

# Der Referentenentwurf der 17. Änderungsverordnung der AWV – eine erste Analyse

27. Januar 2021

In der Vergangenheit ist das Investitionskontrollrecht ständig verschärft worden (siehe hierzu die [Änderungen des Außenwirtschaftsgesetzes \(AWG-Novelle\)](#) sowie die [15. und 16. Änderungsverordnung der AWV](#). Mit Spannung ist der Entwurf der [17. Änderungsverordnung der AWV](#) erwartet worden. Die Veröffentlichung ist immer wieder verschoben worden, da die Ressortabstimmung intensiv und lange dauerte.

Die nunmehr im Referentenentwurf vorliegende 17. Änderungsverordnung der AWV vollendet nun die Anpassung an die AWG-Novelle sowie die im März 2019 verabschiedete [EU-Screening-VO 2019/452 \(EU-Screening-VO\)](#). Mit der Änderung wird insbesondere der Katalog der kritischen Sektoren und Technologien massiv erweitert. Weitere Änderungen leiten sich aus der behördlichen Prüfpraxis ab und dienen der Stärkung der Effektivität der Investitionsprüfung. Im Folgenden werden die Änderungen genauer dargestellt, an welchen Stellen Unklarheiten bestehen und welche weiteren Auswirkungen auf die Praxis zu erwarten sind.

## Highlights der Änderungen:

- Der Katalog der prüfungsrelevanten Sektoren hat sich **vervierfacht**. Der Meldepflicht unterfallen eine Vielzahl sog. *emerging technologies* wie z.B. Künstliche Intelligenz, Robotik, Nano- und Quantentechnologie. Umfasst sind u.a. auch die Bereiche Cybersicherheit, Halbleiter, 3D-Druck und autonomes Fahren/Fliegen. Aufgenommen werden aber auch weitere sicherheitsrelevante Unternehmen wie solche der Nahrungsmittelsicherheit, der Luftfahrt oder aus der Rohstoffbranche.
- Daneben unterfällt nun auch der **gesamte Verteidigungsbereich** (alle Güter des Teils I Abschnitt A der Ausfuhrliste) dem Investitionskontrollrecht.
- Das BMWi rechnet mit einem ca. **vierfachen Fallaufkommen** aufgrund der Erweiterung des Anwendungsbereiches der Investitionskontrolle. Knapp 30 neue Stellen sollen ressortübergreifend das Aufkommen bearbeiten.

## Der neue § 55a AWV-E

Die bislang in § 55 Abs. 1 S. 2 AWV aufgezählten und die neu hinzugekommenen prüfungsrelevanten Sektoren und Technologien werden nun der Übersicht halber in einem neuen § 55a AWV-E dargestellt (§ 55a Abs. 1 Nr. 1-27 AWV-E). Ist die Tätigkeit eines

Zielunternehmens dort aufgeführt, liegt eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit besonders nahe. Der Referentenentwurf spricht in solchen Fällen von einem „Indiz für eine besondere Sicherheitsrelevanz des Zielunternehmens“. Für die aufgezählten Bereiche kommen somit erwerbsbeschränkende Verfügungen (Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags bis hin zu einer [Untersagung](#)) in Betracht.

## **Die Erweiterung prüfungsrelevanter Unternehmen – § 55a Abs. 1 Nr. 13 – 27 AWW-E**

Die vom deutschen Gesetzgeber neu eingeführten Bereiche, die sich zu einem Großteil an der Aufzählung des Art. 4 Abs. 1 der EU-Screening-VO orientiert, lassen sich dabei in verschiedene Kategorien unterteilen.

### **Künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter (§ 55a Abs. 1 Nr. 13, 15, 16 lit. a AWW-E)**

Als neue Kategorie von Unternehmen mit besonderer Relevanz für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung finden die Bereiche „Künstliche Intelligenz“, „Robotik“ und „Halbleiter“ Einzug in den neuen Katalog. So sollen Güter dem Investitionsschutzregime unterfallen, die mittels Verfahren der Künstlicher Intelligenz konkrete Anwendungsprobleme lösen und zur eigenständigen Optimierung ihrer Algorithmen fähig sind, und zu bestimmten missbräuchlichen Zwecken genutzt werden können. Die missbräuchlichen Zwecke sind:

- Cyber-Angriffe durchzuführen,
- Personen zu imitieren, um gezielte Desinformation zu generieren,
- Auswertung von Sprachkommunikation oder biometrischer Fernidentifikation von Personen zum Zwecke der Überwachung oder internen Repression,
- Bewegungs-, Standort-, Verkehrs- oder Ereignisdaten zum Zwecke der Überwachung oder internen Repression zu analysieren.

Hervorzuheben ist, dass das BMWi den Anwendungsbereich des KI-Einsatzes insofern eingeschränkt hat, als dass die KI zu Missbrauchszwecken genutzt werden können muss. Vor dem Hintergrund, dass eine Vielzahl von Unternehmen KI in ihren Software-Programmen nutzt, ergibt die Einschränkung Sinn. Dennoch genügt die Möglichkeit des Missbrauchs zu den genannten Zwecken. Einer Meldepflicht unterfällt man nach Ansicht des BMWi schon dann, „wenn die Gesamtumstände eine missbräuchliche Nutzung in Folge des Erwerbs möglich erscheinen lassen“ ([Referentenentwurf](#), S. 27).

Nr. 15 und 16 lit. a) dienen insbesondere dem Schutz von Industrierobotern bzw. integrierter Schaltungen. Nicht erst seit dem Kauf des Industrieroboterherstellers Kuka

zählt der Bereich zu den schützenswerten Schlüsseltechnologien. Neben den Entwicklern und Herstellern solcher Roboter besteht eine besondere Prüfrelevanz hinsichtlich der Unternehmen, die für die vorgenannten Unternehmen spezifische IT-Dienstleistungen erbringen.

Der Gesetzgeber versteht unter dem Oberbegriff der „Halbleiter“ integrierte Schaltungen auf einem Substrat sowie diskrete Halbleiter, also in einem eigenen Gehäuse befindliche Schaltungselemente mit eigenen äußeren Anschlüssen. Das Schaltungselement „ist dabei eine einzelne aktive oder passive Funktionseinheit einer elektronischen Schaltung, z.B. eine Diode, ein Transistor, ein Widerstand oder ein Kondensator.“ ([Referentenentwurf](#), S. 27). Die Praxis wird zeigen, ob sich anhand der vorgenommenen Definition die besonders prüfungsrelevanten Unternehmen hinreichend abgrenzen lassen.

## **Cybersicherheit, Luft- und Raumfahrt sowie Quanten- und Nukleartechnologie (§ 55a Abs. 1 Nr. 17-20 AWW-E)**

Explizitem Schutz unterfällt auch die IT-Sicherheits- und Forensikbranche, sofern Unternehmen IT-Sicherheitsprodukte herstellen oder entwickeln. Dies dient der Konkretisierung der in der EU-Screening-Verordnung genannten „Cybersicherheit“. Das BMWi weist darauf hin, dass Produkte zum physischen Schutz von IT-Systemen (etwa Serverräumtüren oder Borschutzfolien) nicht erfasst seien. Anwendungen, die neben ihrem Hauptzweck zusätzlich IT-Sicherheitsfunktionen aufweisen, seien ebenfalls nicht umfasst. Erfasst seien aber z.B. Virenschutzprogramme oder Firewalls.

Des Weiteren schützen die Nr. 18 bis 20 Dual-Use-Güter aus der Luft- und Raumfahrt sowie Nuklear- und Quantentechnologie. In Bezug auf die Luft- und Raumfahrt sind neben Luftfahrtunternehmen auch solche Unternehmen erfasst, deren Produktportfolio Dual-Use-Güter aus dem Bereich Luftfahrtelektronik und Navigation ([Unterkategorie 7A, 7B, 7D oder 7E des Anhangs I der Dual-Use-VO](#)) oder Luftfahrt, Raumfahrt und Antriebe ([Unterkategorie 9A, 9B, 9D oder 9E der Dual-Use-VO](#)), umfasst. Unter den Begriff der Nanotechnologie fasst das BMWi Güter der [Kategorie 0](#) oder der Listenpositionen [1B225, 1B226, 1B228, 1B231, 1B232, 1B233 oder 1B235](#) des Anhangs I der Dual-Use-VO. Quantentechnologie umfasst Quanteninformatik, Quantencomputer, Quantensensoren, Quantenmetrologie, Quantenkryptographie, Quantenkommunikation und Quantensimulation.

## **Automatisiertes Fahren bzw. Fliegen, Optoelektronik und additive Fertigung (§ 55a Abs. 1 Nr. 14, 16 lit. b), 21 AWW)**

Die Bereiche des automatisierten Fahrens bzw. Fliegens sind nicht ausdrücklich im Beispielskatalog der EU-Screening-Verordnung genannt. Der deutsche Gesetzgeber sieht in diesen Bereichen jedoch angesichts des hochdynamischen technischen Fortschritts ein erhebliches Risiko für die öffentliche Sicherheit. Bereits in der Vergangenheit hat

das BMWi einen Fokus auf Produkte gelegt, die für das autonome Fahren verwendet werden können. Auch der Schutz der additiven Fertigung ist im Kontext des technischen Fortschritts zu verstehen. Umgangssprachlich ist dieser Bereich als 3D-Druck bekannt. Die Möglichkeiten, die sich durch das 3D-Druck-Verfahren ergeben, können auch für militärische Produktentwicklungen genutzt werden oder für die Herstellung von Ersatzteilen von sensitiven Gütern. Insofern hat der Gesetzgeber diesen Bereich für schützenswert erachtet.

## **Versorgungsrelevante Schlüsselinfrastrukturen (§ 55a Abs. 1 Nr. 22-24 AWW-E)**

Die neue Fallgruppe Nummer 22 soll Netztechnologien zur Stärkung der Sicherheits- und Verteidigungsindustrie schützen. Die Fallgruppe dient der Umsetzung des [Strategiepapiers der Bundesregierung zur Stärkung der Sicherheits- und Verteidigungsindustrie](#) aus Februar 2020 sowie der [„5G-Toolbox“ der EU-Kommission](#), die ausdrücklich darauf verwiesen hat, dass die Investitionskontrolle eines der Mittel sei, um einen sicheren 5G-Ausbau in Europa zu gewährleisten. Unter Netztechnologien sind sicherheitsrelevante IT- und Kommunikationstechnologien zu verstehen, die etwa bei dem Ausbau der 5G-Technologie zum Einsatz kommen sollen. Auch intelligente Messsysteme („Smart-Meter“) werden in Nummer 23 geschützt. In den falschen Händen könne die Kontrolle über Smart-Meter die Datensicherheit sowie die Energieversorgung insgesamt gefährden.

In Nummer 24 stellt der Gesetzgeber auch Unternehmen unter besonderen Schutz, die Leistungen und Dienstleistungen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik für die Bundesrepublik Deutschland erbringen. Die Aufnahme der Vorschrift ist vor dem Hintergrund des Aufbaus und des Betriebs des Digitalfunks zu sehen.

## **Kritische Rohstoffe, geheimgestellte Patente oder Gebrauchsmuster sowie Land- und Ernährungswirtschaft (§ 55a Abs. 1 Nr. 25-27 AWW-E)**

Darüber hinaus erfasst der Katalog auch solche Unternehmen, die Güter oder Stoffe von besonderer Relevanz gewinnen oder herstellen. So wurden Unternehmen, die kritische Rohstoffe oder Erze gewinnen ebenso wie Betriebe von grundlegender Bedeutung für die Nahrungsmittelsicherheit und der Bewirtschaftung einer landwirtschaftlichen Fläche von mehr als 10.000 Hektar in den Katalog aufgenommen. Kritische Ressourcen und strategische Vermögenswerte sollen somit besonderen Schutz erfahren und die Nahrungsmittelversorgung sichergestellt werden. Auch der Schutz von Gütern, auf die sich der Schutzbereich eines geheimgestellten Patentes oder Gebrauchsmusters erstreckt, soll zum Schutz sensibler Informationen aufgenommen werden.

## **Rechtsfolgen für den Beteiligungserwerb an Zielunternehmen**

Im Wesentlichen unverändert bleiben die Rechtsfolgen, wenn das Zielunternehmen im Katalog des § 55a Abs. 1 AWW-E genannt ist. Die Meldepflicht über den Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrags über den Erwerb eines dort bezeichneten inländischen Unternehmens findet sich nun in § 55a Abs. 4 AWW-E. Die Meldung hat unverzüglich zu erfolgen. Bis zur Erteilung der Freigabe durch das BMWi gilt ein Vollzugsverbot (§ 15 Abs. 4 S. 1 AWG). Eine Zuwiderhandlung stellt eine Straftat bzw. bei fahrlässiger Begehung eine Ordnungswidrigkeit dar.

## **Klarstellungen aus der Behördenpraxis**

Das BMWi nutzt die Novelle dafür, um Klarstellungen für Teilfragen aufzunehmen, die sich in den letzten Jahren der Behördenpraxis gestellt haben.

## ***Umgehungsgeschäfte und Hinzukäufe von Anteilen***

Die in § 55 Abs. 2 AWW geregelten Umgehungsgeschäfte werden im neuen § 55 Abs. 2 AWW-E erweitert. Als solche gelten nun explizit auch Beteiligungserwerbe an demselben inländischen Unternehmen, die so aufeinander abgestimmt werden, dass bei gesonderter Betrachtung keiner der Erwerbe eine meldepflichtige Beteiligung darstellt.

Meldepflichtige Stimmrechtsanteile werden in den neuen Abs. 2 und 3 des § 56 AWW-E konkretisiert. Jeder weitere Beteiligungserwerb oberhalb der Grenzen von 10 Prozent der Stimmrechte an einem Unternehmen i.S.d. § 55a Abs. 1 AWW-E oder 25 Prozent der Stimmrechte eines sonstigen Unternehmens unterfallen ebenfalls der Meldepflicht. Das entsprach ohnehin der behördlichen Praxis und ist durch die Aufnahme in die AWW nun auch klargestellt.

Auch die Erlangung einer wirksamen Beteiligung in sonstiger Weise an der Verwaltung oder Kontrolle des inländischen Unternehmens löst im Rahmen des neuen § 56 Abs. 3 AWW-E die Meldepflicht aus. Da die Besetzung strategischer Positionen in Unternehmen mit Auskunfts- und Informationsrechten in Bezug auf schützenswerte Kenntnisse einhergehen kann, werden solche Konstellationen einem Stimmrechtserwerb gleichgestellt. Mit dieser Anpassung rundet der Gesetzgeber die Meldepflicht ab und möchte Umgehungskonstellationen soweit wie möglich ausschließen.

Die Hinzurechnung der Stimmrechte Dritter findet sich nun in § 56 Abs. 4 AWW-E. Die Meldepflicht wird bereits ausgelöst, wenn aufgrund der sonstigen Umstände des Erwerbs von einer gemeinsamen Ausübung von Stimmrechten auszugehen ist. Dies gilt auch, wenn die Vereinbarung über die gemeinsame Ausübung von Stimmrechten erst nach dem Beteiligungserwerb getroffen wird. Sonstige Umstände werden vermutet, wenn der Erwerber und mindestens ein Dritter aus demselben Drittstaat unmittelbar oder mittelbar an dem inländischen Unternehmen beteiligt sind.

## ***Freigabe des Erwerbs***

Das BMWi hat klargestellt, dass im Fall des Bestehens einer Meldepflicht nach § 55a Absatz 1 ein Antrag auf Unbedenklichkeit ausscheidet (§ 58 Abs. 3 AWV-E). In Zweifelsfällen der Meldepflicht kann der Erwerber die Meldung mit einem hilfsweisen Antrag auf Unbedenklichkeitsbescheinigung verbinden.

## **Erweiterung der sektorspezifischen Prüfung auf sämtliche Rüstungsgüter im Sinne des Teils I Abschnitt A der Ausfuhrliste**

Für die sektorspezifische Prüfung wird der bisherige Gefährdungsbegriff entsprechend der neuen Rechtslage bei der sektorübergreifenden Investitionsprüfung durch den Prüfmaßstab einer „voraussichtlichen Beeinträchtigung“ ersetzt. Prüfkriterium bleiben jedoch weiterhin die wesentlichen Sicherheitsinteressen. Diese sind gemäß der neuformulierten Fallgruppe Nummer 1 bereits voraussichtlich beeinträchtigt, wenn das Unternehmen **Güter im Sinne des Teils I Abschnitt A der Ausfuhrliste** entwickelt, herstellt, modifiziert oder die tatsächliche Gewalt über solche Güter hat. Ein Unternehmen, das zumindest auch Berührungspunkte mit Gütern aus Teils I Abschnitt A der Ausfuhrliste hat, ist demnach unter den neuen § 60 Abs. 1 Nr. 1 AWV-E zu fassen. Bisher waren nur bestimmte Teilbereiche der Ausfuhrliste von der sektorspezifischen Prüfung erfasst. Deren Anwendungsbereich wird damit **erheblich erweitert**.

## **Kontrolle von Anordnungen und der in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelten Pflichten**

Im Rahmen der AWG-Novelle ist die Möglichkeit eingeführt worden, Dritte mit der Kontrolle der durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag eingegangenen oder durch Anordnungen getroffenen Pflichten zu beauftragen (§ 23 Abs. 6b AWG). Durch dieses Vorgehen kann das BMWi die Personalressourcen für die Prüftätigkeit einsetzen und das **Monitoring** auslagern. Die Verordnung regelt, wer als Dritter diese Monitoring-Tätigkeit durchführen darf. Dies sind Personen, die fachkundig, zuverlässig und unabhängig von den Verpflichteten und den weiteren an dem Erwerb Beteiligten sind (§ 59 Abs. 4 AWV-E).

## **Verfahrenswechsel im Prüfverfahren nach § 62a AWV-E**

In einem neuen Unterabschnitt soll § 62a AWV-E eingefügt werden. Wenn sich in einem sektorübergreifenden Prüfverfahren oder einem sektorspezifischen Prüfverfahren herausstellt, dass die Voraussetzungen für eine Untersagung oder den Erlass von Anordnungen über das jeweils andere Verfahren vorliegen, kann das BMWi das jeweilige Prüfverfahren auf Grundlage der Voraussetzungen der Vorschriften des anderen Verfahrens fortsetzen. Das BMWi kann folglich flexibel auf die Erlangung neuer Erkenntnisse im laufenden Verfahren reagieren.

## Fazit

Der Versuch des BMWi, den Anwendungsbereich der für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit relevanten Unternehmen zu konkretisieren, ist grundsätzlich zu begrüßen. Der neue § 55a AWW-E lässt dennoch viele Detailfragen offen. Es ist daher davon auszugehen, dass in der Praxis im Zweifel eine Meldung vorzunehmen ist, um keine Ordnungswidrigkeit oder sogar Straftat zu begehen. Die Änderung der AWW wird daher zu einer erheblichen Erweiterung der melde- und prüfpflichtigen Fälle führen. Damit geht ein deutlich erhöhter Aufwand für das BMWi einher. Auch die erweiterte sektorspezifische Prüfung wird zu einem Anstieg der Prüffälle beitragen. Kaum absehbar ist zudem der durch den EU-Kooperationsmechanismus verursachte Mehraufwand. Die bislang vorgenommene Praxis Deutschlands, nur die Fälle zu melden, bei denen eine vertiefte Prüfung vorgenommen wird, ist ausweislich der Gesetzesbegründung hinfällig. Im Rahmen des Kooperationsmechanismus sind daher auch die Fälle zu melden, die innerhalb der 2-Monats-Frist entschieden werden sollen. Das BMWi geht aufgrund der neuen Erweiterung des Anwendungsbereichs der Investitionskontrolle von mindestens 180 neuen meldepflichtigen Erwerben pro Jahr aus. Diese würden zu den 159 Fällen, die das BMWi in 2020 geprüft hat, hinzukommen. Weiterhin werden durch den EU-Kooperationsmechanismus konservativ geschätzt über weitere 140 Fälle zu prüfen sein. Insgesamt rechnet das BMWi daher mit ca. 500 Fällen im nächsten Jahr. Ressortübergreifend sollen daher 30 zusätzliche Beamte eingestellt werden.

Insgesamt ist der neuen AWW aber ein Misstrauen gegenüber ausländischen Direktinvestitionen zu entnehmen. Es dürfte daher von erheblicher Bedeutung sein, dass die Anwendung der neuen AWW nicht zu einer zu starken Einschränkung des Freihandels führt, um den Investitionsstandort Deutschland attraktiv zu halten. Einschränkungen bzw. Untersagungen sollten daher auch weiterhin die Ausnahme bleiben und nicht zu einem politischen Instrument verkommen.

BLOMSTEIN verfolgt die außenwirtschaftsrechtlichen Auswirkungen der neuen AWW und deren Auswirkungen auf Unternehmen stetig. [Dr. Roland M. Stein](#) und [Dr. Leonard von Rummel](#) stehen Ihnen für Fragen jederzeit gern zur Verfügung.