

„WAS WEISS DENN ICH?“

Die aktuelle Auslegung der catch-all Klausel in Art. 4 Abs. 1 DUV

Text: Dr. Talke Ovie



© Gerd Altmann/Pixabay

Neben der personen-, länder- und güterbezogenen Exportkontrolle gehört die verwendungsbezogene Exportkontrolle zu den Grundpfeilern der Exportkontrolle. Von der verwendungsbezogenen Exportkontrolle werden insbesondere die „catch all - Klauseln“ der Dual-Use-Verordnung (DUV) erfasst. Für die Praxis relevant ist vor allem Art. 4 DUV, der eine Genehmigungspflicht für die Ausfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck statuiert, die nicht in Anhang I DUV gelistet sind.

Im Zusammenhang mit dem Ukraine-Krieg hat die Bedeutung von Art. 4 Abs. 1 DUV für Lieferungen nach Russland, die nicht bereits nach dem Russland-Embargo beschränkt sind, zugenommen, insbesondere in Bezug auf die Frage, wie die Sorgfaltspflichten des Ausführers ausgestaltet sind, um keinem Vorwurf eines Verstoßes gegen die Exportkontrolle zu unterliegen.

Das Verwaltungsgericht (VG) Frankfurt hat mit Beschluss vom 30.03.2023 (AZ 5 L 3300/22.F) eine neuere Entscheidung zum Tatbestandsmerkmal „bestimmt sein können“ des Art. 4 Abs. 1 a) DUV getroffen, die für die Anwendung der Exportkontrolle in der täglichen Praxis wichtig ist.

Grundsätzliches vorab

Art. 4 Abs. 1 a) DUV regelt:

(1) Die Ausfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck, die nicht in Anhang I aufgeführt sind, ist genehmigungspflichtig, wenn der Ausführer von der zuständigen Behörde davon unterrichtet worden ist, dass die betreffenden Güter ganz oder teilweise bestimmt sind oder bestimmt sein können:

a) zur Verwendung im Zusammenhang mit der Entwicklung, der Herstellung, der Handhabung, dem Betrieb, der Wartung, der Lagerung, der Ortung, der Identifizierung oder der Verbreitung von chemischen, biologischen oder Kernwaffen oder sonstigen Kernsprengkörpern

oder zur Entwicklung, Herstellung, Wartung oder Lagerung von Flugkörpern für derartige Waffen; [...]

Beschluss des VG Frankfurt

In dem Verfahren vor dem VG Frankfurt wurde über die Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung gestritten. Eine weltweit tätige Herstellerin von Diagnostika hatte beim BAFA die Ausfuhr von ihr hergestellter „ELISA Testsysteme“ (im Folgenden „Tests“) nach Russland beantragt. ELISA Tests werden für die quantitative Bestimmung von Antigenen und Antikörpern in Körperflüssigkeiten genutzt, wobei Enzyme zur Markierung eingesetzt werden (Enzyme-Linked Immunosorbent Assay, kurz: ELISA).

In ihrem Antrag gab die Antragstellerin unter „19. Endverwendung“ an: „Labordiagnostika für Untersuchung von Stoffwechselstörungen, Adipositas Wachstumsstörungen bei Kindern“. Und unter „23. Zusatzinformationen“: „Die Produkte dienen der Diagnostik von Wachstumsstörungen bei Kindern, bzw. Stoffwechselstörungen von Personen mit Diabetes und / oder Fettleibigkeit, ausschließlich medizinischen humanitären Zwecken. Es besteht die Gefahr des Auftragsverlustes! Wir bitten um eine priorisierte Antragsbearbeitung.“ Empfänger der Waren sollte ein Händler in Russland sein. Der Händler wollte die Waren an Endempfänger in Russland weiterverkaufen, von denen „End-Use Certificate (EUC)“ dem Antrag beigefügt waren.

Das BAFA unterrichtete die Antragstellerin, dass die Lieferung der Produkte an die Endverwender in Russland ganz oder teilweise zur Verwendung im Zusammenhang mit der Entwicklung biologischer und chemischer Waffen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 a) DUV bestimmt sein könnten und lehnte die Ausfuhrgenehmigung ab. Die Antragstellerin wehrt sich gegen die Ablehnung und trug im vorläufigen Rechtsschutzverfahren beim VG Frankfurt vor, dass eine missbräuchliche Verwendung der Tests ausscheide, weil die Tests aus Komponenten bestünden, die weltweit ohne Restriktionen gehandelt würden. Die Endverwender hätten zudem mit den EUC eine Erklärung zur zivilen Endverwendung abgegeben. Ferner seien die Endempfänger weder auf einer europäischen noch einer amerikanischen Sanktionslisten gelistet. Da die Tests nur kurze Zeit haltbar seien und erheblicher Umsatzverlust drohe, sei Eilbedürftigkeit gegeben.

Das BAFA vertrat (weiterhin) die Auffassung, dass eine Ausfuhrgenehmigung nicht erteilt werden könne. Eine Verwendung der Tests im Zusammenhang mit der Entwicklung und Weiterentwicklung biologischer und chemischer Kampfstoffe sei aus objektiv-technischer Sicht gegeben. Weder aus der Funktion der Tests noch aus den Angaben in den Gebrauchsanweisungen ergebe sich, dass die Tests ausschließlich zur Diagnose und Therapie genutzt werden könnten. ELISA Tests können zum Beispiel zur Bestimmung des Explosionsstoffs Triacetotriperoxid eingesetzt werden. Aber auch in mobilen Laboren bzw. in Detektionsfahrzeugen des Militärs bzw. des Zivilschutzes seien ELISA Systeme hinlänglich bekannt und dienten dort vorwiegend der

Feststellung bzw. Identifizierung biologischer Kampfmittel. Des Weiteren lägen dem BAFA Informationen vor, dass der Händler in die Beschaffung von Gütern für biologische und chemische Waffenprogramme des russischen Inlandsgeheimdienstes FSB sowie für das russische Verteidigungsministerium eingebunden sei. Nähere Informationen erteilte das BAFA trotz Aufforderung des Gerichts nicht, da die Informationen „geheim“ seien. Das VG Frankfurt stellte fest, dass die Ansicht des BAFA nicht zutreffe. Art. 4 Abs. 1 DUV sehe vor, dass eine Ausfuhrgenehmigungspflicht für Güter bestehe, die für die genannten kritischen Zwecke „bestimmt sind“ oder „bestimmt sein können“. Ein „bestimmt sein“ liege vor, wenn eine kritische Verwendung durch den Empfänger final beabsichtigt sei. Wann ein „bestimmt sein können“ vorliege, sei im Wege der Auslegung zu bestimmen. Insoweit legte das VG Frankfurt die Voraussetzung des „bestimmt sein können“ wie folgt aus:

- *Notwendige Bedingung ist eine objektive Eignung des Gutes. Hinzukommen muss ein subjektives Element, also ein zumindest als möglich unterstellter Verwendungswille des Empfängers.*
- *Nach Überzeugung des Gerichts muss es daher zumindest konkrete Anhaltspunkte dafür geben, dass der Empfänger ein Gut kritisch verwende, ohne dass eine konkrete Verwendungsabsicht feststehen muss.*
- *Die Behörde muss darlegen, dass zumindest ein Risiko besteht, dass der Empfänger die Güter für einen der in Art. 4 Abs. 1 DUV aufgeführten Zwecke kritisch verwenden möchte.*

Gemessen an diesen Vorgaben habe das BAFA in dem hiesigen Fall nicht ausreichend dargelegt, dass ein Risiko besteht, dass der Händler oder die Endempfänger die ELISA Tests für einen der in Art. 4 Abs. 1 DUV genannten Zwecke verwenden möchten. Das BAFA habe sich lediglich auf pauschale Angaben beschränkt, aber keine konkreten Anhaltspunkte ausgeführt.

Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung des VG Frankfurt, dass es bei der Beurteilung, ob ein Gut (Ware, Software, Technologie) für eine kritische Verwendung gemäß Art. 4 Abs. 1 DUV bestimmt sein kann, dass das Gut zunächst einmal überhaupt objektiv für eine kritische Endverwendung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 DUV geeignet ist, also zum Beispiel (wie in dem hiesigen Verfahren) die Entwicklung biologischer und chemischer Kampfstoffe, aber auch ein tatsächlich gegebenes Risiko bestehen muss, dass der Empfänger das Gut für einen der in Art. 4 Abs. 1 DUV genannten Zwecke verwenden möchte, also (wie in dem hiesigen Verfahren) für die Entwicklung biologischer und chemischer Kampfstoffe, wobei das tatsächliche Risiko aufgrund der in Art. 4 Abs. 1 DUV vorgesehenen Unterrichtungspflicht vom BAFA dargelegt werden muss und zwar nicht pauschal, sondern anhand konkreter ►



© Gerd Altmann/Pixabay

Anhaltspunkte in jedem zu bescheidenden Einzelfall. Ein pauschaler Verweis auf eine mögliche kritische Endverwendung losgelöst vom Einzelfall ist also nicht möglich.

Zu beachten ist, dass die Entscheidung des VG Frankfurt zu Art. 4 Abs. 1 DUV und damit dem Mechanismus der Ausfuhrgenehmigungspflicht aufgrund einer Unterrichtung durch das BAFA ergangen ist. Allerdings ist zu beachten, dass diese Entscheidung auch für Art. 4 Abs. 2 DUV eine Rolle spielt und damit insgesamt für die Frage, wie mit potentiellen kritischen Endverwendungen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 DUV, also der Verwendung im Zusammenhang mit Massenvernichtungswaffen und der militärischen Endverwendung, im Unternehmen umzugehen ist.

Insoweit gilt nicht, dass aufgrund der vom VG Frankfurt angenommenen Darlegungslast des BAFA kritische Endverwendungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 DUV betreffend, abgewartet werden kann, ob das BAFA das Unternehmen über eine kritische Endverwendung hinreichend unterrichtet und erst dann aufgrund der Unterrichtung eine Ausfuhrgenehmigung beantragt wird.

Vielmehr muss aufgrund des Umstandes, dass Art. 4 Abs. 2 DUV eine Bewertung durch den Ausführer vorsieht, ob es einer Ausfuhrgenehmigung bedarf, gelten, dass jedes Unternehmen Kenntnis darüber haben muss, ob dessen Güter für eine kritische Endverwendung im Sinne des Art. 4 DUV objektiv geeignet sind und im Einzelfall bei Zweifeln über die zivile Endverwendung eine auf das Unternehmen zugeschnittene individualisierte Endverbleibserklärung (EUC) einholen und bei verbleibenden Risiken eine Ausfuhrgenehmigung oder einen Nullbescheid beim BAFA beantragen. Dies dürfte aktuell mehr denn je für Unternehmen gelten, die kritische Güter über Händler in kritische Länder, insbesondere Embargoländer wie Russland oder dessen Anrainerstaaten, vertreiben. Sodann ist es ebenfalls auch insoweit die Pflicht des BAFA, in jedem Einzelfall eine kritischen Endverwendung darzulegen und über die Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung zu entscheiden.

Da, wie vorliegend aufgezeigt, nicht auszuschließen ist, dass das BAFA eine kritische Endverwendung annimmt, sollte jedes Unternehmen vorsorglich neben der Implementierung eines Prozesses und Verantwortlichkeiten in Bezug auf den Umgang mit kritischen Endverwendungen vertragliche Klauseln aufnehmen, die unter anderem etwaige Lieferpflichten während der Klärung der Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung und Regressansprüche bei Nicht-Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung außer Kraft setzen. Ob im Ergebnis trotz Obsiegens in der Sache, also der Verpflichtung des BAFA zur Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung, eine Ausfuhr tatsächlich getätigt wird, mag sodann im Einzelfall weniger eine rechtliche Entscheidung sein. ◀



Dr. Talke Ovie
Rechtsanwältin

**HARNISCHMACHER LÖER
WENSING**

Rechtsanwälte PartGmbH
Hafenweg 8
48155 Münster

T +49 251 68 68 60 426
F +49 251 68 68 60 429
talke.ovie@hlw-muenster.de
www.hlw-muenster.de