

Stellungnahme

Gesetzentwurf einer Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung zur Prüfung ausländischer Unternehmensbeteiligungen

I. In aller Kürze

„Die Familienunternehmer – ASU“ lehnen eine Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) zur Prüfung ausländischer Investitionen grundsätzlich ab. Die Forderungen nach dem Schutz deutscher Unternehmen zur Gewährleistung der „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ lassen jeden Nachweis vermissen, dass von Seiten solcher Beteiligungen überhaupt Gefahren ausgehen. Jedoch stellt der geplante Prüfungsvorbehalt eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit verbunden mit einer massiven Verschlechterung des Investitionsstandortes Deutschland dar.

Die Investitions- und Kapitalverkehrsfreiheit ist ein hohes Gut, das aus Sicht der Familienunternehmer nicht aufgrund von Ängsten im Zusammenhang mit der Globalisierung ausgehöhlt werden sollte. Eine Versachlichung der Debatte mit Blick auf beobachtbare Fakten erscheint daher dringend erforderlich. Ein wage empfundenes Bedrohungspotenzial durch intransparente Entscheidungsstrukturen von Staatsfonds reicht als Grund für den geforderten Eingriff bei Unternehmensbeteiligungen nicht aus.

Hingegen ist eine überzeugende Lösung, die ohne zusätzliche Bürokratie auskommt, über eine Regelung im Wettbewerbsrecht möglich. Die Möglichkeit politischer Einflussnahme auf die „öffentliche Ordnung“ entsteht nicht durch die Herkunft eines Investors, sondern durch evtl. vorhandene Marktmacht des Unternehmens, bei dem die Beteiligung erworben wird. Dementsprechend sollte die Zuständigkeit für mögliche Auflagen oder Verbote beim Bundeskartellamt verankert sein. Eine Prüfung könnte dort im Rahmen der ohnehin durchgeführten Fusionskontrolle stattfinden.

II. Bewertung des Entwurfs im Einzelnen

Prüfverfahren und -dauer

Der Gesetzentwurf zur AWG-Reform sieht vor, dass ein Rechtsgeschäft zum Erwerb eines gebietsansässigen Unternehmens für die Dauer des

Prüfverfahrens unter dem Zustimmungsvorbehalt der Bundesregierung steht. Dieses Verfahren stellt eine immense Behinderung des internationalen Kapitalverkehrs dar. Je länger die Dauer des Vorbehaltszeitraums gewählt wird, desto gravierender ist die Verschleppung des Rechtsgeschäftes und sind entsprechend die Auswirkungen auf die Vorteilhaftigkeit von Investitionen. Gerade im Angesicht der derzeitigen Finanzmarktkrise, die vielerorts zu Liquiditätsengpässen führt, erscheint die im Gesetzentwurf gewählte Frist von drei Monaten deutlich zu lang. Insolvenzen von gesunden Unternehmen dürfen keinesfalls durch ein unnötiges Hinauszögern von Beteiligungen befördert werden. Bedingt durch die zunehmend restriktive Kreditvergabe der Banken ist frisches Beteiligungskapital derzeit eine der wenigen funktionierenden Finanzierungsquellen, die nicht für Sicherheitsbedürfnisse, die auf Mutmaßungen bzgl. der Motive ausländischer Investoren basieren, geopfert werden darf.

Eine weitere Schwäche des Prüfverfahrens liegt in der Anwendungshäufigkeit. Eine generelle Überprüfung käme einer „willkürlichen Diskriminierung“ aller ausländischen Investoren gemäß Art. 58 Abs. 3 EG-Vertrag gleich. Es muss jedoch bezweifelt werden, dass es bei Einzelfällen bleiben wird, wenn ausländische Investoren zur Erlangung von Rechtssicherheit jede ihrer Investitionen freiwillig anmelden, um vom BMWi eine Unbedenklichkeitsbescheinigung gemäß § 53 (3) AWV zu erhalten. Lieber unterziehen sich Investoren einer freiwilligen Prüfung, als drei Monate auf endgültige Rechtssicherheit zu warten. Der vorgesehene Prüfungsvorbehalt führt folglich nur vordergründig zu Einzelfallprüfungen. Tatsächlich unterliegt ihm jeder vorausdenkende ausländische Anleger.

Prüfungskriterien

Gegenüber dem ursprünglichen Entwurf vom November 2007 ist es in einigen Punkten zu einer Besorgnis erregenden Ausweitung der Prüfungskriterien und der Anwendungsmöglichkeiten gekommen. So ist nun gemäß § 52 (1) AWV geplant, die Stimmrechte anderer Unternehmen, mit denen der ausländische Investor ein gemeinsames Abstimmungsverhalten vereinbart, auf die Beteiligungsquote des Investors anzurechnen. Somit wird die für die Einleitung eines Prüfverfahrens maßgebliche Grenze von 25 Prozent der Stimmrechtsanteile schneller erreicht, was die Prüfungsmöglichkeiten auf weitere Investitionen ausdehnt. Es erscheint jedoch nicht nur zweifelhaft, ob es für einen Investor überhaupt von Vorteil ist, sich ex ante für jede mögliche Abstimmungssituation an eine Verabredung zu binden. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, stellt sich die Frage nach einer möglichen Überprüfbarkeit solcher Verabredungen. Wie soll zwischen einmaligem und dauerhaftem Abstimmungsverhalten unterschieden werden? Was ist mit mündlichen Vereinbarungen? Einzig ein erhöhter bürokratischer Aufwand beim Prüfverfahren scheint hierdurch befördert zu werden.

Ebenfalls negativ zu bewerten ist die geplante Anwendungsmöglichkeit des AWG in allen Branchen. Würden zunächst noch in Anlehnung an EuGH-Rechtsprechung die Branchen (Energie-)Versorgung und Telekommunikation als schützenswert für die Wahrung der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ genannt, sollen nun EuGH-Kriterien bei etwaiger Bedrohung in jedem Einzelfall angewandt werden. Damit wäre die zu Beginn nur befürchtete Ausweitung des Anwendungsbereichs der Investitionskontrolle auf weitere Branchen bereits Wirklichkeit geworden. Ohne Zweifel eröffnen sich dadurch Spielräume für protektionistische Industriepolitik, da die Berufung auf öffentliche Sicherheitsbedürfnisse einfacher wird.

Die in § 7 (2) Nr. 6 AWG vorgesehene Beschränkung der Prüfung auf „gemeinschaftsfremde Erwerber“ außerhalb der EFTA-Region stellt auch keine wirkliche Verbesserung dar. Zwar werden nun europäische Investoren von der Prüfung ausgenommen, ganz offensichtlich um die Vereinbarkeit mit EU-Recht zu gewährleisten. Mit Ausnahme von Norwegen sind Staatsfonds – auf welche die Änderung des AWG in erster Linie abzielt – jedoch nicht in Europa ansässig. Zudem ist ungeklärt, ob beispielsweise von einem europäischen Staatsmonopolisten geringere Gefahren für die „öffentliche Ordnung“ ausgehen, als von einem Investor außerhalb Europas. In jedem Fall dürften durch derartige Abschottungssignale aus Europa Bemühungen zur Liberalisierung des Welthandels auf WTO-Ebene konterkariert werden.

Durchführung und Abstimmung des Prüfverfahrens

Kommt das BMWi zu dem Schluss, dass ein Prüfverfahren notwendig ist, sieht der Gesetzentwurf eine Beteiligung sämtlicher betroffener Ressorts vor. Diese Ausweitung der Zuständigkeiten führt nicht nur zu erhöhter Intransparenz des Prüfverfahrens, was sich negativ auf die Rechtssicherheit und damit den Investitionsstandort Deutschland auswirkt. Sie eröffnet zudem die Möglichkeit, mit vorgeschobenen Gründen Protektionismus voranzutreiben. Als Beispiel seien hier Sozial- oder Umweltstandards im Herkunftsland des Investors genannt, die keinen Einfluss auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Deutschland haben, wohl aber zur Verschleppung und Beeinflussung des Prüfverfahrens geeignet sind.

Außerdem kommt es bedingt durch den erhöhten Abstimmungsbedarf zwischen den Ressorts zu einer ? im Vergleich zum ersten Entwurf ? Verlängerung der Prüfungsdauer von einem auf zwei Monate (vgl. § 53 (2) AWV). Je länger die rechtliche Unsicherheit andauert, desto unattraktiver wird eine Investition in Deutschland auch für Investoren, bei denen die Prüfung letztlich zu einem positiven Ergebnis ohne Einschränkungen führt. Die erhöhte Komplexität des Prüfverfahrens steigert die Transaktionskosten einer Unternehmensbeteiligung und verschlechtert daher generell das Investitionsklima.

Des Weiteren muss die gesamte Bundesregierung gemäß § 28 (2) Nr. 3 AWG das Prüfungsergebnis des BMWi billigen, sofern es zu einem Investitionsverbot oder zu Auflagen kommt. Im Falle einer Genehmigung ohne Auflagen muss das BMWi die Bundesregierung „rechtzeitig“ vor Ende der Prüfungsfrist darüber informieren. Beide Klauseln ermöglichen Nachverhandlungen zwischen den Ressorts, in denen das eigentliche Prüfungsergebnis des BMWi verwässert werden kann. Die öffentliche Sicherheit und Ordnung sollte jedoch nicht in einem Konsensverfahren zwischen Koalitionsparteien definiert werden, sondern sich eng an der Rechtsprechung des EuGH orientieren. Entscheidungen über Investitionsbeschränkungen eignen sich nicht für Koalitionsausschüsse, die politischen Zwängen unterliegen und deren Objektivität eingeschränkt ist.

Bürokratischer Aufwand

Wie im Gesetzentwurf geschildert, bringt die AWG-Reform eine Reihe neuer Berichtspflichten mit sich. Richtigerweise wird erwähnt, dass teilweise dieselben Unterlagen wie bei der Fusionskontrolle beim Bundeskartellamt vorgelegt werden können. Dann stellt sich aber die Frage, warum eine Prüfung hinsichtlich der „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ nicht gleich komplett mit der Fusionskontrolle zusammen durchgeführt wird. So ließe sich der bürokratische Aufwand minimieren, und das Prüfverfahren entzöge sich gleichzeitig dem politischen Prozess.

Mit dem gewählten Weg über das AWG, dessen Prüfergebnis kurzfristig manipuliert werden kann, ist hingegen eine politisch motivierte Behinderung bestimmter Investoren möglich. Schon die Möglichkeit dazu führt zu einer einseitigen Behinderung der Kapitalverkehrsfreiheit, da eine Beteiligung mit steigenden Transaktionskosten tendenziell weniger lukrativ wird.

Auch die vermeintlich Bürokratie minimierende Meldeoption (§ 53 Abs. 3 AWV), mit der Investoren auf eigenen Antrag eine Unbedenklichkeitsbescheinigung erhalten können, ist keine zufrieden stellende Lösung. Zwar sind grundsätzlich freiwillige Elemente einer Berichtspflicht vorzuziehen, im zuständigen Wirtschaftsministerium wird dies jedoch den Prüfungs- und Personalaufwand erhöhen statt mindern. Auch auf Seite der Unternehmen dürfte o. g. Motiv der Erlangung von Rechtssicherheit ebenfalls zu erhöhtem Berichtsaufwand führen.

III. Die Position der Familienunternehmer

Aus Sicht der Familienunternehmer ist der Gesetzentwurf aufgrund der o. g. Defizite abzulehnen. Das Bedrohungspotenzial ausländischer Investoren wird bei weitem überschätzt und ignoriert die bisher ausschließlich positiven Erfahrungen deutscher Unternehmen mit Staatsfonds. Mit dem vorliegenden Entwurf käme es nicht zu einer verbesserten Sicherheitslage, da politisch motivierte Intentionen auslän-

discher Investoren - wenn es sie denn gibt - zum Zeitpunkt des Prüfverfahrens nicht erkennbar sind. Einzig ein deutlich schlechteres Investitionsklima und ein Signal des Protektionismus für alle ausländischen Investoren - auch für willkommene - wäre die sichere Folge. Als Exportnation ist Deutschland jedoch auf offene internationale Märkte angewiesen. Schädliche Rückwirkungen in Form einer Abschottung im Ausland als Reaktion auf den neuen deutschen Protektionismus müssen daher bei der Nutzenbeurteilung einer Änderung des AWG berücksichtigt werden.

Neben der problematischen Einschränkung des freien Marktes können für Familienunternehmer zusätzlich Schwierigkeiten bei der Gewinnung von Beteiligungskapital zur Überbrückung von Liquiditätspässen oder bei der Suche nach Unternehmensnachfolgern bestehen. Auch wenn in der Regel eine familieninterne Nachfolgeregelung angestrebt wird, so ist doch die Option eines Unternehmensverkaufs nicht zu vernachlässigen, wenn die erste Möglichkeit nicht zur Verfügung steht. Sofern eine Veräußerung zum Erhalt des Unternehmens und der Arbeitsplätze dient, darf eine Prüfung durch das AWG dies nicht behindern - erst recht nicht im Krisenfall.

„Die Familienunternehmer - ASU“ halten eine wirklich überzeugende Lösung der gefühlten Unsicherheit einzig durch eine Regelung im Wettbewerbsrecht für möglich. Haben Unternehmen, an denen ausländische Investoren Beteiligungen erwerben möchten, keine Marktmacht, ist es z. B. auch Staatsfonds nicht möglich, über diese Firmen Einfluss auf die deutsche Politik zu nehmen. Die Gefahr von Beteiligungen beispielsweise auf den deutschen Strom- und Gasmärkten resultiert nicht aus der Herkunft möglicher Investoren, sondern aus der marktbeherrschenden Stellung weniger Gebietsmonopolisten. Dass von Seiten der Politik wie beschrieben zunächst Branchen ehemaliger staatlicher Monopole als sicherheitsrelevant eingestuft wurden, in denen sich bislang noch nicht ausreichend Wettbewerb etablieren konnte, bestärkt die Analyse, dass nicht Protektionismus sondern Wettbewerb die richtige Strategie ist. Nach Ansicht der Familienunternehmer ist das AWG daher ungeeignet, dieser Herausforderung zu begegnen. Vielmehr sollte es mit Hilfe des GWB Aufgabe des Bundeskartellamts oder der Bundesnetzagentur sein, den Missbrauch von Marktmacht gegenüber den Verbrauchern und der Politik im Rahmen der Fusionskontrolle zu verhindern.

Berlin, den 13.1.2009