

Die US-Listung chinesischer Telekommunikationsanbieter

Viele Huawei-Lieferanten fragen sich, was die E.O. 13873 vom 15. Mai 2019 bedeutet, in deren Folge Huawei auf der Entity-List gelistet wurde. Sind noch Lieferungen an Huawei zulässig, und, wenn ja, welche? Hier zeigt sich deutlich, dass das Verhältnis zwischen Recht und Politik in den USA nicht klar abgrenzbar ist.



PD Dr. Harald Hohmann
Rechtsanwalt,
Hohmann Rechtsanwälte

info@hohmann-
rechtsanwalte.de
www.hohmann-
rechtsanwalte.de

Die Firma D in Deutschland möchte Huawei in China mit Maschinen beliefern. Deren Hardware besteht zu 5% aus US-Komponenten und ansonsten aus EU-Komponenten. Ihre Software besteht zu 30% aus US-Komponenten von Microsoft, die auf 5D992 gelistet sind. Ist diese Lieferung nach US-Exportrecht zulässig, nachdem Huawei am 16. Mai 2019 auf der US-Entity-List gelistet wurde?

Die IKT-Executive-Order vom 15. Mai 2019

Mit der E.O. 13873 vom 15. Mai 2019 stellte der US Präsident unter dem IIEPA (*International Emergency Economic Powers Act*) und dem NEA (*National Emergencies Act*) einen Notstand bezüglich der Informations- und Kommunikationstechnologie (nachfolgend abgekürzt IKT) und ihrer Dienstleistungen fest, denn „ausländische Gegner“ würden zunehmend „Schwächen in der IKT und ihren Dienstleistungen schaffen bzw. ausbeuten, um bösartige Cyberaktionen zu begehen, wie Wirtschafts- und Industriespionage gegen die USA und ihre Bevölkerung“. Daher sollten alle Transaktionen bzgl. IKT und ihrer Dienstleistungen unter US-Jurisdiktion (ohne US-Genehmigung) verboten werden, nachdem die zuständigen US-Behörden folgende zwei Feststellungen getroffen haben:

- Erstens: Die Transaktionen „betreffen IKT und Dienstleistungen, welche

designt werden durch Personen im Eigentum, unter Kontrolle, unter der Jurisdiktion oder Weisung eines ausländischen Gegners“ [Sect. 1 a (i)].

- Zweitens: Die Transaktion schafft „ein ungebührliches Risiko der Sabotage oder Subversion des Designs etc. von IKT und Dienstleistungen in den USA“, bzw. schafft „ein ungebührliches Risiko katastrophaler Auswirkungen für die Sicherheit der bzgl. der Digitalwirtschaft der USA kritischen Infrastruktur“ oder schafft „ein nicht akzeptables Risiko für die nationale Sicherheit der USA oder ihrer Bevölkerung“ [Sect. 1 a (ii)].

Der Wortlaut ist erstens sehr vage, und zweitens zeigt er auf, dass es hier um die Fortsetzung des außenpolitischen Han-

delskonflikts der USA mit China gehen dürfte. Die Sprache von Sect. 1 a (i) ist fokussiert auf Transaktionen bzgl. Produkten im Eigentum oder unter Kontrolle einer chinesischen Firma (oder der Firma eines vergleichbaren anderen „ausländischen Gegners“). Die Sprache von Sect. 1 a (ii) könnte andeuten, dass z.B. vor allem die US-5G-mobilen Netzwerke und die Internetinfrastruktur getroffen werden sollen.

„Lieferanten, die Huawei beliefern wollen, können dies trotz der Entity-Listung weiter tun, wenn ihre Güter nicht ‚Subject to EAR‘ sind. Hier geht es um ‚US-Türöffner‘, u.a. darum, ob die gelisteten US-Komponenten einen US-Wertanteil von mindestens 25% haben und ob der Kontrollzweck der Listung für China sensitiv ist.“



Ringen um technologische Vorherrschaft. Auf der Strecke bleibt der marktwirtschaftliche Wettbewerb.

Bis zum heutigen Tag (Stand: 1. Juni 2019) sind diese sehr weitreichenden Kompetenzen nicht umgesetzt worden, so dass diese Formulierungen zurzeit ohne praktische Bedeutung sind. Das BIS (*Bureau of Industry and Security im Commerce-Department*) hat für diese Umsetzung 150 Tage Zeit, und es ist völlig offen, ob alle Aspekte dieser IKT-EO in den EAR (*Export-Administration-Regulations*) oder in OFAC *Regulations* umgesetzt werden sollen.

Die Listung von Huawei

Möglicherweise ist die Listung von Huawei die einzige praktische Folge der IKT-EO. Am 16. Mai 2019 wurden Huawei Technologies Co. Ltd. (die Muttergesellschaft in Shenzhen, China) und ihre 68 ausländischen Nicht-US-Tochtergesellschaften auf der US-Entity-List für alle Güter „unter EAR-Jurisdiktion“ gelistet. Am 20. Mai 2019 wurde eine *Temporary General License* (nachfolgend TGL) veröffentlicht, die für 90 Tage (bis zum 19. August 2019) bestimmte Transaktionen für Altverträge genehmigt, die vor dem 16. Mai 2019 geschlossen wurden.

Lösung des Falls

Entscheidend dafür, ob die Maschinen von D von dieser US-Listung (mit der Folge der Notwendigkeit einer US-Genehmigung) erfasst sind, ist, ob diese „unter EAR-Jurisdiktion“ fallen. Dies wäre der Fall,

wenn einer der sechs „US-Türöffner“ bei dieser Transaktion vorläge (vgl. Hohmann, ExportManager 4/2019, S. 21 ff., [HIER](#)). Angenommen, D kann nachweisen, dass in dieses China-Geschäft nicht involviert sind: US-Territorium, US-Personen, Güter „made in the USA“, direkte Produkte aus US-Technologie, US-Dollar-Zahlungen. Dann ist aber noch der folgende „US-Türöffner“ zu beachten: Güter „made in Europe“, die mehr als minimal gelistete US-Komponenten beinhalten, deren Kontrollzweck (hinter der Güterlistung) für das Endverwendungsland China sensitiv ist. Für eine Lieferung nach China beträgt (nach den EAR) die Minimalgrenze 25%, wobei Hard- und Software getrennt zu betrachten sind. Nur im Fall einer sog. Bündelung – sie liegt v.a. dann vor, wenn Softwareprodukte speziell konfiguriert wurden – dürfen Hard- und Software als Einheit betrachtet werden; wir gehen davon aus, dass eine solche Bündelung hier nicht vorliegt.

„Hier ist das Verhältnis zwischen Recht und Politik nicht klar abgrenzbar. Ist dies die Fortsetzung des Kalten Krieges wie in den Zeiten des CoCom? Die EU sollte diesen Punkt im Rahmen ihrer Antiboykottpolitik aufgreifen.“

Die Hardware kann hier außer Betracht bleiben, weil ihr US-Wertanteil unter 25% liegt. Hingegen wird bei der Software die

De-minimis-Grenze von 25% überschritten. Es muss dann geprüft werden, ob diese US-Software gelistet ist und ob der hinter dieser ECCN (*Export-Control-Classification-Number*) stehende Kontrollzweck für das Endverwendungsland China sensitiv ist (vgl. General Prohibition 2). Der hinter 5D992 stehende Kontrollzweck ist „Antiterror“ (AT). Aus dem Commerce-Country-Chart ergibt sich, dass China für diesen Kontrollzweck nicht sensitiv ist. Daher ist diese US-Software nicht „Subject to EAR“. Soweit kein anderer „US-Türöffner“ hinzukommt, bedeutet das, dass D diese Lieferung an Huawei in China ohne US-Genehmigung vornehmen darf. D sollte dann aber möglichst dafür sorgen, dass auch bei den Spediteuren keine US-Person involviert ist.

Resümee

Die Lieferanten, welche Huawei ohne US-Genehmigung beliefern wollen, können das tun, wenn keine der „US-Türöffner“ vorliegen, welche ihre Lieferung zum Gegenstand der EAR-Jurisdiktion macht. Hierfür werden sie u.a. zu umfassenden Prüfungen genötigt, um herauszufinden, ob ihre Güter „Gegenstand der EAR-Jurisdiktion“ sind. Gerade Firmen, die überwiegend nicht selber herstellen, müssten ihren Lieferanten Lieferantenfragebögen zusenden, um die exakten US-Wertanteile und deren Listung ermitteln zu können. Vor allem bei der Berechnung des US-Anteils in der Software kann die genaue

Berechnung des US-Wertanteils einigen Aufwand verursachen.

Für alarmierend halten wir, dass das Verhältnis zwischen Recht und Politik in den USA in diesem Fall nicht mehr klar abgrenzbar ist. Nach einem Bericht in der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung vom 26. Mai 2019 geht es bei dieser Listung „nicht wirklich um die nationale Sicherheit, sondern um die Sicherung der technologischen Überlegenheit der USA“. Ist dies also die Fortsetzung des Kalten Krieges wie in den Zeiten des CoCom? Wir leben im 21. Jahrhundert und in einer interdependenten Weltwirtschaft.

Da dürfte es kaum klug sein, einen Handelskrieg gegen ein Land zu beginnen. Erst recht nicht gegen China, das wegen seiner Kontrollen etwa über die Weltvorräte an seltenen Erden oder wegen seines umfassenden Aufkaufs von US-Staatsanleihen enormen Druck auch auf die USA ausüben könnte. Die EU sollte sich überlegen, ob sie den Anwendungsbereich der Anti-Boycott-Verordnung 2271/1996 über die in VO 2018/1100 genannten US-Rechtsakte auf weitere ausdehnt, die völkerrechtlich problematisch und vor allem politisch motiviert sind, wie etwa die US-Listungen unter der IKT EO 13873. ◀

► Wegen aktueller Hinweise zum US-Exportrecht vgl. <http://hohmann-rechtsanwaelte.de/us-exportrecht.html>.