



ÜBERSICHT: ART. 5 DER DUAL-USE-VO FÜR GÜTER DER DIGITALEN ÜBERWACHUNG

Warum die Lücke zwischen den Listen zum Risiko wird

Seit dem 9.9.2021 löst die VO (EU) 2021/821 die alte VO (EG) Nr. 428/2009 ab. Neu im Fokus: der Schutz der Menschenrechte. Art. 5 etabliert dafür eine verwendungsbezogene Kontrolle nicht gelisteter Güter für digitale Überwachung. Gelistete Güter sind ohnehin erfasst – über Art. 3 (Anhang I) oder § 8 AWV (Teil I Abschnitt B der Ausfuhrliste). Art. 5 Dual-Use-VO schließt die Lücke für Güter, die die Erfassungsschwellen knapp unterschreiten.

Die Verordnung kennt dabei 2 Wege:

- 🌐 **Art. 5 Abs. 1:** Das BAFA unterrichtet Sie über eine Genehmigungspflicht. Hier genügt bereits, dass die Güter für eine sensitive Verwendung bestimmt sein *können*.
- 🌐 **Art. 5 Abs. 2:** Sie selbst erlangen im Rahmen Ihrer Sorgfaltspflicht Kenntnis und müssen das BAFA unterrichten. Hier ist erforderlich, dass die Güter für eine sensitive Verwendung *bestimmt sind* – die bloße Möglichkeit reicht nicht.

In der Praxis ist Abs. 2 der entscheidende. Denn er macht Ihr internes Compliance-Programm (ICP) zum Dreh- und Angelpunkt.

Wann Ihr Produkt ein „Gut für digitale Überwachung“ ist

Maßgeblich ist die Definition in Art. 2 Nr. 20 VO 2021/821: Güter, die *besonders konstruiert* sind, um die verdeckte Überwachung natürlicher Personen durch Überwachung, Extraktion, Erhebung oder Analyse von Daten aus Informations- und Telekommunikationssystemen zu ermöglichen. „Besonders konstruiert“ heißt: Die verdeckte Überwachung muss bei der Entwicklung im Vordergrund gestanden haben – eine ausschließliche Eignung ist nicht erforderlich, eine überwiegende schon.

Erfasst sein können etwa:

- 🌐 Intrusion-Software wie Schad- oder Trojaner-Programme unterhalb der Listennummer 4A005
- 🌐 Überwachungsausrüstung unterhalb von 5A001j oder Überwachungssoftware unterhalb von 5D001e
- 🌐 Deep-Packet-Inspection-Technik und Gesichtserkennungssoftware
- 🌐 Vorratsdatenspeicherungssysteme unterhalb von Nummer 5A902b (Teil I Abschnitt B)

Nicht erfasst sind dagegen Güter zur Überwachung industrieller Betriebszustände, einzelne Mikrofone und Kameras sowie Güter für rein kommerzielle Anwendungen wie etwa Marketing, Qualitätsdienste oder Netzsicherheit. Ein lohnender Blick gilt zusätzlich den Güteranhängen der Embargoverordnungen – etwa Anhang IV der Iran-Menschenrechtsverordnung (VO (EU) Nr. 359/2011). Die dort gelisteten Güter können auch bei Ausfuhren in nicht embargobetroffene Länder unter Art. 5 Dual-Use-VO fallen.



ACHTUNG

Erfüllt Ihr Gut die Merkmale einer Listennummer des Anhangs I oder des Teils I Abschnitt B, ist es bereits verwendungsunabhängig genehmigungspflichtig. Art. 5 tritt dann zurück – eine zusätzliche Prüfung auf den Güterkreis des Art. 5 Dual-Use-VO entfällt.

Wann eine sensitive Verwendung vorliegt

Art. 5 Dual-Use-VO erfasst 3 Verwendungen: interne Repression, schwerwiegende Verstöße gegen die Menschenrechte und schwerwiegende Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht. Interne Repression umfasst etwa Folter, willkürliche Tötungen, das Verschwindenlassen von Personen und willkürliche Verhaftungen und ist damit eine Untergruppe der Menschenrechtsverstöße. Zu den betroffenen Menschenrechten – verankert im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) – zählen insbesondere das Recht auf Privatsphäre sowie auf Meinungs-, Versammlungs- und Religionsfreiheit.

Entscheidend ist die konkrete Zielausrichtung im Einzelfall, nicht das abstrakte Risiko. Und der Verstoß muss „schwerwiegend“ sein: Systematische oder weit verbreitete Verletzungen gelten regelmäßig als schwerwiegend, im Einzelfall aber auch solche von hoher Eingriffsintensität.

Kenntnis – wann das Wissen Ihres Unternehmens zur Pflicht wird

„Bekannt“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 meint positive Kenntnis, strafrechtlich also direkten Vorsatz. Das bloße „Für-möglich-Halten“, Eventualvorsatz oder fahrlässiges Nicht-Wissen begründen die Unterrichtungspflicht nicht. Sie dürfen sich der Kenntnis allerdings nicht bewusst verschließen: Offensichtliche Anhaltspunkte zu ignorieren oder zumutbar zugängliche Erkenntnisquellen ungenutzt zu lassen, wird einer Kenntnis gleichgesetzt – Passivität schützt nicht.

Besonders praxisrelevant ist die Zurechnung: Nach § 166 BGB wird das Wissen der zuständigen Mitarbeiter dem Unternehmen zugerechnet, auch über Abteilungsgrenzen hinweg. Weiß die Entwicklung, dass ein Produkt objektiv-technisch für eine Verwendung nach Art. 5 geeignet ist, und stößt der Vertrieb bei der Geschäftspartnerprüfung auf belastende Hinweise zum Kunden, entsteht die relevante Kenntnis erst durch die Zusammenführung beider Informationen.

Mein Tipp: Richten Sie eine zentrale Stelle ein – in der Regel Ihre Exportkontrollstelle –, an der güter-, länder- und endverwenderbezogene Erkenntnisse zusammenlaufen. Nur so kann Ihr Unternehmen verlässlich bewerten, ob Kenntnis vorliegt, und nur so vermeiden Sie den Vorwurf des bewussten Verschließens.

Der 3-stufige Screening-Prozess als Herzstück Ihrer Sorgfaltspflicht

Die Sorgfaltspflicht ist Teil Ihres ICP und eine Bemühungs-, keine Erfolgspflicht. Bewährt hat sich ein 3-stufiges transaktionsbezogenes Screening, das auf sogenannte Red Flags – ungewöhnliche Umstände als Warnsignale – achtet.

1. **Kennen Sie Ihr Gut:** Stellen Sie fest, ob Ihr Produkt objektiv-technisch für eine Verwendung nach Art. 5 Dual-Use-VO geeignet ist, dokumentieren Sie dieses Wissen im Warenwirtschaftssystem und stellen Sie es der Exportkontrollstelle bereit. Warnsignal sind Berichte, wonach ein vergleichbares Gut bereits für sensitive Zwecke eingesetzt wurde.
2. **Prüfen Sie das Empfangsland:** Machen Sie sich mit der allgemeinen Menschenrechtsslage vertraut. Heranziehen können Sie etwa den Menschenrechtsbericht der Bundesregierung sowie Berichte der Vereinten Nationen und des Europarats. Warnsignale sind dokumentierte Repression gegen Oppositionelle, Journalisten oder Minderheiten sowie ein bewaffneter Konflikt, in dem solche Güter bereits verwendet wurden.
3. **Durchleuchten Sie den Endverwender und die Endverwendung:** Besondere Sorgfalt ist bei staatlichen Endverwendern oder privaten Abnehmern mit engen Verbindungen zu staatlichen Stellen geboten, vor allem bei Sicherheitsaufgaben. Warnsignal ist eine frühere Beteiligung an Repressionsmaßnahmen oder der gezielte Einsatz solcher Güter gegen bestimmte Personengruppen.