

## Katharina Stolte: Welche strafrechtlichen Auswirkungen hat Art. 5 Abs. 6 der Dual-Use-VO 2021/821 de lege lata und de lege ferenda

Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des Seminars „Aktuelle Probleme des Wirtschaftsstrafrechts in seinen internationalen Bezügen“ bei Prof. Dr. Nina Nestler (Lehrstuhl für Strafrecht III) entstanden.

### A. Einleitung

In den vergangenen Jahren hat die Gefahr für Menschenrechte durch digitale Überwachungstechnologie zugenommen. Dies kritisierte auch Amnesty International in seinem im September 2020 veröffentlichten Bericht „Out of Control: Failing EU Laws for Digital Surveillance Support“.<sup>1</sup> Nach Verhandlungen und der Überarbeitung von Entwürfen durch das EU-Parlament, den Rat und die Kommission wurde im September 2021 schließlich die Dual-Use-VO 2021/821 (im Folgenden: „Dual-Use-VO“) erlassen,<sup>2</sup> in welcher auch einige der Vorschläge von Amnesty International berücksichtigt wurden.<sup>3</sup> Im Gegensatz zur Verordnung (EG) Nr. 428/2009 (im Folgenden: „Dual-Use-VO a.F.“) rückt die Dual-Use-VO damit sowohl den Schutz von Menschenrechten als auch die Gefahren digitaler Überwachungstechnologie stärker in den Fokus. Art. 5 Dual-Use-VO vereint diese Neuerungen und schreibt vor, dass die Ausfuhr bestimmter Überwachungstechnologie nur mit Genehmigung durchgeführt werden darf, wenn jene im Zusammenhang mit Verstößen gegen Menschenrechte oder humanitäres Völkerrecht stehen könnte. Zudem hält Art. 5 VI Dual-Use-VO das Instrument der Watch-List bereit. Diese enthält Güter und Empfangsländer, die von den Mitgliedstaaten als genehmigungspflichtig eingeordnet werden, wenn sie ausgeliefert bzw. beliefert werden.

Durch die schnelle Entwicklung dieser Technologien und die deshalb notwendige rasche Anpassung von Vorschriften entstehen neue Herausforderungen für die Vereinbarkeit von Normklarheit und effektivem Rechtsschutz. So bereitet die Tatsache Probleme, dass der deutsche Gesetzgeber in seinen Straf- und Bußgeldvorschriften bislang nicht auf den neuen Art. 5 Dual-Use-VO verweist. Dies wird in Bezug auf die Sanktionierung von Verstößen nach §§ 18 f. AWG relevant, war bislang aber nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Die fehlenden Verweise beeinflussen auch die

Wirkung der Watch-List des Art. 5 VI Dual-Use-VO, was zu der Frage führt, welche strafrechtlichen Auswirkungen diese Vorschrift de lege lata und de lege ferenda hat.

Um diese Frage zu beantworten, gibt die vorliegende Arbeit zunächst einen Überblick über die Dual-Use-VO und ihren Schutzzweck. Der Fokus liegt dabei auf Art. 5 Dual-Use-VO, wobei die besondere Funktion der auf Art. 5 VI Dual-Use-VO gestützten Watch-List herausgestellt wird. Hierauf folgt eine Besprechung der Auswirkungen des Abs. 6 auf die Auslegung des Art. 5 I, II Dual-Use-VO sowie auf die relevanten Straf- und Bußgeldvorschriften. Betrachtet wird sowohl die Rechtslage de lege lata als auch de lege ferenda. Abschließend werden die Ergebnisse in einem Fazit zusammengeführt.

### B. Die Dual-Use-VO und ihr Schutzzweck

Die novellierte Dual-Use-VO wurde am 11.06.2021 verabschiedet. In Kraft trat sie am 09.09.2021 und löste damit die Dual-Use-VO a.F. ab. Sie reguliert u.a. die Ausfuhr von Dual-Use-Gütern aus dem EU-Zollgebiet in Drittstaaten, Art. 1 Dual-Use-VO. Als Verordnung gilt sie unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, Art. 288 II AEUV.

Der Begriff der Dual-Use-Güter wird in Art. 2 Nr. 1 Dual-Use-VO als „Güter mit doppeltem Verwendungszweck [...] einschließlich Datenverarbeitungsprogramme (Software) und Technologie, die sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke verwendet werden können [...]“ legaldefiniert.

Die Dual-Use-VO verfolgt als Ziel eine bessere Vernetzung der mitgliedstaatlichen Zollbehörden (Erwägungsgründe 21, 30, 31), die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen (Erwägungsgründe 5, 9) sowie die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen innerhalb der EU (Erwägungsgründe 17, 18). Auch soll durch die neue Dual-Use-VO besser auf „neu entstehende Technologien“ (sog.

<sup>1</sup> Amnesty International: Out of Control: Failing EU Laws for Digital Surveillance Export, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/2556/2020/en/> [Stand: 06.09.2023], S. 6.

<sup>2</sup> Gieseemann, Die Novelle der EU-Dual-Use-Verordnung: Ein Überblick über die neue europäische Ausfuhrkontrolle, EuZW 2021, S. 365 (366f.); Hohmann, Neufassung der Dual-Use-Verordnung, AW-Prax 2017, S. 73 (73); s. dazu den (später verworfenen) Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Neufassung der Dual-Use-VO vom 28.09.2016, [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1b8f930e-8648-11e6-b076-01aa75ed71a1.0022.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1b8f930e-8648-11e6-b076-01aa75ed71a1.0022.02/DOC_1&format=PDF) [Stand: 06.09.2023].

<sup>3</sup> Kritisiert wurde die Neufassung der Dual-Use-VO durch Amnesty International dennoch: Enttäuschende Bilanz der Dual-Use-Reform, <https://www.amnesty.de/informieren/aktuell/enttaeuschende-bilanz-der-dual-use-reform> [Stand: 06.09.2023].

„emerging technologies“) und den damit verbundenen Risiken reagiert werden können (Erwägungsgrund 10).

Zentraler Schutzzweck ist jedoch der Schutz von Menschenrechten.<sup>4</sup> Erwägungsgrund 5 nennt die „Achtung der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts“ als Grundlage für ein „wirksames gemeinsames Ausfuhrkontrollsystem“. In den Erwägungsgründen 2 und 8 wird im Zusammenhang mit digitaler Überwachungstechnologie das Risiko von Verstößen gegen Menschenrechte oder humanitäres Völkerrecht genannt. Im Vergleich hierzu werden Menschenrechte in der Dual-Use-VO a.F. nur einmal erwähnt. So wurde den Mitgliedstaaten in Art. 8 I Dual-Use-VO a.F. die Möglichkeit eingeräumt, die Ausfuhr von Dual-Use-Gütern aus Menschenrechtserwägungen zu untersagen.

Um die zu schützenden Menschenrechte näher zu bestimmen, ist auf völkerrechtliche Verträge (z.B. die EMRK) zurückzugreifen.<sup>5</sup> In Art. 15 I Dual-Use-VO werden die „einschlägigen Erwägungen“ genannt, die bei der Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung zu beachten sind. Hierzu zählen u.a. internationale Verpflichtungen und Zusagen, aber auch Erwägungen der Außen- und Sicherheitspolitik. Letztere umfassen auch den Gemeinsamen Standpunkt 2008/944/GASP des Rates, welcher (in Kombination mit dem dazugehörigen, ebenfalls vom Rat erstellten Anwendungsleitfaden) die einschlägigen Menschen- und Völkerrechtsabkommen näher eingrenzt und auflistet.<sup>6</sup>

### C. Art. 5 Dual-Use-VO

Besonders deutlich schlägt sich die Akzentverschiebung beim Schutzzweck in Art. 5 Dual-Use-VO nieder. So existierte eine inhaltlich vergleichbare Regelung in der Dual-Use-VO a.F. nicht.

Art. 5 Dual-Use-VO koppelt die Genehmigungspflichtigkeit der Ausfuhr an mögliche Verstöße gegen Menschenrechte oder

humanitäres Völkerrecht. Vorausgesetzt wird hierfür, dass der Ausfuhrer darüber entweder vom Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) unterrichtet wurde (Art. 5 I Dual-Use-VO) oder selbst Kenntnis von der kritischen Endverwendung hat und daher von sich aus das BAFA informieren muss (Art. 5 II Dual-Use-VO).

#### I. Ausfuhr von Gütern für digitale Überwachung

Art. 5 Dual-Use-VO regelt die Ausfuhr von Gütern für digitale Überwachung (sog. „cyber surveillance items“), die nicht in Anhang I der Dual-Use-VO gelistet sind. Es handelt sich um eine sog. Catch-All-Regelung, d.h. um einen Auffangtatbestand,<sup>7</sup> durch den nichtgelistete Güter erfasst werden, soweit eine kritische Endverwendung i.S.d. Art. 5 I Dual-Use-VO besteht.<sup>8</sup> Anders als in Art. 3 Dual-Use-VO sind die genehmigungspflichtigen Güter also nicht abschließend<sup>9</sup> in Anhang I gelistet, sondern anhand ihrer konkreten Verwendung zu identifizieren.

In Art. 2 Nr. 20 Dual-Use-VO werden Güter für digitale Überwachung definiert als „Güter mit doppeltem Verwendungszweck, die besonders dafür konstruiert sind, die verdeckte Überwachung natürlicher Personen durch Überwachung, Extraktion, Erhebung oder Analyse von Daten aus Informations- und Telekommunikationssystemen zu ermöglichen“. Erwägungsgrund 8 konkretisiert dies weiter und bezieht biometrische Daten und eine tiefgreifende Datenpaketanalyse („deep-packet inspection“) mit ein. Zudem schließt er Güter für eine „rein kommerzielle Anwendung“ vom Anwendungsbereich der Verordnung aus.<sup>10</sup> Der Anwendungsbereich wird insofern eingegrenzt, als dass nur verdeckte Überwachung erfasst wird.<sup>11</sup> Im Vorfeld der Dual-Use-VO hatte Amnesty International auch Maßnahmen gegen nichtverdeckte Überwachung gefordert,<sup>12</sup> was aber

<sup>4</sup> Nestler, Strafrechtliche Auswirkungen der EU Dual-Use-VO 2021/821, NZWiSt 2022, S. 137 (139).

<sup>5</sup> In Bezug auf das gesamte Außenwirtschaftsrecht so in Lehner, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausfuhrverantwortlichen, 2020, S. 379.

<sup>6</sup> General Secretariat of the Council of the European Union: User's Guide to Council Common Position 2008/944/CFSP defining common rules governing the control of exports of military technology and equipment, <https://www.consilium.europa.eu/media/40659/st12189-en19.pdf> [Stand: 06.09.2023], S. 63.

<sup>7</sup> Hoffmann in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Auflage 2020, Kap. 24 Rn. 18; Giesemann, EuZW 2021, S. 365 (366).

<sup>8</sup> Karpenstein/Kottmann in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Recht, 21. Ergänzungslieferung 2023, Art. 4 Dual-Use-VO Rn. 1; Haellmigk, „Wo viel Licht ist, ist auch starker Schatten“: Die neue Dual-Use Verordnung – Ein gelungener Kompromiss zwischen staatlichen Sicherheitserwägungen und Unternehmensinteressen? CCZ 2021, S. 67 (69); Pietsch/Hötzl, Menschenrechte im Kontext der Exportkontrolle, AW-Prax 2021, S. 209 (212).

<sup>9</sup> Lewisch/Stangl in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR, 2. Auflage 2020, Art. 4 Dual-Use-VO Rn. 6.

<sup>10</sup> Pietsch/Hötzl, AW-Prax 2021, S. 209 (213).

<sup>11</sup> Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (141); BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 06.09.2023], S. 5.

<sup>12</sup> Amnesty International: Out of Control: Failing EU Laws for Digital Surveillance Export, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/2556/2020/en/> [Stand: 06.09.2023], S. 14.

insbesondere mit dem Argument abgelehnt wurde, dass dies den Anwendungsbereich der Verordnung zu sehr ausweite.<sup>13</sup>

In Abgrenzung zur Catch-All-Regelung des Art. 4 Dual-Use-VO ist nur Überwachungstechnologie erfasst, die nicht waffenfähig ist.<sup>14</sup> Art. 4 I Dual-Use-VO adressiert nämlich die Ausfuhr nicht gelisteter waffenfähiger Güter (lit. a), von einem Waffenembargo erfasste Güter (lit. b), oder auf nationalen Militärlisten gelisteten Gütern (lit. c).<sup>15</sup> Das Vorliegen eines Embargos wird für die Anwendung des Art. 5 Dual-Use-VO nicht vorausgesetzt.<sup>16</sup>

## II. Besondere Funktion des Art. 5 VI Dual-Use-VO

Art. 5 VI Dual-Use-VO ist insofern besonders, als dass in den Catch-All-Tatbestand die Listentechnik des Art. 3 Dual-Use-VO integriert wird.<sup>17</sup> Es entsteht eine sog. „Watch-List“, indem ein Mitgliedstaat für die Ausfuhr digitaler Überwachungstechnologie eine Genehmigungspflicht statuiert und dies nach Art. 5 IV Dual-Use-VO den relevanten nationalen Behörden sowie den Mitgliedstaaten mitteilt. Diese prüfen die Informationen innerhalb von 30 Tagen, Art. 5 V Dual-Use-VO. Kommen nun alle 27 Mitgliedstaaten zum Ergebnis, dass sie für „im Wesentlichen identische Vorgänge“ eine Genehmigungspflicht vorschreiben würden, teilen sie dies der Kommission mit, Art. 5 VI Dual-Use-VO. Ein im Wesentlichen identischer Vorgang ist gem. Art. 2 Nr. 22 Dual-Use-VO ein „Vorgang, der Güter mit im Wesentlichen denselben Parametern oder technischen Eigenschaften wie ein anderer Vorgang betrifft und an dem dieselben Endverwender oder Empfänger wie an diesem anderen Vorgang beteiligt sind“. Die Kommission veröffentlicht gem. Art. 5 VI Dual-Use-VO die Informationen über das Gut und ggf. auch den Empfänger und das Empfangsland im Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C. Die Aufnahme in die Liste allein begründet de lege lata aber keine Genehmigungspflicht, sondern hat vielmehr eine Erhöhung des Sorgfaltsmaßstabs für den Ausfuhrer zur Folge.<sup>18</sup> Sie unterscheidet sich daher von der Listentechnik des Art. 3 I Dual-Use-VO durch ihr Abstellen auf die konkrete Verwendung und ermöglicht so eine feinere Ausdifferenzierung.

Die Watch-List stößt allerdings auch auf Kritik. So beurteilt *Haellmigk* eine Liste mit genehmigungspflichtigen Gütern sowie eine Liste mit Ländern, in die nur mit Genehmigung exportiert werden kann, als „effizienter und damit auch der Sache dienlicher.“<sup>19</sup> Ähnlich sieht dies *Hohmann*, der „die Begrenzung auf einen bestimmten Länderkreis“ fordert und dies u.a. mit höherer Transparenz begründet.<sup>20</sup> Dass solche Listen das Genehmigungsverfahren transparent und effizient gestalten würden, ist nicht zu leugnen. Schließlich müssten die Ausfuhrer im Wesentlichen nur diese Listen beachten. Jedoch greift die Kritik an der Watch-List nicht durch, denn zu einer untragbaren Intransparenz führt die jetzige Regelungstechnik gerade nicht. Vielmehr gibt sie den Ausfuhrern Anhaltspunkte für das mögliche Bestehen einer Genehmigungspflicht. Auch die Tatsache, dass die Watch-List mind. jährlich überprüft wird (Art. 5 VII Dual-Use-VO) und so auf aktuelle Entwicklungen eingehen kann, spricht für ihre Anwendung. Hierdurch können auch neu entstehende Technologien Berücksichtigung finden, was den Forderungen des Erwägungsgrundes 10 entspricht. Durch die flexible Regelungstechnik der Watch-List wird somit ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Ausfuhrer nach Transparenz und dem effektiven Schutz von Menschenrechten hergestellt.

Insbesondere passt die Watch-List aber aus systematischen Gründen besser. Nach Abs. 1 richtet sich die Genehmigungspflicht nach der Verwendung im Einzelfall. Die Watch-List liefert nur Anhaltspunkte für eine mögliche Pflicht, schreibt diese jedoch nicht vor, weil immer noch auf die konkrete Verwendung abgestellt wird. Eine abstrakte Liste von Gütern und Empfangsländern, bei denen die Ausfuhr stets genehmigungspflichtig ist, stünde hierzu im Widerspruch.

Eine solche Betrachtung des Einzelfalls ist zudem hinsichtlich des Grundsatzes der Außenwirtschaftsfreiheit aus § 1 AWG zu begrüßen. Dies hat jedoch eher symbolische Bedeutung. So liegt die ausschließliche Kompetenz für Handelspolitik bei der

<sup>13</sup> *Giesemann*, EuZW 2021, S. 365 (366).

<sup>14</sup> *Nestler*, NZWiSt 2022, S. 137 (141).

<sup>15</sup> Vgl. *Nestler*, NZWiSt 2022, S. 137 (141).

<sup>16</sup> *Lux* in: Dorsch, Zollrecht, 218. Ergänzungslieferung 2023, Art. 5 Dual-Use-VO Rn. 12.

<sup>17</sup> *Nestler*, NZWiSt 2022, S. 137 (144).

<sup>18</sup> *Bafa*, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 06.09.2023], S. 14.

<sup>19</sup> *Haellmigk*, CCZ 2021, S. 67 (71).

<sup>20</sup> *Hohmann*, Neufassung der Dual-Use VO, Zwischen Menschenrechts-Fokus und begrenzten Handelserleichterungen, AW-Prax 2021, S. 256 (257f.).

EU (vgl. Art. 207 AEUV),<sup>21</sup> sodass § 1 AWG unionsrechtlich überlagert wird.<sup>22</sup>

### III. Auswirkungen auf die Auslegung von Art. 5 I, II Dual-Use-VO

Auf Grundlage der vorhergehenden Überlegungen soll im Folgenden untersucht werden, wie sich die Watch-List auf die Auslegung des Art. 5 I, II Dual-Use-VO auswirkt.

#### 1. Art. 5 I Dual-Use-VO

Die Ausfuhr von Gütern für digitale Überwachung ist nach Art. 5 I Dual-Use-VO genehmigungspflichtig, wenn der Ausführer von der zuständigen Behörde, also dem BAFA, darüber unterrichtet wurde, dass die auszuführende Überwachungstechnologie für interne Repression und/oder schwerwiegende Verstöße gegen Menschenrechte oder humanitäres Völkerrecht bestimmt ist oder bestimmt sein könnte.

##### a) Unterrichtung

Die Unterrichtung über das Vorliegen der Genehmigungspflicht ist konstitutiv für ihr Entstehen.<sup>23</sup> Hierfür müsste das BAFA den Ausführer in einem individuellen Anschreiben<sup>24</sup> auf die Genehmigungspflicht hinweisen und zugleich eine Entscheidung über die Genehmigung fällen.<sup>25</sup> Wichtig ist hierbei, dass die Unterrichtung gewisse Mindestanforderungen erfüllt. So muss sie hinreichend konkret bzgl. der die Genehmigungspflicht begründenden Umstände (auszuführendes Gut, Empfänger, Endverwender, Empfangsland, etc.) sein.<sup>26</sup>

##### b) Watch-List als Unterrichtung i.S.d. Art. 5 I Dual-Use-VO

Die Aufführung auf der Watch-List könnte als Unterrichtung i.S.d. Art. 5 I Dual-Use-VO gelten. Den Abs. 1 so auszulegen, dass die Watch-List als Unterrichtung zu verstehen ist, hätte zur Folge, dass sich die Sorgfaltspflichten des Ausführers erheblich verschärfen würden. Schließlich müsste er so befürchten, gegen eine Genehmigungspflicht zu verstoßen, sollte er die Watch-

List nicht beachten. Im Hinblick auf mögliche Menschenrechtsverstöße sind solche engmaschigen Kontrollen sicher begrüßenswert. Mit dem Wortlaut des Art. 5 I Dual-Use-VO wäre es jedoch nur schwer vereinbar, die Aufführung auf der Watch-List als Unterrichtung zu sehen. So ist in Art. 5 I Dual-Use-VO von der Unterrichtung durch die zuständige Behörde die Rede, womit die mitgliedstaatliche Behörde, in Deutschland das BAFA, gemeint ist. Die Liste wird zwar von den einzelnen Mitgliedstaaten zusammengestellt; veröffentlicht wird sie jedoch von der Kommission, also einem Organ der EU. Die Watch-List statuiert zudem gerade keine Genehmigungspflicht, sondern hat lediglich Indizwirkung. Wäre die Watch-List als Unterrichtung i.S.d. Abs. 1 zu verstehen (oder würde sogar der Wortlaut der Norm dahingehend geändert werden), würde sie faktisch eine Pflicht bedeuten. Wesen des Art. 5 Dual-Use-VO als Catch-All-Vorschrift ist es jedoch gerade, die Genehmigungspflicht von der konkreten Verwendung im Einzelfall abhängig zu machen. Es liefe der inneren Systematik der Vorschrift zuwider, wenn sie eine Liste hervorbrächte, die eine verwendungsunabhängige Genehmigungspflicht statuiert. Wird ein Dual-Use-Gut als so gefährlich eingeschätzt, dass seine Ausfuhr stets unter Genehmigungspflicht stehen sollte, bleibt noch die Möglichkeit, es im Anhang I der Dual-Use-VO zu listen. Nach Art. 3 I Dual-Use-VO bestünde dann eine Genehmigungspflicht.

#### 2. Art. 5 II Dual-Use-VO

Hat der Ausführer im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht Kenntnis von der kritischen Endverwendung erlangt, muss er das BAFA informieren, Art. 5 II Dual-Use-VO. Die Meldung durch den Ausführer ist daher konstitutiv für das Entstehen einer Genehmigungspflicht nach Art. 5 II Dual-Use-VO. Durch diese Meldepflicht wird der Schutz durch die Dual-Use-VO komplettiert.

##### a) Kenntnis i.S.d. Art. 5 II Dual-Use-VO

Nach überwiegender Ansicht ist unter Kenntnis zu verstehen, dass der Ausführer positiv wissen muss, dass eine kritische Endverwendung vorliegt.<sup>27</sup> Ein bloßes Für-Möglich-Halten

<sup>21</sup> Hahn in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 207 AEUV, Rn. 1; Kudlich/Oğlakcioğlu, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage 2020, Rn. 603.

<sup>22</sup> Sachs in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR (Fn. 9), § 1 AWG Rn. 1.

<sup>23</sup> Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (144).

<sup>24</sup> Lewisch/Stangl in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR (Fn. 9), Art. 4 Dual-Use-VO Rn. 15f.

<sup>25</sup> BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 06.09.2023], S. 15.

<sup>26</sup> BGH, Urteil. v. 10.3.2016 – 3 StR 347/15, NStZ 2016, S. 733 (734) Rn. 14.

<sup>27</sup> OLG Köln, Urteil v. 20.2.2000, 7 U 84/99, NVwZ 2000, 594 (596); Schlegel/Cammerer in: Umnuß, Compliance-Checklisten, 5. Auflage 2022, § 6 Rn. 52; Lewisch/Stangl, in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR (Fn. 9), Art. 4 Dual-Use-VO, Rn. 34; Lux in: Dorsch, Zollrecht (Fn. 16), Art. 5 Dual-

(dolus eventualis) ist demnach nicht ausreichend.<sup>28</sup> Begründet wird dies u.a. mit höherer Rechtssicherheit.<sup>29</sup>

Bei der Auslegung des Abs. 2 stellt sich jedoch die Frage, ob für das Vorliegen der Kenntnis bereits dolus eventualis ausreichen könnte, um dem Regelungsziel des Menschenrechtsschutz stärkeres Gewicht zu verleihen. So wäre das Merkmal der Kenntnis bereits erfüllt, wenn der Ausführer die kritische Endverwendung für möglich hält. Anhaltspunkt hierfür kann dann die Watch-List sein. Ausführer müssten häufiger das BAFA informieren, um nicht gegen Art. 5 II Dual-Use-VO zu verstoßen. Dies würde dazu führen, dass das BAFA mehr Vorgänge auf ihre Genehmigungspflichtigkeit prüft, was dem Ziel einer wirksamen Ausfuhrkontrolle zugutekäme.

Eine ähnliche Diskussion gab es bereits im Zusammenhang mit Frühwarnschreiben der Bundesregierung.<sup>30</sup> Diese sollten Unternehmen davor bewahren, sich durch die Ausfuhr von Rüstungsgütern (unbeabsichtigt) an sensiblen Rüstungsvorhaben zu beteiligen.<sup>31</sup> Dabei wurde die Rechtsunverbindlichkeit vorab zwischen Bundesregierung und Wirtschaftsverbänden vereinbart.<sup>32</sup>

Das Vorgehen des BAFA, die Frühwarnschreiben z.T. als Kenntnis zu werten, stieß auf Kritik, da vorab ein „informeller Status“ vereinbart wurde.<sup>33</sup> Es handelt sich bei diesen nur um eine Warnung, die den Ausführer nicht (zumindest ohne Weiteres) in Kenntnis versetzt.<sup>34</sup> Vielmehr kann eine Platzierung in diesem Frühwarnschreiben zur Kenntnisgewinnung beitragen. Diese Wertung findet sich auch in der Vorbemerkung der Frühwarnhinweise wieder.<sup>35</sup>

Eine Parallele zur Watch-List kann insoweit gezogen werden, als dass auch diese die Ausführer davor warnen soll, bestimmte Technologien auszuführen oder bestimmte Länder zu beliefern. Als alleiniger Anhaltspunkt führt auch sie nicht zur Kenntnis. Sowohl die Frühwarnhinweise als auch die Watch-List dienen der Warnung des Ausführers und der Verschärfung seines Sorgfaltsmaßstabs. Der Umgang mit den Frühwarnhinweisen in der Vergangenheit stützt das Vorgehen nach der geltenden Rechtslage, der Watch List nur Indizwirkung zuzusprechen.

Das bloße Für-Möglich-Halten bereits als Kenntnis zu werten, ergibt sich so nicht aus dem Wortlaut, wäre wenig anwenderfreundlich und würde Normadressaten somit verunsichern. Möchte man nun die oben aufgeführten gewichtigen Gegenargumente berücksichtigen und dolus eventualis ausreichen lassen, müsste der Wortlaut des Abs. 2 angepasst werden. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die Watch-List bereits nach geltender Rechtslage im Rahmen der Sorgfaltspflicht des Ausführers Berücksichtigung findet (dazu sogleich). Die Änderung des Abs. 2 dahingehend, dass es ausreicht, wenn der Ausführer eine kritische Endverwendung für möglich hält, darf daher nicht überschätzt werden.

### b) Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs

Um den Sorgfaltsmaßstab des Ausführers zu konkretisieren, lässt sich auf die Erwägungsgründe und Vorschriften der Dual-Use-VO, die Merkblätter des BAFA und das Amtsblatt der EU zurückgreifen. Erwägungsgrund 7 schreibt dem Ausführer vor, ein internes Programm für rechtskonformes Verhalten (sog. „internal compliance programme“, ICP) einzuführen, um sicherzustellen, dass die Ausfuhr im Einklang mit der Dual-Use-VO geschieht. Gem. Art. 2 Nr. 21 Dual-Use-VO umfasst ein ICP „laufende wirksame, geeignete und verhältnismäßige Strategien und Verfahren [...], um die Einhaltung der Bestimmungen [...] dieser Verordnung und der Bedingungen der gemäß dieser Verordnung erteilten Genehmigungen zu fördern, unter anderem Maßnahmen im Rahmen der Sorgfaltspflicht [...]“.

Im Rahmen eines ICP sollen sog. „transaktionsbezogene Screening-Maßnahmen“ durchgeführt werden (Erwägungsgrund 7). Das BAFA beschreibt diese als „Prozess, mit dessen Hilfe [der Ausführer] das mit einer Ausfuhr verbundene Risiko von schwerwiegenden Menschenrechtsverstöße auf der Grundlage der ihm bereits vorliegenden sowie in zumutbarer Weise und ohne besondere Mühe zu gewinnenden Informationen ermittelt, bewertet und

Use-VO Rn. 18; BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 06.09.2023], S. 11.

<sup>28</sup> BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 06.09.2023], S. 11.

<sup>29</sup> Bieneck, Catch-All im Strafrecht, wistra 2008, S. 208 (211).

<sup>30</sup> Vgl. Bieneck, wistra 2008, S. 208 (208ff.); John, Die Frühwarnschreiben der Bundesregierung, AW-Prax 1998, S. 232 (232ff.); Pietsch, Das Frühwarnsystem, AW-Prax 1998, S. 345 (345ff.).

<sup>31</sup> BAFA, Zusammenarbeit zwischen Verwaltung und Wirtschaft – Sensibilisierung in der Exportkontrolle („Awareness Rising“), AW-Prax 2004, S. 387 (388); Pietsch, AW-Prax 1998, S. 345 (345).

<sup>32</sup> John, AW-Prax 1998, S. 232 (232); Pietsch, AW-Prax 1998, S. 345 (345).

<sup>33</sup> Bieneck, wistra 2008, S. 208 (211); John, AW-Prax 1998, S. 232 (233).

<sup>34</sup> John, AW-Prax 1998, S. 232 (233).

<sup>35</sup> Bieneck, wistra 2008, S. 208 (211).

abmindert oder gänzlich vermeidet.<sup>36</sup> Dieses Screening soll dreistufig vorgenommen werden, indem erst das auszuführende Gut, das Empfängerland und dann der Endverwender geprüft wird.<sup>37</sup> Das Verfahren ermöglicht dem Ausfühler festzustellen, ob er sich an das BAFA wenden muss. Zudem birgt es den Vorteil, in einem möglichst frühen Stadium festzustellen, ob das betreffende Gut genehmigungspflichtig sein könnte.<sup>38</sup>

Diese Vorgehensweise eignet sich, weil so berücksichtigt wird, dass in Abs. 1 auf die Verwendung im Einzelfall abgestellt wird. Im Rahmen des Screenings sollten Warnhinweise (sog. „Red Flags“) beachtet werden.<sup>39</sup> Bei diesen handelt es sich um „ungewöhnliche Umstände, die einen Anhaltspunkt dafür liefern können, dass die Güter einer vom Ausfühler nicht bezweckten sensitive Verwendung zugeführt werden sollen“.<sup>40</sup> Wird ein auszuführendes Gut oder ein Empfangsland auf der Watch-List aufgeführt, stellt dies eine „Red Flag“ dar.<sup>41</sup>

#### IV. Auswirkungen auf Strafvorschriften

Die Kommission schreibt den Mitgliedstaaten vor, Sanktionen festzulegen, um die ordnungsgemäße Durchführung der Dual-Use-VO zu gewährleisten, Art. 25 I Dual-Use-VO. Art. 25 I 3 Dual-Use-VO konkretisiert dies weiter und fordert, dass die Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen. Art. 25 I Dual-Use-VO trägt so zum Ziel der Harmonisierung bei, um in den Mitgliedstaaten gleichwertige Sanktionsmaßnahmen zu erreichen.<sup>42</sup>

Art. 25 I Dual-Use-VO verpflichtet zwar nicht ausdrücklich zum Erlass von Straf- oder Bußgeldvorschriften, auch wenn zuweilen die Auffassung vertreten wird, dass mit Sanktionen nur jene gemeint sein können.<sup>43</sup> Art. 25 I 3 Dual-Use-VO fordert nur, dass die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und

abschreckend sein müssen, nicht aber unbedingt Straf- oder Bußgeldvorschriften.<sup>44</sup> Damit kämen auch privatrechtliche Sanktionen in Betracht. Nach Rechtsprechung des *EuGH* ist für die wirksame Durchsetzung des Unionsrechts allerdings notwendig, dass die Sanktionen sich daran orientieren, wie vergleichbare Verstöße nach nationalem Recht verfolgt werden.<sup>45</sup> Das deutsche Recht ahndet Verstöße gegen die Dual-Use-VO (z.B. gegen Art. 3 oder Art. 4) mit den Strafvorschriften in §§ 17 ff. AWG.<sup>46</sup> Bei Fahrlässigkeit werden solche als Ordnungswidrigkeit verfolgt, § 19 I AWG. Dem *EuGH* ist hier in seinem Verlangen nach gleichwertigen Sanktionen zuzustimmen. Die Verfolgung von (vorsätzlichen) Verstößen gegen Art. 5 Dual-Use-VO als Straftat ist in Anbetracht des Schutzzwecks angemessen. Schließlich handelt es sich bei der Ausfuhr von Dual-Use-Technologien um einen Vorgang, der sich nur schwer rückgängig machen lässt.

In diesem Zusammenhang tritt das Spannungsfeld zwischen der ausschließlichen Kompetenz der EU für Handelspolitik und der Strafrechtssetzungskompetenz der Mitgliedstaaten offen zutage.<sup>47</sup>

Zwar hat die EU im Bereich von Betrugereien und sonstige gegen die finanziellen Interessen der EU gerichtete rechtswidrige Handlungen die Kompetenz, Maßnahmen zu ergreifen, Art. 325 IV AEUV.<sup>48</sup> Dies ist jedoch Ausfluss des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 I, II EUV) und des Subsidiaritätsgrundsatzes (Art. 5 III EUV).<sup>49</sup>

Die EU kann zudem über Richtlinien ein einzuhaltendes strafrechtliches Mindestschutzniveau festlegen, Art. 83 I AEUV. Diese Anweisungskompetenz ist jedoch zum einen auf bestimmte Bereiche schwerer, grenzüberschreitender Kriminalität beschränkt, Art. 83 I, II AEUV. Zum anderen

<sup>36</sup> BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 06.09.2023], S. 11.

<sup>37</sup> BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 06.09.2023], S. 12.

<sup>38</sup> BAFA, Merkblatt zum ICP, [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_icp.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_icp.html) [Stand: 08.09.2023], S. 22.

<sup>39</sup> BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 06.09.2023], S. 12.

<sup>40</sup> BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 06.09.2023], S. 12.

<sup>41</sup> BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 06.09.2023], S. 12f.

<sup>42</sup> Lux in: Dorsch, Zollrecht (Fn. 16), Art. 25 Dual-Use-VO Rn. 2.

<sup>43</sup> Lux in: Dorsch, Zollrecht (Fn. 16), Art. 25 Dual-Use-VO Rn. 3.

<sup>44</sup> Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (145); Lewisch/Stangl in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR (Fn. 9), Art. 24 Dual-Use-VO a.F. Rn. 7; Karpenstein/Kottmann in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Recht (Fn. 8), Art. 24 Dual-Use-VO a.F. Rn. 6.

<sup>45</sup> EuGH, Urteil v. 10.7.1990 – C 326/88, Hansen, Slg. 1990, I-2911 Rn. 17.

<sup>46</sup> Karpenstein/Kottmann in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Recht (Fn. 8), Art. 24 Dual-Use-VO a.F. Rn. 7.

<sup>47</sup> Vgl. Graf von Bernstorff, Compliance im Auslandsgeschäft, Teil 2 – Überblick über Compliance Grundfragen, Schwerpunkt: Internationales Unternehmensgeschäft, AW-Prax 2018, S. 507 (509).

<sup>48</sup> Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Auflage 2022, § 8 Rn. 22; Tiedemann: Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage 2017, Rn. 113.

<sup>49</sup> Satzger in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 325 AEUV Rn. 31; Krey/Esser: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage 2022, § 4 Rn. 121f.

handelt es sich bei Art. 83 I AEUV um die Rechtsgrundlage für den Erlass von Richtlinien.<sup>50</sup> Diese sind grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar, sodass es ohnehin eines nationalen Umsetzungsgesetzes bedürfte, Art. 288 III AEUV.

Eine umfassende Strafrechtssetzungskompetenz der EU ergibt sich nicht und wäre aus Gründen fehlender demokratischer Legitimation nur schwer vertretbar.<sup>51</sup>

Es liegt daher am deutschen Gesetzgeber, Vorschriften zur Verfolgung von Verstößen gegen die Dual-Use-VO zu erlassen. Im Folgenden soll daher herausgestellt werden, inwieweit er diesem Auftrag nachgekommen ist und wie dies im Zusammenhang mit der Wirkung der Watch-List steht.

### 1. § 18 V AWG

Zunächst kommt § 18 V AWG in Frage, womit vorsätzliche Verstöße gegen die Dual-Use-VO bestraft werden. Die einzelnen Vorschriften der Dual-Use-VO, deren Verstoß unter Strafe steht, werden hier aufgeführt. Ein Verweis auf Art. 5 Dual-Use-VO fehlt jedoch.

#### a) Auslegung des § 18 V AWG

Um Verstöße verfolgen zu können, könnte eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 18 V AWG in Betracht kommen.<sup>52</sup> Der nationale Normtext müsste mit der unionsrechtlichen Vorschrift in Einklang gebracht werden, um ihren Bestimmungen zur Wirksamkeit zu verhelfen.<sup>53</sup> § 18 V AWG würde dann Art. 5 Dual-Use-VO erfassen. Dafür spricht auch Art. 25 I Dual-Use-VO, der den Mitgliedstaaten aufträgt, Sanktionsvorschriften zu erlassen, s.o.

Legt man § 18 V AWG teleologisch aus, spricht einiges dafür, Art. 5 Dual-Use-VO zu erfassen. Die teleologische Auslegung erfasst Sinn und Zweck einer Norm, wobei auch das geschützte Rechtsgut Berücksichtigung findet.<sup>54</sup> Es liegt im Interesse des nationalen Gesetzgebers, den genehmigungslosen Export von

Gütern für Überwachungstechnologie zu sanktionieren, insbesondere mit Blick auf die Menschenrechte als geschütztes Rechtsgut. Bei der Auslegung strafrechtlicher Vorschriften ist jedoch das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 II GG zu beachten.<sup>55</sup> Der Inhalt der Norm muss hinreichend bestimmt sein, sodass der Adressat ihr entnehmen kann, welche Handlung unter Strafe steht.<sup>56</sup> Dass auch ein Verstoß gegen Art. 5 Dual-Use-VO von § 18 V AWG erfasst wird, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut und würde gegen Art. 103 II GG verstoßen.

Zwar erlaubt § 30 II AWG Anpassungen des Gesetzes durch Rechtsverordnung. Hiervon sind aber nur Verweisanpassungen und keine inhaltlichen Änderungen umfasst.<sup>57</sup> Letztere können nur durch ein formelles Gesetz vorgenommen werden, für das ein Gesetzgebungsverfahren nach Art. 76 ff. GG durchgeführt werden muss.<sup>58</sup> Dies ist bislang (März 2023) nicht geschehen. Vielmehr wurde im Mai 2022 sogar das Sanktionsdurchsetzungsgesetz I verabschiedet, welches Änderungen für § 18 AWG vorsah, den Abs. 5 jedoch unangetastet ließ.<sup>59</sup> Dieses Änderungsgesetz wurde zwar im Zusammenhang mit dem Ukrainekrieg verabschiedet, um national möglichst schnell auf EU-Sanktionslisten reagieren zu können und so zur Beendigung des Krieges beizutragen.<sup>60</sup> Aufgrund der Nähe dieses Ziels zum Schutzgut des Art. 5 Dual-Use-VO (dem Schutz von Menschenrechten und des humanitären Völkerrechts) drängt sich aber die Frage auf, warum § 18 V AWG durch dieses Änderungsgesetz nicht auch um den Verweis auf Art. 5 Dual-Use-VO ergänzt wurde.

Hierdurch mag der Eindruck entstehen, dass die Gefahren von Dual-Use-Technologie durch den deutschen Gesetzgeber unterschätzt werden. Dies wäre jedoch zu kurz gegriffen. So ist Deutschland Gründungsmitglied des Wassenaar Arrangements<sup>61</sup> von 1996. Hierbei handelt es sich um ein multilaterales Exportkontrollregime, welches als solches zwar nicht rechtsverbindlich ist,<sup>62</sup> jedoch Rahmenbedingungen für die Ausfuhr von konventionellen Rüstungsgütern und Dual-

<sup>50</sup> Satzger in: Streinz, EUV/AEUV (Fn. 49), Art. 83 AEUV Rn. 6.

<sup>51</sup> BVerfG, Urteil. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., NJW 2009, S. 2267 (2288).

<sup>52</sup> Vgl. Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (144f.).

<sup>53</sup> Wegener in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Fn. 21), Art. 19 EUV Rn. 53; Möllers, Methodenlehre, § 12 Rn. 16.

<sup>54</sup> Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage 2008, S. 620f.; Zippelius: Juristische Methodenlehre, 12. Auflage 2021, S. 41.

<sup>55</sup> BVerfG, Beschluss v. 14.5.1969 – 2 BvR 238/68, NJW 1969, S. 1759 (1759); Möllers (Fn. 53), § 4 Rn. 80ff.; Nestler, Die Auslegung von Straftatbeständen: Auslegung und Methodik der Auslegung, Jura 2018, S. 568 (569).

<sup>56</sup> BVerfG, Beschluss v. 14.5.1969 – 2 BvR 238/68, NJW 1969, S. 1759 (1759); Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 100. Ergänzungslieferung 2023, Art. 103 II Rn. 77; Möllers (Fn. 53), § 4 Rn. 76ff.; Nestler, Jura 2018, S. 568 (568).

<sup>57</sup> BR-Drs. 168/21 S. 7; Sattler/Wackernagel, Die 1. Verordnung zur Änderung des WG und der AWV, AW-Prax 2021, S. 600 (600).

<sup>58</sup> Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer, Staatsrecht I, 34. Auflage 2022, § 7 Rn. 25.

<sup>59</sup> BT-Drs. 20/1740 S. 9.

<sup>60</sup> BT-Drs. 20/1740 S. 1f.; Pressemitteilung des Bundesministeriums der Finanzen v. 10.05.2022 zum Sanktionsdurchsetzungsgesetz I, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2022/05/2022-05-10-sanktionsdurchsetzungsgesetz.html> [Stand: 08.09.2023].

<sup>61</sup> The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies.

<sup>62</sup> Kuner in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Handbuch Multimedia-Recht, 58. Ergänzungslieferung 2022, Teil 17 Rn. 17.

Use-Gütern (einschließlich Technologien) liefert.<sup>63</sup> Erfasst wird vom Wassenaar Arrangement u.a. Überwachungssoftware (sog. „intrusion software“),<sup>64</sup> die auch im Zusammenhang mit Art. 5 Dual-Use-VO eine Rolle spielt. Dass sich der deutsche Gesetzgeber der von solchen Gütern ausgehenden Gefahren bewusst ist, ist somit anzunehmen. Der fehlende Verweis könnte aber darauf zurückzuführen zu sein, dass die Dual-Use-VO relativ neu ist<sup>65</sup> und andere Gesetzesvorhaben im Vordergrund standen.

### b) Auswirkung auf die Watch-List

Der fehlende Verweis in § 18 V AWG könnte die Wirkung der Watch-List schwächen.

Diese dient der Transparenz der Ausfuhrkontrolle und der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen. Erwägungsgrund 21 nennt gemeinsame Listen sogar „wesentliche Bestandteile einer wirksamen Ausfuhrkontrollregelung“. Zwar entsteht durch das bloße Aufführen in der Liste keine Genehmigungspflicht; es sorgt aber dafür, dass der Sorgfaltsmaßstab angehoben wird,<sup>66</sup> was (in Bezug auf Vorsatztaten) insbesondere für Art. 5 II Dual-Use-VO relevant ist.

Beachtet ein Ausführer die Watch-List nun nicht, kommt er seinen erhöhten Sorgfaltspflichten nicht nach, was unter Umständen dazu führen könnte, dass er von der kritischen Endverwendung des ausgeführten Guts keine Kenntnis hat. Zwar wird fahrlässige Unkenntnis nicht mit Kenntnis gleichgesetzt.<sup>67</sup> Sie wird allerdings angenommen, wenn der Ausführer die Erkenntnisquellen kennt oder offensichtliche Anhaltspunkte für die kritische Endverwendung ignoriert.<sup>68</sup> Gleiches gilt, wenn der Ausführer es gänzlich unterlässt, seinen Sorgfaltspflichten nachzugehen, um sich im Falle eines Verstoßes auf Unkenntnis berufen zu können.<sup>69</sup> Unterrichtet er das BAFA daraufhin nicht, würde ein Verstoß gegen Art. 5 II Dual-Use-VO vorliegen. Dieser könnte durch § 18 V AWG

sanktioniert werden, würde der Verweis auf Art. 5 Dual-Use-VO aufgenommen werden. Die Nichtbeachtung der Watch-List würde somit mittelbar sanktioniert werden können. Allerdings bedeutet eine Nichtbeachtung der Liste nicht zwangsläufig, dass auch ein Verstoß gegen Art. 5 II Dual-Use-VO vorliegt. Schließlich könnte der Ausführer auch auf eine andere Erkenntnisquelle zurückgegriffen haben und aufgrund dieser bzgl. desselben Vorgangs das BAFA informiert haben.

Indem der deutsche Gesetzgeber momentan noch auf einen Verweis verzichtet, gefährdet er also das Ziel einer EU-weiten wirksamen Ausfuhrkontrolle von Dual-Use-Gütern für digitale Überwachung.

### c) Reformvorschläge

Um dies zu verhindern, könnte § 18 V AWG de lege ferenda um den Verweis auf Art. 5 Dual-Use-VO ergänzt werden. Vorteilhaft daran wäre, dass § 18 V AWG bereits auf die Dual-Use-VO verweist und die einzelnen Normen aufzählt, deren Verstoß bestraft wird. Art. 5 Dual-Use-VO als Ausfüllungsnorm zu ergänzen, wäre systematisch stimmig.

Nach derzeitiger Rechtslage ist § 18 V AWG als Blankettvorschrift ausgestaltet, die auf die Dual-Use-VO in ihrer jeweils geltenden Fassung verweist. Es handelt sich somit um eine dynamische Verweisung.<sup>70</sup>

Diese haben im Gegensatz zu statischen Verweisungen den Vorteil, dass durch den Verweis auf die jeweils geltende Fassung nicht sofort Strafbarkeitslücken entstehen, sobald die Ausfüllungsnorm geändert wird.<sup>71</sup>

Allerdings kommt dynamischen Verweisungen auch Kritik zu. Zwar werden sie vom *BVerfG* nicht grundsätzlich ausgeschlossen,<sup>72</sup> unterliegen jedoch verfassungsrechtlichen Bedenken, da sie auch zukünftige Regelungen erfassen und

<sup>63</sup> Wassenaar Arrangement Secretariat, Founding Documents Wassenaar Arrangement, <https://www.wassenaar.org/app/uploads/2021/12/Public-Docs-Vol-I-Founding-Documents.pdf> [Stand 08.09.2023] S. 4.

<sup>64</sup> Wassenaar Arrangement Secretariat, List of Dual-Use-Goods Wassenaar Arrangement, <https://www.wassenaar.org/app/uploads/2021/12/Public-Docs-Vol-II-2021-List-of-DU-Goods-and-Technologies-and-Munitions-List-Dec-2021.pdf> [Stand: 08.09.2023] S. 80.

<sup>65</sup> Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (144).

<sup>66</sup> Hohmann, Umsetzung der neuen Dual-Use-VO: Was ändert sich?, AW-Prax 2021, S. 602 (603); BAFA, Merkblatt zur Dual-Use-VO, [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo.html) [Stand: 08.09.2023], S. 11.

<sup>67</sup> BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 08.09.2023] S. 11.

<sup>68</sup> BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 08.09.2023], S. 11.

<sup>69</sup> BAFA, Merkblatt zum Art. 5 der neuen EU-Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821), [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_eu-dual-use-vo\\_artikel-5.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_eu-dual-use-vo_artikel-5.html) [Stand: 08.09.2023], S. 11.

<sup>70</sup> Vgl. Kudlich/Oğlakcioglu (Fn. 21) Rn. 47.

<sup>71</sup> Petzsche, Die Verweisung auf EU-Rechtsakte im Umweltstrafrecht des StGB, NZWiSt 2015, S. 210 (213).

<sup>72</sup> BVerfG, Beschluss v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15, Rn. 40.



daher in Konflikt mit Art. 103 II GG stehen können.<sup>73</sup> So muss der Normanwender erkennen können, welche Handlung unter Strafe steht, was bei fortwährenden Änderungen der Ausfüllungsnorm problematisch werden könnte. Zudem ist fraglich, ob der Gesetzgeber sich auch zukünftige, inhaltliche Änderungen zu eigen machen möchte, was einen Verstoß gegen Art. 20 III GG bedeuten kann.<sup>74</sup>

Möglich wäre aber auch, dass der deutsche Gesetzgeber von seiner jetzigen Regelungstechnik künftig abweicht. So wird in § 79 des österreichischen Außenwirtschaftsgesetzes (AußWG) die Ausfuhr entgegen unmittelbar geltender EU-Rechtsakte unter Strafe gestellt und dabei auf § 1 I Z 24 lit. a, lit. b AußWG verwiesen. Hier werden die in Frage kommenden EU-Rechtsakte nicht konkret genannt, sondern nur inhaltlich eingegrenzt. § 1 I Z 24 lit. a AußWG erfasst EU-Rechtsakte, die „zur Kontrolle des Handels [...], mit Gütern [...], die neben möglichen zivilen Verwendungen auch zu militärischen Zwecken, zum Zweck der Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder sonstiger unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet oder erbracht werden können [...]“, bestimmt sind. Dies entspricht dem Regelungsziel der Dual-Use-VO, sodass auch diese hiervon erfasst wäre.

Nicht unerwähnt bleiben darf jedoch, dass die Dual-Use-VO erst im September 2021 in Kraft trat, § 79 AußWG aber zuletzt im Juli 2020 geändert wurde.<sup>75</sup> § 79 AußWG darf somit nicht als Antwort auf die Dual-Use-VO missverstanden werden.

Diese Regelungstechnik des österreichischen Gesetzgebers könnte nun auch eine Möglichkeit sein, den § 18 V AWG umzugestalten. Schließlich würde die vorliegende Situation gerade vermieden werden, da sämtliche Vorschriften der Dual-Use-VO erfasst würden.

Allerdings könnte die bloß inhaltliche Eingrenzung der in Betracht kommenden Ausfüllungsnormen trotz ihres praktischen Wertes mit Art. 103 II GG kollidieren. Die Anwendung dynamischer Verweisungen ist bereits verfassungsrechtlich bedenklich und nur unter engen Voraussetzungen möglich (s.o.). Wenn bereits dynamische Verweisungen (die ja sogar auf eine konkrete Vorschrift verweisen) aufgrund der genannten Punkte problematisch sind, so treffen diese Bedenken insbesondere auf bloß inhaltliche Eingrenzungen der Ausfüllungsnormen zu.

Auch wenn die im AußWG angewandte Technik sicherlich dazu führen würde, dass der Schutz von Menschenrechten gefördert wird, wiegen die Bedenken dagegen schwer. Schließlich handelt es sich bei § 18 V AWG um eine Strafvorschrift, sodass besondere verfassungsrechtliche Anforderungen bestehen.

Aus diesem Grund ist es vorzuziehen, den § 18 V AWG nicht umzugestalten und weiterhin die einzelnen Rechtsakte aufzuführen, deren Verstoß unter Strafe steht.

Dennoch bleiben auch hier die oben aufgeführten verfassungsrechtlichen Bedenken. Diese könnten aber dahingehend abgemildert werden, dass für solche Blankettvorschriften regelmäßige Überprüfungen vom BAFA durchgeführt werden. So würde sichergestellt werden, dass eine Strafbarkeitslücke wie in § 18 V AWG gar nicht erst entstehen könnte oder zumindest geschlossen würde. Als Folge müsste sich der deutsche Gesetzgeber regelmäßig mit den Blankettvorschriften befassen. Dadurch kann er zudem überprüfen, ob sich die Ausfüllungsnorm verändert hat und ob sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere an die inhaltliche Bestimmtheit (Art. 103 II GG), noch standhält.

Bezogen auf die Wirkung der Watch-List würde eine Ergänzung des Art. 5 Dual-Use-VO in § 18 V AWG bedeuten, dass sie von Ausfuhrverantwortlichen stärker in den Fokus genommen werden müsste, um seine Sorgfaltspflichten nicht zu verletzen, was einen Verstoß gegen Art. 5 II Dual-Use-VO zur Folge haben könnte, s.o.

Art. 5 Dual-Use-VO nicht als Ausfüllungsnorm zu ergänzen, ginge auf Kosten des (zumindest abstrakten) Schutzes von Menschenrechten und des humanitären Völkerrechts. Schließlich orientiert sich die Watch-List an Indikatoren, die auf Verstöße gegen Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht hindeuten.

## 2. § 372 AO

Verstöße gegen Art. 5 Dual-Use-VO könnten unter den Tatbestand des Bannbruchs gem. § 372 I AO gefasst werden.<sup>76</sup> Hierfür müsste der Ausführer gegen ein Ausführverbot verstoßen haben. Bei § 372 AO handelt es sich um eine Blankettvorschrift, sodass sich das Vorliegen eines Verbots aus einer anderen Vorschrift (hier Art. 5 Dual-Use-VO) ergeben

<sup>73</sup> Kudlich/Oğlakcioğlu (Fn. 21), Rn. 49; Tiedemann (Fn. 48), Rn. 240.

<sup>74</sup> BVerfG, Beschluss v. 1.3.1978 – 1 BvR 786, 793/70, 168/71, 95/73, NJW 1978, S. 1475 (1477); Beschluss v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15, NJW 2016, S. 3648 (3650); Kudlich/Oğlakcioğlu (Fn. 48), Rn. 49.

<sup>75</sup> BGBl. I Nr. 87/2020.

<sup>76</sup> Vgl. Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (145f.).

muss.<sup>77</sup> Bloße Beschränkungen sollen nicht ausreichend sein, ein Erlaubnisvorbehalt hingegen schon.<sup>78</sup>

Der Wortlaut des Art. 5 Dual-Use-VO hilft bei der Frage, ob er ein Ausfuhrverbot darstellt, nicht weiter, da in ihm nicht von einem Verbot die Rede ist.<sup>79</sup> Dennoch lässt sich ihm entnehmen, dass die genehmigungslose Ausfuhr von Überwachungstechnologie nicht möglich ist, wenn sie für eine der in Art. 5 I Dual-Use-VO beschriebenen Zwecke bestimmt ist oder sein könnte.<sup>80</sup> Die Ausfuhr darf dann nur mit Genehmigung durchgeführt werden und steht somit unter Erlaubnisvorbehalt, weshalb Art. 5 Dual-Use-VO als Verbotsvorschrift i.S.d. § 372 AO anzusehen ist.

Weiter ist problematisch, dass als Tatobjekte nur „körperliche, bewegliche Gegenstände“ in Betracht kommen.<sup>81</sup> Dies bedeutet, dass die genehmigungslose Ausfuhr unverkörperter Technologie (was meist der Fall sein dürfte), nicht von § 372 AO erfasst würde.<sup>82</sup> Viele Verstöße könnten nach geltender Rechtslage nicht verfolgt werden.

Zudem steht nur die vorsätzliche Begehung unter Strafe, wobei dolus eventualis ausreicht.<sup>83</sup> Es genügt, dass der Ausführer das Vorliegen eines Verbots (also einer Genehmigungspflicht) für möglich hält.<sup>84</sup> In diesem Zusammenhang gewinnt die auf Art. 5 VI Dual-Use-VO gestützte Watch-List an Bedeutung. Diese kann den Ausführer auf eine Genehmigungspflicht hinweisen und (ggf. mit anderen Anhaltspunkten) dafür sorgen, dass er das Bestehen einer solchen zumindest für möglich hält.

Aufgrund des lückenhaften Schutzes eignet sich § 372 AO de lege lata höchstens als Auffangtatbestand.<sup>85</sup> Zwar könnte der Tatbestand de lege ferenda derart erweitert werden, dass er sich auch auf unverkörperte Gegenstände erstreckt. Als Tatobjekt wäre dann auch Software erfasst. Sollte jedoch ein Verstoß gegen Art. 5 Dual-Use-VO zukünftig durch eine andere

Vorschrift bestraft werden können, tritt § 372 AO aufgrund der Subsidiaritätsklausel in Abs. 2 ohnehin zurück. Dies gilt sogar für Ordnungswidrigkeiten; § 21 OWiG findet also keine Anwendung.<sup>86</sup> Einer Erweiterung des § 372 AO de lege ferenda bedarf es in diesem Fall nicht.

## V. Auswirkungen auf Bußgeldvorschriften

Nach hier vertretener Meinung meint Art. 25 I Dual-Use-VO zwar den Erlass von Strafvorschriften. Dennoch ist fraglich, ob der deutsche Gesetzgeber wenigstens eine Ahndung von Verstößen gegen Art. 5 Dual-Use-VO durch Bußgeldvorschriften zulässt. Bedeutung erlangt dabei die Frage, welche Auswirkungen die Watch-List hierauf hat bzw. selbst davon beeinflusst wird.

### 1. § 19 I AWG

§ 19 I Nr. 1 AWG sanktioniert die fahrlässige Begehung von § 18 V AWG. Da § 18 V AWG de lege lata keinen Verweis auf Art. 5 Dual-Use-VO enthält, ist daher die Sanktionierung eines fahrlässigen Verstoßes nach § 19 I Nr. 1 AWG nicht möglich.

### 2. § 19 IV AWG i.V.m. § 82 XIII AWW

Als weitere Bußgeldvorschrift kommt § 19 IV AWG i.V.m. § 82 XIII AWW in Betracht.<sup>87</sup> § 19 IV AWG bildet einen Auffangtatbestand, um Verstöße zu erfassen, die nicht bereits durch andere Vorschriften mit Strafe oder Bußgeld bedroht sind.<sup>88</sup> Hierdurch soll eine wirksame Durchsetzung der EU-Rechtsakte gewährleistet werden.<sup>89</sup> Dies ergibt sich aus dem „effet utile“- Grundsatz,<sup>90</sup> der fordert, dass der Mitgliedstaat das Unionsrecht so anwendet, dass die Wirksamkeit des Rechtsakts während der gesamten Dauer der Gültigkeit sichergestellt ist.<sup>91</sup>

<sup>77</sup> Hauer in: BeckOK-AO, 25. Edition 2023, § 372 Rn. 1; Jäger in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, 9. Auflage 2023, § 372 AO Rn. 16.

<sup>78</sup> Hadamitzky/Senge in: Erbs/Kohlhaas, Nebengesetze, 247. Ergänzungslieferung 2023, Bd. 1, § 372 AO Rn. 10; Pelz in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage 2022, § 372 AO Rn. 4; Jäger in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht (Fn. 77), § 372 Rn. 40.

<sup>79</sup> Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (146).

<sup>80</sup> Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (146).

<sup>81</sup> BGH, Beschluss v. 7.9.1956 – 1 BJs 182/55, StB 28/56, NJW 1956, S. 1805 (1806); Hauer in: BeckOK-AO (Fn. 77), § 372 Rn. 30; Jäger in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht (Fn. 77), § 372 AO Rn. 15.

<sup>82</sup> Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (146).

<sup>83</sup> Hauer in: BeckOK-AO (Fn. 77), § 372 Rn. 59; Jäger in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht (Fn. 77), § 372 AO Rn. 70; Pelz in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 78), § 372 AO Rn. 16.

<sup>84</sup> Jäger in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht (Fn. 77), § 372 AO Rn. 70.

<sup>85</sup> Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (145f.).

<sup>86</sup> Ebner in: MüKo-StGB, 4. Auflage 2023, § 372 AO Rn. 96; Jäger in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht (Fn. 77), § 372 AO Rn. 84.

<sup>87</sup> Vgl. Nestler, NZWiSt 2022, S. 137 (145).

<sup>88</sup> Nestler in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, 2017, Wirtschaftsstrafrecht, § 19 AWG Rn. 11.

<sup>89</sup> Ahlbrecht in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 78), § 19 AWG Rn. 26; Stein/von Rummel in: Dorsch, Zollrecht (Fn. 16), § 19 AWG Rn. 39.

<sup>90</sup> Ahlbrecht in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 78), § 19 AWG Rn. 26; Stein/von Rummel in: Dorsch, Zollrecht (Fn. 16), § 19 AWG Rn. 39.

<sup>91</sup> EuGH, Urteil v. 9.3.1978 – C 106/77, Simmenthal, Slg. 1978, I-629 Rn. 14/16; Urteil v. 19.6.1990 – C 13/89, Factortame, Slg. 1990, I-2433 Rn. 19; Urteil v. 19.11.1991 – C 6/90 und 9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357 Rn. 32.

Bei § 19 IV AWG handelt es sich um eine Blankettnorm, die den Verstoß unmittelbar geltender EU-Rechtsakte sanktioniert.<sup>92</sup> Ausgefüllt wird sie durch § 82 AWV, wo die einzelnen EU-Rechtsakte aufgeführt sind.<sup>93</sup> Nach § 19 IV AWG muss der EU-Rechtsakt den Außenwirtschaftsverkehr beschränken und inhaltlich einer auf § 4 I AWG gestützten Regelung entsprechen.<sup>94</sup> Zwar handelt es sich beim Schutz von Menschenrechten, der in der Dual-Use-VO zentral ist, um ein Individualrechtsgut, während § 4 I AWG Universalrechtsgüter erfasst.<sup>95</sup> Anerkannt ist jedoch, dass der Schutz von Menschenrechten unter den Schutz der auswärtigen Beziehungen gem. § 4 I Nr. 3 AWG fällt.<sup>96</sup> Begründet wird dies damit, dass fehlender Menschenrechtsschutz durch die Bundesrepublik Deutschland die auswärtigen Beziehungen belasten und Bündnissysteme gefährden würde.<sup>97</sup> Dies gilt insbesondere, weil Deutschland sich in zahlreichen Abkommen zur Einhaltung der Menschenrechte verpflichtet hat.<sup>98</sup>

#### a) Fehlender Verweis auf Art. 5 I Dual-Use-VO

Das Problem liegt jedoch an anderer Stelle. Die Ausfüllungsnorm des § 82 XIII AWV, die Verstöße gegen die Dual-Use-VO erfasst, verweist nicht auf Art. 5 Dual-Use-VO, weshalb auch eine Sanktionierung nach § 19 IV AWG i.V.m. § 82 XIII AWV de lege lata nicht in Betracht kommt. Dies steht in Konflikt mit der Auffangfunktion, die § 19 IV AWG innehat.

Selbst wenn man die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit – anders als hier vertreten – ausreichen ließe, würde den oben genannten Anforderungen des Art. 25 I Dual-Use-VO nicht ausreichend Rechnung getragen werden. Die wirksame Durchsetzung der Dual-Use-VO wird nicht gewährleistet. Dies stellt einen Verstoß gegen den „effet utile“- Grundsatz dar. Dieser Verstoß könnte zur Folge haben, dass die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV

einleitet. Hierfür müsste Deutschland als EU-Mitgliedstaat gegen Pflichten aus dem europäischen Primär- oder Sekundärrecht verstoßen haben.<sup>99</sup>

#### b) Reformvorschläge

Um die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV zu vermeiden, müsste der deutsche Gesetzgeber den fehlenden Verweis auf Art. 5 Dual-Use-VO in § 18 V AWG ergänzen, s.o. Wäre dies der Fall, wären fahrlässige Verstöße automatisch durch § 19 I Nr. 1 AWG erfasst. Fahrlässigkeit setzt tatbestandsmäßig eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung voraus, d.h. dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen worden sein muss.<sup>100</sup> Der Maßstab der erforderlichen (objektiven) Sorgfalt ist anhand der Erwartungen an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Situation des Täters zu ermitteln.<sup>101</sup> Hierbei wird eine ex ante- Betrachtung vorgenommen.<sup>102</sup> Der Sorgfaltsmaßstab kann durch Sonderwissen des Täters sowie durch Sondernormen angehoben werden.<sup>103</sup> Letztere können sowohl Rechtsnormen als auch Vorschriften aus anderen Regelwerken sein.<sup>104</sup> Bezogen auf die Sorgfaltspflichten eines Ausführers für digitale Überwachungstechnologie kommen hierfür die Erwägungsgründe und Vorschriften der Dual-Use-VO, die Merkblätter des BAFA, aber auch die auf Art. 5 VI Dual-Use-VO gestützte Watch-List in Betracht. Der nach § 19 I Nr. 1 AWG anzulegende Sorgfaltsmaßstab ist insofern unionsrechtskonform zu bestimmen. Hierbei kann auf die oben gemachten Feststellungen in Bezug auf den Sorgfaltsmaßstab in Art. 5 II Dual-Use-VO zurückgegriffen werden.

Ist ein Gut oder ein Empfangsland gelistet, muss der Ausführer den Vorgang genauer prüfen, um zu verhindern, dass die ausgeführte Überwachungstechnologie im Zusammenhang mit Verstößen gegen Menschenrechte oder humanitäres

<sup>92</sup> Cornelius in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage 2017, § 19 AWG Rn. 32; Ahlbrecht in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 78), § 19 AWG Rn. 24; Stein/von Rummel in: Dorsch, Zollrecht (Fn. 16), § 19 AWG Rn. 38.

<sup>93</sup> Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR, § 19 AWG Rn. 29; Ahlbrecht in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 78), § 19 AWG Rn. 24.

<sup>94</sup> Vgl. Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR (Fn. 9), § 19 AWG Rn. 29.

<sup>95</sup> Lehner, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausführverantwortlichen (Fn. 5), S. 380.

<sup>96</sup> Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR (Fn. 9), § 4 AWG Rn. 19; Thoms in: Dorsch, Zollrecht (Fn. 16), § 4 AWG Rn. 7; Lehner, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausführverantwortlichen (Fn. 5), S. 382.

<sup>97</sup> Thoms in: Dorsch, Zollrecht (Fn. 16), § 4 AWG Rn. 7; Bieneck/Schaefer, Der Schutz der auswärtigen Beziehungen Deutschlands durch das Außenwirtschaftsstrafrecht, wistra 2011, S. 89 (94).

<sup>98</sup> BT-Drs. 519/12, S. 58; Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR (Fn. 9), § 4 AWG Rn. 19; vgl. auch Wessels, Jörg, Die neuen Politischen Grundsätze, AW-Prax 2000, S. 181 (181f.).

<sup>99</sup> EuGH, Urteil v. 4.3.2010 – C 297/08, Kommission/Italien, Slg. 2010, I-1749 Rn. 81; Karpenstein in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Recht, 79. Ergänzungslieferung 2023, Art. 258 AEUV Rn. 29; Haltern, Europarecht, Bd. 2, 3. Auflage 2017, § 6 Rn. 97.

<sup>100</sup> Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage 2022, Rn. 1028; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage 2021, § 33 Rn. 9; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Auflage 2022, Rn. 1114.

<sup>101</sup> BGH, Urteil v. 25.09.1990 – 5 StR 187/90, NStZ 1990, S. 31 (31); Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Auflage 2022, § 52 Rn. 15; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Auflage 2020, § 24 Rn. 34.

<sup>102</sup> Rengier (Fn. 101), § 52 Rn. 15.

<sup>103</sup> Heinrich (Fn. 100), Rn. 1030f.; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, § 17 Rn. 23; Rengier (Fn. 101), § 52 Rn. 16.

<sup>104</sup> BGH, Urteil v. 25.09.1990 – 5 StR 187/90, NStZ 1990, S. 31 (31); Rengier (Fn. 101), § 52 Rn. 16; Roxin/Greco (Fn. 101), § 24 Rn. 15ff.

Völkerrecht verwendet wird. Sein Sorgfaltsmaßstab erhöht sich. Nimmt er diese Sorgfaltspflichten nicht wahr, verletzt er diese und handelt objektiv fahrlässig.

Auf Ebene der Schuld wird berücksichtigt, ob der Täter aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten in der Lage ist, die objektive Sorgfaltspflicht einzuhalten und den Erfolgseintritt hervorzusehen.<sup>105</sup> An dieser Stelle kann dann auf den konkreten Ausführungsverantwortlichen abgestellt werden.

Würde § 18 V AWG de lege ferenda um den Verweis auf Art. 5 Dual-Use-VO ergänzt werden, würde § 19 I AWG auch fahrlässige Verstöße erfassen. Der Ausführer müsste mit einem Bußgeld von bis zu 500.000 € rechnen, § 19 VI AWG. Dies zieht eine Steigerung der Bedeutung der Watch-List nach sich.

Soweit es sich bei dem Ausführer um eine juristische Person handelt (vgl. Art. 2 Nr. 3 Dual-Use-VO), könnten Verstöße gegen §§ 18 V, 19 I AWG dem vertretenden Organ über § 14 StGB bzw. § 9 OWiG zugerechnet werden.

Nach geltender Rechtslage erfasst § 19 IV AWG i.V.m. § 82 XIII AWV Verstöße gegen Art. 5 Dual-Use-VO nicht. Würde de lege ferenda § 18 V AWG und damit auch § 19 I AWG solche erfassen, bedarf es einer Änderung des § 19 IV AWG bzw. des § 82 XIII AWV nicht, da es sich bei diesem um einen Auffangtatbestand handelt.

### 3. § 130 I OWiG (i.V.m. § 30 I OWiG)

§ 130 I OWiG ist ein Bußgeldtatbestand, durch den der Unternehmensinhaber für die betriebsbezogene Zuwiderhandlung einer zu beaufsichtigenden Person haftet.<sup>106</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass der Inhaber zuvor seine Aufsichtspflichten verletzt hat, die die Zuwiderhandlung verhindert oder wesentlich erschwert hätten, vgl. § 130 I 1 OWiG.<sup>107</sup>

#### a) Umfang der Aufsichtspflichten

§ 130 I OWiG enthält kaum Angaben über den Umfang der Aufsichtspflichten. So ist nur von „gehöriger Aufsicht“ die Rede, § 130 I 1 OWiG. § 130 I 2 OWiG lässt sich zudem entnehmen, dass die Bestellung, Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen auch dazuzählen.<sup>108</sup> Der Umfang der

Aufsichtspflicht ist ähnlich zu ermitteln wie der erforderliche Sorgfaltsmaßstab bei Fahrlässigkeitsdelikten.<sup>109</sup> Auch hier können Sondernormen zur Konkretisierung herangezogen werden.<sup>110</sup> Da es um die ordnungsgemäße Ausführung von Dual-Use-Gütern geht, kommen in erster Linie die Erwägungsgründe und Vorschriften der Dual-Use-VO in Betracht. In Erwägungsgrund 7 wird die Durchführung transaktionsbezogener Screening-Maßnahmen vorgeschrieben, um herauszufinden, ob die auszuführende Überwachungstechnologie zum Verstoß gegen Menschenrechte oder humanitäres Völkerrecht bestimmt sein könnte. Diese Maßnahmen müssen durch die Implementierung eines oben beschriebenen ICP abgesichert werden. Der konkrete Umfang des ICP ist von der Größe und der Organisationsstruktur des Unternehmens abhängig (Erwägungsgrund 7).

#### b) Objektive Bedingung der Ahndung

Objektive Bedingung der Ahndung ist eine mit Strafe oder Bußgeld bedrohte Handlung, die durch die beaufsichtigte Person begangen wurde und durch die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen hätte verhindert oder wesentlich erschwert werden können.<sup>111</sup> Verstößt eine beaufsichtigte Person aufgrund fehlender oder mangelhafter Aufsichtsmaßnahmen gegen Art. 5 Dual-Use-VO, müsste dieser Verstoß sanktioniert werden können. Nach geltender Rechtslage gibt es (abgesehen vom lückenhaften Schutz des § 372 AO) keine Vorschrift, mit der ein Verstoß verfolgt werden kann. Dies hat zum einen zur Folge, dass der Unternehmensinhaber nicht mit einem Bußgeld nach § 130 I OWiG sanktioniert werden kann. Zum anderen bleibt auch der Rückgriff auf das Unternehmen nach § 30 I OWiG versperrt.

<sup>105</sup> Krey/Esser (Fn. 49), Rn. 1340; Rengier (Fn. 101), § 52 Rn. 83.

<sup>106</sup> Fridrich in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 7. Auflage 2021, Kap. 30 Rn. 129; von Galen/Schaefer in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 78), § 130 OWiG Rn. 1.

<sup>107</sup> Achenbach in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage 2019, Teil 1 Kap. 3 Rn. 43; Fridrich in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht (Fn. 106), Kap. 30 Rn. 125.

<sup>108</sup> Rogall in: KK-OWiG, 5. Auflage 2018, § 130 Rn. 39; Fridrich in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht (Fn. 106), Kap. 30 Rn. 142.

<sup>109</sup> Bock, Criminal Compliance, 2. Auflage 2013, S. 511.

<sup>110</sup> Krenberger/Krumm in: Krenberger/Krumm, OWiG, 7. Auflage 2022, § 130 Rn. 17; Bock in: Rotsch, Criminal Compliance, 2015, § 8 Rn. 9.

<sup>111</sup> Bock in: Rotsch, Criminal Compliance (Fn. 110), § 8 Rn. 4; Tiedemann (Fn. 48), Rn. 460; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Auflage 2023, § 6 Rn. 146.

### c) Reformvorschläge

Das Problem liegt nicht im Tatbestand des § 130 I OWiG an sich, sondern in den fehlenden Verweisen in § 18 V AWG sowie in § 19 IV AWG i.V.m. § 82 XIII AWW. Werden de lege ferenda Verstöße gegen Art. 5 Dual-Use-VO von §§ 18, 19 AWG erfasst, wäre die objektive Bedingung der Ahndung erfüllt. Einer Änderung des § 130 I OWiG bedarf es daher nicht.

Durch die Erweiterung der §§ 18, 19 AWG stünde nun der Rückgriff auf das Unternehmen offen, welches nach § 30 I OWiG sanktioniert werden kann.<sup>112</sup> Zwar sind Sanktionen gegen den Inhaber ohnehin mit einem Reputationsverlust für das Ausfuhrunternehmen verbunden.<sup>113</sup> Muss dieses jedoch als Verband mit einer Bußgeldsanktion von bis zu 10 Mio. € bei Vorsatztaten rechnen (vgl. § 30 II OWiG), könnte dies seine wirtschaftliche Existenz bedrohen. Um diese Rechtsfolge zu verhindern, sind Unternehmen gehalten, eine wirksame unternehmensinterne Exportkontrolle zu installieren.

Damit würde sich auch die Bedeutung der Watch-List erhöhen, die im Rahmen des ICP Berücksichtigung findet. Dass Aufsichtspflichtverletzungen, die eine hohe Bebußung nach sich ziehen, durch einen Blick auf die Watch-List (ggf. neben anderen Maßnahmen) verhindert werden könnten, würde dafür sorgen, dass ihr mehr Beachtung geschenkt wird.

Da im Außenwirtschaftsrecht die Auffassung herrscht, dass Exportkontrolle „Chefsache“<sup>114</sup> sei, ist es nur konsequent, wenn § 130 I OWiG Anwendung finden kann. Diese Einschätzung findet sich auch in der Empfehlung der Kommission zur internen Compliance wieder, in welcher ein „Bekenntnis der obersten Führungsebene zur Compliance“ gefordert wird.<sup>115</sup>

### D. Fazit und Ausblick

Zunächst ist festzustellen, dass das Instrument der Watch-List aus Art. 5 VI Dual-Use-VO Ausdruck der mitgliedstaatlichen Zusammenarbeit ist. So müssen sich alle 27 EU-Mitgliedstaaten einig sein, welche Güter und Empfangsländer aufgeführt werden. Damit trägt die Liste mittelbar auch zum Ziel der Harmonisierung bei.

Nach geltender Rechtslage gilt die Watch-List an sich weder als Unterrichtung i.S.d. Art. 5 I Dual-Use-VO noch führt sie

unmittelbar zur Erlangung von Kenntnis i.S.d. Art. 5 II Dual-Use-VO. Sie kann als zusätzlicher Anhaltspunkt für den Ausfühler im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht begriffen werden. So hat der Ausfühler ein unternehmensinternes Compliance-Programm zu implementieren, in dem die Watch-List Berücksichtigung finden muss.

Die Watch-List als Unterrichtung i.S.d. Art. 5 I Dual-Use-VO auszulegen, stünde im Widerspruch zur Natur der Catch-All-Vorschrift, die eine Genehmigungspflicht von der Verwendung im Einzelfall abhängig macht. Um eine verwendungsunabhängige Genehmigungspflicht zu statuieren, bleibt die Möglichkeit, das entsprechende Gut in Anhang I aufzuführen, sodass die Ausfuhr nach Art. 3 I Dual-Use-VO genehmigungspflichtig ist.

Was die Auslegung des Art. 5 II Dual-Use-VO angeht, wurde diskutiert, ob das bloße Für-Möglich-Halten (letztlich wie bei § 372 AO) ausreichen sollte, um die Kenntnis der kritischen Endverwendung zu bejahen. Dies ist aus Gründen der Rechtssicherheit und Anwenderfreundlichkeit abzulehnen. Zudem muss der Ausfühler bereits nach geltender Rechtslage die Watch-List im Rahmen der Sorgfaltspflicht berücksichtigen, um diese nicht zu verletzen.

Probleme ergaben sich bei der Verfolgung von Verstößen gegen Art. 5 Dual-Use-VO. So gibt es kaum Möglichkeiten, Verstöße gegen Art. 5 Dual-Use-VO zu erfassen. § 18 V AWG scheidet wegen des fehlenden Verweises auf Art. 5 Dual-Use-VO aus. Einzig § 372 AO käme in Betracht, erfasst digitale Überwachungstechnologie jedoch nur lückenhaft und eignet sich höchstens als Auffangtatbestand.

Auch bei der Ahndung als Ordnungswidrigkeit findet sich keine Vorschrift, mit der ein Verstoß gegen Art. 5 Dual-Use-VO nach geltender Rechtslage verfolgt werden kann. § 19 I Nr. 1 AWG scheidet wegen des fehlenden Verweises in § 18 V AWG aus. Gleiches gilt für § 19 IV AWG. In der Verweisungsnorm des § 82 XIII AWW ist Art. 5 Dual-Use-VO nicht aufgeführt. De lege ferenda würde die Ergänzung des § 18 V AWG aber dazu führen, dass fahrlässige Verstöße von § 19 I Nr. 1 AWG erfasst würden. Zudem wäre dann § 130 I OWiG i.V.m. § 30 I OWiG anwendbar, sodass Unternehmensinhaber und Unternehmen mit einem (zusätzlichen) Bußgeld belegt werden können.

<sup>112</sup> Fridrich, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht (Fn. 106), Kap. 30 Rn. 129; Jungkind/Bormann, Interne Compliance-Programme als Instrument der Exportkontrolle, AW-Prax 2020, S. 103 (104).

<sup>113</sup> Bock, Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion - § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance, ZIS 2009, S. 68 (70); BAFA, Merkblatt zum ICP, [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_icp.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_icp.html) [Stand: 08.09.2023], S. 23.

<sup>114</sup> Keßels/Görtz, Wirtschaftliche Auswirkungen der EG-Dual-Use-Novelle, AW-Prax 2021, S. 325 (325); BAFA, AW-Prax 2004, S. 387 (387); BAFA, Merkblatt zum ICP, [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_icp.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_icp.html) [Stand: 08.09.2023], S. 5.

<sup>115</sup> ABl. L 338 vom 23.09.2021, S. 26.

Die genannten Lücken wirken sich nachteilig auf die Wirksamkeit der Watch-List aus. Dieser würde weniger Beachtung geschenkt werden, wenn weder vorsätzliche noch fahrlässige Verstöße gegen Art. 5 Dual-Use-VO verfolgt werden könnten. Eine Schwächung des (abstrakten) Schutzes von Menschenrechten und des humanitären Völkerrechts, zu

welchem sich die Bundesrepublik Deutschland in internationalen Übereinkünften verpflichtet hat, wäre die Folge. Zu hoffen bleibt, dass der deutsche Gesetzgeber die fehlenden Verweise einfügt, um die Wirkungskraft der Watch-List zu erhöhen und den Schutz von Menschenrechten zu gewährleisten.