

Fachzeitschriften > AW-Prax > AW-Prax Aktuelle Ausgaben > 2019 > AW-Prax 02/2019 > Beiträge · Aufsätze · Berichte > Die US-Re-Exportkontrolle: Konfusion oder Konzeption?

Die US-Re-Exportkontrolle: Konfusion oder Konzeption?

Wann unterfallen Auslandsgeschäfte der US-Re-Exportkontrolle? Ein kurzer Praxis-Leitfaden zum besseren Verständnis der Systematik der US-Re-Exportkontrolle



Der Autor Rechtsanwalt Prof. Dr. Philip Haellmigk, LL.M. ist Inhaber und Leiter der Kanzlei HAELLMIGK, die auf die Bereiche Außenhandel & Exportkontrolle spezialisiert ist. Er ist zudem Professor für Öffentliches Recht an der FOM Hochschule für Oekonomie und Management in München.

Wenn deutsche Unternehmen mit dem US-Re-Exportkontrollrecht in Berührung kommen, löst dies ein gewisses Unbehagen aus. Dies liegt vor allem daran, dass die US-Re-Exportkontrolle als unstrukturiert und geradezu willkürlich wahrgenommen wird. Viele Unternehmen sind daher der Ansicht, dass ihre Auslandsgeschäfte im Zweifel eher unter die US-Re-Exportkontrolle fallen und daher eine Genehmigung der US-Behörden erfordern könnten. Daraufhin nehmen die Unternehmen entweder Abstand von dem betreffenden Auslandsgeschäft oder wickeln das Auslandsgeschäft ohne weitere Prüfung in der Hoffnung ab, dass es im Einklang mit der US-Re-Exportkontrolle steht. Eine vertiefte Untersuchung der US-Exportkontrollregelungen hätte aber vielleicht ergeben, dass die US-Re-Exportkontrolle als solches schon gar keine Anwendung findet oder zumindest aber eine Genehmigung der US-Behörden im konkreten Fall doch nicht erforderlich ist. Vorliegender Beitrag gibt daher einen kompakten Überblick über das Konzept der US-Re-Exportkontrolle, erklärt Inhalt und Reichweite seiner Extraterritorialität und zeigt auf, welche typischen Fehler hier gemacht und wie diese vermieden werden können.

INHALT

- Ausgangspunkt
- Unterfällt das beabsichtigte Auslandsgeschäft der US-Re-Exportkontrolle?
Anknüpfungspunkt: Bei dem Exportgut handelt es sich um ein US-Gut

Anknüpfungspunkt: In das Auslandsgeschäft ist eine US-Person involviert

Anknüpfungspunkt: Es gelten Secondary Sanctions

- Bestehen für das beabsichtigte Auslandsgeschäft Beschränkungen in Form von Genehmigungspflichten bzw. Verboten?
- Fazit

Ausgangspunkt

Bei der Prüfung der US-Re-Exportkontrolle müssen zwei Fragen beantwortet werden, die strikt voneinander zu trennen sind:

- Unterfällt das beabsichtigte Auslandsgeschäft der US-Re-Exportkontrolle?
- Bestehen für das beabsichtigte Auslandsgeschäft tatsächlich Beschränkungen in Form von Genehmigungspflichten bzw. Verboten?

Unterfällt das beabsichtigte Auslandsgeschäft der US-Re-Exportkontrolle?

Hierfür gibt es drei Anknüpfungspunkte, die sich aus dem Konzept der allgemeinen US-Re-Exportkontrolle und dem Konzept des speziellen US-Embargorechts ergeben:

- Bei dem Exportgut handelt es sich um ein US-Gut (allgemeine US-Re-Exportkontrolle).
- In das Auslandsgeschäft sind US-Persons involviert (allgemeine US-Re-Exportkontrolle).
- Für das Auslandsgeschäft gelten die sog. Secondary Sanctions (spezielles US-Embargorecht).

Anknüpfungspunkt: Bei dem Exportgut handelt es sich um ein US-Gut

Es gibt im Wesentlichen drei Konstellationen, wann ein US-Gut vorliegt:

1. Konstellation: Das Exportgut weist einen US-Ursprung auf (US origin item).

Ein Gut weist einen US-Ursprung auf, wenn es in den USA hergestellt wurde. Maßgebliches Kriterium ist also die Herstellung bzw. der Ort der Herstellung. Daher spielt für die Einstufung eines Guts als US-Gut im Rahmen der US-Re-Exportkontrolle keine Rolle, ob es durch die USA durchgeführt oder dort gelagert wurde.

Ist ein Gut in den USA hergestellt worden, bleibt die US-Herkunft an dem Gut grundsätzlich haften. Daher verliert es seinen Charakter als US-Gut also insbesondere dann nicht, wenn es nach der Herstellung in den USA bereits in bzw. durch verschiedene Länder geliefert wurde.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt allerdings dann, sofern das in den USA hergestellte Gut im Ausland in ein anderes Gut umgewandelt wird (substantially transformed). Dann überlagert das neu im Ausland hergestellte Produkt das ursprünglich in den USA hergestellte Gut (vgl. beispielsweise Sec. 560.205 (b) (1) Iranian Transactions and Sanctions Regulations).

2. Konstellation: Das Exportgut ist im Ausland produziert, enthält aber einen US-Bestandteil.

Ein im Ausland produziertes Gut, das US-Bestandteile enthält, unterfällt (nur) dann der US-Re-Exportkontrolle, wenn die US-Bestandteile eine bestimmte Wertgrenze erreichen (de minimis-Regelung). Grundsätzlich gilt eine Wertgrenze von 25 % (bei Lieferungen in bestimmte US-Embargo-Länder muss der zulässige Wertanteil bei bzw. unter 10 % liegen; siehe dazu unten).

Bei der Anwendung der de minimis-Regelung sind folgende Besonderheiten zu berücksichtigen:

Zunächst ist zu beachten, dass die an sich günstige de minimis-Regelung nicht für alle ausländischen Güter mit US-Bestandteilen angewendet werden darf. So sind hiervon beispielsweise bestimmte ausländische Rüstungsgüter, Computer oder Verschlüsselungstechnologien ausgenommen. In diesen Fällen führt bereits ein minimaler Wertanteil des US-Bestandteils zur Anwendung der US-Re-Exportkontrolle.

Gleichwohl gilt, dass für die überwiegende Mehrzahl der ausländischen Güter die de minimis-Regelung genutzt werden kann.

Bei der Berechnung des Wertanteils fordert die US-Re-Exportkontrolle jedoch entgegen verbreiteter Ansicht nicht, dass alle US-Bestandteile berücksichtigt werden müssen.

Zu den relevantesten Ausnahmen zählen:

- US-Bestandteile, die keine eigene Klassifizierungsnummer (Export Control Classification Number (ECCN)) in der US-amerikanischen Dual-use-Liste (Commerce Control List) aufweisen, können bei der de minimis-Kalkulation grundsätzlich außer Betracht bleiben. Dies betrifft die US-Bestandteile, die mit der Position EAR99 klassifiziert werden (Ausnahmen bestehen bei Lieferungen in bestimmte US-Embargo-Länder; siehe dazu unten).
- Auch wenn die US-Bestandteile eine ECCN aufweisen, bedeutet dies aber noch nicht, dass sie bei der de minimis-Kalkulation berücksichtigt werden müssen. Dies gilt nur dann, wenn die ECCN für das konkrete Lieferland tatsächlich eine Genehmigungspflicht auslöst. Die US-Re-Exportkontrolle spricht von kontrollierten US-Bestandteilen (controlled items). Ein US-Gut bzw. US-Bestandteil ist nach dem Konzept der allgemeinen US-Re-Exportkontrolle nicht bereits dann genehmigungspflichtig, wenn es eine ECCN aufweist, sondern vielmehr erst dann, wenn der Kontrollgrund, also der Grund für die Aufnahme in die Commerce Control List, auch für das konkrete Lieferland gilt. Die Kontrollgründe für die Aufnahme eines Guts in die Commerce Control List (reasons for control) sind für jedes Land in der Länderliste (Commerce Country Chart) im Einzelnen aufgeführt.

3. Konstellation: Das Exportgut ist im Ausland produziert, basiert aber auf einer US-Technologie.

Auch bei dieser Konstellation ist zu beachten, dass nicht jedes ausländische Produkt, das auf einer US-Technologie basiert, bereits ein US-Gut im Sinne der US-Re-Exportkontrolle darstellt.

Auch hier gelten solche Güter nur dann als US-Güter, wenn sie bestimmten Kontrollgründen unterfallen und in bestimmte kritische Länder geliefert werden sollen.

Anknüpfungspunkt: In das Auslandsgeschäft ist eine US-Person involviert

Nach dem Verständnis der US-(Re-)Exportkontrolle sind US-Personen

- alle Personen mit einer US-Staatsangehörigkeit oder Greencard-Besitzer, unabhängig von ihrem Aufenthaltsort,
- alle Personen, die sich in den USA aufhalten, unabhängig von ihrer Nationalität,
- alle nach dem US-Recht gegründeten Unternehmen einschließlich ihrer nichtselbstständigen Filialen im Ausland.

Daraus folgt im Umkehrschluss, dass folgende Unternehmen keine US-Personen sind:

- ein Unternehmen, das nach ausländischem (deutschem) Recht gegründet wurde,
- ein Unternehmen, das nach ausländischem (deutschem) Recht gegründet wurde, auch wenn es das Tochterunternehmen einer US-Muttergesellschaft ist. Die allgemeine US-(Re-)Exportkontrolle gilt nur für die Unternehmen, die nach dem US-Recht gegründet sind. Der US-Bezug wegen der US-Muttergesellschaft spielt hier zunächst keine Rolle (bei bestimmten US-Embargo-Ländern ist dies jedoch der Fall; siehe dazu unten).

Anknüpfungspunkt: Es gelten Secondary Sanctions

Die Secondary Sanctions sind ein wesentlicher Bestandteil des Konzepts des US-Embargorechts.

In systematischer Hinsicht ergänzt das US-Embargorecht die allgemeine US-(Re-)Exportkontrolle, indem es die Regelungen der allgemeinen US-(Re-)Exportkontrolle verschärft.

Die Verschärfung der allgemeinen US-Re-Exportkontrolle erfolgt dabei auf zwei Arten.

1. Ansatz Verschärfung der Anknüpfungspunkte US-Gut und US-Person

Das US-Embargorecht erweitert die bestehenden Anknüpfungspunkte der allgemeinen US-Exportkontrolle, d.h. US-Gut und US-Person.

Ein Beispiel für die Erweiterung des Anknüpfungspunkts US-Gut:

- Der Grundsatz, dass US-Bestandteile mit einer EAR99-Klassifizierung keine Berücksichtigung bei der de minimis-Kalkulation finden, wird aufgehoben. Für bestimmte Embargoländer (wie Kuba, Nordkorea, Syrien) müssen auch EAR99-Bestandteile in die de minimis-Berechnung einbezogen werden.
- Der Grundsatz, dass der zulässige maximale Wertanteil eines US-Bestandteils bei 25 % liegt, wird aufgehoben. Bei Lieferungen in bestimmte US-Embargoländer (wie Iran, Nordkorea, Syrien) darf der US-Bestandteil an einem ausländischen Produkt nur noch bei bzw. unter 10 % liegen.

Ein Beispiel für die Erweiterung des Anknüpfungspunkts US-Person:

- Der Grundsatz, dass nur diejenigen Unternehmen US-Personen sind, die nach US-Recht gegründet wurden, wird aufgehoben. Nunmehr werden auch ausländische Tochterunternehmen einer US-Muttergesellschaft wie US-Personen behandelt. Ein solches Vorgehen kennt beispielsweise das US–Iran-Embargo. Danach werden ausländische Unternehmen mit einer US-Konzernzugehörigkeit wie US-Personen angesehen. Infolgedessen müssen sie dieselben Handelsverbote beachten wie ihre US-Muttergesellschaft.

2. Ansatz: Einführung eines neuen Anknüpfungspunkts: Secondary Sanctions

In Ergänzung zum 1. Ansatz, der Erweiterung der bestehenden Anknüpfungspunkte aus der allgemeinen US-Exportkontrolle, führt das US-Embargorecht einen neuen Anknüpfungspunkt ein.

Es legt fest, dass auch ausländische Unternehmen, auch wenn sie weder US-Güter exportieren noch eine US-Person sind, der US-Exportkontrolle unterfallen. Diese Regelung betrifft somit alle ausländischen Unternehmen.

Je nach Inhalt des betreffenden US-Embargos ist es somit allen ausländischen Unternehmen weltweit verboten, bestimmte Produkte in das sanktionierte Land zu liefern oder bestimmte Branchen oder bestimmte Unternehmen in diesem Land zu beliefern.

Das Regelwerk, das sich an die ausländischen Unternehmen richtet, die weder US-Güter liefern noch US-Personen sind, wird Secondary Sanctions genannt.

Aktuell enthalten das Iran- und Russland-Embargo derartige Secondary Sanctions.

Bestehen für das beabsichtigte Auslandsgeschäft Beschränkungen in Form von Genehmigungspflichten oder Verboten?

Sofern das betreffende Auslandsgeschäft nach Maßgabe des oben dargestellten Prüfungsschemas unter die US-Re-Exportkontrolle fällt, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob hierfür tatsächlich Beschränkungen, also Genehmigungspflichten oder Verbote, bestehen.

Dabei verbietet sich eine vorschnelle Annahme einer Genehmigungspflicht. Denn es bestehen einige Besonderheiten, die eine Genehmigungspflicht von vornherein ausschließen bzw. eine an sich bestehende Genehmigungspflicht wieder ausschließen können:

- Der Umstand, dass das US-Gut eine ECCN aufweist, macht den Export nicht per se genehmigungspflichtig. Erst aus dem Zusammenspiel von ECCN und dem konkreten Lieferland ergibt sich, ob tatsächlich eine Genehmigungspflicht vorliegt. Der Grund, warum das Gut gelistet ist (Kontrollgrund), muss auch für das konkrete Lieferland vorliegen.
- Auch wenn das US-Gut eine ECCN aufweist und der Kontrollgrund für das konkrete Lieferland vorliegt, bedeutet dies noch nicht zwangsläufig, dass das Auslandsgeschäft tatsächlich Genehmigungspflichten unterliegt. Die US-Exportkontrolle kennt wie die nationale und EU-Exportkontrolle Allgemeine Genehmigungen (License Exceptions). Danach dürfen genehmigungspflichtige Güter auch ohne Einzelausfuhrgenehmigung geliefert werden. Die License Exceptions enthalten wie die Allgemeinen Genehmigungen der EU oder des BAFA konkretisierende Regelungen, unter welchen Voraussetzungen sie genutzt werden dürfen. Die ECCN selbst enthalten Verweise auf License Exceptions, die für die Lieferung des betreffenden Guts verwendet werden können (ECCN-bezogene License Exceptions).
- Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass auch die US-Embargos License Exceptions enthalten. So enthält beispielsweise das US–Iran-Embargo License Exceptions für die Lieferung von Lebensmitteln oder medizinischen Produkten.
- Auch wenn die ECCN keinen Verweis auf License Exceptions enthalten, kann dennoch eine Genehmigungspflicht entfallen. In Ergänzung zu den in den einzelnen ECCN genannten License Exceptions gibt es noch eine Vielzahl an weiteren License Exceptions, die eventuell genutzt werden können (ECCN-unabhängige License Exceptions). Sie erlauben unter anderem die genehmigungsfreie Lieferung von Ersatzteilen und Erbringung von technischen Dienstleistungen, die genehmigungsfreie Lieferung an Regierungen, den genehmigungsfreien temporären Export für Messezwecke oder – mit der Allgemeinen

Genehmigung EU.001 vergleichbar – die genehmigungsfreie Lieferung in bestimmte als unkritisch eingestufte Länder.

Fazit

Die Prüfung, ob und in welchem Umfang die US-Re-Exportkontrolle auf Auslandsgeschäfte Anwendung findet und entsprechende Handelsbeschränkungen beinhaltet, ist komplex.

Zur Systematisierung dieser Prüfung empfiehlt sich daher eine an zwei Fragen orientierte Vorgehensweise:
Unterfällt das beabsichtigte Auslandsgeschäft der US-Re-Exportkontrolle? Bestehen tatsächlich Genehmigungspflichten bzw. Verbote für das beabsichtigte Auslandsgeschäft?

Die Anwendbarkeit der US-Re-Exportkontrolle auf Auslandsgeschäfte bemisst sich danach, ob einer der drei Anknüpfungspunkte – US-Gut, US-Person oder Secondary Sanctions – vorliegt. Im Rahmen der sich anschließenden Prüfung, ob das konkrete Auslandsgeschäft tatsächlich eine Genehmigung erfordert, sind insbesondere die License Exceptions zu berücksichtigen, die eine Genehmigungspflicht (wieder) ausschließen können.

Eine umfassende und sorgfältige Prüfung dieser beiden Fragestellungen ist zu empfehlen. Denn sie kann im Ergebnis dazu führen, dass die US-Re-Exportkontrolle entgegen erster Vermutung doch keine Anwendung findet oder zumindest keine Genehmigungspflicht für das beabsichtigte Auslandsgeschäft auslöst.