

Foreign Law & Investments

AUS DER LUTHER-WELT

INTERNATIONAL

AUSTRALIEN

BRASILIEN

CHINA

HONGKONG

INDIEN

INDONESIEN

JAPAN

MALAYSIA

SINGAPUR

UK

AUS DER LUTHER-WELT

Seite 3

INTERNATIONAL

Ausgeliefert: Tücken im Exportvertrag

Seite 8

Schutz für deutsche Investitionen in der Ukraine und in Russland

Seite 9

BG GROUP PLC V. REPUBLIC OF ARGENTINA - oder „Kompetenz-Kompetenz revisited“

Seite 11

AUSTRALIEN

Parallelimporte und Duale Vertriebssysteme: Aktuelle Rechtsprechung zu Vertriebsstrukturen in Australien

Seite 14

BRASILIEN

Steuroptimierung für brasilianische Tochtergesellschaften – Zinsen auf Eigenkapital

Seite 17

CHINA

China ändert das Gesellschaftsgesetz: Mehr Freiheit für Unternehmensgründungen?

Seite 18

Standortwahl und Investitionsvereinbarungen in China

Seite 21

Neue Entwicklungen beim Markenschutz in China: Änderungen des chinesischen Markengesetzes

Seite 24

Haftung des Managers einer chinesischen Gesellschaft

Seite 26

Compliance und Bestechung in China: Strafbarkeit und Richtwerte für Zuwendungen

Seite 30

HONGKONG

Gesellschaftsrechtsnovelle in Hongkong: die „Companies Ordinance 2014“

Seite 32

INDIEN

Indien nach den Wahlen: Reformsignale an ausländische Investoren

Seite 37

INDONESIEN

Fremdsprachige Verträge in Indonesien oftmals ungültig

Seite 41

Ausfuhrverbot mit Ausnahmen

Seite 43

JAPAN

Know-how-Schutz in Japan

Seite 45

MALAYSIA

Neue Entwicklungszone Iskandar Malaysia

Seite 48

Malaysia Budget 2014

Seite 50

SINGAPUR

Anlegerschutz in Singapur

Seite 52

Singapore Budget 2014

Seite 54

UK

Aktuelle Entwicklungen der Corporate Governance in Großbritannien

Seite 57

AUS DER LUTHER-WELT

Veranstaltungen

Luther Shanghai - Permanently Established

Um dem stetig wachsenden Beratungs- und Betreuungsbedarf und der damit verbundenen Erweiterung unseres Teams in Shanghai gerecht zu werden, sind wir in ein größeres Büro umgezogen. Das neue Büro im AZIA Center liegt nur unweit des bisherigen Standorts sehr zentral in Lujiazui/Pudong, dem bekannten Wirtschafts- und Banken-Bezirk in Shanghai. Mit inzwischen mehr als 20 Rechtsanwälten ist Luther die größte deutschstämmige Kanzlei im Finanzzentrum Chinas.



Bereits am 14. Mai 2014 empfing Luther Shanghai im neuen Domizil Mandanten und Geschäftsfreunde zu einem Tax Breakfast. Rund 30 Gäste waren unserer Einladung gefolgt, um mit unseren deutschen und chinesischen Steuerrechtsexperten aktuelle steuerliche Fragen im deutsch-chinesischen Kontext zu diskutieren. Im Mittelpunkt standen der Dauerbrenner „Betriebsstätte“ und das neue Doppelbesteuerungsabkommen zwischen China und Deutschland – zwei für deutsche Unternehmen in China hochaktuelle Themen.

Ulrich Siegemund (Partner in Frankfurt und Leiter der Steuerabteilung von Luther) und Qu Jing (Leiterin Tax in Shanghai) stellten Fallbeispiele aus der Beratungspraxis dar und spielten sich im „Ping Pong“ die steuerlichen Bälle zu.



Philip Lazare (Partner, Luther Shanghai) bei der Vorstellung des Expertenpanels

YIN AND YANG, EAST AND WEST Taxand Global Conference in Shanghai

Das Zusammenwachsen von Ost und West auch in wichtigen steuerlichen Fragen stand im Mittelpunkt der Taxand Konferenz, die vom 14. bis 16. Mai 2014 in Shanghai stattfand. 300 Steuerexperten und Mandanten aus über 50 Ländern diskutierten aktuelle steuerliche Themen wie die BEPS-Initiative der G20-Staaten zur angemessenen Besteuerung von internationalen Unternehmen (vgl. auch unseren Beitrag im Newsletter 4. Quartal 2013).



In seiner Keynote erklärte der bekannte chinesische Ökonom Andy Xie den rasanten Aufstieg Chinas in den letzten Jahrzehnten und ging auch auf Herausforderungen wie Überkapazitäten im Immobiliensektor und die demographische Entwicklung des Landes ein. Seine Zukunftsprognose fiel recht nüchtern aus: zwar werde es keinen Kollaps geben, wie ihn manche Analysten im Westen schon seit Jahren predigen, zweistellige Wachstumsraten gehörten aber auch in China der Vergangen-

heit an. Xie sieht aktuell eine Konsolidierungsphase, aus der China bis 2020 gestärkt hervorgehen werde. Bis dahin dürfte China dann die USA als größte Volkswirtschaft der Welt abgelöst haben.



Das Team im neuen Büro in Shanghai mit Managing Partner Prof. Dr. Hans-Georg Hahn und anderen Gästen aus Deutschland

Myanmar

Myanmar steht nicht erst seit dem Besuch von Bundespräsident Gauck im Februar 2014 und der Eröffnung des Delegiertenbüros der Deutschen Wirtschaft zur Förderung der wirtschaftlichen Beziehungen im Interesse deutscher Unternehmen. Deutschland hat seine Beziehungen zu Myanmar bereits seit den politischen Reformen im Jahr 2011 intensiviert. Neue gesetzliche Rahmenbedingungen wie das 2012 verabschiedete Gesetz für Auslandsinvestitionen zeigen, dass Investoren in Myanmar willkommen sind. Das große Interesse deutscher Unternehmen an dem Land wurde auch im Rahmen mehrerer gut besuchter Myanmar-Veranstaltungen in Deutschland und in Myanmar deutlich. Birgitta von Dresky, in Singapur ansässige und für Myanmar verantwortliche Luther-Partnerin, referierte am 5. März bei einem Unternehmerfrühstück der IHK Nord-Westfalen in Münster und auf dem Wirtschaftstag Myanmar am 12. März bei der IHK Rhein-Neckar in Mannheim zu den rechtlichen Rahmenbedingungen in diesem sich rasant entwickelnden Markt mit immer wieder neuen Herausforderungen. Zudem hielt Yasemin Derviscemallioğlu, General Manager des Luther Büros in Myanmar, auf dem Career-Forum 2014 am 8. April in Myanmar einen Vortrag zum Thema „Personal Income Tax and Social Security Contribution in Myanmar“.

Vor nunmehr über einem Jahr hat Luther ein Corporate Services Büro in Yangon, Myanmar eröffnet und am 19. Mai das einjährige Jubiläum gefeiert. Luther betreut dort insbesondere deutsche und europäische Mandanten bei deren Investitio-

nen und Geschäftsaktivitäten in Myanmar. Das Land findet derzeit neben zahlreichen Wirtschaftsdelegationen aufgrund des spannenden Reformprozesses auch in Juristenkreisen große Beachtung. So wurden im März 2014 auf Einladung der Delegierten der deutschen Wirtschaft in Myanmar, Frau Dr. Monika Stärk, und unter Beteiligung von Luther Themen wie Rechtsstaatlichkeit, Beschränkungen für ausländische Investoren und eine mögliche Änderung des Grundgesetzes in Myanmar mit einer hochkarätigen Delegation aus Deutschland erörtert, u.a. mit Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (Bundesministerin der Justiz a.D.), Axel C. Filges (Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer) und Prof. Dr. Wernicke (Leiter des Bereichs Recht/Chefjustitiar DIHK).



Das Team von Luther Corporate Services unter der Leitung von Yasemin Derviscemallioğlu (ganz rechts) in Yangon, Myanmar

Im Fokus: Indien vor den Wahlen

Im April und Mai 2014 waren 815 Millionen Wahlberechtigte aufgerufen, beim größten Urnengang der Welt ihre Stimme abzugeben. Die indischen Parlamentswahlen standen denn auch im Fokus mehrerer Veranstaltungen in der ersten Jahreshälfte.

Zusammen mit der DEG Deutsche Investitions- und Entwicklungsgesellschaft mbH und M+V Maier Vidorno hat Luther die im November 2012 mit „Automotive India“ begonnene Reihe am 6. Februar 2014 mit einem „Fachkongress für die Elektroindustrie“ fortgesetzt. Zum Auftakt der Veranstaltung beleuchtete Johannes Kirsch vom ZVEI-Zentralverband Elektrotechnik und Elektronikindustrie e.V. das große Potential für die Branche in Indien. Neben Vorträgen der Organisatoren zu Markteintrittsstrategien, aktuellen rechtlichen Fragen und Finanzierungsmöglichkeiten sowie einem Einblick in die Strukturen indischer Familienunternehmen durch Prof. Dr. Wimmer (Universität Witten/Herdecke) folgten Erfahrungsberichte von K.A.Schmersal, TRILUX, Hans Turck und Leuze electro-

nic. Die abschließende Podiumsdiskussion mit vielen Nachfragern der sehr zahlreich erschienenen Gäste war der Nährboden für anregende Gespräche bei Kölsch und Canapes im Foyer der DEG.

Ein Thema von immenser Bedeutung für den indischen Subkontinent wurde in der Veranstaltung „Wasser für Indien“ am 18. Februar 2014 in den Räumlichkeiten unseres Kölner Standorts behandelt. Zusammen mit den Mitveranstaltern elephant Strategy + Design und M+V Maier + Vidorno diskutierten die Teilnehmer angeregt über die große Herausforderung, eine adäquate Bereitstellung und Aufbereitung von Wasser in Indien nachhaltig zu sichern. Die Referenten Kai Ressel von der Harbauer GmbH, Eike Dölschner von der WILO SE und Dr. Wolf-Dietrich Müller von der Messe München gaben dabei einen spannenden Einblick über ihre jeweiligen Engagements in Indien und trugen so zu einer sehr abwechslungsreichen Veranstaltung bei.

Am 24. März 2014 lud Luther zusammen mit der LBBW und M+V Maier Vidorno zu einer Gesprächsrunde in unser Stuttgarter Büro unter dem Motto „Erfolgreich in Indien – Unternehmer stellen sich Ihren Fragen“ ein. Vertreter erfolgreicher Mittelständler wie HELLA und Kuhn sowie Experten des German Centre in Indien und die Veranstalter teilten ihre Erfahrungen auf dem Subkontinent und ihre Einschätzung zu den Wahlen in Indien. Nach einem einführenden Vortrag von Uwe Burkert, dem Chefvolkswirt der LBBW, diskutierten die Referenten unter der Moderation von Luther-Partner Dr. Rene-Alexander Hirth in lebhafter Atmosphäre mit den Gästen die Chancen und Herausforderungen auf dem gigantischen Zukunftsmarkt Indien.

Unter dem Titel “Erfolgreich verkaufen in Indien – Tipps von Unternehmern für Unternehmer” fand zum wiederholten Male bei der Kreissparkasse Köln am 26. März 2014 eine Indien Veranstaltung unter Mitwirkung von M+V Maier Vidorno, OAV, dem German Centre Gurgaon und Luther statt. Luther-Partner Philipp Dietz stellte dabei die rechtlichen Herausforderungen des Markteintritts in Indien dar. Der Praxisbericht von Franz Fähler, Geschäftsführer der PHARMA TEST Apparatebau AG, rundete vor etwa 50 Zuhörern die Veranstaltung ab.

Zum Auftakt der Hannover-Messe, mit 5.000 Ausstellern aus 65 Ländern und ca. 180.000 Teilnehmern die größte Industriemesse der Welt, hatten M+V Maier Vidorno und Luther am 7. April 2014 wieder zur Expertenrunde „Indien – aus der Praxis für die Praxis. Unternehmer berichten“ geladen. Dr. Doris Hillger vom OAV gab den über 50 Zuhörern vor dem Hintergrund der gerade begonnenen Wahlen in Indien einführend einen Überblick der Parteienlandschaft und zentralen Themen. Unter der Moderation von Luther-Partner Thomas Weidlich diskutierten die

Vertreter von Prettl, Leopold Kostal, Micro-Epsilon Messtechnik sowie M+V dann über die richtige Indien-Strategie und Herausforderungen bei Personal und Behörden. In Einzelfragen gab es auf dem Podium durchaus unterschiedliche Erfahrungen und Meinungen, einig waren sich alle Experten aber darin, dass Indien unabhängig vom Wahlausgang deutschen Unternehmen weiterhin großes Potential bietet.

Luther hat eine aktive Indien-Praxis mit umfangreicher Erfahrung bei deutsch-indischen Investitionsprojekten. Vom German Centre in Gurgaon, Delhi aus unterstützen wir unsere Mandanten in enger Zusammenarbeit mit unserer Taxand Partnerkanzlei BMR und dem indischen Strategieberater M+V Maier Vidorno zudem bei Gründungen und anderen Corporate Services.

M&A in Emerging Markets

Jede vierte M&A-Transaktion weltweit findet derzeit in den Emerging Markets statt – Tendenz stark steigend. Motor dieser Entwicklung sind insbesondere die BRIC-Staaten, auf die wegen der enormen Wachstumsperspektiven weit über die Hälfte aller Emerging Market Deals entfallen. Die rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen sowie andere lokale Besonderheiten entscheiden über Erfolg oder Misserfolg einer Transaktion. In unserer Reihe „M&A in Emerging Markets“ möchten wir den Blick schärfen für die Besonderheiten bei Übernahmen und Joint Ventures in den von uns ausgewählten Wachstumsländern.

Luther.

China	Südostasien	Brasilien	Indien	Türkei	Südafrika
15. April 2014	19. Mai 2014	24. Juni 2014	September 2014	Oktober 2014	November 2014
Köln	Essen	Frankfurt a. M.	Essen	Köln	Frankfurt a. M.

Rechtsberatung, Steuerberatung, Luther.

Den Auftakt unserer M&A-Reihe machte am 15. April 2014 China, der wohl wichtigste Wachstumsmarkt der Welt. Viele deutsche Firmen haben sich in den letzten Jahren durch Zukäufe Zugang und weiteres Wachstum auf dem riesigen chinesischen Markt gesichert. Deutsche Erwerber standen im ersten Quartal 2013 mit immerhin 20 größeren Zukäufen in China hinter Hong Kong und den USA an 3. Stelle. Die aktuellen Trends im chinesischen M&A-Markt erläuterte Eddy Henning, bis 2013 Leiter der Firmenkundenbetreuung der Deutschen Bank in China, vor

vollem Haus in unserem Kölner Büro, gefolgt von einem Vortrag des Shanghaier Luther-Partners Philip Lazare zu den besonderen Herausforderungen bei M&A-Transaktionen in China. Spannende Erfahrungsberichte lieferten dann Dr. Karsten Eller (COO, Beckers Group und zuvor Leiter M&A / Unternehmensentwicklung Asien-Pazifik der BASF Construction Chemicals bzw. Degussa) und Dr. Anne Daentzer (Director Legal Affairs Asia Pacific, SCHOTT Shanghai). In einer abschließenden Panel-Diskussion mit reger Teilnahme der Zuhörer wurden Themen wie die Ziele von Akquisitionen, das Für und Wider von Joint Ventures oder Compliance-Fragen noch vertieft. Einhelliges Fazit aller Referenten: M&A-Prozesse in China funktionieren, aber es bedarf einer guten Vorbereitung und Ausdauer.

Am 19. Mai 2014 folgte in unserem Büro in Essen die zweite Etappe zu Südostasien, eine der dynamischsten Wachstumsregionen der Welt und ein beliebtes Ziel für einen Markteinstieg oder den Ausbau einer bereits vorhandenen Präsenz durch Zukauf oder Joint Venture. Durch langfristig gute Wachstumsraten, geringe Kosten und eine stark wachsende Mittelschicht präsentiert sich die gesamte Region als attraktiver M&A-Markt. Frank-Christian Raffel, geschäftsführender Gesellschafter von MelchersRaffel Ltd. mit Büros in Hongkong, Shanghai und Singapur sowie München, referierte zu Motiven, Trends und Perspektiven in der Region. Es folgte ein Überblick der rechtlichen Rahmenbedingungen bei M&A-Transaktionen in Südostasien durch Dr. Claus Trenner, Luther-Partner in Singapur. In seinem interessanten Erfahrungsbericht erläuterte Andreas Kleiner, für Asien zuständiges Vorstandsmitglied der ERGO International AG, die Expansion der ERGO-Gruppe in Südostasien. Die Veranstaltung endete mit einer Paneldiskussion, die durch den Kölner Luther-Partner Thomas Weidlich moderiert wurde.

Weiter geht es am 24. Juni 2014 in Frankfurt mit der 3. Etappe zu Brasilien – neben spannenden Vorträgen steht dann auch Public Viewing eines WM-Spiels auf der Agenda.

Veranstaltungshinweise – Save the Date

China im Klartext: Anleitung zum Aufbau Ihres Unternehmens in China

In dieser Workshop-Reihe erhalten die Teilnehmer einen Überblick über die Aufgaben und Prozesse bei dem Aufbau einer Tochtergesellschaft in China. Mit Hilfe umfangreicher Materialien und Musterdokumente wird der Ablauf erläutert und anhand von vielen Beispielen erklärt, welche Besonderheiten zu beachten sind. Ziel ist es, den gesamten Aufbauprozess aus unterschiedlichen Perspektiven darzustellen und ein abgerundetes Bild zu geben. Die Referenten Bernd Reitmeier (Startup Factory, Kunshan), Julia Güsten (Sharehouse, Nanjing) und Dr. Eva Drewes (Luther, Shanghai) haben langjährige Erfahrung, kleine und mittelständische Unternehmen bei der Gründung und beim Produktionsaufbau in China zu unterstützen.

- | | |
|---------------|-------------------------------------|
| 14. Juli 2014 | Bremen (Konfuzius Institut) |
| 15. Juli 2014 | Regensburg (IHK Oberpfalz/Kehlheim) |
| 16. Juli 2014 | München (Chinaforum Bayern) |
| 17. Juli 2014 | Frankfurt a.M. (BVMW) |
| 18. Juli 2014 | Essen (Nationalbank Essen) |

8. IHK-Außenwirtschaftstag NRW, 11. September 2014, Köln

Nordrhein-Westfalens größte Veranstaltung zur Außenwirtschaft geht in die achte Runde: Am 11. September 2014 treffen sich in Köln unter dem Motto „WIR UNTERNEHMEN WELTWEIT“ Experten und Gäste auf dem 8. IHK-Außenwirtschaftstag NRW. Namhafte Unternehmerpersönlichkeiten und Experten (darunter u.a. Philip Lazare, Luther Shanghai) erörtern in 9 Workshops und einer Podiumsdiskussion aktuelle Themen rund um das Auslandsgeschäft. Das Programm und weitere Informationen finden Sie unter <http://www.ihk-aussenwirtschaftstag-nrw.de/>. Mit mehr als 800 Teilnehmern zählt der IHK-Außenwirtschaftstag NRW zu den größten Veranstaltungen dieser Art in Deutschland. Luther ist einer der Hauptsponsoren, bitte sprechen Sie uns bei Interesse an einer Teilnahme gerne an.

14. Asien-Pazifik Konferenz vom 20.-22. November 2014 in Vietnam

Die 14. Asien-Pazifik Konferenz der deutschen Wirtschaft wird im November 2014 in Ho Chi Minh City, Vietnam stattfinden. Ausgerichtet und organisiert von dem Asien-Pazifik Ausschuss der deutschen Wirtschaft (APA), den deutschen Auslandshandelskammern (AHK) und dem deutschen Wirtschaftsministerium ist das alle zwei Jahre stattfindende Event die wichtigste Konferenz der deutschen Wirtschaft in der Region. Luther ist wie in den Vorjahren wieder einer der Hauptsponsoren dieser Großveranstaltung, zu der über 750 politische und wirtschaftliche Entscheidungsträger aus vielen Ländern erwartet werden.



[Eröffnungsdiskussion der 13. APK im indischen New Delhi, von links nach rechts: T.N. Ninan (Chairman & Editorial Director, Business Standard); Jürgen Fitschen (Co CEO, Deutsche Bank AG); Dr. Vu Huy Hoang (vietnamesischer Industrie-und Handelsminister); Peter Löscher (ehem. CEO, Siemens AG); Dr. Philip Rösler (Bundeswirtschaftsminister a.D.); N.R. Murthy (Unternehmensgründer, Infosys Limited)]



Thomas Weidlich, LL.M. (Hull)

Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Köln

Telefon +49 221 9937 16280

thomas.weidlich@luther-lawfirm.com

INTERNATIONAL

Ausgeliefert: Tücken im Exportvertrag

Von Waschmaschinen über Autos bis hin zu Windkraftanlagen: Deutsche Produkte werden in die ganze Welt exportiert. Immer wieder kommt es dabei zu Streitigkeiten mit Vertragspartnern. Lieferverträge helfen, sich abzusichern – aber nur, wenn die Eigenheiten des grenzüberschreitenden Vertragsrechts berücksichtigt werden.

Endlich hatte der Stuttgarter Elektronikhersteller den Einstieg in den chinesischen Markt geschafft: Ein Auftrag für die Lieferung von Transformatoren lag auf seinem Tisch. Um nicht völlig blauäugig in das Projekt zu starten, sicherte sich der Mittelständler im Liefervertrag gegen Probleme mit seinem neuen chinesischen Geschäftspartner ab: Sollte es jemals Auseinandersetzungen vor Gericht geben, müssten diese am Landgericht Stuttgart – und zwar auf Basis von deutschem Recht – geführt werden.

Was in der Theorie gut klang, zeigte in der Praxis Nachteile: Der chinesische Kunde zahlte wegen vermeintlicher Qualitätsmängel die letzte Rate über 200.000 Euro nicht, so dass der mittelständische Hersteller tatsächlich Klage gegen seinen chinesischen Vertragspartner einreichen musste. Weitere ernüchternde Erfahrungen folgten: Schon aus der prozessualen Notwendigkeit, dem Kunden in China die Klageschrift förmlich zuzustellen, wurde eine mehrjährige Hängepartie. Und auch dies nur, um anschließend festzustellen, dass das Urteil eines deutschen Gerichts wenig hilfreich ist, um eine Zwangsvollstreckung in China zu beantragen.

Deutsche Gerichtsurteile gelten nicht überall

China ist allerdings keine Ausnahme. Auch in zahlreichen anderen Ländern wie etwa Russland werden Urteile eines staatlichen deutschen Gerichts im Zweifel nicht anerkannt und sind daher nicht vollstreckbar. Im Fall des Stuttgarter Elektronikher-

steller bedeutet das ganz konkret: Er geht leer aus und bleibt zudem auf den Kosten des Gerichtsverfahrens sitzen.

Tatsächlich ist die Vollstreckung deutscher Gerichtsurteile nur in vergleichsweise wenigen Staaten – etwa in der EU – gesichert. Wo dies nicht der Fall ist, besteht die Möglichkeit, anstelle der staatlichen Gerichte die Zuständigkeit eines privaten Schiedsgerichts zu vereinbaren. Bei Schiedssprüchen ist die Rechtslage nämlich deutlich besser. In den meisten Ländern, die im internationalen Handel eine Rolle spielen, werden Schiedssprüche auf Basis der „New York Convention“ vollstreckt. Die gilt grundsätzlich auch in China.

Das passende Recht finden

Es gibt noch weitere Gründe, weshalb deutsche Unternehmen bei Verträgen mit ausländischen Partnern nicht in jedem Fall auf deutsches Recht pochen sollten: In bestimmten Fällen kann die Vereinbarung eines ausländischen Rechts schlicht Geld sparen. So gesteht beispielsweise das deutsche Recht Vertragshändlern einen in aller Regel sehr teuren nachvertraglichen Ausgleichsanspruch zu, falls der Prinzipal den Vertrag mit ihm kündigt und von dem von ihm aufgebauten Kundenstamm profitiert. In vielen anderen Rechtsordnungen gibt es einen solchen Anspruch dagegen nicht. Selbst innerhalb der EU ist die deutsche Position eher die Ausnahme. Unternehmen, die hier bei grenzüberschreitenden Verträgen das „richtige“ Recht wählen, können daher mitunter erhebliche Kosten einsparen. Aber auch für gewöhnliche Lieferverträge mag es im Einzelfall vorteilhaft sein, den tendenziell käuferfreundlichen Bestimmungen des deutschen Rechts durch die Wahl eines ausländischen Rechts zu entgehen. Gar nicht selten greifen etwa deutsche Unternehmen auf Schweizer Recht zurück, welches weitergehende Haftungsbegrenzungen in Standardverträgen zulässt als das deutsche Recht.

Nicht alles ist vertraglich regelbar

Problematisch sind oft auch vertragliche Vereinbarungen, die das Eigentum an einer Sache und andere Zahlungssicherheiten betreffen. Denn diese Fragen regeln sich nach dem Recht des Staates, in dem sich die Sache gerade befindet – und das unabhängig von der zwischen den Parteien getroffenen Rechtswahl. Beispielsweise ist es in der Schweiz erforderlich, einen vertraglich vereinbarten Eigentumsvorbehalt öffentlich registrieren zu lassen, damit dieser dort Wirkung entfaltet.

Fazit

Festzuhalten ist, dass Vertragswerke für grenzüberschreitende Lieferbeziehungen eine ganze Reihe zusätzlicher Probleme aufwerfen im Vergleich zu Verträgen für die „innerdeutsche“ Lieferkette. Nicht nur sind darin verschiedene zusätzliche Themen zu regeln, sondern muss auch sowohl das Recht im Land des Lieferanten als auch im Land des Kunden berücksichtigt werden. Und möglicherweise auch die wirksame Vereinbarung einer professionellen Schiedsordnung, um nicht nur Recht zu haben, sondern dieses auch durchsetzen zu können. Pauschale Empfehlungen für „einen Vertrag mit ausländischen Handelspartnern“ gibt es daher nicht. Aber eine gründliche Vorbereitung, bevor der Liefervertrag unterzeichnet wird, kann im Streitfall ganz erheblich Zeit und Geld sparen.



Martin Schröder, Maître en droit (Paris)
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 25782
martin.schroeder@luther-lawfirm.com

Schutz für deutsche Investitionen in der Ukraine und in Russland

Aktuell überschlagen sich die Ereignisse in der Ukraine und die Lage ist unübersichtlich. Am 22. Februar 2014 wurde der ukrainische Präsident Viktor Janukowitsch vom ukrainischen Parlament seines Amtes enthoben. Das Parlament hat Alexander Turtschinow zum Übergangspräsidenten bestimmt. Am 4. März 2014 äußerte der russische Präsident Wladimir Putin, einziger legitimer Präsident der Ukraine sei Viktor Janukowitsch. Am 16. März 2014 stimmte eine Mehrheit der Wähler in einem Referendum auf der Krim für den Beitritt zu Russland. Seitdem stellt sich die Frage, welchen politischen Weg die restliche Ukraine in Zukunft nehmen wird. Für den 25. Mai 2014 sind Präsidentschaftswahlen angesetzt.

Droht ein „Wirtschaftskrieg“ zwischen Russland und dem Westen?

Während Russland Militärpräsenz im Grenzgebiet der Ost-Ukraine zeigt, drohen westliche Staaten Russland mit Wirtschafts-Sanktionen. Hierauf reagierte der russische Föderationsrat bisher mit der Prüfung eines Gesetzes zur Enteignung von ausländischen Unternehmen. Außerdem wurde angedeutet, dass möglicherweise die Verbindlichkeiten russischer Unternehmen und Banken im Ausland nicht mehr bedient werden könnten.

In einer solchen Situation stellen sich Unternehmer und Banken, die in der Ukraine oder in Russland investiert haben, neben politischen und humanitären Fragen verständlicherweise auch Fragen über die Zukunft ihrer Investition. Noch ist nicht absehbar, wie der Machtkampf ausgehen wird. Unabhängig

von der Entscheidung besteht jedoch ein reales Risiko, dass die neue Regierung bestimmte, für Investoren nachteilige Entscheidungen treffen und auch investitionsfördernde Maßnahmen der Vorgängerregierung wieder aufheben kann. Das war schon nach der „orangenen Revolution“ 2005 der Fall und passiert nach dramatischen Machtverlusten auch in anderen Staaten. So wurden in Ägypten nach dem Sturz des Mubarak-Regimes Privatisierungen überprüft und rückgängig gemacht.

Die Investitionsschutzabkommen mit der Ukraine und Russland

Deutsche Unternehmen, die in der Ukraine und Russland engagiert sind, machen sich daher zu Recht Sorgen, wie sie ihre Investitionen schützen können. Sollten deutsche Unternehmen enteignet werden, sind sie keineswegs schutzlos. Deutschland hat mit Russland und der Ukraine Investitionsschutzabkommen geschlossen, die deutschen Unternehmen Schadensersatzansprüche und Klagerechte vor internationalen Schiedsgerichten gewähren.

Die Investitionsschutzverträge schützen Investitionen von deutschen Unternehmen in der Ukraine bzw. Russland gegen verschiedene Formen des politischen Risikos: der Staat ist u. a. verpflichtet, ausländische Investoren nicht zu diskriminieren und sie fair und gerecht sowie nicht willkürlich zu behandeln. Vor allem hat er aber im Falle von Enteignungen grundsätzlich eine Entschädigung in Höhe des Marktwerts der Investition zu zahlen. Der Investor muss sich also nicht damit begnügen, was ihm der Staat im Rahmen der enteignenden Maßnahme evtl. anbietet – falls überhaupt Entschädigung angeboten wird. Die Ukraine z. B. hat in dem mit Deutschland bestehenden Investitionsschutzvertrag zugesichert, Kapitalanlagen von deutschen Staatsangehörigen oder Gesellschaften in der Ukraine nur zum allgemeinen Wohl und gegen Entschädigung zu enteignen, zu verstaatlichen oder anderen Maßnahmen zu unterwerfen, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen. Die Entschädigung muss dem Wert der enteigneten Kapitalanlage entsprechen. Sie muss unverzüglich geleistet werden und ist bis zum Zeitpunkt der Zahlung mit dem üblichen bankmäßigen Zinssatz zu verzinsen; außerdem muss sie tatsächlich verwertbar und frei transferierbar sein. Der Investitionsschutzvertrag mit Russland enthält ähnliche Regelungen. Der Staat kann sich zur Rechtfertigung seines Handelns nicht auf sein eigenes Recht berufen. Ebenso kann der Staat nicht einfach darauf verweisen, dass eine Enteignung wegen angeblichen Notstands oder als Sanktion gerechtfertigt sei. Schiedsgerichte haben in der Vergangenheit strenge Maßstäbe an solche Verteidigungen angelegt.

Seine Ansprüche unter dem Investitionsschutzvertrag kann ein Investor grundsätzlich selbst vor einem internationalen Schiedsgericht einklagen. Er ist nicht darauf angewiesen, dass sich Deutschland sein Anliegen zu eigen macht und gegen den anderen Staat vorgeht. Dieses unmittelbare Klagerecht macht Investitionsschutzverträge effektiv und führt gleichzeitig zu einer wünschenswerten „Entpolitisierung“ solcher Streitigkeiten. Die Investitionsschutzverträge enthalten entsprechende Klauseln, auf die sich der Investor unmittelbar berufen kann. Regelmäßig verweisen deutsche Verträge z. B. auf Schiedsverfahren vor dem International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) in Washington oder auf sog. Ad-hoc-Verfahren, die z. B. in Stockholm stattfinden können. Ein Investor braucht nicht den Rechtsweg in Russland oder der Ukraine auszuschöpfen, bevor er Schiedsklage erheben kann.

Was tun, wenn Sie betroffen sind?

Wir beraten Unternehmen und Staaten seit vielen Jahren bei Investitionsschutzstreitigkeiten und verfügen über große Erfahrung in Streitigkeiten mit der Ukraine und anderen Staaten der ehemaligen Sowjetunion. Wenn Sie meinen, von politisch motivierten Handlungen der Ukraine oder Russlands betroffen zu sein, sollten Sie zügig Ihre Optionen prüfen. Die Erfahrung zeigt, dass jeder Fall anders gelagert ist und frühzeitig Möglichkeiten eines rechtlichen Vorgehens sondiert werden müssen.



Dr. Richard Happ
Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hamburg
Telefon +49 40 18067 12766
richard.happ@luther-lawfirm.com



Bettina Brück

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt am Main
Telefon +49 69 27229 25087
bettina.brueck@luther-lawfirm.com

BG GROUP PLC V. REPUBLIC OF ARGENTINA - oder „Kompetenz-Kompetenz revisited“

Die britische BG Gruppe hatte in den neunziger Jahren in eine argentinische Gasfirma investiert. Zu dieser Zeit sah das argentinische Recht vor, dass alle Gastarife in US-Dollar ausgewiesen werden. Aufgrund der argentinischen Wirtschaftskrise Anfang der 2000er Jahre änderte die Regierung diese Regelung mit der Folge, dass Gastarife ab diesem Zeitpunkt in argentinischen Pesos gehandelt wurden. Dies hatte signifikante Auswirkungen auf die Profitabilität der BG Gruppe.

Die BG Gruppe entschloss sich deshalb im Jahre 2003 dazu, basierend auf Art. 8 des Investitionsschutzabkommens zwischen Großbritannien und Argentinien aus dem Jahre 1990, ein Schiedsgericht anzurufen. Art. 8 des Investitionsschutzabkommens lautet:

„(2) Rechtsstreitigkeiten sind in den folgenden Fällen der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen [...]:

- i. Wenn nach einem Zeitraum von 18 Monaten der Rechtsstreit durch das Gericht, in dessen Territorium das Investment getätigt wurde, noch nicht endgültig entschieden wurde;*
- ii. wenn die endgültige Entscheidung des vorgenannten Gerichts verkündet wurde, sich die Parteien aber immer noch im Streit befinden. [...]*

Die BG Gruppe rief ein Schiedsgericht nach den UNCITRAL-Regeln an, ohne zuvor Argentinien vor einem argentinischen staatlichen Gericht verklagt zu haben. Das Schiedsgericht kam zu der Entscheidung, dass es für diesen Fall auch ohne vorherige Anrufung der argentinischen staatlichen Gerichte zustän-

dig sei, weil der BG Gruppe der Zugang zu den staatlichen Gerichten von Argentinien selbst elementar erschwert wurde. Argentinien hatte unter anderem verfügt, dass Entscheidungen basierend auf dem neuen Gesetz zur Währungsänderung nicht vollstreckt werden dürfen. Das Schiedsgericht verurteilte Argentinien wegen Verstoßes gegen das Investitionsschutzabkommen zwischen Großbritannien und Argentinien zum Schadensersatz in Höhe von US\$ 185.000.000.

Entscheidung des US Supreme Court

In der Folge riefen beide Parteien das zuständige US-amerikanische Bezirksgericht an – die BG Gruppe zur Bestätigung und Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches, der Staat Argentinien mit dem Ziel der Aufhebung des Schiedsspruches. Nachdem das Bezirksgericht den Schiedsspruch erstinstanzlich bestätigt, das Berufungsgericht den Schiedsspruch sodann aber wegen der Nichteinhaltung des Art. 8 des Investitionsschutzabkommens aufgehoben hatte, musste das oberste Bundesgericht (*Supreme Court*) entscheiden. Der *Supreme Court* bestätigte mit Entscheidung vom 5. März 2014 den Schiedsspruch (BG Group PLC ./. Republik Argentinien, Urteil des *Supreme Court of the United States* vom 5. März 2014, No. 12-138.). Das Gericht befand zunächst, dass das Investitionsschutzabkommen zwar ein Vertrag zwischen Staaten, aber eben dennoch wie ein ganz normaler Vertrag auszulegen und zu beurteilen sei.

Bei dieser rein vertraglichen Auslegung stand an erster Stelle die Frage im Raum, ob die Vorschaltung eines Verfahrens vor den argentinischen staatlichen Gerichten eine „materiellrechtliche Bedingung“ für die vertragliche Zustimmung Argentiniens gewesen ist, schließlich (als nachgeschaltetes Verfahren) ein Schiedsverfahren durchzuführen ist oder ob es sich um eine rein prozessuale Vorfrage der Durchführung eines Schiedsverfahrens auf Basis einer dann bereits (unbedingt) wirksamen Schiedsvereinbarung handelt.

Der *Supreme Court* sah die in Art. 8 enthaltene Vorstufe der Anrufung staatlicher Gerichte lediglich als eine prozessuale Vorbedingung für den Eintritt in ein Schiedsverfahren an, da dort geregelt sei, wann eine vertragliche Verpflichtung zum Eintritt in ein Schiedsverfahren bestehe und nicht, ob überhaupt eine solche Verpflichtung bestehe. Diese Frage dürfe und müsse das Schiedsgericht entscheiden. Und ein (amerikanisches) staatliches Gericht habe auf die Entscheidung der Schiedsrichter zu dieser Frage nach den allgemeinen Regeln der gerichtlichen Überprüfung einer schiedsgerichtlichen Vertragsauslegung Rücksicht zu nehmen, solange sie nicht unvertretbar oder willkürlich erscheine. Mit anderen Worten: das staatliche ame-

rikanische Gericht habe die Überprüfung der Entscheidung des Schiedsgerichts, dass Art. 8 des Investitionsschutzabkommens keine materiell-rechtliche Bedingung für den Abschluss einer Schiedsabrede enthalte, „with considerable deference“ [d.h. mit erheblicher Rücksicht] vorzunehmen, und diese Frage nicht etwa vollkommen unabhängig von der Entscheidung des Schiedsgerichts von Anfang an neu zu prüfen, d.h. keinen „de novo review“ durchzuführen. Dass es sich hier um eine Schiedsvereinbarung in einem Investitionsschutzvertrag handle, erfordere außerdem nicht, einen anderen Maßstab an die Überprüfung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeitsentscheidung anzulegen.

Die schiedsrechtlichen Details dieser Entscheidung sind ungeachtet ihrer Grundsätzlichkeit sehr komplex und sprengen den Rahmen dieses kurzen Berichts. Zwei Richter des *Supreme Court* hatten in einem jeweils getrennten Minderheitsvotum eine abweichende Auffassung vertreten. *Justice Sotomayor* stützte die Mehrheitsentscheidung im Endergebnis, legte jedoch gerade wegen der Grundsätzlichkeit der Fragestellung großen Wert auf eine anders pointierte Begründung. *Chief Justice Roberts* und *Justice Kennedy* schließlich hätten die Angelegenheit lieber an das Berufungsgericht zur weiteren Aufklärung des Erklärungswillens von Argentinien beim Abschluss der Schiedsvereinbarung zurück verwiesen. Sie rügen ganz am Anfang ihrer abweichenden Stellungnahme, dass die Mehrheit einen ganz anderen Fall entschieden hätte: „as if it were an ordinary contract between private parties“. Dieser Streitfall sei eben keiner zwischen privaten Vertragsparteien.

Grundsätze der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Das Urteil lässt in seinem Ausgangspunkt einige Grundsätze der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit hervortreten, die ganz zentral angesiedelt sind und daher auch die Aufmerksamkeit des „einfachen Praktikers“ außerhalb der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit verdienen.

Das Urteil bestärkt zunächst die in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit allgemein anerkannte Prämisse, dass Schiedsgerichte selbst über ihre Zuständigkeit entscheiden können, die sog. „Kompetenz-Kompetenz“ (siehe auch Artikel 16 des UNCITRAL-Modellgesetzes). Im Rahmen des Aufhebungs- bzw. des Vollstreckbarerklärungsverfahrens vor den staatlichen Gerichten ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nochmals zu betrachten (siehe Artikel V. des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958). Der Standard die-

ser nochmaligen Betrachtung ist dabei international bei weitem nicht einheitlich.

Der *Supreme Court* unterschied in seinem Urteil zwischen dem materiell-rechtlich zu beurteilenden Bestehen einer Schiedsvereinbarung und der Prüfung des Vorliegens einer prozessualen (Vor-)Bedingung für die Durchführung eines Schiedsverfahrens. Diese Frage war für das Gericht deshalb so wesentlich, weil im Falle einer materiell-rechtlich zu beurteilenden Bedingung nach der Auffassung der entscheidenden Mehrheit eine Überprüfung der Entscheidung des Schiedsgerichts über seine eigene Zuständigkeit „de novo“ durchzuführen gewesen wäre. Bei der reinen (Vor-)Bedingung für die Durchführung eines Schiedsverfahrens konnte es das Gericht nach der amerikanischen Praxis bei einer Art prima facie Prüfung der Schiedsvereinbarung und damit der Entscheidung des Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit belassen, eben eine Überprüfung „with considerable deference“ vornehmen. Eine vergleichbare prozessuale (Vor-)Bedingung findet sich häufig auch in rein privaten Verträgen, meist in Gestalt eines verpflichtenden, dem Schiedsverfahren voran zu gehenden Mediationsverfahren.

Deutsches und europäisches Verfahrensrecht

Diese Unterscheidung der Prüfungspflicht (oder auch Prüfungskompetenz) des staatlichen Gerichts kennt das deutsche Schiedsverfahrensrecht indes nicht: Gemäß § 1040 ZPO hat das Schiedsgericht die Kompetenz, über die eigene Zuständigkeit zu entscheiden, selbst wenn es zu dem Ergebnis kommt, dass die Streitigkeit nicht unter die Schiedsvereinbarung fällt. § 1040 ZPO entspricht damit im Wesentlichen Artikel 16 des UNCITRAL-Modellgesetzes. Die Prüfungskompetenz umfasst dabei die Prüfung von Zustandekommen und Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen. Eine Unterscheidung zwischen materiell-rechtlichen und prozessrechtlichen Fragestellungen sieht das Gesetz nicht vor. Ein Schiedsgericht wäre nach deutschen Verfahrensregeln demnach auch befugt, über die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung zu entscheiden, wenn diese eine Bedingung für den Weg in die Schiedsgerichtsbarkeit enthalten würde.

§ 1040 Abs. 3 ZPO sieht vor, dass die Entscheidung über die Zuständigkeit „in der Regel“ in einem Zwischenschiedsspruch zu fällen ist, welcher vollumfänglich gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Schiedsklauseln, die eine bindende Entscheidung des Schiedsgerichts vorsehen, sind nach der Rechtsprechung sogar unwirksam, da sie unzulässiger Weise die staatliche Kontrolle auszuschließen versuchen. Durch die uneingeschränk-

te Überprüfungsmöglichkeit der staatlichen Gerichte gibt es in Deutschland nach verbreiteter Auffassung gar keine wirkliche Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts.

Auch in zwei weiteren (europäischen) Entscheidungen aus der jüngeren Vergangenheit war die Kompetenz-Kompetenz von Schiedsgerichten und deren Reichweite das wesentliche Thema. Sowohl der Pariser Cour d'appel (Cour d'appel de Paris, Beschluss vom 17. Februar 2011; 09-28.533) als auch der UK Supreme Court (UK Supreme Court, Beschluss vom 03. November 2010; UKSC 46) waren sich einig, dass die staatlichen Gerichte im Rahmen von Aufhebungs-, Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren zu einer vollumfänglichen eigenständigen Prüfung des Vorliegens einer wirksamen Schiedsvereinbarung berechtigt seien. Schiedsrichter seien nicht ermächtigt, eine verbindliche, von staatlichen Gerichten nur beschränkt überprüfbare Entscheidung über das Bestehen einer wirksamen Schiedsvereinbarung zu treffen. Das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz sei aber lediglich im Sinne eines Prioritätsprinzips zu verstehen, wonach die Schiedsrichter zunächst eine Entscheidung über ihre Zuständigkeit treffen und das Schiedsverfahren im Falle einer positiven Entscheidung fortführen können, ohne dass ein staatliches Gericht angerufen werden muss. Lediglich die Sachentscheidung der Schiedsgerichte sei wegen des Verbots der *révision au fond* der staatlichen Überprüfung entzogen. Auch hier wurde nicht zwischen der materiell-rechtlichen Schiedsfähigkeit und prozessualen Vorbedingungen unterschieden.

Zumindest aus deutschrechtlicher (und wie die beiden zitierten Urteile vermuten lassen, auch aus französischer und englischer) Sicht, wird bei der Prüfungskompetenz des Schiedsgerichts nicht zwischen materiell-rechtlichen und prozessrechtlichen Fragestellungen unterschieden. Die Schiedsgerichte sind für beide Fragestellungen originär zuständig. Im Gegenzug findet in jedem Fall eine vollumfängliche Überprüfung der Zuständigkeitsentscheidung durch die staatlichen Gerichte statt. Die im amerikanischen Rechtssystem geltende Unterscheidung zwischen „*de novo review*“ und „*review with considerable deference*“ ist dem deutschen Recht fremd.

Sollte ein US-amerikanisches Gericht also künftig bei einer deutlichen Bedingung in der Schiedsvereinbarung geneigt sein, diese als materiell-rechtliche Frage einzustufen, das Schiedsgericht als unzuständig ansehen und die Entscheidung infolgedessen einem „*de novo review*“ zu unterziehen, wäre dies aus amerikanischer Sicht vermutlich als Einschränkung der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts zu verstehen, was für den Schiedsort USA ggf. Nachteile im Hinblick auf seine Attraktivität nach sich ziehen könnte. Aus deutscher Sicht wäre das Schiedsgericht zwar ohne weiteres zur Entscheidung

berufen, unterliegt aber in jedem Falle auch im Punkt der Zuständigkeitsentscheidung der uneingeschränkten richterlichen Nachprüfung.



Dr. René-Alexander Hirth
Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Stuttgart
Telefon +49 711 9338 19145
rene-alexander.hirth@luther-lawfirm.com



Karolin Eichler

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Stuttgart
Telefon +49 711 9338 16082
karolin.eichler@luther-lawfirm.com

AUSTRALIEN

Parallelimporte und Duale Vertriebssysteme: Aktuelle Rechtsprechung zu Vertriebsstrukturen in Australien

Zahlreiche deutsche Unternehmen vertreiben ihre Produkte in Australien über unabhängige Vertragshändler (Distributors). Im letzten Jahr sind einige wichtige Entscheidungen der australischen Gerichte ergangen, die sich auf die Praxis und Ausgestaltung dieser Vertriebsstrukturen auswirken.

Parallelimporte

Als Parallelimport wird der Import von echten, d.h. nicht gefälschten, Produkten nach Australien durch eine Person bezeichnet, die nicht Inhaber oder Lizenznehmer der geschützten Marke (*Trade Mark*) ist. Es besteht z. B. die Gefahr, dass markengeschützte Produkte deutscher Hersteller aus Drittländern (wie z. B. China oder Indien) nach Australien importiert und dann preiswerter auf dem sogenannten Graumarkt verkauft werden. Die Parallelimporteure konkurrieren dann auf dem australischen Markt mit den autorisierten Vertragshändlern des Herstellers. Es ist daher verständlich, dass der Hersteller und Markeninhaber sowie dessen Vertragshändler den unautorisierten Parallelimport unterbinden möchten. Dies war bis vor kurzem in Australien nicht einfach, da nach australischem Markenrecht ein Parallelimport unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Die jüngere Rechtsprechung hat nun jedoch die Position des Markeninhabers gestärkt.

Gesetzliche Grundlagen

Nach section 120 des australischen *Trade Marks Act 1995 (Cth)* (TMA) liegt eine Markenverletzung dann vor, wenn jemand ohne Zustimmung des Inhabers der Marke ein mit der Marke identisches Zeichen für den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen verwendet. Ein Verkauf von Produkten, die das ge-

schützte Zeichen aufweisen, wird uneingeschränkt als eine solche Verwendung der geschützten Marke angesehen. Ein Verkauf von Produkten unter einem geschütztem Zeichen ohne Lizenz des Markeninhabers stellt somit grundsätzlich eine Markenverletzung dar. Eine Ausnahme hiervon ist jedoch in section 123 des TMA vorgesehen. Danach liegt eine Markenverletzung dann nicht vor, wenn das geschützte Zeichen auf die entsprechenden Produkte mit Zustimmung des Markeninhabers aufgebracht wurde. Parallelimporteure konnten sich bisher regelmäßig auf diesen Ausnahmetatbestand berufen, da die parallel importierten Produkte ja keine Fälschungen, sondern „echte“ Produkte des Herstellers und Markeninhabers sind.

Aktuelle Rechtsprechung

Seit 2012 ergingen mehrere Urteile des *Federal Court of Australia*, die sich mit dem Ausnahmetatbestand in section 123 des TMA im Hinblick auf Parallelimporte befassen. Diese Urteile wurden ausnahmslos zugunsten der Markeninhaber entschieden und haben die Rahmenbedingungen für Parallelimporte in Australien neu festgelegt.

Beispielhaft stellen wir den wesentlichen Inhalt dieser Entscheidungen anhand des Falles *Paul's Retail Pty Ltd v Lonsdale Australia Limited* (Lonsdale Fall) vor. Im Lonsdale Fall beschäftigte sich der Federal Court mit dem Parallelimport von markengeschützten Kleidungsstücken. Paul's Retail Pty Ltd führte Lonsdale Produkte über einen Zwischenhändler in den USA nach Australien ein. Der amerikanische Zwischenhändler bezog die Produkte von einem Händler in Zypern. Der Händler in Zypern bezog die – für den europäischen Markt bestimmten – Produkte von einem Hersteller, der von Lonsdale Sports Limited eine Lizenz zur Herstellung der Kleidungsstücke für den europäischen Markt erhalten hatte. Inhaber der in Australien registrierten Marke war jedoch Lonsdale Australia Limited, eine eigenständige australische Gesellschaft. Lonsdale Australia Limited (als Markeninhaber) hatte der Aufbringung der Marke auf den in Australien vertriebenen Kleidungsstücken nicht zugestimmt. Lonsdale Australia Limited leitete ein gerichtliches Verfahren gegen den Parallelimport durch Paul's Retail Pty Ltd.

Der *Federal Court* entschied, dass sich Paul's Retail Pty Ltd nicht auf den Ausnahmetatbestand in section 123 des TMA berufen konnte: Dies wurde insbesondere wie folgt begründet:

- der Hersteller der in Australien vertriebenen Kleidungsstücke hatte als Lizenznehmer nur ein territorial begrenztes Recht zur Aufbringung der Marke (hier nur für den europäischen Markt);
- Lonsdale Australia Limited als Inhaber der in Australien registrierten Marke hatte der Aufbringung der Marke durch den

Lizenznehmer nicht zugestimmt. Die Herstellungslizenz wurde vielmehr durch Lonsdale Sports Limited erteilt; und

- mit der Frage, ob die Lizenzerteilung durch Lonsdale Sports Limited, Lonsdale Australia Limited innerhalb des Lonsdale Konzerns zugerechnet werden kann, musste sich das Gericht nicht beschäftigen, da Lonsdale Sports Limited eine Zustimmung zur Aufbringung der Marke für den Vertrieb in Australien jedenfalls nicht erteilt hatte, da die Lizenz auf den Vertrieb der Produkte auf dem europäischen Markt beschränkt war.

Weiterhin hat der *Federal Court* in diesem Zusammenhang entschieden, dass die Beweislast für den Nachweis der Erteilung der Zustimmung durch den Markeninhaber dem Importeur obliegt. Dies stellt in der Praxis oftmals eine unüberwindbare Hürde für die Parallelimporteure dar, da diese die Produkte regelmäßig über eine lange Kette verschiedener Händler beziehen, so dass sich oft nicht eindeutig nachweisen lassen wird, wo die Produkte hergestellt wurden.

Um sich auf den Ausnahmetatbestand in section 123 des TMA berufen zu können, müssen Parallelimporteure nun die Ursprungsquelle (also den Ort der Herstellung) der von ihnen importierten Marken-Produkte offenlegen und nachweisen, dass die Marke am Herstellungsort mit der Zustimmung des Inhabers der in Australien registrierten Marke auf diese Produkte aufgebracht wurde (hierbei können jedoch Zustimmung anderer Konzerngesellschaften ggfs. der australischen Tochtergesellschaft zugerechnet werden). Wichtig ist jedoch, dass der Parallelimporteur nachweisen muss, dass die im Ausland hergestellte Ware auch für den Vertrieb in Australien bestimmt war, also keine geographische Beschränkung im Rahmen der Herstellungslizenz vorlag. Sofern der Parallelimporteur einen entsprechenden Nachweis nicht erbringen kann, stellt der Verkauf von parallel-importierten Produkten mit geschützten Zeichen in Australien nun eine Markenverletzung dar und kann vom Markeninhaber unterbunden werden.

Auswirkungen auf die Praxis

Die Urteile des *Federal Court of Australia* haben die Position der Hersteller von Markenprodukten erheblich gestärkt. Diese können nun den Parallelimport nach Australien außerhalb der eigenen Vertriebsstrukturen immer dann unterbinden, wenn der Inhaber der in Australien registrierten Marke der Aufbringung der Marke auf die Produkte (die ja regelmäßig im Ausland hergestellt werden) nicht zugestimmt hat.

Vor dem Hintergrund dieser neuen Rechtslage in Australien empfiehlt es sich, die Marke in Australien durch eine eigenständige australische Tochtergesellschaft registrieren zu lassen.

Regelmässig werden die Produkte unter Lizenz der deutschen Muttergesellschaft (oder einer anderen Konzerngesellschaft) hergestellt, so dass der notwendige Nachweis, dass die Marke mit Zustimmung der australischen Tochtergesellschaft erfolgte, zumindest dann nicht erbracht werden kann, wenn die Zustimmung innerhalb des Konzerns der australischen Tochter nicht zugerechnet werden kann. Weiterhin sollten die Lizenzen unter denen die Produkte hergestellt werden, sich stets auf einen eingegrenzten geographischen Markt beziehen.

Für Parallelimporteure bedeutet das Urteil, dass sie nun neben der Echtheit der Produkte auch die Zustimmung des jeweilig territorial zuständigen Markeninhabers nachweisen müssen. Diese Anforderungen stellen Parallelimporteure künftig vor erhebliche Schwierigkeiten.

Duale Vertriebssysteme

Unter dualen Vertriebssystemen versteht man den Vertrieb von Produkten sowohl durch den Hersteller bzw. Prinzipal als auch durch dessen unabhängige Vertragshändler (*Distributor*). Obwohl der Prinzipal und sein Distributor wettbewerbsmäßig grundsätzlich in einem vertikalen Verhältnis stehen, vertritt die australische Kartell-Aufsichtsbehörde, die *Australian Consumer and Competition Commission* (ACCC), die Ansicht, dass diese im Rahmen von dualen Vertriebssystemen als Wettbewerber auf der gleichen Absatzebene auftreten können. Dies hat zur Konsequenz, dass Preisabsprachen und andere wettbewerbsrelevante Verhaltensweisen zwischen dem Prinzipal und seinem Distributor potentiell einen Verstoß gegen das australische Kartellgesetz, den *Competition and Consumer Act 2010* (Cth) darstellen.

Gesetzliche Grundlagen

Nach dem australischen *Competition and Consumer Act 2010* (Cth) stellen Preisabsprachen zwischen horizontalen Wettbewerbern *per se* einen Verstoß gegen das Kartellgesetz dar (also unabhängig davon, ob sie sich nachteilig auf den relevanten Markt auswirken). Sofern ein solcher Verstoß festgestellt wird, drohen empfindliche Strafen. Bereits das Eingehen einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung kann mit einer Geldbuße von bis zu AUD 10.000 sanktioniert werden. Sofern die vertragliche Absprache in die Tat umgesetzt wird, drohen Geldbußen von bis zu AUD 10.000.000. Weiterhin kann das Gericht die involvierten Unternehmen zum Ersatz eines entstandenen Schadens verpflichten werden und die Geschäftsführer der involvierten Unternehmen können für eine gewisse Zeit ein Berufsverbot erhalten.

Aktuelle Rechtsprechung

Ende 2013 hat der *Federal Court* die folgenden ganz ähnlich gelagerten Fälle entschieden: *ACCC v Australian and New Zealand Banking Group Limited* (ANZ Fall) und *ACCC v Flight Centre Limited* (Flight Centre Fall). In beiden Fällen wurden die Produkte sowohl vom Prinzipal als auch vom Distributor vertrieben und in beiden Fällen hatte ACCC dem Prinzipal und seinem Distributor unzulässige Preisabsprachen vorgeworfen.

- Im ANZ Fall hat die ANZ Bank selbst Kredite an Kunden angeboten und gleichzeitig Kreditvermittler (*mortgage broker*) mit dem Vertrieb von Krediten beauftragt. Die ANZ Bank hatte dann mit dem Kreditvermittler vereinbart, dass dieser keinen höheren Preisnachlass mit den Kunden vereinbaren durfte als ANZ selbst.
- Im Flight Centre Fall hat Flight Centre (als Reisebüro) mit bestimmten Fluglinien (Singapore Airlines, Malaysian Airlines und Emirates), die ihre Flüge auch direkt an Endkunden vertreiben, vereinbart, dass Flight Centre die von den Fluglinien direkt angebotenen Flüge zum selben Preis vertreiben durfte wie die Fluglinien und dass die Fluglinien diese Flüge an ihre Endkunden nicht unter dem Preis verkaufen durften, der sich aus dem von Flight Centre an die Fluglinie zu zahlenden Preis, zuzüglich einer bestimmten Marge zusammensetzte.

Das Gericht befasste sich in beiden Fällen mit der zentralen Frage, ob Prinzipal und Distributor als Wettbewerber auf der gleichen Absatzebene anzusehen sind. Kurioserweise kam das Gericht in den genannten Fällen zu unterschiedlichen Ergebnissen, da jeweils ein anderer Richter zuständig war.

- Im ANZ Fall befand das Gericht, dass die Bank und der von ihr eingeschaltete Kreditvermittler keine Wettbewerber sind. Dies wurde damit begründet, dass der Kreditvermittler zusätzlich zu den Krediten der ANZ Bank auch noch vielzählige andere Produkte (insbesondere auch Kredite von anderen Banken) anbot. Die Tätigkeit der Kreditvermittler sei nicht nur der Vertrieb von Krediten, sondern auch die Beratung der Kunden. Dabei stünden aus Sicht des Kreditvermittlers nicht die Interessen der Bank, sondern die der Kunde im Vordergrund.
- Im Flight Centre Fall hingegen entschied das Gericht, dass sowohl die Fluglinien als auch Flight Centre die gleichen Produkte, nämlich Langstreckenflüge an Endkunden, vertreiben. Daher stünden diese im direkten Wettbewerb miteinander. Es wurde ein Sachverständigengutachten eingeholt, welches folgendes bestätigte „it is very clear, that travel agents and airlines competed horizontally with each other, since if one makes the sale, the other does not. What they are come

peting for at this level is the retail or distribution margin“. Die getroffenen Preisabsprachen wurden für wettbewerbswidrig gehalten und ein Verstoß gegen das australische Kartellgesetz festgestellt.

Beide Urteile liegen nun in der zweiten Instanz. Es bleibt abzuwarten wie hier entschieden wird.

Auswirkungen auf die Praxis

Bis zum endgültigen Abschluss der beiden Verfahren besteht eine erhebliche Unsicherheit im Hinblick auf Preisabsprachen und andere kartellrechtswidrige Vereinbarungen bei dualen Vertriebssystemen. Eine Klarstellung wird erst mit den zu erwartenden Berufungsurteilen erfolgen. Unternehmen, die ihre Produkte in Australien sowohl selbst als auch durch unabhängige *Distributors* oder *Resellers* vertreiben, sollten daher bei der Ausgestaltung der vertraglichen Vereinbarungen mit diesen Dritten sorgfältig sein. Hierbei ist zu beachten, dass z. B. die folgenden Absprachen zwischen direkten Wettbewerbern nach australischem Recht *per se* kartellwidrig sind: Preisabsprachen, d.h. jegliche Form von verbindlicher Preisgestaltung sowie die Vereinbarung von bestimmten Rabatte; Gebietsabsprachen, d.h. die Aufteilung des Zielmarktes zwischen den Wettbewerbern; Quotenabsprachen, d.h. die geographische Aufteilung des Zielmarktes nach bestimmten Vertriebsquoten; und Konditionsabsprachen, d.h. die verbindliche Festsetzung von gemeinsamen Konditionen für den Verkauf an Endkunden.

Um zu vermeiden, dass der Hersteller bzw. Prinzipal als direkter Wettbewerber seines Distributors angesehen wird, ist darauf zu achten, dass der Prinzipal in der Kommunikation mit seinem Distributor stets als „Supplier“ und nicht in seiner Funktion als Verkäufer an Endkunden auftritt. Die Kommunikation und die vertragliche Vereinbarungen sollten auf das vertikale Verhältnis beschränkt sein. Die Parteien sollten es vermeiden, auf der „gleichen Stufe“, hinsichtlich der Belieferung von Endkunden zu kommunizieren oder hier Vereinbarungen zu treffen.

Es empfiehlt sich, bestehende Vereinbarungen vor diesem Hintergrund zu prüfen und gegebenenfalls Anpassungen vorzunehmen, um einen Kartellrechtsverstoß zu vermeiden.



Dr. Angelika Yates
Special Counsel

Kardos Scanlan

Sydney

Telefon:+61 2 9146 5295

angelika.yates@kardosscanlan.com.au

BRASILIEN

Steuroptimierung für brasilianische Tochtergesellschaften – Zinsen auf Eigenkapital

Das brasilianische Steuerrecht kann es an Komplexität mit dem deutschen Steuerrecht aufnehmen. In der Beratungspraxis fällt auf, dass immer wieder unterschätzt wird, welche Schwierigkeiten und Fallstricke sich im Rechtsverkehr mit Brasilien durch die Unübersichtlichkeit des brasilianischen Steuerrechts bei der Gestaltung von gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen ergeben. Auch sollte nicht übersehen werden, dass es trotz der allgemeinen hohen Steuerbelastung und Komplexität des brasilianischen Steuerrechts auch Möglichkeiten der Steuervermeidung in Brasilien existieren, die in dieser Form das deutsche Steuerrecht nicht bietet.

Die hier dargestellte besondere Form der Gewinnverwendung einer brasilianischen Kapitalgesellschaft sieht vor, Zahlungen an die Gesellschafter als „Zinsen auf Eigenkapital“ (juros sobre capital próprio) zu gestalten. Diese Möglichkeit hat der brasilianische Gesetzgeber schon im Rahmen der Beseitigung der bilanziellen Geldwertberichtigung (Correção monetária) im Jahre 1995 durch das Gesetz Nr. 9249/1995 geschaffen. Mit dieser Steuervergünstigung sollten die Belastungen für Unternehmen, die durch die Abschaffung der Geldwertberichtigung entstanden, abgemildert werden. Bei der Entscheidung durch Gesellschafterbeschluss, Gewinne nicht als Dividenden an die Gesellschafter, sondern als „Zinsen“ auszuschütten, sind die beiden Beschränkungen gemäß Artikel 9 § 1 des Gesetzes Nr. 9249/1995 zu beachten. Erstens sind die Zinsbeträge bezogen auf das Eigenkapital der Gesellschaft durch den Zinssatz für langfristige Ausleihungen (TJLP - z.Zt. 5 % p.a.) begrenzt. Bei unterschiedlichen Zinssätzen während des Geschäftsjahres erfolgt die Berechnung pro rata temporis. Die zweite Schranke ergibt sich dadurch, dass nur 50 % des Jahresgewinns als Zinszahlung gestaltet werden kann.

Der Zinsbetrag kann bei der Ermittlung des Jahresgewinns als betrieblicher Aufwand in Ansatz gebracht werden, sodass auf ihn keine Körperschaftssteuer und Sozialabgaben anfallen.

Außerdem ist zu beachten, dass die Zinszahlungen an den Gesellschafter in Deutschland mit Quellensteuer i. H. v. 15 % belastet werden. Es ist daher für deutsche Unternehmen mit Tochtergesellschaften in Brasilien empfehlenswert, zu prüfen, ob mit

der Gestaltung einer Gewinnausschüttung als „Zinsen auf Eigenkapital“ im Konzern Steuereinsparungen möglich sind.



Ulrich Klemm
Of Counsel

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 25775
ulrich.klemm@luther-lawfirm.com



Carolina Matthes Dotto

TozziniFreire Advogados
São Paulo
Telefon +55 11 5086-5462
cdotto@tozzinifreire.com.br

CHINA

China ändert das Gesellschaftsgesetz: Mehr Freiheit für Unternehmensgründungen?

Am 1. März 2014 ist eine Änderung des chinesischen Gesellschaftsgesetzes in Kraft getreten, die vor allem Unternehmensgründungen vereinfachen soll. Mit dieser Gesetzesreform wurde das Gesellschaftsgesetz erstmalig seit den Gesetzesnovellen in den Jahren 1999 und 2005 wieder grundlegend verändert. Angepasst wurden in dem Zusammenhang auch die drei Gesetze über ausländische Investitionen – das Sino-Foreign Equity Joint Venture-Gesetz, das Sino-Foreign Cooperative Joint Venture-Gesetz und das Gesetz für Unternehmen mit ausschließlich ausländischem Kapital. Mit diesem Artikel sollen die Hintergründe und wesentliche Inhalte der Gesetzesänderungen sowie die Auswirkungen auf die Gründung eines Unternehmens mit ausländischem Kapital dargestellt werden.

Hintergrund der Gesetzesänderung

Vor der Neufassung des Gesellschaftsgesetzes galten in China bestimmte Regeln in Bezug auf das gesetzliche Mindestkapital, das für eine „*Limited Liability Company*“ („LLC“, in etwa mit einer deutschen GmbH vergleichbar) bei RMB 30.000, für eine Einmann-LLC bei RMB 10.000 und für eine „*Stock Company*

with *Limited Liability*“ (einer deutschen AG vergleichbar) bei RMB 5 Mio. lag. Grundsätzlich musste mindestens 20 % des registrierten Kapitals zu Beginn (oder bei Gründung einer ausländischen Tochtergesellschaft mindestens 15 % des registrierten Kapitals innerhalb von 90 Tagen nach der Gründung) und der restliche Betrag innerhalb von zwei Jahren erbracht werden. Die Einzahlung der Einlagen musste zudem durch Vorlage eines Kapitaleinbringungsnachweises („*Capital Verification Report*“) durch einen qualifizierten Wirtschaftsprüfer bei der Registrierungsbehörde nachgewiesen werden. Diese Regelungen zielten insbesondere auf den Schutz der Gläubiger einer Gesellschaft.

Allerdings entwickelten Unternehmen in der Praxis verschiedene Maßnahmen, um die Regelungen zu umgehen, und zogen nach der Ausstellung des *Capital Verification Report* bzw. nach der Gründung das eingezahlte Kapital wieder zurück, beispielsweise durch Darlehen an Gesellschafter, Rückgabe eingebrachter Sacheinlagen oder Übertragung des Unternehmensvermögens auf eine andere Gesellschaft. Dies führte dazu, dass die registrierten Beträge der Gesellschaft teilweise nicht zur Verfügung standen und der Sinn und Zweck der Vorschriften zum Mindeststammkapital damit ins Leere liefen. Geschäftspartner und andere Marktteilnehmer mussten über das erbrachte Kapital hinaus zusätzlich andere Kennzahlen einer Gesellschaft heranziehen bzw. überprüfen, wie etwa das Nettovermögen, die Rentabilität, den Cashflow usw., um die tatsächliche Finanzlage der Gesellschaft herauszufinden. Im Übrigen sind solche zusätzlichen Informationen bislang oft schwer erhältlich. Jahresabschlüsse, aus welchen diese Daten zu entnehmen sind, müssen zwar der zuständigen Behörde vorgelegt werden, sind bisher jedoch nicht an einer zentralen Stelle öffentlich einzusehen.

Um die Marktbedingungen transparenter und effektiver zu machen, hat die seit März 2013 amtierende neue chinesische Regierung den „Plan zur institutionellen Umstrukturierung und Transformation der Funktionen des Staatsrats“ beschlossen und Reformen der verwaltungsrechtlichen Anforderungen im Gesellschaftsrecht initiiert. Im Zentrum dieser Überlegungen steht eine Lockerung der Markteintrittsrahmenbedingungen und Gründungsvoraussetzungen, mit der die verwaltungsrechtlichen und auch wirtschaftlichen Lasten für Investoren reduziert werden sollen. In Folge dessen wurde das Gesellschaftsgesetz nun reformiert.

Wesentliche Änderungen des Gesellschaftsgesetzes

Abschaffung eines Mindestkapitals und des Kapitaleinbringungs nachweises

Mit der Gesetzesreform wurde das Erfordernis eines Mindestkapitals aufgehoben. Theoretisch ist nun die Gründung eines Unternehmens mit einem registrierten Kapital in Höhe von RMB 1,00 möglich. Ausgenommen sind Gesellschaftsgründungen in bestimmten Sektoren, wie beispielsweise das Finanzwesen und der Direktvertrieb, in denen besondere Mindestkapitalvorschriften weiterhin gelten. Darüber hinaus ist es nicht mehr erforderlich, dass ein Kapitaleinbringungs nachweis („*capital verification report*“) durch einen Wirtschaftsprüfer bei der Registerbehörde (*Administration of Industry and Commerce*, kurz „AIC“) vorgelegt werden muss.

Mehr Gestaltungsspielraum bei Kapitaleinlagen

Die Gesetzesänderung bringt den Anteilseignern mehr Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Kapitalaufbringung. Sie können nun die Höhe ihrer Einlage, die Art und Weise sowie die Frist für die Erbringung der Einlagen in der Satzung frei vereinbaren. Die bisherige Anforderung, dass mindestens 30 % des registrierten Kapitals in bar eingebracht werden muss, ist entfallen. Die gesamten Einlagen können daher in Form von Sacheinlagen beigebracht werden. Unverändert haften die Gesellschafter bis zur Höhe der auf ihren Namen gezeichneten Einlage.

Die Gesellschaft muss allerdings die in der Satzung diesbezüglich festgesetzten Regelungen und die Einlagesituation eines jeden Gesellschafters in einem öffentlich zugängigen Unternehmensregister bekannt machen, welches sich noch im Aufbau befindet (mehr dazu gleich). Die Gesellschafter sind für die vollständige Einlageeinbringung und die Einhaltung der Satzungsvorgaben in Bezug auf die Einlagen verantwortlich.

Für ausländische Investoren ist es daher umso wichtiger, den Regelungen zur Erbringung der Einlagen in der Satzung und bei einem Joint-Venture auch im Joint Venture Vertrag besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

Einführung des Unternehmensregisters und Ersetzung der jährlichen Prüfung durch Pflichtangaben im öffentlichen Register

Die neue chinesische Regierung beabsichtigt, ein öffentlich zugängiges Unternehmensregister aufzubauen, in dem bestimmte Angaben gemacht werden müssen, um mehr Transparenz für die Marktteilnehmer über die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens zu schaffen. Neben Publizität der Angaben beispielsweise über die Einlageform und die erbrachte Einlage werden diverse Listen eingeführt, die der Bewertung der Kreditwürdigkeit

eines Unternehmens dienen sollen. Unternehmen, die unter ihrer registrierten Adresse nicht zu erreichen sind, werden z. B. in eine „*irregular business operation name list*“ gesetzt. Auch sollen gesetzliche Vertreter einer Gesellschaft oder andere verantwortliche Personen, die bestimmte Gesetzesverstöße begangen haben, in einer „*Blacklist*“ aufgenommen werden und keine Führungspositionen in einer anderen Gesellschaft mehr bekleiden dürfen. Ausländische Investoren und diese tatsächlich kontrollierenden Personen, die z. B. gegen die Kapitaleinbringungspflicht oder andere Gesetzesvorschriften verstoßen haben, werden in einer „*close scrutiny list*“ erfasst und unterliegen bei künftigen Investitionen in China strengeren Überprüfungen oder Beschränkungen.

Durch die Einführung dieses Publizitätssystems entfällt zudem die jährliche Prüfung durch die AIC über u.a. die Geschäftsaktivitäten und das vorhandene Kapital einer Gesellschaft. Stattdessen muss ein Jahresbericht mit Informationen über die von jedem Gesellschafter erbrachte Einlage und den Vermögensstatus im öffentlich zugängigen Register veröffentlicht werden. Für die Richtigkeit der Inhalte sind die Unternehmen selbst verantwortlich.

Auswirkungen auf die Gründung einer Gesellschaft mit ausländischem Kapital

Durch die entsprechende Anpassung der für ausländische Investitionen maßgeblichen drei Gesetze (das *Sino-Foreign Equity Joint Venture*-Gesetz, das *Sino-Foreign Cooperative Joint Venture*-Gesetz und das Gesetz für Unternehmen mit ausschließlich ausländischem Kapital) entfallen auch für ein Unternehmen mit ausländischem Kapital die bisherigen gesetzlichen Anforderungen an Kapitalaufbringungen. So gibt es auch für Unternehmen mit ausländischem Kapital keine gesetzlichen Vorgaben mehr über das Mindestkapital, die Einbringungsfrist und die Obergrenze von Sacheinlagen. Fraglich ist allerdings, wie die Gesetzesänderungen auf der lokalen Ebene umgesetzt werden und wie diese sich auf die Gesellschaftsgründung mit ausländischem Kapital in der Praxis konkret auswirken.

Die Gesetzesänderungen wurden in sehr kurzer Zeit beschlossen und erlassen. Den Mitarbeitern der lokalen Behörden, welche die neuen Gesetze umsetzen sollen, fehlen Erfahrungen hinsichtlich der Anwendung der neuen Gesetze. Um eine falsche Entscheidung und evtl. persönliche Konsequenzen zu vermeiden, sind sie eher vorsichtig und orientieren sich in der Praxis noch stark an dem alten Recht. Die zuständige Behörde in Shanghai beispielsweise hielt sich auf Anfrage bedeckt. Es ist daher davon auszugehen, dass die Gründung ei-

ner Gesellschaft mit ausländischen Investoren sich bis auf weiteres noch nach den bisherigen Bestimmungen richtet.

Unverändert erforderlich ist bei Gründung einer Gesellschaft mit ausländischem Kapital zudem die Genehmigung durch die Behörde für Außenwirtschaft und Außenhandel („Genehmigungsbehörde“). Die zur Genehmigung einzureichenden Dokumente umfassen unter anderem die Satzung der neuen Gesellschaft sowie einen Businessplan. In diesem Plan muss der Investor Angaben über die beabsichtigte Einlage, den Verwendungszweck des Kapitals und die voraussichtliche Finanzlage der Gesellschaft für die nächsten drei bis fünf Jahren darstellen, damit die Genehmigungsbehörde die Machbarkeit des Projekts beurteilen und über die Genehmigung des Projekts entscheiden kann. Ausländische Investoren müssen also weiterhin schon beim Antrag auf Genehmigung ihres Vorhabens Angaben zur Einlage machen, weshalb die Auswirkung der Gesetzesänderung in Bezug auf die Kapitalanforderungen gering sein dürfte. Ein ausländischer Investor wird die Genehmigungsbehörde schwerlich von der Machbarkeit seines Projekts überzeugen, wenn in der Satzung beispielsweise nur RMB 1,00 als gezeichnetes Kapital oder eine lange Einlagefrist vorgesehen ist. Dies gilt insbesondere für Projekte, welche die Unterstützung der lokalen Regierung benötigen, wie beispielsweise zum Erwerb eines Grundstücks oder der Verhandlung über lokale Fördermöglichkeiten. Nicht nur in solchen Fällen werden die zuständigen Genehmigungsbehörden an Gesellschaften mit ausländischem Kapital ähnliche Anforderungen wie bisher stellen, was das registrierte Kapital und Einlagefristen angeht.

Ausländische Investoren werden in der Praxis von den neuen Möglichkeiten des Gesellschaftsgesetzes daher wohl nur restriktiv Gebrauch machen können. Die Genehmigungsbehörden in Shanghai beispielsweise prüfen Anträge aktuell weiterhin nach den alten Kriterien. Insbesondere wer eine schnelle Genehmigung anstrebt, wird sich bis auf weiteres an den bekannten Maßstäben der alten Gesetze orientieren müssen. Dies gilt auch hinsichtlich der Lockerung des Verhältnisses zwischen Sacheinlage und Bareinlage. Die ausschließliche Erbringung einer Sacheinlage durch einen ausländischen Investor mag zwar nach aktueller Gesetzeslage möglich sein, ist aber in der Praxis nicht willkommen.

Darüber hinaus unterliegen Unternehmen mit ausländischem Kapital aufgrund der devisenrechtlichen Vorgaben weiterhin der Pflicht, einen von einem Wirtschaftsprüfer ausgestellten Kapitalaufbringungsnachweis vorzulegen. Nicht zuletzt gilt auch weiterhin die Anforderung an die Eigenkapitalquote, die maßgeblich ist für die zulässige Fremdfinanzierung durch Bank- oder Gesellschafterdarlehen. Für die meisten ausländischen

Investoren wären Erleichterungen bei der Fremdfinanzierung wichtiger als eine niedrige Gründungseinlage.

Fazit

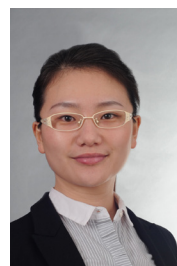
Mit dem neuen Gesellschaftsgesetz will China Unternehmensgründungen vereinfachen und den Markt liberalisieren. Die geänderte Gesetzeslage entspricht zum großen Teil international üblichen Regelungen und ist begrüßenswert. Allerdings kommen viele der positiven Effekte bei ausländischen Investoren nicht an. Für diese ist lediglich die Kapitalanforderung (vor allem Mindestkapital, Einbringungsfrist und Vorgaben zum Verhältnis von Bar- und Sacheinlage) entfallen, was allerdings wegen der Umsetzungsdefizite seitens der lokalen Behörden und der weiterhin erforderlichen Genehmigungen eine eher unbedeutende Rolle spielt. Unternehmensgründungen mit ausländischem Kapital werden sich auf absehbare Zeit damit weiterhin an dem alten Recht orientieren, was insbesondere die Angaben in Satzungen, Joint Venture Verträgen und Machbarkeitsstudien betrifft.

Eine echte Erleichterung für ausländische Investoren wird nur dann eintreten, wenn die Genehmigungsanforderung und die Vorgaben zum Eigenkapital abgeschafft werden. Dafür bietet das in der *China (Shanghai) Freetrade Pilot Zone* eingeführte Modell einen guten Ansatz, wonach eine Gesellschaft mit ausländischem Kapital in der Regel lediglich angemeldet bzw. registriert werden muss (vgl. hierzu den Beitrag „China (Shanghai) Freetrade Pilot Zone – ein Testballon für Wirtschaftsreformen in China?“ im Newsletter 4. Quartal 2013). Wir wagen keine Prognose, wann dies der Fall sein wird.



LIU Shuang, LL.M. (Nanjing/Göttingen)
Partnerin

Luther Law Offices
Shanghai
Telefon +86 21 50106589
liushuang@cn.luther-lawfirm.com



TONG Binbin, LL.M. (Nanjing/Göttingen)

Luther Law Offices
Shanghai
Telefon +86 21 5010 6593
tongbinbin@cn.luther-lawfirm.com

Standortwahl und Investitionsvereinbarungen in China

Die Wahl des passenden Investitionsstandortes in China ist eine strategische Entscheidung und birgt für das geplante Unternehmen weitreichende Konsequenzen in sich. Wenn die Standortwahl getroffen wurde, werden zur Verringerung des Investitionsrisikos teils Investitionsvereinbarungen mit lokalen Verwaltungsausschüssen der jeweiligen Wirtschaftszone geschlossen. Die rechtliche Bindungswirkung solcher Vereinbarungen und insbesondere mancher darin gewährter Steuervergünstigung ist allerdings unsicher.

Häufig ist die Standortwahl eingebettet in eine weiterreichende Asien-Strategie des Unternehmens. Dabei müssen oft alternative Geschäftsmodelle und andere Standorte (z. B. Singapur, Hong Kong) wirtschaftlich und auch rechtlich miteinander verglichen werden. Die drei Hauptregionen für ausländische Investitionen an der Ostküste Chinas sind das Yangtze-Delta (mit Shanghai und der Provinz Jiangsu), sowie das Perfluss-Delta mit Guangzhou (Kanton) im Süden, sowie die Hauptstadtregion Peking (mit der Hafenstadt Tianjin) im Norden. Auch in „der Provinz“ entwickeln sich einige Regionen, z. B. Chongqing und Chengdu im Westen oder Shenyang im Nordosten als attraktive Standorte für ausländische Investitionen. Steht die Wirtschaftsregion fest, fällt danach die Entscheidung für eine Stadt und danach ist auch eine Entscheidung für ein konkretes Stadtviertel bzw. konkrete Investitionszone erforderlich. Hinsichtlich der Standortbedingungen und auch in Bezug auf die rechtliche Zulässigkeit hängt viel von dieser untersten Ebene ab. Ohne die Entscheidung für ein konkretes Stadtviertel bzw. eine konkrete Wirtschaftszone kann die Unternehmensgründung nicht beginnen.

Kriterien für die Standortwahl

Bei der Auswahl des Standortes müssen eine Vielzahl von Kriterien berücksichtigt werden. An erster Stelle stehen die Anforderungen des geplanten Geschäftsmodells, die Kundennähe und Lieferantennähe, und oft auch Mietkosten bzw. Kosten für Landnutzungsrechte, die Lohnkosten und verfügbares Personal mit den entsprechenden Qualifikationen, die allgemeine Versorgungslage, Infrastruktur und logistische Aspekte. Hinzu kommen die langfristigen Entwicklungsmöglichkeiten an dem geplanten Standort. Ist beispielsweise neben dem Handel mittelfristig auch die Produktion geplant, so müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen auch hierfür gegeben sein. Eine Standortverlagerung, bereits nur in einen anderen Stadtbezirk, geht teils nur mit erheblichen Problemen mit den lokalen Steuerbehörden einher. Weitere wichtige Kriterien können die Nähe zu dem Sitz eines Joint-Venture Partners, die Versorgungslage sowohl für chinesische als auch ausländische Mitarbeiter (z. B. Verkehrsanbindung, Vorhandensein von Schulen), sowie Umweltrisiken und -belastungen sein.

Speziell ausgewiesene Wirtschaftszonen

In China existieren zahlreiche spezielle Investitionszonen mit eigenen Verwaltungsausschüssen, in denen ausländische Unternehmen besondere Rahmenbedingungen vorfinden. Dabei ist das Wirrwarr der verschiedenen Zonen nicht leicht zu durchschauen. Zu den Zonen zählen ca.

- 200 wirtschaftliche und technische Entwicklungszonen (Economic and Technological Development Zones),
- 53 High-Tech-Industrieentwicklungszonen (High Technology Industrial Development Zones),
- 15 Border and Economic Cooperation Zones,
- 59 Exportbearbeitungszonen (Export Processing Zones),
- 15 Freihandelszonen (Free Trade Zones),
- Zahlreiche Zonen auf lokaler Ebene.

Bei den Exportbearbeitungszonen und bei den Freihandelszonen bestehen spezielle Anreize aufgrund zollrechtlicher Spezialregelungen. So kann insbesondere in den Freihandelszonen ein Zollfreilager (Bonded Warehouse) betrieben werden. Die derzeit wohl bekannteste Freihandelszone ist die China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone in Shanghai, über die in der

vorangegangenen Ausgabe des Newsletters (4. Quartal 2013, S. 19-21) ausführlich berichtet wurde.

Investitionsvereinbarungen

Insbesondere im Hinblick auf behördliche Genehmigungen, Infrastruktur sowie im Hinblick auf finanzielle Zuschüsse, die an die steuerliche Belastung anknüpfen, können Unternehmen die Unterstützung des entsprechenden Verwaltungsausschusses einer Wirtschaftszone erreichen. Diese Unterstützungsversprechen der Wirtschaftszone und das Investitionsvolumen des ausländischen Unternehmens werden zwischen der Wirtschaftszone und dem Investor im Vorfeld der Investition im Rahmen einer sogenannten Investitionsvereinbarung festgehalten. Dabei besteht häufig zuvor die Voraussetzung einer Investition in einer gewissen Höhe, einer gewissen Dauer und teilweise auch in einer bestimmten „Investitionsdichte“ zur effizienten Landnutzung, die das Unternehmen einhalten muss.

Vertragspartner

Vertragspartner auf Seite der Wirtschaftszonen ist dabei in der Regel der Verwaltungsausschuss der jeweiligen Zone. Der Verwaltungsausschuss ist keine typische Regierungsbehörde. Er ist als Organisation zu verstehen, welche zur Ausübung sozialer und wirtschaftlicher Verwaltungsbefugnisse innerhalb einer Zone ermächtigt wurde. Fraglich ist in diesem Zusammenhang eine vom Verwaltungsausschuss übernommene rechtliche Haftung für die vereinbarten Zusagen. Denn die nicht eindeutige administrative Identität des Wirtschaftsausschusses stellt die Fähigkeit, für bestimmte wirtschaftliche Zusagen eigenständig zu haften, in Frage.

Rechtsnatur und Verbindlichkeit

Bei den Investitionsvereinbarungen zwischen der Zone und dem investierenden Unternehmen handelt es sich um individuelle Vereinbarungen, die abhängig von den geplanten Investitionen und der Bereitschaft der Zone bzw. der jeweiligen Behörde zu bestimmten Zusagen gestaltet werden. Mangels nationaler gesetzlicher Bestimmungen besteht keine Rechtssicherheit, dass die Behörden die zugesagten Vergünstigungen auch einhalten. Es besteht die Gefahr, dass die Vereinbarung insgesamt nur als eine Art „Gentlemen's Agreement“ verstanden wird. Grund zum Abschluss der Vereinbarung ist das Interesse der Zone, das ausländische Unternehmen als Investor zu gewinnen. Können die Zusagen beispielsweise aufgrund veränderter, schlechter wirtschaftlicher Lage der Zone nicht eingehalten werden, ist der Investor dem Risiko ausgesetzt, dass die versprochenen Vergünstigungen nicht oder nur schleppend gewährt werden.

Unterstützung bei behördlichen Genehmigungen

Häufig ist der Gegenstand von Investitionsvereinbarungen auch die Unterstützung des Verwaltungsausschusses bei der Beantragung fachbehördlicher Genehmigungen oder anderer Anträge. Dies liegt daran, dass dem Verwaltungsausschuss häufig eine Art Koordinationsfunktion zukommt und er in engem Kontakt und Austausch mit den Fachbehörden steht. Rechtlich verbindliche Zusagen können in der Regel jedoch nicht gemacht werden. Das Unternehmen sollte darauf achten, sein Anliegen so genau wie möglich im Vorfeld zu beschreiben, damit keine voreiligen Unterstützungszusagen des Verwaltungsausschusses erfolgen, obwohl das Vorhaben vielleicht zumindest teilweise rechtlich nicht umsetzbar ist. Die folgende Aufzählung enthält Beispiele für Unterstützungszusagen:

- Unterstützung, die Gesellschaftsgründung zügig innerhalb eines bestimmten Zeitraumes zu bearbeiten.
- Keine Veränderung bzgl. der Bauplanung und der Landnutzungsrechte, welche sich nachteilig auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens auswirken könnte. Auf Nachbargrundstücken soll keine Landnutzung erlaubt werden, welche die Geschäftstätigkeit des Unternehmens negativ beeinflussen könnte.
- Umweltschutzrechtliche Genehmigungen, beispielsweise in der Form, dass keine Notwendigkeit besteht einen Bericht über umweltschutzrechtliche Auswirkungen einzuholen.
- Unterstützung bei dem Antrag auf Einstufung als Unternehmen der Hochtechnologie, um einen vergünstigten Körperschaftsteuersatz von 15 % zu erhalten.
- Antrag auf Zugehörigkeit zu einer zu fördernden Industrie, oder auch eines zu fördernden Projekts, damit Importzölle auf importierte Maschinen entfallen.
- Finanzielle/Steuerzusagen (siehe sogleich nachfolgend).

Zusage von Steuervorteilen

Die Zuschussgewährung durch die lokale Zone, die an die Steuerbelastung des investierenden Unternehmens geknüpft wird, erfolgt in der Regel in der Weise, dass die Kommune als Betreiber der Zone den Anteil oder einen Prozentsatz ihres Anteils des ihr zustehenden Steueraufkommens an den Investor zurückerstattet. Der Anteil der Kommune kann am Beispiel der regierungsunmittelbaren Stadt Shanghai wie folgt dargestellt werden:

Steuer	Staat	Provinz (bzw. hier regierungsunmittelbare Stadt Shanghai)	Stadt (bzw. Stadtbezirk bei regierungsunmittelbaren Städten wie Shanghai)
Enterprise Income Tax	60%	20%	20%
Value Added Tax	75%	8,75%	16,25%
Business Tax	0%	35%	65%
Individual Income Tax	60%	18%	22%

Das Verfahren sieht so aus, dass der Investor zunächst die Steuer an die Steuerbehörde abführt und die Kommune ihren Anteil an den Investor über das sog. „Financial Bureau“ zurückerstattet. Bei dieser Rückerstattung der gesetzlich vorgeschriebenen Steuern handelt es sich streng genommen um eine verdeckte Steuervergünstigung. Denn nach der Steuerreform im Jahr 2007 gilt seit Januar 2008 der einheitliche Steuersatz von 25 % grundsätzlich auch in den zahlreichen Zonen. Durch die Abschaffung der Steuervergünstigungen im Rahmen der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Unternehmenssteuerreform sollte eine stärkere steuerliche Gleichbehandlung inländisch und ausländisch investierter Unternehmen hergestellt werden. Die Zonen, die um ausländisches Geld konkurrieren, offerieren jedoch weiterhin finanzielle Anreize, die aus dem örtlichen Steueraufkommen finanziert werden sollen. Derartige Zusagen sind allerdings fragwürdig. Es ist anzumerken, dass die Rechtsgrundlage für die beschriebenen Steuervergünstigungen nicht das chinesische Steuergesetz, sondern die einseitige Bereitschaft der Lokalregierung darstellt, Subventionen aus ihrem Anteil an den Steuereinnahmen zu gewähren. Es besteht das Risiko, dass gewährte Vergünstigungen im Zweifel zu einem späteren Zeitpunkt bei geänderter Kassen- oder Interessenlage vergleichsweise schnell wieder entzogen werden könnten.

Mietverträge und Zusage zum Erwerb von Landnutzungsrechten

Sofern Vermieter oder Verpächter die lokale Regierung ist (oder eine von ihr beherrschte Gesellschaft), können in die Investitionsvereinbarung Zusagen bzgl. der Verpflichtung zum Bau der Gebäude entsprechend den Bedingungen des Mieters oder Pächters gemacht werden; sowie Zusagen zur vorübergehenden, kostenlosen Nutzung von Flächen und Bürogebäuden vor Fertigstellung der Gebäude.

Vergünstigungen bei dem Erwerb von Landnutzungsrechten werden zum Teil in Form lokaler Subventionen in Form von Rückerstattungen gewährt. Zusagen bzgl. des Erwerbs von Landnutzungsrechten sollten einer genauen Prüfung unterzogen werden. Die Einräumung von Landnutzungsrechten erfolgt nach einem vorgeschriebenen Verfahren. Die Landnutzungs-

rechte werden ausgeschrieben, eine Liste für den Erwerb der Landnutzungsrechte erstellt und im Anschluss werden die Landnutzungsrechte in einem Bieterverfahren erworben. Zusagen der Zone, die von dem vorgeschriebenen Verfahren abweichen und eine Nichteinhaltung bzgl. der Ausschreibung, Auktion und Aufnahme in die Liste zur Folge haben, sind daher unwirksam.

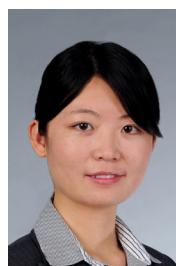
Besondere Aufmerksamkeit gebührt in diesem Zusammenhang den aktuellen Änderungen in Shanghai hinsichtlich der Verkürzung der Nutzungsdauer neuer Landnutzungsrechte von 50 auf 20 Jahre und hinsichtlich deren Übertragung mit Inkrafttreten zum 1. April 2014. Weitere Zentren wie Beijing und Shenzhen planen derzeit ähnliche Regelungen. Diese Änderungen werden maßgeblichen Einfluss auf Investitionsentscheidungen haben.

Infrastrukturzusagen

Vereinbart wird häufig auch, dass dem Unternehmen die notwendige Infrastruktur zur Verfügung gestellt wird in Form von Anbindung an elektrische Energie, Anbindung an ein Umspannwerk, Anbindung an Gaslieferung, Wasserzufuhr, Regen- und Abwasserabfluss sowie Anbindung an Telekommunikation.



Nina Rorarius
Luther Law Offices
Shanghai
Telefon +86 21 5010 6596
nina.rorarius@cn.luther-lawfirm.com



Ren Xueli, LL.M. (Nanjing/Göttingen)
Luther Law Offices
Shanghai
Telefon +86 21 5010 7537
renxueli@cn.luther-lawfirm.com



Tim Wöffen
Luther Law Offices
Shanghai
Telefon +86 21 5010 7508
tim.woeffen@cn.luther-lawfirm.com

Neue Entwicklungen beim Markenschutz in China: Änderungen des chinesischen Markengesetzes

Zum 1. Mai 2014 tritt eine Novellierung des chinesischen Markengesetzes in Kraft, mit der Rechtsverletzungen stärker bekämpft werden sollen. Es gibt zudem Erleichterungen bei der Markenmeldung und Behandlung von markenbezogenen Streitigkeiten. Nachdem sich die letzte Novellierung vor über zehn Jahren vor allem an den internationalen Standards im Rahmen der WTO-Abkommen richtete, sind bei dieser neuen Novellierung deutlich mehr Besonderheiten der Volksrepublik, die inzwischen die weltweit zweitgrößte Wirtschaft geworden ist, berücksichtigt worden. Ausländische Unternehmer dürfen sich auf einen verbesserten Markenschutz freuen, müssen aber umso mehr dafür Sorge tragen, ihre Marken auch in China so früh wie möglich durch eine Markenregistrierung schützen zu lassen.

Markenmeldung wird vereinfacht und das Verfahren transparenter

Zum ersten Mal darf ein Antragsteller mit einem einzelnen Antrag eine Marke auf mehrere Waren- bzw. Dienstleistungsklassen eintragen lassen, und muss nicht mehr, wie bisher, für jede einzelne Marke und Klasse einen separaten Antrag einreichen. Auch hinsichtlich der Bearbeitungsdauer werden verschiedene gesetzliche Fristen eingeführt. Der Antragsteller kann somit

zum Beispiel erwarten, dass das chinesische Markenamt nach maximal neun Monaten ab Eingang des Antrags entscheiden wird. Im Laufe der maximal neunmonatigen Bearbeitungsdauer kann das Markenamt vom Antragsteller weitere Erläuterungen oder Korrekturen am Gegenstand seines Antrags verlangen. Kommt der Antragsteller dieser Anforderung nicht nach, so wird die Bearbeitung jedoch nicht allein aus diesem Grund eingestellt. Zur Erinnerung: das chinesische Markenamt war in den vergangenen Jahren für eine wesentlich längere Bearbeitungsdauer bekannt. In der Regel musste ein Antragsteller mit einer Bearbeitungszeit von 12-18 Monaten rechnen, bevor er eine Markenlizenz oder einen Ablehnungsbescheid erhielt.

Die Vereinfachung des Anmeldeverfahrens betrifft u.a. auch die verschiedenen Widerspruchsverfahren. Mit der Erstveröffentlichung einer Markenmeldung steht bereits durch Prüfung des Markenamtes fest, dass kein absolutes Schutzhindernis vorliegt. Hiergegen kann ein Dritter Widerspruch einlegen, worauf das Markenamt innerhalb von 12 Monaten nach Ablauf der dreimonatigen Veröffentlichungsperiode über die Freigabe der Markeneintragung zu entscheiden hat. Durch die vorgeschriebene Bearbeitungszeit wird das Widerspruchsverfahren beschleunigt. Zudem gibt es in Bezug auf die Widerspruchsbefugnis diverse neue Beschränkungen. Ein Highlight ist das neu eingeführte Erfordernis eines Widerspruchgrundes nebst Beweisen. Bisher konnte ein Dritter Widerspruch beliebig einlegen und im Falle der Abweisung ein Revisionsverfahren beim Markenrevisionsausschuss einleiten, was meist ein mehr als einjähriges Verfahren zur Folge hatte und wiederum weitere Gerichtsverfahren nach sich ziehen konnte. Die Verhinderung einer Markeneintragung (z. B. durch Wettbewerber) ohne substantiellen Grund wird in Zukunft also nicht mehr möglich sein. Mit Einführung des neuen Markengesetzes sind Antragsteller damit vor einer missbräuchlichen Erhebung von Widersprüchen besser geschützt.

Verstärkte Maßnahmen zum Markenschutz und zur Bekämpfung von Markenverletzungen

Das neue Markengesetz erweitert auch den Umfang von Handlungen, die eine Markenverletzung darstellen. Auch wer zu einer unbefugten Markennutzung beiträgt oder hierzu Hilfe leistet, kann nun aufgrund einer Markenverletzung belangt werden. Die zuständige Aufsichtsbehörde, das Industrie- und Handelsamt (inzwischen wird es auf örtlichen Ebenen teilweise in „Amt für die Aufsicht der Marktordnung“ umbenannt), hat auf Grundlage des neuen Markengesetzes erweiterte Befugnisse, um wiederholte Verstöße stärker zu ahnden.

Das neue Markengesetz verbessert zudem die Verteidigungsmöglichkeiten des Markeninhabers gegen die unautorisierte Nutzung der Marke. In der Vergangenheit kosteten Streitigkeiten im Markenrecht vor allem Zeit und Geld, während auch bei einem Obsiegen meist nur unverhältnismäßig geringer Schadensersatz zugesprochen wurde. Die Schwierigkeit lag darin, den aus dem Vertrieb von Waren/Dienstleistungen unter Verletzung einer Fremddmarke erwirtschafteten Umsatz festzustellen. Das neue Markengesetz räumt den Gerichten nun mehr Spielraum ein. Sofern die Schadenshöhe trotz der Ergreifung aller zur Verfügung stehenden Maßnahmen nicht festgestellt werden kann, darf das Gericht je nach Sachverhalt auf einen Schadensersatz von bis zu 3 Millionen RMB (ca. 350.000 Euro) entscheiden. Diese Summe entspricht dem Fünffachen des vorher möglichen Betrages. Auch bei der Beweislast des Markeninhabers führt das neue Markengesetz Erleichterungen ein: Weigert sich die verletzende Partei, dem Gericht ihre Finanzbücher und sonstige Materialien im Zusammenhang mit ihrer Markenverletzung als Beweise vorzulegen, so kann das Gericht allein auf Grundlage der vom Markeninhaber beanspruchten Summe und der von ihm vorgelegten Beweismaterialien über die Summe des Schadensersatzes entscheiden.

Ein Händler, der Waren rechtmäßig erworben hat und diese gutgläubig vertreibt, d.h. ohne die Markenverletzung zu kennen, kann von Schadensersatzzahlungen befreit werden, muss aber den Vertrieb einstellen.

Verbesserter Schutz der „weitbekannten Marke“

Nachdem die offizielle Bezeichnung bzw. Auszeichnung als „weitbekannte Marke“ in der Vergangenheit oft missbräuchlich für Werbezwecke genutzt wurde, hat der Gesetzgeber die Anerkennung und Benutzung einer Marke als „weitbekannte Marke“ eingeschränkt und den Schutz für „echte“ „weitbekannte Marken“ verbessert.

Bereits vor der Markengesetzreform stand eine „weitbekannte Marke“ unter besonderem Schutz. Beispielsweise war die Eintragung und Benutzung einer Marke für bestimmte Waren/Dienstleistungen nicht zulässig, sofern es sich bei der Marke um eine Kopie, Nachahmung oder Übersetzung einer noch nicht in China für die gleichen oder ähnlichen Waren/Dienstleistungen eingetragenen, weitbekannten Marke handelt und wenn dadurch eine Verwechslungsgefahr entsteht. Inhaber „weitbekannter Marken“ konnten zudem gegen Fremddmarken vorgehen, wenn die Benutzung die Verbraucher irreführt oder eine unlautere Geschäftshandlung darstellt.

Das neue Markengesetz hat klargestellt, welche Behörden und Gerichte dazu befugt sind, einer Marke den Status „weitbekannte Marke“ im Sinne des Markengesetzes zuzubilligen. Hat eine Marke diesen Status, so darf dieser nur zum Zweck der Durchsetzung des eigenen Markenschutzes dienen und darf nicht mehr als eine Auszeichnung benutzt werden, um für die Waren/Dienstleistungen zu werben. In der chinesischen Verwaltungs- und Gerichtspraxis und insbesondere nach dem Inkrafttreten des neuen Markengesetzes, ist ein Antrag auf Anerkennung als „weitbekannte Marke“ jedoch an hohe Auflagen gebunden. Maßgebend für die Anerkennung einer Marke als „weitbekannte Marke“ sind der Beweis des Bekanntheitsgrades bei Verbrauchern, die Benutzungsdauer, der Werbungsaufwand sowie Nachweise über den von Behörden oder Gerichten in der Vergangenheit gewährten Schutz als „weitbekannte Marke“.

Verstärkung der Schutzmaßnahmen für nicht eingetragene Marken

Häufig wird eine ausländische Marke, die noch nicht in China registriert ist, durch „Markenmakler“ in China registriert, um die Markenrechte später an den ausländischen Markeninhaber verkaufen zu können. Diese, von ausländischen Unternehmen stark kritisierte, Geschäftspraxis hat den Gesetzgeber nun zur Einführung einiger neuer Schutzmaßnahmen veranlasst, die auf dem Grundsatz von Treu und Glauben basieren. Danach ist es Markenmaklern und Markenagenturen ausdrücklich untersagt, Marken für andere Waren/Dienstleistungen als für ihre eigenen Waren oder Leistungen anzumelden, um durch einen späteren Verkauf Profit zu schlagen.

Wer eine Marke für bestimmte Waren/Dienstleistungen benutzt, bevor eine andere Person einen Antrag auf die Registrierung dieser Marke für die gleichen oder ähnliche Waren/Dienstleistungen einreicht, darf die Marke weiter benutzen, soweit die Marke bereits durch ihre frühere Benutzung nachweislich eine gewisse Einflusskraft erlangt hatte und sich die weitere Benutzung auf den bestehenden Umfang beschränkt. Derjenige, der nach erfolgreicher Eintragung der Marke der Markeninhaber wird, darf jedoch zur Unterscheidung vom früheren Benutzer eine geeignete Kennzeichnung an dessen Waren/Dienstleistungen verlangen.

Weiter bestehende Herausforderungen für ausländische Unternehmer

Noch immer fühlen sich ausländische Markeninhaber angesichts der vielen Markenrechtsverletzungen in China oft macht-

los. Das neue Markengesetz kann nicht alle Missstände beheben und bezweckt in erster Linie einen aktiven Markenschutz. Wer seine Marke schützen lassen möchte, muss diese auch frühzeitig anmelden, um die Exklusivität an der Markennutzung im chinesischen Territorium zu sichern. In dem Sinne entsprechen die chinesischen Gesetze den internationalen Standards in vielen Ländern, die ebenfalls maßgeblich auf den Zeitpunkt der Anmeldung abstellen. Das neue Markengesetz bringt zwar auch für nicht registrierte Marken besseren Schutz, wenn die bestehende, „alte“ Marke durch ihre Benutzung in China bereits einen gewissen Bekanntheitsgrad erlangt hat. Im Grundsatz gilt aber für alle Marktaktivitäten in China, frühzeitig eine umfassende Markenstrategie vorzubereiten.



LIAO Yuhui, LL.M. (Zhongshan)

Partner (China)

Luther Law Offices

Shanghai

Telefon +86 21 5010 6597

liaoyuhui@cn.luther-lawfirm.com

Haftung des Managers einer chinesischen Gesellschaft

Bei der Gründung einer Gesellschaft in China - sei es in Form einer WFOE oder in Form eines Joint Ventures - spielt insbesondere die Besetzung der verschiedenen Ämter innerhalb der Gesellschaft eine wesentliche Rolle. Neben dem gesetzlichen Vertreter und den Direktoren ist auch das Amt des General Managers zu besetzen, der sich um das tägliche Geschäft der chinesischen Gesellschaft kümmert. Ausländische Investoren, die in einer chinesischen Gesellschaft die Position eines Managers oder eine andere leitende Position übernehmen, sehen sich oft mit der Frage konfrontiert, was für (persönliche) Haftungsrisiken es gibt und wie man diesen vorbeugen bzw. diese zumindest kontrollieren kann. Oft wird das Amt des General Managers auch durch eine lokale Person besetzt, da dies vielfach die Kommunikation mit den lokalen Geschäftspartnern sowie den lokalen Behörden vereinfacht. Nicht selten kommt es in der Praxis vor, dass dem General Manager vom ausländischen Mutterhaus weitestgehend freie Hand gelassen wird. Was aber, wenn sich herausstellt, dass der General Manager nicht im Interesse der chinesischen Gesellschaft gehandelt hat?

Überblick über die Managementstruktur innerhalb der chinesischen Gesellschaft

Die von ausländischen Investoren in China wohl am häufigsten gewählte Gesellschaftsform ist die „*Limited Liability Company*“ oder auch „LLC“ genannt, welche als Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit der deutschen GmbH vergleichbar ist. Eine nach chinesischem Recht gegründete LLC besitzt die folgenden Organe:

- das Shareholders' Meeting,
- den Legal Representative,
- das Board of Directors oder den Exekutive Director mit gleicher Funktion,
- den Supervisor als Überwachungsorgan, und
- den General Manager, der sich um das Tagesgeschäft kümmert.

Das *Board of Directors*, bestehend aus mindestens drei und maximal dreizehn Direktoren, ist das Leitungsorgan der Gesellschaft. Soll nur ein Direktor fungieren, kann anstelle des Kollegialgremiums auch ein *Executive Director* bestellt werden. Bei einem *Joint Venture* ist das *Board of Directors* das höchste Entscheidungsorgan. Das *Board of Directors* bestimmt den *General Manager* und ggf. weitere Führungskräfte. Der *General Manager* ist für das Tagesgeschäft der Gesellschaft verantwortlich. Er berichtet an das *Board of Directors* und führt dessen Beschlüsse aus. Der *Supervisor* überwacht das *Board of Directors* und den *General Manager* hinsichtlich der Einhaltung der Gesetze und der ordentlichen Führung der finanziellen Angelegenheiten.

Eine LLC hat zudem einen *Legal Representative* als gesetzlichen Vertreter. Der gesetzliche Vertreter ist kraft seines Amtes befugt, die Gesellschaft nach außen zu vertreten. Der Vorsitzende des *Board of Directors* bzw. der *Executive Director* sowie der *General Manager* können mit der Funktion des gesetzlichen Vertreters ausgestattet sein, nicht aber der *Supervisor*. Der gesetzliche Vertreter ist in der *Business License* der Gesellschaft und im Unternehmensregister verzeichnet.

Neben den gesetzlichen Organen hat eine LLC in der Regel noch weitere Führungskräfte, die für unterschiedliche Geschäftsbereiche wie u.a. die Finanzen, das Personal, den Vertrieb oder den Einkauf der Gesellschaft zuständig sind.

Bei der Haftung des Managements ist zwischen Innen- und Außenverhältnis zu unterscheiden.

Haftung im Innenverhältnis

Die konkreten Pflichten der Mitglieder der Leitungsorgane und der Führungskräfte gegenüber der Gesellschaft ergeben sich im Wesentlichen aus dem chinesischen Gesellschaftsgesetz, der Satzung der Gesellschaft, der Geschäftsordnung sowie mitunter aus Beschlüssen und Weisungen der Gesellschafterversammlung oder des *Board of Directors*. Insbesondere unterliegen die Mitglieder der Leitungsorgane und die Führungskräfte im Innenverhältnis der Treue- und Sorgfaltspflicht. Nach der Treue- und Sorgfaltspflicht haben die Mitglieder der Leitungsorgane und die Führungskräfte Handlungen zu unterlassen, die nicht im Interesse der Gesellschaft liegen, wie die Nutzung der Gesellschaftsmittel für gesellschaftsfremde Zwecke oder die Einzahlung der Gesellschaftsmittel auf ein im eigenen Namen oder namens einer anderen Person eröffnetes Konto. Aus der Satzung und der Geschäftsordnung ergeben sich zudem zustimmungspflichtige Geschäfte, zu deren Durchführung es der vorherigen Zustimmung des *Shareholders' Meetings* oder des *Board of Directors* bedarf. Handeln die Mitglieder der Leitungsorgane und die Führungskräfte pflichtwidrig und entsteht der Gesellschaft hierdurch ein Schaden, sind die Mitglieder der Leitungsorgane und die Führungskräfte der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet.

Hat ein *General Manager* beispielsweise einen Liefervertrag mit dem Wissen abgeschlossen, dass die Gesellschaft den Vertrag von Anfang an nicht erfüllen kann, kann die Gesellschaft von ihm Ersatz eines der Gesellschaft durch den Abschluss des Vertrages entstandenen Schadens verlangen. Die Gesellschaft, vertreten durch den *Legal Representative*, kann in solch einem Fall zur Durchsetzung ihres Anspruchs auch Klage gegen den *General Manager* erheben. Sollte die Person des *General Managers* gleichzeitig das Amt des *Legal Representative* besetzen, können die Gesellschafter den *Supervisor* auffordern, für die Gesellschaft gegen den *General Manager* gerichtlich vorzugehen. Weigert sich der *Supervisor* oder unterlässt er eine Klageerhebung, können die Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft auch in eigenem Namen die Klage erheben („*actio pro socio*“).

Haftung im Außenverhältnis

In der Praxis stellt sich häufig die Frage, ob und in welchem Umfang die Mitglieder der Leitungsorgane und andere Führungskräfte gegenüber Dritten im Außenverhältnis haften. Zu

denken ist insbesondere an Ansprüche von Arbeitnehmern, Kunden und Lieferanten oder auch des Staates (z. B. auf Bezahlung von Steuern).

Die haftenden Personen

Wenn das Verhalten der Mitglieder der Leitungsorgane oder der Führungskräfte zur Erfüllung von Arbeitsaufgaben gehört, haftet grundsätzlich die Gesellschaft gegenüber Dritten. Nach den Vorschriften über die Innenhaftung kann die Gesellschaft dann die handelnde Person in Regress nehmen.

Unter bestimmten Voraussetzungen kann die verantwortliche Person aber auch persönlich in Anspruch genommen werden. Haftungsrechtliche Normen finden sich insbesondere im chinesischen Strafgesetzbuch, in den arbeitsrechtlichen Gesetzen sowie in verwaltungsrechtlichen Verordnungen. Die Bestimmungen sehen in der Regel vor, dass die Personen, die für einen straf- oder verwaltungsrechtlichen Regelverstoß „unmittelbar verantwortlich“ sind, die daraus resultierenden Haftungsfolgen zu tragen haben. Unmittelbar verantwortlich ist eine Person dann, wenn sie für einen bestimmten Bereich zuständig ist und die ihr obliegenden Aufgaben nicht ordnungsgemäß erfüllt oder eine erforderliche Handlung nicht vorgenommen hat. Diese persönliche Haftung ist dabei nicht an ein bestimmtes Amt oder an eine arbeitsvertragliche Position im Unternehmen gebunden, sondern greift vielmehr für alle Mitglieder der Leitungsorgane und Führungskräfte, wenn sie ihre Pflichten verletzen.

Grundsätzlich wird für die persönliche Haftung eines Mitglieds des Leitungsorgans oder einer Führungskraft damit zunächst auf die im Gesetz oder die in der Satzung vorgesehenen Befugnisse und Aufgaben abgestellt. Wenn allerdings der danach Verantwortliche nachweisen kann, dass nach der internen Zuständigkeitsordnung eine andere Person für die fehlerhafte Handlung verantwortlich ist und auch keine billigende Kenntnis oder gar pflichtwidrige Anweisung des zunächst in Anspruch genommenen vorliegt, haftet die direkt verantwortliche Person. Eine Ausnahme gilt hierbei für den *Legal Representative*, der aufgrund seiner gesetzlichen Vertretungsfunktion und der daraus folgenden Verantwortung teilweise unmittelbar als persönlich haftende Person herangezogen wird, unabhängig davon, ob er tatsächlich für die Pflichtverletzung verantwortlich ist.

Eine persönliche Haftung im Außenverhältnis hängt demzufolge davon ab, ob die in Anspruch genommene Person nach Gesetz, der Satzung oder der Geschäftsordnung für einen bestimmten Bereich zuständig ist und für diesen Bereich die Verantwortung auch tatsächlich in dem konkreten Fall übernommen hat. Insoweit besteht auch kein Unterschied zwischen einem *General Manager* und einem *Legal Representative*.

Anspruchsinhaber

Anspruchsinhaber können Dritte sein, mit denen die Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen steht und denen gegenüber die Mitglieder der Leitungsorgane sowie die Führungskräfte im Namen der Gesellschaft oder auch im eigenen Namen aufgetreten sind. Wird über das Vermögen der chinesischen Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, können der *Legal Representative* und andere direkt verantwortliche Personen gemäß Art. 128 i.V.m. Art. 31, 32, 33 des Insolvenzgesetzes der VR China nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegenüber den Gläubigern schadensersatzpflichtig werden, wenn sie bestimmte Handlungen vornehmen, wie u.a. die unentgeltliche Übertragungen von Vermögensgegenständen, die Gewährung von Vermögenssicherheiten ohne eine angemessene Gegenleistung oder den Verzicht auf Forderungen.

Darüber hinaus kann der *Legal Representative* auch gegenüber chinesischen Behörden persönlich haftbar sein, wenn die Gesellschaft den verwaltungsrechtlichen Vorgaben nicht ordnungsgemäß nachkommt. Art. 49 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China („AGZ“) sieht insofern vor, dass neben der Haftung der Gesellschaft auch eine Verwaltungsmaßnahme wie die Zahlung eines Bußgeldes gegenüber dem *Legal Representative* verhängt werden kann, wenn die Gesellschaft beispielsweise Informationen gegenüber Register- oder Steuerbehörden verheimlicht oder falsch darstellt, oder eintragungspflichtige Tatsachen nicht bekannt gemacht hat. Aufgrund der zivilrechtlichen Eigenschaft des Art. 49 AGZ können Verwaltungsmaßnahmen für solche Handlungen allerdings nur dann ergriffen werden, wenn sich aus den entsprechenden verwaltungsrechtlichen Gesetzen auch eine persönliche Haftung des *Legal Representative* ergibt. Haftungsgrundlage ist daher nicht direkt Art. 49 AGZ, sondern die entsprechende verwaltungsrechtliche Vorschrift. Neben der Zahlung eines Bußgeldes kann dem *Legal Representative* seit der Einführung des chinesischen Ein- und Ausreisegesetzes für Ausländer im Jahr 2012 auch die Ausreise verweigert werden, wenn die Gesellschaft noch Steuern abzuführen oder Gehalt an Arbeitnehmer zu zahlen hat. Begründet die Handlung oder Unterlassung eine Straftat, kann der *Legal Representative* auch strafrechtlich verfolgt werden. Die häufigsten Fälle beziehen sich auf Kapitalflucht, Steuerhinterziehung, Bestechung, Betrug, Umweltkriminalität und die Herstellung von gefälschten oder minderwertigen Produkten.

Viele verwaltungsrechtliche Vorschriften sehen zudem eine Haftung der innerhalb eines Unternehmens direkt verantwortlichen Personen vor. Dies betrifft u.a. die Produktqualität, Buchführung, Sozialversicherung, Produktionssicherheit und Brandbekämpfung. Nach Art. 42 ff. Buchführungsgesetz der VR China kann die im Unternehmen verantwortliche Person

beispielsweise mit einem Bußgeld von bis zum RMB 20.000 belegt werden, wenn die Gesellschaft keine Bücher führt oder Originalbelege nicht ordnungsgemäß verwaltet.

Vorbeugung und Vermeidung einer persönlichen Haftung

Es gibt eine Reihe von Maßnahmen, mit denen sich eine persönliche Haftung ausschließen oder aber zumindest minimieren lässt.

Handlung auf Weisung

Mitglieder der Leitungsorgane oder Führungskräfte, die nach Weisung der Gesellschafter oder des *Board of Directors* handeln, haften grundsätzlich nicht persönlich. Es empfiehlt sich daher, bei wichtigen Geschäftsangelegenheiten einen Beschluss des *Shareholders' Meetings* oder des *Board of Directors* einzuholen und in diesem Beschluss die jeweilige Weisung genau zu dokumentieren. Oft sehen die Satzung der Gesellschaft oder eine Geschäftsordnung ohnehin für wichtige Geschäftsangelegenheiten einen Katalog an zustimmungspflichtigen Geschäften vor, bei denen die Zustimmung durch einen Beschluss vorab einzuholen ist.

Vertraglich reduzierter Haftungsmaßstab / Billigung von Handlungen

Die Haftung der Mitglieder der Leitungsorgane und der Führungskräfte gegenüber der Gesellschaft kann vertraglich, wie beispielsweise im Anstellungsvertrag, in der Art begrenzt werden, dass nur für bestimmte Schäden oder nur bis zu einer gewissen Summe bzw. nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gehaftet wird. Ist der Haftungsmaßstab vertraglich nicht geregelt, beispielsweise weil es keinen Anstellungsvertrag gibt, kann eine Haftung dadurch ausgeschlossen werden, indem das *Shareholders' Meeting* durch Beschlussfassung die Handlungen der Mitglieder der Leitungsebene billigt und somit auf die Inanspruchnahme der betroffenen Personen verzichtet (sog. „Entlastung“).

D&O-Versicherung

Zudem kann vertraglich vereinbart werden, dass die Gesellschaft für ihre *Directors* und den *General Manager* eine *Directors-and-Officers-Police* („D&O“) abschließt. Zunehmend gewinnen die in den USA und Europa verbreiteten D&O-Versicherungen auch in China an Bedeutung. Ob ein solcher präventiver Schutz vor Haftungsgefahren im Einzelfall Sinn macht, kann nur anhand einer detaillierten Analyse entschieden werden: In jedem Fall sollten die chinesische Gesellschaft und die Mitglieder der Leitungsorgane sowie die Führungskräfte mit der Versicherung im Detail aushandeln, worauf ge-

nau sich der Rechtsschutz bezieht, wie hoch der bemessene Haftungsbetrag ist, ob der Versicherungsschutz auch bei grober Fahrlässigkeit besteht und welche konkreten Beschränkungen bestehen.

Klare interne Aufteilung der Geschäftsbereiche

Innerhalb der Gesellschaft sollten die Geschäftsbereiche durch eine Geschäftsordnung klar aufgeteilt und die jeweils Verantwortlichen bestimmt werden. Neben den Mitgliedern der Leitungsorgane können beispielsweise für die Bereiche Personal, Finanzen, Entwicklung und Forschung, Vertrieb, Marketing, Einkauf, Brandschutz sowie Produktqualität jeweils Führungskräfte bestimmt werden, die für das jeweilige Ressort verantwortlich sind. Hierdurch kann die Haftung bestimmter Personen wie des Legal Representative reduziert werden, indem eine Exkulpation leichter möglich ist. Neben der klaren Aufteilung der Geschäftsbereiche sollte sich das Management bei risikoreichen Geschäften mit den chinesischen Gesetzen vertraut machen und ggf. externe Berater wie Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Anwälte bei der Entscheidung einbeziehen, um eine mögliche strafrechtliche Haftung zu vermeiden. Zur Vermeidung der Überschreitung interner Befugnisse, kann neben der Geschäftsordnung zudem eine Stempelordnung erstellt werden (vgl. hierzu der Beitrag „Vertretungsrecht in China: die Bedeutung der Stempel“, FLN 4/20012)



Katja Neumüller

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 25039
katja.neumueller@luther-lawfirm.com



Dr. Yuan Shen, LL.M. (Köln)

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 25075
yuan.shen@luther-lawfirm.com

Compliance und Bestechung in China: Strafbarkeit und Richtwerte für Zuwendungen

Die politische Führung der chinesischen Zentralregierung unter Präsident Xi Jinping hat seinen Beamten Bescheidenheit verordnet und hat zugleich den Kampf gegen Korruption zu einer ihrer Prioritäten gemacht. Es gibt eine zunehmende Zahl strafrechtlicher Ermittlungen, so dass die Bedeutung der Compliance auch für ausländische Unternehmen in China stetig wächst.

Duale Strafbarkeit für natürliche Personen und die Unternehmenseinheit

Das chinesische Strafrecht kennt eine duale Strafbarkeit. Das bedeutet, dass nicht nur Menschen (natürliche Personen) strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, sondern auch Einheiten (chin. „Danweis“). „Einheiten“ werden allgemein als Gesellschaften, Unternehmen, Institutionen, staatliche Organe und Organisationen definiert. Wenn eine Straftat einer Einheit zugeordnet werden kann, erhält die Einheit eine Geldstrafe und zusätzlich werden auch die Personen strafrechtlich verfolgt, die eine unmittelbare Verantwortung innerhalb der Organisation trifft.

Das chinesische Strafgesetz enthält sowohl die klassischen Bestechungstatbestände für Amtsträger, als auch spezielle Vorschriften für staatseigene Unternehmen sowie hinsichtlich der Bestechlichkeit im Geschäftsverkehr. Dabei ist zu beachten, dass oft auch Mitarbeiter staatseigener Unternehmen als Amtsträger zu behandeln sind.

Im Jahr 2009 wurde durch die Einführung von Artikel 388a des chinesischen Strafgesetzes der Personenkreis noch einmal ausgedehnt auf nahe Verwandte von Beamten und auf pensionierte Beamte, die ihren Einfluss nutzen, um ungerechtfertigte Vorteile für einen anderen zu sichern. Um keine Strafbarkeitslücke zu lassen, gilt Artikel 392 des chinesischen Strafgesetzes zudem für diejenigen, die als Vermittler und Vertreter gehandelt haben, um Geber und Empfänger zusammenbringen.

Richtwerte bei Zuwendungen

Hinsichtlich der in China maßgeblichen Richtwerte für Zuwendungen ist zwischen (a) Zuwendungen an Personen im öffentlichen Dienst und (b) Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr zu unterscheiden.

Zuwendungen an Personen im öffentlichen Dienst

In Bezug auf Personen im öffentlichen Dienst existiert eine Gemeinsame Mitteilung der Generaldirektionen des Zentralkomitees der kommunistischen Partei Chinas und des Staatsrates. Diese wurde 1996 erlassen, ist aber nach wie vor gültig. Gemäß deren Artikel 3 muss ein Beamter den Empfang eines Geschenkes mit einem Wert von RMB 100 und mehr (entspricht bei derzeitigem Wechselkurs ca. EUR 12) seinem Vorgesetzten melden. Bei einem Einzelgeschenk mit einem Wert ab einschließlich RMB 200 (entspricht bei derzeitigem Wechselkurs ca. EUR 24) muss das Geschenk abgegeben werden. Bei mehreren Geschenken, deren Wert jeweils unter RMB 200 beträgt, liegt die Jahreshöchstgrenze hinsichtlich der Annahme von mehreren Geschenken bei insgesamt RMB 600 (entspricht bei derzeitigem Wechselkurs ca. EUR 72).

Strafrechtliche Sanktionen für den Bestechenden erfolgen bei der Bestechung von Beamten in der Regel erst ab einem Betrag von RMB 10.000 (entspricht ca. EUR 1.210) oder bei Vorliegen schwerwiegender Umstände. Die Definition des Merkmals der schwerwiegenden Umstände belässt den Strafverfolgungsbehörden jedoch einen großen Einschätzungsspielraum bei der Frage, ob solche vorliegen. Deshalb muss auch hier mit einer Strafverfolgung bei geringeren Beträgen gerechnet werden.

Mit Wirkung zum 1. Januar 2013 hat der oberste Gerichtshof der Volksrepublik China gemeinsam mit der obersten Staatsanwaltschaft neue Interpretationen zu verschiedenen Fragen hinsichtlich der Handhabung von Bestechungsfällen erlassen. Darin werden insbesondere zwei Begriffe aus dem Bereich der Strafzumessung näher konkretisiert, nämlich die „schwerwiegenden Umstände“ und die „besonders schwerwiegenden Umstände“. Schwerwiegende Umstände (5 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe) lägen in der Regel ab RMB 200.000 (entspricht bei derzeitigem Wechselkurs ca. EUR 23.400) vor, und besonders schwerwiegende Umstände (10 Jahre oder lebenslänglich) ab RMB 1.000.000 (entspricht bei derzeitigem Wechselkurs ca. EUR 117.000).

Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr

Bei Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr gibt es keine klare Wertgrenze und keine explizite Ausnahme für geringwertige Zuwendungen. Der Wert einer Zuwendung wird nur als ein Faktor unter mehreren gesehen.

Bei strafrechtlicher Verfolgung der Bestechung im Geschäftsverkehr sollen bei der Abgrenzung zwischen straffreiem Geschenk und Bestechung gemäß einer gemeinsamen Interpretation des Obersten Volksgerichtes und der Obersten Staatsanwaltschaft aus dem Jahr 2008 neben dem Wert der Zuwendung als weitere Faktoren in einer Gesamtschau außerdem der Hintergrund der Zuwendung, insbesondere ob die Parteien Verwandte oder Freunde sind, die zugrundeliegende Kommunikation, Anlass, Zeit und die Art und Weise der Transaktion berücksichtigt werden.

Ist die Schwelle zur Strafbarkeit noch nicht überschritten, kann stattdessen aber ein Bußgeld verhängt werden. Bußgelder können bereits bei sehr geringen Bestechungsbeträgen erfolgen. Die einschlägige Bußgeldvorschrift im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist Artikel 22. Dessen Überschrift „Bestechung im geschäftlichen Verkehr“ ist irreführend, da die Vorschrift auch für Fälle gilt, in denen kein offensichtlicher Austausch von Gefälligkeiten erfolgt. Für Sanktionen der Aufsichtsbehörden kann es bereits ausreichen, wenn es Unregelmäßigkeiten in der Buchhaltung gibt, die den Eindruck erwecken, dass ohne buchhalterische Erfassung Rabatte gegeben wurden, die auf Kickback-Zahlungen hindeuten.

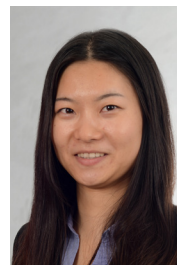
Einzelfälle: Essenseinladungen / Karaoke-Besuche

Spezielle Rechtsvorschriften in Bezug auf Essenseinladungen und Karaoke-Besuche gibt es nicht. Danach gelten auch bei Essenseinladungen die oben ausgeführten Regelungen und Richtwerte hinsichtlich der Zuwendungen. Für Karaoke-Besuche gibt es ebenfalls keine Sonderbestimmung, wonach Karaoke von den Regelungen ausgenommen wäre. Die oben beschriebenen Grenzwerte sind sehr gering. Dies hat zur Konsequenz, dass insbesondere in den Teilen Chinas, in denen das Preisniveau relativ hoch ist (Metropolen wie Beijing und Shanghai) kaum Einladungen zu Geschäftsessen möglich sind. Einige Unternehmen folgen deshalb einer Praxis, wonach die Wertgrenze für derartige Ausgaben über den oben beschriebenen Wertgrenzen liegt, wovon aus rechtlicher Sicht aber abzuzuziehen ist.

Weitere Konsequenzen

Die rechtlichen Konsequenzen von Bestechung erschöpfen sich jedoch nicht allein im Strafgesetz und Gesetz ge-

gen den unlauteren Wettbewerb. So kann nach chinesischem Vergaberecht der Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren für bis zu drei Jahre und der Widerruf der Gewerbeerlaubnis in schweren Fällen erfolgen. Hinzu kommen teils branchenspezifische Regelungen z. B. in der Pharmaindustrie und der Baubranche. Beamten drohen disziplinarrechtliche Konsequenzen, denn alle Zweige der Staatsverwaltung (Steuer- und Zollbehörden, Grundbuchamt, Polizei, Militär, Richter, etc.) verbieten in ihren Dienstvorschriften ausdrücklich die Annahme von Bestechungsgeldern. Die Mitarbeiter der Unternehmen treffen entsprechend arbeitsrechtliche und aufenthaltsrechtliche Sanktionen. Hinzu kommen für viele ausländische Unternehmen potentielle Konsequenzen nach dem US-amerikanischen Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), dem UK Bribery Act und nach deutschem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht.



Liu Yanxin

Luther Law Offices

Shanghai

Telefon +86 21 5010 6592

liuyanxin@cn.luther-lawfirm.com



Tim Wöffen

Luther Law Offices

Shanghai

Telefon +86 21 5010 7508

tim.woeffen@cn.luther-lawfirm.com

HONGKONG

Gesellschaftsrechtsnovelle in Hongkong: die „Companies Ordinance 2014“

Die Novelle des Gesellschaftsrechts in Hongkong, die sogenannte „Companies Ordinance“ ist nach einer langen Phase der Ausarbeitung und Beratung am 3. März 2014 in Kraft getreten. Hauptziele der Novelle sind eine Verbesserung der Corporate Governance, neue Regulierungsmodelle, Erleichterungen im Geschäftsablauf und eine Modernisierung des Gesellschaftsrechts insgesamt. Die Gesetzesänderung wird hierbei vom Companies Registry Hongkong umfassend begleitet. Von dieser Stelle erfolgt auch eine intensive Öffentlichkeitsarbeit zu den zahlreichen Änderungen und Neuerungen. Die wesentlichen, auch für ausländische Investoren relevanten Änderungen, sollen nachfolgend näher dargestellt werden.

Der *Legislative Council* Hongkongs hat am 12. Juli 2012, nach jahrelangen Diskussionsrunden und öffentlichen Anhörungsverfahren, eine umfassende Reform des Gesellschaftsrechts verabschiedet. Nach der erforderlichen Ausarbeitung der Umsetzungsrichtlinien ist das neue Gesetz nun am 3. März 2014 in Kraft getreten.

Die „*Companies Ordinance 2014 (Cap. 622)*“ besteht aus 21 Kapiteln, 921 *Sections*, 11 Anhängen sowie 12 Abschnitten mit untergesetzlichen Rechtsvorschriften. Mit dem Inkrafttreten wird die bislang geltende „*Companies Ordinance*“ grundsätzlich ersetzt. Aus der alten „*Companies Ordinance (Cap.32)*“ wurden lediglich die Regelungen zur Insolvenz und Liquidation einer Gesellschaft übernommen. Diese wird hierfür in „*Companies (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap.32)*“ umbenannt und in diesem Teil selbstständig aufrechterhalten.

Die Gesetzesreform soll nach dem Willen der Regierung einen modernen Rechtsrahmen für die Gründung und Führung von Gesellschaften in Hongkong bieten. Es sollen hiermit vier Hauptgesichtspunkte umgesetzt werden. So soll neben einer Verbesserung der *Corporate Governance* und der Regulierung von Gesellschaften ein effizienterer Geschäftsablauf der Gesellschaften ermöglicht und der gesetzliche Rahmen hierzu insgesamt durch die Novelle modernisiert werden. Parallel hierzu hat das *Companies Registry* in Hongkong sein Informationssystem in großen Teilen erweitert, bestehende Richtlinien überprüft sowie neue Verfahren für die Umsetzung der neuen *Companies Ordinance* entwickelt.

Wesentliche Neuerungen durch die Novelle

Ausgehend von den bereits beschriebenen Zielen der Gesetzesreform sollen nachfolgend die wichtigsten Veränderungen zunächst im Überblick tabellarisch dargestellt werden:

Regelung	Companies Ordinance (alt)	Companies Ordinance (neu)	Anmerkung
Modernisierung des Gesetzes			
Gründungsdokumente	Erfordernis der „Articles of Association“ und des „Memorandum of Association“.	Abschaffung des „Memorandum of Association“.	Bei bestehenden Gesellschaften sollte eine Anpassung erfolgen.
Siegel	Der Gebrauch von Siegeln war für Gesellschaften im Geschäftsverkehr verpflichtend.	Sowohl das Führen als auch das Verwenden eines Siegels wird nunmehr optional und nicht wie bislang verpflichtend sein. So ist es in Zukunft ausreichend, Verträge im Namen der Gesellschaft ohne Siegel zur Wahrung der Form zu unterzeichnen.	Die umfassenden Verwahrungs- und Gebrauchspflichten entfallen zu Gunsten der Gesellschaft.
Corporate Governance			
Definition der Geschäftsführerplichten	Keine ausdrückliche Regelungen, Vorschriften oder Verhaltensvorgaben.	Klarstellung der Geschäftsführerplichten in Bezug auf Fürsorge, Wissen und Sorgfalt.	Erhöhte Compliance-Anforderungen.
Art des Geschäftsführers	Keine Anforderungen in Bezug auf natürliche oder juristische Personen als Geschäftsführer.	Verpflichtend muss mindestens ein Geschäftsführer eine natürliche Person sein.	Für bestehende Gesellschaften besteht bis zum 3. September 2014 eine Übergangszeit, in der die neuen Anforderungen erfüllt werden müssen.
Anmeldung von Geschäftsführerbestellung	Form- und Anmeldevorschriften bezogen auf die Geschäftsführerbestellung waren bislang gesellschaftsfreundlich ausgestaltet.	Section 645 der neuen „Companies Ordinance“ normiert, dass Bestellungen von neuen Geschäftsführern nunmehr innerhalb von 15 Tagen in der vorgeschriebenen Form „ND2A“ des Companies Registry diesem anzumelden sind.	Erhöhte Compliance-Anforderungen. Es kommen Strafzahlungen von bis zu 100,000 HK\$ in Betracht.
Regulierung			
Registrierung von dinglichen Belastungen	Restriktive Regelungen u. Vorschriften zur Registrierung von dinglichen Belastungen im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvermögen.	Umfassende Neuregelungen, Ergänzungen und Verschärfung der bisherigen Gesetzeslage zu Lasten der Gesellschaften.	Formvorschriften erhöhen die Anforderungen an die Wirksamkeit von dinglichen Belastungen.
Corporate Compliance			
Ordentliche Hauptversammlung	Bislang waren keine (rein) schriftlichen Beschlüsse möglich. Zudem musste jährlich die ordentliche Hauptversammlung abgehalten werden.	Die Veränderungen ermöglichen schriftliche Beschlüsse ebenso wie den Verzicht auf eine jährliche Durchführung der ordentlichen Hauptversammlung.	Die Vereinfachungen können zur Optimierung des Geschäftsablaufs genutzt werden.
Hauptversammlungen	Umfassende Formvorschriften in Bezug auf Anwesenheit, Durchführungsort und Inhalt.	Erleichterungen im Bereich des Einsatzes technischer Hilfsmittel und demzufolge auch der Ortswahl.	Anpassung an die technische Weiterentwicklung.

Regelung	Companies Ordinance (alt)	Companies Ordinance (neu)	Anmerkung
Unternehmensaufzeichnungen („Company Records“)	Beschlüsse, Protokolle der Mitgliederversammlungen und Geschäftsführerversammlungen, Nachweise von Entscheidungen alleiniger Geschäftsführer und Eintragungen in das Verzeichnis der Mitglieder mussten bislang 30 Jahre von der Gesellschaft verwahrt und gelagert werden.	Nach den Änderungen der „Companies Ordinance“ müssen die Unternehmensaufzeichnungen nun nur noch für 10 Jahre verwahrt und gelagert werden.	Erleichterung im Einklang mit international üblichem Zeitrahmen.
Finanzberichterstattung	Einheitliche Veröffentlichungsstandards im Bezug auf Jahresabschluss und Geschäftsführerberichte.	Für kleine und mittlere Unternehmen (Definition siehe unten) besteht jetzt die Möglichkeit, vereinfachte Jahresabschlüsse und Geschäftsführerberichte vorzulegen.	Die Prüfung der Voraussetzungen und die daraus folgenden Vereinfachungsmöglichkeiten sollten in enger Absprache mit dem Buchhalter/Steuerberater erfolgen.
Stammkapital („Share Capital“)			
Anteilsnennwert	Anteile mussten einen bestimmten, festen Nennwert haben („Par Value of Shares“).	Abschaffung des Anteilsnennwertes („Par Value of Shares“) und Einführung der nennwertlosen Anteile („No-par Value of Shares“).	Alle bisher ausgegebenen Anteile gelten ab sofort als nennwertlose Anteile. Ein Umwandlungsverfahren ist nicht erforderlich.
Kapitalherabsetzung	Eine Kapitalherabsetzung war nur durch einen Sonderbeschluss der Anteilseigner und einem aufwendigen Genehmigungsverfahren bei dem zuständigen Gericht möglich.	Es besteht nunmehr die Möglichkeit, die Kapitalherabsetzung in Form eines gerichtsfreien Verfahrens, basierend auf einem Bonitätstest, durchzuführen.	Trotz der neuen Möglichkeiten zu einer Kapitalherabsetzung werden weiterhin umfassende Anforderungen an eine Kapitalherabsetzung gestellt.
Finanzielle Unterstützung beim Anteilserwerb (Financial Assistance)	Abgesehen von einigen, strengen Ausnahmen war es untersagt, den Erwerb von Anteilen an der Gesellschaft oder der Holdinggesellschaft aus dem Vermögen der Gesellschaft zu finanzieren.	Die Regelungen wurden insgesamt gelockert, jedoch auch hier an einen Test über die Bonität der Gesellschaft und weitere Voraussetzungen geknüpft.	Nach wie vor bestehen auch in diesem Bereich erhebliche Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Auf einzelne Punkte soll nachfolgend näher eingegangen werden:

Gründungsdokumente

Die neue *Companies Ordinance* vereinfacht die Voraussetzungen für die Gründung bzw. Errichtung einer Gesellschaft. Mit der neuen *Companies Ordinance* ist lediglich die Erstellung einer einheitlichen Satzung („*Articles of Association*“) nötig. Die bislang geltende Verpflichtung zur Erstellung zweier Dokumente, nämlich zusätzlich noch dem *Memorandum of Association*, entfällt. Der Grund für diese Aufgabe liegt im Wesentlichen darin begründet, dass mit der Aufgabe der „Ultra-Vires“ Doktrin die Bedeutung der Klausel über den Unternehmensgegenstand innerhalb des *Memorandum of Association* stark abgenommen hat und eine eigenständige Bedeutung nunmehr fehlt.

Für in der Vergangenheit errichtete Gesellschaften, deren Gründungsdokumente sowohl aus dem *Memorandum of Association* als auch aus den *Articles of Association* bestehen gilt das *Memorandum of Association* ab dem 3. März 2014 als Teil der *Articles of Association*. Damit auch die Satzung der bestehenden Unternehmen den geänderten Vorgaben bzw. Veränderungen der neuen *Companies Ordinance* entspricht, ist es ratsam, die *Articles of Association* einer bereits bestehenden Gesellschaft diesen Vorgaben anzupassen. Die neue *Companies Ordinance* enthält hierfür auch Mustersatzungen für die verschiedenen zugelassenen Gesellschaftstypen.

Veränderungen im Bereich der Geschäftsführung / Haftung

Section 457 der neuen *Companies Ordinance* gibt vor, dass zumindest einer der Geschäftsführer („*Directors*“) eine natürlich Person sein muss. Die in der Vergangenheit mögliche Besetzung sämtlicher Geschäftsführer mit juristischen Personen ist somit in Zukunft ausgeschlossen. Begründet wird diese Veränderung von Seiten des Gesetzgebers mit einer erhöhten Transparenz und Rechenschaftspflicht der Gesellschaft. Für bereits bestehende Gesellschaften besteht ab Inkrafttreten der neuen *Companies Ordinance* eine sechsmonatige Umsetzungsfrist.

Die Haftung der Geschäftsführer war bislang in der alten *Companies Ordinance* nicht gesetzlich normiert. Sie folgte im Wesentlichen aus den Vorgaben des Richterrechtes („*Common Law*“). In *Section 465 (2)* der neuen *Companies Ordinance* werden nunmehr die Sorgfaltspflichten eines Geschäftsführers sowohl objektiv als auch subjektiv umfassend niedergelegt. Diese sollen den Geschäftsführern als klare Anhaltspunkte für ein

entsprechendes Verhalten in ihrer Funktion als Geschäftsführer einer Gesellschaft dienen. Verstöße gegen die normierten Vorschriften bestimmen sich jedoch auch weiterhin nach dem entsprechenden Richterrecht („*Common Law*“). Trotzdem erhöht sich durch die nunmehr klaren Vorgaben das Risiko einer Inanspruchnahme bei nachgewiesenem Fehlverhalten.

Registrierung von dinglichen Belastungen

Die Gesetzesnovelle beinhaltet die Überarbeitung und Aktualisierung der registrierungsbedürftigen dinglichen Belastungen von Vermögensgegenständen der Gesellschaft. Hierbei wurden sowohl die registrierungspflichtigen Typen als auch das Registrierungsverfahren als solches umfassend geändert. So wurde beispielsweise die Belastung eines im Gesellschaftsvermögen befindlichen Flugzeuges ebenso also registrierungsbedürftig aufgenommen wie die Belastung von ausstehenden Einlagen der Aktionäre. Dies erhöht damit die Anforderungen an die Wirksamkeit entsprechender Belastungen. Zudem wurde bspw. der Zeitraum für die Registrierung bzw. Anmeldung einer dinglichen Belastung an das „*Companies Registry*“ von früher fünf Wochen auf nunmehr einen Monat reduziert. Insgesamt sind die Vorschriften zu Lasten der Gesellschaften massiv verschärft worden. Dies beinhaltet neben Form- und Verfahrensvorschriften auch Publizitätserfordernisse zu Lasten der Gesellschaften. Parallel dazu wurden dem zuständigen *Companies Registry* durch die neue *Companies Ordinance* weitere Befugnisse zur Kontrolle und Überwachung eingeräumt. Intention der Regierung ist es, in diesem Bereich eine erhöhte Transparenz und Öffentlichkeit herzustellen.

Anforderungen an Beschlüsse und Jahreshauptversammlungen

Das erklärte Ziel der Novelle ist es, eine umfassende Straffung der Verfahren innerhalb der Gesellschaft zu ermöglichen.

So ist es nun für die Gesellschaften nach der Reform möglich, Beschlüsse in schriftlicher Form zu fassen. Hierzu können die Geschäftsführer oder jeder Gesellschafter die Ausführung eines solchen schriftlichen Beschlusses vorschlagen. Nach *Section 612 (1)* muss ein solcher Vorschlag zur Beschlussfassung allen Gesellschaftern binnen 21 Tagen vorgelegt werden. Der Vorschlag eines schriftlichen Beschlusses muss sodann innerhalb einer 28 Tages-Frist oder einem in der Satzung der Gesellschaft bestimmten Zeitraum von den stimmberechtigten Gesellschaftern einstimmig angenommen werden.

Grundsätzlich muss eine Gesellschaft auch nach der neuen *Companies Ordinance* innerhalb des regulären Finanzjahres eine ordentliche Jahreshauptversammlung abhalten. Jedoch weist die neue *Companies Ordinance* insoweit weitere zusätzliche Gründe aus, die den Verzicht auf eine solche rechtfertigen. So zum einen, wenn es sich bei der Gesellschaft um eine Ein-Mann-Gesellschaft handelt, *Section 612 (2)(a)*, oder um eine ruhende Gesellschaft, *Section 611*. Zudem kann auf eine ordentliche Jahreshauptversammlung nach *Section 622 (1/2)(g)* verzichtet werden, wenn alle Gesellschafter den Beschluss fassen, auf die Abhaltung einer Jahreshauptversammlung zu verzichten, dieser Beschluss nicht aufgehoben wird und dem *Companies Registry* eine Kopie dieses Beschlusses innerhalb von 15 Tagen zugeleitet wird.

Section 584 der *Companies Ordinance* normiert zudem die Möglichkeit, Jahreshauptversammlungen zukünftig mittels technischer Hilfsmittel (bspw. Telefon oder Videoübertragung) an zwei oder mehreren Orten gleichzeitig abzuhalten. Hierbei muss jedoch zwingend allen teilnehmenden Gesellschaftern das Zuhören, Reden und Abstimmen ermöglicht werden.

Finanzberichterstattung

Die Reform der *Companies Ordinance* hat auch im Bereich der Finanzberichterstattung und der Rechnungsauslegung zu weiteren Veränderungen geführt. Für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) enthält Kapitel 9 der *Companies Ordinance* nun die Möglichkeit, einen vereinfachten Jahresabschluss ebenso wie vereinfachte Geschäftsführerberichte zu erstellen.

Eine Gesellschaft ist nach der neuen *Companies Ordinance* als KMU zu qualifizieren und demzufolge berechtigt, diese vereinfachten Berichtspflichten in Anspruch zu nehmen, wenn sie zwei der nachfolgenden drei Bedingungen erfüllt: (i) Gesamtjahresumsatz von nicht mehr als 100 Millionen HK\$, (ii) Gesamtvermögen der Gesellschaft übersteigt 100 Millionen HK\$ nicht oder (iii) die durchschnittliche Mitarbeiterzahl der Gesellschaft für das Geschäftsjahr liegt unter 100.

Stammkapital („Share Capital“)

Die neue *Companies Ordinance* hat auch einige Veränderungen im Bereich der Kapitalvorschriften zur Folge.

„Par Value“

So wird das bisherige System des Anteilsnennwertes („*Par Value of Shares*“) für alle lokalen Gesellschaften mit einem

Stammkapital abgeschafft. Ersetzt wird dieses System nun mit der international üblichen Regelung der nennwertlosen Anteile („*No-Par Value of Shares*“). *Section 135* schreibt insoweit nun verpflichtend für alle Gesellschaften mit Stammkapital die Ausgabe nennwertloser Anteile fest. Alle bisher ausgegebenen Anteile bestehender Gesellschaften gelten ab sofort als nennwertlose Anteile („*No-Par Value of Shares*“). Ein Umwandlungsverfahren ist somit nicht erforderlich.

Vor der Änderung der *Companies Ordinance* waren die in Hong Kong gegründeten Gesellschaften mit Stammkapital gehalten, ihren Anteilen einen bestimmten, festen Nennwert zuzuschreiben. Diese Anforderung entfällt nun. Die Intention hinter dieser Veränderung ist es, den Unternehmen eine größere Flexibilität in Bezug auf die Strukturierung ihres Stammkapitales zu ermöglichen.

Kapitalherabsetzung

Die alte *Companies Ordinance* erforderte für eine Kapitalherabsetzung der Gesellschaft einen Sonderbeschluss durch die Anteilseigner sowie ein Genehmigungsverfahren des zuständigen Gerichts. Mit der Einführung der neuen *Companies Ordinance* kann eine Gesellschaft nunmehr eine Kapitalherabsetzung durch ein vereinfachtes, gerichtsfreies Verfahren durchführen. Wesentliche Voraussetzungen dieses neuen Verfahrens sind: (i) Bonitätserklärung aller Geschäftsführer, (ii) Zustimmung der Anteilseigner durch Sonderbeschluss innerhalb von 15 Tagen nach der Bonitätserklärung, (iii) Bekanntmachung von Seiten der Gesellschaft in einer Zeitung innerhalb einer Woche, (iv) Registrierung der Bonitätserklärung beim *Companies Registry* innerhalb von fünf bis sieben Wochen nach dem Zustimmungsbeschluss der Anteilseigner, vorausgesetzt, dass kein Einspruch von einem Gläubiger oder Anteilseigner vorliegt.

„Financial assistance“

Bislang war es Käufern von Gesellschaftsanteilen oder den Anteilen an einer Holdinggesellschaft strikt untersagt, den Kaufpreis aus dem Vermögen der erworbenen Gesellschaft zu finanzieren, wozu auch die Stellung von Sicherheiten zählte. Durch die Änderung in der *Companies Ordinance* ist es den Gesellschaften nun nicht mehr grundsätzlich verboten, einem Käufer finanzielle Unterstützung zu bieten. Dies gilt jedoch weiterhin nicht vorbehaltlos, sondern ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Neben dem Bestehen eines Tests über die Bonität („*solvency test*“) ist es erforderlich, dass (i) die finanzielle Unterstützung (inklusive aller bereits erbrachter finanzieller Unterstützung) insgesamt nicht mehr als 5 % des eingezahlten Stammkapitales und der Rücklagen ausmacht und (ii) ein schriftlicher Beschluss aller Anteilseigner der Gesellschaft vor-

liegt (Anteilseigner, die mindestens 5 % der gesamten Stimmrechte oder 5 % aller Anteilseigner repräsentieren, können bei Gericht Einspruch gegen die finanzielle Hilfe einlegen).

Fazit

Die Änderungen durch die Novelle der *Companies Ordinance* in Hongkong sind für ausländische Investoren differenziert zu betrachten. Auf der einen Seite stehen zahlreiche Vereinfachungen wie beispielsweise im Bereich der Durchführung von Jahreshauptversammlungen oder im Zusammenhang mit den Gründungsvoraussetzungen einer neuen Gesellschaft. Andererseits ist der neuen *Companies Ordinance* jedoch auch das erklärte Ziel der Regierung zur Verschärfung der *Corporate Governance und Corporate Compliance* Vorschriften deutlich zu entnehmen. Die neue *Companies Ordinance* ist inhaltlich insoweit umfassender und klarer formuliert. Aus diesen Gründen besteht vor allem im Bereich der Geschäftsführung und dem damit verbundenen Haftungsrisiko nunmehr, insbesondere auch für ausländische Investoren bzw. Unternehmer, ein erhöhter Bedarf an Sorgfalt.



Philipp Dietz, LL.M. (Edinburgh)
Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 14224
philipp.dietz@luther-lawfirm.com



Sebastian Friedl

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 25764
sebastian.friedl@luther-lawfirm.com

INDIEN

Indien nach den Wahlen: Reformsignale an ausländische Investoren

Nach den Wahlen zur Lok Sabha (indisches Unterhaus) blicken ausländische Investoren wieder mit mehr Zuversicht nach Indien. Die regierende Kongresspartei wurde nach Wahlniederlagen in mehreren Bundesstaaten auch auf Bundesebene abgewählt. Der Wahlsieger Narendra Modi von der national-hinduistischen BJP hat die amtierende Regierung mit einem Erdrutschsieg geradezu aus dem Amt gefegt.

Zum Ende der Legislaturperiode hat die indische Regierung noch einige positive Impulse gesetzt. Im vergangenen Jahr wurde endlich der *Companies Act 2013* verabschiedet, der eine grundlegende Reform des Gesellschaftsrechts mit sich bringt. Zum 1. April 2014, dem Beginn des neuen indischen Finanzjahres, sind nun zentrale Vorschriften rechtskräftig geworden. Im Zuge der erstarkenden Antikorruptionsbewegung wurde Anfang 2014 das neue Antikorruptionsgesetzes („*Lokpal and Lokayuktas Bill*“) erlassen. Unterdessen bekräftigte der *Supreme Court* seine zuletzt schiedsfreundliche Rechtsprechung in einem in Deutschland besonders aufmerksam verfolgten Urteil.

Companies Act 2013 – Update

Auf gesellschaftsrechtlicher Ebene erfolgte die umfassendste Gesetzesreform bereits im vergangenen Jahr mit der Verabschiedung des neuen indischen Gesellschaftsrechts, dem *Companies Act 2013*. Über Details hatten wir bereits in der letzten Ausgabe dieses Newsletters (4. Quartal 2013 – „Der lange Weg zum neuen indischen Unternehmensrecht – der *Companies Act 2013*“) berichtet.

Die nun am 26. März 2013 vom *Ministry of Corporate Affairs* („MCA“) veröffentlichten *Rules* stellen einen wichtigen Schritt

im Gesetzgebungsprozess dar, der vor sieben Jahren mit den Debatten über die Gesellschaftsrechtsreform begann. Nachdem im August 2013 der *Companies Act 2013* verabschiedet wurde, sind kurz darauf die ersten 98 Klauseln in Kraft getreten. In der Folge publizierte das MCA Verordnungsentwürfe (sog. „*Draft Rules*“), die die jeweiligen Abschnitte des neuen Gesetzes ergänzen sollten, und stellte diese zur öffentlichen Diskussion. Nach Überarbeitung der *Draft Rules* und der Verkündung im März sind nun zum 1. April 2014 weitere 183 Klauseln des *Companies Act 2013* rechtswirksam geworden. 187 Klauseln müssen diesen Prozess noch durchlaufen, bis das neue indische Gesellschaftsrecht vollständig in Kraft ist.

Die elf Kapitel des *Companies Act 2013*, die seit dem 1. April 2014 geltendes Recht sind, behandeln zentrale Teile des neuen Gesetzes, unter anderem die Unternehmensgründung, beispielsweise die neuen Gesellschaftsformen *One-Person Company* und *Small Company* sowie die Regelungen zur Besetzung des *Board of Directors*, Geschäfte mit verbundenen Personen („*Related Party Transactions*“) und Vorschriften zur *Corporate Social Responsibility*.

Während der Gesetzestext der entsprechenden Vorschriften bereits seit der Verkündung im August 2013 bekannt gewesen ist, war die Veröffentlichung der vom MCA überarbeiteten *Rules* mit Spannung erwartet worden. Die nun herausgegebenen *Rules* enthalten keine Überraschungen, da überwiegend nur geringe Änderungen vorgenommen wurden. Dass auch vermeintlich minimale Anpassungen dennoch großen Diskussionsbedarf auslösen können, zeigt sich bei einer Änderung hinsichtlich des Erfordernisses eines *Company Secretary*. Während die *Rules* nunmehr festlegen, dass börsennotierte Gesellschaften mit einem registrierten Kapital von bis zu INR 100 Mio. und alle nicht-börsennotierten Gesellschaften von dem Erfordernis befreit sind, einen *Company Secretary* einzustellen, lag die Befreiungsgrenze bei den *Draft Rules* bei ca. INR 50 Mio.. Im Ergebnis müssen nun nur etwa 7.500 der ca. 9 Mio. indischen Gesellschaften einen *Company Secretary* vorweisen, während zuvor eine größere Anzahl von Gesellschaften verpflichtet worden wäre. Dementsprechend fürchtet dieser Berufsstand um zukünftige Beschäftigungsaussichten und kritisiert die unerklärte Abweichung. *Company Secretary* seien im Rahmen des *Companies Act 2013* verantwortlich für das *Secretarial Audit*, also für die Sicherstellung der Umsetzung von *Corporate Governance* und den neuen *Compliance* Voraussetzungen auf administrativer Ebene. Die Regelung führe nun dazu, dass einer der Hauptzwecke des neuen Gesellschaftsrechts gefährdet wird, weil eine Position, die auch für mehr *Corporate Governance* und *Compliance* im Unternehmen sorgen sollte, für die wenigsten Unternehmen verpflichtend ist. Bisher hat das MCA noch nicht zu diesen Vorwürfen Stellung genommen.

Abgesehen von dieser Detailkritik bleibt abzuwarten, wie sich das neue Gesetz in der Praxis auswirken wird. Einige Vorschriften sehen zudem längere Umsetzungsfristen vor, beispielsweise gilt für die Regelungen zur Besetzung des *Boards* von bestimmten großen Gesellschaften mit mindestens zwei unabhängigen Direktoren („*Independent Directors*“). Da ihnen zukünftig eine wichtige Rolle bei der Überwachung der Aktivitäten der Geschäftsführung zugeteilt wird, müssen diese Positionen schnellstmöglich, jedoch nicht später als beim nächsten *Board Meeting* oder drei Monate ab Vakanz – je nachdem was später eintritt - besetzt werden.

Sofort umzusetzen ist dagegen die neue Anforderung eines *Local Director*, wonach im Board indischer Unternehmen jetzt mindestens ein in Indien ansässiger Director sitzen muss. Als *Local Director* gilt nur, wer sich im vorangegangenen Kalenderjahr mehr als 182 Tage in Indien aufgehalten hatte, wobei dies nicht zwingend indische Staatsangehörige sein müssen. Auch andere Bestimmungen des *Companies Act 2013*, wie beispielsweise die Vorgabe dass Unternehmen auf allen Briefen, Rechnungen und sonstigen Publikationen mit den im Gesetz vorgeschriebenen Informationen im Briefkopf versehen werden müssen, sind umgehend umzusetzen. Andernfalls drohen Unternehmen und jedem als sog. „*Officer in default*“ zu qualifizierenden Verantwortlichen, die gegen diese Vorgabe verstoßen, ein Straftagesatz von INR 1.000 bis zu einer Höchststrafe von INR 100.000. Als „*Officer in default*“ können sowohl das *Key-Managerial Personell* als auch jeder *Director* mit Kenntnis über den Missetand zur Verantwortung gezogen werden.

Mit der Verkündung der *Rules* und dem abgestuften Wirksamwerden der Klauseln verfehlte die indische Regierung allerdings einmal mehr ihr selbst gestecktes Ziel, den *Companies Act 2013* vor den Wahlen zur *Lok Sabha* vollständig in Kraft treten zu lassen. Die weitere Umsetzung des *Companies Act 2013* kam wegen der Wahlen ins Stocken, sodass in bestimmten Bereichen noch der alte *Companies Act 1956* parallel zum neuen Gesetz gilt und für entsprechende Unklarheiten sorgt. Das neue indische Parlament täte gut daran, den Gesetzgebungsprozess zeitnah abzuschließen, um somit eine klare Rechtsgrundlage für unternehmerisches Handeln in Indien zu haben.

Neues Antikorruptionsgesetz - „*Lokpal and Lokayuktas Bill*“

Im indischen Recht finden sich zahlreiche Regelungen, die auf die Bekämpfung von Korruption abzielen. Nach dem indischen Strafgesetz („*Indian Penal Code 1860*“) und dem Korruptionsbekämpfungsgesetz („*Prevention of Corruption Act 1988*“) machen sich öffentlich Bedienstete in Indien im Falle von Korrup-

tion strafbar. Strafbare Handlungen nach dem *Indian Penal Code 1860* im Zusammenhang mit Korruption sind dabei insbesondere Untreuetatbestände oder Bestechlichkeit bei Wahlen. Der *Prevention of Corruption Act 1988* geht spezifischer auf Korruptionshandlungen ein. Ein großes Manko ist jedoch, dass nach dem *Prevention of Corruption Act 1988* bislang lediglich die Vorteilsannahme durch öffentlich Bedienstete unter Strafe gestellt ist und nicht die Vorteilsgewährung. Dies verhindert eine konsequente Verfolgung der Korruption. Daneben gibt es noch zahlreiche weitere Vorschriften, die sich mit dem Phänomen Korruption beschäftigen, wie bspw. das Geldwäschegesetz („*Prevention of Money Laundering Act 2002*“), welches speziell Geldwäsche durch Beamte im öffentlichen Dienst unter Strafe stellt.

Korruption zieht sich dennoch weiterhin durch alle Bereiche des indischen Geschäftslebens. Vielfach kommen Unternehmen in Indien nur „ins Geschäft“, wenn Schmiergelder an Geschäftspartner gezahlt werden. Um Genehmigungen (schneller) zu erhalten, ist die Zahlung von sog. „*Speed Money*“ gang und gäbe. Auf Grund der fehlenden Reformen und den zahlreichen Betrugs- und Korruptionsskandalen formierte sich Anfang 2011 eine Antikorruptionsbewegung in Indien, angeführt von dem Aktivistin Anna Hazare. Zahlreiche Menschen protestierten in der Folge bei großen Protestkundgebungen in Neu Delhi und anderen Städten des indischen Subkontinents. Ergebnis der Antikorruptionsbewegung ist auch der Mitgliederansturm auf die neue Antikorruptionspartei AAP (Partei der Normalbürger), welche bei den Wahlen im Stadtstaat Neu Delhi im November 2013 mehr als ein Drittel der Sitze erlangt hat. Nach diesem Triumph trat die Partei auch bei den nationalen Wahlen zur *Lok Sabha* mit der Hoffnung an, den traditionellen Parteien Sitze im Parlament streitig zu machen. Allerdings konnte sie ihren Erfolg auf Bundesebene nicht fortsetzen und spielt derzeit politisch keine Rolle mehr.

Als Reaktion auf die Antikorruptionsbewegung ist auch der Erlass eines neuen Antikorruptionsgesetzes zu sehen. Der „*Lokpal and Lokayuktas Bill*“ ist das erste Gesetz, das 2014 durch das indische Parlament verabschiedet wurde. Zentrale Regelung ist die Errichtung einer unabhängigen Institution. Eine „*Lokpal*“ genannte Behörde wird im Zentrum Neu Delhis und sog. „*Lokayukta*“ Behörden in jedem Bundesstaat errichtet. Ebenso wie der Oberste Gerichtshof und die Wahlkommission werden auch diese autark von der jeweiligen Regierung arbeiten. Die Bürger haben bei der neu errichteten Behörde die Möglichkeit, korrupte Politiker oder Beamte des öffentlichen Dienstes anzuzeigen. Hiervon auch nicht ausgenommen sind der Premierminister, die Mitglieder der Regierung sowie andere Parlamentsmitglieder. Nur dies gewährleistet nach Auffassung der Antikorruptionsbewegung eine unabhängige und unvorein-

genommene Tätigkeit der neu eingerichteten Stelle. Auf eine mögliche Anzeige der Bürger hin ermittelt dann die jeweilige Institution umfassend nach eventuell vorgetragene Verdachtsmomenten. Diese Untersuchungen sollen in jedem Fall innerhalb eines Jahres abgeschlossen werden. Das Gerichtsverfahren soll im darauffolgenden Jahr abgeschlossen sein, sodass der korrupte Politiker, Beamte oder Richter spätestens innerhalb von zwei Jahren rechtskräftig verurteilt werden können.

Neben dem Erlass des „*Lokpal and Lokayuktas Bill*“ gibt es eine Reihe weiterer Initiativen der indischen Regierung. So soll der *Indian Penal Code 1860* so reformiert werden, dass Korruption auch im privaten Sektor unter Strafe steht. Neben der Vorteilsannahme soll auch die Vorteilsgewährung strafrechtlich verfolgt werden. Insoweit soll jeder strafrechtlich belangt werden können, der direkt oder indirekt im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen, kommerziellen oder finanziellen Tätigkeit Versprechen finanzieller Art gibt oder annimmt. Es ist jedoch derzeit nicht absehbar, wann diese Reform des *Indian Penal Code 1860* tatsächlich umgesetzt wird und Indien auch insoweit international längst üblichen Standards folgt.

Trotz der teilweise zu erkennenden Bemühungen seitens der staatlichen Stellen, ist die Korruption in Indien nach wie vor nicht unter Kontrolle. Die Gesetze sind nicht umfassend genug und vor allem bei der Verfolgung von korrupten Beamten und Politikern besteht weiterhin großer Nachholbedarf. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Antikorruptionsbewegung in Indien nicht nachlassen wird, so dass sich auch ausländische Unternehmen, die in Indien geschäftlich aktiv sind, immer mehr mit diesem Thema, auch in ihrer internen *Compliance*-Organisation, beschäftigen müssen. Ohnehin darf man nicht übersehen, dass auch ohne verschärfte Gesetzesregelungen Korruption in Indien auf Basis ausländischer Rechtsgrundlagen strafbar sein kann. So kann sich ein deutsches Unternehmen sowohl nach den deutschen strafrechtlichen Tatbeständen oder auch nach dem im Jahr 2011 in Kraft getretenen „*UK Bribery Act*“ strafbar machen. Dessen Anwendungsbereich geht so weit, dass deutsche Unternehmen, die eine geschäftliche Beziehung nach England unterhalten, von englischen Strafverfolgungsbehörden wegen der Zahlung von Bestechungsgeldern in Indien nach dem *UK Bribery Act* belangt werden können. Auch in Indien sollte Korruption also nicht als Kavaliersdelikt abgetan werden.

Supreme Court bestätigt im „Enercon-Fall“ seine schiedsfreundliche Rechtsprechung

Der oberste Gerichtshof Indiens („*Supreme Court*“) klärte mit seiner am 14. Februar 2014 ergangenen Entschei-

derung im Verfahren *Enercon (India) Ltd. & Ors. v. Enercon GmbH & Anr.* eine weitere Grundsatzfrage im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit in Indien.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Im Jahr 1994 wurde die Enercon India Limited als *Joint Venture* der indischen Industriellenfamilie Mehra und der deutschen Enercon GmbH gegründet. Nachdem im Jahr 2004 ein *Technical Knowhow Agreement* auslief, vereinbarten die Parteien, technologische Entwicklungen der Enercon GmbH auch weiterhin der Enercon India Limited zu überlassen. Hierzu wurden 2006 u.a. ein *Agreed Principles Agreement* und ein *Intellectual Property License Agreement („IPLA“)* geschlossen, das eine Schiedsgerichtsklausel mit folgendem Inhalt enthielt:

- i. Schiedskommission aus drei Schiedsrichtern, von denen je einer von einer Partei bestimmt werden sollte;
- ii. „venue of arbitration“ sollte London sein;
- iii. ider indische Arbitration and Conciliation Act 1996 sollte Anwendung finden; und
- iv. die Schiedsgerichtsklausel und das IPLA sollten indischem Recht unterliegen.

Als Reaktion auf einen Lieferstopp der Enercon GmbH hat Mehra im Jahre 2007 vor dem *Bombay High Court* auf Wiederaufnahme der Lieferung geklagt. Die Enercon GmbH hat sich ihrerseits auf die Schiedsgerichtsklausel berufen und einen Schiedsantrag vor dem *Bombay High Court* nach dem *Arbitration and Conciliation Act 1996* gestellt. Um das Schiedsverfahren einzuleiten, hat die Enercon GmbH im Jahre 2008 einen Richter des *English High Court* zum Schiedsrichter bestellt – unter der Auffassung, dass London als Sitz des Schiedsverfahrens vereinbart wurde. Mehra entgegnete, das IPLA sei nicht wirksam geschlossen worden und daher sei die Schiedsklausel nicht wirksam. Zudem verklagte Mehra die Enercon GmbH vor dem erstinstanzlichen Gericht in Daman („*Daman Trial Court*“), welches zugunsten Mehra entschied. Gegen das Berufungsurteil legte Mehra dann vor dem *Bombay High Court* Revision ein. Nach Abweisung wurde die Sache schließlich dem *Supreme Court* vorgelegt.

Der *Supreme Court* stellte zunächst fest, dass es für die Anwendbarkeit der Schiedsgerichtsklausel irrelevant sei, ob das IPLA wirksam geschlossen wurde. Denn die Parteien hätten unzweifelhaft beabsichtigt, dass alle Streitigkeiten schiedsgerichtlich beizulegen sind. Zum Inhalt der Schiedsgerichtsklausel führte das Gericht aus, dass diese im Gegensatz zu Gesetzesbestimmungen grundsätzlich nicht eng ausgelegt werden dür-

fen. Es sei vielmehr Aufgabe des Gerichts, Klauseln vertragskonform so ergänzend auszulegen, dass man im Grundsatz zu einer Wirksamkeit der Schiedsgerichtsklausel gelangt. Zudem betonte der *Supreme Court*, dass sowohl nach indischem als auch nach englischem Recht der Sitz des Schiedsgerichts maßgeblich für die ausschließliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für das Schiedsverfahrens sei. Es sei daher strikt zwischen dem geografischen Tagungsort („*venue*“) und dem Sitz („*seat of arbitration*“) zu unterscheiden. In dem vorliegenden Verfahren sei London lediglich als Tagungsort anzusehen. Indiziert werde dies durch den Wortlaut „*venue*“ und dadurch, dass sowohl das Vertragsrecht („*law governing the contract*“) als auch das Verfahrensrecht („*law governing arbitration proceedings*“) dem indischem Recht unterliegen und ein Auseinanderfallen nur ausnahmsweise angenommen werden könne. Demnach sei Indien als Sitz des Schiedsgerichts anzusehen.

Für die schiedsrechtliche Praxis ist dies eine wichtige Entscheidung, mit der das indische Schiedsgerichtsverfahren einmal mehr in Einklang mit international anerkannten Regeln gebracht wird. Der oberste Gerichtshof Indiens folgt damit seiner Leitentscheidung in Sachen *Bharat Aluminium Co. vs. Kaiser Aluminium Technical Services, Inc.* aus dem Jahr 2012. Unter Abkehr früherer Urteile hat der *Supreme Court* damals entschieden, dass Schiedssprüche, die durch ein Schiedsgericht mit Sitz außerhalb Indiens ergangen sind, nur in engen Ausnahmefällen durch indische staatliche Gerichte überprüft werden dürfen. Wir hatten hierüber an dieser Stelle mehrfach berichtet (vgl. Newsletter 4. Quartal 2012 – „Indischer Supreme Court beschränkt die Interventionsmöglichkeit indischer Gerichte in ausländischen Schiedsverfahren“).

Ausblick

Indien bleibt weiterhin ein anspruchsvoller Markt, auf dem Unternehmen mit Korruption und Bürokratie zu kämpfen haben. Das vergangene Jahr brachte ein Wirtschaftswachstum von nur 4,6 Prozent, dem niedrigsten Wert seit zehn Jahren. Der sich abzeichnende Regierungswechsel in Indien und die sich in der Wirtschaft daran knüpfenden Hoffnungen konnte man bereits seit Monaten an dem Aufwärtstrend des indischen Börsenindex Sensex ablesen. Die meisten Indienkenner sind denn auch unverändert zuversichtlich in der Bewertung der langfristigen Wachstumsperspektive des Landes. Viele in Indien präsente Unternehmen sind mit ihrem Investment zufrieden und erwarten durch den Wahlsieg von Modi nicht nur eine weitere wirtschaftliche Stabilisierung, sondern einen regelrechten Boom. Um den ausländischen Kapitalzufluss wieder in Schwung zu bringen, werden jedoch weitere Reformen benötigt – Modi muss liefern.



Thomas Weidlich, LL.M. (Hull)
Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 16280
thomas.weidlich@luther-lawfirm.com



Sonam Rohella
Luther Corporte Services Pvt. Ltd.
Gurgaon, Indien

Telefon +91 9899 777 488
sonam.rohella@luther-services.com



Michael Singh
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln

Telefon +49 221 9937 25708
michael.singh@luther-lawfirm.com

INDONESIEN

Fremdsprachige Verträge in Indonesien oftmals ungültig

Englisch ist vielleicht nicht mehr die meist gesprochene Sprache der Welt (dies soll neuerdings chinesisch sein). Sie ist jedoch noch immer die am weitesten verbreitete und insbesondere mit Blick auf den internationalen Handel die mit Abstand wichtigste. Die gemeinsame Sprache erlaubt es Firmen international zu kommunizieren, erleichtert damit Investitionen und Handel und fördert somit letztlich auch die wirtschaftliche Entwicklung eines jeden Landes, in dem sie gesprochen wird.

All dies könnte jedenfalls in Indonesien zukünftig etwas schwieriger werden. Denn einem aktuellen Urteil des *West Jakarta District Court* zufolge sind Verträge, die nach dem 9. Juli 2009 geschlossen und lediglich in englischer Sprache verfasst worden sind, ungültig. Dem Urteil liegt das viel diskutierte und hinsichtlich seines tatsächlichen Regelungsinhalts oftmals unklare Gesetz *Law No. 24 of 2009 concerning Flag, Language and Symbol of State and National Anthem* („Law 24/2009“) zugrunde. Bemerkenswert an diesem Urteil ist, dass das Gesetz sogar dann Anwendung finden soll, wenn die Parteien per Rechtswahlklausel die Anwendung eines anderen Rechts vereinbart haben.

Ob das Urteil Bestandskraft haben wird, bleibt abzuwarten. Derzeit befindet es sich im Berufungsverfahren. Für die Zwischenzeit kann die Empfehlung jedoch nur lauten, Verträge mit indonesischen Vertragspartnern nicht notwendig nur, aber zumindest auch in Indonesisch zu verfassen.

Sachverhalt

Dem Urteil lag ein Rechtsstreit zwischen einer indonesischen und einer ausländischen Gesellschaft zugrunde. Die ausländische Gesellschaft hatte mit der indonesischen einen lediglich auf Englisch verfassten Darlehensvertrag geschlossen. Der Vertrag unterlag indonesischem Recht. Nachdem die indonesische Gesellschaft das Darlehen nicht zurückzahlte, reichte die andere Seite Klage ein. Im Verfahren berief sich die Beklagte u.a. auf *law 24/2009*.

Das Gesetz

Das *law 24/2009* sieht in Art. 31 vor, dass die indonesische Sprache „[...] *must be used in a memorandum of understanding or an agreement which involves the State, Government Agencies of the Republic of Indonesia, private entity or individuals having Indonesian nationality*“. Das Gesetz regelt ferner, dass innerhalb von 24 Monaten ab Inkrafttreten eine Verordnung erlassen werden soll, um für Klarheit hinsichtlich der tatsächlichen Bedeutung dieser Norm zu sorgen. Bedauerlicherweise ist dies noch immer nicht geschehen. Allerdings hatte das *Ministry of Law and Human Rights* Ende 2009 mitgeteilt, dass nach dortigem Verständnis die Vorschrift als bloße Formvorschrift zu verstehen sei, die die materiell-rechtlichen Gültigkeit und Durchsetzbarkeit eines Vertrages nicht betreffen würde.

Die Entscheidung

Das Gericht stimmte mit der Interpretation des Ministeriums nicht überein. Die Vorschrift könne nur so verstanden werden, dass Indonesisch Vertragssprache sein müsse. Dies gelte – so das Gericht *per obiter dictum* - im Übrigen für alle Verträge [*also auch solche mit Rechtswahlklausel, Anm. des Verf.*], bei denen mindestens eine Partei indonesisch sei. Im Anschluss schlug das Gericht den Bogen zu einer weiteren Vorschrift, Article 1320 Indonesian Civil Code. Dieser sähe für die Gültigkeit eines Vertrages vor, dass selbiger nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstoße. Da der Vertrag im zu beurteilenden Fall gegen *law 24/2009* verstoße, könne der Vertrag dementsprechend nur ungültig sein. Das Gericht berücksichtigte zwar, dass das Ministerium zuvor eine anders lautende Einschätzung abgegeben hatte. Dies ändere jedoch nichts an den sich aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtungen. Sofern die Parteien den Wortlaut der Vorschrift selbst für ungültig hielten, bleibe ihnen immer noch die Überprüfung der Vorschrift durch das Verfassungsgericht.

Reaktionen

Das Urteil kam für die meisten Beobachter überraschend. Entsprechend kontrovers wird es diskutiert. Angesichts der enormen Sprengkraft dieses Urteils – wesentliche Teile der wirtschaftlichen Entwicklung Indonesiens in den letzten vier Jahren fußen nunmehr möglicherweise auf ungültigen Verträgen – bleibt eigentlich nur zu hoffen, dass die Berufungsinstanz zumindest die retroaktive Rechtskraft dieses Urteils beschränkt. Zudem wäre wünschenswert, dass das Berufungsgericht nochmals ernsthaft diskutierte, ob selbst Verträge, die *qua* Rechtswahlklausel dem indonesischem Recht gar nicht unterfallen sollen, von *Law 24/2009* erfasst sein sollen.

Empfehlung

In Anbetracht des Urteils kann bis auf weiteres nur empfohlen werden, Verträge mit indonesischen Geschäftspartnern zumindest auch in Indonesisch zu verfassen. Ungeklärt ist nach wie vor die Frage, wie der Vertrag auszulegen ist, wenn ein Vertrag in Indonesisch und einer weiteren Sprache verfasst wurde und die unterschiedlichen Sprachversionen nun inhaltlich kollidieren. Ein Verstoß gegen *Law 24/2009* läge dann nicht vor. Im Lichte dieser Entscheidung sollte vorsorglich aber vereinbart werden, dass die Indonesische Version Vorrang hätte. Sofern die Verträge nach 2009 bereits und lediglich in englischer Sprache geschlossen wurden, sind zwei Maßnahmen denkbar: Zum einen könnten die Verträge in indonesischer Sprache neu ausgefertigt werden. Hierfür ist es jedoch das Einverständnis des Vertragspartners erforderlich. Eine andere Möglichkeit wäre, die Verträge übersetzen zu lassen und dem Vertrag beizufügen. Ob die letztgenannte Variante vor Gericht jedoch Bestand hätte, ist unklar.



Dr. Thomas Hufnagel

Partner

Luther LLP

Singapur

Telefon +65 6408 8005

thomas.hufnagel@luther-lawfirm.com



Pascal Brinkmann, LL.M. (Stellenbosch)

Luther LLP

Singapur

Telefon +65 6408 8000

pascal.brinkmann@luther-lawfirm.com

Ausfuhrverbot mit Ausnahmen

Am 12. Januar 2014 wurde in Indonesien ein Exportverbot für Erze und andere unverarbeitete Mineralien wirksam. Damit treten lange umstrittene Regelungen des indonesischen Bergbaugesetzes in Kraft. Der Umgang der Betroffenen mit der Umsetzung illustriert den Balanceakt zwischen nationalen Interessen und der Abhängigkeit des Sektors von Investitionen aus dem In- und Ausland.

Als Vorgehen zum umfassenden Schutz der indonesischen Bergbauwirtschaft gedacht, trat das Verbot jedoch letztlich mit einigen Ausnahmen in Kraft. Diese betreffen Kupfer, Mangan, Eisen, Blei und Zink jeweils in Form von Konzentraten. Erreicht wurden die Ausnahmen durch Verordnungen des Präsidenten (Susilo Bambang Yudhoyono) und des Ministers für Energie und Bodenschätze (Jero Wacik) einen Tag vor Inkrafttreten der Verbotsregelungen.

Das indonesische Bergbaugesetz von 2009 ist, neben den aktuell diskutierten Verboten und Steuern betreffend den Export, Grundlage für weitere häufig kritisierte Regelungen, durch welche die Rechte insbesondere ausländischer Bergbauunternehmen eingeschränkt werden. So sollen diese beginnend mit dem fünften Jahr ihres Engagements in Indonesien Anteile schrittweise an indonesische Beteiligte veräußern, bis am Ende des zehnten Jahres nur noch ein Anteil von höchstens 49 % bei einem ursprünglich zu 100 % ausländischen Investment bei ihnen verbleibt. Entsprechende Veräußerungsangebote sind jeweils zunächst an staatliche bzw. staatlich geführte Betriebe und erst nachrangig an indonesische Unternehmen aus der Privatwirtschaft zu richten.

Verpflichtung zum Bau von Schmelzöfen maßgeblich

Die Verordnung des Ministers für Energie und Bodenschätze enthält insbesondere Präzisierungen hinsichtlich des jeweiligen Reinheitsgrades, der für den weiteren Export der unterschiedlichen Materialien entscheidend ist. Für eine dreijährige Über-

gangsfrist bis zum 11. Januar 2017 sollen die eingangs bezeichneten Materialien bis zu einem jeweils definierten Reinheitsgrad ausgeführt werden dürfen. Einzelheiten zur Beantragung einer Exportlizenz ergeben sich ebenfalls aus der Verordnung im Zusammenspiel mit einer Verordnung des Handelsministeriums.

Für die Erteilung einer Exportlizenz im Sinne der Übergangsregelung kommen grundsätzlich nur solche Unternehmen in Betracht, die sich zur Errichtung von Schmelzöfen in Indonesien verpflichten oder bereits verpflichtet haben. Unternehmen haben die Möglichkeit, sich zu diesem Zweck zusammenzuschließen und gemeinsam die Entwicklung entsprechender Kapazitäten voranzutreiben. Um die Umsetzung solcher Verpflichtungen zu beschleunigen, sind Exporte unter der Ausnahmeregelung im ersten Halbjahr 2014 mit Ausfuhrzöllen in Höhe von 20 % bzw. 25 % (für Kupferkonzentrat) belegt. Vorgesehen ist eine Anhebung dieser Zölle im Halbjahresrhythmus bis auf 60 % im zweiten Halbjahr 2016. Nickel, Zinn, Gold, Silber und Chrom sind von den Ausnahmeregelungen vollständig ausgeschlossen und können somit nur noch in weiterverarbeiteter Form ausgeführt werden.

Widerstand und Unterstützung aus der Wirtschaft

Das Exportverbot ist stark umstritten und wurde bereits seit Verabschiedung des Bergbaugesetzes 2009 erwartet, welches die Weiterverarbeitung von Bergbauprodukten im Land vorschreibt. Indonesien verfolgt das Ziel, den Bau von Schmelzöfen und anderen weiterverarbeitenden Anlagen im Land voranzutreiben, um insgesamt größeren Anteil an der Wertschöpfungskette der dort so reich vorkommenden Bodenschätze zu erlangen. Internationale wie nationale Bergbaukonzerne haben einzelne Betriebe vorübergehend stillgelegt bzw. eine Stilllegung mit der Begründung angekündigt, die Aufrechterhaltung der Förderung sei unter den aktuellen Umständen nicht mehr wirtschaftlich vertretbar. Der Verband indonesischer Bergbauunternehmen hat bereits im Januar Klage vor dem Verfassungsgericht eingereicht, um die Rechtmäßigkeit des Exportverbots überprüfen zu lassen. Es ist davon auszugehen, dass sich weitere Verbände und Unternehmen an diesem Vorgehen beteiligen werden. Im Jahr 2012 ist es dem Verband indonesischer Nickelhersteller gelungen, eine Vorgängerregelung betreffend die Weiterverarbeitung im Inland verfassungsrechtlich anzugreifen und deren teilweise Revidierung zu erreichen.

Aktuell sieht sich die indonesische Regierung jedoch keinesfalls einer geschlossenen Reihe von Bergbauunternehmen gegenüber, die gemeinsam schlicht auf ein Ende des Exportverbots drängen. Vielmehr fordern diejenigen Unternehmen

Rechtssicherheit ein, die sich frühzeitig zur Entwicklung von Weiterverarbeitungsanlagen verpflichtet haben. Insbesondere einige große osteuropäische Bergbaukonzerne haben in den vergangenen Monaten gegenüber der indonesischen Regierung deutlich gemacht, dass sie ihre Investitionszusagen nur dann aufrechterhalten werden, wenn sich die Ausnahmen für Exporte in engen Grenzen bewegen. Die zugesagten Investitionen dieser Konzerne belaufen sich auf mehrere Milliarden US-Dollar für Schmelzöfen vornehmlich in Kalimantan, während Russian Railways zur Schaffung der notwendigen Infrastruktur den Bau einer Bahnstrecke in Ostkalimantan für insgesamt zwei Milliarden US-Dollar plant.

Indonesien ist der größte Nickelexporteur der Welt und zudem der wichtigste Bauxitlieferant für China. Während China im Rahmen einiger Wirtschaftsdelegationen den Versuch unternimmt, die Deckung seines Bedarfs an Bodenschätzen sicherzustellen, erwägt Japan - ebenfalls ein großer Abnehmer von Nickel und Bauxit aus Indonesien - eine Überprüfung des Ausfuhrverbots durch die WTO anzustoßen.

Westliche Bergbaukonzerne haben trotz ihres insgesamt sehr lange andauernden Engagements in Indonesien einen großen Teil ihrer Operationen vorübergehend eingestellt. Die Konzerne Freeport-McMoRan Copper & Gold und Newmont Mining haben ihre Förderaktivität heruntergefahren und die Ausfuhr zeitweise gestoppt, obwohl ihnen großzügige Ausnahmelizenzen ausgestellt bzw. zugesagt worden waren. Dies geschah vornehmlich als Reaktion auf die als zu hoch empfundenen Ausfuhrzölle während der Übergangszeit. Inzwischen wurde die Ausfuhr im Rahmen der geltenden Verbote wieder aufgenommen, während die Förderaktivitäten der Unternehmen weiterhin zu großen Teilen eingeschränkt oder eingestellt bleiben.

Das indonesische Ausfuhrverbot stellt lediglich eine Maßnahme im Rahmen einer Gesamtanstrengung hin zu mehr Wertschöpfung im Bereich von Rohstoffen dar. Kritik an der konkreten Umsetzung dieses Ziels im Fall von Bergbauprodukten ist mit Sicherheit gerechtfertigt. Der Ausgleich der jeweils durchaus verständlichen Interessen wird insbesondere vor dem Hintergrund der für den Zeitraum von April bis September 2014 anstehenden Wahlen in Indonesien spannend bleiben.



Dr. Carl-Bernd Kählig
Luther LLP
Singapur / Jakarta
Telefon +65 6408 8009
bernd.kaehlig@luther-lawfirm.com



Philipp Kersting
Luther Corporate Services Sdn Bhd
Kuala Lumpur, Malaysia
Telefon +60 3 21660085
philipp.kersting@luther-services.com



Dr. Claus Trenner, LL.M. (NUS Singapore)
Partner
Luther LLP
Singapur
Telefon +65 6408 8009
claus.trenner@luther-lawfirm.com

JAPAN

Know-how-Schutz in Japan

In der Wissensgesellschaft ist das Know-how eines Unternehmens eine wesentliche Ressource für den Unternehmenserfolg. Es ist von zentraler Bedeutung für die Schaffung und Erhaltung von Wettbewerbsvorteilen. Know-how-Schutz gegen Angriffe von außen und von innen darf daher von keinem Unternehmen vernachlässigt werden. Diese Vorsichtsregel gilt stets und auch im Umgang mit vertrauenswürdigen Geschäftspartnern. Gerade im Ausland ist es für Unternehmen wichtig, ihr Know-how zu schützen. Der Beitrag informiert über vertragliche und gesetzliche Instrumente des Know-how-Schutzes nach japanischem Recht.

Definition von Know-how

Eine Legaldefinition von „Know-how“ gibt es im japanischen Recht nicht. Wesentliches Merkmal ist naturgemäß die Geheimhaltung der Information, d.h. die Geheimhaltungsabsicht muss objektiv erkennbar sein und die Information darf nicht öffentlich bekannt oder öffentlich zugänglich sein. Daher ist Know-how stets Geschäftsgeheimnis i.w.S., aber nicht jedes Geschäftsgeheimnis ist auch Know-how. Das Geschäftsgeheimnis muss nach der Rechtsprechung darüber hinaus inhaltlich ausreichend bestimmt sein – daher ist eine vage Idee noch kein Know-how. Ferner besitzt Know-how in der Regel einen erheblichen wirtschaftlichen Wert oder Nutzen. Es kann sich um technisches oder betriebswirtschaftliches Wissen handeln. Know-how erscheint (1) materiell in Produktionsabläufen, Formeln, Plänen, Zeichnungen, Abzügen, technischen Aufzeichnungen, schriftlichen Erklärungen, Roh- und weiterverarbeiteten Materialien, Tabellen, Bedienungsanleitungen und dergleichen, und (2) immateriell als Produktionsschrit-

te der tatsächlichen Ordnung, in denen Handlungen vorgenommen werden, in Einzelheiten der Fertigung, technischer Erfahrung, Ausbildung, Wissen aus öffentlich zugänglichen Quellen und ähnlichem.

Geheimhaltung oder Beantragung eines gewerblichen Schutzrechts?

Es ist zu beachten, dass Know-how nicht gleichzeitig als Geschäftsgeheimnis und als gewerbliches Schutzrecht geschützt sein kann, da letzteres die Offenlegung der technischen Informationen verlangt. Know-how, das eine Erfindung oder ein Muster beinhaltet, kann je nach dem als Patent, Gebrauchsmuster oder Geschmacksmuster geschützt werden, sofern die Bedingungen der maßgeblichen Gesetze erfüllt sind und die Eintragung beim Patentamt erfolgt. Der Eigentümer erhält dann das ausschließliche Recht zur kommerziellen Nutzung der Erfindung bzw. des Musters.

Entscheidend für den Zeitpunkt der Offenlegung ist allerdings nicht der Zeitpunkt der Anmeldung, sondern Patentanmeldungen werden in der Regel 18 Monate nach dem Anmelde- oder Prioritätstag offen gelegt, es sei denn, das Patentblatt mit dem Patent ist bereits veröffentlicht worden. Beim Gebrauchsmuster erfolgt die Veröffentlichung bei Vorliegen der formellen Erfordernisse mit der Registrierung deutlich früher. Beim Geschmacksmuster ist die Geheimhaltung für bis zu drei Jahre seit Anmeldung möglich.

Wann sollten sich Unternehmen für die Geheimhaltung statt Offenlegung entscheiden? Dinge, die leicht kopiert oder gefälscht werden können, oder Methoden oder Verfahren, deren Patentierung zu aufwendig sind, sollten besser als Geschäftsgeheimnisse behandelt und nicht offen gelegt werden, wie es nach dem Patentrecht erforderlich wäre. Außerdem sollte ein Unternehmen eine Geheimhaltung wählen, wenn es die Informationen über einen langen Zeitraum hin geschützt haben möchte, da das Patentrecht nur für eine limitierte Zeit (20 Jahre) währt. Wo es Unsicherheiten über die Voraussetzungen der Patentierbarkeit gibt, wie z. B. über die Neuheit und Erfindungshöhe, sollte ebenfalls eine Geheimhaltung vorgezogen werden. Generell neigen Japaner eher zur Anmeldung.

Geheimhaltungsvereinbarungen

Geheimhaltungsvereinbarungen, wie z. B. Confidentiality Agreements, Secrecy Agreements, Non-Disclosure (NDA) oder Confidential Disclosure Agreements dienen üblicherweise der Anbahnung von Lieferbeziehungen, stehen im Vorfeld von

Unternehmenstransaktionen oder Kooperationsvereinbarungen oder dienen dem Technologietransfer. Bei grenzüberschreitender Mitteilung von Geschäftsgeheimnissen ist insbesondere bei personenbezogenen Daten, Exportverboten, sog. Blocking Statutes und der Anwendung fremden Rechts Vorsicht geboten.

Geheimhaltungsvereinbarungen sind nach japanischem Recht im Rahmen der Vertragsfreiheit bis zur Grenze des Verstoßes gegen den Ordre Public (§ 90 ZG) oder zwingende Vorschriften zulässig. Im Falle einer Weitergabe der geschützten Informationen liegt ein Fall der Nichterfüllung vor und der geschädigte Vertragspartner ist berechtigt Schadensersatz zu verlangen (§ 415 ZG). Eine Geheimhaltungsvereinbarung ermöglicht den Schutz von vertraulichen Informationen auch dann, wenn diese nicht die Voraussetzungen von „Know-how“ oder „Geschäftsgeheimnissen“ im Sinne des UWG erfüllen. Wesentliche Bestimmung ist das Verbot der Weitergabe von vertraulichen Informationen.

Daneben kann und sollte insbesondere geregelt werden, wie die Informationen von dem/den Empfänger(n) kontrolliert werden sollen, z. B. die Kennzeichnung als „geheim“/„vertraulich“ oder die Einrichtung von Zugangsbeschränkungen etc.; wie die Informationen genutzt werden dürfen und wie nicht und wie vertrauliche Informationen enthaltende Materialien nach Beendigung der Nutzung behandelt werden sollen.

Arbeitsverträge und Arbeitsrecht

Um den unternehmensinternen Geheimnisschutz sicher zu stellen, sind Arbeitnehmer zur Vertraulichkeit vertraglich zu verpflichten, auch wenn sich diese Verpflichtung bereits aus dem Arbeitsverhältnis ergibt. Die Vertraulichkeit sollte auch auf die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgedehnt werden. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote gegenüber Arbeitnehmern, um diese an der Mitnahme und Weitergabe wertvollen Wissens in Arbeitsverhältnisse mit Konkurrenten zu hindern, sind üblich und dürfen nicht unverhältnismäßig sein. Es gibt zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten keine klaren Vorgaben, entscheidend ist vielmehr die Abwägung der Umstände des Einzelfalls.

Bei der Implementierung von Maßnahmen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen wie Überwachung und Kontrolle von Mitarbeitern, Androhungen von Sanktionen bei Verstößen, Durchführung von betrieblichen Untersuchungen, Disziplinarmaßnahmen, Vertragsstrafen, Kündigungen etc. ist auf die Rechtmäßigkeit solcher Maßnahmen im Hinblick auf die Rechte der Betroffenen zu achten.

Know-how-Lizenzvertrag

Know-how kann nur dann Gegenstand einer Lizenzvereinbarung sein, wenn das Know-how technisch ausführbar ist.

Trotz Vertraulichkeitsvereinbarung bleibt der Lizenzgeber vor Vertragsschluss häufig zurückhaltend mit der Mitteilung konkreter Details. In vielen Fällen bedarf es zur Mitteilung des Know-hows auch erst längerer Erklärungen und/oder Unterweisung von Personal, so dass vor Vertragsschluss eine Mitteilung des konkreten Know-hows ausscheidet. Daher gibt es oft Fälle der Enttäuschung, wenn sich hinterher der geringe Nutzen eines (teuer) erworbenen Know-hows herausstellt. Rechtlich wird es sich selten um Fälle der Fehlerhaftigkeit, Täuschung, Gewährleistung oder des Leistungsverzugs handeln. Aus Sicht des Lizenznehmers sollte daher das Know-how im Lizenzvertrag mit Blick auf den erwarteten Nutzen entsprechend exakt definiert werden.

Der Lizenznehmer wird regelmäßig Mitarbeiter, Sub-Unternehmer u.a. über Tatsachen des Geheimnisses informieren. Die Geheimhaltungspflicht sollte auf diese Personen ausgedehnt werden. Vorsorglich sollte vereinbart werden, dass das Know-how nicht außerhalb des vereinbarten Zwecks verwendet werden darf. Überdies ist daran zu denken, dass die Geheimnisse aufgrund einer Fusion, Spaltung, Rechtsnachfolge oder eines Aktionärswechsels etc. auf eine dritte Partei übergehen könnten. Diesen Situationen kann oft nicht mit einer Geheimhaltungsvereinbarung, sondern nur mit einem außerordentlichen Kündigungsrecht begegnet werden.

In Know-how-Lizenzverträgen ist eine Verpflichtung zur nachvertraglichen Geheimhaltung von Know-how zulässig und üblich. Ferner wird auch regelmäßig vereinbart, dass das Know-how nach Beendigung des Vertrags vom Lizenznehmer nicht genutzt werden darf. Des Weiteren findet sich oft eine Verpflichtung zur Rückgabe oder Vernichtung aller Unterlagen oder Löschung von Daten bei Beendigung des Lizenzvertrags. Der Verstoß gegen letztere Verpflichtung kann nach UWG bestraft werden, falls dies durch Täuschung oder mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgt.

Entwicklungsverträge

In der Forschung sind Joint Research Agreements üblich. Ein Joint Research Agreement (JRA) ist ein beiderseitiger Vertrag zur Bestimmung der rechtlichen Grundlagen einer gemeinsamen Forschung. Typischerweise wird u.a. vereinbart, dass jede Partei die andere unverzüglich informieren muss, sobald diese aus der gemeinsamen Forschung schutzwürdiges geistiges

Eigentum entwickelt hat. Es wird geregelt, wem die Rechte – allein oder gemeinsam – an derart entwickelten Forschungsergebnissen zustehen sollen. Ferner finden sich häufig Optionen zum Erwerb von Lizenzen für das von der anderen Partei unabhängig entwickelte geistige Eigentum. Bei gemeinsamem geistigem Eigentum sollte die Möglichkeit bestehen, dieses entweder einer Partei zu lizenzieren oder zu übertragen. Der Informationsaustausch bei der Zusammenarbeit sollte geregelt werden. Bezüglich der Entwicklungen werden üblicherweise ausführliche Geheimhaltungsregelungen vereinbart. In JRA mit Universitäten gibt es auch Klauseln über die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen.

Schutz im materiellen Recht

Know-how wird als Geschäftsgeheimnis im materiellen Recht in erster Linie durch das Gesetz zur Verhinderung von unlauterem Wettbewerb (abgekürzt UWG) geschützt. Das UWG untersagt

- den Erwerb von Geschäftsgeheimnissen durch unerlaubte Mittel (Diebstahl, Erpressung, etc.) sowie die Weitergabe oder Nutzung solcherart erlangter Geschäftsgeheimnisse;
- den bösgläubigen Erwerb von unerlaubt erworbenen Geschäftsgeheimnissen und deren Nutzung oder Weitergabe;
- die Nutzung und Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen bei nachträglicher Kenntniserlangung des ungerechtfertigten Erwerbs;
- die Nutzung oder Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen, welche von dem Berechtigten mitgeteilt wurden, wenn diese Nutzung oder Weitergabe zum Zwecke des unlauteren Wettbewerbs oder der verbotenen Gewinnerzielung oder mit Schädigungsabsicht erfolgt;
- den bösgläubigen Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses, das unrechtmäßig mitgeteilt worden ist;
- die Nutzung oder die Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen bei nachträglicher Kenntniserlangung der unrechtmäßigen Mitteilung.

Die grob fahrlässige Unkenntnis wird der Bösgläubigkeit dabei gleichgestellt. Bei Vorliegen von Verletzungshandlungen hat der Inhaber von Geschäftsgeheimnissen gegen den Verletzer das Recht auf Unterlassung von Verletzungshandlungen mit der Möglichkeit der Beantragung des Erlasses einer einstweiligen Verfügung und der Klage auf Schadensersatz. Auch strafrechtliche Sanktionen sieht das UWG vor.

Geheimhaltung im Prozess

Geschäftsgeheimnisse unterliegen auch im Prozessrecht einem besonderen Schutz. Zu beachten ist allerdings, dass Verfahren vor staatlichen Gerichten stets öffentlich sind. Ein Ausschluss der Öffentlichkeit stößt an verfassungsrechtliche Grenzen.

Im japanischen Zivilprozessrecht sind mehrere Mechanismen vorgesehen, um Geschäftsgeheimnisse zu schützen. So dürfen sich Anfragen beim Gegner vor der Erhebung einer Klage nicht auf Geschäftsgeheimnisse beziehen. Schriftliche Anfragen beim Gegner während des Prozesses dürfen sich nicht auf solche Gegenstände beziehen, hinsichtlich derer die Partei die Aussage verweigern darf (Gegenstände von technischen oder beruflichen Geheimnissen). Auch ein Zeuge darf die Aussage verweigern, wenn diese technische oder berufliche Geheimnisse betrifft. In diesem Fall hat auch der Besitzer einer Urkunde das Recht, deren Vorlage an das Gericht zu verweigern.

Eine Vernehmung der Parteien unter Ausschluss der Öffentlichkeit durch das Gericht ist ebenfalls möglich. Besteht darüber hinaus der Anschein, dass ein Gerichtsprotokoll oder ein Teil der Gerichtsakten ein Geschäftsgeheimnis im Sinne des UWG enthält, so kann das Gericht auf Antrag einer Partei durch Beschluss den Zugang zu dem Protokoll auf bestimmte Personen beschränken.

Weitere Einschränkungen von Offenlegungspflichten finden sich im Wettbewerbsprozess und in Schutzrechtverletzungsverfahren. Zu nennen ist insbesondere das Recht des Beklagten, eine Offenlegung von Unterlagen zu verweigern, wenn er an der Geheimhaltung derselben ein berechtigtes Interesse hat. Ob ein solches berechtigtes Interesse tatsächlich besteht, kann das Gericht im Wege eines „in-camera-Verfahrens“ entscheiden. Ferner besteht die Möglichkeit eines sichernden Beschlusses, der dem Schutz von im Laufe des Prozesses zu offenbaren Geschäftsgeheimnissen zu dienen bestimmt ist und der jeweils anderen Partei bei Androhung strafrechtlicher Sanktionierung untersagt, die übermittelten Informationen für andere als den Prozess betreffende Zwecke zu nutzen.

Geheimhaltung in Mediation und Schiedsgerichtsverfahren

Auch im japanischen Recht gibt es die Möglichkeiten von Mediation und Schiedsverfahren. Dabei vereinbaren die Parteien, einen künftigen oder bereits entstandenen Rechtsstreit nicht vor einem staatlichen Gericht entscheiden zu lassen, sondern der Vermittlung eines oder mehrerer Mediatoren anzuver-

trauen, bzw. durch einen oder mehrere Schiedsrichter entscheiden zu lassen. Das Verfahren ist im höchsten Maße parteiunabhängig. Daher steht es den Parteien offen, die Maßnahmen der Geheimhaltung zu vereinbaren.

Das Mediationsverfahren muss insbesondere die Vertraulichkeit gewährleisten (§ 6 Nr. 14 ADR-Gesetz). Eine etwaige Einigung hat anders als ein Schiedsurteil keine Wirkung als vollstreckbarer Titel. Insbesondere hat ein Mediator die Möglichkeit, eine Partei ohne Anwesenheit der anderen Partei zu hören und Beweise ohne Beteiligung einer Partei zu würdigen, sofern die Parteien damit einverstanden sind. Nicht geklärt erscheint, ob die im Mediationsverfahren erlangten Informationen in einem späteren Schiedsverfahren oder Gerichtsprozess als Beweis angeführt werden können. Ferner, ob die Mediatoren und ihre Gehilfen ein Zeugnisverweigerungsrecht in einem späteren Gerichtsprozess haben.

Japanisches Schiedsverfahrensrecht ist anwendbar, wenn die Parteien Japan als Ort des Schiedsverfahrens („seat of arbitration“) bestimmen, und zwar unabhängig davon, an welchem Ort sich die Beteiligten treffen oder welche Schiedsinstitution das Verfahren betreuen bzw. welche Schiedsordnung zur Anwendung kommen soll. Die normativen Rahmenbedingungen für Internationale Handelsschiedsverfahren entsprechen dem Standard des UNCITRAL Model Law. Zulässig sind sowohl ad-hoc als auch institutionelle Schiedsgerichte. Eine Schiedsvereinbarung ist im Regelfall nur dann zulässig, wenn es sich bei dem Gegenstand des Schiedsverfahrens um eine zivilrechtliche Angelegenheit handelt. Grundsätzlich besteht Parteiautonomie bei der Gestaltung des Schiedsverfahrens. Nach § 26 SVG können die Parteien das Verfahren nach ihrem Willen gestalten. Mangels Parteivereinbarung können die Schiedsrichter das Verfahren gestalten, wie sie es für angemessen erachten. Dies gilt insbesondere auch für das Beweisverfahren. Grenzen der Parteiautonomie zieht der *Ordre Public*.



Dr. Andreas Kaiser

Atsumi & Sakai

Tokio, Japan

Telefon +81 35501 1330

andreas.kaiser@aplav.jp

MALAYSIA

Neue Entwicklungszone Iskandar Malaysia

Im Süden Malaysias direkt an der nördlichen Grenze zu Singapur arbeitet Malaysia im Rahmen des „Iskandar Malaysia“ getauften größten Entwicklungsprojektes der Region daran, an das Wachstum des erfolgreichen Stadtstaates auf der anderen Seite der Grenze anzuknüpfen. Iskandar umfasst ein Gebiet von insgesamt 221.634 Hektar im äußersten Süden Johors und verfügt damit über die dreifache Fläche Singapurs beziehungsweise die doppelte Fläche Hong Kongs. Über den Senai International Airport im Norden von Iskandar beziehungsweise Singapurs Changi Airport sind sämtliche Großstädte Asiens innerhalb von acht Flugstunden erreichbar, während die Zentren Südostasiens in einigen wenigen Stunden angefliegen werden können.

Seit 2006 fördert die malaysische Regierung die Entwicklung dieser speziellen Region insbesondere durch die Bildung der sog. „Iskandar Regional Development Authority“ („IRDA“) und die Zusammenfassung der fünf maßgeblichen Entwicklungsgebiete zu einem Projekt unter der Bezeichnung „Iskandar Malaysia“. Rund um die Stadt Johor Bahru (umgangssprachlich stets schlicht „JB“), die selbst eine der fünf Hauptentwicklungszonen (sog. „Flagship Zones“) innerhalb Iskandars darstellt, sind die übrigen vier Flagship Zones (Nusajaya, Pasir Gudang, Senai-Skudai und Ramsar/Tanjung Pelepas) darauf ausgelegt, Iskandar zu einem regionalen Zentrum für Logistik, Schifffahrt, Petrochemie, Forschung und Entwicklung sowie Unterhaltung, Tourismus, Bildung und Healthcare als Alternative und Ergänzung zu Singapur auszubauen. Der Hafen von Tanjung Pelepas im Westen Iskandars zählt bereits heute zu den zwanzig

bedeutendsten Häfen der Welt und beherbergt auf dem angeschlossenen Freihafengelände u.a. das regionale Vertriebszentrum von BMW. Darüber hinaus verfügt Iskandar im Osten mit Pasir Gudang und Tanjung Langsat über zwei weitere Tiefwasserhäfen.

Als Säulen der Entwicklung Iskandars wurden bislang sechs Sektoren als besonders förderungswürdig zur Ergänzung bestehender Wirtschaftszweige ausgewählt: Kreativwirtschaft; Bildung; Finanzdienstleistung/-beratung; Healthcare; Logistik; Tourismus.

Standortvorteile

Steigende Löhne, Lebenshaltungskosten und Mieten in Singapur könnten dazu beitragen, dass das ehrgeizige Ziel der IRDA – ein Anstieg der Einwohnerzahl bis auf drei Millionen im Jahr 2025 – erreicht wird. Bereits jetzt tätigen Unternehmen und Privatpersonen aus Singapur rund 90 % der Investitionen in Immobilien in Iskandar. Neben den ausgewählten Wirtschaftssektoren ist davon auszugehen, dass die bestehende Agrar- und Lebensmittelindustrie (vornehmlich Palmöl- und Ananasanbau) aufgrund des geplanten Wachstums ebenfalls eine Steigerung erfahren und außerdem um weiterverarbeitende Industrien insbesondere im Bereich Biokraftstoffe ergänzt werden.

Die geringeren Kosten für Arbeitskräfte und Lebenshaltung tragen dazu bei, dass Iskandar Malaysia mittelfristig zu einem beliebten Ziel von Investoren auf der Suche nach Alternativen zu Singapur werden wird. Hinzu kommt der verfügbare Platz. Man kann aus einer Vielzahl verfügbarer Grundstücke oder bereits errichteter Immobilien das Passende wählen. Dies ist in Singapur anders. Doch auch für Investitionen, die ein bisheriges Engagement in Singapur ergänzen – z. B. die Errichtung eines Produktionsstandortes in unmittelbarer Nähe eines regionalen Shared-Services-Centers – ist Iskandar durchaus attraktiv. Neben der geographischen Nähe der beiden Standorte ist die starke Ähnlichkeit der Rechtssysteme hervorzuheben, die auf der gemeinsamen britischen Kolonialgeschichte beruht. Insbesondere hinsichtlich der Gründung und Verwaltung von Gesellschaften sind die Parallelen dazu geeignet, Synergien zu schaffen.

Durch die Eröffnung zahlreicher internationaler Schulen und einiger Universitäten, bietet Iskandar seit 2012 auch im Hinblick auf die für Expatriate-Arbeitnehmer wichtige Infrastruktur hervorragende Bedingungen. Bei den Bildungseinrichtungen handelt es sich vorwiegend um solche aus dem angloamerikani-

schen Raum (z. B. Marlborough College, Raffles American School, Excelsior International School).

Steuererleichterungen und andere Anreize

Gesellschaften nach malaysischem Recht, die in einem der ausgewählten Wirtschaftszweige innerhalb eines definierten sogenannten „Investitionsknotenpunktes“ (d.h. in einem Gebiet, das ausdrücklich für bestimmte Investitionen vorgesehen ist) aktiv sind, können sich um die Anerkennung als „Iskandar Development Region“ (IDR)-Statusunternehmen bewerben. Um eine unkontrollierte Streuung der Investitionen im Gesamtgebiet Iskandars zu vermeiden, hat die IRDA zunächst allein den Bereich Medini in Nusajaya als Investitionsknotenpunkt ausgewiesen. Erst zu Beginn des laufenden Jahres wurde die Erweiterung des IDR-Status auf Unternehmungen in drei weiteren Knotenpunkten, Danga Bay, Pinewood Studios und Vantage Bay, angekündigt.

Körperschafts- und Einkommensteuer sind in Malaysia höher als in Singapur. Der Körperschaftssteuersatz beträgt 25 % gegenüber 17 % in Singapur. Unternehmen können jedoch im Rahmen ihrer Investitionen in Iskandar Steuererleichterungen bis hin zur vollständigen Steuerbefreiung für die ersten zehn Jahre ab Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit erlangen. Die Erlangung des IDR-Status ist Voraussetzung für die Erlangung der Steuererleichterungen. Neben den erwähnten Möglichkeiten der vollständigen Befreiung von oder einer Reduzierung der Körperschaftsteuer für einen Zeitraum von bis zu zehn Jahren ab Aufnahme der Geschäftstätigkeit besteht die Möglichkeit der Befreiung von der Pflicht zur Abführung von Quellensteuern auf Lizenz- und Servicegebühren an ausländische Zahlungsempfänger (diese würden abhängig von geltenden Doppelbesteuerungsabkommen anderenfalls 10 % betragen).

Zusätzlich zu steuerlichen Anreizen für eine Investition stellt die malaysische Regierung in Zusammenarbeit mit der IRDA für Unternehmen, an denen lokale Gesellschafter beteiligt sind, Finanzierungshilfen in Form von direkten Darlehen oder Garantien zur Verfügung. Diese Möglichkeiten sind im Einzelfall für Investitionen im Rahmen eines Joint-Ventures relevant, erfordern jedoch weit überwiegend eine Mehrheitsbeteiligung der lokalen Gesellschafter, die sich nicht immer mit den Interessen ausländischer Investoren vereinbaren lässt.

Letztlich ergeben sich für Unternehmen mit IDR-Status einige weitere nicht-steuerliche Vorteile, die für Investoren mit einer global ausgerichteten Struktur interessant sind. So genießen diese Unternehmen eine teilweise Befreiung von Devisenbeschränkungen und sind dadurch in der Lage, im Verkehr

mit malaysischen Geschäftspartnern in ausländischer Währung Zahlungen zu leisten oder zu empfangen sowie in ausländischer Währung Investitionen zu tätigen. Zudem können Einkünfte aus Exportgeschäften „offshore“ gehalten werden.

Neben Anreizen für investierende Unternehmen, wurde auch auf eine Steigerung der Attraktivität des Standortes Iskandar für hochqualifizierte ausländische wie einheimische Arbeitnehmer geachtet. Gegenüber dem allgemeinen malaysischen Spitzensteuersatz von 26 % bei der Einkommenssteuer (dieser liegt in Singapur bei lediglich 20 %) können sog. „Knowledge Worker“ in Iskandar eine pauschale Besteuerung ihres Einkommens mit 15 % beantragen. Als Knowledge Worker gelten Arbeitnehmer, die in den vergangenen zwei Jahren kein Einkommen aus abhängiger Tätigkeit in Malaysia erwirtschaftet haben und bei einem qualifizierten Unternehmen angestellt sind. Qualifiziert sind Unternehmen, die in Iskandar in einem der qualifizierten Tätigkeitsbereiche (Tourismus, Healthcare, Bildung, Kreativwirtschaft, Finanzberatung/-dienstleistung, Logistik, Biotechnologie oder Umwelttechnik) aktiv sind. Zudem müssen Knowledge Worker zumindest einen Bachelor- oder Masterabschluss und zehn Jahre qualifizierte Berufserfahrung oder einen Dokortitel und fünf Jahre qualifizierte Berufserfahrung nachweisen. Die Beantragung der pauschalen Besteuerung erfolgt für einen entsprechenden Arbeitnehmer durch seinen Arbeitgeber.

Ausblick

Es ist sicher noch ein langer Weg, bis Iskandar Malaysia eine echte Alternative zu Singapur wird. Als Ergänzung zu Singapur für die Bereiche Produktion und Administration ist die Region jedoch durchaus bereits jetzt attraktiv. Die stetig steigenden zugesagten Investitionssummen von eingangs rund EUR 2,5 Mrd. auf rund EUR 28 Mrd. Ende 2013 scheinen das Timing der IR-DA für die Positionierung von Iskandar Malaysia zu bestätigen.



Birgitta von Dresky
Partnerin

Luther Corporate Services Pte Ltd
Singapur
Telefon +65 6408 8008
birgitta.von.dresky@luther-lawfirm.com



Johannes Mirecki
Director

Luther Corporate Services Sdn Bhd
Kuala Lumpur, Malaysia
Telefon +60 (0)3-21660085
johannes.mirecki@luther-services.com



Philipp Kersting

Luther Corporate Services Sdn Bhd
Kuala Lumpur, Malaysia
Telefon +60 3 21660085
philipp.kersting@luther-services.com

Malaysia Budget 2014

Am 25. Oktober 2013 wurde in Malaysia der Jahreshaushaltsplan für 2014 vorgestellt. Das Wirtschaftswachstum betrug 2013 etwas über 4,5 % und wird für 2014 auf 5 % bis 5,5 % geschätzt. Das Haushaltsdefizit soll von 4 % auf 3,5 % des GDP reduziert werden.

Die für Unternehmen und Investoren wichtigsten Inhalte und Ankündigungen werden nachfolgend kurz zusammengefasst.

GST

Mit dem 1. April 2015 wird, wie seit langem erwartet, eine 6 % Goods & Service Tax (GST) die bestehenden Sales Tax und Service Tax ersetzen. Damit erhält auch Malaysia ein Umsatzsteuersystem (Value-Added Tax, VAT), wie es die meisten Industrieländer seit vielen Jahren haben. Einher geht eine Einfuhrumsatzsteuer in gleicher Höhe. Es wurde bereits angekündigt, dass bestimmte Güter und Dienstleistungen zur Schonung unterer Einkommensgruppen mit 0 % GST belegt werden. Das betrifft vor allem Grundnahrungsmittel, Leitungswasser, private Stromversorgung, Verwaltungsgebühren, Transport, Bildung, medizinische Versorgung, Kauf oder Miete von Wohnraum sowie ausgewählte Finanzdienstleistungen.

Eine Pflicht zur GST Anmeldung besteht für Gesellschaften mit einem jährlichen Verkaufsumsatz von mindestens RM 500.000.

Einkommensteuer

Der Einkommensteuersatz wird in allen Progressionsstufen um 1 % bis 3 % reduziert. Der Spitzensteuersatz wird auf 25 % reduziert und nunmehr erst ab Einkommen über RM 400.000 (ca. EUR 100.000) anwendbar sein.

Ein Steuernachlass von RM 2.000 wird Steuerzahlern mit einem Monateinkommen von bis zu RM 8.000 gewährt, deren Jahreseinkommen RM 96.000 nicht übersteigt.

Steuerzahler mit monatlichem Einkommensteuerabzug (Arbeitnehmer) (Monthly Tax Deduction, MTD) werden von der Erstellung einer Steuererklärung befreit, soweit der Abzug final ist. Diese Befreiung ist anwendbar auf Arbeitnehmer mit Arbeitseinkommen unter § 13 Income Tax Act, deren Einkommen unter die MTD Regeln fällt und die zumindest 12 Monate beim selben Arbeitgeber tätig sind.

Körperschaftsteuer / Unternehmen

Auch die Körperschaftssteuer für Kapital- und Personengesellschaften wird auf 24 % reduziert. Hinzu kommt für kleine Gesellschaften (Kapital bis RM 2,5 Mio.) ein reduzierter Steuersatz von 19 % auf Erträge bis RM 500.000. Anwendbar sollen diese Reduzierungen erst mit dem Veranlagungsjahr 2016 werden.

Die Progressionssteuersätze für Kooperativen werden um 1 % bis 2 % im Einkommensbereich über RM 150.000 reduziert.

Die 100 % Abschreibung auf Computer und Kommunikationsausstattungen (ICT) im Anschaffungsjahr wird bis zum Veranlagungsjahr 2016 verlängert. Gleiches gilt für die Antragsfristen auf Steuerförderungen auf Investitionen in 4 und 5 Sterne Hotels, die ursprünglich Ende 2013 abliefen. In Westmalaysia können 70 % des Einkommens für 5 Jahre steuerbefreit werden, in Ostmalaysia sogar 100 %.

Kleinere und mittlere Unternehmen (KMUs) wird eine doppelte steuerliche Abzugsfähigkeit der Differenz zwischen den ursprünglichen Löhnen und Gehältern und dem auch in Malaysia eingeführten Mindestlohn gewährt. Der Mindestlohn beträgt in Westmalaysia RM 900 pro Monat und in Ostmalaysia RM 800 pro Monat.

Auch Trainings- und Beratungskosten bei der Einführung von sogenannten „Flexible Working Arrangements“ können steuerlich doppelt geltend gemacht werden.

Gleiches gilt für Ausbildungskosten für Mitarbeiter der Buchhaltung in den Bereichen ICT und GST.

„Anchor Companies“, die eine Vereinbarung mit dem Wirtschaftsministerium (Ministry for International Trade and Industry, MITI) über die Einführung eines „Vendor Development Programs“ (VDP) getroffen haben, wird die doppelte steuerliche Geltendmachung der damit verbundenen Kosten gewährt. Dies schließt Kosten für Forschung und Entwicklung, Training aber auch Zertifizierungen wie ISO Zertifizierungen ein. Die Obergrenze beträgt RM 300.000 pro Jahr.

Company Secretary Gebühren bis RM 5.000 und Steuererklärungskosten bis RM 10.000 sind nunmehr steuerlich abzugsfähig.

Verschiedene Steuervergünstigungen und erweiterte Abschreibungsmöglichkeiten werden zum einen für Forschung und Entwicklung im Bereich Biotechnologie gewährt, zum anderen für den gesamten Bereich Umweltschutz. Den Details darf man in beiden Bereichen gespannt entgegen sehen.

Immobilien

Um Spekulationen im Immobilienmarkt entgegenzuwirken, wurden die Steuersätze auf Gewinne bei der Veräußerung von Immobilien erhöht. Eine Veräußerung innerhalb der ersten drei Jahre führt zu einer Besteuerung der Erträge mit 30 % für natürliche und juristische Personen gleichermaßen. Veräußerungen im 4. Jahr werden mit 20 % und im 5. Jahr mit 15 % belastet. Nach fünf Jahren können malaysische Staatsbürger und Permanent Residents steuerfrei veräußern. Gesellschaften bleiben mit 5 % belastet.

Ausländer werden bei Veräußerungen innerhalb der ersten fünf Jahre mit 30%, danach mit 5 % belastet.



Dr. Knut Unger
Partner

Luther Corporate Services Sdn Bhd
Kuala Lumpur, Malaysia
Telefon +65 6408 8007
knut.unger@luther-lawfirm.com

SINGAPUR

Anlegerschutz in Singapur

Singapur hat sich in den vergangenen zwei Jahrzehnten zu einem globalen Finanzzentrum entwickelt. Inzwischen ist bekannt, dass sich auf diesem in Südostasien neuen Markt für private Geldanleger und Inhaber beträchtlicher Vermögen nicht nur viele Reiche und Superreiche tummeln, sondern auch die *crème de la crème* der Finanzinstitute präsent ist, um in diesem lukrativen Dienstleistungsbereich des *wealth management* Teil zu haben.

Der unterschiedliche Grad im Umfang des Anlegerschutzes im *Common Law* im Gegensatz zu europäischen Regelungen ist – zumindest in Fachkreisen – bekannt. Generalisierend lässt sich statieren, dass der bankrechtliche Anlegerschutz dort nicht in dem Maße „kundenfreundlich“ (anlegerfreundlich) ausgeprägt ist wie etwa auf dem europäischen Kontinent. In Singapur gilt *Common Law*.

Umso mehr Aufsehen erregten deshalb zwei denkbar konträre Urteile (erster Instanz und Berufungsinstanz) in einer den Anlegerschutz betreffenden Sache. Eine deutsche Großbank hatte vor dem *High Court* gegen einen ‚*high net worth*‘-Privatanleger auf Schadenersatz geklagt. Der bankseitige Schaden, der eigentlich die kontenmäßige Unterdeckung des Anleger-Kontos darstellte, war im Zuge des auftragsgemäßen Handelns mit Hochrisiko-Derivaten (mit Nachschusspflicht des Anlegers, sog. *accumulators*) entstanden. Dieser Handel war durch die Bank initiiert und transaktionsbegleitend durchgeführt worden. Die Geschäfte für diesen Kunden basierten auf einem Basis-Dienstleistungsvertrag (inklusive Bank-AGB) und auf einer Vielzahl von konkreten Derivatverträgen zwischen der Bank und dem Kunden.

Anstelle die eingeklagte Summe von USD 1,8 Mio zugesprochen zu erhalten, hatte das erstinstanzliche Gericht die Bank in vollem Umfang zur Zahlung des kundenseitig geltend gemachten Gegenanspruchs von USD 49 Mio verurteilt. Das war vor dem Hintergrund des eher geringer ausgeprägten Anleger-

schutzes nach lokalem Recht erstaunlich. Ebenso ungewöhnlich war indes, dass auf die (beiderseitige) Berufung gegen das Urteil das nächstinstanzliche Gericht, nämlich der *Singapore Court of Appeal*, das Urteil völlig, d.h. nicht nur graduell, umkehrte: nicht nur musste der Kunde der Bank die geforderten USD 1,8 Mio (plus Zinsen und Kosten) zahlen. Auch sein Schadenersatzanspruch aus erster Instanz über die USD 49 Mio wurde voll umfänglich abgewiesen. Banken und andere Finanzdienstleister schlossen aus diesem Richterspruch, dass der *status quo* wieder hergestellt sei. Dem ist jedoch nicht so.

Eine Ursache für das total gegensätzliche Urteil der Berufungsinstanz war eine andersartige Würdigung von Fakten und Beweisen. Andererseits hat sich nach Analyse der Urteile die nach dem zweiten, die Bank begünstigenden Urteil in gewissem Maße (bankenseitig) eingetretene Euphorie gerade nicht bestätigt: es bleibt – anders als der erste Anschein des Urteils vermuten lässt – dabei, dass der verstärkte, durch das erstinstanzliche Urteil entwickelte und ausgesprochene Anlegerschutz in der zukünftigen Rechtsprechung in Singapur wohl Bestand haben wird.

In eben jenem Zusammenhang ist von Interesse, dass bankseitig wie kundenseitig/anlegerseitig Vorkehrungen getroffen werden können – und sollten. Im Rahmen der hier notwendigen Kürze sei skizziert, was normalerweise im *Common Law* die juristischen Aufhänger für derartige Klagen sind.

Einmal Formen einer Vertragsverletzung (meist als *misrepresentation*), d.h. fallbezogen insbesondere dahingehend, dass der Kunde davon ausgegangen war oder zumindest davon ausgehen konnte, dass die Bank ihn proaktiv berate, was seine Investitionsziele angehe, wie er strategisch sein Vermögen anlegen solle und dabei auf Grund seines Kundenprofils in seinem besten Interesse handle und ihm deshalb adäquate Beratung und Produkte anbiete.

Der Bruch einer Vermögenssorge- oder Treuhänder-Pflicht, *fiduciary duty*. Danach müsste außervertraglich eine Pflicht entstanden sein, wonach der treuhänderisch Handelnde durch „ausreichend besondere Umstände“ verpflichtet würde, die Interessen der Person, deren Interessen er vertritt, „über seine eigenen zu stellen“.

Beide vorgenannten Ansprüche hatte das erstinstanzliche Gericht (unter einiger Kritik in der Literatur, dazu nachfolgend) verneint. Insoweit trat durch das Berufungsurteil keine Änderung ein; auch da wurden diese Ansprüche nach einer Prüfung verneint.

Drittens die Verletzung einer generellen Sorgfaltspflicht, *duty of care*. Beide Gerichte prüften anhand der etablierten Rechtsprechung die Voraussetzungen einer solchen Pflicht.

Das erstinstanzliche Gericht sah eine solche Pflicht als gegeben an und diese Sorgfaltspflicht sei auch fahrlässig verletzt worden (*negligence*). Dementsprechend hatte der beklagte Kunde mit seiner Widerklage vollen Erfolg. Das Berufungsgericht folgte dieser Meinung nicht und gab umgekehrt der Bank mit *deren* Anspruch recht. Das Ausgangsgericht nahm an, dass (a) die Bank die Grenze hin zu einem Finanzberater überschritten hatte und deshalb gegenüber dem Kunden verpflichtet sei und (b) dass die Haftungsausschlussklauseln im Dienstleistungsvertrag und den AGB, wie auch die in den einzelnen Derivatverträgen, nicht greifen würden (*Estoppel*-Prinzip). Die Berufungsinstanz sah hingegen schon gar keine Sorgfaltspflicht.

Verkürzend heißt das zwar, dass auf den ersten Anschein der durch den Erstrichter erhöhte Anlegerschutz wieder auf das vorherige Niveau gebracht wurde. Zwei völlig unterschiedliche Gründe – einer faktisch, der andere rechtlich – können indes sehr schnell wieder zu einer „Umkehr der Umkehr“ führen.

Einmal hatte die Verteidigung des Investors (Kunden) im Berufungsverfahren überraschend eine wichtige Argumentationslinie aus der Erstinstanz hinsichtlich des Bestehens einer Sorgfaltspflicht fallen gelassen. Die Bank war damit der schwierigen Aufgabe entledigt, sich gegen ein wichtiges Merkmal der ihr vorgeworfenen Sorgfaltspflichtverletzung zu verteidigen. *Rechtlich* sind aber zwei wiederum sehr unterschiedliche Umstände von Bedeutung, die in künftigen Fällen von den Gerichten sehr wahrscheinlich in Betracht gezogen werden:

Erstens war im erstinstanzlichen Urteil aus den Richtlinien der *Monetary Authority of Singapore* (MAS) eine Vorschrift angesprochen, aber als nicht „pflichtenauslegend“ in Betracht gezogen worden. Das wurde in der Literatur stark kritisiert. Durch den (vorstehend erwähnten) Strategiewechsel in der Berufungsinstanz war es dem Berufungsgericht aber aus prozessualen Gründen genommen, diesen Gesichtspunkt aufzunehmen. Nämlich die MAS-Regelung, dass in Fällen, in denen einem Kunden bei einem nur ausführenden (*execution only*) Vertrag tatsächlich konkrete Vorschläge gemacht werden (*in fact ... given advice*), es vermutet wird, dass die Bank Vorschläge gemacht hat“. Mit dieser Vermutung – der zu entgegen die Bank wiederum nach allgemeinen Grundsätzen für das Gegenteil beweispflichtig wäre – könnte die Rechtsprechung in Zukunft je nach Sachverhalt zumindest eher als bisher zu einer bankseitigen Sorgfaltspflichtverletzung kommen.

Zweitens das angelsächsische Prinzip des *Estoppel*. Danach wäre es der Bank verwehrt gewesen, sich auf ihre vertraglichen umfassenden Ausschlussklauseln haftungsbefreiend zu berufen. Das erstinstanzliche Gericht bejahte erstens diese Wirkung (die Bank durfte sich also nicht auf diese Klauseln berufen) und wendete diese im Übrigen vormals nur bei Vertragsverletzungen anerkannten Prinzipien erstmals auch auf Fälle von deliktischer Fahrlässigkeit an. Das war neu und ist in Kommentaren und in der Literatur auch begrüßt worden. Faktisch half es im vorliegenden Fall in der Berufungsinstanz indes nicht: Das Gericht zweiter Instanz verneinte ja schon das Vorliegen sorgfaltswidrigen Handelns und kam somit nicht zur Beurteilung dieser Frage. Aus Besprechungen der Urteile lässt sich aber herauslesen, dass die erstinstanzlichen Ausführungen wohl in Zukunft auf eine Lösung solcher Sachverhalte im Sinne eines Tests der ‚*reasonableness*‘ (Angemessenheit, Vernünftigkeit) hinauslaufen dürften. Dafür besteht schon ein umfassender Fundus von Rechtsprechung. Und, auf den vorliegenden Fall angewendet, würde wohl im Verhältnis Bank (Finanzinstitut) zu Anleger (Privatkunde) eine bankmäßige Haftung nicht mehr so weit entfernt sein.

Aus den dargelegten Gründen erscheint es wahrscheinlich, dass in ähnlich gelagerten Fällen in Zukunft der Zeiger eher pro Anlegerschutz bzw. generell eher positiv für Verbraucher ausschlagen dürfte.

Wie eingangs als weitere Urteilsbesonderheit angedeutet, fehlte in beiden Urteilen übrigens jeglicher Hinweis auf ein etwaiges Mitverschulden der Betroffenen. Betrachtet man die (hier in der Schilderung bewusst vernachlässigten) konkreten Sachverhalte, die ein recht fragwürdiges Bild auf den regionalen Bankmanager warfen, so erstaunt sehr, dass in beiden Instanzen der im angelsächsischen Recht sonst so betonte Einwand des Mitverschuldens, *contributory negligence*, nicht geltend gemacht wurde und deshalb nicht ein einziges Mal auftaucht.

Fazit: Weil im angelsächsischen Recht – etwas vereinfachend ausgedrückt – bei klarer und lückenloser Wortlautregelung keine richterliche ergänzende Vertragsauslegung stattfinden darf, sind Vertragsparteien gehalten (man kann sagen „darauf angewiesen“), bei entdecktem unzureichenden Schutz schriftlich – damit also vertraglich – einen solchen einzuführen. Wobei der „Schutz“ hier bankseitig eine noch klarere Aufgabenbeschreibung im Sinne eines „Pflichtenheftes“, oder noch eindeutiger Haftungsbeschränkungen sein kann. Banken und Finanzinstitute wie Investitionsberater sind als Diensteanbieter gut beraten, eine noch weitergehende vertragliche bzw. AGB-mäßige Absicherung auf ausschließlich produkt anbietende Dienste (*execution only relationships*) zu erreichen. Und, sollte sich in Zukunft der ‚*reasonableness*‘-Test des englischen Rechts (auf Grund

des britischen *Unfair Contract Terms Act*) tatsächlich durchsetzen, muss bankseitig organisatorisch ein Umdenken erfolgen. Auf Anlegerseite korrespondiert damit eine Klarstellung, wie weit z. B. noch genauer der Aufgaben- und Beratungsumfang einerseits geht und andererseits eine Klarstellung der Grenzen der Haftung – vorzugsweise, das kann man jetzt schon sagen, in einem separaten Dokument.

Zumindest für Singapur lässt sich festhalten: für institutionelle Anbieter ist durch eine regelmäßige und wiederholte Kontrolle der eigenen Vertragsdokumentation und der Banken-AGB ein besserer Schutz vor Überraschungen zu erreichen. Einhergehend damit eine striktere interne Überprüfung der Abläufe von *execution-only*-Geschäften. Auf der Anlegerseite dagegen kann man nur für ein noch wacheres Bewusstsein plädieren. Nämlich, dass rechtliche Beratung nicht nur im Vorfeld derartiger potenziell risikoreicher finanzieller Transaktionen, sondern durchweg und transaktionsbegleitend, angezeigt ist.



Dr. Bernd Götze
Of Counsel

Luther LLP
Singapur
Telefon +65 6408 8000
bernd.goetze@luther-lawfirm.com

Singapore Budget 2014

Am 21. Februar hat der Finanzminister wie jedes Jahr um diese Zeit seinen Vorschlag zum Jahreshaushaltsplan 2014 vorgestellt. Wer mit Veränderungen bei der Körperschaftssteuer oder anderen Steuern nach unten oder oben gerechnet hat, wird enttäuscht bzw. erfreut sein. Die wesentlichen Steuersätze für Unternehmen (17 %) und Privatpersonen (20 % in der Spitze) werden gleich bleiben. Auch die Mehrwertsteuer verbleibt bei 7 %, eine Erhöhung in Zukunft wurde jedoch in Aussicht gestellt. Dennoch gibt es auch in diesem Budget Elemente, die für Unternehmen wie Privatpersonen von Interesse sein können oder aber deren Aufmerksamkeit erfordern.

Der Fokus der Fiskalpolitik liegt seit 2010 unverändert auf dem Umbau der Wirtschaft durch Produktivitätssteigerung. Automatisierung, Forschung und Entwicklung aber auch Technologieimport sind angestrebte Lösungen. Neu ist das Ausmaß direkter Zuschüsse, insbesondere für ein Upgrade der Informations- und Kommunikationsfähigkeiten von Kleinen und Mittleren Unternehmen. Auch der Anteil an Sozialleistungen ist für Singapur ungewöhnlich hoch. Allen voran das Pioneer Generation Package, nach welchem ältere Generationen direkte Zuschüsse vor allem im Bereich der medizinischen Versorgung erhalten.

Unternehmensbesteuerung

Productivity and Innovation Credit Scheme (PIC)

Seit mehreren Jahren steht wie bereits erwähnt das Bestreben der Regierung, die Effizienz der singapurischen Wirtschaft zu steigern, im Fokus der fiskalischen Bemühungen. Ein Element des steuerlichen Anreizsystems ist der PIC, welcher bis zum Jahr 2018 verlängert werden soll. Zur Erinnerung: PIC gewährt bis zu 400 % steuerliche Abzugsfähigkeit von Investiti-

onen sowie die Möglichkeit, Investitionsausgaben von bis zu SGD 100.000 als Barauszahlung zurückzuerhalten.

Die Obergrenze abzugsfähiger Aufwendungen in Höhe von SGD 400.000 für alle sechs Investitionsgruppen kann über die Laufzeit von 3 Jahren kombiniert werden. D.h. in den Jahren 2016 bis 2018 können insgesamt SGD 1,2 Mio in Ansatz gebracht werden, völlig unabhängig vom Zeitpunkt der Investition. Diese Kombinationsmöglichkeit besteht allerdings nicht für die SGD 100.000 Begrenzung für die PIC Barauszahlung.

Erweitert wird PIC auf Ausbildungskosten hinsichtlich von Arbeitnehmern, die im Rahmen sogenannter Centralised Hiring Arrangements angeworben worden sind.

Um die PIC Barauszahlung in Anspruch nehmen zu können, müssen Unternehmen zumindest 3 „lokale“ Angestellte für einen Zeitraum von wenigstens 3 Monaten vor Antragstellung nachweisen können. Als lokale Angestellte gelten solche, die Beiträge zum singapurischen Sozial- und Rentenfond (CPF) leisten.

Productivity and Innovation Credit Scheme für KMUs (PIC+)

Eine neues Scheme (PIC+) soll eingeführt werden, um kleine und mittlere Unternehmen bei substantiellen Investitionen zu unterstützen. Für solche Unternehmen (jährlicher Umsatz unter SGD 100 Mio und weniger als 200 Angestellte) wird die Obergrenze auf jährlich SGD 600.000 pro Investitionskategorie erhöht.

Auch für PIC+ werden Kombinationsmöglichkeiten über mehrere Finanzjahre erlaubt, bis SGD 1,4 Mio für das Veranlagungsjahr 2015 und bis zu SGD 1,8 Mio für die Jahre 2016 bis 2018.

Die Beschränkung der Barauszahlung wird bei SGD 100.000 bleiben.

Forschung und Entwicklung

Der zusätzliche 50 % Steuerabzug für F&E nach § 14DA (1) Income Tax Act wird um 10 Jahre bis 2025 verlängert. Auch der erweiterte Steuerabzug für F&E Aktivitäten, die in Singapur ausgeführt werden nach § 14E Income Tax Act, werden um 5 Jahre bis 2020 verlängert.

Im Einklang mit diesen Verlängerungen können Unternehmen auch weiterhin Abzüge für F&E geltend machen, die in keiner Beziehung zum eigentlichen Unternehmenszweck stehen, solange die Aktivitäten in Singapur ausgeführt werden.

Erwerb und Registrierung von Immaterialgüterrechten

Die bestehenden steuerlichen Abschreibungsmöglichkeiten für geistiges Eigentum werden um 5 Jahre bis 2020, die beschleunigte Abschreibung für „Medien und digitale Unterhaltung“ um 3 Jahre bis 2018 verlängert. Die Bedingungen bleiben unverändert.

Zur Klarstellung, was nicht die Bedingung „Information von kommerziellem Wert erfüllt“, wird eine Negativliste veröffentlicht. Kunden-Goodwill und Dokumentation von Arbeitsprozessen ist ausdrücklich ausgeschlossen. Ziel des Schemes ist die Förderung der ökonomischen Nutzung von Geschäftsgeheimnissen und anderen aufgeführten Immaterialgüterrechten.

Um Unternehmen zu ermutigen ihr geistiges Eigentum zu schützen, wird die 100%ige Abzugsfähigkeit der damit verbundenen Aufwendungen um 5 Jahre bis 2020 verlängert.

Land Intensification Allowance

Land ist in Singapur ein knappes und damit teures Gut. Umso mehr fällt es ins Gewicht, dass die Erwerbskosten steuerlich nicht abschreibungsfähig sind. Die einzige Ausnahme, die Industrial Land Allowance, wurde vor einiger Zeit abgeschafft. Eingeführt würde stattdessen eine steuerliche Förderung, das vorhandene Land intensiver zu nutzen. Diese wurde um 5 Jahre bis 2020 verlängert und auf die Bereiche Logistik, Flug- und Seehafen erweitert. Die Nutzungs - Benchmarks werden im oberen Bereich verschärft, die übrigen Bedingungen bleiben unverändert.

Quellensteuern bei Zahlungen an Branches

Eine deutliche Erleichterung bedeutet die Abschaffung der Quellensteuer jeder Art bei Zahlungen an in Singapur registrierte Branches (Zweigniederlassungen) ausländischer Unternehmen.

Tax Incentives Financial Sector

Basel III Additional Tier 1 Instruments werden steuerlich als „debt“ qualifiziert und sind damit abzugsfähig beim Ausgeber und steuerbar beim Investor.

Funds Managed by Singapore-based Fund Managers: Um das Wachstum von Singapurs Asset Management Industrie weiter zu fördern, werden die bestehenden Incentives für Trustfunds mit Non-resident Trustee und Non-resident Corporate Funds sowie Resident Corporate Funds um 5 Jahre bis 2019 verlängert.

Listed Infrastructure Registered Business Trusts (RBT): Um solchen RBTs eine größere Sicherheit ob ihrer steuerlichen Behandlung in Singapur zu geben und auch um das Listing von

mehr RBTs zu fördern, wird die bestehende Steuerbefreiung für Einkommen aus ausländischer Quelle erweitert. Hinzu kommt Dividendeneinkommen, welches auf ausländisches Zinseinkommen zurückzuführen ist, solange es Bezug zum ausländischen Infrastrukturprojekt hat, sowie ausländische Zinseinkommen mit Bezug zu einem ausländischen Infrastrukturprojekt.

Designated Unit Trust (DUT) Scheme wird mit diesem Jahr beschränkt auf Unit Trusts, die Retail Investoren angeboten werden. Genehmigte institutionelle DUTs behalten den ihnen gewährten Status.

Human Resource Policies

In Singapur scheinen in den letzten Jahren die staatlichen Human Resource Policies beinahe wichtiger geworden zu sein als Fragen der direkten Besteuerung. Singapur hat seit vielen Jahren Vollbeschäftigung und das Management des Zustromes von Arbeitskräften ist eine der größeren Herausforderungen für die Regierung.

Foreign Workers

Insbesondere die Bauindustrie ist abhängig von ausländischen Arbeitskräften, die ihr projektabhängig als sogenannte Men Year Entitlements zugeteilt werden. Hinzu kommen Strafabgaben für die Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften, der Levy. Die Levy für Basic Skilled Worker (R2) wird von SGD 600 auf SGD 700 erhöht. Die Levy für Higher Skilled Worker (R1) bleibt gleich, aber es wurde bereits angekündigt, ein Minimum-Verhältnis von R1 Arbeitskräften zu R2 Arbeitskräften einzuführen, um das generelle Befähigungsprofil der ausländischen Arbeitskräfte zu erhöhen. R2 Arbeitskräfte, die in Singapur zumindest 6 Jahre gearbeitet haben und monatlich zumindest SGD 1.600 verdienen, sollen die Möglichkeit eines Upgrades auf R1 haben. Die maximale Verweilzeit in Singapur für R1 Arbeitskräfte aus bestimmten Ländern insbesondere der Volksrepublik China wird von 18 Jahren auf 22 Jahre angehoben.

Die Möglichkeit weiterer Arbeitskräfte-Beschränkungen für andere Sektoren wurde angekündigt.

Central Provident Fund (CPF)

Die Arbeitgeber-Beitragsraten zum Central Provident Fund, eine Art Renten- und Sozial Fund, wird für Arbeitnehmer in der Kernbeschäftigungszeit bis 50 Jahr um 1 % auf 17 % erhöht. Für Arbeitnehmer ab 50 bis 55 Jahre beträgt die Erhöhung 2 % auf 16 %, bis 60 Jahre 1,5 % auf 12 % und bis 65 Jahre 1,5 % auf 8,5 %.

Der Arbeitnehmerbeitrag bleibt für Arbeitnehmer bis 50 Jahre unverändert bei 20 % und der Bemessungshöchstbetrag bei monatlich SGD 5.000.

Zur Abmilderung der sofortigen Folgen werden einmalige Zuschüsse als Special Employment Credit und Temporary Employment Credit von jeweils bis zu 0,5 % des Einkommens der relevanten Arbeitskräfte gewährt.

Individualbesteuerung

Im Bereich der Individualbesteuerung gibt es insbesondere für in Singapur lebende Ausländer keine Änderungen.

Eine Erhöhung der Freibeträge für Arbeitnehmer, die sich um ihre Eltern, insbesondere solche mit Behinderung kümmern, aber auch für behinderte Kinder, Geschwister und Ehegatten verdienen Erwähnung. Gleiches gilt die Erweiterung finanzieller Hilfen unterer Einkommenschichten für die Ermöglichung des Besuches von Kindergärten und Schulen und die erweiterte Unterstützung bei medizinischen Behandlungs- und Betreuungskosten, insbesondere das in der Presse vielfach erwähnte Pioneer Generation Package für Staatsbürger, die vor 1950 geboren wurden.

Die Möglichkeit des Transfers von Verlust- oder Abzugspositionen zwischen Ehegatten wird mit dem Veranlagungsjahr 2016 leider abgeschafft.

Die Besteuerung von Tabakwaren wird um 10 %, von Alkohol sogar um 25 % erhöht.

Sonstige Ankündigungen und Änderungen

Subventionen und Finanzierungen

Bemerkenswert ist die Ankündigung der folgenden Subventionsprogramme:

Infocom Technologies Productivity and Growth Programme, nach welchem in nicht unerheblichem Maße Kosten (bis 80 %) für Produktivitätssteigerungen, für neue Lösungen bzw. Pilotprojekte und Hochgeschwindigkeits-Kommunikationssysteme von KMUs übernommen werden.

Co-Investment Programme (CIP) Phase II für direkte Equity Investitionen und Mezzanine Finanzierungen von aussichtsreichen Unternehmen.

Micro Loan Programme zur Stimulation der Finanzierung von KMUs. Nach diesem Programm kann der Staat einen Risikoanteil von 70 % bis zu 2 Jahren übernehmen.

Global Company Partnership soll Unternehmen zusätzliche Unterstützung bei der Internationalisierung geben. So zum Beispiel bis zu 70 % für Pilotprojekte, um mit entsprechendem Track Record auf ausländische Märkte zu gelangen, Unterstützung für Arbeitnehmerentsendungen ins Ausland, oder Kredite bis SGD 30 Mio für Projekte oder den Erwerb von Assets im Ausland.

Landvergabe / Landverkauf

Wie bereits erwähnt ist Land ein rares und teures Gut in Singapur. Entsprechend umworben sind staatliche Landveräußerungen. Bisher spielte für den Zuschlag neben dem angebotenen Preis das beabsichtigte Projekt eine erhebliche Rolle für die Vergabe. Zur Steigerung der Produktivität in der Bauindustrie wird nunmehr die konkrete Bauausführung, die verwendeten Technologien ein weiteres erhebliches Kriterium für den Zuschlag.



Dr. Knut Unger
Partner

Luther LLP
Singapur
Telefon +65 6408 8007
knut.unger@luther-lawfirm.com

UK

Aktuelle Entwicklungen der Corporate Governance in Großbritannien

Britische Unternehmen, deren Wirtschaftsjahr zum oder nach dem 30. September endet, müssen im Rahmen ihrer Jahresabschlüsse für 2013 entscheidende Neuerungen bei der Corporate Governance berücksichtigen. Diese Entwicklungen finden ihren Ursprung insbesondere im Kay Review, einer Analyse des britischen Private Equity Marktes, die Ende 2012 veröffentlicht wurde. Wesentliches Ergebnis des Kay Review war, dass insbesondere short-term investments ein Problem darstellen, da sie zu einem Vertrauensrückgang im Kapitalmarkt und zu falschen Anreizen führen. Um hier ein Umdenken bei Unternehmen und Investoren zu fördern, wurden verschiedene Änderungen eingeführt.

Directors' Remuneration

Ein wesentliches Ziel der britischen Regierung ist die erhöhte Transparenz der Direktoren-Vergütung. Reformen hierzu wurden insbesondere mit dem *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013* („ERRA 2013“) und den *Large and Medium-sized Companies and Groups (Accounts and Reports) Regulations 2013* umgesetzt. Die neuen Regelungen gelten für alle börsennotierten britischen Unternehmen. Der jährliche *directors' remuneration report* („DRR“), der in den Jahresbericht und den Jahresabschluss aufzunehmen ist, wird künftig drei Bestandteile enthalten:

Neben dem *annual statement*, dem jährlichen Bericht des Vorsitzenden des Vergütungsausschusses über die wesentlichen Entscheidungen im Hinblick auf die Vergütung der Direktoren für das Geschäftsjahr, ist weiterhin der *annual report on remuneration* zu erstellen. In diesem Bericht, über den die Hauptversammlung abstimmt, sind sämtliche Bestandteile der Vergütung der einzelnen Direktoren – geschäftsführende und nicht geschäftsführende – anzugeben. Darin sind neben den feststehenden und variablen Vergütungsansprüchen insbesondere auch Pensionsansprüche und Abfindungszahlungen aufzunehmen. Letztere sind seit dem 1. Oktober 2013 auch auf der Homepage des Unternehmens zu veröffentlichen.

Künftig ist ein zusätzlicher Bericht über die *directors' remuneration policy* als separater Teil in den DRR aufzunehmen. Börsennotierte Unternehmen sind nun verpflichtet, das Vergütungssystem der Direktoren mindestens alle drei Jahre einem verbindlichen *shareholder voting* zu unterziehen. Bisher wurde über das Vergütungssystem zwar in der Hauptversammlung abgestimmt, diese Abstimmung stellte jedoch lediglich eine Empfehlung dar und war nicht bindend. Jetzt regelt der Beschluss der Hauptversammlung alle wesentlichen Komponenten der Direktorenvergütung, insbesondere das Grundgehalt, Boni, Vorsorgeleistungen und Abfindungszahlungen sowie die Grundsätze der Vergütung neuer Direktoren. Für die geschäftsführenden Direktoren ist außerdem darzustellen, welche Zahlungen sie abhängig von dem jeweiligen wirtschaftlichen Ergebnis in dem ersten Jahr nach Inkrafttreten der *director's remuneration policy* erhalten. Darüber hinaus soll dargelegt werden, wie die einzelnen Vergütungskomponenten die kurzfristigen und langfristigen Unternehmensziele fördern und wie die Vergütung und die Arbeitsbedingungen der Angestellten berücksichtigt wurden. Sämtliche Vergütungen müssen sich im Rahmen der Grundsätze bewegen oder durch einen gesonderten Beschluss der Aktionäre gebilligt werden. Zahlungen, die außerhalb der *director's remuneration policy* vorgenommen werden, können eine persönliche Haftung der Direktoren gegenüber dem Unternehmen begründen. Unternehmen, deren Wirtschaftsjahr zum Dezember endet, müssen die Anforderungen in ihrem Jahresabschluss 2013 umsetzen und werden die erste bindende Abstimmung der Jahreshauptversammlung über die Vergütungspolitik im Frühjahr 2014 abhalten. Eine bindende Abstimmung muss spätestens bis Ende 2014 vorgenommen werden.

Controlling Shareholders

Ein weiteres Anliegen, das die britische Regierung derzeit verfolgt, ist der Schutz von Minderheitsaktionären. Die *Financial Conduct Authority* („FCA“), eine unabhängige, britische Finanzaufsichtsbehörde, hat im November 2013 hierzu einen

Maßnahmenplan veröffentlicht. Dieser soll Minderheitenrechte in entscheidenden Punkten stärken und so die Zusammenarbeit der Unternehmen mit ihren Aktionären verbessern. Die Maßnahmen betreffen ausschließlich *premium listed companies* (Unternehmen, die dem höchsten Transparenzlevel entsprechen und den strengsten Zulassungsfolgeverpflichtungen unterliegen).

Insbesondere soll eine Vereinbarung zwischen dem Mehrheitsaktionär und dem Unternehmen abgeschlossen werden, die sicherstellt, dass das Unternehmen unabhängig von dem Mehrheitsaktionär handeln kann. Für den Fall, dass eine solche Vereinbarung getroffen wird oder diese nicht den Vorgaben entspricht, wird den Minderheitsaktionären das Recht eingeräumt, über alle Geschäfte zwischen dem Mehrheitsaktionär und dem Unternehmen abzustimmen und gegebenenfalls ein Veto einzulegen. Außerdem erhalten Minderheitsaktionäre zusätzliche Stimmrechte bei der Wahl unabhängiger Verwaltungsbeiräte. Es soll ein duales Wahlsystem eingeführt werden, in dem unabhängige Direktoren von den Aktionären insgesamt und von den Minderheitsaktionären jeweils unabhängig voneinander bestätigt werden. Minderheitsaktionären werden auch zusätzliche Stimmrechte eingeräumt, wenn ein Unternehmen den Standard als *premium listed company* aufgeben möchte, da hierdurch der Schutz der Minderheitsaktionäre entfällt. Einem entsprechenden Beschluss muss die Mehrheit der unabhängigen Aktionäre zustimmen.

Gender Diversity on Boards

Der im Februar 2011 veröffentlichte Davis Report *Woman on Boards* kam zu dem Ergebnis, dass es bei einem gleichbleibendem Fortschritt hinsichtlich der Repräsentation von Frauen in den Boards mehr als 70 Jahre dauern wird, bis eine gleichmäßige Geschlechterrepräsentation in den Verwaltungsräten Großbritanniens erreicht sein wird. Um die stärkere Repräsentation von Frauen in den Boards zu beschleunigen, hat der Davis Report konkrete Empfehlungen herausgearbeitet, darunter auch die Zielvorgabe für FTSE 100 Unternehmen, bis 2015 die Anzahl der Frauen in ihren Boards auf 25 % anzuheben.

Der *Companies Act 2006 (Strategic Report and Directors' Report) Regulations 2013 (2013/1970) (SRDR Regulations)*, der zum 1. Oktober 2013 in Kraft getreten ist, setzt eine weitere Empfehlung des Davis Reports um. Ab dem Wirtschaftsjahr, das zum oder nach dem 30. September 2013 endet, sind börsennotierte Unternehmen in Großbritannien demnach verpflichtet, sich in ihrem *strategic report* – der den bisherigen *business review* ablöst – auch konkret zu dem Geschlechterverhältnis in ihrem Unternehmen zu erklären. Es sind die An-

zahl der jeweiligen männlichen und weiblichen Mitarbeiter der Direktoren, Senior Manager und Angestellten zu benennen.

Der Jahresbericht des *Financial Reporting Council* „FRC“ hat betont, dass erfreulicherweise zahlreiche der FTSE 350 Unternehmen diese Zahlen bereits in ihren Berichten für das vorherige Wirtschaftsjahr dargelegt haben. Bei den FTSE 100 ist ein Anstieg der weiblichen Führungskräfte in den Boards von 12,5 % in 2011 auf 19 % in 2013 zu verzeichnen, so dass die Zielvorgabe des Davis Reports in greifbare Nähe rückt.

Ausblick für 2014

Weitere Neuerungen im Bereich der Corporate Governance werden derzeit umgesetzt. Der Financial Reporting Council („FRC“) etwa führt in der ersten Jahreshälfte eine Konsultation zu geplanten Änderungen der Corporate Governance Regelungen zu Finanzinstrumenten durch. Hier sollen neue, weniger restriktive Regelungen noch in 2014 verabschiedet werden und 2015 in Kraft treten.

Neben neuen Regelungen für börsennotierte Unternehmen wird derzeit eine weitere wesentliche Empfehlung des Kay Reviews umgesetzt: die Errichtung eines Investorenforums. Dieses soll den gemeinsamen Einsatz von Investoren, Asset-Managern und Unternehmen für langfristige Unternehmensstrategien und dauerhafte Wettbewerbsfähigkeit fördern. Darüber hinaus ist die Bildung von *Engagement Action Groups* geplant, die sowohl ausländischen als auch traditionellen UK-Investoren offenstehen, um Kernprobleme führender börsennotierter Unternehmen in Großbritannien zu erörtern und Lösungsansätze zu entwickeln. Das Forum soll seine Tätigkeit im Juni 2014 aufnehmen.

Insbesondere die ersten Hauptversammlungsbeschlüsse zur directors' remuneration policy und die Ausgestaltung der Vergütungsgrundsätze werden erste Hinweise darauf liefern, inwieweit die neuen Regelungen geeignet sind, das Vertrauen der Aktionäre zu stärken und ein Umdenken in der Unternehmenskultur zu fördern.



Tobias Verlande, LL.M. (London), M.B.A.
Partner
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
London
Telefon +44 2070025340
tobias.verlande@luther-lawfirm.com

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0
Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com
V.i.S.d.P.: Thomas Weidlich, LL.M. (Hull), Partner
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22
50678 Köln, Telefon +49 211 9937 16280
thomas.weidlich@luther-lawfirm.com
Copyright: Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Foreign Law“ an unsubscribe@luther-lawfirm.com

Haftungsausschluss

Ogleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist nach dem Qualitätsstandard ISO 9001 zertifiziert.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, München, Stuttgart
Brüssel, Budapest, London, Luxemburg, Shanghai, Singapur

Ihren Ansprechpartner finden Sie auf www.luther-lawfirm.com

Auf den Punkt. Luther.

