

# Christian Kachel

## *Außenwirtschaftsrechtliche Compliance bei der Einstellung ausländischer Wissenschaftler*

### Übersicht

#### I. Einleitung

#### II. Bereitstellungsverbote aufgrund von Finanzsanktionen

#### III. Die Einstellung als „technische Unterstützung“ i.S.v. § 2 Abs. 16 AWG

##### 1. Der Transfer technischen Wissens

##### 2. Die inländische Forschungseinrichtung als Erbringer der technischen Unterstützung

##### 3. Der ausländische Empfänger des technischen Wissens (Auslandsbezug)

###### a) Definition des Ausländers

###### b) Privilegierung von in Mitgliedstaaten der EU bzw. den EU001-Ländern ansässigen Personen

##### 4. Der Verwendungszusammenhang

###### a) ABC-Waffen/Trägersysteme und militärische Endverwendung (§ 51 Abs. 1 und 2 AWW)

###### b) Errichtung oder Betrieb kerntechnischer Anlagen (§ 52 Abs. 1 AWW)

###### c) Positive Kenntnis und Unterrichtsmechanismus (§§ 51 Abs. 3, 52 Abs. 2 AWW)

##### 5. Ausnahmen nach der Art des technischen Wissens (§§ 51 Abs. 4, 52 Abs. 3 AWW)

###### a) Allgemein zugängliche Informationen

###### b) Grundlagenforschung

###### c) Nicht gelistete Technologie

##### 6. Ausnahmen in bestimmten Konstellationen (§ 53 AWW)

##### 7. Embargos

#### IV. „Deemed reexports“ im US-Recht

#### V. Die Implementierung im Compliance-System

### I. Einleitung

Die Gewinnung qualifizierten Personals ist essentiell für den wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Erfolg von Forschungseinrichtungen und Universitäten in Deutschland. Die Anwerbung von wissenschaftlichem Personal erfolgt dabei häufig auch im Ausland.<sup>1</sup>

Sollen ausländische Wissenschaftler bzw. wissenschaftliche Mitarbeiter eine Anstellung<sup>2</sup> in Universitäten oder Forschungseinrichtungen in Deutschland erhalten, sind unbeschadet der von Artikel 5 Satz 3 des Grundgesetzes garantierten Wissenschaftsfreiheit<sup>3</sup> außenwirtschaftsrechtliche Beschränkungen in Form von Genehmigungspflichten oder Verboten (vgl. § 4 Abs. 3 des Außenwirtschaftsgesetzes) zu beachten<sup>4</sup>.

Besteht hinsichtlich der Einstellung einer Person ein außenwirtschaftsrechtliches Verbot, so darf die Einstellung nicht erfolgen. Bei Bestehen einer außenwirtschaftsrechtlichen Genehmigungspflicht muss die erforderliche Genehmigung vor der Einstellung des Bewerbers durch die Genehmigungsbehörde, das *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)*, erteilt worden sein<sup>5</sup>.

Die zu prüfenden Voraussetzungen der Genehmigungspflicht bzw. des Verbots einer Einstellung werden nachfolgend im Einzelnen näher betrachtet.<sup>6</sup>

1 Gemäß den Angaben der Bundesregierung waren im Jahr 2013 mehr als 38.000 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus dem Ausland an deutschen Hochschulen beschäftigt, vgl. <https://www.make-it-in-germany.com/de/jobs/forschen/arbeiten-als-forscher/> [zuletzt abgerufen: 20.6.2020].

2 Beim Abschluss reiner Zugangsverträge an einem Institut muss Entsprechendes gelten, soweit ein Transfer technischen Wissens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Die Sanktionslistenprüfung (siehe unter II.) muss – unabhängig von einem Technologietransfer – in jedem Fall erfolgen.

3 Vgl. *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)*, Handbuch Exportkontrolle und Academia, Stand: Februar 2019, Seiten 15 und 23.

4 Gemäß § 1 Satz 1 des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) ist der Außenwirtschaftsverkehr grundsätzlich frei. Er unterliegt jedoch den Einschränkungen, die das AWG enthält oder die durch

Rechtsverordnung auf Grund des AWG vorgeschrieben werden, § 1 Satz 2 AWG.

5 Vorsätzliche Verstöße gegen ein entsprechendes Genehmigungserfordernis können gem. § 18 Abs. 2 Nr. 6 bzw. Nr. 7 AWG strafbar sein. Die Strafandrohung lautet im Höchstmaß auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren. Fahrlässige Verstöße gegen die Genehmigungspflicht können als Ordnungswidrigkeit geahndet werden (§ 19 Abs. 1 i.V.m. § 18 Abs. 2 Nr. 6 bzw. Nr. 7 AWG). Die Geldbuße kann bis zu 500.000 Euro betragen, § 19 Abs. 6 AWG.

6 Zu den für die Einreise und den rechtmäßigen Aufenthalt in Deutschland erforderlichen (§ 4 AufenthG) und für Wissenschaftler in Betracht kommenden Aufenthaltstiteln siehe *Schulte-Heiß*, Aufenthaltsrechte von drittstaatsangehörigen Wissenschaftlern, Ordnung der Wissenschaft (OdW) 2018, S. 3 ff.

## II. Bereitstellungsverbote aufgrund von Finanzsanktionen

Zunächst kann sich das Verbot der Einstellung eines Wissenschaftlers unabhängig vom Inhalt der beabsichtigten Tätigkeit und unabhängig von einem Auslandsbezug des Einstellungsverhältnisses daraus ergeben, dass der Wissenschaftler sog. Finanzsanktionen (häufig auch „personenbezogene Embargos“<sup>7</sup> oder „Terrorlisten“ genannt) unterliegt.

Finanzsanktionen haben das Ziel, bestimmte Personen, Organisationen oder Einrichtungen von (bestimmten) vermögenswerten Vorteilen abzuschneiden, um so ein gewünschtes außenpolitisches Ziel zu erreichen<sup>8</sup>, z.B. die Terrorismusbekämpfung<sup>9</sup>. Die im Zusammenhang mit Einstellungen vor allem relevanten „klassischen“ Finanzsanktionen sind das sog. Einfrier- und Bereitstellungsverbot.

Das Einfriergebot besagt, dass sämtliche Gelder und wirtschaftliche Ressourcen, die im Besitz oder im Eigentum der in der jeweiligen Sanktionsverordnung gelisteten natürlichen oder juristischen Person, Organisation oder Einrichtung stehen oder von dieser gehalten oder kontrolliert werden, eingefroren werden, was grundsätzlich die Entziehung jeder Zugriffs- und Verwendungsmöglichkeit<sup>10</sup> über diese Gelder und wirtschaftliche Ressourcen bedeutet. Diese gesetzliche Anordnung ist vor allem für den Bankensektor von Bedeutung, in der Regel jedoch bei Personaleinstellungen nicht unmittelbar relevant, da der potentielle Arbeitgeber grundsätzlich noch nicht über vom Bewerber gehaltene Ressourcen oder Gelder verfügt.

Nach dem Bereitstellungsverbot ist es untersagt, Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen unmittelbar oder mittelbar den oder zugunsten von sanktionierten Personen zur Verfügung zu stellen.<sup>11</sup>

Der Begriff „Gelder“ bezieht sich auf finanzielle Vermögenswerte und wirtschaftliche Vorteile jeder Art<sup>12</sup> während unter dem Begriff der „wirtschaftlichen Ressourcen“ Vermögenswerte jeder Art verstanden werden, die nicht schon Gelder sind, aber für den Erwerb von Geldern, Waren oder Dienstleistungen verwendet werden können<sup>13</sup>.

Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses soll die Arbeitsleistung regelmäßig gegen eine Vergütung erfolgen (vgl. § 611a Abs. 2 BGB), so dass schon deshalb vor Abschluss des Arbeitsvertrags eine Prüfung etwaiger Bereitstellungsverbote unabdingbar ist. Jedoch besteht auch unabhängig von der Vereinbarung einer Vergütung das Risiko der Bereitstellung wirtschaftlicher Ressourcen, beispielsweise geistiger Eigentumspositionen (z.B. Patente oder Geschäftsgeheimnisse) oder Technologien,<sup>14</sup> so dass auch bei Fehlen einer entsprechenden Vergütungsvereinbarung (z.B. bei unbezahlten Praktika) die Prüfung erforderlich ist, ob hinsichtlich der einzustellenden Person ein Bereitstellungsverbot besteht.

In der Praxis erfolgt die Prüfung, ob eine Person Finanzsanktionen unterliegt, grundsätzlich IT-gestützt über Softwareprogramme, die nach Eingabe des Namens der Person automatisiert sämtliche relevante Listen<sup>15</sup> daraufhin überprüfen, ob die einzustellende Person in diesen Listen namentlich genannt ist. Eventuelle Treffer werden anschließend (z.B. anhand des Geburtsdatums oder Geburtsortes) daraufhin überprüft, ob es sich bei der in der Liste enthaltenen Person tatsächlich um den einzustellenden Wissenschaftler oder um eine bloße Namensähnlichkeit handelt. Das Ergebnis der Prüfung ist zu dokumentieren. Ist der einzustellende Wissenschaftler mit der in einer Sanktionsliste der EU genannten Person identisch, darf die Einstellung nicht erfolgen.<sup>16</sup>

7 So vor allem, soweit es sich nicht um die reinen sog. „Anti-Terror-Verordnungen“ (z.B. Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002 betreffend Al-Qaida und die Taliban bzw. in der aktuellen Fassung ISIL), sondern um Länderembargos handelt, die auch personenbezogene Beschränkungen beinhalten, z.B. Art. 14 i.V.m. Anhang II der Verordnung (EU) Nr. 36/2012 des Rates vom 18. Januar 2012 über restriktive Maßnahmen angesichts der Lage in Syrien in der aktuellen Fassung gemäß Durchführungsverordnung (EU) 2020/716 des Rates vom 28.5.2020.

8 *Vogt/Arend* in: Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, 1. Aufl. 2017, IV., Rn. 79.

9 Vgl. *BAFA*, Merkblatt Länderunabhängige Embargomaßnahmen zur Terrorismusbekämpfung, Stand: 28.08.2009, S. 4ff.

10 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 107.

11 *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 116.

12 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 87.

13 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 89.

14 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 90.

15 Die zu prüfenden Listen ergeben sich in aller Regel – neben ggf. zu prüfenden US-Listen – aus Anhängen zu den Sanktionsverordnungen, z.B. Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit den ISIL (Da'esh)- und Al-Qaida-Organisationen in Verbindung stehen, in der aktuellen Fassung der Durchführungsverordnung (EU) 2020/706 der Kommission vom 26. Mai 2020.

16 Gemäß § 19 Abs. 1 i.V.m. § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG kann bei der fahrlässigen Einstellung einer sanktionierten Person (unter Verstoß gegen das Bereitstellungsverbot) eine Ordnungswidrigkeit vorliegen, bei vorsätzlicher Begehung eine Straftat gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG (Höchstmaß 5 Jahre).

### III. Die Einstellung als „technische Unterstützung“ i.S.v. § 2 Abs. 16 AWG

Die außenwirtschaftsrechtliche Prüfung im Zusammenhang mit der Einstellung ausländischer Wissenschaftler im Inland<sup>17</sup> erfordert regelmäßig eine detaillierte Analyse, welche Aufgaben im Rahmen der Beschäftigung durch den Wissenschaftler ausgeführt und welche (technischen) Kenntnisse oder Fähigkeiten dem Wissenschaftler dabei vermittelt werden sollen. Impliziert die vorgesehene Tätigkeit einen Transfer technischen Wissens<sup>18</sup> zugunsten eines ausländischen Wissenschaftlers, liegt in der Regel eine sog. „technische Unterstützung“ vor, die nach den §§ 51, 52 AWV genehmigungspflichtig sein kann.

Technische Unterstützung ist nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 16 Satz 1 AWG jede technische Hilfe in Verbindung mit der Reparatur, der Entwicklung, der Herstellung, der Montage, der Erprobung, der Wartung oder jeder anderen technischen Dienstleistung. Sie kann in Form von Unterweisung, Ausbildung, Weitergabe von praktischen Kenntnissen oder Fähigkeiten oder in Form von Beratungsleistungen erfolgen (§ 2 Abs. 16 Satz 2 AWG).

Von der Ausfuhr (§ 2 Abs. 3 AWG) von Technologie unterscheidet sich die technische Unterstützung grundsätzlich dadurch, dass im Fall der Ausfuhr die Technologie „verkörpert“ ist (z.B. in Form von technischen Unterlagen, einer E-Mail oder einer elektronischen Bereitstellung), während eine technische Unterstützung bei der

„unverkörperten“ Weitergabe von Technologie (z.B. mündlich) vorliegt. Soweit jedoch die Technologie das Gebiet der Bundesrepublik nicht verlässt, sondern an einen ausländischen Wissenschaftler im Inland weitergegeben wird, besteht eine Ausnahme von diesem Grundsatz: Die Übergabe von verkörperter Technologie<sup>19</sup> an Ausländer im Inland stellt keine Ausfuhr, sondern technische Unterstützung dar.<sup>20</sup>

Die Voraussetzungen der Genehmigungspflicht der technischen Unterstützung im Rahmen einer Personaleinstellung im Inland sind in § 51 AWV und (nur relevant bei Tätigkeiten im Nuklearbereich) § 52 AWV normiert.<sup>21</sup>

#### 1. Der Transfer technischen Wissens

Im Rahmen der Einstellung von wissenschaftlichem Personal ist also zunächst zu prüfen, ob der einzustellenden Person im Rahmen der Tätigkeit technische Kenntnisse oder Fähigkeiten weitergegeben werden.<sup>22</sup> Dies dürfte z.B. bei einer Mitarbeit als Wissenschaftler an einem naturwissenschaftlich-technisch ausgerichteten Institut regelmäßig der Fall sein. Dabei muss jedoch nach Sinn und Zweck der Vorschrift das in der technischen Unterstützung enthaltene technische Wissen ein Mindestmaß an Detailgrad erreichen.<sup>23</sup> Da es sich bei der technischen Unterstützung um einen Fall des Technologietransfers handelt<sup>24</sup>, ist es grundsätzlich erforderlich, dass das vermittelte technische Wissen für die Entwicklung, Herstellung oder Verwendung eines Produkts mindestens „nötig“ ist.<sup>25</sup>

17 Als Ausdruck des völkerrechtlichen Prinzips der Personalhoheit ist der Anwendungsbereich der §§ 49 ff. AWV auf deutsche Staatsangehörige und juristische Personen und Personengesellschaften mit Sitz oder Ort der Leitung in Deutschland beschränkt, vgl. *Pietsch* in: *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, AWR-Kommentar, 63. Lieferung 12/2019, § 49 AWV Kapitel 5, Rn. 8. Die technische Unterstützung in Drittländern (vgl. §§ 49, 50, 52a, 52b AWV) ist nicht Inhalt dieses Beitrags, wäre jedoch z.B. bei Einstellungen durch Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen im Ausland zu prüfen.

18 Reine Reparaturvorgänge oder Montagen stellen keine technische Unterstützung dar, soweit es sich nicht um eine Lehrtätigkeit oder um die Erleichterung der Handhabung eines Guts (Teilunterweisung) handelt, vgl. *Mrozek* in: *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 27; vgl. *Gramlich* in *Hohmann/John*, Kommentar zum Ausfuhrrecht, 2002, Teil 4 § 45 AWV, Rn. 12; a.A.: *Pelz* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., II. AWV, Vor 49ff., Rn. 4.

19 Unter dem Terminus „Technologie“ versteht man spezifisches technisches Wissen, das für die Entwicklung, Herstellung oder Verwendung eines Produkts nötig ist, vgl. Begriffsbestimmungen der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung (Ausfuhrliste) bzw. die Begriffsbestimmungen der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober

2019.

20 *Pelz* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., II. Vor 49ff. AWV, Rn. 6.; im US-Recht wird in derartigen Konstellation häufig ein Technologietransfer i.S. eines „deemed (re-)exports“ vorliegen, siehe hierzu unten Kap. IV. und vgl. *Pfeil/Mertgen*, Compliance im Außenwirtschaftsrecht, 2016, Kap. D. Rn. 124.

21 Die Regelungen der §§ 46 bis 48 AWV (Handels- und Vermittlungsgeschäfte) dürften im Zusammenhang mit der Einstellung von Personal in Forschungseinrichtungen und Universitäten kaum relevant werden.

22 Vgl. *Mrozek* in: *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 27.

23 So wohl auch *Pelz* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., II. § 51 AWV, Rn. 6.

24 Vgl. die Definition von „Technologie“ (insbes. Satz 2) in den Begriffsbestimmungen der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung (Ausfuhrliste) bzw. in den Begriffsbestimmungen in der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019.

25 A.A. *Ehrlich*, Technologietransfer als Ausfuhr und technische Unterstützung – Inhalt und Grenzen, in: *Ehlers/Wolffgang*, Recht der Exportkontrolle. Bestandsaufnahme und Perspektiven, S. 491, (494).

Erfolgt die technische Unterstützung (wie im Regelfall) mündlich, ist eine Listung des technischen Wissens in Teil I Abschnitt A Nummer 0022 der Ausfuhrliste oder in Nummern der Gattung E des Anhang I der Dual Use-VO Voraussetzung einer Genehmigungspflicht (§ 51 Abs. 4 Nr. 2 AWV und – mit Beschränkung auf Technologie der Kategorie 0 – § 52 Abs. 3 Nr. 2 AWV).

Aus diesem Grund sollte in Universitäten und Forschungseinrichtungen standardmäßig auch eine Güterlistenprüfung, insbesondere hinsichtlich Gattung E der relevanten<sup>26</sup> Güterlisten, im außenwirtschaftsrechtlichen Einstellungsprozess implementiert sein.

Soweit eine Einstellung im Bereich der (nicht-technischen) Verwaltung erfolgt, wird in aller Regel schon kein weiterzugebendes technisches Wissen vorliegen, so dass hier grundsätzlich keine detaillierte weitere Prüfung erforderlich ist.

## 2. Die inländische Forschungseinrichtung als Erbringer der technischen Unterstützung

Die Genehmigungspflicht der Einstellung eines Wissenschaftlers im Inland setzt voraus, dass die technische Unterstützung „durch einen Inländer“ (§ 51 Abs. 1 Satz 1 AWV) bzw. „durch einen Deutschen oder einen Inländer“ (§ 52 Abs. 1 Satz 1 AWV)<sup>27</sup> erfolgt.

Meist wird es sich bei der den Wissenschaftler einstellenden inländischen Universität oder Forschungseinrichtung um eine juristische Person oder Personengesellschaft mit Sitz oder Ort der Leitung im Inland handeln. In diesem Fall ist die inländische Universität bzw. Forschungseinrichtung als „Inländer“ i.S.d. Außenwirtschaftsgesetzes zu qualifizieren (§ 2 Abs. 15 Nr. 2 AWG).

Bei Einstellungen durch eine Zweigniederlassung einer ausländischen juristischen Person oder Personengesellschaft kommt es darauf an, ob die Zweigniederlassung ihre Leitung im Inland hat und für sie eine gesonderte Buchführung existiert (§ 2 Abs. 15 Nr. 3 AWG), während bei einer Personaleinstellung in der Betriebsstätte einer ausländischen juristischen Person oder Personengesellschaft im Inland entscheidend ist, ob die Be-

triebsstätte ihre Verwaltung im Inland hat (§ 2 Abs. 15 Nr. 4 AWG).

Der Erbringer der technischen Unterstützung ist anhand der zivilrechtlichen Vereinbarungen festzustellen. Soll die technische Unterstützung aufgrund des Arbeitsvertrages mit einer Forschungseinrichtung bzw. Universität erfolgen, die nach den soeben dargestellten Grundsätzen als „Inländer“ anzusehen ist, so ist die Genehmigungsbedürftigkeit für die jeweilige Einrichtung unabhängig davon zu beurteilen, ob der das technische Wissen tatsächlich weitergebende Mitarbeiter seinerseits Inländer bzw. Deutscher ist.<sup>28</sup>

## 3. Der ausländische Empfänger des technischen Wissens (Auslandsbezug)

Im Rahmen des § 51 Abs. 1 AWV kommt ein Genehmigungserfordernis nur in Betracht, wenn die technische Unterstützung durch den Inländer „gegenüber Ausländern erbracht wird, die nicht in einem Land ansässig sind, das in Anhang IIa Teil 2 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 genannt ist oder Mitglied der Europäischen Union ist“ (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 AWV)<sup>29</sup>. § 51 Abs. 2 AWV erfordert die Ansässigkeit „in einem Land im Sinne des Artikels 4 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009“ (d.h. in einem Waffenembargoland).

Erst hierdurch erhält der Inlandssachverhalt (Einstellung/Tätigkeit im Inland) einen Auslandsbezug und damit einen Bezug zum Außenwirtschaftsverkehr, der den Anwendungsbereich der Beschränkungen nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AWG eröffnet. Für die technische Unterstützung gegenüber einem Inländer i.S.v. § 2 Abs. 15 AWG kann eine Genehmigungspflicht nach § 51 AWV nicht bestehen.

### a) Definition des Ausländers

Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 5 AWG sind als Ausländer alle Personen und Personengesellschaften anzusehen, die keine Inländer sind. Inländer sind, soweit es sich nicht um juristische Personen oder Personengesellschaften handelt,<sup>30</sup> definiert als „natürliche Personen

26 In Betracht kommen insbesondere die Ausfuhrliste und Anhang I der Dual Use-VO in der jeweils aktuell gültigen Fassung, die Güterlisten aus den Embargo-Verordnungen (soweit ein Bewerber in einem Staat, der einem Embargo unterliegt, ansässig ist) und (ohne Auswirkung auf die Genehmigungspflicht nach der AWV) die US-Güterlisten, soweit ein US-Bezug (z.B. wenn das einstellende Unternehmen eine US-Person ist oder die weiterzugebende Technologie einen US-Ursprung bzw. Bestandteile mit US-Ursprung besitzt) besteht.

27 Im Rahmen von § 52 AWV ist somit ausnahmsweise nicht nur die Ansässigkeit, sondern alternativ die deutsche Staatsangehör-

rigkeit relevant.

28 Vgl. Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. § 51 AWV, Rn. 15 und § 52 AWV Rn. 9; vgl. Gramlich in Hohmann/John, a.a.O., Teil 4 § 45 AWV, Rn. 13.

29 Im Rahmen von § 52 AWV (relevant bei einem Bezug zu kern-technischen Anlagen) kommt es auf die Ausländereigenschaft des Empfängers dagegen nicht an, sondern stattdessen auf den Ort der beabsichtigten Verwendung des technischen Wissens (§ 52 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 1 Nummer 2 AWV).

30 Vgl. hierzu oben, Kap. III. 2.



mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Inland“ (§ 2 Abs. 15 Nr. 1 AWG).

Bei der Feststellung, ob es sich beim einzustellenden Wissenschaftler um einen Ausländer im genannten Sinne handelt, kommt es also nicht auf die Staatsangehörigkeit<sup>31</sup>, sondern auf den Ort der „Ansässigkeit“, d.h. den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, an. Verfügt eine Person über mehrere Wohnsitze, so richtet sich die Inländereigenschaft danach, an welchem Ort sich der hauptsächliche Schwerpunkt der Lebensführung befindet, zu dessen Bestimmung nach allgemeiner Auffassung auf Vorschriften der §§ 8, 9 AO zurückgegriffen werden kann.<sup>32</sup>

Nach § 8 AO hat eine Person einen Wohnsitz dort, wo sie eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass sie die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Dabei muss die Wohnung mit einer gewissen Regelmäßigkeit und Gewohnheit benutzt werden, die natürliche Person sich im Inland aufhalten und im Melderegister registriert sein und entweder ein Gewerbe im Wirtschaftsgebiet betreiben oder mit einem inländischen Arbeitgeber einen unbefristeten oder länger als ein Jahr laufenden Arbeitsvertrag abgeschlossen haben.<sup>33</sup>

Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt (§ 9 Satz 1 AO). Als gewöhnlicher Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes ist stets und von Beginn an ein zeitlich zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten Dauer anzusehen; kurzfristige Unterbrechungen bleiben unberücksichtigt (§ 9 Satz 2 AO). Ein Aufenthalt ausschließlich zu Besuchs-, Erholungs-, Kur- oder ähnlichen privaten Zwecken von höchstens einem Jahr Dauer führt nicht per se zu einem gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. § 9 Satz 3 AO).

Bei Erfüllung der Voraussetzungen des gemeinsamen Tatbestands, der sich aus § 9 Satz 2 und 3 AO ergibt, liegt eine unwiderlegbare Vermutung für einen gewöhnlichen Aufenthalt (im Inland) vor.<sup>34</sup> Im Übrigen sind deutliche Hinweise für einen gewöhnlichen Aufenthalt – wie bei der Bestimmung des Wohnsitzes – das Betreiben eines Gewerbes, ein längerfristiger Arbeitsvertrag mit einem Inländer und insbesondere eine unbeschränkte Einkommensteuerpflicht.<sup>35</sup>

Fallen Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt auseinander, ist regelmäßig der Wohnsitz entscheidend, da dieser nach außen weniger flüchtig erscheint und die Zugehörigkeit zu einem Gebiet deutlicher dokumentiert.<sup>36</sup>

Die Bewerbung einer Person aus dem Inland heraus (ersichtlich z.B. aus der Absenderadresse in den Bewerbungsunterlagen) kann deshalb – unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Person – ein erstes Indiz für die Ansässigkeit im Inland, mithin die Inländereigenschaft der Person darstellen, die ggf. eine außenwirtschaftsrechtliche Prüfung weitestgehend<sup>37</sup> entbehrlich macht. Umgekehrt kann die Drittlandsstaatsangehörigkeit des Bewerbers auf eine mögliche Ansässigkeit in diesem Drittland hinweisen, wenn die Bewerbung tatsächlich auch von diesem Land aus erfolgt.

Zu berücksichtigen ist bei der Feststellung der Ansässigkeit jedoch die Einschränkung in § 51 Abs. 5 AWV, wonach als Ausländer im Sinne von § 51 Abs. 1 und 2 AWV auch solche natürlichen Personen anzusehen sind, deren Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Inland auf höchstens fünf Jahre befristet ist. Das bloße Vorliegen eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Inland ist in diesen Fällen nicht ausreichend zur Begründung der Inländereigenschaft.

Der Begriff des „Inlands“ deckt in diesem Zusammenhang ausschließlich das deutsche Hoheitsgebiet – und nicht auch die übrigen EU-Mitgliedstaaten oder die sog. „EU001-Länder“ – ab<sup>38</sup>, so dass in Mitgliedstaaten

31 Vgl. schon zur alten Rechtslage *Gramlich* in: Hohmann/John, a.a.O., Teil 4 § 45 AWV, Rn. 16; vgl. *Pietsch* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWV Kapitel 5, Rn. 14, entscheidend soll danach die „wirtschaftlich-räumliche Beziehung zum inländischen Hoheitsgebiet“ sein.

32 Vgl. *Sachs* in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., I. § 2 AWG, Rn. 62; vgl. *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a.; vgl. *Just* in Hohmann/John, a.a.O., Teil 3 § 4 AWG, Rn. 9.

33 Vgl. *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a mit Hinweis auf die Möglichkeit der Berücksichtigung weitere Umstände und Verweis auf den Runderlass Außenwirtschaft Nr. 7/83 des *Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie*, noch hinsichtlich des Wohnsitzes im „Wirtschaftsgebiet“, das heute als „Inland“ zu verstehen ist, vgl. *Pietsch* in: Wolfgang/

Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWV Kapitel 5, Rn. 14.

34 *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a.

35 *Just* in Hohmann/John, a.a.O., Teil 3 § 4 AWG, Rn. 11; *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a.

36 *Just* in Hohmann/John, a.a.O., Teil 3 § 4 AWG, Rn. 12; *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26b.

37 Dies gilt nicht für die Sanktionslistenprüfung und nicht automatisch für das US-(Re-)Exportkontrollrecht.

38 Vgl. *BAFA, HADDEX – Handbuch der deutschen Exportkontrolle*, Stand: März 2020, Teil 8, 2. Kapitel, 2.4., Rn. 669; zur (hier nicht entscheidenden) Legaldefinition des „Unionsansässigen“ siehe § 2 Abs. 18 AWG.

der EU bzw. in den EU001-Ländern ansässige Personen danach als „Ausländer“ i.S.v. § 51 Abs. 5 AWW zu qualifizieren sein können<sup>39</sup>. Sie sind jedoch regelmäßig aufgrund der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 51 Abs. 1 Nr. 2 AWW („...nicht in einem Land ansässig sind, das in Anhang IIa Teil 2 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 genannt ist oder Mitglied der Europäischen Union ist“) von der Genehmigungspflicht der technischen Unterstützung ausgenommen.<sup>40</sup> Die Frage der Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat der EU bzw. in einem EU001-Land ist nicht nach dem Maßstab des § 51 Abs. 5 AWW, sondern nach den oben dargestellten allgemeinen Grundsätzen zur Bestimmung der Ansässigkeit vorzunehmen, d.h. ein gewöhnlicher Aufenthalt von mindestens 5 Jahren im Inland ist insoweit nicht zwingend erforderlich. Entsprechendes gilt für die Feststellung der Ansässigkeit in einem Waffenembargoland nach § 51 Abs. 2 AWW.

Für die Prüfung im Unternehmen bedeutet dies, dass der Lebenslauf der einzustellenden Person im Rahmen einer Einzelfallprüfung daraufhin überprüft werden muss, ob ein Lebensmittelpunkt in Deutschland bereits vorliegt oder noch nicht. Jedenfalls dann, wenn der gewöhnliche Aufenthalt oder Wohnsitz in Deutschland ununterbrochen seit mehr als 5 Jahren besteht, kann von dem Vorliegen der Inländereigenschaft ausgegangen werden.<sup>41</sup>

Erfolgt eine Bewerbung aus dem Ausland, ist in aller Regel davon auszugehen, dass noch kein gewöhnlicher Aufenthalt oder Wohnsitz des Bewerbers im Inland vorliegt. Diese Vermutung kann allerdings anhand eines lückenlosen Lebenslaufs entkräftet werden (z.B. bei nur sehr kurzem, zwischenzeitlichen Aufenthalt im Ausland während einer bereits seit einigen Jahren bestehenden Beschäftigung in Deutschland).

Ein erteiltes Visum entbindet nicht von den außenwirtschaftsrechtlichen Genehmigungspflichten.<sup>42</sup>

b) Privilegierung von in Mitgliedstaaten der EU bzw. den EU001-Ländern ansässigen Personen

Außenwirtschaftsrechtlich privilegiert werden im Rahmen der technischen Unterstützung Ausländer, die in

einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder in einem der EU001-Länder<sup>43</sup> ansässig sind. Diese werden ebenso wie Inländer nicht der Genehmigungspflicht nach § 51 AWW unterworfen (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 AWW).

Nach Sinn und Zweck der Regelung muss es dabei ausreichen, wenn sich diese „Ansässigkeit“ eines Bewerbers erst aus der Addition der unmittelbar aufeinander folgenden Aufenthalte in mehreren verschiedenen EU-Mitgliedstaaten ergibt (z.B. gewöhnlicher Aufenthalt 4 Monate in Italien, anschließend 4 Monate in Spanien und sodann 5 Monate in Deutschland), da bei diesen Ländern von einem vergleichbaren Kontrollstandard sowohl bezüglich der außenwirtschaftsrechtlichen Regelungen wie auch der Bewertung von Sachverhalten auszugehen ist, sog. like-minded countries<sup>44</sup>.

Bei der Einstellung einer in einem Mitgliedstaat der EU bzw. einem EU001-Land ansässigen Person im Inland bleibt sodann von den Regelungen der §§ 49 ff. AWW neben der Norm des § 51 AWW nur die Vorschrift des § 52 AWW zu prüfen, die jedoch nur bei einem Bezug zu Kerntechnologie relevant werden kann und eine Verwendung der Technologie in einem in § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AWW ausdrücklich genannten Land erfordert.

Im Übrigen ist über die Sanktionslistenprüfung hinaus (siehe oben) keine weitere Prüfung<sup>45</sup> erforderlich.

#### 4. Der Verwendungszusammenhang

Weitere Voraussetzung einer Genehmigungspflicht der Personaleinstellung als technische Unterstützung im Inland ist das Vorliegen eines bestimmten kritischen Verwendungszusammenhangs<sup>46</sup> der technischen Unterstützung.

a) ABC-Waffen/Trägersysteme und militärische Endverwendung (§ 51 Abs. 1 und 2 AWW)

Ein (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) die Genehmigungspflicht auslösender Verwendungszusammenhang ist im Rahmen des § 51 AWW zunächst der Zusammenhang der technischen Unterstützung mit der Entwicklung, der Herstellung, der Handhabung, dem Betrieb, der Wartung, der Lagerung, der Ortung, der

39 Entsprechend der Legaldefinition des „Ausländers“ in § 2 Abs. 5 AWW.

40 So wohl auch *Pelz* in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. § 51 AWW, Rn. 10 und 12; siehe auch unten unter b).

41 Vgl. *Pfeil/Mertgen*, a.a.O., Kap. D. Rn. 130.

42 Vgl. *BAFA*, Handbuch Exportkontrolle und Academia, Seite 34.

43 Siehe Anhang IIa Teil 2 der Dual Use-VO in der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019. Derzeit erfasst sind Australien, Japan, Kanada, Neuseeland, Norwegen, die Schweiz einschließlich Liechtenstein und die Vereinigten Staaten von Amerika. Mit Ablauf des 31.12.2020 wird in diese Ländergruppe voraussichtlich das

Vereinigte Königreich aufgenommen.

44 Vgl. hierzu *Pietsch* in: Wolfigang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWW Kapitel 5, Rn. 25.

45 Ggf. sind jedoch die Anforderungen des Kriegswaffenkontrollgesetzes und (bei bestehendem US-Bezug) das US-(Re-)Exportkontrollrecht zu beachten.

46 Die Regelungen des Kriegswaffenrechts, insbesondere die Vorschriften der §§ 17, 18, 18a KrWaffKontrG mit ihren sog. Förderatbeständen, sind im Rüstungsbereich zusätzlich und vorrangig zu beachten, vgl. *Pietsch* in: Wolfigang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWW Kapitel 5, Rn. 9.

Identifizierung oder der Verbreitung von chemischen oder biologischen Waffen, von Kernwaffen oder sonstigen Kernsprengkörpern bzw. ein Zusammenhang mit der Entwicklung, der Herstellung, der Wartung oder der Lagerung von Flugkörpern, die für die Ausbringung derartiger Waffen geeignet sind (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und b AWW).

Diese Fallgruppe der Verwendung des technischen Wissens für ABC-Waffen oder Kernsprengkörper bzw. entsprechende Trägertechnologie ist bei allen in einem Drittland i.S.v. § 2 Abs. 8 AWG ansässigen Personen zu prüfen. Hier wird man zunächst generell die Geeignetheit der Technologie für eine entsprechende Verwendung zu analysieren haben und sodann die fallspezifischen Umstände würdigen, die für eine derartige Verwendung durch den einzustellenden Wissenschaftler sprechen.

Ebenso kann ein Zusammenhang mit einer militärischen Endverwendung i.S.d. Art. 4 Abs. 2 Dual Use-VO in einem Waffenembargoland zu einer Genehmigungspflicht führen, § 51 Abs. 2 AWW. Eine militärische Endverwendung ist gegeben, wenn Güter zum Einbau in militärische Güter bestimmt sind oder der Verwendung von Herstellungs-, Test- oder Analyseausrüstung sowie Bestandteilen hierfür für die Entwicklung, Herstellung oder Wartung von Rüstungsgütern oder der Verwendung von unfertigen Erzeugnissen in einer Anlage für die Herstellung von Rüstungsgütern dienen (Art. 4 Abs. 2 Dual Use-VO).

Ein solcher Fall liegt im Rahmen von Einstellungen beispielsweise vor, wenn bekannt ist, dass die einzustellende Person nach Beendigung ihrer Tätigkeit an ein staatliches Rüstungsunternehmen oder eine militärisch ausgerichtete Universität in einem Waffenembargoland zurückkehrt, um dort seine in Deutschland erlangten Kenntnisse einzusetzen.

Universitäten und Forschungseinrichtungen, die die Forschung und Entwicklung von Maschinen betreiben, die für die Herstellung von Rüstungsgütern eingesetzt werden, dürfen somit einen Bewerber, der in einem Land ansässig sind, gegen das ein Waffenembargo verhängt wurde, in einem entsprechenden Bereich ohne Genehmigung des BAFA nur beschäftigen, wenn sein Aufenthalt entweder unbefristet oder auf einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren befristet ist.<sup>47</sup> Andernfalls ist ein Antrag auf Genehmigung der technischen Unterstützung erforderlich.

Die Einstellung von wissenschaftlich-technischem Personal aus einem Waffenembargoland an einer Forschungseinrichtung, die jedenfalls auch einen Rüstungsbezug aufweist, wird somit grundsätzlich einer Genehmigungspflicht des BAFA unterliegen. Soll trotz Rüstungsbezugs des Instituts ausnahmsweise hinsichtlich der im Rahmen der Tätigkeit erlangten Kenntnisse und Fähigkeiten eine militärische Endverwendung verneint werden (weil etwa das der einzustellenden Person weiterzugebene technische Wissen nur einen Teilbereich der Tätigkeiten der Forschungseinrichtung abdeckt, der selbst keinen Rüstungsbezug aufweist, und sich ein solcher erst aufgrund weiterer Projektabschnitte ergibt, an denen die Person nicht mitwirkt und die ihr nicht bekannt sind) ist dies sehr sorgfältig zu begründen und entsprechend im Compliance-System zu dokumentieren.

In Zweifelsfällen sollte ein Antrag auf Genehmigung beim BAFA gestellt werden. Bis zur Erteilung der Genehmigung durch das BAFA oder der Entscheidung des BAFA, dass keine Genehmigung erforderlich ist, darf eine Einstellung nicht erfolgen (§ 51 Abs. 3 Satz 3 AWW, § 52 Abs. 2 Satz 3 AWW).

#### b) Errichtung oder Betrieb kerntechnischer Anlagen (§ 52 Abs. 1 AWW)

Soweit ein Zusammenhang der technischen Unterstützung mit der Errichtung oder dem Betrieb von Anlagen für kerntechnische Zwecke im Sinne der Kategorie o des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 in einem der in § 9 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 der AWW genannten Länder (derzeit: Algerien, Irak, Iran, Israel, Jordanien, Libyen, Demokratische Volksrepublik Korea, Pakistan und Syrien) besteht, kann diese Verwendung gemäß § 52 AWW ebenfalls eine Genehmigungspflicht auslösen. Entscheidend ist im Rahmen dieser Vorschrift nicht, ob die einzustellende Person in einem dieser Länder ansässig ist, sondern ob die betroffene Anlage sich in einem dieser Länder befindet oder errichtet werden soll.<sup>48</sup>

#### c) Positive Kenntnis und Unterrichtungsmechanismus (§§ 51 Abs. 3, 52 Abs. 2 AWW)

Entsprechende Verwendungszusammenhänge können grundsätzlich zu einer außenwirtschaftsrechtlichen Beschränkung führen, wenn das einstellende Unternehmen, d.h. der inländische Arbeitgeber, vom

<sup>47</sup> Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. D. Rn. 131 f., anders als dort angegeben, kommt es jedoch gerade nicht auf die Staatsangehörigkeit des Bewerbers, sondern auf seine Ansässigkeit an, also

den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, vgl. die Def. von „Ausländer“ in § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 15 Nr. 1 AWG.

<sup>48</sup> Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. D. Rn. 134.

Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) über den Verwendungszusammenhang unterrichtet worden ist.<sup>49</sup>

Ist eine Unterrichtung indessen nicht erfolgt, kommt es darauf an, ob dem Arbeitgeber, d.h. der Universität oder Forschungseinrichtung, bekannt ist<sup>50</sup>, dass die gegenüber dem Wissenschaftler im Inland zu erbringende technische Unterstützung für eine der oben genannten Verwendungen bestimmt ist. Ist dies der Fall, hat der Arbeitgeber das BAFA zu unterrichten, das über das Bestehen einer Genehmigungspflicht entscheidet (vgl. § 51 Abs. 3 Sätze 1 und 2 und § 52 Abs. 2 Sätze 1 und 2 AWV). Voraussetzung dieser Unterrichtungspflicht ist positive Kenntnis des Arbeitgebers vom kritischen Verwendungszweck, fahrlässige Unkenntnis genügt nicht.<sup>51</sup> Eine Nachforschungspflicht besteht nicht<sup>52</sup>, allerdings dürfen offensichtliche Anhaltspunkte für einen kritischen Verwendungszusammenhang nicht bewusst ignoriert werden.<sup>53</sup>

Ein Unternehmen ist also aus außenwirtschaftsrechtlicher Sicht nicht zu Hintergrundrecherchen hinsichtlich eines Bewerbers verpflichtet, solange sich nicht (z.B. aus dem Lebenslauf) ernsthafte Indizien dafür ergeben, dass das im Rahmen der Tätigkeit zu erwerbende Wissen später für eine kritische Endverwendung eingesetzt werden soll.

#### 5. Ausnahmen nach der Art des technischen Wissens (§§ 51 Abs. 4, 52 Abs. 3 AWV)

Die Beschränkungen der technischen Unterstützung nach §§ 51 und 52 AWV gelten nicht für die Weitergabe von Informationen, die im Sinne der Allgemeinen Technologie-Anmerkung (ATA) bzw. im Sinne der Nukleartechnologie-Anmerkung (NTA) zu Teil I der Ausfuhrliste oder zu Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 „allgemein zugänglich“ oder Teil der „Grundlagenforschung“ sind (§ 51 Abs. 4 Nr. 1 AWV, § 52 Abs. 3 Nr. 1 AWV).

#### a) Allgemein zugängliche Informationen

„Allgemein zugänglich“ in diesem Sinne ist eine Technologie dann, wenn sie ohne Beschränkung ihrer weiteren Verbreitung erhältlich ist (Copyright-Beschränkungen heben die allgemeine Zugänglichkeit nicht auf)<sup>54</sup>. Für die Inanspruchnahme dieser Ausnahme müssen die Informationen im Zeitpunkt der relevanten Handlung, d.h. der Weitergabe an den einzustellenden Wissenschaftler, allgemein zugänglich sein (die Möglichkeit des allgemeinen Zugangs reicht insoweit aus), was insbesondere der Fall ist, wenn die Informationen in einer allgemein zugänglichen Fachbibliothek oder entsprechend zum Download online im Rahmen der üblichen Vorschriften publiziert worden sind.<sup>55</sup>

Typischerweise fallen in Einrichtungen der Wissenschaft und Forschung reine Recherchetätigkeiten ebenso hierunter wie Tätigkeiten, die keinen über die in veröffentlichter Literatur verfügbaren Inhalte hinausgehenden Wissenstransfer an die einzustellende Person erfordern.

#### b) Grundlagenforschung

Unter „wissenschaftlicher Grundlagenforschung“ im Sinne des Außenwirtschaftsrechts versteht man experimentelle oder theoretische Arbeiten hauptsächlich zur Erlangung von neuen Erkenntnissen über grundlegende Prinzipien von Phänomenen oder Tatsachen, die nicht in erster Linie auf ein spezifisches praktisches Ziel oder einen spezifischen praktischen Zweck gerichtet sind.<sup>56</sup>

Da dieses Verständnis von Grundlagenforschung nicht immer dem methodologisch-technischen Verständnis von Grundlagenforschung entspricht, lässt sich zur Vereinfachung das sog. „Technology Readiness Level“ (TRL) heranziehen, das den Entwicklungsgrad eines technischen Produkts beschreibt und eine Skala von TRL 1 bis TRL 9 umfasst, wobei die TRL 1 bis TRL 3 grundsätzlich die Stadien der Grundlagenforschung um-

49 Vgl. § 51 Abs. 1 Satz 1 AWV (zur Verwendung im Zusammenhang mit ABC-Waffen/Trägersystemen), § 51 Abs. 2 AWV (zur militärischen Verwendung in einem Waffenembargoland) und § 52 Abs. 1 AWV (zur Verwendung im Zusammenhang mit der Errichtung oder dem Betrieb kerntechnischer Anlagen).

50 Das Wissen einzelner Mitarbeiter wird der Forschungseinrichtung bzw. Universität analog § 166 BGB zugerechnet, vgl. Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. § 49 AWV, Rn. 26; lesenswert allgemein zur Zurechnung Liebscher, Zurechnung als Rechtsproblem, ZIP 39/2019, S. 1837 ff.

51 Morweiser, Subjektive Elemente im Außenwirtschaftsrecht, in: Ehlers/Wolffgang, Recht der Exportkontrolle. Bestandsaufnahme und Perspektiven, S. 231, (235).

52 Pietsch in: Wolffgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWV Kapitel 5, Rn. 21.

53 Vgl. BAFA, HADDEX – Handbuch der deutschen Exportkontrol-

le, Teil 8, 2. Kapitel, 2.2, Rn. 656.

54 Die Definition von „allgemein zugänglich“ enthalten die Begriffsbestimmungen der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates bzw. die Begriffsbestimmungen in Teil I der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung.

55 Vgl. BAFA, HADDEX – Handbuch der deutschen Exportkontrolle, Teil 8, 2. Kapitel, 2.2, Rn. 659; vgl. Zirkel/Kachel Technologiekontrolle und ACADEMIA, AW-Prax Juli 2019, S. 282, (285f.).

56 Die Definition von „Wissenschaftliche Grundlagenforschung“ enthalten die Begriffsbestimmungen der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates bzw. die Begriffsbestimmungen in Teil I der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung.



fassen (TRL 3 = Nachweis der Funktionstüchtigkeit einer Technologie).<sup>57</sup>

Im Rahmen der Einstellung erfolgt insoweit eine Prognoseentscheidung<sup>58</sup> hinsichtlich der Einstufung der durch die einzustellende Person auszuführenden Tätigkeiten bzw. zur Verfügung zu stellenden Informationen (technisches Wissen) als Grundlagenforschung.

Ändern sich später die Tätigkeitsinhalte derart, dass eine Mitarbeit auf dem Gebiet der angewandten Forschung in Betracht kommt, bedarf es einer aktualisierten Prüfung der außenwirtschaftsrechtlichen Zulässigkeit. Eine Aktualisierung der außenwirtschaftsrechtlichen Prüfung sollte standardmäßig bei Vertragsverlängerungen stattfinden, da in diesem Rahmen nicht selten auch die Zuständigkeitsbereiche und Tätigkeitsinhalte modifiziert oder erweitert werden.

### c) Nicht gelistete Technologie

Bei Einstellungen im Inland entfällt eine Genehmigungspflicht als technische Unterstützung auch dann, wenn die technische Unterstützung keine Technologie betrifft, die in Teil I Abschnitt A Nummer 0022 der Ausfuhrliste, Nummern der Gattung E des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 oder Teil I Abschnitt B Nummern der Gattung E der Ausfuhrliste genannt ist (§ 51 Abs. 4 Nr. 2 AWV) bzw. keine Technologie betrifft, die in Nummern der Gattung E in der Kategorie o des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 genannt ist (§ 52 Abs. 3 Nr. 2 AWV).

Da auch die im Inland erfolgende Übergabe verkörperter Technologie als technische Unterstützung zu qualifizieren ist, kann auch diese gemäß § 51 Abs. 4 Nr. 2 AWV bzw. § 52 Abs. 3 Nr. 2 AWV befreit sein<sup>59</sup>, wenn es sich nicht um entsprechend gelistete Technologie handelt.

### 6. Ausnahmen in bestimmten Konstellationen (§ 53 AWV)

Bestimmte Konstellationen unterliegen per se nicht den Genehmigungspflichten der §§ 49 ff. AWV (unabhängig

von den oben genannten Ausnahmen). Diese sind in § 53 AWV genannt.

Im Rahmen von Personaleinstellungen kommt eine Befreiung vor allem in Betracht, wenn die Einstellung durch Behörden und Dienststellen der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen ihrer dienstlichen Aufgaben erfolgt (vgl. § 53 Nr. 1 AWV). Die dienstlich erfolgende technische Unterstützung dieser Einrichtungen (nicht allerdings etwaiger Auftraggeber) gegenüber ihren Mitarbeitern ist somit genehmigungsfrei.

### 7. Embargos

Zusätzliche außenwirtschaftsrechtliche Beschränkungen oder Verschärfungen vorhandener Beschränkungen können sich, soweit ein Bezug zu einem Embargoland besteht<sup>60</sup>, aus Embargo-Vorschriften<sup>61</sup> ergeben, die grundsätzlich auch die technische Unterstützung umfassen können und für die die EU-Embargoverordnungen meist den Terminus „technische Hilfe“<sup>62</sup> verwenden. Inhaltliche Unterschiede zur „technischen Unterstützung“ infolge der abweichenden Terminologie bestehen jedoch nicht.<sup>63</sup>

Angesichts des weiten Geltungsbereichs<sup>64</sup> der EU-Embargoverordnungen müssen grundsätzlich sämtliche inländische Einrichtungen der Wissenschaft und Forschung die in den EU-Embargos genannten restriktiven Maßnahmen beachten.

Im Rahmen der Einstellung von Personal stellt sich die Frage nach den Embargobeschränkungen vor allem dann, wenn eine Person aus einem Embargoland eingestellt werden soll. Insoweit kann es (im Rahmen der Einstellung) vor allem auf die Verwendung der technischen Unterstützung im Embargoland<sup>65</sup> oder auf den Aufenthaltsort oder Wohnsitz des Empfängers im Embargoland<sup>66</sup> ankommen.

Anders als Beschränkungen aufgrund reiner Finanzsanktionen erfordern diese destinationsbezogenen Embargo-Vorschriften im Rahmen der Einstellung eine genaue Prüfung der im Rahmen der geplanten Beschäftigung weiterzugebenden Technologie, denn die Weiter-

57 Vgl. Zirkel/Kachel, a.a.O., S. 284f.

58 Vgl. Zirkel/Kachel, a.a.O., S. 284 f.

59 Vgl. Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. Vor § 51 AWV, Rn. 22.

60 Z.B. bei Bereitstellung von technischer Hilfe im Zusammenhang mit in der Embargo-Verordnung besonders gelisteten Gütern und Technologien oder im Zusammenhang mit der Bereitstellung, Herstellung, Instandhaltung und Verwendung dieser Güter mittelbar oder unmittelbar für iranische Personen, Organisationen oder Einrichtungen oder zur Verwendung in Iran, vgl. Art. 3a Abs. 1 lit. b der VO (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23. März 2012 (Iran).

61 In der EU-Terminologie werden Sanktionen und Embargos zum Teil auch als „restriktive Maßnahmen“ bezeichnet, vgl. Sachs

in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., IV., Rn. 1 mit Verweis auf Art. 215 Abs. 2 AEUV.

62 Vgl. Art. 1 lit. r der VO (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23.3.2012 (Iran); Art. 1 lit. p der VO (EU) Nr. 36/2012 des Rates vom 18. Januar 2012 (Syrien).

63 Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. E. Rn. 39.

64 Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. E. Rn. 9ff.

65 Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 1 lit. a-d VO (EU) 833/2014 (Russland) des Rates vom 31. Juli 2014 („...zur Verwendung in Russland...“).

66 Vgl. z.B. Art. 1 lit. o ii) i.V.m. Art. 2a Abs. 1 lit. b i.V.m. Anhang I der Verordnung (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23. März 2012 (Iran).

gabe von bestimmter Technologie (also auch in Form der technischen Unterstützung) an eine in einem von Embargo-Maßnahmen betroffenen Land ansässige Person kann aufgrund einer Listung der Technologie in der Güterliste eines anwendbaren Embargos beschränkt sein.<sup>67</sup>

Dabei ist es insbesondere möglich, dass die nach der Dual Use-Verordnung oder der Außenwirtschaftsverordnung bestehende Genehmigungspflicht der technischen Unterstützung bei Bezug zu einem bestimmten Embargoland oder zu einer bestimmten, in der jeweiligen Embargo-Verordnung gelisteten Person, zu einem Verbot erstarkt.<sup>68</sup> So kann die technische Unterstützung einem Verbot unterstellt werden, wie es etwa bei technischer Hilfe bezogen auf Güter der gemeinsamen Militärgüterliste nach dem Russland-Embargo der Fall ist.<sup>69</sup>

#### IV. „Deemed reexports“ im US-Recht

In Fällen der technischen Unterstützung gegenüber dem im Inland einzustellenden Wissenschaftler kann aus Sicht des US-(Re-)Exportkontrollrechts ein sog. „deemed reexport“<sup>70</sup>, d.h. eine (fiktive) Ausfuhr von Technologie oder Source Code aus dem Inland in ein „foreign country“ (d.h. in ein anderes Land als die USA) vorliegen.

Voraussetzung hierfür ist grundsätzlich, dass im Rahmen der Tätigkeit die Einsicht in Technologie oder Source Code mit US-Ursprung oder US-Bestandteilen ermöglicht wird und dass die Weitergabe nicht nur zwischen zwei Inländern im Inland<sup>71</sup> und nicht nur an eine „US person“<sup>72</sup> erfolgt.

Dann findet neben den deutschen/europäischen Regularien zusätzlich das gesamte US-(Re-)Exportkontrollrecht mit seinen ggf. weitergehenden Beschränkungen (einschließlich etwaiger Befreiungen)<sup>73</sup> Anwendung.<sup>74</sup>

Wesentlicher Prüfgegenstand im internen Compliance-System ist also zunächst die Frage, ob ein relevanter US-Zusammenhang der Tätigkeit besteht.

Soll die Einstellung einer „US person“ erfolgen, ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass für die etwaige Weitergabe von Technologie durch diese Person im Rahmen ihrer Tätigkeit teilweise strengere Regeln zu beachten sind<sup>75</sup> als dies bei einer (aus US-Sicht) „foreign person“<sup>76</sup> der Fall ist.

Bei einem Embargoland-Bezug (z.B. vorgesehene Zusammenarbeit mit einer iranischen Person) ist zu beachten, dass zusätzlich<sup>77</sup> die Regularien der für das Sanktionsrecht zuständigen Behörde *Office of foreign assets control (OFAC)* zu berücksichtigen sein können (Genehmigungsvorbehalte oder Verbote)<sup>78</sup>.

#### V. Die Implementierung im Compliance-System

Eine Prüfung der außenwirtschaftsrechtlichen Beschränkungen sollte im internen Compliance-System<sup>79</sup> der Forschungseinrichtung bzw. Universität im Rahmen des Einstellungsprozesses standardmäßig implementiert sein, um die möglichen straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlichen Folgen eines Verstoßes<sup>80</sup> (sowohl für den Handelnden als auch für weitere Verantwortliche, insbesondere den Ausfuhrverantwortlichen<sup>81</sup>, aber auch für die gesamte Forschungseinrichtung bzw. Universität<sup>82</sup>)

67 Vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang IA der VO (EU) Nr. 36/2012 des Rates vom 18. Januar 2012 (Syrien).

68 Vgl. z.B. Art. 2a Abs. 2 lit. a i.V.m. Anhang IV der VO (EU) 833/2014 (Russland) des Rates vom 31. Juli 2014; Art. 4b i.V.m. Anhang III der VO (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23. März 2012 (Iran).

69 Art. 4 Abs. 1 lit. a VO (EU) 833/2014 (Russland) des Rates vom 31. Juli 2014; vgl. *Ehrlich*, a.a.O., S. 491, (495).

70 Vgl. § 734.14 (2) der „Export Administration Regulations“ (EAR); bei Militärgütern vgl. 22 CFR § 120.19 (a)(2) ITAR.

71 In diesem Fall kann jedoch ein sog. „in-country transfer“ vorliegen, vgl. § 734.16 EAR.

72 D.h. insbesondere „any individual who is a citizen of the United States“ (772.1 EAR), im US-Embargobereich teilweise abweichend definiert, vgl. hierzu *Weigl/Burnett* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., V., Rn. 207.

73 Vgl. *Kachel*, „Decontrol Notes“ in der Exportkontrolle von Dual-Use-Technologie in Einrichtungen der Wissenschaft und Forschung, US-Exportbestimmungen, Heft 5, Mai 2019, S. 74, (76ff.).

74 Vgl. *Pfeil/Mertgen*, a.a.O., Kap. D. Rn. 149ff.

75 Vgl. z.B. 734.5 (a) EAR.

76 Vgl. Def. in 772.1 EAR.

77 Zum Spannungsverhältnis zwischen ausländischen Boykotts und § 7 AWV vgl. *Hoffmann*, Das Verbot der Abgabe einer Boykott-Erklärung nach § 7 Außenwirtschaftsverordnung, Beteiligung deutscher Wirtschaftsbeteiligter an „fremden“ Sanktionen, *EuZW* 2019, S. 315 ff.; zur Verordnung (EG) Nr. 2271/96 des Rates vom 22. November 1996 zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Maßnahmen in der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2018/1100 der Kommission vom 6. Juni 2018 („Blocking-VO“) vgl. *Pfeil/Mertgen*, a.a.O., Kap. E. Rn. 129 ff.

78 Vgl. hierzu *Weigl/Burnett* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., V., Rn. 166 ff.

79 Allgemein zur Compliance im Personalwesen vgl. *Haag/Jantz*, Compliance im Personalwesen, CB 2019, S. 147 ff.

80 Vgl. §§ 17, 18, 19 AWG.

81 Vgl. § 130 OWiG.

82 Vgl. § 30 OWiG.

sowie einen sich hieraus ergebenden Reputationsverlust und ggf. sogar den Verlust der „Zuverlässigkeit“ als Exporteur<sup>83</sup> zu vermeiden. Aus Praktikabilitätserwägungen sollte allerdings die Prüfung erst dann erfolgen, wenn die Entscheidung über die Einstellung des Bewerbers getroffen ist.<sup>84</sup>

Christian Kachel ist Syndikusrechtsanwalt in der Rechtsabteilung der Fraunhofer-Gesellschaft eV mit dem Schwerpunkt Außenwirtschaftsrecht und Exportkontrolle.

83 Vgl. § 8 Abs. 2 AWG.

84 Die Erstattung etwa angefallener Reisekosten kann eine Bereitstellung von „Geldern“ bzw. „wirtschaftlichen Ressourcen“ darstellen, so dass jedenfalls vor Erstattung dieser Kosten die Sanktionslistenprüfung (s.o., II.) erfolgt sein muss.

