

Stellungnahme

des Sachverständigen Dr. Björn Rupp
Geschäftsführer, GSMK Gesellschaft für Sichere Mobile Kommunikation mbH

für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages

zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes

8. Mai 2020

1 Zusammenfassung

Der in der 71. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie zu behandelnde Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) sieht wesentliche Verschärfungen der Regelungen betreffend ausländische Investitionen in deutsche Unternehmen vor, die Rüstungsgüter sowie Produkte mit fortgeschrittenen IT-Sicherheitsfunktionen herstellen. Diese gehen nach Auffassung des diese Stellungnahme verfasst habenden Sachverständigen über das im Zuge der Umsetzung der EU-VO 2019/452 in nationales Recht Notwendige weiter als notwendig und geboten hinaus. Speziell im Bereich der fortgeschrittenen IT-Sicherheit würde eine Verabschiedung der vorgesehenen Änderungen des AWG ohne weitere Abgrenzungen und Präzisierungen wie in Abschnitt 3.2 dieser Stellungnahme beispielhaft ausgeführt die Bundesrepublik Deutschland als Unternehmensstandort in diesem Segment um so viel unattraktiver machen, daß in diesem kritischen Zukunftssegment ein Abzug großer Teile des zugrundeliegenden geistigen Eigentums aus Deutschland durch die Unternehmen selbst zu erwarten wäre. Aus Sicht des Sachverständigen erscheint es daher insbesondere geboten:

- Eine *Präzisierung des Handlungsspielraums* vorzunehmen, indem Voraussetzungen für eine angenommene Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit bereits im AWG und nicht nur in der Außenwirtschaftsverordnung eindeutig benannt werden;
- Den *Kreis der im IT-Sicherheitsbereich betroffenen Unternehmen enger zu fassen*, indem statt wie im derzeitigen Entwurf noch jedes Unternehmen einzuschließen, welches (selbst für den niedrigsten Geheimhaltungsgrad VS-NfD) BSI-zugelassene Produkte auch nur nutzt, dieser Kreis auf Unternehmen beschränkt wird, die vom BSI zugelassene Produkte zur Verarbeitung staatlicher Verschlusssachen mit dem Geheimhaltungsgrad "VS-Geheim" und höher selbst herstellen;
- Eine *Obergrenze für die zeitliche Dauer des Prüfverfahrens* in einer anstehenden Novellierung der Außenwirtschaftsverordnung festzulegen;
- Eine *Klarstellung der Regeln zur Offenlegung unternehmensbezogener Informationen* dergestalt vorzunehmen, daß in §15 Abs. 4 Ziffer 3 (neu) AWG präzisiert wird, daß nur solche Informationen nicht offengelegt werden dürfen, die auch tatsächlich als Verschlusssachen eingestuft sind.

2 Anmerkungen zu ausgewählten technisch-wirtschaftlichen Rahmenbedingungen

Der zu behandelnde Änderungsentwurf zum AWG betrifft in erster Linie Unternehmen, die Rüstungsgüter sowie Produkte mit fortgeschrittenen IT-Sicherheitsfunktionen herstellen. Für beide Arten von Unternehmen gilt, daß der nationale deutsche Markt für den nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolg solcher Unternehmen regelmäßig zu klein ist. Hinsichtlich von im Bereich IT-Sicherheit angesiedelten Unternehmen ist zudem anzumerken, daß diese in einem dynamischen technischen Umfeld agieren, welches stark von Netzeffekten geprägt wird. Ein vollständiges, den Erwartungen internationaler Endnutzer genügendes IT-Sicherheitsprodukt ist i.d.R. ohne ergänzende Hardware- und/oder Softwarekomponenten aus dem Nicht-EU-Ausland nicht produzier- bzw. einsetzbar. Der wirtschaftliche Erfolg entsprechender IT-Sicherheitsprodukte ist somit wesentlich abhängig von deren Kompatibilität mit und Integrationsfähigkeit in international etablierte IT-Verfahren und IT-Systeme. Die Möglichkeit der Etablierung von Allianzen und Partnerschaften mit anderen IT-Unternehmen insbesondere aus den USA, aber auch aus anderen Ländern wie dem nicht-mehr-EU-Mitglied Großbritannien zwecks Erreichung notwendiger kritischer Massen kommt hierbei großes Gewicht zu. Wie die Entwicklung nicht nur der letzten Jahre gezeigt hat, kann es in diesem Umfeld für viele kleinere und mittlere IT-Unternehmen erstrebenswert sein, einer technischen Integration ggf. auch eine organisatorisch-wirtschaftliche Integration bzw. Verflechtung in und mit größeren Partnerunternehmen folgen zu lassen. Entsprechende Investitionen auch aus dem Nicht-EU-Ausland sind somit mitentscheidend für den fortgesetzten Erfolg von in Deutschland entwickelten IT-Sicherheitsprodukten.

3 Abgrenzungen und Präzisierungen

3.1 Öffentliche Sicherheit und Ordnung vs. Industriepolitik

Grundlage des vorliegenden Änderungsentwurfs sind gemäß des auf Basis von Artikel 3 der EU-VO 2019/452 zu ändernden §5 Abs. 2 und 3 AWG der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie die sicherheitspolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland und die militärische Sicherheitsvorsorge. In den letzten Monaten wurde die geplante Änderung des AWG jedoch bereits mehrfach i.S. industriepolitischer Maßnahmen umgedeutet. Auch der unter TOP 1d) der 71. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie zu behandelnde Antrag der Abgeordneten Dröge et al. kann in seiner Begründung (BT-Drucksache 19/18703, Abschnitt I Abs. 3 und Abschnitt II Abs. 1) in diese Richtung interpretiert werden. Die ausdrücklich legitime und wünschenswerte Diskussion einer Industriepolitik zur Stärkung des Standorts Deutschland und Europa muß jedoch separat geführt und darf nicht mit dem vorliegenden Änderungsentwurf des AWG verquickt werden, wenn sich die darin enthaltenen weitreichenden Eingriffe in das grundgesetzlich geschützte Eigentumsrecht weiter auf die Umsetzung der EU-VO 2019/452 berufen können sollen. Daher müssen die vorgesehenen Neuregelungen des AWG klar umrissen und wie in Abschnitt B der Begründung des Änderungsentwurfs zu Nummer 4 bereits ausgeführt stets auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bezogen sein. Sonst stünde zu befürchten, daß ausgerechnet den vielen kleinen und mittleren deutschen Unternehmen in der Schlüsselbranche IT-Sicherheit ausdrücklich erwünschte und für ihre fortgesetzte Innovationskraft notwendige internationale Investitionsmöglichkeiten wie in Abschnitt 2 dieser Stellungnahme bereits ausgeführt genommen werden. Die Auswirkungen auch auf die deutschen Start-Ups in diesem Bereich, die von Anfang an auf Wagniskapital auch EU-ausländischer institutioneller Investoren angewiesen sind, wären von erheblicher negativer Tragweite und würden deutsche Neugründungen im Bereich der Produktion fortgeschrittener IT-Sicherheitsfunktionen voraussichtlich weitgehend einschränken oder sogar großteils zum Erliegen bringen.

3.2 Wünschenswerte Präzisierungen und Beschränkungen

Vor dem Hintergrund des im vorangegangenen Abschnitt Ausgeführten erscheint es aus Sicht des Sachverständigen sinnvoll, die nachfolgenden Präzisierungen und Beschränkungen vorzunehmen:

3.2.1 *Präzisierung des Handlungsspielraums:* Die im Entwurf vorgesehene Änderung des §5 Abs. 2 AWG, der die bisherige Voraussetzung einer „tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung“ auf eine nur noch „voraussichtliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen EU-Mitgliedsstaates“, auch bzgl. von Programmen von Unionsinteresse (Änderungsentwurf zu §4 Abs. 1 Nr. 4 und 4a AWG) abschwächt, sollte enger und konkreter gefasst werden. Artikel 4 Abs. 2 der EU-VO 2019/452 führt Faktoren auf, die von den Mitgliedstaaten berücksichtigt werden können. In der anstehenden 15. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung sind einige dieser Faktoren bereits aufgenommen. Im AWG selbst wird der Handlungsspielraum aber nicht konkret eingefasst; insbesondere wird nicht klargestellt, was als „voraussichtliche Beeinträchtigung“ zu werten ist. Gerade wenn bedacht wird, daß die im Anhang der EU-VO 2019/452 enthaltene Auflistung der in Artikel 8 Absatz 3 der EU-VO genannten Projekte oder Programme von Unionsinteresse selbst das „Horizon 2020“-Forschungsprogramm umfasst, mit dem eindeutig nicht nur die öffentliche Ordnung und Sicherheit betreffende Themen, sondern eine Vielzahl von kleinere und mittlere IT-Unternehmen betreffende Projekte unterschiedlichster Prägung abgedeckt werden, erscheint eine Konkretisierung des Handlungsspielraums auch im AWG hilfreich, um zu verhindern, daß der politische Ermessensspielraum zu weit ausgelegt und die Schwelle für die weitreichenden Eingriffe in das grundgesetzlich geschützte Eigentumsrecht (auch auf dem Verordnungswege) unzulässig niedrig angesetzt wird. Nicht nur müssten sich sonst kleine innovative deutsche IT-Unternehmen mit einem Interesse auch an über die EU hinausgehenden internationalen Partnerschaften eine Teilnahme an EU-Programmen wie „Horizon 2020“ zukünftig reiflich überlegen. Vor allem erscheint auf Basis der Erfahrung des Sachverständigen eine Präzisierung des Handlungsspielraums umso dringlicher, als daß andere EU-Mitgliedsstaaten im IT-Sicherheitsbereich teilweise bereits aktiv Industriepolitik einer Art betreiben, die weder notwendigerweise den Interessen der davon betroffenen Unternehmen noch deutschen Grundsätzen der Industriepolitik entspricht. Da nach den vorgesehenen AWG-Neuregelungen auch die negative Beeinträchtigung der Interessen eines anderen EU-Mitgliedstaates Grundlage einer Untersagung in Deutschland sein kann, gilt es auch darauf zu achten, daß es in diesem Zusammenhang nicht zu einer Instrumentalisierung des AWG im Dienste der Industriepolitik anderer Staaten kommt, wie das in der Exportkontrolle leider teilweise schon heute zu beobachten ist.

3.2.2 *Engere Fassung des Kreises betroffener Unternehmen:* Die im Entwurf vorgesehene Änderung des §5 Abs. 3 AWG, der die bisherige Voraussetzung der „Herstellung“ von Rüstungsgütern, aber eben auch IT-Sicherheitsprodukten auf „herstellen, entwickeln, modifizieren, nutzen“ von durch das BSI zugelassenen IT-Sicherheitsfunktionen erweitert, erscheint dem Sachverständigen vor dem Hintergrund der ausdrücklich erwünschten breiten Nutzung vieler solcher Produkte unverständlich. Eine Umsetzung würde jedes deutsche Unternehmen, welches z.B. BSI-zugelassene Verschlüsselungsprodukte auch nur nutzt, bereits in den Kreis der von einer möglichen Beschränkung nach §4 Abs. 1 Nr. 1 potentiell betroffenen Unternehmen ziehen¹. Das würde eine unverhältnismäßig große Zahl von Unternehmen mit einem Interesse an sicheren IT-Produkten betreffen, die entsprechenden vom BSI zugelassenen deutschen Produkte für viele Unternehmen toxisch machen und erscheint vor diesem Hintergrund den wirtschaftlichen und politischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland zutiefst zuwiderlaufend. Die Voraussetzungen nach §5 Abs. 3 AWG sollten sich daher auf Unternehmen beschränken, die vom BSI zugelassene Produkte zur Verarbeitung staatlicher Verschlusssachen mit dem Geheimhaltungsgrad "VS-Geheim" und höher selbst herstellen.

¹ Gerade für den Schutz von Verschlusssachen der niedrigsten Geheimhaltungsstufe „VS-Nur für den Dienstgebrauch“ zugelassene IT-Sicherheitsprodukte werden von zahlreichen deutschen und ausländischen Industrieunternehmen innerhalb und außerhalb der EU eingesetzt. Es ist auch nicht ersichtlich, warum der Zugang zu IT-Sicherheitsprodukten für den Schutz von Informationen der Geheimhaltungsstufe VS-NfD durch nicht-EU-Ausländer das im vorliegenden Zusammenhang anzuwendende Kriterium einer Gefährdung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder bzw. eines schweren Schadens an deren Interessen erfüllen sollte, anderenfalls die entsprechenden Produkte und Verfahren als „VS-Geheim“ eingestuft sein müssten.

3.2.3 *Nachvollziehbarkeit und Begrenzung der zeitlichen Dauer des Prüfverfahrens:* Wer wie der Sachverständige mit der Praxis der deutschen Ausfuhrkontrolle vertraut ist, weiß, daß die derzeit geübte Praxis des interministeriellen Abstimmungsverfahrens zu Antragsverfahren nicht vorhersehbarer zeitlicher Dauer führt, die nicht nur im EU-internen Vergleich zu den langwierigsten und am schwierigsten nachvollziehbaren Ausführungsgenehmigungsprozessen gehören. Die Formulierungen zur Neuregelung des §13 AWG lassen schlimmste Befürchtungen aufkommen, daß es auch hier zu Prüfverfahren von nicht vorhersehbarer zeitlicher Dauer ohne eindeutige Prozessführerschaft kommen wird. Eine vorauszusehende lange andauernde Unsicherheit, ob eine Beteiligung an einem betroffenen inländischen Unternehmen nun untersagt wird oder nicht, wird ausländische Investoren vor Investitionen in deutsche Unternehmen der betroffenen Sparten nachhaltig abschrecken, was nicht im Interesse der betroffenen deutschen Unternehmen und der internationalen Wettbewerbsfähigkeit ihrer Branchen liegt. Es müssen daher parallel zu den vorgesehenen Änderungen des AWG dringend Regelungen zur Prozessführerschaft, zur Nachvollziehbarkeit und zur maximalen zeitlichen Dauer der Prüfverfahren getroffen werden, sinnvollerweise in der Außenwirtschaftsverordnung. Dem Sachverständigen erscheint es in diesem Zusammenhang sinnvoll, Regelungen vorzusehen, die im interministeriellen Abstimmungsverfahren von einem „nihil obstat“ ausgehen, wenn sich das jeweilige Ministerium nicht innerhalb enger zeitlicher Grenzen konkret begründet für eine Untersagung der ausländischen Investition ausspricht.

3.2.4 *Klarstellung der vorgesehenen Regeln zur Offenlegung unternehmensbezogener Informationen:* Die aktuelle Formulierung von §15 Abs. 4 Ziffer 3 AWG (neu) sollte vor dem Hintergrund überprüft und geändert werden, daß die derzeit vorgesehene Regelung eine Beteiligung an einem betroffenen deutschen Unternehmen aus dem EU-Ausland allein schon durch ihre Existenz dadurch von vornherein verunmöglicht, daß der Erwerber keinerlei Zugang zu Informationen über Unternehmensbereiche und -gegenstände erhalten darf, die eine Prüfungspflicht auslösen. Diese Unternehmensbereiche und -gegenstände umfassen im IT-Sicherheitsbereich im Zweifelsfall aber eben auch die Verfahren und Produkte, die das Kaufinteresse des Erwerbers auslösen. Wenn auf Basis der Neuregelung von §15 Abs. 4 Ziffer 3 AWG eine ordnungsgemäße Due Diligence-Prüfung was diese zentralen Unternehmensbereiche und -gegenstände angeht nun aber verunmöglicht wird, wie soll dann eine Investition durch EU-Ausländer in die betroffenen deutschen Unternehmen überhaupt noch möglich sein? Die bislang vorgesehene Neuregelung macht somit eine Investition durch EU-Ausländer allein schon durch ihre Existenz faktisch unmöglich, was rechtlich nicht haltbar erscheint. Zudem existieren keine anderen Rechtsvorschriften, die Informationen zu betroffenen Unternehmensbereichen und -gegenständen in dieser Allgemeinheit für EU-Ausländer unzugänglich machen würden. Mit der aktuellem Formulierung von §15 Abs. 4 Ziffer 3 AWG (neu) könnten sogar bereits öffentliche Informationen ex post als dem Erwerber vorzuenthalten umdefiniert werden. Um dies zu vermeiden, sollte §15 Abs. 4 Ziffer 3 (neu) AWG so präzisiert werden, daß nur solche Informationen nicht offengelegt werden dürfen, die auch tatsächlich als Verschlußsachen eingestuft sind.

4 Folgenabschätzungen

4.1 Rückzug aus deutschen IT-Zulassungsverfahren

Würden die Änderungsvorschläge wie vorgesehen verabschiedet, ist davon auszugehen, daß im IT-Sicherheitsbereich deutsche Zulassungsverfahren durch das BSI unattraktiv werden. Die in diesem Fall mit Besitz einer solchen Zulassung verbundenen Pflichten und Einschränkungen nach AWG dürften eine BSI-Zulassung für viele Unternehmen eher als Belastung denn als Aktivposten erscheinen lassen und in anderen EU- und nicht-EU-Staaten alternative Zulassungs- und Zertifizierungsverfahren gemäß internationalen Regelwerken wie Common Criteria verfolgen lassen. Dies gälte umso mehr, wenn (wie im derzeitigen Entwurf zu §5 Abs. 3 AWG

nochvorgesehen) bereits die reine Nutzung entsprechender Produkte zu den vorgenannten Pflichten und Einschränkungen führen würde. Die Bundesrepublik Deutschland würde sich damit einer wesentlichen Gestaltungsmöglichkeit ihrer eigenen IT-Sicherheit berauben.

4.2 Verlagerung geistigen Eigentums ins Ausland

Darüber hinaus würde eine Umsetzung der vorgesehenen Änderungsvorschläge ohne entsprechende Präzisierungen und Beschränkungen wie sie in dieser Stellungnahme vorgeschlagen wurden aller Voraussicht nach dazu führen, daß um den eigenen Unternehmenswert i.S. einer Veräußerbarkeit und Investitionsfähigkeit zu sichern das geistige Eigentum der betroffenen Unternehmen in andere (Tochter-)Unternehmen im (EU-)Ausland ausgelagert wird. Es ist unter diesen Umständen stimmig anzunehmen, daß wie schon in anderen Bereichen eine strategische Absetzbewegung in diejenigen (EU-)Staaten stattfindet, die weniger restriktive Regeln als die Bundesrepublik aufweisen, um für essentielle Investitionen aus dem Nicht-EU-Ausland attraktiv zu bleiben. Im Bereich der Exportkontrolle waren ähnliche Absetzbewegungen bereits in den vergangenen Jahren zu beobachten. Eine weitere Verschärfung des AWG dürfte dies noch weiter beschleunigen, wo es doch aktuell darauf ankäme, diesem Trend stattdessen entgegenzuwirken. Insofern ist es aus Sicht des Sachverständigen stimmig anzunehmen, daß ohne entsprechende Präzisierungen und Beschränkungen die diesbezügliche Intention des Gesetzgebers in ihr Gegenteil verkehrt würde, indem anstatt Schlüsselbranchen für Deutschland zu sichern deren Wegzug ins Ausland forciert würde.