



Re-Export von deutscher Software mit US-Komponenten

Zulässigkeit nach US- und EG-Exportrecht

Warum Softwarehersteller mit US-Komponenten möglicherweise häufig eine US-Re-Exportgenehmigung benötigen



Von RA PD Dr. Harald Hohmann. Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Büdingen (Kanzlei Hohmann & Partner)

Die möglicherweise schwierigste Prüfung nach US-Re-Exportrecht ist die Frage der Genehmigungspflicht und Genehmigungsfähigkeit von EG-Software mit US-Komponenten. Gerade durch die Neufassung der de minimis-Rule und der Regeln über Enkryptologie-Software stellen sich sehr schwierige Anwendungsfragen. Diese sind sehr wichtig für die Praxis, da häufig EG-Software auf Microsoft Windows beruht. Sie werden nachfolgend anhand eines Falles dargestellt

INHALT

- Ein Praxis-Fall zum Re-Export von US-Software
- Zur Frage der Notwendigkeit einer deutschen Ausfuhr- oder Vermittlungsgenehmigung des BAFA
- Zur Frage der Notwendigkeit einer US-Re-Exportgenehmigung
- Schlussfolgerungen

Ein Praxis-Fall zum Re-Export von US-Software

Fall: Das deutsche Softwarehaus S AG (nachfolgend S) stellt eine Software für die Steuerung von Anlagen her, die sie in den Iran oder nach Indien liefern will. Ihr Verkaufspreis liegt bei ca. 50.000 EUR. Die Programmierung der Software erfolgt auf der Grundlage des Betriebssystems Windows. Die Software enthält nach der Programmierung integrierte Windows-Komponenten. Zu diesen Komponenten gehört u. a. ein Microsoft Produkt, das der Verschlüsselung zur Datenbeurkundung dient und nach Angaben des Herstellers unter ECCN 5D992.b der US Commerce Control List (CCL) gelistet ist. Diese Komponente ist frei im Internet herunter zu laden, wobei ein gewisses Entgelt in Form des Lizenzerwerbs für Windows erfolgt (OEM-Version kostet ca.

250 EUR). Zusätzlich will S beim Kunden im Iran bzw. in Indien eine - vom Kunden im Iran bzw. in Indien zu kaufende - weitere Softwarekomponente installieren, welche speziell konstruiert ist für die Entwicklung, Herstellung oder den Gebrauch von Software für Informationssicherheits-Systeme 5A002, und die nach Angabe des Herstellers unter ECCN 5D002 CCL gelistet ist. Für diese Komponente, die ständig der Updates bedarf, ist eine jährliche Lizenzgebühr von 2.500 EUR zu zahlen. Braucht S eine deutsche Exportgenehmigung und eine US-Re-Exportgenehmigung für diesen Export in den Iran bzw. nach Indien?

Zur Frage der Notwendigkeit einer Ausfuhr- bzw. Vermittlungsgenehmigung des BAFA

Zur ersten Softwarekomponente: Die deutsche Ausfuhrliste enthält keine Listenposition, welche der ECCN 5D992 entspricht. Bezüglich der nicht gelisteten Software könnte sich noch eine Genehmigungspflicht aus einer sensitiven Verwendung (vgl. Art. 4 DUV) oder aus speziellen Embargo-Bestimmungen ergeben. Sofern dies hier nicht der Fall ist, besteht diesbezüglich keine Pflicht, beim BAFA eine Genehmigung einzuholen. Allerdings sollte S überlegen, für diese Prüfung ein anwaltliches Gutach-

ten zu beauftragen oder einen Nullbescheid des BAFA zu beantragen.

Zur zweiten Softwarekomponente, die vom Kunden im Endverwendungsland gekauft wird: Lediglich die ECCN 5D002 ist weitgehend gleich mit der deutschen Listenposition 5D002. Angenommen, die Prüfung ergibt, dass allein die zweite Microsoft Software-Komponente (5D002) von der Ausfuhrliste erfasst ist, stellt sich die Frage, ob für diese eine deutsche Ausfuhrgenehmigung des BAFA erforderlich ist. Dies wäre nur dann der Fall, wenn eine „Ausfuhr“ vorliegt. Da der Kunde im Iran bzw. in Indien diese Komponente für die Installation kauft, liegt im Zweifel keine „Ausfuhr“ im Sinn des § 4 Abs.2 Nr. 4 AWG vor. Denn diese Software-Komponente wird nicht - z. B. von S - von Deutschland in den Iran exportiert oder sonst wie übermittelt.

Sofern allerdings S seinem iranischen bzw. indischen Kunden nahe legt, diese zweite Software-Komponente bei einem bestimmten Händler im Iran bzw. in Indien (z. B. bei der iranischen bzw. indischen Tochter von S) zu kaufen oder wenn er sonst wie dieses Geschäft vermittelt, dürfte im Zweifel ein Handels- und Vermittlungsgeschäft im Sinne des § 4 c Nr.6 AWV vorliegen. Es ist fraglich, ob für dieses eine Vermittlungsgenehmigung des BAFA erforderlich ist. Es bestehen Anhaltspunkte, dass diese zweite Softwarekomponente in Anhang IV der Dual-Use-Verordnung (DUV) gelistet ist. Anhang IV der DUV erfasst zumindest die AL-Position 5D002c1. Sofern es um diese Listenposition gehen sollte, bedürfte S für die Vermittlung dieses Geschäfts im Iran einer BAFA -Genehmigung nach § 41 a Abs. 2 AWV nur dann, wenn er Anhalts-

punkte dafür hätte, dass diese Software ganz oder teilweise für einen militärischen Zweck in einem der z. Z. 19 Embargoländer (vgl. Art. 4 Abs. 2 DUV) genutzt werden könnte oder nach entsprechender Unterrichtung das BAFA eine solche Genehmigungspflicht festgestellt hat. Es geht hier zwar um einen Erwerb dieser Software im Iran (und somit in einem der z. Z. 19 Embargoländer), aber es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass diese militärisch genutzt werden könnte.

Sofern die Software nicht von DUV Anhang IV erfasst ist, wäre sie auf Anhang I der DUV gelistet. Nach Art. 5 Abs. 1 DUV wäre ihre Vermittlung nur dann genehmigungspflichtig, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass diese Software für ABC-Waffen-Zwecke genutzt werden könnte. Auch hierfür fehlen Hinweise.

Zur Frage der Notwendigkeit einer US-Re-Exportgenehmigung

Für die Lieferung in den Iran gilt: Nach § 560.205 der *Iranian Transaction Regulations* (ITR) ist für einen Re-Export von US-Software in den Iran eine Re-Exportgenehmigung nur dann erforderlich, wenn der Wertanteil der US-Komponenten 10% beträgt.

Nach Indien gilt die Bestimmung des § 734 (d) EAR, nach der für einen US – Re-Export die *de minimis* – Grenze bei 25% liegt.

„Re-Export“

Es müsste zunächst ein „US- Re-Export“ vorliegen. Die Definition in § 734.2 b (4) EAR lautet wie folgt: „*Re-Export means: <Alt.1> an actual shipment or transmission of items subject to the EAR from one foreign country to another foreign country; or <Alt.2>: release of technology or software subject to the EAR to a foreign national outside the US, as described in para .b (5) of this sect.*“. Es handelt sich hier um auf der CCL gelistete Güter, also Güter, die den EAR unter fallen.

Bezüglich der ersten Softwarekomponente, die aus Deutschland in den Iran bzw. nach Indien exportiert wird, liegt demnach ein „Re-Export“ im Sinne der ersten Alternative dieser Definition vor.

Wegen der zweiten Softwarekomponente, die nicht von S exportiert, son-

dem stattdessen vom Kunden im Endverwendungsland gekauft wird, stellt sich die Frage, ob dies einen „Re-Export“ im Sinne der zweiten Alternative darstellt. Um einen „Re-Export“ im Sinne dieser zweiten Alternative geht es vor allem bei Besichtigungen von US-Anlagen/US-Geräten, beim mündlichen Austausch von Informationen oder bei Auslands-Anwendung des in den USA erworbenen Know-how. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Etwas Anderes würde vom Sinn und Zweck dann gelten, wenn die Software bereits für den Zukauf im Iran bzw. in Indien konfiguriert ist, S Hinweise gibt, wo der Kunde diese zweite Softwarekomponente vor Ort erwerben kann und insbesondere dann, wenn S bereit wäre, diese vom Kunden vor Ort gekaufte zweite Softwarekomponente für diesen zu installieren. Nur bei dieser Sachverhalts-Abwandlung liegt im Ergebnis auch für die zweite Softwarekomponente ein „Re-Export“ vor. Denn in dieser Abwandlung würde der Vorgang gegen das Umgehungsverbot von General Prohibition 10 (§ 736.2 (b) (10) EAR) verstoßen, das bei gelisteten Gütern u. a. Dienstleistungen (wie etwa das Installieren) verbietet, wenn klar ist, dass durch diese Dienstleistung eine Verletzung der EAR bevorsteht.

Indem S auf seinen iranischen bzw. indischen Kunden einwirkt, diese gelistete Software im Iran bzw. im Indien zu kaufen, und er anbietet, die bereits hierfür figurierte Software nach diesem Zukauf zu installieren, dürfte der Tatbestand des Re-Exports im Ergebnis vorliegen.

Demnach hängt die Frage der Notwendigkeit einer Re-Exportgenehmigung entscheidend davon ab, ob der Wertanteil von 10% erreicht wird und ob hier die neuen Enkryptologie-Regeln beachtet werden, die das Einhalten der *de minimis*-Grenze erschweren.

De minimis-Berechnung

Zur *de minimis*- Berechnung für Enkryptologie aufgrund der EAR - Rechtslage bis Ende September 2008: Nach § 734.4 (b) EAR a. F. würde es für die zweite Softwarekomponente, die mit 5D002 gelistet ist, keine *de minimis*-Grenze geben. Hier wäre demnach immer eine US - Re-Exportgenehmigung erforderlich. Für die erste Softwarekomponente, die mit 5D992 gelistet ist, wäre

eine *de minimis*-Grenze nur dann erhältlich, wenn bestimmte Notifizierungen eingehalten werden (Ausnahme: Massensoftware) mit dem Ziel, für diese Software die *de minimis*-Grenze zuzulassen. Wenn weder Massensoftware noch Notifizierungen vorliegen, wäre demnach immer eine US Re-Exportgenehmigung erforderlich. Es wurde explizit klargestellt, dass leicht entfernbare Produkte inkl. Produkte, die nur mit Kabel verbunden sind (z. B. Tastatur, Maus, Bildschirm, Drucker, etc.), nicht als eingebaute Komponenten gelten, und zwar auch dann, wenn beabsichtigt wird, dass diese Produkte zusammen benutzt werden sollen (vgl. Suppl.2 to Part 734, Note to para. a).

Für Lieferung nach Indien gelten allein die EAR, im Unterschied zu einer Lieferung in den Iran: Diese bisherige EAR-Rechtslage, die hier u. U. keinerlei *de minimis*-Grenze anerkennt, kollidiert allerdings mit § 560.205 ITR, die eindeutig eine 10% - Grenze anerkennt. Unklar bleibt dabei dann aber, ob jede Software separat betrachtet und ihr Wertanteil separat berechnet werden muss. Etwas Anderes würde aber gelten, wenn sie separat angeliefert wird, was bei der zweiten Software-Komponente der Fall sein kann. Zumindest aus der EAR-Neuregelung lässt sich entnehmen, dass ansonsten die gesamte Software zusammen betrachtet und in das Wertverhältnis gesetzt werden soll.

Nun zur neuen EAR - Rechtslage, die auch eine kombinierte Berechnung von Software untereinander oder von Hard- und Software erlaubt: Für diese Frage sind die neuen *de minimis*-Regeln des § 734.4 EAR zu berücksichtigen. Diese enthalten spezielle Regeln für gelistete US-Komponenten, die in ausländische Produkte „eingebaut“ („*incorporated*“) sind oder mit dem ausländischen Produkt als „verbundenes Geschäft“ („*bundled*“) mitverkauft („gebündelt“) sind. Solche in EG-Software „eingebaute“ US-Komponenten kann man dann annehmen, wenn folgender Dreischritte-Test erfüllt ist: (1) Die US-Software ist essentiell für die Funktionsfähigkeit der Software der Mandantin, (2) die US-Software wird üblicherweise beim Verkauf der Software der Mandantin mit eingefügt, und (3) die US-Software wird zusammen mit der deutschen Software exportiert

(vgl. Suppl. No. 2 zu Part 734, Note to para.(a)(1)).

Hier wird davon ausgegangen, dass die gelistete US Software in die deutsche Software „eingebaut“ wurde. (Für eine gelistete US-Software, die nicht in die deutsche Software eingebaut wird, sondern die stattdessen separat zur deutschen Software mitgeliefert würde, gilt keine *de minimis*-Grenze von 10% vgl. § 734.4 c EAR, Note to para. c 1).

Demnach ist nun – nach EAR – entsprechend den Richtlinien in Suppl. 2 zu Teil 734 EAR zu prüfen, ob die beiden gelisteten US-Softwarekomponenten unterhalb der *de minimis*-Grenze von 10% verbleiben.

- Die erste Softwarekomponente gehört nach EAR im Fall der Iran-Lieferung zum „*US origin controlled content*“, da 5D992 für den Kontrollzweck Antiterrorismus (AT 1) gelistet ist, für den in den Iran eine Exportgenehmigung erforderlich wäre (allerdings sind bei § 560.205 ITR – anders als unter den EAR – sämtliche US-Komponenten, unabhängig von ihrer Listung, zu berücksichtigen). Nur für Indien fehlt ein Genehmigungserfordernis (Indien ist nicht für AT 1 gelistet); demnach ist für den Re-Export der ersten Softwarekomponente nach Indien keine US-Genehmigung erforderlich – anders als für den Iran. Nicht ganz klar ist, welcher Wert für diese US-Software ein fairer Marktpreis wäre. Da S vor dem freien Herunterladen zunächst eine Lizenz von 250 EUR erwerben muss, sollen maximal diese 250 EUR als fairer Marktpreis zugrunde gelegt werden. Der deutsche Preis für die fertige Software (f. o. b. factory) beträgt nach Angaben der S 50.000 EUR. Eine Teilung des US-Marktwertes durch diesen Preis für die fertige Software würde zu einem Wertanteil von 0,5% führen.
- Die zweite Softwarekomponente gehört nach EAR zum „*US origin controlled content*“, da 5D002 für den Kontrollzweck Antiterrorismus (AT 1) und Nationale Sicherheit (NS1) gelistet ist, für deren Lieferung sowohl in den Iran als auch nach Indien eine US-Exportgenehmigung erforderlich wäre. Nicht ganz klar ist, welcher Wert für diese US-Software ein fairer Marktpreis wäre. Da für diese Komponente eine jährliche Lizenzgebühr von 2.500 EUR fällig wird, könnten diese 2.500 EUR zu-

grunde gelegt werden. Genauso gut könnte eine Lizenzgebühr von 3 Jahren – also 7.500 EUR – zugrunde gelegt werden; u. E. wäre dies evtl. überzeugender, da es zumindest steuerlichen Abschreibungsregeln entsprechen würde (wobei Abschreibungen als solche ansonsten nicht berücksichtigt werden). Demnach könnten 2.500 oder 7.500 EUR als fairer Marktpreis für diese US-Software zugrunde gelegt werden. Der deutsche Preis für die fertige Software (f. o. b. factory) beträgt nach wie vor 50.000 EUR. Eine Teilung des US-Marktwertes durch diesen Preis für die fertige Software würde zu einem Wertanteil von 5% bzw. von 15% führen. Daher ist die Frage streitrelevant, ob der faire US-Marktwert hier dem Wert der Lizenz für 1 Jahr oder für 3 Jahre entspricht. Sofern diese Frage nicht geklärt werden kann, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die *de minimis*-Grenze von 10% hier überschritten wird. Dies würde im Zweifel zur Notwendigkeit einer US- Re-Exportgenehmigung führen.

Neue Enkryptologie - Regeln

Eine Ausnahme von der ansonsten bestehenden Notwendigkeit, eine Re-Exportgenehmigung beantragen zu müssen, bzw. eine entsprechende Erschwerung könnte sich noch aus Enkryptologie- Regeln ergeben. Diese sind auch nach ihrer Neuregelung immer noch so uberkompliziert formuliert, dass sie „nach wie vor jeden verrückt machen“ (so ein Wirtschaftsjurist in: *Washington Tariff and Trade Letter* vom 06.10.2008).

Nach der EAR - Rechtslage bis 2. Oktober 2008 gab es für

- die erste Softwarekomponente, die unter 5D992 gelistet ist, immer – mangels einer *de minimis*-Grenze – die Notwendigkeit, eine Re-Exportgenehmigung beantragen zu müssen, es sei denn, (1) es lag eine „Massenmarkt-Software“ mit begrenzter Reichweite vor bzw. es ging um Güter mit begrenzter Verschlüsselungstechnik bzw. es ging um Belieferung von Töchtern von US-Gesellschaften – hierfür ist der *Encryption Review* nicht erforderlich - oder (2) es wurde ein „*Encryption Review*“ durchgeführt (vgl. § 734.4 (b) Satz 4 und 5 EAR a. F.)

- für die zweite unter 5D002 gelistete Softwarekomponente immer – mangels einer *de minimis*-Grenze – die Notwendigkeit, eine Re-Exportgenehmigung beantragen zu müssen, es sei denn, es wurde erfolgreich ein „*Encryption Review*“ durch den Ausführer beim BIS beantragt, das daraufhin eine *de minimis*-Grenze gewährte (§ 734.4 (b) Satz 1 und 2 EAR a. F.).

Etwas Anderes kann sich noch aus den neu gefassten Regeln des § 734.4 b EAR für Enkryptologie-Software ergeben. Hiernach unter fallen die in ausländische Software eingebauten US-Verschlüsselungs- Softwarekomponenten dann nicht den Genehmigungspflichten nach EAR, wenn sie sowohl die 10%-Grenze als auch eine zusätzliche Anforderung einhalten. Für die zwei US-Software-Komponenten ergibt sich hieraus Folgendes:

- Für die erste Software-Komponente (gelistet unter 5D992) ist die zusätzliche Bedingung für die Geltung einer „*de minimis*“-Grenze, dass diese Software vom BIS – nach seiner Überprüfung - als „Massenmarkt-Software“ anerkannt wird (auf eine solche Überprüfung wird verzichtet bei Verschlüsselungstechnologie mit begrenzter Reichweite oder bei persönlichen kabellosen Netzwerken mit begrenzter Kapazität bzw. bei sog. „Zusatzkryptografie“); nur wenn sich bei der BIS-Überprüfung herausstellen sollte, dass diese Behandlung nicht möglich ist, soll hierfür die *License Exception ENC* genutzt werden (§ 734.4 b (2)(i) und (ii) EAR sowie § 742.15 (b) (2)) – die bisherige Alternative, für 5D992-Güter einen „*Encryption Review*“ durchzuführen, wurde durch die Neuregelung gestrichen.
- Für die zweite Software-Komponente (gelistet unter 5D002) ist die zusätzliche Bedingung, dass eine BIS-Überprüfung (Ausnahmen: auf eine solche Überprüfung wird verzichtet bei den vorhin genannten Fällen: Verschlüsselungstechnologie mit begrenzter Reichweite etc.) stattfindet: entweder gerichtet darauf, dass es um anerkannte „Massenmarkt-Software“ geht oder darauf, ob hierfür die TSU oder ENC genutzt werden kann, und es muss dabei festgestellt werden, dass sie für die *License Exception TSU* oder *ENC* zulässig ist nach § 740.13 oder § 740.17 EAR (§ 734.4 b (1)(i) und (ii) EAR), wobei

die Anforderungen für die Nutzung der ENC erheblich gelockert wurden. Während eine separate Lieferung dieser Software in das E:1 – Land Iran auch nach diesen Genehmigungsausnahmen regelmäßig nicht möglich sein wird, kann beim Einbau in ausländische Software selbst ein Re-Export in den Iran zulässig sein.

Inzwischen dürften die Chancen relativ gut sein, dass zumindest von Microsoft hergestellte US-Software-Komponenten diese zusätzliche Anforderung erfüllen. Viele Software-Komponenten von Microsoft wurden inzwischen vom BIS als „Massenmarkt-Software“ anerkannt. In einem der beratenen Fälle war die von 5D002 gelistete Software-Komponente mit folgender Kennzeichnung versehen „ENC unrestricted CCATS#G...“. Dies dürfte darauf hindeuten, dass von BIS geprüft worden ist, dass sie für die *License Exception* ENC zulässig ist.

S muss sorgfältig prüfen, ob die zusätzliche Anforderung eingehalten ist. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, bleibt die Notwendigkeit, mit Sicherheit die 10%-Grenze einzuhalten.

Neuregelung beim One-Time Report

Die Sicherheit, die 10%-Grenze einzuhalten, kann durch einen „One-Time Report“ oder durch Beantragen einer *Advisory Opinion* angestrebt werden.

Nach der Rechtslage bis Ende September 2008 musste ein *One-Time Report* ausgefüllt werden, um nachprüfen zu lassen, ob die „*de minimis*“-Berechnung für ausländische Software oder Technologie, die mit US-Software verbunden („*commingled*“) ist, zutreffend mit unter 10% liegend berechnet wurde. Nach der Einreichung dieses Berichtes musste der Ausführer dann wenigstens 30 Tage warten, bevor er diese Ausfuhr vornehmen konnte (vgl. Supp. 2 Part 734 (b) Satz 1 EAR a. F.).

Durch die Reform der Regeln zur *de minimis*-Berechnung (Oktober 2008) ist ein *One-Time Report* nur noch erforderlich, um nachprüfen zu lassen, ob die „*de minimis*“-Berechnung für ausländische „Technologie“, inkl. ausländische Technologie, die mit US-Software verbunden ist, zutreffend mit unter 10% liegend berechnet wurde – er ist aber nicht mehr für ausländische „Software“ erforderlich (vgl. Supp. 2 Part 734 (b) Satz 1 EAR). Da es hier allein um den Einbau von aus-

ländischer Software in US-Software geht – aber nicht um Technologie –, scheidet in der Regel die Möglichkeit hier aus, für diese Situation hier einen *One-Time Report* zu beantragen, um Gewissheit zu erhalten, ob hier der Wert tatsächlich unter 10% liegt. Wenn S eine solche Gewissheit aber erhalten will, bleiben wohl nur zwei Möglichkeiten:

- Möglichkeit 1: S kann versuchen, gleichwohl einen *One-Time Report* zu beantragen, wobei das Risiko besteht, dass das BIS diesen Antrag ablehnt, da es nicht um ausländische „Technologie“ geht – genauso erscheint es möglich, dass das BIS dies freiwillig erteilt.

- Möglichkeit 2: Sofern der *One-Time Report* hier ausscheiden sollte, bleibt noch die Möglichkeit, im Wege einer *Advisory Opinion* (§ 748.3 c EAR) die offenen Punkte für die Wertberechnung klären zu lassen.

Schlussfolgerungen

Die rechtliche Komplexität der Materie macht deutlich, dass der deutsche Ausführer sich anwaltlich beraten lassen sollte. Je nach den Details der Fakten kann die rechtliche Situation anders sein. Wenn eine der Softwarekomponenten nicht vom Ausführer aus der EG geliefert wird, sondern wenn diese vom Kunden im Endverwendungsland gekauft werden soll, ist hierfür nach deutsch-europäischem Exportrecht allein die Frage einer Vermittlungsgenehmigung des BAFA zu prüfen, die aber nach neuer Rechtslage nur noch erforderlich ist, wenn auch eine sensitive Verwendung hinzukommt. Der Begriff des „US-Re-Exports“ dürfte neben der tatsächlichen Ausfuhr einer EG-Software, die gelistete US-Software enthält, auch Fälle eines Zukaufs im Endverwendungsland umfassen, allerdings nur dann, wenn der EG-Ausführer diese Software für den Kunden – nach dessen Zukauf – fertig installiert (vgl. Umgehungsverbot der General Prohibition 10). Nach § 734 (d) EAR gilt für einen US-Re-Export nach Indien eine *de minimis*-Grenze von 25%. Nach § 560.205 ITR ist für den US-Re-Export von US-Software in den Iran eine US-Re-Exportgenehmigung nur erforderlich, wenn der Wertanteil der US-Komponenten mindestens 10% beträgt. Für die Auslegung dessen, ob die *de minimis*-Grenze konkret eingehalten wird

oder nicht, kann zur Lückenfüllung der ITR auf die EAR-Regeln zurückgegriffen werden. Während die EAR a. F. in der Regel eher eine Wertanteilberechnung für jede Software separat nahe legen, ergibt sich aus der EAR-Neuregelung der *de minimis*-Grenze, dass hier die gesamte in die US-Software eingebaute EG-Software für die Berechnung des 10%-Wertanteils berücksichtigt wird.

Für die Lieferung von Verschlüsselungs-Software an Nicht-Embargo-Länder (wie etwa Indien) ist dann zu beachten, dass weitere Anforderungen nach EAR für die Einhaltung der *de minimis*-Grenze bestehen, nämlich das Anerkenntnis des BIS (im Rahmen einer Überprüfung), dass es sich um „Massenmarkt-Software“ handelt oder dass die Software für die *License Exception* ENC bzw. TSU geeignet ist. Dies stellt eine erhebliche Vereinfachung gegenüber den EAR a. F. dar, welche praktisch immer einen zeitaufwändigen „*Encryption Review*“ vorher verlangten, denn inzwischen haben die meisten US-Softwarehersteller dafür gesorgt, dass eine BIS-Anerkennung als „Massenmarkt-Software“ oder Eignung für ENC vorliegt. Diese zusätzliche Anforderung bzgl. Verschlüsselungstechnologie an die *de minimis*-Grenze gelten entsprechend zumindest für solche Embargoländer, bei denen die EAR-Regeln – aufgrund der OFAC-Regelungen – nicht verdrängt werden, sondern in denen die EAR zusätzlich gelten (vgl. etwa für Sudan: *Note to para. (a) of sect. 538.507 Sudanese Sanctions Regulations*), während es für die übrigen Embargoländer (wie etwa Iran) diesbezüglich Unsicherheiten gibt.

Selbst wenn die zusätzlichen Anforderungen eingehalten werden, muss sicher sein, dass die *de minimis*-Grenze von 10 oder 25% eingehalten wird. Um hierfür Sicherheit zu erlangen, bietet sich eine *Advisory Opinion* bzgl. der für die Wertberechnung unklaren Faktoren (evtl. auch ein *One-Time Report* auf freiwilliger Basis) an. ■

Weiterführende Hinweise:

- Bachem-Niedermeier, „*De minimis*“-Regeln sind reformiert, in: *Geschäftspraxis USA* 11/2008, S. 6-9.
- Bachem-Niedermeier, *Neue Verschlüsselungsregeln stoßen auf Lob und Kritik*, in: *Geschäftspraxis*

USA 12/2008, S. 6-8 (wegen Zitats aus dem Washington Tariff & Trade Letter, ebenda S.6).

- Boer, Handel mit Dual-Use-Gütern, in: Boer Hrsg./ Groba / Hohmann, Praxis der US-Re-exportkontrolle, Köln 2008, S. 49 ff
- Hausmann / Blegen / Hohmann, US-Export- und Re-exportkontrollen, in: Hohmann / John Hrsg. Kommentar zum Ausfuhrrecht, München 2002, Teil 3, Anhang 2 zum AWG, S. 917 ff.
- Hirschhorn, The Export Control and Embargo Handbook, 2nd edition, Dobbs Ferry 2005.

• Hohmann, Angemessene Auenhandelsfreiheit im Vergleich: Die Rechtspraxis der USA, der EG und Japans im Vergleich (Jus Publicum Band 89), Tübingen 2002.

• Hohmann, Anwendungsbereich und Reichweite des US-Re-exportrechts, AW-Prax 3/2007, S.115-119.

• Hohmann, Die zentralen Genehmigungspflichten / Verbote des US-Re-exportrechts, AW-Prax 11/2007, S. 456 ff.

• Hohmann, Einfluss der OFAC – Regulations auf

US – Re-exporte, (Kapitel E), in: Boer Hrsg. / Groba / Hohmann, Praxis der US-Re-exportkontrolle, Köln 2008, Seite 117 ff.

• Puschke (Hrsg.) / Hohmann, Basiswissen Sanktionslisten, Köln 2008.

• Turner, Die License Exception ENC, Geschäftspraxis USA 6/2008, S.4-9.

• Der Autor dankt RA Rafik Ahmad und RA Eric Pickett für umfassende Diskussionen.



Die novellierte Dual-use-Verordnung (EG) Nr. 428/2009

Ziele, Reichweite und Grenzen



Dr. Alexander von Portatius, Ministerialrat im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

Die EU-Ratsarbeitsgruppe „Güter mit doppeltem Verwendungszweck“ hat die Beratungen über den Kommissionsvorschlag zur Änderung und Neufassung der Dual-use-Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 nach 2 Jahren im Februar 2009 abgeschlossen. Die novellierte Verordnung (EG) Nr. 428/2009 wurde am 5. Mai im Rat verabschiedet. Sie ist am 29. Mai im Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 134 erschienen und ist gemäß Art. 28 am 27. August 2009 in Kraft getreten. Mit der 86. Verordnung zur Änderung der Auenwirtschaftsverordnung, die ebenfalls am 27. August 2009 in Kraft getreten ist, wurden die nationalen Rechtsvorschriften an die neue Dual-use-Verordnung angepasst. Die Abhandlung gibt einen Überblick über die Hintergründe und Ziele der Novellierung der Dual-use-Verordnung und zeigt sodann unter Berücksichtigung des ursprünglichen Kommissionsvorschlages die Reichweite, aber auch die Grenzen der Neufassung auf.

INHALT

- Hintergründe und Ziele der Novellierung
- Reichweite und Grenzen der Neufassung unter Berücksichtigung des ursprünglichen Kommissionsvorschlages
- Resümee

Hintergründe und Ziele der Novellierung

Die Bekämpfung der Proliferation von Massenvernichtungswaffen hat im letzten Jahrzehnt auf der Agenda der internationalen Politik an Bedeutung gewonnen. Spätestens seit den Anschlägen vom

11. September 2001 bemucht sich die internationale Gemeinschaft intensiv darum, die Kontrolle der Ausfuhr von Gütern und Technologien mit doppeltem Verwendungszweck (Dual-use Güter) zu verstärken.

So verabschiedete der Europäische Rat im Juni 2003 den Aktionsplan von Thessaloniki und im Dezember 2003 die Strategie der EU gegen die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen. In dem Aktionsplan zeigt sich die Entschlossenheit der EU, die Wirksamkeit der Ausfuhrkontrollen in einem erweiterten Europa zu stärken. Die Strategie umfasst ein

Maßnahmenbündel zur Stärkung und den Ausbau von Exportkontrollen u. a. durch die „Einführung strengerer Ausfuhrkontrollen hinsichtlich des immateriellen Transfers von ‚Dual-use‘-Technologie sowie Förderung wirksamer Maßnahmen im Zusammenhang mit der Vermittlungs- und Umschlagtatigkeit“.

Im Rahmen der Folgemaßnahmen zu dem in Thessaloniki beschlossenen Aktionsplan und zur Umsetzung der Strategie gegen die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen zeigte die in den Jahren 2004 und 2005 erfolgte gegenseitige Begutachtung der Umsetzung der Dual-use-Verordnung durch die Mitgliedstaaten (sog. „Peer Review“) Bereiche auf, in denen Verbesserungen eingeführt werden könnten. So beinhalten die im Dezember 2004 an den Rat für „Allgemeine Angelegenheiten und Auenbeziehungen“ vorgelegten Empfehlungen u. a. die „Untersuchung von Möglichkeiten, ergänzende Kontrollen bei der Durchfuhr“ einzuführen.

Einen weiteren wichtigen Impuls für die Novellierung gab die vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (VN) im Jahr 2004 verabschiedete Resolution 1540 zur Nichtverbreitung von Massenver-