

## **Stellungnahme zum Entwurf eines 13. Änderungsgesetzes zum Außenwirtschaftsgesetz vom 20. August 2008**

### **Änderungsvorschläge des Bundesverbandes Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften (BVK) zu Anwendungsbereich und einzelnen Verfahrensvorschriften**

#### **1 Zusammenfassung**

Die von der Bundesregierung geplante Novelle des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) und der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) wird vom Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften (BVK) für seine Mitglieder als grundsätzlich unproblematisch angesehen, da bei deren Investitionen in Deutschland von keiner Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit auszugehen ist. Um die praktische Handhabbarkeit der Bestimmungen gerade für inhaltlich nicht betroffene Investoren zu erleichtern, schlägt der BVK jedoch einige Änderungen vor. Dies entspricht dem Bestreben der Bundesregierung, durch die geplante Kontrolle nicht die überwiegende Zahl gemeinschaftsfremder Investoren zu behindern. Die Eingreifmöglichkeit der Regierung soll nicht dazu führen, dass ausländisches Kapital aus Deutschland ferngehalten wird.

Der BVK geht davon aus, dass zahlreiche Erwerber vor einer Investition diese dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie mitteilen werden, um möglichst schnell Rechtssicherheit zu erlangen. Dabei sollte es Ziel sein, das Verfahren für eine solche Vorabklärung einfach zu gestalten, um den Erwerbern möglichst geringe bürokratische Hürden zu setzen. Zugleich gilt es zu gewährleisten, dass Investoren in unproblematischen Fällen verlässlich und schnell Rechtssicherheit erlangen.

Dies ist insbesondere von Bedeutung, um wesentliche Nachteile für die betroffenen Investoren bei kompetitiven Veräußerungsprozessen zu vermeiden. Derartige Bieterprozesse sind gerade für Private Equity-Investoren inzwischen das typische Verfahren geworden, mit dem Unternehmen erworben und veräußert werden. Im Wettbewerb dieser Bieterprozesse kann eine längerfristige Unsicherheit über eine mögliche Untersagung einen wesentlichen Nachteil eines Bieters gegenüber anderen Bietern darstellen, und zwar selbst dann, wenn eine tatsächliche Untersagung unwahrscheinlich ist; denn dem Veräußerer liegt neben einem hohen Kaufpreis und sonst angemessenen Konditionen vor allem an hoher Transaktionssicherheit. Solche Nachteile für den Bieter sind aus Sicht des BVK zu minimieren. Auch aus Veräußerersicht ist verminderte Transaktionssicherheit bei einzelnen Bietern hinderlich. Der Veräußerer steht unter Umständen vor der Entscheidung, entweder ein wirtschaftlich attraktives, aber nicht sicher durchführbares Angebot zu wählen, oder sich für ein wirtschaftlich weniger attraktives Angebot zu entscheiden, das ohne eine solche Unsicherheit durchgeführt werden kann. Ferner kann für den Veräußerer nachteilig sein, dass einzelne Bieter von einer Teilnahme an dem Bieterprozess absehen, da sie nicht bereit sind, die durch die Regulierung entstehenden Nachteile gegenüber anderen Bietern in Kauf zu nehmen.

Die vom BVK vertretenen Kapitalbeteiligungsgesellschaften haben ihren Geschäftszweck wesentlich im Erwerb, der Weiterentwicklung und der anschließenden Veräußerung von Beteiligungen. Sie sind daher in besonderer Weise als Bieter und Veräußerer auf effiziente Transaktionsprozesse angewiesen. Dem BVK liegt daher daran, die praktischen Auswirkungen der Regulierung abgemildert zu sehen.

Der BVK schlägt vor, dass allein die Erwerbe von der AWG-Kontrolle erfasst werden, die nicht nur zu einem Stimmrechtsanteil von mindestens 25 Prozent führen, sondern auch der deutschen oder europäischen Fusionskontrolle unterliegen. Dieser Gleichlauf mit den fusionskontrollrechtlichen Vorschriften führt dazu, dass die Erwerber in der Regel nur einmal ausführliche Informationen zusammenstellen müssen, die sie dann zum einen dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und zum anderen dem deutschen Bundeskartellamt bzw. der europäischen Kommission mitteilen. Dabei bleibt das geplante Prüf- und Untersagungsrecht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vollständig erhalten. Das Ministerium kann nach dem Vorschlag des BVK den Erwerb innerhalb eines Monats nach Eingang der Angaben untersagen oder Anordnungen erlassen, um die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten, oder mitteilen, dass es weitere Angaben benötigt. Nach Ablauf der Monatsfrist besteht für den Investor in unproblematischen Fällen Rechtssicherheit; in den sehr wenigen erwarteten problematischen Fällen kann das Ministerium weitere Informationen anfordern und den Erwerb dann innerhalb eines weiteren Monats nach Eingang der angeforderten Angaben vertieft prüfen und einen Kabinettsbeschluss herbeiführen. Damit werden Wettbewerbsnachteile in Bieterprozessen und die zusätzliche bürokratische Belastung für die Vielzahl an unproblematischen Fällen gering gehalten.

Die bereits vorgesehene Möglichkeit einer Unbedenklichkeitsbescheinigung erreicht diesen Zweck für die betroffenen Unternehmen nicht in verlässlicher Weise. Nach dem Entwurf gibt es nämlich keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung; vielmehr steht diese gänzlich im Ermessen des Ministeriums. Auch ist keine Frist vorgesehen, innerhalb derer eine Entscheidung über die Erteilung zu erfolgen hat oder nach deren Ablauf die Bescheinigung als erteilt gilt. Es ist daher unklar, inwieweit die Unbedenklichkeitsbescheinigung in der Praxis zu Rechtssicherheit und einer Beschleunigung des Verfahrens führen wird.

Die deutsche und europäische Fusionskontrolle sind bewährte Instrumente für die Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs. Erwerbe, die nicht durch diese Fusionskontrollen aufgegriffen werden, sind von geringer wirtschaftlicher Bedeutung. Es ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass derartige „Bagatellfälle“ geeignet sein könnten, die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden. Dies kann sich anders verhalten im Bereich der Rüstungstechnologie, der Kryptologie und der Erdfernerkundungssysteme. Diese Bereiche sind aber bereits durch bestehende gesetzliche Regelungen abgedeckt. Weitere relevante Spezialbereiche, in denen selbst die nicht von der Fusionskontrolle erfassten Kleinstransaktionen eine Gefährdung wesentlicher Sicherheitsinteressen mit sich bringen könnten, sind dem BVK nicht ersichtlich. Sollten sich solche weiteren Spezialbereiche dennoch identifizieren lassen, so wären sie aus Sicht des BVK durch Ergänzung der Liste von Bereichen spezifisch zu erfassen, die nach bereits

bestehender Rechtslage der besonderen Regulierung unterliegen, nicht hingegen durch eine pauschale Einbeziehung aller Kleinsttransaktionen. Dies verstieße aus Sicht des BVK gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Schließlich schlägt der BVK vor, aus rechtlichen Gründen Erwerber aus Überseeischen Ländern und Hoheitsgebieten gemäß Anhang II zum EG-Vertrag von der Regulierung auszunehmen. Hieran hat der BVK unter anderem deswegen ein Interesse, weil in manchen dieser Länder Private Equity-Fonds angesiedelt sind, z.B. auf den Cayman Islands und den British Virgin Islands.

## **2 Status**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im Juli 2008 einen überarbeiteten Referentenentwurf zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) vorgelegt, der für das Bundeswirtschaftsministerium für Wirtschaft und Technologie ein Prüf- und Untersagungsrecht im Falle des Erwerbs von Beteiligungen durch gemeinschaftsfremde Unternehmen an deutschen Gesellschaften vorsieht, wenn die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Sinne von Artikel 46 und 58 Abs. 1 EG-Vertrag gefährdet sind und der Erwerb zu einer Beteiligung von mindestens 25 Prozent der Stimmrechte führt. Nach der Zustimmung des Bundeskabinetts hat das Ministerium im August 2008 eine aktualisierte Fassung veröffentlicht, die nur geringe formale Unterschiede zur Fassung vom Juli 2008 aufweist.

Der überarbeitete Entwurf erhält aus Sicht des BVK etliche wesentliche Verbesserungen gegenüber dem ursprünglichen Entwurf vom Herbst 2007. Zu nennen ist dabei insbesondere, dass Erwerber aus EU-Mitgliedstaaten und aus Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation nicht mehr erfasst werden und der Begriff der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit konkretisiert worden ist.

Der Entwurf zum 13. Änderungsgesetz zum AWG und zur Außenwirtschaftsverordnung (AWV) regelt dabei in seiner derzeitigen Fassung folgendes Verfahren: Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie kann den geplanten Erwerb gemäß § 53 Abs. 1 AWV innerhalb von drei Monaten nach Abschluss des Erwerbsvertrages oder Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe eines Übernahmeangebotes oder der Kontrollerlangung prüfen. Entschließt sich das Bundeswirtschaftsministerium, sein Prüfrecht wahrzunehmen, ist der Erwerber nach entsprechender Mitteilung verpflichtet, die Unterlagen über den Erwerb zu übermitteln. Die zu übermittelnden Unterlagen werden im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Innerhalb zweier Monate nach Eingang der Unterlagen kann das Bundeswirtschaftsministerium mit Zustimmung der Bundesregierung den Erwerb untersagen oder Anordnungen erlassen. Während des Fristlaufs steht das Rechtsgeschäft über den Erwerb gemäß des geplanten § 31 Abs. 3 AWG unter der auflösenden Bedingung, dass das Bundesministerium den Erwerb untersagt.

Sollte der Gesetzgeber trotz der vielfach bereits zum Vorentwurf geäußerten grundsätzlichen Bedenken (vgl. nur das Jahreshgutachten 2007/2008 des Sachverständigenrats vom 7. November 2007) den Gesetzesentwurf zur Änderung des AWG weiterverfolgen, wäre es unseres Erachtens sinnvoll, den Anwendungsbereich zu verkleinern und Änderungen an den vorgesehenen Verfahrensvorschriften vorzunehmen.

### 3 Alternative Verfahrensvorschriften

3.1 Anstatt des im 13. Änderungsgesetz vorgesehenen § 53 AWV schlagen wir vor, die folgenden §§ 53 – 55 AWV-E unter einem 2. Titel „Unternehmenserwerbskontrolle im Außenwirtschaftsverkehr“ neu einzufügen. Der jetzige 2. Titel „Meldevorschriften nach § 26 AWG“ wird lediglich in einen 3. Titel gleichen Namens umbenannt und soll mit § 56 AWV beginnen.

- „§ 53 Unternehmenserwerbskontrolle

(1) Die Vorschriften über die Unternehmenserwerbskontrolle im Außenwirtschaftsverkehr finden Anwendung, wenn ein Gemeinschaftsfremder ein gebietsansässiges Unternehmen oder eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einem solchen Unternehmen erwirbt. Als Gemeinschaftsfremder gilt auch ein gemeinschaftsansässiges Unternehmen, an dem ein Gemeinschaftsfremder mindestens 25 % der Stimmrechte hält.

(2) Absatz 1 gilt nur, wenn

1. der unmittelbare oder mittelbare Stimmrechtsanteil des gemeinschaftsfremden Erwerbers an dem gebietsansässigen Unternehmen nach dem Erwerb mindestens 25 % erreicht. Bei der Berechnung des Stimmrechtsanteils des gemeinschaftsfremden Erwerbers sind diesem die Anteile anderer Unternehmen an dem zu erwerbenden Unternehmen zuzurechnen, wenn der Erwerber 25 % oder mehr der Stimmrechte an dem anderen Unternehmen hält. Die Stimmrechte Dritter, mit denen der gemeinschaftsfremde Erwerber eine Vereinbarung über die gemeinsame Ausübung von Stimmrechten abgeschlossen hat, sind dem Erwerber ebenfalls zuzurechnen; und

2. die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle nach § 35 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder nach Art. 1 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung finden.

(3) Zweigniederlassungen und Betriebsstätten des Erwerbers gelten nicht als gemeinschaftsansässig. Im Gemeinschaftsgebiet ansässige Personen, die nicht gemeinschaftsansässig sind, und gemeinschaftsfremde Erwerber aus Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Island, Liechtenstein, Norwegen, Schweiz) und Überseeischen Ländern und Hoheitsgebieten gemäß Anhang II zum EG-Vertrag stehen gemeinschaftsansässigen Erwerbern gleich.

- § 54 Mitteilung durch den Erwerber

Der Erwerber kann dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie die Angaben zu dem Erwerb mitteilen, die in einer vollständigen Anmeldung des Zusammenschlusses beim Bundeskartellamt oder der Europäischen Kommission nach den anwendbaren Fusionskontrollvorschriften enthalten sein müssen. Die Mitteilung an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie kann, unabhängig davon, ob der Erwerb bereits rechtsverbindlich vereinbart ist, durch Übersendung

einer Abschrift der Anmeldung des Zusammenschlusses beim Bundeskartellamt oder bei der Europäischen Kommission, durch Übersendung des Entwurfs einer solchen Anmeldung oder auf sonstige Weise in Textform erfolgen.

- § 55 Prüf- und Untersagungsrecht

(1) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie kann innerhalb von drei Monaten seit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages über den Erwerb der Stimmrechte den Erwerb daraufhin prüfen, ob der Erwerb die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt; im Fall eines öffentlichen Angebots beginnt die Frist mit der Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe des Angebots oder der Veröffentlichung der Kontrollerlangung. Das Bundeswirtschaftsministerium für Wirtschaft und Technologie teilt dem Erwerber innerhalb der Frist seine Entscheidung mit, eine Prüfung nach Satz 1 durchzuführen. In dieser Mitteilung ordnet das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie die Mitteilung der Angaben an, die in einer vollständigen Anmeldung des Zusammenschlusses beim Bundeskartellamt oder der Europäischen Kommission nach den anwendbaren Fusionskontrollvorschriften enthalten sein müssen. § 54 Satz 2 gilt entsprechend.

(2) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie kann den Erwerb innerhalb eines Monats nach Eingang der Angaben nach § 54 oder Absatz 1 untersagen oder Anordnungen erlassen, soweit dies erforderlich ist, um die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten, oder weitere Angaben anfordern, soweit diese Angaben für die Prüfung, ob der Erwerb die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt, erforderlich sind. Im Falle des Eingangs von Angaben nach § 54 und nach Absatz 1 ist für die Fristberechnung der frühere Eingang maßgeblich. Nach Ablauf der maßgeblichen Frist ist eine Untersagung oder eine Anordnung ausgeschlossen; im Falle der Anforderung weiterer Angaben ist eine Untersagung oder Anordnung nach Ablauf eines Monats nach Eingang der angeforderten Angaben ausgeschlossen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie unterrichtet die Bundesregierung über das Ergebnis seiner Prüfung. Für die Untersagung oder den Erlass von Anordnungen ist die Zustimmung der Bundesregierung erforderlich.

(3) Auf Antrag eines Erwerbers kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie eine Bescheinigung erteilen, dass dem Erwerb keine Bedenken im Hinblick auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland entgegenstehen. Mit Erteilung dieser Bescheinigung erlischt das Prüfrecht und eine Untersagung oder Anordnung ist ausgeschlossen.

(4) Zur Durchsetzung einer Untersagung kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie die hierzu erforderlichen Maßnahmen anordnen. Insbesondere kann es

1. die Ausübung der Stimmrechte an dem erworbenen Unternehmen, die einem gemeinschaftsfremden Erwerber gehören oder ihm zuzurechnen sind, untersagen oder einschränken oder
2. einen Treuhänder bestellen, der die Rückabwicklung eines vollzogenen Erwerbs herbeiführt.“

**3.2** Wir schlagen ferner vor, § 7 Abs. 2, Nr. 6, Satz 2 AWG wie folgt zu fassen:

„Im Gemeinschaftsgebiet ansässige Personen, die nicht gemeinschaftsansässig sind, und gemeinschaftsfremde Erwerber aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Island, Liechtenstein, Norwegen, Schweiz) und aus Überseeischen Ländern und Hoheitsgebieten gemäß Anhang II zum EG-Vertrag stehen gemeinschaftsansässigen Erwerbern gleich.“

**3.3** Die hier vorgeschlagenen alternativen Verfahrensvorschriften lassen die übrigen durch das 13. Änderungsgesetz zum AWG vorgesehenen Änderungen, abgesehen von erforderlichen redaktionellen Änderungen, unberührt.

## **4 Erläuterung**

### **4.1** Zweck der Änderungsvorschläge

Durch die Möglichkeit für den Erwerber, die Transaktion dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie gemäß § 54 AWV-E mit den für die Fusionskontrolle erforderlichen Angaben mitzuteilen, soll der Erwerber in die Lage versetzt werden, möglichst gleichzeitig mit oder vor Abschluss der Fusionskontrolle Rechtssicherheit darüber zu erlangen, ob das Bundesministerium von seinem Untersagungsrecht Gebrauch machen wird. Nimmt der Erwerber diese Möglichkeit wahr, wird es in der Praxis in etlichen Fällen möglich sein, diese Rechtssicherheit etwa gleichzeitig mit oder vor Abschluss des Fusionskontrollverfahrens zu erreichen.

Die im Referentenentwurf vorgesehene und im BVK-Entwurf übernommene Unbedenklichkeitsbescheinigung ist grundsätzlich zu begrüßen, erreicht diesen Zweck aber nicht, da durch den Antrag des Erwerbers keine Frist in Lauf gesetzt wird; vielmehr liegen Erteilung sowie Zeitpunkt einer etwaigen Unbedenklichkeitsbescheinigung gänzlich im Ermessen des Ministeriums. Die einzelnen Kriterien für die Erteilung der Bescheinigung sind für den Erwerber nicht ersichtlich. Es bleibt daher unklar, inwieweit die Unbedenklichkeitsbescheinigung in der Praxis zu einer Beschleunigung des Verfahrens und zu Rechtssicherheit führen wird.

Da die an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie zu übermittelnden Informationen den Angaben entsprechen, die der zuständigen Fusionskontrollbehörde bei der Anmeldung mitgeteilt werden müssen, wird die zusätzliche Belastung des Erwerbers gering gehalten; dabei gehen dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie umfangreiche Informationen zu, ohne dass spezifische Informationen vom Ministerium im Einzelnen angefordert werden müssten, wie dies nach dem gegenwärtigen Gesetzesentwurf vorgesehen ist. Die Angaben zur Fusionskontrolle enthalten umfassende Angaben zu je-

dem beteiligten Unternehmen, also insbesondere zu dem Unternehmen, an dem die Beteiligung erworben wird, und zum Erwerber und den ihn kontrollierenden Unternehmen. Anzugeben sind u.a. Art des Geschäftsbetriebs, Umsatzerlöse, Marktanteile einschließlich der Grundlage für ihre Berechnung, sowie die Höhe der erworbenen und insgesamt gehaltenen Beteiligung. Diese Informationen werden in der Regel bei unproblematischen Fällen ausreichen um feststellen zu können, dass eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit nicht in Betracht kommt. Gelangt das Ministerium zu der Auffassung, dass die fusionskontrollrechtlich zu machenden Angaben hierfür im Einzelfall nicht ausreichen, so kann es weitere Angaben anfordern, wenn dies für die Prüfung erforderlich ist.

Im Ergebnis wird daher durch die vorgeschlagenen Änderungen in unproblematischen Fällen ein zügiges Verfahren parallel zur Fusionskontrolle bei geringem zusätzlichem Aufwand für die betroffenen Unternehmen und das Ministerium erreicht.

#### 4.2 Zu § 53 AWW-E Unternehmenserwerbskontrolle

In § 53 AWW-E wird der Geltungsbereich der Unternehmenserwerbskontrolle bestimmt. Die Einführung eines eigenen Titels dient der Übersichtlichkeit und stellt die Besonderheit der Investitionsbeschränkungen in den Vordergrund. § 53 AWW-E greift inhaltlich in Absatz 1 die Voraussetzungen des gegenwärtigen Gesetzesentwurfs auf.

§ 53 Absatz 2 AWW-E enthält gegenüber dem im 13. Änderungsgesetz geplanten § 53 AWW Abweichungen. Die Vorgaben der Ziffer 2 müssen *kumulativ* vorliegen, d.h. der Erwerb muss zu einem Stimmrechtsanteil von mindestens 25 Prozent führen und zusätzlich der deutschen oder europäischen Fusionskontrolle unterliegen. Hierdurch wird ein Gleichlauf mit den fusionskontrollrechtlichen Vorschriften erreicht. Dabei gilt es zu beachten, dass der Erwerb von mindestens 25 Prozent der Stimmrechte, aber weniger als 50 Prozent der Stimmrechte, trotz ansonsten gemeinschaftsweiter Bedeutung u.U. nicht der europäischen Fusionskontrolle unterliegt. Solche Erwerbe werden aber in jedem Fall von der deutschen Fusionskontrolle erfasst, sofern deren sonstige Voraussetzungen gegeben sind.

Sind auch diese Voraussetzungen nicht gegeben, so ist kein Grund zu erkennen, die betroffenen Erwerbe über den bestehenden gesetzlichen Rahmen hinaus der Kontrolle nach dem AWG zu unterwerfen. Sie sind vom Gesetzgeber vielmehr bewusst von der Fusionskontrolle ausgenommen worden, u.a. weil sie nur marginale Auswirkungen auf das Inland haben (vgl. Begr. 2 RegE BR-Drucks. 852/97, S. 56). Solche Fälle der Fusionskontrolle zu unterwerfen, verstieße nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. BGH WuW/E 3037 ff., 3042 Raiffeisen). Diese Erwägungen gelten grundsätzlich in gleicher Weise bei der Erwerbskontrolle nach dem AWG. Gerechtfertigt scheint ein Eingriff freilich in den bereits regulierten Bereichen der Rüstungstechnologie, der Kryptologie und der Erdfernerkundungssysteme. Weitere vergleichbare Bereiche sind nicht ersichtlich. Sollten sich dennoch über die bereits regulierten Bereiche der Rüstungstechnologie, der Kryptologie und der Erdfernerkundungssysteme hinaus doch weitere Bereiche feststellen lassen, bei denen auch durch Kleinstransaktionen wesentliche Sicherheitsinteressen berührt sein könnten, so sollten diese aus Sicht des BVK spezifisch der Liste konkret regulierter Bereiche hinzugefügt werden. Keinesfalls soll-

ten hingegen generell alle Kleinstransaktionen der Regulierung unterworfen werden, da dies dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspräche.

#### **4.3** Zu § 54 AWW-E Mitteilung durch den Erwerber

§ 54 AWW-E gibt dem Erwerber die Möglichkeit, in unproblematischen Fällen zu einem frühen Zeitpunkt und ohne erheblichen zusätzlichen Aufwand Rechtssicherheit zu erlangen. Die beteiligten Unternehmen haben ihren fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflichten ohnehin nachzukommen. Der Erwerber hat es in der Hand, durch Mitteilung der nach diesen Vorschriften erforderlichen Angaben an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie den Prüfprozess und die Fristen nach dem AWG in Gang zu setzen.

Damit wird die zusätzliche bürokratische Belastung für die Vielzahl an unproblematischen Fällen gering gehalten. Die bereits vorgesehene Möglichkeit einer Unbedenklichkeitsbescheinigung erreicht diesen Zweck für die betroffenen Unternehmen nicht in verlässlicher Weise, da deren Erteilung gänzlich im Ermessen des Ministeriums steht. Insbesondere ist keine Frist vorgesehen, innerhalb derer eine Entscheidung über die Erteilung zu erfolgen hat oder nach deren Ablauf die Bescheinigung als erteilt gilt. Auch die einzelnen Kriterien für eine Erteilung sind unklar.

Die Übersendung eines Anmeldungsentwurfs oder die Darlegung der Informationen auf sonstige schriftliche Weise reicht nach dem vorgeschlagenen Entwurf aus. Denn der Zweck der Mitteilungspflicht, das Ministerium umfänglich über den Erwerb zu unterrichten, wird in der Regel auch auf diese Weise erreicht.

#### **4.4** Zu § 55 AWW-E Untersagungsrecht

Die Ausgestaltung des Prüf- und Untersagungsrechts des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie als u.U. mehrstufiges Verfahren wurde beibehalten. Hält das Bundeswirtschaftsministerium eine Prüfung für erforderlich, muss es jedoch nach dem Änderungsvorschlag gleichzeitig mit der Prüfungsmitteilung die für das Fusionskontrollverfahren erforderlichen Angaben einholen. Die vorgesehene einmonatige Frist entspricht dem ursprünglichen Entwurf des Ministeriums und lehnt sich an die Fusionskontrolle an. Die im überarbeiteten Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vorgesehene Frist von zwei Monaten erscheint dem gegenüber in unproblematischen Fällen unangemessen lang und bedeutet eine unnötige Verzögerung der Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen. Die vom Entwurf zurecht eng formulierten tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdungen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühren, sollten sich in der Regel auch innerhalb einer Frist von einem Monat feststellen lassen. In den sehr wenigen erwarteten möglicherweise problematischen Fällen kann das Ministerium zusätzliche Angaben anfordern und die Prüfung innerhalb eines weiteren Monats abschließen. Dies gibt auch den erforderlichen zeitlichen Spielraum zur Herbeiführung eines Kabinettsbeschlusses, der nur in problematischen Fällen erforderlich ist.

#### 4.5 Zu § 7 Abs. 2 Ziff. 6 Satz 2 AWG-E

Gemäß dem Wortlaut der Begriffsbestimmungen von § 4 Abs. 1, Ziff. 3, Ziff. 6 und Ziff. 8 AWG sind u.U. nicht alle im Gemeinschaftsgebiet ansässigen Personen im Sinne des Gesetzes gemeinschaftsansässig. Daher wären bei enger und ausschließlich am Wortlaut orientierter Auslegung der Begriffsbestimmungen die Kanalinseln und die Insel Man möglicherweise von der AWG-Novelle erfasst, obwohl sie zum Gemeinschaftsgebiet gehören. § 7 Abs. 2 Satz 2 beseitigt in seiner ersten Alternative diese begriffliche Unschärfe.

Die in der zweiten Alternative ausgenommenen Überseeischen Länder und Hoheitsgebiete genießen eine Sonderstellung gegenüber anderen Drittstaaten, da auf diese wegen ihrer besonderen Beziehungen zu einzelnen Mitgliedstaaten über Art. 299 Abs. 3 EG-Vertrag ein spezielles Assoziierungssystem Anwendung findet. Über die Assoziierungsvorschriften des Art. 187 EG-Vertrag ist für sie der Beschluss des Rates der Europäischen Union vom 27. November 2001 maßgeblich, der diesen Ländern spezielle Freiheiten gibt, welche den Grundfreiheiten angenähert sind. Zwar wird hiermit keine umfassende Kapitalverkehrsfreiheit eingeräumt, sehr wohl werden aber einzelne Beschränkungsverbote aufgestellt, die hier betroffen sind. Die Angehörigen dieser Inselstaaten können sich auf diese speziellen Freiheiten grundsätzlich auch unmittelbar berufen und somit in Verbindung mit Art. 187 EG-Vertrag einen eventuellen Verstoß gegen das Europarecht geltend machen. Dies gilt insbesondere für einen möglichen Verstoß gegen die ihnen eingeräumte besondere Kapitalverkehrsfreiheit. Sie sind daher in gleicher Weise wie Investoren aus EU-Mitgliedstaaten von der Regulierung auszunehmen.

Eine etwaige Rechtfertigung von Maßnahmen gemäß Art. 58 EG-Vertrag kann die Einbeziehung der Überseeischen Länder und Hoheitsgebiete nicht begründen, denn mit dieser Begründung hätte es auch bei der Erfassung der EU-Mitgliedstaaten, wie im ursprünglichen Entwurf vorgesehen, verbleiben können. Dies wurde aber zu Recht verworfen. Aus gleichen Erwägungen gilt es, die Überseeischen Länder und Hoheitsgebiete auszunehmen.

Berlin, 19. Januar 2009