Leitfaden US-Export- und Reexportkontrolle

Möllenhoff Rechtsanwälte
RA, FAfStR Dr. Ulrich Möllenhoff
RA, FAfStR Hajo Nohr
RA, FAfStR Heiko Panke
RAin Almuth Barkam
RA Stefan Dinkhoff
RA Niklas Landmeyer
RAin Frederike Helmert

MÖLLENHOFF RECHTSANWÄLTE
Steuern | Zoll | Exportkontrolle

Königsstraße 46
48143 Münster
Tel.: +49 (0) 251 857 13 - 0
Fax: +49 (0) 251 857 13 - 10
www.ra-moellenhoff.de

Stand: Januar 2013

A. Einleitung

Als Weltführer im Technologiebereich in der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg wurde den Vereinigten Staaten schnell bewusst, dass der Export sensibler Technologie kontrolliert werden muss, um eine Anwendung zu verhindern, die den Interessen der USA und deren Alliierten zuwiderlief. Dieses Bedürfnis wurde in der Nachkriegszeit durch die rasche Verbreitung von Atomwaffen und Raketentechnologien, sowie die Machtblöcke in Ost und West und in neuerer Zeit aufgrund des zunehmenden Terrorismus verstärkt.

Die rechtlichen Grundlagen des Exports von amerikanischen Waren, Dienstleistungen, Technologien, Software und geistigem Eigentum sind ausgesprochen komplex und vielgestaltig. Grundsätzlich sind sie denen der Europäischen Union und der Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf die zu kontrollierenden Waren und Technologien ähnlich. Auch sie orientieren an den Eckpfeilern der international abgestimmten Exportkontrollregime.

Gleichwohl bestehen zahlreiche Unterschiede. So sehen etwa die amerikanischen Bestimmungen zur Exportkontrolle deutlich mehr Genehmigungspflichten vor. Auch fehlt es an einem eindeutigen Bekenntnis zur Außenwirtschaftsfreiheit und zum Interventions-Minimum. Der bedeutendste Unterschied zu den Europäern besteht jedoch in der Sichtweise der amerikanischen Behörden zur Zuständigkeit zur Exportkontrolle. Die US-Behörden gehen von einer weltweiten Zuständigkeit für die Kontrolle amerikanischer Produkte und Technologien aus.

Diese weltweite Zuständigkeit gilt selbst für US-Waren, welche als „integrated abroad into foreign-made products“ angesehen werden, die also nur als Bestandteile in außerhalb der USA gefertigten Produkten enthalten sind. Ferner soll die Zuständigkeit auch für Waren gelten, die ohne dass US-Bestandteile verwendet werden, unter Einsatz von amerikanischer Software und Technologie erzeugt werden („foreign produced direct products“) und welche dann ihrerseits grenzüberschreitend gehandelt werden. Geschäfte mit solchen Waren, insbesondere Ausfuhren, sind aus amerikanischer Sicht „Reexporte“.

Aufgrund dieser Sichtweise der amerikanischen Behörden zur Zuständigkeit zur Exportkontrolle kommen auch die exportorientierten deutsche Unternehmen regelmäßig mit den Regelungen der amerikanischen Exportkontrolle in Berührung.

Die Einhaltung der Regelungen ist von großer Bedeutung, denn ein Verstoß gegen diese Regelungen kann einschneidende Konsequenzen haben. So laufen die Unternehmen unter anderem Gefahr, vom weiteren Handel mit amerikanischen Produkten bzw. Teilen solcher Produkte ausgeschlossen zu werden. Ferner sind insbesondere hohe Geldstrafen möglich.

B. Rechtsquellen und Normenhierarchie

Auf der obersten Ebene der Hierarchie des US-Bundesrechts steht die Verfassung. Auf der zweiten Ebene stehen die Bundesgesetze, welche in Form von „Acts“ erlassen werden. Auf der dritten Ebene stehen die detaillierten „Regulations“ der Ministerien, welche etwa den deutschen Verordnungen entsprechen. Daneben gibt es noch die „Executive Orders“ (Verwaltungserlasse) des Präsidenten, welche eine Mittelposition zwischen den „Acts“ und „Regulations“ einnehmen.

C. Rechtliche Grundlagen

Im amerikanischen Exportkontrollrecht besteht eine kaum überschaubare Vielzahl von rechtlichen Grundlagen. Nachfolgend werden daher nur die für deutsche Unternehmen

wichtigsten Regelungen der amerikanischen Exportkontrolle dargestellt.

I. Dual-use-Güter

1. Export Administration Act (EAA)

Rechtsgrundlage der amerikanischen Exportkontrolle ist der „Export Administration Act of 1979“ (EAA). Das Gesetz trat am 20.08.1994 außer Kraft und wurde in Anschluss anhand präsidialer Anordnungen mithilfe des International Emergency Economic Powers Act (IEEPA) weiter angewendet.

2. Export Administration Regulations (EAR)

Bei den „Export Administration Regulations“ (EAR) handelt es sich um eine Art „Durchführungsverordnung zu dem EAA“.

3. Commerce Control List (CCL) und Export Commodity Classification Number (ECCN)

Der EAR enthält unter der Bezeichnung „Supplement No. 1 to EAR Part 774“ die „Commerce Control List“ (CCL). Anhand der CCL ergibt sich, welche Waren, Software oder Technologien aufgrund ihrer technischen Beschaffenheit oder ihrer Verwendungsmöglichkeit Gegenstand von amerikanischen Exportkontrollen sind.

Inhalt und Struktur der CCL gleichen der deutschen Ausfuhrliste bzw. der Güterliste der Dual-use-Verordnung der europäischen Gemeinschaft. Folglich haben auch die deutsche Ausfuhrlistenposition und die amerikanische Export Commodity Classification Number (ECCN) denselben Aufbau. Beide setzten sich aus den drei Bestandteilen „Kategorie“, „Gattung“ und „Kennung“ zusammen.

4. Commerce Country Chart (CCC)

Der „Commerce Country Chart” (CCC) ist als „Supplement No. 1 to EAR Part 738“ dem EAR beigefügt. Der CCC enthält eine umfangreiche Tabelle, die alle Länder und Gebiete weltweit umfasst. Hier ist im Vergleich zu den europäischen Regelungen im Hinblick auf die Zielländer eine größere Differenzierung hinsichtlich der Sensibilität und damit des erforderlichen Exportkontrollniveaus vorgesehen.

II. Rüstungsgüter

Grundlage für den Export von konventionellen Rüstungsgütern sind der „Arms Export Control Act“ (AECA) und dessen Durchführungsverordnung die „International Traffic in Arms Regulations“ (ITAR).

Für die Kontrollen bezüglich nuklearer Güter ist insbesondere der „Atomic Energy Act“ (AEA) der „Nuclear non-Proliferation Act“ (NNPA) und die „Nuclear Regulatory Commission Regulations“ (NRC-Regs) einschlägig.

Das bedeutet für Sie:

Aufgrund der Vielzahl der rechtlichen Grundlagen der US Export- und Reexportkontrolle ist eine Einarbeitung in dieses Rechtsgebiet erforderlich.

Zu beachten ist, dass bei Vorliegen eines Verstoßes, der Einwand, dass von einem deutschen Unternehmen nicht die Kenntnis des amerikanischen Export- und Reexportrechts verlangt werden könne, von den zuständigen Behörden grundsätzlich als irrelevant zurückgewiesen wird.

D. Extraterritoriale Anwendung und Durchsetzung von US-Exportkontrollnormen

Ein großer Teil der amerikanischen Exportkontrollnormen erhebt Anspruch, extraterri-

torial zu gelten. Daher kann das US-Exportkontrollrecht auch auf Handelsgeschäfte außerhalb des Staatsgebiets der USA Anwendung finden oder sich zumindest auf solche Sachverhalte auswirken.

I. Extraterritoriale Anwendung

Grundsätzlich können sich die Bestimmungen des US-Exportkontrollrechts auf sämtliche Waren und Technologien erstrecken, die einmal aus den USA ausgeführt wurden, unabhängig davon, ob sie weiterverarbeitet, eingebaut oder auf andere Weise zur Herstellung anderer Produkte verwendet wurden (sachbezogener Anwendungsbereich).

Eine Erweiterung erfolgt durch den personenbezogenen Anwendungsbereich. Neben Auslandslieferungen von Personen und Unternehmen, die in den USA niedergelassen sind, werden auch solche von sog. „US-Persons“ (EAR Part 744.6) erfasst. In diesen Fällen ist das US-Exportrecht unabhängig von einem US-Ursprung anzuwenden.

Zu den „US-Persons“ gehören neben US-Tochtergesellschaften auch ausländische Unternehmen, welche nach dem Recht der USA errichtet worden sind. Zudem gilt als (genehmigungspflichtiger) Export auch die „Offenbarung bzw. Übertragung von Technologie oder Software, die dem EAR unterfällt, an einen Ausländer in den USA (sog. „deemed export“, EAR Part 734.2 (b) (1)).

Ferner kann die extraterritoriale Anwendung des US-Exportrechts schriftlich durch Unterwerfungsklauseln („submission clauses“) begründet werden. Solche Klauseln werden entweder in Verträgen zwischen privaten Parteien vereinbart, auf Lieferscheinen und Rechnungen vermerkt oder befinden sich in Formularen, welche ein ausländischer Importeur gegenüber der US-Verwaltung bei der Erteilung einer Exportlizenz unterzeichnet.

II. Extraterritoriale Durchsetzung

Während das US-Exportkontrollrecht aufgrund seines weiten Anwendungsbereiches theoretisch Durchsetzungsmaßnahmen auf der ganzen Welt nach sich zieht, ist die Vollstreckung mangels direkten Zugriffs auf Personen im Ausland häufig nur schwer möglich. Daher werden Maßnahmen bei im Ausland befindlichen Tochtergesellschaften oder Niederlassungen meist gegen die US-Muttergesellschaft durchgesetzt.

Bei Verstößen gegen das amerikanische Exportkontrollrecht durch ein rein ausländisches Unternehmen erfolgt die Durchsetzung in der Regel indirekt über den zeitweisen oder lebenslänglichen Entzug des sog. „Exportprivilegs“ im Wege einer sog. „denial order“. Das ausländische Unternehmen oder die ausländische Person wird in eine sog. „schwarze Liste“ (Supplement No. 2 zu EAR Part 764) aufgenommen, mit der Konsequenz, dass die US-Behörden keine Exportgenehmigungen mehr erteilen und das Unternehmen nicht mehr an Personen, welche der US-Hoheitsgewalt unterliegen, Waren oder Technologie liefern dürfen.

Auf diese Weise kann ein ausländisches Unternehmen vollkommen von dem US-Markt abgeschnitten werden. Zudem kann durch Erweiterung des Verbots auf ausländische Tochtergesellschaften und Niederlassungen amerikanischer Unternehmen der Zugang zu anderen Märkten verschlossen werden.

III. Zulässigkeit und Grenzen

Die Zulässigkeit und Grenzen der extraterritorialen Anwendung und Durchsetzung von amerikanischen Exportkontrollregelungen richtet sich nach völkerrechtlichen Bestimmungen. Auch wenn die Zulässigkeit extraterritorialer Exportkontrolle fragwürdig ist, hat eine Beanstandung meist nur auf zwischenstaatlicher Ebene Erfolg. Für Unternehmen bieten sich in der Regel

kaum Verteidigungsmöglichkeiten bei Sanktionen aufgrund Zuwiderhandlungen.

Das bedeutet für Sie:

Im Rahmen der täglichen Arbeit in Ihrem Unternehmen sollten Sie die extraterritoriale Anwendung der US-Exportkontrollbestimmungen berücksichtigen. Sie müssen daher sämtliche Aktivitäten vor dem Hintergrund der Bestimmungen des US-Exportkontrollrechts durchleuchten. Es sollte daher ein Exportmanagementsystem mit unternehmensinternen Kontroll- und Sicherungsmechanismen eingeführt werden, um Verstöße gegen Vorschriften des US-Export- und Reexportkontrollrechts zu verhindern.

E. Rückwirkung von US-Exportkontrollbestimmungen

Zu berücksichtigen ist zudem, dass bereits geschlossene, aber noch nicht erfüllte Verträge durch die Einführung neuer US-Exportkontrollbestimmungen nachträglich beeinflusst werden können, wenn diese Vorschriften den Anspruch erheben, rückwirkend („retroactive“) zu gelten.

Das bedeutet für Sie:

Es müssen ständig aktuelle Entwicklungen des US-Export- und Reexportkontrollrechts beobachtet und gegebenenfalls sogar bereits abgeschlossene Verträge auf eine Vereinbarkeit mit diesen Bestimmungen hin untersucht werden.

F. Export- und Reexportkontrollen

I. Genehmigungsbehörden

Das dem US-Department of Commerce unterstellte „Bureau of Industrie & Security“ (BIS, vormals Bureau of Export Administration) ist grundsätzlich als Genehmigungsbehörde für Exportkontrollen mit Dual-use-Gütern zuständig. Das BIS hat den größten Einfluss auf amerikanische Export- und Reexportkontrollen.

Der Export von Rüstungsgütern wird durch das „Office of Defense Trade Control“ (ODTC) des State Department in Zusammenarbeit mit der „Defense Technology Security Administration“ (DTSA) des Defense Departments überwacht.

Diese grundsätzlichen Zuständigkeiten täuschen darüber hinweg, dass die Zuständigkeitsregelungen sehr komplex und vielgestaltig sind und sich durch eine hohe, sich stets ändernde und häufig überschneidende Aufteilung der Zuständigkeit auf mehrere Behörden auszeichnen.

Die Komplexität des US-Export- und Reexportrechts wird insbesondere dadurch deutlich, dass jede der zuständigen Behörden eigene Regulations (z.T. in ähnlicher Länge wie die EAR) erlassen hat und diese teilweise im Widerspruch zu den EAR stehen.

Das bedeutet für Sie:

Es sollte immer zunächst geklärt werden, welche Behörde(n) für den Export einer bestimmten Güterkategorie zuständig ist bzw. sind. Ferner ist zu beachten, dass das Vorliegen einer deutschen Ausfuhrgenehmigung des BAFA nicht von der Verpflichtung entbindet, eine gesonderte amerikanische Ausfuhrgenehmigung einzuholen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut EAR Part 734.12, wonach die Einhaltung der Vorschriften, etwa des deutschen Außenwirtschaftsrechts, nicht von der Verantwortung entbindet, das US-Export- und Reexportrecht einzuhalten.

II. Grundsätzliche Genehmigungsvorbehalte („General Prohibitions“)

In EAR Part 736 sind die generellen Genehmigungsvorbehalte des amerikanischen Exportkontrollrechts („General Prohibtions“) enthalten.

Die Genehmigungserteilung wird danach von unterschiedlichen Faktoren, nämlich von der Klassifizierung nach CCL, Zielland, Endverwender, Art der Endverwendung, Unterstützung genehmigungspflichtiger Proliferationen im Sinne dazugehöriger Vertragsabschlüsse, finanzieller Transaktionen oder Transporte beeinflusst.

III. Besondere Genehmigungsvorbehalte für nicht von der CCL erfasste Waren

Auch Waren, welche als Nicht-Hightech-Produkte einer generellen Genehmigungspflicht nicht unterliegen und welche als ECCN die Codierung „EAR99“ erhalten haben, können unter bestimmten Voraussetzungen dennoch export- bzw- reexportlizenzpflichtig werden. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn gegenüber dem Zielland ein spezielles Embargo besteht (entsprechende Aufstellungen finden sich bei dem BIS unter „Regional Considerations“) oder es sich bei dem Abnehmer der Ware um eine verdächtige Person handelt.

Letzteres bestimmt sich nach der „Entity List“, der „Specially Designated Nationals and Blocked Persons List“, der „Unverified List“, der „Denied Persons List“ und der „List of Statutorily Debarred Parties“.

IV. Ausnahmen von der Genehmigungspflicht („Licence Exceptions“)

In EAR Part 740 sind unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von der Genehmigungspflicht für Waren vorgesehen, die durch die CCL erfasst sind („Licence Exeptions“). Diese Ausnahmen sind unter anderem vorgesehen für „shipments to country group B countries“, für „shipment of limited value“, für Lieferungen an „civil end-users“, für „technology & software under restriction”, für „key management infrastructure” und für „temporary imports, exports and reexports”.

V. „de minimis“ – Regelung

Die Anwendung der amerikanischen Bestimmungen zur Exportkontrolle erstreckt sich nicht nur auf die unveränderte Ausfuhr sensibler Waren aus den USA direkt oder über Händler anderer Staaten. Vielmehr sind sie auch auf Waren anzuwenden, die in einem nicht-amerikanischen Land hergestellt werden und anteilig US-Waren, Software und Technologien enthalten. Insoweit muss zwischen sensiblen Waren, also solche die von der CCL erfasst werden, einerseits und Software und Technologien andererseits unterschieden werden.

Von einigen besonders sensiblen Waren abgesehen, auf welche die „de minimis“ - Regelung des EAR (Part 734) nicht angewendet werden kann, dürfen als sensibel eingestufte US-Waren bis zu einer Höhe von 25 Prozent in ein Exportprodukt eingehen, ohne dass die amerikanischen Regelungen zur Exportkontrolle Anwendung finden. Nur für einige wenige Zielländer, denen gegenüber US-Embargos bestehen (EAR Part 746) oder welche nach amerikanischer Ansicht den internationalen Terrorismus unterstützen (Ländergruppe E:1 nach Supplement No. 1 zu EAR Part 740) reduziert sich die Bestandteilgrenze auf 10 Prozent.

Die Berechnung (vgl. Supplement No. 2 zu EAR Part 734) dieser „de minimis“ – Grenze ist recht komplex, da der „US content value“, also der Wert der kontrollierten US-Bestandteile, bei welchem bestimmte Güter nicht einbezogen werden dürfen, durch den Wert des „foreign made products“ (üblicher

Verkaufspreis ohne Umsatz- oder Verbrauchssteuer) geteilt werden muss.

Weil das Unterschreiten der „de minimis“ - Grenze eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht darstellt, trägt der Exporteur hierfür die Beweislast. Dementsprechend muss der Exporteur die Berechnung selbst und eigenverantwortlich durchführen. Nur falls die US-Behörden Zweifel haben, werden sie die Berechnung nachprüfen (EAR Part 734.4 (f)).

Das bedeutet für Sie:

Wenn sie leichtfertig ein Unterschreiten der „de minimis“ - Grenze annehmen und deshalb keine Genehmigung beantragen, obwohl die „de minimis“ - Grenze überschritten ist, begehen Sie die Straftat der ungenehmigten Ausfuhr.

Diese für sensible Waren geltenden Bestimmungen der „de minimis“ - Regelung sind ebenfalls auf Software und Technologien anzuwenden, welche mit nicht-amerikanischen Exportprodukten vermischt werden. Allerdings ist insoweit nach Supplement No. 2 (b) (1) zu EAR Part 734 ein ausführlicher Bericht, der sog. „One Time Report“ bei der BIS einzureichen. Dies gilt selbst dann, wenn die „de minimis“ - Grenze nicht erreicht wird.

Dieser Bericht, welcher für kleinere und mittlere Exportunternehmen eine hohe bürokratische Hürde darstellt, muss vor dem ersten beabsichtigten Export eingereicht werden. Die Verantwortung für diesen Bericht liegt allein beim Exporteur. Sofern sich die zugrunde liegenden Angaben nicht ändern, ist bei den nachfolgenden Ausfuhren kein weiterer Bericht erforderlich.

Das bedeutet für Sie:

Selbst Firmen, die nur einen geringen Anteil amerikanischer Software oder Technologie in den von ihnen produzierten Waren verwenden, sind zur Vorlage des „One Time Reports“ verpflichtet. Sofern dies nicht geschieht, ist der Export illegal, unabhängig davon, ob die „de minimis“ - Grenze eingehalten worden ist oder nicht.

VI. „foreign produced direct product“ – Regelung

Nach der „foreign produced direct product“ - Regelung (EAR Part 736.2 (b) (3) i.V.m. EAR Part 732.2 (f)) bedürfen Erzeugnisse, die, ohne dass US-Bestandteile verwendet werden, und direkt unter Einsatz von amerikanischer Software und Technologie erzeugt werden, bei dem Export in bestimmte Länder grundsätzlich einer Ausfuhrgenehmigung des BIS. Es bestehen nur wenige Ausnahmen nach den „Licence Exceptions“. Die „de minimis“ - Regelung ist insoweit nicht anwendbar.

G. Sanktionen

Die Zuständigkeit für Sanktionsmaßnahmen liegt beim „Office of Foreign Assets Control“ (OFAC), welches dem Treasury Department eingegliedert ist und intensiv mit dem Department of Commerce zusammenarbeitet.

Bei Verstößen gegen die amerikanischen Exportkontrollbestimmungen drohen Freiheitsstrafen und Geldstrafen. Auch ordnungs- und verwaltungsrechtliche Sanktionen können angeordnet werden. Dabei ist zu beachten, dass die Sanktionen sehr streng sind, da sie im Vergleich zum deutschen Recht sehr hoch ausfallen und straf-, ordnungs- und verwaltungsrechtliche Sanktionen miteinander kombiniert werden können.

Zudem können Unternehmen durch die Aufnahme in eine „schwarze Liste“ vollständig vom US-Markt abgeschnitten werden.

H. Weitere Hinweise

Wie Sie diesem Leitfaden entnehmen können, gibt es für Unternehmen, die mit den Regelungen des amerikanischen Exportkontrollrechts in Berührung kommen, unter Umständen erheblichen Handlungsbedarf, um Sanktionen und Strafen gegenüber dem eigenen Unternehmen abzuwenden.

Bei diesem Leitfaden handelt es sich um eine Einführung in das US-Export- und Reexportrecht. Die Informationen dieses Leitfadens reichen aus, damit Sie sich einen Überblick verschaffen können. Sofern Sie weitere Auskünfte oder Unterstützung benötigen, sprechen Sie uns an. Wir beraten Sie gerne!

Informationen über uns finden Sie im Internet unter:

www.ra-moellenhoff.de