

Der Entwurf eines neuen Exportkontrollgesetzes der VR China im Kontext des Außenwirtschaftsrechts der USA, EU und Deutschlands: Praktische Erwartungen für die Lieferkette

Kay Höft¹

Abstract

Dieser Beitrag stellt die wesentlichen Bestimmungen des Entwurfs eines neuen Exportkontrollgesetzes vor, den das chinesische Handelsministerium am 16.06.2017 veröffentlicht hat. Er zieht einen Vergleich zu den entsprechenden Vorschriften des Außenwirtschaftsrechts der USA, der Europäischen Union und der Bundesrepublik Deutschland. Die in dem Gesetzesentwurf normierten Verpflichtungen können auch europäische und deutsche Unternehmen betreffen, die Güter mit chinesischem Ursprung als Vor- oder Endprodukt re-exportieren wollen. Dabei steht den Genehmigungsbehörden ein weiter Ermessensspielraum zu. Bei einer Entscheidung über die Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung sind die wirtschaftspolitischen Interessen der VR China ein ausdrücklich normiertes Bewertungskriterium. Dies ist ein Novum im internationalen Außenwirtschaftsrecht.

I. Einführung

Das chinesische Handelsministerium hat am 16.06.2017 den Entwurf eines „Exportkontrollgesetzes“² (im Folgenden: EKG) veröffentlicht. Die formale Begründung für die Notwendigkeit des EKG steht in der Präambel des Entwurfs: Die bereits bestehenden Verordnungen mit Bezug zur Exportkontrolle sollen unter dem neuen Gesetz vereint und systematisiert werden. Der Entwurf enthält Vorgaben für die Genehmigungspraxis, die Verpflichtung der Ausführer zur Einführung eines internen Compliance-Programms sowie Vorschriften zur Sanktionierung von Pflichtverletzungen. Die Liste der Güter, deren Ausfuhr aus der Volksrepublik (VR) China durch Genehmigungsvorbehalt kontrolliert werden soll, hat das Handelsministerium (MOFCOM) bislang allerdings noch nicht veröffentlicht. Der Wortlaut der Verordnung lässt aber erwarten, dass der Güterkreis erheblich erweitert wird und zukünftig etwa auch Industriewaren, -technologie und -software aus der Werkstoffbearbeitung, Elektronik, Telekommunikation und Sensorik erfasst sein können.³ Bislang waren lediglich proliferationsrelevante Güter im Zusammenhang mit atomaren, biologischen und chemischen

(ABC) Waffen durch mehrere, nebeneinanderstehende Gesetze reguliert. Darüber hinaus enthält der neue Gesetzesentwurf in Anlehnung an das Ausfuhrrecht der USA auch einen sogenannten Re-Exportvorbehalt. Die normierten Verpflichtungen könnten damit auch europäische und deutsche Unternehmen betreffen, die Güter mit chinesischem Ursprung re-exportieren wollen. Dabei steht den Genehmigungsbehörden ein weiter Ermessensspielraum zu. Bei einer Entscheidung über die Erteilung einer Ausfuhr-, oder Re-Exportgenehmigung sind die wirtschaftspolitischen Interessen der VR China ein ausdrücklich normiertes Bewertungskriterium. Dies ist ein Novum im internationalen Außenwirtschaftsrecht, denn bisher waren ausschließlich ordnungspolitische Motive wie die Einhaltung der internationalen Verpflichtungen zur Non-Proliferation sowie der inneren und äußeren Sicherheit entscheidungserheblich.

Mit dem Veröffentlichungsdatum begann eine Frist von 30 Tagen, binnen derer die interessierte Öffentlichkeit die Möglichkeit erhielt, Ansichten und Kommentare abzugeben.⁴ Die im Gesetzgebungsverfahren danach vorgesehene Lesung im Nationalen Volkskongress und Verabschiedung des Gesetzes hat bis heute nicht stattgefunden, wird aber noch für 2018 erwartet. Das Gesetzgebungsverfahren endet sodann mit der Unterschrift des Präsidenten und Bekanntgabe des Gesetzes. Danach wird es im Amtsblatt des Ständigen

¹ M. A. (BWL), Rechtsanwalt (Kanzlei für Außenwirtschaftsrecht in Hamburg); Mitautor des Heidelberger Kommentars zum Außenwirtschaftsrecht von Hocke/Sachs/Pelz. Der besondere Dank des Autors gilt Herrn Prof. Dr. iur. Knut Benjamin Piffler, M. A. (Chinese Studies), Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, für seine Übersetzungen und Unterstützung u. a. bei Recherche und Auslegung von Rechtsfragen.

² [中华人民共和国出口管制法 (草案征求意见稿)], englische Übersetzung in: LexisNexis, Circular of the Ministry of Commerce on Seeking Comments on the Export Control Law (Draft for Comment), öffentliche Bekanntmachung vom 16.06.2017.

³ Der Beitrag befasst sich mangels praktischer Relevanz nicht mit den Vorschriften, die den Export von Rüstungsgütern aus China betreffen. Der Rüstungsexport ist ausschließlich staatlich organisiert und betraf (Stand 2012) lediglich 12 Staatsbetriebe, die eine sog. Monopolzulassung besaßen, vgl. Joint EU-China Handbook on Export Control of Dual-Use-Items, Vol. 1, Part. II, S. 45.

⁴ Nach Erfahrung derjenigen, die sich beruflich mit chinesischen Gesetzen befassen, führt die Veröffentlichung eines Gesetzesvorhabens zur Kommentierung durch die Stakeholder selten dazu, dass wesentliche Änderungsvorschläge in die finale Fassung einfließen. Ebenso wenig werden die Ansichten der Kommentatoren über die Auslegung des EKG bei später auftretenden Anwendungsfragen berücksichtigt. Das Recht zur legislativen Auslegung von Gesetzen steht nach § 45 des chinesischen Gesetzgebungsgesetzes formal allein dem Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses zu. Es ist zu erwarten, dass die Antworten auf die vielen offenen Fragen zur Auslegung des EKG erst aus der Anwendungspraxis und gegebenenfalls aus weiteren Erläuterungen des Handelsministeriums gegeben werden.

Ausschusses des Nationalen Volkskongresses und auf dessen Website veröffentlicht.

II. Historie und Kontext

Die Kontrolle des Exports chinesischer Güter ist nicht neu.

Die VR China ist bereits seit 1984 Mitglied der Internationalen Atomenergie-Organisation⁵ und trat 1992 dem Atomwaffensperrvertrag⁶ sowie 2004 der Nuclear Suppliers Group⁷ bei. Im Bereich der Non-Proliferation von biologischen und chemischen Waffen ist China seit 1984 der Biowaffenkonvention⁸ verpflichtet und ratifizierte 1997 die Chemiewaffenkonvention.⁹ Die Mitgliedschaft in dem Kontrollregime zur Nichtverbreitung von ballistischen Raketen, die zur Ausbringung von ABC-Waffen geeignet sind, hatte China 2004 beantragt und sich der Organisation freiwillig angeschlossen.¹⁰ Im gleichen Jahr hat es die Resolution 1540 des UN-Sicherheitsrates angenommen.¹¹ Darin übernehmen alle teilnehmenden Staaten die Selbstverpflichtung, innerstaatliche Kontrollen mit dem Ziel einzurichten, die Verbreitung von nuklearen, biologischen oder chemischen Waffen und ihren Trägersystemen zu verhindern. Für die Umsetzung der Resolution haben die Teilnehmerstaaten nationale Güterkontrolllisten erstellt, um die Einhaltung ihrer Verpflichtungen aus den multilateralen Nichtverbreitungsverträgen zu gewährleisten. Weitere Abkommen über die Abrüstung im konventionellen Rüstungsgüterbereich folgten.¹²

Ein weiterer Meilenstein auf dem Weg zum Entwurf des EKG ist das chinesische Außenhandelsgesetz, dessen Erstfassung die VR China schon im Jahr 1994 erlassen hat.¹³ Das Außenhandelsgesetz ist nach Auffassung des Autors als direkte Vorgängervorschrift des EKG anzusehen. Nach dem Beitritt zur Welthandelsorganisation (WTO) im Dezember 2001 folgte das Außenhandelsgesetz in der Fassung von 2004¹⁴, dessen 3. Kapitel den Im- und Export von Waren und

Technologie reguliert und weiterhin in Kraft ist. Es adressiert mit dem Merkmal „Waren und Technologie“ aber ausschließlich die durch die Kontrollregime erfassten nuklearen, biologischen und chemischen Güter sowie Trägerraketen zur Ausbringung dieser Güter, ferner nicht näher bestimmte „Super-, Großrechner-, medium- und minicomputer (6 Typen)“.¹⁵ Das MOFCOM hat in seinem Handbuch über genehmigungspflichtige Dual-Use-Güter darüber hinaus – technisch nicht näher spezifizierte – Bagger aufgeführt.¹⁶

Die Selbstverpflichtungen und Kontrolllisten aus den vorstehenden Regimen hat China in einer Vielzahl von Vorschriften in nationales Recht umgesetzt¹⁷ und sich nach 2009 folgenden Status attestiert: „China has [...] put in place a fairly complete legal framework of non-proliferation and export control“.¹⁸

Im europäischen Kontext entstand die Regulierung der Ausfuhr sensibler Güter aus dem CoCoM-Exportkontrollregime. Dieser „Koordinationsausschuss für multilaterale Ausfuhrkontrollen“ (CoCoM) verfolgte zu Zeiten des Kalten Krieges das Ziel, die Ausfuhr von westlicher Schlüsseltechnologie in sozialistische Staaten zu beschränken. Nach Auflösung des CoCoM nahmen technische Arbeitsgruppen unter dem Zusammenschluss des Wassenaar-Abkommens im Jahr 1996 den Ansatz auf, kritische Güter aufzulisten, um durch eine transparente Kontrolle der Bewegungen konventioneller Waffen und sog. Dual-Use-Güter¹⁹ einen Beitrag zu internationaler Sicherheit und Stabilität zu leisten.²⁰ Heute umfasst das Abkommen 42 Teilnehmerstaaten. Die in diesem Zusammenschluss erarbeiteten Listenpositionen der Wassenaar-Kontrollliste bedürfen in der EU eines Umsetzungsakts, um als kontrollpflichtige Güter nach Art. 15 der Dual-Use-VO 428/2009 (Dual-Use-VO) in deren Anhang I aufgenommen und rechtsverbindlich zu werden. Der Anhang I enthält auf über 270 Seiten kasuistisch aufgeführte, technische Listenkriterien von Dual-Use-Gütern, die in zehn Kategorien eingeteilt werden (Abbildung 1).²¹

⁵ <https://www.iaea.org/technicalcooperation/Home/Highlights-Archive/Archive-2016/0927016_cpf-china.html> eingesehen am 16.06.2018.

⁶ <www.un.org/Depts/dar/nptconf/21de.htm> eingesehen am 16.06.2018.

⁷ <<http://www.nti.org/analysis/articles/china-enters-nuclear-suppliers-group/>> eingesehen am 16.06.2018.

⁸ <<https://www.armscontrol.org/factsheets/bwcsig>> eingesehen am 16.06.2018.

⁹ <<https://www.armscontrol.org/factsheets/cwcsig>> eingesehen am 16.06.2018.

¹⁰ <<https://www.armscontrol.org/factsheets/mtrc>> eingesehen am 16.06.2018.

¹¹ Resolution 1540 (2004), verabschiedet auf der 4956. Sitzung des Sicherheitsrats am 28. April 2004; <[http://undocs.org/S/AC.44/2004/\(02\)/4](http://undocs.org/S/AC.44/2004/(02)/4)> eingesehen am 16.06.2018.

¹² <<http://www.bjreview.cn/g-br/2006-g/2006-40/2006-40-wj-1.htm>> eingesehen am 16.06.2018.

¹³ Außenhandelsgesetz der VR China (中华人民共和国对外贸易法), vom 12.05.1994, in: Amtsblatt des Staatsrats (国务院公报) 1994, S. 423 ff.; deutsche Übersetzung in: Robert Heuser (Hrsg.), Wirtschaftsreform und Gesetzgebung in der VR China, Hamburg 1996, S. 376 ff.

¹⁴ Eine deutsche Übersetzung von Matthias Müller ist publiziert in: ZChinR Bd. 11 Nr. 3 (2004); S. 250 ff., siehe dazu auch Hinrich Julius/Matthias Müller, Das neue chinesische Außenhandelsrecht, ZChinR Bd. 11 Nr. 3 (2004), S. 215 ff.

¹⁵ Joint EU-China Handbook on Export Control of Dual-Use-Items, Vol. 1, Part. II, S. 42, veröffentlicht unter <http://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_outreach_eu_china_handbook_vol1_eng.pdf?__blob=publicationFile&v=3> eingesehen am 16.06.2018.

¹⁶ <<http://exctrl.mofcom.gov.cn/zhinan7.shtml>> eingesehen am 16.06.2018.

¹⁷ Die relevanten Rechtsquellen sind abgedruckt in: Joint EU-China Handbook on Export Control of Dual-Use-Items, Vol. 1, Part II.

¹⁸ Joint EU-China Handbook on Export Control of Dual-Use-Items, Vol. 1, Part I, S. 6.

¹⁹ Unter dem Begriff „Güter mit doppeltem Verwendungszweck“, englisch: Dual-Use-Goods, sind nach Art. 2 Nr. 1 der EU Dual-Use-VO 428/2009 Güter einschließlich Datenverarbeitungsprogramme und Technologie zu verstehen, die sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke verwendet werden können.

²⁰ Wassenaar Arrangement Public Documents, Volume II, List of Dual-Use Goods and Technologies and Munitions List, December 2017: <<https://www.wassenaar.org/app/uploads/2018/01/WA-DOC-17-PUB-006-Public-Docs-Vol.II-2017-List-of-DU-Goods-and-Technologies-and-Munitions-List.pdf>> eingesehen am 16.06.2018.

²¹ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates über eine Gemeinschaftsregelung für

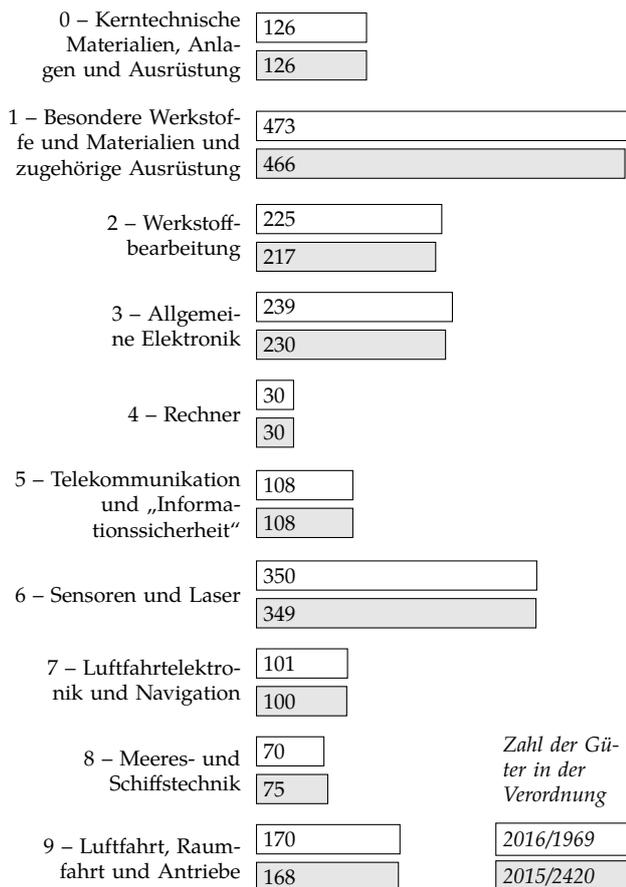


Abbildung 1: Anzahl der nach Erlass der Verordnung (EU) 2016/1969 in den Kategorien des Anhangs I aufgeführten Güter mit doppeltem Verwendungszweck im Vergleich zur Verordnung (EU) 2015/2420²²

Der Güterbegriff erfasst dabei sowohl Waren als auch Software und Technologie. Sie sind typischerweise dem Spitzentechnologiefeld zuzurechnen.

Laut statistischen Schätzungen machen die Ausfuhren von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck aus der EU in Drittländer 2,6 % und Verbringungen von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck innerhalb der EU zwischen den Mitgliedstaaten etwa 17,4 % der Gesamtausfuhren und Verbringungen aus.²³

Der Vergleich zwischen der bislang bestehenden chinesischen und der europäischen Exportkontrollgesetzgebung zeigt einen maßgeblichen Unterschied, nämlich den Umfang der kontrollierten Güter. China ist im Gegensatz zu den EU-Mitgliedstaaten und der USA bislang kein Mitglied des Wassenaar-Abkommens und kontrolliert bislang keine Dual-Use-Güter nach der Wassenaar-Kontrollliste. Alle bisher in China geltenden Exportkontrollregime haben die Gemeinsamkeit, dass sie grundsätzlich nur Dual-Use-Güter adressie-

ren, die im Zusammenhang mit nuklearen, biologischen oder chemischen Waffen und ihren Trägersystemen stehen, also Massenvernichtungswaffen.

Aus dem *fairly complete legal framework of non-proliferation and export control* soll nun ein einheitliches und vollständiges Exportkontrollgesetz werden. Die Systematik und Instrumente des EKG zeigen aber, dass der chinesische Gesetzgeber sich das Außenwirtschaftsrecht der EU und der USA zum Vorbild genommen hat, indem er *de lege ferenda* erstmalig sowohl die aus dem US-Recht stammenden, strengen Tatbestände der kontrollierten Handlungen übernimmt und, nach derzeitiger Beobachtung, mit den Güterlisten der EU kombinieren möchte.

Der Blick auf die vorstehenden Zahlen ist daher aus Sicht des Autors notwendig, um die Dimension der Folgen nachzuvollziehen, die mit einem chinesischen Exportkontrollgesetz eintreten können. Denn ein großer Teil des dort dargestellten Volumens enthält Vor- oder Endprodukte mit chinesischem Ursprung. Sollte das EKG nun den Re-Export eines Teils dieser Güter unter Genehmigungsvorbehalt stellen, kämen erhebliche Complianceanforderungen auf in der EU ansässige Importeure zu. Selbst wenn die re-exportierten Güter nicht auf der Kontrollliste des EKG stehen, so bedarf es bereits einer Vorprüfung, um diese Nichtlistung festzustellen. Und auch in diesem Fall bliebe eine sogenannte Catch-all-Regelung (§ 14 EKG) anwendbar, die dem Handelsministerium eine Kontrolle von nicht gelisteten Gütern für einen Zeitraum von zwei Jahren erlaubt.

III. Kapitel des EKG im Überblick

Der Entwurf enthält 70 Artikel und ist wie folgt gegliedert:

Kapitel I: Allgemeine Vorschriften

Kapitel II: Kontrollpolitik und Güterlisten

Kapitel III: Genehmigungsverfahren

Kapitel IV: Gesetzesvollzug und Überwachung

Kapitel V: Rechtliche Haftung

Kapitel VI: Ergänzende Bestimmungen

IV. Wesentliche Regelungen des EKG

1. Kapitel I: Allgemeine Vorschriften, Kapitel II: Kontrollpolitik und Güterlisten

a. Gesetzesziel

Das EKG dient laut § 1 dem Schutz der staatlichen Sicherheit²⁴, aber ausdrücklich auch dem wirtschaftlichen Entwicklungsinteresse der VR China. Diese Merkmale hat das Handelsministerium zum zentralen Programmsatz erhoben, der sich durch das ganze Gesetz

²⁴ Hier wird der Begriff „National Security“ übersetzt mit „Staatsicherheit“, da dieses Wort eher die chinesische Bezeichnung wiedergibt.

die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck vom 21.11.2017, Nr. 41: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0679&from=DE>> eingesehen am 16.06.2018.

²² A. a. O.

²³ Vgl. a. a. O.

zieht: § 8 verankert den Grundsatz, dass die Exportkontrolle dem nationalen Sicherheitskonzept folgen und mit der wirtschaftlichen Entwicklung abgestimmt werden soll; nach § 11 haben die nationalen Behörden die Ausfuhrkontrollpolitik im Einklang mit der nationalen Sicherheit und der Entwicklungspolitik zu erstellen; bei der Formulierung und Anpassung der Güterkontrolllisten sind nach § 16 die staatliche Sicherheit, die technologische Entwicklung, das internationale Marktangebot, internationale Verpflichtungen und Auswirkungen auf Handel und – dies ist im internationalen Vergleich eine Besonderheit – die industrielle Wettbewerbsfähigkeit zu berücksichtigen; staatliche Sicherheits- und Entwicklungsinteressen sind gemäß § 29 auch bei der Auswahl der sogenannten Blacklist-Adressaten entscheidend.²⁵ Noch deutlicher wird § 22, der sieben Kriterien für die Entscheidung über einen Ausfuhrgenehmigungsantrag festlegt und in dieser Rangordnung das staatliche Sicherheits- und Entwicklungsinteresse an erster Stelle positioniert.

Das Kriterium des staatlich gesteuerten, wirtschaftlichen Entwicklungsinteresses ist im internationalen Vergleich mit außenwirtschaftsrechtlichen Quellen ein Novum. In der EU regelt die Dual-Use-VO die Kontrolle der Ausfuhr, Verbringung, Vermittlung und Durchführung von Dual-Use-Gütern. Das deutsche Außenwirtschaftsgesetz (AWG) und die deutsche Außenwirtschaftsverordnung (AWV) regeln diese Tatbestände mit Bezug auf sonstige Rüstungsgüter. Aber weder die EU Dual-Use-Verordnung²⁶ noch das deutsche AWG²⁷ machen die Genehmigungserteilung offiziell von wirtschaftspolitischen Interessen abhängig. Das Gegenteil ist der Fall: Deutsche Genehmigungsentscheidungen im Bereich der sonstigen Rüstungsgüter trifft das BMWi allein anhand der außen- und sicherheitspolitischen Interessen; wirtschaftspolitische Ziele und der Erhalt von Arbeitsplätzen spielen ausdrücklich keine Rolle.²⁸

²⁵ § 27 EKG eröffnet die Möglichkeit, eine „Blacklist“ zu erstellen, in der ausländische Lieferanten und Endverwender aufgenommen werden, wenn sie die staatliche Sicherheit bzw. die wirtschaftlichen Entwicklungsinteressen gefährden oder gelieferte Güter zu terroristischen Zwecken einsetzen.

²⁶ Nach Art. 12 Abs. 1 c) Dual Use-VO 428/2009 sind bei einer Entscheidung über die Ausfuhrgenehmigung von Dual-Use-Gütern vielmehr die Acht Kriterien aus § 2 GASP 2008/944 ermessensleitend. Dazu zählen insbesondere die Einhaltung der internationalen Verpflichtungen zur Non-Proliferation, die Achtung der Menschenrechte durch das Endbestimmungsland und dessen innere Lage, die Aufrechterhaltung von Frieden, Sicherheit und Stabilität, die nationale Sicherheit der Mitgliedstaaten sowie das Verhalten des Käuferlandes in Bezug auf Unterstützung des Terrorismus und der internationalen organisierten Kriminalität.

²⁷ § 4 AWG normiert die maßgebenden Beschränkungen und Handlungspflichten zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und der auswärtigen Interessen, die allerdings so zu gestalten sind, dass in die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung so wenig wie möglich eingegriffen wird, vgl. § 1 und § 4 Abs. 4 AWG als Konkretisierung des Art. 12 Abs. 1 GG.

²⁸ <<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Reden/2014/20141008-gabriel-ruestungsexporte.html>> eingesehen am 04.05.2018; weitere Grundsätze zum „politischen“ deutschen Außenwirtschaftsrecht erläutert Christian Pelz in Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, Einführung Rn. 47 ff.

Dieser Vergleich wirft die Frage auf, ob China das EKG auch zur Umsetzung seiner wirtschaftspolitischen Strategie nutzen möchte, indem es ein Instrumentarium schafft, mit dem es durch Genehmigungsvorbehalte in die internationalen Lieferketten eingreifen oder diese sogar steuern kann.

Die Möglichkeit dazu bietet § 64 EKG. Dessen Normtext lautet: *Dieses Gesetz gilt auch für den Re-Export eines kontrollierten Gutes oder eines ausländischen Produktes mit einem bestimmten Prozentsatz des Wertes eines kontrollierten Gutes der VR China, das aus dem Ausland in ein anderes Land ausgeführt wird.*

Abbildung 2 soll das dahinterstehende Problem praktisch veranschaulichen.

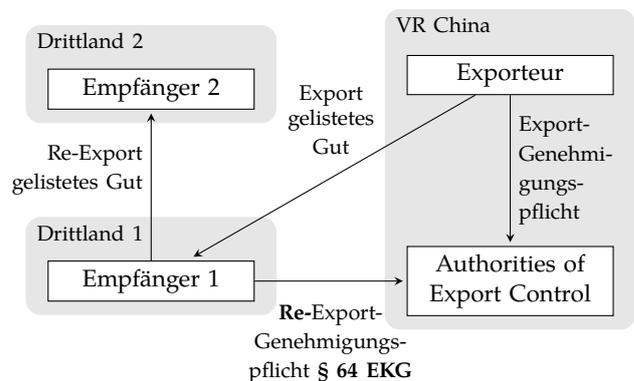


Abbildung 2: Veranschaulichung der Re-Export-Genehmigungspflicht nach § 64 EKG

Das EKG erweitert damit seinen territorialen Anwendungsbereich über die Staatsgrenzen der VR China hinaus. Derartige extraterritoriale Re-Exportvorbehalte kennt derzeit nur das US-Recht für Dual-Use-Güter in § 734.14 EAR²⁹ und für Rüstungsgüter in § 120.19 und § 123.9 ITAR.³⁰ In Deutschland gibt es zwar in den vom Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) herausgegebenen Dokumentvorlagen für Endverbleibserklärungen einen administrativen Hinweis auf eine Genehmigungspflicht im Falle eines Re-Exports; AWG und AWV ordnen diese Pflicht aber nicht an.

Eine Antwort auf die vorstehend aufgeworfene Frage ist nach systematischer Auslegung im EKG selber nicht zu finden, weil die Tatbestandsmerkmale des „wirtschaftlichen Entwicklungsinteresses“ oder der „industriellen Wettbewerbsfähigkeit“ dort weder legaldefiniert noch in sonstiger Weise erläutert werden.

Eine historische und vergleichende Auslegung anhand des Außenhandelsgesetzes von 2004 zeigt, dass die Merkmale dort als Varianten bereits normiert waren. So soll § 1 des Außenhandelsgesetzes die „gesunde

²⁹ Exports Administration Regulation; <<https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/regulation-docs/412-part-734-scope-of-the-export-administration-regulations/file>> eingesehen am 08.05.2018.

³⁰ <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?tpl=/ecfrbrowse/Title22/22cfr120_main_02.tpl> eingesehen am 08.05.2018. vgl. dazu John Barker in: Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, S. 994, Rn. 46 ff. und 81 ff.

Entwicklung der sozialistischen Marktwirtschaft“ fördern, § 16 Abs. 7 erlaubt zum Aufbau eines besonderen Wirtschaftszweiges im Inland die Beschränkung des Imports, § 41 ermächtigt den Staat bei einer wesentlichen Schädigung der Industrie oder einer wesentlichen Behinderung des Aufbaus einer Industrie im Inland zu Antidumpingmaßnahmen und der Staatsrat darf nach § 49 bei „ungewöhnlichen Situationen im Außenhandel“ die Sicherheit der nationalen Wirtschaft schützen.

Diese Vorschriften begünstigen die Wirtschaftsförderung im Inland durch Schutz gegen Importe aus dem Drittland.³¹ Dieser Schutz unterfällt allerdings dem Regelungsbereich des Zollrechts bei der Wareneinfuhr und ist eine Umsetzung von WTO-Vereinbarungen, die im Zeitraum zwischen den Jahren 2001 und 2004 erlassen wurden.³² Die Kontrolle von Gütern bei der Ausfuhr ist dagegen ein eigenständiger Regelkreis. Hierfür formuliert das EKG als *lex specialis* die Merkmale „wirtschaftliche Entwicklung“ und „wirtschaftliches Interesse“ konkreter als das Außenhandelsgesetz die Variante der „gesunden Entwicklung der sozialistischen Marktwirtschaft“. Aus dem Außenhandelsgesetz als *lex generalis* lässt sich daher keine Erkenntnis für den Regelungsgehalt von § 1 EKG herleiten.

Der Vergleich mit der jüngeren chinesischen Gesetzgebung führt hier weiter zum Staatssicherheitsgesetz der VR China von 2015.³³ Dort finden sich gleich mehrere Hinweise zur Interpretation, insbesondere in dessen § 2. Danach bezeichnet die „Staatssicherheit“ einen Status, in dem *das Regime, die Souveränität, die Einheit, die territoriale Integrität, das Wohlergehen des Volkes, die nachhaltige wirtschaftliche und soziale Entwicklung und andere wichtige Interessen des Staates nicht gefährdet und nicht bedroht sind sowie die Fähigkeit, einen dauerhaften Sicherheitsstatus aufrechtzuerhalten.*

Ergänzend ordnet § 19 des Staatssicherheitsgesetzes an, dass der Staat *sein grundlegendes Wirtschaftssystem und die Ordnung der sozialistischen Marktwirtschaft bewahrt, die Regeln und Mechanismen zur Verhütung und Lösung wirtschaftlicher Sicherheitsrisiken verbessert und die Sicherheit wichtiger Industrien und Schlüsselsektoren, wesentliche Infrastruktur, wesentliche Bauprojekte und andere wichtige wirtschaftliche Interessen gewährleistet.* Über § 11 des Staatssicherheitsgesetzes ist auch das Handelsministerium dazu verpflichtet, sein ministerielles Mandat nach diesen Vorgaben auszuüben.

Überträgt man diese Inhalte im Wege der vergleichenden Auslegung auf das EKG, dann besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Handels-

ministerium das EKG zur Förderung der eigenen wirtschaftspolitischen Strategie anwenden wird, indem es Wettbewerbsinteressen in die Genehmigungsentscheidung einfließen lässt.

Eine noch offene Folgefrage ist daher, wie die beschränkenden Merkmale „wesentlich“ und „wichtig“ aus § 19 des Staatssicherheitsgesetzes auszulegen sind. Denn lediglich „unwesentliche“ oder „unwichtige“ Industrien und Schlüsselsektoren, Infrastruktur, Bauprojekte und wirtschaftliche Interessen wären im Umkehrschluss nicht als Beurteilungskriterium erfasst. Eine Definition dieser Maßgeblichkeitsschwelle enthält das Staatssicherheitsgesetz nicht. Auch das EKG bietet keine Hinweise, mit Ausnahme eines in § 64 EKG erwähnten „*Wertes eines kontrollierten (chinesischen) Gutes als Prozentsatzes eines ausländisches Produktes*“ als weitere Voraussetzung für die Re-Exportgenehmigungspflicht. Diese Formulierung lehnt sich offensichtlich an die in dem US-(Re-)Exportkontrollrecht enthaltenen *de minimis*-Regelungen an, bei denen ein Re-Export von Dual-Use-Gütern bei Überschreiten eines US-Ursprungsanteiles von 25 % bzw. 10 % (bei kritischen Ländern) genehmigungspflichtig wird. Für die Prozentregelung in § 64 EKG ist davon auszugehen, dass deren Berechnung sich nach nichtpräferenzzielen Ursprungsregelungen richten wird, die aus dem Zollrecht bekannt sind und bereits in § 22 des chinesischen Außenhandelsgesetzes von 2004 enthalten waren.³⁴ Die Vorschrift hatte der chinesische Gesetzgeber in Anlehnung an die WTO-Übereinkunft über Ursprungsregeln in das Außenhandelsgesetz mit dem Ziel aufgenommen, das Ursprungsland einer Ware festzustellen, um nichttarifäre Handelsbeschränkungen³⁵ anzuwenden. Ursprungsregeln adressieren allerdings ausschließlich „anfassbare“ Ware. Aus diesem Grund ist die Übertragung der Regeln auf die Berechnung des Ursprungs nach Prozentregeln für die im Außenwirtschaftsrecht regulierten Immaterialgüter wie Software und nicht verkörperte Technologie nicht möglich. Bei einer Ware, deren Bestandteile importiert und an einer Produktionsstätte zu einem fertigen Erzeugnis zusammengeführt werden, ist die Frage der nach den WTO-Ursprungsregeln statuierten „letzten wesentlichen Bearbeitung“ meistens einfach zu beantworten. Aber wo soll die letzte wesentliche Bearbeitung einer Software liegen, die per remote-Programmierung an unterschiedlichen Teilen der Erde von verschiedenen Entwicklern gemeinsam geschrieben wird und deren Codezeilen auf verschiedenen Servern liegen? An diesem Beispiel zeigt sich, dass § 22 des Außenhandelsgesetzes der VR China nicht als Vorlage

³¹ Entsprechende Vorschriften kennt auch das Zollrecht der EU, vgl. Antidumping-Grundverordnung VO (EU) 2016/1036 und Antisubventions-Grundverordnung VO (EU) 2016/1037; sowie die Einfuhrbeschränkungen nach §§ 29 ff. AWV. Ein weiteres Beispiel ist die vorherige Überwachung von Aluminium-Einfuhren aus bestimmten Drittländern nach der VO (EU) 2016/670, insbesondere aus China.

³² Vgl. *Hinrich Julius/Matthias Müller* (siehe oben Fn. 14), S. 215 ff.

³³ Verabschiedet auf der 15. Sitzung des Ständigen Ausschusses des Zwölften Nationalen Volkskongresses am 1. Juli 2015; <http://eng.mod.gov.cn/publications/2017-03/03/content_4774229.htm> eingesehen am 04.05.2018.

³⁴ Übereinkunft vom 15.04.1994, Abl. 1994 L 336/144; Erläuterungen zum Außenhandelsgesetz der VR China von 2004, zu § 22, S. 86, vgl. *chinesischer Quelltext in Hinrich Julius/Matthias Müller* (siehe oben Fn. 14) S. 222.

³⁵ Nichttarifäre Handelsbeschränkungen sind Beschränkungen im internationalen Warenverkehr bei der Einfuhr von Waren, die nicht an Einfuhrzölle und -steuern anknüpfen, sondern durch – häufig protektionistisch motivierte – Maßnahmen hervorgerufen werden, wie z. B. Genehmigungspflichten, Importquoten oder wechselnde und hohe technischen Hürden für die Marktzulassung von Produkten.

für das EKG geeignet ist. Es besteht der begründete Verdacht, dass die Verfasser des Entwurfs des EKG dieses Problem nicht gesehen haben. Denn § 64 EKG knüpft die Prozentregel an „controlled items“, wobei „items“ nach § 3 EKG neben der Ware auch Technologie und Software umfasst. Innerhalb des gleichen Tatbestands differenziert § 64 EKG sogar noch zwischen „products“ und „items“ zeigt also selber, dass der Unterschied zwischen anfassbaren „Produkten“ und „nicht anfassbarer“ Technologie und Software bekannt ist, beschränkt den Re-Exportkontrollvorbehalt dann aber nicht auf „products“. Für die außenwirtschaftsrechtliche Compliance bei Re-Exporten von gelisteten Immaterialgütern ist dieses Verfahren kaum handhabbar. Die Zuständigkeit für die Festlegung der Prozentsätze nach § 64 EKG liegt jedenfalls bei der Zentralen Militärkommission oder dem chinesischen Staatsrat; es ist zu erwarten, dass hierzu klarstellende Ausführungsvorschriften erlassen oder diejenigen, welche das Handelsministerium zum Außenhandelsgesetz erlassen hat, übernommen und angepasst werden.

Welche Industrien und Schlüsselsektoren, Infrastruktur, Bauprojekte und wirtschaftliche Interessen wichtig oder wesentlich sind, lassen das Staatssicherheitsgesetz und das EKG also offen.

Erweitert man den Kreis der verglichenen Rechtsquellen auf das chinesische Cybersicherheitsgesetz von 2017³⁶, dann stößt man in dessen 2. Abschnitt zur Funktionssicherheit wesentlicher Informationsinfrastruktur in § 31 auf das Merkmal „wichtige Branchen“ mit Bezug zur Informationstechnologie. § 37 des Cybersicherheitsgesetzes normiert die Pflicht, „wichtige Daten“ innerhalb des Gebietes der VR China zu speichern. Wann ein Datum wichtig ist, bleibt nach dem Wortlaut des Cybersicherheitsgesetzes zwar offen, aber die Assessment Guidelines in der Fassung von August 2017³⁷ enthalten hierzu detaillierte Vorgaben. Es ist zu erwarten, dass die vom Cybersicherheitsgesetz betroffenen Unternehmen diese Richtlinien als Good-Practice Standards freiwillig implementieren werden. Die Richtlinie definiert „wichtige Daten“ als Daten, die eng mit der staatlichen Sicherheit, der wirtschaftlichen Entwicklung und dem öffentlichen Interesse zusammenhängen. Die Bewertungsleitlinien enthalten umfassende Beispiele für wichtige Daten in 26 Branchen und Sektoren sowie eine Catch-all-Kategorie für andere Daten in *[allen Gebieten, die] den Frieden, den Wohlstand oder das soziale Wohlergehen Chinas beeinträchtigen könnten*. Die Bewertungsrichtlinien legen auch die Regulierungsbehörden für diese Branchen fest und sehen vor, dass die Definitionen, der Geltungsbereich und die Kriterien

für wichtige Daten in diesen Schlüsselindustrien näher spezifiziert werden. Folgende Branchen sind betroffen:

Öl und Gas, Kohle, Petrochemie, Elektrizität, Kommunikation (Mobilfunk, Netzwerke, Satelliten), elektronische Informationen, Stahl, Nichteisenmetalle, Herstellung von Geräten, chemische Industrie, staatliche Verteidigungsindustrie, Transport, Wasserwirtschaft, Gesundheit, Finanzen, Nahrung und Medizin, Radio und Fernsehen, Meeresumwelt, E-Commerce.

Wenn das Handelsministerium diese Maßstäbe aus dem Cybersicherheitsgesetz und dem Staatssicherheitsgesetz auf das EKG überträgt, steht den Behörden für Genehmigungsentscheidungen ein sehr weiter Ermessensspielraum zur Verfügung. Die vorgenannten Branchen stimmen mit den Güterkategorien des Anhangs I der EU-Dual-Use-VO in weiten Teilen überein.

b. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich erfasst die in § 3 EKG abstrakt definierten Dual-Use-, Rüstungs- und nukleare Güter. An dieser Stelle drängt sich die für die praktische Handhabung notwendige Frage auf, welche Güter auf den Kontrolllisten erfasst sind. Eine erste Antwort geben die §§ 4, 5 und 13 EKG, wonach Abteilungen des Staatsrates und der zentralen Militärkommission als zentralstaatliche Exportkontrollbehörden benannt werden und einheitliche Güterlisten formulieren, die nach Prüfung und Bestätigung durch den Staatsrat bekannt gemacht werden. Diese Listen liegen jedoch nicht vor und der Entwurf enthält auch keine Fundstelle oder einen Hinweis auf ein Veröffentlichungsdatum. Damit bleibt unklar, ob die Positionen sich an der Dual-Use-Güterliste und der Munitions List³⁸ des Wassenaar-Abkommens anlehnen werden. Verbindlich ist das Abkommen für die VR China nicht, denn sie ist kein Mitgliedstaat. Insofern bezieht sich das in § 1 normierte Ziel, „internationale Verpflichtungen“ zu erfüllen, formell nicht auf das Wassenaar-Abkommen, schließt die Übernahme der dort gelisteten Güter aber auch nicht aus. Denn China steht über Konsultationen, Outreach-Programme und Dialoge auf administrativer Ebene seit über zehn Jahren im Austausch mit dem Wassenaar-Plenary.³⁹ Der EKG-Entwurf greift die internationale Kooperation auf und normiert sie in § 10 EKG. § 16 EKG zeigt sodann auf, welche Prinzipien für die Aufnahme in die Güterlisten maßgebend sind: nationale Sicherheit, technologische Entwicklung, Versorgung des internationalen Marktes und mögliche Auswirkungen auf den Handel und die internationale Wettbewerbskompetenz. Zusätzlich sieht § 18 EKG eine Untersuchung und Bewertung der Folgen der Güterlisten auf den Industriestandort und – wiederum als Besonderheit – die Wettbewerbsfähigkeit vor.

³⁶ 中华人民共和国网络安全法 vom 07.11.2016, Originalquelle in Legal Daily (法制日报) vom 08.11.2017, S. 7, deutsche Übersetzung in diesem Heft (S. 113).

³⁷ [中华人民共和国国家标准 (信息安全技术 数据出境安全评估指南)] Information Security Technology-Guidelines for Data Cross-Border Transfer Security Assessment, veröffentlicht durch das staatliche Komitee für technische Informationssicherheit am 27. Mai 2017, aktualisiert in der Fassung vom 25.08.2017; <<https://www.tc260.org.cn/ueditor/jsp/upload/20170527/874914958780310102.pdf>> eingesehen am 16.06.2018.

³⁸ <<https://www.wassenaar.org/app/uploads/2018/01/WA-DOC-17-PUB-006-Public-Docs-Vol.II-2017-List-of-DU-Goods-and-Technologies-and-Munitions-List.pdf>> eingesehen am 16.06.2018.

³⁹ Joint EU-China Handbook on Export Control of Dual-Use-Items, Vol. 1, Part. II, S. 10.

Vor diesem Hintergrund ist es denkbar, dass das Handelsministerium das EKG auch um die aus Anhang I der Dual-Use-VO bekannten Güter erweitern wird. Denn die internationale Wettbewerbsfähigkeit im Bereich der bislang im chinesischen Außenhandelsrecht erfassten ABC- und Rüstungsgüter dürfte nach den Non-Proliferationsregimes nicht ausschlaggebend sein, weil diese Güter nicht im Wettbewerb auf dem Weltmarkt vertrieben werden. Die Aufnahme der neuen Merkmale „technologische Entwicklung, Versorgung des internationalen Marktes und mögliche Auswirkungen auf den Handel und die internationale Wettbewerbskompetenz“ ist bei teleologischer Auslegung daher so zu interpretieren, dass sie Güter betreffen, für die ein internationaler Wettbewerb besteht. Genau diese Güter stehen in der Dual-Use-Güterliste des Wassenaar-Abkommens. Sie wird auch dem technischen Wandel gerecht, weil sie nicht statisch ist, sondern jeweils im Dezember eines jeden Jahres aktualisiert wird. Darüber hinaus steht es den nationalen chinesischen Exportkontrollbehörden frei, nach § 16 EKG weitere Kontrollgüter aufzunehmen. Wenn sich die Antragssteller nach Prüfung der Listenkriterien gegen das Datenblatt eines Gutes unsicher darüber sind, ob ein Gut gelistet ist oder nicht, können sie sich nach § 24 EKG an die Exportkontrollbehörde wenden. Diese Möglichkeit ist in Deutschland als sogenannte „Auskunft zur Güterliste“ bekannt und ist ein technisches Kurzgutachten des BAFA über die Frage, ob das Gut als Dual-Use-Gut oder sonstiges Rüstungsgut auf den entsprechenden Güterlisten erfasst ist.

Ferner kann die zuständige chinesische Behörde gemäß § 14 EKG nach Zustimmung durch den Staatsrat oder die Zentrale Militärkommission auch nicht gelistete Güter kontrollieren, und zwar für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren. Eine gleichartige Catch-all-Anspruchsgrundlage enthält § 23 EKG zur Gefahrenabwehr bei Verdacht auf terroristische Nutzungsabsichten. In Deutschland gibt es eine ähnliche Regel in den §§ 6, 7 AWG, aber nur, um damit eine im Einzelfall bestehende Gefahr abzuwenden. Anders als in § 14 EKG tritt die Anordnung auch bereits sechs Monate nach ihrem Erlass außer Kraft, sofern sie nicht durch Rechtsverordnung vorgeschrieben wird. Ebenso wenig ist die Terrorismusabwehr als Eingriffsgrund im Ausfuhrrecht der EU und in Deutschland enthalten, weil dieser Begriff für Ausführende nicht trennscharf bewertbar ist.⁴⁰

Eine Ermächtigungsgrundlage für Embargoverbote enthält § 15 EKG. Danach können die zuständigen Behörden die Ausfuhr von – im EKG nicht näher spezifizierten – Gütern in bestimmte Länder oder Regionen oder an benannte natürliche Personen, juristische Personen oder andere Organisationen verbieten. Nach

Freigabe des Staatsrates oder der Zentralen Militärkommission ist ein sogenanntes De-Listing möglich. In der EU besteht eine vergleichbare Systematik, wonach Ausfuhren, die Bereitstellung wirtschaftlicher oder finanzieller Ressourcen oder Unterstützungsleistungen an länder- und personenbezogene Embargoadressaten verboten sind.⁴¹ Zugleich droht § 9 EKG im umgekehrten Falle einer „unfairen Behandlung“ der VR China durch andere Staaten die Möglichkeit zur Aufnahme von Vergeltungshandlungen an. Praktisch schlägt sich diese industriepolitische Haltung oft bei sogenannten Antidumpingmaßnahmen und – wie in jüngster Zeit – bei protektionistischen Einfuhrzöllen nieder und betrifft damit wieder den Problembereich der Einhaltung von WTO-Verpflichtungen. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass im EKG ein Bekenntnis zur Außenhandelsfreiheit fehlt. Das chinesische Außenhandelsgesetz von 2004 enthält noch eine derartige Vorschrift (§ 14), die den freien Im- und Export von Waren und Technologie gestattet, sofern nicht Gesetze oder Verwaltungsrechtsnormen abweichende Bestimmungen treffen.⁴² Da das Außenhandelsgesetz nach wie vor in Kraft ist und dessen § 14 nicht in einen direkten Normenkonflikt mit dem EKG gerät, ist das EKG nach hier vertretener Auffassung kein Gesetz, welches eine vom Außenhandelsgesetz abweichende Bestimmung trifft. Die Außenhandelsfreiheit ist damit auch im EKG gegeben. In der Rechtstheorie sollte dies zur Folge haben, dass das Handelsministerium bei nicht-begünstigenden Ausnahmen von dem Grundsatz der Außenhandelsfreiheit – z. B. bei einer Entscheidung über die Verweigerung einer Ausfuhrgenehmigung – das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren hätte. Zudem wäre die Erfüllung des Ausnahmetatbestands von der Behörde zu beweisen.

c. Persönlicher Anwendungsbereich

Genehmigungsbedürftig ist nach § 3 EKG in der Ausfuhrvariante der Export der Kontrollgüter von der VR China in Drittländer („*transfer of controlled items from within the territory of [...] China to overseas*“).

Der persönliche Anwendungsbereich enthält in dem Wortlaut des § 3 EKG keine Erläuterung oder Einschränkung. Er ist daher für „Jedermann“ eröffnet, der die Ausfuhr von kontrollierten Gütern aus dem Staatsgebiet der VR China als Realakt bewirkt. Die Ausfuhrvariante findet sowohl auf Personen Anwendung, welche die Staatsbürgerschaft der VR China besitzen, als auch auf Ausländer, die sich in China aufhalten. Dabei kann eine natürliche Person für sich selber oder für eine Organisation handeln, die nach der chinesischen Rechtsordnung mit Rechtsfähigkeit ausgestattet

⁴¹ Eine Übersicht mit Rechtsquellen auf dem Stand vom 27.03.2018 hat das BAFA veröffentlicht unter: <http://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_embargo_uebersicht_laenderbezogene_embargos.pdf?sessionid=7B3B053E92E098E26BA2AFFA11EAFBC4.1_cid362?__blob=publicationFile&v=3> eingesehen am 16.06.2018.

⁴² Dieser Grundsatz ist auch in § 1 des deutschen AWG verankert, der die Eigentumsgarantie in Art. 14 GG und die Berufsfreiheit in Art. 12 GG konkretisiert.

⁴⁰ Dem Versuch der EU-Kommission, „Terrorismus“ als Genehmigungskriterium in den Dual-Use-Reformentwurf einzuführen, wurde von der Industrie zu Recht die Unvereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG entgegen gehalten, vgl. Positionspapier des VDMA zu „EU Export Controls of Dual-Use-Goods – Draft Proposal for the Revision of EU Reg. No. 428/2009“, S. 4.

und in der VR China ansässig ist. Für Exporte aus der VR China in die Sonderverwaltungszone Hong Kong und Macau sowie in die Republik China (Taiwan) sind die Genehmigungspflichten des EKG nach dessen § 67 vollumfänglich anwendbar, sofern keine Ausnahmenvorschriften greifen.⁴³

In § 3 EKG folgt die Formulierung einer zweiten genehmigungspflichtigen Handlung: „*the act performed by a citizen, legal person or other organization of the People's Republic of China to provide any foreign citizen, legal person or other organization with controlled items*“. Darin versteckt sich ein wichtiges Detail. Denn diese Bereitstellungsvariante betrifft nach hier vertretener Auslegung zum einen die Bereitstellung von Gütern innerhalb der VR China an „*foreign citizens*“, also eine fiktive Ausfuhr an Personen ohne chinesische Staatsbürgerschaft, die auch dann angenommen wird, wenn das kontrollierte Gut das Land nicht verlässt. Diese Interpretation ergibt sich aus einem Vergleich mit der davorstehenden Variante „*transfer [...] to overseas*“, welche die Ausfuhr in ein Drittland vollständig regelt. Das Merkmal „*to provide*“ enthält das Wort „*to overseas*“ nicht. Sein eigenständiger Regelungsbereich erschöpft sich daher wohl in der Weitergabe unabhängig vom Grenzübergang über das chinesische Staatsgebiet, denn andernfalls liefe diese Variante leer. Zum anderen dürfte der Wortlaut auch die Weitergabe von gelisteter Technologie durch chinesische Staatsbürger, die sich in einem Drittland aufhalten, an nicht-chinesische Dritte unabhängig von deren Aufenthaltsort unter Genehmigungsvorbehalt stellen. Dieses Szenario ist brisant, denn chinesische Staatsbürger müssten dann das EKG unabhängig davon beachten, wo sie sich auf der Welt befinden.

Eine vergleichbare Regel existiert auch im US-Recht. Nach § 734.13(b) EAR⁴⁴ ist die Zurverfügungstellung von Technologie oder Software-Quellcode, der auf der Commerce Control List⁴⁵ erfasst ist, als fiktive Ausfuhr („*deemed export*“) innerhalb der USA grundsätzlich genehmigungspflichtig. Praktisch spielt dies insbesondere beim Informationsaustausch in der Wissenschaft oder in den Forschungs- und Entwicklungsabteilungen von Unternehmen in den USA eine Rolle.

Kumuliert man nun die Anforderungen des EKG und der EAR, dann dürften beispielsweise Chinesen und US-Amerikaner, die zusammen in der Forschungs- und Entwicklungsabteilung des gleichen Unternehmens auf der Basis einer Technologie arbeiten, die nach EKG oder EAR gelistet ist, ohne vorherige Ge-

nehmigung nicht mehr miteinander über diese Inhalte sprechen oder auf diesem Gebiet zusammenarbeiten, es sei denn, es greift eine Ausnahme für den Technologietransfer innerhalb des Konzernverbands.

Im Außenwirtschaftsrecht der EU gibt es eine fiktive Ausfuhr nicht ausdrücklich, wohl aber eine „Bereitstellung“ von Software oder Technologie an Personen außerhalb der EU gemäß Art. 2 Nr. 2. iii) Hs. 2 Dual-Use-VO. Hier liegt eine Ausfuhr bereits dann vor, wenn die im Anhang I der Verordnung gelisteten Daten auf einem Server innerhalb der EU gespeichert und damit im Drittland frei abrufbar sind⁴⁶, sofern keine Ausnahme greift (z. B. für allgemein zugängliche Informationen oder wissenschaftliche Grundlagenforschung nach der Allgemeinen Technologie Anmerkung⁴⁷). Die bislang in China geltenden Regularien, einschließlich des Außenhandelsgesetzes von 2004, enthalten keine fiktiven Ausfuhratbestände. § 3 EKG ist damit ein zweites Novum mit erheblichen praktischen Auswirkungen für den Technologietransfer mit nicht-chinesischen natürlichen und juristischen Personen sowie Organisationen.

Eine weitere Frage ist, wie der Satz „*legal person or other organization of the People's Republic of China*“ auszulegen ist. Muss die juristische Person ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb Chinas haben, oder ist der persönliche Anwendungsbereich bereits dann eröffnet, wenn sie außerhalb Chinas ansässig ist, ihre Stammanteile oder Aktien aber zu mehr als 50 % chinesischen Gesellschaftern bzw. Aktionären gehören?⁴⁸ Entsprechend gilt die Frage auch für Stiftungen und Vereine. Der Wortlaut der Norm ist insofern aber hinreichend bestimmt, als er an die juristische Person oder Organisation der VR China anknüpft, also nach dem innerhalb Chinas geltenden Gesellschafts- oder Vereinsrecht. Im Unterschied zu Staatsbürgern, die ihren Aufenthaltsort wechseln können, sind nach hier vertretener Ansicht nur Körperschaften mit Sitz und Registereintragung in China vom EKG erfasst.

2. Kapitel III: Genehmigungsverfahren

Der Staatsrat und die Zentrale Militärkommission benennen nach § 5 EKG die zuständigen Exportkontrollbehörden. Eine Delegation von Aufgaben an Behörden der Provinzen ist dabei zulässig. Zur Klärung von Grundsatzfragen und zum Informationsaustausch sollen sich die Behörden untereinander koordinieren, § 6 EKG. Für Ausfuhrgenehmigungsanträge zu Dual-Use-Gütern haben die Antragssteller nach § 33 EKG folgende Dokumente in Schriftform einzureichen: Kopie des Ausfuhrvertrages, technische Angaben über

⁴³ Nach § 74 des Gesetzgebungsgesetzes der VR China können Volkskongresse von Provinzen und Städten, in denen sich eine Sonderwirtschaftszone befindet, und deren Ständige Ausschüsse entsprechend den Ermächtigungsbeschlüssen des Nationalen Volkskongresses Rechtsnormen festlegen, die innerhalb des Gebietes der Sonderwirtschaftszone durchgeführt werden. Vgl. dazu *Madeleine Martinek*, Gesetzgebungsgesetz der VR China, ZChinR, Bd. 22 Nr. 3 (2015), S. 259–284.

⁴⁴ <<https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/regulation-docs/412-part-734-scope-of-the-export-administration-regulations/file>> eingesehen am 17.06.2018.

⁴⁵ <<https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/regulation-docs/13-commerce-control-list-index/file>>.

⁴⁶ Vgl. *Günther Rekkenbeil* in Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, Art. 2 Dual-Use-VO, Rn. 26.

⁴⁷ EU Dual-Use-VO 428/2009, S. 20.

⁴⁸ Dieses Problem existiert in dem neuen EU-Dual-Use-Verordnungsentwurf, vgl. Artt. 2.7 und 2.9, COM(2016)616/ FN – EN – European Commission I, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL setting up a Union regime for the control of exports, transfer, brokering, technical assistance and transit of dual-use items (recast); dazu *Kay Höft/Olaf L. Kreuzer* in „Die Dual-Use-Reform 2017 – Rechtssicherheit geht vor“, RIW 2017, Heft 03, Editorial.

die zu exportierenden Güter, Endverbleibserklärung und Angaben über den Verwendungszweck sowie – auf Anforderung der Behörde – weitere Dokumente.⁴⁹ Nach Eingang der vollständigen Antragsunterlagen soll die Behörde binnen 45 Arbeitstagen eine Entscheidung treffen, sofern nicht besondere Umstände eine längere Bearbeitungsfrist erfordern oder der Antrag aufgrund besonderer Auswirkungen für die Staatssicherheit dem Staatsrat vorzulegen ist, § 34 EKG. Ob die Antragsteller sich für Dual-Use-Güterausfuhren initial registrieren müssen, geht aus dem EKG nur indirekt hervor: gemäß §§ 37, 38 EKG bedürfen Unternehmen, die Rüstungsgüter exportieren wollen, einer „Monopolqualifikation“ und müssen sich dazu registrieren. Für Dual-Use-Antragsteller ist diese Bedingung dagegen nicht ausdrücklich vorgesehen. Gleichwohl ordnet das – neben dem EKG geltende – Außenhandelsgesetz in § 9 an, dass alle „Außenhandelsbetreiber, die Warenimport und -export [...] tätigen, sich [...] zur Registrierung anmelden müssen, außer wenn Gesetze [...] bestimmen, dass eine Anmeldung zur Registrierung nicht vorgesehen ist. Wenn Außenhandelsbetreiber die Anmeldung zur Registrierung nicht nach den Vorschriften durchgeführt haben“⁵⁰, erledigt der Zoll nicht die Zollabfertigung von im- oder exportierten Waren“. Die Guidelines des Handelsministeriums zur Ausfuhr von Dual-Use-Gütern sehen hierzu eine erstmalige Registrierung und Antragsstellung über eine elektronische Plattform vor.⁵¹ Es ist aber bereits aus praktischen Gründen zu erwarten, dass die elektronische Registrierung für die Antragsstellung auch für das EKG verlangt wird und in das bestehende Online-Portal für die Antragsstellung integriert wird.⁵²

Die Entscheidung über einen Antrag trifft die Behörde anhand der in § 22 EKG aufgeführten Kriterien:

1. Nationale Sicherheit und Entwicklungsinteressen
2. Internationale Verpflichtungen
3. Kritikalität der Güter
4. Versorgung auf dem Markt
5. Endverwender und Verwendungszweck
6. Andere durch Gesetze und Vorschriften vorgeschriebene Gründe.

§ 21 EKG ergänzt diesen Katalog um die Kategorien Exportregionen sowie Bonitäten des Exporteurs und des Endverwenders. Die Exportkontrollbehörden sollen bei ihren Entscheidungen über Genehmigungsanträge auch berücksichtigen, ob die Antragsteller

ein ICP (Internal Compliance Programme) eingeführt haben und befolgen. Ein ICP ist nicht zwingend vorgeschrieben, wirkt sich aber nach § 36 EKG begünstigend in der Antragsbescheidung für den Antragsteller aus. Eine erteilte Ausfuhrgenehmigung ist dem Zoll vorzulegen, § 30 EKG. Als Ausnahmenvorschrift räumt § 35 EKG der Behörde die Möglichkeit ein, eine Genehmigungspflicht aufzuheben oder Allgemeine Ausfuhrgenehmigungen zu formulieren, bei deren Nutzung ein Ausführer lediglich im Nachhinein bestimmte Daten zu melden hat.

Nach der Ausfuhr behalten sich die Behörden nach § 28 EKG das Recht vor, im Rahmen eines Risikomanagementsystems den Endverbleib und die Einhaltung des angegebenen Verwendungszweckes zu kontrollieren – ein Unterfangen, welches in der Praxis wegen der staatlichen Souveränität des Endbestimmungslandes, der diplomatischen Konsultation, dem Einverständnis des Endverwenders, der möglichen Einstufung als Verschlussache, dem Schutzbedürfnis der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und den Kosten für die Entsendung oder Prüfung durch delegierte Beamten vor Ort nur in Ausnahmefällen durchzuführen sein wird.

Auch nach dem deutschen Außenwirtschaftsrecht ist eine behördliche Vor-Ort-Kontrolle bei sonstigen Rüstungsgütern nach § 21 Abs. 5 AWG für bestimmte Länder möglich, wurde aus den vorstehenden Gründen nach Kenntnis des Autors durch das BAFA bislang aber nur in zwei Fällen bei kleinen und leichten Feuerwaffen durchgeführt.

In Deutschland ist ein ICP für die sogenannte „Zuverlässigkeit“ des Antragstellers unabdingbar und Voraussetzung für begünstigende Verwaltungsakte, § 8 Abs. 2 AWG.⁵³

Der Vergleich zum Verfahren in Deutschland zeigt weitere Gemeinsamkeiten: Anträge sind hier nach erstmaliger Registrierung papierlos über das ELAN-K2-Portal zu stellen⁵⁴, die vorzulegenden Antragsdokumente sind gleich und Entscheidungen über sonstige Rüstungsgüter gehen nach einer Ressortanfrage zum BMWi; allein die Entscheidungskriterien weichen ab und für die Bescheidung eines Antrags ziehen in Deutschland oftmals mehr als 45 Arbeitstage ins Land. Die Vereinfachung über Allgemeine Genehmigungen, bei denen der Ausführer selbstständig Ausnahmetatbestände prüft, sodann ohne behördliches Freigabeerfordernis ausführt und innerhalb bestimmter Meldezeiträume seine statistischen Daten an das BAFA zurückmeldet, ist in der EU und in Deutschland ebenfalls eine gängige und sehr häufig genutzte Verfahrensweise.⁵⁵

⁴⁹ Entsprechende Formulare und Vorlagen des Handelsministeriums sind abrufbar unter <<http://zzyh.mofcom.gov.cn>> eingesehen am 16.06.2018.

⁵⁰ Für eine detaillierte Beschreibung des Registrierungsverfahrens siehe *Hinrich Julius/Matthias Müller* (siehe oben Fn. 14), S. 217.

⁵¹ Joint EU-China Handbook on Export Control of Dual-Use-Items, Vol. 1, Part II, S. 31 f.

⁵² Siehe dazu das Handbuch für die Registrierung und das Verfahren für den Export sensibler Produkte und Technologie: <<http://exctrl.mofcom.gov.cn>> eingesehen am 16.06.2018.

⁵³ Vgl. § 8 (2) AWG i. V. m. der Bekanntmachung der Grundsätze der Bundesregierung zur Prüfung der Zuverlässigkeit von Exporteuren von Kriegswaffen und rüstungsrelevanten Gütern vom 25. Juli 2001, zuletzt geändert durch die Fassung vom 27. Juli 2015.

⁵⁴ <http://www.bafa.de/DE/Aussenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle/Antragsstellung/ELAN-K2/elan-k2_node.html> eingesehen am 15.05.18.

⁵⁵ <http://www.bafa.de/DE/Aussenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle/Antragsarten/Allgemeine_Genehmigungen/allgemeine_genehmigungen_node.html> eingesehen am 16.05.18.

3. Kapitel IV: Gesetzesvollzug und Überwachung, Kapitel V: Rechtliche Haftung

Für die Überwachung und Strafverfolgung stehen der Behörde bei Verdacht auf einen Verstoß gegen das EKG eine Reihe von Ermächtigungsgrundlagen für die Ermittlung, Anhörung, das Betreten von Privat- und Geschäftsräumen, den Zugriff auf und die Beschlagnahme von Gegenständen und Daten zur Verfügung (§§ 43 bis 49 EKG).

Immerhin sind die Behörden nach § 44 EKG dazu angehalten, bei Ausübung ihres Verwaltungshandelns Staats- und Geschäftsgeheimnisse sowie Persönlichkeitsrechte zu wahren. Der Adressat eines Verwaltungsaktes oder staatlichen Realaktes hat nach § 50 EKG in Verbindung mit dem Verwaltungsstrafengesetz der VR China⁵⁶ das Recht, ein Rechtsbehelfsverfahren zu beschreiten, sofern die Entscheidung nicht im Zusammenhang mit der staatlichen Sicherheit steht.

Die aus dem deutschen Recht bekannte Unterscheidung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ist im chinesischen Recht insofern nicht wieder zu finden, als dass in der VR China auch Behörden dazu befugt sind, Verwaltungstrafen wie Geldstrafen oder sogar Inhaftierung anzuordnen.⁵⁷ Darüber hinaus werden Straftaten auch nach dem Strafgesetz verfolgt.

Das Kapitel über die Strafvorschriften beginnt in § 51 EKG gleich mit der Rechtsfolge, erst dann folgt der Tatbestand. So sieht der Sanktionskatalog in Abhängigkeit von der Schwere eines Verstoßes zunächst eine amtliche Warnung vor, dann ein Strafgeld in Höhe von mindestens des Fünffachen und maximal des Zehnfachen des „illegal business revenues“. Darunter ist der Umsatz zu verstehen, der aus einem unter Verstoß gegen das EKG durchgeführten Geschäftsvorfall stammt. Bei einem Umsatz unter RMB 50.000 Yuan beträgt das Strafgeld zwischen RMB 50.000 Yuan und RMB 500.000 Yuan zuzüglich Gewinnabschöpfung. Gegen verantwortlich handelnde Personen darf die zuständige Behörde zusätzlich ein Strafgeld zwischen RMB 100.000 Yuan und RMB 300.000 Yuan verhängen.

Das EKG sanktioniert dabei folgende Handlungen:

- die Ausfuhr eines gelisteten Gutes ohne vorherigen Antrag auf Erhalt der „Monopolqualifikation“; diese Sanktion betrifft nach hier vertretener Auffassung nur Rüstungsexporte nach §§ 37, 38 EKG,
- die Ausfuhr eines gelisteten Gutes ohne Ausfuhrgenehmigung sowie
- die nichtgenehmigungsfähige und damit verbotene Ausfuhr von gelisteten Gütern nach § 15 EKG.

Ergänzend sanktioniert § 52 EKG die Einreichung von Antragsdokumenten, die Falschangaben enthalten.

Bleibt die falsche Angabe unentdeckt oder erschleicht der Antragssteller sich eine Genehmigung durch Bestechung oder durch eine sonstige rechtswidrige Handlung, widerruft die Behörde die erteilte Genehmigung nach § 53 EKG und sanktioniert entsprechend der in § 51 EKG beschriebenen Rechtsfolgen. Gleiches gilt für kollusives Zusammenwirken im geschäftlichen Verkehr (§ 54 EKG), Umgehungshandlungen (§ 55 EKG), Vertragsabschlüsse mit Embargoadressaten (§ 56 EKG) und Behinderung oder Angabe von falschen Tatsachen im Zusammenhang mit behördlichen Ermittlungen (§ 57 EKG).

Eine Möglichkeit zur Herabsetzung des Strafgeldes findet sich in § 58 EKG für Fälle, in denen

- der Verletzer die Fortführung seines sanktionierten, unbeendeten Handelns proaktiv unterlässt, nachdem die Behörde ihn ermahnt hat, oder
- der Verletzer nach beendeter Ausfuhr die Behörde informiert und seine Mitwirkung an der Aufklärung anbietet, sowie
- sonstige durch Gesetz vorgesehene Fälle.

Diese Milderungsgründe sind insofern erstaunlich, als dass die Milderung auch dann noch möglich ist, wenn die Behörde das sanktionierte Verhalten entdeckt hat und anmahnt. Das deutsche Ausfuhrrecht enthält mit der Selbstanzeige in § 22 Abs. 4 AWG eine ähnliche Vorschrift, deren Milderung aber gerade voraussetzt, dass der Verletzer seinen Verstoß im Wege der Eigenkontrolle aufdeckt und der Behörde freiwillig, also vor der Aufnahme von Ermittlungen, anzeigt. Aus diesem Vergleich könnte ein *Advocatus Diaboli* schließen, dass § 58 EKG einen „Freiverstoß“ gewährt.

Als eine Art „staatliche Secondary Sanction“ ordnet § 59 EKG an, dass Verletzer, gegen die nach dem EKG eine Verwaltungsstrafe erlassen wurde, eine Negativeintragung in das staatliche, öffentlich einsehbare Unternehmenskreditinformationssystem erhalten.⁵⁸

Eine vergleichbare Maßnahme gibt es – neben der allgemeinen SCHUFA – seit 2004 bei der Bundeszollverwaltung: Das IT-Verfahren „Dezentrale Beteiligten-Bewertung“ (DEBBI) sammelt Prüfungsdaten aus Zollbetriebs- und Außenwirtschaftsprüfungen, Bußgeld- und Strafverfahren und stellt diese in einer Datenbank bereit, in der für jedes Unternehmen eine Risikokennziffer (1 bis 3) publiziert wird. Einsehbar ist diese Kennziffer jedoch nur für die Beteiligten selber und Prüfbehörden. Sie informiert über die Zuverlässigkeit des Beteiligten.

4. Kapitel VI: Ergänzende Bestimmungen

Das abschließende Kapitel enthält u. a. Regeln zur Vereinigungsfreiheit in berufsständischen Kammern (§ 63 EKG), zum Re-Export⁵⁹, Transit (§ 65 EKG), zu

⁵⁶ [中华人民共和国行政处罚法 (2017 修正) [尚未生效]] Administrative Penalty Law 2017, CLI.1.301397(EN).

⁵⁷ § 8 Administrative Penalty Law 2017, CLI.1.301397(EN).

⁵⁸ Abrufbar unter: <<http://www.gsxt.gov.cn/index.html>> eingesehen am 16.05.2018. Dort wird auch eine Liste von illegalen und nicht vertrauenswürdigen Unternehmen gepflegt und veröffentlicht.

⁵⁹ Vgl. dazu vorstehende Ausführungen zum § 64 EKG.

Polizeiausrüstung (§ 68 EKG) und militärischen Unterstützungsleistungen (§ 69 EKG).

Auffallend im Unterschied zum Recht der EU und Deutschland ist das Fehlen insbesondere von Vorschriften über genehmigungspflichtige Vermittlungsgeschäfte⁶⁰, technische Unterstützungsleistungen⁶¹, Zahlungsmeldungen⁶² und kasuistische Embargovorschriften⁶³.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Der Entwurf des EKG vereint die bislang geltenden Vorschriften zur Regulierung der chinesischen Exportkontrolle in einem Gesetz, welches in seiner Systematik dem Beispiel des Außenwirtschaftsrechts der USA und der EU folgt. Fraglich und zugleich höchst praxisrelevant ist dabei, ob die bislang auf ABC-

Güter beschränkten Kontrolllisten auch auf Dual-Use-Güter der wichtigsten industriellen Branchen nach Maßgabe der Wassenaar-Liste ausgeweitet werden. Tritt diese Erwartung ein, dann kommen auf weltweit ansässige Unternehmen, die Endprodukte mit chinesischem Ursprung handeln oder ihre Endprodukte mit chinesischen Vorprodukten veredeln, insbesondere folgende Complianceanforderungen neu hinzu: Abgleich des eigenen Materialstamms und Produktportfolios mit chinesischen Kontrolllisten, gegebenenfalls Antragsstellung bei dem chinesischen Handelsministerium, Ausweitung des Internen Compliance Programms zur Exportkontrolle nach Vorgabe der Anforderungen des EKG, Überwachung der Re-Exportkontrollpflicht und besondere Vorsicht zur Vermeidung der strengen Sanktionen nach dem EKG.

⁶⁰ §§ 46 f. AWV.

⁶¹ §§ 49–53 AWV.

⁶² §§ 63–73 AWV.

⁶³ §§ 74–79 AWV.

* * *

The Draft of a New Export Control Law of the PR China in the Context of Foreign Trade Law of the U.S., the E.U. and Germany: Practical Prospects for Supply Chains

This essay discusses the essential provisions stipulated in the draft of a new Export Control law published by the Ministry of Commerce of the People's Republic of China on 16 June 2017 and compares them to the export control law of the USA, the European Union and Germany. The provisions of the draft could likewise address European and German Enterprises, which aim at re-exporting goods with Chinese origin as pre-products or final products. The draft assigns wide administrative discretion to the export authorities. When deciding over an export license request, the economic development interests of the PR of China are to be taken into consideration as an expressly regulated criterion. Within the international foreign trade legislation, this is a novelty.