

ZENTRALER KREDITAUSSCHUSS

MITGLIEDER: BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN VOLKSBANKEN UND RAIFFEISENBANKEN E.V. BERLIN · BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN E.V. BERLIN
BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER BANKEN DEUTSCHLANDS E.V. BERLIN · DEUTSCHER SPARKASSEN- UND GIROVERBAND E.V. BERLIN-BONN
VERBAND DEUTSCHER PFANDBRIEFBANKEN E.V. BERLIN

Frau Regierungsdirektorin
Dr. Ursina Krumpholz
Referatsleiterin V B 2
Außenwirtschaft
Bundesministerium für Wirtschaft
und Technologie
Scharnhorststr. 34-37
10115 Berlin

vorab per E-Mail

10178 Berlin, den 4. August 2008
Burgstraße 28
AZ ZKA: AW-WTO-GATS
AZ BdB: J 11 – Hf/Lo

Referentenentwurf eines Dreizehnten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschafts- gesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung

Sehr geehrte Frau Dr. Krumpholz,

für Ihr Schreiben vom 11. Juli 2008 (Az.: V B 2 – 48 04 05/13), mit welchem Sie zu einer Anhörung am 7. August 2008 eingeladen und zugleich Gelegenheit gegeben haben, zu dem Referentenentwurf eines Dreizehnten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vorab schriftlich Stellung zu nehmen, danken wir Ihnen verbindlich.

I. Grundsätzliche Anmerkungen

1. Deutschland ist eng in die Weltwirtschaft eingebunden und profitiert vom grenzüberschreitenden Güter- und Kapitalverkehr in hohem Maße. Die Vorteile eines freien Güterverkehrs – insbesondere mehr Wettbewerb, eine höhere Effizienz, Innovationsanreize und als Folge hiervon mehr Beschäftigung sowie eine bessere Versorgungssituation für die Konsumenten – gelten auch für den internationalen Kapitalverkehr. Aus einem wohlverstandenen

Eigeninteresse sollte Deutschland deshalb grundsätzlich seine Grenzen für Kapital aus dem Ausland offen halten und sich international verstärkt um den Abbau von Beschränkungen des Kapitalverkehrs bemühen.

Aus diesem Grund sollten auch alle Maßnahmen, die den freien Kapitalverkehr nach Deutschland einschränken, kritisch geprüft und sorgfältig begründet werden. Insbesondere sollte dabei berücksichtigt werden, dass einmal eröffnete Spielräume zur Kapitalverkehrsbeschränkung immer wieder eine Versuchung darstellen können, sie für protektionistische Absichten zu missbrauchen. Außerdem können Kapitalverkehrsbeschränkungen im Ausland Retorsionsmaßnahmen hervorrufen und so eine gefährliche Protektionsspirale in Gang setzen.

Ferner hat die EU mit dem Prinzip der Kapitalverkehrsfreiheit sehr positive Erfahrungen gemacht. Völlig zu Recht ist daher nach dem EG-Vertrag eine Einschränkung des Kapitalverkehrs durch die EU-Staaten sowohl gegenüber anderen Mitgliedstaaten als auch gegenüber Drittstaaten nur in engen Grenzen zulässig.

2. Darüber hinaus sollte nicht übersehen werden, dass der globale Wettbewerb um Investitionsstandorte weiter zunehmen wird. Deutschland muss sich auch dieser Herausforderung offensiv stellen und sich unverändert um eine hohe Attraktivität für ausländische Kapitalanleger und Unternehmen bemühen. Dies sichert Wertschöpfung, fördert Innovationen und schafft Arbeitsplätze in Deutschland. Vor diesem Hintergrund sollte bedacht werden, dass selbst Beschränkungsoptionen bei der Kapitalverkehrsfreiheit für die betroffenen Investoren in der Regel mit höheren Kosten verbunden sein dürften (Rechts- und Planungsunsicherheit). In solchen Fällen ist nicht auszuschließen, dass vor allem „attraktive Investoren“, die in der Regel auch größere Standortwahlmöglichkeiten haben, andere Investitionsstandorte bevorzugen könnten.

3. Auf der anderen Seite ist es nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber auch mögliche Risiken von ausländischen Direktinvestitionen im Auge behält und Handlungsoptionen erwägt, um bei einer ernsthaften Gefährdung nationaler Sicherheitsinteressen einschreiten zu können. Zu begrüßen ist, dass die Bundesregierung nach dem Referentenentwurf dabei an dem Prinzip der Investitionsfreiheit im Grundsatz festhalten möchte. Das vorgesehene Instrumentarium sollte nur in begründeten Ausnahmefällen zur Anwendung kommen.

II. Einzelanmerkungen

1. Vor dem Hintergrund der bereits etablierten Prüfung eines ausländischen Erwerbs von Anteilen an Unternehmen in den Bereichen Rüstungsgüter und Kryptosysteme im Hinblick auf wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 5 AWG in Verbindung mit § 52 AWV und nach § 10 Abs. 1 SatDSiG) sollte dem Aspekt der Rechts- und Planungssicherheit für betroffene Investoren noch größere Aufmerksamkeit geschenkt werden. So wurde gegenüber dem ersten Referentenentwurf vom Oktober 2007 die Entscheidungsfrist von einem auf zwei Monate verlängert (§ 53 Abs. 2 Satz 4 AWV-RefE). Damit hat sich auch die Dauer der Planungsunsicherheit erhöht, was für einen Investor – zum Beispiel bei der Finanzplanung für den Beteiligungserwerb – mit zusätzlichen Kosten verbunden ist.

Im Rahmen der vorgenannten etablierten Prüfung eines ausländischen Erwerbs nach § 52 AWV muss ein Erwerber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Beteiligungen ab 25 % der Stimmrechte melden. Bereits innerhalb eines Monats nach Eingang der vollständigen Unterlagen beim Ministerium erlangt er jedoch Rechtssicherheit, wie die Beteiligung bewertet wird. Demgegenüber wäre bei der nun vorgesehenen zweistufigen sektorübergreifenden Prüfung nach § 53 AWV-RefE mit einer Verfahrensdauer von fünf Monaten zu rechnen: So wird die Meldepflicht durch eine dreimonatige Frist zur Einleitung eines Prüfverfahrens, beginnend ab dem Beteiligungserwerb, ersetzt (§ 53 Abs. 1 Satz 1 AWV-RefE). Hinzu tritt eine zweimonatige Entscheidungsfrist nach Eingang der vollständigen Unterlagen des Erwerbers (§ 53 Abs. 2 Satz 4 AWV-RefE).

Um die Belastungen (höhere Kosten durch Planungs- und Rechtsunsicherheit) der betroffenen Unternehmen zu reduzieren und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Standortes Deutschland zu bewahren, erscheint es daher angezeigt, die Fristen in beiden Stufen des Prüfverfahrens deutlich zu verkürzen. So ist beispielsweise das US-amerikanische „CFIUS-Verfahren“ in der Regel auf eine 30-tägige Prüfphase begrenzt. Zudem hat der Gesetzgeber bei der nicht weniger bedeutsam erscheinenden Prüfung eines ausländischen Erwerbs in den Bereichen Rüstung und Kryptosysteme im Hinblick auf wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland eine Entscheidungsfrist von einem Monat als angemessen erachtet.

Vor diesem Hintergrund scheinen folgende Fristen angemessen und ausreichend:

- Einleitung des Prüfverfahrens: ein Monat.
- Entscheidung durch das Ministerium: ein Monat.

2. Zu begrüßen ist, dass – abweichend vom ersten Referentenentwurf – nur noch Beteiligungserwerbe von gemeinschaftsfremden Investoren mit Sitz in einem Land außerhalb der EU oder EFTA geprüft werden können. Insbesondere die Möglichkeit einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit bei Investoren aus dem Europäischen Wirtschaftsraum und der Schweiz wäre ein nicht unproblematisches Signal gewesen. Vielmehr gilt es Barrieren abzubauen und die Integration der Märkte voranzutreiben, um insbesondere innerhalb der EU dem Ziel eines echten Binnenmarktes auch im Kapitalverkehr näher zu kommen.

3. Zur Klarstellung sollte in § 53 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz AWW-RefE nicht von „öffentlichem Angebot“, sondern von „Angebot im Sinne von § 2 Abs. 1 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes“ gesprochen werden.

4. Wir regen an, in § 53 Abs. 2 AWW-RefE in Anlehnung an § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB ausdrücklich zu regeln, dass dem Erwerb keine Bedenken entgegenstehen, wenn das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie innerhalb der Prüffrist – also vorzugsweise einem Monat – dem Erwerber keine Untersagung oder Anordnung zugestellt hat.

Dementsprechend wäre nach § 53 Abs. 1 Satz 5 AWW-RefE folgender neuer Satz 6 einzufügen (wobei die vorstehend vorgeschlagene Verkürzung der Entscheidungsfrist auf einen Monat nachfolgend unterstellt wird):

„Wird die Untersagung oder Anordnung nicht innerhalb von einem Monat nach Eingang der vollständigen Unterlagen zugestellt, gilt der Erwerb als im Hinblick auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland unbedenklich.“

Um sicherzustellen, dass für alle gebietsfremden Investoren Zustellungen im Inland ohne Weiteres möglich sind, sollte ein Erwerber verpflichtet werden, einen Zustellungsbevollmächtigten im Inland zu benennen.

5. Klargestellt werden sollte, dass die Regelung des § 53 Abs. 2 Satz 2 AWW-RefE, wonach das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger die vom Erwerber zu übermittelnden Unterlagen bestimmen soll, generellen Charakter hat, beziehungsweise dass es nicht zu einer wiederkehrenden Bekanntgabe bei einzelnen Transaktionen kommen wird. Ziel der Bekanntgabe sollte es sein, in allgemeiner Form die Dokumente zu spezifizieren, die das Ministerium in relevanten Fällen grundsätzlich einfordert.

Eine einzelfallbezogene Bekanntmachung würde Beteiligungserwerbe von gebietsfremden Investoren, die nicht in Form eines öffentlichen Übernahmeangebots erfolgen, im Gegensatz zu solchen von gemeinschaftsansässigen Erwerbern öffentlich machen und wäre zur Erreichung des Gesetzeszieles nicht geboten.

§ 53 Abs. 2 Satz 2 AWW-RefE, könnte demgemäß klarstellend wie folgt formuliert werden.

„Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie bestimmt durch eine Bekanntmachung im Bundesanzeiger, welche Unterlagen Erwerber von Beteiligungen an gebietsansässigen Unternehmen im Falle einer Prüfung zu übermitteln haben. Werden von einem Erwerber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sämtliche in der Bekanntmachung benannten Dokumente vorgelegt, gelten die übermittelten Unterlagen als vollständig.“

Flankierend wird vorgeschlagen, in der Begründung auf Seite 10 nach dem ersten Absatz folgende Passage einzufügen:

„Um die Einreichung vollständiger Anträge und einen im Interesse des zügigen Abschlusses des Prüfverfahrens baldigen Beginn des Laufs der Prüffrist zu gewährleisten, veröffentlicht das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger eine Liste der zu übermittelnden Unterlagen. Damit erlangen Erwerber größere Sicherheit, dass die von ihnen vorgelegten Unterlagen geeignet sind, die Prüfungsfrist auszulösen und eine baldige Klärung der Unbedenklichkeit zu ermöglichen. Dies vermeidet auch Nachforderungen durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. So wird zusätzlicher Verwaltungsaufwand durch Nachforderungen und mehrfaches Einsteigen in den Prüfungsprozess vermieden.“

6. Der Entwurf sieht vor, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie zur Gewährleistung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland anstelle einer Untersagung auch Anordnungen treffen kann (§ 53 Abs. 2 Satz 4 AWW-RefE). Offen bleibt, welche konkreten Beschränkungen eines Beteiligungserwerbs dem Gesetzgeber vorschweben, etwa ob der betroffene Unternehmer einer laufenden Verhaltenskontrolle unterworfen werden kann. Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es zu begrüßen, wenn dieser Aspekt des Regelungsvorhabens mindestens in der Gesetzesbegründung näher erläutert werden würde, etwa in Form von Beispielen. Zudem erscheint dies auch im Hinblick auf die Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs an eine hinreichende Vorhersehbarkeit möglicher Beschränkungen gemäß Artikel 46 und 58 EG-Vertrag geboten.

7. Sachgerecht erscheint es, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie einem gebietsfremden Investor auf Antrag eine rechtsverbindliche Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilen kann, dass dem Beteiligungserwerb keine nationalen Sicherheitsinteressen entgegenstehen. Bereits in § 53 Abs. 3 AWW-RefE sollte jedoch klargestellt werden, dass – wie in der Begründung ausgeführt – Investoren auch einen geplanten Beteiligungserwerb, das heißt vor Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags oder der Veröffentlichung des Übernahmeangebots, auf seine Unbedenklichkeit hin überprüfen lassen können.

§ 53 Abs. 3 AWW-RefE könnte insoweit wie folgt ergänzt werden (die vorgeschlagene Ergänzung ist in Fett- und Kursivdruck hervorgehoben):

„Auf Antrag eines Erwerbers, *der auch vor Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages über den Erwerb der Stimmrechte gestellt werden kann*, 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.“

Ferner sollte das Ministerium auch bei der Ausübung dieses „Vorprüfverfahrens“ an kurze Fristen – also einen Monat für die Prüfung seitens des Ministeriums – gebunden werden. Hierdurch wäre gewährleistet, dass die betroffenen Investoren in einem für sie kalkulierbaren Zeitraum Rechts- und Planungssicherheit erlangen können.

8. Im Hinblick auf die regelmäßig gegebene besondere Vertraulichkeit der zu übermitteln den Unterlagen, insbesondere, wenn diese bereits vor Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags über den Erwerb der Stimmrechte vorgelegt werden, wird vorgeschlagen, eine an § 9 WpÜG angelehnte Verschwiegenheitspflicht in einem neuen § 54 AWW einzufügen, die wie folgt lauten könnte:

„§ 54 Verschwiegenheitspflicht

(1) Die bei dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Beschäftigten dürfen ihnen bei ihrer Tätigkeit nach §§ 52 und 53 bekannt gewordene Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse eines nach diesem Gesetz Verpflichteten oder eines Dritten liegt, insbesondere Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten, auch nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses oder ihrer Tätigkeit nicht unbefugt offenbaren oder verwerten. Dies gilt auch für andere Personen, die durch dienstliche Berichterstattung Kenntnis von den in Satz 1 bezeichneten Tatsachen erhalten. Ein unbefugtes Offenbaren oder Verwerten im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere nicht vor, wenn Tatsachen weitergegeben werden an

1. Strafverfolgungsbehörden oder für Straf- und Bußgeldsachen zuständige Gerichte,
2. Stellen, die kraft Gesetzes oder im öffentlichen Auftrag mit der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen, der Überwachung von Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren oder der Überwachung von Börsen oder anderen Wertpapier- oder Derivatemärkten, des Wertpapier- oder Derivatehandels, von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten, Investmentgesellschaften, Finanzunternehmen oder Versicherungsunternehmen betraut sind sowie von solchen Stellen beauftragte Personen, soweit die Tatsachen für die Erfüllung der Aufgaben dieser Stellen oder Personen erforderlich sind. Für die bei den in Satz 3 genannten Stellen Beschäftigten oder von ihnen beauftragten Personen gilt die Verschwiegenheitspflicht nach den Sätzen 1 bis 3 entsprechend. An eine ausländische Stelle dürfen die Tatsachen nur weitergegeben werden, wenn diese Stelle und die von ihr beauftragten Personen einer den Sätzen 1 bis 3 entsprechenden Verschwiegenheitspflicht unterliegen.

(2) Die §§ 93, 97, 105 Abs. 1, § 111 Abs. 5 in Verbindung mit § 105 Abs. 1 sowie § 116 Abs. 1 der Abgabenordnung gelten nicht für die in Absatz 1 Satz 1 und 2 bezeichneten Personen, soweit sie zur Durchführung dieses Gesetzes tätig werden. Sie finden Anwendung, soweit die Finanzbehörden die Kenntnisse für die Durchführung eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat sowie eines damit zusammenhängenden Besteuerungsverfahrens benötigen, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht und nicht Tatsachen betroffen sind, die den in Absatz 1 Satz 1 oder 2 bezeichneten Personen durch eine Stelle eines anderen Staates im Sinne von Absatz 1 Satz 3 Nr. 2 oder durch von dieser Stelle beauftragte Personen mitgeteilt worden sind.“

9. Schließlich weisen wir darauf hin, dass die geplante Prüfung eines Beteiligungserwerbs von gebietsfremden Investoren in Einzelfällen sich mit der bankaufsichtsrechtlichen Prüfung einer beabsichtigten Beteiligung an einem Kreditinstitut überschneiden kann. Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Beteiligungsrichtlinie (2007/44/EG) werden die EU-Vorgaben zu Verfahrensregeln und Bewertungskriterien für die aufsichtsrechtliche Beurteilung des Erwerbs und der Erhöhung von Beteiligungen an Unternehmen des Finanzsektors in nationales Recht umgesetzt werden. Ein zentraler Regelungsbereich betrifft die Beurteilung der Zuverlässigkeit potenzieller Erwerber. Hiernach soll die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht einen Erwerb unter anderem auch dann untersagen können, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dieser im Zusammenhang mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung steht. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs können die EU-Mitgliedstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit im Sinne des Art. 58 EG-Vertrags auch Maßnahmen zur Bekämpfung rechtswidriger Taten, wie unter anderem der Geldwäsche und

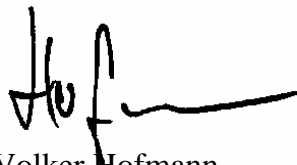
Terrorismusfinanzierung, treffen. Um „Doppelprüfungen“ zu vermeiden, sollte klargestellt werden, in welchem Verhältnis die beiden Prüfverfahren zueinander stehen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Zentralen Kreditausschuss
Bundesverband deutscher Banken



Bernd Brabänder



Volker Hofmann