

Exportkontrollen- und Sanktionen-Compliance

Compliance Management (CM-HSG) – 29. Januar 2019

Stefano Caldro

Ehemals Georg Fischer, jetzt LANTER Anwälte, Zürich



Der Fall von Herrn G.

2

Hr. G. war der Speditionsmanager einer US-Gesellschaft, die elektronische Produkte herstellt und liefert. Einige solcher Produkte sind den US-Exportkontrollen unterstellt und bedürfen einer Lizenz für die Ausfuhr.

Die Gesellschaft erfuhr, dass Hr. G. gegen die exportkontrollrechtlichen Bestimmungen verstossen hatte, und reichte daher eine Selbstanzeige an das Department of Commerce's Office of Export Enforcement ein.

Hr. G. gab die Gesetzesverstösse zu, machte aber geltend, dass die Gesellschaft keine ausreichenden Ressourcen zur Sicherstellung der Compliance bereitgestellt hatte und dass er andere Aufgaben priorisieren musste.

Hr. G. wurde zu 42 Monaten Haft und mit einer Busse von USD 1'000 verurteilt. Gegen die Gesellschaft wurde eine Busse von USD 500'000 wegen inadäquaten Managements der exportkontrollrechtlichen Risiken verhängt.

Übersicht

3

- Exportkontrollen und Sanktionen als Teil von diversen Trade Compliance-Gebieten
- Rahmen von Regeln über den Handel von Waren, Software, Technologie, wirtschaftliche Ressourcen
- Mittel: Beschränkungen von Verbringung und/oder Verwendung, Lizenzanforderungen, administrative Verpflichtungen, finanzielle Beschränkungen – die vor jeglicher vertraglichen Verpflichtung Vorrang haben
- Ziele: Staaten/Personen (Sanktionen) oder spezifische Güter (Exportkontrollen)
- Gründe:
 1. Nonproliferation
 2. Verhinderung unkontrollierter Verbreitung konventioneller Rüstungsgüter, militärischer Güter sowie Dual Use-Güter und -Technologien
 3. Prävention vor Terrorismus und völkerrechtlichen Verletzungen (Handelsrestriktionen)

Warum Trade Compliance?

4

Rechtliche und politische Anforderungen

- Politische Themen sowie zunehmende und ausweitende Rechtsordnungen

Schutz des Managements und der Mitarbeiter gegen

- Haftstrafen und anderer Strafen (in CH: Sanktionen: bis 5 Jahre und CHF 1m; Exportkontrollen: bis 10 Jahre und CHF 5m*; in USA bis 20 Jahre)
* Keine SECO-Statistiken; vgl. publizierte Entscheide des BGer und BStGer sowie Medienberichte.

Vorbeugung von Schäden

- Zivilrechtliche Haftung
- Bussen
- Widerruf / Nichterteilung von Lizenzen
- Eingefrorene Gelder
- Beschlagnahme / Einziehung von Gütern
- Reputation

5

Exportkontrollen

Rechtsvorschriften und Behörden

6

Schweiz	Güterkontrollgesetz (GKG), Güterkontrollverordnung (GKV), Chemikalienkontrollverordnung (ChKV) Kriegsmaterialgesetz (KMG), Kriegsmaterialverordnung (KMV),	Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) (Bundesgerichtsbarkeit)
EU	Verordnung (EG) Nr. 428/2009, Annex Gesetze der Mitgliedstaaten	Jeweilige Behörden der Mitgliedstaaten
US	<i>Commerce Control List</i> (zur Identifikation von exportkontrollierten Güter) im Zsh. mit <i>Country Chart Part 738 of EAR</i> (zur Prüfung, ob Lizenz aufgrund der ECCN "Reason for Control" erforderlich ist)	Buro of Industry and Security (BIS)
<i>Internationale Güterkontrollregimen und Abkommen: Australia Group, Nuclear Supplier Group, Missile Technology Control Regime, Wassenaar Arrangement, Chemiewaffenübereinkommen, Biowaffenübereinkommen, Atomwaffensperrvertrag, Waffenhandelsabkommen</i>		

Was ist exportkontrolliert?

7

Kontrollierte Güter:

- **Militärische Güter** (inkl. speziell konzipierte oder nachfolgend dazu abgeänderte Güter) and **Dual Use-Güter** (d.h. auf Kontrolllisten aufgeführte Güter, die für zivile und militärische Zwecke verwendet werden können) nach nationalen Listen.
- **Jegliche sonstige (nicht aufgelistete) Güter**, wenn man weiss oder Grund zur Annahme hat, dass die Güter im Zusammenhang mit Massenvernichtungswaffen verwendet werden könnten (**Catch-all-Regel**).

Das beinhaltet

- **Waren**,
- **Software** und
- **Technologie** diesbezüglich (z.B. Spezifikationen, Zeichnungen)

Anwendungsbereich

8

Jede Ausfuhr (oder Durchfuhr und Vermittlung) durch

- **physische Verbringung/Versand**
- **Immateriellen Transfer** z.B. per E-Mail, Fax, Download von Intranet
- “Deemed Export” (USA)

Anwendbare Rechtsordnungen

- des Staates, **aus dem das Gut physisch/immateriell exportiert wird**
- des **Ursprungsstaates** in einigen Fällen von Wieder-Export (Extraterritorialität)
(z.B. USA-Recht, sobald der Produktanteil US-amerikanischen Ursprungs 10% oder 25% des Wiederverkaufspreises übersteigt – “De-minimis rule”)

Verantwortlichkeit

9

Verantwortlichkeit

- “Exporteur” – in der Regel Hersteller/Händler, d.h. Person/Unternehmen mit Titel und Kontrolle über das Gut im Zeitpunkt der Ausfuhr
- Andere Dienstleistungserbringer (Spediteure, Transporteur, Zolldeklarant, Versicherung, Bank) – wegen evtl. Mittäterschaft

(vgl. auch BStGer 30.5.2017 SK.2016.51)

Beispiel: Schweizer Güterexportkontrollen

10

General-Ausfuhrbewilligung für Dual Use-Güter in bestimmte Staaten oder
Einzel-Ausfuhrbewilligung für Dual Use-Güter in anderen Fällen:

- a) Exporteur in der Schweiz (GKV 5 I)
- b) Nachweis einer zuverlässigen firmeninternen Compliance-Kontrolle (GKV 5 II / 11)
- c) Keine konkreten Anhaltspunkte über rechtswidrige Verwendung, z.B. im Fall von Proliferation, regionaler Spannung oder Instabilität, nicht bei dem deklarierten Endempfänger verbleibender Güter, Ausfuhrverweigerung von einem Partnerstaat, Erfüllung von Anfragen betr. Wieder-Exportkontrollen, Einfuhrverbote des Bestimmungslandes (GKV 6)
- d) Dokumentation (z.B. Firmenprofile, Transaktionsdokumente, Importzertifikate nur bei Anfrage, Endverbleibserklärung)

11

Internationale Sanktionen

Rechtsvorschriften und Behörden

12

Schweiz	Embargogesetz (EmbG) Basiert darauf: Verordnungen über Sanktionen	Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) (Bundesgerichtsbarkeit)
EU	EU restriktive Massnahmen des EU-Rats nach der Gemeinsamen Aussen- und Sicherheitspolitik	Jeweilige Behörden der Mitgliedstaaten
USA	Diverse auf Staaten und Personen/Organisationen gerichtete Sanktionen	US Department of Treasury / Office of Foreign Assets Control (OFAC)

Anwendbarkeit

13

- Ungeachtet, ob Exporte oder Inlandsaktivitäten/-geschäfte
 - CH: in der Schweiz begangene Delikte ([Territorialitätsprinzip](#))
 - EU: in der EU ([Territorialitätsprinzip](#)) oder von EU-Bürgern ([Personalitätsprinzip/Extraterritorialität](#)) begangene Delikte
 - US: von “US persons” (Unternehmen, Bürger, Aufenthalter, jeder Person in den USA) begangene Delikte ([Personalitätsprinzip/Extraterritorialität](#)) innerhalb oder ausserhalb der USA
- Einhaltung aller anwendbaren Regeln unabhängig von Territorialitätsprinzip (z.B. rechtmässige Transaktion in CH nach CH-Recht, aber US-Bürger würde gegen US-Recht verstossen).

Kategorien

14

- *Auf Staaten gerichtet*
- *Auf Personen und Organisationen gerichtet*

- *International*, z.B. UN- oder OSCE-Sanktionen
→ Schweiz (als UNO-Mitglied) muss die UN-Sanktionen anwenden (Art. 25 UN Charta)
- *Unilateral*, z.B. US-Sanktionen; einige EU-Sanktionen gegen Iran, Russland, usw.
→ Schweizerische zunehmende Angleichung an EU-Sanktionen trotz keiner Pflicht; Keine Angleichung an US-Sanktionen

Auf Staaten gerichtete Sanktionen

15

- *Umfassend* (z.B. US OFAC-Sanktionen gegen Iran, Kuba, N. Korea, Syrien) → Praktisch alle Geschäfte, Exporte, Wieder-Exports verboten
- *“Smart sanctions”*, z.B. gegen spezifische Personen und Organisationen gerichtet oder den Handel mit wichtigen Rohstoffe beschränkend, z.B.
 - Einfrieren von Geldern,
 - Transaktionsverbote,
 - Investitionsbeschränkungen und -bewilligungen,
 - Handelsrestriktionen betr. bestimmte Güter/Dienstleistungen,
 - Reiserestriktionen,
 - Diplomatische Beschränkungen,
 - Einschränkungen im Flugverkehr, usw.

Auf Personen gerichtete Sanktionen

16

Auf Personen und Organisationen gerichtet (internationale Listen), z.B.

- EU- und CH-Sanktionen gegen “Designated Persons”
- US-Sanktionen gegen (a) specially designated nationals (SDNs), (b) Terroristen, (c) Drogenhändler, (d) Proliferatoren, (e) internationale kriminelle Organisationen

Mittel:

- (a) **Einfrieren** von Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen, die den sanktionierten Personen gehören oder von diesen gehalten/kontrolliert werden
- (b) **Verbot der Bereitstellung** von Geldern oder wirtschaftlichen Ressourcen, direkt oder indirekt, an oder zugunsten von sanktionierten Parteien → Risiko **indirekter Geschäfte**: verbotene Beziehungen können verbundene Unternehmen, Aktionäre (EU: Mehrheit von Stimmen, Anteilen oder durch anderen Einfluss), Direktoren, Beauftragte, Familienmitglieder betreffen

→ Erforderliche **Prüfung der Listen** und **Screening der Partner**

17

Anwendungsbeispiele

- (1) Laurent is French, works for a Swiss company with operations in China and USA. Is he subject to EU trade sanctions?
- (2) Hans Peter is Swiss and German citizen. He works for an affiliate of a Swiss company in Shanghai. He travels from China to Iran on business and wants to bring his drawings of a CNC machine saved on his laptop. Are the data subject to CH/EU export controls?
- (3) Controls on dual use products are concerned with the export of goods, software and technology by any means, but not transfers between companies that are part of the same corporate group. Right?
- (4) Pascal is a Swiss citizen and is going to travel on business to India with a USB stick, containing technical drawings regarding controlled machines of its company. He will not distribute the drawings, but just refer to them personally. Is he concerned by CH export controls?

- (5) Bernhard is in India at a supplier's site and access the technical drawings of a 5 axis milling machine (export controlled) from the company's sharepoint. Is this subject to export controls?
- (6) If you determine that your product is neither military nor dual use, is no license required? And if the product is a used machine?
- (7) You sell a non-controlled item with potential prohibited end-uses. You have however previously obtained a license for the same product to a different destination and a license for a similar product. Can you avoid to request a license?
- (8) A Spanish subsidiary has the opportunity to sell a machine to a customer in Cuba, which is subject to comprehensive US sanctions. Because the value of the contract exceeds a certain amount, approval has to be obtained by the head of the business unit who is a US citizen living in Switzerland. Can he approve?

- (9) The above transaction has been consummated. For after sales services, the Spanish subsidiary asks the US affiliate to send an employee from Miami in order to limit the costs. Can the employee go?
- (10) A potential customer is a designated party under international sanctions. Can you (a) contact him by letter, email, phone? (b) offer him goods and services? (c) supply to him software and technology? (d) return to him a down-payment due to difficulties of the business?

21

Umgang damit?

Internal control program

22

Adäquate organisatorische Massnahmen zur Verhinderung von Rechtsverstössen

→ Effektivität d. Kontrollen, Effizienz, Vermeidung von Schäden/Haftbarkeit, Beweissicherung

1. Bekenntnis der Unternehmensleitung und Policy Statement
2. Risikoanalyse
3. Organisation, Verantwortungen, Ressourcen
4. Prozesse – “know your product”-/“know your customer”-bezogen
5. Trainings und Information
6. Kontrollen und Korrekturmassnahmen

Bekenntnis des Managements/Policy Statement

23

- **Bekenntnis** (z.B. im Verhaltenskodex)
- “Tone at the top”
- **Manager** für Exporte verantwortlich / Verantwortung für ICP-Umsetzung
- Mechanismus für **Berichterstattung nach oben** und **Entscheidungsverfahren** (inkl. Eskalationsprozess)

Risikoanalyse

24

- **Identifizierung und Bewertung** der Compliance-Risiken
- **Kriterien:** z.B.
 - Art der Güter und Klassifizierung (z.B. unterstehen Güter/DL Sanktionen/ Kontrollen? Hochpräzise Maschinen, chemikalienbeständige Rohrleitungen?)
 - Geschäftsaktivitäten und Kundenportfolio des Unternehmens (militärisch?)
 - Gebiete (z.B. Ursprungsort, Bestimmungsort, Durchfuhr, Ort der verbundenen Unternehmen und Intermediäre)
 - Vertriebsmethoden (direkt an End-Kunden, durch Intermediäre, usw.?)
 - Involvierte Parteien (Klient, Agent, Spediteur, Bank)
 - Währung des Geschäfts (USD führt zu Exposition an US-Sanktionen)
 - Grösse, Struktur, Organisation des Unternehmens usw.
 - Beziehungen mit Behörden
- **Fortlaufende Überprüfung** von rechtlichen Änderungen, Anwendbarkeit von Exportkontrollen und Sanktionen, Produkten, Kunden, Tätigkeiten usw.

Organisation und Verantwortungen

25

- Organigramm (mit Berichtswegen), allen zugänglich – Funktionsbeispiele:
 - **Top Manager** für Exporte verantwortlich
 - **CCO**
 - **Lokales Management** für Ausführung und Sicherstellung der Rechtseinhaltung
 - **Lokale Exportkontroll-Beauftragte** für Bewertung und Identifikation Risiken, Beratung des lokalen Managements, Compliance-Sicherstellung, Schritt halten mit Anforderungen und rechtlichen Entwicklungen, Berichte über Risiken und Verdachtsfälle, usw.)
 - **Technische Ingenieure** für Klassifizierung von Gütern
 - **Logistik und Einkauf** für Information über Lieferanten (z.B. US-kontrollierte Teile)
 - **Verkauf** für Kontrolle der Intermediäre (z.B. Vertragspflichten) und Screening
- Exportkontroll-Manager muss in der Lage sein, eine Ausfuhr zu stoppen bzw. freizugeben und direkt an das Top Management zu berichten
- Ausreichende personelle, technische (IT) und weiterer Mittel (nach Risikoanalyse)

Prozesse

26

- Weisung beschreibend
 - Ziele und Grundprinzipien (z.B. Due Diligence, Untersuchung von Verdachtsfällen, Screening, Kein Geschäft bei Verdachtsfällen, keine Umgehung, Rechtsberatung)
 - Verfahren:
 - Klassifizierung von Gütern
 - Export-Prozesse von der Bestellung zum Versand
 - Lizenz-Ablauf
 - Interaktion zwischen Abteilungen
 - Interaktion mit Behörden (z.B. Meldung von Verdachtsfällen)
 - Due Diligence und Screening-Prozess betr. End-Kunden, Empfänger von Ressourcen; Red flags (Beispiele) etc.
 - Reporting
 - Verantwortungen
 - Dokumentation

Prozesse / Ausführfragen

27

- **Wohin wird exportiert? (sanktionierte Staaten?)**
Sind evtl. Sanktionen auf die konkrete Ausfuhr anwendbar?
Wird das Land zur Weiterversorgung sanktionierter Länder?
- **Was wird exportiert? (kontrollierte Produkte?)**
Ist das Gut im Exportland exportkontrolliert (in Listen)?
Enthält es US-kontrollierte Teile? Wenn ja, mehr Wert >10% oder 25% des Gesamtpreises? →
Lieferanten fragen (schriftlich)
- **Wofür zu verwenden? (sensitive Endverwendung?)**
Keine Exporte für verbotene End-Verwendungen und auf Red Flags achten
- **An wen und wer ist involviert? (sanktionierte Parteien?)**
Know your customer und auf Red Flags achten

Was ist mein Gut?

28

Export Klassifizierung

- **Schweiz:** *KMG, KMV Anhang 1 / GKG, GKV Anhänge 1-3*
- **EU:** *Regulation (EC) Nr. 428/2009, Anhang 1*
- **USA:** *Commerce Control List - CCL (zur Identifizierung exportkontrollierter Güter) im Zusammenhang mit Country Chart Part 738 of EAR (zur Prüfung, ob eine Lizenz aufgrund der ECCN "Reason for Control" erforderlich ist)*
- **China:** *Catalogue of Dual-Use Items and Technologies Subject to Import & Export License Administration*

Alle relevanten kommerziellen Dokumente für Güter unter Exportlizenz müssen klar zeigen, dass die Güter der Exportkontrolle unterstehen (**Angabe auf Produkt, Verpackung, Rechnungen und Lieferpapiere**).

Wofür und an wen? Due Diligence

29

- **Know your customer und auf Red Flags achten** (Kennen Sie den Kunden wirklich, seinen Hintergrund und sein typisches Geschäft? Kennt er seine Kunden? Was ist der Endverwendungszweck der Güter? Wird der Kunde die Güter selbst verwenden oder wiederverkaufen? ...)
- **Screening** von Geschäftspartnern, involvierten Drittparteien (Agenten, Banken ...) und verbundenen Personen (Direktoren, Aktionäre) aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen: Sie müssen mindestens wissen, was die Behörden von öffentlichen Quellen wissen. Verwendung von IT-Tools ist empfehlenswert.
- **Risikobasierter Ansatz** für problematischere Gebiete / Due Diligence. In Verdachtsfällen **weiter prüfen und die Tatsachen zu einem angemessenen Umfang abklären**.
- **Dokumentieren**: (a) Standard-Screening-Prozess sowie (b) Individuelle Screening-Analyse und Untersuchungsmassnahmen.

Weitere Sicherheitsmassnahmen

30

- Schutz des Unternehmens durch Compliance-Elemente in Verträgen, z.B.
 - **Information an Intermediäre** betr. Ihre Unternehmens-Policy,
 - **Klauseln in Verträge** mit Wiederverkäufern einführen z.B. betr. (1) Compliance-Pflichten und (2) Kündigungsrecht bei Verstössen,
 - generellen **Compliance Agreement** abschliessen.
- **Vermeidung jeder Beteiligung** von Personen, die rechtlich verfolgt werden könnten , wenn ein sonst zulässiges Geschäft durchgeführt wird (z.B. “US persons” bei einer Lieferung von CH nach Kuba).

Keine Umgehung

31

- Jede **Umgehung gesetzlicher Beschränkungen ist verboten**, z.B.
 - Lieferungen durch lokale oder ausländische Intermediäre
 - Aufteilung der Bestellung in kleinere Bestellungen, die die gesetzlichen Schwellen unterschreiten
 - End-User-Statements unklar, unvollständig oder falsch ausfüllen
 - bei Verdacht einer unzulässigen Endverwendung keine Durchführung

Danke für die Aufmerksamkeit!

32

Fragen?