

<b>Anmerkung zu:</b>	VGH Kassel 6. Senat, Urteil vom 21.11.2023 - 6 A 987/22
<b>Autor:</b>	Dr. Christopher Wolters, RA
<b>Erscheinungsdatum:</b>	21.06.2024
<b>Quelle:</b>	<b>juris</b>
<b>Normen:</b>	§ 18 AWG, § 1 AWG, EUBes 357/2011, EUV 2021/821
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-Compl 3/2024 Anm. 5
<b>Herausgeber:</b>	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
<b>Zitiervorschlag:</b>	Wolters, jurisPR-Compl 3/2024 Anm. 5

## **Verhältnis von Patentrecht und Ausfuhrkontrolle**

### **Leitsätze**

- 1. Das Patentrecht unterliegt im Hinblick auf Dual-Use-Technologien nicht nur ausnahmsweise Bindungen durch den Genehmigungsvorbehalt des Art. 3 Dual-Use-Verordnung (juris: EUV 2021/821) für gelistete Güter, sondern grundsätzlich auch durch die catch-all-Klauseln des Art. 4 Dual-Use-Verordnung (juris: EUV 2021/821).**
- 2. Patentschriften, die nicht unter den Genehmigungsvorbehalt des Art. 3 Dual-Use-Verordnung (juris: EUV 2021/821) fallen, können dennoch als Dual-Use-Güter nach Art. 2 Nr. 1 Dual-Use-Verordnung (juris: EUV 2021/821) einzuordnen sein. Dann finden ggf. die catch-all-Klauseln des Art. 4 Dual-Use-Verordnung (juris: EUV 2021/821) auf sie Anwendung.**
- 3. Ein Patent verschafft seinem Inhaber kein positives Benutzungsrecht gegenüber staatlichen Restriktionen und Verboten wie der Ausfuhrkontrolle nach der Dual-Use-Verordnung (juris: EUV 2021/821). Das europäische Patentrecht setzt sogar nachgelagerte Maßnahmen der Gefahrenabwehr (oder Schadensbegrenzung) als notwendigen Korrektur-Mechanismus gegenüber der weitgehend unbeschränkten Patentierbarkeit voraus.**
- 4. Die Exportkontrolle dient bei Dual-Use-Technologien nicht allein der Geheimhaltung militärisch nutzbarer technologischer Entwicklungsfortschritte gegenüber Importeuren aus Waffenembargo-Ländern oder sonstigen fragwürdigen Empfängern, sondern auch anderen Zielsetzungen, wie etwa der Glaubwürdigkeit der deutschen Außen- und Sicherheitspolitik.**
- 5. Im Bereich der Ausfuhrkontrolle für sensitive Güter trifft den Ausführer nach Art. 12 Abs. 4 EU-Dual-Use-Verordnung (juris: EUV 2021/821) eine Mitwirkungspflicht dahin gehend, die mit dem beabsichtigten Handelsgeschäft verbundenen Intentionen und Implikationen so darzulegen, dass seine Vereinbarkeit mit den Zielsetzungen der Ausfuhrkontrolle hinreichend geprüft und beurteilt werden kann.**

### **A. Problemstellung**

Güter, die unter den Genehmigungsvorbehalt des Art. 3 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung (VO (EU) Nr. 2021/821) bzw. unter die Catch-all-Klauseln des Art. 4 Abs. 1 bis 3 Dual-Use-Verordnung fallen, können erst nach der Genehmigung durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) ausgeführt werden. Ob Patentschriften unter die Genehmigungsvorbehalte der Catch-all-Klauseln fallen können, wenn sie auch für eine militärische Endverwendung genutzt werden

könnten, obwohl sie prinzipiell von der allgemeinen Genehmigungspflicht des Art. 3 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung ausgenommen sind, war bislang nicht von der Rechtsprechung geklärt.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Der VGH Kassel hatte über eine Berufung gegen ein Urteil des VG Frankfurt zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war ein Bescheid des BAFA, mit dem selbiges die Antragstellerin (im Folgenden „Klägerin“) darüber unterrichtete, dass die zur Ausfuhr bestimmten Patentschriften Dual-Use Güter i.S.d. Art. 4 Abs. 2 Dual-Use-Verordnung seien und damit die Ausfuhr der entsprechenden Genehmigungspflicht nach der Dual-Use-Verordnung unterliege, und die Genehmigung der Ausfuhr gleichzeitig versagte.

Die Klägerin – eine Dienstleisterin für Patentinhaber, die Patente wirtschaftlich verwertet und die sich aus selbigen ergebenden Rechte durchsetzt – hatte Anfang 2020 auf den dafür vorgesehenen Formularen beim BAFA einen Nullbescheid beantragt, mit dem sie die Genehmigungsfreiheit der Ausfuhr von Patenten auf digitale Schusswaffenzeleinrichtungen, die video- und infrarotgestützt die Schusspräzision und Treffgenauigkeit über lange Distanzen verbessern können, nach Belarus festgestellt sehen wollte. Belarus ist bereits seit 2011 Gegenstand eines Waffenembargos aufgrund des GASP-Beschlusses 2011/357, das in verschärfter Form bis heute besteht, zudem bestehen weitere Sanktionen.

Mit Bescheid vom 04.09.2020 unterrichtete das BAFA die Klägerin darüber, dass die Ausfuhr der Patente dem Genehmigungsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 Dual-Use-Verordnung unterliege, da eine militärische Endverwendung der Patente nicht ausgeschlossen werden könne, und versagte zugleich die Genehmigung. Nachdem einem daraufhin durch die Klägerin erhobenen Widerspruch nicht abgeholfen wurde, erhob die Klägerin am 10.02.2021 Klage, um die Genehmigungsfreiheit der Ausfuhr mit Blick auf die Dual-Use-Verordnung feststellen zu lassen. Mit Urteil vom 10.02.2022 wies das VG die Klage ab. Insbesondere stellte das Gericht in diesem Zusammenhang fest, dass die Ausfuhr der Patente der Genehmigungspflicht des Art. 4 Abs. 2 Dual-Use-Verordnung unterfällt. Gegen das Urteil legte die Klägerin im Mai 2022 Berufung ein.

Der VGH Kassel hat die Berufung zurückgewiesen. Die Berufung sei jedenfalls unbegründet.

Zunächst rezipiert der VGH die Auffassung des VG, dass vorliegend die „neue“ Dual-Use-Verordnung (VO (EU) Nr. 2021/821) Anwendung finde, obwohl die Klägerin den Antrag beim BAFA vor dem Stichtag, den Art. 31 Unterabs. 2 der neuen Dual-Use-Verordnung als Übergangsfrist festlegt, gestellt hat. Die Übergangsregelung finde nämlich keine Anwendung, da es sich bei dem Antrag der Klägerin nicht um einen Antrag auf Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung, sondern auf Erteilung eines Nullbescheids, der die Genehmigungsfreiheit feststellen sollte, handle.

Materiell-rechtlich ist der VGH der Auffassung, dass die Ausfuhr der Patentschriften nach Belarus dem Genehmigungsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 Dual-Use-Verordnung unterfällt.

Nach Auffassung des VG, der sich der VGH umfassend anschloss, unterliege die Ausfuhr von öffentlich zugänglichen Patenten gerade aufgrund ihrer Öffentlichkeit ((Europäische) Patente werden nach der Anmeldung im Internet veröffentlicht und sind auf diesem Wege für jedermann ohne Beschränkung einsehbar) vor dem Hintergrund der Ausnahmen der Allgemeinen Technologie Anmerkung (ATA) im Anhang I der Dual-Use-Verordnung keiner Genehmigungspflicht nach Art. 3 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung. Jedoch greife für den vorliegenden Fall durch die Unterrichtung der Klägerin durch das BAFA Art. 4 Abs. 2 Dual-Use-Verordnung. Diese Auffassung hinsichtlich der Dual-Use-Eigenschaft der Patente ist nach den Feststellungen des Gerichts zutreffend.

Die ATA privilegiere Patente im Rahmen der Dual-Use-Verordnung grundsätzlich: Selbst wenn eines der in Anlage I der Dual-Use-Verordnung aufgeführten Güter durch das Patent abgebildet wird

oder von ihm profitiert, seien Patente als „allgemein zugängliche“ Informationen (Patente werden regelmäßig im Internet für jedermann zugänglich veröffentlicht; im Gegensatz zum deutschen Patentrecht ist dem europäischen Patentrecht das Konzept von Geheimpatenten sogar gänzlich fremd) vom Genehmigungsvorbehalt des Art. 3 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung ausgenommen.

Diese Privilegierung dürfe jedoch nicht dahin gehend missverstanden werden, dass Patente gänzlich von der Ausfuhrkontrolle nach der Dual-Use-Verordnung ausgenommen sind. Vielmehr greife trotz der im Grundsatz angelegten Privilegierung stets die Catch-all-Klausel des Art. 4 Dual-Use-Verordnung. Die ATA bezwecke lediglich eine Ausnahme von einer grundsätzlich bestehenden Genehmigungsbedürftigkeit für Informationen über die explizit in Anhang I der Verordnung gelisteten Güter, hinsichtlich derer eine generalisierte Kontrolle aufgrund ihrer öffentlichen Zugänglichkeit ohnehin wenig Sinn ergeben würde.

Es könne auch nicht darauf abgestellt werden, dass das Telos der Ausfuhrkontrolle, der nach Auffassung der Klägerin ausschließlich in der Geheimhaltung/Zurückhaltung von Technologie/Gütern bestehe, durch eine Kontrolle der Ausfuhr ohnehin öffentlich zugänglicher Patente nicht erreicht werden könne; denn über diesen Geheimhaltungsaspekt hinaus bestehe der Sinn und Zweck der Ausfuhrkontrolle auch darin, der deutschen Außenpolitik Nachdruck und Glaubwürdigkeit zu verleihen und schon den „bösen Schein“, Deutschland würde entgegen seiner Bekenntnisse nicht zu den unverhandelbaren Standards für die internationale Achtung der Menschenrechte stehen, zu vermeiden. Insgesamt sollen jedenfalls die Catch-all-Klauseln alle jene Ausfuhrvorgänge erfassen (können), die mit Blick auf das Gefährdungspotenzial von Gütern mit (potenziell) doppeltem Verwendungszweck ein Kontrollbedürfnis begründen könnten.

Zuletzt führt das Gericht zusammenfassend aus, dass Patente sozialpflichtiges Eigentum seien, deren Durchsetzbarkeit und Rechteverwertung ggf. hinter Sicherheitsinteressen zurücktreten müssten. Ein unbegrenztes und unbeschränkbares positives Nutzungsrecht ginge mit Ihnen nicht einher, vielmehr gäben sie lediglich das Recht, Dritte negativ von der Benutzung auszuschließen.

Insgesamt sei der Ausfuhrvorgang dadurch, dass das BAFA die Klägerin davon unterrichtet hat, dass es sich bei den Patenten um Güter mit doppeltem Verwendungszweck handelt, gemäß Art. 4 Abs. 2 Dual-Use-Verordnung genehmigungspflichtig geworden.

Im Rahmen der Versagung der Genehmigung seien auch keine Ermessensfehler auszumachen (vielmehr stehe dem BAFA eine „außenpolitische Einschätzungsprärogative“ zu), so dass die ablehnende Entscheidung des BAFA nicht rechtswidrig sei.

Offen ließ der VGH dabei die Frage einer möglichen (theoretischen) Strafbarkeit eines Patentinhabers nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 AWG.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Interessant ist das Urteil des VGH insbesondere mit Blick auf zwei Punkte: Zum einen stellt das Gericht fest, dass eine Befreiung von der Genehmigungspflicht nach Art. 3 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung nicht gleichbedeutend mit einer Allgemeinen Ausnahme von der Ausfuhrkontrolle der Dual-Use-Verordnung ist. Vielmehr bleiben deren Catch-all-Klauseln umfassend anwendbar. Die Ausnahmen nach den Anmerkungen zu Beginn des Anhangs I der Verordnung finden also nur auf Art. 3 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung Anwendung. Zum anderen sieht das Gericht in diesem Zusammenhang für öffentlich zugängliche Informationen auch keinen Konflikt mit dem Telos der Ausfuhrkontrolle; dieses gehe über bloße Geheimhaltungsinteressen hinaus und erfasse auch das Interesse Deutschlands an einer glaubwürdigen Außenpolitik.

Die Herangehensweise des Gerichts mag schematisch zwar zutreffen. Dennoch ändert das nichts an der Tatsache, dass allgemein zugängliche Informationen, die jedermann im Internet zur Ver-

fügung stehen, faktisch (und im Übrigen auch rechtlich) bereits ausgeführt wurden. Insofern ist zwar die Zielsetzung, öffentlich zugängliche Informationen ausfuhrrechtlich zumindest irgendeiner Kontrolle zu unterwerfen, politisch nachvollziehbar und offenbar vom Gesetzgeber im Rahmen der Catch-all-Klauseln auch (zumindest teilweise) gewollt. So enthält beispielsweise auch die Nukleartechnologieanmerkung (NTA) für Nukleartechnologie im Gegensatz zur ATA (für sonstige Technologie) keine Ausnahme von dem allgemeinen Genehmigungsvorbehalt des Art. 3 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung. Begründet wird das dort mit der besonderen Grundgefährlichkeit von Nukleartechnologie.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang zudem, dass das BAFA in seinem jüngst veröffentlichten Merkblatt zum Immateriellen Technologietransfer zwar festhält, dass Patentinformationen nach Publikation der Offenlegungsschrift nicht mehr „der Exportkontrolle“ unterliegen. Das könnte dahin gehend missverstanden werden, dass ein allgemeiner Ausschluss von der Kontrolle bewirkt wird (vgl. [www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_technologietransfer](http://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_technologietransfer), S. 20, abgerufen am 18.06.2024). Insbesondere vor dem Hintergrund der vom BAFA im vorliegenden Verfahren vertretenen Auffassung liegt es jedoch näher, dass sich diese Aussage nur auf Art. 3 Dual-Use-Verordnung bezieht.

Auch lässt sich das Argument gut nachvollziehen, dass die Veröffentlichung der Patentschriften durch das Patentamt zwar theoretisch betrachtet ein der Dual-Use-Verordnung unterfallender Ausfuhrvorgang sei, der allerdings regelmäßig mangels Kenntnis des BAFA nicht nach Art. 4 Dual-Use-Verordnung von einer Genehmigungspflicht erfasst werden könne. Dennoch stellt sich die Frage, inwiefern der „symbolpolitische“, mit Blick auf die ohnehin bestehende weltweite Abrufbarkeit der Patente aber völlig sinnlose (nachträgliche) Kontrollvorgang auf Grundlage von Art. 4 Dual-Use-Verordnung gegenüber der grundsätzlichen Ausfuhrfreiheit nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AWG gerechtfertigt werden kann. Letztlich streiten aber wohl auch die Systematik und der Standort der ATA für die Auffassung des Gerichts: Die ATA ist Teil des Anhangs I der Dual-Use-Verordnung, der sich systematisch nicht auf Art. 4 Dual-Use-Verordnung, sondern auf Art. 3 Dual-Use-Verordnung bezieht und diesen konkretisiert.

Naheliegend wäre es, wenn die ausfuhrrechtliche Kontrolle von in Patenten enthalten Informationen vor/mit der Patentanmeldung erfolgte. Aber auch hier findet keine Kontrolle statt. Denn Patentinformationen als solche sind durch die ATA vom Genehmigungserfordernis ausgenommen. Das stellt das BAFA in seinem im Mai 2024 veröffentlichten Merkblatt zum Immateriellen Technologietransfer auch noch einmal klar.

Dennoch ist es unbefriedigend und nach dem primären Telos der Ausfuhrkontrolle widersprüchlich, dass die Genehmigungspflicht für Patente im Ergebnis zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem die Informationen durch die Patentveröffentlichung ohnehin schon öffentlich sind. Insofern wäre hier eine Überarbeitung der Kontrollmechanismen wünschenswert.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Mit dem VGH kann von einer Genehmigungsfreiheit nach Art. 3 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung aufgrund der ATA zu Anhang I nicht auf eine Genehmigungsfreiheit auch nach Art. 4 Dual-Use-Verordnung geschlossen werden. Das gilt nach dem VGH insbesondere dann, wenn es sich um öffentlich zugängliche Informationen handelt, die nach den Anmerkungen zu Anhang I der Dual-Use-Verordnung privilegiert sind. Beides ist für die Zukunft in den Compliance-Systemen zur Exportkontrolle zu berücksichtigen.

Auch hinsichtlich des (allgemeinen) Telos der Ausfuhrkontrolle ist die Entscheidung des VGH ergebnislos: Eine teleologische Reduktion von Art. 4 Dual-Use-Verordnung aufgrund der öffentlichen Zugänglichkeit der betreffenden Information scheitert. Denn das Telos der Ausfuhrkontrolle

von Dual-Use-Gütern beschränkt sich nicht auf die Weiterverbreitung sensibler Güter/Informationen. Der wesentlich nebulösere Zweck der außenpolitischen Glaubwürdigkeit ist vielmehr als eigenständiges Merkmal in den Einzelfallprüfungen der Ausfuhrkontrolle gesondert zu berücksichtigen.

Für das Patentrecht macht die Entscheidung des VGH deutlich, dass für in Patenten enthaltene Informationen keine generelle Ausnahme von der Anwendbarkeit der Dual-Use-Verordnung besteht. Zwar privilegiert die Dual-Use-Verordnung Patente insoweit, als dass selbige grundsätzlich von der allgemeinen Genehmigungsbedürftigkeit gemäß Art. 3 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung ausgenommen sind. Die Catch-all-Klauseln (Art. 4 Dual-Use-Verordnung) bleiben dennoch stets anwendbar. Insofern muss auch bei der Verwertung von Patenten, die einem doppelten Verwendungszweck dienen könnten, in Drittländern künftig damit gerechnet werden, dass das BAFA eine Genehmigungspflicht nach den Catch-all-Klauseln herbeiführt. Die für Patente bestehenden ausfuhrrechtlichen Compliance-Regeln sollten darauf geprüft werden, ob dieses Szenario bereits berücksichtigt ist. Im Zusammenhang mit Dual-Use-relevanten Patenten im Besonderen und der Ausfuhr von Technologie im Allgemeinen sollte auch das im Mai 2024 erschienene Merkblatt des BAFA zum Immateriellen Technologietransfer (vgl. [www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_technologietransfer](http://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_technologietransfer), abgerufen am 18.06.2024) beachtet werden.

Abschließend sei darauf verwiesen, dass das Gericht in seiner Entscheidung leider davon abgesehen hat, das Verhältnis zwischen Art. 3 Dual-Use-Verordnung und Art. 4 Dual-Use-Verordnung grundlegend zu klären: Für ein (gedachtes) Patent, das im Zusammenhang mit einem (gedachten) Gut steht, welches in Anhang I aufgeführt ist, scheidet Art. 3 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung (nur) aufgrund der ATA aus. Es stellt sich in diesem Szenario die Frage, ob Art. 4 Dual-Use-Verordnung trotz des klaren Wortlauts („die nicht in Anhang I aufgeführt sind“) überhaupt anwendbar ist. Der effet utile könnte in diesem Zusammenhang mit guten – teilweise auch von dem Gericht angeführten – Gründen gegenüber dem eigentlich klaren Wortlaut überwiegen und für eine Anwendbarkeit der Vorschrift auch in dieser Fallkonstellation streiten.