rz. 20; EuGH 19.1.2006, C-265/04, Bouanich, Slg. 2006, I-923 Rz. 34-35; EuGH 17.7.2008, C-207/07, Kommission ./, Spanien, Rz. 34.

⁵⁶ EuGH 18.12.2007, C-101/05, „A“, EuZW 2008, 117 Rz. 31, 38; während der Begriff der Beschränkung damit ein einheitlicher ist, mögen die Mitgliedstaaten Beschränkungen des Kapitalverkehrs im Verhältnis zu Drittstaaten weitergehend als im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten rechtfertigen können; Rz. 37.

talverkehrsfreiheit und die Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 56 Abs. 2 EG) betroffen sein können. Dies gilt auch für den Erwerb von Unternehmensbeteiligungen, die einerseits als Niederlassungsvorgang (Art. 43 EG) anzusehen, andererseits aber auch als Direktinvestitionen im Sinne der Regelungen über den Kapitalverkehr (Art. 57 Abs. 1, 2 EG) zu qualifizieren sein können. Dies führt zu der Frage des Verhältnisses der Grundfreiheiten zueinander – ihrer parallelen Anwendbarkeit oder ihrem jeweiligen Vorrang im Verhältnis zueinander.

Der EG-Vertrag spricht dieses Abgrenzungs- bzw. Konkurrenzproblem zwar an, löst es aber nicht (eindeutig): In Art. 43 Abs. 2 EG (Niederlassungsfreiheit) findet sich eine Vorbehaltsklausel zugunsten des Kapitels über den Kapitalverkehr. Und Art. 58 Abs. 2 EG (Kapitalverkehr) kennt eine entsprechende Klausel zugunsten der Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit. Art. 50 UA 1 EG (Dienstleistungsfreiheit) kennt wiederum einen Vorbehalt zugunsten der Vorschriften über den Kapitalverkehr. Eine Lösung des Konkurrenzproblems lässt sich zumindest im Verhältnis der Niederlassungs- zur Kapitalverkehrsfreiheit den Bestimmungen des EG-Vertrages nicht entnehmen.⁵⁷

Die Konkurrenzfrage ist für *Binnenmarktsachverhalte* dadurch weitgehend entschärft worden, dass der Gerichtshof sich in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten im Wesentlichen derselben Prüfungsstandards bedient: Sowohl der Beschränkungs-begriff wie auch die Rechtfertigungsgründe für beschränkende Maßnahmen wie auch die Anwendung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit verlaufen in denselben Bahnen⁵⁸ und führen bei den hier in Frage stehenden Freiheiten zu denselben Ergebnissen.⁵⁹

Die Lage ist dagegen *völlig anders* bei Sachverhalten mit Bezug zu *Drittstaaten*: Während Art. 56 Abs. 1 EG insoweit schon seinem

57 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.

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

59 Z. B. EuGH 22.12.2008, C-282/07, État belge – SPF Finances, Rz. 51; EuGH 6.12.2007, C-298/05, Columbus Container Services, Rz. 56. Zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vgl. etwa Roth, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 17. Lfg. 2006, E.I. Rz. 86 ff., 93-108, Rz. 158 ff., 192-210.

Wortlaut nach *erga omnes-Wirkung* entfaltet und damit den Kapitalexport nach und Kapitalimport von Drittstaaten schützt, 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 Drittstaaten können sich auf die Kapitalverkehrsfreiheit, *nicht aber auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit* berufen.⁶⁰ Dies steht völlig außer Streit, hat aber zur Konsequenz, dass die Lösung des Konkurrenzproblems hinsichtlich der Grundfreiheiten zugleich über das Ausmaß der Liberalisierung des Wirtschaftsverkehrs im Verhältnis zu Drittstaaten entscheidet: Könnten die Kapitalverkehrs- und Niederlassungs- (Dienstleistungs-)freiheit *nebeneinander* zur Anwendung kommen, schloße also die Niederlassungsfreiheit die Kapitalverkehrsfreiheit nicht aus, bedeutete dies im Verhältnis zu Drittstaaten, dass die Kapitalverkehrsfreiheit sich auf Niederlassungsvorgänge erstreckt, auch wenn die Niederlassungsfreiheit selbst von ihrem geographisch-persönlichen Anwendungsbereich her nicht einschlägig ist.

b) Die Rechtsprechung zu Binnenmarktsachverhalten

Wenden wir uns zunächst der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Binnenmarktsachverhalten zu, die – um es vorwegzunehmen – noch nicht zu einer abschließenden Klärung des Verhältnisses der Grundfreiheiten zueinander geführt hat.⁶¹

aa. Der Grundsatz paralleler Anwendung

Ein näherer Blick auf die Rechtsprechung zeigt sehr schnell, dass die Prüfung mitgliedstaatlicher Maßnahmen anhand der *Niederlassungs-* oder *Kapitalverkehrsfreiheit* bei Binnenmarktsachverhalten oftmals von der prozessualen Ausgangslage abhängig gewesen ist. So wird die Prüfung der Freiheiten durch den Gerichtshof im Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG entscheidend durch die Prozessstrategie der Kommission präjudiziert; es kommt

⁶⁰ EuGH 10.5.2007, C-492/04, Lasertec, Slg. 2007, I-3775 Rz. 27.

⁶¹ In diesem Sinne auch *Nettesheim*, ZHR 172 (2008) 729, 742 ff.

maßgeblich darauf an, auf welche Grundfreiheit die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren gestützt hat.⁶² Und im Vorlageverfahren gem. Art. 234 EG bestimmen (zumindest im Grundsatz) die mitgliedstaatlichen Gerichte durch die von ihnen gestellten Fragen, welche der Grundfreiheiten durch den Gerichtshof ausgelegt werden soll.

Im Vertragsverletzungsverfahren hat – bei entsprechendem Vorbringen der Kommission – der Gerichtshof zum Teil beide Freiheiten nebeneinander angesprochen;⁶³ bisweilen hat er sich aber auch mit der Prüfung nur einer der beiden Freiheiten begnügt, um bei Nachweis eines Verstoßes die Prüfung der anderen Freiheit für überflüssig zu erklären.⁶⁴ Da der Gerichtshof die Vorrangfrage in diesen Fällen durchweg nicht thematisiert hat, wird man davon ausgehen müssen, dass *im Grundsatz* von einer *parallelen Anwendung* der Grundfreiheiten auszugehen ist, sofern ihr Anwendungsbereich überhaupt eröffnet ist. Dies scheint auch Generalanwältin Kokott so zu sehen, wenn sie in ihren Schlussanträgen im Verfahren *Oy AA* 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.⁶⁵

bb. Vorrang einer Grundfreiheit?

aaa. Prozessökonomische Erwägungen

Soweit der Gerichtshof in seiner bisherigen Rechtsprechung⁶⁶ die Prüfung der *Kapitalverkehrsfreiheit* in den Vordergrund gestellt hat, ist dies auch und wohl vor allem aus prozessökonomischen Erwägungen geschehen. In *Kommission ./. Niederlande* wurde die

62 Z. B. EuGH 23.10.2007, C-112/05, *Kommission ./. BRD*, Slg. 2007, I-8995 („VW-Gesetz“).

63 EuGH 6.12.2007, C-298/05, *Columbus Container Services*, Rz. 29 ff. und 55 f.

64 So durchweg in den *golden share*-Urteilen; z. B. EuGH 4.6.2002, C-503/99, *Kommission ./. Belgien*, Slg. 2002, I-4809 Rz. 59; dazu auch *Krolop*, in: *Cech/Krolop* (Hrsg.) (*), S. 241, 254 ff.

65 C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6376 Rz. 16; zuletzt EuGH 17.7.2008, C-207/07, *Kommission ./. Spanien*, Rz. 35 ff.

66 Dies gilt vor allem für die *golden share*-Urteile.

golden share-Regelung – wie immer – zunächst anhand der Kapitalverkehrsfreiheit geprüft und zur Niederlassungsfreiheit dann das Folgende ausgeführt: „ ... 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.“⁶⁷ Klingt der Vordersatz danach, dass der Gerichtshof von einem Spezialitätsverhältnis für die konkrete Fallkonstellation ausgehen will, erweist die Aussage des zweiten Satzes, dass die Freiheiten in Wahrheit *parallele Anwendung* finden; dies bestätigt zudem der Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro,⁶⁸ 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* gehen soll. 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,⁶⁹ oder aber um Regelungen, die sich nicht spezifisch auf die Niederlassungsfreiheit beziehen.

bbb. Vorrang der Niederlassungsfreiheit?

Allerdings finden sich auch Entscheidungen, in denen der Gerichtshof ein echtes *Vorrang-* oder *Spezialitätsverhältnis* der Grundfreiheiten untereinander anzunehmen scheint. 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

67 EuGH 28.9.2006, C-282/04 und C-283/04, Kommission ./ . Niederlande, Slg. 2006, I-9141 Rz. 43.

68 Dort die Rz. 41.

69 Ebenso etwa EuGH 4.6.2002, C-483/99, Kommission ./ . Frankreich, Slg. 2002, I-4781 Rz. 56.

Niederlassungsfreiheit seien, rechtfertigten keine eigenständige Prüfung.⁷⁰ Diese Aussage wird dann auch für einen Beteiligungserwerb getroffen, der unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit fällt: Hier soll den Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit keine eigenständige Bedeutung zukommen.⁷¹ 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.“⁷² Diese Unterscheidung nach der *unmittelbaren* und *mittelbaren Betroffenheit* der jeweiligen Grundfreiheit wird von Generalanwältin Kokott 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“.⁷³ 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 der Niederlassungsfreiheit Vorrang vor der Kapitalverkehrsfreiheit (und nicht umgekehrt) zukommen soll, wenn die jeweilige nationale Regelung⁷⁴ „vorwiegend“ den

70 EuGH 18.7.2007, C-231/05, Oy AA, Slg. 2007, I-6373 Rz. 24; ebenso EuGH 26.6.2008, C-284/06, Burda, Rz. 68.

71 EuGH 21.11.2002, C-436/00, X und Y, Slg. 2002, I-10829 Rz. 23.

72 C-251/98, Baars, Slg. 2000, I-2787 Rz. 26; zustimmend Generalanwalt Geelhoed, C-374/04, Test Claimants in Class IV, Slg. 2006, I-11673 Rz. 28.

73 C-231/05, Oy AA, Slg. 2007, I-6376 Rz. 18.

74 Dass es um die nationale Regelung – und nicht um die Beteiligungshöhe des Investors im konkreten Einzelfall – geht, stellt EuGH 24.5.2007, C-157/04, Holböck, Slg. 2007, I-4051 Rz. 22, klar. Dies sollte im Hinblick auf Vertragsverletzungsverfahren selbstverständlich sein, kann aber auch im Rahmen von Vorlageverfahren nicht anders liegen. Die bisweilen vom Gerichtshof gegebenen Hinweise auf das Beteiligungsverhalten eines konkreten Investors dienen allein der Verdeutlichung des Merkmals des „sicheren Einflusses“ vor dem

Niederlassungsvorgang zum Gegenstand hat. Dies gilt für die Urteile *Cadbury Schweppes*⁷⁵, *Test Claimants*⁷⁶, *Oy AA*⁷⁷ und zuletzt *Kommission ./. Italien*^{77a}. In den Worten des Gerichtshofs: Stellen die Auswirkungen für die Kapitalverkehrsfreiheit eine „unvermeidliche Konsequenz“ der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, „rechtfertigen“ sie keine eigenständige Prüfung im Hinblick auf Art. 56 EG⁷⁸ und Art. 49 EG.⁷⁹ Umgekehrt gilt: Bezieht sich die mitgliedstaatliche Regelung nicht nur auf den Erwerb oder die Tätigkeit einer Niederlassung (eines Tochterunternehmens), sondern geht sie in ihrem Anwendungsanspruch darüber hinaus, ist die Kapitalverkehrsfreiheit neben der Niederlassungsfreiheit zu prüfen.⁸⁰

ccc. Ergebnisse

(1) Damit erweist sich, dass die Rechtsprechung zur Konkurrenz der hier in Frage stehenden Grundfreiheiten, soweit sie sich auf *Binnenmarktsachverhalte* bezieht, im Grundsatz von einer parallelen Anwendung der Grundfreiheiten ausgeht. Dies gilt, wenn die fragliche nationale Regelung nicht auf einen Beteiligungserwerb beschränkt ist, der sich als Niederlassungsvorgang darstellt.⁸¹

(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 Sachver-

Hintergrund des nationalen Gesellschaftsrechts. Anders aber der Ansatz in EuGH 26.6.2008, C-284/06, *Burda*, Rz. 72.

⁷⁵ EuGH 12.9.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995 Rz. 32.

⁷⁶ EuGH 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants*, Slg. 2006, I-11753 Rz. 118; EuGH 13.3.2007, C-524/04, *Test Claimants*, Slg. 2007, I-2107 Rz. 33.

⁷⁷ EuGH 18.7.2007, C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373 Rz. 23.

^{77a} EuGH 26.3.2009, C-326/07, *Kommission ./. Italien*, EuZW 2009, 458 Rz. 33.

⁷⁸ EuGH 18.7.2007, C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373 Rz. 24.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ EuGH 17.7.2008, C-207/07, *Kommission ./. Spanien*, Rz. 36 (französ. Fassung des Urteils), mit Bezugnahme auf EuGH 24.5.2007, C-157/04, *Holböck*, Slg. 2007, I-4051 Rz. 23-24; EuGH 26.3.2009, C-326/07, *Kommission ./. Italien*, EuZW 2009, 458 Rz. 36.

⁸¹ So 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.

halt 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 ihre Tätigkeit bezogen waren, den Kapitalverkehr beschränkt hatten, 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,⁸² 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 – und beschränkt sie sich darauf, handelt es sich nicht um eine *allgemein* den Kapitalverkehr betreffende Regelung; dann liegt die *alleinige* Prüfung der Niederlassungsfreiheit auf der Hand, soweit die spezifisch die Niederlassungsfreiheit einschränkende Regelung unmittelbar und zwangsläufig auch Einschränkungen des Kapitalverkehrs bewirkt.

(4) Diese Analyse wird bestätigt durch das Urteil des Gerichtshofs im „VW“-Verfahren: Die hier gegebenen Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit lagen in der Begrenzung der Stimmrechte auf 20 %, der Festlegung einer 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 Vor-

82 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 der Kapitalverkehrsfreiheit prüft.

trags 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.⁸³ Daraus lässt sich folgern: Da die Regelung nicht allein am Erwerb einer Niederlassung ausgerichtet war, konnte die Beschränkung des Kapitalverkehrs auch nicht als bloß unmittelbare Konsequenz einer spezifisch die Niederlassungsfreiheit beschränkenden Regelung aufgefasst werden. Die Niederlassungsfreiheit hatte deswegen auch keinen Vorrang.

c) Die Rechtsprechung zu Drittstaatsachenverhalten

Die im Schrifttum geführte Diskussion um die Tragweite der Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatsachenverhalten⁸⁴ orientiert sich weitgehend an der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Es muss daher im Folgenden darum gehen, diese Rechtsprechung zu erfassen und, soweit sie die Probleme noch nicht hinreichend geklärt hat, fortzudenken. Die folgenden Ausführungen orientieren sich daher nicht am rechtspolitisch Erwünschten, sondern an den Vorgaben, wie sie sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs abzeichnen.

aa. Vorbemerkung

In der Judikatur des Gerichtshofs wird die Frage der Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten als eine Frage des Vorrangs der Grundfreiheiten untereinander angesprochen,⁸⁵ obwohl sowohl die Dienstleistungs- wie auch die Niederlassungsfreiheit – anders als die Kapitalverkehrsfreiheit – keine *erga omnes*-Wirkung entfalten, also im Verhältnis zu Drittstaaten schlicht unanwendbar sind. In der Rechtsprechung wird deshalb auch nicht auf den persönlichen Anwendungsbereich (der nicht

83 EuGH 23.10.2007, C-112/05, Kommission ./ BRD, Rz. 14.

84 Z. B. Bayer/Ohler, ZG 2008, 12; Dölker/Ribbrock, BB 2007, 1928; Germelmann, DVBl. 2009, 78; ders., EuZW 2008, 596; Krolop, ZRP 2008, 40; Sedemund, BB 2006, 2781; Weller, ZIP 2008, 857.

85 Z. B. EuGH 3.10.2006, C-452/04, Fidium Finanz AG, Slg. 2006, I-9521 Rz. 27 ff.

erfüllt ist), sondern insoweit *allein* auf den *sachlichen Anwendungsbereich* der beiden Grundfreiheiten abgestellt, soweit die Vorrang-Problematik angesprochen wird.⁸⁶

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 Drittstaatsverhalten 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

In der Judikatur des Gerichtshofs wird erkennbar, dass für Sachverhalte mit Drittstaatenbezug, ähnlich wie dies oben für Binnenmarktsachverhalte bereits angedeutet worden ist, die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten entscheidend vom „Gegenstand“ der betreffenden nationalen Regelung abhängt.⁸⁷ Im Urteil *Holböck* heißt es etwa: „Für die Beantwortung der Frage, ob eine nationale Regelung unter die eine oder unter die andere Verkehrsfreiheit

⁸⁶ Man mag sich fragen, ob dieser vom Gerichtshof gewählte Ansatz wirklich zu überzeugen vermag. Denn in Wahrheit geht es 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.

⁸⁷ Die im Folgenden beschriebene Rechtslage wird nicht immer hinreichend gewürdigt, z. B. nicht bei *Tietje*, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutze vor „Staatsfonds“ – Rechtliche Grenzen eines neuen 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.

fällt, ist nach gefestigter Rechtsprechung auf den Gegenstand der betreffenden nationalen Regelung abzustellen“.⁸⁸ 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 eine 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?

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 betrifft⁸⁹ und will darauf abstellen, ob eine Freiheit gegenüber der anderen Freiheit als „völlig zweitrangig“ anzusehen ist.⁹⁰ Zur Entscheidung dieser Frage stellt der Gerichtshof wiederum maßgebend auf den *Zweck* der Erlaubnisregelung ab: Entscheidend wird hier, dass es der Regelung um die *Überwachung* der Erbringung von Dienstleistungen und die *Aufsicht über die Unternehmen*⁹¹ und damit um den Zugang zum deutschen Finanzmarkt für in Drittstaaten ansässige Unternehmen geht,⁹² die auf ihre (finanzielle) Zuverlässigkeit überprüft werden sollen. Es geht dagegen nicht um die Kontrolle des Kapitalverkehrs. Die sich aus der Überwachung des Finanzmarktes ergebenden Belastungen für den Kapitalverkehr werden als „zwangsläufige Folge“ der Finanzmarktaufsicht charakteri-

88 EuGH 24.5.2007, C-157/05, Holböck, Slg. 2007, I-4051 Rz. 22.

89 EuGH 3.10.2006, C-452/04, *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521 Rz. 43.

90 Rz. 34.

91 Rz. 45.

92 Rz. 49.

siert⁹³ – mit der Folge, dass die Regelungen nicht nach Art. 56 Abs. 1 EG geprüft werden. Das Urteil macht damit deutlich: Regelungen der Kredit- und Versicherungsaufsicht haben selbstverständlich (notwendige) Auswirkungen auf den Kapitalverkehr. 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.

In *Lasertec* behandelt der Gerichtshof eine (frühere) deutsche steuerrechtliche Regelung, in der es um eine Gesellschafterfremdfinanzierung im Verhältnis zur Schweiz geht. 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 sich insoweit nur als „unvermeidliche Konsequenz“ der Niederlassungsfreiheit ergibt.⁹⁴ In *Lasertec* bezeichnet es der Gerichtshof – unter Verweis auf eine Reihe früherer Urteile, 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“,⁹⁵ und folgert daraus, dass nationale Vorschriften über den Besitz von Beteiligungen, die in den *sachlichen* (und nicht: persönlich-geographischen) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen⁹⁶ und sich in ihrem Regelungsanspruch auf solche Sachverhalte *beschränken*, auch *nur* nach dieser Freiheit zu beurteilen sind,⁹⁷ soweit die Auswirkungen auf den Kapitalverkehr eine „unvermeidliche Konsequenz“ darstellen⁹⁸ und damit keine überschießende Tendenz aufweisen.

93 Rz. 49.

94 EuGH 10.5.2007, C-492/04, *Lasertec*, Slg. 2007, I-3775 Rz. 25.

95 Rz. 19.

96 Rz. 20.

97 Rz. 24.

98 Rz. 25.

Umgekehrt gilt, und dies macht die Entscheidung *Holböck*⁹⁹ deutlich: Eine nationale Steuerregelung, die sich in ihrem Anwendungsanspruch („Gegenstand“; *purpose*¹⁰⁰) *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 gerade *nicht* ausgeschlossen.¹⁰¹ Dies gilt für Binnenmarkt- wie auch für Drittstaatsverhältnisse in gleicher Weise.¹⁰²

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 zu Gunsten von gemeinschaftsfremden Personen bzw. Unternehmen wirkt). Die Mitgliedstaaten haben insoweit noch eine uneingeschränkte Regelungskompetenz behalten. Soweit mit einer solchen Regelung notwendig Beschränkungen des Kapitalverkehrs verbunden sind, sind diese hinzunehmen; Art. 56 Abs. 1 EG ist insoweit unanwendbar.¹⁰³

Dass damit Portfolioinvestitionen durch Gemeinschaftsfremde unter europarechtlichen Gesichtspunkten besser gestellt (geschützt) werden als Direktinvestitionen, die als Niederlassungsvorgang zu

99 EuGH 24.5.2007, C-157/05, *Holböck*, Slg. 2007, I-4051.

100 Rz. 22.

101 Rz. 23; EuGH 19.5.2009, C-531/06, *Kommission ./.* Italien, Rz. 40-42 (für eine Erwerbsbeschränkung).

102 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.

103 EuGH 23.4.2008, C-201/05, *Test Claimants*, Rz. 106; st. Rspr.

qualifizieren sind, ist nicht, wie man gelegentlich liest, „willkürlich“,¹⁰⁴ 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;¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ 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, wenn und soweit sie für den Binnenmarkt koordinierende Maßnahmen bereits erlassen hat.¹⁰⁷ Auf eine solche Regelung zielt etwa Art. 8a des Richtlinienvorschlags vom 19.9.2007 zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt,¹⁰⁸ wenn es dort heißt: „Unbeschadet der

104 *Schrauf*, RIW 2007, 603, 606.

105 Im Schrifttum wird bisweilen versucht, die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Hinblick auf den jeweils unterschiedlichen Gegenstandsbereich zu erklären; so *Germelmann*, EuZW 2008, 596, 598. S. dagegen EuGH 19.5.2009, C-531/06, Kommission ./ Italien, Rz. 40-42, worin es um eine Erwerbsbeschränkung gegangen ist und die Steuersache *Holböck* (Fn. 88) zitiert wird.

106 So etwa der Vorwurf bei *Martini*, DÖV 2008, 314, 318.

107 S. dazu etwa *Troberg/Tiedje*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Fn. 45), Vorbem. zu Art. 43 EG Rz. 38.

108 KOM (2007) 528.

internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft dürfen Übertragungsnetze oder Übertragungsnetzbetreiber nicht von einer oder mehreren Personen aus Drittländern kontrolliert werden.“

d) *Folgerungen für § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG, § 53 AWW*

Die neu geschaffenen Regelungen in der AWW stellen Erwerbstatbestände unter der 25 %-Grenze (im Grundsatz) von jeder Kontrolle frei (§ 53 Abs. 1 Satz 2).¹⁰⁹ Insoweit besteht kein Konfliktpotential mit der Kapitalverkehrsfreiheit. Soweit § 53 Abs. 1 AWW den Erwerb einer Beteiligung von 25 % durch Gemeinschaftsfremde einer Prüfung unterwirft, ist die Kapitalverkehrsfreiheit zumindest tangiert. Ihre Anwendung ist freilich ausgeschlossen, wenn und soweit § 53 Abs. 1 AWW nur den Marktzugang *drittstaatlicher* Personen und Unternehmen betrifft (dazu unten unter III.) und der Gegenstand (*purpose*) der Regelung sich auf den *sachlichen* Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, also auf die Errichtung bzw. die Tätigkeit einer *Niederlassung*, beschränkt. Damit ist das Problem aufgeworfen, ob die in § 53 Abs. 1 Satz 2 AWW vorgesehene Eingriffsschwelle von 25 % eines Beteiligungserwerbs auf einen Niederlassungsvorgang bezogen ist oder aber eine allgemeinere Regelung darstellt. Dies verlangt die Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Unternehmensbeteiligung einen Niederlassungsvorgang iSv Art. 43 Abs. 2 EG darstellt.

3. *Der Begriff der Niederlassung*

Die Niederlassungsfreiheit umfasst nicht nur die Errichtung und Leitung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Betriebsstätten, sondern auch von Tochterunternehmen (Art. 43 Abs. 1

¹⁰⁹ Bei der Berechnung des Stimmrechtsanteils des gemeinschaftsfremden Erwerbers sind diesem die Anteile anderer Unternehmen zuzurechnen, wenn der Erwerber 25 Prozent oder mehr der Stimmrechte an dem anderen Unternehmen hält; § 53 Abs. 1 Satz 3 AWW. Die Stimmrechte Dritter, mit denen der gemeinschaftsfremde Erwerber eine Vereinbarung über die gemeinsame Ausübung von Stimmrechten abgeschlossen hat, sind dem Erwerber ebenfalls zuzurechnen; § 53 Abs. 1 Satz 4 AWW. Ob damit – vor allem bei einer GmbH – alle Sachverhalte erfasst sind, die eine sichere Einflussnahme auf die Geschäftspolitik eines Unternehmens erwarten lassen, steht auf einem anderen Blatt.

EG).¹¹⁰ Einen Niederlassungsvorgang stellen die Übernahme eines bereits existierenden Unternehmens wie auch der Erwerb einer maßgeblichen Beteiligung an einem Unternehmen dar.¹¹¹ 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“.¹¹² Von dieser Definition des Niederlassungsvorgangs lässt sich der Gerichtshof auch in Sachverhalten mit Drittstaatenbezug leiten.¹¹³

a) Abgrenzungen

Zunächst zwei Abgrenzungen: Mit dem Erfordernis eines „sicheren Einflusses“ nimmt der Gerichtshof die sog. *Portfolioinvestitionen* („Finanzinvestitionen“) aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit heraus.¹¹⁴ Dabei handelt es sich um eine Anlageform, die keinen Einfluss auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens vermittelt.¹¹⁵ Im Gegensatz dazu steht der in Art. 57 Abs. 1, 2 EG verwendete Begriff der *Direktinvestition*, der gemäß der Anlage I zur Richtlinie 88/361/EWG u. a. die Beteiligung an neuen oder bestehenden Unternehmen „zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen“ umfasst, wobei bei einer Beteiligung an einer Aktiengesellschaft dann eine Direktinvestition gegeben sein soll, wenn das erworbene Aktienpaket „entweder nach den bestehenden nationalen Rechtsvorschriften für Aktiengesellschaften oder aus anderen

110 Zum Begriff *Troberg/Tiedje*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Fn. 45), Art. 43 EG Rz. 5 ff.

111 *Roth*, in: *Dausen* (Hrsg.) (Fn. 59), E.I. Rz. 12, 61.

112 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.; zuletzt etwa EuGH 22.12.2008, C-282/07, *État belge – SPF Finances*, Rz. 25; EuGH 19.5.2009, C-531/06, *Kommission ./. Italien*, Rz. 40.

113 EuGH 10.5.2007, C-492/04, *Lasertec*, Slg. 2007, I-3775 Rz. 20.

114 Vgl. auch EuGH 23.4.2008, C-201/05, *Test Claimants*, Rz. 47.

115 EuGH 28.9.2006, C-282/04 und C-283/04, *Kommission ./. Niederlande*, Slg. 2006, I-9141 Rz. 19. Der Gerichtshof stellt hier allerdings entscheidend auf die *Absicht* des Investors ab, Einfluss nehmen zu wollen.

Gründen den Aktieninhabern die Möglichkeit gibt, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen.“¹¹⁶

b) „Sicherer Einfluss“

Die eigentliche Problematik des Beteiligungserwerbs als Niederlassungsvorgang liegt in der Bestimmung des – gemeinschaftsrechtsautonom zu bestimmenden – Begriffs des „sicheren Einflusses“^{116a} (bzw. des „bestimmenden“ Einflusses;¹¹⁷ *influence certaine*;¹¹⁸ *definite influence*) im Sinne dieser Rechtsprechung. Ob und welcher *Einfluss* tatsächlich über eine Beteiligung vermittelt wird, lässt sich dabei (nur) anhand des nationalen Gesellschaftsrechts und den in dessen Rahmen getroffenen Vereinbarungen beurteilen.¹¹⁹

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.¹²⁰ Damit wird „sicherer Einfluss“ im Sinne einer *positiven* Einflussmöglichkeit gedeutet.¹²¹ In diese Richtung scheint der Gerichtshof im *Baars-Urteil* gehen zu wollen,¹²² wenn dort angedeutet wird, dass Art. 43 EG erst berührt ist, wenn mit der Beteiligung eine „Kontrolle“ über oder eine „Leitung“ des Unternehmens verbunden ist. Freilich wird in dem Urteil nicht näher geklärt,

¹¹⁶ So die unter dem Abschnitt „Begriffsbestimmungen“ in Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG gegebene Definition.

^{116a} EuGH 26.6.2008, C-284/06, *Burda*, Rz. 69 (m.w.N. aus der Rspr.); EuGH 26.3.2009, C-326/07, *Kommission ./.* Italien, EuZW 2009, 458 Rz. 34, 36.

¹¹⁷ EuGH 13.3.2007, C-524/04, *Test Claimants*, Slg. 2007, I-2107 Rz. 27.

¹¹⁸ EuGH 17.7.2008, C-207/07, *Kommission ./.* Spanien, Rz. 37, 60.

¹¹⁹ Generalanwalt Alber, C-251/98, *Baars*, Slg. 2000, I-2779 Rz. 33.

¹²⁰ Z. B. *Müller-Graff*, Einflussregulierungen in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung, in: FS Ulmer (2003) 929, 935 f. – allerdings vor dem Urteil *Lasertec*; *Weller*, ZIP 2008, 857, 862. Eingehend zu möglichen Deutungen des Begriffs des „bestimmenden Einflusses“ *Krolop*, in: *Cech/Krolop* (Hrsg.) (*), S. 241, 260 ff.

¹²¹ So etwa *Martini*, DÖV 2008, 314, 318.

¹²² EuGH 13.4.2000, C-251/98, *Baars*, Slg. 2000, I-2787 Rz. 20.

was darunter genau zu verstehen ist.¹²³ Auf das Urteil *Baars* wird in der Folgerechtsprechung immer wieder verwiesen und dieses im Sinne des Erfordernisses eines „sicheren Einflusses“ gedeutet,¹²⁴ ohne dass dazu noch nähere Aussagen getroffen werden.¹²⁵

Die Frage, was im Rahmen des anwendbaren Gesellschaftsrechts als „sicherer“ Einfluss anzusehen ist, hat der Gerichtshof allerdings in seiner *Lasertec*-Entscheidung unmittelbar 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,¹²⁶ 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 vermitteln vermag.¹²⁷ Dass der Gerichtshof die Einschätzung des „sicheren Einflusses“ im Vorlageverfahren der Klärung durch das mitgliedstaatliche Gericht 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.¹²⁸ Offensichtlich hat es der Gerichtshof in der *Lasertec*-

123 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.

124 EuGH 18.7.2007, C-231/05, Oy AA, Slg. 2007, I-6373 Rz. 20.

125 Zuletzt EuGH 6.12.2007, C-298/05, Columbus Container, Rz. 30.

126 EuGH 10.5.2007, C-492/04, Lasertec, Slg. 2007, I-3775 Rz. 21.

127 Rz. 22. Dass es insoweit auf die Regelungsintentionen des Gesetzgebers ankommen soll, wird im Hinblick darauf deutlich, dass die in Frage stehende deutsche Regelung auch eine geringere Beteiligung ausreichen lassen will, wenn der Investor auf andere Weise auf die Gesellschaft Einfluss nehmen kann; *Krolop*, in: *Cech/Krolop* (Hrsg.) (*), S. 241, 268.

128 *Bayer/Ohler*, ZG 2008, 12, 23 Fn. 72; *Germelmann*, EuZW 2008, 596, 597; wohl auch *Krolop*, ZRP 2008, 40, 43 – in Abgrenzung zu sog. reinen

Entscheidung ausreichen lassen wollen, dass über die Beteiligung wenigstens *einiger* Einfluss – im Sinne einer „Teilhabe“ an der Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens¹²⁹ – ausgeübt werden kann. Dass ein Viertel des Kapitalanteils einen „beherrschenden“ Einfluss oder eine „Kontrolle“ vermittelt, wird insoweit nicht verlangt.

Diese Sicht der Dinge wird durch weitere Aussagen des Gerichtshofs bestätigt. Im *Überseering*-Urteil sieht der Gerichtshof einen Beteiligungserwerb nicht als einen Niederlassungsvorgang an, wenn die Beteiligung nicht einen „gewissen Einfluss“ auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht und mit der kein Einfluss auf die Tätigkeiten der Gesellschaft ausgeübt werden kann.¹³⁰ Und umgekehrt sieht Generalanwältin Kokott „Direktinvestitionen“, 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:¹³¹ Insofern sollen auch bloße *Mitwirkungsmöglichkeiten* für einen „sicheren“ bzw. „bestimmenden“ Einfluss ausreichen, um einen Niederlassungsvorgang zu begründen. Diese Position spiegelt sich wider in den Worten des Gerichtshofs, wenn er darauf abstellt, dass durch die Beteiligung „la possibilité de participer effectivement à la gestion des cette société ou à son contrôle.“¹³² Schließlich hat der Gerichtshof vor kurzem im Urteil *État belge* –

Portfolioinvestitionen; im Ergebnis auch *Schäfer/Volland*, RIW 2008, 166, 170 – aber ohne Begründung in der Sache.

129 Von einer bloßen „Beteiligung“ spricht auch die Begriffsbestimmung in der Richtlinie 88/361/EWG (oben im Text bei Fn. 116); EuGH 28.9.2006, C-282/04 und C-283/04, Kommission ./, Niederlande, Slg. 2006, I-9141 Rz. 19 („beteiligen“); vgl. auch *Schön*, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: GS Knobbe-Keuk 1997, 743, 751.

130 EuGH 5.11.2002, C-208/00, Slg. 2002, I-9919 Rz. 77. In EuGH 21.11.2002, C-436/00, Riksskatteverk, Slg. 2002, I-10829 Rz. 37, stellt der Gerichtshof unter Bezugnahme auf das *Überseering*-Urteil darauf ab, ob die Erwerber eine Beteiligung am Kapital der Gesellschaft erhalten, die „einen Einfluss auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft ermöglicht und sie deren Tätigkeiten bestimmen können.“ Die Gleichsetzung eines „gewissen“ Einflusses mit einem „sicheren“ Einfluss findet sich in EuGH 26.3.2009, C-326/07, Kommission ./, Italien, EuZW 2009, 458 Rz. 34, 36, 39.

131 C-174/04, Kommission ./, Italien, Slg. 2005, I-4935 Rz. 22.

132 EuGH 17.7.2008, C-207/07, Kommission ./, Spanien, Rz. 33 (französische Fassung).

SPF Finances für die Frage, ob eine steuerrechtliche Regelung der Kapitalverkehrsfreiheit oder der Niederlassungsfreiheit unterfällt, ganz wesentlich darauf abgestellt, dass die mitgliedstaatliche Regelung eine Beteiligung von 25 % verlangte und insoweit die Regelung allein an der Niederlassungsfreiheit überprüft.¹³³

„Sicherer“ Einfluss kann auch unabhängig von festen Anteils- bzw. Stimmrechtsschwellen bezüglich der Beteiligungen begründet werden, etwa bei einer geringeren Beteiligung als 25 % der Anteile durch entsprechende Abreden über die Stimmausübung, die einen der Mindestbeteiligung äquivalenten Einfluss verschafft.¹³⁴ Letztlich ist daher eine Gesamtbetrachtung anzustellen,¹³⁵ auf Grund deren sich ein Einfluss des Erwerbers – gegebenenfalls auch mehrerer (zusammenwirkender) Personen¹³⁶ – auf wesentliche Entscheidungen des Unternehmens darlegen lässt.

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 (möglichen) 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 den Erwerb eines gewissen Einflusses 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 bisweilen im Schrifttum behauptet wird, „hohe Anforderungen“ an eine Verdrängungswirkung der Niederlassungsfrei-

133 EuGH 22.12.2008, C-282/07, *État belge – SPF Finances*, Rz. 27.

134 S. den Hinweis in EuGH 10.5.2007, C-492/04, *Lasertec*, Rz. 22, sowie die Begriffsbestimmung in Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG (s. oben im Text bei Fn. 116).

135 Zutreffend *Ohler* (Fn. 43), Art. 56 EGV Rz. 121.

136 Vgl. EuGH 23.4.2008, C-201/05, *Test Claimants*, Rz. 46: „eine oder mehrere ... Personen“.

heit gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit zu stellen sind,¹³⁷ 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 (und nicht nur eine Beteiligung an der Kontrolle) verlangt wird,¹³⁸ findet der davon abweichende Standard in der *Lasertec*-Entscheidung keine hinreichende Beachtung: Von „beherrschendem“ Einfluss auf die Zielgesellschaft ist dort nur im Zusammenhang mit einer geringeren Beteiligungsquote als einem Viertel die Rede,¹³⁹ während in der Beteiligungsquote von einem Viertel eine für den Niederlassungsvorgang „wesentliche“ Beteiligung gesehen wird.¹⁴⁰ Die Diskussion des Anteilserwerbs mit geringerer Beteiligung als einem Viertel in diesem Urteil¹⁴¹ basiert im Übrigen auf der Annahme, dass eine Viertel-Beteiligung nach deutschem Recht einen „sicheren“ Einfluss vermittelt.¹⁴²

(4) Im Schrifttum ist im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens auch eine Eingrenzung der Regelungen im AWG und in der AWW auf *börsennotierte* Gesellschaften vorgeschlagen worden, wobei zusätzlich die Eingriffsschwelle auf 30 % der Stimmrechte angehoben werden sollte.¹⁴³ Dieser Vorschlag konnte sich nicht auf Erfordernisse des primären Gemeinschaftsrechts stützen; es ging insoweit allein um die *rechtspolitische* Frage einer sinnvollen Begrenzung der Überprüfungsstätigkeit durch das zuständige Ministerium. 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 ausgerich-

137 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).

138 *Weller*, ZIP 2008, 857, 862.

139 Rz. 22.

140 Rz. 21.

141 In Rz. 22.

142 In diesem Sinne auch *Bayer/Ohler*, ZG 2008, 12, 23 Fn. 72.

143 *Krolop*, ZRP 2008, 40, 41.

tet ist, die mit denen anderer Gesetze (KWG; GWB; AktG) nicht übereinstimmen.¹⁴⁴

(5) Die Tatsache, dass der deutsche Gesetzgeber für die Überprüfung eines Beteiligungserwerbs nicht auf den erworbenen Kapitalanteil, sondern auf die *Stimmrechte* abstellen will (§ 53 Abs. 1 Satz 2-4 A WV), macht deutlich, dass es dem Gesetzgeber nicht um die Abwehr von Portfolioinvestitionen, also um eine 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 einen 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 die Kapitalverkehrsfreiheit iSv Art. 56 Abs. 1 EG unanwendbar. Auf die Frage der Rechtfertigung einer Beschränkung dieser Freiheit kommt es daher nicht mehr an.

(6) Die in § 53 Abs. 1 Satz 3-4 A WV formulierten Zurechnungsregeln¹⁴⁵ hinsichtlich der Stimmrechte beziehen sich auf einen den Niederlassungsvorgang begründenden Tatbestand. Sie verlassen im Lichte der *Lasertec*-Entscheidung nicht den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.¹⁴⁶

4. Fernwirkungen der Kapitalverkehrsfreiheit

a) „Verdeckte“ Regelungen des Kapitalverkehrs?

Bei den neu eingeführten Regelungen der § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG, § 53 Abs. 1 A WV handelt es sich nicht um unter dem Mantel eines Niederlassungsvorgangs eingefügte Regelungen, die in Wahrheit den Kapitalverkehr mit protektionistischer Zielsetzung steuern wollen. Schon der Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG bezieht sich auf Erwerbsvorgänge, die die „öffentliche Ordnung und Sicherheit“ der Bundesrepublik Deutschland gefährden, und übernimmt damit (mit

¹⁴⁴ Noack, in: *Schwark* (Hrsg.), *Kapitalmarktrechts-Kommentar*, 3. Aufl. (2004), § 29 WpÜG Rz. 12.

¹⁴⁵ S. oben in Fn. 109. Zu den Einzelheiten (und Schwierigkeiten bei der Anwendung) s. *von Rosenberg/Hilf/Kleppe*, DB 2009, 831, 832 f.

¹⁴⁶ S. zum Beteiligungserwerb durch mehrere Personen EuGH 23.4.2008, C-201/05, *Test Claimants*, Rz. 46.

§ 7 Abs. 1 Nr. 4 AWG) die durch das Gemeinschaftsrecht geprägten Begriffe. Vorausgesetzt wird nach § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung ... , die ein Grundinteresse der Gemeinschaft berührt.“ Damit verweist das Gesetz in der Sache auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, die insoweit eine Rechtfertigung von Beschränkungen der binnenmarkt-orientierten Kapitalverkehrsfreiheit in engen Grenzen zugelassen hat: In *Kommission ./. Belgien* hat der Gerichtshof die Sicherstellung der Energieversorgung im Krisenfall als ein legitimes öffentliches Interesse anerkannt¹⁴⁷ 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,¹⁴⁸ und schließlich in *Kommission ./. Niederlande* auch die Gewährleistung einer Dienstleistung von „allgemeinem Interesse“ wie dem postalischen Universaldienst dazugerechnet,¹⁴⁹ 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.¹⁵⁰

Es geht in diesem Zusammenhang *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, § 53 Abs. 1 AWV nicht der Kapitalverkehr, sondern ein *elementares Sicherheitsinteresse* der Bundesrepublik Deutschland ist, das über eine Regelung nur des Niederlassungsvorgangs zielgenau angegangen wird, weil mit der Gewinnung eines „sicheren Einflusses“ zumindest die Sicherheitsinteressen in plausibler Weise berührt sind. Von *verdeckt* auf die Einschränkung des Kapitalverkehrs zielenden Regelungen kann deshalb keine Rede sein.

147 EuGH 4.6.2002, C-503/99, *Kommission ./. Belgien*, Slg. 2002, I-4809 Rz. 46.

148 EuGH 13.5.2003, C-463/00, *Kommission ./. Spanien*, Slg. 2003, I-4581 Rz. 71.

149 EuGH 28.9.2006, C-282/04 und C-283/04, *Kommission ./. Niederlande*, Slg. 2006, I-9141 Rz. 38.

150 EuGH 4.6.2002, C-C-367/98, *Kommission ./. Portugal*, Slg. 2002, I-4731 Rz. 52.

b) *Mangelnde Bestimmtheit?*

Eine relevante mittelbare Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit ließe sich annehmen, wenn die von § 53 Abs. 1 AWV verwendeten Eingriffskriterien sich als *zu unbestimmt* darstellten¹⁵¹ und damit die Gefahr bestünde, dass potentielle Investoren, die (mangels Niederlassungsvorgangs) durch die Kapitalverkehrsfreiheit geschützt sind, von Investitionen abgeschreckt werden, weil sie mit einem Prüfungsverfahren rechnen müssen. Die in § 53 Abs. 1 AWV verwendeten Zurechnungsregeln sind nicht generalklauselartig formuliert; sie verzichten auch auf einen allgemeinen, vom Beteiligungserwerb abgehobenen Tatbestand möglicher Einflussnahme. Insofern hat sich der deutsche Gesetzgeber um den Preis effektiver Durchsetzung seiner Regelungsziele um Klarheit und Voraussehbarkeit bemüht. Dass die Regelungen nicht alle Zweifelsfragen klären,¹⁵² liegt in der Natur der Sache: Auch der Tatbestand des Niederlassungserwerbs ist aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht mit (derzeit noch bestehenden) Unwägbarkeiten verknüpft, die jede abstrakt formulierte Rechtsnorm mit sich bringt.

c) *Ergebnis*

Insgesamt bleibt es bei dem oben gefundenen Ergebnis, dass die Regelungen des § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG und des § 53 Abs. 1 AWV in den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen und mithin die Kapitalverkehrsfreiheit verdrängen.¹⁵³ Da im Verhältnis zu gemeinschaftsfremden Erwerbern der persönliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nicht eröffnet ist, verstoßen die Regelungen *insoweit* nicht gegen europäisches

151 *Von Rosenberg/Hilf/Kleppe*, DB 2009, 831, 836, sprechen insoweit von „gewichtigen europarechtlichen Bedenken“.

152 Dazu *von Rosenberg/Hilf/Kleppe*, DB 2009, 831, 832 f.

153 Soweit die Regierungsbegründung, BT-Dr. 16/10730, S. 15, im Hinblick auf die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit ausführlich die Frage der Rechtfertigung thematisiert, sind diesen Ausführungen die Grundlage dadurch entzogen, dass – anders als nach einer früheren Fassung des Gesetzesvorschlags (Referentenentwurf) – im Grundsatz § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG auf den Erwerb gebietsansässiger Unternehmen durch gemeinschaftsansässige Unternehmen *keine* Anwendung finden soll.

Primärrecht.¹⁵⁴ Sie bedürfen deshalb auch keiner Rechtfertigung; daher ist die soeben angesprochene Rechtsprechung zu den (eingeschränkten) Rechtfertigungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten in Binnenmarktssachverhalten nicht relevant. Die die Anwendung der Grundfreiheiten beherrschenden Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit mitgliedstaatlicher Regelungen sind *insoweit* nicht anwendbar. Daher sind auch die vom Sachverständigenrat¹⁵⁵ angemahnten *milderen Mittel* in Form des Vorbehalts von Eigentumsrechten, *golden shares*, des Wettbewerbsrechts oder gesetzlichen Verhaltensvorgaben, die im Wege der Aufsicht durchzusetzen wären, aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts nicht geboten und allein als rechtspolitische Anregungen bzw. Mahnungen zu bewerten.¹⁵⁶

II. Binnenmarktsachverhalte

§ 53 Abs. 1 Satz 5 AWW bestimmt, dass in der Gemeinschaft belegene Zweigniederlassungen und Betriebsstätten des Erwerbers nicht seine Gemeinschaftsansässigkeit für Zwecke der Anwendung des Art. 43, 48 EG begründen. Diese Regelung hat vor allem klarstellenden Charakter: Sie wiederholt in negativer Formulierung, was sich bereits aus Art. 43, 48 EG ergibt und modifiziert den Begriff der Gemeinschaftsansässigkeit (§ 4 Abs. 1 Nr. 6 AWG) für Zwecke des § 53 Abs. 1 AWW:¹⁵⁷ Daraus ist ersichtlich, dass gemeinschaftsfremden Erwerbern eine privilegierte Stellung nicht deshalb eingeräumt werden soll, weil sie über eine Zweig-

154 Anders insoweit z. B. *Freshfields Bruckhaus Deringer* (Fn. 38); *Weller*, ZIP 2008, 857, 862.

155 Sachverständigenrat (Fn. 4) Rz. 684 f.

156 S. den (noch unveröffentlichten) Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen auf Ausschussdrucksache 16(9)1386 (auf dem die in Kraft getretene Fassung des AWW beruht) zu Artikel 1 Nr. 6, unter „C. Zur Anwendung des Gesetzes“, worin für eine zurückhaltende Anwendung der Untersagungsbefugnisse plädiert wird. Textgleich insoweit der Bericht des Abgeordneten *Erich G. Fritz* zur Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), BT-Dr. 16/11898, unter B.3., S. 12-13; dort auch zur vorrangigen Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts sowie von branchenspezifischen (Kontroll-) Regelungen.

157 Die Ermächtigungsgrundlage dafür findet sich im neu eingeführten § 4a Abs. 2 Nr. 4 AWG.

niederlassung oder Betriebsstätte in der Gemeinschaft verfügen.¹⁵⁸

Dagegen erstreckt § 53 Abs. 1 Satz 6 AWV die Prüfungskompetenz des Ministeriums auf den Erwerb einer Beteiligung von 25 % und mehr an einem gebietsansässigen Unternehmen auch in solchen Fällen, in denen Erwerber ein *gemeinschaftsansässiges* Unternehmen ist, an dem ein Gemeinschaftsfremder (unmittelbar oder mittelbar) mindestens 25 % der Stimmrechte hält; die Prüfung steht dabei unter der Voraussetzung, dass es „Anzeichen dafür gibt, dass eine missbräuchliche Gestaltung oder ein Umgehungsgeschäft vorgenommen wurde, um eine Prüfung nach § 53 Abs. 1 Satz 1 und 2 AWV zu unterlaufen.“ Die Regelung erstreckt die 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. Diese Regelung muss, da insoweit wiederum der Vorrang der Niederlassungsfreiheit eingreift, mit den Anforderungen dieser Grundfreiheit vereinbar sein.

1. Regelungszweck

Der Sachverständigenrat beim Bundesministerium der Wirtschaft und Technologie hatte in seinem Jahresgutachten 2007/2008 darauf hingewiesen,¹⁵⁹ dass Gesellschaften aus Drittstaaten geneigt sein werden, Beteiligungsverbote oder –beschränkungen der Mitgliedstaaten dadurch zu umgehen, dass sie ein Tochterunternehmen in einem EU-Staat gründen, um sich über dieses Tochterunternehmen an Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu beteiligen (sog. „Beteiligungsvehikel“). Die Regierungsbegründung zum Entwurf des § 53 AWV nimmt darauf implizit Bezug, wenn es dort heißt: „Zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften wird ein gemeinschaftsansässiges Unternehmen als gemeinschaftsfremd angesehen, wenn ein Gemeinschaftsfremder mit mindestens 25 Prozent der Stimmrechte daran beteiligt ist.“ Die endgültige Fassung des § 53 Abs. 1 Satz 6 AWV nimmt freilich von einem solchen

¹⁵⁸ Eine Klarstellung ergibt sich vor allem im Hinblick auf § 4 Abs. 1 Nr. 5, wo der Begriff des „Gebietsansässigen“ auch Zweigniederlassungen und Betriebsstätten umfassen kann.

¹⁵⁹ Sachverständigenrat (Fn. 4) Rz. 621.

pauschalen Regelungsansatz Abstand, um allein missbräuchliche Gestaltungen bzw. Umgehungssachverhalte erfassen zu wollen. Um einen Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit und den Regelungskompetenzen der anderen Mitgliedstaaten nach Möglichkeit zu vermeiden, ist der Wortlaut des § 53 Abs. 1 Satz 6 AWV auf solche Konstellationen eines (Beteiligungs-) Erwerbs durch ein gemeinschaftsansässiges Unternehmen beschränkt, an dem ein Gemeinschaftsfremder mindestens 25 % der Stimmrechte bereits hält. Von der Kontrolle nicht erfasst wird dagegen der Fall des (Beteiligungs-) Erwerbs eines gebietsfremden, aber gemeinschaftsansässigen Unternehmens durch einen Gemeinschaftsfremden, wenn das gebietsfremde Unternehmen seinerseits eine qualifizierte Beteiligung an einem gebietsansässigen Unternehmen hält.

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 wirksam 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 damit jeglicher Form der „Kontrolltheorie“ eine Absage erteilt:¹⁶⁰ Dies hat zur Konsequenz, dass auch dann, wenn eine gemeinschaftsansässige Gesellschaft sich im Eigentum von drittstaatlichen Unternehmen oder natürlichen Personen befindet, die Gesellschaft selbst uneingeschränkt (und der Gemeinschaftsfremde zumindest mittelbar) in den Genuss der Niederlassungsfreiheit kommt.¹⁶¹

Die Problematik ist bereits bei der Ausarbeitung des EWG-Vertrags zwischen den Mitgliedstaaten diskutiert worden. Der von

¹⁶⁰ Vgl. EuGH 25.7.1991, C-221/89, Factortame II, Slg. 1991, I-3905 Rz. 30; einhellige Meinung im Schrifttum; z. B. Troberg/Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.) (Fn. 45), Art. 48 EG Rz. 1, 38; Müller-Huschke, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 48 EGV Rz. 8; Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 48 EGV Rz. 10; Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 48 EGV Rz. 6.

¹⁶¹ Vgl. Germelmann, EuZW 2008, 596, 599.

der italienischen und französischen Delegation gemachte Vorschlag eines Artikel 58 Abs. 3 EWGV, in dem die Kontrolltheorie festgeschrieben werden 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.¹⁶²

Ist Art. 48 EG als eine Entscheidung gegen jegliche Spielart einer Kontrolltheorie zu verstehen, bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten den (qualifizierten Beteiligungs-) Erwerb gebietsansässiger Unternehmen durch Unternehmen aus Drittstaaten ohne weiteres – und ohne gegen die Niederlassungsfreiheit zu verstoßen – verhindern können, dagegen die gemeinschaftsansässigen Erwerber, auch wenn sie in der Hand von gemeinschaftsfremden Gesellschaftern sind, unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit stehen. Die Entscheidung *gegen* die Kontrolltheorie bedeutet damit, dass Drittstaatenunternehmen mittelbar in den Genuss der Niederlassungsfreiheit gelangen können, wenn sie ein gemeinschaftsangehöriges 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,¹⁶³ kann dies für sich genommen daher keinen „Missbrauch“ der Niederlassungsfreiheit darstellen. Ansonsten würde die Kontrolltheorie auf anderem Wege wieder in den EG-Vertrag geschmuggelt. Daraus folgt: Es ist *allein* Sache des jeweils betroffenen Mitgliedstaats, in dem ein Unternehmen von Gemeinschaftsfremden gegründet oder an dem eine Beteiligung erworben wird, zu entscheiden, ob ein möglicher Einfluss Gemeinschaftsfremder auf das Unternehmen 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.

¹⁶² Troberg/Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 45), Art. 48 EG Rz. 39.

¹⁶³ Zu verweisen ist noch einmal auf Troberg/Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 45), Art. 48 EG Rz. 39.

b) *Ausnutzung des Rechtsgefälles*

Vor diesem Hintergrund ist auch eine Gemeinschaftspraxis zum Gesellschafts- und Steuerrecht zu sehen, wonach es zumindest im Grundsatz keinen Rechtsmissbrauch der Grundfreiheiten darstellt, wenn Unternehmen das *Regelungsgefälle* zwischen den Mitgliedstaaten ausnutzen. Dies hat zur Konsequenz, dass es keine missbräuchliche Praxis darstellt, wenn eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat mit dem Ziel gegründet wird, dort in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen – und dies auch dann, wenn die geschäftliche Tätigkeit im Wesentlichen in *anderen* Mitgliedstaaten, die strengere Regelungen kennen, erfolgen soll.¹⁶⁴ Diese Rechtsprechung lässt sich *ohne weiteres* auch auf den Erwerb von Beteiligungen als Niederlassungsvorgang *übertragen*: Investitionen und die Gründung von (Tochter-) Unternehmen durch Gemeinschaftsfremde in Mitgliedstaaten, die solche Vorgänge keiner Kontrolle bzw. Überprüfung unterziehen, sind nicht etwa deshalb missbräuchlich, weil die Gemeinschaftsfremden damit ein bestehendes Regelungsgefälle zwischen den Mitgliedstaaten ausnutzen. Dies gilt nicht nur für das Gesellschaftsrecht, sondern für alle mitgliedstaatlichen Regelungen, also auch für die hier in Frage stehenden Regelungen des Außenwirtschaftsrechts.

c) *„Rein künstliche Gestaltungen“*

Zugleich hat der Gerichtshof in jüngerer Zeit in vorsichtiger Nuancierung seiner „Centros“-Rechtsprechung¹⁶⁵ judiziert, dass eine nationale Maßnahme, die die Niederlassungsfreiheit beschränkt, *gerechtfertigt* sein kann, „wenn sie sich speziell auf rein künstliche

164 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 Rz. 37; Generalanwältin Stix-Hackl, C-452/04, Fidium Finanz AG, Slg. 2006, I-9524 Rz. 87.

165 EuGH 9.3.1999, C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459. Der Gerichtshof konzediert den Mitgliedstaaten das Recht, alle geeigneten Maßnahmen treffen zu können, um Betrügereien zu verhindern oder zu verfolgen; Rz. 25; ebenso EuGH 21.11.2002, C-436/00, Riksskatteverk, Slg. 2002, I-10829 Rz. 42: die Mitgliedstaaten können „in jedem Einzelfall dem missbräuchlichen oder betrügerischen Verhalten der Betroffenen auf der Grundlage objektiver Kriterien Rechnung tragen ...“

Gestaltungen bezieht, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu entgehen.“¹⁶⁶ Diese Rechtsprechung betrifft die Gründung von Tochterunternehmen in anderen Mitgliedstaaten ohne jede eigenständige geschäftliche Tätigkeit allein zum Zweck, steuerliche Vorteile zu realisieren. 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 normalerweise auf die durch Tätigkeiten im Inland erzielten Gewinne zu zahlen ist.“¹⁶⁷ Eine „rein künstliche“ Konstruktion wird man annehmen können, wenn das Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat gegründet oder an dem eine Beteiligung erworben wird, dort über keine eigenständige Organisation in Form von Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen verfügt¹⁶⁸ oder keine eigenständige Geschäftstätigkeit entfaltet, sondern sich darauf beschränkt, eine Beteiligung an dem gebietsansässigen Unternehmen zu erwerben.

Daraus folgt, dass rein künstliche Umgehungsstrukturen zwar nicht völlig aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit herausfallen, wohl aber die Mitgliedstaaten insoweit nicht den engen Schranken des Beschränkungsverbots unterworfen, sondern nur an die lockereren Grundsätze des Diskriminierungsverbots gebunden sind. In unserem Zusammenhang bedeutet dies, dass die Bundesrepublik „Beteiligungsvehikel“ denselben Prüfungsstandards unterwerfen darf, die sie – rechtlich unangreifbar – im Verhältnis zu drittstaatlichen Unternehmen anwendet.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ EuGH 12.9.2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, Slg. 2006, I-7995 Rz. 55; EuGH 13.3.2007, C-524/04, Test Claimants, Slg. 2007, I-2107 Rz. 74; EuGH 23.4.2008, C-201/05, Test Claimants, Rz. 77.

¹⁶⁸ 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.

Der im Herbst 2008 vorgelegte Vorschlag eines § 53 Abs. 1 Satz 1 AWV hatte noch darauf abgezielt, im Grundsatz auf *jede* Überprüfung des Erwerbs gebietsansässiger Unternehmen durch gemeinschafts*ansässige* Unternehmen zu verzichten, davon aber eine Ausnahme zu Lasten derjenigen gemeinschafts*ansässigen* Unternehmen gemacht, an denen Gemeinschaftsfremde mindestens 25 % der Stimmrechte halten. Dieser Vorschlag differenzierte damit in der Behandlung gemeinschafts*ansässiger* Unternehmen untereinander nach einem Kriterium, das deutlich an die Kontrolltheorie angelehnt war. Dieser Regelungsvorschlag setzte sich dem Vorwurf aus, dass eine solche Diskriminierung zulasten bestimmter gemeinschafts*ansässiger* Unternehmen sich kaum mit den in Art. 46 Abs. 1 EG vorgesehenen Gründen der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ rechtfertigen lässt, da es insoweit an einer kohärenten und systematischen Zielverfolgung¹⁶⁹ fehlte: Denn es lässt sich kaum der Nachweis führen, dass die zu schützenden Rechtsgüter der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ im Hinblick auf Unternehmen im Beteiligungsbesitz gemeinschaftsfremder Unternehmen per se in anderer und gravierenderer Weise gefährdet sind als bei den übrigen gemeinschaftsangehörigen Unternehmen, bei denen von vorneherein auf jede Überprüfung verzichtet wird. Die nun in Kraft getretene Fassung des § 53 Abs. 1 Satz 6 AWV reduziert dagegen – wie bereits erläutert – die Kontrolle eines (Beteiligungs-) Erwerbs betreffend eines gebietsansässigen Unternehmens durch ein gemeinschafts*ansässiges* Unternehmen auf einen *Missbrauchs-* und *Umgehungssachverhalt*. Damit ist den gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag bestehenden Bedenken Rechnung getragen worden.

Da sich die Anwendung des § 53 Abs. 1 Satz 6 AWV im Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit bewegt, muss die Regelung im Übrigen den Anforderungen genügen, die in der Rechtsprechung an mitgliedstaatliche Regelungen gestellt werden, die in die Grundfreiheiten eingreifen: Sie muss hinreichend *bestimmt* sein, sodass die Betroffenen ihre Rechte erkennen können; das der mitgliedstaatlichen Behörde eingeräumte Ermessen muss hinreichend kontrollierbar sein; und es muss eine wirksame gerichtliche

¹⁶⁹ Zu diesem Grundsatz zuletzt EuGH 17.7.2008, C-500/06, Corporación Dermoestética, Rz. 39-40; EuGH 10.3.2009, C-169/07, Hartlauer, Rz. 55.

Kontrolle existieren.¹⁷⁰ Der in § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG genannte Eingriffsgrund der Gefährdung der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ nimmt über § 7 Abs. 1 Nr. 4 AWG Bezug auf die zu Art. 46 und Art. 58 Abs. 1 EG entwickelten Grundsätze, wobei (gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG) vorausgesetzt wird, dass „eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“¹⁷¹ Damit übernimmt der Gesetzgeber die Grundsätze der Rechtsprechung, die den Mitgliedstaaten bei der Konkretisierung der verfolgten Ziele durchaus einen gewissen Beurteilungsspielraum einräumt.¹⁷² Die Regelungen des AWG und der AWV dürften insoweit nicht auf gemeinschaftsrechtliche Bedenken stoßen. Bei der Anwendung des Art. 53 Abs. 1 Satz 6 AWV wird im Übrigen zu berücksichtigen sein, dass wirtschaftliche Gründe, die auf eine Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie etc. abzielen, gegenüber den Grundfreiheiten keine Rechtfertigung abgeben können. Da § 53 Abs. 1 Satz 6 AWV i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG auf diese Grundsätze Bezug nimmt, kann die Bekämpfung „rein künstlicher“ Konstruktionen auch nicht zum Vorwand genommen werden, um wirtschaftlich-protektionistische Interessen zu verfolgen.

III. Ergebnis

Die Reform des Außenwirtschaftsgesetzes hält den Bedenken stand, die vielerorts aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht erhoben worden sind. Ein Konflikt mit der auch im Verhältnis zu Drittstaaten wirkenden Kapitalverkehrsfreiheit besteht nicht, weil die Eingriffsbefugnisse des Ministeriums nur für Niederlassungsvorgänge greifen und insoweit die Kapitalverkehrsfreiheit verdrängt ist. Die Erfassung von Missbrauchs- und Umgehungskonstruktionen (Stichwort: Beteiligungsvehikel) ist mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar.

¹⁷⁰ EuGH 13.5.2003, C-463/00, Kommission ./ Spanien, Slg. 2003, I-4581 Rz. 74-75; EuGH 28.9.2006, C-282/04 und C-283/04, Kommission ./ Niederlande, Slg. 2006, I-9141 Rz. 40.

¹⁷¹ St. Rspr; z. B. EuGH 13.5.2003, C-463/00, Kommission ./ Spanien, Slg. 2003, I-4581 Rz. 72.

¹⁷² Dazu Roth, in: Dausen (Hrsg.) (Fn. 59), E.I. Rz. 96, 196.

Soweit das AWG in § 7 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 6 AWG auf Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zur Rechtfertigung von die Grundfreiheiten beschränkenden Maßnahmen Bezug nimmt, entstammen sie dem Gesetzentwurf vom Oktober 2008, in dem sie zur Rechtfertigung der Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit im Binnenmarkt erforderlich waren. Sie sind in der jetzt Gesetz gewordenen Fassung des AWG und der AWV im Kontext des Gemeinschaftsrechts praktisch funktionslos¹⁷³ und stellen sich als eine vom Gemeinschaftsrecht nicht geforderte, freiwillige, dem Investitionsklima förderliche Selbstbeschränkung der Bundesrepublik vis-à-vis gemeinschaftsfremden Investoren dar.

§ 3. Schranken durch internationales Wirtschaftsrecht

I. Einführung

Soweit § 53 Abs. 1 Satz 2 AWV den Erwerb einer Beteiligung von unter 25 % Stimmrechten von jeder Prüfung freistellt, ist ein Konflikt mit den Anforderungen aus völkerrechtlichen Übereinkommen von vorneherein vermieden. Soweit die Bundesrepublik eine Prüfungs- und Untersagungsbefugnis für grenzüberschreitende Beteiligungsvorgänge in Anspruch nimmt, sind dagegen Bedenken nicht von der Hand zu weisen.¹⁷⁴ Insbesondere die der Schweiz eingeräumte Sonderstellung mag zu Fragen Anlass geben.

II. OECD-Kodex

1. Anwendungsbereich

Der Handlungsspielraum Deutschlands 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.¹⁷⁵

¹⁷³ Zu ihrer Bedeutung für das internationale Wirtschaftsrecht sogleich unter § 3.

¹⁷⁴ Z. B. bei *Sandrock*, Das Recht ausländischer Investoren auf Zugang zu deutschen Märkten, ZVglRWiss 108 (2009) 1.

¹⁷⁵ *Tietje*, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutz von „Staatsfonds“ – Rechtliche Grenzen eines neuen Investitionsprotektionis-

Der Kodex umfasst heute nahezu alle kurz- und langfristigen Kapitaltransfers einschließlich der Direktinvestitionen.¹⁷⁶ Seit 1984 erstreckt sich die Definition des *inward direct investment* auch auf das Niederlassungsrecht. Damit sind etwa auch Beschränkungen des Beteiligungserwerbs zu Lasten von Ausländern Gegenstand von Liberalisierungsverpflichtungen geworden.¹⁷⁷ 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 und Schifffahrt – Gebrauch gemacht.¹⁷⁸

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:

the maintenance of public order or the protection of
...safety;

the protection of its essential security interests;

...

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, braucht hier nicht vertieft zu werden, da die mit § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG Gesetz gewordene Regelung von Art. 3 des Kodex gedeckt ist: Denn sie beschränkt die mögliche Unter-

mus, Policy Papers on Transnational Economic Law No. 26, Dezember 2007, S. 4; Nettesheim, ZHR 172 (2008) 729 (739).

176 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).

177 OECD, User's Guide (letzte Fn.), S.30.

178 Tietje (Fn. 175), S. 4.

sagung 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 ist an den Binnenmarktgrundsätzen der Rechtsprechung des Gerichtshofs orientiert und verfolgt damit keine protektionistischen oder wirtschaftspolitischen Ziele.

3. Grundsatz der Nichtdiskriminierung

a) Allgemeines

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 gemeinsamen Zoll- und Währungsgebieten. Insoweit erscheint die in § 7 Abs. 2 Nr. 6 Satz 1 AWG vorgenommene Begünstigung der Erwerber aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unproblematisch. Freilich gilt Art. 10 des Kodex nur im Hinblick auf Liberalisierungsmaßnahmen, nicht aber für die *Neueinführung* von Beschränkungen im Verhältnis zu dritten Staaten.¹⁷⁹ 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.¹⁸⁰

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 für die unterschiedliche Behandlung von OECD-Mitgliedern gegenüber den Mitgliedstaaten der EU und des EWR (Island, Liechtenstein, Norwegen), soweit es um die Prüfung und

¹⁷⁹ OECD, User's Guide (Fn. 176), S. 40.

¹⁸⁰ OECD, User's Guide (Fn. 176), S. 38: „The lodging of discriminatory reservations is not permitted.“

mögliche Untersagung von Beteiligungen mit 25 % der Stimmrechte (und mehr) geht, und zum anderen für die unterschiedliche Behandlung der Schweiz im Verhältnis zu den anderen OECD-Staaten.

(1) Eine unterschiedliche Behandlung der EU-Mitgliedstaaten und der anderen OECD-Mitglieder im Hinblick auf die Inanspruchnahme der Vorbehaltsklausel des Art. 3 des Kodex erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn davon ausgegangen werden kann, dass der Fall einer „tatsächlichen und schweren Gefährdung“ eines „Grundinteresses der Gesellschaft“ bei einem Beteiligungserwerb eines gebietsansässigen Unternehmens durch einen gemeinschaftsansässigen Erwerber von vorneherein nicht auftreten kann. Grundlage für eine solche pauschalisierende Einschätzung müsste sein, dass die „Grundinteressen der Gesellschaft“ der Bundesrepublik entweder durch Instrumente der Europäischen Union oder/und (aufgrund von Rechtsangleichung) von den anderen Mitglied- bzw. Vertragsstaaten in effektiver Weise¹⁸¹ und in allen betroffenen Sektoren wahrgenommen werden. Ein solcher Nachweis dürfte kaum zu führen sein. Und die Berufung auf das zwischen den Mitgliedstaaten erforderliche „gegenseitige Vertrauen“ ersetzt nicht den Nachweis, dass die „Grundinteressen der Gesellschaft“ von gemeinschaftsfremden Erwerbern *in abstracto* in anderer Weise tangiert werden können als durch gemeinschaftsansässige Erwerber. Die von § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG, § 53 Abs. 1 Satz 1 und § 7 AWV vorgesehenen Regelungen lassen sich daher nur rechtfertigen, wenn Art. 10 mit seinem Vorbehalt zugunsten eines Zollgebiets (als Ausnahme zum Prinzip der Nichtdiskriminierung, Art. 9) eine differenzierende Behandlung der OECD-Vertragsstaaten im Rahmen der Vorbehaltsklausel des Art. 3 des Kodex zulässt, was zumindest als zweifelhaft erscheint.

(2) Will man davon ausgehen, dass die Ausnahme des Art. 10 zugunsten von Zollgebieten auch im Rahmen der Vorbehaltsklausel des Art. 3 des Kodex eine Rolle spielen kann, wird man sich fragen müssen, wie die in § 7 Abs. 2 Nr. 6 Satz 2 den Erwerbern aus

¹⁸¹ Im Bereich der Gas- und Elektrizitätsversorgung haben die bisherigen Maßnahmenpakete der Gemeinschaft nur zu einer – keineswegs abschließenden – Mindestregelung geführt, die mitgliedstaatliche Maßnahmen zur Sicherung der Versorgung zulassen; EuGH 17.7.2008, C-207/07, Kommission ./.. Spanien, Rz. 43: „une large marge de manoeuvre“ (franz. Fassung).

Norwegen, Island, Lichtenstein und der Schweiz eingeräumte Sonderbehandlung gerechtfertigt werden kann. Da die EFTA zusammen mit der EU kein eigenes Zollgebiet bildet, kann es insofern nur auf die Zugehörigkeit dieser Staaten zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ankommen. Der EWR-Vertrag¹⁸² hat zwischen den Vertragsstaaten zwar keine Zollunion (mit einem einheitlichen Außenzoll), wohl aber ein Zollgebiet (*customs system*) iSv Art. 10 des Kodex begründet.¹⁸³ Da der EWR-Vertrag selbst die nicht zur EU gehörenden Vertragspartner als „EFTA States“ bezeichnet (Art. 2 lit. b EWRV), liegt in § 7 Abs. 2 Nr. 6 Satz 2 AWG bloß eine Bezugnahme auf die vom EWR-Vertrag verwendete Terminologie. In der Sache geht es um eine den EWR-Vertragsstaaten einzuräumende Gleichstellung mit den EU-Staaten.

(3) Im Verhältnis zur Schweiz ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese den EWR-Vertrag nicht ratifiziert hat. Die Schweiz ist Vertragspartner der EFTA, aber als solcher nicht in einem Zollgebiet mit den Mitgliedstaaten der EU verbunden. Im Übrigen ist die Schweiz mit der Europäischen Union zwar durch eine Vielzahl bilateraler Abkommen verbunden, sodass im Schrifttum schon von einer „de-facto-Mitgliedschaft“ in der EU gesprochen worden ist.¹⁸⁴ Doch darf diese Redeweise nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Schweiz mit der Europäischen Union nicht durch ein gemeinsames Zollgebiet (*custom system*) iSv Art. 10 des Kodex 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 gegenüber der Schweiz diskriminierende Behandlung und mithin ein Verstoß gegen den Kodex vor.

182 ABl. 1994 L 1/3.

183 Der User's Guide (Fn. 176), S. 40, nennt als Beispiele für Art. 10 die Europäische Gemeinschaft sowie die belgisch-luxemburgische Währungsunion, erwähnt aber nicht den Europäischen Wirtschaftsraum.

184 Ziegler, Die De-facto-Mitgliedschaft der Schweiz in der EU: Binnen- und Außenbeziehungen, ZEuS 2007, 247, 272.

III. GATS-Übereinkommen

1. Allgemeines

Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)¹⁸⁵ bezieht sich gem. Art. I Abs. 2 lit. c GATS 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 jede Art geschäftlicher Niederlassung durch Errichtung, Erwerb oder Fortführung einer juristischen Person (Art. XXVIII lit. d GATS). Der Erwerb einer bloßen Beteiligung an einem Unternehmen, obwohl nicht ausdrücklich genannt, dürfte ebenfalls eine „kommerzielle Präsenz“ im Sinne dieser Bestimmung begründen,¹⁸⁶ wenn zumindest 50 % der Kapitalanteile erworben werden (vgl. Art. XXVIII lit. n (i) GATS).

Zu den wesentlichen allgemeinen Regeln gehören das Prinzip der Meistbegünstigung (Art. II Abs. 1 GATS) und das Transparenzprinzip (Art. III GATS).¹⁸⁷ Diese Regeln eröffnen allerdings noch keine Verpflichtung, den Marktzugang zu gewährleisten. Erst bei Übernahme *spezifischer Verpflichtungen* gem. Art. XVI Abs. 2 GATS ergibt sich für die Vertragsstaaten des GATS eine Marktöffnungspflicht für denjenigen Sektor, für den der jeweilige Vertragsstaat die entsprechende Verpflichtung übernommen hat.¹⁸⁸ Dies ist von Seiten der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten für einige Sektoren, wie z. B. den Telekommunikationssektor geschehen.¹⁸⁹ Soweit eine solche Marktzugangsverpflichtung übernommen worden ist, lassen gem. Fn. 8 zu Art. XVI GATS die Mitgliedstaaten die auf die Begründung und Erhaltung einer kommerziellen Präsenz bezogenen Kapitaltransfers zu. Art. 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG steht – vorbehaltlich des Art. XIV GATS – damit in Konflikt mit Art. I Abs. 2 lit. c, Art. XVI GATS, soweit die Europä-

185 V. 15.4.1994, ABl. 1994 L 336/190; BGBl. 1994 II S. 1643.

186 *Nettesheim*, ZHR 172 (2008) 729, 739.

187 Dazu etwa *Pitschas* in *Prieß/Berrisch* (Hrsg.), WTO-Handbuch, 2003, B.II. Rz. 40 ff., 74 ff.; *Weiß/Herrmann*, Welthandelsrecht, 2003, § 17 Rz. 853 f., 857 f.; *Senti*, WTO, 2000, Rz. 1225 ff., 1234 f.

188 *Weiß/Herrmann* (letzte Fn.), § 17 Rz. 805; *Senti* (letzte Fn.), Rz. 1259 ff.; *Pitschas*, in: *Prieß/Berrisch* (Hrsg.) (letzte Fn.), B.II. Rz. 99 ff.

189 *Tietje* (Fn. 175), S. 4; *Martini*, DÖV 2008, 314, 320.

ische 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 (soweit nicht schon ein Ausnahmetatbestand in der Liste der spezifischen Verpflichtungen eingreift). Diese Bestimmung ist im Wesentlichen Art. XX GATT nachgebildet und will den Schutz legitimer, nichtprotektionistischer Regelungsziele durch die Vertragspartner ermöglichen. Danach steht das GATS-Übereinkommen Maßnahmen eines Vertragsstaats nicht entgegen,

„a) die erforderlich sind, um (die öffentliche Moral und) die öffentliche 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 GATS 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.“ Mit der Inbezugnahme der Art. 46 und 58 Abs. 1 EG sollen die den Binnenmarkt beherrschenden und vom Gerichtshof restriktiv entfalteten Grundsätze im Rahmen des AWG zur Anwendung kommen, die weder rein

wirtschaftliche Interessen noch eine strategische Standortpolitik oder staatliche Infrastrukturinteressen als Rechtfertigungsgründe akzeptieren.¹⁹⁰

Der in Art. XIV GATS vorgesehene Vorbehalt steht seinerseits unter der Voraussetzung, dass „Maßnahmen nicht in einer Weise angewendet werden, die ein Mittel zu willkürlicher oder unberechtigter Diskriminierung unter Ländern, in denen gleiche Bedingungen herrschen,“ darstellen. Ein Verstoß gegen diese Vorgabe wird sich nur im konkreten Fall anlässlich einer Einzelentscheidung des Ministeriums dingfest machen lassen.

Soweit die EU spezielle Verpflichtungen gem. Art. XVI GATS übernommen hat, kommt das Prinzip der Meistbegünstigung des Art. II GATS zur Anwendung. Im Hinblick auf die den Erwerbern aus den EFTA-Staaten eingeräumte Gleichstellung mit gemeinschaftsansässigen Erwerbern ist wie folgt zu differenzieren: Für die EWR-Vertragsstaaten Liechtenstein, Island und Norwegen greift die in Art. V vorgesehene Ausnahme zugunsten regionaler Integrationsverbände ein, da die von Art. V Abs. 1 und IV GATS aufgestellten Voraussetzungen hinsichtlich des EWR erfüllt sein dürften. Da die Schweiz dem EWR nicht angehört, gleichwohl aber den Erwerbern mit Ansässigkeit in der Schweiz dieselbe Behandlung wie gemeinschaftsansässigen Erwerbern zugebilligt wird, greift zugunsten von Erwerbern aus Drittstaaten der Grundsatz der Meistbegünstigung ein.

IV. Investitionsschutz-Abkommen

Die Bundesrepublik Deutschland hat mit weit über 100 Staaten¹⁹¹ Investitionsförderungs- und –schutzverträge (*Bilateral Investment Treaties= BIT*) geschlossen. Der vielen Abkommen zugrunde lie-

¹⁹⁰ *Martini*, DÖV 2008, 314, 321.

¹⁹¹ *Braun/Schonard*, Der neue deutsch-chinesische Investitionsförderungs- und schutzvertrag, RIW 2007, 561, 563 Fn. 13, zählen 121 in Kraft getretene Verträge (Stand: 4.7.2007); *Sandrock*, Das Recht ausländischer Investoren auf Zugang zu den deutschen Märkten, ZVglRWiss 108 (2009) 1, verweist auf mehr als 130 Verträge.

gende Mustervertrag¹⁹² bestimmt bezüglich des Zugangsrechts zum deutschen Markt in seinem 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 nach h.L. – im Gegensatz zur US-amerikanischen Praxis¹⁹³ – kein Anspruch auf Marktzugang für Investitionen geschaffen,¹⁹⁴ sondern allein eine „Bemühungsverpflichtung“ kreiert. Die in Art. 3 (2) des Mustervertrags niedergelegten Grundsätze der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung beziehen sich nicht auf den Marktzugang, sondern setzen – wie im Rahmen des GATS – Marktpräsenz (*post establishment* Phase) voraus.¹⁹⁵ Insofern 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.

V. Deutsch-amerikanischer Freundschaftsvertrag

Die Bundesrepublik hat 1954 mit den USA einen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag geschlossen,¹⁹⁶ dessen Art. VII Abs. 1 nicht nur Inländerbehandlung gewährt (Satz 1, 4), sondern

¹⁹² Abgedruckt z. B. in *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2008, S. 368 ff.

¹⁹³ Dazu *Dolzer/Schreuer* (letzte Fn.), S. 81 f.; ausführlich *Sandrock*, ZVglRWiss 108 (2009) 1, 10 ff.

¹⁹⁴ *Dolzer/Schreuer* (Fn. 192), S. 81 (mit Bezug auf die im Text zitierte Klausel und unter ausdrücklicher Kontrastierung mit der insoweit abweichenden Vertragspraxis der USA, Kanadas und Japans); *Tietje* (Fn. 174), S. 5; *Martini*, DÖV 2008, 314, 321; dezidiert a.A. *Sandrock*, ZVglRWiss 108 (2009) 1, 14 ff.

¹⁹⁵ Dazu (und zu der abweichenden US-Praxis) *Dolzer/Schreuer* (Fn. 192), S. 178 f.

¹⁹⁶ BGBl. 1956 II S. 487.

(in Satz 3) ausdrücklich auch den *Marktzugang* für die Gründung von Gesellschaften eröffnet, und darüber hinaus, das Recht Mehrheitsbeteiligungen zu erwerben, garantiert. Von dieser Marktzugangsregelung 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 abgeschlossenen Investitionsförderungs- und -schutzverträge, Verpflichtungen hinsichtlich des Marktzugangs für Investoren aus den USA.¹⁹⁷

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 dieser Vorbehaltsklausel hängt ganz wesentlich von der Bedeutung ab, die man dem Begriff der „eigenen wesentlichen Sicherheitsinteressen“ zuschreibt. Der Begriff wird in einem Zuge 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.¹⁹⁸ Damit dürfte auch der Anschluss an die oben (unter III.2.) zum GATS diskutierte Vorbehaltsklausel sowie zur Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 46 Abs. 1 EG zu den dort genann-

¹⁹⁷ Sandrock, Staatsfonds und deutsche bilaterale Investitionsförderungs- und -schutzverträge, in: FS Schwark (2009) 729.

¹⁹⁸ A.A. insoweit Sandrock (letzte Fn.), S. 747.

ten Begriffen der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ gefunden sein.

Für den nach Art. VII Abs. 1 Satz 3 eröffnete Marktzugang gilt entsprechend Art. VII Abs. 4 der Grundsatz der Meistbegünstigung. Soweit das AWG und die AWV Erwerber mit Sitz in der Schweiz den gemeinschaftsansässigen Erwerbern gleichstellt und damit von jeglicher Kontrolle befreit, ergibt sich aus Art. VII Abs. 4, dass in den USA ansässige Erwerber in gleicher Weise zu behandeln sind.

§ 4. Zusammenfassung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass das mit dem 13. Gesetz zur Änderung des AWG neu eingeführte Regime zur Kontrolle des (Beteiligungs-) Erwerbs von deutschen („gebietsansässigen“) Unternehmen mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Die Inbezugnahme in § 7 Abs. 1 Nr. 4 AWG auf die in Art. 46 und 58 Abs. 1 EG gewährleisteten Erfordernisse des Allgemeininteresses sowie in § 7 Abs. 2 Nr. 6 auf die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Auslegungsgrundsätze erweist sich im Zusammenhang des Binnenmarktes als weitgehend funktionslos. Daher ist auch die Tatsache, dass weder das AWG noch die AWV die betroffenen Sektoren, die für die „Sicherheit“ der Bundesrepublik von Bedeutung sind, im Einzelnen spezifiziert,¹⁹⁹ ohne Belang. Auch spielt es keine Rolle, dass weder das AWG noch die AWV die konkreten objektiven Umstände benennen, von denen eine Untersagung abhängen soll.²⁰⁰ Schließlich bleibt es ohne Konsequenz, dass man hinsichtlich der Erforderlichkeit einer möglichen Untersagung eines Beteiligungserwerbs sich die Frage stellen könnte, ob es nicht doch mildere Mittel gibt,²⁰¹ um den Schutz

199 Dies die Anforderung, die der Gerichtshof zur Rechtfertigung von Beschränkungen des Kapitalverkehrs entwickelt hat; z. B. EuGH 13.5.2003, C-463/00, Kommission ./ Spanien, Slg. 2003, I-4581 Rz. 78; EuGH 4.6.2002, C-503/99, Kommission ./ Belgien, Slg. 2002, I-4809 Rz. 50 f.

200 Auch dies eine Anforderung des Gemeinschaftsrechts, die im Rahmen des Art. 46 EG zu erfüllen ist; EuGH 13.5.2003 (letzte Fn.) Rz. 74.

201 Zu denken wäre etwa an nach Sektoren *differenzierende* Regelungen, die auf die Existenz einer *Regulierungsbehörde* und den Möglichkeiten ihres Eingreifens ebenso Rücksicht nehmen wie auf die Setzung von *Verhaltenspflichten* für

der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ der Bundesrepublik zu gewährleisten.

Die Regelungen des AWG und der AWW verstoßen jedoch, soweit der Schweiz eine Sonderstellung eingeräumt wird, gegen den in Art. 10 OECD-Kodex verwirklichten Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Im Hinblick auf die der Schweiz eingeräumten Sonderstellung greift im Rahmen des GATS-Übereinkommens, soweit spezifische Verpflichtungen übernommen worden sind, der Grundsatz der Meistbegünstigung; dasselbe gilt zugunsten in den USA ansässiger Erwerber aufgrund des deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrags. Im Anwendungsbereich beider Übereinkommen hat die Bundesrepublik interessierten Erwerbern denselben Status zuzubilligen wie Erwerbern aus der Schweiz; das Kontrollregime des AWG muss insoweit unangewendet bleiben.

Unternehmensentscheidungen, bei deren Verletzung dann mit wirksamen Sanktionen reagiert werden könnte.

Impressum

Herausgeber

Prof. Dr. Bernd von Hoffmann, Prof. Dr. Gerhard Robbers

Unter Mitarbeit von

Lisa Günther, Bärbel Junk und Claudia Lehnen

Redaktionelle Zuschriften

Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier,
Im Treff 24, 54296 Trier, Tel. +49 (0)651 / 201-3443
Homepage: <http://www.irp.uni-trier.de>,
Kontakt: sekretariat@irp.uni-trier.de.

Die Redaktion übernimmt für unverlangt eingesandte Manuskripte keine Haftung und kann diese nicht zurückschicken. Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion wieder.

Bezugsbedingungen

Die Hefte erscheinen in unregelmäßigen Abständen mehrfach jährlich und können zum Stückpreis zuzüglich Porto im Abonnement oder als Einzelheft bei der Redaktion angefordert werden. Die zur Abwicklung des Abonnements erforderlichen Daten werden nach den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes verwaltet.

© Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2009
ISSN 1616-8828