



Risikomanagement der Exportkontrolle (ICP)

Rechtsgrundlagen, aktuelle Entwicklungen und erforderliche Unterlagen



Von RA PD Dr. Harald Hohmann, Rechtsanwalt in Bidingen, Kanzlei Hohmann & Partner Rechtsanwälte

Rechtsgrundlagen sind neben § 3 AWG und Zuverlässigkeitsgrundsätzen auch Art.12 DUV und Art.9 ICT-Richtlinie. Es stellt sich die Frage, welche Unterlagen hiernach für ein Internal Compliance Program (ICP) verlangt werden können. Verschärft stellt sich diese Fragestellung im Rahmen einer Zuverlässigkeitsprüfung (ZVP). Beim Aufzeigen der erforderlichen Unterlagen wird auch auf die Zulässigkeit des Sanktionslisten-Screenings eingegangen.

INHALT

- Ausgangsfall: Die Zuverlässigkeitsprüfung
- Aktuelle Rechtsgrundlagen für das ICP
- Vergleich mit den Anforderungen des Art.9 ICT-Richtlinie
- Wesentliche Unterlagen für das ICP
- Zur Diskussion um das Screening von Sanktionslisten
- Resümee und aktuelle Entwicklungen

Hypothetischer Ausgangsfall: Die Zuverlässigkeitsprüfung

Bei der deutschen Firma F werden mehrere ungenehmigte Ausfuhren festgestellt. Daraufhin ist das BAFA nicht mehr bereit, den nächsten Genehmigungsantrag zu bescheiden. Stattdessen teilt das BAFA der F mit, dass es gegen die F ein Verfahren zur Prüfung ihrer Zuverlässigkeit eingeleitet habe. Diese Zweifel an der Zuverlässigkeit des Unternehmens könnten nur ausgeräumt werden, wenn die F Nachweise darüber vorlegt, dass sie in ihrem Unternehmen eine Exportkontrolle praktiziert. Es stellt sich die Frage: Kann das BAFA ein ICP verlangen? Wenn ja, welche Unterlagen kann es hierfür verlangen?

Aktuelle Rechtsgrundlagen für das ICP

Nach § 3 Abs.2 AWG kann die Erteilung der Genehmigung „von der Zu-

verlässigkeit des Antragstellers abhängig gemacht werden“. Die wichtigste Konkretisierung hierzu ist den Grundsätzen der Bundesregierung zur Zuverlässigkeit von Exporteuren vom 25.Juli 2001 (nachfolgend: Zuverlässigkeitsgrundsätze 2001) zu entnehmen. Hiernach ist gegenüber dem BAFA ein Ausführverantwortlicher (AV) zu benennen, der neben der Zeichnung der Genehmigungsanträge und der Personalauswahl vor allem für die Organisation und Überwachung der internen Prozesse des Unternehmens verantwortlich ist, so dass Exportverstöße weitgehend vermieden werden können. Hieraus resultiert letztlich die Notwendigkeit eines – in den Worten der Betriebswirtschaft - Risikomanagements. Nach diesem ist es erforderlich, zunächst einmal alle Risiken für Export- und Zollverstöße im Unternehmen zu identifizieren („Risiko-Inventur“), daran anschließend diese zu bewerten nach Eintrittswahrscheinlichkeit und Höhe der Sanktionen. Ergebnis dieser Bewertung ist eine Prioritätenliste der erforderlichen Compliance - Aufgaben. Darauf aufbauend ist die Steuerung dieser Risiken erforderlich, also ein ICP, d. h. ein individuelles Programm zur Steuerung dieser Risiken mit konkreten formulierten Maßnahmen und Pflichten, mit dem Ziel, Export- und Zollverstöße und vor allem Sanktionen wegen unterlassener Organisation und Überwachung (nach §§ 130, 30 OWiG) zu vermeiden.

Nach Art.12 Dual-Use-Verordnung (nachfolgend DUV) kann die Erteilung einer Globalgenehmigung – in Deutschland vor allem: der Sammelausfuhrgenehmigung (SAG) und Höchstbetragsgenehmigung (HBG) - davon abhängig gemacht werden, dass ein ICP vorliegt. Der gleiche Gedanke liegt auch dem Runderlass Außenwirtschaft des BMWi 10/2003 für die Erteilung der SAG zugrunde. Es ist das erste Mal, dass die DUV mit Art.12 die Notwendigkeit eines ICP als Kriterium für eine Globalgenehmigung benennt.

Als erstes Zwischenergebnis für den Ausgangsfall kann festgestellt werden: Ohne einen Antrag auf eine Globalgenehmigung (wie SAG, HBG) oder ohne erhebliche Zuverlässigkeitsbedenken des BAFA gegen einen Exporteur nach begangenen Exportverstößen kann das BAFA kein ICP verlangen. Ohne das Vorliegen solcher Umstände wird die Zuverlässigkeit des Exporteurs vermutet. Da hier erhebliche Exportverstöße der Firma F vorlagen, entfällt diese Zuverlässigkeitsvermutung, und das BAFA kann im Rahmen der ZVP ein ICP verlangen. Aus den Zuverlässigkeitsgrundsätzen 2001 ergibt sich weiter, dass die Rechtsfolge des Versagens von Exportgenehmigungen nur dann unterbleiben wird, wenn das betroffene Unternehmen „Schritte ergreift, durch die die zukünftige Einhaltung der ausfuhrrechtlichen Bestimmungen sichergestellt erscheint“.

Vergleich mit den Anforderungen des Art.9 ICT-Richtlinie

Nach der Rüstungsgüter-Richtlinie 2009/43 zum Intra-EU-Transfer von Rüstungsgütern (englisch abgekürzt: ICT- Richtlinie) bleibt es bei der Genehmigungspflicht für das Verbringen von Rüstungsgütern, aber es sollen Erleichterungen durch nationale Allge-

meingenehmigungen (nachfolgend: AG) geschaffen werden. Nationale AG sollen vor allem für folgende Fälle vorgesehen werden (Art.5):

- Die Rüstungsgüter werden zu Zwecken von Vorführungen / Ausstellungen bzw. von Wartungen / Reparaturen verbracht oder;
- Der Empfänger ist ein zertifiziertes Unternehmen oder er gehört zu den Streitkräften.

Für die Zertifizierung nach Art.9 ICT-Richtlinie sind u. a. nachzuweisen:

- Erfahrung im Bereich Verteidigung und Exportbeschränkungen, sowie nachgewiesene Industrie-Tätigkeit,
- Ernennung eines leitenden Mitarbeiters als persönlich Verantwortlichen für Rüstungshandel mit unterschriebener Verpflichtungserklärung und
- ein ICP, das der leitende Mitarbeiter für Rüstungshandel als verbindlich unterzeichnet hat.

Die EU bereitet gegenwärtig eine *Guidance*- Checkliste für die ICT-Zertifizierung vor, mit deren Hilfe die Zertifizierung ab Juli 2011 abgearbeitet werden soll. Diese Zertifizierung nach Art.9 ICT ist von hoher Aktualität vor allem wegen des Bemühens des BMWi / BAFA, diese EU- *Guidance* auch außerhalb des Anwendungsbereich der Rüstungsgüter – also für den Handel mit Dual-Use Gütern – weitgehend fruchtbar zu machen.

Gegenwärtig liegt dieses EU – *Guidance* Dokument noch nicht vor. Es ist allerdings nicht zu erwarten, dass es hier zu Anforderungen kommt, die weit über das hinausgehen, was in Deutschland bereits durch die Zuverlässigkeitsgrundsätze 2001 geregelt ist. Denn ein Vergleich des Wortlauts von Art.9 Abs.2 lit. f ICT-Richtlinie mit den Anforderungen nach den Zuverlässigkeitsgrundsätzen 2001 ergibt: Auch im Rahmen des § 3 Abs.2 AWG sind entsprechende Vorkehrungen erforderlich für die adäquate Personalauswahl, für eine Ablauforganisation mit klaren Zuständigkeiten (vom Auftragseingang bis zum Versand) und für eine Steuerung und Überwachung dieser Aktivitäten durch den AV (inkl. interner Prüfverfahren). Etwas deutlicher wird lediglich betont, dass Maßnahmen zur Sensibilisierung und Schulung des Personals, Maßnahmen zur physisch-technischen Sicherheit (inklusive Rückver-

folgbarkeit der Güter), sowie Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten notwendig sind.

Von daher ist u. E. nicht zu erwarten, dass die Anforderungen an dieses ICP nach der ICT- Richtlinie wesentlich umfangreicher ausfallen werden, als die gegenwärtigen Anforderungen an ein ICP nach der DUV bzw. nach dem AWG.

Wesentliche Unterlagen für das ICP

Es stellt sich als nächstes die Frage, welche Unterlagen das BAFA konkret für den Nachweis der Zuverlässigkeit verlangen kann. U. E. sind hierfür die folgenden sechs Unterlagen unverzichtbar:

- Bescheinigung über die Einstellung des Strafverfahrens,
- Benennung des AV gegenüber dem BAFA sowie interne Benennung eines Exportkontrollbeauftragten (EKB) durch den AV,
- detaillierte Organisationsanweisung für die Exportkontrolle und Zollabwicklung, durch die Ablauforganisation und Zuständigkeiten vom Auftragseingang bis Versand und die Überwachungsmaßnahmen des AV und EKB detailliert geregelt sind, und die von den betroffenen Mitarbeitern als verbindlich unterschrieben wird,
- Prüfschemata für alle vom Export möglicherweise betroffenen Mitarbeiter zur Konkretisierung der Handlungspflichten nach der Organisationsanweisung,
- Inhouse – Seminar (zur Einführung und Erläuterung der neuen Organisationsanweisung)
- Nachweis über den Einsatz einer Exportsoftware (für das Prüfen von Sanktionslisten).

Genau diese Unterlagen werden auch vom BAFA im Rahmen einer ZVP verlangt, wobei die interne Benennung des EKB meist nicht thematisiert wird.

Nicht für die ZVP, aber für das funktionierende ICP haben wir gute Erfahrungen damit gemacht, wenn noch weitere Unterlagen für das ICP erarbeitet werden:

- Umfassendes Verzeichnis aller gelisteten Güter und Nennung aller Güter, die eindeutig nicht gelistet

sind (sowie Benennung verbleibender Unsicherheiten)

- Aufbau eines Exporthandbuchs, in das als Kernelemente die Organisationsanweisung, die Checklisten und das Verzeichnis der Listungen aufgenommen werden, zunehmend ergänzt durch weitere Elemente, um auch weitere Risiken des Unternehmens abdecken zu können
- anwaltlich gestaltete Verträge zur Risikoweitergabe an ausländische Händler/Töchter zumindest dann, wenn es zu sensitiven Weiterlieferungen kommen kann, welche die Firma kaum überwachen kann (der Anwalt muss dafür sorgen, dass sämtliche Prüfpflichten/Weiterlieferverbote so detailliert genannt sind, dass der Vertragspartner exakt weiß, was er tun soll)
- sowie ein AEO – Audit, damit durch eine solche Schwachstellen-Analyse deutlich wird, welche Schritte bzw. Unterlagen noch vor dem AEO – Antrag erforderlich sind.

Zur Diskussion um das Screening von Sanktionslisten

Das von Teilen der Literatur vorgebrachten Bedenken, ein *Screening* von Mitarbeitern etc. sei wegen Datenschutzrecht nicht zulässig, kann heute kaum noch aufrechterhalten werden. Die Bundesregierung und die überwiegende Praxis folgt der Auffassung, dass die beiden EU-Verordnungen 881/2002 und 2580/2001 hierfür eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage darstellen, die allein anhand von EU-Recht – und nicht nach Maßgabe der Regelungen des deutschen Bundesdatenschutzgesetz – überprüft werden darf. U. E. lässt sich eine solche Rechtfertigung auch in mehreren Normen des EU-Rechts finden. Demnach bleibt es dabei, dass alle bestehenden und künftigen

- Mitarbeiter,
- Kunden, Endverwender,
- Dienstleister, Lieferanten
- Kreditoren, Debitoren,
- sonstigen Geschäftspartner und
- Besucher

gegen die Sanktionslisten geprüft werden müssen. Bzgl. neuer Kontakte muss dies so früh wie möglich (spätestens bei der Angebotserstellung) ge-

schehen, während Alt-Daten „regelmäßig“ überprüft werden müssen, vor allem um den Abgleich mit den ständig aktualisierten Sanktionslisten zu gewährleisten. Die Häufigkeit des Prüfintervalls hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, zu der vor allem die Sensitivität der Personen gehört. Ein jährlicher Prüfrhythmus reicht im Zweifel nicht aus. Unsere Erfahrung zeigt, dass eine Vielzahl von Unternehmen diese Anforderungen des Sanktionslisten- *Screening* nur ungenügend umsetzt. Die neue Dienstanweisung E-VSF 0520 (für die AEO-Zertifizierung) begrenzt das Sanktionslisten-*Screening* auf solche Personen, die Zugang zu sicherheitskritischen Bereichen haben, und sie verlangt eine Überprüfung alter Daten mindestens einmal im Jahr. Es ist aber fraglich, ob aus dieser neuen Dienstanweisung umfassend Schlussfolgerungen für das *Screening* gegen Sanktionslisten abgeleitet werden können, weil diese Dienstanweisung allein für die Prüfanforderungen im Rahmen der AEO-Zertifizierung gilt. Außerhalb dieser Zertifizierung könnten die Anforderungen umfassender sein.

Resümee und aktuelle Entwicklungen

Der Ausgangsfall kann klar beantwortet werden: Wegen der Zuverlässigkeitszweifel – ausgelöst durch zahlreiche Exportverstöße – kann das BAFA im Rahmen der ZVP ein ICP verlangen, zu dem vor allem die genannten 6 Unterlagen gehören.

Außerhalb einer solchen ZVP stellt sich aber die Frage, welche Unterlagen für ein ICP zusätzlich erforderlich sind. U. E. gehören zumindest vier weitere Unterlagen (Verzeichnis der Güter-Listungen, Aufbau eines Exporthandbuchs, Verträge zur Risikoweitergabe und AEO-Audit) hierher. Je mehr man allerdings die Details dieser Handlungspflichten betrachtet, umso eher entstehen Unsicherheiten, wie umfassend die einzelnen Handlungspflichten wahrzunehmen sind. Dies wurde hier anhand des *Screenings* gegen Sanktionslisten verdeutlicht. Je nach der Größe des Unternehmens bzw. nach der Sensitivität seiner Güter können hier ganz unterschiedlich weite Handlungspflichten entstehen. Letztlich bleibt dann doch die Beratung

durch den Exportanwalt erforderlich, um individuell passende Lösungen ausarbeiten zu können, welche adäquat zu den Risiken sind, ohne das Unternehmen wirtschaftlich zu überfordern.

U. E. ist wenig wahrscheinlich, dass sich an diesem Bild viel ändern wird nach Bekanntgabe der EU – *Guidance* für Zertifizierungen nach Art.9 ICT – Richtlinie. Denn es dürfte kaum möglich sein, mit einem solchen EU-Papier Differenzierungen aufgrund von Größe des Unternehmens und der Sensitivität seiner Güter wahrzunehmen (bei einer Begrenzung allein auf Rüstungsgüter mag dies eher gehen). Unser größtes Bedenken besteht darin, warum eine solche *Guidance* nicht im Rahmen des AEO angeboten wird: Der AEO ist zum entscheidenden Maßstab dafür geworden, ob ein Unternehmen für die Einhaltung der Export- und Zollvorschriften (sowie der Sicherheit, der finanziellen Solvenz und Buchführung) als zuverlässig angesehen werden kann. Daher sollte sich die EU-*Guidance* auf den AEO konzentrieren, zumal mit der VO 1192/2008 nun verdeutlicht worden ist, dass für die meisten Verfahrensvereinfachungen (vom Anschreibeverfahren bis zur einzigen Bewilligung) die meisten Voraussetzungen für den AEO nachgewiesen werden müssen, um diese Verfahrensvereinfachungen behalten zu können. Demnach bietet sich eher eine Fortführung der AEO- *Guidance* an als eine neue ICT- *Guidance*.

Weiterführende Hinweise

- BAFA, Betriebsorganisation 1 (Die innerbetriebliche Organisation der Exportkontrolle), Kapitel 4 in: BAFA Hrsg., *Praxis der Exportkontrolle*, Köln 2006, Seiten 109-125.
- Beutel, Compliance in der Exportkontrolle, *AW-Prax* 9/2009, S. 299 f.
- Beutel & Richter, Aktuelle Entwicklungen im Bereich der innerbetrieblichen Exportkontrollsysteme (ICP), *AW-Prax* 5/2010, S. 190-193
- Böer, Internal Compliance in der Unternehmenspraxis, *AW-Prax* 5/2010, S. 196-197 (und in diesem Heft)
- Böer & Moritz, Betriebsorganisation 2 (Die 10 Gebote für ein ICP) und 3 (Die innerbetriebliche Exportorganisation aus der Sicht eines EKB), Kapitel 5 und 6 in: BAFA Hrsg., *Praxis der Exportkontrolle*, Köln 2006, Seiten 127 - 183

- Hohmann, Angemessene Außenhandelsfreiheit im Vergleich: Die Exportpraxis der USA, der EG und Japans (Reihe: Ius Publicum Band 89), Tübingen 2002
- Hohmann, Datenschutzrechtliche Aspekte von Sanktionslisten, in: Puschke Hrsg., *Basiswissen Sanktionslisten*, Köln 2008, Kapitel 5, Seite 109-115
- Möllenhoff & Ovie, Mitarbeiterscreening aufgrund Embargolisten?, *AW-Prax* 4/2010, S. 136-138
- Pottmeyer, Terrorismuslisten und Datenschutz, *AW-Prax* 2/2010, S.43-46
- Puschke, Umsetzung des Screenings in der Praxis, in: Puschke Hrsg., *Basiswissen Sanktionslisten*, Köln 2008, Kapitel 2, Seite 69-83
- Richter, Intra-EU- Rüstungsgüterrichtlinie, *AW-Prax* 9/2009, S. 294 f.